

POSTANOWIENIE

Dnia 14 grudnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Motuk

w sprawie P. J. sędziego Sądu Rejonowego w O.

po rozpoznaniu w Izbie Odpowiedzialności Zawodowej

na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 14 grudnia 2022 r.,

wniosku SSN Macieja Pacudy o wyłączenie SSN Pawła Czubika i SSN Zbigniewa Kapińskiego od udziału w rozpoznaniu sprawy I ZB 42/23 dotyczącej wniosku o zbadanie spełnienia wymogów niezawisłości i bezstronności przez SSN Wiesława Kozielowicza

na podstawie art. 29 § 4 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U z 2021 r., poz. 1904 tj. z dnia 21.10.2021 ze zm.) i art. 41 § 1 i 2 k.p.k. *per analogiam* i art. 42 § 1 k.p.k. w zw. z art. 128 p.u.s.p.

postanowił:

wniosek SSN Macieja Pacudy o wyłączenie SSN Pawła Czubika i SSN Zbigniewa Kapińskiego od udziału w rozpoznaniu sprawy I ZB 42/23 pozostawić bez rozpoznania;

UZASADNIENIE

W dniu 18 października 2023 r. SSN Maciej Pacuda - wyznaczony do udziału w rozpoznaniu sprawy I ZB 42/23 - złożył w Izbie Odpowiedzialności Zawodowej wniosek o wyłączenie SSN Pawła Czubika i SSN Zbigniewa Kapińskiego od udziału w rozpoznaniu sprawy I ZB 42/23 dotyczącej wniosku o zbadanie spełnienia wymogów niezawisłości i bezstronności przez SSN Wiesława Kozielowicza.

Uzasadniając wniosek SSN Maciej Pacuda argumentował m.in., iż „sędziowie, których wniosek dotyczy, zostali powołani do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa (dalej KRS) ukształtowanej w oparciu o przepisy 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). W uchwale składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA1-4110-1/20 (OSNK 2000 nr 2, poz. 1 i OSNC 2020 nr 4, poz. 34) przesądzono zaś, że udział takiej osoby w składzie Sądu Najwyższego prowadzi w każdym przypadku do nienależytej obsady sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Uchwała z chwilą jej podjęcia uzyskała moc zasady prawnej (art. 87 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym), co powoduje, że każdy skład orzekający Sądu Najwyższego jest nią związany. Nie ma przy tym podstaw do uznania, że skutki tej uchwały zostały zniesione wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., U 2/20 (OTK-A 2020 poz. 61), co wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 5 kwietnia 2022 r., III PZP 1/22 (OSNP 2022 nr 10, poz. 95), postanowieniach z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21 (OSNK2021 nr 10, poz. 41), z dnia 29 września 2021 r., V KZ 47/21 (LEX nr 3230203) i z dnia 21 stycznia 2022 r., III CO 6/22 (LEX nr 3371942) oraz Sąd Apelacyjny w Gdańsku w postanowieniu z dnia 14 października 2021 r., II AKa 154/21 (LEX nr 3251903). Nietrafny jest więc pogląd (por. uzasadnienie postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2022 r., V KB 10/22, LEX nr 3431721) o związaniu Sądu Najwyższego wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., U 2/20. Wspomniany wyrok Trybunału Konstytucyjnego (U 2/20) został również poddany jednoznacznej krytyce w literaturze (patrz przykładowo: A. Zieliński: *Niezawisły, bezstronny, właściwy...*; S. Trociuk: *Powołanie (odmowa powołania) sędziego przez Prezydenta RP a Konstytucja*; S. Biernat: *Trybunał Konstytucyjny wypowiada posłuszeństwo prawu Unii Europejskiej [wszystkie w:] Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego, pod red. A. Bodnara i A. Płoszki, Warszawa 2020; P. Polak: *Związanie sądu wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego wydanym w nieprawidłowo umocowanym składzie (refleksje na tle wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie**

z dnia 20 czerwca 2018 r.), Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2020 nr 3, s. 63; M. Wróblewski: Polski system odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów w świetle standardów prawa Unii Europejskiej, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2020 nr 4, s. 184; A. Kappes, J. Skrzydło: Czy wyroki neo-sędziów są ważne? - rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA1-4110-1/20), Palestra 2020 nr 5, s. 120; M. Safjan: Prawo do skutecznej ochrony sądowej - refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych, Palestra 2020 nr 5, s. 5; A. Grabowski, B. Naleziński: Konstytucyjne prawo do niezawisłego i bezstronnego sądu w państwie pozornie praworządnym, PiP 2020 nr 10, s. 25; P. Tuleja: Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r., PiP 2020 nr 10, s. 48; M. Ziółkowski: Konstytucyjna kompetencja sądu do ochrony własnej niezależności (uwagi na marginesie uchwały SN z 23.01.2020 r.), PiP 2020 nr 10, s. 71; W. Hermeliński i B. Nita-Światłowska: Glosa do wyroku Wielkiej Izby ETPC z dnia 1 grudnia 2020 r., Europejski Przegląd Sądowy 2021 nr 5, s. 38; A. Wyrozumska: Wyrok FTK z 5.05.2020 r. w świetle podobnych orzeczeń sądów innych państw członkowskich Unii Europejskiej, PiP 2020 nr 9, s. 47; R. Zawłocki: Rozdział 11. Problematyka odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego z tytułu orzekania w przedmiocie wyłączenia sędziego powołanego z udziałem Krajowej Rady Sądownictwa [w:] Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania, pod red. Pawła Wilińskiego i Roberta Zawłockiego, Poznań 2021; L. Garlicki: Trybunał Strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 19.12.2020 r., Astransson przeciwko Islandii, Przegląd Sądowy 2021 nr 4, s. 5; H. Izdebski: Glosa do wyroku NSA z dnia 6 maja 2021 r., Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2021 nr 6, s. 140-154; M. Radajewski: Glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lutego 2020 r., PiP 2021 nr 9, s. 149; A. Kustra-Rogatka: Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2021 r., Europejski Przegląd Sądowy 2021 nr 11, s. 4; K. Stefański: Konsekwencje ukarania sędziego przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego, PiP 2021 nr 12, s. 3; W. Wróbel: Skutki rozstrzygnięcia w sprawie w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, Europejski Przegląd Sądowy 2021 nr

12, s. 26; A. Wyrozumska: Wyroki Trybunału Konstytucyjnego w świetle prawa międzynarodowego, Europejski Przegląd Sądowy 2021 nr 12, s. 38; M. Rożmańska: Za co płacimy wszyscy, czyli rzecz o "reformach" wymiaru sprawiedliwości, Gazeta Prawna z dnia 23 marca 2022 r.; M. Safjan: Kilka uwag o odpowiedzialności władzy publicznej z tytułu naruszenia prawa europejskiego [w:] *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, pod red. J. Haberko, J. Grykiela i K. Mularskiego, wyd. 1, Warszawa 2022; M. Radajewski: Status prawny asesorów sądowych w Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2022, Rozdział IV. § 5. Gwarancje niezawisłości asesorskiej; T. Pietrzykowski: Polski kryzys konstytucyjny oczami pozytywisty prawniczego, PiP 2022 nr 3, s. 3; J. Gudowski: *Iudex impurus. Wyłączenie z mocy samej ustawy sędziego objętego zarzutem wadliwego powołania lub przejścia na wyższe stanowisko sędziowskie*, Przegląd Sądowy 2022 nr 5, s. 7."

Sąd Najwyższy – Izba Odpowiedzialności Zawodowej zważył, co następuje.

Wniosek SSN Macieja Pacudy o wyłączenie pozostałych członków składu orzekającego tj.: SSN Pawła Czubika i SSN Zbigniewa Kapińskiego, od udziału w rozpoznaniu sprawy I ZB 42/23 należało pozostawić bez rozpoznania, jako niedopuszczalny z mocy ustawy.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż zgodnie z jednoznaczną i niebudzącą wątpliwości interpretacyjnych treścią art. 42 § 1 i 2 k.p.k. wyłączenie sędziego następuje **na żądanie sędziego – podlegającego wyłączeniu**, z urzędu lub na wniosek strony. Jeżeli sędzia uzna, że zachodzi przyczyna wyłączająca go z mocy art. 40 § 1 k.p.k., wyłącza się, składając oświadczenie na piśmie do akt, a na jego miejsce wstępuje inny sędzia. Powołany przepis nie przewiduje możliwości złożenia wniosku o wyłączenie przez innego sędziego wyznaczonego do udziału w sprawie, co do którego nie zachodzą okoliczności uzasadniające wyłączenie. W świetle powołanego przepisu złożony wniosek o wyłączenie nie znajduje żadnego oparcia w przepisach Kodeksu postępowania karnego.

Odnosząc się do merytorycznej argumentacji zawartej we wniosku zauważyć należy, iż wątpliwość co do bezstronności SSN Pawła Czubika i SSN Zbigniewa Kapińskiego wynika z faktu, że wymienieni sędziowie powołani zostali na stanowiska sędziów Sądu Najwyższego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, ukształtowanej przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 3), a zatem – w ocenie wnioskodawcy – w procedurze wadliwej, naznaczonej naruszeniem standardów niezawisłości i bezstronności. Nie podano przy tym jakichkolwiek innych powodów, które należałoby rozpoznać i ocenić w kontekście przepisu art. 41 § 1 k.p.k., stanowiącego, że: „sędzia ulega wyłączeniu, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie”.

Zwracając uwagę na tak zaprezentowaną argumentację wniosku o wyłączenie sędziów, przy jego ocenie należy uwzględnić aktualnie obowiązujące brzmienie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, znowelizowanej ustawą z dnia 9 czerwca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r., poz. 1259), na mocy, której do ustawy o Sądzie Najwyższym dodany został art. 29 § 4, stanowiący wprost o tym, że: „Okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego Sądu Najwyższego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości i bezstronności”.

W świetle unormowań zawartych w art. 29 § 4 i 5 u.S.N., brak gwarancji niezawisłości i bezstronności sędziego powołanego do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego SN w następstwie wadliwej procedury nominacyjnej nie oznacza *a priori* bezskuteczności takiego powołania oraz że powołany w takiej procedurze sędzia nie spełnia wymogów niezawisłości i bezstronności. Gwarancja niezawisłości i bezstronności sędziego skutkuje bowiem ustawową niedopuszczalnością kwestionowania i podważania tych wymogów przez kogokolwiek i w jakimkolwiek trybie. Natomiast brak takiej gwarancji po stronie sędziego oznacza, iż w indywidualnych sprawach strony i uczestnicy postępowania mogą kwestionować jego niezawisłość i bezstronność oraz żądać przeprowadzenia

badania spełnienia przez niego tych wymogów w przewidzianej w ustawie procedurze, w przypadku sędziego SN określonej w art. 29 §§ 1 – 25 u.S.N.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż istotna wadliwość postępowań nominacyjnych w polskim wymiarze sprawiedliwości – naruszających standardy konwencyjne - występuje od dekad i polega ona m.in. na: braku niezawisłości i bezstronności organu przeprowadzającego takie postępowania, braku skutecznego i efektywnego środka ochrony prawnej osób w nich uczestniczących, a także braku spełnienia standardów konstytucyjnych. W judykaturze podnosi się, że przed powołaniem KRS w dniu 20 grudnia 1989 r., sędziowie byli powoływani i odwoływani przez Radę Państwa PRL, która była organem o charakterze czysto politycznym, nie spełniającym nawet minimalnych gwarancji niezawisłości i bezstronności, na wniosek Ministra Sprawiedliwości. Przepisy ustrojowe nie przewidywały jakiegokolwiek udziału samego zainteresowanego w procedurze powołania, brak było oficjalnie ogłaszanych konkursów na stanowiska sędziów. Brak było jakiegokolwiek środka ochrony sądowej, zaś proces powoływania sędziów nie dawał – w standardzie konwencyjnym - gwarancji, że osoba powoływana na stanowisko sędziego sądu powszechnego spełnia wymogi bezstronności i niezawisłości (zob.: postanowienie SN z dnia 14.12.2021 r., II KZ 46/21, LEX nr 3327044; postanowienie SN z dnia 13.12.2021 r., II KZ 46/21, LEX nr 3272188). Po powołaniu KRS, jak trafnie wskazał SN w postanowieniu z dnia 3 listopada 2021 r., TK kilkakrotnie kwestionował przepisy normujące postępowanie przed KRS w przedmiocie przedstawienia kandydatów do pełnienia urzędu sędziego. Dotyczyło to np. braku możliwości odwołania się od uchwał KRS (wyrok TK z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt SK 57/06, OTK ZU 2008, nr 4/A, poz. 63, odwołania nie przysługiwały zatem w okresie funkcjonowania KRS w latach 1990 - 2007), ustalenia reguł postępowania przed KRS w drodze rozporządzenia (wyrok TK z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. akt K 62/07, OTK ZU 2009, nr 10/A, poz. 149), zasady bezwzględnej jawności głosowań w KRS (wyrok TK z dnia 16 kwietnia 2008 r., sygn. akt K 40/07, OTK ZU 2008, nr 3/A, poz. 44), kryteriów oceny kandydatów na sędziów (wyrok TK z dnia 29 listopada 2007 r., sygn. akt SK 43/06, OTK ZU 2007, nr 10/A, poz. 130), a także ustanowienia indywidualnej kadencji sędziów, członków KRS (wyrok TK z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. akt K 5/17, OTK -

A 2017, poz. 48). Podzielenie tezy, iż stwierdzenie przez TK, w powołanych wyżej wyrokach, wadliwości przepisów, które były stosowane przez KRS w postępowaniu w przedmiocie wyłaniania kandydatów do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego, skutkuje w konsekwencji wadliwością postanowień Prezydenta RP w przedmiocie powołania na stanowiska sędziowskie, groziłoby totalnym zdestabilizowaniem systemu wymiaru sprawiedliwości w Polsce. Pójście bowiem w tym kierunku mogłoby sprowadzać się do ustalenia, czy osoba powołana przez Prezydenta RP na stanowisko sędziowskie - w wypadku przyjęcia przez podmiot oceniający istnienia nieprawidłowości w procedurze nominacyjnej - w ogóle jest sędzią. Ocena taka mogłaby też polegać na ustaleniu, czy sędzia powołany w procedurach, które zdaniem organu oceniającego, były obarczone wadą prawną, mimo formalnego posiadania statusu sędziego jest sędzią niezawisłym, a więc „zdolnym do orzekania” (uzasadnienie postanowienia SN z dnia 3 listopada 2021 r., IV KO 86/21, LEX nr 3251718).

Wskazane, m.in. w powołanych orzeczeniach, systemowe i permanentne wadliwości procedury nominacyjnej sędziów w polskim wymiarze sprawiedliwości, jak się wydaje, legły u podstaw wprowadzenia do polskiego systemu prawnego instytucji tzw. testu niezawisłości i bezstronności, obejmującego wszystkich sędziów w Rzeczypospolitej Polskiej. Oznacza to, iż ustawodawca uznał, że żaden sędzia SN, sądu powszechnego, sądu wojskowego, NSA i sądu administracyjnego, bez względu na datę powołania, nie spełnia **ustawowych i konwencyjnych** gwarancji niezawisłości i bezstronności, czego skutkiem jest przyznanie stronom i uczestnikom każdego konkretnego postępowania, uprawnienia do składania wniosków o zbadanie spełnienia przez konkretnego sędziego wyznaczonego do rozpoznania sprawy wymogów niezawisłości i bezstronności. Podążając tokiem myślenia wnioskodawcy należałoby zatem przyjąć absurdalne założenie, iż wszyscy sędziowie SN podlegają wyłączeniu od udziału w rozpoznaniu sprawy I ZB 42/23, albowiem żaden z nich nie posiada **ustawowych** gwarancji niezawisłości i bezstronności.

Z chwilą wejścia w życie cyt. wyżej ustawy o Sądzie Najwyższym wprowadzającej instytucję tzw. testu niezależności i bezstronności, który może być

zastosowany w stosunku do każdego sędziego Sądu Najwyższego, - niezależnie od daty jego powołania – powołana przez wnioskodawcę uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. utraciła aktualność.

Należy też zaznaczyć, że jeszcze przed rzeczoną nowelizacją przepisów ustawy o Sądzie Najwyższym, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 4 marca 2020 r., P 22/19 (Dz.U. z 2020 r. poz. 413), stwierdził, że art. 41 § 1 w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. w zakresie, w jakim dopuszcza rozpoznanie wniosku o wyłączenie sędziego z powodu wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, w skład której wchodzi sędziowie wybrani na podstawie art. 9a ustawy z 12.05.2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz.U. z 2021 r. poz. 269), jest niezgodny z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP.

Przypomnieć też trzeba orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, według którego niekonstytucyjne, a zatem niedopuszczalne, jest rozpoznanie wniosku o wyłączenie sędziego, który obejmuje zarzuty odnoszące się do okoliczności jego powołania (wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 2 czerwca 2020 r., P 13/19; z 23 lutego 2022 r., P 10/19; z 10 marca 2022 r., K 7/21). Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się także co do zgodności powoływania sędziów do Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. W wyroku z 25 marca 2019 r., K 12/18 nie stwierdził naruszenia standardu konstytucyjnego w tym zakresie. Natomiast wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20 Trybunał Konstytucyjny, orzekł, że uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/20, jest niezgodna z:

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

W orzecznictwie SN prezentowane są różne poglądy, co do mocy wiążącej uchwały składu połączonych Izb - Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 23 stycznia 2020 r., na którą powołuje się pełnomocnik. Przytoczyć w tym miejscu należy niektóre z nich, wyrażone:

1) w postanowieniach: 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, w których SN wyraził pogląd, iż nie można uznać, że orzeczenie TK z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20, jest wyrokiem, którego treść objęta jest skutkiem wyznaczonym normą art. 190 ust. 1 Konstytucji RP, a zatem przyjął, że TK nie rozstrzygnął kwestii objętej wnioskiem Prezesa Rady Ministrów. SN podniósł też, że będąc związany wyrokami TK: z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt K 34/15, zam. Dz. U. z 2015 r. poz. 2129, i z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. akt K 35/15, zam. Dz. U. z 2015 r. poz. 2147, oraz postanowieniem TK z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt U 8/15, musi stwierdzić, że wybór Mariusza Muszyńskiego, Lecha Morawskiego i Henryka Ciocha na sędziów TK był przeprowadzony z naruszeniem Konstytucji RP, a zatem każdorazowo skład orzekający TK z ich udziałem oraz z udziałem osób powołanych na miejsce zmarłych Lecha Morawskiego i Henryka Ciocha (dotyczy to Jarosława Wyrembaka i Justyna Piskorskiego), obarczony jest bardzo istotną wadą w postaci naruszenia art. 184 ust. 1 Konstytucji RP;

2) w postanowieniu z dnia 23 września 2021 r., IV KZ 37/21, LEX nr 2272413, w którym SN wyraził pogląd odmienny, iż obowiązujący w polskim prawie przepis art. 190 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że orzeczenia TK mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne. Przyjmuje się przy tym, że żaden organ nie posiada uprawnień do weryfikacji oraz nierespektowania orzeczeń TK. Chodzi tu również o weryfikację, czy dane orzeczenie zostało wydane w sposób prawidłowy, a więc m.in. przez należyty skład orzekający, w ramach odpowiedniej procedury. Co więcej, norma określona w art. 190 ust. 1 ustawy zasadniczej jest normą samowystępującą, która implikuje obowiązek uwzględnienia z urzędu treści orzeczenia w toku rozpoznawania sprawy, a nadto obowiązek respektowania i wdrażania orzeczeń TK przez wszystkich adresatów. Podnosi się, że ów obowiązek jest jednocześnie zakazem podejmowania zachowań sprzecznych z ich

treścią (zob. np. B. Naleziński, Komentarz do art. 190 Konstytucji RP (w:) P. Tuleja, (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2021, LEX, A. Mączyński, J. Podkownik, Komentarz do art. 190 Konstytucji RP (w:) L. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2016, Legalis, B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do art. 190, Warszawa 2012, Legalis, a nadto np. wyrok TK z dnia 20 maja 2003 r., SK 10/02, OTK-A 2003/5/41, wyrok TK z dnia 11 sierpnia 2016 r., K 39/16, OTK-A 2016/71, uchwała SN z dnia 23 stycznia 2001 r., III ZP 30/00, OŚNP 2001/23/685, uchwała składu 7 sędziów NSA z dnia 7 grudnia 2009 r., I OPS 9/09, ONSAiWSA 2010, Nr 2, poz. 16; wyrok SN z 22 sierpnia 2018 r., III PK 71/17, LEX nr 2539181, wyroki NSA z dnia 22 lutego 2008 r., II OSK 1004/06, Legalis; z dnia 16 lutego 2010 r., I FSK2075)08, Legalis; z dnia 23 września 2014 r., II FSK 2328/12, Legalis, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 19 czerwca 2018 r., II SA/Wr 801/17, LEX nr 2569546);

3) w postanowieniu z dnia z dnia 3 listopada 2021 r., IV KO 86/21, w którym SN uznał za dopuszczalne stosowania prawnej konstrukcji orzeczeń nieistniejących (*sententia non existens*), także do rozstrzygnięć wydanych przez TK, czy ETPC. Prezentując takie stanowisko SN nie uznał jednak, że wyrok TK z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20, jest *sententia non existens*. W wydaniu tego wyroku, jak wyżej wspomniano, brało udział czternastu sędziów TK, co do dwóch kwestionuje się ich status. Jak wynika ze złożonych przez nich zdań odrębnych jeden głosował za stwierdzeniem niezgodności z Konstytucją RP uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. (por. zdanie odrębne sędziego TK Mariusza Muszyńskiego), drugi zaś optował za niedopuszczalnością wydania orzeczenia (por. zdanie odrębne sędziego TK Jarosława Wyrembaka). Można zatem powiedzieć, iż w realiach sprawy U 2/20, głosy te wzajemnie się "zniosły", nie wpływając na wynik rozstrzygnięcia. Z pozostałych dwunastu sędziów TK, których wybór nie jest kwestionowany, zdania odrębne do wyroku złożyli: sędzia TK Leon Kieres i sędzia TK Piotr Pszczółkowski. W tej sytuacji nie sposób uznać, by udział w wydaniu wyroku TK z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20, dwóch sędziów TK, których status jest kwestionowany, był tego rodzaju wadą prawną, która pozwala na sięgnięcie do tej osobliwej konstrukcji jaką jest *sententia non existens*. Nie można

również podzielić tezy, iż w sprawie U 2/20 TK orzekł poza swoimi kompetencjami ustawowymi. W przeszłości podnoszono takie zarzuty np. pod adresem wyroku TK z dnia 27 października 2010 r., sygn. akt K 10/08, OTK ZU 2010, nr 8A, poz. 81 (por. zwłaszcza zdania odrębne do tego wyroku sędziów TK: Adama Jamroza, Marka Mazurkiewicza i Mirosława Wyrzykowskiego). W uzasadnieniu wyroku z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U2/20, przekonywująco wykazano, iż poddana kontroli uchwała abstrakcyjna składu połączonych trzech Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., jest aktem prawa wewnętrznego podlegającym kognicji TK pod warunkiem określonym w art. 188 pkt 3 Konstytucji RP (por. podpunkty 1.1 i 1.2 pkt III tego uzasadnienia). W tej sytuacji zgodnie z treścią wyroku TK z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U2/20, który w myśl art. 190 ust. 1 Konstytucji RP ma moc powszechnie obowiązującą, uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt BSA I - 4110 - 1/20, nie wiąże formalnie sędziów SN, natomiast zawarte w niej myśli mogą być wykorzystywane w praktyce orzeczniczej w granicach normalnych sposobów wykładni prawa.

Zauważyć należy, iż także w przestrzeni publicznej prowadzony jest dyskurs prawników w przedmiocie ważności orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego wydanych w wadliwym składzie oraz środków, jakie należy podjąć w celu ich unieważnienia. Przyjmuje się więc założenie, że takie orzeczenia są ważne i wywołują skutki prawne.

W związku z powołanym wyżej wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r. w orzecnictwie Sądu Najwyższego dominuje pogląd, iż uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt BSAI-4110-1/20, nie wiąże formalnie sędziów Sądu Najwyższego, natomiast zawarte w niej myśli mogą być wykorzystywane w praktyce orzeczniczej w granicach normalnych sposobów wykładni prawa (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2021 r., IV KO 86/21, LEX nr 3251718; zob. też m.in. uzasadnienie postanowienia z dnia 3 listopada 2021 sygn. akt IV KO 86/21).

Same wątpliwości, co do zgodności któregoś z elementów procedury powołania sędziego, opisanych w ustawie nowelizującej z dnia 8 grudnia 2017 r., z Konstytucją RP, nie mogą stanowić podstawy do odmowy ich zastosowania, lecz zobowiązują do uruchomienia przewidzianej specjalnie w tym celu procedury pytań prawnych do TK, co do o niezgodności obowiązujących przepisów z Konstytucją, (zob. wyrok TK z 31 stycznia 2001 r., P 4/99, czy wyrok TK z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00). Natomiast wszelkie inne nieprawidłowości w konkretnej procedurze powołania konkretnego sędziego SN (a także NSA, sądu administracyjnego, sądu powszechnego lub wojskowego) - mające charakter systemowy lub indywidualny -, uprawniają strony lub uczestników postępowania w sprawie z jego udziałem, do podważenia jego bezstronności i niezawisłości, w trybie ustawowej procedury przewidzianej (w przypadku sędziego SN) w art. 29 §§ 4 - 25 u.S.N.

Podstawą faktyczną do uruchomienia takiej procedury w konkretnej sprawie może być m.in. argumentacja zawarta w nieobowiązującej uchwale składu połączonych Izb - Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 23 stycznia 2020 r. oraz wyrok ETPC z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce (zob.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2021 r., IV KO 86/21, LEX nr 3251718).

Konkludując stwierdzić należy, iż wniosek SSN Macieja Pacudy o wyłączenie pozostałych członków składu orzekającego tj.: SSN Pawła Czubika i SSN Zbigniewa Kapińskiego pozbawiony jest podstaw zarówno formalnoprocesowych, jak i merytorycznych. Wniosek oparty wyłącznie na okoliczności odnoszącej się tylko do faktu ich powołania na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego z rekomendacji Krajowej Rady Sądownictwa w składzie ukształtowanym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw, uznać zatem należy, jako niedopuszczalny z mocy ustawy.

Skoro przepisy postępowania nakazują pozostawić bez rozpoznania niedopuszczalny procesowo wniosek strony o wyłączenie sędziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k., a taka sytuacja ma miejsce w przypadku określonym w art. 41 § 2 k.p.k., gdy wniosek ten zostanie zgłoszony po rozpoczęciu przewodu sądowego –

to również w przypadku stwierdzenia niedopuszczalności wniosku o wyłączenie sędziego z przyczyn podanych powyżej, należy postąpić podobnie.

Z tych też względów postanowiono, jak na wstępie.

[M. T.]

[ms]