

## POSTANOWIENIE

Dnia 28 marca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski (przewodniczący)

SSN Tomasz Artymiuk (sprawozdawca)

SSN Wojciech Sych

w sprawie **R. M.**

skazanego z art. 148 § 1 w zw. z art. 31 § 2 k.k.,

po rozważeniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 28 marca 2019 r.

zażalenia skazanego na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2019 r., III KO 154/18, o odmowie przyjęcia wniosku o wznowienie postępowania zakończonego prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. akt II AKa [...], utrzymującym w mocy wyrok Sądu Okręgowego we W. z dnia 31 sierpnia 2015 r., sygn. akt II K [...], jako oczywiście bezzasadnego,

na podstawie art. 82 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.),

postanowił

**I. odroczyć rozpoznanie sprawy;**

**II. przedstawić do rozstrzygnięcia składowi 7 sędziów Sądu Najwyższego zagadnienie prawne:**

**1. „Czy osoba, która została powołana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego w następstwie procedury zainicjowanej obwieszczeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego**

*w Sądzie Najwyższym (M.P. z 2018 r., poz. 633) ze względu na wątpliwości co do poprawności tego procesu wynikające z:*

*a) wydania obwieszczenia z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M.P. z 2018 r., poz. 633) bez kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów,*

*b) wydania przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej postanowienia o powołaniu tejże osoby do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego pomimo postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II GW 23/18, o wstrzymaniu wykonania uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 24 sierpnia 2018 r. nr 318/2018,*

*c) ukształtowania składu osobowego Krajowej Rady Sądowniczej w wyniku wyboru przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej piętnastu sędziów 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 ze zm.),*

*i tym samym możliwości naruszenia wynikającego z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) prawa do sądu ustanowionego ustawą polegającego na powołaniu na urząd sędziego w wyniku procedury obarczonej naruszeniami prawa – jest osobą nieuprawnioną do orzekania w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.?*

*a w wypadku odpowiedzi negatywnej:*

*2. Czy skład orzekający sądu, w którym zasiada osoba wskazana w pytaniu 1., jest sądem nienależycie obsadzonym w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.?”;*

*III. Na podstawie art. 98 § 2 k.p.k. odroczyć sporządzenie uzasadnienia postanowienia na czas 7 dni.*

## UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 8 stycznia 2019 r., III KO 154/18, Sąd Najwyższy – na podstawie art. 545 § 3 k.p.k. – odmówił przyjęcia jako oczywiście bezzasadnego wniosku R. M. (osobiście przez niego sporządzonego), skazanego za przestępstwo określone w art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k., o wznowienie postępowania zakończonego prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. akt II AKa [...], którym to wyrokiem utrzymano w mocy wyrok Sądu Okręgowego we W. z dnia 31 sierpnia 2015 r., sygn. akt II K [...].

Odpis powyższego postanowienia doręczono skazanemu w dniu 15 stycznia 2019 r. (k. 85).

W dniu 21 stycznia 2019 r. skazany R. M. złożył w administracji Zakładu Karnego w P. pismo zatytułowane „Zażalenie” zaadresowane do Sądu Apelacyjnego w [...], w którym zakwestionował ponownie objęte postępowaniem merytorycznym wyroki. Pismo to, przesłane przez Sąd Apelacyjny w [...], w dniu 7 lutego 2019 r. wpłynęło do Sądu Najwyższego i z uwagi na jego treść oraz nadanie w terminie zakreślonym do wniesienia zażalenia na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2019 r., stosownie do treści art. 118 § 1 k.p.k., uznano je za środek odwoławczy od wskazanego orzeczenia sądu wznowieniowego.

W dniu 15 lutego 2019 r. zarządzeniem Przewodniczącego Wydziału III Izby Karnej Sądu Najwyższego wyznaczono – stosownie do treści art. 545 § 3 k.p.k. – na dzień 21 marca 2019 r. termin posiedzenia składu 3 osobowego celem rozpoznania przedmiotowego zażalenia.

Prezes Sądu Najwyższego kierujący pracami Izby Karnej zarządzeniem z dnia 20 marca 2019 r., w związku z treścią wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej – ETPCz) w Strasburgu z dnia 12 marca 2019 r. w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson p. Islandii* (skarga nr 26374/18), w którym Trybunał wypowiedział się po raz pierwszy *in extenso* o wpływie wadliwości procedur wyboru sędziów na uprawnienia jednostki w kontekście dochowania wynikającego z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej – Konwencja) standardu sądu ustanowionego ustawą oraz decyzją Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej – TSUE) z dnia 19 marca 2019 r., w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18, określającą na dzień

23 maja 2019 r. termin opinii Rzecznika Generalnego w sprawie pytań prejudycjalnych Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2018 r., III PO 7/18 oraz z dnia 19 września 2018 r. III PO 8/18 i III PO 9/19, na podstawie art. 80 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.), wyznaczył do rozpoznania zażalenia R. M. nowy skład orzekający, a zarządzeniem z tego samego dnia Przewodniczącego tego składu orzekającego – najstarszy wiekiem sędzia Sądu Najwyższego – na dzień 28 marca 2019 r. wyznaczono nowy termin posiedzenia (§ 84 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. Regulamin Sądu Najwyższego – Dz. U. z 2018 r., poz. 660 ze zm.).

Procedując w przedmiocie złożonego przez skazanego zażalenia Sąd Najwyższy uznał za konieczne zbadanie na wstępie swojego umocowania do orzekania w tej sprawie przez pryzmat przesłanek określonych w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., jak również w kontekście należytej obsady sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

Nie ulega wątpliwości, że stwierdzając, iż dana osoba jest nieuprawniona do orzekania, prezes sądu lub przewodniczący wydziału nie powinien jej wyznaczać do składu orzekającego. W przeciwnym razie orzeczenie wydane z udziałem takiej osoby dotknięte byłoby bezwzględną przyczyną odwoławczą z art. 439 k.p.k. Zmieniony rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lutego 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 274) Regulamin Sądu Najwyższego przez dodanie § 83a możliwość kontroli przez Prezesa Sądu Najwyższego uprawnień do orzekania w składach Sądu Najwyższego osób, co do których istnieją wątpliwości w zakresie orzekania w tym Sądzie, wyłączył. Oczywiście więc jest, że przy takim ukształtowaniu przydziału spraw, jaki obowiązuje od dnia 20 lutego 2019 r. (data wejścia w życie wskazanej wyżej zmiany w Regulaminie Sądu Najwyższego) to na składzie sądu ciąży obowiązek zbadania z urzędu w oparciu o przepis art. 42 § 1 k.p.k. kwestii posiadania przez członków tego składu uprawnień do orzekania (zob. w tym przedmiocie J. Kosonoga (w:) R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.): Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1 – 166, Warszawa 2017, t. I, s. 616 i nast.). Takie działanie ma cel prewencyjny zmierzający z jednej strony do zapobieżenia skutecznemu

wniesieniu przez jednostkę skargi indywidualnej zarzucającej naruszenie prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą i uzyskania wyroku ETPCz, który następnie mógłby stanowić podstawę do wznowienia postępowania karnego w danej sprawie (art. 540 § 3 k.p.k.), z drugiej strony do uniknięcia wniesienia w takim wypadku skutecznej skargi kasacyjnej.

W tym miejscu podnieść należy, że postanowienie Sądu Najwyższego wydane w trybie art. 545 § 3 k.p.k., w zakresie dotyczącym rozpoznania zażalenia strony od postanowienia tego Sądu wydanego na podstawie powołanego wyżej przepisu, może zostać zaskarżone w drodze kasacji przez jeden z podmiotów określonych w art. 521 § 1 k.p.k. W postanowieniu z dnia 25 września 2013 r., III KK 231/13 (OSNKW 2013, z. 12, poz. 103), Sąd Najwyższy zasadnie wywiódł, że art. 547 § 1 k.p.k. wprawdzie wprost określa zakaz skarżenia orzeczeń oddalających wniosek w przedmiocie wznowień postępowań, wydanych przez Sąd Najwyższy albo sąd apelacyjny, jednak zakaz ten dotyczy jedynie postępowania wznowieniowego, a więc zaskarżania postanowień oddalających wniosek o wznowienie postępowania w drodze postępowania instancyjnego. Zakazem tym nie jest więc objęta możliwość zaskarżenia takiego orzeczenia nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, jakim jest kasacja. Środek ten, w oczywisty sposób, wobec treści art. 519 k.p.k. (wskazującego możliwość wywodzenia kasacji jedynie od wyroków oraz określonych ściśle rodzajów postanowień) nie jest dostępny dla stron, lecz art. 521 k.p.k. pozwala wymienionym w jego dyspozycji podmiotom szczególnie wywodzić kasację „od każdego prawomocnego orzeczenia sądu kończącego postępowanie”. Jeżeli zaś tak, to niewątpliwie orzeczenie zapadłe w następstwie rozpoznania zażalenia na postanowienie o oddaleniu jako oczywiście bezzasadnego wniosku o wznowienie postępowania spełnia wskazane w wymienionym wyżej wyroku Sądu Najwyższego kryteria orzeczenia kończącego postępowanie (w tym wypadku postępowania o wznowienie postępowania) i pomimo braku możliwości jego zaskarżenia w drodze zwykłych środków odwoławczych (art. 426 § 1 k.p.k.) podlega tego rodzaju nadzwyczajnej kontroli kasacyjnej. W tej sytuacji istnieje konieczność zbadania przez 3 osobowy skład orzekający Sądu Najwyższego wyznaczony do rozpoznania takiego zażalenia (art. 545 § 3 k.p.k.), czy w składzie

tym i w ewentualnym wydaniu orzeczenia nie bierze udziału osoba, wobec której istnieją wątpliwości co do jej uprawnienia do orzekania w Sądzie Najwyższym – art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., a jeżeli nie, to czy Sąd ten z udziałem takiej osoby jest sądem należycie obsadzonym w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Wyjaśnienie powyższej kwestii jest niezbędne w celu uniknięcia sytuacji, która może doprowadzić do wzruszenia zapadłego orzeczenia, jak to miało miejsce w powołanej wyżej sprawie III KK 231/13, z uwagi na wystąpienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej wówczas w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.

Powstałe po stronie składu orzekającego zasygnalizowane wyżej wątpliwości związane są zasadniczo z trzema problemami, które mogą rzutować na ocenę prawidłowości procesu nominacyjnego jednego z członków tego składu – W. S. – i w związku z tym, w wypadku przystąpienia do merytorycznego rozpoznania sprawy, skutkować nie tylko naruszeniem przepisów procedury karnej, lecz przede wszystkim określonego w art. 6 ust. 1 Konwencji standardu sądu ustanowionego ustawą.

Zgodnie z art. 179 Konstytucji RP, sędziowie są powoływani przez Prezydenta Rzeczypospolitej, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, na czas nieoznaczony. Szczegółowy tryb procedowania w sprawach dotyczących powołania na stanowisko sędziego w różnych sądach jest regulowany ustawą z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz. 84 – dalej u.K.R.S.) oraz ustawami ustrojowymi: ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. j.w. – dalej u.S.N.), ustawą z dnia 21 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz. 52 ze zm.), ustawą z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (tj.: Dz. U. z 2018 r., 2107 ze zm.) i ustawą z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych (tj.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1921 ze zm.).

W odniesieniu do sędziów Sądu Najwyższego procedurę tę rozpoczyna obwieszczenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej wydane po zasięgnięciu opinii Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego zamieszczane w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” o liczbie wolnych stanowisk sędziego przewidzianych do objęcia w poszczególnych izbach Sądu Najwyższego (art. 31 § 1 u.S.N.). Kolejnym etapem jest postępowanie przed Krajową Radą Sądownictwa (dalej –

KRS) przewidziane w art. 31 § 2 – 3d u.S.N., zakończone podjęciem uchwały zawierającej wniosek o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego, którą KRS przedstawia Prezydentowi RP (art. 44a u.K.R.S.). Procedurę kończy doręczenie aktu powołania (postanowienia Prezydenta RP), z którą to chwilą nawiązuje się stosunek służbowy sędziego Sądu Najwyższego (art. 33 § 1 u.S.N.) oraz z złożenie wobec Prezydenta RP ślubowania (art. 34 § 1 u.S.N.).

Pierwszą wymagającą rozważenia kwestią jest fakt wydania przez Prezydenta RP obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym bez kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów.

Konstytucja RP nie normuje procedury, w której dochodzi do wydania przez KRS przewidzianego w art. 179 wniosku o powołanie sędziego przez Prezydenta RP. Oznacza to, że ustawodawca zwykły ma daleko idącą swobodę w określaniu tejże procedury, w tym także inicjujących ją zdarzeń prawnych. Dotyczy to także obwieszczania o liczbie wolnych stanowisk sędziowskich. Jeżeli jednak ustawodawca decyduje się na przyznanie takiej kompetencji określonemu organowi, powinien czynić to w zgodzie z przepisami określającymi sposób wydawania aktów urzędowych przez te organy.

Jak to zasygnalizowano wyżej, na podstawie art. 31 § 1 u.S.N. Prezydentowi RP przyznano prawo do ogłoszenia w Monitorze Polskim obwieszczenia dotyczącego liczby wolnych stanowisk sędziego przewidzianych do objęcia w poszczególnych izbach Sądu Najwyższego. Prezydent RP korzystając z tej kompetencji wydał – bez kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów – obwieszczenie z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M.P. z 2018 r., poz. 633).

Ponieważ nowa kompetencja ustawowa nie została wskazana w art. 144 ust. 3 Konstytucji RP, czyli wśród 30 prerogatyw wymienionych w tym przepisie [zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego (TK): z dnia 5 czerwca 2012 r., K 18/09, OTK-A 2012, nr 6, poz. 63; z dnia 13 listopada 2013 r., P 25/12, OTK-A 2013, nr 8, poz. 122; z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15, OTK-A 2015, nr 11, poz. 185; por. M. Ziółkowski, Prerogatywa Prezydenta RP do powołania sędziów (uwagi o art. 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 Konstytucji), Przegląd Sejmowy 2013, nr 1, s. 66],

to oczywiste wydaje się, że ogłoszenie w Monitorze Polskim obwieszczenia dotyczącego liczby wolnych stanowisk sędziego przewidzianych do objęcia w poszczególnych izbach Sądu Najwyższego wymagało kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów. W świetle art. 144 ust. 2 Konstytucji RP każdy akt urzędowy Prezydenta niebędący prerogatywą wymaga bowiem kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów. Dyrektywa ta ma rangę zasady konstytucyjnej, co oznacza, że ustawodawca nie może jej ani zmieniać, ani modyfikować, wskazując akty urzędowe, które wymagają uzyskania kontrasygnaty oraz te, które ze wspomnianego wymogu są zwolnione [zob. A. Frankiewicz, Kontrasygnata aktów urzędowych Prezydenta RP, Kraków 2004, s. 140]. Z powyższego wynika, że art. 144 ust. 2 Konstytucji RP ustanawia domniemanie kontrasygnaty aktów urzędowych Prezydenta. Wymagana jest ona dla każdego aktu urzędowego poza aktami *expressis verbis* wymienionymi w art. 144 ust. 3 Konstytucji RP [por. P. Czarny, Realizacja konstytucyjnych kompetencji Prezydenta RP w odniesieniu do sądów i Krajowej Rady Sądownictwa, [w:] System rządów Rzeczypospolitej Polskiej. Założenia konstytucyjne a praktyka ustrojowa, red. M. Grzybowski, Warszawa 2006, s. 79 i n.; M. Ziółkowski, Prerogatywa Prezydenta RP do powołania sędziów (uwagi o art. 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 Konstytucji), Przegląd Sejmowy 2013, s. 66]. W zbiorze tym nie mieści się natomiast akt urzędowy Prezydenta w postaci ogłoszenia obwieszczenia o liczbie wolnych stanowisk sędziowskich do obsadzenia w SN.

Należy również wskazać, że niedopuszczalne prawnie jest traktowanie kompetencji do ogłoszenia obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym, przyznanej Prezydentowi w drodze ustawy o Sądzie Najwyższym z 2017 r., jako prerogatywy na zasadzie aktu pochodnego względem prerogatywy dotyczącej powołania sędziów (art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji). Z jednej strony wyklucza go zakaz wykładni rozszerzającej w stosunku do wyjątków jakimi są prerogatywy Prezydenta RP. Z drugiej strony, nawet aprobując pogląd o istnieniu kompetencji pochodnej, w piśmiennictwie wskazuje się, że kompetencja ta jest kompetencją, której wykonywanie jest niezbędne dla prawidłowej realizacji kompetencji zasadniczej będącej prerogatywą [B. Opaliński, Kontrasygnata aktów głowy państwa w polskim konstytucjonalizmie, *Ius Novum* 2011, nr 3, s. 138].



Tymczasem w stanie prawnym sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, uprawnienie do ogłaszania obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym przysługiwało Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego, Prezydent zaś mógł swobodnie realizować kompetencję polegającą na powołaniu sędziów. *De lege lata* nie można zatem twierdzić, że powierzenie Prezydentowi nowej kompetencji w postaci ogłoszenia obwieszczenia o liczbie wolnych stanowisk sędziowskich do obsadzenia w Sądzie Najwyższym jest niezbędne do aktu nominacji sędziów bądź stanowi jego składnik.

Należy również dostrzec, że w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP nie ma mowy o udziale Prezydenta w procesie wyłaniania kandydatów na sędziów, lecz o ich powołaniu na urząd sędziego, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa. Dodatkowym argumentem za wskazaną tezą jest treść art. 179 Konstytucji, zgodnie z którym „Sędziowie są powoływani przez Prezydenta, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, na czas nieoznaczony”. Przepis ten „powołanie sędziów” traktuje jako akt urzędowy Prezydenta podejmowany dopiero po wpłynięciu wniosku KRS.

Na przeszkodzie uznania obwieszczenia z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym za prerogatywę Prezydenta RP (tj. bez konieczności uzyskania kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów) stoją także argumenty natury historycznej. Po pierwsze, o czym już wspomniano, jest to nowa kompetencja Prezydenta, która nie istniała wówczas, gdy katalog prerogatyw był przez ustrojodawcę ustalany. W momencie uchwalenia obowiązującej Konstytucji przez Zgromadzenie Narodowe akty urzędowe Prezydenta określające liczbę sędziów Sądu Najwyższego były opatrywane kontrasygnatą Prezesa Rady Ministrów [zob. zarządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 13 lutego 1996 r. w sprawie ustalenia liczby sędziów i prezesów Sądu Najwyższego (M. P. Nr 12, poz. 135)]. Mimo takiego stanu prawnego rzeczona kompetencja głowy państwa do ustalania liczby sędziów Sądu Najwyższego nie została włączona do katalogu prerogatyw prezydenckich zamieszczonych w art. 144 ust. 3 Konstytucji RP. W konsekwencji wydane w dniu 9 lipca 1998 r. rozporządzenie Prezydenta w sprawie ustalenia liczby sędziów i prezesów Sądu Najwyższego opatrzone było kontrasygnatą Prezesa Rady Ministrów [zob. rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej

z dnia 9 lipca 1998 r. w sprawie ustalenia liczby sędziów i prezesów Sądu Najwyższego (Dz. U. Nr 94, poz. 595)], podobnie jak wydane 13 lutego 1996 r. zarządzenie w tej samej sprawie. Nie ma zatem podstaw do tego, by obecnie wydawane obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich traktować odmiennie. Po drugie, na przeszkodzie uznania omawianego obwieszczenia za prerogatywę stoi zasada domniemania kontrasygnaty aktów urzędowych Prezydenta wywodzona z art. 144 ust. 2 Konstytucji RP [P. Sarnecki, Komentarz do art. 144 Konstytucji RP, (w:) L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Wydawnictwo Sejmowe 1999, t. I, s. 3-4]. Wyjątki od niej wskazane zostały w art. 144 ust. 3 Konstytucji RP i nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający [zob. np. P. Czarny, Realizacja konstytucyjnych..., *op.cit.*, s. 79]. Oznacza to, że włączenie do katalogu prerogatyw każdej nowej kompetencji przyznanej głowie państwa przez ustawę wymaga każdorazowej nowelizacji art. 144 ust. 3 Konstytucji RP polegającej na dodaniu tej kompetencji do zawartego w tym przepisie katalogu prerogatyw.

Warto również wspomnieć, że w wyroku z 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, wydanym w pełnym składzie, Trybunał Konstytucyjny orzekł o niekonstytucyjności przepisu przyznającego Prezydentowi kompetencje do powołania i odwołania przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji spośród członków tego organu, która wcześniej przysługiwała Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji. W wyroku tym TK odrzucił możliwość stosowania koncepcji prerogatyw pochodnych i analogicznych, stwierdzając wprost, iż „brak jest podstaw do uznania, że uprawnienia Prezydenta wykonywane na podstawie art. 144 ust. 3 Konstytucji mogą być rozszerzane drogą ustawową na zasadzie „dalszego ciągu” aktu zwolnionego z kontrasygnaty, czy na zasadzie kompetencji analogicznych” [OTK ZU 3A/2006, poz. 32].

Również w piśmiennictwie neguje się istnienie konstrukcji prerogatyw pochodnych. Zauważa się m.in., że „rzeczywiście istotna część kompetencji prezydenta niezamieszczonych w art. 144 ust. 3 Konstytucji powinna być – z uwagi na swój cel – zwolniona od kontrasygnaty (dotyczy to przede wszystkim kompetencji kreacyjnych dotyczących sądownictwa i organów niezależnych od administracji rządowej). Jednakże postulat zmian w tym zakresie ma (...)

znaczenie jedynie na płaszczyźnie *de lege ferenda*. Ewentualnych niekonsekwencji ustrojodawcy nie można bowiem naprawiać w drodze zabiegów interpretacyjnych, które same prowadzą do naruszenia konstytucji”. Co więcej „W razie zaistnienia (...) kontrowersji głowa państwa winna zatem przyjąć, zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extendendae*, że dany akt urzędowy wymaga dla swej ważności podpisu szefa rządu. Taki sposób działania (...) bardziej bowiem odpowiada treści zasady kontrasygnaty wyrażonej w art. 144 ust. 2 konstytucji. Rozszerzanie przez Prezydenta zakresu prerogatyw na mocy własnej decyzji rodzi poważne ryzyko naruszenia ustawy zasadniczej, której ochrona jest jego obowiązkiem” [B. Szczurowski, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej jako organ czuwający nad przestrzeganiem konstytucji, Warszawa 2016, LEX nr 297026]. Nawet aprobując pogląd o istnieniu prerogatywy pochodnej, trzeba mieć na uwadze, że jego zwolennicy uważają, iż można prerogatywę pochodną przyjąć tylko wówczas, gdy kompetencja niewymieniona w katalogu prerogatyw jest niezbędna dla prawidłowej realizacji kompetencji będącej prerogatywą. Tymczasem, jak już wspomniano, podjęcie przez Prezydenta aktu obwieszczenia o wolnym stanowisku sędziego Sądu Najwyższego nie jest czynnością niezbędną dla prawidłowej realizacji czynności powołania takiego sędziego. W latach 2002-2017 czynność polegająca na obwieszczeniu w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski” o wolnych miejscach w Sądzie Najwyższym nie przysługiwała Prezydentowi, lecz Pierwszemu Prezesowi SN. W żaden sposób nie wpływało to jednak na prawidłowość wykonywania przez Prezydenta RP czynności powołania osoby na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego.

Dostrzegając powyższe należy przyjąć, że ogłoszenie obwieszczenia o liczbie wolnych stanowisk sędziego przewidzianych do objęcia w poszczególnych izbach Sądu Najwyższego jest aktem urzędowym Prezydenta wymagającym kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów. Jej brak oznacza, że „Akt niekontrasygnowany skutków (...) nie wywiera, choćby nawet Kancelaria Prezydenta spowodowała jego rozesłanie, doręczenie, zawiadomienie itp. Organom zobowiązanych do realizacji aktów Prezydenta nie wolno realizować aktów niekontrasygnowanych, podmioty „uprawnione” na ich podstawie nie mogą podnosić żadnych roszczeń, akty te nie mogą być ogłaszane w oficjalnych

organach publikacyjnych itd.” [P. Sarnecki, Komentarz do art. 144 Konstytucji RP (w:) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, red. L. Garlicki, Warszawa 1999, t. I, s. 4].

Powyższych zastrzeżeń nie osłabia pogląd wyrażony w wyroku z dnia 24 października 2017 r., K 3/17 [OTK ZU A/2017, poz. 68], dotyczącym powołania przez Prezydenta RP na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Trybunał Konstytucyjny zauważył, że w polskim ustawodawstwie nie ma procedury umożliwiającej wzruszanie czy kontrolowanie aktów wydanych w ramach wykonywania przez Prezydenta RP jego prerogatyw. Konstytucja nie tylko nie zawiera, ale też nie daje możliwości stworzenia takiej procedury na poziomie ustawowym. Tak więc niezależnie od wskazanej w sentencji wadliwości przepisów ustawowych i regulaminowych dotyczących przedstawiania Prezydentowi RP kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego czy jednoznacznych wad w procesie wyboru kandydatów na to stanowisko, akt powołania Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego jest skuteczny w momencie jego podpisania przez Prezydenta RP. Jak się wydaje, idąc tą logiką, należałoby przyjąć tożsame stanowisko w odniesieniu do wadliwości uchwały KRS w przedmiocie przedstawienia wniosku o powołanie na stanowisko sędziego. Należy zauważyć, że przyjmując sposób rozumowania wskazany w wyroku TK z dnia 24 października 2017 r., K 3/17, trzeba byłoby jednak również uznać, że skuteczne może być np. powołanie przez Prezydenta RP na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego osoby, która nie przystąpiła do konkursu bądź bez jego obwieszczenia. Skoro nie istnieje w polskim ustawodawstwie procedura umożliwiająca wzruszanie czy kontrolowanie aktów wydanych w ramach wykonywania przez Prezydenta RP jego prerogatyw, to przecież takie powołanie również będzie skuteczne.

Aprobata ww. poglądu TK *de facto* i *de iure* oznaczałaby, że Prezydent RP jest organem wyłączonym, w zakresie, w jakim realizuje prerogatywy, spod jakiegokolwiek kontroli organów państwowych. Tak jednak nie jest, gdyż przywołana teza wyroku TK z dnia 24 października 2017 r., K 3/17, nie uwzględnia art. 7 Konstytucji RP. Z jego brzmienia wynika, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, że organy państwowe mogą

działać wyłącznie na podstawie upoważnienia przewidzianego w prawie, a więc że działanie organów państwa musi posiadać odpowiednią legitymację formalną w postaci prawnej, która udziela upoważnienia do podjęcia tego działania. Brak regulacji prawnej upoważniającej organ państwowy do podjęcia danego działania należy uznać za równoznaczny z zakazem tego działania. Dotyczy to również Prezydenta RP, ponieważ jego akty urzędowe nie zostały – na podstawie Konstytucji RP – wyłączone spod zakresu art. 7 Konstytucji RP. Co więcej, za tym, że Prezydent ma obowiązek działać na podstawie prawa i w jego granicach, przemawia możliwość poniesienia przez Prezydenta odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu za naruszenie każdego przepisu Konstytucji, także tego ustanawiającego prerogatywę (art. 145 Konstytucji). Nie jest więc uprawnione stanowisko jakie zajął TK twierdząc w uzasadnieniu orzeczenia, że ta właśnie prerogatywa Prezydenta „nie podlega kontroli innych organów”.

Odnosząc powyższe uwagi do ogłoszonego przez Prezydenta w Monitorze Polskim obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym wskazać należy, że nie zostało ono podpisane przez Prezesa Rady Ministrów, a zatem należy przyjąć – *verba constitutionis* – że jest nieważne. W konsekwencji powstaje pytanie o legalność całego procesu wyłaniania kandydatów na sędziów, w tym opiniowania ich przez KRS, oraz zgodność z Konstytucją RP powołania na urząd sędziego Sądu Najwyższego. O ile jednak teza o nieważności obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym nie wydaje się kontrowersyjna, o tyle można mieć wątpliwości, czy nieważność aktu urzędowego inicjującego procedurę powołania sędziów Sądu Najwyższego powoduje, że cała procedura, w tym także akty powołania osób na stanowiska sędziów tego Sądu przez Prezydenta RP, są również nieważne. W piśmiennictwie prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco.

W tym kontekście wskazuje się, na przykład, że „wydanie przez Prezydenta aktów urzędowych z pominięciem kontrasygnaty stanowi delikt konstytucyjny, a ogłoszone przez Prezydenta w Monitorze Polskim obwieszczenie o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym, które nie zostało podpisane

przez Prezesa Rady Ministrów, jest nieważne. Tym samym również nieważny będzie wybór sędziów Sądu Najwyższego, którzy w odpowiedzi na wspomniane obwieszczenie zgłosili swoje kandydatury”. Podnosi się też, że w analizowanej sytuacji nieważność czynności inicjującej całą procedurę przesądza automatycznie o nieważności całego postępowania. Następstwem takiego stanu rzeczy jest to, że „Osoby wybrane na sędziów Sądu Najwyższego w ramach tej procedury nie powinny być zatem dopuszczane do orzekania, gdyż zostaną wyłonione z naruszeniem Konstytucji” [oba cytaty za M. Florczak-Wątor, Spór o SN: zła procedura to nieważne wybory, Rzeczpospolita z 18 września 2018 r.].

Drugim zagadnieniem wymagającym w niniejszej sprawie rozważenia to ukształtowanie składu osobowego Krajowej Rady Sądownictwa w następstwie 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 ze zm.).

Zgodnie z art. 179 Konstytucji RP, sędziowie są powoływani przez Prezydenta Rzeczypospolitej, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, na czas nieoznaczony. W perspektywie prawnokonstytucyjnej oceny skutków nominacji sędziów Sądu Najwyższego nie można więc abstrahować od kwestii aktualnego statusu Krajowej Rady Sądownictwa, w tym sposobu kształtowania jej składu, wydaje się bowiem, że wniosek Krajowej Rady Sądownictwa stanowi warunek *sine qua non* skutecznego powołania, o którym mowa w art. 179 Konstytucji RP.

Zgłaszane w debacie publicznej wątpliwości dotyczące powoływania sędziów Sądu Najwyższego pod rządami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym w kontekście kształtowania składu części sędziowskiej KRS, zostały na gruncie krajowym rozstrzygnięte wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 marca 2019 r., K 12/18, w którym to orzeczeniu TK stwierdził, że art. 9a ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa – Dz. U. z 2019 r. poz. 84 („Sejm wybiera spośród sędziów Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, sądów administracyjnych i sądów wojskowych piętnastu członków Rady na wspólną czteroletnią kadencję”) jest zgodny z art. 187 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 w związku z art. 2, art. 10 ust. 1 i art. 173 oraz z art. 186 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej” (pkt 1 wyroku).

Niezależnie więc od zastrzeżeń pojawiających się w odniesieniu do sposobu procedowania w przedmiotowej sprawie przez Trybunał, w tym do składu orzekającego oraz niezgodności wyrażonego w powołanym wyroku poglądu z wcześniejszymi interpretacjami art. 187 ust. 1 Konstytucji (zob. uzasadnienie wyroku TK z dnia 18 lipca 2007 r., K 25/07, OTK-A 2007, nr 7, poz. 80), zauważyć należy, że zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji orzeczenia Trybunału mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne. Tak też zobligowany jest traktować wskazany wyżej wyrok Sąd Najwyższy.

Nie zmienia to postaci rzeczy, że kwestia składu KRS i sposobu jej powoływania pozostaje otwarta na gruncie przepisów prawa traktatowego.

Dał temu wyraz Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 sierpnia 2018 r., III PO 7/18, zwracając się – na podstawie art. 267 TFUE – do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej – TSUE) m.in. z pytaniem prawnym (pkt I ppkt 1 postanowienia): „Czy art. 267 TFUE akapit 3 w związku z art. 19 ust. 1 i art. 2 TUE oraz art. 47 KPP należy interpretować w ten sposób, że utworzona od podstaw izba sądu ostatniej instancji Państwa Członkowskiego – właściwa do rozpoznania sprawy odwołującego się sędziego sądu krajowego - w której mają orzekać wyłącznie sędziowie wybrani przez organ krajowy mający stać na straży niezależności sądów (Krajowa Rada Sądownictwa), który z uwagi na ustrojowy model jego ukształtowania oraz sposób działania nie daje rękojmi niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej, jest sądem niezależnym i niezawisłym w rozumieniu prawa Unii Europejskiej?”.

Wątpliwości Sądu Najwyższego wyrażone w powołanym wyżej postanowieniu, które Sąd Najwyższy orzekający w tym składzie w pełni podziela, a które rozwinięte zostały w kolejnych postanowieniach Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2018 r., III PO 8/18 i III PO 9/18, czyni zbędnym powtarzanie powołanej w uzasadnieniach tych orzeczeń argumentacji, którą w całej rozciągłości należy zaaprobować.

To z kolei daje asumpt do twierdzenia, że proces nominacyjny sędziego, którego istotnym elementem jest uchwała KRS, a więc organu krajowego mającego stać na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziowskiej, a który z uwagi na ustrojowy model jego ukształtowania oraz sposób działania nie daje rękojmi

niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej, może skutkować brakiem po stronie takiego sędziego uprawnień do orzekania w sądzie wskazanym uchwałą KRS, a sąd orzekający z jego udziałem nie może zostać uznany za sąd niezależny i niezawisły w rozumieniu prawa Unii Europejskiej.

Przedstawione wyżej uwagi, znajdujące oparcie w pytaniach prejudycjalnych Sądu Najwyższego w sprawach III PO 7/18, III PO 8/18 i III PO 9 /18, nakazują rozważenie powołanej wyżej problematyki również przez pryzmat konwencyjnego standardu „niezależnego, bezstronnego sądu ustawionego ustawą”, a to w związku z ewentualnością uznania wadliwości procedury wyboru sędziego orzekającego w sprawie karnej.

Z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wynika prawo oskarżonego do rozpoznania jego sprawy przez „niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą”. Orzecznictwo ETPCz poddające interpretacji problematykę standardu „niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą” jest bardzo obszerne. W kontekście niniejszego pytania prawnego rozważenia wymaga wyłącznie zagadnienie znaczenia wadliwości związanych z powołaniem sędziego do orzekania w danym sądzie dla dochowania wymogów płynących z art. 6 ust. 1 Konwencji. Należy zauważyć, że kwestia wadliwości powołania sędziego do orzekania w danej sprawie rozpatrywana jest przez ETPCz w kontekście wynikającego z art. 6 ust. 1 Konwencji wymogu ustanowienia sądu ustawą. Zagadnienie to wiąże się jednak również z wymogiem rozpoznania sprawy przez niezależny sąd w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji.

W orzecznictwie przyjmuje się, że za „sąd” może być uznany tylko organ wykonujący władzę sądenia, tzn. organ, który rozstrzyga sprawy przekazane do jego kompetencji respektując zasadę państwa prawa (*rule of law*) i po przeprowadzeniu postępowania w sposób przewidziany prawem [por. m.in.: wyrok ETPCz z dnia 30 listopada 1987 r., *H. p. Belgii*, skarga nr 8950/80, pkt 50]. Organ ten musi spełniać dalsze wymogi: niezależności (w szczególności od władzy wykonawczej), bezstronności oraz warunki dotyczące czasu trwania kadencji jego członków. Procedura stosowana przez ten organ w ramach wykonywania kompetencji orzeczniczych musi oferować pewne gwarancje, z których część została wyrażona w samym art. 6 ust. 1 Konwencji



[m.in. wyroki ETPCz: z dnia 23 czerwca 1981 r., *Le Compte, Van Leuven i De Meyere p. Belgii*, skargi nr 7299/75, 7496/76, pkt 55; z dnia 29 kwietnia 1988 r., *Belilos p. Szwajcarii*, skarga nr 10328/83, pkt 64; z dnia 8 czerwca 2006 r., *Woś p. Polsce*, skarga nr 22860/02, pkt 94; z dnia 3 kwietnia 2013 r., *Julius Kloiber Schlachthof gmbh i inni p. Austrii*, skargi nr 21565/07, 21572/07, 21575/07 i 21580/07, pkt 28]. W orzecznictwie wskazuje się też, że sformułowanie „sąd ustanowiony ustawą” należy rozumieć jako wymagające tego, aby krajowy porządek normatywny regulował za pomocą norm prawnych fundamentalne zagadnienia dotyczące organizacji i funkcjonowania danego organu. Kwestie te nie mogą być rozstrzygane arbitralnie. Sąd musi zatem zostać powołany na mocy przepisów, a także w ten sam sposób musi zostać określona jego właściwość [por. m.in. wyrok ETPCz z dnia 28 listopada 2002 r. w sprawie *Lavents p. Łotwie* (skarga nr 58442/00), § 114]. Co do zasady powyższe kwestie powinny być regulowane w aktach normatywnych powszechnie obowiązujących i uchwalonych przez władzę ustawodawczą [por. m.in. wyrok ETPCz z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie *Gurov p. Mołdawii*, nr skargi 36455/02, § 34]. W przypadku określania właściwości sądu mogą to być także umowy międzynarodowe [por. wyrok ETPCz z dnia 12 lipca 2007 w sprawie *Jorgic p. Niemcom*, skarga nr 74613/01, § 64-72]. Sprawa dotyczyła możliwości sądenia przez sąd niemiecki zbrodni ludobójstwa popełnionej na terenie byłej Jugosławii. Kompetencja do rozpoznania danej kategorii spraw – jak stwierdził wówczas Trybunał – nie może zależeć od arbitralnej decyzji organu władzy publicznej. W orzecznictwie ETPCz wskazuje się też, że sformułowanie „sąd ustanowiony ustawą” odnosi się również do zakresu możliwych rozstrzygnięć, które dany sąd jest władny podjąć. Jeżeli więc wydane orzeczenie nie mieści się ze względu na jego rodzaj w ramach kompetencji ustawowej sądu, to organ, który je wydał, przestaje być sądem ustanowionym ustawą w myśl art. 6 ust. 1 Konwencji [wyrok ETPCz z dnia 20 lipca 2006 r. w sprawie *Sokurenko i Strygun p. Ukrainie* (skarga nr 29458/04 i 29465/04), § 26-29].

Orzecznictwo ETPCz dotyczące tego, jakie cechy powinien posiadać organ określany mianem „sądu” jest bardzo bogate. Ze względu na przedmiot, którego dotyczy pytanie prawne Sądu Najwyższego skierowane do składu powiększonego,

dalsze rozważania należy ograniczyć jedynie do dwóch aspektów prawa do sądu: 1) „prawa do sądu ustanowionego ustawą” w kontekście dopuszczenia do orzekania osoby, co do której istnieją wątpliwości co do jej uprawnienia do orzekania oraz 2) wymogów procedury powołania na sędziego w kontekście zagwarantowania przymiotu niezawisłości.

Prawo do „sądu ustanowionego ustawą” oznacza, że w społeczeństwie demokratycznym organizacja sądownictwa, rozumiana jako powołanie sędziów i wskazanie właściwości sądów, nie może być pozostawiona władzy wykonawczej, ale winna być uregulowana przez prawo przyjęte przez parlament. Nie wyklucza to dopuszczalności uregulowania niektórych kwestii dotyczących funkcjonowania sądów przez władzę wykonawczą na podstawie delegacji ustawowej [por. m.in.: wyrok ETPCz z 28 listopada 2002 r., *Lavents p. Łotwie*, 58442/00, pkt 114]. Wymóg ustawowego uregulowania podstaw funkcjonowania sądów obejmuje także sposób wyznaczenia składu orzekającego w konkretnej sprawie. W rezultacie, jeżeli w składzie orzekającym znajdują się członkowie nieupoważnieni w myśl prawa krajowego do pełnienia ich funkcji, to dochodzi do naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą”. Europejski Trybunał Praw Człowieka oceniał tę kwestię przede wszystkim w kilku orzeczeniach wydanych wobec Rosji, a dotyczących zarzutów nieprawidłowości przy wyborze ławników. Naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji z powodu niezapewnienia dostępu do „sądu ustanowionego ustawą” stwierdzono m.in. w następujących okolicznościach: orzekania przez ławników przez większą ilość dni w roku niż było to dozwolone przez ustawę, wyznaczenie ławników do sprawy z pominięciem wymogu losowania i brak dokumentów potwierdzających, że ławnicy mają prawo orzekać w danym sądzie [wyrok w sprawie *Posokhov p. Rosji* z dnia 4 marca 2003 r., skarga nr 63486/00]; udziału w składzie orzekającym dwóch ławników wylosowanych spośród grupy 6 ławników, zamiast wszystkich ławników uprawnionych do orzekania w okręgu danego sądu (wyrok ETPCz w sprawie *Moskovets p. Rosji* z dnia 23 kwietnia 2009 r., skarga nr 14370/03); brak dokumentów potwierdzających uprawnienie ławnika do orzekania po zmianie nazwy sądu [wyrok ETPCz w sprawie *Sevanstyanov p. Rosji* w dniu 14 czerwca 2011 r., skarga nr 75911/01]. We wszystkich orzeczeniach dotyczących tej kwestii w zasadzie

każde naruszenie ustawowych wymogów dotyczących wyboru ławników i sposobu wyznaczania ich do konkretnego składu orzekającego skutkowało stwierdzeniem naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji.

W dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym Polski, Trybunał miał okazję wypowiedzieć się co do zgodności z art. 6 Konwencji w sytuacji orzekania w sprawie karnej przez sąd, w którego składzie zasiadał sędzia nieprawidłowo delegowany do rozpoznania sprawy [sprawa *Richert p. Polsce*, wyrok ETPCz z dnia 25 października 2011 r., skarga nr 54809/07]. Oceniona została także zgodność z art. 6 Konwencji wyznaczenia sędziego do konkretnej sprawy z naruszeniem wymogów art. 351 § 1 k.p.k. w jego pierwotnym brzmieniu [sprawa *Chim i Przywieczerski p. Polsce*, wyrok ETPCz z dnia 12 kwietnia 2018 r., skargi nr 36661/07 i 38433/07]. I tak, w sprawie *Richert przeciwko Polsce* sędzia sądu rejonowego delegowany do sądu okręgowego orzekał na części terminów rozprawy poza zakresem czasowym udzielonej mu delegacji. Stosowna delegacja do orzekania na części terminów została mu udzielona retroaktywnie, po tym, jak już uczestniczył w posiedzeniach sądu. ETPCz stwierdził w tym względzie, że nie przedstawiono mu argumentów, które wykazałyby, „że zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami prawa krajowego, interpretowanymi przez polskie sądy, zatwierdzenie wniosku o oddelegowanie z mocą wsteczną stanowi jedną z prawnie dozwolonych metod delegowania sędziów do innych sądów” (pkt 50 wyroku). Ta okoliczność przesądziła o stwierdzeniu, że „w związku z brakiem autorytatywnego stwierdzenia przez polskie władze sądownicze, iż zezwolenie na oddelegowanie sędziego do rozpoznania sprawy karnej z mocą wsteczną było zgodne z prawem krajowym, brak jest podstaw, w oparciu o które Trybunał mógłby przyjąć, iż w okresie między 27 października 2004 r. i 11 października 2005 r. skład sądu pierwszej instancji spełniał stosowane wymogi prawa krajowego” (pkt 55 wyroku). W rezultacie ETPCz orzekł naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji w tej sprawie. Warto nadmienić, że ETPCz w sprawie *Richert p. Polsce* przyjął założenie o zaistnieniu w sprawie bezwzględnej przyczyny odwoławczej pomimo wątpliwości w tej kwestii w polskim systemie prawnym, jak należy interpretować art. 77 prawa o ustroju sądów powszechnych. Zgodnie z przeważającą linią orzecznictwa Sądu Najwyższego, nieprawidłowe delegowanie sędziego do sądu

skutkowało „nienależytą obsadą sądu” w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., nie było to jednak stanowisko jednolite. Toteż ETPCz przyjął założenie o zaistnieniu w sprawie bezwzględnej przyczyny odwoławczej, pomimo wątpliwości w tej kwestii. To założenie pozwoliło mu następnie na sformułowanie tezy, że Sąd Najwyższy miał obowiązek zbadać kwestię należytej obsady sądu z urzędu, poza granicami wniesionej kasacji. Wyrok ETPCz w sprawie *Richert p. Polsce* stał się następnie podstawą wznowienia postępowania karnego przez Sąd Najwyższy na podstawie art. 540 § 3 k.p.k. (sprawa III KO 58/13).

Natomiast w sprawie *Chim i Przywieczerski p. Polsce* (dotyczącej skazanych w tzw. „aferze FOZZ”) ETPCz podał w wątpliwość pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 listopada 2005 r., I KZP 43/05, że „wyznaczenie składu sądu z naruszeniem reguł określonych w art. 350 § 1 k.p.k. i art. 351 § 1 k.p.k. stanowi względną przyczynę odwoławczą, o której mowa w art. 438 pkt 2 k.p.k.” Twierdząc, że „sąd pierwszej instancji, który rozpoznawał sprawę skarżących, nie może być uznawany za „sąd ustanowiony ustawą” (pkt. 141), *de facto* uznał, że mogła wystąpić w tym wypadku bezwzględna przesłanka odwoławcza. ETPCz nie podzielił opinii sądów krajowych, że stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na treść orzeczenia. Trybunał uznał naruszenie prawa do sądu ustanowionego ustawą za uchybienie na tyle poważne, że wymagało ono naprawienia. Z drugiej strony ETPCz nie zasądził żadnego zadośćuczynienia na rzecz skarżących, zaś rozważając potrzebę wznowienia postępowania sądowego w tej sprawie nie zajął jednoznacznego stanowiska (wyrok w sprawie *Chim i Przywieczerski p. Polsce* pkt. 218-219) – wniosek o wznowienie postępowania w oparciu o powołany wyrok ETPCz nie został przez Sąd Najwyższy uwzględniony (postanowienie z dnia 26 lutego 2019 r., II KO 47/18).

W omawianym kontekście warto także zwrócić uwagę na sprawę *Gurov p. Mołdawii*. W sprawie tej, w składzie orzekającym w postępowaniu przeciwko skarżącemu orzekał sędzia, który został powołany do pełnienia urzędu na 10 lat. Okres ten upłynął w 2000 r., a więc przed rozpoznaniem przez tego sędziego sprawy skarżącego. Wskazany sędzia po upływie kadencji nie został jednak na mocy oficjalnej decyzji Prezydenta Mołdawii odwołany z zajmowanego

stanowiska. Jak przyznał w toku postępowania przed ETPCz rząd mołdawski, praktyką w takich sytuacjach było dalsze orzekanie przez sędziów aż do czasu, gdy Prezydent podjął stosowną decyzję o odwołaniu danego sędziego z jego stanowiska. Praktyka ta jednak nie miała żadnego umocowania ustawowego. W takich okolicznościach ETPCz uznał, że sąd orzekający w sprawie skarżącego nie był sądem ustanowionym zgodnie z ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji [por. wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie *Gurov przeciwko Mołdawii*, skarga nr 36455/02, § 35-39].

Podsumowując tę część rozważań należy jednoznacznie stwierdzić, że ETPCz podchodzi bardzo rygorystycznie do obowiązku przestrzegania przez państwa - strony Konwencji reguł dotyczących wyznaczania składów orzekających w sprawach karnych (w tym nawet dość technicznych związanych z zasadami losowania członków składu orzekającego) oraz reguł związanych z określaniem granic temporalnych orzekania sędziego w danym sądzie (w ramach ustawowo przewidzianej kadencji czy też, w realiach sprawy *Richert p. Polsce* delegowania sędziego do pełnienia obowiązków w innym sądzie). Ich naruszenie jest jednolicie i jednoznacznie kwalifikowane przez ETPCz jako naruszenie prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą (art. 6 ust. 1 Konwencji).

Odnosząc się do drugiego aspektu, tj. wymogów procedury powołania na sędziego w kontekście zagwarantowania przymiotu niezawisłości należy stwierdzić, że orzeczeń, w których ETPCz poszedł o krok dalej i badał procedurę nominacyjną z perspektywy zagwarantowania niezawisłości, jest zdecydowanie mniej. Można jednak wskazać na kilka istotnych wypowiedzi. Co oczywiste, EKPCz nie reguluje warunków, jakim musi odpowiadać procedura wyboru osób sprawujących wymiar sprawiedliwości. Jak zostanie jednak wskazane poniżej, ETPCz bada dochowanie wymogów tej procedury oraz sposób jej ukształtowania z perspektywy prawa do sądu ustanowionego ustawą i niezawisłego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ETPCz krytycznie ocenia te sytuacje, w których uwarunkowania instytucjonalne związane z prawidłowo przeprowadzoną procedurą wyboru osób sprawujących wymiar sprawiedliwości nie dają gwarancji ich niezawisłości. W tym kontekście warto przytoczyć wyroki ETPCz w sprawach: *Brudnicka i inni p. Polsce* oraz przede wszystkim *Henryk*

*Urban i Ryszard Urban p. Polsce*. W tej pierwszej sprawie dotyczącej izb morskich zostało wskazane, że istotne znaczenie ma ocena związków strukturalnych między sądem i sędziami a organami pozostałych władz. Trybunał strasburski uznał, że izby morskie nie mogą zostać uznane za niezależne sądy, ponieważ ich przewodniczącego i wiceprzewodniczących powoływał i odwoływał minister właściwy do spraw sprawiedliwości w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw gospodarki morskiej, co *de facto* powodowało, że powstała między powołującym a sędziami zależność hierarchiczna, która wyklucza niezależność [wyrok ETPCz z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie *Brudnicka i inni p. Polsce* (skarga nr 54723/00), § 41-42; por. też: wyrok ETPCz z dnia 29 kwietnia 1988 r. w sprawie *Belilos p. Szwajcarii* (skarga nr 10328/83), § 61-73]. W drugiej ze wskazanych spraw przedmiotem oceny ETPCz był natomiast status asesora sądowego w Polsce w kontekście istnienia wystarczających gwarancji jego niezależności. Trybunał strasburski przyjął, że pozycja prawna asesora sądowego nie daje wystarczających gwarancji, które pozwolą uznać, że zapewnione zostało prawo jednostki do rozpoznania sprawy przez niezależny sąd. W tym zakresie ETPCz podzielił stanowisko wyrażone wcześniej przez polski Trybunał Konstytucyjny (por. § 47-55 wyroku).

Kluczowe znaczenie dla ustalenia znaczenia wadliwości w procesie powoływania sędziów dla dochowania wynikającego z art. 6 ust. 1 Konwencji standardu sądu ustanowionego ustawą ma jednak wyrok ETPCz z dnia 12 marca 2019 r. w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson p. Islandii* (skarga nr 26374/18). Wyrok ten jest niezwykle ważny, gdyż ETPCz po raz pierwszy wypowiedział się w nim *in extenso* o wpływie wadliwości procedur wyboru sędziów na uprawnienie jednostki z art. 6 ust. 1 Konwencji.

W powyższej sprawie skargę wniósł obywatel Islandii, którego sprawa karna została rozpoznana przez utworzony w dniu 1 stycznia 2018 r. nowy sąd w strukturze islandzkiego sądownictwa – Sąd Apelacyjny. W składzie orzekającym rozpoznającym sprawę skarżącego zasiadał sędzia, który został powołany do pełnienia funkcji w Sądzie Apelacyjnym w sposób naruszający islandzkie prawo. Wadliwość powołania tego sędziego związana była przede wszystkim z faktem, iż nie znalazł się on na liście 15 najlepszych kandydatów rekomendowanych

do nominacji do nowego sądu przez powołane w tym celu specjalne ciało – Komisję Ewaluacyjną, ale został umieszczony na liście nominacyjnej po zmianach wprowadzonych przez Ministra Sprawiedliwości. Należy zauważyć, że co prawda Minister Sprawiedliwości miał prawo dokonać, za zgodą parlamentu, zmian na liście przedstawionej mu przez Komisję Ewaluacyjną, ale, jak wskazał islandzki Sąd Najwyższy rozpatrując sprawę zainicjowaną przez osoby, które nie zostały nominowane na sędziów Sądu Apelacyjnego pomimo tego, że znalazły się w gronie 15 nominowanych kandydatów, był zobowiązany do dokonania własnych wszechstronnych ustaleń faktycznych dotyczących kompetencji poszczególnych sędziów, które pozwoliłyby uzasadnić zmianę listy osób rekomendowanych przez Komisję Ewaluacyjną. Należy odnotować, że przedstawiając parlamentowi listę proponowanych osób do nominacji Minister Sprawiedliwości wskazał, że Komisja Ewaluacyjna zbyt małą uwagę przywiązała do oceny stażu orzeczniczego kandydatów, a zdaniem Sądu Najwyższego islandzki kodeks postępowania administracyjnego wymagał od Ministra Sprawiedliwości w tej kwestii głębszego uzasadnienia dokonanych zmian. Islandzki Sąd Najwyższy stwierdził zatem, że powołanie sędziów Sądu Apelacyjnego, którzy nie znaleźli się wśród osób rekomendowanych do nominacji przez Komisję Ewaluacyjną stanowi naruszenie art. 10 islandzkiego kodeksu postępowania administracyjnego nakazującego należyte wyjaśnienie sprawy przed jej załatwieniem. Naruszenie to, zdaniem Sądu Najwyższego, nie sprawiło jednak, że nominacje do Sądu Apelacyjnego są nieważne. Jednakże sędziom, którym odmówiono nominacji pomimo tego, że znaleźli się wśród najlepszych 15 kandydatów na pierwotnej liście, Sąd Najwyższy przyznał zadośćuczynienie stwierdzając, że niepowołanie przez Ministra Sprawiedliwości pomimo stanowiska Komisji Ewaluacyjnej, godziło w ich dobre imię. Na marginesie orzeczenia islandzkiego Sądu Najwyższego warto podkreślić, że zwrócił on uwagę, iż obowiązek należytego uzasadnienia decyzji podjętej przez Ministra Sprawiedliwości ma szczególne znaczenie w związku z faktem, że Minister bierze udział w procedurze nominacyjnej członków innej władzy oraz, że jego kompetencje w tej materii są mocno ograniczone zakresem uprawnień Komisji Ewaluacyjnej (por. § 5-35 wyroku). W drugim wyroku, w którym omówiona została kwestia wadliwości procesu wyboru sędziów

do Sądu Apelacyjnego Sąd Najwyższy Islandii stwierdził także, że niezgodne z prawem w toku wyboru sędziów było łączne, a nie pojedyncze, głosowanie nad kandydaturami sędziów w parlamencie (por. § 50 wyroku).

Trybunał strasburski, analizując wpływ wskazanych powyżej wad prawnych nominowania sędziego Sądu Apelacyjnego, który następnie rozpoznawał sprawę karną skarżącego, w pierwszej kolejności odnotował, że skarżący konsekwentnie przed sądami islandzkimi korzystał ze środków prawnych, w których podnosił wadliwość nominacji jednego z trzech sędziów orzekających w jego sprawie karnej i kwestionował w związku z powyższym zagwarantowanie mu prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji. Zarzuty te zostały ostatecznie rozpoznane przez islandzki Sąd Najwyższy, który stwierdził, że zaistniałe w procesie wyboru sędziego orzekającego w sprawie skarżącego uchybienia nie skutkowały nieważnością jego powołania, a w związku z powyższym nie mogą być podstawą do kwestionowania zagwarantowania oskarżonemu prawa z art. 6 ust. 1 Konwencji (§ 49-50 wyroku).

Odnosząc się do powyższych ustaleń ETPCz podkreślił, że rekonstruując w ogólności sposób rozumienia wymogu ustanowienia sądu ustawą z art. 6 ust. 1 Konwencji należy zauważyć, iż ma on gwarantować, że organizacja wymiaru sprawiedliwości w społeczeństwie demokratycznym nie będzie zależała od dyskrejonalnych decyzji egzekutywy, ale będzie regulowana normami prawnymi przyjmowanymi przez parlament. W tym kontekście istotny jest zatem związek wymogu ustanowienia sądu ustawą z wymogiem niezależności i bezstronności sądu (por. § 99 wyroku i cytowane tam orzecznictwo ETPCz). Trybunał strasburski oceniając daną sprawę z perspektywy wymogu ustanowienia sądu ustawą z art. 6 ust. 1 Konwencji, działając w zgodzie z zasadą subsydiarności, bierze pod uwagę stanowisko wyrażone w tej materii przez sądy krajowe (por. w tej kwestii choćby sprawę *Henryk Urban i Ryszard Urban przeciwko Polsce*, w której stanowisko ETPCz było zgodne ze stanowiskiem wyrażonym wcześniej przez polski Trybunał Konstytucyjny). To one bowiem, jak konsekwentnie podkreśla ETPCz, mają najlepszą możliwość wszechstronnej oceny danej sytuacji. Co warte zatem podkreślenia w omawianej sprawie ETPCz nie zgodził się z oceną



zawartą w przytoczonych powyżej orzeczeniach islandzkiego Sądu Najwyższego, który zanegował wpływ wadliwości procedury wyboru sędziego orzekającego w sprawie karnej przeciwko *Guðmundurowi Andri Ástráðssonowi* na prawo tego ostatniego do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą. Zdaniem ETPCz w przypadku gdy dochodzi do rażącego naruszenia prawa krajowego (*flagrant breach of domestic law*) w procesie wyboru sędziów, nie można twierdzić, że pozostaje to bez wpływu na poszanowanie wynikającego z art. 6 ust. 1 Konwencji standardu rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą. Oceniając charakter naruszenia prawa z perspektywy możliwości zakwalifikowania go jako rażącego, należy rozważyć, czy owo naruszenie jest fundamentalnej natury i czy pogwałcone normy stanowią integralną część regulacji dotyczących ukształtowania i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Rażące naruszenie prawa oceniane jest przez pryzmat charakteru i ciężaru gatunkowego danej wadliwości. Ponadto wzięcia pod uwagę wymaga, czy naruszenie reguł wyboru sędziów było umyślne albo czy stanowiło przynajmniej wyraźne zlekceważenie mających zastosowanie w danej sprawie norm prawa krajowego. Co warto podkreślić, ETPCz wskazał także na bardzo ważne tło, na którym dokonywana jest powyższa ocena. Jest nim bowiem rosnące znaczenie zasady podziału władzy i konieczność ochrony niezależności sędziowskiej. ETPCz przypomniał też, że wymóg ustanowienia sądu ustawą ma chronić przed arbitralnym wpływem władzy wykonawczej na funkcjonowanie władzy sądowniczej (por. § 101-102 wyroku).

Oceniając czy w sprawie *Guðmundura Andri Ástráðssona* naruszenie prawa w procesie nominacyjnym miało charakter rażący ETPCz, jak zostało to już wskazane, nie podzielił argumentu rządu islandzkiego, że pomimo wadliwości w toku procesu wyboru sędziego Sądu Apelacyjnego w sprawie skarżącego nie można uznać, iż nie został on legalnie powołany na stanowisko sędziego, co z kolei implikuje, że zapewnione zostało skarżącemu prawo do rozpoznania jego sprawy przez sąd ustanowiony ustawą. ETPCz uargumentował swoje stanowisko w następujący sposób (por. § 113-123 wyroku).

Po pierwsze, Trybunał strasburski podniósł, że należy odróżnić ocenę dokonywaną na podstawie prawa krajowego i zmierzającą do weryfikacji,

czy powołanie danego sędziego w kontekście całokształtu procedury przewidzianej przez przepisy krajowe było ważne i skuteczne od oceny tego czy proces ten i zaistniałe w jego trakcie naruszenia prawa nie powinny zostać ocenione jako rażące na potrzeby weryfikacji dochowania standardu prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji.

Po drugie, w przypadku stwierdzenia, że wadliwości procesu wyboru sędziów powodują naruszenie prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą nie jest wymagana dodatkowa weryfikacja, czy powyższa wadliwość skutkowałą nierzetelnością postępowania w sprawie skarżącego. Nie ma zatem potrzeby badania wpływu naruszenia prawa do sądu ustanowionego ustawą na rzetelność konkretnego postępowania, w którym występował skarżący i sam fakt niezapewnienia ustanowienia sądu ustawą decyduje o naruszeniu standardu konwencyjnego.

Po trzecie, ETPCz ocenił, że fakt niedokonania wbrew wymogom islandzkiego prawa własnych wszechstronnych ustaleń umożliwiających wybór najlepszych kandydatów na stanowiska sędziowskie przez Ministra Sprawiedliwości, w związku z wprowadzonymi zmianami na liście sędziów rekomendowanych do nominacji, należy ocenić jako poważne naruszenie przepisów regulujących integralną część procesu zmierzającego do wyboru i nominowania sędziów.

Po czwarte, Trybunał strasburski podkreślił, że przed dokonaniem zmian na liście sędziów rekomendowanych do nominacji Minister Sprawiedliwości przeprowadził konsultacje z urzędnikami dotyczące trybu dokonania takiej zmiany i otrzymał informację, że w przypadku wprowadzenia korekt konieczne jest przeprowadzenie wszechstronnej oceny kompetencji kandydatów i sporządzenie szczegółowego uzasadnienia sformułowanych konkluzji. Biorąc powyższe pod uwagę ETPCz stwierdził, że wadliwości procedury nominacyjnej były nie tylko istotnymi uchybieniami, ale także przejawem wyraźnego zlekceważenia (*manifest disregard*) dla wiążących unormowań prawnych.

Po piąte, ETPCz uznał, że procedura powołania sędziów do nowoutworzonego Sądu Apelacyjnego została ukształtowana w sposób, który miał ograniczyć dyskrecjonalność przedstawicieli egzekutywy w powoływaniu

sędziów nowego sądu. Miała ona charakter szczególny, który znacząco odbiegał od ogólnych reguł powoływania sędziów przez prezydenta stosowanych w Islandii. W tym kontekście Trybunał strasburski podkreślił znaczenie uchybienia polegającego na łącznym a nie pojedynczym przegłosowaniu kandydatur sędziów przez islandzki parlament. ETPCz wskazał mianowicie, że pojedyncze głosowanie nad kandydaturami miało ograniczyć ryzyko niepożądanego wpływu interesów partyjno-politycznych na proces powoływania każdego z sędziów nowego Sądu Apelacyjnego. Z tego powodu jego zaniechanie nie mogło zostać zlekceważone.

Reasumując, ETPCz wywiódł, że mając na względzie znaczenie niezależności sądownictwa, w szczególności od pozostałych dwóch władz, należy przyjąć, iż zaistniałe w toku procesu selekcyjnego uchybienia miały charakter rażących naruszeń prawa. W toku postępowania mającego za przedmiot wybór sędziów Sądu Apelacyjnego władza wykonawcza wykroczyła poza ramy uprawień przyznanych jej w obowiązującym prawie, którego celem było zrównoważenie wpływu poszczególnych władz na powołanie sędziów, co łącznie z uchybieniem popełnionym w toku procedowania w parlamencie sprawiło, że zaistniałych wadliwości nie można było zlekceważyć. Naruszyły one bowiem samą istotę zasady, że sąd ma być ustanowiony ustawą, która z kolei stanowi jedną z podstawowych składowych zasady rządów prawa. Odmienna interpretacja wymogu ustanowienia sądu ustawą prowadziła, zdaniem ETPCz, do pozbawienia skuteczności prawa z art. 6 ust. 1 Konwencji.

Podsumowując należy stwierdzić, że z orzecznictwa ETPCz niewątpliwie wynika, iż rażące naruszenie wynikających z prawa krajowego wymogów związanych z powołaniem danej osoby na stanowisko sędziego skutkuje stwierdzeniem naruszenia prawa skarżącego do „sądu ustanowionego ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji. Za rażące naruszenie prawa Trybunał strasburski uznaje naruszenie podstawowych dla ukształtowania i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości uregulowań prawnych. Istotną rolę w ocenie owego rażącego charakteru odgrywa także umyślność naruszenia prawa i to, czy zaistniałe naruszenie jest przejawem wyraźnego zlekceważenia mających zastosowanie w danej sprawie norm prawa krajowego. Należy ponadto podkreślić, że ocena dokonana przez organy krajowe wskazująca na ważność i skuteczność

wyboru danego sędziego, a także dopełnienie w sposób niewadliwy samego aktu powołania osoby na sędziego (w kontekście islandzkim przez prezydenta) nie została przez ETPCz uznana za wystarczającą rację do przyjęcia, że zagwarantowany został standard rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą. ETPCz wyraźnie stwierdził, że ma uprawnienie do autonomicznej oceny wadliwości procedury nominacyjnej sędziów z perspektywy art. 6 Konwencji.

W świetle powyższych ustaleń, a także biorąc pod uwagę potencjalne skutki naruszenia wiążącego Rzeczpospolitą Polską art. 6 ust. 1 Konwencji, zasadna wydaje się konkluzja, że w razie zaistnienia w sprawie karnej poważnych wątpliwości dotyczących prawidłowości powołania sędziego orzekającego w składzie sądu, uzasadnione jest zbadanie z urzędu kwestii posiadania przez daną osobę uprawnienia do orzekania. Należy uznać, że takie działanie ma – jak to już zauważono wyżej – cel prewencyjny zmierzający do zapobieżenia skutecznemu wniesieniu przez jednostkę skargi indywidualnej zarzucającej naruszenie prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą i uzyskaniu wyroku ETPCz, który mógłby następnie stanowić podstawę wznowienia postępowania karnego w danej sprawie.

Wreszcie trzecia kwestia, która wzbudziła wątpliwości składu orzekającego w kontekście procesu nominacyjnego członka tego składu to skutki prawne postanowień Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 września 2018 r., II GW 22/18 i II GW 23/18, wstrzymujących wykonanie uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 24 sierpnia 2018 r., nr 318/2018.

Ocena skutków powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego w Izbie Karnej Sądu Najwyższego musi – zdaniem składu orzekającego – uwzględniać wydanie przez Naczelnego Sądu Administracyjnego postanowień w przedmiocie zabezpieczenia w sprawie z odwołania od uchwały KRS dotyczącej przedstawienia kandydata do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego i odmowy przedstawienia pozostałych kandydatów. Jak wspomniano powyżej, zgodnie z art. 179 Konstytucji RP sędziów powołuje Prezydent Rzeczypospolitej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa. Istotne jest zatem to, aby w obrocie prawnym funkcjonował wniosek KRS wyrażony w formie stosownej uchwały.

Należy przypomnieć, że w postanowieniach z dnia 25 września 2018 r. (II GW 22/18 oraz II GW 23/18) Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznając wnioski o udzielenie zabezpieczenia w postępowaniu o uchylenie uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 24 sierpnia 2018 r. nr 318/2018 w przedmiocie przedstawienia (nieprzedstawienia) wniosków o powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego w Izbie Karnej postanowił wstrzymać wykonanie uchwały KRS w zaskarżonej części, tj. powołania jednego z kandydatów do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego i odmowy powołania pozostałych kandydatów.

Jako podstawę dokonania zabezpieczenia, a więc wstrzymania wykonania uchwały, wskazano art. 388 k.p.c. Stosowanie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego wynika z art. 44 ust. 3 ustawy o KRS, zgodnie z którym do postępowania przed Sądem Najwyższym i Naczelnym Sądem Administracyjnym stosuje się przepisy k.p.c. o skardze kasacyjnej. W myśl art. 388 § 1 k.p.c. w razie wniesienia skargi kasacyjnej, gdyby na skutek wykonania orzeczenia stronie mogła być wyrządzona niepowetowana szkoda, sąd drugiej instancji może wstrzymać wykonanie zaskarżonego orzeczenia do czasu ukończenia postępowania kasacyjnego lub uzależnić wykonanie tego orzeczenia – a w razie oddalenia apelacji także orzeczenia sądu pierwszej instancji – od złożenia przez powoda stosownego zabezpieczenia. Postanowienie może być wydane na posiedzeniu niejawnym.

W wymienionych wyżej postanowieniach w sprawach II GW 22/18 oraz II GW 23/18 NSA uznał, że przedmiotem toczących się przed nim na podstawie art. 44 ust. 1a ustawy o KRS spraw jest żądanie kontroli legalności uchwały zawierającej rozstrzygnięcie o przedstawieniu wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego SN oraz rozstrzygnięcie o nieprzedstawieniu Prezydentowi RP wniosku o powołanie odwołujących się do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego. Żądanie takie stanowi, zdaniem NSA, roszczenie o charakterze procesowym, które może być przedmiotem ochrony tymczasowej. Ponieważ wstrzymanie wykonania uchwały KRS zapobiega nieodwracalnej sytuacji objęcia urzędu sędziego Sądu Najwyższego, zabezpieczenie to było zdaniem NSA niezbędne dla zapewnienia skutecznej ochrony sądowej.

Podobne stanowisko jak NSA zajął wcześniej Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 1 sierpnia 2018 r. (III PO 5/18), który na podstawie art. 388 § 1 w związku z art. 398<sup>21</sup>KPC oraz art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa wstrzymał wykonanie uchwały z dnia 12 lipca 2018 r. „Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 12 lipca 2018 r. w przedmiocie dalszego zajmowania stanowiska sędziego Sądu Najwyższego przez M. S.” przez nakazanie powstrzymania się od przekazania uchwały Prezydentowi RP do czasu rozpoznania odwołania.

W doktrynie procesu cywilnego pojęcie „wykonalności orzeczenia” utożsamia się ze zdatnością orzeczenia do wykonania w drodze egzekucji [por. A. Mączyński, Skuteczność orzeczeń w postępowaniu cywilnym, ZNUJ 1974, nr 67, s. 30 i n.]. Z oczywistych względów nie da się zastosować takiego rozumienia „wykonalności” w odniesieniu do uchwały KRS dotyczącej przedstawienia Prezydentowi Rzeczypospolitej wniosku o powołanie na stanowisko sędziego. Wydaje się, że w omawianym przypadku wykonalność należy rozumieć, jako zdatność uchwały do wydania na jej podstawie aktu urzędowego, jakim jest powołanie sędziego. Jak podkreślono wyżej, w świetle art. 179 Konstytucji RP istnienie wniosku KRS stanowi warunek *sine qua non* możliwości skorzystania przez Prezydenta Rzeczypospolitej z prerogatywy, o której mowa w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP.

Skoro więc uchwała KRS z dnia 24 sierpnia 2018 r., nr 318/2018, w przedmiocie przedstawienia (nieprzedstawienia) wniosków o powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Karnej nie była wykonalna od momentu wydania ww. postanowienia NSA, od tejże daty nie funkcjonował w obrocie prawnym wniosek, o jakim mowa w art. 179 Konstytucji RP. Innymi słowy, w dacie wydania przez Prezydenta RP postanowienia z dnia 10 października 2018 r. o powołaniu W. S. do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Karnej nie istniał prawnie skuteczny wniosek KRS, o którym mowa w art. 179 Konstytucji RP.

Co przy tym istotne, zgodnie z art. 365 § 1 k.p.c. każde prawomocne orzeczenie wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach

przewidzianych w ustawie także inne osoby. Jak wskazuje się w literaturze, taki zakres związania orzeczeniem stanowi w postępowaniu cywilnym logiczny warunek uznania udzielanej w nim ochrony prawnej za należytą. O ochronie takiej nie można mówić w sytuacji, w której sąd ustaliłby korzystny dla ubiegającego się o tę ochronę stan rzeczy, jednakże stan ów nie wykazywałby cechy trwałości, mógłby być dowolnie kwestionowany przez podmiot, przeciwko któremu wszczęto postępowanie i nie musiałby być respektowany przez organy państwa powołane do urzeczywistnienia nakazu lub zakazu, jeżeli treść udzielonej ochrony na taki zakaz lub nakaz opiewa [por. P. Grzegorzczak, (w:) T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Postępowanie rozpoznawcze, wyd. V, LEX 2016, teza 6 komentarza do art. 366]. Nie można zatem podzielić stanowiska, że Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej nie był adresatem postanowienia NSA, był on bowiem z mocy art. 365 § 1 w zw. z art. 398<sup>21</sup> w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., związany jego treścią.

Podkreślenia wymaga przy tym, że niezależnie od stanowiska co do związania lub niezwiązania Prezydenta RP skutkami postanowień NSA, pozostaje to bez wpływu na wynikające z powołanych wyżej przepisów, związanie nim innych sądów. *Lege non distinguente* chodzi tu także o Sąd Najwyższy, który zobligowany jest do uwzględniania skutków postanowienia NSA w swoim orzecznictwie.

W kontekście omawianych w tym miejscu postanowień NSA odnieść należy się wreszcie do cytowanego już w tym uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 marca 2019 r., K 12/18, stwierdzającego (w pkt 2) niezgodność z art. 184 Konstytucji art. 44 ust. 1a u.K.R.S.

Przepis ten przewidywał, że w sprawach indywidualnych dotyczących powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego odwołanie przysługuje do Naczelnego Sądu Administracyjnego. W sprawach tych odwołanie do Sądu Najwyższego nie przysługuje. Odwołanie do Naczelnego Sądu Administracyjnego nie może być oparte na zarzucie niewłaściwej oceny spełniania przez kandydatów kryteriów uwzględnianych przy podejmowaniu rozstrzygnięcia w przedmiocie przedstawienia wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego.

W ocenie Sądu Najwyższego powyższe orzeczenie, które zresztą nie uchyliło przepisów art. 44 ust. 2 i 3 u.K.R.S. (czas i tryb rozpoznania sprawy przez NSA) oraz art. 44 ust. 4 u.K.R.S. (skutki uchylenia przez NSA uchwały KRS) spowodowało, że od dnia 25 marca 2019 r. odwołania od uchwały KRS w sprawach określonych w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.K.R.S. zdają się przysługiwać do Sądu Najwyższego zgodnie ze stanowiącym *lex generalis* przepisem art. 44 ust. 1 u.K.R.S..

Niezależnie jednak od powyższych zauważeń nie może to zmienić również faktu, że sprawy, w których złożone zostały odwołania od uchwały KRS z dnia 24 sierpnia 2018 r., nr 318/2018, objętej postępowaniem przed NSA, są obecnie zawisłe przed TSUE w związku z pytaniem prejudycjalnym zawartym w postanowieniu Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 listopada 2018 r., II GOK 2/18, a dotyczącym przyjętych i obowiązujących wówczas rozwiązań ustawowych oraz ich korespondencji z zasadą państwa prawnego oraz prawa do skutecznej ochrony sądowej i prawa do skutecznego środka prawnego w znaczeniu i rozumieniu wynikającym z art. 2 w zw. z art. 4 ust. 3 zd. 3, art. 6 ust. 1, art. 19 ust. 1 Traktatu o UE w brzmieniu nadanym Traktatem z Lizbony (Dz.U.U.E.C.2007.306.1) w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U.U.E.C.2007.303.1) i art. 9 ust. 1 dyrektywy Rady 200/78/WE.

Sprawa powyższa jest więc w toku, natomiast skutki orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego dotyczą spraw prawomocnie zakończonych umożliwiającich wznowienie postępowań na podstawie odpowiednio art. 145a § 1 k.p.a. lub art. 401<sup>1</sup> k.p.c., a w sprawach karnych na podstawie art. 540 § 2 k.p.k.

Co więcej, zdaniem Sądu Najwyższego skutki postanowień NSA z dnia 25 września 2018 r., II GW 22/18 i II GW 23/18, wstrzymujących wykonanie uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 24 sierpnia 2018 r., nr 318/2018, muszą być oceniane na czas ich wydania i podejmowanych wówczas – pomimo ich funkcjonowania w obrocie prawnym – decyzji.

Podsumowując powyższe wywody należy dojść do wniosku, że w procedurze powołania osób na stanowiska w Sądzie Najwyższym zainicjowanej obwieszczeniem Prezydenta z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M.P. z 2018 r., poz. 633) mogło dojść do szeregu



prawnie relewantnych naruszeń przepisów regulujących tok tej procedury. Składa się na nie: sposób wyboru sędziów do Krajowej Rady Sądownictwa i wątpliwości co do legalności jej działania w rozumieniu przepisów traktatowych, brak kontrasygnaty przy ogłaszaniu obwieszczenia Prezydenta z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym oraz niepodporządkowanie się przez Prezydenta RP postanowieniom o zabezpieczeniu wydanym m.in. w sprawach II GW 22/18 oraz II GW 23/18, a także naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji.

Stwierdzając, że dana osoba jest nieuprawniona do orzekania, prezes sądu lub przewodniczący wydziału nie powinien jej wyznaczać do składu orzekającego. W przeciwnym razie orzeczenie wydane z udziałem takiej osoby byłoby dotknięte bezwzględną przyczyną odwoławczą z art. 439 k.p.k. Decyzja prezesa sądu lub przewodniczącego wydziału ma w tym kontekście charakter prewencyjny, pozwala zapobiec zaistnieniu bezwzględnej przyczyny odwoławczej, a tym samym uchyleniu w przyszłości orzeczenia w danej sprawie czy też – patrząc przez pryzmat art. 6 Konwencji – naruszeniu rzetelności postępowania. Co prawda Kodeks postępowania karnego ani ustawa o Sądzie Najwyższym nie przewidują wprost takiego uprawnienia, jednak trudno byłoby przyjąć, że w systemie prawa akceptuje się z góry dokonanie czynności procesowej w sposób wadliwy i to w stopniu skutkującym uchyleniem orzeczenia. Jeżeli przy tym uwzględnia się zasygnalizowane na wstępie konsekwencje nowelizacji Regulaminu Sądu Najwyższego, oczywistym jest, że to zadanie prewencyjne przeniesione być musi na skład orzekający, który zresztą, niezależnie od kompetencji prezesa sądu, i tak w oparciu o przepis art. 42 § 1 k.p.k. zobligowany jest ocenić czy w danej sprawie nie wystąpiły okoliczności uzasadniające wyłączenie sędziego od udziału w jej rozpoznaniu.

W kontekście osób nieposiadających przewidzianego prawem umocowania do orzekania może zachodzić przesłanka z art. 439 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k.

W piśmiennictwie przyjmuje się, że osoba nieuprawniona to taka, która w ogóle nie ma uprawnień do orzekania, np. brak powołania na stanowisko sędziego lub ławnika [por. P. Czarnecki, Kwalifikacja przy delegacji....

Bezwzględna przyczyna odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. czy też raczej 439 § 1 pkt 2 k.p.k., *Ius Novum* 2009, nr 4, s. 86-87]. W orzecznictwie wskazuje się, że „udział w wydaniu orzeczenia osoby nieuprawnionej w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. dotyczy bowiem jedynie sytuacji, w której osobą należącą do składu orzekającego jest osoba, która w ogóle nie posiada uprawnień sędziowskich” [wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2017 r., III KO 20/17]. Dodaje się, że osobą nieuprawnioną do orzekania jest także ławnik, który nie złożył przysięgi bądź co do którego upłynął okres kadencji [por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 maja 2002 r., II AKa 106/02, KZS 2002, Nr 11, poz. 52; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2002 r., III KKN 489/99; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 28/01, OSNKW 2002, z 1-2, poz. 3], a także, który – mimo prawidłowego powołania – łączył funkcję ławnika i strażnika miejskiego [por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2018 r., III KO 110/18]. Mając na uwadze, że status sędziego Sądu Najwyższego jest statusem odrębnym od tego jaki posiada sędzia sądu powszechnego, za czym przemawia wykładnia systemowa, oraz dostrzegając skalę ewentualnych naruszeń w procedurze powołania osób na stanowiska w Sądzie Najwyższym zainicjowanej obwieszczeniem Prezydenta z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M.P. z 2018 r., poz. 633), można przyjąć, że *de lege lata* istnieją zasadnicze wątpliwości, czy osoba powołana na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego w ramach ww. procedury w ogóle nabyła status sędziego Sądu Najwyższego. Powyższe zastrzeżenie dotyczy przy tym zarówno osób powołanych na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego, które uprzednio były sędziami sądów powszechnych, jak również osób, które takiego stanowiska nie zajmowały.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w dotychczasowym orzecznictwie przeważał pogląd, zgodnie z którym jeśli w składzie orzekającym orzeka sędzia innego sądu, nieposiadający stosownego upoważnienia (np. sędzia sądu niższego nie posiadający w dniu orzekania delegacji), zachodzi przesłanka braku należytej obsady sądu (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.). Pogląd ten opiera się na założeniu, że w takiej sytuacji nie mamy do czynienia z przesłanką z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., ponieważ osoba będąca sędzią jest generalnie uprawniona do orzekania i może

to czynić we właściwym sądzie, a tylko w danej sytuacji nie powinna zasiadać w składzie orzekającym. Można przyjąć, że pogląd ten oparty jest na literalnej wykładni art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. Osobą nieuprawnioną do orzekania jest zaś w myśl powyższego założenia osoba nieposiadająca w ogóle uprawnień do tego, a więc taka, która nie została powołana na stanowisko sędziego lub ławnika, czy też orzekała przed powołaniem lub po wygaśnięciu powołania, czyli np. będąc już w stanie spoczynku, czy po upływie kadencji ławnika [zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 28/01; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 października 2002 r., V KK 114/02; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2007 r., III KK 210/07; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2011 r., III KK 104/11; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2017 r., III KO 19/17; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2018 r., III KO 20/17; S. Zabłocki (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2004, tom III, s. 143; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2011, tom II, s. 823; J. Grajewski, [w:] J. Grajewski (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, Warszawa 2010, s. 85; K. Boratyńska, P. Czarnecki (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2018, s. 1094; D. Świecki, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, Warszawa 2018, s. 189-190).

Mając na uwadze całokształt przeprowadzonych wyżej rozważań Sąd Najwyższy uznał, że wystąpiły w toku rozpoznania środka odwoławczego (zażalenia R. M. na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2019 r., III KO 154/18) poważne wątpliwości co do wykładni przepisów prawa będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia, o jakich mowa w art. 82 u.S.N. Wprawdzie literalne brzmienie wskazanego przepisu może dawać asumpt do twierdzenia, że dotyczy on jedynie przepisów, na podstawie których wydane zostało poddane kontroli instancyjnej orzeczenie, jednak takie jego rozumienie pozostawałoby w sprzeczności z zadaniami i rolą sądu odwoławczego, w tym i Sądu Najwyższego, który musi – orzekając co do wniesionego środka – uwzględniać również uwarunkowania procesowe w jakich proceduje (w tym wypadku wynikające chociażby z art. 42 § 1 k.p.k.). Instytucja pytania prawnego przewidziana w art. 82

u.S.N., pomimo odmiennego sformułowania przepisu, pozostaje niewątpliwie porównywalną do przepisu art. 441 § 1 k.p.k. Jeżeli zaś tak, to zwrotu „wątpliwości co do wykładni przepisów prawa będących podstawą rozstrzygnięcia”, podobnie jak zwrotu „przy rozpatrywaniu środka odwoławczego wyłoni się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy” nie można ograniczać jedynie do orzeczenia, które zaskarżono, lecz również do przepisów regulujących tok postępowania przed sądem odwoławczym, jeżeli to one wzbudzają poważne wątpliwości i od wyjaśnienia których zależy prawidłowe rozstrzygnięcie w danej sprawie.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w części dyspozytywnej postanowienia.