



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 listopada 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz (przewodniczący)

SSN Tomasz Artymiuk (sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

Protokolant Emilia Bieńczak

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Marka Zajkowskiego
w sprawie Z. Z. i T. K. skazanych z art. 286 § 1 k.k. i in., oraz R. R. skazanego z
art. 297 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 07 listopada 2023 r.,

kasacji wniesionych przez obrońców skazanych
od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie
z dnia 25 marca 2022 r., sygn. akt II AKa 74/21,
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie
z dnia 2 września 2020 r., sygn. akt VIII K 31/17,

- 1. uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie;**
- 2. zarządza zwrot Z. Z. i R. R. opłat od kasacji w kwotach po 750 zł.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 września 2020 r., sygn. akt VIII K 31/17, Sąd Okręgowy w Warszawie uznał R. R. i T. K. za winnych popełnienia zarzucanego im w akcie oskarżenia czynu, tj. przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to wymierzył im kary po 2 lata pozbawienia wolności, których wykonanie warunkowo zawiesił na okres próby 5 lat. Nadto orzeczono wobec obu oskarżonych kary grzywny w wymiarze po 300 stawek dziennych przyjmując wysokość jednej stawki za równoważną kwocie 30 złotych oraz solidarnie obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem poprzez zapłatę na rzecz Ministerstwa Klimatu kwoty 9.500.000 zł.

Powołanym wyżej wyrokiem objęto również R. R. , którego uznano za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu stanowiącego przestępstwo określone w art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 297 § 1 k.k. i za to wymierzono mu karę roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania tej kary na okres próby 3 lat.

Apelacje w tej sprawie wnieśli pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego Ministra Klimatu i Środowiska oraz prokurator na niekorzyść wszystkich oskarżonych, a także obrońca Z. Z. i T. K. oraz obrońca R. R. .

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zarzucił wyrokowi Sądu pierwszej instancji błędy w ustaleniach faktycznych polegające na przyjęciu w odniesieniu do wszystkich oskarżonych pozytywnej prognozy kryminologicznej co spowodowało orzeczenie wobec Z. Z. i T. K. (tiret 1 apelacji) oraz R. R. (tiret 2 apelacji) kar pozbawienia wolności z warunkowy zawieszeniem ich wykonania, a także obrazę prawa materialnego, tj. art. 46 § 1 k.k. poprzez bezpodstawne nie zastosowanie tego przepisu wobec R. R. i nie orzeczenie również co do niego solidarnego obowiązku naprawienia szkody obok Z. Z. i T. K. (tiret 3 apelacji). W związku z tymi zarzutami wniósł o:

1. orzeczenie wobec oskarżonych Z. Z. i T. K. kary bezwzględnego pozbawienia wolności w wymiarze 2 lat oraz orzeczenia wobec oskarżonego R. R. kary bezwzględnego pozbawienia wolności w wymiarze 1 roku,

2. zasądzenie od R. R. obowiązku solidarnej zapłaty obok Z. Z. i T. K. na rzecz oskarżyciela posiłkowego (Skarbu Państwa - obecnie Ministra Klimatu i Środowiska) kwoty 9 500 000 zł tytułem naprawienia wyrządzonej popełnionym przestępstwem szkody.

W apelacji prokuratora podniesione zostały zarzuty: rażącej niewspółmierności kary orzeczonej względem Z. Z. i T. K. (pkt 1 apelacji) oraz błędów w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie w stosunku do wszystkich oskarżonych pozytywnej prognozy i na tej podstawie zastosowanie względem nich środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary (pkt. 2 i 3 apelacji). W oparciu o te zarzuty prokurator wniósł o: 1) zmianę pkt. 1 wyroku poprzez orzeczenie wobec Z. Z. i T. K. za czyn z art. 286 § 1 kk w zb. z art. 297 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk a zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk kar po 8 lat pozbawienia wolności; 2) uchylenie pkt 2 wyroku dotyczącego warunkowego zawieszenia wykonania kar wobec Z. Z. i T. K. ; 3) uchylenie pkt 6 wyroku dotyczącego warunkowego zawieszenia wykonania kary wobec R. R. .

Obrońca Z. Z. i T. K. orzeczeniu sądu *meriti* zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść poprzez:

- wadliwe ustalenie, iż oskarżony Z. Z. jako prezes zarządu A. sp. z o.o., a T. K. jako prokurent tej spółki, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu wprowadzili w błąd faktycznie Ministra Gospodarki co do zamiaru realizacji inwestycji o wartości 52.774.000 zł,
- nieprawdziwe ustalenie polegające na wskazaniu, iż T. K. przedłożył w toku procedury o przyznanie dofinansowania nierzetelny dokument - przyrzeczenie pożyczki z dnia 15 marca 2011 r. wskazujący, iż środki finansowe A. sp. z o.o. pozyska z pożyczki udzielonej w przyszłości przez P. sp. z o.o.,
- nieprawdziwym ustaleniu, iż oskarżeni Z. Z. oraz T. K. nie mieli faktycznie zamiaru doprowadzić do zawarcia umowy pożyczki ze spółką A. sp. z o.o., przy czym wiedzieli, iż R. R. nie jest uprawniony do złożenia oświadczenia woli w imieniu spółki P. sp. z o.o., a sama spółka nie dysponowała takimi środkami, w sytuacji gdy zobowiązanie zwane przyrzeczeniem zawarcia umowy pożyczki jako spełniane w

przyszłości było uzależnione od spełnienia wielu warunków przyszłych i niepewnych a R. R. oraz jego spółka współpracowała z przedsiębiorstwem A. sp. z o.o.,

- całkowitym wadliwym przyjęciu, iż zawierając umowę o dofinansowanie o ustalonych parametrach oskarżeni Z. Z. oraz T. K. nie mieli zamiaru zrealizować tej umowy, przy świadomości braku zdolności finansowej do podjęcia realizacji i pokrycia kosztów w wysokości 27.000.000,00 zł, w sytuacji, gdy zdolność inwestycyjna spółki A. sp. z o.o. w okresie objętym zarzutem była na tyle dobra, iż bank w tym samym czasie udzielał spółce finansowania na zasadach komercyjnych,

- całkowitym pominięciu, iż Z. Z. oraz T. K. nie rozporządzili pozyskanymi środkami z tytułu zaliczki w całości sprzecznie z warunkami ich wypłaty, a co za tym idzie nie doprowadzili Ministerstwa Gospodarki do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości,

- błędne ustalenie w zakresie treści art. 46 § 1 k.k. polegające na braku wskazania w orzeczeniu czy oskarżeni są zobowiązani do naprawienia szkody w całości czy części, a przede wszystkim w zaniechaniu zastosowania w zakresie obowiązku naprawienia szkody przepisów prawa podatkowego, a co za tym idzie określenie naprawienia szkody z pominięciem faktu, iż w dniu 30 listopada 2018 r. Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej wydał postanowienie nr 4 o umorzeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych wobec przedawnienia karalności.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzucanego im czynu, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania.

Wreszcie obrońca R. R. w swoim środku odwoławczym zarzucił obrazę prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu oraz obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a wyraziła się poprzez:

1. naruszenie przepisu art. 297 § 1 k.k. przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie do sytuacji faktycznej oskarżonego R., w wyniku przyjęcia, że miał on zamiar popełnienia przestępstwa oszustwa gospodarczego oraz że posiadał on wymagane określone kwalifikacje pozwalające na popełnienie przestępstwa indywidualnego;

2. naruszenie przepisu art. 7 k.p.k. poprzez wielokrotne przekroczenie przez Sąd I instancji przy ocenie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie zasady swobodnej oceny dowodów, poprzez dowolne uznanie poszczególnych jego składników dotyczących sprawstwa oskarżonego R. za wiarygodne, przy jednoczesnym uznaniu innych jego elementów (w tym w szczególności wyjaśnień oskarżonego i dowodów potwierdzających jego wersję) za niewiarygodne - co w konsekwencji doprowadziło do wysnucia przez Sąd I instancji generalnego wniosku, iż oskarżony jest sprawcą zarzucanego mu czynu, podczas gdy taki wniosek Sądu jest bezspornie nieuzasadniony, albowiem nie znajduje on właściwego potwierdzenia w całokształcie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie oraz oparty został wyłącznie na tej jego części, która była w swej treści odmienna od twierdzeń oskarżonego;
3. naruszenie przepisu art. 92 k.p.k., przepisu art. 410 k.p.k. oraz przepisu art. 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, co nastąpiło podczas powołania przez Sąd I instancji jako podstaw wyrokowania okoliczności niewynikających bezpośrednio z materiału dowodowego, lecz będących jedynie wyrazem przyjętej hipotezy podczas procesu wnioskowania.

Autor tej apelacji wniósł o uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 25 marca 2022 r., sygn. akt II AKa 74/21:

1. zmienił zaskarżony wyrok ten sposób, że:
 1. uchylił orzeczenie zawarte w punktach 2 i 6 zaskarżonego wyroku oparte na treści art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wobec wszystkich oskarżonych;
 2. podwyższył kary pozbawienia wolności orzeczone oskarżonym R. R. i T. K. w punkcie 1 zaskarżonego wyroku do 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

3. zmienił pkt 4 zaskarżonego wyroku w ten sposób, że na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł od oskarżonych Z. Z., T. K. i R. R. solidarnie obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody, poprzez zapłatę na rzecz oskarżyciela posiłkowego Ministra Klimatu i Środowiska kwoty 9.500.000 zł;

1. utrzymał w mocy wyrok w pozostałej zaskarżonej części.

Kasacje od wyroku Sądu odwoławczego wnieśli obrońcy skazanych.

Obrońca Z. Z. i T. K. zaskarżył orzeczenie sądu *ad quem* w całości zarzucając:

1. uchybienie, o który m mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. polegające na wydaniu wyroku przez sąd nienależycie obsadzony, a to z powodu zasiadania w składzie Sądu Apelacyjnego w Warszawie:

- Sędziów powołanych do tego Sądu na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej mocą ustawy z 8 grudnia 2017 roku, niezapewniającej niezależności władzy sądowniczej od władzy wykonawczej i ustawodawczej,

- Sędziego delegowanego do orzekania w Sądzie Apelacyjnym w Warszawie przez Ministra Sprawiedliwości na podstawie kryteriów, które nie zostały podane do publicznej wiadomości,

co rodzi uzasadnione wątpliwości co do zapewnienia przez cały skład orzekający w Sądzie odwoławczym bezstronności w jej aspekcie instytucjonalnym, aktualizując jednocześnie domniemanie braku bezstronności (domniemanie stronniczości);

2. naruszenie art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. wyrażające się w niewłaściwym rozpoznaniu zarzutu dającego się wyinterpretować z treści apelacji ówczesnego obrońcy oskarżonych, co w konsekwencji doprowadziło do zaabsorbowania w toku kontroli instancyjnej naruszenia, jakiego dopuścił

się Sąd pierwszej instancji, a mianowicie obraży prawa materialnego, a to art. 286 § 1 k.k. polegającej na przyjęciu, że należące do znamion przestępstwa oszustwa rozporządzenie mieniem może zostać dokonane przez samego sprawcę, bowiem - w myśl ustaleń obu orzekających w sprawie Sądów oraz przyjętego przez nie opisu czynu - ziściło się ono wraz z rozdysponowaniem przez oskarżonych środków wcześniej im przekazanych w ramach zaliczki uzyskanej dotacji;

3. naruszenie art. 440 w zw. z art. 438 pkt 1 k.p.k. przejawiające się w utrzymaniu w mocy wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie mimo wadliwości zawartego w nim opisu czynu kwalifikowanego z art. 286 § 1 k.k. - a zatem mimo naruszenia art. 286 § 1 w zw. z art. 1 § 1 k.k. - powodującego rażącą niesprawiedliwość wyroku przejawiającą się w tym, że oskarżeni skazani zostali za czyn, którego opis nie odpowiada znamionom typu czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k., bowiem w ramach opisu czynu przyjętego przez Sąd pierwszej instancji, a zaaprobowanego przez Sąd odwoławczy przyjęto, że to zachowanie oskarżonych, stanowiące rozdysponowanie środków pochodzących z dotacji przyznanej przez Ministerstwo Gospodarki, doprowadziło pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem polegającego na przekazaniu A. sp. z o.o. tejże dotacji, co spowodowało, że w opisie przypisanego oskarżonym czynu nie ujęto związku przyczynowo - skutkowego między zachowaniem sprawcy a rozporządzeniem mieniem przez pokrzywdzonego, zakodowanego w znamieniu „doprowadza”.

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu odwoławczego i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania.

Natomiast obrońca skazanego R. R. w swojej kasacji zarzucił:

1. rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisu prawa karnego materialnego, a mianowicie przepisu art. 4 § 1 k.k., polegające na orzeczeniu o obowiązku naprawienia szkody przez oskarżonego R. R. przy zastosowaniu przepisu art. 46 § 1 k.k. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 36) pomimo, iż w dacie popełnienia czynu

objętego wskazanym wyżej wyrokiem obowiązywała ustawa względniejsza, która wykluczała obecną wyłączność funkcji kompensacyjnej poprzez stosowanie przepisów prawa cywilnego oraz która zezwalała na kształtowanie orzeczenia obowiązku naprawienia szkody w sposób zindywidualizowany *pro rata parte*, a więc stosownie do udziału w wyrządzonej szkodzie lub w częściach równych;

2. rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, a mianowicie przepisów art. 433 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nie poddanie korekcie orzeczenia Sądu I instancji w zakresie sformułowanych w apelacji zarzutów w pkt. a) i b) apelacji.

Również ten skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie.

W pisemnej odpowiedzi na te kasacje prokurator Prokuratury Okręgowej w Warszawie wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesione w niniejszej sprawie kasacje skutkować musiały wydaniem orzeczenia kasatoryjnego.

Powodem takiego postąpienia było stwierdzenie częściowej zasadności zarzutu sformułowanego w pkt. I kasacji wniesionej przez obrońcę skazanych Z. Z. i T. K. , wskazującego na wystąpienie na etapie postępowania przed Sądem drugiej instancji uchybienia stanowiącego bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Tego rodzaju uchybienie – uwzględniane przez sąd kasacyjny również z urzędu (art. 536 k.p.k.) – implikuje, co wynika wprost z powołanego wyżej przepisu, konieczność uchylenia w całości zaskarżonego wyroku Sądu odwoławczego niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia, również w odniesieniu do skazanego R. R. , którego obrońca zarzutu takiego nie sformułował.

Przechodząc do omówienia merytorycznych powodów wydanego przez Sąd Najwyższy wyroku stwierdzić na wstępie należy, że ten skład orzekający w całej rozciągłości podziela utrwalony w orzecznictwie pogląd co do zachowania mocy obowiązującej uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/20 (OSNK 2020, z. 2, poz. 7), która – stanowiąc zasadę prawną –

wiąże wszystkie składy orzekające Sądu Najwyższego [art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. 2023.1093 ze zm.) – dalej w tekście u.SN], a odstąpienie od takiej zasady, do czego w tym wypadku dotychczas nie doszło, może nastąpić wyłącznie w trybie przewidzianym w art. 88 ust. 2 u.SN.

Szerokie i wyczerpujące powody takiego stanowiska zostały przedstawione m.in. w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21 (OSNK 2021, z. 10, poz. 41), w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22 (OSNK 2022, z. 6, poz. 22), czy też w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2022 r., III PZP 1/22 (OSNPiUS 2022, nr 10, poz. 95), a wreszcie w najnowszym orzecznictwie w tzw. sprawach testowych (art. 29 § 5 u.SN): postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2023 r., II KB 10/22 (OSNK 2023, z. 5-6, poz. 28), z dnia 13 kwietnia 2023 r., III CB 6/23 i z dnia 19 października 2023 r., I ZB 52/22.

Poglądu o zachowaniu mocy obowiązującej wskazanej wyżej uchwały nie mógł więc zmienić fakt wydania przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z dnia 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, OTK-A 2020, poz. 61, o czym szeroko i przekonująco wypowiedział się już Sąd Najwyższy w powołanych wyżej orzeczeniach. Podobnie, co do braku skutku prawnego tak jak wskazany wyżej wyrok Trybunału Konstytucyjnego, ocenić należało te – zapadłe po podjęciu uchwały z dnia 23 stycznia 2020 r. – orzeczenia Sądu Najwyższego, w którego składach zasiadali sędziowie powołani w oparciu o przepisy ustawy o KRS z 2017 r., jako dotknięte wadą z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. albo z art. 379 pkt 4 k.p.c., a także inne wyroki Trybunału Konstytucyjnego, czy też dokonywane sukcesywnie zmiany u.SN, mające na celu wyłącznie zablokowanie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) w zakresie dokonanych przez te organy międzynarodowe interpretacji wiążących Polskę norm traktatowych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2023 r., III KZ 36/23). Przeprowadzoną przez Sąd Najwyższy, we wskazanych na wstępie judykatach, wykładnię przepisów Kodeksu postępowania karnego oraz ustawy o Sądzie Najwyższym, w powiązaniu z wykładnią przepisów konwencyjnych dokonaną przez wskazane wyżej Trybunały, ten skład Sądu Najwyższego w całej rozciągłości podziela i do niej się w tym miejscu odwołuje.

W świetle cytowanego orzecznictwa skonstatować więc należy, 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. z 2018 r., poz. 3 – dalej w tekście ustawa o KRS z 2017 r.), nie jest organem tożsamym z organem konstytucyjnym, którego skład i sposób wyłaniania reguluje Konstytucja RP, w szczególności w art. 187 ust. 1. Taki pogląd znalazł swoje odzwierciedlenie także w szeregu rozstrzygnięć organów międzynarodowych, na gruncie regulacji Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC), w tym w wyrokach ETPCz: z dnia 22 lipca 2021 r., w sprawie Reczowicz przeciwko Polsce (skarga nr 43447/19), z dnia 8 listopada 2021 r., Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce (skargi nr 49868/19 i 57511/19), z dnia 3 lutego 2022 r., Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce (skarga nr 1469/20), z dnia 15 marca 2022 r. (Wielka Izba), Grzęda przeciwko Polsce (skarga 43572/18), a wyrażone w tych orzeczeniach stanowisko sprowadza się ostatecznie do konstatacji, że „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 to możliwości te władze skorzystały. Naruszenie zaś prawa krajowego, wynikające z nieprzestrzegania zasady podziału władzy i niezależności sądownictwa, w sposób nieodwracalny skaziło kwestionowaną procedurę powoływania, ponieważ w konsekwencji tego naruszenia rekomendacja kandydatów na sędziów została powierzona KRS, organowi, który nie zapewnia wystarczającej gwarancji niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Taka procedura powoływania sędziów uwidacznia nadmierny wpływ władzy wykonawczej i ustawodawczej na powoływanie sędziów, jest *per se* niezgodna z art. 6 ust. 1 Konwencji i jako taka stanowi fundamentalną nieprawidłowość wpływającą negatywnie na cały proces i zagrażającą legitymacji sądu złożonego z tak

powołanych sędziów. Omawiane natomiast nieprawidłowości dotyczące wadliwej procedury powoływania sędziów mają taką wagę, że podważają samą istotę prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą”.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że wyrażenie „sąd ustanowiony ustawą”, zawarte w art. 6 ust. 1 EKPC dotyczy nie tylko ustawowej podstawy samego istnienia sądu, lecz również składu orzekającego w każdej sprawie [zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z dnia 15 lipca 2021 r., C-791/19, Komisja Europejska przeciwko Polsce].

W wyroku Wielkiej Izby ETPCz w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii z dnia 1 grudnia 2020 r. (skarga nr 26374), stwierdzono – odwołując się zresztą do wyroku TSUE 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. Z tego powodu przy ocenie, czy sąd spełnia konieczny wymóg niezawisłości i bezstronności, Trybunał w Strasburgu stwierdził, iż należy brać pod uwagę – zważywszy ten sam cel – także sposób powołania jego członków (wymóg bezstronności i niezawisłości jest kluczowy dla wymagania istnienia sądu ustanowionego ustawą - por. § 232-234), co pozwoliło na łączne rozważania treści prawa do „sądu ustanowionego ustawą” (zob. powołane wyżej postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2023 r., II KB 10/22).

Inaczej rzecz ujmując, każdy ma prawo do rozpoznania jego sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, ustanowiony zgodnie z ustawą, a standard tej niezawisłości i bezstronności sądu, jako element prawa do sądu ustanowionego ustawą, wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 ust. 1 EKPC oraz art. 47 KPP (Karty Praw Podstawowych – uwaga SN), musi być rozumiany jako niezawisłość i bezstronność członków składu orzekającego. Z kolei w orzecznictwie TSUE wskazano, iż dla zagwarantowania skutecznej ochrony sądowej na gruncie art. 19 ust. 1 akapit drugi Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TUE) kluczowe jest zachowanie niezależności sądu, w tym dostępu strony do „niezawisłego” sądu (TSUE w sprawach: C-64/16, pkt 41; C-619/18, pkt 57; z dnia 15 lipca 2021 – C-

791/19, pkt 57). W tej formule istotne – w ocenie TSUE – staje się dokonanie oceny, czy merytoryczne przesłanki oraz procedura podejmowania decyzji w zakresie powołania sędziów były ukształtowane w sposób wykluczający powstanie u zewnętrznego obserwatora uzasadnionych wątpliwości co do niezależności danych sędziów od czynników zewnętrznych oraz ich neutralności względem ścierających się przed nimi interesów, o których orzekają (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2023 r., V KK 17/23).

Powołany wyżej wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. zawierał również wskazania co do spełnienia wymogu rzetelnego procesu w zakresie, w jakim są one kształtowane co do oceny instytucjonalnej bezstronności sędziego. ETPCz omawiając powyższą problematykę podniósł, że: 1) procedura powoływania sędziów musi zapewniać gwarancje przeciwko niedopuszczalnym formom wpływania i uznaniowości innych władz, zarówno na wstępnym etapie powoływania, jak i w czasie sprawowania urzędu (pkt 224), 2) naruszenie prawa w procesie powoływania sędziego może nadać nieprawidłowy charakter jego udziałowi w późniejszym sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (pkt 226), 3) jeżeli w procedurze powoływania sędziego doszło do nieprawidłowości, to w każdej późniejszej sprawie rozpoznawanej z udziałem tego sędziego konieczna może być ocena, czy były one na tyle poważne, że mogły doprowadzić do podważenia zasady bezstronności sądu orzekającego (pkt 234).

Na tle m.in. powyższych uwag ETPCz sformułował trzypunktowy test, w oparciu o który, można by dokonywać oceny wagi uchybień mających miejsce przy powołaniu sędziego. Z badać należy zatem, czy: 1) w procesie powoływania sędziego doszło do naruszenia prawa krajowego, 2) naruszenie to miało dostatecznie poważny charakter, 3) zostało ono ustalone i naprawione na szczeblu sądów krajowych.

Uwzględniając te uwagi, a także wskazane na wstępie uwarunkowania ustrojowe w postaci roli w procesie nominacji sędziowskich wadliwie powołanej i obsadzonej KRS, w istocie, *a priori*, odpowiedzieć można, że dwa pierwsze kryteria testu zawsze wypadać będą dla nominata negatywnie. Doszło bowiem do naruszenia prawa krajowego – Konstytucji RP – poprzez złożenie wniosku o powołanie sędziego przez organ ukształtowany odmiennie niż wynika to z jej art. 187 i który – poprzez „zbliżenie” do władz politycznych – nie spełnia swej ustrojowej roli „stania na straży

niezależności sądów i niezawisłości sędziów” (art. 186 ust.1). „Naruszenie prawa krajowego” tej rangi zawsze musi być oceniane jako „dostatecznie poważne”.

Tylko zatem sięgnięcie po trzeci punkt przedstawionego wyżej testu pozwala na ustalenie, że konkretny sędzia, który uzyskał nominację w opisywanych warunkach, nie jest stronniczy, w sytuacji, gdy obalone zostało domniemanie jego bezstronności, które było regułą przed 2018 r. (obecnie zatem konieczny jest dowód pozytywny bezstronności, gdy uprzednio trzeba było wykazać sytuację przeciwną – brak bezstronności) – zob. powołana już wcześniej uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2023 r., III KK 60/23).

W tych okolicznościach Sąd Najwyższy podjął czynności procesowe zmierzające do ustalenia czy Sąd drugiej instancji, w którego składzie brały udział osoby powołanego na urząd sędziego Sądu Apelacyjnego w Warszawie na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy o KRS z 2017 r., tj. sędziowie A. K. i K. W., spełniał, w konkretnych okolicznościach, standard niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 EKPC.

Test taki, w uwzględnieniu wykładni dokonanej w powoływanej wyżej wielokrotnie uchwale Sąd Najwyższego z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22, zmierzał do ustalenia, czy wskazane wyżej sędziowie, pomimo powołania w nieprawidłowej procedurze z udziałem organu nie mającego atrybutu organu konstytucyjnego, spełniają jednak wymóg niezawisłości i bezstronności. Temu celowi miało służyć uzyskanie z Krajowej Rady Sądownictwa kompletu dokumentacji związanej z ubieganiem się przez sędziów A. K. i K.W. o urząd sędziego Sądu Apelacyjnego, a także dokumentacji zgromadzonej w aktach osobowych wyżej wymienionych osób. O ile Krajowa Rada Sądownictwa dokumentację, o którą zwrócił się Sąd Najwyższy nadesłała (pismo z dnia 5 grudnia 2022 r. wraz z załącznikami – k. 91-168), o tyle nie uzyskano możliwości wglądu do akt osobowych wskazanych wyżej sędziów wobec odmowy ich udostępnienia przez Prezesa Sądu Apelacyjnego w Warszawie i to pomimo podjętych przez sąd kasacyjny czynności w oparciu o przepis art. 15 § 2 k.p.k., a nawet zastosowanie środków przewidzianych w

regulacjach art. 287 § 1 k.p.k. w zw. z art. 285 § 1 k.p.k. (w stanie prawnym obowiązującym przed dodaniem do tego przepisu – z dniem 28 września 2023 r. – § 5).

Prezes Sądu Apelacyjnego (pismo podpisał z jego upoważnienia Wiceprezes tego Sądu Przemysław Radzik) powołał się m.in. na art. 4 pkt 12 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu tych danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) – Dz.U.UE.L.2016.119.1 (dalej RODO), pozostawiając poza zakresem swoich rozważań regulacje zawarte w art. 2 ust. 2 lit. d RODO, a w szczególności wynikające z art. 9 ust. 2 lit. f rozporządzenia [wyłączenie ograniczenia przetwarzania danych osobowych, gdy „przetwarzanie jest niezbędne (...) w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy”], z jego art. 23 ust. 1 lit. f [ograniczenie zakresu obowiązków i praw administrator danych lub podmiotu przetwarzającego, przewidzianych w RODO, jeżeli służy to „ochronie niezależności sądów i postępowania sądowego”] i wreszcie art. 55 ust. 3 RODO, zgodnie z którym organy nadzorcze nie są właściwe do nadzorowania operacji przetwarzania dokonywanych przez sądy w ramach sprawowania przez nie wymiaru sprawiedliwości.

W takich uwarunkowaniach procesowych konieczne było przeprowadzenie testu o jakim mowa wyżej w oparciu o dane z KRS oraz uzyskane przez Sąd Najwyższy informacje stanowiące – z uwagi na ich charakter – fakty powszechnie znane lub znane sądowi z urzędu (art. 168 k.p.k.).

W odniesieniu do sędziego A.K. podnieść należy, że wprowadzie ubiegała się ona o urząd sędziego Sądu Apelacyjnego w Warszawie w procedurze dotkniętej wskazaną we wstępnej części niniejszego uzasadnienia wadą, niemniej, przy braku jakichkolwiek innych – poza wadliwością KRS – wad w procesie nominacyjnym, a zwłaszcza takich, jak nieuczciwa konkurencja, pozamerytoryczne preferencje, czy powiązania kandydatki z członkami Rady lub organami władzy wykonawczej, brak awansów o charakterze administracyjnym w strukturze sądownictwa w drodze arbitralnych decyzji Ministra Sprawiedliwości oraz jej postawa w związku z otrzymaną nominacją, stanowi dowód przeciwny wobec apriorycznego założenia niespełnienia

standardu niezawisłości i bezstronności o jakim mowa w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2022 r. Szeroki wywód co do spełnienia przez sędziego A.K. wymogów niezawisłości i bezstronności przeprowadził Sąd Apelacyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 18 października 2023 r., II AKo 380/23, a Sąd Najwyższy nie znajduje argumentów natury tak faktycznej, jak i prawnej, aby zawartą w tym orzeczeniu konkluzję, o spełnieniu przez sędziego A. K. wskazanych wyżej standardów, zakwestionować.

Do odmiennych wniosków prowadzi natomiast analiza postępowania konkursowego w odniesieniu do sędziego K.W. O ile sędzia A.K. występowała w procedurze konkursowej obejmującej grupę kilkudziesięciu sędziów (na 20 stanowisk sędziego apelacyjnego w Sądzie Apelacyjnym w Warszawie, z których przedstawiono ostatecznie wnioski o powołanie na 14 stanowisk), sędzia K. W. zgłosiła się na jedno wolne stanowisko w Sądzie Apelacyjnym i nie miała w tym postępowaniu kontrkandydata do awansu.

Kolegium Sądu Apelacyjnego w Warszawie na posiedzeniu w dniu 20 listopada 2018 r. kandydaturę sędziego A.K. zaopiniowało jednogłośnie pozytywnie, natomiast sędzia K.W. uzyskała w toku posiedzenia Kolegium w swojej sprawie 2 głosy „za” przy braku głosów „przeciw” i 4 głosach „wstrzymujących się”.

Bez wątpienia istotne jest również to, że sędzia A.K., posiadająca wyróżniającą się opinię wizytatora (zob. s. 14-17 uchwały Nr [...] Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 8 listopada 2019 r.) zgłosiła swoją kandydaturę na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego w Warszawie ogłoszone w Monitorze Polskim z 2018 r., poz. 323, natomiast uchwała KRS zapadła przed dniem wydania przez TSUE (Wielka Izba) wyroku w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18 (19 listopada 2019 r.), w którym Trybunał udzielił m.in. na pytanie prejudycjalne Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego w sprawie III PO 7/18, następującej odpowiedzi: „artykuł 47 KPP i art. 9 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie temu, by spory dotyczące stosowania prawa Unii mogły należeć do wyłącznej właściwości organu niestanowiącego niezawisłego i bezstronnego sądu w rozumieniu pierwszego z tych przepisów. Do tej ostatniej

sytuacji dochodzi wówczas, gdy obiektywne okoliczności, w jakich został utworzony dany organ, oraz jego cechy, a także sposób, w jaki zostali powołani jego członkowie, mogą wzbudzić w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych, w szczególności od bezpośrednich lub pośrednich wpływów władzy ustawodawczej i wykonawczej, oraz jego neutralności względem ścierających się przed nim interesów, i prowadzić w ten sposób do braku przejawiania przez ten organ oznak niezawisłości lub bezstronności, co mogłoby podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w jednostkach w społeczeństwie demokratycznym. (...) W razie, gdyby tak było, zasadę pierwszeństwa prawa Unii należy interpretować w ten sposób, że zobowiązuje ona sąd odsyłający do odstąpienia od stosowania przepisu prawa krajowego zastrzegającego dla takiego organu właściwość do rozpoznania sporów w postępowaniu głównym, ażeby spory te mogły zostać rozpatrzone przez sąd, który spełnia wyżej wskazane wymogi niezależności i bezstronności i który byłby właściwy w danej dziedzinie, gdyby ów przepis nie stał temu na przeszkodzie”.

To właśnie powołane orzeczenie Trybunału skutkowało wyrażeniem przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18, Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, trafnego poglądu, że „Krajowa Rada Sądownictwa w składzie ukształtowanym w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3) nie daje wystarczających gwarancji niezależności od organów władzy ustawodawczej i wykonawczej” (OSNIPiUS 2020, z. 4., poz. 38).

Natomiast sędzia K.W. zgłosiła swoją kandydaturę na wolne stanowisko ogłoszone w Monitorze Polskim z 2020 r., poz. 585, uzyskując poparcie KRS w dniu 13 lipca 2021 r. (uchwała Nr [...]), a więc nie tylko po wydaniu wskazanych wyżej orzeczeń, lecz także uchwały składu połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., I BSA I-4110-1/20, powołanej już we wstępnej części niniejszego uzasadnienia, w której dokonując wykładni m.in. art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w sposób jednoznaczny wywiedziono (pkt 2), że: „nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c. zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego w sądzie powszechnym lub wojskowym na wniosek

Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3), jeżeli wadliwość procesu powołania 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”. Co więcej, nominację odebrała (10 listopada 2021 r.) także po rozstrzygnięciach w tym przedmiocie zawartych w wyrokach ETPCz: z dnia 22 lipca 2021 r., w sprawie Reczowicz przeciwko Polsce i z dnia 8 listopada 2021 r., Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce, a więc mając świadomość jak destrukcyjne dla polskiego wymiaru sprawiedliwości działania władzy wykonawczej (przede wszystkim ówczesnego Ministra Sprawiedliwości) oraz ustawodawczej zostały ocenione przez Trybunał na gruncie wiążących Polskę unormowań konwencyjnych.

Jak już to zauważono wyżej, odmowa ze strony Prezesa Sądu Apelacyjnego w Warszawie uniemożliwiła nadto inną, poczytywaną dla tej sędziego weryfikację w ramach przeprowadzanego testu niezawisłości i bezstronności. Nie może przy tym, w kontekście prowadzonych w tym miejscu rozważań, pominąć okoliczności wynikających z innych źródeł, w tym wypadku aktu urzędowego Ministra Sprawiedliwości (zarządzenie z dnia 15 marca 2022 r., Dz. Urz. MS z dnia 17 marca 2022 r., poz. 98 w sprawie powołania Komisji Egzaminacyjnej nr [...] do przeprowadzenia egzaminu adwokackiego w 2022 r. z siedzibą w W.), na podstawie którego sędzia K.W. wyznaczona została egzaminatorem, jako przedstawiciel właśnie Ministra Sprawiedliwości (§ 1 ust. 1 lit. a zarządzenia). W tym stanie rzeczy obalenie domniemania braku niezawisłości i bezstronności tego sędziego nie tylko stało się niemożliwe, lecz wręcz uprawnia do wniosku o akceptacji przez wyżej wymienioną, przy uwzględnieniu jej związku z władzą wykonawczą, działań podważających system prawny Rzeczypospolitej Polskiej.

Stwierdzenie w związku z tym wystąpienia na etapie postępowania przed Sądem drugiej instancji bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., z uwagi na fakt udziału w składzie tego Sądu sędziego K. W., jawi się jako oczywistość.

Co więcej, nie była to jedyna okoliczność prowadząca do uznania nienależytej obsady Sądu Apelacyjnego w Warszawie w toku rozpoznawania apelacji wniesionych od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2 września 2020 r., sygn. akt VIII K 31/17.

Do tożsamej konkluzji prowadzi fakt brania udziału w składzie sądu *ad quem* sędziego A.N.

W tym wypadku podstawą dokonania powyższego ustalenia była wykładnia przepisów traktatowych przeprowadzona w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 listopada 2021 r., w połączonych sprawach od C-748/19 do C-754/19. W orzeczeniu tym TSUE stwierdził, że „art. 19 ust. 1 akapit drugi Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TUE) odczytywany w świetle art. 2 TUE oraz art. 6 ust. 1 i 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, zgodnie z którymi minister sprawiedliwości państwa członkowskiego może, na podstawie kryteriów, które nie zostały podane do publicznej wiadomości, z jednej strony delegować sędziego sądu karnego wyższej instancji na czas określony albo na czas nieokreślony, zaś z drugiej strony w każdym czasie, na podstawie decyzji, która nie zawiera uzasadnienia, odwołać sędziego z tego delegowania, niezależnie od tego, czy nastąpiło to na czas określony, czy na czas nieokreślony”.

Sąd Najwyższy w tym składzie pogląd TSUE w całej rozciągłości akceptuje, podobnie jak fakt związania sądu krajowego wykładnią przepisów traktatowych dokonaną przez ten Trybunał.

Kwestia obowiązującego w Polsce systemu delegacji sędziów, w związku ze wskazanym wyżej wyrokiem Trybunału, była już przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego.

Zarówno z orzeczeń Sądu Najwyższego, jak i przede wszystkim utrwalonej linii orzecznictwa samego TSUE, a także poglądów doktryny, wynika skutek *ex tunc* wykładni prawa unijnego wyrażonej w orzeczeniu prejudycjalnym. Sam Trybunał Sprawiedliwości przyjmuje więc, że interpretacja postanowień i zasad prawa unijnego jest w nich zawarta *ab initio*. Toteż obowiązywanie czasowe wykładni

wyrażonej w deklaratoryjnym orzeczeniu prejudycjalnym TSUE jest identyczne z obowiązywaniem w czasie europejskich unormowań prawnych, których wykładnia jest dokonywana (niezależnie od momentu wyartykułowania samej wykładni). Interpretacja ma więc skutek od ich wejścia w życie, czyli *ex tunc*, przy czym Trybunał Sprawiedliwości dopuszcza niekiedy inne określenie skutków czasowych własnych orzeczeń prejudycjalnych (por. P. Dąbrowska-Kłosińska, *Skutki wyroków prejudycjalnych TS w postępowaniu przed sądami krajowymi w świetle orzecznictwa i Traktatu z Lizbony*, Europejski Przegląd Sądowy 2010, z. 12, s. 13). Odpowiadając na pytanie prejudycjalne sądu właściwego do orzekania w sprawach karnych TSUE w swoich wcześniejszych orzeczeniach wskazywał, że prawo Unii nie wymaga, aby w celu uwzględnienia wykładni odpowiedniego przepisu tego prawa przyjętej przez Trybunał po wydaniu przez organ sądowy orzeczenia posiadającego powagę rzeczy osądzonej organ ten był co do zasady zobowiązany do zmiany tego orzeczenia (por. wyrok TSUE z dnia 24 października 2018 r., C-234/17, XC, YB, ZA, pkt 54, ECLI:EU:C:2018:853; zob. także podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 60; z dnia 6 października 2015 r., Târșia, C-69/14, EU:C:2015:662, pkt 38; z dnia 29 lipca 2019 r., C-620/17, Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe, ECLI:EU:C:2019:630, pkt 56.) – tak w tym przedmiocie postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2022 r., IV KO 1/22.

Powyższe zasady temporalne skutkowały przyjmowaniem przez Sąd Najwyższy w wydawanych dotychczas orzeczeniach, w których zagadnienia delegacji się pojawiało, takiej wykładni przepisów, która nie dawała podstaw do wzruszania poddawanych kontroli tego Sądu orzeczeń przy przyjęciu za podstawę rozstrzygnięcia art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., bowiem delegacje te były dokonywane przez Ministra Sprawiedliwości przed datą interpretacji przepisów traktatowych przez TSUE, a więc przed dniem 16 listopada 2021 r. Co więcej, w większości spraw, w których problematyka delegacji się pojawiała, również orzeczenia zapadłe z udziałem sędziów posiadających taki status wydawane były przed wskazaną wyżej datą (zob. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 25 listopada 2021 r., II KK 379/21; z dnia 23 czerwca 2022 r., IV KK 164/22; czy powołane już wyżej z dnia 13 lipca 2022 r., IV KO 1/22).

Inaczej natomiast oceniać należy sytuację, gdy do delegowania sędziego, zwłaszcza orzekającego w sprawach karnych, doszło po wydaniu przez TSUE powołanego wyżej wyroku i w trakcie tej delegacji zapadło orzeczenie z udziałem tak delegowanej osoby, a tego rodzaju sytuacja ma miejsce w odniesieniu do sędziego A.N..

Wymieniona została delegowana przez Ministra Sprawiedliwości z dniem 1 marca 2021 r. do pełnienia obowiązków sędziego w Sądzie Apelacyjnym w Warszawie początkowo na czas określony, a następnie (i to ma znaczenie w niniejszej sprawie) decyzją z dnia 28 lutego 2022 r., [...], na podstawie art. 77 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (wówczas Dz. U. z 2020 r., poz. 2072 ze zm. – dalej w tekście u.s.p.) od dnia 1 marca 2022 r. na czas nieokreślony. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie w tej sprawie zapadł natomiast, co wskazano już wyżej, w dniu 25 marca 2022 r.

Powstaje w związku z tym zasadnicze pytanie, czy sędzia ta w czasie orzekania w sądzie wyższego rzędu, będąc nominalnie sędzią Sądu Okręgowego w W., posiadała w ramach udzielonej jej przez Ministra Sprawiedliwości delegacji, atrybut niezawisłości i bezstronności.

Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć negatywnie.

Na wstępie tej części rozważań przypomnieć należy, że polski system delegowania sędziów przez organ władzy wykonawczej był wcześniej poddawany kontroli zarówno konstytucyjnej, jak i konwencyjnej.

I tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 15 stycznia 2009 r., K 45/07 (OTK-A 2009/1, poz. 13) stwierdził konstytucyjność regulacji dotyczącej delegowania przez Ministra Sprawiedliwości sędziów za ich zgodą do wykonywania czynności orzeczniczych w innych sądach (art. 77 § 1 pkt 1, 3 i 4 oraz § 2, 2a, 3 i 3a u.s.p.) oraz niezgodność delegacji sędziów bez ich zgody (art. 77 § 7a i 7b u.s.p. niezgodny z art. 10 ust. 1, art. 45 ust. 1 i art. 173 Konstytucji RP). W konkluzji Trybunał podkreślił, że istotą art. 180 ust. 2 Konstytucji jest zapewnienie sędziemu gwarancji niezależności poprzez zagwarantowanie nieusuwalności ze stanowiska bez jego zgody. Standard ten dotyczy tylko trwalszego w swoich skutkach przeniesienia sędziego. Gwarancje art. 180 Konstytucji dotyczą bowiem funkcjonalnego zapewnienia sędziom, że po powołaniu na stanowisko sędziego przez Prezydenta będą wykonywać bez

przeszkód funkcje orzecznicze w danym sądzie i w danym czasie. W ocenie Trybunału z istoty czasowego delegowania sędziego wynika, że nie odnosi się ona do zasady nieusuwalności i nieprzenoszalności sędziów. Jest to konstrukcja inna niż przenoszenie sędziów i nie powoduje utraty przez sędziego stanowiska, nie pozbawia go również jego siedziby. Delegowanie ma charakter czasowy i jest instytucją wyjątkową, natomiast gwarancje określone w art. 180 ust. 2 i 5 Konstytucji dotyczą tylko zakazu trwałego w skutkach usuwania i przenoszenia sędziów (por. M. Kowalski, *Udział w orzekaniu sędziego delegowanego jako przesłanka nienależytej obsady sądu albo składu sądu sprzecznego z przepisami prawa*, Palestra, 2021, nr 1-2, s. 28 i n.).

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego poddane zostało trafnej krytyce w piśmiennictwie, w którym wskazywano, że regulacja dopuszczająca możliwość udzielenia delegacji przez organ władzy wykonawczej jest sprzeczna z istotą trójpodziału władzy, zaciera ona bowiem ustrojową niezależność i odrębność władzy sądowniczej od innych władz wbrew założeniom fundamentalnej zasady rozdziału władz (zob. S. Dąbrowski, *Ustrojowa pozycja sędziego*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2014/1, s. 10; tenże, *Granica dopuszczalności ingerencji władzy wykonawczej i ustawodawczej we władzę sądowniczą* (w:) T. Wardyński, M. Niziołek (red.), *Niezależność sądownictwa i zawodów prawniczych jako fundament państwa prawa. Wyzwania współczesności*, Warszawa 2009, s. 110).

Funkcjonujący w Polsce system delegowania sędziów nie został też zakwestionowany przez ETPCz. W decyzji z dnia 17 listopada 2009 r., Iwańczuk przeciwko Polsce, skarga nr 39279/05, w której model delegowania w Polsce sędziów do orzekania przez Ministra Sprawiedliwości stanowił podstawę sformułowania zarzutu naruszenia art. 6 EKPC, Trybunał uznał tę skargę za niedopuszczalną, wskazując m.in., że sędzia delegowany orzekający w sprawie, choćby orzekał w sądzie wyższej instancji, był powoływany na urząd sędziowski na czas nieokreślony przez Prezydenta. Nadto, jak wskazano w tej decyzji, delegowanie sędziów do orzekania przez Ministra Sprawiedliwości stanowiło standardową praktykę w krajowym porządku prawnym, mającym podstawę we właściwych przepisach prawa krajowego, a jednocześnie skarżący nie wskazał żadnych

dowodów na to, iż sędzia rozpatrujący sprawę mógł być poddany jakimkolwiek naciskom ze strony władzy wykonawczej.

Ocena prawna systemu delegowania sędziów w Polsce musiała wszelako ulec przewartościowaniu, w tym również na gruncie Konstytucji RP, jak i EKPC, a to z uwagi na powołany wcześniej wyrok TSUE z dnia 16 listopada 2021 r., połączone sprawy od C-748/19 do C-754/19. Trafnie zauważają w tym przedmiocie P. Kardas i A. Nieprzecka, że standardy dekodowane z przepisów Konstytucji, a zwłaszcza wynikające z prawa Unii Europejskiej oraz Konwencji, chociaż zakorzenione w różnych źródłach prawa, powinny być zasadniczo się sobą spójne i wzajemnie się uzupełniać, prowadząc do zbliżonych ocen, czy określone rozwiązanie przyjęte w prawie krajowym spełnia wymogi pozwalające uznać sąd za niezależny, bezstronny i ukonstytuowany zgodnie z zasadą *rule of law* (zob. P. Kardas, A. Nieprzecka, *Model delegowania sędziów przez Ministra Sprawiedliwości w świetle art. 6 EKPC*, Europejski Przegląd Sądowy, 2023, nr 10, s. 18 i n.).

W wyroku z dnia 16 listopada 2021 r. Trybunał podkreślił, że państwa członkowskie mają prawo ustanowienia systemu, zgodnie z którym sędziowie mogą, w interesie służby, być tymczasowo delegowani z jednego sądu do drugiego, z tym jednak zastrzeżeniem, że przepisy regulujące delegowanie sędziów muszą przewidywać gwarancje niezawisłości i bezstronności „niezbędne w celu uniknięcia ryzyka wykorzystywania takiego delegowania do politycznej kontroli”. Słusznie wymienił przy tym wiele elementów, które należy wziąć pod uwagę w celu ustalenia czy sposób delegowania sędziów w Polsce wyklucza zarówno bezpośredni wpływ ze strony Ministra Sprawiedliwości, jak i tzw. pośrednie formy oddziaływania. Zauważył, że: kryteria, którymi kieruje się Minister Sprawiedliwości przy delegowaniu i odwoływaniu sędziów, nie są podawane do publicznej wiadomości; akty delegowania nie muszą być uzasadniane; w prawie krajowym nie przewidziano szczegółowych przesłanek regulujących odwoływanie sędziego delegowanego; jednostka może mieć wrażenie, że na oceny dokonywane przez sędziego będzie wpływać obawa przed odwołaniem z delegowania; możliwość arbitralnego odwołania może wywołać u sędziego poczucie, że powinien on spełnić oczekiwania Ministra Sprawiedliwości; akty odwołania nie podlegają zaskarżeniu na drodze sądowej; Minister Sprawiedliwości sprawuje również urząd Prokuratora Generalnego, a zatem w

sprawach karnych ma władzę zarówno nad prokuratorem, jak i sędziami delegowanymi, co może wzbudzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności sędziego; łączenie funkcji sędziego delegowanego i obowiązków Zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych może wzbudzić obawę, że sędzia delegowany będzie brał udział w dotyczących innych sędziów postępowaniach dyscyplinarnych.

Jedynym zabezpieczeniem proceduralnym istniejącym w prawie krajowym, na jakie wskazał TSUE, jest konieczność wyrażenia przez sędziego zgody na delegowanie. Ostatecznie Trybunał doszedł do konkluzji, że ze względu na wszystkie wymienione wyżej okoliczności można stwierdzić, że sędziowie nie są w okresie delegowania objęci gwarancjami niezawisłości i bezstronności, jakim „zwykle powinni podlegać wszyscy sędziowie w państwie prawnym”, przez co w konsekwencji zagrożone może być również domniemanie niewinności oskarżonych. Całokształt wskazanych czynników sprawia, że w praktyce sędziowie są przez cały czas trwania delegowania istotnie uzależnieni od naczelnego organu prokuratury, jakim jest Prokurator Generalny. U zewnętrznego obserwatora może powstać więc przypuszczenie, że ewentualne wątpliwości pojawiające się w toku postępowania dowodowego nie będą rozstrzygane na korzyść oskarżonego, lecz na korzyść oskarżyciela publicznego.

Powołany wyrok jest wiążący zarówno dla sądu, który skierował pytanie prejudycjalne, jak i dla innych sądów, które mogą w przyszłości rozpoznawać sprawy tych oskarżonych, których dotyczyło pytanie (efekt *inter partes*), ale też w innych sprawach podobnych pod względem faktycznym i prawnym (zob. uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2014 r., I KZP 14/14, OSNKW 2014, z. 8, poz. 59). Wykładnia dokonana przez TSUE musi zatem zostać uwzględniona także przez Sąd Najwyższy w ewentualnym postępowaniu kasacyjnym (zob. J. Denka, *Delegowanie sędziów przez Ministra Sprawiedliwości*. Glosa do wyroku TS z dnia 16 listopada 2021 r., C-748/19 – C-754/19, Europejski Przegląd Sądowy 2023, nr 4, s. 40-45).

Zdaniem Sądu Najwyższego, przy uwzględnieniu wskazań zawartych w powołanym wyroku TSUE, w wypadku spełnienia podstawowych założeń nakazujących uwzględnienie wykładni prawa unijnego dokonanego przez Trybunał

w odniesieniu do sędziów delegowanych do sądu karnego wyższego rzędu (delegacja udzielona po dacie wydania wyroku przez TSUE i wydanie orzeczenia w ramach tej delegacji), każdorazowo przy stwierdzeniu takich zaszłości konieczne jest przeprowadzenie testu o charakterze identycznym z tym jaki wypracowany został na gruncie orzecznictwa krajowego oraz organów międzynarodowych działających na mocy umowy międzynarodowej ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską w odniesieniu do osób powoływanych na urząd sędziego sądu powszechnego lub wojskowego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy o KRS z 2017 r. Posiadanie atrybutu niezawisłości i bezstronności dotyczy bowiem zarówno osoby powołanej na stanowisko sędziego w danym sądzie i w nim orzekającego, jak i nawet bardziej osoby będącej delegowaną do orzekania w sądzie wyższego rzędu, bo tylko wówczas można mówić o rozpoznaniu sprawy przez sąd „ustanowiony ustawą” tak w rozumieniu przepisów regulujących funkcjonowanie Unii Europejskiej, jak i art. 6 ust. 1 EKPC.

W związku z tym, jeżeli w konkretnych okolicznościach dotyczących osoby tak delegowanego sędziego, pojawić się mogą u bezstronnego obserwatora uzasadnione wątpliwości co do związków takiej osoby z organami władzy wykonawczej, istnieje potrzeba wyeliminowania wydanych z udziałem takiego sędziego orzeczeń już na gruncie krajowym, celem uniknięcia w przyszłości konieczności podejmowania czynności o charakterze nadzwyczajnym (np. art. 540 § 3 k.p.k.), a także zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa (co ma przecież także znaczenie społeczne) przed związanymi z nieprawidłową obsadą sądu, jako sądu nie spełniającego wymogu „sądu ustanowionego ustawą” w rozumieniu art. 47 KPP i art. 6 ust. 1 EKPC, konsekwencjami finansowymi.

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy zbieżność, w okresie delegowania, sytuacji sędziego A.N. z sytuacją sędziów, których delegowanie i orzekanie w sądzie karnym wyższego rzędu stało się podstawą zadania pytań prejudycjalnych i dokonanej na ich tle wykładni krajowych przepisów o delegowaniu w kontekście przepisów europejskich, w powołanym wyżej wyroku TSUE z dnia 16 listopada 2021 r., a więc sędziów P. R. i M.L.

Sędzia A.N. została, decyzją Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych sędziego P. S., na mocy art. 112 § 6 u.s.p., powołana na stanowisko

Zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego przy Sądzie Apelacyjnym w [...] (Formularz podziału czynności sędziów Sądu Okręgowego w W. dostępny na stronach internetowych), wyrażając zgodę na objęcie tej funkcji w nowym, specjalnym systemie dyscyplinarnym. Taka funkcja, jak to wynika z uzasadnienia wyroku TSUE z dnia 16 listopada 2021 r. (pkt 85-86) może wzbudzić w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niepodatności innych członków rozpatrywanych składów sędziowskich na czynniki zewnętrzne w rozumieniu orzecznictwa wskazanego w pkt 67 i 68 tego wyroku. Wprawdzie Zastępcą rzecznika dyscyplinarnego działającego przy sądzie apelacyjnym powołuje – jak to zauważono już wyżej – Rzecznik Dyscyplinarny Sędziów Sądów Powszechnych, a nie, jak ma to miejsce w odniesieniu do niego samego i jego zastępców, Minister Sprawiedliwości, wszelako pośredni wpływ tego ostatniego poprzez powoływanych przez siebie Rzecznika i jego zastępców, na pełniącą taką funkcję osobę, jest niewątpliwy.

Bezsporny jest również związek wyżej wymienionej z kierownictwem administracyjnym Sądu Apelacyjnego w [...], a zwłaszcza z pełniącym od lipca 2022 r. funkcję Prezesa tego Sądu, a jednocześnie – co sygnalizowano wcześniej – Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych sędzią P. S. oraz Wiceprezesem sędzią P.R. – będącym również Zastępcą Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych. Przypomnieć należy, że w wypadku obu wskazanych wyżej sędziów w orzeczeniach Sądu Najwyższego konsekwentnie przyjmuje się, że składy orzekające Sądu Apelacyjnego z ich udziałem są sądami nienależycie obsadzonymi w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (SSA P. Schab – wyroki: z dnia 19 października 2022 r., II KS 32/21; z dnia 14 grudnia 2022 r., II KK 206/21; z dnia 11 stycznia 2023 r., II KK 505/21 i II KO 111/21; z dnia 15 lutego 2023 r., II KK 571/22; z dnia 30 maja 2023 r., II KK 23/22; z dnia 26 września 2023 r., II KK 288/23; SSA P. Radzik – wyroki: z dnia 19 października 2022 r., II KS 32/21; z dnia 6 kwietnia 2023 r., II KK 119/22; z dnia 30 września 2023 r., II KK 23/22).

Wkrótce po objęciu funkcji Prezesa SA przez sędziego P.S. sędzia A.N. otrzymała, jako sędzia delegowana, uprawnienie do zastępowania Przewodniczącego Wydziału [...] Karnego – po jego udaniu się na urlop – pomimo tego, że w Wydziale tym byli inni sędziowie pełniący urzędy sędziów Sądu Apelacyjnego w [...] co więcej udzielona przez Ministra Sprawiedliwości delegacja

obejmowała wyłącznie pełnienie obowiązków sędziego, a nie wykonywanie czynności administracyjnych i wreszcie udający się na urlop Przewodniczący wyznaczył swojego zastępcę na czas nieobecności.

Powyższe, a więc związki z wymienionymi wyżej osobami funkcyjnymi, realizującymi kierunki wytyczone przez Ministra Sprawiedliwości, a dotyczące wszczynania postępowań dyscyplinarnych przez Rzecznika Dyscyplinarnego Sędziów Sądów Powszechnych i jego Zastępców wobec sędziów sądów powszechnych stosujących w swoim orzecznictwie wykładnię dokonywaną w orzeczeniach Sądu Najwyższego oraz międzynarodowych trybunałów, wskazują w sposób bezpośredni na akceptację przez sędziego A.N. destrukcyjnych dla polskiego wymiaru sprawiedliwości działań władzy ustawodawczej, a przede wszystkim wykonawczej (Ministra Sprawiedliwości). Taka konkluzja znajduje dodatkowe wzmocnienie w innych, poza orzeczniczych czynnościach podejmowanych przez tego sędziego w okresie delegacji, a następnie ubiegania się przez nią o powołanie na urząd sędziego Sądu Apelacyjnego w [...], co też ostatecznie nastąpiło (powołanie) na podstawie postanowienia Prezydenta RP z dnia 13 września 2022 r., nr [...] (M. P. z 2022 r., poz. 1035), na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa w składzie ukształtowanym ustawą o KRS z 2017 r. zawarty w Uchwale Nr [...] z dnia 12 lipca 2022 r.

W 2022 r. sędzia ta udzieliła poparcia jako kandydatowi do niekonstytucyjnego organu jakim jest KRS, w składzie przewidzianym ustawą z 2017 r., sędziemu D.D. z Sądu Rejonowego w W. w związku z obwieszczeniem Marszałka Sejmu RP z dnia 4 grudnia 2021 r. (M. P. z 2021 r., poz. 1127), który ostatecznie został członkiem Krajowej Rady Sądownictwa wybranej przez Sejm w 2022 r. (poprzednio był jej członkiem w latach 2018-2022).

W konkursie przed tak ukształtowaną KRS sędzia A.N. ubiegała się o stanowisko ogłoszone w Monitorze Polskim z 2021 r., poz. 832 i w postępowaniu do awansu nie miała kontrkandydata. Opinia wizytatora o wymienionej sędzi, sporządzona na potrzeby postępowania konkursowego, była wprawdzie pozytywna, co jednak istotne sędzia opiniujący zwrócił uwagę na dosyć dużą liczbę orzeczeń zmienionych, co w sumie świadczy – jego zdaniem – o niezbyt dobrej stabilności orzecznictwa opiniowanej. Pomimo tego, KRS na posiedzeniu 12 lipca 2022 r. podjął

uchwałę o przedstawieniu Prezydentowi RP wniosku o jej powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego sądu apelacyjnego w Sądzie Apelacyjnym w [...] przy 15 głosach „za”, jednym głose „przeciw” i 4 głosach „wstrzymujących się”.

Wkrótce potem sędzia A.N., po zwolnieniu z tej funkcji sędziego J. L., objęła etatową funkcję Przewodniczącego Wydziału [...] Karnego Sądu Apelacyjnego w [...], a w 2023 r. funkcję Przewodniczącego [...] Wydziału Karnego tego Sądu. Co więcej, w podziale czynności sędziów [...] Wydziału Karnego obowiązujących od dnia 16 czerwca 2023 r. wyżej wymienionej oraz sędziemu P.S. oraz SSO del. do SA P.B. powierzono rozpoznawanie w ramach sekcji zażaleniuwnioskowej wniosków o wyłączenie sędziego, z wyłączeniem od rozpoznawania przedmiotowych spraw pozostałych sędziów orzekających w [...] Wydziale Karnym (protokół posiedzenia Kolegium Sądu Apelacyjnego w [...] nr [...] z dnia 15 czerwca 2023 r. – pkt 12).

Niezwykle istotne jest przy tym i to, że wszystko to działo się w czasie, gdy troje doświadczonych sędziów pionu karnego: sędziowie E.G., E. L. i M.P., przesuniętych zostało do Wydziału Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, a w odniesieniu do innych sędziów, w związku z ich orzecznictwem prokonstytucyjnym i prokonwencyjnym podejmowane były czynności dyscyplinarne (sędzia D.T. i sędzia A. K., o której była już mowa w niniejszym uzasadnieniu). Stan ten (przesunięcie, a w zasadzie przeniesienie wymienionych sędziów) utrzymywany był również po zastosowaniu w tym zakresie przez ETPCz w dniu 6 grudnia 2022 r. środków tymczasowych (nr [...] w odniesieniu do sędziego E. L., nr [...] w odniesieniu do sędziego E.G., nr [...]w odniesieniu do sędziego M.P.), a nawet po prawomocnym w tym przedmiocie postanowieniu Sądu Rejonowego w S. z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. akt V Po 8/22 (utrzymanego w mocy postanowieniem Sądu Rejonowego w S. z dnia 29 maja 2023 r., sygn. akt V Pz 6/23), co do sędziego E. L., zaś do jego zmiany, w tym likwidacji sekcji „specjalnej” do spraw rozpoznawania wniosków o wyłączenie sędziego, doszło dopiero w dniu 19 lipca 2023 r.

Wszystko to świadczy w ocenie Sądu Najwyższego o ponad przeciętnym zaufaniu jakim obdarzona została sędzia A.N. przez kierownictwo Sądu Apelacyjnego w [...], wykonujące równoległe istotne funkcje w pionie dyscyplinarnym sądownictwa powszechnego, co w rezultacie również jednoznacznie wskazuje, że sędzia ta znalazła się w gronie sędziów cieszących się też szczególnym zaufaniem

ze strony kierownictwa Ministerstwa Sprawiedliwości, przekraczającym granice typowego zaufania jakiego należy oczekiwać w relacjach sędziego – organ władzy wykonawczej (*in concreto* – resort sprawiedliwości). Fakt ten należy wiązać, niemalże z błyskawicznie następującymi postępami w jej karierze zawodowej, nieznajującymi jednoznacznego potwierdzenia w doświadczeniu orzeczniczym oraz w zakresie sprawowania funkcji kierowniczych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2023 r., III KK 109/23).

Podsumowując całokształt przeprowadzonych powyżej rozważań, niewątpliwie za uprawniony należy przyjąć wniosek, że skład Sądu Apelacyjnego w [...] z udziałem delegowanej wówczas na czas nieokreślony sędzią A.N., nie dawał gwarancji – w odbiorze zewnętrznym – sądu niezależnego i bezstronnego, a więc realizującego standard określony zarówno w Konstytucji RP (art. 45 ust. 1), KPP UE (art. 47), jak i w EKPC (art. 6 ust. 1).

Nie można wreszcie pominąć w omawianym tu kontekście i tego, że rozstrzygając o odpowiedzialności karnej skazanych w tej sprawie uczyniono to na gruncie szkody, która miała zostać wyrządzona Skarbowi Państwa (reprezentowanemu przez oskarżyciela posiłkowego Ministra Klimatu i Środowiska), a zapadłe rozstrzygnięcie uwzględniało wniesione na niekorzyść oskarżonych apelacje. W takiej konfiguracji pogląd bezstronnego obserwatora, wyrażający ewentualną wątpliwość do rozpoznania tej sprawy w sposób obiektywny (oczywiście przy zastrzeżeniu, że wystąpienie uchybienia z art. 439 § 1 k.p.k., musi być przez sąd odwoławczy, i oczywiście też kasacyjny, brane pod uwagę niezależnie od jego wpływu na treść kontrolowanego orzeczenia), również nie będzie pozbawiony racji. Nie można przecież w tym kontekście nie uwzględnić łączności funkcji Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego, mającego przecież prawo nadzoru oraz wydawania zarządzeń, wytycznych i poleceń we wszystkich sprawach prowadzonych przez organy prokuratury różnych szczebli (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2023 r., III KK 375/21, OSNK 2023, z. 5-6, poz. 29). Uzasadnione wątpliwości co do możliwości rozstrzygania danej sprawy przez sąd z udziałem sędziego delegowanego, jak w tej sprawie, w sposób bezstronny i niezawisły, wszakże prowadzonej – tak jak i w omawianym wypadku – z oskarżenia publicznego, uznać należy za w pełni uzasadnione. Podkreślił to TSUE w pkt 87

uzasadnienia wyroku z dnia 16 listopada 2021 r., gdy zauważył, że „rozpatrywane łącznie okoliczności wskazane w pkt 76-86 niniejszego wyroku, z zastrzeżeniem końcowej oceny, która należy w tym względzie do sądu odsyłającego, mogą prowadzić do wniosku, że Minister Sprawiedliwości, który jest zarazem Prokuratorem Generalnym, dysponuje - na podstawie kryteriów, które nie są publicznie znane - uprawnieniem do delegowania sędziów do sądów wyższej instancji oraz do odwoływania ich z delegowania w każdym czasie i bez obowiązku uzasadniania tej decyzji, co skutkuje tym, że w okresie delegowania sędziowie ci nie są objęci gwarancjami niezawisłości i bezstronności, jakim zwykle powinni podlegać wszyscy sędziowie w państwie prawnym. Tego rodzaju uprawnienia nie można uznać za zgodne z obowiązkiem przestrzegania wymogu niezawisłości według orzecznictwa przypomnianego w pkt 73 niniejszego wyroku”.

Stanowisko to ma w powołanych wyżej okolicznościach pełne odniesienie do wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] polegającego obecnej kontroli kasacyjnej właśnie z uwagi na udział w jego składzie sędziego delegowanego w osobie sędziego A.N..

Uwzględnienie powyższego implikowało uchylenie zaskarżonego wyroku sądu *ad quem* w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Procedując ponownie, Sąd Apelacyjny podejmie czynności pozwalające uniknąć podobnego uchybienia w przyszłości.

Rozstrzygnięcie o zwrocie oskarżonym uiszczonych przez nich opłat od kasacji znajduje podstawę w treści przepisu art. 527 § 4 k.p.k.

[J.J.]

[ms]

Tomasz Artymiuk Kazimierz Klugiewicz Małgorzata Gierszon