

POSTANOWIENIE

Dnia 9 maja 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Frańczak (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Zbigniew Korzeniowski

SSN Krzysztof Staryk

w sprawie z wniosku M. G.
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B.
przy udziale zainteresowanego T. H. i Ł. G.
o podstawę wymiaru składek,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 9 maja 2017 r.,
zażalenia wnioskodawcy na postanowienie Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt III AUa (...),

**uchyla zaskarżone postanowienie i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania zażaleniowego.**

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w (...) postanowieniem z dnia 13 kwietnia 2016 r. odrzucił skargę płatnika składek M. G. o wznowienie postępowania w sprawie zakończonej wyrokiem tego Sądu z dnia 25 listopada 2015 r. (III AUa (...)) o podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne.

Sprawa objęta skargą o wznowienie postępowania wynika z decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w B. z dnia 16 listopada 2012 r., którymi organ

rentowy skorygował podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne zainteresowanych T. H. i Ł. G. w okresach zatrudniania ich przez skarżącego M. G. za granicą jako zleceniobiorców. Zakład Ubezpieczeń Społecznych stwierdził zaniżenie podstawy wymiaru składek, gdyż skarżący niezasadnie pomniejszył przychód o diety na podstawie § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia z dnia 18 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe (obecnie jednolity tekst: Dz.U. 2015 r., poz. 2236 ze zm., dalej jako rozporządzenie z dnia 18 grudnia 1998 r. lub rozporządzenie). Sąd Okręgowy w B. wyrokiem z dnia 4 września 2014 r., VII U (...), oddalił odwołania skarżącego, stwierdzając, że dopiero od dnia 1 sierpnia 2010 r. przepis § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia z dnia 18 grudnia 1998 r. ma zastosowanie do zleceniobiorców. Stało się tak na podstawie rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 9 lipca 2010 r. zmieniającego rozporządzenie z dnia 18 grudnia 1998 r. (Dz.U. Nr 127, poz. 860). Nowelizacja była konsekwencją wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lutego 2010 r., P 16/09 (OTK-A 2010 nr 2, poz. 12). Wyrok ten nie odnosił się jednak do diet wypłacanych zleceniobiorcom (dotyczył § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia i świadczeń rzeczowych z zakresu bhp również dla zleceniobiorców). Argumentacja Trybunału nie pozwala na stwierdzenie, że także te świadczenia powinny zostać wyłączone z oskładkowania. Konsekwentnie przed dniem 1 sierpnia 2010 r. płatnik składek nie mógł wyłączyć z podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne wypłaconych zleceniobiorcy kosztów podróży zagranicznej i delegowania do wykonywania czynności poza granicami kraju. Ponadto zainteresowani pracując za granicą na zlecenie nie byli w podróży służbowej.

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w (...) wyrokiem z dnia 25 listopada 2015 r. (III AUa (...)) oddalił apelację skarżącego. Stwierdził brak podstaw do ustalania podstawy wymiaru składek zainteresowanych – zleceniobiorców z wyłączeniem części ich wynagrodzenia w wysokości równowartości diet wypłaconych przed dniem 1 sierpnia 2010 r. w związku z delegowaniem ich do wykonywania czynności na podstawie umów o świadczenie usług za granicą.

W skardze z dnia 4 lutego 2016 r. o wznowienie postępowania zakończonego prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 25 listopada 2015 r., w sprawie III AUa (...), wniesionej na podstawie art. 401¹ k.p.c., skarżący wskazał na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2015 r., SK 9/14 (OTK – A 2015 nr 9, poz. 153), a także na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lutego 2010 r., P 16/09. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 października 2015 r. stwierdził, że § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 18 grudnia 1998 r. w zakresie, w jakim dotyczy pracowników zatrudnionych za granicą u polskich pracodawców, uzyskujących przychody w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych niższe niż przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (...), jest niezgodny z art. 92 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Jednocześnie orzekł, że przepis § 2 ust. 1 pkt 16, w wskazanym zakresie, traci moc obowiązującą z upływem 12 (dwunastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Skarżący zarzucił, że organ rentowy w decyzjach z dnia 16 listopada 2012 r. niezasadnie podwyższył podstawy naliczenia składek do przeciętnego wynagrodzenia. Argumentował, że § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia z dnia 18 grudnia 1998 r. powinien być zastosowany przez organ rentowy także przy ustalaniu podstaw naliczania składek przed dniem 1 sierpnia 2010 r. Wynika to jednoznacznie z wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lutego 2010 r., P 16/09. Wyrokiem tym orzeczono, że § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia z 18 grudnia 1998 r., przez to, że nie dotyczy zleceniobiorców wykonujących pracę w zakładzie pracy lub miejscu wyznaczonym przez pracodawcę w zakresie wartości świadczeń rzeczowych wynikających z przepisów o bezpieczeństwie i higienie pracy oraz ekwiwalentów za te świadczenia wypłacane zgodnie z przepisami wydanymi przez Radę Ministrów lub właściwego ministra, a także ekwiwalentów pieniężnych za pranie odzieży roboczej, używanie odzieży i obuwia własnego zamiast roboczego, jest niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP. Wadliwość rozstrzygnięcia objętego

skargą wynika więc z pominięcia, że zleceniobiorcy nie korzystali ze zmniejszenia podstawy składek na podstawie § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia z dnia 18 grudnia 1998 r. W ocenie skarżącego, w rozpoznawanej sprawie wznowienie nie jest niedopuszczalne ze względu na odroczenie utraty mocy obowiązującej przepisu.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w B. w odpowiedzi na skargę o wznowienie postępowania wskazał, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2015 r., SK 9/14, dotyczy tylko tych pracowników delegowanych za granicę, którzy za cały miesiąc osiągnęli wynagrodzenia niższe niż przeciętne. Za niekonstytucyjną uznano część przepisu, która pozwala skorzystać ze zwolnienia wyłącznie zarabiającym powyżej przeciętnego wynagrodzenia.

Sąd Apelacyjny – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w (...) postanowieniem z dnia 13 kwietnia 2016 r. odrzucił skargę o wznowienie postępowania na podstawie art. 410 § 1 k.p.c., jako nieopartą na ustawowej podstawie. W uzasadnieniu podniósł, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2015 r. odracza w czasie utratę mocy obowiązującej przepisu § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia z 18 grudnia 1998 r. Oznacza to, że wyrok ten nie stanowi podstawy wznowienia postępowania (art. 401¹ k.p.c.). Przepis rozporządzenia utrzymuje nadal swą moc i do daty wskazanej przez Trybunał musi być uznany za zgodny z Konstytucją. Tym samym wyłączony jest retrospektywny skutek wyroku. Sądy powinny stosować przepis do oceny zdarzeń, które wystąpiły przed utratą mocy obowiązującej. Zachowaniu, do którego przepis się odnosi nie można przypisać bezprawności. Uznanie, że odroczenie wejścia w życie orzeczenia Trybunału nie ma żadnego znaczenia, musiałoby prowadzić do dysfunkcjonalności w działalności organów państwa. Wyrok odraczający w czasie utratę mocy przepisu uniemożliwia wznowienie postępowania zakończonego przed upływem terminu określonego w sentencji wyroku. Nietrafne jest twierdzenie, że wydawane na jego podstawie orzeczenia mogłyby być kwestionowane w drodze wznowienia postępowania. Nie można wznowić postępowania zakończonego prawomocnym orzeczeniem tylko z tej przyczyny, że moc obowiązująca określonego aktu normatywnego (przepisu prawnego) wygaśnie w przyszłości. Z tych przyczyn nie spełnia się podstawa wznowienia postępowania z art. 401¹ k.p.c. Niezależnie chodzi o stosowanie § 2 ust. 1 pkt 15 lub 16 rozporządzenia z dnia 18

grudnia 1998 r. Dopiero od dnia 1 sierpnia 2010 r. istnieje prawna możliwość odpowiedniego stosowania § 2-4 rozporządzenia przy ustalaniu podstawy wymiaru składek do zleceniobiorców. Tym samym w sprawie brak było podstaw prawnych do ustalania podstawy wymiaru składek zainteresowanych – zleceniobiorców z wyłączeniem części ich wynagrodzenia w wysokości równowartości diet wypłaconych przed dniem 1 sierpnia 2010 r. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2015 r., SK 9/14, obejmuje wyłącznie pracowników uzyskujących przychody niższe niż przeciętne wynagrodzenia.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w (...) zaskarżył w całości skarżący M. G. zażaleniem, domagając się uchylenia zaskarżonego postanowienia w całości i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu do rozpoznania skargi o wznowienie postępowania zakończonych prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 25 listopada 2015 r. oraz zasądzenia od organu rentowego na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego. Skarżący wniósł o połączenie niniejszego zażalenia oraz zażaleń od postanowień zapadłych w sprawach: III AUa (...), III AUa (...), III AUa (...) do wspólnego rozpoznania oraz o dopuszczenie dowodów powołanych w uzasadnieniu zażalenia na okoliczności w nim wskazane, a mianowicie orzeczeń Sądu Apelacyjnego w (...) wydanych w sprawie skarżącego z udziałem innych zainteresowanych zleceniobiorców.

Skarżący w zażaleniu zarzucił naruszenie:

1) art. 48 § 3 k.p.c. przez to, że w wydaniu postanowienia z dnia 13 kwietnia 2016 r. odrzucającego skargę brali udział sędziowie M. G. oraz A. U., którzy nie mogli orzekać co do skargi o wznowienie, ponieważ brali udział w wydaniu wyroku zapadłego na skutek apelacji skarżącego w stosunku do organu rentowego opartego o ten sam stan faktyczny i prawny, co orzeczenie objęte skargą, więc ich orzekanie w sprawie obecnej (III AUa (...)) jako niedozwolone z mocy ustawy skutkuje nieważnością postępowania, zgodnie z art. 379 pkt 4 k.p.c.;

2) art. 410 § 1 k.p.c. w związku z art. 401¹ k.p.c. oraz z art. 407 § 2 k.p.c. oraz w związku z art. 190 § 3 zdanie pierwsze Konstytucji RP, a także art. 45 § 1 oraz art. 2 Konstytucji RP, przez odrzucenie skargi jakoby nieopartej na ustawowej podstawie (rzekomo nieopartej na art. 401¹ k.p.c.), z uwagi na to, że Trybunał Konstytucyjny, w wyroku stanowiącym przyczynę wniesienia skargi o wznowienie

postępowania odroczył utratę mocy obowiązującej przepisu uznanego za niezgodny z Konstytucją, co zdaniem Sądu Apelacyjnego blokuje możliwość wzruszenia prawomocnego wyroku opartego o przepis niezgodny z Konstytucją w trybie skargi o wznowienie, a to wprost oznacza naruszenie zasady praworządności (ostaje się wyrok oparty o niekonstytucyjny przepis, który to wyrok należy wzruszyć zgodnie z normami procesowymi) i skutkuje oczywiście błędnym przyjęciem, że niekonstytucyjna norma, w okresie odroczenia utraty mocy obowiązującej powinna stanowić podstawę orzekania, ponieważ według Sądu Apelacyjnego żadnemu zachowaniu, do którego taki przepis się odnosi, nie można przypisać bezprawności tak długo jak przepis obowiązuje, w konsekwencji dochodzi do naruszenia, które faktycznie skutkuje pozbawieniem odwołującego prawa do sądu zagwarantowanego w art. 45 § 1 Konstytucji RP.

Organ rentowy w odpowiedzi na zażalenie wniosł o oddalenie zażalenia oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania zażaleniowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności należy ustosunkować się do najdalej idącego zarzutu zażalenia dotyczącego naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 48 § 3 k.p.c. Wbrew odmiennemu twierdzeniu skarżącego, zarzucana nieważność postępowania nie występuje, gdyż inni sędziowie orzekali o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania, a inni w wyroku objętym tą skargą. Podobieństwo faktyczne i prawne innych spraw nie składa się na negatywną przesłankę z art. 48 § 3 k.p.c., czyli udział sędziego „w wydaniu orzeczenia objętego skargą”, z tej przyczyny, że sprawy dotyczyły innych zainteresowanych. Ta podmiotowa różnica jest wystarczająca, nawet gdy zachodzi podobieństwo faktyczne i prawne poszczególnych spraw. Ponadto art. 48 § 3 k.p.c. nie stanowi o nieważności postępowania. Stanowi o niej art. 379 pkt 4 k.p.c., zgodnie z którym nieważność postępowania zachodzi, jeżeli skład sądu orzekającego był sprzeczny z przepisami prawa albo jeżeli w rozpoznaniu sprawy brał udział sędzia wyłączony z mocy ustawy. Norma art. 48 § 3 k.p.c. w relacji do art. 379 pkt 4 k.p.c. jest jasna, bo nie jest sprzeczny z przepisami prawa (art. 48 § 3 k.p.c.) skład sądu orzekający

o wznowieniu postępowania, w którym żaden sędzia nie brał udziału w wydaniu orzeczenia objętego skargą (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2008 r., II PZ 11/08, OSNP 2009 nr 21-22, poz. 287). Punkt ciężkości zażalenia nie leży jednak w odrębności osobowej składów sądu, lecz w podobieństwie spraw uprzednio rozpoznanych i objętych skargą o wznowienie postępowania, w których rozstrzygali sędziowie orzekający obecnie o wznowieniu. Należy wskazać na *numerus clausus* podstaw nieważności postępowania (art. 379 k.p.c.) i stwierdzenie, że zasadą jest ważność postępowania, a nieważność zachodzi tylko wtedy, gdy wynika to z wyraźnego zapisu ustawy. Chodzi więc o porównawcze wskazanie na sytuację uprzedniego osądzenia sprawy jako przesłanki nieważności postępowania z art. 379 pkt 3 k.p.c. lub odrzucenia pozwu na podstawie art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. Sytuacje te spełniają się tylko wtedy, gdy sprawy dotyczą tego samego roszczenia pomiędzy tymi samymi stronami. Taka sytuacja nie występuje w tym przypadku, gdyż sprawy mogą być rodzajowo podobne ze względu na podstawę faktyczną i prawną, jednak indywidulanie są to odrębne sprawy, gdyż inny jest zainteresowany jako podmiot sprawy i również inny jest przedmiot sprawy jako pochodny od indywidulanej sytuacji zainteresowanego (ubezpieczonego). Reasumując, różne są wówczas stosunki prawne (nie są tożsame), choć mogą być podobne w warstwie faktycznej i prawnej. Argumenty te przemawiają za brakiem nieważności postępowania z art. 379 pkt 4 k.p.c. w związku z art. 48 § 3 k.p.c. w sytuacji przedstawionej w zażaleniu. Nie jest to sytuacja szczególna, gdyż sąd rozpatruje wiele podobnych spraw i prawodawca ma to na uwadze właśnie w regulacji art. 48 § 3 k.p.c. Rzecz jedynie w tym, aby sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia objętego skargą, nie orzekał co do skargi o wznowienie postępowania. Szerokie rozbudowanie katalogu przesłanek bezwzględego wyłączenia sędziego z mocy prawa mogłoby przyczynić się w praktyce sądowego stosowania prawa do znacznego wydłużenia, a czasem (w wypadku mniejszych sądów) do zablokowania rozstrzygania spraw (zob. glosa A. Rutkowskiej do wyroku ETPCz z dnia 10 stycznia 2017 r., *sprawa Korzeniak p-ko Polsce*, opubl. Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2017 nr 4, s. 34-39). Wychodząc ponad zarzut, należałoby zauważyć, że uzasadnienia wniosku o wyłączenie sędziego opartego na przesłankach przewidzianych w art. 49 k.p.c. nie można

konstruować na tezie, iż w określonych sprawach sędzia *suspecti* orzekał w określony sposób, który wnioskodawca ocenia jako dla niego niekorzystny (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2017 r., II UK 605/16, LEX nr 2237410).

Natomiast problem czy można wznowić postępowanie na podstawie art. 401¹ k.p.c., gdy Trybunał Konstytucyjny odroczył termin utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnego przepisu nie ma w orzecznictwie jednej odpowiedzi. Przede wszystkim w obu wyrokach dotyczących § 2 ust. 1 pkt 6 i 16 rozporządzenia z dnia 18 grudnia 1998 r. sam Trybunał zauważył, że choć wyrok Trybunału obala ostatecznie domniemanie konstytucyjności (legalności) kwestionowanego przepisu, to ważne jest czy przed terminem utraty mocy przepisu ustawodawca zmienił prawo. Wówczas zmiana ta – genetycznie – ma swe źródło nie w derogacji trybunalskiej (wyrok TK), lecz w derogacji dokonanej przez ustawodawcę. To powoduje, że brak jest wówczas miejsca na stosowanie art. 190 ust. 4 Konstytucji (wznawianie postępowań w sprawach rozstrzygniętych na podstawie zderogowanej normy, zob. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lutego 2010 r., P 16/09). Innymi słowy Trybunał zauważa, że zakwestionowany akt pozostaje na czas odroczenia w systemie prawnym (uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2015 r., SK 9/14). W tej kwestii orzecznictwo nie jest jednak jednolite. Z jednej strony przyjmuje się, że przed utratą mocy przepisu po orzeczeniu Trybunału nie jest możliwe wznowienie postępowania. Na takiej wykładni i orzecznictwie Sąd Apelacyjny oparł zasadniczo uzasadnienie odrzucenia skargi o wznowienie postępowania w rozpoznawanej sprawie (zob. między innymi uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2003 r., III CZP 45/03, OSNC 2004 nr 9, poz. 136; z dnia 24 stycznia 2004 r., III CZP 11203, OSNC 2005 nr 4, poz. 61 czy wyrok z dnia 20 kwietnia 2006 r., IV CSK 28/06, OSNC 2007 nr 2, poz. 3). Z drugiej strony nie bez racji jest stanowisko, przedstawiane w szeregu orzeczeń, których część przytacza skarżący w uzasadnieniu zarzutów zażalenia, przyjmujące, że samo stwierdzenie niekonstytucyjności przepisu przez Trybunał Konstytucyjny obala domniemanie zgodności z ustawą zasadniczą i jest wystarczające do odpowiedniego stosowania przepisu w sprawie już rozpoznanej, a więc stanowi też podstawę wznowienia postępowania w sprawie już zakończonej.

W kolegialnej ocenie obecnego składu Sądu Najwyższego uprawnione jest to drugie stanowisko. Przede wszystkim dlatego, że w systemie prawa wartością podstawową jest zgodność prawa z ustawą zasadniczą. Chodzi o to, że orzeczenie oparte na niekonstytucyjnym przepisie, którego stosowanie narusza podstawowe wartości człowieka takie jak wolność i majątek, nie powinno być wyłączone od możliwości warunkowej weryfikacji, właśnie ze względu na wskazaną niezgodność. Wartość ta odwołuje się do zasady sprawiedliwości (art. 2 Konstytucji RP), ujmowanej materialnie jako samo prawo oraz proceduralnie jako prawo do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). W wyroku z dnia 28 października 2015 r., SK 9/14, Trybunał Konstytucyjny odwołuje się do prawa własności (art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP). Podkreślenia wymaga, że sąd powszechny może bezpośrednio stosować ustawę zasadniczą (art. 8). Sędziowie podlegają ustawom (art. 178 ust. 1 ustawy zasadniczej). Nie ma więc przeszkód prawnych do wznowienia postępowania wobec niezgodności z ustawą zasadniczą przepisu rozporządzenia, zważając też na art. 190 ust. 4 Konstytucji RP, jako że obecne zażalenie rozpoznaje się już po terminie, do którego Trybunał w wyroku z dnia 28 października 2015 r., SK 9/14, odroczył utratę mocy obowiązującej § 2 ust. 1 pkt 16 rozporządzenia z dnia 18 grudnia 1998 r. Przeszkodą nie jest też zmiana tego przepisu przez prawodawcę przed tym terminem. Sąd może mimo to odmówić zastosowania *ex post* niekonstytucyjnego przepisu aktu wykonawczego, który kształtował stosunki prawne w okresie wcześniejszym. Inna jest sytuacja obywatela, który układa swoje stosunki prawne w sferze cywilnej z własnej woli (zobowiązaniowej), czyli bez władczej ingerencji państwa. Wówczas pierwszorzędne znaczenie ma zgodność prawa z Konstytucją i reguła z art. 190 ust. 3.

Inna sytuacja występuje w relacjach publicznoprawnych, bo organ przed wyrokiem Trybunału nie może nie stosować „niekonstytucyjnego” prawa. Powrót do stanu zgodnego z ustawą zasadniczą zapewniają podstawy wznowienia (w procedurze cywilnej, karnej i administracyjnej). Dla tych podmiotów prawa znaczenie ma samo orzeczenie o niezgodności przepisu z Konstytucją RP. Należy też odróżnić podstawę wznowienia, czyli orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wskazane w art. 401¹ k.p.c., od terminu wznowienia z art. 407 § 2 k.p.c. Generalnie

kwestia temporalna nie powinna być silniejsza niż kwestia materialna, czyli niezgodność aktu normatywnego z Konstytucją. Ważne jest tylko zachowanie terminu do wniesienia skargi, gdyż wznowienie nie jest nieograniczone w czasie i skarga może być odrzucona ze względu na wniesienie po upływie przepisanego terminu (art. 407 § 2 k.p.c. i art. 410 § 1 k.p.c.). Sąd Apelacyjny mógł więc wznowić postępowanie biorąc pod uwagę niezgodność przepisu rozporządzenia z Konstytucją. Po wtóre, gdyby przyjąć tok analizy Sądu Apelacyjnego, to niezrozumiałe byłoby stawianie skarżącego w gorszej sytuacji tylko dlatego, że wniósł skargę o wznowienie po orzeczeniu Trybunału, a nie czekał aż 12 miesięcy. Nielogiczne byłoby więc wprawdzie oddalenie zażalenia z tej przyczyny, że dotychczasowa skarga była niedopuszczalna (przedwczesna), skoro do tej pory nie zostało rozpoznane zażalenie i obecnie skarżący ma termin do wniesienia skargi o wznowienie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2013 r., II UK 299/12, LEX nr 1324290), a wprost sprzeciwiałby się takiemu rozstrzygnięciu przepis art. 316 k.p.c. Skarżący nie powinien być w gorszej sytuacji, niż inny podmiot, odwołujący się od takiej samej decyzji wydanej w podobnej sprawie, którego sprawa nie uległa jeszcze zakończeniu i który może oczekiwać bezpośredniego zastosowania w sprawie właściwej normy prawnej wynikającej z orzeczenia Trybunału (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2007 r., II UZP 2/07, OSNP 2007 nr 23-24, poz. 354). Reasumując, skoro mimo odroczenia utraty mocy niekonstytucyjnego przepisu, nie może on stanowić podstawy orzekania przez Sąd, to również orzeczenie o niekonstytucyjności stanowi podstawę do wznowienia postępowania z art. 401¹ k.p.c. Orzeczenia sądowe nie mogą bowiem opierać się na prawie, co do którego stwierdzona została niezgodność z Konstytucją (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 23 stycznia 2007 r., III PK 96/06, OSNP 2008 nr 5-6, poz. 61; z dnia 5 czerwca 2007 r., I PK 6/07, OSNP 2008 nr 15-16, poz. 213; z dnia 23 kwietnia 2009 r., IV CNP 99/08, LEX nr 527127; z dnia 18 maja 2010 r., III UK 2/10, OSNP 2011 nr 21- 22, poz. 278; z dnia 25 sierpnia 2011 r., II CNP 11/11, LEX nr 960519; z dnia 17 czerwca 2011 r., I OSK 2076/10, LEX nr 990219).

Inną kwestią jest to, czy wskazany przez skarżącego wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2015 r., SK 9/14, może być podstawą

wznowienia, czyli nie tylko podstawą procesową, ale także materialną dla przedmiotu sprawy, jako że sprawę rozpoznaje się na nowo w granicach, jakie określa podstawa wznowienia. Chodzi o to, że wyrok Trybunału miał na uwadze podstawę wymiaru składek nie niższą niż przeciętne wynagrodzenie, a nie to czy diety mogą umniejszać tę podstawę. Z analizy decyzji i wyroków w sprawie objętej skargą wynikałoby, że zasadniczy punkt ciężkości sporów dotyczył umniejszania podstawy wymiaru składek o koszty wyżywienia (diety), co zakwestionował organ rentowy, zarzucając, iż umniejszenie nie było prawidłowe, gdyż zainteresowani nie byli w podróży służbowej. Taki przedmiot rozpoznania sprawy nie musi być tożsamy z normą prawną, którą analizował Trybunał. Nie oznacza to, że należy w tym momencie wykluczyć związek wyroku Trybunału ze sprawą objętą skargą o wznowienie. Otóż nie jest wykluczone, że problem przeciętnego wynagrodzenia wystąpił w sprawach skarżącego, tyle tylko, iż nie był uprzednio podnoszony, czyli zarzucany i rozważany. Należy więc zauważyć, że w skardze o wznowienie postępowania skarżący nawiązuje już bezpośrednio do tej kwestii i do wyroku Trybunału Konstytucyjnego (pkt 2 i 3 skargi o wznowienie). Sąd Apelacyjny pominął tę argumentację poprzestając na dietach. W takiej sytuacji skoro kwestia ta nie została zbadana na etapie badania dopuszczalności skargi o wznowienie, a zasadniczo należy to do sfery merytorycznej sprawy, to należy stwierdzić, że również z tej przyczyny uzasadnione jest uchylenie zaskarżonego postanowienia.

Ponadto w kolegialnej ocenie składu orzekającego należy mieć na uwadze potrzebę jednolitego orzecznictwa w takich samych sprawach tego samego podmiotu (skarżącego). Chodzi o to, że wcześniej Sąd Najwyższy w innym składzie postanowieniem z dnia 25 kwietnia 2017 r., II UZ 9/17, (w sprawie o tym samym stanie faktycznym i prawnym dotyczącej zainteresowanego A. K.) uchylił postanowienie Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 21 kwietnia 2016 r., III AUa (...), odrzucające skargę M. G. o wznowienie postępowania w sprawie zakończonej takim samym wyrokiem jak w obecnej sprawie.

Z tych motywów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 zdanie pierwsze k.p.c. w związku z art. 394¹ § 3 k.p.c. orzekł jak w sentencji.

