

POSTANOWIENIE

Dnia 14 marca 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jacek Błaszczyk

SSN Dariusz Kala

Protokolant Weronika Woźniak

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Andrzeja Pogorzelskiego,
w sprawie **W. M.**

skazanego z art. 207 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. oraz art. 197 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k.
w zw. z art. 197 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 14 marca 2023 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie

z dnia 5 maja 2022 r., sygn. akt II Ka 132/22

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Dąbrowie Tarnowskiej

z dnia 21 grudnia 2021 r., sygn. akt II K 388/20,

I. oddala kasację;

**II. obciąża skazanego kosztami sądowymi postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

W. M. został oskarżony o to, że: „w okresie od bliżej nieustalonego dnia i miesiąca 2016 r. do dnia 14 czerwca 2020 r. w miejscowości B. woj. [...] znęcał się fizycznie i psychicznie nad żoną B. M. ,w ten sposób, że będąc trzeźwym jak i pod wpływem alkoholu wszczynał awantury w trakcie których wyzywał ją słowami wulgarnymi i powszechnie uznanymi za obelżywe, zmuszał pokrzywdzoną do opuszczenia domu,

poniżał, krytykował, kontrolował, utrudniał kontakty z innymi osobami, utrudniał zamieszkiwanie we wspólnym domu, niszczył żywność, wyposażenie domu oraz rzeczy osobiste pokrzywdzonej poprzez rozcinanie, rozdzieranie oraz podpalenie i spalenie, groził pokrzywdzonej pozbawieniem jej życia oraz podpaleniem, spaleniem, w tym trzymając w ręku siekierę oraz pojemnik wypełniony bliżej nieustaloną substancją oraz poprzez wbicie siekiery w ścianę w bliskiej odległości od pokrzywdzonej i polanie łóżka pokrzywdzonej bliżej nieustaloną substancją, trzymając w ręku zapalniczkę, a nadto znęcał się fizycznie nad żoną B. M. w ten sposób, że uderzał pokrzywdzoną w różne części ciała, gryzł, drapał, opluł, popychał, kopał, przytrzymywał, ścisnął za ręce, szarpał, ścisnął za przedramiona oraz wykręcał jej ręce, w wyniku czego, w dniu 13 czerwca 2020 r. spowodował u pokrzywdzonej obrażenia ciała w postaci otarć naskórka kończyn dolnych i okolicy biodrowej prawej oraz podbiegnięć krwawych kończyn górnych okolicy ramion i obrzęku nadgarstka prawego, które to obrażenia pociągnęły za sobą naruszenie prawidłowej czynności narządów ciała na okres nie przekraczający dni 7 oraz kilkakrotnie przemocą polegającą na siłowym ściągnięciu odzieży, szarpaniu, uderzaniu, chwytyaniu za ręce i popychaniu oraz niszczeniu sprzętów stanowiących wyposażenie domu a także groźbą pozbawienia życia doprowadził B. M. do obcowania płciowego oraz kilkakrotnie w ten sam sposób usiłował doprowadzić B. M. do obcowania płciowego lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na opór pokrzywdzonej oraz ingerencje synów pokrzywdzonej”, tj. o przestępstwo z art. 207 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. oraz art. 197 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Wyrokiem z dnia 21 grudnia 2021 r., w sprawie o sygn. akt II K 388/20, Sąd Rejonowy w Dąbrowie Tarnowskiej uznał W. M. za winnego tego, że w okresie od bliżej nieustalonego dnia i miesiąca 2016 r. do 14 czerwca 2020 r. w B. woj. [...] znęcał się fizycznie i psychicznie nad żoną B. M. w ten sposób, że będąc pod wpływem alkoholu wszczynał awantury, podczas których wyzywał pokrzywdzoną słowami wulgarnymi, powszechnie uznanymi za obelżywe, wyrzucał ją z domu, krytykował, kontrolował, utrudniał kontakty z innymi osobami, niszczył żywność, wyposażenie domu, rzeczy osobiste i odzież pokrzywdzonej, groził jej

pozbawieniem życia przy użyciu siekiery oraz substancji łatwopalnej, które to groźby wzbudziły u pokrzywdzonej uzasadnioną, obawę, że zostaną spełnione, popychał, chwycił za ręce, szarpał, wykręcał ręce, w wyniku czego 13 czerwca 2020 r. spowodował u pokrzywdzonej obrażenia ciała w postaci otarć naskórka kończyn dolnych i okolicy biodrowej prawej oraz podbiegnięć krwawych kończyn górnych okolicy ramion i obrzęku nadgarstka prawego, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała trwające nie dłużej niż siedem dni, a nadto kilkakrotnie przemocą polegającą na siłowym ściągnięciu odzieży i przytrzymywaniu usiłował doprowadzić B. M. do obcowania płciowego lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na opór pokrzywdzonej oraz ingerencję osób trzecich to jest popełnienia występków z art. 207 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na mocy art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 37 b kk wymierzył oskarżonemu karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę roku i 8 (ośmiu) miesięcy ograniczenia wolności zobowiązując go do wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze po 40 (czterdzieści) godzin w stosunku miesięcznym. Nadto na podstawie art. 34 § 3 k.k. w zw. z art. 72 § 1 pkt 5 i 6b k.k. zobowiązał oskarżonego do powstrzymania się od nadużywania alkoholu w okresie odbywania kary ograniczenia wolności, oraz do uczestnictwa w oddziaływaniach korekcyjno-edukacyjnych dla sprawców przemocy w rodzinie realizowanych przez [...] Ośrodek Interwencji Kryzysowej i Wsparcia Ofiar Przemocy w terminie 2 miesięcy od uprawomocnienia się wyroku. Orzeczono wobec oskarżonego także środek karny w postaci nakazu opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną B. M. na okres 2 lat w terminie 3 dni od uprawomocnienia się wyroku, a także zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej B. m. na odległość mniejszą niż 10 metrów na okres 2 lat. Zasądzono w wyroku na rzecz pokrzywdzonej nawiazkę w kwocie 3 000 zł, a na podstawie art. 93 b k.k., art. 93 c pkt 5 k.k., art. 93 f § 2 k.k. orzeczono wobec oskarżonego środek zabezpieczający w postaci terapii uzależnień dla osób uzależnionych od alkoholu.

Apelacje od tego wyroku wnieśli pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej i obrońca oskarżonego. Ten ostatni zaskarżając wyrok w całości, wskazał na:

„ - naruszenie przepisów postępowania w postaci naruszenia art. 7 oraz art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób sprzeczny ze wskazaniami wiedzy, doświadczenia życiowego oraz prawidłowego rozumowania, polegające na:

- przydaniu - odnośnie dopuszczenia się przez oskarżonego usiłowania przestępstwa zgwałcenia - waloru wiarygodności zeznaniom pokrzywdzonej B.M., podczas gdy zeznania te są niekonsekwentne, wewnętrznie sprzeczne, wielokrotnie zmieniane w toku całego postępowania, a to w ten sposób, że pokrzywdzona konsekwentnie eskalowała oskarżenia wobec męża, a nadto sprzeczne są w sposób rażący z innymi zgromadzonymi w sprawie dowodami, w szczególności, zaś wyjaśnieniami oskarżonego i dowodami z dokumentów dotyczących się jego stanu zdrowia, z których wynika, że *in tempore criminis* nie był on w stanie dokonywać przestępstwa zgwałcenia pokrzywdzonej w dokonanej ani też usiłowanej formie i z takim samym natężeniem przez cały okres objęty zarzutem, a wręcz okresowo w ogóle nie był w stanie obiektywnie przełamywać oporu pokrzywdzonej, a nawet próbować tego dokonać, a to w szczególności w sytuacji poważnych wątpliwości co do wiarygodności depozycji pokrzywdzonej odnośnie sprawstwa dokonanej formy przestępstwa zgwałcenia,

- naruszenie przepisów postępowania, a to art. 183 par. 1 w związku z art. 186 par. 1 k.p.k. poprzez uczynienie podstawą ustaleń faktycznych w sprawie - a to w zakresie zachowań ujętych w opisie przypisanego oskarżonemu czynu o charakterze seksualnym - złożonych w toku postępowania przygotowawczego zeznań świadka P. M., który skorzystał z prawa uchylenia się od odpowiedzi na pytania zadawane w toku postępowania sądowego, a związane z zachowaniami o charakterze seksualnym - a zatem naruszenie zakazu dowodowego określonego w art. 186 par. 1 k.p.k.”

Podnosząc te zarzuty obrońca wniósł o „zmianę skarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z opisu czynu zachowania polegającego na kilkukrotnym - przemocą polegającą na siłowym ściągnięciu odzieży i przytrzymywaniu - usiłowaniu doprowadzenia B. M. do obcowania płciowego przy nie osiągnięciu zamierzonego celu z uwagi na opór pokrzywdzonej oraz ingerencję osób trzecich, to jest wyeliminowanie z podstawy skazania popełnienia występku z art. 197 § 1 kk

w zw. z art. 13 par. 1 k.k.,- ewentualnie - uchylenie skarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania”.

Po rozpoznaniu tych apelacji Sąd Okręgowy w Tarnowie, wyrokiem z dnia 5 maja 2022 r., sygn. akt II Ka 132/22, zaskarżony wyrok zmienił w ten sposób, że:

w ustępie I opis czynu przypisanego oskarżonemu W. M. uzupełnił o ustalenie, że kilkakrotnie przemocą polegającą na siłowym ściągnięciu odzieży, szarpaniu, uderzaniu, chwytaniu za ręce i popychaniu a także groźbą pozbawienia życia doprowadził pokrzywdzoną B. M. do obcowania płciowego oraz kilkakrotnie w ten sam sposób usiłował ją doprowadzić do obcowania płciowego lecz zamierzonego celu nie osiągnął ze względu na opór pokrzywdzonej oraz ingerencję osób trzecich i przypisany w ten sposób czyn zakwalifikował z art. 207 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. i art. 197 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na mocy art. 197 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył oskarżonemu karę 3 lat pozbawienia wolności, uchylił ustępy II, III, VII, IX, a w ustępie IV określił wymiar środka karnego w postaci nakazu opuszczenia lokalu mieszkalnego na okres 4 lat w terminie od dnia prawomocności wyroku, zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej B. M. na odległość mniejszą niż 50 metrów na okres 4 lat, a zakaz kontaktowania się oskarżonego W. M. w sposób bezpośredni i pośredni z pokrzywdzoną B. M. na okres 4 lat, za wyjątkiem sytuacji niezbędnego wspólnego udziału w czynnościach sądowych oraz administracyjnych. Ponadto sąd ten wysokość orzeczonej nawiązki podwyższył do kwoty 15.000 złotych, w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymując w mocy.

Kasację w tej sprawie wniósł obrońca skazanego zaskarżając wyrok sądu odwoławczego w całości, podnosząc zarzuty:

„ - *naruszenie przepisów postępowania w postaci - stosowanego per analogiam - art. 454 par. 1 k.p.k., to poprzez złamanie reguły ne peius, polegające na zmianie opisu czynu przypisanego oskarżonemu W. M. w postaci dodatkowego ustalenia realizacji znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 197 par. 1 k.k., podczas gdy Sąd a quo wyeliminował ten składnik czynu z przypisanego oskarżonemu zarzutu, zaś wyeliminowanie z opisu czynu jednego zachowania realizującego samodzielnie wszystkie znamiona określonego typu czynu zabronionego, a przypisanego sprawcy przy kumulatywnym zbiegu przepisów*

ustawy, o którym mowa w art. 11 par 2 k.k. przez Sąd pierwszej instancji, należy traktować - mutatis mutandis - jak uniewinnienie w zakresie wyeliminowanego zachowania,

- naruszenie przepisów w postępowania w postaci naruszenia art. 7 oraz art. 410 k.p.k. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób sprzeczny ze wskazaniami wiedzy, doświadczenia życiowego oraz prawidłowego rozumowania, polegające na przydaniu - odnośnie dopuszczenia się przez oskarżonego dokonanej formy przestępstwa zgwałcenia - waloru wiarygodności zeznaniom pokrzywdzonej B. M., podczas gdy zeznania te są niekonsekwentne, wewnętrznie sprzeczne, wielokrotnie zmieniane w toku całego postępowania, a to w ten sposób, że pokrzywdzona konsekwentnie eskalowała oskarżenia wobec męża, a nadto sprzeczne są w sposób rażący z innymi zgromadzonymi w sprawie dowodami, w szczególności, zaś wyjaśnieniami oskarżonego i dowodami z dokumentów dotyczących się jego stanu zdrowia, z których wynika, że in tempore cirminis nie był on w stanie dokonać przestępstwa zgwałcenia pokrzywdzonej w dokonanej ani też usiłowanej formie i z takim samym natężeniem przez cały okres objęty zarzutem, a wręcz okresowo w ogóle nie był w stanie obiektywnie przełamać oporu pokrzywdzonej, a nawet próbować tego dokonać, jak również wobec informacji płynących z treści sporządzonej w toku sprawy opinii sądowo psychologicznej, z której w szczególności wynika, że brak u pokrzywdzonej cech diagnostycznych charakterystycznych dla ofiar przemocy domowej, ta zaś ma tendencję wyolbrzymiania aspektów zdarzeń istotnych dla sprawy i powiększania skali doznawanej przemocy,

- naruszenie przepisów postępowania, a to art. 183 par. 1 w związku z art. 186 par. 1 k.p.k. poprzez uczynienie podstawą ustaleń faktycznych w sprawie — a to w zakresie zachowań ujętych w opisie przypisanego oskarżonemu czynu o charakterze seksualnym - złożonych w toku postępowania przygotowawczego zeznań świadka P. M., który skorzystał z prawa uchylenia się od odpowiedzi na pytania zadawane w toku postępowania sądowego, a związanych z zachowaniami o charakterze seksualnym — a zatem naruszenie zakazu dowodowego określonego w art. 186 par. 1 k.p.k.”

Jednocześnie w kasacji tej obrońca wskazał, że w sprawie zachodzi bezwzględna przyczyna odwoławcza określona w art. 439 § 1 pkt. 1, albowiem w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona do orzekania w Sądzie Okręgowym w T. (SSO J.S.).

Wskazując te okoliczności wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Tarnowie jako sądowi odwoławczemu.

W odpowiedzi na kasację obrońcy skazanego prokurator Prokuratury Rejonowej w Dąbrowie Tarnowskiej wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Do stanowiska prokuratora przyłączył się pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej.

Kolejno w piśmie procesowym z dnia 27 września 2022 r. (data prezentaty SN) obrońca skazanego przedstawił szereg okoliczności faktycznych mających być poparciem wyrażonego uprzednio w kasacji stanowiska odnośnie do zaistnienia bezwzględnego powodu odwoławczego z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., a dotyczących sędziego J.S., który swój awans do Sądu Okręgowego w T. uzyskał w procedurze powołania na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa w składzie ukształtowanym w trybie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz.U. 2018 r., poz. 3).

W piśmie tym jego autor wskazał na istniejące powiązanie osoby obrońcy W. M. z adwokatami, którzy uprzednio (w sprawie oskarżonego M. D. sygn. akt II K [...]) zakwestionowali status sędziowski i prawidłowość procedury powołania J.S. na stanowisko Sędziego Sądu Okręgowego w T., o czym sędzia ten niewątpliwie wiedział już w momencie wyrokowania w przedmiotowej sprawie. Powyższe w ocenie obrońcy skłania do przyjęcia, że w odniesieniu do tego sędziego i w tej konkretnej sprawie mogło nie dojść do zachowania minimalnego standardu bezstronności i niezawisłości.

Ponadto zdaniem obrońcy skazanego nie bez znaczenia dla oceny bezstronności tego sędziego pozostaje również fakt, że sędzia ten już po powołaniu go na stanowisko Sędziego Sądu Okręgowego w T., z wniosku obecnej Krajowej Rady Sądownictwa (KRS), skazał oskarżonego R. Ś.(związanego z P.) na karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności (II K [...]). Co więcej, zrobić to miał pomimo

nieposiadania delegacji do pełnienia czynności orzeczniczych w Sądzie Rejonowym w B.. Powyższe, jak informuje obrońca, stało się powodem do zgłoszenia w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Sądem Okręgowym w Tarnowie pod sygn. akt II AKa [...] zaistnienia uchybienia w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

W trakcie rozprawy kasacyjnej obrońca podtrzymał swoje stanowisko zawarte w kasacji, a prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja podlegała oddaleniu, albowiem żaden z podniesionych zarzutów nie był zasadny. W pierwszej kolejności trzeba podnieść, że przeprowadzone przez Sąd Najwyższy postępowanie kontrolne w zakresie przynależnego stronom prawa do wydania orzeczenia (także przez sąd odwoławczy) przez sąd należycie ustanowiony ustawą, niezawisły i bezstronny w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej – EKPC) i art. 47 Karty Praw Podstawowych, nie dało podstawy do uznania, iż prawa tego strony nie miały. Przypomnieć jedynie trzeba, że gwarancja niezależności i bezstronności sędziowskiej (art. 41 § 1 k.p.k.) jest immanentną cechą sądu z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC i art. 47 Karty Praw Podstawowych (P. Grzegorzczuk, K. Weitz [w:] M. Safjan, L. Bosek [red.] *Konstytucja RP. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2016, s. 1125), a zatem stwierdzenie braku takiej cechy przez któregośkolwiek z sędziów tworzących skład sądu musi prowadzić do uchylenia zaskarżonego orzeczenia na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Podstawą łączenia kwestii niezawisłości i bezstronności sędziego z prawem stron do sądu ustanowionego ustawą, jest także utrwalona linia orzecznicza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Wypada odwołać się w tym zakresie chociażby do wyroku Wielkiej Izby Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* (skarga 26374; wyrok z 1 grudnia 2020 r.), czy też do wyroków ETPC wydanych w sprawach przeciwko Polsce (*Reczkowicz*, a ponadto *Dolińska-Ficek i Ozimek*, a także *A. sp. z o.o.*). To właśnie w wyroku ETPC z 1 grudnia 2020 r. stwierdzono, odwołując się zresztą do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 26 marca 2020 r. w sprawie

Simpson (wyrok w połączonych sprawach C-542/18 RX i C-543/18 RX), że pojęcie „ustanowienie ustawą” obejmuje także proces powoływania sędziów (§ 228), ale co istotne, wskazano również, iż organ sądowy, który nie spełnia wymogów niezawisłości – zwłaszcza w stosunku do władzy wykonawczej - oraz bezstronności, nie może być określony jako „sąd” dla celów art. 6 ust. 1 EKPC. Ponadto, w wyroku tym Trybunał w Strasburgu stwierdził, że należy brać pod uwagę także sposób powołania jego członków (wymóg bezstronności i niezawisłości jest kluczowy dla wymagania istnienia sądu ustanowionego ustawą - por. § 232-234), co skutkowało koniecznością łącznego rozważania kwestii powołania sędziego jako elementu koniecznego w zakresie niezawisłości i bezstronności w aspekcie treści prawa do „sądu ustanowionego ustawą” (por. L. Garlicki, *Trybunał Strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12. 2020 r., Ástráðsson przeciwko Islandii*, Przegląd Sądowy 2021, z. 4, s. 9-10). W konsekwencji dla ustalenia tego prawa wypracowano wzorzec kontrolny w postaci trójstopniowego testu, który ma mieć zastosowanie w każdej sprawie, gdy pojawi się wątpliwość co do prawidłowego powołania orzekającego w niej sędziego.

Uwagi te czynione być muszą chociażby z tego powodu, że adekwatny wzorzec postępowania w tym zakresie został opisany w uchwale trzech Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/2020 (OSNK 2020, z. 2, poz. 7). Wprawdzie Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 20 kwietnia 2020 r. (U 2/20, OTK-A 2020, poz. 61) stwierdził, że uchwała ta jest niezgodna z:

- a) art. 179, art. 144 ust. 3 pkt 17, art. 183 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 7 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
- b) art. 2 i art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30, z późn. zm.),
- c) art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.),

ale wyrok ten nie ma wiążącego charakteru (por. w tej materii np. – postanowienie SN z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21; postanowienie SN z dnia 21 stycznia

2022 r., III CO 6/22, czy też uchwały SN: z dnia 5 kwietnia 2022 r., III PZP 1/22 i z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22).

Już tylko dopowiedzieć trzeba, że brak związania tym wyrokiem w zakresie chociażby treści standardu z art. 6 ust. 1 EKPC wynika z dwóch okoliczności. Pierwsza, to fakt, że to ETPC ma monopol jurysdykcyjny w zakresie interpretacji i stosowania Konwencji (art. 19 i art. 32 Konwencji). To orzecznictwo ETPC nadaje zatem ostateczny kształt normatywny postanowieniom Konwencji, doprecyzowując znaczenie i zakres gwarantowanych w niej praw i wolności, w tym prawa do rzetelnego procesu. W konsekwencji w zakresie interpretacji i stosowania Konwencji sądy krajowe są związane interpretacją Konwencji przez ETPC (l. Kondak [w:] L. Garlicki [red.] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Warszawa 2011, t. 2, s. 100 i nast.). Z wyroku ETPC z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce (skarga nr 43447/19) wynika zaś, że wyrok w sprawie U 2/20 został oceniony jako nierzetelny nie tylko w fazie faktograficznej w zakresie znajomości orzecznictwa ETPC (pkt 261-262), ale także w zakresie oceny badania standardu art. 6 ust. 1 Konwencji. Ocenę taką Trybunału Konstytucyjnego uznano za arbitralną i nie mogącą mieć żadnego znaczenia co do tego czy doszło do naruszenia prawa do sądu (pkt 262). Dodać trzeba, że na tym tle uchwałę trzech Izb z dnia 23 stycznia 2020 r. ETPC ocenił jako przekonującą, z „mocną” argumentacją, w której wnioski wyciągnięto po dogłębnej i starannej ocenie prawa polskiego z perspektywy podstawowych standardów Konwencji (pkt 261). Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie U 2/20 został oceniony jako naruszający praworządność i niezawisłość sądownictwa (pkt. 263).

Dochowując zatem standardów konstytucyjnych i konwencyjnych konieczne było zbadanie przez Sąd Najwyższy, czy okoliczności powołania sędziego J.S. – na wniosek KRS ukształtowanej w trybie ustawy z 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 3) – dowodzą, że ten sędzia nie dawał w tej sprawie gwarancji bezstronności i niezależności. Trzeba wskazać na wstępie, że fakt powołania sędziego w wadliwym trybie, czyli na wniosek obecnej Krajowej Rady Sądownictwa, która nie jest organem wskazanym w Konstytucji RP (art. 179), nie stanowi – w orzecznictwie

Sądu Najwyższego – wystarczającej przesłanki do przyjęcia, iż tak powołany sędzia nie spełnia minimalnego standardu niezależności oraz bezstronności i każdorazowo sąd z jego udziałem jest nienależycie obsadzony w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (por. szeroką argumentację uchwały Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22, OSNK 2022, z. 6, poz. 22). Choć kwestia ta staje się mocno problematyczna od strony konstytucyjnej, chociażby w aspekcie prawnego skutku powołania na urząd sędziego – w istocie bez wniosku Organu Konstytucyjnego – to linia orzecznicza Sądu Najwyższego, wynikająca chociażby z wiążącej uchwały trzech Izb Sądu Najwyższego, czy także uchwały w sprawie I KZP 2/22, nie daje podstawy do automatycznego stwierdzenia, że każdy sędzia sądu powszechnego powołany w tym wadliwym prawnie trybie, jest obarczony wadą polegającą na braku niezależności od władzy i braku wymaganej bezstronności. Jest bowiem tak, że niektórzy z powołanych w tym trybie sędziów – nie zważając na wadliwość tego trybu i jasne okoliczności niekonstytucyjnego rozwiązania w zakresie powołania składu KRS-u w 2018 r. – korzystają z takiego trybu by osiągnąć określone stanowisko, nie dając, wszakże powodów swoim zachowaniem by w jakikolwiek sposób łączyć ich z władzą wykonawczą. Kwestia ta jest oczywiście dyskusyjna i powinna stanowić podstawę do oceny takich zachowań sędziów w kontekście właściwej postawy etycznej (ewentualnie dyscyplinarnej), ale nie ma obecnie przełożenia na aspekt wymaganej bezstronności i niezależności w rozpoznaniu określonej sprawy. Oczywiście trzeba dodać, że problematyka ta nie jest zamknięta, albowiem może przecież dojść do odmiennych ocen w zakresie wpływu tego uchybienia na prawo do sądu w rozumieniu art. 6 ust. EKPC. Obecnie stanowisko ETPC zarysowano jedynie w stosunku do sędziów, którzy „dostali powołania” do Sądu Najwyższego. Może jednak dojść do wydania orzeczeń przez ETPC w zakresie sędziów sądów powszechnych, a wówczas konieczność stosowania standardu z art. 6 ust. 1 EKPC w zakresie, w jakim wzorzec ten ustali i określi Trybunał w Strasburgu może spowodować konieczność zweryfikowania obecnej linii orzeczniczej. Ustosunkowując się do okoliczności powołania sędziego J. S. trzeba wskazać, że fakt, iż miał on - z pięciu kandydatów na stanowisko sędziego Sądu Okręgowego w T. – „najgorszy” wynik w czasie głosowania na posiedzeniu Zgromadzenia Przedstawicieli Sędziów Apelacji [...], nie zmienia tego, iż ta różnica

w głosach „za” wynosiła zaledwie od 1 głosu do 4 głosów w odniesieniu do 3 innych kandydatów (mieli oni odpowiednio - „za” – 36; 34; 32, a J. S. – 31 głosów „za”). Różnice nie były w tym zakresie istotne. Bezsporne jest, że najwięcej głosów „za” na tym posiedzeniu otrzymała sędzia M.S-K. (60 – za), co może wskazywać na dokonanie przez KRS oceny poza merytorycznej, ale ta tylko okoliczność nie może być wystarczającą do przyjęcia, iż to jedynie wpływ elementów związanych z powiązaniami władzy wykonawczej z osobą tego sędziego, skutkował takim właśnie wyborem. Po pierwsze, sędzia J. S. miał dobrą opinię sędziego wizytatora, co wynika z dokumentacji załączonej do akt sprawy na etapie postępowania kasacyjnego (chodzi tu zwłaszcza o wysoką wydajność orzeczniczą oraz bardzo dobrą stabilność orzeczniczą). Po drugie, sędzia ten był delegowany przez Kolegium właściwego sądu (nie były to delegacje ministerialne) do orzekania w Sądzie Okręgowym w T. a zatem był postrzegany jako wyróżniający się sędzia (opinia sędziego wizytatora) i nie zawdzięczał delegacji Ministrowi. Po trzecie, opinia Kolegium Sądu Apelacyjnego w [...] (24 września 2018 r.) była dla tego sędziego jednogłośnie pozytywna, a w czasie posiedzenia Zgromadzenia Przedstawicieli Sędziów Apelacji [...] sędzia ten wyraźnie oświadczył, że nikomu nie udzielił poparcia do KRS, co należy odebrać jako przejaw właściwego stanowiska w odniesieniu do stanu świadomości, jak jest tworzony ten organ. Po czwarte, w przestrzeni medialnej nie istnieją żadne okoliczności, które dawałyby sygnały o jakichkolwiek związkach tego sędziego z KRS (organem pozbawionym niezależności od władzy wykonawczej), czy innymi organami władzy wykonawczej. Po piąte, sprawa, w której orzekał sędzia J. S. to typowa sprawa kryminalna, w której oskarżycielka posiłkowa nie wykazuje związków z władzą, a apelacji na niekorzyść nie wnosił w tej sprawie prokurator, który jest podległy Prokuratorowi Generalnemu, który zainicjował i przeprowadził przecież zmiany w obszarze KRS. Ponadto J. S. nie był sędzią sprawozdawcą, a w sprawie nie zgłoszono zdania odrębnego. Po szóste, okoliczności wskazane przez autora kasacji, a dotyczące dwóch procesów karnych, w których orzekał sędzia J. S. nie mogą stanowić przesłanki do stwierdzenia braku jego bezstronności oraz braku niezależności w tej sprawie, albowiem rodzaj wydanego orzeczenia, czy też sposób procedowania (kwestia orzekania bez delegacji w sądzie rejonowym) powinny być kontestowane

procesowo w poszczególnych sprawach, a Sąd Najwyższy nie jest władny w trybie opisanego testu do dokonywania prawnej oceny wydanych orzeczeń w innych sprawach, w których orzekał określony sędzia; okoliczności poszczególnych spraw można przywołać tylko w sytuacji stwierdzenia określonych uchybień i błędów w prawomocnym orzeczeniu sądu rozpoznającego środek odwoławczy. Nadmienić jedynie wypada, że kwestia orzekania w sądzie niższej instancji przez sędziego sądu wyższego rzędu (po tym jak otrzymał nominację do sądu wyższego rzędu) jest przedmiotem tzw. pytania prawnego sformułowanego przez Prezesa kierującego pracami Izby Karnej (por. I KZP 15/22), a zatem nie jest tak oczywista jak twierdzi autor kasacji. Na zakończenie zatem wypada stwierdzić, że sam fakt, iż inny sędzia, który stanął do tego samego konkursu na wolne stanowisko sędziowskie w tym samym sądzie, miał lepszy wynik poparcia środowiskowego (okoliczność istotna), nie może przesądzać samoistnie i automatycznie, że inny kandydat swój awans uzyskał tylko jako swoistą „nagrodę” za swoje związki z organami władzy wykonawczej czy innymi organami zależnymi od takiej władzy. Sąd Najwyższy przeprowadzając test niezależności i bezstronności sędziego nie stwierdza przecież, kto powinien dostać nominację od KRS, ale tylko to, czy całokształt okoliczności dotyczących powołania określonego sędziego dowodzi braku jego bezstronności i niezależności.

Z tych wszystkich powodów zarzut z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. okazał się niezasadny. Odnosząc się zaś do pierwszego z postawionych zarzutów (art. 454 § 1 k.p.k.) podkreślić trzeba, że nie jest uzasadnione posłużenie się przez skarżącego tym przepisem, wykładanym *per analogiam*. Zakazem *ne peius* objęto obecnie (od 5 października 2019 r.) tylko jedną okoliczność, która w tej sprawie nie zachodzi. Sąd Okręgowy w ramach postępowania odwoławczego, którego ramy wytyczały dwie apelacje (ich zakres zaskarżenia oraz postawione zarzuty) dokonał zmiany zaskarżonego wyroku sądu pierwszej instancji poprzez przyjęcie opisu czynu zawartego w akcie oskarżenia, w sytuacji, gdy opis ten z kolei został ograniczony w wyroku sądu pierwszej instancji. Obecnie ukształtowany model postępowania odwoławczego (por. przepisy: art. 454 § 1, art. 437 § 2, art. 452, art. 440 k.p.k.) to praktycznie pełny model postępowania apelacyjnego, a zatem sąd odwoławczy nie naruszył przepisu art. 454 § 1 k.p.k. Nie ma także możliwości posłużenia się w tym

zakresie wykładnią sensu largo opisaną zwrotem *per analogiam*, albowiem przepis art. 454 § 1 k.p.k. jest przepisem wyjątkowym (*exceptiones non sunt extendendae*). Wskazywanie przez skarżącego, że zachowanie skazanego w zakresie czynów kwalifikowanych z art. 197 § 1 k.k. powinno być opisywane normatywnie jako odrębny czyn, nie może stanowić jakiegokolwiek argumentu, albowiem po pierwsze, w apelacji kwestii tej obrońca nie zaskarżył (choćby w kontekście przypisanego usiłowania z art. 197 § 1 k.k.), a po drugie, jest to kwestionowanie obecnie ustaleń faktycznych poza zarzutami kasacji i bez związku z nimi. Z tych samych powodów nie jest trafne posługiwanie się konstrukcją czynu ciągłego, która przecież nie została przyjęta w zaskarżonym wyroku (tak jak i w wyroku sądu pierwszej instancji).

Chybiony w sposób oczywisty jest zarzut naruszenia art. 183 § 1 w zw. z art. 186 § 1 k.p.k. W kasacji powtórzono zarzut postawiony w apelacji, a przecież sąd odwoławczy nie dokonywał w tym obszarze zmiany. Podzielił jedynie argumentację sądu pierwszej instancji odsyłając do poglądów piśmiennictwa i uznał, że argumenty skarżącego nie są w tym zakresie trafne (str. 11-12 uzasadnienia wyroku). Z tych powodów nie może być mowy o naruszeniu wskazanych przepisów. Zarzut z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. jest postawiony w kasacji formalnie poprawnie tylko w zakresie art. 7 k.p.k., albowiem sąd odwoławczy dokonał odmiennej oceny dowodu z zeznań pokrzywdzonej B. M., ale nie pominął żadnego dowodu, który nie byłby ujawniony w trakcie postępowania sądowego. Rzecz jednak w tym, że ta odmienna ocena dowodu dotyczyła w istocie li tylko zastosowanej przez sąd pierwszej instancji metody oceny tego dowodu. Sąd pierwszej instancji nie dał wiary zeznaniom pokrzywdzonej w zakresie tych zachowań, które wyczerpywały samoistnie znamiona czynów z art. 197 § 1 k.k., choć dał wiarę tym jej zeznaniom, z których wynikało popełnienie zachowań wyczerpujących znamiona usiłowania czynu z art. 197 § 1 k.k., przy czym postąpił tak kierując się tylko tym, że co do takiego zachowania fakt ten potwierdził syn stron. Odmierna ocena sądu odwoławczego, dokonywana w granicach apelacji pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, oparta została na obszernej argumentacji (str. 5-6 uzasadnienia wyroku), w której odwołano się do treści zeznań pokrzywdzonej, z uwzględnieniem opinii sądowo-psychologicznej (braku tendencji do konfabulacji i kłamstwa) oraz

faktu, iż zeznania P. M. potwierdzały zachowania opisywane przez pokrzywdzoną co do sfery objętej znamionami czynu z art. 197 § 1 k.k. w formie usiłowania. Ocena ta jest logiczna, zgodna z życiowym doświadczeniem i argumentacja skarżącego nie mogła skutecznie wykazać, że doszło do rażącej obrazy art. 7 k.p.k. w tym obszarze materiału dowodowego. Przypomnieć zaś należy, że zarzut obrazy art. 7 k.p.k. w kasacji może być postawiony skutecznie tylko wtedy, gdy sąd odwoławczy w dokonaniu oceny dowodu przekroczy w sposób rażący zasady prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy czy życiowego doświadczenia. Argumentacja sądu odwoławczego wskazana w uzasadnieniu wyroku nie daje podstawy do stwierdzenia, aby doszło do tego uchybienia w odniesieniu do zeznań B. M.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w postanowieniu.

ał