



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 grudnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek (sprawozdawca)

SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Szczerbiak Dorota

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej w Katowicach delegowanego do Prokuratury Krajowej Krzysztofa Urgacza oraz prokuratorów Prokuratury Regionalnej w Warszawie Karola Węgrzyna i Przemysława Ścibisza,
w sprawie **X.Y.1 i X.Y.2**,
skazanych za czyny z art. 231 § 1 k.k.,
oraz **X.Y.3** uniewinnionego od czynu z art. 231 § 1 k.k.,
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 29 listopada 2023 r.,
kasacji obrońców X.Y.1 i X.Y.2
oraz prokuratora na niekorzyść X.Y.3,
od wyroku Sądu Apelacyjnego w X. z dnia [...], sygn. akt [...], zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w X. z dnia [...], sygn. akt [...],

1. oddala kasację prokuratora wniesioną na niekorzyść X.Y.3 jako oczywiście bezzasadną, zaś kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego w tym zakresie obciąża Skarb Państwa;

2. na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. uchyla zaskarżony wyrok wobec X.Y.1 i X.Y.2 oraz X.Y.3 i przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w X. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;

3. zwraca X.Y.1 i X.Y.2 uiszczone opłaty od kasacji.

(TM)

UZASADNIENIE

Przed Sądem Okręgowym w X. zawisła sprawa z subsydiarnego aktu oskarżenia, wniesionego przez pełnomocników [...] m.in. przeciwko X.Y.1, X.Y.2 i X.Y.3.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w X. z dnia [...], sygn. akt [...]:

- X.Y.1 został uznany za winnego czynu polegającego na tym, że w okresie od dnia [...] do dnia [...] w X., będąc funkcjonariuszem publicznym [...], nie dopełnił ciążących na nim obowiązków z tytułu pełnienia funkcji [...] określonych w: [...], w ten sposób, że [...], czym spowodował rzeczywiste niebezpieczeństwo powstania szkody dla interesu publicznego i interesu prywatnego poprzez [...]. tj. czynu z art. 231 § 1 k.k., za który wymierzono mu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 2 lata (pkt II i IV tiret pierwsze);
- X.Y.2 została uznana za winną czynu polegającego na tym że w okresie od dnia [...] do dnia [...] w X., będąc funkcjonariuszem publicznym [...], nie dopełniła ciążących na niej obowiązków określonych w: [...], w ten sposób, że [...], czym spowodowała rzeczywiste niebezpieczeństwo powstania szkody dla interesu publicznego i interesu prywatnego poprzez [...], tj. czynu z art. 231 § 1 k.k., za który wymierzono jej karę 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący rok (pkt III i IV tiret drugie);
- X.Y.3 został uniewinniony od popełnienia zarzucanego mu czynu mającego polegać na tym, że w okresie od [...] do dnia [...] w X., będąc funkcjonariuszem publicznym, nie dopełnił ciążących na nim obowiązków z tytułu pełnienia funkcji [...], określonych w szczególności w:[...];

poprzez to, że:

[...], czym działał na szkodę interesu publicznego, sprowadzającego się do [...] oraz interesu prywatnego, sprowadzającego się do [...], tj. czynu z art. 231 § 1 k.k. (pkt I);

- zasądzono tytułem opłaty od oskarżonych X.Y.1 kwotę 180 zł i od X.Y.2 kwotę 120 zł oraz obciążono tych oskarżonych ich pozostałymi kosztami procesu w częściach na nich przypadających, zaś w części uniewinniającej kosztami procesu obciążono Skarb Państwa (pkt V);
- wyrok zawierał również rozstrzygnięcie o uniewinnieniu dwóch innych osób od zarzucanych im czynów z art. 231 § 1 k.k. (pkt I).

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, zainicjowanego następującymi apelacjami: prokuratora na niekorzyść wszystkich oskarżonych, obrońców X.Y.1 oraz obrońcy X.Y.2, Sąd Apelacyjny w X. wyrokiem z dnia [...], sygn. akt [...]: zmienił zaskarżony wyrok wobec oskarżonych X.Y.1 i X.Y.2 w ten sposób, że opis przypisanego X.Y.1 czynu po słowach [...] uzupełnił o sformułowanie „czym działał na szkodę interesu publicznego i interesu prywatnego”, a opis czynu przypisanego X.Y.2 po słowach [...] uzupełnił o sformułowanie „czym działała na szkodę interesu publicznego i interesu prywatnego” (pkt I); w pozostałym zakresie co do tych oskarżonych, a także co do X.Y.3 i pozostałych oskarżonych wyrok Sądu I instancji został utrzymany w mocy (pkt II); zasądził od oskarżonych X.Y.1 i X.Y.2 na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe za postępowanie odwoławcze w częściach na nich przypadających, w tym 180 zł od X.Y.1 i 120 zł od X.Y.2 tytułem opłaty za II instancję, a w zakresie apelacji prokuratora wydatkami obciążył Skarb Państwa (pkt III).

Kasację od powyższego wyroku Sądu odwoławczego wniosło dwoje obrońców skazanego X.Y.1, obrońca X.Y.2 i prokurator w stosunku do X.Y.3.

Obrońca X.Y.1 – adw. K.G. – zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w całości co do X.Y.1 i zarzuciła:

„1. brak skargi uprawnionego oskarżyciela, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. – albowiem subsydiarny akt oskarżenia w niniejszej sprawie wniesiony został przez osoby, które w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. nie są pokrzywdzone przestępstwem, którego popełnienie przypisano skazanemu X.Y.1, zakwalifikowanym jako czyn z art. 231 § 1 k.k. – ponieważ jego działania jako [...] funkcjonariusza publicznego nie miały

bezpośredniego wpływu na [...] (przy czym przesłanka bezpośredniości w przypadku przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. interpretowana winna być ściśle, wobec niezwykle szerokiego, otwartego katalogu dóbr chronionych tym przepisem), skoro pomiędzy czynnościami podejmowanymi [...], a [...] istniało ogniwo pośrednie, jakim było [...], co zgodnie z treścią art. 49 § 1 k.p.k. wyklucza możliwość uznania oskarżycieli subsydiarnych występujących w tej sprawie za pokrzywdzonych przestępstwem niedopełnienia obowiązków przez [...] (w tym także biorąc pod uwagę fakt, iż [...]), które to uchybienie Sąd Apelacyjny inkorporował do własnego orzeczenia, pomimo faktu, iż stanowi ono bezwzględną przyczynę odwoławczą, co do której zarzut podnoszono także w apelacji obrońcy skazanego;

2. nienależytą obsadę sądu, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (w świetle uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r.) – albowiem niniejsza sprawa rozpoznana została przez Sąd Apelacyjny w składzie obejmującym osoby powołane na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa utworzonej 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), tj. SSA X.Y.4 i SSA X.Y.5, podczas gdy prawne i faktyczne okoliczności, w jakich doszło do zmiany kształtu Krajowej Rady Sądownictwa na podstawie powyższej nowelizacji pozbawiły ją atrybutu niezależności, czyniąc ją jednocześnie niezdolną do dokonywania wyboru kandydatów na stanowiska sędziowskie;

3. brak obecności wszystkich członków składu orzekającego Sądu I instancji podczas całej rozprawy, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. – poprzez niezapoznanie się wszystkich członków składu orzekającego Sądu I instancji z całością materiałów niejawnych niniejszej sprawy (w tym materiałów dołączonych z akt sprawy o sygnaturze: [...]), co wynika z treści wpisów w kartach przeglądowych akt, przeanalizowanych szczegółowo w apelacji wniesionej przez obrońcę skazanego X.Y.1, Adwokat K.G. od wyroku Sądu Okręgowego za pośrednictwem kancelarii tajnej w dniu [...], a także w treści niniejszej kasacji, w części wniesionej za pośrednictwem kancelarii tajnej w dniu [...] – podczas gdy materiały niejawne niniejszej sprawy stały się podstawą ustaleń

faktycznych, co znajduje odzwierciedlenie w części niejawnej uzasadnień wyroków sporządzonych przez sądy obu instancji, przy czym uchybienie to zostało inkorporowane przez Sąd Apelacyjny, który dostrzegając, iż niedokonanie wpisów w poszczególnych kartach zapoznania wszystkich tomów akt było uchybieniem, stwierdził brak jego wpływu na treść orzeczenia i jednocześnie stanął na stanowisku, iż „nie budzi wątpliwości interpretacyjnych zapis, że sędziowie Sądu Okręgowego zapoznali się ze wszystkimi tomami akt o klauzuli niejawne” (s. 20-21 uzasadnienia wyroku), podczas gdy jednocześnie Sąd Odwoławczy nie wskazał, na jakiej innej podstawie niż treść kart przeglądowych stwierdził, iż do owego zapoznania doszło”.

Obrońca wniosła o uchylenie wyroków Sądu Okręgowego i Sądu Apelacyjnego oraz – w przypadku uwzględnienia zarzutu podniesionego w punkcie 1 – umorzenie postępowania, a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w punkcie 1, a uwzględnienia zarzutów podniesionych w punktach 2 oraz 3 – o przekazanie sprawy sądowi właściwemu do ponownego rozpoznania. W kasacji obrońca zawarła także wniosek o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) z pytaniem prejudycjalnym o treści podanej w kasacji wraz z wnioskiem o zawieszenie postępowania kasacyjnego do czasu rozpoznania ww. pytania przez TSUE, a także wniosek o przeprowadzenie niejawnej rozprawy kasacyjnej.

Drugi z obrońców X.Y.1 – adw. A.B. – zaskarżył wyrok Sądu odwoławczego w całości w zakresie dotyczącym X.Y.1 i zarzucił:

„I. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj.:

(A) art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., związaną z rażącym naruszeniem art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., polegającą na rozpoznaniu sprawy pomimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela, przy uznaniu wnoszących subsydiarny akt oskarżenia w niniejszej sprawie jako pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., choć takiego statusu tymże osobom brak, bowiem działaniom oskarżonego jako [...] funkcjonariusza publicznego nie można przydać związku przyczynowo-skutkowego i normatywnego, lub wyłącznie normatywnego, pomiędzy jego zachowaniem, tj. przekroczeniem przez niego uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków, a realnym – w przedmiotowej sprawie – stanem zagrożenia dla konkretnych dóbr prawnych, czy to o charakterze publicznym, czy też prywatnym – indywidualnym,

(B) art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., polegające na wydaniu skarżonego wyroku przez sąd nienależycie obsadzony, co stanowi tzw. bezwzględną przesłankę odwoławczą, a to z uwagi na udział w składzie sądu II instancji, wydającego skarżony wyrok osób powołanych na urząd sędziego Sądu Apelacyjnego w X. 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 ze zm.)”.

W oparciu o powyższe zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania z uwagi na zarzut z punktu I.(A), a w przypadku odmówienia uwzględnienia powyższego wniosku – o zmianę zaskarżonego wyroku w skarżonej części, tj. w całości wobec X.Y.1 poprzez uniewinnienie go od zarzucanego mu czynu, ewentualnie uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w X.

Obrońca skazanej X.Y.2 – adw. K.S. – zaskarżył wyrok Sądu odwoławczego w całości i zarzucił „rażące naruszenie prawa, które miało wpływ na jego treść, a to: I. obrazę przepisów prawa materialnego, innych niż stanowiące kwalifikację prawną czynu, a to art. 49 § 1 i art. 51 § 1 w zw. z art. 55 § 1 k.p.k. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że [...] mogą wykonywać prawa pokrzywdzonego w postępowaniu, którego przedmiotem jest odpowiedzialność karna za przestępstwo z art. 231 k.k., w tym wnieść subsydiarny akt oskarżenia, podczas gdy prawidłowa wykładnia powołanych przepisów wskazuje, że [...] nie są pokrzywdzonymi w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. w zw. z art. 231 § 1 k.k., a zatem [...] i nie mieli prawa wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, w sytuacji, gdy brak było skargi uprawnionego oskarżyciela, co stanowi podstawę umorzenia postępowania określoną w art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., a więc wystąpienie tzw. bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 9 w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.”.

Z ostrożności procesowej obrońca zarzucił również inne rażące naruszenie prawa, które miało wpływ na treść wyroku, a to:

II. [...] obrazę art. 439 § 1 pkt. 2 k.p.k. poprzez wydanie go przez sąd nienależycie obsadzony, czyli sąd w skład którego wchodził sędziowie powołani do Sądu Apelacyjnego w X. 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, co sprawia, że sąd był nienależycie obsadzony, co wprost wynika z uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r (BSA I-4110-1/2020; OSNKW 2020, z. 2 poz.7)".

Ponadto, w przypadku gdyby powyższy zarzut okazał się nietrafny, obrońca zarzucił dodatkowo:

„III. obrazę art. 433 § 1 i 2 k.p.k. poprzez nierozpoznanie zarzutu V (2) apelacji, co winno skutkować uchyleniem wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny w X.;

IV. obrazę art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez uznanie, że dowodem na to, że sędziowie SO X.Y.6 i SO X.Y.7 zapoznali się z niejawną częścią akt sprawy przechowywanych w Kancelarii Tajnej są ich pojedyncze podpisy w dokumencie pod nazwą „Karta zapoznania z dokumentem", w sytuacji, gdy z przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 lipca 2017 r. (obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego) w sprawie organizacji i funkcjonowania kancelarii tajnych i trybu przetwarzania informacji niejawnych wynika, że jedynym dowodem zapoznania się przez sędziego z takim aktami jest złożenie podpisu obok daty i godziny zapoznania na każdej karcie zapoznania z dokumentem, co oznacza, że ustalenie Sądu Apelacyjnego polegające na twierdzeniu, że ww. sędziowie zapoznali się ze wszystkimi dokumentami niejawnymi jest oparte na domysłach, a nie na ustaleniach".

Obrońca wniósł:

- w przypadku uwzględnienia pierwszego zarzutu o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej X.Y.2 i umorzenie w tym zakresie postępowania,
- w przypadku uwzględnienia drugiego zarzutu o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny w X. w postępowaniu odwoławczym celem osądzenia sprawy przez sąd należycie obsadzony,
- w przypadku uwzględnienia zarzutu z punktu III lub IV - o uchylenie zaskarżonego kasacją wyroku i wyroku Sądu Okręgowego w X. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji.

Prokurator zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w zakresie punktu II, tj. w zakresie utrzymania w mocy wyroku Sądu I instancji, co do X.Y.3, zarzucając „rażące i mogące mieć istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 231 § 1 k.k. poprzez wadliwe uznanie, że X.Y.3, pomimo niedopełnienia obowiązków służbowych w zakresie [...], nie popełnił przestępstwa z art. 231 § 1 k.k., a może podlegać jedynie odpowiedzialności dyscyplinarnej, przy jednoczesnym ustaleniu, że do jego obowiązków, jako funkcjonariusza publicznego zatrudnionego w [...] należała [...]”. Prokurator wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w X. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Pisemne odpowiedzi na kasacje przedłożył prokurator, odpowiednio co do kasacji obrońców X.Y.1 i co do kasacji obrońcy X.Y.2, każdorazowo wnosząc o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w X. należało uchylić w stosunku do wszystkich osób objętych kasacjami, przy czym w stosunku do oskarżonych X.Y.1 i X.Y.2 nastąpiło to z uwagi na zasadność zarzutów kasacyjnych dotyczących uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., związanego z nienależytą obsadą Sądu odwoławczego, zaś wobec X.Y.3 – z powodu tożsamego uchybienia o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej ale stwierdzonego z urzędu, poza granicami zarzutów podniesionych w kasacji prokuratora (art. 536 k.p.k.).

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić powody uznania za oczywiście bezzasadną kasacji prokuratora wniesionej na niekorzyść X.Y.3. Zgodnie z art. 519 k.p.k. kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, przysługującym od wyroku sądu odwoławczego. To wyłącznie przeciwko orzeczeniu tego sądu mogą być skierowane zarzuty kasacyjne. Niedopuszczalne jest zatem „atakowanie” w tym nadzwyczajnym środku zaskarżenia orzeczenia sądu pierwszej instancji. Rolą Sądu Najwyższego nie jest bowiem ponowna kontrola orzeczenia sądu *meriti*, a więc rozpoznawanie kolejny raz zarzutów stawianych temu rozstrzygnięciu, a wyłącznie eliminowanie prawomocnych orzeczeń sądów, które ze względu na charakter wadliwości, jaką są obarczone, nie mogą ostać się w obrocie

prawnym. Podnoszone w tej skardze zarzuty powinny zatem wskazywać na uchybienia określone w art. 439 k.p.k. lub inne rażące naruszenie prawa, do którego doszło w postępowaniu odwoławczym, co w konsekwencji mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku sądu drugiej instancji (por. np.: postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 25 listopada 2021 r., V KK 506/21; z dnia 24 czerwca 2021 r., IV KK 258/21). Tymczasem zarzut obrazy przepisów prawa materialnego zawarty w kasacji prokuratora, jest skierowany do Sądu I instancji. Sąd odwoławczy, który co do X.Y.3 utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, nie stosował wymienionego w zarzucie kasacji przepisu art. 231 § 1 k.k., a wyłącznie kontrolował jego zastosowanie przez Sąd Okręgowy. W takiej sytuacji dopuszczalne byłoby podniesienie zarzutu rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. jako zarzutu nierzetelnej kontroli odwoławczej w powiązaniu z zarzutem rażącego naruszenia prawa materialnego, podniesionym obecnie w kasacji prokuratora. Nie jest jednak dopuszczalne czynienie Sądowi odwoławczemu zarzutu, że naruszył przepis, którego nie stosował. Polski proces karny nie jest oczywiście procesem formułkowym i Sąd Najwyższy niejednokrotnie interpretował rzeczywistą treść zarzutów przez pryzmat uzasadnienia kasacji, doszukując się jej nawet w poszczególnych argumentach tam zawartych (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2007 r., II KK 81/06; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2007 r., V KK 102/06; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 1999 r., III KZ 74/99). Kluczowy dla takich działań jest jednak kierunek zaskarżenia. Poszukiwanie prawidłowej treści błędnie sformułowanych zarzutów kasacji na korzyść znajduje uzasadnienie w gwarancyjnym charakterze takiego działania. Nie ma już takiego uzasadnienia w przypadku kasacji na niekorzyść, albowiem odpada w tej sytuacji element gwarancyjny. Wnosząc nadzwyczajny środek zaskarżenia na niekorzyść oskarżonego skarżący jest szczególnie zobowiązany do prawidłowego formułowania zarzutów, a Sąd Najwyższy do restrykcyjnego zastosowania art. 536 k.p.k., nakazującego rozpoznanie kasacji wyłącznie w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Podsumowując, wobec oczywistej bezzasadności zarzutu kasacyjnego jako skierowanego wobec orzeczenia Sądu I instancji a nie Sądu odwoławczego i wskazującego na naruszenie prawa materialnego, którego Sąd

odwoławczy nie stosował, należało ten nadzwyczajny środek zaskarżenia oddalić jako oczywiście bezzasadny.

Pomimo takiego rozstrzygnięcia w przedmiocie kasacji prokuratora, wyrok Sądu Apelacyjnego musiał być uchylony także wobec X.Y.3, bowiem stwierdzenie bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. skutkuje koniecznością uchylenia orzeczenia także na niekorzyść oskarżonego (art. 439 § 2 k.p.k. *a contrario*).

Przechodząc do zarzutów sformułowanych w kasacjach wniesionych przez obrońców, trzeba najpierw rozstrzygnąć kwestię ich dopuszczalności. Kasacje wniesione na korzyść X.Y.1 i X.Y.2 mogą wskazywać wyłącznie na uchybienia o randze bezwzględnych przyczyn odwoławczych, bowiem ww. zostali skazani na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania (art. 523 § 2 i § 4 pkt 1 k.p.k.). Tym samym kontrola kasacyjna ograniczała się wyłącznie do ww. uchybień. Powyższe zastrzeżenie prowadzi do wniosku, że zarzuty z punktów III i IV kasacji obrońcy X.Y.2, jako zarzuty wprost wskazujące na rażące naruszenie prawa, o którym mowa w art. 523 § 1 k.p.k., były niedopuszczalne.

Za niedopuszczalny należy uznać także zarzut z punktu 3 kasacji obrońcy oskarżonego X.Y.1 – adw. K.G. Obrońca wskazała tam na zaistnienie uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w związku z brakiem obecności wszystkich członków składu orzekającego Sądu I instancji podczas całej rozprawy, co miało polegać na niezapoznaniu się wszystkich sędziów zasiadających w składzie orzekającym z całością materiałów niejawnych niniejszej sprawy. Trzeba jednak mieć na względzie, że o dopuszczalności kasacji nie przesądza literalne sformułowanie zarzutu o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej i formalne powołanie uchybienia wskazanego w katalogu z art. 439 § 1 k.p.k. Samo zaznaczenie w kasacji, iż miało miejsce uchybienie z art. 439 § 1 k.p.k., nie stanowi jeszcze wystarczającej przesłanki do jej merytorycznego rozpoznania. Jedynie formalne powołanie się na uchybienie przewidziane w art. 439 § 1 k.p.k., bądź całkowicie bezpodstawne nazwanie takim uchybieniem sytuacji, która bez wątpienia nie stanowi naruszenia prawa wymienionego w tym przepisie, nie czyni dopuszczalną kasację podlegającą ograniczeniom określonym w art. 523 § 2 k.p.k. (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2018 r., III KK 687/18). Tymczasem uchybienie

polegające na nieobecności członka składu orzekającego na całej rozprawie nie dotyczy problematyki zapoznawania się z aktami sprawy, w tym także z materiałami niejawnymi. Nieobecność na całej rozprawie któregośkolwiek z członków składu orzekającego jako bezwzględna podstawa odwoławcza stanowi realizację dyrektywy niezmienności składu orzekającego wynikającej z zasady koncentracji. W kontekście przeprowadzania dowodów kluczowe znaczenie ma moment ich ujawnienia (por. D. Świecki, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el 2023, t. 32 do art. 439).

Podsumowując, dopuszczalne i podlegające merytorycznemu rozpoznaniu są dwa zarzuty sformułowane w kasacjach wniesionych na korzyść obojga oskarżonych: zarzut nienależytej obsady sądu (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.) oraz zarzut braku skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.).

Przed wyjaśnieniem powodów uznania, że w tej sprawie Sąd Apelacyjny orzekał jako sąd nienależycie obsadzony w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., konieczne jest ustosunkowanie się do drugiego powołanego w kasacjach bezwzględnego powodu odwoławczego w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela (w kasacjach obrońców wymieniony jako pierwszy). Stwierdzenie bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. musiałoby bowiem skutkować wydaniem odmiennego orzeczenia: w stosunku do X.Y.1 i X.Y.2 należałoby wówczas uchylić zarówno zaskarżony wyrok, jak i wyrok Sądu I instancji i umorzyć postępowanie karne na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. Z kolei wobec bezzasadności kasacji wniesionej na niekorzyść X.Y.3 i treści art. 439 § 2 k.p.k., niedopuszczalne byłoby wzruszenie prawomocnego wyroku uniewinniającego tego oskarżonego.

Dostrzegając regułę, zgodnie z którą w razie zbiegu negatywnej przesłanki procesowej skutkującej umorzeniem postępowania oraz jedynie uchyleniem orzeczenia i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania, pierwszeństwo ma przesłanka skutkująca umorzeniem postępowania, Sąd Najwyższy uznał, że w tej sprawie stwierdzenie zaistnienia takiego zbiegu przesłanek na etapie postępowania kasacyjnego jest nieuprawnione.

X.Y.1 i X.Y.2 zaskarżonym wyrokiem zostali prawomocnie skazani na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, co determinuje

nie tylko zakres możliwych do podniesienia w tej sprawie zarzutów kasacyjnych, ale także zakres kontroli kasacyjnej. Sąd Najwyższy musi oceniać zasadność zarzutów zaistnienia w sprawie negatywnej przesłanki procesowej w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela uwzględniając poczynione przez oba Sądy ustalenia faktyczne. Jest nimi po prostu związany i nie może czynić własnych ustaleń, które mogłyby skutkować odmienną od przyjętej przez Sądy oceną tego, czy skarga subsydiarna, która zainicjowała niniejsze postępowanie, została wniesiona przez uprawnionych oskarżycieli.

Trzeba podkreślić, że w przypadku czynu zabronionego stypizowanego w art. 231 § 1 k.k. prawidłowa ocena, czy jego dokonanie narusza lub zagraża jedynie dobru ogólnemu (np. prawidłowemu funkcjonowaniu instytucji państwowej), czy godzi także bezpośrednio w dobro indywidualne jednostki, jest z reguły możliwa dopiero po dokonaniu ustaleń faktycznych w konkretnej sprawie. Oceny tej powinno dokonywać się na każdym etapie postępowania karnego, w zależności oczywiście od dokonanych na tych etapach sprawy ustaleń faktycznych, bowiem dopiero dokonanie prawidłowych ustaleń faktycznych determinuje wnioski co do kwestii pokrzywdzenia w kontekście wyznaczonym art. 49 § 1 k.p.k. To z tego powodu stwierdzić należy, że ocena statusu pokrzywdzonego jest po prostu zdeterminowana specyficznymi okolicznościami sprawy. Sąd Najwyższy podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie, że „występek określony w art. 231 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym” (uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 24/12, OSNKW 2013, z. 2, poz. 12). Zasadne jest też stanowisko, że przedmiotem ochrony czynu z art. 231 § 1 k.k. jest przede wszystkim prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządu terytorialnego oraz powiązany z nim interes władzy publicznej, której wizerunek narażony jest na szwank działaniem oznaczającym przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązku. Nie oznacza to jednak, że przestępstwo to zawsze godzi wyłącznie w dobro ogólne. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, pokrzywdzony przestępstwem określonym w art. 231 § 1 k.k. jest również podmiot, którego indywidualny interes został bezpośrednio zagrożony zachowaniem funkcjonariusza

publicznego (tak: J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX/el 2021, t. 1 i 4 do art. 231).

Z tego też powodu nie można zgodzić się z argumentacją zawartą w jednej z kasacji, że umieszczenie art. 231 § 1 k.k. w treści art. 306 § 1a pkt 3 k.p.k. przesądza o tym, iż jest to czyn zabroniony „bez pokrzywdzonego”. Ma rację Sąd Apelacyjny zauważając, że przecież ten sam przepis wyposaża w uprawnienie do zaskarżenia postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego także inne osoby niż pokrzywdzony w przypadku czynów zabronionych skierowanych przeciwko mieniu, a teza, że te czyny zabronione skutkują zaistnieniem w sprawie indywidualnego pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., nie budzi większych kontrowersji.

W tej sprawie Sąd Okręgowy dokonał ustaleń faktycznych uwidoczniionych w opisie czynów przypisanych obojgu oskarżonym. Obejmują one ustalenie, że oboje oskarżeni nie dopełnili ciążących na nich obowiązków, co w przypadku X.Y.1 miało polegać na [...], czym oskarżony spowodował „rzeczywiste niebezpieczeństwo powstania szkody dla interesu publicznego i interesu prywatnego poprzez [...]”. W przypadku X.Y.2 niedopełnienie obowiązków miało z kolei polegać na [...], czym oskarżona spowodowała „rzeczywiste niebezpieczeństwo powstania szkody dla interesu publicznego i interesu prywatnego poprzez [...]”. Sąd Apelacyjny uzupełnił opis czynów przypisanych obojgu oskarżonym o wskazanie, że „działali oni na szkodę interesu publicznego i interesu prywatnego”.

Niewątpliwie kwestią kluczową dla oceny istnienia skargi uprawnionego oskarżyciela w tej sprawie jest ustalenie bezpośredniości zagrożenia dobra prawnego [...] przez działanie lub zaniechanie oskarżonych. Toteż kluczowe jest to, czy zachowanie przypisane oskarżonym miało wpływ na [...]. Trzeba podkreślić, że ustalenia co do tej kwestii wynikające z uzasadnienia wyroku Sądu I instancji są wewnętrznie niespójne. Ponadto trudności przysparza rozgraniczenie co jest ustaleniem faktycznym tego Sądu, mającym odzwierciedlenie w przeprowadzanych dowodach, a co stanowi raczej ocenę opartą o wnioskowanie z [...] Uwidacznia to zwłaszcza część uzasadnienia poświęcona ustaleniom zakresu obowiązków X.Y.1 oraz X.Y.2 oraz [...]. Z jednej strony Sąd ten ustala, że „[...]” (s. 158-159 uzasadnienia wyroku Sądu I instancji). Dalej Sąd uzasadnia, że [...] - s. 161-162 uzasadnienia.

Odmienne ustalenia zawarto jednak w dalszej części uzasadnienia, gdzie Sąd Okręgowy pisze, że [...] (s. 177 uzasadnienia wyroku Sądu I instancji). Już w tym miejscu trzeba dodać, że z analizowanych przez ten Sąd dokumentów, [...], wynika, iż [...]. W tym kontekście przedstawione stanowisko można także ujmować jako [...].

Z kolei z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wynikają następujące ustalenia faktyczne poczynione przez ten Sąd. Po pierwsze, że [...] (k. 3751-3752). Po drugie, że [...] (k. 3749). Po trzecie, że [...]. W tym względzie Sąd Apelacyjny w zasadzie powtórzył fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, że [...] (k. 3752).

Istotne jest także ustalenie poczynione w zaskarżonym wyroku w odniesieniu do oskarżonej X.Y.2, że [...] (k. 3753). Dalej Sąd Apelacyjny stwierdza, że [...] (k. 3753). Takie ustalenia doprowadziły Sąd Apelacyjny do wniosku, że zaniechanie obojga oskarżonych bezpośrednio oddziaływało także na interes indywidualny pokrzywdzonych, skoro [...]. Przyjęcie, że [...], uprawniało Sąd Apelacyjny do uznania za niezasadne zarzutów apelacji, że pomiędzy zachowaniem oskarżonych a [...] było ogniwo pośrednie w postaci [...].

Wymaga podkreślenia, że odmienne ustalenia faktyczne w tym zakresie poczynił prokurator na wstępnym etapie postępowania przygotowawczego, umarzając je w fazie *in rem* z powodu braku znamion czynu zabronionego. W tamtej decyzji z dnia [...] ustalono, że [...]. Niewątpliwie takie ustalenie eliminowało indywidualnych pokrzywdzonych działaniami lub zaniechaniami [...] osób pełniących funkcje publiczne. Toteż nie zaskakuje, że zarówno w apelacji, jak i obecnie w kasacji, obrońca X.Y.1 powołuje się na to postanowienie jako argument wspierający tezę o braku bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego przez zachowania przypisane oskarżonym. Rzecz jednak w tym, że wspomniane postanowienie bazuje na ustaleniach faktycznych odmiennych od tych, jakie poczyniły w tej sprawie oba Sądy.

Podsumowując, jeżeli uwzględni się poczynione w tej sprawie ustalenia faktyczne i ich ocenę dokonaną przez Sąd odwoławczy, to nie można *prima facie* uznać słuszności zarzutów kasacyjnych wskazujących na brak skargi uprawnionego oskarżyciela. Problem polega jednak na tym, że kontroli ustaleń faktycznych Sądu I instancji, które determinowały także ocenę zaistnienia w tej sprawie negatywnej przesłanki procesowej, dokonał sąd nienależycie obsadzony. Z tego powodu

postępowanie odwoławcze należy w tej sprawie powtórzyć nie przesądzając obecnie zasadności lub bezzasadności zarzutów kasacyjnych wskazujących na brak skargi uprawnionego oskarżyciela. To należycie obsadzony Sąd przy ponownym rozpoznaniu sprawy w instancji odwoławczej będzie musiał rozpoznać apelacje i rzetelnie ocenić, czy w sprawie proceduje się na podstawie skargi uprawnionego oskarżyciela. Tym bardziej, że wśród zarzutów apelacyjnych są też takie, które godzą w prawidłowość ustaleń faktycznych Sądu I instancji co do bezpośredniości zagrożenia przez oskarżonych dobra prawnego w postaci [...]. Sąd Najwyższy związany granicami rozpoznania tej sprawy w kasacji nie może oceniać prawidłowości rozpoznania tych zarzutów apelacyjnych przez Sąd odwoławczy w zaskarżonym wyroku.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, w razie ewentualnego poczynienia odmiennych ustaleń faktycznych co do bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego [...], czyli [...] wobec wnoszących w tej sprawie subsydiarny akt oskarżenia, Sąd Apelacyjny nie uniknie też konieczności odpowiedzi na pytanie o skutki przystąpienia do sprawy prokuratora w toku postępowania pierwszoinstancyjnego. Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stwierdził, że dnia [...] prokurator przystąpił do postępowania w charakterze rzeczownika oskarżenia publicznego. Do tej okoliczności Sąd Apelacyjny odwołał się w związku z zarzutem apelacji, że część z osób wnoszących subsydiarny akt oskarżenia uczyniła to po upływie miesięcznego terminu prekluzyjnego, zatem nie nabyli statusu oskarżycieli subsydiarnych. Sąd odwoławczy powołał się przy tym na przepisy intertemporalne oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r. (I KZP 10/16, OSNKW 2016, z. 12, poz. 79). Sąd Apelacyjny kompletnie pominął jednak fakt, że na rozprawie w dniu [...], na pytanie Przewodniczącego prokurator wskazał, że przystępuje do postępowania na podstawie art. 55 § 4 k.p.k. – czyli zgodnie ze stanem prawnym w dacie tej rozprawy - jako oskarżyciel publiczny (k. 2514, t. XIII). Sąd Apelacyjny nie rozważył, jakie skutki dla kwestii istnienia skargi uprawnionego oskarżyciela miało wspomniane oświadczenie prokuratora w kontekście zarzutów apelacyjnych wskazujących na to, że w sprawie nie istnieli indywidualni pokrzywdzeni.

Należy w tym miejscu odnotować, że Sąd Najwyższy na gruncie nowego brzmienia art. 55 § 4 k.p.k., wprowadzonego ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437) miał już okazję dokonać oceny skutków przystąpienia prokuratora do postępowania sądowego zainicjowanego skargą subsydiarną. W sprawie IV KK 268/19 Sąd Najwyższy stwierdził, że „wstąpienie prokuratora do postępowania na podstawie art. 55 § 4 k.p.k., skutkujące dalszym toczeniem się tego postępowania z oskarżenia publicznego, nie powoduje przekształcenia wniesionego w danej sprawie aktu oskarżenia z subsydiarnego na publiczno-skargowy. W konsekwencji nie dochodzi do konwalidacji wcześniejszego uchybienia polegającego na wniesieniu subsydiarnego aktu oskarżenia po terminie” (postanowienie z dnia 9 października 2020 r.). Stanowisko Sądu Najwyższego spotkało się z aprobatą w doktrynie (por. J. Zagrodnik, *Termin do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia i kwestia konwalidacji braku skargi wynikającego z jego naruszenia. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 9 października 2020 r., IV KK 268/19*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2021, z. 7-8, s. 95-99). Trzeba jednak zaznaczyć, że orzeczenie to dotyczyło sytuacji, w której subsydiarny akt oskarżenia został wniesiony po terminie, zatem w tamtej sprawie w ogóle nie doszło do skutecznego zainicjowania postępowania sądowego. Tymczasem w niniejszej sprawie do czasu wstąpienia prokuratora do postępowania w trybie określonym w art. 55 § 4 k.p.k. Sąd procedował w oparciu o subsydiarny akt oskarżenia wniesiony - w jego przekonaniu - przez osoby uprawnione. Gdyby miał odmienne przekonanie, to przecież byłby zobligowany umorzyć postępowanie na posiedzeniu przed rozprawą z powodu braku skargi uprawnionego oskarżyciela, do czego jednak w tej sprawie nie doszło. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się także, że kompetencja do popierania aktu oskarżenia jest kompetencją wtórną wobec upoważnienia do jego wniesienia. Oznacza to, że podmiot uprawniony do popierania aktu oskarżenia może realizować przysługującą mu kompetencję tylko wówczas, gdy ów akt został wniesiony przez podmiot uprawniony. Innymi słowy, wniesienie aktu oskarżenia przez podmiot nieuprawniony niweczy możliwość jego skutecznego popierania (wyrok z dnia 18 stycznia 2018 r., II KK 297/17, OSNKW 2018, z. 5, poz. 37). Jeżeli jednak akt oskarżenia został wniesiony przez podmiot uprawniony a następnie zaistniały

okoliczności, które determinują konieczność jego popierania przez inny podmiot, to skuteczności wniesienia skargi nie należy oceniać przez pryzmat okoliczności zaistniałych później, wymagających dla skutecznego popierania skargi inicjatywy innego podmiotu (tak w odniesieniu do postępowania karnoskarbowego: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2023 r., I KZP 21/22, OSNK 2023, z. 7, poz. 31).

Ocena skutków przystąpienia prokuratora do postępowania sądowego w trybie art. 55 § 4 k.p.k. (co do tej kwestii por. J. Zagrodnik, *Udział prokuratora w postępowaniu sądowym wszczętym przez oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego*, Prok. i Pr. 2017, z. 2, s. 9-16) nie może także pomijać tego, że umorzenie postępowania sądowego z braku skargi uprawnionego oskarżyciela przy przyjęciu, że oskarżyciel subsydiarny nie miał statusu pokrzywdzonego (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.), zaś przystąpienie prokuratora do sprawy w trybie art. 55 § 4 k.p.k. nie konwaliduje braku skargi, nie skutkuje konsumpcją tejże skargi, skoro prokurator może aż do czasu upływu okresu przedawnienia za dany czyn wystąpić z własnym aktem oskarżenia w sprawie wcześniej przez siebie umorzonej w fazie *in rem*, pod warunkiem podjęcia tego postępowania – art. 327 § 1 k.p.k. (por. w tym względzie przywołane już postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie IV KK 268/19; por. także co do tej kwestii: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2015 r., III KK 74/15, OSNKW 2015, z. 12, poz. 105).

Podsumowując, ponownie przeprowadzając postępowanie odwoławcze Sąd Apelacyjny będzie miał na względzie te wszystkie uwagi w kontekście także okoliczności przystąpienia prokuratora do tej sprawy w trybie art. 55 § 4 k.p.k., co wprawdzie *verba legis* skutkuje tym, że staje się on oskarżycielem publicznym, postępowanie toczy się wówczas z oskarżenia publicznego, a pokrzywdzony, który wniósł akt oskarżenia, korzysta z praw oskarżyciela posiłkowego, ale nie zamyka problemu oceny prawnej skuteczności takiego przystąpienia, w sytuacji gdyby strona wnosząca akt oskarżenia nie miała statusu pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów apelacji obrońców dotyczących uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w postaci nienależytej obsady Sądu odwoławczego trzeba przypomnieć, że dotyczą one udziału w składzie orzekającym w Sądzie Apelacyjnym

SSA X.Y.5 oraz SSA X.Y.4 (zarzuty: nr 2 kasacji adw. K.G.; nr I.(B) kasacji adw. A.B.; nr II kasacji adw. K.S.).

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Sąd Najwyższy jest związany uchwałą trzech Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA-I-4110-1/20 (OSNK 2020, z. 2, poz. 7). Zawarta w niej wykładnia prawa jest nadal obowiązująca i w myśl art. 87 ust. 1 ustawy o Sądzie Najwyższym (tj. Dz. U. 2021, poz. 154, ze zm.) Sąd Najwyższy pozostaje nią związany jako zasadą prawną. Sąd Najwyższy konsekwentnie staje na trafnym stanowisku, że tego stanu nie zmienia wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20, OTK-A 2020, poz. 61 (por. m.in.: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2022 r., III PZP 1/22; uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22, OSNK 2002, z. 6, poz. 22). Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie, wyrok ten „wykracza poza zawarty w art. 188 Konstytucji RP katalog orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, które z mocy art. 190 ust. 1 Konstytucji RP uzyskują moc powszechnie obowiązującą. Wyrok ten nie uzyskał zatem mocy powszechnie obowiązującego orzeczenia i co oczywiste nie mógł uchylić uchwały Trzech Izb SN (BSA I-4110-1/20), ani przesądzić o jej obowiązywaniu. Stanować mógł zatem jedynie wyraz określonego i niewiążącego poglądu prawnego tego organu (Trybunału Konstytucyjnego)” (tak: postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2022 r., I KO 79/21 i I KO 80/21; por. także m.in.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2023 r., IV KZ 59/21; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2023 r., V KK 17/12; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2023 r., II KK 489/21).

We wspomnianej uchwale Sąd Najwyższy orzekł, 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 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw, 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.” W uzasadnieniu uchwały Sąd

Najwyższy podkreślił, że wadliwość procedury nominacyjnej nie powoduje automatycznie, iż sąd z udziałem sędziego powołanego w takiej procedurze jest sądem nienależycie obsadzonym w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

Pogląd zawarty w uchwale trzech Izb został następnie potwierdzony w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22 (OSNK 2022, z. 6, poz. 22). Z tego ostatecznego orzeczenia wynika, iż „brak podstaw do przyjęcia *a priori*, że każdy sędzia sądu powszechnego, który uzyskał nominację w następstwie brania udziału w konkursie przed Krajową Radą Sądownictwa po 17 stycznia 2018 r., nie spełnia minimalnego standardu bezstronności i każdorazowo sąd z jego udziałem jest nienależycie obsadzony w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Taka sytuacja zachodzi jedynie w stosunku do sędziów Sądu Najwyższego, którzy otrzymali nominacje w takich warunkach”. Jednocześnie we wspomnianej uchwale z dnia 2 czerwca 2022 r. Sąd Najwyższy uznał, że Krajowa Rada Sądownictwa ukształtowana w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018, poz. 3), nie jest organem tożsamym z organem konstytucyjnym, którego skład i sposób wyłaniania reguluje Konstytucja RP, w szczególności w art. 187 ust. 1.

W tym względzie istotne jest również stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Reczkowicz p. Polsce*. ETPCz wskazał w nim na negatywny wpływ nowelizacji ustawy o KRS na prawo stron do „sądu ustanowionego ustawą”, stwierdzając: „na mocy ustawy nowelizującej z 2017 r., która pozbawiła gremia sędziowskie prawa do powoływania i wyboru sędziów zasiadających w KRS – prawa przyznanego im przez dotychczasowe ustawodawstwo i mającego oparcie w standardach międzynarodowych – władza ustawodawcza i wykonawcza uzyskały decydujący wpływ na skład KRS [...]. Ustawa praktycznie usunęła nie tylko dotychczasowy system przedstawicielski, ale także gwarancje niezależności sądownictwa w tym zakresie. W rezultacie umożliwiło to władzy wykonawczej i ustawodawczej bezpośrednią lub pośrednią ingerencję w procedurę powoływania sędziów, z której możliwości te władze skorzystały – o czym świadczą chociażby okoliczności towarzyszące zatwierdzaniu kandydatów na sędziów do KRS [...] (pkt 274 wyroku z dnia 22 lipca 2021 r., skarga 43447/19; tłumaczenie wyroku

na język polski dostępne w bazie orzeczeń ETPCz HUDOC). W późniejszym wyroku Wielkiej Izby z dnia 15 marca 2022 r. w sprawie *Gręda przeciwko Polsce* (skarga nr 43572/18) ETPCz przyjął, że „[...] cały ciąg wydarzeń w Polsce [...] wyraźnie wskazuje na to, że kolejne reformy sądownictwa miały na celu osłabienie niezawisłości sędziowskiej, poczynwszy od poważnych nieprawidłowości w wyborze sędziów Trybunału Konstytucyjnego w grudniu 2015 r., poprzez przebudowę KRS i utworzenie nowych izb w Sądzie Najwyższym, po rozszerzenie kontroli Ministra Sprawiedliwości nad sądami i zwiększenie jego roli w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów” (pkt 348 wyroku według tłumaczenia na język polski dostępnego w bazie orzeczeń ETPCz HUDOC).

W przywołanej już uchwale Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 2/22 wskazano ponadto, że: „Najistotniejszym skutkiem dopuszczenia do funkcjonowania, w przestrzeni obejmującej swoim zasięgiem proces nominacyjny sędziego, organu powołanego w sposób sprzeczny z Konstytucją RP, jest obalenie funkcjonującego dotąd *in gremio* i *a priori* domniemania niezawisłości tak powołanego sędziego. Nie istnieje ono już w stosunku do kandydatów, którzy przystąpili do konkursów sędziowskich po dniu 17 stycznia 2018 r. Nie oznacza to samo w sobie stwierdzenia ich stronniczości, lecz nie ma, wobec opisanego wyżej «skażenia» procesu nominacyjnego, możliwości prostego odwołania się do tego domniemania”. Oznacza to, że brak bezstronności i niezawisłości sądu, w składzie którego zasiadał sędzia sądu powszechnego, który uzyskał nominację w wadliwym procesie przed Krajową Radą Sądownictwa od dnia 17 stycznia 2018 r., należy ustalić *in concreto*.

Z dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że przeprowadzając test niezależności i bezstronności sądu w kontekście ewentualnego zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., należy mieć na względzie szereg okoliczności. Oprócz wadliwości samego procesu nominacyjnego sędziego, istotną rolę w tej ocenie powinny odgrywać m.in.: równoczesność (lub zbliżony czas) uruchomienia drogi awansowej z objęciem ważnego stanowiska w administracji sądowej w drodze arbitralnej decyzji Ministra Sprawiedliwości, utajnienie obrad KRS w zakresie danej kandydatury, jednoznacznie negatywna opinia zgromadzenia ogólnego sędziów, porównanie osiągnięć zawodowych kandydata z doświadczeniem zawodowym i poparciem środowiska dla

kontrkandydatów, fakt uzyskania nominacji na stanowiska funkcyjne pozostające w dyskrecjonalnej kompetencji władzy politycznej, udział w pracach gremiów powiązanych z władzą polityczną, wykonywanie określonych zadań lub funkcji na podstawie arbitralnych decyzji władzy politycznej, co obejmuje również tzw. delegacje ministerialne, dodatkowe zatrudnienie w jednostkach bezpośrednio podporządkowanych władzy politycznej, charakter sprawy, do której rozstrzygnięcia ukształtowano dany skład sądu, a także działalność publiczna i wypowiedzi danego sędziego, wykraczające poza gwarantowane przez Konstytucję RP ramy udziału w debacie publicznej, a wskazujące na zaangażowanie w realizację określonych celów politycznych władzy wykonawczej (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 października 2022 r., II KS 32/21; z dnia 30 maja 2023 r., II KK 23/22; z dnia 14 czerwca 2023 r., II KK 489/21).

Przenosząc przytoczone ogólne standardy na grunt tej sprawy należy rozpocząć od odnotowania, że kwestia zaistnienia uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w związku z orzekaniem przez sąd, w składzie którego zasiadała X.Y.5, była już przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego w innych postępowaniach. W sprawach [...] (wyrok z dnia [...]) i [...] (postanowienie z dnia [...]) nie stwierdzono uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w związku z udziałem tego Sędziego w orzekaniu, albowiem skarżący nie wskazali innych okoliczności poza faktem jej powołania na urząd sędziego Sądu Apelacyjnego w X. w określonej procedurze. W sprawie [...] jednocześnie Sąd Najwyższy zastrzegł, że chociaż okoliczności wskazane w kasacji nie są wystarczające dla stwierdzenia wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, to „nie wyklucza, że ujawnienie się takich okoliczności w przyszłości, w szczególności zaś powiązań sędziego z władzą wykonawczą, wyrażanego publicznie nastawiania w kwestiach istotnych dla władzy politycznej lub szczególnego charakteru uchybień w trakcie procesu nominacyjnego, może w przyszłości prowadzić do odmiennej oceny.”

Z tożsamyh przyczyn nie stwierdzono podstaw do wznowienia postępowania z urzędu w trybie art. 542 § 3 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w sprawach o sygn. akt [...] (postanowienie z dnia [...]) i [...] (postanowienie z dnia [...]). Jednocześnie w postanowieniu wydanym w tej ostatniej sprawie Sąd Najwyższy ponownie zastrzegł, że „powyższe rozstrzygnięcie nie oznacza jednak, że kwestia ta w odniesieniu do

sędzi X.Y.5 zostaje przesądzona ostatecznie. Kryteria oceny prawidłowej obsady sądów, które były prezentowane w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego z natury mają charakter zmienny i zależą od ilości oraz jakości uzyskanych informacji związanych z procesem nominacyjnym, decyzją co do startowania w konkursie przed organem o niekonstytucyjnym charakterze, czy też postępowaniem sędziego już po otrzymaniu nominacji w takiej wadliwej procedurze. Zagadnienia te mogą w przyszłości prowadzić do *in concreto* odmiennych ocen niż w niniejszej sprawie”.

We wszystkich przywołanych orzeczeniach podkreślano – za tezę uchwały Sądu Najwyższego ze sprawy I KZP 2/22 – brak podstaw do przyjęcia *a priori*, że każdy sędzia sądu powszechnego, który uzyskał nominację w następstwie brania udziału w konkursie przed Krajową Radą Sądownictwa po 17 stycznia 2018 r., nie spełnia minimalnego standardu bezstronności i każdorazowo sąd z jego udziałem jest nienależycie obsadzony w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., zwłaszcza gdy skarżący nie przedstawia w tym zakresie poszerzonej argumentacji, pozostając na ogólnych twierdzeniach i powołaniu się na dotychczasowy dorobek orzecniczy.

Jednakże już w sprawie [...] (wyrok z dnia [...]) Sąd Najwyższy zajął dalej idące stanowisko. Co prawda we wskazanym orzeczeniu podstawą do uchylenia zaskarżonego wyroku była bezwzględna przyczyna odwoławcza związana z udziałem w orzekaniu SSA X.Y.8, jednak Sąd Najwyższy wskazał następująco: „W tej sytuacji [uchylenia wyroku z uwagi na udział w wydaniu orzeczenia SSA X.Y.8 – uwaga SN] zbędną okazała się ocena instytucjonalnej bezstronności drugiego z orzekających w tej sprawie sędziów, tj. sędziego Sądu Apelacyjnego w X. X.Y.5. Warto jedynie wskazać, że także w jej przypadku zachodzi pewne prawdopodobieństwo zaistnienia podobnych okoliczności, jak w przypadku sędziego X.Y.8, mających znaczenie dla oceny dochowania przez skład sądu orzekający z jej udziałem standardu bezstronności i niezawisłości w odbiorze społecznym. Pani sędzia X.Y.5 także została powołana na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego w X. w procedurze przed Krajową Radą Sądownictwa, ukształtowaną 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 następnie otrzymała kolejne nominacje na stanowiska funkcyjne, dokonywane w ramach dyskrecjonalnych

decyzji Ministra Sprawiedliwości [...]. Rozstrzygnięcie wątpliwości w tej mierze wymagałoby jednak prowadzenia wnikliwego postępowania testowego”.

Możliwość wystąpienia uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., w związku z orzekaniem przez Sąd Apelacyjny w X. z udziałem SSA X.Y.5, Sąd Najwyższy dostrzegł także w sprawie [...]. Wynika to ze zgromadzenia w aktach tej sprawy dokumentów z postępowania konkursowego przed Krajową Radą Sądownictwa, dotyczących SSA X.Y.5. Zgodnie z wydanym na rozprawie w dniu [...] postanowieniem dowodowym, Sąd Najwyższy dopuścił dowód ze znajdujących się w aktach ww. sprawy dokumentów, których szczegółowy spis został zawarty w *petitum* postanowienia (załączone do akt kopie dokumentów k. 321-406). Ponadto do akt sprawy załączono następujące dokumenty mogące mieć wpływ na ocenę niezależności i bezstronności sędziego: [...]. W uwzględnieniu wniosku obrońcy X.Y.1 (wniosek k. 220) – adw. K.G. – do akt sprawy załączono przedłożone na rozprawie kasacyjnej dokumenty w postaci: [...].

Przeprowadzony przez Sąd Najwyższy test sprawdzający czy Sąd orzekający w sprawie oskarżonych w instancji odwoławczej był należycie obsadzony dał rezultat negatywny. Taka ocena jest zdeterminowana ustaleniem, że oprócz wadliwości samego powołania Sędzi X.Y.5 do Sądu Apelacyjnego w X., wynikającej z uzyskania nominacji do tego Sądu w następstwie udziału w konkursie przed Krajową Radą Sądownictwa po 17 stycznia 2018 r., Sędzia ta w kolejnych latach, poczynając od [...], pełniła szereg funkcji, których uzyskanie było uzależnione bezpośrednio od decyzji Ministra Sprawiedliwości oraz podejmowała działania, które można ocenić jako brak respektowania orzecznictwa trybunałów europejskich odnoszącego się do prawa do sądu niezależnego, niezawisłego, ustanowionego ustawą.

Wyjść należy od tego, że Sędzia X.Y.5 uzyskała nominację na stanowisko Sędziego Sądu Apelacyjnego w X. w wyniku konkursu ogłoszonego w Monitorze Polskim z [...], poz. [...]. Do tego postępowania konkursowego na [...] wolnych stanowisk sędziowskich przystąpiło w sumie [...] osób, z czego uchwałę o przedstawieniu Prezydentowi RP wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego sądu apelacyjnego podjęto wobec [...] osób, zaś uchwałę o nieprzedstawieniu kandydatów [...] wobec [...] osób ([...] osoby wycofały swoje kandydatury). Jak wynika z uzasadnienia uchwały KRS z dnia [...], Sędzia X.Y.5 uzyskała ocenę bardzo

dobrą od sędziego oceniającego jej dorobek orzecznicy, zaś zespół oceniający KRS jednogłośnie rekomendował jej kandydaturę. Wśród [...] osób objętych rekomendacją KRS znalazły się osoby ocenione pozytywnie przez sędziów ewaluujących ich dorobek orzecznicy, natomiast KRS jednocześnie nie rekomendowała kilku osób, które uzyskały oceny wyższe – wyróżniające. Krajowa Rada Sądownictwa wydała uchwałę nr [...] z dnia [...], w której przedstawiła Prezydentowi RP wniosek o powołanie m.in. Pani X.Y.5 do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego sądu apelacyjnego w Sądzie Apelacyjnym w X. Kolegium Sądu Apelacyjnego w X. zaopiniowało jej kandydaturę jednogłośnie pozytywnie. Z kolei co do opinii Zgromadzenia Przedstawicieli Sędziów Apelacji [...] w uchwale wskazano, że [...]. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, że [...]. W ramach głosowania Krajowa Rada Sądownictwa poparła kandydaturę Pani X.Y.5 następującym stosunkiem głosów: [...]. Pani X.Y.5 została powołana do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego sądu apelacyjnego w Sądzie Apelacyjnym w X. postanowieniem Prezydenta RP z dnia [...], nr [...], opublikowanym w Monitorze Polskim z [...], poz. [...].

Przebieg procedury nominacyjnej Sędzi X.Y.5, chociaż dotknięty wadą w postaci udziału w niej Krajowej Rady Sądownictwa, której skład ukształtowany został w myśl przepisów ustawy nowelizującej KRS, sam w sobie nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że udział tego Sędziego w składzie orzekającym nie gwarantuje stronie prawa do sądu w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji i art. 47 Karty Praw Podstawowych. Taką podstawę stanowi jednak powiązanie faktu uzyskania nominacji w opisanej procedurze z dodatkowymi okolicznościami w postaci funkcji pełnionych przez Panią X.Y.5 na mocy decyzji lub z rekomendacji Ministra Sprawiedliwości i innych przedstawicieli władzy wykonawczej, a także szczególnego charakteru tej sprawy.

Jak wynika z uchwały Krajowej Rady Sądownictwa nr [...], przed uzyskaniem nominacji na stanowisko Sędziego Sądu Apelacyjnego w X. Pani X.Y.5 decyzją Ministra Sprawiedliwości z dnia [...]. Z kolei decyzją Ministra Sprawiedliwości z dnia [...].

Ponadto, decyzją Ministra Sprawiedliwości z dnia [...]. Obecnie, [...], Sędzia X.Y.5 [...]. Niewątpliwie w [...] wśród sędziów powszechna była wiedza, że istnieją

istotne zastrzeżenia co do statusu Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego jako organu usytuowanego w strukturze sądownictwa w taki sposób, który pozwalał określić go mianem „sądu wyjątkowego”. Zastrzeżenia te zostały zresztą wprost i jednoznacznie wypowiedziane w uzasadnieniu przywołanej już uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., która w tym zakresie wdrażała standard oceny niezależności sądu wyznaczony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r., A.K. i in. (niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, sprawy C-585/18, C-624/18 i C-625/18, EU:C:2019:982). W kolejnym roku brak niezależności tego organu został potwierdzony orzeczeniami zarówno ETPCz (por. wspomniany już wyrok *Reczkowicz p. Polsce*), jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. m.in.: postanowienie Wiceprezesa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 lipca 2021 r., Komisja Europejska p. Rzeczypospolitej Polskiej, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593).

Od [...] Sędzia X.Y.5 [...].

Wystąpienie tzw. bezwzględnej przyczyny odwoławczej należy oceniać na moment orzekania przez sąd, którego orzeczenie miałoby być takim uchybieniem dotknięte. Dokonując oceny postawy sędziego w kontekście zagwarantowania stronie prawa do sądu niezależnego, ustanowionego ustawą, nie można jednak pominąć tego, czy już po wydaniu zaskarżonego kasacją wyroku zachowanie sędziego potwierdza jego ściśle związki z władzą wykonawczą.

W niniejszej sprawie po dniu [...], zaistniały kolejne okoliczności relewantne z punktu widzenia oceny spełnienia przez Sąd z udziałem SSA X.Y.5 standardu niezależności i niezawisłości. Odwołując się do okoliczności już podnoszonych należy zauważyć, że [...]. Jest to zatem kolejna okoliczność wskazująca na uzyskanie przez Panią X.Y.5 określonej funkcji w związku z rekomendacją przedstawiciela władzy wykonawczej.

W kontekście prawa oskarżonego do sądu niezależnego i niezawisłego ocenie powinna podlegać także postawa sędziego wobec przeprowadzanych w Polsce reform wymiaru sprawiedliwości, które spowodowały wydanie przez trybunały europejskie szeregu orzeczeń wskazujących na naruszenie europejskich standardów niezależności sądownictwa. Jak już wskazano, pomimo wielu przejawów

nadużywania przez Ministra Sprawiedliwości środków dyscyplinowania sędziów w celu zniechęcenia ich do uwzględniania w orzecznictwie standardów wyznaczonych przez trybunały europejskie, SSA X.Y.5 [...].

W tym kontekście nie sposób pominąć również tego, że postanowieniem z dnia [...], sygn. akt [...], Sąd Apelacyjny w X., w składzie SSA X.Y.5, na podstawie art. 40 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2072, ze zm.; dalej: u.s.p.) wytknął Sądowi Okręgowemu w X. uchybienie polegające na oczywistej obrazie przepisu art. 15 § 2 k.k.w. z powodu powołania się przez ten Sąd na fakt wydania wyroku podlegającego wykonaniu przez skład orzekający, w którym zasiadali sędziowie powołani przez Krajową Radę Sądownictwa ukształtowaną ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r., co miało stanowić tzw. bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Inaczej rzecz ujmując, podstawą wytyku było zastosowanie przez Sąd Okręgowy w rozpatrywanej sprawie standardu prawa do sądu należycie obsadzonego, który to standard - zdaniem tego Sądu - wynikał z orzecznictwa trybunałów europejskich. Powyższe postanowienie, stanowiące wytyk judykacyjny, zostało uchylone przez Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia [...]. Dalszych poczynionych tu uwag w żadnym razie nie należy traktować jako oceny orzeczenia Sądu Apelacyjnego w X. wydanego dnia [...] – tej dokonał już Sąd Najwyższy w zwykłym trybie kontroli odwoławczej, uchylając zaskarżone postanowienie. Nie sposób jednak nie zauważyć, na co zwrócił także uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swego postanowienia w sprawie [...], że postanowienie zawierające wytyk zostało wydane przez Sąd Apelacyjny z udziałem sędziego, którego w tożsamym stopniu dotyczy okoliczność stanowiąca w przedmiotowej sprawie podstawę zawieszenia postępowania wykonawczego, co było podstawą udzielenia wytyku. Tymczasem w orzecznictwie Sądu Najwyższego wykształciło się dość oczywiste stanowisko, że bezstronność jako m.in. zakaz orzekania we własnej sprawie (*nemo iudex in causa sua*) jest fundamentem zaufania do sądów i sprawowanego przez nie wymiaru sprawiedliwości (por. m.in.: postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 29 marca 2022 r., II KO 27/22; z dnia 6 września 2022 r., II KK 44/21; z dnia 8 sierpnia 2023 r., III KK 22/23). Fakt, że SSA X.Y.5 jednoosobowo jako Sąd Apelacyjny w X. zdecydowała się przystąpić do merytorycznego orzekania w ww. sprawie, wbrew zasadzie *nemo iudex in causa sua*,

również stanowi okoliczność rzutującą na ocenę instytucjonalnej bezstronności Sądu odwoławczego orzekającego z jej udziałem w sprawie objętej kasacjami.

Dla oceny, czy w sprawie oskarżonych orzekał sąd ustanowiony ustawą, istotne znaczenie ma także jej szczególny charakter. Jak wskazano w uzasadnieniu uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego, „Ze względu na strukturalne uzależnienie Krajowej Rady Sądownictwa od władzy politycznej, większe wątpliwości co do dochowania wyżej wskazanych standardów będą występować wówczas, gdy w danej sprawie sąd miałby orzekać w kwestiach istotnych z punktu widzenia tej władzy. Dotyczy to w szczególności interesów majątkowych Skarbu Państwa lub spraw karnych, w których oskarżycielem publicznym jest prokuratura, a na jej czele stoi obecnie Minister Sprawiedliwości jako Prokurator Generalny. To samo może dotyczyć innego typu konkretnych postępowań sądowych, które z różnych względów mogą wzbudzać zainteresowanie opinii publicznej oraz polityków, w szczególności związanych bezpośrednio z dominującą we władzy ustawodawczej i wykonawczej siłą polityczną. Formułowanie przez władze polityczne wobec sądów konkretnych oczekiwań co do kształtu rozstrzygnięcia, w połączeniu z powołaniem sędziego na wniosek upolitycznionej Krajowej Rady Sądownictwa, może budzić uzasadnione wątpliwości co do spełnienia kryteriów bezstronności i niezawisłości przez ukształtowany z udziałem tego sędziego sąd” (punkt 50 uzasadnienia).

W ocenie Sądu Najwyższego rozpatrywana sprawa należy właśnie do takich, o których mowa w zacytowanym fragmencie uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego. Jej przedmiotem jest bowiem odpowiedzialność urzędników państwowych za niedopełnienie obowiązków przy [...]. Osoby, których dotyczy to postępowanie kasacyjne, pełniły istotne funkcje państwowe, tj. X.Y.1 był [...], X.Y.2 była [...], X.Y.3 był [...]. Pełnili oni ww. funkcje publiczne w czasie [...]. Wiedzą powszechną jest [...]. Dlatego też możliwe jest formułowanie racjonalnych opinii przez postronnego obserwatora, że orzekanie w przedmiocie odpowiedzialności karnej osób zatrudnionych w [...], przez sędziego, na którego karierę i pozycję zawodową istotny wpływ miały decyzje Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego [...], może być postrzegane jako naruszenia prawa oskarżonych do niezależnego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 ust. 1 Konwencji i art. 47 Karty Praw Podstawowych. W takiej

sytuacji należy szczególnie ostrożnie i z istotną wnikliwością oceniać kumulację okoliczności dotyczących SSA X.Y.5, w postaci korzyści awansowych, dodatkowych funkcji i związanych a nimi korzyści finansowych, wynikających z decyzji Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego lub innych przedstawicieli władzy wykonawczej z tej samej opcji politycznej.

Sąd Najwyższy w żadnym razie nie stwierdza, że SSA X.Y.5, czy drugi sędzia powołany w tej samej procedurze, w tej konkretnej sprawie nie orzekał zgodnie z własnym sumieniem i w poczuciu pełnej wewnętrznej bezstronności. Rzecz jednak w tym, że art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. ma zagwarantować stronom prawo do tego, aby sąd orzekający w ich sprawie miał zapewnioną niezależność strukturalną, obiektywną, która pozwoli postronnemu obserwatorowi wyzbyć się wszelkich uzasadnionych okolicznościami podejrzeń, że sędzia orzekający w sprawie może kierować się poczuciem swego rodzaju wdzięczności wobec władzy wykonawczej czy obdarowującego go funkcjami Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego.

Wszystkie wskazane dotychczas okoliczności ocenione razem prowadzą do obiektywnego ustalenia, że kariera zawodowa SSA X.Y.5 uległa istotnemu przyspieszeniu od [...] i miała związek z reformami sądownictwa wdrażanymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Podjęcie decyzji o przystąpieniu do wadliwej procedury awansowej w połączeniu z przyjmowaniem kolejnych funkcji uzależnionych od dyskrejonalnej decyzji przedstawicieli władzy wykonawczej, jak również szczególnym charakterem tej sprawy powoduje, że stanowisko obrońców oskarżonych wskazujące na niezapewnienie im prawa do sądu niezawisłego, niezależnego, ustanowionego ustawą w znaczeniu konstytucyjnym i konwencyjnym, należy uznać za uzasadnione. W ocenie bowiem niezależnego i obiektywnego obserwatora powstać może uzasadnione wskazany powyżej faktami przeświadczenie, że sędzia otrzymujący od władzy wykonawczej liczne dodatkowe funkcje i stanowiska, łączące się z dodatkową gratyfikacją finansową, będzie w swojej ocenie ponadprzeciętną miarą związany z władzą wykonawczą, w stopniu, który przesądza o braku jego bezstronności. W realiach niniejszej sprawy, której specyficzny charakter został opisany powyżej, wszystkie te okoliczności prowadzą

do stwierdzenia wystąpienia bezwzględnej podstawy odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

W ocenie Sądu Najwyższego w tej sprawie zajęcie powyższego stanowiska stanowi także urzeczywistnienie zasady subsydiarności zawartej w preambule do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, jak również przejaw działania prewencyjnego. Ponowienie postępowania odwoławczego przed sądem należycie obsadzonym, spełniającym wszystkie wymogi art. 6 ust. 1 Konwencji, powinno zapobiec ryzyku ewentualnego orzeczenia w przyszłości przez Europejski Trybunał Praw Człowieka naruszenia Konwencji w tej sprawie. W tym kontekście trzeba podkreślić, że dnia 23 listopada 2023 r. ETPCz wydał wyrok pilotażowy w sprawie *Wałęsa p. Polsce* (skarga nr 50849/21, nieprawomocny w dacie sporządzania niniejszego uzasadnienia; dostępny w bazie orzeczeń ETPCz HUDOC). Powodem wydania wyroku o charakterze pilotażowym było dostrzeżenie wzrastającej liczby skarg przeciwko Polsce wskazujących na naruszenie prawa do sądu ustanowionego ustawą lub inne naruszenia związane z reformą sądownictwa w Polsce. Jak wskazał ETPCz w punkcie 323 wyroku, obecnie są to 492 skargi, z czego 202 zostały już zakomunikowane rządowi, przy czym w samym tylko 2023 r. skarg zakomunikowanych było 111. Większość z tych skarg dotyczy prawa do sądu ustanowionego ustawą, natomiast skargi zakomunikowane nie dotyczą tylko składów orzekających Sądu Najwyższego, ale również sądów powszechnych. W wyroku w sprawie *Wałęsa p. Polsce* Trybunał uznał problem powoływania sędziów Sądu Najwyższego w Polsce przy udziale KRS ukształtowanej według obecnie obowiązujących przepisów za tzw. problem systemowy oraz zdefiniował tzw. środki generalne, jakie Polska powinna wdrożyć w celu wykonania tego wyroku. W ramach wspomnianych środków generalnych Trybunał w całości wsparł i przyjął jako własne stanowisko Komitetu Ministrów Rady Europy, zgodnie z którym Polska została wezwana m.in. do „zajęcia się” statusem wszystkich sędziów powołanych w wadliwej procedurze z udziałem Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej nowelizacją z 2017 r. oraz wszystkich decyzji wydanych z udziałem takich sędziów (pkt 329 wyroku pilotażowego ETPCz w sprawie *Wałęsa p. Polsce*). Podsumowując, także ocena, że istniało ryzyko wniesienia w tej sprawie skutecznej skargi przeciwko Polsce do

ETPCz w razie nieuwzględnienia zarzutów kasacji dotyczących nienależytej obsady sądu, miała wpływ na rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego.

W opisanej sytuacji zbędnym było badanie instytucjonalnej bezstronności drugiego z orzekających w tej sprawie sędziów, tj. Sędziego Sądu Apelacyjnego w X. X.Y.4. Sąd Najwyższy dopuścił w tej sprawie dowód z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy [...], dotyczących postępowania konkursowego przed Krajową Radą Sądownictwa, w którym Pani X.Y.4 brała udział (k. 246-320). Zostały one jednak wykorzystane jedynie w zakresie badania instytucjonalnej bezstronności SSA X.Y.5, albowiem z uwagi na udział w jednym konkursie na stanowiska sędziego Sądu Apelacyjnego w X., dokumenty te dotyczyły obu ww. osób. W stosunku do SSA X.Y.4 obrońcy oskarżonych nie dostarczyli żadnych dodatkowych informacji wskazujących na to, iżby sąd orzekający z jej udziałem należało ocenić jako „nienależycie obsadzony”, Sąd Najwyższy także z urzędu do takich informacji nie dotarł.

Wobec uchylenia zaskarżonego kasacjami wyroku, wniosek obrońcy X.Y.1 o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o treści wskazanej w kasacji, okazał się bezprzedmiotowy.

Uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego oznacza, że sprawa w stosunku do trójki oskarżonych wymienionych w sentencji wyroku Sądu Najwyższego będzie się toczyć ponownie w instancji odwoławczej. Jej rozpoznanie powinno nastąpić przez Sąd nienależycie obsadzonym w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., spełniający wszystkie wymogi art. 6 ust. 1 Konwencji.

Rozstrzygnięcie o zwrocie opłat od kasacji znajduje swe umocowanie w art. 527 § 4 k.p.k.

Mając na uwadze powyższe, należało orzec jak w sentencji wyroku.

[M.J.]

[ał]

