

POSTANOWIENIE

Dnia 9 marca 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Eugeniusz Wildowicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Barbara Skoczowska

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek

Protokolant Anna Kuras

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga

w sprawie **Ł. W.**

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 9 marca 2022 r.,

przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Apelacyjny w [...],
postanowieniem z dnia 15 października 2021 r., sygn. akt II AKa [...], zagadnienia
prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

**„1. czy udział w składzie sądu powszechnego osoby
powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez
Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej 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) powoduje a priori przypadek nienależytej obsady sądu
(art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.), czy też zachodzi konieczność badania,
w konkretnych okolicznościach sprawy, czy doszło do
naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w
rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6
ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych
wolności?**

2. czy udział w składzie sądu powszechnego osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej 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) przy rozpoznaniu środka odwoławczego od orzeczenia sądu pierwszej instancji wydanego z udziałem sędziego powołanego również na podstawie ww. przepisów prowadzić będzie w każdym przypadku do naruszenia art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) lub art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej i wskutek czego wystąpi przypadek nienależytej obsady sądu (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.)?

3. w razie pozytywnej odpowiedzi na pytanie 2 czy sędzia wyznaczony do rozpoznania środka odwoławczego w sytuacji określonej w pytaniu nr 2 ulega wyłączeniu z mocy prawa, gdyż z uwagi na nienależytą obsadę sądu dojdzie do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności?

4. w razie negatywnej odpowiedzi na pytanie nr 2 czy brak inicjatywy strony zmierzającej do oceny wpływu wadliwości procesu powoływania sędziego w konkretnych okolicznościach na naruszenie standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zwalnia sąd odwoławczy od werbalizacji oceny występowania bezwzględnej przyczyny odwoławczej w postaci

nienależytej obsady sądu z przyczyn związanych z przebiegiem procesu powołania sędziego (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.), czy też każdorazowo w uzasadnieniu wyroku, w przypadku prawnego obowiązku jego sporządzenia, dla wypełnienia standardu sądu ustanowionego ustawą zachodzić będzie konieczność odniesienia się do okoliczności, jakie mogły mieć na to wpływ?”

postanowił:

na podstawie art. 441 § 2 k.p.k. przekazać rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego powiększonemu składowi Sądu Najwyższego.

UZASADNIENIE

Przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne wyłoniło się w następującej sytuacji procesowej.

Sąd Okręgowy w W., wyrokiem z dnia 2 listopada 2020 r., oddalił wniosek Ł.W. o zadośćuczynienie z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania w sprawie Sądu Rejonowego w W. o sygn. akt X K (...). W składzie Sądu Okręgowego w W. zasiadała sędzia A. B.- D., która w dniu 26 maja 2020 r. została powołana przez Prezydenta RP na urząd sędziego sądu okręgowego po uwzględnieniu wniosku 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). Z kolei w składzie Sądu Apelacyjnego w (...), rozpoznającego apelację od tego wyroku, zasiadają sędziowie A.K. i I.S., które w dniu 18 grudnia 2020 r. zostały powołane przez Prezydenta RP na urząd sędziego Sądu Apelacyjnego również na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, ukształtowanej przepisami przywołanej ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r.

Przy rozpoznawaniu apelacji pełnomocnika wnioskodawcy Sąd Apelacyjny - podnosząc, że jest zobowiązany do zbadania, poza granicami zaskarżenia i podniesionego zarzutu, czy w postępowaniu nie zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. - uznał, że wyłoniło się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy. Przekazał je do

rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu w formie przytoczonych na wstępie pytań. W uzasadnieniu postanowienia wskazał, że kwestia należytej obsady sądu powszechnego i procesowych konsekwencji udziału w składzie takiego sądu osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa (dalej jako KRS) była przedmiotem uchwały połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (BSA I-4110-1/20), która ma moc zasady prawnej. Z drugiej strony Sąd Apelacyjny w swoich wywodach przywołał postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt I KZ 29/21 oraz z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt V KZ 47/21, które odnosiły się do problematyki należytej obsady sądu, w którym zasiadali sędziowie Sądu Najwyższego powołani przez Prezydenta RP na wniosek KRS ukształtowanej po 2017 r. Sąd Apelacyjny stwierdził przy tym, że w uzasadnieniu postanowienia z dnia 16 września 2021 r., a częściowo również w uzasadnieniu postanowienia z dnia 29 września 2021 r., skutek dotyczący nienależytej obsady Sądu Najwyższego rozciągnięto na obsadę sądów powszechnych, w składach których zasiadają sędziowie powołani na urząd sędziego na wniosek KRS ukształtowanej po 2017 r. W ocenie Sądu Apelacyjnego może to rodzić wątpliwości, czy nastąpiła zmiana w interpretacji przepisu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w aspekcie należytej obsady sądu powszechnego.

Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą doprowadziła Sąd Apelacyjny do stwierdzenia, że pogląd prawny wyrażony w uchwale połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., pomimo wydania kolejnych orzeczeń trybunałów międzynarodowych (w tym wyroku ETPC w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce* z dnia 22 lipca 2021 r., skarga nr 43447/19 oraz wyroków TSUE z dnia 15 lipca 2021 r. w sprawie C-791/19 i z dnia 6 października 2021 r., w sprawie C-487/19), pozostaje nadal aktualny.

W ocenie Sądu Apelacyjnego analiza wypełnienia kryterium „sądu ustanowionego ustawą” powinna być dokonywana każdorazowo w szczególnych okolicznościach sprawy. Sąd Apelacyjny podkreślił, że we wskazanej uchwale Sąd Najwyższy w sposób dogłębny i kompleksowy wyłożył problematykę skutków

udziału w składzie sądu powszechnego osoby powołanej na wniosek KRS w jej kształcie po 2017 r. Odmienny zaś pogląd odnoszący się do punktu drugiego wyżej wymienionej uchwały, chociaż został zamieszczony w uzasadnieniu wskazanego wcześniej postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt I KZ 29/21, to w ocenie Sądu Apelacyjnego nie został w istocie umotywowany.

Sąd Apelacyjny wskazał następnie, że na sądach ciąży obowiązek zapewnienia obywatelom wydawania orzeczeń przez sądy, w skład których wchodzi sędziowie niezawisli i bezstronni. Biorąc jednak pod uwagę potencjalne konsekwencje stwierdzenia naruszenia w tym zakresie oraz znaczenie równoważnych interesów, w tym zasadę pewności prawa i *res iudicata*, które chronią prawa stron procesu karnego oraz gwarantują stabilność systemu sądownictwa i wzmacniają zaufanie społeczne do sądów, prawa do sądu ustanowionego ustawą nie należy interpretować w sposób nadmiernie rozszerzający, zachowując pewną powściągliwość w tej mierze.

W opinii Sądu Apelacyjnego udział KRS ukształtowanej po 2017 r. w powołaniu sędziego nie może jednoznacznie wskazywać, że w składzie sądu zasiada sędzia, który nie wykazuje cech niezawisłości i bezstronności, a sąd z jego udziałem nie jest ustanowiony ustawą. Ocenę bezstronności i niezawisłości sądu przeprowadza się na każdym etapie postępowania sądowego, zaś uprawnienia do skorzystania z takiej kontroli przysługują stronom postępowania, a także samemu sędziemu oraz sądowi wyższej instancji. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w prawie polskim istnieje wiele instrumentów pozwalających na kontrolę, czy w konkretnej sprawie i w szczególnych jej okolicznościach sąd spełnia kryteria niezawisłości i bezstronności.

Z uwagi na powyższe, aktualne orzecznictwo Sądu Najwyższego w ramach Izby Karnej rodzi zdaniem Sądu Apelacyjnego wątpliwość, czy udział w składzie sądu powszechnego osoby powołanej na wniosek KRS ukształtowanej po 2017 r. powoduje *a priori* przypadek nienależytej obsady sądu (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.), czy też okoliczność ta podlega badaniu, ale także, czy udział w składzie sądu odwoławczego osoby powołanej na wniosek KRS ukształtowanej po 2017 r. przy rozpoznaniu środka odwoławczego od orzeczenia sądu pierwszej instancji wydanego z udziałem także sędziego powołanego na wniosek tejże KRS skutkuje przypadkiem nienależytej obsady sądu odwoławczego (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.).

W dalszych swoich wywodach Sąd Apelacyjny podniósł, że wpływ wadliwości procesu nominacyjnego na bezstronność i niezawisłość sędziego można badać w konkretnej sprawie poprzez złożenie wniosku w trybie art. 41 § 1 k.p.k. lub w ramach zarzutów apelacyjnych. Dla zapewnienia jednak odpowiedniego standardu takiej kontroli pojawia się wątpliwość czy wniosek o wyłączenie sędziego lub zarzuty apelacyjne może rozpoznawać sędzia, którego będą również dotyczyły okoliczności stanowiące przedmiot wniosku lub zarzuty związane z powołaniem na stanowisko sędziowskie na wniosek KRS ukształtowanej po 2017 r. Kwestie te znajdują się na przedpolu oceny wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., dlatego powinny zostać rozważone przez sąd odwoławczy niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Jest jednak wątpliwe, czy sędzia powołany na wniosek KRS ukształtowanej po 2017 r., nawet mimo braku w tym zakresie inicjatywy strony, powinien wyłączyć się od orzekania w sprawie, w której będzie miał obowiązek rozważyć, czy udział w takim procesie nominacyjnym może mieć wpływ na ocenę nienależytej obsady sądu. Wedle Sądu Apelacyjnego, odwołując się do treści uchwały trzech Izb SN, można byłoby wywieść, że taka wadliwość procesu powołania w sądach powszechnych prowadzi tylko w konkretnych okolicznościach do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności, z drugiej zaś strony, kategoryczne stwierdzenia zawarte w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt I KZ 29/21, mogą jednak temu przeczyć i wprowadzać założenie, że udział w takim procesie nominacyjnym co do zasady wpływa na ocenę nienależytej obsady sądu. W tym aspekcie można rozważać zastosowanie art. 40 § 1 pkt 1 k.p.k., to znaczy wyłączenie od udziału w sprawie sędziego, którego sprawa dotyczy bezpośrednio, a to z uwagi na specyficzny charakter kwestii podlegającej rozstrzygnięciu, częściowo w oparciu o tożsame okoliczności dotyczące obydwu sędziów. Wedle Sądu Apelacyjnego użyte w tym przepisie słowo „bezpośrednio” wymaga każdorazowej oceny. Wykładnia językowa wskazuje, że chodzi tu o sprawę, która wprost ma związek z osobą sędziego i którą sędzia jest osobiście zainteresowany. Zdaniem Sądu Apelacyjnego sprawa dotyczy bowiem sędziego bezpośrednio również wtedy, gdy jej wynik może wywrzeć bezpośredni wpływ na jego uprawnienia i obowiązki prawne, jak również i wtedy, gdy z określonego

rozstrzygnięcia sądu mógłby on odnieść korzyść (lub uszczerbek).

Jeżeli jednak – jak wskazuje dalej Sąd Apelacyjny – w opisanym układzie procesowym dotyczącym udziału w składzie sądu pierwszej i drugiej instancji sędziego powołanego na wniosek KRS ukształtowanej po 2017 r., nie jest dopuszczalne zastosowanie art. 40 § 1 pkt 1 k.p.k., to rodzi się wątpliwość, czy w takim wypadku dochodzi do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 47 KPP oraz art. 6 ust. 1 EKPC. O ile nie zostanie złożony wniosek o wyłączenie sędziego albo sędzia nie złoży stosownego oświadczenia w trybie art. 41 § 1 k.p.k., o tyle możliwości zmiany składu sądu w takim układzie procesowym byłyby prawnie niedopuszczalne. Tym samym istnieje możliwość wydania orzeczenia przez sąd naruszający standardy konstytucyjne i konwencyjne, czego należałoby unikać. Zdaniem Sądu Apelacyjnego można byłoby uznać, że to wola strony decyduje o tym, czy opisane okoliczności będą miały znaczenie dla rozpoznania jej sprawy, a jej bierność mogłaby być oceniana z perspektywy art. 41 § 2 k.p.k. Można jednak przyjmować, że taki brak aktywności nie ma znaczenia przy ocenie wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej w postaci nienależytej obsady sądu. W takim wypadku strona dopiero w kasacji mogłaby podnieść uchybienie z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., choć na wcześniejszym etapie tego rodzaju zarzutów nie formułowała. W razie więc uznania, że nie występują okoliczności wyłączenia sędziego z mocy prawa, a z inicjatywą wyłączenia sędziego nie występuje też strona, rodzi się wątpliwość czy sąd odwoławczy powinien każdorazowo odnieść się w uzasadnieniu wyroku do okoliczności, jakie mogły mieć wpływ na ocenę nienależytej obsady sądu.

Argumentując w ten sposób Sąd Apelacyjny stwierdził, że o ile dostępne środki prawne umożliwiają kontrolę wpływu wadliwości procesu powołania sędziów na zapewnienie prawa obywatela do rzetelnego procesu, o tyle powyższe zagadnienia wymagają zasadniczej wykładni ustawy z uwagi na zarysowane wątpliwości. Dlatego udzielenie odpowiedzi na sformułowane pytania może mieć istotne znaczenie dla praktyki orzeczniczej sądów powszechnych.

Prokurator Prokuratury Krajowej w pisemnym stanowisku wniósł o odmowę podjęcia uchwały, stwierdzając że pierwotnym zagadnieniem w sprawie miałyby być abstrakcyjne zbadanie zgodności przepisów dotyczących powołania KRS z

Konstytucją RP i ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, a następnie ocena wpływu tych okoliczności na niezawisłość sędziów powołanych na podstawie tych przepisów, co miałyby pozwolić na ustalenie, czy sąd, w którego składzie zasiada sędzia powołany przy udziale KRS, której członków wyłoniono w trybie obecnie obowiązujących przepisów, postrzegany będzie jako sąd niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Prokurator podkreślił, że przedstawione zagadnienie prawne było już wielokrotnie przedmiotem oceny Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Trybunału Konstytucyjnego i zostało w jego opinii dostatecznie wyjaśnione. Prokurator stwierdził, że osoba powołana przez Prezydenta RP na urząd sędziego staje się osobą uprawnioną do orzekania w sądzie macierzystym, a przy tym akty powołania sędziego przez Prezydenta RP nie podlegają kontroli innych organów. Dokonanie przez Prezydenta RP aktu powołania w sytuacji podnoszonej przez Sąd Apelacyjny wadliwości KRS nie stwarza automatycznie podstaw ani do postawienia zarzutu nieprawidłowości procedury nominacyjnej, ani tym bardziej do uznania, aby tak powołany sędzia nie był sędzią niezawisłym i bezstronnym, chyba że negatywnie przeszedłby tzw. trzystopniowy test wypracowany w orzecznictwie ETPC. Prokurator podzielił opinię, że nie każde naruszenie procedury mianowania sędziów wiąże się *a priori* ze stwierdzeniem, iż sąd nie jest sądem ustanowionym ustawą, zaś badanie tej okoliczności powinno odbywać się w każdej sprawie.

Wywodząc w ten sposób prokurator stwierdził, że z uwagi na niespełnienie warunku niezbędności podjęcia uchwały, Sąd Apelacyjny powinien samodzielnie rozstrzygnąć podnoszone kwestie w ramach konstytucyjnej zasady niezawisłości sędziowskiej.

Stanowisko to poparł występujący na posiedzeniu prokurator Prokuratury Krajowej wskazując, że znajduje ono wsparcie również w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 lutego 2022 r., P.10/19.

Swoje stanowisko przedstawiło też Stowarzyszenie (...) Wskazano w nim, że udział w składzie sądu powszechnego osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego na wniosek KRS ukształtowanej po 2017 r. nie powoduje *a priori* przypadku nienależytej obsady sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., albowiem zachodzi konieczność badania w konkretnych okolicznościach sprawy,

czy doszło do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 47 Karty Praw Podstawowych UE oraz art. 6 ust. 1 EKPC. Z kolei udział w składzie sądu powszechnego osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego na wniosek wskazanej KRS przy rozpoznawaniu środka odwoławczego od orzeczenia sądu pierwszej instancji, wydanego z udziałem sędziego powołanego również na wniosek tejże KRS, nie prowadzi w każdym wypadku, niezależnie od konkretnych okoliczności faktycznych związanych z procesem nominacyjnym, do naruszenia art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 47 Karty Praw Podstawowych UE oraz art. 6 ust. 1 EKPC, a tym samym nienależytej obsady sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

W orzecznictwie i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że skuteczne wystąpienie przez sąd odwoławczy z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego w trybie art. 441 § 1 k.p.k. może nastąpić wówczas, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki.

Po pierwsze, w postępowaniu odwoławczym wyłoniło się „zagadnienie prawne”, czyli istotny problem interpretacyjny, a więc taki, który dotyczy przepisu lub przepisów rozbieżnie interpretowanych w praktyce sądowej lub przepisu o wadliwej redakcji albo niejasno sformułowanego, dającego możliwość różnych przeciwstawnych interpretacji.

Po drugie, zagadnienie to wymaga „zasadniczej wykładni ustawy”, czyli przeciwdziałania rozbieżnościom interpretacyjnym, już zaistniałym w orzecznictwie bądź mogącym – z uwagi np. na istotne różnice poglądów doktryny – w nim zaistnieć, które to rozbieżności są niekorzystne dla prawidłowego funkcjonowania prawa w praktyce.

Po trzecie, pojawiło się ono „przy rozpoznawaniu środka odwoławczego”, a więc jest powiązane z konkretną sprawą, i to w taki sposób, że od rozstrzygnięcia tego zagadnienia prawnego zależy rozstrzygnięcie danej sprawy (zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 953-955; R. A. Stefański, *Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych*, Kraków 2001, s. 264-299 i przywołane

tam obszerne orzecznictwo i piśmiennictwo).

W niniejszej sprawie przesłanki te, wbrew stanowisku prokuratora Prokuratury Krajowej, zostały spełnione.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie, dotyczące interpretacji art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w aspekcie należytej obsady sądu powszechnego, wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego. Wprawdzie w apelacji pełnomocnika wnioskodawcy zarzutu w tym zakresie nie sformułowano, jednak kwestia należytej obsady sądu powinna zostać przez sąd odwoławczy rozważona z urzędu, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, jako że chodzi tu o ewentualne naruszenie, o jakim mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. W takim zaś przypadku sąd odwoławczy, który - co do zasady - nie jest uprawniony do wystąpienia z zagadnieniem prawnym w trybie określonym w art. 441 § 1 k.p.k. wówczas, gdy zasadnicza wykładnia dotyczyłaby zagadnienia pozostającego poza granicami środka odwoławczego (art. 433 § 1 *in princ.* k.p.k.), może jednak z tego uprawnienia skorzystać. Sformułowanie zagadnienia prawnego w zakresie szerszym jest bowiem dopuszczalne, gdy ustawa zobowiązuje sąd *ad quem* do uwzględnienia określonych uchybień poza granicami środka odwoławczego, zaś kwestia wymagająca zasadniczej wykładni pozostaje właśnie w związku z uchybieniami, które sąd zobowiązany jest uwzględnić z urzędu po przekroczeniu granic tego środka, stosownie do art. 433 § 1 *in fine* k.p.k. (zob. postanowienie składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2006 r., I KZP 20/06, OSNKW 2006, z. 10, poz. 89). Uwzględniając powyższe, nie budzi wątpliwości, że przedstawione zagadnienie wyłoniło się przy rozpoznawaniu przez Sąd Apelacyjny w (...) środka odwoławczego.

Przedmiotem przedstawionego zagadnienia jest wykładnia przepisu prawa karnego procesowego - art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., który w aspekcie należytej obsady sądu jest rozbieżnie interpretowany w praktyce sądowej, więc stanowi ono istotny problem interpretacyjny. Zagadnienie to wymaga zasadniczej wykładni ustawy, gdyż jest odmiennie rozstrzygane w orzecznictwie sądowym.

Z jednej bowiem strony w uchwale składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020

r., BSA I-4110-1/2020, OSNK 2020, z. 2, poz. 7 (dalej: uchwała trzech Izb SN), w odniesieniu do sędziów sądu powszechnego przyjęto, że „Nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (...) zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego w sądzie powszechnym albo wojskowym 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), jeżeli wadliwość procesu powoływania prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”. Nie przewidziano więc automatyzmu uznawania orzeczenia wydanego przez sąd powszechny, w którym zasiadał sędzia powołany w tzw. nowej procedurze, za dotknięte uchybieniem o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

Z drugiej zaś strony, Sąd Najwyższy w uzasadnieniach postanowień z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21 oraz z dnia 29 września 2021 r., V KZ 47/21 - podkreślając związanie uchwałą trzech Izb SN - jednocześnie skutek odnoszący się do nienależytej obsady Sądu Najwyższego, związany z udziałem w procedurze powołania sędziów Sądu Najwyższego Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., rozciągnął na nienależytą obsadę sądów powszechnych, w składach których zasiadają sędziowie powołani z udziałem tejże Krajowej Rady Sądownictwa.

Zgodzić się trzeba z Sądem Apelacyjnym, że rozbieżność ta rodzi poważne wątpliwości co do tego, czy w orzecznictwie nastąpiła zmiana wykładni przepisu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., w aspekcie należytej obsady sądu powszechnego.

Co przy tym istotne, Sąd Apelacyjny podjął próbę samodzielnego wyjaśnienia nurtujących go wątpliwości w omawianym zakresie. W tym względzie odwołał się do rozważań dotyczących prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, podnosząc, że z szeregu rozstrzygnięć trybunałów międzynarodowych wynika, iż prawo to jest w

istocie w tożsamy sposób zagwarantowane zarówno w art. 47 KPP UE, jak i w art. 6 ust. 1 EKPC. Nie pominął przy tym kluczowego w tej materii wyroku ETPC z dnia 1 grudnia 2020 r., w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, skarga nr 26374/18, w którym odniesiono się do standardu, jakiemu powinien odpowiadać „sąd ustanowiony ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC z uwzględnieniem samego procesu powoływania sędziów oraz wypracowano trójstopniowy test pozwalający ocenić, czy nieprawidłowości w danym trybie powołania sędziego były na tyle poważne, aby pociągnąć za sobą naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą”. Ten test ETPC zastosował następnie w wyroku z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce* i ocenił przez ten pryzmat fakt powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego z udziałem KRS ukształtowanej w oparciu o przepisy ustawy z 2017 r.

Mając na względzie powyższe, Sąd Apelacyjny trafnie wywiódł, że w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych, w tym także w wyroku ETPC z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*, za każdym razem powoływano się na szczególne okoliczności sprawy. W żadnych z tych orzeczeń nie stwierdzono zaś automatycznego i generalnego skutku kasacyjnego w związku z wystąpieniem nieprawidłowości w procesie mianowania sędziów z udziałem kwestionowanej KRS. Wobec tego nie każde naruszenie procedury mianowania sędziów wiązało się *a priori* ze stwierdzeniem, że sąd nie stanowi „sądu ustanowionego ustawą” w rozumieniu EKPC. W orzecznictwie TSUE oraz ETPC wskazuje się zarazem na konieczność uwzględnienia potencjalnych konsekwencji stwierdzenia naruszenia w omawianym zakresie oraz znaczenia równoważnych interesów, w tym zasadę pewności prawa i *res iudicata*. Stąd też prawa do sądu ustanowionego ustawą nie należy interpretować w sposób nadmiernie rozszerzający. Sąd Apelacyjny słusznie zaakcentował i tę okoliczność, że po wejściu w życie zmian legislacyjnych dotyczących KRS nie zapadł dotychczas w sprawie polskiej żaden wyrok trybunału międzynarodowego badający status sędziów sądów powszechnych.

W świetle powyższego przyjąć należy, że Sąd Apelacyjny wykazał, iż spełniona została kolejna z przesłanek koniecznych do skutecznego wystąpienia z pytaniem prawnym w trybie art. 441 § 1 k.p.k., a mianowicie, że w orzecznictwie

Sądu Najwyższego ujawniło się odmienne podejście do zagadnienia skutków procesowych udziału w składzie sądu powszechnego sędziego powołanego na wniosek KRS ukształtowanej ustawą z 2017 r. Wyrażony przez Sąd Najwyższy we wskazanych powyżej postanowieniach pogląd rodzi wątpliwość, czy nastąpiła zmiana w interpretacji art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w aspekcie należytej obsady sądu powszechnego, dokonanej w uchwale trzech izb SN.

Sąd Apelacyjny słusznie wskazał, że przy założeniu aktualności wykładni, zgodnie z którą wydanie orzeczenia przez sąd powszechny z udziałem sędziego powołanego w tzw. nowej procedurze nie skutkuje automatycznie uznaniem tego orzeczenia za dotknięte uchybieniem o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej, jako kluczowe jawi się inne zagadnienie prawne, mianowicie to, czy test sprawdzający zaistnienie „wadliwości procesu powołania” sędziego, o którym mowa w uchwale trzech izb SN, należy przeprowadzać z urzędu, czy też jedynie z inicjatywy stron procesowych. Sąd Apelacyjny przyjął, że odpowiedź na to pytanie nie wynika z ww. uchwały.

Przedstawione przez Sąd Apelacyjny wątpliwości interpretacyjne, których Sąd ten samodzielnie nie zdołał rozwikłać, wymagają zasadniczej wykładni ustawy, a przy tym mają kardynalne znaczenie dla praktyki wymiaru sprawiedliwości.

Sąd Najwyższy dodatkowo wskazuje na następujące okoliczności, które wzmacniają tezę, że przedmiotem pytań prawnych Sądu Apelacyjnego są zagadnienia prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy w rozumieniu art. 441 § 1 k.p.k.

Po pierwsze, już po ogłoszeniu uchwały trzech izb SN zostały wydane trzy orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące bezpośrednio wadliwości powołania sędziów Sądu Najwyższego przy udziale KRS ukształtowanej w trybie ustawy z 2017 r. (zob.: wyrok w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce* z dnia 22 lipca 2021 r., skarga nr 43447/19, prawomocny; wyrok w sprawie *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce* z dnia 18 listopada 2021 r., połączone skargi nr 49868/19 i 57511/19, prawomocny; wyrok w sprawie *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce* z dnia 3 lutego 2022 r., skarga nr 1469/20). To właśnie wykładnia art. 6 ust. 1 Konwencji i zawartego w nim prawa do sądu niezawisłego, niezależnego, ustanowionego ustawą przeprowadzona w sprawie *Reczkowicz*

przeciwko Polsce, spowodowała wyrażenie przez Sąd Najwyższy poglądu, że już sam fakt zasiadania w składzie sądu powszechnego sędziego powołanego z udziałem KRS ukształtowanej w trybie ustawy z 2017 r. skutkuje wystąpieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej w postaci nienależytej obsady sądu, określonej w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Pogląd ten został przez Sąd Najwyższy wypowiedziany na marginesie głównych rozważań, te dotyczyły bowiem skutków wadliwości powołania sędziów Sądu Najwyższego a nie sędziów sądów powszechnych. Niemniej jednak wyrażenie tego stanowiska, nawet jedynie *obiter dictum*, wskazuje na odejście od poglądu zawartego w odniesieniu do sędziów sądów powszechnych w uchwale trzech Izb SN (por. przywołane już postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21 oraz z dnia 29 września 2021 r., V KZ 47/21). Podobne stanowisko Sąd Najwyższy zawarł także w postanowieniu z dnia 28 października 2021 r., III KK 237/21.

Po drugie, podobne jak w przywołanych powyżej postanowieniach Sądu Najwyższego stanowisko zostało zawarte w orzeczeniach niektórych sądów powszechnych, co może świadczyć o kształtowaniu się nowej linii orzeczniczej w omawianej tu materii (tak np.: wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 4 października 2021 r., sygn. VI Ka 335/21, wyroki Sądu Okręgowego w Częstochowie z dni: 24 sierpnia 2021 r., sygn. akt VII Ka 651/21; 9 listopada 2021 r., sygn. akt VII K 765/21; 1 grudnia 2021 r., sygn. akt VII K 623/2 i sygn. akt VII K 919/21; zob. też zdanie odrębne sędziog M. Piekarskiej - Drążek od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt II AKa 174/21).

Po trzecie, oczywistą konsekwencją przyjęcia, że wydanie orzeczenia przez sąd powszechny z udziałem sędziego powołanego w tzw. nowej procedurze automatycznie skutkuje uchybieniem o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej, byłaby rezygnacja z przeprowadzania testu wpływu wadliwości powołania sędziego na zaistnienie uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Tymczasem niektóre sądy powszechne także po wydaniu wyroku w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce* przeprowadzały wspomniany test. Sąd Apelacyjny w Gdańsku stwierdził, że dla uznania, iż doszło do naruszenia gwarantowanego w art. 6 ust. 1 EKPC prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą, decydujące znaczenie – obok doniosłości uchybień w procesie powołania sędziów - ma

niespełnienie kryterium trzeciego ze sprawy *Ástráðsson przeciwko Islandii* i sprawy *Reczkowicz przeciwko Polsce*, a więc brak jakiejkolwiek weryfikacji przez sądy krajowe zarzutów dotyczących wadliwości powołania sędziów i podjęcia odpowiednich działań naprawczych. Sąd Apelacyjny uznał, że kontrola (test) wadliwości powołania przeprowadzona w postępowaniu przed sądem krajowym może być skutecznym środkiem zmierzającym do zniwelowania stwierdzonych uchybień w procedurze nominacyjnej sędziów i taką kontrolę *in concreto* przeprowadził, stwierdzając ostatecznie, że nie ma podstaw do wyłączenia od orzekania w sprawie sędziego sądu powszechnego powołanego w tzw. nowej procedurze (por. postanowienie z dnia 14 października 2021 r., II AKa 154/21, opublikowane w: *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022, s. 275-311).

W tym kontekście dostrzec trzeba, że także w literaturze prawniczej kontestuje się dokonane w uchwale trzech Izb SN rozróżnienie skutków procesowych udziału sędziów sądów powszechnych powołanych wskutek wniosku KRS ukształtowanej w trybie przepisów ustawy z 2017 r., od skutków zasiadania w składzie Sądu Najwyższego sędziów tego Sądu powołanych z udziałem tejże KRS w aspekcie nienależytej obsady sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., podnosząc, że w każdej z tych sytuacji chodzi jednak o powołanie na urząd sędziego z udziałem tego samego, kwestionowanego organu (zob. np. A. Kappes, J. Skrzydło, *Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20)*, Pal. 2020, z. 5, s. 127 i n.).

Mając na względzie powyższe, Sąd Najwyższy w składzie niniejszym uznał, że spełnione zostały wszystkie warunki do podjęcia uchwały i doszedł zarazem do wniosku, że w sprawie tej, na podstawie art. 441 § 2 k.p.k., należy przekazać rozstrzygnięcie przedstawionego zagadnienia prawnego powiększonemu składowi Sądu Najwyższego.

Przechodząc do zaprezentowania powodów takiej decyzji, rozpocząć wypada od stwierdzenia, że istotą zagadnienia, o wykładnię którego zwrócił się Sąd Apelacyjny w (...) jest w gruncie rzeczy pytanie o procesowe konsekwencje

naruszenia standardu „sądu ustanowionego ustawą” w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zasadnicze wątpliwości w tym względzie łączą się ze skutkami wynikającego z orzecznictwa TSUE (por. wyroki: z dnia 15 lipca 2021 r. w sprawie C-791/19 oraz z dnia 6 października 2021 r. w sprawie C-487/19), a także stwierdzonego przez ETPC (por. w szczególności wyrok z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*), uchybienia przepisom prawa krajowego, polegającego na naruszeniu istoty „prawa do sądu ustanowionego ustawą”, tj. standardu z art. 6 ust. 1 EKPC, poprzez rekomendowanie Prezydentowi RP do powołania na urząd sędziego osób przez KRS, ukształtowaną w trybie określonym ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r., co czyni proces powoływania sędziów nieprawidłowym i zagrażającym legitymacji sądu. Pytania Sądu Apelacyjnego koncentrują się zatem na tym, czy taka nieprawidłowość w procesie powołania sędziego w odniesieniu do sędziów sądów powszechnych (niezależnie od sądu do którego nominację uzyskali i posiadania wcześniej statusu sędziego), stanowi uchybienie kwalifikowane z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w każdej sytuacji procesowej, a to z uwagi na to, iż sędzia, który uzyskał taką nominację nie tworzy sądu niezawisłego i bezstronnego ustanowionego ustawą, a więc – nie może stworzyć sądu *in gremio* należycie obsadzonego, czy też stanowi takie uchybienie tylko w sytuacji, gdy strona nie mogła skorzystać skutecznie w toku procesu z prawa do zakwestionowania przed właściwym sądem spełniającym standard konstytucyjny i niebędącym w takiej samej sytuacji ustrojowej w zakresie powołania sędziowskiego (*nemo iudex in causa sua*) wskazanego naruszenia prawa w procedurze wyłączenia sędziego lub zarzutu odwoławczego.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez powiększony skład Sądu Najwyższego powinny być właśnie powyżej zakreślone kwestie. Do tego bowiem w ocenie Sądu Najwyższego w istocie sprowadzają się powzięte przez Sąd Apelacyjny w (...) wątpliwości co do wykładni prawa, które legły u podstaw wystąpienia przez ten Sąd w trybie art. 441 § 1 k.p.k.

Wątpliwości te w żadnym razie nie są pozorne. Opowiedzenie się bowiem za poglądem wyrażonym w postanowieniach Sądu Najwyższego w sprawach I KZ 29/21, V KZ 47/21 oraz III KK 237/21, a także w niektórych orzeczeniach sądów

powszechnych przesądza, że po pierwsze, bez względu na to, na którym etapie postępowania doszło do wydania orzeczenia przez sąd z udziałem sędziego powołanego według nowej procedury, orzeczenie to dotknięte jest uchybieniem o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej i wymaga usunięcia z obrotu prawnego, jak również powtórzenia etapu postępowania, na którym to orzeczenie wydano, a po drugie, że każdy sąd, na każdym etapie postępowania, także po uzyskaniu przez konkretne orzeczenie waloru prawomocności, jest zobowiązany z urzędu badać, czy orzeczenie nie zostało wydane przez sąd obsadzony według wyżej opisanych kryteriów, a w razie stwierdzenia tej okoliczności, musi postąpić zgodnie z dyrektywą art. 439 § 1 k.p.k.

Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej postanowieniu z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21, stwierdził m.in., że: „treść omówionego powyżej wyroku ETPC w sprawie *Reczkowicz* i zawarta tam przekonująca argumentacja w sposób jednoznaczny dowodzi, iż z uwagi na udział w procesie powoływania w Polsce sędziów takiego organu, jakim jest Krajowa Rada Sądownictwa, w składzie ukształtowanym nowelą z 2017 r. (w efekcie czego organ ten nie jest niezależny od władzy wykonawczej i ustawodawczej) - osoba powołana na urząd sędziego orzekając w określonej sprawie nie stanowi niezależnego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC (pkt 284). Wprawdzie in concreto w wyroku tym badano sprawę powołań do Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i stwierdzono, że nie jest to sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC, ale - jak już podkreślono - istotą oczywistego naruszenia prawa było rekomendowanie osób na stanowiska sędziów przez KRS, którego kształt ustanowiony został nowelą z dnia 8 grudnia 2017 r.”. We wcześniejszych uwagach Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał bowiem, że zestawiając wyrok TK w sprawie U 2/20 oraz wyrok Sądu Najwyższego w sprawie III P 7/19, a także uchwałę trzech Izb SN w formule wykonania pierwszego etapu testu, a zatem dla stwierdzenia czy doszło do oczywistego naruszenia prawa krajowego, „ETPC wymownie zaznaczył, że z uwagi na brak dokonania przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie U 2/20 kompleksowej, wyważonej i obiektywnej analizy okoliczności w kategoriach istotnych dla konwencji, ocena Trybunału Konstytucyjnego musi być uznana jako arbitralna i nie mająca żadnego znaczenia we wnioskach co do tego, czy doszło do

oczywistego naruszenia prawa krajowego związanego z procedurą powoływania sędziów (pkt 262). Wprawdzie uwaga ta wprost dotyczyła sędziów powołanych do Izby Dyscyplinarnej, ale przecież taki sam tryb dotyczył pozostałych sędziów powoływanych do sądów powszechnych jak i do Sądu Najwyższego”.

Powyższe wywody podzielono następnie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2021 r., V KZ 47/21. Również w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2021 r., III KK 237/21, aprobując to zapatrywanie wskazano, że naruszenie art. 6 ust. 1 EKPC wystąpi w każdym przypadku osoby rekomendowanej na stanowisko sędziego przez KRS, której kształt ustanowiony został nowelą z 2017 r. W konsekwencji więc taka osoba powołana na urząd sędziego i orzekająca w określonej sprawie, nie stanowi niezależnego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC.

Powołane powyżej postanowienia Sądu Najwyższego bezpośrednio dotyczyły sędziów Sądu Najwyższego oraz stwierdzenia - stosownie do treści pkt 1 uchwały trzech Izb SN - zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, albowiem kontrolowane w nich orzeczenia Sądu Najwyższego zostały wydane przez sąd nienależycie obsadzony w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. z uwagi na zasiadanie w składzie sędziów powołanych na urząd sędziego Sądu Najwyższego na skutek rekomendacji KRS, której kształt został określony ustawą z 2017 r. Jednak, co istotne, w postanowieniach tych akcentowano związane podjętą uchwałą trzech Izb SN, nie tylko z uwagi na regulację ustawy o SN, ale również dlatego, iż w pełni zaaprobowano argumentację prawną w niej przedstawioną. Jednocześnie, z odwołaniem do judykatów ETPC, wydanych już po uchwale trzech Izb SN, podnoszono w pisemnych motywach tych orzeczeń, że naruszenia prawa krajowego związane z procedurą powoływania sędziów z uwagi na udział w niej KRS, której kształt określono ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r., odnoszą się również do sędziów powoływanych do sądów powszechnych. W konsekwencji wprost przyjęto, że zasiadanie w składzie sądu powszechnego osoby powołanej na urząd sędziego z uwagi na udział w procesie nominacyjnym KRS, o której tu mowa, skutkuje tym, że taki sąd nie stanowi niezależnego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC. Tym samym, deklarując

związanie uchwałą trzech Izb SN, skutek dotyczący nienależytej obsady Sądu Najwyższego z udziałem sędziów Sądu Najwyższego, w procesie nominacyjnym których brała udział KRS ukształtowana w oparciu o przepisy ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r., rozciągnięto również na sędziów sądów powszechnych nominowanych z udziałem tejże KRS. Wprawdzie omawiany pogląd został zaprezentowany w uzasadnieniu orzeczenia, niejako na boku właściwych rozważań, to nie może zostać jednak pominięty, zwłaszcza z uwagi na jego prawną doniosłość oraz okoliczność, że został wyrażony przez Sąd Najwyższy, którego zadaniem jest m.in. zapewnienie jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych i sądów wojskowych (art. 1 pkt 1 ustawy o SN), i to przy tym w kilku orzeczeniach.

Sąd Najwyższy w składzie niniejszym dostrzega ważne argumenty przemawiające przeciwko stanowisku, że udział w składzie orzekającym sądu powszechnego osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego w tzw. nowej procedurze skutkuje automatycznie i w każdej sytuacji uchybieniem o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

Przede wszystkim konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście z prawomocnych już wyroków ETPC w sprawach *Reczkowicz przeciwko Polsce* oraz *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce*, jak również z wyroku w sprawie *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce*, należy wywodzić, że stwierdzona w nich wadliwość procedury powołania sędziego skutkuje w każdej sprawie, także w odniesieniu do sędziego sądu powszechnego tym, iż sąd orzekający z jego udziałem (czy to jednoosobowo czy też kolegialnie) wydaje orzeczenie dotknięte bezwzględną przyczyną odwoławczą. W ocenie Sądu Najwyższego są istotne argumenty wspierające udzielenie negatywnej odpowiedzi na to pytanie.

Warto przypomnieć, że ETPC do standardu, jakiemu powinien odpowiadać „sąd ustanowiony ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC, z uwzględnieniem również procesu powoływania sędziów, odniósł się w wyroku z dnia 1 grudnia 2020 r., w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, skarga nr 26374/18. ETPC w efekcie prowadzonych rozważań sformułował kryteria pozwalające ocenić, czy nieprawidłowości w danym trybie powołania sędziego były na tyle poważne, aby pociągnąć za sobą naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą”.

Kryteria te powinny przy tym podlegać kumulatywnej ocenie. Pierwszym kryterium jest ustalenie, czy miało miejsce oczywiste naruszenie prawa krajowego, które musi być obiektywnie i rzeczywiście możliwe do zidentyfikowania. Drugie kryterium sprowadza się do oceny, czy pomimo przedmiotowego naruszenia prawa zapewniona jest jednak zdolność sądownictwa do wykonywania swoich funkcji w sposób wolny od niewłaściwych nacisków, tym samym chroniąc zasady rządów prawa i podziału władzy. Natomiast wedle trzeciego kryterium istotną rolę w ustaleniu, czy naruszenie krajowych reguł dotyczących powoływania sędziów stanowiło naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą” odgrywa przeprowadzona przez sądy krajowe kontrola dotycząca konsekwencji prawnych wskazanego naruszenia prawa krajowego z punktu widzenia praw gwarantowanych w EKPC. Ocena przez sądy krajowe skutków prawnych takiego naruszenia musi być przy tym dokonana z uwzględnieniem standardu wypracowanego w orzecznictwie ETPC.

Powyższe kryteria ETPC uwzględnił następnie w wyroku z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*, poddając ocenie z perspektywy wskazanego wcześniej trójstopniowego testu fakt powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego z udziałem KRS ukształtowanej w oparciu o przepisy ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r.

W wyroku tym Trybunał uznał, że przyjęte w uchwale połączonych Izb SN stanowisko było wynikiem wnikliwej i szczegółowej oceny wszystkich elementów istotnych dla pojęcia „niezależnego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą” w świetle konstytucyjnych zasad regulujących funkcjonowanie KRS, w tym zasady podziału i równowagi władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej oraz zasady niezależności sądownictwa (§ 257). Uwzględniając przy tym argumentację tej uchwały oraz wnioski Sądu Najwyższego co do sprzeczności z prawem procedury powoływania sędziów do Izby Dyscyplinarnej, które zostały wyciągnięte po analizie właściwych przepisów prawa polskiego z perspektywy podstawowych standardów Konwencji oraz prawa UE, przy zastosowaniu wskazówek i orzecznictwa TSUE, Trybunał uznał, że wykazano zaistnienie naruszenia prawa krajowego dla celów pierwszego kryterium testu wypracowanego w sprawie *Ástráðsson* (§ 264).

Gdy chodzi o drugie kryterium testu wypracowanego w sprawie *Ástráðsson*, w ocenie Trybunału istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy konkretna wada w procesie powoływania sędziów była na tyle poważna, że stanowiła naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą” ma m.in. to, czy celem naruszonej regulacji było zapobieżenie jakiegokolwiek nieuzasadnionej ingerencji władzy wykonawczej lub ustawodawczej w wymiar sprawiedliwości oraz czy naruszenie to podważało samą istotę prawa do „sądu ustanowionego ustawą” (§ 266). W tej płaszczyźnie rozważań ETPC analizował okoliczności towarzyszące powołaniu KRS w jej kształcie nadanym ustawą z 2017 r., w tym m.in. powiązania części sędziów - członków KRS z Ministerstwem Sprawiedliwości, dokonanie wyboru członków KRS przy poparciu wąskiej grupy sędziów silnie powiązanych z władzą wykonawczą, brak jawności procedury wyboru i wątpliwości co do spełnienia formalnych kryteriów warunkujących skuteczne zgłoszenie w odniesieniu do jednego z członków KRS. Jak wskazał Trybunał, na mocy ustawy nowelizującej z 2017 r. władza ustawodawcza i wykonawcza uzyskały decydujący wpływ na skład KRS, a przy tym ustawa praktycznie zlikwidowała poprzednio funkcjonujący system przedstawicielski oraz gwarancje niezależności sądownictwa w tym zakresie. Umożliwiło to władzy wykonawczej i ustawodawczej bezpośrednią lub pośrednią ingerencję w procedurę powoływania sędziów, z której to możliwości władze te skorzystały (§ 274). W efekcie, uwzględniając całokształt okoliczności, ETPC uznał, że naruszenie prawa krajowego, wynikające z nieprzestrzegania zasady podziału władz i niezależności sądownictwa skaziło analizowaną procedurę powoływania sędziów, gdyż rekomendacja kandydatów na sędziów do Izby Dyscyplinarnej, stanowiąca warunek powołania na urząd przez Prezydenta RP, została powierzona KRS, która stanowi organ niezapewniający wystarczających gwarancji niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Natomiast procedura powoływania sędziów, która wykazuje nadmierny wpływ władzy ustawodawczej i wykonawczej, jest ze swej istoty niezgodna z art. 6 ust. 1 EKPC i jako taka stanowi fundamentalną nieprawidłowość wpływającą negatywnie na cały proces i zagrażającą legitymacji sądu złożonego z tak powołanych sędziów. Stąd, w ocenie Trybunału uchybienia w procedurze powoływania sędziów do Izby Dyscyplinarnej były tak poważne, że naruszały samą istotę prawa do „sądu ustanowionego ustawą”

(§ 276-277).

W odniesieniu do trzeciego kryterium testu wypracowanego w sprawie *Ástráðsson*, a więc ustalenia czy zarzuty dotyczące naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą” podlegały skutecznemu zbadaniu przez sądy krajowe i czy zastosowane zostały odpowiednie środki zaradcze, ETPC stwierdził, że w prawie polskim brak było procedury, w ramach której można byłoby spowodować zbadanie podnoszonych uchybień w procesie powoływania sędziów do Izby Dyscyplinarnej, co oznacza, że skarżącemu nie zapewniono żadnych środków odwoławczych (§ 278-279).

W konkluzji ETPC wywiódł, że Izba Dyscyplinarna nie była sądem ustanowionym ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC, a jednocześnie z uwagi na ścisły związek tego prawa z prawem do niezawisłego i bezstronnego sądu oraz wspólne źródło nieprawidłowości, jakim był proces powoływania sędziów, doszło również do naruszenia prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu.

Tożsame względy, a to powołanie sędziów przy udziale KRS w składzie ukształtowanym na podstawie ustawy nowelizującej z dnia 8 grudnia 2017 r. doprowadziły ETPC w wyroku z dnia 18 listopada 2021 r., w sprawie *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce*, do stwierdzenia, że Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego nie stanowiła „sądu ustanowionego przez prawo”, a zatem doszło w tym zakresie do naruszenia standardu przewidzianego w art. 6 ust. 1 Konwencji. Ten kierunek orzecznictwa ETPC podtrzymał w wyroku z dnia 3 lutego 2022 r. w sprawie *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce* w odniesieniu do powołania sędziów Izby Cywilnej z udziałem KRS ukształtowanej na mocy ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. ETPC stwierdził w tym orzeczeniu, że skład Izby Cywilnej Sądu Najwyższego, w którym znaleźli się tak powołani sędziowie nie jest „niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC.

Odnotować także należy, że wprowadzie wadliwość procedury przed KRS ukształtowanej na mocy ustawy z 8 grudnia 2017 r. ma charakter strukturalny (zob. uchwała trzech izb SN) powodując, że organ ten nie może prawidłowo wykonywać swoich konstytucyjnych funkcji, to jednak po wejściu w życie zmian legislacyjnych dotyczących tego organu nie zapadł dotychczas w sprawie polskiej żaden wyrok

trybunału międzynarodowego badający status sędziów sądów powszechnych; wszystkie wydane dotąd orzeczenia odnosily się do statusu sędziów Sądu Najwyższego.

Kwestia ta została wyraźnie podkreślona w wyroku ETPC w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*.

Z tego względu można zgodzić się z tezą, że przeniesienie przedstawionej tam argumentacji wprost na sytuację sędziów sądów powszechnych wykracza poza zakres procedowania, określony przez sam Trybunał. Zwłaszcza, że jak wskazano w uchwale trzech izb SN, różna jest skala i zakres procesowych skutków wadliwości powołania na urząd sędziego w zależności od typu sądu, do którego następuje powołanie i miejsca tego sądu w strukturze organów wymiaru sprawiedliwości. Status sędziego sądów powszechnych i wojskowych jest inny niż status sędziego Sądu Najwyższego. Jest to konsekwencja innej pozycji ustrojowej sądów powszechnych i wojskowych oraz Sądu Najwyższego, innych kompetencji tych sądów oraz innych wymagań do objęcia w nich urzędu. Skala uchybień w postępowaniach konkursowych związanych z powoływaniem sędziów sądów powszechnych i wojskowych oraz sędziów Sądu Najwyższego w okresie od zmian normatywnych przeprowadzonych w 2017 r. była też różna, zdecydowanie jednak poważniejsza przy obsadzeniu stanowisk sędziowskich w Sądzie Najwyższym

Również TSUE konsekwentnie przyjmuje, iż okoliczności związane z ukształtowaniem KRS na mocy ustawy z 2017 r., nieprawidłowości dotyczące trybu powołania jej składu, a także sposób, w jaki wypełnia konstytucyjny obowiązek stania na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów oraz wykonuje jej poszczególne kompetencje, może poddawać w wątpliwość niezależność tego organu od władzy wykonawczej i ustawodawczej (zob. wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., C-585/18 i in., pkt 143-144). W oparciu o powyższe reguły TSUE uznał, że powołanie sędziów Izby Dyscyplinarnej przez wykazującą brak niezależności od władzy wykonawczej i ustawodawczej KRS w powiązaniu z dalszymi okolicznościami dotyczącymi ukształtowania i funkcjonowania tej Izby, może wzbudzić w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niezawisłości sędziów tej Izby (zob. wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., C-585/18 i in., pkt 152; wyrok z dnia 15 lipca 2021 r., C-791/19, pkt 112).

Także w orzecznictwie sądów powszechnych podnosi się, że nie jest właściwe czynienie prostych analogii między sytuacją orzekania w składzie Sądu Najwyższego przez sędziów powołanych przy udziale nowej KRS a orzekaniem przez sędziów powołanych przy udziale nowej KRS w sądach powszechnych. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w (...), przy stosowaniu trzeciego kryterium testu, czy doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, zastosowanego przez ETPC zarówno w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, jak i w wyrokach w sprawach *Reczkowicz przeciwko Polsce* oraz *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce*, istotną rolę odgrywa przeprowadzona przez sądy krajowe kontrola konsekwencji prawnych wskazanego naruszenia prawa krajowego przy użyciu standardów przewidzianych w EKPC (zob. powołane już postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 października 2021 r., II AKa 154/21, opublikowane w: *Bezstronność...*, s. 288-289). O ile taka kontrola zazwyczaj nie jest możliwa w sytuacji wydania orzeczenia przez Sąd Najwyższy ze względu na jego usytuowanie w systemie sądownictwa krajowego, o tyle w przypadku orzeczeń sądów powszechnych można ją przeprowadzić w toku instancji.

Wszystko to przemawia za odrzuceniem poglądu, że zasiadanie w składzie orzekającym sądu powszechnego sędziego powołanego w nowej procedurze stanowi w każdej sytuacji uchybienie o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

Na takim też stanowisku stanął Sąd Najwyższy, przyjmując w uchwale trzech Izb SN, że nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. zachodzi wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego w sądzie powszechnym na wniosek KRS ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z 2017 r., jeżeli wadliwość procesu powoływania prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 EKPC.

Podkreślenia wymaga, że w myśl art. 87 ust. 1 ustawy o Sądzie Najwyższym (j. t. Dz. U. z 2021 r. poz. 1904 - dalej jako ustawa o SN), z chwilą podjęcia wskazanej uchwały uzyskała ona moc zasady prawnej i wiąże każdy skład Sądu Najwyższego. Stan ten trwa dotąd, dopóki nie nastąpi uregulowane w art. 88 ust. 2

ustawy o SN odstępianie od uchwały. Do dnia wydania niniejszego postanowienia sytuacja taka nie wystąpiła, a zatem nie odstąpiono od przedmiotowej zasady prawnej. Wprawdzie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, OTK-A 2020, poz. 61, stwierdzono niezgodność wskazanej uchwały z określonymi przepisami Konstytucji RP, to podzielić należy wnikliwe i przekonujące rozważania zawarte w tym zakresie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21, które doprowadziły do stwierdzenia, że od strony formalnoprawnej Sąd Najwyższy nie jest związany tymże wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, natomiast uchwała trzech Izb SN w dalszym ciągu obowiązuje i wiąże Sąd Najwyższy.

Dodać trzeba, że także ETPC w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce* nie podzielił poglądu, że uchwała trzech Izb SN uległa dezaktualizacji wskutek powołanego wyroku TK z dnia 20 kwietnia 2020 r. Dokonując wykładni Konwencji, ETPC wskazał, że nie odnajduje w swoim orzecznictwie żadnej racjonalnej podstawy do wypowiedzianego przez TK poglądu, iż wynikające z art. 6 ust. 1 EKPC standardy niezależności i bezstronności sądu wykluczają uprawnienie innych sędziów do ogólnego kwestionowania prawa sędziego do orzekania lub do sprawdzania prawidłowości procedury poprzedzającej powołanie sędziego przez Prezydenta (§ 259-264). Co istotne przy tym, z art. 32 ust. 1 EKPC wynika monopol jurysdykcyjny ETPC w zakresie interpretacji i stosowania Konwencji. Jak się w efekcie przyjmuje, jego konsekwencją jest związanie sądów krajowych interpretacją EKPC przyjętą przez Trybunał (zob. I. Kondak [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, L. Garlicki [red.], Warszawa 2011, t. 2, s. 100 i 103).

Przy przyjęciu, że zasiadanie w składzie orzekającym sądu powszechnego sędziego powołanego w nowej procedurze nie stanowi w każdej sytuacji uchybienia o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej, rozważenia wymaga, w jaki sposób należy postąpić w sytuacji, gdy w składzie orzekającym sądu powszechnego bierze udział taki sędzia. W istocie chodzi więc o odpowiedź na pytanie, czy test oceny wadliwości procedury powołania sędziego i jej wpływu w konkretnych okolicznościach na naruszenie standardu niezawisłości i bezstronności sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw

Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 EKPC, powinien być zawsze przeprowadzany z urzędu, czy też jedynie wówczas, gdy strona procesowa wskaże to uchybienie czy to we wniosku o wyłączenie sędziego, czy też w zarzutach odwoławczych.

Jak już wskazano, z przywołanych orzeczeń ETPC nie wynika obowiązek automatyzmu w tym względzie, skoro badanie zapewnienia stronie prawa do sądu spełniającego wymogi art. 6 ust. 1 Konwencji nie ogranicza się tylko do stwierdzenie istotnych uchybień w procesie nominacyjnym sędziego sądu powszechnego i wymaga przeprowadzenia oceny w oparciu o trzy wyżej wymienione kryteria. Trzeba też mieć na względzie, że art. 6 ust. 1 Konwencji gwarantuje stronie prawo do sądu niezależnego, niezawisłego, ustanowionego ustawą, co przecież nie wyklucza, że strona może dokonać oceny, iż znane jej uchybienia w procesie powołania sędziego nie czynią sądu ukształtowanego z jego udziałem zależnym od innych władz lub osób.

Z kolei, z uzasadnienia uchwały trzech Izb SN zdaje się wynikać, że test wpływu wadliwości procedury nominacyjnej na prawo do sądu niezależnego, niezawisłego ustanowionego ustawą powinien być przeprowadzany z urzędu, niezależnie od postawy stron procesowych. W odniesieniu do spraw karnych w uzasadnieniu uchwały wskazuje się bowiem, że: „Okoliczność ta (stanowisko stron - dopisek SN) ma mniejsze znaczenie w postępowaniu karnym, jak również w postępowaniu cywilnym nieprocesowym, w tym bowiem przypadku strony (uczestnicy) postępowania mają odmienny status, a sprawiedliwość orzeczenia sądu, warunkowana jego bezstronnością i niezawisłością, ma także istotniejszy wymiar społeczny. Celem orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej jest w głównej mierze ochrona dóbr prawnych wykraczająca poza interes indywidualny. Podobnie w postępowaniu cywilnym nieprocesowym, poza interesem indywidualnym, istotny dla rozstrzygnięcia jest interes publiczny” (pkt 51). Także sam sposób sformułowania tezy uchwały świadczy o tym, że niejako punktem wyjścia jest założenie, iż udział w wydaniu orzeczenia sędziego sądu powszechnego powołanego w tzw. nowej procedurze skutkuje zaistnieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., chyba że w konkretnych okolicznościach sprawy przeprowadzenie testu doprowadzi do

odmiennych wniosków.

Przyjęcie poglądu o konieczności przeprowadzania testu w każdej sprawie, w której orzeka sąd z udziałem sędziego powołanego według kwestionownych nowych reguł prowadzi z kolei do wniosku, że sąd ten powinien każdorazowo dać wyraz przeprowadzeniu tegoż testu w uzasadnieniu swego orzeczenia.

Możliwe jest też zajęcie odmiennego stanowiska, które znajduje potwierdzenie w przywołanym orzecznictwie ETPC, i uznanie, że celem podstawowym i punktem odniesienia dla przeprowadzania testu jest uprawnienie strony postępowania. Toteż dopiero jej inicjatywa w tym względzie powinna skutkować przeprowadzeniem badania czy wadliwość procesu powołania sędziego pozbawia stronę prawa do sądu niezawisłego i bezstronnego, ustanowionego ustawą. Wówczas należałoby przyjąć, że po pierwsze, przeprowadzenie testu powinno następować na wniosek strony postępowania, prawidłowo poinformowanej przez sąd o fakcie zasiadania w jego składzie sędziego powołanego według tzw. nowej procedury. Po drugie, że zarzuty strony dotyczące tak obsadzonego sądu muszą być – zgodnie z wymogami stawianymi w orzecznictwie ETPC - rozpoznane przez sąd pozostający poza „podejrzeniem”.

W rezultacie uznać należy, że **1) wniosek o wyłączenie ze składu sądu powszechnego osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez Prezydenta RP 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) nie może być rozpoznawany przez sąd mający w swoim składzie takiego sędziego; w przeciwnym razie dojdzie do sytuacji analogicznej do objętej zakazem *nemo iudex in causa sua*; 2) środek odwoławczy zawierający zarzuty dotyczące ww. uchybienia w procedurze powołania sędziego nie może być rozpoznany przez sąd, w skład którego wchodzi osoba powołana w takiej samej procedurze.** W obydwu przypadkach wydanie orzeczenia w składzie, w którym zasiada sędzia powołany do pełnienia urzędu w nowej procedurze, prowadziłoby do pozbawienia strony skutecznego środka ochrony prawnej, co w świetle powołanych powyżej orzeczeń ETPC należy ocenić jako skutkujące naruszeniem prawa strony do sądu niezależnego,

niezawisłego, ustanowionego ustawą, zagwarantowanego przez art. 6 ust. 1 EKPC.

Zgłoszenie przez stronę wniosku o wyłączenie ze składu orzekającego sądu powszechnego takiego sędziego lub podniesienie zarzutu odwoławczego dotyczącego tego zagadnienia będzie zobowiązywało sąd należycie obsadzony do zastosowania testu z uzasadnienia uchwały trzech Izb SN oraz uwzględnienia orzecznictwa ETPC przy jego przeprowadzeniu.

Mechanizm ten, ze względu na praktyczną możliwość wdrożenia kontroli dochowania standardu bezstronności i niezawisłości, większe zróżnicowanie skali wadliwości procedur konkursowych oraz statusu biorących w nich udział osób, a także odmienne konstytucyjne funkcje sądów powszechnych i wojskowych w porównaniu z Sądem Najwyższym, powinien polegać na ocenie zarówno stopnia wadliwości poszczególnych postępowań konkursowych, jak też okoliczności odnoszących się do samych sędziów biorących w nich udział oraz charakteru spraw, w których orzekają lub orzekały sądy z ich udziałem. Nie jest zatem wykluczone, że mimo powstania zasadniczych wątpliwości co do tego, czy dochowany zostaje standard niezawisłości i bezstronności danego sędziego uczestniczącego w składzie sądu ze względu na objęcie przez niego urzędu w postępowaniu konkursowym przeprowadzonym w sposób ustalony ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r., to w konkretnych okolicznościach wątpliwości te nie zostaną potwierdzone, co będzie równoznaczne z koniecznością przyjęcia, że skład sądu z jego udziałem spełnia minimalne wymagania dla zachowania niezawisłości i bezstronności. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których dana osoba spełniałaby obowiązujące kryteria wskazania na urząd sędziego także w poprawnie ukształtowanej procedurze postępowania przed KRS. Dotyczyć to może także osób, które miały pozytywne opinie wynikające z rzetelnej oceny, w tym w szczególności z bezstronnych wizytacji. Inną okolicznością świadczącą o dbałości sędziego o zachowanie zasad bezstronności i niezawisłości jest podjęcie starań o wyjaśnienie dotyczących go wątpliwości przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy, np. przez sygnalizację z art. 41 k.p.k. (zob. też postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 października 2021 r., II AKa 154/21).

Jak już wskazano, w ramach zróżnicowania i indywidualizacji oceny wpływu wadliwości procesu powołania na urząd sędziego na dochowanie standardu

bezstronności i niezawisłości sądu orzekającego z udziałem takiego sędziego konieczne jest uwzględnienie całego zespołu rozmaitych kryteriów (pkt 47 i 48 uchwały trzech Izby SN). Kryteria te wymieniono w uzasadnieniu uchwały trzech Izb SN, wskazując konkretne okoliczności, które wymagają sprawdzenia za pomocą środków dowodowych dostępnych w procedurze karnej.

Wszystkie zarysowane powyżej poważne wątpliwości co do wykładni prawa, a także wyjątkowa doniosłość tego zagadnienia prawnego, mającego kluczowe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, uzasadniają skorzystanie z możliwości przewidzianej w art. 441 § 2 k.p.k. i przekazanie jego rozstrzygnięcia składowi powiększonemu.

Z tych wszystkich względów postanowiono, jak na wstępie.