



PK VIII TK 8.2020

P 2/20

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z pytaniem prawnym Sądu Najwyższego:

„1. czy art. 439 § 1 pkt 1) ustawy z 6 czerwca 1997 r.- Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1987 ze zm.) rozumiany w ten sposób, że badanie, czy w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona, obejmuje badanie okoliczności prawidłowości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, w tym również na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, w skład której wchodzi sędziowie wybrani w sposób przewidziany w art. 9a ustawy z 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (t.j.: Dz. U. z 2019 r. poz. 84 ze zm.) jest niezgodny:

1) z art. 45 ust. 1, w zw. z art. 173, w zw. z art. 175 ust. 1, w zw. art. 178 ust. 1 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej RP, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie 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) i art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.),

2) z art. 179 Konstytucji w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej?

2. czy art. 439 § 1 pkt 2) ustawy z 6 czerwca 1997 r.- Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1987 ze zm.) rozumiany w ten sposób, że badanie, czy sąd był nienależycie obsadzony, dopuszcza badanie okoliczności prawidłowości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, w tym również na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3 ze zm.), jest niezgodny:

1) z art. 45 ust. 1, w zw. z art. 173, w zw. z art. 175 ust. 1, w zw. art. 178 ust. 1 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej RP, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie 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) i art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.),

2) z art. 179 Konstytucji w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej?”

- na podstawie art. 42 pkt 7 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2393) -

przedstawiam następujące stanowisko:

I. art. 439 § 1 pkt 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 30), rozumiany w ten sposób, że badanie,

czy w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona, dopuszcza badanie okoliczności prawidłowości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, w tym również na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3 ze zm.), jest niezgodny:

- 1) z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 175 ust. 1 w zw. z art. 178 ust. 1 w zw. z art. 179 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) i z art. 19 ust. 1 zdanie 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.);
- 2) z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

II. art. 439 § 1 pkt 2 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 30), rozumiany w ten sposób, że badanie, czy sąd był nienależycie obsadzony, dopuszcza badanie okoliczności prawidłowości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, w tym również na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3 ze zm.), jest niezgodny:

- 1) z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 175 ust. 1 w zw. z art. 178 ust. 1 w zw. z art. 179 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284)

- i z art. 19 ust. 1 zdanie 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.);
- 2) z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

III. Postępowanie w pozostałym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 21 stycznia 2020 r., _____, Sąd Najwyższy orzekający w Izbie Dyscyplinarnej (dalej jako: Sąd pytający) zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z przedstawionym na wstępie pytaniem prawnym.

1. Stan faktyczny sprawy zawisłej przed Sądem pytającym.

Pytanie prawne skierowane zostało w związku z kasacją wniesioną do Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego przez obrońcę radcy prawnego P S., obwinionego o przewinienia dyscyplinarne określone w art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 75; dalej jako: u.r.p.) w związku z art. 11 ust. 1 i 2 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego oraz art. 64 ust. 1 u.r.p. w związku z art. 62 ust. 2 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego. W kasacji obrońca obwinionego zarzucił uchybienia natury procesowej oraz rażącą niewspółmierność orzeczonej kary.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „[w]ymienione w art. 439 bezwzględne przyczyny odwoławcze to przyczyny, które instancja odwoławcza uwzględnia niezależnie od granic zaskarżenia, podniesionych zarzutów i wpływu danego uchybienia na treść rozstrzygnięcia. Oznacza to, że instancja odwoławcza obowiązana jest badać przyczyny z art. 439 z urzędu, niezależnie od tego, czy zostały podniesione w środku odwoławczym” (J. Grajewski, S. Steinborn, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] L. K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 425-673 Kodeksu postępowania karnego*, wyd. 2015 r., Lex 2020, teza 1). W związku z tym Sąd Najwyższy powziął wątpliwości co do zgodności norm prawnych zawartych w art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. – w kontekście ewentualnych uchybień w procedurze powołania sędziego Sądu Najwyższego – z normami wyższego rzędu. Z tego względu Sąd Najwyższy skierował do Trybunału Konstytucyjnego pytanie prawne o wskazanej powyżej treści.

2. Argumentacja Sądu pytającego.

Sąd Najwyższy zauważył, że istota zagadnienia postawionego w pytaniu prawnym sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy możliwość weryfikacji przez sąd niezawisłości, bezstronności oraz statusu sędziowskiego członka składu orzekającego – a tym samym jego zdolności do orzekania – wyłącznie przez pryzmat oceny trybu powołania na urząd przez Prezydenta na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa jest zgodna z normami rangi konstytucyjnej oraz z obowiązującymi umowami międzynarodowymi, wskazanymi w punkcie I postanowienia.

Jak podniósł Sąd pytający, dotychczasowe, tradycyjne rozumienie treści art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. nie dopuszczało badania, czy osoba powołana na urząd sędziego przez Prezydenta RP na wniosek KRS została powołana

skutecznie, co znajdowało wyraz w obszernym orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

Sąd pytający zauważył, powołując się na treść wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego w sprawie BSA I-4110-1/20, że w praktyce orzeczniczej Sądu Najwyższego oddalano kasacje od wyroków wydawanych przez składy, w których brali udział sędziowie, o których mowa w pytaniu prawnym, nie stwierdzając naruszenia prawa do sądu. Świadczy to o tym, że nie stwierdzono, by w ich wydawaniu brała udział osoba nieuprawniona, skoro sąd odwoławczy (kasacyjny) uchyla zaskarżone orzeczenie, jeżeli w jego wydaniu taka osoba brała udział bądź sąd był nienależycie obsadzony (art. 439 § 1 *ab initio* k.p.k.), niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia.

Sąd pytający zauważył przy tym, że w orzecznictwie zdaje się kształtować inny pogląd, wskazujący na dopuszczalność badania bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. przez pryzmat powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziowskim przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3 ze zm.; dalej jako: ustawa nowelizująca).

Jako przykład prezentacji tego poglądu w orzecznictwie Sąd pytający wskazał wyrok Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. III PO 7/18 (Lex nr 2746893). W sprawie tej Sąd Najwyższy zwracał się wcześniej z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jednak w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r. TSUE odmówił temu sądowi udzielenia odpowiedzi, uznając, że sprawa, w jakiej zadano pytanie, stała się bezprzedmiotowa (pkt. 109, 172.1). Mimo to, jak zauważył Sąd pytający, w obrocie prawnym wyrok Izby Pracy z 5 grudnia 2019 r. funkcjonuje jako wyrok wykonujący orzeczenie TSUE. Niezależnie od

tego, Sąd pytający zauważył, że za sprawą doktryn *acte éclairé* i *acte clair* - orzeczenie TSUE wywołuje skutki także poza konkretną sprawą, w której zostało zadane pytanie prejudycjalne.

W uzasadnieniu wskazanego wyroku Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego stwierdziła wprost, że Krajowa Rada Sądownictwa, ukształtowana w trybie określonym przepisami ustawy nowelizującej, nie daje wystarczających gwarancji niezależności od organów władzy ustawodawczej i wykonawczej w procedurze powoływania sędziów oraz że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego jako utworzona od podstaw z szeroką autonomią i kompetencjami, a nadto obsadzona wyłącznie osobami wyłoniętymi przez taki organ jak Krajowa Rada Sądownictwa, która nie działa w sposób niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej, nie jest sądem w rozumieniu art. 47 Karty Praw Podstawowych oraz art. 6 Konwencji i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Jak wskazała w tym wyroku Izba Pracy, standard prawa do sądu określony w art. 47 Karty Praw Podstawowych jest tożsamy ze standardem wskazanym w art. 45 Konstytucji RP i art. 6 Konwencji. Wspólne dla wszystkich tych unormowań jest zatem to, że wyrażają one prawo do niezależnego sądu, wymagające istnienia gwarancji odnoszących się do różnych aspektów procesu wyłaniania sędziego. Do zapewnienia prawa do sądu konieczne jest więc, aby sędzia był powołany na podstawie przepisów zgodnych z wiążącym w danym państwie standardem konstytucyjnym, konwencyjnym i unijnym. Z kolei uchybienia na jednym z etapów procesu powołania sędziego mogą powodować nieodwracalne skutki naruszenia standardu prawa do sądu i wywoływać negatywne następstwa w sferze praw i wolności jednostek. W wyniku przeprowadzonej oceny niezależności Krajowej Rady Sądownictwa Sąd Najwyższy w Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych stwierdził, że organ ten nie daje wystarczających gwarancji niezależności od organów władzy ustawodawczej i wykonawczej w procedurze powoływania sędziów. Jednocześnie Sąd Najwyższy pominął przepis krajowy przewidujący

właściwość Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego w rozstrzyganej sprawie, ponieważ uznał, że Izba ta - wobec faktu ukształtowania jej składu w trybie określonym w ustawie nowelizującej - nie jest sądem w rozumieniu art. 47 Karty Praw Podstawowych oraz art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284; dalej jako: EKPCz, Konwencja) i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Ponadto Sąd Najwyższy stwierdził, że fakt wręczenia przez Prezydenta RP nominacji na stanowisko sędziowskie na wniosek KRS nie zwalnia żadnego sądu z oceny, czy tak ukonstytuowany sąd jest sądem w rozumieniu prawa Unii Europejskiej, Konwencji oraz prawa krajowego. Odwołując się do wyroku TSUE z dnia 19 listopada 2019 r., Sąd Najwyższy podkreślił zarazem, że przedmiotem oceny nie jest ważność samego aktu nominacji, lecz postrzeganie sądu obsadzonego przez sędziów powołanych przy udziale nowej KRS jako sądu niezależnego od władzy ustawodawczej i wykonawczej.

Jak zauważył Sąd pytający, podobny sposób prowadzenia wykładni w zakresie art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. można zauważyć też w postanowieniach Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2019 r., sygn. III KO 154/18 (Lex nr 2643256), oraz z dnia 15 października 2019 r., sygn. I KZP 4/19 (Lex nr 2727271). Jak podniesiono w pytaniu prawnym, pierwszym ze wskazanych postanowień przedstawiono - na podstawie art. 82 ustawy o Sądzie Najwyższym (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 825) - składowi siedmiu sędziów Sądu Najwyższego zagadnienie prawne: „czy osoba, która została powołana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego w następstwie procedury zainicjowanej obwieszczeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M. P. z 2018 r., poz. 633) ze względu na wątpliwości co do poprawności tego procesu wynikające z: a) wydania obwieszczenia z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M.P. z 2018 r., poz. 633) bez kontrasygnaty Prezesa Rady

Ministrów, b) wydania przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej postanowienia o powołaniu tejże osoby do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego pomimo postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II GW 23/18, o wstrzymaniu wykonania uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 24 sierpnia 2018 r. nr 318/2018, c) ukształtowania składu osobowego Krajowej Rady Sądowniczej w wyniku wyboru przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej piętnastu sędziów w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 3 ze zm.), i tym samym możliwości naruszenia wynikającego z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) prawa do sądu ustanowionego ustawą polegającego na powołaniu na urząd sędziego w wyniku procedury obarczonej naruszeniami prawa - jest osobą nieuprawnioną do orzekania w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.?; a w wypadku odpowiedzi negatywnej: czy skład orzekający sądu, w którym zasiada osoba wskazana w pytaniu 1., jest sądem nienależycie obsadzonym w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.?". Wprawdzie postanowieniem z dnia 15 października 2019 r., I KZP 4/19, Sąd Najwyższy umorzył postępowanie w przedmiocie przedstawionego zagadnienia prawnego, stwierdzając, że osoba, której status służbowy – jako sędziego Sądu Najwyższego – był przedmiotem poważnych wątpliwości, nie jest już uprawniona do orzekania w Sądzie Najwyższym, niemniej w jego uzasadnieniu podkreślił, że istniały przesłanki do udzielenia odpowiedzi na przedstawione zagadnienie prawne, a tylko na skutek wskazanego zdarzenia, jej podjęcie stało się bezprzedmiotowe.

Jak wskazano w pytaniu prawnym, podobne rozumowanie znalazło swój wyraz w postanowieniach o zadaniu pytań prejudycjalnych, formułowanych przez sądy krajowe.

Jak podniesiono w pytaniu prawnym, podstaw dopuszczalności badania statusu sędziego, w tym również w kontekście instytucji bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k, niektóre składy sędziowskie najwyższych organów sądowych dopatrują się w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19 listopada 2019 roku w połączonych sprawach C-585/18 A.K. przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa oraz C-624/18 CP i C-625/18 D.O. przeciwko Sądowi Najwyższemu (ECLI:EU:C:2019:982). W punkcie 2 tego wyroku Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że „artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej 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 niezależnego 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. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, przy wzięciu pod uwagę wszystkich istotnych informacji, którymi dysponuje, czy jest tak w przypadku organu takiego jak Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego. 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 niezawisłości i bezstronności i który byłby właściwy w danej dziedzinie, gdyby ów przepis nie stał temu na przeszkodzie”. Wyrok TSUE zapadł w odpowiedzi na pytania prejudycjalne polskiego Sądu Najwyższego sformułowane w sprawach rozpoznawanych przed Izbą Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, które zostały przedstawione do rozstrzygnięcia postanowieniami SN: z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. III PO 7/18 oraz z dnia 19 września 2018 r., sygn. III PO 8/18 i III PO 9/18. Kierując powyższe pytania, Sąd Najwyższy podnosił szereg argumentów wynikających z prawa międzynarodowego oraz prawa Unii Europejskiej. W szczególności argumentował, że zgodnie z wiążącą wszystkie sądy oraz wszystkie organy w Państwach Członkowskich wykładnią prawa Unii, zaprezentowaną w wyroku z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juízes Portugueses przeciwko Tribunal de Contas, C-64/16 (ECLI:EU:C:2018:117) oraz rozszerzoną w wyroku z dnia 25 lipca 2018 r., C216/18, LM, (ECLI:EU:C:2018:586), jednym z kryteriów jakie należy uwzględnić przy ocenie, czy dany organ państwa członkowskiego ma status sądu w rozumieniu prawa unijnego jest jego niezależność (niezawisłość) oraz niezawisłość orzekających w nim sędziów (C- 64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, pkt 38; C-216/18, LM, pkt. 48,63-65). Dlatego w wyroku C-216/18, LM (pkt. 66-67) TSUE - wypowiadając się w przedmiocie wymogów co do gwarancji niezawisłości i bezstronności sądów - zwrócił uwagę na konieczność istnienia pewnych zasad, wspólnych dla wszystkich Państw Członkowskich, dotyczących składu organu, powoływania jego członków oraz systemu środków dyscyplinarnych. Jak zauważono w pytaniu prawnym, w treści uzasadnienia wspomnianych postanowień, Sąd Najwyższy podniósł również szereg argumentów, które w jego ocenie nasuwają wątpliwości co do zdolności obecnej KRS do wykonywania konstytucyjnego oraz unijnego zadania stania na straży

niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Wynikają one ze sposobu ukształtowania składu tego organu w 2018 r., a ponadto z jego działalności, która w ocenie Sądu Najwyższego godzi w powyższe wartości.

Wreszcie, jak wskazał Sąd pytający, wnioskiem z dnia 15 stycznia 2020 r., sygn. BSA I-4110-1/20, Pierwszy Prezes Sadu Najwyższego, działając na podstawie art. 83 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.), przedstawił wniosek o rozstrzygnięcie przez skład Sądu Najwyższego - Izbę Cywilną, Izbę Karną oraz Izbę Pracy i Ubezpieczeń Społecznych - rozbieżności w wykładni prawa występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego w zakresie dotyczącym następującego zagadnienia prawnego:

„Czy udział w składzie sądu powszechnego, sądu wojkowego lub Sądu Najwyższego osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziowskim przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3 ze zm.), prowadzi do naruszenia art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) lub art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, wskutek czego, zależnie od rodzaju rozpoznawanej sprawy: a) w postępowaniu karnym - osoba taka jest nieuprawniona do orzekania (art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.) albo zachodzi przypadek nienależytej obsady sądu (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.); b) w postępowaniu cywilnym - skład sądu z udziałem tak powołanej osoby jest sprzeczny z przepisami prawa (art. 379 pkt 4 k.p.c.)?”.

W rezultacie, już po zadaniu pytania prawnego w niniejszej sprawie, Sąd Najwyższy w składzie połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 23 stycznia

2020 r. sprawy z wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2020 r. o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego, podjął uchwałę (dalej jako: uchwała połączonych Izb SN):

„1. 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 Sądu Najwyższego 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).

2. 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 albo 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 powoływania prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

3. Wykładnia art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c. przyjęta w punktach 1 i 2 niniejszej uchwały nie ma zastosowania do orzeczeń wydanych przez sądy przed dniem jej podjęcia oraz do orzeczeń, które zostaną wydane w toczących się w tym dniu postępowaniach na podstawie Kodeksu postępowania karnego przed danym składem sądu.

4. Punkt 1 niniejszej uchwały ma zastosowanie do orzeczeń wydanych z udziałem sędziów Izby Dyscyplinarnej utworzonej w Sądzie Najwyższym na podstawie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.) bez względu na datę wydania tych orzeczeń”.

Uchwała składu połączonych Izb Sądu Najwyższego ma moc zasady prawnej, wiążącej wszystkie składy orzekające w Sądzie Najwyższym. Nadane treścią uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r. rozumienie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c. – jeśliby utrwaliło się w orzecznictwie – oznacza, że wskazani w niej sędziowie, realizując obowiązki orzecznicze, obarczaliby prowadzone procesy sądowe wadą określoną w tych przepisach. Efektywnie więc uchwała ta prowadzi do odsunięcia sędziów w niej wymienionych od orzekania. Treść jej uzasadnienia wskazuje również, że w istocie dopuszczono podważenie statusu sędziego powołanego przez Prezydenta na wniosek KRS.

Uzasadniając niezgodność przedstawionego w *petitum* rozumienia zakwestionowanych unormowań z wzorcami wynikającymi z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP Sąd Najwyższy wskazał, iż nie ma „żadnych podstaw do przyjęcia, że obecnie obowiązujące rozwiązania normatywne, dotyczące powoływania sędziów, w tym sędziów Sądu Najwyższego, naruszają Konstytucję RP” (pytanie prawne, s. 49). Na poparcie tego twierdzenia Sąd ów przywołał wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. K 5/17 (OTK ZU seria A/2017, poz. 48) oraz z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/18 (OTK ZU seria A/2019, poz. 17), a także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2019 r., sygn. II DSI 54/18 (www.sn.gov.pl). Sąd Najwyższy podkreślił zatem, że „nadanie przepisom art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. treści normatywnych umożliwiających badanie prawidłowości powołania sędziego w oparciu o zarzut wadliwości powołania sędziego prowadzi do stworzenia instrumentu kontroli skuteczności powołań na

stanowiska sędziowskie” (pytanie prawne, s. 50). Zdaniem Sądu pytającego brak jest zaś „podstaw do odstąpienia od dotychczasowego rozumienia charakteru aktu powołania sędziego i jego skutków, a w konsekwencji przyjęcia takiej wykładni kwestionowanych przepisów, która byłaby nie do pogodzenia z konstytucyjnym rozumieniem tych kwestii” (*ibidem*). Sąd Najwyższy przypomniał również, że w polskim systemie prawnym nie przewidziano żadnej procedury, w ramach której możliwe byłoby badanie prawidłowości powołania sędziego po wykonaniu przez Prezydenta RP prerogatywy, o której mowa w art. 179 Konstytucji RP. Kompetencji do dokonania tego rodzaju badania – zdaniem Sądu Najwyższego – nie można domniemywać ani też rezultaty wykładni, przeprowadzonej w zgodzie z art. 179 i art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP, nie mogą zostać przełamane za pomocą norm o charakterze ponadustawowym, które wynikają z EKPCz lub z Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.; dalej jako: TUE). „Jakkolwiek treść wspomnianych aktów prawa międzynarodowego może determinować rezultat wykładni regulacji ustawowych, a nawet prowadzić do tego, że unormowania krajowe nie znajdują zastosowania (art. 91 ust. 2 Konstytucji RP), to jednak, zgodnie z art. 8 ustawy zasadniczej, w dalszym ciągu to Konstytucja RP jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej” (pytanie prawne, s. 52). Artykuł 6 ust. 1 zdanie 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE nie rodzą też – jak podkreślił Sąd pytający – obowiązku przyjęcia konkretnych standardów organizacji systemu sądownictwa. Nie można zatem uznać, że „omawiane normy prawa międzynarodowego uprawniają do takiej wykładni przepisów wskazanych jako przedmiot kontroli, która pozwoliłaby sądom oceniać skuteczność powołania sędziów i ważność wydawanych przez nich orzeczeń, np. przez pryzmat prawidłowości procedury konkursowej, przeprowadzonej przez dany skład Krajowej Rady Sądownictwa” (pytanie prawne, s. 53). Konstatacje te nie mogą być też zanegowane – zdaniem Sądu Najwyższego – faktem wydania przez Trybunał Sprawiedliwości UE

wspomnianego już wyroku z dnia 19 listopada 2019 r., gdyż „[w] tym judykacie TSUE, przedstawiając mechanizm, przyznający Sądowi Najwyższemu uprawnienie do oceny statusu Izby Dyscyplinarnej z punktu widzenia art. 47 KPP, nie przewidywał możliwości oceniania skuteczności powołania sędziów tejże Izby a jedynie umożliwił – pod ściśle określonymi warunkami – pominięcie przepisów dotyczących właściwości tego organu” (pytanie prawne, s. 54).

W argumentacji przemawiającej za niekonstytucyjnością zakwestionowanych rozwiązań, w ich rozumieniu wskazanym w *petitum*, Sąd Najwyższy podniósł też, że przyjęcie dopuszczalności badania statusu sędziego prowadziłoby do daleko idących konsekwencji w sferze praw i wolności jednostek, gdyż skutkowałoby niemożnością realizacji prawa do sądu w kształcie tego prawa wynikającym z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Niespełnienie zaś konstytucyjnych standardów prawa do sądu skutkować zaś winno przyjęciem – zdaniem Sądu pytającego – że poddane kontroli rozumienie art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. jest też niezgodne z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE, gdyż mimo pewnych różnic terminologicznych normatywna treść tych uregulowań jest zbieżna z wynikającym z Konstytucji RP prawem do sądu.

W ocenie Sądu Najwyższego zaskarżone przepisy w ich rozumieniu, które zostało przedstawione w *petitum*, naruszają zasadę niezawisłości i zasadę nieusuwalności sędziego. Sąd pytający podkreślił bowiem w szczególności, że „[w] procesie stosowania prawa sędzia nie może obawiać się, że wydane przez niego orzeczenie spowoduje, iż Sąd Najwyższy, bądź inny sąd lub organ, zacznie kwestionować ważność jego powołania. Już samo wystąpienie takiej obawy narusza wewnętrzny aspekt niezawisłości sędziowskiej, a każdą próbę ograniczenia uprawnień orzeczniczych sędziego należy traktować jako zewnętrzną ingerencję w jego niezawisłość. Co więcej, weryfikację statusu sędziego mogłyby też skutecznie zainicjować strony prowadzonych postępowań,

przyjmując za podstawę swych twierdzeń jakiegokolwiek, realne lub fikcyjne, uchybienia, które zaistniały w toku procedury powołania sędziego” (*ibidem*, s. 57). Jak zauważył Sąd Najwyższy, stosowanie poddanych kontroli przepisów w kwestionowanym rozumieniu dawałoby więc podstawy do wyłączenia od orzekania całych grup sędziów. „Wnioskowanie to jest o tyle uprawnione, gdy weźmie się pod uwagę treść uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r., który jest w przestrzeni publicznej interpretowany nawet w taki sposób, że możliwa jest kontrola statusu sędziego i jego nominacji. Podobne wrażenie można odnieść z lektury wniosku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2020 r., sygn. BSA I- 4110-1/20. Możliwość domagania się przeprowadzenia takiej kontroli w oparciu o art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. prowadzić może do istotnego zakłócenia prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Stanowić bowiem może próbę manipulowania składami orzekającymi, jak też może być użyte w celu wywarcia wpływu na funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości jako całości” (s. 57 pytania prawnego).

Systemowe naruszenie zasady niezawisłości i zasady nieusuwalności sędziego powoduje więc – zdaniem Sądu Najwyższego – że „nie można uznać, iż spełnione są ustrojowe uwarunkowania funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. W szczególności art. 173 Konstytucji RP nie dopuszcza kwestionowania rozstrzygnięć sądów w oparciu o kontestowanie statusu sędziego. Z kolei, w świetle art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, wprowadzenie możliwości kwestionowania statusu sędziego i spowodowane tym zagrożenia dla niezawisłości sędziego skutkowałyby obsadzeniem organów władzy sądowniczej przez sędziów nie w pełni niezawisłych, co przekreślałoby prawidłową realizację ustrojowego aspektu pojęcia sprawowania wymiaru sprawiedliwości” (pytanie prawne, s. 58).

Sąd Najwyższy – w uzasadnieniu pytania prawnego – wskazał też, że poczynione rozważania doprowadziły do konstatacji, iż nie jest możliwe

rozstrzygnięcie przez ów Sąd powstałych w niniejszej sprawie wątpliwości poprzez zastosowanie wykładni prokonstytucyjnej.

Sąd pytający szczegółowo również uzasadnił, dlaczego w niniejszej sprawie zostały spełnione przesłanki podmiotowa i przedmiotowa zadania pytania prawnego oraz wyjaśnił, dlaczego udzielenie przez Trybunał Konstytucyjny odpowiedzi na pytanie prawne dotyczące konstytucyjności przedstawionego w *petitum* rozumienia art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. będzie miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, w której Sąd wystąpił z pytaniem prawnym.

3. Przedmiot kontroli.

Przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie są art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., które brzmią:

„Niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia sąd odwoławczy na posiedzeniu uchyla zaskarżone orzeczenie, jeżeli:

- 1) w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona lub niezdolna do orzekania bądź podlegająca wyłączeniu na podstawie art. 40;*
- 2) sąd był nienależycie obsadzony lub którykolwiek z jego członków nie był obecny na całej rozprawie.”.*

W piśmiennictwie i orzecznictwie treść tych przepisów do niedawna nie budziła wątpliwości. Problematyka niniejszej sprawy dotyczy pojęcia „osoby nieuprawnionej do orzekania” w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz „nienależytej obsady sądu” w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

W zakresie tego pierwszego pojęcia powszechnie i zasadniczo jednolicie dotychczas podkreślano, że w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. „osobą nieuprawnioną do orzekania jest osoba, która w ogóle nie ma statusu sędziego albo go posiada, ale z określonych powodów nie może sprawować funkcji orzeczniczych. W tym ostatnim przypadku chodzi o sędziego delegowanego do pełnienia czynności administracyjnych w Ministerstwie Sprawiedliwości (por.

wyrok TK z 15.01.2009 r., K 45/07, OTK-A 2009/1, poz. 3). Sporną – co do charakteru uchybienia – jest kwestia orzekania przez sędziego niemającego uprawnienia do orzekania w danej sprawie w innym sądzie. Dotyczy to głównie kwestii delegacji sędziego sądu niższego rzędu do orzekania w sądzie wyższego rzędu. W doktrynie wyrażono pogląd, że sędzia, który nie posiada stosownej delegacji do orzekania w danym sądzie albo gdy delegacja została wydana w sposób nieprawidłowy, jest osobą nieuprawnioną do orzekania w rozumieniu § 1 pkt 1 (por. Grzegorzczuk, *Kodeks*, t. 1, 2014, s. 1475; Grajewski, Paprzycki, Steinborn, *Kodeks*, t. 2, 2013, s. 96–97; Grzegorzczuk, Tylman, *Postępowanie*, 2011, s. 874). Wyrażono też odmienny pogląd, że w takiej sytuacji sędzia jest generalnie uprawniony do orzekania, ale nie ma uprawnień do orzekania w konkretnej sprawie, co powoduje, że udział takiej osoby w składzie orzekającym stanowi o nienależytej obsadzie sądu – pkt 2 art. 439 § 1 (por. Hofmański, Sadzik, Zgryzek, *Kodeks*, t. 2, 2011, s. 825). Ten ostatni pogląd dominuje w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Stwierdza się w nim bowiem, że nie jest skuteczny i uprawniający sędziego do orzekania w innym sądzie niż sąd macierzysty akt delegowania wydany przez właściwego prezesa bez zgody kolegium sądu. Orzekanie sędziego na podstawie dotkniętego taką wadą aktu delegowania powoduje nienależytą obsadę sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 (por. wyrok SN z 24.08.2011 r., III KK 213/11, LEX nr 955023). Ponadto podnosi się, że sąd był nienależycie obsadzony w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2, jeżeli w jego składzie orzekał sędzia sądu rejonowego, na którego delegowanie do pełnienia obowiązków sędziego na obszarze właściwości tego samego sądu okręgowego prezes sądu okręgowego nie uzyskał zgody kolegium sądu, dotyczącej imiennie tego sędziego (por. wyrok SN z 17.05.2011 r., III KK 104/11, LEX nr 795788). Wskazuje się także, że akt delegacji sędziego do innego sądu powinien obejmować nie tylko dzień, w którym prowadzona jest rozprawa z jego udziałem, ale również dzień, w którym ogłaszane jest zapadłe w wyniku wcześniejszego rozpoznania sprawy orzeczenie (por. wyrok SN z

25.11.2010 r., V KK 177/10, LEX nr 653673). [...] Osoba podlegająca wyłączeniu na podstawie art. 40 to osoba określana mianem *iudex inhabilis*, do której odnoszą się podstawy wyłączenia od udziału w sprawie wskazane w art. 40 (wyłączenie sędziego z mocy prawa). Dotyczą one też ławnika i referendarza sądowego (art. 44). **Natomiast komentowany przepis nie ma zastosowania w wypadku naruszenia art. 41 § 1 (*iudex suspectus*). Jest to wówczas względna przyczyna odwoławcza (art. 438 pkt 2) [podkr. wł.] – por. postanowienie SN z 17.03.2006 r., WK 1/06, OSNwSK 2006, poz. 602. W orzecnictwie Sądu Najwyższego wyrażono słuszny pogląd, że jeżeli zaskarżone orzeczenie wydał inny sędzia niż ten, który był wyłączony z mocy prawa od udziału w sprawie, to wyrok albo postanowienie nie są dotknięte bezwzględną przyczyną odwoławczą (art. 104 § 1 pkt 1 k.p.s.w., art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.), nawet jeżeli w toku postępowania w sprawie w ramach postępowania wpadkowego orzekał sędzia wyłączony z mocy prawa od rozpoznania sprawy (art. 40 § 1 k.p.k.) – wyrok SN z 12.03.2018 r., II KK 363/17, LEX nr 2460471” [D. Świecki, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany*, wyd. 2019, Lex 2020, teza 20 i 22; por. także D. Świecki, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 2020, Legalis 2020; D. Drajewicz, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] D. Drajewicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz. Art. 425-682*, wyd. 2020, Legalis 2020; J. Matras, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz.*, wyd. 2018, Lex 2020; K. Boratyńska, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 2018, Legalis 2020; H. Paluszkiewicz, komentarz orzecniczy do art. 439 k.p.k., [w:] Dudka K., Paluszkiewicz H., Szumiło-Kulczycka D., *Kodeks postępowania karnego. Wybór orzecnictwa z komentarzem*, wyd. 2015, Lex 2020; J. Grajewski, S. Steinborn, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] L. K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 425-673 ustawy z dnia 6***

czerwca 1997 r. *Kodeks postępowania karnego*, wyd. 2015, Lex 2020;; T. Grzegorzczak, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467*, wyd. 2014, Lex 2020].

Z kolei przesłanka „nienależytej obsady sądu” w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. dotyczy przede wszystkim wadliwego obsadzenia składu sądu. **„Nienależyta obsada sądu** występuje zarówno wówczas, gdy sąd orzekał w składzie nieznanym ustawie, jak i wtedy, gdy sąd orzekał w składzie wprawdzie znanym ustawie, ale nieprzewidzianym przez obowiązujące przepisy dla danego rodzaju spraw (por. Z. Muras, *Bezwzględne przyczyny...*, s. 83). Sporna w doktrynie jest kwestia, czy każde odstępstwo od wymagań określonych w ustawie co do składu sądzącego stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą. Chodzi bowiem o to, czy nienależytą obsadą sądu jest każda nieodpowiadająca przepisom obsada, zarówno szersza, jak i węższa liczbowo, czy jedynie skład węższy od wymaganego. (...) Nienależytą obsadę sądu stanowi rozpoznanie sprawy przez sędziego innego sądu, który nie miał prawidłowej delegacji do orzekania w tej sprawie w danym sądzie (por. powoływane już wyroki SN: z 24.08.2011 r., III KK 213/11, oraz z 17.05.2011 r., III KK 104/11; tak też Hofmański, Sadzik, Zgryzek, *Kodeks*, t. 2, 2011, s. 825; odmiennie – że wówczas jest to uchybienie z pkt 1 art. 439 § 1 – Grzegorzczak, *Kodeks*, t. 1, 2014, s. 1475; Grajewski, Paprzycki, Steinborn, *Kodeks*, t. 2, 2013, s. 96–97; Grzegorzczak, Tylman, *Postępowanie*, 2011, s. 874). [...] Nie stanowi nienależytej obsady sądu orzekanie przez sędziego delegowanego do orzekania w więcej niż jednym sądzie równorzędnym lub sądzie niższego rzędu, a także orzekanie w tym samym dniu we »własnym« sądzie, choć na ten dzień sędzia został delegowany do orzekania w innym sądzie (por. uchwała SN z 17.07.2012 r., I KZP 13/12, OSNKW 2012/9, poz. 87). [...] Nie występuje nienależyta obsada sądu, gdy w jego składzie uczestniczy ławnik inny niż wskazany w zarządzeniu prezesa sądu, gdyż jest to kwestia natury organizacyjnej, a nie procesowej (zob. W. Grzeszczyk, *Bezwzględne*

przyczyny..., s. 31; Hofmański, Sadzik, Zgryzek, *Kodeks*, t. 2, 2011, s. 833). [...] Sędem nienależycie obsadzonym jest sąd, w którego skład wchodzi więcej niż dwóch ławników dodatkowych (por. uchwała SN z 30.09.1998 r., I KZP 13/98, OSNKW 1998/9–10, poz. 45). [...] Nie stanowi nienależyciej obsady sądu rozpoznanie sprawy w sądzie okręgowym w pierwszej instancji w składzie rozszerzonym (dwóch sędziów i trzech ławników lub jednego sędziego i dwóch ławników), który był właściwy na podstawie kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego w akcie oskarżenia, gdy doszło do zmiany tej kwalifikacji na taką, która uzasadnia skład zmniejszony – odpowiednio jednego sędziego i dwóch ławników lub jednego sędziego (por. wyrok SN z 22.04.1971 r., II KR 14/71, OSNKW 1971/11, poz. 176). [...] Należy wyrazić pogląd, że nie stanowi również nienależyciej obsady sądu sytuacja, gdy sąd okręgowy, ponownie rozpoznając sprawę, orzekał w składzie jednoosobowym lub w składzie jednego sędziego i dwóch ławników (art. 28 § 1 i 2), gdy uprzednio, rozpoznając sprawę w składzie pięcioosobowym, zmienił kwalifikację prawną czynu, który był zagrożony karą dożywotniego pozbawienia wolności, na taką, która już takiej kary nie przewiduje, zaś uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania nastąpiło w wyniku uwzględnienia wyłącznie apelacji wniesionej na korzyść oskarżonego. W wypadku wydania wyroku łącznego w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że sąd pierwszej instancji orzeka na rozprawie w składzie jednego sędziego (art. 28 § 1) albo w składzie trzech sędziów lub sędziego i dwóch ławników z uwagi na zawilość sprawy lub jej wagę (art. 28 § 3) – por. postanowienie SN z 30.10.2014 r., I KZP 22/14, OSNKW 2015/1, poz. 2. Wydanie wyroku łącznego w takiej sytuacji przez jakiegokolwiek inny skład, w tym także przez skład dwóch sędziów i trzech ławników, oznacza, że sąd był »nienależycie obsadzony«, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 2 (por. uchwała SN z 24.05.1995 r., I KZP 15/95, OSNKW 1995/7–8, poz. 46)” [D. Świecki, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*,

pkt 30; por. także D. Świecki, komentarz do art. 439 k.p.k., [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*; D. Drajewicz, *op. cit.*; J. Matras, *op. cit.*; K. Boratyńska, *op. cit.*; H. Paluszkiewicz, *op. cit.*; J. Grajewski, S. Steinborn, *op. cit.*; T. Grzegorzczak, *op. cit.*].

Jednakże, jak podniesiono w pytaniu prawnym, w ostatnim czasie w orzecznictwie zaprezentowano nową wykładnię zakwestionowanych przepisów. Postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2019 r., sygn. III KO 154/18 (*op. cit.*), przedstawiono do rozstrzygnięcia składowi 7 sędziów Sądu Najwyższego zagadnienie prawne o treści:

1. "Czy osoba, która została powołana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego w następstwie procedury zainicjowanej obwieszczeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M. P. z 2018 r. poz. 633) ze względu na wątpliwości co do poprawności tego procesu wynikające z:

a) wydania obwieszczenia z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M. P. z 2018 r. poz. 633) bez kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów,

b) wydania przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej postanowienia o powołaniu tejże osoby do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego pomimo postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II GW 23/18, o wstrzymaniu wykonania uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 24 sierpnia 2018 r. nr 318/2018,

c) ukształtowania składu osobowego Krajowej Rady Sądowniczej w wyniku wyboru przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej piętnastu sędziów 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 z późn. zm.), i tym samym możliwości naruszenia wynikającego z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.

U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) prawa do sądu ustanowionego ustawą polegającego na powołaniu na urząd sędziego w wyniku procedury obarczonej naruszeniami prawa - jest osobą nieuprawnioną do orzekania w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.?

a w wypadku odpowiedzi negatywnej:

2. Czy skład orzekający sądu, w którym zasiada osoba wskazana w pytaniu 1., jest sądem nienależycie obsadzonym w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.?"

W uzasadnieniu punktu pierwszego tego postanowienia wskazano, że „istnieją zasadnicze wątpliwości, czy osoba powołana na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego w ramach ww. procedury [na podstawie wniosku KRS ukształtowanej przepisami ustawy nowelizującej – przyp. wł.] w ogóle nabyła status sędziego Sądu Najwyższego” (*ibidem*). Tym samym uznano, że możliwa jest taka wykładnia art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., zgodnie z którą w ramach badania, czy w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona do orzekania w rozumieniu tego przepisu, można weryfikować status sędziego powołanego na urząd przez Prezydenta RP. Jak wynika z treści powyższego zagadnienia prawnego, dopuszczono również takie rozumienie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., zgodnie z którym skład orzekający sądu, w którym zasiada osoba wskazana w pytaniu 1., jest sądem nienależycie obsadzonym w rozumieniu tego przepisu. Choć postanowieniem z dnia 15 października 2019 r., sygn. I KZP 4/19 (*op. cit.*) Sąd Najwyższy postanowił umorzyć postępowanie w przedmiocie przedstawionego zagadnienia prawnego, to w uzasadnieniu tego postanowienia stwierdzono, że istniały przesłanki podjęcia uchwały w tej sprawie, a tylko na skutek określonego prawnego zdarzenia opisanego w części wstępnej orzeczenia podjęcie uchwały stało się bezprzedmiotowe – co może sugerować, że Sąd Najwyższy dopuszczał możliwość weryfikacji statusu sędziego powołanego na urząd przez Prezydenta RP.

Kwestia ta była przedmiotem uchwały połączonych Izb SN z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. BSA I-4110-1/20, w której rozpoznano wniosek

Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego w zakresie dotyczącym zagadnienia prawnego, które przedstawiono powyżej. W uzasadnieniu tej uchwały, odwołując się do instytucji wyłączenia sędziego ujętej w art. 41 § 1 k.p.k. (*iudex suspectus*) wskazano, że „wniosek o zbadanie wątpliwości co do bezstronności sędziego, wpływających w konsekwencji na ocenę bezstronności i niezawisłości sądu, może złożyć strona postępowania, a sygnalizację w tym zakresie może przedstawić sam sędzia. W tym ostatnim przypadku inny skład sądu może z urzędu zbadać sprawę na skutek sygnalizacji sędziego (art. 42 § 1 w związku z § 4 k.p.k. oraz art. 49 § 1 k.p.c., por. też uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 9/07, OSNKW 2007/5, poz. 39; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., V KK 386/10) [...] Oceniając zasadność wątpliwości co do bezstronności sędziego, sąd bierze pod uwagę wszelkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na jej zachowanie. Mogą one obejmować powiązanie sędziego ze stronami sporu, okoliczności świadczące o uzależnieniu sędziego od określonych podmiotów zewnętrznych, w tym innych organów państwa czy partii politycznych. Znaczenie może mieć przy tym sposób uzyskania określonych profitów lub awansów przez sędziego. (...) Co do zasady, osoba, której udział w rozstrzygnięciu sprawy wyklucza postrzeganie sądu jako bezstronnego i niezawisłego powinna zostać ze składu sądu wyłączona z własnej inicjatywy, a przede wszystkim na wniosek strony. Jeżeli jednak do tego nie dojdzie, to w przypadku uznania, że w rozpoznaniu sprawy brała udział osoba posiadająca wprawdzie status sędziego lecz niespełniająca standardu bezstronności i niezawisłości, a w efekcie nie było obiektywnych warunków postrzegania danego sądu jako niezawisłego i bezstronnego, zachodzi przypadek nienależytego obsadzenia sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.” [pkt 21-24, s. 31-33 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN]. Jak jednoznacznie wynika z powyższego, Sąd Najwyższy odszedł więc od utrwalonej linii

orzeczniczej – zgodnie z którą sytuacja objęta zakresem normowania art. 41 § 1 k.p.k. może stanowić jedynie względną przyczynę odwoławczą (art. 438 pkt 2 k.p.k.), a więc taką, która powoduje uchylenie lub zmianę orzeczenia, jeśli zostanie wykazane, że mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia – i przyjął, że sytuacja, w której bezstronność sądu może być kwestionowana z powodu okoliczności powołania na urząd sędziego, powoduje wystąpienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej, określonej w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., polegającej na nienależytym obsadzeniu sądu w rozumieniu tego przepisu.

Zmianę tę należy ocenić krytycznie. Wypada w tym zakresie podzielić zastrzeżenia wobec takiego stanowiska, wyrażone w zdaniu odrębnym do uchwały połączonych Izb SN złożonym przez sędziego D. Kalę:

„Eksponowane w uzasadnieniu uchwały uchybienia związane z zasiadaniem w składzie orzekającym osoby, co do której zachodziły podstawy wyłączenia, o których mowa w art. 41 § 1 k.p.k., od lat konsekwentnie są traktowane jako względne przyczyny odwoławcze (zob. m.in. R.A. Stefański, Wyłączenie sędziego z mocy orzeczenia sądu, *Przegląd Sądowy* 2007, z. 6, s. 119; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2015 r., V KK 2/15, LEX nr 1645250; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2018 r., V KZ 15/18, LEX nr 2473817). Jako względne przyczyny odwoławcze traktowano również przypadki niedochowania wymogów wynikających z przepisów o wyznaczeniu składu orzekającego mających na celu zagwarantowanie bezstronności sądu (czyli np. dawnego art. 351 § 1 k.p.k.) lub naruszenia standardów dotyczących prawa do rozpoznania sprawy przez bezstronny sąd, określonych w art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W uzasadnieniu uchwały z dnia 17 listopada 2005 r., sygn. akt I KZP 43/05, w której stwierdzono, że »wyznaczenie składu sądu z naruszeniem reguł określonych w art. 350 § 1 k.p.k. i art. 351 § 1 k.p.k. stanowi względną przyczynę odwoławczą, o której mowa w art. 438 pkt 2 k.p.k.«, wskazano m.in., że »nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie do

polskiego Kodeksu postępowania karnego regulacji zawartych w art. 351 k.p.k. miało na celu wyłączenie niebezpieczeństwa manipulowania składami sądu i w ten sposób zapewnienie poszanowania zasady jego bezstronności (por. Uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu postępowania karnego, s. 429), w szczególności w jej aspekcie obiektywnym poprzez budowanie zaufania do sądu (T. Grzegorzczak, J. Tylman: Polskie postępowanie karne, Warszawa 1998, s. 635). Nie przesądzając tego, czy poprzez unormowania zawarte w art. 351 § 1 k.p.k. rzeczywiście można tego niebezpieczeństwa uniknąć, zauważyć trzeba, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż naruszenie przepisów o charakterze gwarancyjnym zawsze prowadzi do uchylenia orzeczenia na podstawie art. 439 § 1 k.p.k. W Kodeksie postępowania karnego jest przecież bardzo wiele przepisów, co do których gwarancyjnego charakteru nie można mieć żadnych wątpliwości, a poza sporem pozostaje, że naruszenie ich nie prowadzi do uchylenia orzeczenia bez względu na granice zaskarżenia i granice podniesionych zarzutów oraz bez względu na wpływ uchybienia na treść orzeczenia (...). Brak jest także powodów do twierdzenia, że jeżeli określone uchybienie proceduralne stanowi pogwałcenie prawa do rzetelnego (sprawiedliwego) procesu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji lub art. 6 KE, to siłą rzeczy musi być ono kwalifikowane jako bezwzględna przyczyna odwoławcza, o której mowa w art. 439 § 1 k.p.k. (...). Owszem, fakt, że określone uchybienie oznacza sprzeniewierzenie się gwarancjom konstytucyjnym, czy też gwarancjom przewidzianym w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, powinno być brane pod uwagę przy dokonywanej przez sąd odwoławczy ocenie, czy uchybienie to mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, niemniej ocena ta dokonywana być musi - poza wypadkami ściśle określonymi w art. 439 § 1 k.p.k. - w płaszczyźnie art. 438 k.p.k.« Podobny pogląd wyrażono ostatnio w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2019 r., II KO 47/18, OSNKW 2019/1/34.

Jest przy tym oczywiste, że jeśli strona została pozbawiona prawa do rozpoznania sprawy przez sąd niezawisły i bezstronny, to z punktu widzenia skutków tego stanu rzeczy bez znaczenia są przyczyny, które go wywołały. Oznacza to, że tak samo - z perspektywy kategorii przyczyn odwoławczych - winna być traktowana sytuacja, w której sędzia powołany w prawidłowo ukształtowanej procedurze, na wniosek w pełni niezależnego organu, okazał się być pozbawiony przymiotów osoby niezawisłej i bezstronnej, co pozbawiło jednostkę prawa do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, jak i stan rzeczy, w którym na brak niezawisłości i bezstronności sędziego wskazują uchybienia, jakimi dotknięta była procedura jego powołania.

Z przyczyn szczegółowo wyeksponowanych wyżej, a związanych przede wszystkim z koniecznością ścisłej wykładni przepisów określających bezwzględne przyczyny odwoławcze, a nade wszystko z obowiązkiem poszanowania autonomii woli stron i uzyskania wiążącego oraz ostatecznego rozstrzygnięcia w rozsądnym terminie, nie znajduję podstaw, by *de lege lata* odstąpić od opisanej wyżej utrwalonej linii wykładniczej. Linia ta jest zresztą zgodna – przynajmniej jeśli chodzi o kwestie związane z koniecznością uwzględniania w procesie woli stron – ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Organ ten mimo tego, że silnie akcentuje zarówno subiektywny, jak i obiektywny aspekt bezstronności, konsekwencje naruszenia prawa do rozpoznania sprawy przez niezależny i bezstronny sąd, związane z kwestią ewentualnego wzruszenia orzeczenia zapadłego w takowej sprawie, nakazuje oceniać wyłącznie z perspektywy woli podmiotu, który jest beneficjentem tego prawa. W sprawach przeciwko Turcji, w których stwierdzano naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w związku z brakiem niezależności i bezstronności krajowych sądów bezpieczeństwa, organ ten jednoznacznie wszak wskazywał, że co do zasady, najbardziej odpowiednią formą zadośćuczynienia za stwierdzone naruszenie byłoby, gdyby skarżący został bezzwłocznie poddany

ponownemu procesowi, **jeżeli tego zażąda** (podkreślenie moje D.K. - zob. wyrok ETPCz w sprawie Öcalan przeciwko Turcji z dnia 12 maja 2005 r., skarga nr 46221/99). Jeśli chodzi natomiast o stwierdzenie, czy na gruncie konkretnej sprawy sąd spełniał wymogi sądu bezstronnego, Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreśla, że przy podejmowaniu decyzji, czy w danej sprawie istnieje uzasadniony powód do obawy, że sąd lub sędzia nie był bezstronny, stanowisko zainteresowanej osoby jest ważne, ale nie decydujące. Decydujące jest bowiem to, czy obawę tę można uznać za obiektywnie uzasadnioną (zob. m.in. wyrok ETPCz w sprawie Ramos Nunes de Carvalho e Sá przeciwko Portugalii z dnia 6 listopada 2018 r., skargi nr 55391/13 , 57728/13 i 74041/13)” [D. Kala, *Uzasadnienie zdania odrębnego Sędziego Sądu Najwyższego Dariusza Kali do uchwały składu połączonych izb cywilnej, karnej oraz pracy i ubezpieczeń społecznych sądu najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r.*, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=608-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia>].

4. Istota problemu konstytucyjnego.

Należy zgodzić się z Sądem pytającym, że w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego wykreowano nowe, specyficzne rozumienie art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. Jak wskazano wyżej, w powołanych przez Sąd pytający judykatach (zob. s. 13-20 uzasadnienia pytania prawnego) oraz uchwale trzech izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. BSA I-4110-1/20, pojawiło się bowiem takie rozumienie przepisów art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., które kwestionuje możliwość sprawowania urzędu przez część sędziów powołanych przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy nowelizującej. W uchwale połączonych izb Sąd Najwyższy zakwestionował *in gremio* bezstronność i niezawisłość tych sędziów z powodu wątpliwości co do trybu powołania na urząd. Znaczenie normatywne nowego rozumienia art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., zaproponowane w

uchwale trzech izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., jest duże, ponieważ może ono mieć istotny wpływ na orzecznictwo sądów powszechnych.

Należy zwrócić uwagę, iż w uchwale połączonych Izb SN podzielono sędziów powołanych na wniosek KRS, ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy nowelizującej, na trzy kategorie – sędziów Sądu Najwyższego, sędziów sądów powszechnych oraz sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego. Wobec sędziów Sądu Najwyższego orzekających w innych izbach niż Izba Dyscyplinarna stwierdzono, że ich obecność w składzie oznacza nienależytą obsadę sądu w każdej sprawie, poza sprawami zakończonymi przed dniem podjęcia uchwały oraz tymi, które zostaną wydane w toczących się w tym dniu postępowaniach na podstawie Kodeksu postępowania karnego przed danym składem sądu. Wobec sędziów sądów powszechnych stwierdzono, że ich obecność w składzie oznacza nienależytą obsadę sądu, jeżeli wadliwość procesu powoływania prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 EKPCz – jednak z wyjątkiem orzeczeń wydanych przez sądy przed dniem jej podjęcia oraz orzeczeń, które zostaną wydane w toczących się w tym dniu postępowaniach na podstawie Kodeksu postępowania karnego przed danym składem sądu. Natomiast w odniesieniu do sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego stwierdzono, że ich obecność w składzie oznacza w każdej sprawie nienależytą obsadę sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., niezależnie od dnia wydania orzeczenia.

W rezultacie więc uchwała ta stanowi próbę wykreowania normy prawnej pozbawiającej sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego w sposób definitywny zdolności orzeczniczej niezależnie od czasu orzekania, pozostałych sędziów Sądu Najwyższego nią objętych – od dnia jej podjęcia, a sędziów sądów powszechnych warunkowo, poprzez umożliwienie badania podstaw do

podważenia ich niezawisłości wyłącznie z perspektywy formalnej prawidłowości procesu powołania.

Wedle tego poglądu ustalenia dotyczące statusu i stopnia niezawisłości sędziego sądu powszechnego powołanego na wniosek KRS na podstawie przepisów ustawy nowelizującej miałyby być dokonywane przez sąd w ramach kontroli instancyjnej poprzez przeprowadzenie, praktycznie nieograniczonej co do zakresu, kontroli prawidłowości przebiegu procedury nominacyjnej sędziego, obejmującej również ustrojowe elementy tej procedury.

Powyższe uwagi pozostają aktualne również na tle rozumienia art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. przedstawianego w innych powoływanych w treści pytania prawnego orzeczeniach.

Takie rozumienie art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. wydaje się nie do pogodzenia z fundamentalnymi dla ustroju wymiaru sprawiedliwości w Polsce normami polskiej ustawy zasadniczej – zwłaszcza z art. 45 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, oraz z odnoszącymi się do prawa do sądu unormowaniami prawa międzynarodowego i europejskiego. Należy bowiem już w tym miejscu zasygnalizować, że takie rozumienie art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. oznacza *de facto* usunięcie grupy sędziów z urzędu w rozumieniu art. 180 ust. 1 Konstytucji – jak bowiem podkreśla się w piśmiennictwie, *usunięciem sędziego, w rozumieniu art. 180 ust. 1 Konstytucji, byłoby [...] arbitralne pozbawienie go możliwości orzekania przy formalnym pozostawieniu na stanowisku [...]* (P. Wiliński, P. Karlik, komentarz do art. 180, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, wyd. 2016, Legalis 2020, teza 4).

5. Analiza formalnoprawna

Zgodnie z art. 193 Konstytucji, każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli

od odpowiedzi na to pytanie zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem.

W rozumieniu tego przepisu, ustalonym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, dla dopuszczalności merytorycznego rozpoznania pytania prawnego konieczne jest spełnienie trzech przesłanek. Po pierwsze, z pytaniem prawnym może wystąpić tylko sąd w rozumieniu art. 175 Konstytucji (przesłanka podmiotowa). Po drugie, pytanie prawne może dotyczyć zgodności kwestionowanego aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą, tj. aktem normatywnym mającym wyższą rangę w hierarchicznie zbudowanym systemie prawa. Przedmiotem pytania prawnego może być tylko akt normatywny mający bezpośredni związek z rozpoznawaną przez pytający sąd sprawą, a zarazem będący podstawą jej rozstrzygnięcia. Sąd może kwestionować każdy przepis, którego wykorzystanie rozważa bądź zamierza rozważyć przy rozstrzyganiu sprawy (przesłanka przedmiotowa). Przedmiotem pytania prawnego mogą więc być zarówno przepisy prawa proceduralnego, określające tryb danego postępowania, jak i przepisy prawa materialnego, na podstawie których możliwa jest ocena stanów faktycznych, mogą to być również przepisy kompetencyjne i ustrojowe. Sąd nie może jednak pytać ani o wykładnię przepisów, ani o kwestie związane ze stosowaniem prawa. Po trzecie, między orzeczeniem Trybunału (czyli odpowiedzią na pytanie prawne sądu) a rozstrzygnięciem sprawy toczącej się przed pytającym sądem zachodzić musi zależność o charakterze bezpośrednim, merytorycznym oraz prawnie istotnym (przesłanka funkcjonalna). Kontrola konstytucyjności wszczynana pytaniem prawnym jest bowiem ściśle powiązana z konkretną sprawą rozpoznawaną przez sąd występujący z pytaniem prawnym. Przedmiotem pytania prawnego może być więc wyłącznie ten przepis, który musi być zastosowany przez sąd w toczącym się postępowaniu i w oparciu o który sąd jest zobowiązany wydać stosowane orzeczenie, a więc który będzie stanowił podstawę rozstrzygnięcia. Jednakże, Trybunał Konstytucyjny

wielokrotnie podkreślał, że sama relewantność relacji między odpowiedzią na pytanie prawne a rozstrzygnięciem sprawy przez sąd nie wystarcza, aby uznać pytanie prawne za dopuszczalne. Pytanie prawne jest bowiem instytucją, która opiera się na obiektywnie istniejącej potrzebie stwierdzenia, czy przepis, który podlega zastosowaniu w toczącej się przed sądem sprawie, jest zgodny z aktem normatywnym wyższego rzędu, a potrzeba ta musi być tego rodzaju, że sąd stawiający pytanie prawne nie mógłby rozstrzygnąć toczącej się przed nim sprawy bez wcześniejszej odpowiedzi na pytanie prawne. Sąd występujący z pytaniem prawnym jest przy tym zobowiązany wskazać, w jakim zakresie odpowiedź Trybunału na pytanie prawne może mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, w związku z którą to pytanie postawiono [art. 52 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2393; dalej jako: uotpTK)]. Oznacza to, że zależność między odpowiedzią na pytanie prawne, a rozstrzygnięciem sądu, powinna być wskazana i uzasadniona przez sąd, a więc pytający sąd musi dokładnie uargumentować, dlaczego rozstrzygnięcie toczącej się przed nim sprawy nie jest możliwe bez wydania orzeczenia przez sąd konstytucyjny. Trybunał Konstytucyjny ma równocześnie kompetencję do oceny, czy sąd prawidłowo wykazał spełnienie przesłanki funkcjonalnej. W razie niespełnienia lub niewykazania spełnienia tej przesłanki postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK (zob. postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 29 marca 2000 r., sygn. P. 13/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 68; 7 lipca 2004 r., sygn. P 22/02, OTK ZU nr 7/A/2004, poz. 76; 22 października 2007 r., sygn. P 24/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 118; 27 lutego 2008 r., sygn. P 31/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 24; 11 lutego 2015 r., sygn. P 44/13, OTK ZU nr 2/A/2015, poz. 21; 15 września 2015 r., sygn. P 89/15, OTK ZU nr 8/A/2015, poz. 129; 16 maja 2017 r., sygn. P 115/15, OTK ZU seria A/2017, poz. 44).

W przedmiotowej sprawie oczywiste jest spełnienie przesłanki podmiotowej. Odnosząc się natomiast do przesłanki przedmiotowej, jak wspomniano, sąd pytający ma obowiązek z urzędu zbadać, czy nie zachodzi bezwzględna przyczyna odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k. Jest oczywiste, że co do zasady pytanie prawne nie może zmierzać do uzyskania wykładni zaskarżonego przepisu lub dokonania oceny sposobu stosowania prawa, lecz, jak słusznie podnosi się w doktrynie, „w procesie kontroli konstytucyjności prawa orzecznictwo sądów odgrywa coraz większą rolę. W wielu wypadkach ustalenie sposobu dokonywania wykładni kontrolowanych przepisów ma kluczowe znaczenie dla oceny zgodności z konstytucją. Ustalenie normatywnej treści ustawy bez odwoływania się do sądowej wykładni jest w ogóle niemożliwe. W tym znaczeniu przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego jest nie tylko akt normatywny, ale także sposób jego stosowania. Zjawisko to nasila się ze względu na szeroki zakres prawa do sądu. To sądy na poziomie stosowania prawa decydują najczęściej o sposobie rozumienia obowiązujących przepisów” (P. Tuleja, *Co kontroluje Trybunał Konstytucyjny?*, [w:] *Ustroje. Historia i współczesność. Polska - Europa - Ameryka Łacińska*, red. M. Grzybowski, M. Kuca, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013 r., s. 317). Innymi słowy, z uwagi na to, że przedmiotem kontroli konstytucyjności prawa jest norma prawna zakodowana w danej jednostce bądź jednostkach redakcyjnych, ustalając przedmiot kontroli Trybunał Konstytucyjny powinien uwzględniać wypracowany w orzecznictwie danej gałęzi prawa pogląd sądów – tak aby dokonać kontroli normy prawnej o treści, która rzeczywiście występuje w obrocie prawnym. W wyroku z dnia 8 grudnia 2009 r., sygn. SK 34/08, Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Dokonując kontroli konstytucyjności prawa, Trybunał Konstytucyjny uwzględnia praktykę rozumienia i stosowania zaskarżonego przepisu, jeżeli ma ona charakter:

a) stały,

b) powtarzalny,

c) powszechny oraz

d) determinuje faktycznie jednoznaczne odczytanie przepisu poddanego kontroli (zob. np. wyroki TK: z 17 listopada 2008 r., sygn. SK 33/07, OTK ZU nr 9/A/2008, poz. 154; z 16 września 2008 r., sygn. SK 76/06, OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 121; z 26 lutego 2008 r., sygn. SK 89/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 7; z 28 stycznia 2003 r., sygn. SK 37/01, OTK ZU nr 1/A/2003, poz. 3; z 9 czerwca 2003 r., sygn. SK 12/03, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 51; z 6 września 2001 r., sygn. P 3/01, OTK ZU nr 6/2001, poz. 163; z 8 maja 2000 r., sygn. SK 22/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 107 oraz postanowienie z 16 października 2007 r., sygn. SK 13/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 115).

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, okoliczność taka zachodzi w szczególności, jeżeli praktyka ukształtowała się wskutek działalności Sądu Najwyższego, którego uchwały - z racji mocy autorytetu i jego pozycji ustrojowej - są (powinny być) uwzględniane w judykaturze (zob. np. wyroki TK: z 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 24; z 28 października 2003 r., sygn. P 3/03, OTK ZU nr 8/A/2003, poz. 82)” (OTK ZU nr 2009/A/11, poz. 165).

Z powyższych względów przedmiotem kontroli w przedmiotowej sprawie jest wywiedziona z art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. norma prawna o treści ukształtowanej w najnowszym orzecznictwie sądowym, w szczególności w uchwale połączonych Izb Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. BSA I-4110-1/20, ukształtowana w oparciu o wykładnię, która „ma charakter wiążący dla wszystkich składów orzekających Sądu Najwyższego; mocą autorytetu (...) oddziałuje także na orzecznictwo sądów powszechnych” (pkt 54, s. 66 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). W takim kontekście należy więc uznać, że przedmiotowa przesłanka orzekania w niniejszej sprawie jest spełniona i należyście uzasadniona.

Ponadto Sąd pytający wyczerpująco uzasadnił spełnienie funkcjonalnej przesłanki pytania prawnego, wykazując, w jaki sposób odpowiedź udzielona przez Trybunał Konstytucyjny wpłynie na sposób rozstrzygnięcia zagadnienia występującego w zawisłej przed Sądem pytającym sprawie.

Natomiast w pytaniu prawnym nie uzasadniono należycie zarzutu naruszenia art. 173 Konstytucji.

Należy zauważyć, że do kognicji Trybunału Konstytucyjnego należy kontrola konstytucyjności przyjętych przez ustawodawcę rozwiązań normatywnych w relacji do wskazanych przez sąd pytający wzorców kontroli. Postępowanie przed Trybunałem, wszczęte wskutek skierowania pytania zawierającego argumentację wskazującą jedynie na wadliwość określonych rozwiązań – o ile nie odnosi się ona precyzyjnie do naruszenia wskazanych przez sąd pytający wzorców kontroli – musi podlegać umorzeniu z powodu niedopuszczalności wydania wyroku. Już bowiem na gruncie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 1 sierpnia 1997 r. (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) utrwalił się pogląd, zgodnie z którym sformułowanie zarzutu w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym oznacza sprecyzowanie przez skarżącego krytyki oraz nadanie ściśle określonej formy słownej jego twierdzeniu, że norma niższego rzędu jest niezgodna z normą wyższego rzędu. Istotę zarzutu stanowi zindywidualizowanie relacji między poddanym kontroli aktem normatywnym a wzorcem wskazanym przez skarżącego. Indywidualizacja ta polega na uzasadnieniu twierdzenia, że konkretny akt normatywny jest niezgodny z tym wzorcem. Uzasadnienie zarzutu musi polegać na sformułowaniu takich argumentów, które przemawiają na rzecz niezgodności zachodzącej pomiędzy normami wynikającymi z kwestionowanych przepisów a normami zawartymi we wzorcach kontroli. Wymóg uzasadnienia należy rozumieć jako nakaz odpowiedniego udowodnienia zarzutów w kontekście każdego wskazanego wzorca kontroli. W procedurze kontroli norm ciężar

dowodu, ciężar argumentacji, że zaskarżony przepis jest niezgodny z Konstytucją, spoczywa – co do zasady – na podmiocie inicjującym kontrolę przed Trybunałem Konstytucyjnym. Obowiązkiem tegoż podmiotu jest wykazanie bezpośredniego i konkretnego naruszenia wzorców kontroli, przy czym nie może się to sprowadzać do przytoczenia treści odpowiedniego przepisu Konstytucji (tak postanowienia Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 25 października 1999 r., sygn. SK 22/98, OTK ZU nr 6/1999, poz. 122; z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. SK 25/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 68; z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. Ts 73/11, OTK ZU nr 6/B/2014, poz. 484; z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. SK 38/14, OTK ZU seria A z 2017 r., poz. 2; z dnia 26 czerwca 2013 r., sygn. P 13/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 72; z dnia 30 października 2018 r., sygn. P 15/16, OTK ZU seria A z 2018 r., poz. 64). Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie. Przytaczane w piśmie procesowym argumenty mogą być mniej lub bardziej przekonujące, lecz zawsze muszą być argumentami nadającymi się do rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny (tak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 października 2010 r., sygn. P 10/10, OTK ZU nr 8/A/2010, poz. 78). Sąd pytający powinien nie tylko konkretnie wskazać, na czym polega naruszenie norm wyższego rzędu – powinien również przytoczyć konstytucyjne podstawy zasad, na które się powołuje, w szczególności ich zakorzenienie we wskazywanych w pytaniu prawnym wzorcach kontroli (*vide* – postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 listopada 2018 r., sygn. P 4/16, OTK ZU seria A z 2018 r., poz. 69).

W przedmiotowej sprawie, w zakresie naruszenia art. 173 Konstytucji – z uwagi na brak merytorycznego powiązania zarzutów z treścią tego wzorca kontroli – warunek ten nie wydaje się spełniony. Sąd pytający nie wykazał bowiem, w jaki sposób kwestionowane rozumienie art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. narusza odrębność i niezależność władzy sądowniczej od innych władz, określoną w art. 173 Konstytucji. Tymczasem, jak zauważał Trybunał

Konstytucyjny, „[m]erytoryczne rozpoznanie sprawy uzależnione jest nie tylko od precyzyjnego oznaczenia przez sąd pytający wzorców konstytucyjnych, ale i zgodnej z orzecnictwem konstytucyjnym ich interpretacji oraz odpowiedniego (adekwatnego) przyporządkowania do przedmiotu kontroli” (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2018 r., sygn. P 15/16, OTK ZU seria A/2018, poz. 64).

Z tego względu, wobec braku uzasadnienia zarzutu niezgodności art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. z art. 173 Konstytucji, postępowanie w tym zakresie należy umorzyć na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

6. Wzorce kontroli.

Jako pierwszy z wzorców kontroli w przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy powołał normę skonstruowaną z art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz związkowo powołanych z tym przepisem z art. 175 ust. 1, art. 178 ust. 1 i art. 180 ust. 1 Konstytucji. Jak się wydaje, w zakresie naruszenia prawa do sądu jako samodzielne wzorce kontroli powołane zostały ponadto art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze EKPCz oraz art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE. Jako odrębny wzorzec kontroli została przywołana norma skonstruowana z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji. Przyjęty przez Sąd pytający zakres wzorców kontroli uznać należy za wyczerpujący istotę przedstawianego problemu konstytucyjnego.

Wydaje się natomiast, że art. 179 Konstytucji powołany jako samodzielny wzorzec kontroli w kontekście li tylko ustrojowym i dookreślony w tym kontekście przez przepis art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji winien być ujęty również w konstrukcji normy zbudowanej w oparciu o przepis art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej. Art. 179 Konstytucji stanowi bowiem również element konstrukcji gwarancji nieodwołalności i niezawisłości sędziów.

Mając na uwadze powyższe, za wzorce kontroli w niniejszej sprawie należy przyjąć art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 175 ust. 1 w zw. z art. 178 ust. 1 w zw. z art. 179 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz art. 19 ust. zdanie 2 Traktatu o Unii Europejskiej, a ponadto art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP.

Przedstawiając wzorce kontroli, należy zacząć od art. 45 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

Konstytucyjne prawo do sądu zostało szczegółowo przeanalizowane w doktrynie konstytucyjnoprawnej, nauce praw człowieka i orzecznictwie sądowym. Prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji, jest nie tylko jednym z podstawowych praw podmiotowych jednostki, lecz również jedną z podstawowych gwarancji praworządności w demokratycznym państwie prawnym. Rozumienie tego prawa wykształciło się stopniowo w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Najczęściej przyjmuje się, że w jego skład wchodzi cztery komponenty, tj.: po pierwsze – prawo do uruchomienia procedury przed właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem; po drugie – prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności, czyli prawo do sprawiedliwego, rzetelnego postępowania sądowego; po trzecie – prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd; po czwarte – prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju organu orzekającego, w tym odpowiedniego umocowania organu rozpoznającego sprawę. Niekiedy jako kolejny element prawa do sądu wymienia się również prawo do skutecznego wykonania orzeczenia (zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 9 czerwca 1998 r., sygn. K. 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50; 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, *op. cit.*; 12 stycznia 2010 r., sygn. SK 2/09, OTK ZU nr

1/A/2010, poz. 1; 7 grudnia 2010 r., sygn. P 11/09, OTK ZU nr 10/A/2010, poz. 128; 25 stycznia 2011 r., sygn. P 8/08, OTK ZU nr 1/A/2011, poz. 2; 12 lipca 2011 r., sygn. K 26/09, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 54; 5 maja 2012 r., sygn. P 11/10, OTK ZU nr 5/A/2012, poz. 50; 30 września 2014 r., sygn. SK 22/13, OTK ZU nr 8/A/2014, poz. 96; 15 kwietnia 2008 r., sygn. P 26/06, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 42; 18 lipca 2011, sygn. SK 10/10, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 58).

W realiach przedmiotowej sprawy szczególnie istotny jest (wymieniony wyżej jako czwarty) ustrojowy aspekt prawa do sądu.

Prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organu rozpoznającego sprawę zostało zaliczone do elementów konstytucyjnego prawa do sądu m.in. w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06. Jak trafnie zauważa się w doktrynie, wynika z tego, że „wszelkie sprawy w rozumieniu art. 45 Konstytucji RP powinny być rozpatrywane przez sądy wymienione w ustawie zasadniczej, które jednocześnie muszą spełniać następujące wymogi: 1) właściwości; 2) niezależności; 3) bezstronności i 4) niezawisłości. Należy przy tym zauważyć, iż art. 45 ust. 1 Konstytucji RP odnosi niezależność i niezawisłość do sądu. Inne przepisy konstytucyjne odnoszą cechę niezależności do sądów, a cechę niezawisłości – do sędziów. Niezależność, niezawisłość i bezstronność sądu i sędziego pozostają jednak w ścisłym związku” [A. Bień-Kacała, *Konstytucyjne podstawy prawa do sądu (zasada ustawowej regulacji władzy sądowniczej)*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego, nr 3/2016 i powołana tam literatura].

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się więc, że konstytucyjne prawo do sądu obejmuje prawo do rozpatrzenia sprawy przez organ, którego konstrukcja i pozycja ustrojowa jest zgodna z postanowieniami art. 173-187 Konstytucji (wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 108, i powołane tam orzecznictwo). Musi to więc być – stosownie do wymagania art. 180 ust. 1 Konstytucji – sąd obsadzony

przez sędziów nieusuwalnych, co jest istotą gwarancji jego niezależności, bezstronności i niezawisłości w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, a także niezawisłości sędziów w rozumieniu art. 178 ust. 1 Konstytucji.

W aspekcie organizacyjnym sądownictwa podstawową zasadą, warunkującą realizację konstytucyjnego prawa do sądu, jest wynikająca z art. 175 ust. 1 Konstytucji zasada sądowego wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z tym przepisem wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Sądy są przy tym organami szczególnymi, składającymi się zasadniczo z sędziów, których status również objęty jest regulacją konstytucyjną. Jak zauważa się w doktrynie, „[n]iezawisły i niezależny sąd to z założenia sąd składający się z sędziów. Konstytucja nie wyklucza całkowicie wprowadzania dalszych wyjątków od wymienionej zasady polegających na powierzeniu sprawowania wymiaru sprawiedliwości osobom, których status prawny nawiązuje tylko do konstytucyjnej pozycji sędziego. Odstępstwa takie są jednak dopuszczalne, jeżeli zostaną spełnione łącznie dwa warunki. Przede wszystkim wyjątki muszą być uzasadnione konstytucyjnie legitymowanym celem i mieścić się w granicach realizacji tego celu. Instytucja powierzenia pełnienia czynności sędziowskich osobom niebędącym sędziami służyć powinna przede wszystkim lepszej realizacji podmiotowego prawa określonego w art. 45 Konstytucji RP. Muszą być także spełnione wszystkie istotne »materialnie« warunki, od których uzależniona jest bezstronność, niezawisłość i niezależność sądu. Inaczej mówiąc, niezależnie od nazwy stanowiska służbowego status osoby, której powierzono pełnienie czynności sędziowskich, musi ona odpowiadać wzorowi niezawisłości wynikającemu z konstytucyjnych przepisów dotyczących statusu sędziego” (A. Bień-Kacała, *op. cit.*, s. 17-18).

Przedstawione wyżej rozumienie prawa do sądu i zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości uzasadniają więc przyjęcie za wzorce kontroli w przedmiotowej sprawie również przepisów art. 175, art. 178 ust. 1 i art. 180

ust. 1 Konstytucji RP, które wspólnie tworzą zespół systemowych gwarancji zapewnienia obywatelom prawa określonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Artykuł 178 ust. 1 Konstytucji wyraża zasadę niezawisłości sędziowskiej. Stanowi on, że sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom.

W piśmiennictwie wskazuje się, że Konstytucja nie definiuje pojęcia niezawisłości sędziowskiej, co nakazuje odwołać się do rozumienia tego pojęcia ukształtowanego w doktrynie. Niezawisłość sędziowska rozumiana jest więc jako konieczność zapewnienia (stworzenia) sędziemu takiej sytuacji, by w wykonywaniu swoich czynności mógł podejmować bezstronne decyzje (rozstrzygnięcia), w sposób zgodny z własnym sumieniem i by był on zabezpieczony przed możliwością jakichkolwiek bezpośrednich lub pośrednich nacisków zewnętrznych (zob. L. Garlicki, komentarz do art. 178, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. IV, Warszawa 2005, s. 3 i 8).

Trybunał Konstytucyjny pojęcie to definiuje w podobny sposób, przyjmując w swoim orzecznictwie, iż „[n]iezawisłość polega na tym, że »sędzia działa wyłącznie w oparciu o prawo, zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem«” (wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, *op. cit.*). Trybunał przyjmował, że tak rozumiana niezawisłość obejmuje szereg elementów, takich jak: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania; 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych; 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych; 4) niezależność od wpływu czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych; 5) wewnętrzną niezależność sędziego (por. m.in. wyroki TK z dnia: 24 czerwca 1998 r., sygn. K. 3/98, OTK ZU nr 4/1998, poz. 52; 14 kwietnia 1999 r., sygn. akt K. 8/99, *op. cit.*; 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, *op. cit.* i 16 kwietnia 2008 r., sygn. K 40/07, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 44).

Niezawisłość obejmuje nie tylko sferę orzekania, lecz wszystkie działania sędziego związane ze sprawowaniem urzędu (por. L. Garlicki, komentarz do artykułu 178, *op. cit.*, s. 3, 8-9).

Zasada niezawisłości sędziowskiej stanowi więc konieczny fundament, na którym opiera się działanie władzy sądowniczej. Pozostaje ona w ścisłym i wzajemnym związku z zasadą niezależności sądów gdyż niezawisłość sędziowska warunkuje realizację zasady niezależności sądów i odwrotnie. Ma też znaczenie dla rozumienia pojęcia bezstronności sędziego (por. art. 45 ust. 1 Konstytucji), przy czym nie są to pojęcia tożsame znaczeniowo (por. wyrok TK z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. akt K 39/07, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 129).

Ustrojodawca wprowadził szereg gwarancji, których celem jest ochrona niezawisłości sędziowskiej. Obejmują one takie instytucje, jak: 1) konieczność zapewnienia odpowiedniego statusu materialnego i warunków pracy sędziego (art. 178 ust. 2 i art. 180 ust. 3-5 Konstytucji); 2) niepołączalność i apolityczność (art. 103 ust. 2 i art. 178 ust. 3 Konstytucji); 3) powoływanie sędziów na czas nieoznaczony (art. 179 Konstytucji); 4) nieusuwalność sędziego (art. 180 ust. 1 Konstytucji); 5) nieprzenoszalność sędziego (art. 180 ust. 2 Konstytucji); 6) immunitet sędziowski (art. 181 Konstytucji); 7) ponoszenie odpowiedzialności dyscyplinarnej wyłącznie przed sądami. Z kolei, w aspekcie merytorycznym niezawisłość sędziowska wymaga, aby sędzia w sprawowaniu funkcji jurysdykcyjnych opierał się wyłącznie na prawie (art. 178 ust. 1 Konstytucji). Podejmowane przez niego rozstrzygnięcia mogą podlegać kontroli jedynie przez inne sądy w toku kontroli instancyjnej.

Zgodnie z art. 179 Konstytucji sędziowie są powoływani przez Prezydenta, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, na czas nieoznaczony. Konstytucja wskazuje zatem dwa podmioty biorące udział w procedurze nominacyjnej sędziów – Prezydenta i KRS, zakłada więc współpracę tych dwóch konstytucyjnych organów władzy publicznej. Na podstawie art. 144 ust.

3 pkt 17 Konstytucji kompetencja w zakresie powoływania sędziów należy do tych aktów urzędowych Prezydenta, które dla swej ważności nie wymagają podpisu Prezesa Rady Ministrów (czyli do tzw. prerogatyw). Takie ukształtowanie charakteru aktu powołania sędziego uzasadniane jest jednak nie tyle potrzebą wzmocnienia samodzielnej pozycji ustrojowej Prezydenta, lecz wynika z konieczności zapewnienia niezależności sądownictwa od rządu i podległych mu organów. Wymóg kontrasygnaty oznaczałby bowiem przyznanie premierowi prawa weta wobec kandydatów zaproponowanych przez KRS (zob. wyrok TK z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. K 18/09, OTK ZU nr 6/A/2012, poz. 63; L. Garlicki, komentarz art. 179 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 4, Warszawa 1999-2007, teza 7; M. Masternak-Kubiak, komentarz do art. 144, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, [red.] M. Haczkowska, LexisNexis 2014, teza 5). Z art. 179 Konstytucji wynika także jedna z najistotniejszych gwarancji niezawisłości sędziowskiej, mieszcząca się w obrębie unormowań zapewniających nieusuwalność sędziego, a mianowicie bezterminowość powołania. Z normy zawartej w tym przepisie wynika, że powołanie sędziego na urząd jest „aktem o znaczeniu dożywotnim (bezterminowym) i nie podlega jakimkolwiek ograniczeniom czasowym” (K. Weitz, komentarz do art. 179, [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, wyd. 2016, Legalis 2019, teza 17).

W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że art. 179 jest wystarczającą podstawą realizowania przewidzianej w nim kompetencji Prezydenta do powoływania sędziów. Trybunał Konstytucyjny, zgodnie z poglądami doktryny, wskazał, że „omawiany przepis stanowi samodzielną i wystarczającą (kompletną) podstawę prawną wykonywania prerogatywy przez Prezydenta, której treścią jest powoływanie sędziów na wniosek KRS. W zakresie odnoszącym się do aktu nominacyjnego art. 179 Konstytucji jest stosowany bezpośrednio jako samoistna podstawa prawna aktu urzędowego Prezydenta.

(...) Powoływanie sędziów ma charakter kompetencji zakotwiczonej bezpośrednio w art. 179 Konstytucji, dla którego interpretacji istotne znaczenie ma kwalifikacja jej jako prerogatywy, oraz w art. 126 ust. 1 Konstytucji w zakresie, w jakim stanowi, że Prezydent jest najwyższym przedstawicielem Rzeczypospolitej Polskiej” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2017 r., sygn. K 3/17, OTK ZU seria A/2017, poz. 68; zob. też M. Masternak-Kubiak, komentarz do art. 178, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, [red.] M. Haczkowska, *op. cit.*, teza 5).

Oczywistym następstwem oparcia kompetencji Prezydenta bezpośrednio na normach ustawy zasadniczej jest brak możliwości weryfikowania tego aktu w toku jakiegokolwiek postępowania, w tym administracyjnego czy sądowoadministracyjnego. Należy zauważyć, że odnosząc się do innej prerogatywy Prezydenta (określonej w art. 183 ust. 3 Konstytucji), Trybunał Konstytucyjny przypominał, że „w polskim ustawodawstwie nie ma procedury umożliwiającej wzruszanie czy kontrolowanie aktów wydanych w ramach wykonywania przez Prezydenta RP jego prerogatyw. Konstytucja nie tylko nie zawiera, ale też nie daje możliwości stworzenia takiej procedury na poziomie ustawowym” (wyrok TK z dnia 24 października 2017 r., sygn. K 3/17, *op. cit.*; zob. również A. Kijowski, *Odrębności statusu prawnego sędziów Sądu Najwyższego*, Przegląd Sejmowy, nr 1/2004, s. 6; także J. Sułkowski, *Uprawnienia Prezydenta RP do powoływania sędziów*, Przegląd Sejmowy, nr 4/2008, s. 59-60).

Warunkiem uruchomienia tej kompetencji Prezydenta jest jednak działanie innego organu, a mianowicie Krajowej Rady Sądownictwa. Choć Rada jest organem konstytucyjnym, to jednak „lakoniczność regulacji konstytucyjnej, która się do niej odnosi, wskazuje, że ustrojodawca zasadnicze kwestie związane z jej funkcjonowaniem przekazał do regulacji ustawowej, pozostawiając w tekście Konstytucji jedynie pewien minimalny standard konstytucyjności KRS” (wyrok TK z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/19, OTK ZU seria

A/2019, poz. 17). Ta swoboda ustawodawcy dotyczy tak ukształtowania sposobu wyboru części członków i uregulowania sposobów działania KRS, w tym również kształtu etapów poprzedzających złożenie wniosku nominacyjnego do Prezydenta RP, jak i kryteriów, jakie powinien spełniać kandydat na urząd sędziego (zob. wyrok TK z dnia 8 maja 2012 r., sygn. K 7/10, OTK ZU nr 5/A/2012, poz. 48). Z konstytucyjnego unormowania wynika, co prawda, że KRS posiada wyłączną kompetencję do wystąpienia z wnioskiem o powołanie sędziego, lecz ze wskazanych wyżej powodów związana jest również określonymi ustawą przesłankami podejmowania działań i decyzji. Należy jednak zauważyć, że swoboda ustawodawcy w kształtowaniu tych rozwiązań ustawowych nie jest nieograniczona. Rola, jaką ustrojodawca przyznał Krajowej Radzie Sądownictwa w procesie nominacyjnym sędziów, nie zezwala bowiem na tworzenie unormowań, które dawałyby istotne uprawnienia w tym zakresie jakimkolwiek innym organom, a więc także sądom. Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której swoboda uznania KRS byłaby w istocie iluzoryczna lub też rola Rady zostałaby sprowadzona do wykonania narzuconego jej „obowiązku lub zakazu wystąpienia z wnioskiem co do określonej osoby lub osób, w określonej sytuacji, wbrew kolegialnej woli Rady” (K. Weitz, komentarz do art. 179, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, , op. cit., teza 12).

Jak wspomniano, dla oceny kwestii dotyczących niezawisłości sędziowskiej w kontekście konstrukcji prawa wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji, fundamentalne znaczenie ma zapisana wprost w treści art. 180 ust. 1 Konstytucji nieusuwalność sędziego. Przepis ten należy rozumieć jako „zakaz podejmowania decyzji, które ze względu na swój charakter lub podmiot decydujący stanowiłyby w istocie naruszenie niezawisłości sędziowskiej” (P. Wiliński, P. Karlik, komentarz do art. 180 Konstytucji, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, op. cit., teza 3). W świetle poglądów doktryny decyzja taka może polegać nie tylko na

pozbawieniu sędziego stanowiska. Jak wspomniano, pod pojęciem „usunięcia sędziego” należy bowiem rozumieć „zarówno arbitralne pozbawienie go urzędu, jak też arbitralne pozbawienie go możliwości orzekania przy formalnym pozostawieniu na stanowisku, a wreszcie także zmuszenie do takiej zmiany warunków wykonywania funkcji, że byłyby one w sposób oczywisty i obiektywny niemożliwe do realizacji i prowadziły jednoznacznie do eliminacji sędziego” (*ibidem*, teza 4).

Sąd pytający powołał jako wzorce kontroli również art. 6 ust. 1 EKPCz oraz art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE. Unormowania te, jako ratyfikowane w drodze ustawy umowy międzynarodowe, stanowią bowiem część krajowego porządku prawnego (art. 87 ust. 1 Konstytucji) i mogą być bezpośrednio stosowane na zasadach określonych art. 91 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Powszechnie podkreśla się silny związek pomiędzy normatywnymi treściami art. 45 ust. 1 Konstytucji i art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji, który brzmi: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej.”. W doktrynie wskazuje się bowiem, że przyjęta w Polsce formuła „prawo do sądu” w europejskim porządku prawnym (m.in. na gruncie Konwencji) jest ujmowana jako prawo do rzetelnego procesu (zob. A. Zieliński, *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, Państwo i Prawo, 2005, z. 11, s. 8). Z kolei, w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2008 r., sygn. V CSK 271/08, wskazano: „Postanowienia konwencji mogą zatem stanowić nie tylko wskazówkę interpretacyjną przy wykładni przepisów prawa wewnętrznego, ale i bezpośrednią podstawę rozstrzygnięć organów krajowych, jeżeli pozwala na to ich charakter. Konwencja o ochronie praw człowieka ma przy tym pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie

da się pogodzić z konwencją (art. 91 ust. 2 Konstytucji)” [Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych, 2009, nr 1, poz. 965]. Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie opowiedział się za możliwością przyjęcia postanowień EKPCz, w tym art. 6 ust. 1 Konwencji, jako wzorców hierarchicznej kontroli prawa (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01, OTK ZU nr 2/A/202, poz. 14 i z dnia 14 listopada 2006 r., sygn. SK 41/04, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 150).

W doktrynie podnosi się przy tym, że pomimo różnic terminologicznych, występujących między art. 45 ust. 1 Konstytucji a art. 6 ust. 1 Konwencji, przyjęte w Konstytucji ujęcie standardów „niezależności, niezawisłości i bezstronności” w pełni odpowiada standardom wynikającym z Konwencji (zob. G. Zalizowski, *Prawo do sądu na tle Konstytucji w kontekście europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* <http://repozytoriumuni.wroc.pl/dlibra/publication/82751/edition/79173?language=pl>).

W kontekście niniejszego problemu warto zwrócić uwagę, że doniosłe miejsce w orzecznictwie ETPCz, dotyczącym wymogu ustanowienia sądu w drodze ustawy, zajmuje kwestia wydania orzeczenia przez skład ukształtowany z naruszeniem przepisów krajowych. Orzecznictwo ETPCz zna wiele przypadków, w których uznawano naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji z tego powodu (wyroki ETPCz z dnia: 4 marca 2003 r. w sprawie *Posokhov p. Rosji*, skarga nr 63486/00; 23 kwietnia 2009 r. w sprawie *Moskovets p. Rosji*, skarga nr 14370/03; 14 czerwca 2011 r. w sprawie *Sevanstyanov p. Rosji*, skarga nr 75911/01; 25 października 2011 r., w sprawie *Richert p. Polsce*, skarga nr 54809/07; 12 kwietnia 2018 r., w sprawie *Chim i Przywieczerski p. Polsce*, skargi nr 36661/07 i 38433/07), w tym też z uwagi na to, że wyznaczenie danego składu opierało się na zwyczaju, zamiast na regulacji normatywnej (wyrok ETPCz z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie *Gurov p. Mołdawii*, skarga nr 36455/02).

Przedstawiane wyżej uwagi dotyczące art. 6 ust. 1 EKPCz w zasadniczy sposób rzutują na ocenę normatywnej treści kolejnego wzorca kontroli w przedmiotowej sprawie, tj. art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE, który stanowi, że Państwa Członkowskie ustanawiają środki zaskarżenia niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem Unii. Obowiązek ten koresponduje z prawem jednostek do rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd. Konieczność zapewnienia sądowej kontroli uprawnień jednostek wynikających z prawa Unii bywa wyprowadzany również z zasady lojalnej współpracy wyrażonej w art. 4 ust. 3 TUE (zob. P. Mikłaszewicz, *Niezależność sądów i niezawisłość sędziów kontekście zasady rządów prawa – zasadniczy element funkcjonowania UE w świetle orzecnictwa TSUE*, Państwo i Prawo, nr 3/2018 oraz powołane tam wyroki TSUE z dnia: 16 maja 2017 r. w sprawie C-682/15, *Berlioz Investment Fund S.A. p. Directeur de l'administration des contributions directes*, ECLI:EU:C:2017:373, pkt 44; 8 listopada 2016 r. w sprawie C-243/15, *Lesoochránárske zoskupenie VLK p. Obvodný úrad Trenčín*, ECLI:EU:C:2016:838).

Powiązanie między art. 6 ust. 1 EKPCz a wskazanymi wyżej przepisami prawa europejskiego wynika nie tylko z bliskości treściowej, lecz przede wszystkim ze względów traktatowych, a w szczególności ze względu na zasadę wynikającą z art. 6 ust. 3 TUE.

Przepisy Traktatu o Unii Europejskiej nakładają na Państwa członkowskie obowiązek zagwarantowania skutecznej ochrony sądowej praw podmiotowych jednostek wynikających z traktatów oraz aktów prawa pochodnego Unii. Prawa te mają być chronione przez sądy krajowe, które powinny być „niezależne (według standardów europejskich) względem pozostałych władz, oraz przez sędziów krajowych, których niezawisłość i bezstronność jest skutecznie zagwarantowana w prawie krajowym, a więc także przez stosowne gwarancje systemowe” (P. Mikłaszewicz, *op. cit.*; zob. też powołane tam wyroki TSUE z dnia: 25 lipca 2002 r., C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores p. Radzie*,

CLI:EU:C:2002:462, pkt 38 i 39; 29 czerwca 2010 r., C-550/09, *Postępowanie karne przeciwko E i F*, ECLI:EU:C:2010:382, pkt 44; 3 października 2013 r., *Inuit Tapiriit Kanatami i in. p. Parlamentowi i Radzie*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, pkt 100, 101).

Powołane wyżej standardy europejskie nie odbiegają od standardów wyznaczonych w tym zakresie przez art. 6 ust. 1 Konwencji. W szczególności, w orzecznictwie TSUE przyjmuje się, że organ sądowy zapewniający skuteczną ochronę prawną to organ ustanowiony w drodze ustawy, mający charakter stały, a jego jurysdykcja ma mieć charakter obligatoryjny. Ma to być organ niezwisły, stosujący przepisy prawa, a postępowanie przed nim ma być kontradiktoryjne (zob. wyrok TSUE z dnia 16 lutego 2017 r., *Margarit Panicello*, C-503/15, EU:C:2017:126, pkt 27 i powołane tam orzecznictwo; wyrok Sądu z dnia 23 stycznia 2018 r., *FV p. Radzie Unii Europejskiej*, ECLI:EU:T:2018:22, pkt 68).

W kontekście niniejszej sprawy fundamentalne znaczenie ma natomiast okoliczność, iż jednym z elementów gwarantujących niezawisłość sędziowską w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPCz oraz art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE jest nieusuwalność sędziego (por. powołany wyrok ETPCz z dnia 30 listopada 2010 r., *H. Urban i R. Urban p. Polsce*, oraz wyrok TSUE sprawie C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses p. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, pkt 45). Z tego względu wspomniane normy prawa międzynarodowego i europejskiego stoją na przeszkodzie arbitralnemu pozbawieniu sędziego urzędu lub pozbawieniu go możliwości orzekania (zob. L. Bosek, G. Żmij, *op. cit.*, s. 34).

7. Analiza zgodności.

Jak to już zasygnalizowano, istota podnoszonego przez Sąd pytający problemu konstytucyjnego sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy w świetle norm rangi ponadustawowej uprawnione jest takie rozumienie przepisów art.

439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., zgodnie z którym wątpliwości co do prawidłowości procedury powołania przez Prezydenta RP na urząd sędziego członka składu orzekającego w danej sprawie mogą powodować, że w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona do orzekania bądź zachodzi przypadek nienależytej obsady sądu w rozumieniu tych przepisów – a więc w istocie – czy zakwestionowane przepisy na płaszczyźnie procesu karnego zezwalają na badanie statusu sędziego, dokonywane w kontekście prawidłowości ustrojowego elementu procedury nominacyjnej.

Choć ani w innych orzeczeniach, ani w treści uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. ostatecznie nie zakwestionowano sprawowania urzędu sędziego przez osoby powołane na urząd sędziego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy nowelizującej, to przyjęcie przez skład połączonych Izb Sądu Najwyższego w sprawie BSA I-4110-1/20, że „uprawnienia sędziowskie” niektórych sędziów „mogą być w przyszłości kwestionowane” (pkt 42, s. 52 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN) z powodu rzekomej wadliwości ukształtowania KRS, która wnioskowała o ich powołanie – co skutkowało następnie uznaniem, że „nie jest »należyty« taki skład sądu” (*ibidem*) – jest w istocie właśnie zakwestionowaniem, na zasadzie odpowiedzialności zbiorowej, uprawnień sędziowskich całej grupy sędziów, obecnie przede wszystkim zdolności do orzekania, a więc istoty sprawowania urzędu sędziego. Pozbawiono ich bowiem w ten sposób faktycznej możliwości orzekania bez narażania prowadzonych procesów. Jak wspomniano, stanowi to usunięcie tych sędziów w rozumieniu art. 180 ust. 1 Konstytucji poza trybem przewidzianym w art. 180 ust. 2 Konstytucji, w szczególności biorąc pod uwagę, że możliwość konwalidacji tak rozumianej „wady” bez powtórzenia procedury budzi wątpliwości. Stanowi to oczywiste naruszenie wskazanych norm rangi konstytucyjnej.

Należy przy tym podkreślić, że argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN z dnia 23 stycznia 2020 r. i innych orzeczeniach powołanych zarówno w treści tego uzasadnienia, jak i w pytaniu prawnym będącym przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie – w szczególności w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2019 r., sygn. III KO 154/18 (*op. cit.*), a także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. III PO 7/18 (*op. cit.*) – jest obarczona istotnymi wadami. Uchwała połączonych Izb SN o sygn. BSA I-4110-1/20 skutkowałą przy tym ukształtowaniem normy prawnej, wywodzonej z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., o treści niezgodnej z normami wyższego rzędu. Z uwagi na ten fakt uzasadnienie tego orzeczenia wymaga analizy w kontekście przedstawionego w niniejszej sprawie pytania prawnego. Problematyka poruszona bowiem w treści uchwały BSA I-4110-1/20 jest nierozzerwalnie związana z analizą konstytucyjności zakwestionowanych w niniejszej sprawie norm.

Orzeczenie to ma wady nie tylko w zakresie przedstawionej argumentacji, lecz również formalne, polegające na udziale w wydaniu orzeczenia osób, co do których istnieją okoliczności tego rodzaju, że wywołują uzasadnioną wątpliwość co do ich bezstronności w danej sprawie (art. 41 § 1 k.p.k.) – co dotyczy w szczególności jednego z sędziów sprawozdawców. Z uwagi bowiem na uprzednią działalność publiczną sędziego sprawozdawcy W. Wróbla, posługując się kategoriami wskazanymi w treści uchwały BSA I-4110-1/20, „osobie tej może być przypisywany – w obiektywnej ocenie – motyw popierania jednej ze stron tego sporu dla ochrony własnych interesów” (pkt 42, s. 53 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Sędzia ten w publikacji zatytułowanej *Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP* (Palestra 1-2/2019) wyraził bowiem kontrowersyjny pogląd, że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego stanowi sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji i jako taka jest powołana niezgodnie z ustawą zasadniczą. Oceniał również, że „powoływanie do Izby Dyscyplinarnej na

stanowiska sędziów tej izby dokonuje się w sposób autonomiczny – i następuje to w procedurze określonej już w nowej ustawie o Krajowej Radzie Sądownictwa, a więc w procedurze skrajnie upolitycznionej z uwagi na partyjny wybór członków Rady przez zwykłą większość sejmową oraz uznanie, że wręczenie nominacji sędziowskiej przez Prezydenta ma charakter prerogatywy, a więc jest uznaniowe” (Palestra 1-2/2019, s. 27-28). Nie może budzić wątpliwości, że publiczne wyrażanie takich poglądów na okoliczności związane z rozpoznaniem sprawy, w której sędzia jest sprawozdawcą, powoduje, że w obiektywnej ocenie można mu przypisać motyw popierania jednej ze stron tego sporu, a na pewno wywołuje to uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie w rozumieniu art. 41 § 1 k.p.k.

W szczególności musi w tym kontekście budzić zdziwienie powołanie się w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2019 r. w sprawie III PO 7/18 w przedmiocie Izby Dyscyplinarnej SN, poprzez wskazanie, że Sąd Najwyższy w połączonych Izbach „podziela w tym zakresie w pełni ocenę prawną oraz jej uzasadnienie wyrażoną w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2019 r. w sprawie III PO 7/18, zgodnie z którą, Izba Dyscyplinarna powołana w Sądzie Najwyższym ustawą o SN z 2017 r. strukturalnie nie spełnia cech niezawisłego sądu w rozumieniu art. 47 KPP oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a także art. 6 ust. 1 EKOPCz, i ma charakter sądu wyjątkowego, którego ustanowienie – na mocy art. 175 ust. 2 Konstytucji RP – jest zakazane w czasie pokoju. Już choćby z tego powodu orzeczenia wydane przez składy sędziowskie działające w ramach Izby Dyscyplinarnej nie mają charakteru orzeczeń wydanych przez należycie obsadzony sąd” (pkt 45 *in fine*, s. 58 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). O ile bowiem w treści uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN nie powołano się na wspomnianą publikację sędziego sprawozdawcy, to w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2019 r. w sprawie III PO 7/18, jedynym powołanym źródłem bibliograficznym przytoczonym w uzasadnieniu

oceny Izby Dyscyplinarnej SN w tym orzeczeniu (pkt 64-79 uzasadnienia wyroku o sygn. III PO 7/18) jest właśnie ww. publikacja sędziego sprawozdawcy w sprawie BSA I-4110-1/20. Skądinąd symptomatyczne, że w uzasadnieniu oceny Izby Dyscyplinarnej SN w wyroku III PO 7/18 jedynym innym źródłem bibliograficznym, na podstawie którego, jak się wydaje, Sąd Najwyższy ustalił stan faktyczny w sprawie, są trzy artykuły z prasy codziennej (pkt 66 *in fine* uzasadnienia). Taki standard orzeczniczy w ważkiej sprawie ustrojowej musi budzić wątpliwości.

Reasumując, jako uzasadnienie rozstrzygnięcia w uchwale połączonych Izb SN powołano pogląd w całości oparty na opublikowanym wcześniej artykule sędziego sprawozdawcy. W rezultacie Sąd Najwyższy wydał orzeczenie w warunkach, które sam w jego treści uznał za stanowiące o istnieniu wątpliwości co do bezstronności sędziego. Z tych względów zawartą w treści uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN uwagę, że „[i]nną okolicznością świadczącą o dbałości sędziego o zachowanie zasad bezstronności i niezawisłości jest podjęcie starań o wyjaśnienie dotyczących go wątpliwości przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy (np. przez sygnalizację z art. 41 k.p.k. oraz art. 49 § 1 k.p.c.)” [pkt 53, s. 65 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN] należy uznać w najlepszym razie za brak konsekwencji.

W uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN wskazano, że „podejmując uchwałę (...) Sąd Najwyższy wykonuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19 listopada 2019 r. w sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18 przez wyjaśnienie praktycznych procesowych konsekwencji, jakie łączą się z zasiadaniem w składzie orzekającym sądu przez sędziego, który został powołany na urząd w postępowaniu prowadzonym przez Krajową Radę Sądownictwa, co do której test niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej ma wynik negatywny, a samo postępowanie przed nią i ewentualnie także wcześniejsze lub kolejne etapy postępowania zmierzającego do uzyskania przez konkretną osobę powołania na urząd sędziego dotknięte są

jeszcze innymi uchybieniami” (pkt 4, s. 8 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Jednocześnie, w dalszej części uzasadnienia wskazano, że „Sąd Najwyższy ma obowiązek pominąć każde działanie władzy ustawodawczej lub wykonawczej albo orzeczenie krajowe, które stałoby w sprzeczności z zasadą pierwszeństwa prawa unijnego, zasadą lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 TUE) oraz zasadą skutecznej ochrony sądowej (art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE), w tym w szczególności takie, które miałyby na celu zablokowanie wykonania wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19 listopada 2019 r. przez wyjaśnienie konsekwencji wykładni prawa unijnego dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości UE w tym orzeczeniu z punktu widzenia krajowych przepisów procesowych” (pkt 4, s. 9 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Innymi słowy, Sąd Najwyższy, stwierdził, że treść rozstrzygnięcia w tej sprawie podyktowana jest wyrokiem TSUE z 19 listopada 2019 r. i żadne prawo ani orzeczenie krajowe nie może przeszkodzić w wydaniu przez połączone Izby SN takiego rozstrzygnięcia.

Jest to fundamentalne nieporozumienie.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zaproponowany w powyższym wyroku przez TSUE instrument nie przewiduje możliwości zakwestionowania w całości Izby Dyscyplinarnej SN jako sądu, ograniczając się do wykreowania upoważnienia do **pominięcia wyłącznie przepisów dotyczących właściwości tego organu** i to w sytuacji wystąpienia ściśle określonych przesłanek, które – według Trybunału – muszą być rozpatrywane łącznie (zob. pkt 153 wspomnianego wyroku TSUE). Co ma jednak kluczowe znaczenie, **omawiane przesłanki nie materializują się w innego rodzaju sprawach niż sprawy z zakresu stanu spoczynku sędziów Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego**. Do takiej konstatacji jednoznacznie prowadzi analiza okoliczności wskazanych w pkt. 146-148 wyroku TSUE.

Co więcej, TSUE uznając, iż zasada skutecznej ochrony sądowej może uprawniać do oceny okoliczności związanych z Krajową Radą Sądownictwa,

wskazując w tym miejscu na zakończenie kadencji członków KRS i nowy sposób powoływania sędziów-członków KRS, nie przesądził jednocześnie, że sąd krajowy może pominąć przy tej ocenie uregulowania konstytucyjne. Innymi słowy, abstrakcyjne ujęcie przez TSUE przesłanek oceny, umożliwiające wypełnienie ich treścią przez sąd odsyłający, z pominięciem samodzielnej oceny ze strony TSUE, **nie powoduje, że sąd krajowy stał się upoważniony do pominięcia wszystkich regulacji krajowych dotyczących przedmiotowej materii.** Stałoby to w jawnej opozycji do zasad wynikających z art. 8 ust. 1 i art. 178 ust. 1 Konstytucji RP. W dotychczasowym dyskursie dotyczącym omawianego wyroku Trybunału w Luksemburgu wyraźnie umyka przy tym okoliczność, że TSUE nie podzielił kategorycznych osądów wyrażonych w opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego* (ECLI:EU:C:2019:551, pkt. 132-137), a dotyczących KRS. W szczególności – w odróżnieniu od Rzecznika Generalnego – TSUE nie dezawuował wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/18 (*op. cit.*).

W tym stanie rzeczy, omawiane orzeczenie TSUE należy interpretować w ten sposób, że jakkolwiek dla oceny Izby Dyscyplinarnej, jako sądu mającego gwarantować skuteczną ochronę sądową w dziedzinach objętych prawem Unii, mogą zasadniczo mieć znaczenie okoliczności podniesione przez sąd odsyłający dotyczące KRS, to jednak ocena tych okoliczności *in concreto*, pozostawiona sądowi odsyłającemu, w dalszym ciągu musi uwzględniać przepisy krajowe, które mogą determinować kierunek i wynik tejże oceny. **W żadnym zaś miejscu TSUE nie upoważnił sądu odsyłającego do pomijania przy tej okazji przepisów polskiej Konstytucji,** w tym podawania w wątpliwość uprawnień do orzekania bądź należytej obsady sądu sędziów powołanych na wniosek KRS ukształtowanej na mocy ustawy nowelizującej. Mało tego, w orzecznictwie TSUE wprost przesądzono, że warunkiem niezależności sądownictwa jest nieusuwalność sędziów – usunięcie sędziego z urzędu lub

odsunięcie od orzekania nie jest bezwzględnie zakazane, ale nie może się odbywać bez wyraźnej podstawy ustawowej, spełniającej kryteria proporcjonalności, oraz z pogwałceniem wymogów proceduralnych, to jest np. bez zapewnienia takiemu sędziemu prawa do obrony przed niezależnym i niezawisłym sądem (*vide* – wyrok TSUE z dnia 24 czerwca 2019 r., C-619/18, *Komisja p. Polsce*, pkt 76 i n.). Jak można wywodzić z tego orzeczenia, nie jest dopuszczalne odsunięcie od orzekania całej grupy sędziów bez zachowania powyższych gwarancji. Tym bardziej niedopuszczalne jest stosowanie tożsamego co do skutków mechanizmu w ramach wykładni instytucji prawnych służących zupełnie innym celom. Tego rodzaju zakazy stanowią gwarancje niezawisłości i niezależności – podyktowane tym, że sędzia, w procesie stosowania prawa, nie może poddawać pod rozwagę, czy wydane przez niego rozstrzygnięcie z uwagi na kierunek rozstrzygnięcia nie spowoduje dla niego ujemnych skutków w postaci kwestionowania jego inwestytury przez inny organ, w tym Sąd Najwyższy.

Z tego też powodu, najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego, zapadłe po uzyskaniu odpowiedzi Trybunału w Luksemburgu, stanowi przykład nadużycia interpretacyjnego. Żadne bowiem orzeczenie TSUE nie może upoważniać do „negatywnej weryfikacji” statusu sędziów (pkt 11, s. 20 uzasadnienia połączonych Izb SN). Mimo formalnie składanych w treści uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN deklaracji, że status sędziów nie jest w niej kwestionowany, jak wspomniano, uzasadnienie to zawiera sformułowania, które jednoznacznie świadczą o tym, że jest inaczej, takie jak stwierdzenie, iż „nie jest »należyty« taki skład sądu, w którym bierze udział osoba, której uprawnienia sędziowskie **mogą być w przyszłości kwestionowane**” [podkreślenie własne] (pkt 42, s. 52 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN).

Reasumując, w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN powołano się na wykonanie wyroku TSUE z dnia 19 listopada 2019 r. poza zakresem jego aplikacji, łamiąc jednocześnie wskazania TSUE zawarte w innym wyroku.

Należy również podnieść, że Sąd Najwyższy zarówno w uchwale połączonych Izb, jak i wyroku z 5 grudnia 2019 r., sygn. III PO 7/18, potraktował kwestię nadrzędności prawa Unii Europejskiej tak, jakby była to problematyka niekontrowersyjna i ostatecznie rozstrzygnięta w kulturze prawnej wszystkich państw członkowskich, poświęcając jej jedynie kilka zdań. Jest to stanowisko fałszywe. W istocie, zakres kompetencji TSUE i relacja między prawem UE a prawem państw członkowskich – w szczególności normami rangi konstytucyjnej – to jeden z najbardziej kontrowersyjnych problemów w dogmatyce prawa unijnego.

W polskim systemie prawnym nie może być kwestionowana zasada nadrzędności Konstytucji nad innymi źródłami prawa – która wynika z art. 8 ust. 1 ustawy zasadniczej. Już w wyroku z dnia 16 listopada 2011 r., pełny skład Trybunału Konstytucyjnego wskazał, że „[w]ykładnia »przyjazna dla prawa europejskiego« ma swoje granice. Nie może prowadzić do rezultatów sprzecznych z wyraźnym brzmieniem norm konstytucyjnych i niemożliwych do uzgodnienia z minimum funkcji gwarancyjnych, realizowanych przez Konstytucję” (sygn. SK 45/09, OTK ZU nr 9/A/2011, poz. 97). Co więcej, podkreślono, że „ze względu na treść art. 8 ust. 1 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny jest zobowiązany do takiego pojmowania swej pozycji, że w sprawach zasadniczych, o wymiarze ustrojowym zachowa pozycję »sądu ostatniego słowa« w odniesieniu do polskiej Konstytucji” (*ibidem*).

Zapewne podobne uregulowanie przedmiotowej kwestii w konstytucjach narodowych innych państw członkowskich sprawia, że na gruncie art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji oraz art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE nie przyjęto jednolitych zasad dotyczących organizacji wymiaru sprawiedliwości (zob. wyrok TSUE z dnia 19 listopada 2019 r., *Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego*,

C-585/18, C-624/18 i C-625/18, *op. cit.*, pkt 130). Z uwagi na to, że TUE i EKPCz nie nakazują państwom-stronom przyjęcia konkretnych standardów organizacji systemu sądownictwa, w tym zasad nominacji sędziów i kształtu organów takich jak KRS – wbrew sugestii Sądu Najwyższego – nie może być mowy o wadliwości procedury powołania, która naruszałaby standardy wyznaczone w prawie europejskim bądź konwencyjnym. Wynika to z faktu, że w zakresie organów dokonujących wyboru członków oraz składu KRS takie standardy po prostu nie istnieją. W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że teza z pkt. 138 wyroku TSUE z 19 listopada 2019 r. o tym, że organ taki jak KRS powinien być „wystarczająco niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej oraz od organu, któremu ma przedłożyć taki wniosek o powołanie [sędziego – przyp. wł.]” nie znajduje oparcia normatywnego w jakimkolwiek akcie prawnym. Należy przy tym podkreślić, że oparcia normatywnego taki pogląd mieć nie może – gdyby bowiem podjęto próbę przyłożenia takiego standardu do rad sądownictwa w innych niż Polska państwach Unii Europejskiej, okazałoby się, że większość tych organów go nie spełnia.

Należy przy tym podkreślić, że na gruncie konstytucji niemieckiej Federalny Sąd Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 czerwca 2009 r., zapadłym w sprawie o sygn. 2 BvE 2/08 i in., *Lissabon* jednoznacznie wskazał, że kwestie dotyczące organizacji krajowego wymiaru sprawiedliwości zasadniczo pozostają w sferze kompetencji własnych państw członkowskich Unii Europejskiej. W ocenie niemieckiego sądu konstytucyjnego, zasady tej nie może zmienić wynikające z prawa wspólnotowego zobowiązanie tych państw do zagwarantowania skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem Unii, zawarte w art. 19 ust. 1 TUE. Federalny Sąd Konstytucyjny podkreślił bowiem, że mimo istnienia tego obowiązku, kompetencje państw członkowskich w zakresie organizacji wymiaru sprawiedliwości, w tym także w kwestiach obsady personalnej i finansowania sądownictwa, pozostają nietknięte (zob.

K. Rokicka, *Przepisy i normy otwierające porządek prawny na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne w Republice Federalnej Niemiec*, Studia Iuridica Toruniensia, Tom XIV, 2014 s. 297-315). Także w najnowszym orzecznictwie FSK wskazuje się dosyć kategorycznie, że „swoboda działania, która wiąże się z przydzielaniem zadań na mocy art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE, kończy się jednak tam, gdzie wykładnia traktatów nie jest już zrozumiała, a zatem jest obiektywnie samowolna. Gdyby TSUE przekroczył tę granicę, jego działanie nie byłoby już uzasadnione w art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE, a jego decyzji w odniesieniu do Niemiec brakowałoby minimum stopnia legitymacji demokratycznej, wymaganej na podstawie art. 23 ust. 1 zd. 2 w związku z art. 20 ust. 1 i 2 oraz art. 79 ust. 3 Ustawy Zasadniczej (...)” [wyrok FSK z dnia 30 lipca 2019 r., 2 BvR 685/14, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/07/rs20190730_2bvr168514.html, tłum. wł., pkt. 151].

Reasumując, choć w orzecznictwie TSUE bywa wyrażany pogląd o pierwszeństwie prawa unijnego również przed normami rangi konstytucyjnej państw członkowskich, orzecznictwo sądów konstytucyjnych państw członkowskich dość jednoznacznie uznaje, że brak jest podstaw prawnych dla jego obrony.

W polskim systemie prawnym z pewnością aplikacja wyroku TSUE nie może prowadzić do naruszenia norm rangi konstytucyjnej, takich jak zasada nieusuwalności sędziego wywodzona z art. 180 ust. 1 Konstytucji – co skądinąd stałoby w sprzeczności z innymi orzeczeniami TSUE. Jeśliby nawet przyjąć, że orzeczenia TSUE mają moc normotwórczą, nie ma podstawy prawnej, z której wynikałoby pierwszeństwo tak ukształtowanych norm przed normami rangi konstytucyjnej. Jest to być może jeden z powodów, dla których wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r. nie przyjął kształtu proponowanego przez Rzecznika Generalnego Trybunału.

Z powyższych względów nie da się bronić tezy, że uchwała połączonych Izb SN stanowi wykonanie wyroku TSUE z dnia 19 listopada 2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18 – orzeczenie to nie może służyć do zakwestionowania dotychczasowego ujęcia uprawnień i statusu sędziów, a tym samym wpłynąć na wykładnię przepisów będących przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie.

Nie sposób także uznać – wbrew temu, co stwierdzono w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN (*vide* – pkt 18, s. 29 uzasadnienia połączonych Izb SN) – że utrwalonym kierunkiem interpretacyjnym w orzecznictwie ETPCz jest takie rozumienie art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji, które polega na przyjęciu, że naruszenie przepisów proceduralnych przy powoływaniu sędziów, bez względu na ważność aktu powołania, prowadzi do naruszenia prawa do sądu. Na poparcie tego poglądu Sąd Najwyższy powołał w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN wyrok ETPCz z dnia 12 marca 2019 r. w sprawie *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii*, skarga 26374/18W, stanowiący niekiedy fundament rozstrzygnięć w ramach nowego kierunku orzeczniczego Sądu Najwyższego, w którym recypuje się rozważania ETPCz do oceny polskiej procedury nominacyjnej dotyczącej sędziów (*vide* – *ibidem*; por. także uzasadnienie postanowienia z dnia 28 marca 2019 r., sygn. III KO 154/18, *op. cit.*).

Jest to jednak kolejne nieporozumienie.

Po pierwsze, orzeczenia ETPCz w sprawach naruszenia ustawowych wymogów związanych z wyborem składu sądu dotyczą uchybienia art. 6 EKPCz wskutek naruszenia krajowych przepisów, a nie ich wadliwego kształtu. Tymczasem w Polsce nie doszło do naruszenia ustawowych wymogów wyboru sędziów – kwestionowane są przede wszystkim regulacje ustawowe dotyczące kształtu Krajowej Rady Sądownictwa.

Po drugie, wyrok ETPCz w sprawie *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii* z dnia 12 marca 2019 r. nie jest bezwzględnie ostateczny. Na mocy art.

43 ust. 1 EKPCz każda ze stron może w okresie 3 miesięcy od daty wydania wyroku wnioskować o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby ETPCz. Wielka Izba rozpoznaje wówczas sprawę od początku (L. Garlicki, komentarz do art. 43 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Tom II, Komentarz do artykułów art.19-59*, Legalis 2019, teza 2). Tymczasem, sprawa ze skargi *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii*, na wniosek Islandii, została przekazana do Wielkiej Izby ETPCz i, jak wynika z komunikatu z dnia 10 września 2019 r., skład pięciu sędziów Trybunału zdecydował w dniu 9 września 2019 r. o przedstawieniu wniosku Wielkiej Izbie [zob. komunikat ECHR 302(2019), <https://www.echr.coe.int/>, dostęp w dniu 12 września 2019 r.]. Sprawa zostanie więc rozpoznana od początku. Należy ponownie podkreślić, że nie jest to postępowanie apelacyjne czy kasacyjne, a przedmiotem rozpatrzenia jest skarga (sprawa), nie zaś wyrok wydany przez izbę – wyrok Wielkiej Izby pozbawi więc wyrok Izby skutków prawnych, wstępując w jego miejsce (*vide* – R. Degener, komentarz do art. 43, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 19–59*, [red.] L. Garlicki, C. H. Beck 2011, teza 2 i 5). Treść rozstrzygnięcia w tej sprawie nie jest więc w istocie znana.

Po trzecie, okoliczności sprawy *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii* nie mają żadnego związku z sytuacją prawną kwestionowaną przez polski Sąd Najwyższy. W powyższej sprawie skarżący nie kwestionował samej procedury wyboru nowych sędziów – jak czyni to polski Sąd Najwyższy – lecz dwupłaszczyznowe nieprawidłowości, do jakich doszło przy wyborze sędziów do nowego sądu apelacyjnego. Z jednej bowiem strony Sąd Najwyższy Islandii stwierdził, iż Minister Sprawiedliwości Islandii naruszyła prawo, gdy zdecydowała o usunięciu czterech kandydatur z listy przedstawionej jej przez oceniający kandydatów Komitet Ewaluacyjny i wpisaniu na listę czterech innych kandydatur – w tym kandydatury sędziego A.E., orzekającego w sprawie

skarżącego – w swej propozycji skierowanej do parlamentu. Jednakże Sąd Najwyższy Islandii dopatrywał się naruszenia nie w samym fakcie przedstawienia przez Ministra innych kandydatów, lecz w przedstawieniu ich bez uprzedniego, odrębnego zbadania kwalifikacji kandydatów, zebrania dodatkowych dowodów dla uzasadnienia swojego wyboru oraz szczegółowego porównania kompetencji nowych 4 kandydatów z 15 wskazanymi przez Komitet Ewaluacyjny (*vide* – wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii* z dnia 12 marca 2019 r., skarga nr 26374/18, dostępny pod adresem [en bloc \(*ibidem*, teza 119\).](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Innymi słowy, w sprawie *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii* ETPCz nie oceniał zgodności przepisów krajowej procedury nominacji sędziów z art. 6 EKPCz. Co więcej, w islandzkiej nowej procedurze powoływania sędziów do nowego sądu apelacyjnego sędziów miał wybierać indywidualnie parlament na wniosek Ministra Sprawiedliwości – czego również ETPCz nie zakwestionował. Ponadto, Minister Sprawiedliwości był uprawniony do przedstawienia parlamentowi innych kandydatów niż wskazani przez Komitet Ewaluacyjny, lecz, jak wskazał Sąd Najwyższy Islandii oraz ETPCz – musiał to należycie uzasadnić. Warto też podkreślić, że ETPCz w przywoływanym wyroku przypomniał, iż pojęcie „sąd ustanowiony przez ustawę” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPCz oznacza, że organizacja sądownictwa w demokratycznym społeczeństwie nie może zależeć od dyskrecyjnej władzy egzekutywy, ale musi być uregulowana prawem pochodzącym od parlamentu. **Nadto przypomniał, że w państwach o skodyfikowanym prawie, organizacja systemu sądownictwa nie może pozostawać wyłącznie w gestii organów**

sądowych (*ibidem*, teza 99). Fakt, iż ETPCz nie podważył powyższej procedury wyboru sędziów przez parlament na wniosek ministra, nie może dziwić w świetle ukształtowanego już orzecznictwa w tym zakresie. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „[p]owoływanie sędziów przez władzę wykonawczą jest dopuszczalne, co więcej stanowi regułę (zob. wyr. ETPCz w sprawie Campbell i Feel, par. 79–80; w sprawie Belilos, par. 66 oraz post. z 12.1.2006 r. w sprawie Asadov i inni p. Azerbejdżanowi); **nie stanowi naruszenia Konwencji powoływanie sędziów przez parlament** [podkreślenie własne] (zob. post. z 26.8.2003 r. w sprawie Filippini p. San Marino; wyr. ETPCz z 9.11.2006 r. w sprawie Sacilor Lormines p. Francji, par. 67 oraz post. z 18.5.1999 r. w sprawie Ninn-Hansen p. Danii)” [P. Hofmański, A. Wróbel, komentarz do art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Tom I, Komentarz do artykułów art.1-18*, wyd. 2010, Legalis 2019].

Warto wreszcie zwrócić uwagę, że w sprawie *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii* dwóch sędziów zgłosiło dosadne zdanie odrębne, wskazując między innymi, że większość orzekająca w tej sprawie naruszyła zasadę pomocniczości, sprowadzającą się do tego, że o tym, jaką wagę naruszeniu procedury powołania sędziego należy nadać w konkretnym przypadku, w pierwszej kolejności decydują organy krajowe w przewidzianych przed nimi procedurach. W związku z tym do Trybunału nie należy zastępowanie oceny organów krajowych, chyba że ocena ta była arbitralna lub oczywiście nieuzasadniona lub istniało „rażące naruszenie” (ang. *flagrant violation*) prawa krajowego (zob. połączone zdanie odrębne sędziów P. Lemmens i V. Gričco, <https://hudoc.echr.coe.int/>, pkt 7-8). Jest to pogląd konsekwentnie przyjmowany w dotychczasowym orzecznictwie ETPCz (zob. wyroki ETPCz z dnia: 22 listopada 2002 r., *Lavents p. Łotwie*, skarga 58442/00, 12 lipca 2007 r., *Jorgic p. Niemcom*, skarga 74613/01, 5 października 2010 r., *DMD GROUP, a.s., p. Słowacji*, skarga 19334/03; 12 stycznia 2016 r., *Miracle*

Europę Kft p. Węgrom, skarga 57774/13). Sędziowie ci podnieśli, że konsekwentne stosowanie nowego poglądu ETPCz „otwierałoby puszkę Pandory”, oferując skazanym osobom nielimitowany w czasie argument, umożliwiający zakwestionowanie ich skazania w oparciu o podstawy, które nie mają związku ze sprawiedliwością ich konkretnego procesu (zob. połączone zdanie odrębne sędziów P. Lemmens i V. Gričco, *op. cit.*, tłum. wł., pkt. 1). Również w polskim piśmiennictwie powyższy wyrok ETPCz spotkał się z zarzutem błędnej wykładni art. 6 ust. 1 Konwencji i naruszenia zasady subsydiarności (zob. L. Bosek, G. Żmij, *Uwarunkowania prawne powoływania sędziów w Europie w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowiek z 12.03.2019., 26374/18, Guðmundur Andri Astraðsson przeciwko Islandii*, Europejski Przegląd Sądowy nr 7/2019, s. 30-41).

W tym stanie rzeczy nie można uznać, że utrwalonym kierunkiem interpretacyjnym w orzecznictwie ETPCz jest takie rozumienie art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji, które polega na przyjęciu, że samo naruszenie przepisów proceduralnych przy powoływaniu sędziów, bez względu na ważność aktu powołania, prowadzi do pozbawienia sądu, w którym orzeka powołany w ten sposób sędzia, atrybutu „ustanowienia ustawą”. Powoływanie tego wyroku jako argumentu w sporze o kształt polskiej KRS jest wadliwe.

W uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN podniesiono również, że „[j]ak wyjaśnił już Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu z dnia 28 stycznia 2014 r., BSA I-4110-4-4/13 (OSNC 2014, nr 5, poz. 49) jest on – w ramach dokonywanej wykładni prawa – w pełni uprawniony do samodzielnej oceny spójności określonego rozwiązania ustawowego z zasadami konstytucyjnymi; może, a nawet powinien interpretować prawo w sposób „przyjazny” Konstytucji (wykładnia prokonstytucyjna)” [pkt 12, s. 21 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN].

Jednakże, na pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale pełnego składu SN z dnia 28 stycznia 2014 r. powołano się nieprecyzyjnie. Mimo niemal dosłownego przytoczenia fragmentu uzasadnienia uchwały („Należy w związku z tym podkreślić, że Sąd Najwyższy jest - w ramach dokonywanej wykładni prawa - w pełni uprawniony do samodzielnej oceny spójności określonego rozwiązania ustawowego z zasadami konstytucyjnymi; może, a nawet powinien interpretować prawo w sposób »przyjazny« Konstytucji, (...)” [pkt V uzasadnienia uchwały o sygn. BSA I-4110-4-4/13]), pominięto fragment, w którym po przecinku zastrzeżono: **„oczywiście pod warunkiem, że nie spowoduje to bezpośredniej kolizji z kompetencją zastrzeżoną wyłącznie na rzecz Trybunału Konstytucyjnego”** [podkr. wł.].

W rezultacie, bez dalszego zagłębiania się w problematykę granic tzw. wykładni prokonstytucyjnej, Sąd Najwyższy w dalszej części uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN kategorycznie i w sposób jednoznacznie wykraczający poza swoje kompetencje rozstrzygnął, że „[n]owych członków Krajowej Rady Sądownictwa wybrał Sejm RP, stosownie do ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa zmienionej ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, co stało w sprzeczności z art. 187 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP. (...) Po zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa piętnastu członków Rady, rekrutujących się spośród sędziów zostało wybranych przez Sejm RP na wspólną czteroletnią kadencję (art. 9a ust. 1 ustawy o KRS). Nie ma wśród nich przedstawicieli Sądu Najwyższego, chociaż tego wymaga art. 187 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP. (...) Rozwiązania przyjęte w ustawie z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa co do wyboru sędziów do Krajowej Rady Sądownictwa są niezgodne z zasadą podziału władzy i równoważenia się władz (art. 10 ust. 1 Konstytucji RP), jak również z zasadą odrębności i niezależności sądów (art. 173 Konstytucji RP) i niezawisłości sędziów (art. 178 Konstytucji RP)” [pkt 31,

s. 38 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN]. Przytoczone konstatacje Sądu Najwyższego wprost naruszają normę rangi konstytucyjnej.

Problematyka ta została już bowiem ostatecznie rozstrzygnięta, uzyskując moc powszechnie obowiązującego prawa na mocy normy najwyższego rzędu, zawartej w art. 190 ust. 1 Konstytucji. Należy bowiem z całą mocą podkreślić, że wyrokiem z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/18 (OTK ZU seria 2019/A, poz. 17) Trybunał Konstytucyjny przesądził o zgodności właśnie art. 9a ustawy o KRS – a więc przepisu, na podstawie którego owych członków Krajowej Rady Sądownictwa wybrał Sejm RP – z art. 187 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 w związku z art. 2, art. 10 ust. 1 i art. 173 oraz z art. 186 ust. 1 Konstytucji RP. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne. Jak jednoznacznie ocenia się w piśmiennictwie i orzecznictwie, „[w] zakresie objętym orzeczeniem Trybunału »domniemanie zgodności z Konstytucją« badanej regulacji staje się domniemaniem niewzruszalnym. Tym samym nawet w zakresie, w jakim sądy mogłyby odmówić zastosowania aktu normatywnego (np. w odniesieniu do aktów podstawowych), po afirmatywnym wyroku Trybunału Konstytucyjnego pozostają nim związane, nie mogą ocenić zakwestionowanego aktu inaczej niż uczynił to Trybunał Konstytucyjny. Zakres mocy obowiązującej takiego orzeczenia ogranicza się jednakże do tego, co było jego przedmiotem. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 4.7.2001 r., III ZP 12/01, **orzeczenie TK o zgodności aktu normatywnego z określonymi przepisami Konstytucji powoduje, że sąd powszechny nie może odmówić stosowania tego aktu normatywnego z powodu sprzeczności z tymi przepisami Konstytucji, które stanowiły wzorzec kontroli sprawowanej przez TK** [podkreślenie własne]” (L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych.*, wyd. 2014, Legalis 2019, cz. II §14.I.2). „W wypadku wyroków afirmatywnych moc powszechnie obowiązująca implikuje z kolei brak prawa do

odmowy zastosowania przez organ państwa przepisu uznanego przez TK za zgodny z normą hierarchicznie wyższą, **nawet gdy organ ten uważa, że określona norma prawna narusza reguły hierarchicznie zbudowanego systemu prawa** [podkreślenie własne]. (...) Przyznanie w przepisach Konstytucji RP atrybutu ostateczności tylko orzeczeniom TK, a nieprzyznanie go orzeczeniom sądowym, powinno być widziane jako dowód woli ustrojodawcy do braku jakiejkolwiek możliwości weryfikacji orzeczeń TK, zarówno w trybie zwyczajnym, jak i nadzwyczajnym” (L. Bosek, komentarz do art. 190 Konstytucji RP, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, *op. cit.*, teza 63 i 65 *in fine*).

Nie sposób tym samym nie dostrzec, że uzasadnienie uchwały połączonych Izb SN wskazuje jednoznacznie, że w zakresie podważenia konstytucyjności KRS Sąd Najwyższy dopuścił się istotnego naruszenia normy rangi konstytucyjnej.

Niezależnie od tego, Sąd Najwyższy rażąco wadliwie zastosował również tzw. wykładnię w zgodzie z Konstytucją (prokonstytucyjną wykładnię prawa), wynikającą z dyrektywy bezpośredniego stosowania Konstytucji, określonej w art. 8 ust. 2 ustawy zasadniczej.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądów doktryny wykładnia prokonstytucyjna w istocie polega na tym, że „w sytuacji, w której wykładnia ustawy nie daje jednoznacznego rezultatu, należy wybrać taką wykładnię, która w sposób najpełniejszy umożliwia realizację norm i wartości konstytucyjnych” (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 listopada 2001 r., sygn. T 33/01, OTK ZU nr 1/B/2002, poz. 47). Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „[n]akaz wykładni w zgodzie z Konstytucją RP jest jednak ograniczony. W orzecznictwie TK nie budzi wątpliwości, że nie każdą wątpliwość co do zgodności ustawy zwykłej z Konstytucją można usunąć w drodze wykładni. Podnosi się trafnie, że gdyby było inaczej, w ogóle nie istniałaby potrzeba badania zgodności ustaw

z Konstytucją, gdyż wszystkie problemy rozstrzygałaby właściwa interpretacja sądów i innych organów stosujących prawo. Dlatego też posłużenie się tą techniką TK uznaje za »prawnie dopuszczalne (i zarazem konieczne), gdy pozwalają na to ugruntowane reguły wykładni odniesione do brzmienia właściwych przepisów«. Wykładnia w zgodzie z Konstytucją RP nie może »prowadzić do podważenia jednoznacznego rezultatu wykładni językowej« (L. Bosek, M. Wild, *op. cit.*, cz. I, §3 pkt II.5) ani tym bardziej odmowy zastosowania konkretnego przepisu rangi ustawowej, co stanowiłoby w istocie przeprowadzenie kontroli konstytucyjności prawa przez sąd powszechny. Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie uznawał taką praktykę – tzw. rozproszoną kontrolę konstytucyjności przepisów rangi ustawowej – za niedopuszczalną, podkreślając swoje wyłączne prerogatywy w tym zakresie: **„Bezpośredniość stosowania Konstytucji nie oznacza kompetencji do kontroli konstytucyjności obowiązującego ustawodawstwa przez sądy i inne organy powołane do stosowania prawa [podkreślenie własne].** Tryb tej kontroli został bardzo wyraźnie i jednoznacznie ukształtowany przez samą Konstytucję. Art. 188 Konstytucji zastrzega orzekania w tych sprawach do wyłącznej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. Domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją może być obalone jedynie wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, a związanie sędziego ustawą, przewidziane w art. 178 ust. 1 Konstytucji, obowiązuje dopóty, dopóki ustawie tej przysługuje moc obowiązująca (por. wyrok SN z 25 sierpnia 1994 r., I PRN 53/94, OSNPiUS 1994, z 11, poz. 179, wyrok NSA z 27 listopada 2000 r., II SA/Kr 609/98). (...) Istotnym elementem modelu kontroli zgodności ustaw z Konstytucją, przyjętego w polskiej Konstytucji za wzorem innych państw europejskich, jest uregulowana w art. 193 instytucja pytania prawnego. Regulacji opartej na art. 188 i 193 Konstytucji, interpretowanych w świetle wyrażonej w art. 2 Konstytucji zasady państwa prawnego, nie wyłącza przewidziana w art. 178 ust. 1 Konstytucji podległość sędziów Konstytucji i ustawom. Przepis ten nie wypowiada się

bezpośrednio na temat rozstrzygania kolizji między Konstytucją a ustawą, dopełnia on natomiast regulację przewidzianą w art. 193 Konstytucji, ustanawiając powinność skorzystania z przyznanej w tym przepisie możliwości w każdym przypadku, gdy sąd orzekający dojdzie do przekonania, że norma stanowiąca podstawę orzekania jest sprzeczna z Konstytucją (por. J. Trzeciński, Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego, PiP 2002, z. 1). **Sądy nie są także wyłączone spod wyrażonej w art. 190 ust. 1 Konstytucji zasady, w myśl której orzeczeniom Trybunału Konstytucyjnego przysługuje moc powszechnie obowiązująca** [podkreślenie własne]” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 4 grudnia 2001 r., sygn. SK 18/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 256; por. także, wyrok z dn. 4 października 2000 r., sygn. P 8/00, OTK ZU nr 6/2000, poz. 189, wyrok z dn. 31 stycznia 2001 r., sygn. P 4/99, OTK ZU nr 1/2001, poz. 5). Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie uznaje, że „**bezpośrednie stosowanie konstytucji nie może prowadzić do pomijania obowiązujących regulacji ustawowych** [podkreślenie własne]. Ponieważ w naszym porządku prawnym bardzo niewiele jest materii, w których unormowania konstytucyjne nie znalazły konkretyzacji i rozwinięcia w ustawodawstwie zwykłym, proces bezpośredniego stosowania konstytucji przybiera zwykle postać współstosowania normy (zasady) konstytucyjnej i odpowiednich norm ustawowych” (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dn. 22 marca 2000 r., sygn. P 12/98, OTK ZU nr 2/2000, poz. 67). Podobnie, w wyroku z dnia 31 stycznia 2001 r., sygn. P 4/99, Trybunał stwierdził: „W żadnym wypadku podstawą odmowy zastosowania przez sąd przepisów ustawowych (...) nie może być zasada bezpośredniego stosowania konstytucji (art. 8 ust. 2 konstytucji). **Bezpośredniość stosowania konstytucji nie oznacza kompetencji do kontroli konstytucyjności** [podkreślenie własne]” (OTK ZU nr 1/2001, poz. 5).

Jak podkreśla się w piśmiennictwie, pogląd Sądu Konstytucyjnego znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych oraz

Sądu Najwyższego, gdzie „w zasadzie jednolicie przyjmuje się obecnie pogląd o braku kompetencji sądów do odmowy zastosowania przepisu ustawy ze względu na jego domniemaną niekonstytucyjność. (...) Zgodnie z tym stanowiskiem, wątpliwości co do zgodności z Konstytucją RP danej regulacji ustawowej nie mogą być również przedmiotem zagadnienia prawnego przedstawianego do rozstrzygnięcia SN” (L. Bosek, M. Wild, *op. cit.*, cz. I, §3 pkt III.1; por. także powołane tam orzecznictwo). Sąd Najwyższy wskazywał m.in., że „Konstytucja jest ustawą zasadniczą, a jej dyrektywy doznają konkretyzacji w ustawodawstwie »zwykłym« i dopiero te ostatnie normy prawa stanowionego są podstawą rozstrzygania sporów sądowych. Wyrażona w art. 8 ust. 2 Konstytucji zasada bezpośredniego stosowania oznacza obowiązek sądu orzekania w zgodzie z priorytetami ustanowionymi w Konstytucji. W razie zastrzeżeń co do zgodności ustaw »zwykłych« z Konstytucją specjalny tryb przewidziany w art. 188 Konstytucji pozwala na wyeliminowanie z obrotu prawnego norm prawnych niekonstytucyjnych. **Dopóki nie zostanie stwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny niezgodność określonego aktu normatywnego z Konstytucją, dopóty ten akt podlega stosowaniu** [podkreślenie własne]” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2002 r., sygn. V CKN 1493/00, LEX nr 57238; por. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r., sygn. III CKN326/01, LEX nr 56898; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 16 kwietnia 2004 r., sygn. I CK 291/03, LEX nr 103769; wyrok z dnia 24 czerwca 2004 r., sygn. III CK 536/02, LEX nr 172784; z dnia 27 stycznia 2010 r. o sygn. akt II CSK 370/09, LEX nr 738475; z dnia 24 listopada 2015 r., sygn. II CSK 517/14, LEX nr 1940564). Sąd Najwyższy również stwierdzał, iż jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd rozstrzygający sprawę dochodzi do wniosku, że doszło do wadliwości trybu ustawodawczego, może jedynie zawiesić prowadzone postępowanie, w którym kwestionowane przepisy miałyby zostać zastosowane, i skierować stosowne pytanie prawne do Trybunału

Konstytucyjnego (*vide* – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. IV KK 183/13, LEX nr 1940564).

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że wbrew twierdzeniu wyrażonemu w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN (pkt 31, s. 38 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN) art. 187 ust. 1 pkt 2 Konstytucji nie wymaga obecności sędziów Sądu Najwyższego w składzie KRS, wskazuje jedynie, że piętnastu jej członków jest wybieranych spośród sędziów Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, sądów administracyjnych i sądów wojskowych (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. K 5/17, *op. cit.*). Co ciekawe, dopóki to sędziowie Sądu Najwyższego byli proporcjonalnie nadreprezentowani w składzie KRS w relacji do sędziów innych sądów, Sąd Najwyższy konsekwentnie przyjmował, że „przepis art. 187 ust. 1 Konstytucji nie gwarantuje każdemu sędziemu równego prawa głosu ani **nie zawiera żadnych sugestii w tym kierunku. Konstytucja pozostawiła w tym zakresie swobodę ustawodawcy, który z zachowaniem zasady proporcjonalności przyznał szersze uprawnienia sędziom sądów wyższych instancji**” [podkr. wł.] (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., sygn. III KRS 8/14, Lex nr 1738465 i powołane tam orzecznictwo). Problem dostrzeżono dopiero wówczas, gdy ustawodawca rozszerzył uprawnienia sędziów sądów niższych instancji.

Mając powyższe na uwadze, refleksje dotyczące wertykalnej niezgodności normy prawnej rekonstruowanej z art. 9a uKRS, zawarte w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN, należy uznać za fundamentalnie wadliwe (*vide* – pkt 42, s. 53; pkt 45, s. 58; pkt 57, s. 68 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Zignorowano w nich normy wynikające z art. 190 ust. 1 Konstytucji oraz zasadę domniemania konstytucyjności ustaw, tym samym bezpodstawnie rozstrzygając o nieprawidłowości powołania sędziów objętych sentencją uchwały połączonych Izb SN.

W świetle powyższego oczywiście wadliwa jest uwaga zawarta w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN, że „[w] okresie od wejścia w życie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy o SN z 2017 r., Krajowa Rada Sądownictwa nie była obsadzona w sposób wymagany przepisami Konstytucji RP, nie mogła zatem wykonywać przypisanych jej kompetencji, co Prezydent RP powinien był stwierdzić przed podjęciem decyzji o wykonaniu prerogatywy. Osoby, które wskazane zostały na listach rekomendacyjnych powstałych w wadliwej procedurze obsadzania urzędów sędziowskich nie mogą być uważane za właściwie przedstawionych Prezydentowi RP kandydatów do objęcia urzędu, którym Prezydent RP władny był powierzyć ten urząd” [pkt 36, s. 48-49 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN]. W tym jednym akapicie Sąd Najwyższy samodzielnie stwierdził niekonstytucyjność przepisów rangi ustawowej – ignorując ostateczny wyrok Trybunału Konstytucyjnego – powierzył również Prezydentowi RP uprawnienie do samodzielnej oceny konstytucyjności ustaw oraz ocenił ważność konstytucyjnego aktu urzędowego Prezydenta RP, stanowiącego jego prerogatywę. Nie może być wątpliwości, że Sąd Najwyższy rażąco wykroczył w ten sposób poza swoje kompetencje.

Za niedopuszczalne nadużycie należy zaliczyć sugestię, że osoby, które zgłosiły wnioski o powołanie ich na stanowiska sędziów, dopuściły się nieetycznego zachowania, ponieważ jako prawnicy powinny były rozpoznać wady procesu powołania i zrezygnować z kandydowania na urząd (pkt 45, s. 56-57 oraz pkt 46, s. 59 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Jest to ocena *stricte* pozamerytoryczna, w sposób jednoznaczny tendencyjna i niezwykle krzywdząca dla wielu sędziów, w szczególności powoływanych na urząd po raz pierwszy. Wiele z tych osób całe dorosłe życie przygotowywało się do objęcia urzędu sędziego, rozpoczynając tę drogę wiele lat temu, i chcąc służyć wymiarowi sprawiedliwości, wyłącznie temu celowi podporządkowało wszystkie obowiązki, kończąc aplikację sędziowską oraz wykonując staż

referendarski bądź asystencki. Wielu spośród tych osób ustawodawca wyznaczył termin objęcia urzędu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że stosownie do treści art. 15 ust. 11 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1139 ze zm.) kandydaci umieszczeni na liście klasyfikacyjnej kandydatów na stanowisko asesora sądowego, którzy nie dokonali wyboru stanowiska asesora sądowego, mogą ubiegać się o wolne stanowiska sędziowskie na zasadach obowiązujących przed dniem wejścia w życie tej ustawy w okresie jedynie 5 lat od dnia jej wejścia w życie, a więc w ciągu 5 lat od dnia 21 czerwca 2017 r. Podobnie, stosownie do treści art. 18 ust. 1 tej ustawy osoby, które po ukończeniu aplikacji ogólnej odbyły przynajmniej 5 lat stażu referendarskiego, a także osoby, które przez okres przynajmniej 3 lat były asesorami sądowymi, oraz w dniu wejścia w życie tej ustawy spełniały wymagania do powołania na stanowisko sędziego sądu rejonowego, zachowują to prawo jedynie przez 7 lat od dnia wejścia w życie tej ustawy. Formułowanie wobec takich osób oczekiwania, żeby zrezygnowały z wielu lat edukacji i przygotowań do objęcia urzędu sędziego, oraz dyskredytowanie ich jako sędziów ze względu na to, że urząd taki objęły, wyłącznie na tej podstawie, że dla części środowiska prawniczego model wyboru sędziów-członków KRS jest kontrowersyjny – mimo iż zachowane są wszelkie gwarancje niezawisłości i niezależności powoływanych sędziów, a Trybunał Konstytucyjny ostatecznie rozstrzygnął tę kwestię – stanowi przykład zastawienia na obywatela pułapki w rozumieniu zasady zaufania obywatela do państwa i prawa, opisanej w art. 2 Konstytucji. Jak bowiem wskazuje się w piśmiennictwie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasada ta „oprócz tego, że stanowi podstawę obowiązywania innych zasad konstytucyjnych, ma też własną treść normatywną. Zasada ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa, nazywana także zasadą lojalności państwa względem obywateli, ściśle wiąże się z bezpieczeństwem prawnym jednostki.

Wyraża się ona w takim stanowieniu i stosowaniu prawa [podkr. wł.], »by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny« (wyr. TK z 7.2.2001 r., K 27/00, OTK 2001, Nr 2, poz. 29)” (P. Tuleja, komentarz do art. 2 Konstytucji RP [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I, art. 1-86*, Legalis 2017, teza 25). Powołanie na urząd sędziego jest zwieńczeniem bardzo długiej i trudnej ścieżki edukacyjnej. Czynienie nowo powołanym sędziom zarzutu, że w przytoczonych powyżej okolicznościach, konsekwentnie nie rezygnują z zamiaru podjęcia służby sędziowskiej, i z tego powodu ich niezawisłość oraz bezstronność jest wątpliwa – należy więc ocenić krytycznie [vide – K. Staryk, *Zdanie odrębne SSN Krzysztofa Staryka do uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. sygnatura akt BSA I-4110-1/20*, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=608-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia>].

Jak trafnie podniesiono w zdaniu odrębnym sędziego Zbigniewa Myszki do uchwały połączonych Izb SN, „[s]tawianie *a priori* bez adekwatnego procesu tego typu zarzutów sędziom Rzeczypospolitej Polskiej, którzy mają konstytucyjny obowiązek przestrzegania standardów służby sędziowskiej także przy pełnieniu czynności pozajurysdykcyjnych, godzi metodą hybrydową nie tylko w prerogatywy Prezydenta RP do powoływania na wniosek KRS sędziów, ale także w niezależność, bezstronność i niezawisłość sprawowania urzędów przez nowo powołanych sędziów, które obowiązują każdego sędziego nie tylko w sądzie (art. 178 ust. 1 i 3 Konstytucji RP), ale również podczas wykonywania czynności pozajurysdykcyjnych i w życiu prywatnym” (Z. Myszka, *Uzasadnienie zdania odrębnego SSN Zbigniewa Myszki do uchwały składu*

połączonych Izb Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=608-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia>).

Musi również budzić zdziwienie, że jako argument o wątpliwościach co do kwalifikacji kandydatów na urząd sędziego użyto w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN stwierdzenia, że domniemania o kwalifikacjach do sprawowania urzędu sędziego „brak w przypadku osób powołanych na urząd sędziego w sądzie powszechnym lub wojskowym po raz pierwszy, zwłaszcza, gdy chodzi o pierwsze powołanie do sądu wyższego szczebla w sytuacji, gdy udział w postępowaniu konkursowym nie jest konsekwencją uczestnictwa w długotrwałym procesie szkolenia do zawodu sędziego” [pkt 49, s. 61 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN]. Wszakże niektórzy spośród członków składu orzekającego w tej sprawie również zostali powołani na urząd sędziego po raz pierwszy od razu do Sądu Najwyższego, nie zdając uprzednio egzaminu sędziowskiego.

W niektórych orzeczeniach Sądu Najwyższego, w tym w treści uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN, wyrażono również pogląd, że obwieszczenie Prezydenta RP z dnia 24 maja 2018 r. o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym (M.P. z 2018 r., poz. 633) obarczone było wadą z uwagi na brak kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów, co miałoby negatywnie rzutować na skuteczność powołania sędziów w jego rezultacie. W uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN stwierdzono, że „[o]bwieszczenie Prezydenta RP dotknięte tego rodzaju wadliwością, nie mogło spowodować uruchomienia niewadliwego postępowania zmierzającego do obsadzenia stanowisk sędziowskich w Sądzie Najwyższym (zob. też wyrok pełnego składu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 2006 r., K 4/06, OTK-A 2006, nr 3, poz. 32)” [s. 45 uzasadnienia połączonych Izb SN].

Pogląd, zgodnie z którym obwieszczenie Prezydenta w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” o liczbie wolnych stanowisk sędziego przewidzianych do objęcia w poszczególnych izbach Sądu Najwyższego wymagało kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów, należy uznać za błędny.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż nie każda aktywność Prezydenta RP stanowi akt urzędowy. Aktami urzędowymi Prezydenta są wyłącznie rozporządzenia, zarządzenia oraz postanowienia (art. 142 ust. 1 i 2 Konstytucji) i rozporządzenia z mocą ustawy (art. 234 ust. 1 Konstytucji). Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „katalog ten ma charakter zamknięty, co oznacza, że tylko za pomocą któregoś z tych trzech aktów możliwe jest podjęcie rozstrzygnięcia związanego z wykonywaniem władzy publicznej. W tym kontekście od aktów urzędowych należy odróżnić czynności urzędowe Prezydenta RP, a więc te wszystkie działania, które związane są z wykonywaniem powinności głowy państwa” (K. Kozłowski, komentarz do art. 142 Konstytucji, [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom II, art.87-243*, wyd. 2016 r., Legalis 2019, teza 1). Co więcej, „nie każde działanie Prezydenta RP, również materializujące się w formie określonego dokumentu, powinno być zakwalifikowane jako akt urzędowy. Instytucja ta jest bowiem zastrzeżona dla sytuacji, w których Prezydent RP o czymś rozstrzyga, a zatem realizuje którąś z materii kierownictwa państwowego. Nawet jeżeli dana aktywność Prezydenta RP przybiera formę pisemną, kierowaną do danej kategorii odbiorców, ale nie zawiera rozstrzygnięcia o ich prawach lub obowiązkach, to w takiej sytuacji nie można mówić o »akcie urzędowym Prezydenta, a jedynie o działalności urzędowej głowy państwa« (K. Kozłowski, komentarz do art. 144 Konstytucji, [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom II, art.87-243*, wyd. 2016 r., Legalis 2019, teza 11).

Mając powyższe na uwadze, należy podkreślić, że obwieszczeniem, o którym mowa w art. 31 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie

Najwyższym (Dz. U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.; dalej jako: uSN), Prezydent niczego nie rozstrzyga, a jedynie publikuje informację o liczbie wolnych stanowisk w poszczególnych izbach SN. Fakt, iż omawiane obwieszczenie wywołuje skutek prawny w postaci uruchomienia procedury naboru na wolne stanowiska, nie nadaje mu charakteru aktu urzędowego. Jak przyjmuje się w piśmiennictwie, „w obwieszczeniu Prezydent RP tylko stwierdza faktyczną liczbę wolnych stanowisk sędziego w Sądzie Najwyższym. Sama liczba stanowisk w tym sądzie, w jego poszczególnych izbach, ustalona jest w regulaminie Sądu Najwyższego. Inaczej rzecz ma się w przypadku obwieszczenia Ministra Sprawiedliwości o wolnych stanowiskach sędziego w sądach powszechnych, ponieważ w tych obwieszczeniach Minister Sprawiedliwości decyduje jednocześnie o przydzieleniu danego etatu do sądu, a przez to także o liczbie stanowisk w danym sądzie” (K. Szczucki, *komentarz do art. 31 ustawy o Sądzie Najwyższym, Ustawa o Sądzie Najwyższym. Komentarz.*, wyd. 2018 r., Lex 2019, teza 3).

Zupełnym nieporozumieniem jest powoływanie – jako argumentu o istniejącym obecnie obowiązku uzyskania przez Prezydenta kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów na obwieszczeniu o liczbie wolnych stanowisk sędziego w Sądzie Najwyższym – rozporządzeń Prezydenta RP w sprawie ustalenia liczby sędziów i prezesów Sądu Najwyższego wydanych na podstawie art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym o liczbie stanowisk sędziowskich (*vide* – postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2019 r., sygn. III KO 154/18, *op. cit.*). Przepis ten stanowił: „Liczbę sędziów i prezesów Sądu Najwyższego ustala Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa”. Nie może być więc wątpliwości, że Prezydent uczestniczył wówczas w określaniu struktury Sądu Najwyższego, obejmującej również stanowiska funkcyjne, nie „obwieszczał” o liczbie dostępnych wolnych stanowisk, lecz „ustalał” liczbę stanowisk w ogóle. Z tego względu można zasadnie twierdzić, że rozstrzygnięcia Prezydenta w tym

zakresie, pod rządami obowiązującej Konstytucji, miały charakter aktów urzędowych i zapadały w formie rozporządzeń Prezydenta (*vide* – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 9 lipca 1998 r. w sprawie ustalenia liczby sędziów i prezesów Sądu Najwyższego, Dz. U. z 1998 r. nr 94, poz. 595). Fundamentalna, jaskrawo widoczna różnica wagi uprawnień Prezydenta określonych w art. 4 ust. 2 powyższej ustawy oraz art. 31 ust. 1 uSN sprawia, że stwierdzenie Sądu Najwyższego, iż „nie ma podstaw do tego, by obecnie wydawane obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich traktować odmiennie” (*ibidem*) – musi budzić zdziwienie.

Obwieszczenie Prezydenta RP o wolnych stanowiskach sędziowskich, o którym mowa w art. 31 § 1 uSN, jest więc czynnością urzędową, stanowiącą konieczny warunek wszczęcia procedury naboru kandydatów na wolne stanowiska w Sądzie Najwyższym, a dopiero powołanie sędziów na podstawie art. 179 Konstytucji jest aktem urzędowym Prezydenta RP, stanowiącym jego prerogatywę, a podejmowanym po złożeniu wniosku przez Krajową Radę Sądownictwa (*vide* – K. Szczucki, *op. cit.*).

Powyższy pogląd nie wydaje się kontrowersyjny, w szczególności, jeśli weźmie się pod uwagę historyczne regulacje dotyczące obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym. Wymaga podkreślenia, że w stanie prawnym obowiązującym na gruncie ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (t.j.: Dz. U. z 2013 r., poz. 499 ze zm.; dalej jako: duSN) uprawnienie do obwieszczania o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym przysługiwało Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego (art. 24 § 1 duSN). Nie do zaakceptowania na gruncie wykładni systemowej i funkcjonalnej jest pogląd, zgodnie z którym powyższy organ mógłby samodzielnie dokonywać przedmiotowego obwieszczenia, podczas gdy organ konstytucyjny o wyjątkowej legitymacji demokratycznej, najwyższy przedstawiciel Rzeczypospolitej Polskiej, gwarant ciągłości władzy

państwowej (art. 126 ust. 1 Konstytucji) – potrzebuje kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów, żeby dokonać tego typu czynności urzędowej.

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż uprawnienie Prezydenta, o którym mowa w art. 187 ust. 1 pkt 1 Konstytucji, tj. powołanie (i odwołanie) przez Prezydenta członka KRS, również nie jest wymienione w art. 144 ust. 3 Konstytucji, jednakże Prezydent RP nigdy nie uzyskiwał w tym zakresie kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów. Mimo tego, w głównym nurcie rozważań nigdy nie kwestionowano obrad i uchwał KRS – w tym wniosków o powołanie sędziów – w których wydaniu uczestniczył przedstawiciel Prezydenta RP. Przyjęcie, że do powołania i odwołania przez Prezydenta członka KRS niezbędna jest kontrasygnata Prezesa Rady Ministrów (*vide* – K. Grajewski, *Prezydencka kompetencja do powoływania członka Krajowej Rady Sądownictwa – prerogatywa czy uprawnienie zwykłe?* [w:] *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Polskie i zagraniczne rozwiązania ustrojowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Dariuszowi Góreckiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, K. Skotnicki, K. Skłodowski, A. Michalak (red.), Łódź 2016; M. Pach, *Bądź co bądź kontrasygnata konieczna. Polemika z polemiką kandydata do SN*, https://konstytucyjny.pl/badz-co-badz-kontrasygnata-konieczna-polemika-z-polemika-kandydata-do-sn-maciej-pach/#_ftn11) – przy zachowaniu sposobu rozumowania przedstawionego w uchwale połączonych Izb SN – oznaczałoby, że niemal wszyscy sędziowie w Polsce są wadliwie powołani i można kwestionować ich uprawnienia sędziowskie. Trudno również nie zauważyć, iż wskazane uprawnienie Prezydenta ma donioślejsze skutki – bo bezpośrednio wpływające na personalną obsadę konstytucyjnego organu państwa – niż obwieszczenie o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym, rozpoczynające jedynie procedurę rekrutacyjną.

Niezależnie od ewentualnych wątpliwości dotyczących charakteru prawnego obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich, należy

podkreślić, że w piśmiennictwie powszechnie zwraca się uwagę, że „[a]naliza treści art. 144 Konstytucji RP może *prima facie* prowadzić do wniosku, że obowiązującą zasadą jest, że kontrasygnacie podlegają wszystkie akty urzędowe Prezydenta RP, chyba że przepis szczególny (art. 144 ust. 3) wyraźnie taki obowiązek wyłącza. Kompetencje wykonywane bez kontrasygnaty wymieniono wprost w Konstytucji RP, co powoduje, że ustawa zwykła nie może określać, które ich rodzaje nie podlegają obowiązkowi uzyskania współpodpisu, ani też nie może stanowić, które zwolnione są z tego wymogu (A. Frankiewicz, Kontrasygnata aktów urzędowych, s. 140). Reguły te wydają się dość czytelne na poziomie analizy językowej komentowanego przepisu. W wymiarze praktycznym ich stosowanie wywołuje poważne wątpliwości. Nie może zatem dziwić, że **ustalenia doktrynalne nakazują odejście od tych prostych reguł interpretacyjnych, które praktycznie paraliżowałyby możliwość wykonywania przez Prezydenta RP tych wszystkich uprawnień, do których umocowany jest w świetle art. 126 ust. 1 Konstytucji RP. Jego pozycja nie ogranicza się bowiem do realizacji funkcji ceremonialnych, gdyż Prezydent jest równoważnym członkiem władzy wykonawczej w Polsce** [podkreślenie własne] (P. Sarnecki, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, s. 53). Przede wszystkim w literaturze przedmiotu akcentuje się rolę Prezydenta RP jako gwaranta ciągłości władzy państwowej, co powoduje konieczność szerszego ujęcia jego prerogatyw. Mowa tu o zwolnieniu spod kontrasygnaty kompetencji podobnych oraz kompetencji analogicznych. W szczególności należy przyjąć, że »od wymogu kontrasygnaty zwolnione być również winny takie działania Prezydenta, które mieszczą się bądź też są ‘dalszym ciągiem’ pewnego aktu urzędowego, wyraźnie zwolnionego z kontrasygnaty. Z podobieństwa do argumentacji stosowanych w innych państwach do podobnych okoliczności, kompetencje takie możemy nazwać ‘po pochodnymi’« (P. Sarnecki, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, s. 57-58; podobnie M. Granat, Opinia, s. 95-96). Jako przykład podaje się prawo do wykonywania przez Prezydenta RP

inicjatywy ustawodawczej, będące prerogatywą (art. 144 ust. 3 pkt 4 Konstytucji RP). Zwolnione z wymogu kontrasygnaty miałyby być bezpośrednio związane z nim działania polegające na wycofaniu przez głowę państwa tego projektu ustawy z Sejmu (art. 119 ust. 4 Konstytucji RP), jak również możliwość występowania przez Prezydenta RP z poprawkami do takich projektów ustaw (art. 42 RegSejmu; *P. Sarnecki, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 57-58). To samo może dotyczyć stosowania prawa łaski na mocy art. 139 Konstytucji RP. Skoro bowiem Prezydent RP dysponuje takim prawem, to powinien mieć samodzielną kompetencję, chociażby do żądania akt lub innych informacji, które są mu niezbędne do podjęcia właściwej decyzji. W tej sytuacji miałyby działać zasada wnioskowania z większego na mniejsze - skoro wolno więcej bez kontrasygnaty, to wolno też mniej bez konieczności uzyskania podpisu Prezesa RM. Wyłączone spod obowiązku uzyskania kontrasygnaty, mimo braku wyraźnej regulacji w art. 144 ust. 3 Konstytucji RP, powinny być »również uprawnienia ‘analogiczne’ do którejś z kompetencji w tym przepisie wymienionych, a przy których istnieje identyczne *ratio legis* ich wyłączenia« (*P. Sarnecki, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 57-58). W doktrynie podaje się w tym zakresie przykład dotyczący uprawnienia Prezydenta RP do wnoszenia projektów zmian w Konstytucji RP (art. 235 ust. 1). Literalne rozumienie zasady kontrasygnaty powodowałoby konieczność uzyskania współpodpisu Prezesa RM pod postanowieniem o wystąpieniu z takim projektem, co wydaje się nie do pogodzenia z wąskim katalogiem podmiotów wyłącznie uprawnionych do wniesienia propozycji zmiany ustawy zasadniczej (są to tylko piąta część ustawowej liczby posłów, Senat oraz Prezydent RP) oraz prawem Prezydenta RP do inicjatywy ustawodawczej w odniesieniu do ustawy zwykłej (*P. Sarnecki, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 57-58). Poszerzona interpretacja zakresu prezydenckich prerogatyw nie może jednak doprowadzić do sytuacji, w której Prezydent RP będzie wykonywał kompetencje niezwiązane z katalogiem zawartym w art. 144 ust. 3 Konstytucji

RP (A. Frankiewicz, Kontrasygnata aktów urzędowych, s. 100). Punktem odniesienia jest w tych przypadkach zawsze uprawnienie określone w konkretnym przepisie. W literaturze przedmiotu przestrzega się, aby ten tok rozumowania »nie prowadził do wniosku o istnieniu kompetencji (władczych), niewymienionych wyraźnie w przepisach prawnych, konstytucyjnych lub ustawowych« (P. Sarnecki, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, s. 58-59). Przestrzega się również, aby korzystanie z rozszerzającej wykładni prezydenckich prerogatyw nie prowadziło do przyznania głowie państwa tzw. kompetencji lustrzanej, np. »z kompetencji do powoływania przez Prezydenta piastunów pewnych organów, ujmowanych często jako prerogatywy, nie wynikają same przez się uprawnienia do ich odwołania, i to także jako prerogatywa« (P. Sarnecki, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, s. 58-59)” [K. Kozłowski, komentarz do art. 144 Konstytucji RP, [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom II, art.87-243*, wyd. 2016, Legalis 2019, pkt 16-19].

Dość pochwycenie przy tym, jak się wydaje, jako argument o niedopuszczalności dokonywania przez Prezydenta obwieszczenia na podstawie art. 31 ust. 1 uSN bez kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów powoływany jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, w którym Sąd Konstytucyjny orzekł o niezgodności z Konstytucją ustawowego upoważnienia Prezydenta RP do powoływania i odwoływania przewodniczącego KRRiTV spośród jej członków (pkt 35 *in fine*, s. 45 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Nie wymaga chyba bowiem szczególnego uzasadnienia wskazanie, że powołanie i odwołanie przewodniczącego KRRiTV jest, oczywiście, rozstrzygnięciem o prawach i obowiązkach, realizacją materii kierownictwa państwowego, więc trudno kwestionować charakter aktu urzędowego takiego powołania, oraz ma ono również, co za tym idzie, wagę nieporównywalną do obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich. W kontekście tego orzeczenia umyka, jak się wydaje, iż Trybunał Konstytucyjny orzekł wyłącznie w kontekście tak istotnego

rozszerzenia kompetencji Prezydenta o niedopuszczalności rozszerzania drogą ustawową na zasadzie »dalszego ciągu« czy na zasadzie kompetencji analogicznych aktu zwolnionego z kontrasygnaty (OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 32, teza IV.6). Nie dostrzega się również, że Prezydent RP stanowi odrębny od Rady Ministrów ośrodek władzy wykonawczej, co zgodnie z wolą ustrojodawcy stanowi element systemu równowagi się władz.

W nawiązaniu do powyższych argumentów warto podnieść, że pogląd o konieczności uzyskania kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów do obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym jest wątpliwy również z powodu ustrojowego założenia, leżącego u podstaw konstytucyjnej procedury powoływania sędziów, ograniczenia wpływu Rady Ministrów na powoływanie sędziów Sądu Najwyższego. Jak wskazuje się w piśmiennictwie w kontekście art. 45 ust. 2 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 84 ze zm.), „[w]ystąpienie do KRS o ponowne rozpatrzenie sprawy, jako kompetencja prezydenta wprowadzona ustawą zwykłą po wejściu w życie konstytucji, nie należy oczywiście do katalogu aktów urzędowych zwolnionych od wymogu kontrasygnaty. Wydaje się jednak, że dopuszczalne jest objęcie jej tym zwolnieniem przy przyjęciu omówionej już uprzednio interpretacji, zgodnie z którą zawarte w wyżej wymienionym katalogu sformułowanie »powoływanie sędziów« (art. 144 ust. 3 pkt 17 konstytucji) nie odnosi się tylko do samego aktu powołania *sensu stricto*, lecz także do wszystkich aktów urzędowych prezydenta związanych z procesem nominacyjnym na stanowiska sędziowskie. Takie rozwiązanie nie stoi, w moim przekonaniu, w sprzeczności z orzeczeniem TK w sprawie K 4/06, a ponadto jest w pełni zgodne z intencją ustrojodawcy, którą było ograniczenie do minimum wpływu Rady Ministrów na powoływanie sędziów” [B. Szczurowski, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej jako organ czuwający nad przestrzeganiem konstytucji*, rozdział 3.2.4.1., wyd. 2016 r., Lex 2019]. Skoro więc wystąpienie do KRS o ponowne rozpatrzenie sprawy

mieściłoby się w ramach prerogatywy Prezydenta określonej w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji, to tym bardziej za objęcie treścią tego przepisu należałoby uznać uruchomienie procedury powołania przez obwieszczenie o wolnych stanowiskach sędziowskich.

Niedostrzeżenie faktu, iż nie każda działalność Prezydenta stanowi akt urzędowy, a także – abstrahując od okoliczności, że obwieszczenie o wolnych stanowiskach nie stanowi aktu urzędowego Prezydenta – zbagatelizowanie rozróżnienia kompetencji analogicznych oraz kompetencji lustrzanych, legło u podstaw poglądu, wskazującego na konieczność uzyskania przez Prezydenta RP kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów na obwieszczeniu o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym, prezentowanego zarówno w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN, jak i w niektórych publikacjach (M. Florczak-Wątor, T. Zalasinski, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją obwieszczenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2018 r. nr 127.1.2018 o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym, wydane bez kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 lipca 2018 r.*, <https://www.iustitia.pl/2497-konkurs-bez-kontrasygnaty-jest-niewazny-opinia-prawna>; M. Florczak-Wątor, *Spór o SN: zła procedura to nieważne wybory*, Rzeczpospolita z dnia 18 sierpnia 2018 r.; S. Patyra, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej obwieszczenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2018 r. nr 127.1.2018 o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższego*, <https://www.iustitia.pl/2587-brak-kontrasygnaty-premiera-oznacza-niewaznosc-konkursu-do-sadu-najwyzszego-opinia-prof-dr-hab-slawnomira-patyry-2>).

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN podniósł również na poparcie tezy o wadach prawnych aktów powołania sędziów objętych zakresem jej zastosowania, że Prezydent powołał sędziów na urząd mimo wstrzymania przez NSA wykonania uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 24 sierpnia 2018 r., nr 318/2018 o wyborze kandydata na

stanowisko sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Karnej (postanowienia NSA z dnia 25 września 2018 r., II GW 22/18 i II GW 23/18), wykonania uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 28 sierpnia 2018 r., nr 330/2018 o wyborze kandydatów na stanowiska sędziów Sądu Najwyższego w Izbie Cywilnej (postanowienie NSA z dnia 27 września 2018 r., II GW 27/18) i wykonania uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 28 sierpnia 2018 r., nr 331/2018 o wyborze kandydatów na stanowiska sędziów Sąd Najwyższego w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (postanowienie NSA z dnia 27 września 2018 r., II GW 28/18) [pkt 35, s. 47 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN].

Rozważając problematykę związania Prezydenta postanowieniami NSA o wstrzymaniu wykonania uchwał KRS, przedstawiających Prezydentowi RP kandydatury osób na stanowiska sędziego Sądu Najwyższego, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, że – stosownie do treści obowiązującego wówczas art. 44 ust. 1b ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa – uchwały te były prawomocne w części odnoszącej się do osób wybranych przez KRS. Tymczasem, Naczelny Sąd Administracyjny wstrzymał wykonanie tych uchwał i wydał postanowienie o zabezpieczeniu, rozpoznając odwołania wniesione przez osoby, w stosunku do których nie przedstawiono Prezydentowi RP wniosków o ich powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziów Sądu Najwyższego.

Legalność takiego działania budzi poważne wątpliwości. Zgodnie z dotychczasowym, utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego z treści art. 60 Konstytucji dla kandydata na sędziego nie wynika roszczenie do organów państwa o nabór do służby. Z tego względu dla osoby, która ubiega się o stanowisko sędziowskie, z prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach nie wynika prawo podmiotowe do przyjęcia do służby. Nie występuje więc ryzyko wyrządzenia kandydatowi niepowetowanej szkody, o jakiej mowa w art. 388 § 1 k.p.c. (*vide* – zdania odrębne sędziów NSA Wojciecha Kręcisz

oraz Andrzeja Skoczylasa do postanowień NSA z dnia 25 i 27 września 2018 r., „wstrzymujących wykonanie uchwał KRS”). Co więcej, Naczelny Sąd Administracyjny zastosował instytucję procedury cywilnej do sprawy o charakterze ustrojowym, z obszaru prawa publicznego, co stoi w sprzeczności z jednoznacznym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 22 lutego 2006 r., sygn. K 4/06, OTK ZU nr 2/A/2006, poz. 24; 4 października 2006 r., sygn. K 31/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 135; 11 kwietnia 2007 r., sygn. K 2/07, OTK ZU nr 4/A/2007, poz. 43). W postanowieniu z dnia 4 października 2006 r., sygn. K 31/06, Trybunał stwierdził, iż „ani przepisy Konstytucji ani żadne przepisy ustawowe nie dają Trybunałowi kompetencji do nakazania komisjom wyborczym określonych zachowań polegających na niestosowaniu przepisów ustawy korzystającej z domniemania konstytucyjności” (*op. cit.*). Z kolei w postanowieniu z dnia 11 kwietnia 2007 r., sygn. K 2/07, odmawiając „wstrzymania wykonania” kwestionowanych przepisów, podniesiono: „Trybunał Konstytucyjny przypomina również, że jako organ władzy publicznej, ma obowiązek, zgodnie z zasadą legalizmu (art. 7 Konstytucji), działać na podstawie i w granicach prawa. Działanie na podstawie prawa oznacza dla Trybunału możliwość podejmowania tylko takich rozstrzygnięć i działań władczych, które są Trybunałowi przez prawo wyraźnie dozwolone lub nakazane, wszystko inne jest bowiem bezwzględnie zakazane. Natomiast z nakazu działania w granicach prawa wynika obowiązek przestrzegania prawa do czasu legalnej jego zmiany” (*op. cit.*). Warto przy tym zwrócić uwagę, że do postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym zawsze stosowano odpowiednio przepisy k.p.c., a organ ten ma istotnie silniejszą pozycję ustrojową od NSA czy SN, ponieważ ostateczna i powszechnie obowiązująca moc jego orzeczeń wynika z normy rangi konstytucyjnej (art. 190 ust. 1 Konstytucji). Mimo tego TK uznał, że niedopuszczalne jest stosowanie procedury zabezpieczenia powództwa w procedurze kontroli konstytucyjności

przepisów. Tymczasem NSA miałby na mocy przepisów o zabezpieczeniu wstrzymać wykonanie uchwały KRS w zakresie, w którym, stosownie do treści art. 44 ust. 1b uKRS, była ona już prawomocna. Nie sposób nie zauważyć, że w świetle powyższych poglądów wyrażanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego orzeczenia NSA o wstrzymaniu wykonania uchwał KRS są wadliwe.

Nawet jednak abstrahując od nieprawidłowego zastosowania przez NSA procedury zabezpieczenia powództwa określonej w k.p.c. w prawie publicznym, należy zwrócić uwagę, że, uznając działanie NSA za legalne, należałoby przyjąć, iż każdy sąd może skutecznie w ten sposób zablokować każdą procedurę konstytucyjną, w tym procedury związane z przeprowadzeniem demokratycznych wyborów, rozpoznając na przykład skargi składane na podstawie ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 754 ze zm.). Nie trudno sobie wyobrazić sytuację, w której na tej podstawie twierdzono by, iż „zawieszenie” przez określony sąd stosowania określonego przepisu, uchwały bądź postanowienia do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez TSUE wymaga wstrzymania procedury wyboru Prezydenta, Sejmu, Senatu czy jednostek samorządu terytorialnego. Niedopuszczalność takiego sposobu rozumowania potwierdza również praktyka funkcjonowania Państwowej Komisji Wyborczej, która, na przykład w uchwale z dnia 20 sierpnia 2018 r., przyjęła między innymi, iż w przypadku, gdyby do dnia 23 sierpnia 2018 r. nie zostało wydane prawomocne rozstrzygnięcie sądowo-administracyjne w sprawie skargi na uchwałę PKW dotyczącą odwołania od postanowienia komisarza wyborczego w sprawie podziału jednostki samorządu terytorialnego na okręgi wyborcze - wybory w tej jednostce samorządu terytorialnego przeprowadzane by były w okręgach wyborczych ustalonych zaskarżonym postanowieniem komisarza wyborczego (M. P. z 2018 r., poz. 873). Oczywiście bezzasadny bowiem jest pogląd, zgodnie z którym każdy sąd może, pod pretekstem zadania pytania prejudycjalnego, zablokować procedury

konstytucyjne takie jak przeprowadzenie demokratycznych wyborów bądź powołanie sędziów. Kierując się bowiem tą logiką, zależnie od osobistych preferencji składu orzekającego, sąd mógłby spowodować przedłużenie funkcjonowania określonej większości parlamentarnej bądź zablokować wybór sędziów, których nie darzy sympatią.

Między innymi z tego powodu za oczywiście błędny należy uznać pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy m.in. w uchwale połączonych Izb SN oraz postanowieniu z dnia 28 marca 2019 r. o sygn. III KO 154/18, zgodnie z którym – ponieważ, stosownie do art. 365 § 1 k.p.c., każde prawomocne orzeczenie wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach przewidzianych w ustawie także inne osoby – Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej był z mocy art. 365 § 1 w zw. z art. 398²¹ w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. związany treścią postanowienia NSA o „wstrzymaniu wykonania” postanowieniami Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 września 2018 r., II W 22/18 i II GW 23/18, uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 24 sierpnia 2018 r., nr 318/2018 (*op. cit.*). Zarówno bowiem w poglądach doktryny prawa konstytucyjnego, jak i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jednoznacznie przyjmuje się, że nie można przez pryzmat norm rangi ustawowej (art. 365 § 1 w zw. z art. 398²¹ w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 388 k.p.c.) określać granic zastosowania norm wyższego rzędu, tj. jakichkolwiek przepisów rangi konstytucyjnej. „Jak to wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, proces interpretacji pojęć konstytucyjnych powinien przebiegać w odwrotnym kierunku, tzn. to przepisy konstytucyjne winny narzucać sposób i kierunek wykładni postanowień zawartych w innych aktach normatywnych” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 marca 2000 r., sygn. P. 5/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 60). Pojęcia konstytucyjne mają charakter autonomiczny wobec obowiązującego ustawodawstwa, co oznacza, że znaczenie poszczególnych terminów przyjęte

w ustawach nie może przesądzać o sposobie interpretacji przepisów konstytucyjnych (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. K. 27/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 29; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2018 r., sygn. K 9/17, OTK ZU z 2018 r., seria A, poz. 48).

Z powyższych względów wstrzymanie przez NSA wykonania uchwały KRS w przedmiocie przedstawienia (nieprzedstawienia) wniosków o powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego nie może być uznane za wiążące dla Prezydenta w zakresie, w jakim dotyczy realizowanych przez niego prerogatyw. Byłoby to bowiem obejście prawa, polegające na pośrednim poddaniu kontroli sądowo-administracyjnej aktu urzędowego Prezydenta niepodlegającego takiej kontroli.

Należy również podkreślić, że wyrokiem z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/18 (*op. cit.*), Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż art. 44 ust. 1a ustawy z dnia 11 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa – stanowiący podstawę orzeczeń NSA w przedmiocie wstrzymania wykonania uchwał KRS – jest niezgodny z art. 184 Konstytucji.

Warto zwrócić uwagę, że Sąd Najwyższy w uchwale połączonych Izb SN przyjął stanowisko skrajne, wskazując, że „[n]ie można przy tym przyjmować, że każda wada w procesie nominacyjnym jest sanowana przez prezydencki akt powołania na urząd sędziego, taka bowiem interpretacja prowadziłaby do nieuzasadnionego ograniczenia możliwości realizacji prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu” [pkt 44, s. 54 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN]. Pomiędzy bowiem przyjęciem, że każda wada w procesie nominacyjnym jest sanowana przez prezydencki akt powołania, a przyjęciem, że wada w procesie nominacyjnym umożliwia kwestionowanie uprawnień sędziowskich i podważa domniemanie o niezawisłości sędziego jest znacząca przestrzeń. Trafnie dostrzeżono to w zdaniu odrębnym do uchwały połączonych Izb SN, wyrażonym przez SSN W. Kozielewicza, w którym przyjęto stanowisko

umiarkowane i stwierdzono, że uchwała połączonych Izb SN powinna mieć następującą treść:

„Postanowienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w przedmiocie powołania sędziego, będące aktem podejmowanym w ramach prerogatywy z art 144 ust. 3 pkt. 17 oraz art. 179 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, nie może być poddane kontroli w jakimkolwiek postępowaniu toczącym się na podstawie procedur obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej. Nie oznacza to jednak wykluczenia możliwości stwierdzenia w takim postępowaniu wadliwości powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego w przypadku gdy:

a) podczas rozpatrywania i oceny kandydatów do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez Krajową Radę Sądownictwa doszło do popełnienia przestępstwa ustalonego prawomocnym wyrokiem skazującym, które skutkowało podjęciem przez Krajową Radę Sądownictwa uchwały zawierającej wniosek o powołanie danego uczestnika postępowania (kandydata) do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego

lub

b) gdy wykonanie przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej jego konstytucyjnej prerogatywy w zakresie powołania sędziego zostało uznane za delikt konstytucyjny i za którą to czynność Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej został prawomocnie skazany przez Trybunał Stanu.

Udział osób, o których mowa pod lit. a i lit. b, w składach orzekających sądów, stanowi uchybienie określone w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c.” [W. Koziół, *Uzasadnienie zdania odrębnego SSN Wiesława Koziół do uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r.*, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=608-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia>, oraz powołana tam literatura i orzecznictwo].

Musi również budzić zdziwienie, iż w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN jako argumentu użyto twierdzenia, że mechanizm wyboru sędziów-członków KRS przez parlament „mógłby zatem prowadzić do pojawienia się w systemie wymiaru sprawiedliwości sędziów identyfikowanych z określonymi środowiskami politycznymi lub grupami interesów (sędziów „naszych” i „waszych”), których legitymacja będzie kwestionowana wraz z każdorazową zmianą większości parlamentarnej. Ten mechanizm jest ewidentnie sprzeczny z prawem obywatela do rozstrzygnięcia sprawy przez niezawisły sąd, uzależnia bowiem stabilność tego rozstrzygnięcia od kolejnych zmian większości politycznej w kraju” (pkt 38, s. 50 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Być może nie dostrzeżono, że ten argument – gdyby traktować go poważnie – dezawuuje w istocie 23 lata funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego i zapis Konstytucji określający jego skład i strukturę. Zgodnie bowiem z art. 194 ust. 1 zd. 1 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny składa się z 15 sędziów, wybieranych indywidualnie przez Sejm na 9 lat spośród sędziów wyróżniających się wiedzą prawniczą. Można oczywiście dyskutować o tym, czy taki sposób wyboru sędziów TK jest optymalny. Natomiast rażącym nadużyciem byłoby stwierdzenie, że taki sposób wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego „jest ewidentnie sprzeczny z prawem obywatela do rozstrzygnięcia sprawy przez niezawisły sąd, uzależnia bowiem stabilność tego rozstrzygnięcia od kolejnych zmian większości politycznej w kraju” (*ibidem*). Należy zwrócić uwagę, że na gruncie mechanizmu wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego taki sposób rozumowania był dotychczas oceniany bardzo krytycznie, ponieważ zakłada, że sędziowie są trwale i nieodwracalnie lojalni wobec większości parlamentarnej, która ich powołała. Wadliwie ustalono przy tym związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wyborem sędziów do KRS przez parlament a koniecznością powołań na urząd sędziów sprzyjających wyłącznie większości parlamentarnej powołującej sędziów-członków KRS (pkt 38 i 39, s. 50-51 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Taki sposób rozumowania pomija oczywisty

fakt, że wybrani przez parlament sędziowie-członkowie KRS nadal pozostają niezawisłymi sędziami, „uzbrojonymi” we wszelkie gwarancje niezależności i niezawisłości, nie można ich odwołać ani ze składu KRS, ani pozbawić statusu sędziowskiego. Nie ma merytorycznych, systemowych podstaw, żeby kwestionować niezależność i niezawisłość takich sędziów. Między innymi z tego względu teza o tym, że wybrani przez parlament sędziowie-członkowie KRS mieliby wnioskować o powołanie na urząd sędziego wyłącznie osób sprzyjających większości parlamentarnej, która ich wybrała, jest błędna – podważa bowiem sens gwarancji niezależności i niezawisłości sędziowskiej. Jak bowiem łatwo dostrzec, jeśliby kierować się tym tokiem rozumowania, niezależnie od tego, jak wyłaniani są sędziowie-członkowie KRS, kandydaci na sędziów i sędziowie wskazani do awansu zawsze musieliby być lojalni wobec aktualnego składu KRS oraz środowiska, które za nim stoi. Jest to założenie fundamentalnie wadliwe, czego dowodem jest historia 23 lat funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego. Ustalenie takiej lojalności jako faktu na podstawie nieprzychylniej interpretacji treści medialnego wystąpienia Ministra Sprawiedliwości (pkt 38, s. 51 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN) musi budzić zdziwienie. Jest to skądinąd sposób rozumowania obarczony opisanym wyżej błędem, dezawuuującym gwarancje niezależności i niezawisłości sędziowskiej. Nawet bowiem jeśli sędziowie-członkowie KRS mieliby być otwarci na propozycję reform pochodzących z określonego środowiska politycznego, to po powołaniu do KRS jakakolwiek strukturalna zależność od środowiska politycznego jest po prostu wyłączona. Jak wskazuje się w piśmiennictwie na tle art. 194 Konstytucji, „[s]ędziowie TK rekomendowani i wybierani przez polityków są [...] niezawiśli i nie kierują się (nie mogą kierować się) w podejmowanych decyzjach oczekiwaniami wyłaniających ich środowisk” (A. Mączyński, J. Podkowik, komentarz do art. 194, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, *op. cit.*, pkt 48). Z tych samych względów teza o pośrednim wpływie polityków na

sędziów powołanych na urząd przez KRS – w sytuacji zachowania gwarancji nieusuwalności i niezawisłości – jest fundamentalnie błędna (*vide* – pkt 50 *in fine*, s. 62 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Ponieważ Sąd Najwyższy nie wyjaśnił, jak taki wpływ miałby wyglądać – przy zachowaniu wszelkich gwarancji niezawisłości i niezależności – zarzut taki należy uznać za bezpodstawny. Trafnie ujęto to w zdaniu odrębnym sędziego Zbigniewa Myszki, w którym wskazano, że „[b]ez potwierdzenia tego typu poniżających sędziów-członków KRS zarzutów lub podejrzeń wobec nowo powołanych sędziów, którym przysługuje prawo do obrony w postępowaniach, o których stanowi art. 180 ust. 2 Konstytucji RP, żaden konstytucyjnie nieusuwalny sędzia w demokratycznym i cywilizowanym porządku prawnym nie podlega korporacyjnym represjom ani zbiorowej odpowiedzialności z tytułu niezależnego, bezstronnego i niezawisłego orzekania, a żaden sąd, poza konstytucyjnie umocowanym w rozumieniu art. 180 ust. 2 Konstytucji, nie może »inkryminowanym« sędziom zakazywać ani ograniczać niezawisłego orzekania (art. 178 ust. 1 Konstytucji)” (Z. Myszka, *op. cit.*, pkt 9).

Z podobnych względów chybiony jest argument o tym, że uzasadnione wątpliwości podważające dochowanie standardu powołania sędziego na urząd „występują wówczas, gdy sędzia ten zaangażowany był bezpośrednio przed powołaniem na urząd, w jednostkach podległych Ministrowi Sprawiedliwości lub innych organach władzy wykonawczej lub Krajowej Radzie Sądownictwa” (pkt 52, s. 63 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN). Wszakże szereg sędziów Trybunału Konstytucyjnego, w tym na przykład sędziowie J. Stępień czy A. Jamróz, zajmowało bezpośrednio przed powołaniem na urząd sędziego stanowiska wręcz wiceministrów, a nigdy w poważnej debacie dotyczącej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego nie podnoszono argumentów o wątpliwościach co do ich bezstronności czy niezawisłości. Brak takich wątpliwości, jak szeroko omówiono wyżej, wynika przede wszystkim z szerokich gwarancji systemowych, zapewniających sędziom po powołaniu na

urząd zupełną niezależność od jakichkolwiek wpływów zewnętrznych.

Nie jest również uczciwy argument przedstawiony w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN, że „[s]ędziowie powołani we wskazanych konkursach podejmowali rozstrzygnięcia w kwestiach ich dotyczących, nie przestrzegając ustawowych norm nakazujących im wyłączenie się z urzędu z rozpoznawania sprawy bezpośrednio ich dotyczącej (zob. choćby cytowana uchwała z dnia 8 stycznia 2020 r., I NOZP 3/19)”, skoro w podjęciu uchwały połączonych Izb SN brały osoby, co do których można podnieść analogiczny zarzut – i które również nie wyłączyły się z rozpoznawania sprawy bezpośrednio ich dotyczącej. Rozstrzygnięcie w przedmiocie zagadnień podniesionych w uchwale połączonych Izb SN nie jest obojętne dla osobistej sytuacji prawnej niektórych sędziów, którzy zostali wyznaczeni do orzekania w przedmiotowej sprawie. Przypomnieć bowiem należy, że wyrokiem z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. K 5/17 (OTK ZU seria A/2017, poz. 48), Trybunał Konstytucyjny orzekł m. in. o niezgodności z art. 187 ust. 3 Konstytucji RP przepisu art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa rozumianego w ten sposób, że kadencja członków Krajowej Rady Sądownictwa wybieranych spośród sędziów sądów powszechnych ma charakter indywidualny. Oznacza to, że w okresie od 14 lutego 2000 r. do 6 marca 2018 r. Krajowa Rada Sądownictwa funkcjonowała w składach utworzonych w oparciu o przepisy uznane za niekonstytucyjne, rozpatrując i przedstawiając Prezydentowi RP do powołania na urząd sędziów Sądu Najwyższego osoby obecne w składzie orzekającym w sprawie rozpoznanej uchwałą połączonych Izb SN. Odnotować przy tym wypada, że przed Trybunałem Konstytucyjnym zawisła aktualnie sprawa, której przedmiotem jest m. in. kwestia zgodności z Konstytucją art. 379 pkt 4 w zw. z art. 398⁹ § 1 pkt 3 oraz z art. 365 k.p.c., w zakresie, w jakim Sąd Najwyższy bierze pod uwagę z urzędu nieważność postępowania w sprawie, w której z powołaniem podstawy art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. zapadło rozstrzygnięcie z udziałem osoby powołanej do pełnienia urzędu na

stanowisku sędziego tego Sądu, przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, na podstawie wniosku Krajowej Rady Sądownictwa, stanowiącego uchwałę podjętą w składzie działającym w oparciu o art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. ustawy o KRS, w brzmieniu obowiązującym do dnia 21 czerwca 2017 r., tj. terminu utraty mocy obowiązującej tego przepisu na podstawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. K 5/17. W powyższym postępowaniu, Trybunał Konstytucyjny może doprecyzować kwestię skutków wyroku w sprawie o sygn. K 5/17. W takim zaś wypadku, wskazani wyżej sędziowie mogliby być zainteresowani w powzięciu – mającej moc zasady prawnej – uchwały, która utrudniałaby innym składom Sądu Najwyższego formułowanie ocen względem ich osobistego statusu jako sędziów.

Podkreślić należy, że Prokurator Generalny, w świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, nie kwestionuje inwestytury wymienionych wyżej sędziów Sądu Najwyższego i skuteczności wydanych przez nich orzeczeń. Niemniej jednak, należy podkreślić, że skoro uchwałą połączonych Izb SN zrewidowano dotychczasowe ujęcie tego, jak uchybienia w procesie powoływania sędziów i zgodność z prawem procedury powołania – w szczególności udział w tej procedurze ukształtowanej w określony sposób Krajowej Rady Sądownictwa – przekłada się na status powołanych sędziów, to sprawa ta dotyczy wskazanych wyżej sędziów bezpośrednio w nie mniejszym stopniu niż sędziów Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego, którzy podjęli uchwałę z dnia 8 stycznia 2020 r., I NOZP 3/19 (Lex nr 2760443).

Musi również budzić istotne wątpliwości powoływanie się w treści uchwały połączonych Izb SN na Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że z uwagi na podpisanie przez Polskę tzw. protokołu polsko-brytyjskiego formalnie Karta Praw Podstawowych nie jest

źródłem powszechnie obowiązującego w Polsce prawa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Konstytucji (*vide* – M. Muszyński, *Polska Karta Praw Podstawowych po traktacie lizbońskim. Charakter prawny i granice związania*, Przegląd Sejmowy 2009, nr 1, s. 55–78; B. Banaszak, *Zalety i wady Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Przegląd Sejmowy 2008, nr 2, s. 9–24). Podzielić należy stanowisko, wyrażone przez J. Podkowika i A. Mączyńskiego, zgodnie z którym Karta Praw Podstawowych nie może stanowić wzorca kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym: „KPP - jako akt stworzony i wydany przez instytucje UE - nie może zostać uznana za odrębną ratyfikowaną umowę międzynarodową ani za część traktatu podlegającego procedurze ratyfikacyjnej. Nie znajduje się ponadto, z wyjątkiem deklaracji dotyczącej jej stosowania, w oficjalnym spisie protokołów i załączników do Traktatu lizbońskiego. W tym sensie, w świetle prawa międzynarodowego, stanowi ona tzw. akt okołotraktatowy (zob. np. A. Wyrozumska, *Znaczenie prawne zmiany statusu*, s. 25 i n.; M. Muszyński, *Polska Karta Praw Podstawowych*, s. 58-59). Zmiany treści tego aktu normatywnego nie wymagają ponadto przeprowadzenia w państwach członkowskich procedur ratyfikacyjnych. Znajdują się zatem poza zakresem bezpośredniego oddziaływania państw członkowskich. Jakkolwiek w świetle art. 6 ust. 1 TUE KPP ma »taką samą moc prawną jak Traktaty«, to sformułowanie to należy odnosić raczej do określenia pozycji KPP w ramach wewnętrznego porządku prawnego UE, a nie w hierarchii systemów prawnych państw członkowskich. Wynika stąd, że nie ma podstaw do traktowania KPP jako umowy międzynarodowej w rozumieniu art. 188 pkt 2 i 3 Konstytucji RP” (J. Podkowik, A. Mączyński, komentarz do art. 188 Konstytucji RP, [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom II, art.87-243*, Legalis 2017, teza 129). Pogląd ten jest aprobowany w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który dotychczas umarzał postępowania w zakresie kontroli zgodności kwestionowanych przepisów z przepisami Karty Praw Podstawowych

(*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 grudnia 2016 r., sygn. K 13/16, OTK ZU seria A/2016, poz.101).

Z powyższych względów za błędne należy uznać wyrażone w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb SN stanowisko, że „zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami. Dotyczy to w szczególności Karty Praw Podstawowych. W przypadku więc kolizji regulacji ustawowych z normami wynikającymi z tego aktu prawnego, sąd polski zobowiązany jest pominąć taką regulację ustawową przy wydawaniu orzeczenia” [pkt 60, s. 70 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN].

Podobnie błędny – i to z szeregu powodów, omówionych w znacznej mierze powyżej – jest wyrażony w konkluzji uzasadnienia uchwały pogląd, zgodnie z którym, „[g]dyby jednak miało się okazać, że przepisy polskiej Konstytucji, a w szczególności art. 179, stanowiący, iż sędziowie są powoływani przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, miałyby wykluczać możliwość badania, czy orzekający w danej sprawie sąd jest niezależny i bezstronny, to wówczas dochodziłoby do fundamentalnej kolizji polskich przepisów konstytucyjnych z art. 47 KPP. Na obszarze Unii Europejskiej niezależność i bezstronność sądów musi mieć wymiar realny, a przymiotów tych nie można w sposób niepodważalny zadekretować przez sam fakt otrzymania nominacji na urząd sędziego z rąk Prezydenta RP” (pkt 60 *in fine*, s. 71 uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN).

Po pierwsze, z uwagi na to, że treść normatywna art. 47 KPP, art. 6 ust. 1 EKPCz oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP jest bardzo zbliżona – przy czym powszechnie uważa się, że zakres gwarancyjny art. 45 ust. 1 Konstytucji RP jest w tym zakresie najszerszy – dostrzeżony przez Sąd Najwyższy konflikt norm nie mógłby zaistnieć, ponieważ normy zawarte w art. 179 Konstytucji stanowią

element systemu gwarancji dostępu do niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Sądowi Najwyższemu umknęło, że treść uchwały połączonych Izb SN jest niezgodna z ustawą zasadniczą dokładnie z powodów, które wskazano jako motywację jej podjęcia – ze względu na istotne naruszenie zasady nieodwołalności i niezawisłości sędziów i negatywny wpływ takiego stanu rzeczy na prawo do sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji w kilku aspektach. Trafnie na to zwrócono uwagę w zdaniu odrębnym sędziego D. Kali do powyższej uchwały: „Moim zdaniem, podstawową przyczyną, która zaważyła na zajęciu przez większość nieaprobowanego przeze mnie stanowiska był fakt, że koncentrując się na elemencie prawa do sądu określanego mianem prawa do uruchomienia procedury przed organem o określonej charakterystyce (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym), nie przywiązano należytej wagi do pozostałych komponentów tego prawa, tj. prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności oraz prawa do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998/4/50)” [D. Kala, *op. cit.*].

Po drugie, Sąd Najwyższy powtórzył w drugim zdaniu przytoczonego akapitu błąd w rozumowaniu, który już opisano w treści niniejszego stanowiska. Mianowicie, niezawisłości i bezstronności sądów nie „dekretuje się” przez sam fakt otrzymania nominacji na urząd sędziego z rąk Prezydenta RP – jak to ujęto w przytoczonym fragmencie uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN – niezawisłość i bezstronność jest **gwarantowana** przez fakt otrzymania przez sędziego nieodwołalnej, nieograniczonej w czasie nominacji z rąk Prezydenta RP.

Przytoczonym zdaniem konkluzji uzasadnienia uchwały połączonych Izb SN, w którym dopuszczono możliwość podważenia aktu powołania sędziego, Sąd Najwyższy potwierdził, że treść rozstrzygnięcia w sprawie – a co za tym

idzie, norma wywodzona z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. – w istocie kwestionuje zarówno nieodwochalność sędziów, jak i nieoznaczoność okresu ich powołania. Podważanie nieodwochalności i braku ograniczenia w czasie powołania sędziów jest bezpośrednim naruszeniem norm rangi konstytucyjnej, wynikających z art. 179 oraz 180 ust. 1 Konstytucji.

W rezultacie, w oparciu o wskazane wyżej, wadliwe przesłanki i ułomną argumentację podjęto uchwałę, która ustaliła wykładnię art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w sposób, który uniemożliwia sędziom, o których w niej mowa, sprawowanie wymiaru sprawiedliwości – co stanowi wszakże istotę statusu sędziego pozostającego w służbie – ponieważ przy takim rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. każde orzeczenie wydane z udziałem takiego sędziego jest zagrożone bezwzględną przyczyną odwoławczą. Takie rozumienie art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., które *de facto* wyłącza możliwość orzekania całych grup sędziów z pominięciem procedury określonej w art. 180 ust. 2 Konstytucji, stanowi rażące naruszenie wskazanych w pytaniu prawnym konstytucyjnych i konwencyjnych wzorców kontroli.

Na tym tle należy podnieść, że akt powołania sędziego ma szczególny charakter. Nie można go bowiem traktować jako czynności mającej charakter aktu administracyjnego, skutkującego powierzeniem oznaczonej osobie określonej funkcji oraz powstaniem stosunku pracy. Istotą aktu powołania sędziego jest bowiem udzielenie inwestytury, czyli nadanie danej osobie prawa do wykonywania władzy sądowniczej, choć jednocześnie akt ten skutkuje nawiązaniem stosunku służbowego, łączącego elementy publicznoprawne i elementy stosunku pracy (zob. K. Weitz, komentarz do art. 179 Konstytucji, *op. cit.*, teza 7). Jednocześnie ustrojodawca zdecydował, że akt powołania ma charakter prerogatywy prezydenckiej, przez co, na poziomie konstytucyjnym, wyłączył możliwość istnienia jakiegokolwiek mechanizmu kontrolnego tego aktu. Prezydent RP jest wyłącznie uprawniony do powołania kandydata na urząd sędziego, a wolą ustrojodawcy kompetencja ta limitowana jest jedynie

uzyskaniem wniosku Krajowej Rady Sądownictwa. Ustrojodawca nie przewidywał bowiem udziału innego organu w procedurze powołania sędziego, pomimo tego, że zna konstrukcję sądowej kontroli aktów kreacyjnych (zob. np. art. 101 ust. 1 Konstytucji). W ramach kompletnej normy konstytucyjnej wynikającej z art. 179 ustawy zasadniczej, Prezydent RP, nie będąc związany wnioskiem KRS, jest także wyłącznie uprawniony do oceny, czy kandydat przedstawiony przez Radę spełnił ustawowe (materialne i proceduralne) warunki powołania na urząd. W konsekwencji, nawet gdyby ustawodawca, np. w ramach delegacji zawartej w art. 183 ust. 2 Konstytucji, wykreował tego rodzaju instrument, musiałby on zostać uznany za niezgodny z art. 179 ustawy zasadniczej. Z tego samego powodu niekonstytucyjne byłoby stworzenie takiego narzędzia w oparciu o interpretację wiążącego Polskę prawa międzynarodowego.

Z powyższych względów niedopuszczalna jest również, przyjęta w uchwale połączonych Izb SN, koncepcja abstrakcyjnej oceny sędziów – czy też składów ukształtowanych z ich udziałem – niejako w oderwaniu od ich statusu. W konstrukcję tę musi być bowiem wplecione błędne założenie, że Głowa Państwa może swoją prerogatywę wykonać wadliwie i powołać sędziego, któremu nie przysługują atrybuty, w które wyposaża go zarówno Konstytucja, jak i ustawy zwykłe. W rezultacie, sędzia taki byłby wyjęty spod konstytucyjnej ochrony wynikającej z art. 180 ust. 1 i 2 ustawy zasadniczej, skoro może go na stałe zawiesić w urzędowaniu decyzja innego organu – Sądu Najwyższego w oparciu o przepisy ustawy, które tego nie przewidują. Tymczasem z konstytucyjnego zakazu dokonywania oceny wykonania prerogatywy przez Prezydenta RP wynika nie tylko wyłączenie możliwości kwestionowania skuteczności powołania na urząd sędziego, ale także relatywizowanie skutków powołania, sprowadzające się do tworzenia kategorii sędziów ułomnych w zdolności do orzekania. Ustrojodawca przewiduje tylko jedną kategorię takich sędziów – są to sędziowie w stanie spoczynku.

Co więcej, uwzględnienie koncepcji, w myśl której Głowa Państwa może wadliwie (niezgodnie z ustawą lub Konstytucją) wykonać swoją kompetencję, a prawo do oceny tej okoliczności leży po stronie Sądu Najwyższego, oznaczałoby pogwałcenie konstytucyjnego statusu Prezydenta RP jako najwyższego przedstawiciela Rzeczypospolitej Polskiej i wyposażenie Sądu Najwyższego w uprawnienie wykraczające poza konstytucyjne ramy.

W tym stanie rzeczy przyjąć należy, że kompetencja Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, o której mowa w art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP, nie może być rozumiana w ten sposób, że dozwolone jest przyznanie Sądowi Najwyższemu lub innemu sądowi nieprzewidzianych Konstytucją RP kompetencji do oceny skuteczności powołania sędziego, a w szczególności kompetencji do oceny skuteczności nadania sędziemu, którego dotyczy akt powołania, prawa do wykonywania władzy sądowniczej. Sąd Najwyższy nie może także dokonywać wiążącej interpretacji przepisów Konstytucji RP w związku z wykonywaniem przez Prezydenta RP prerogatywy, o której mowa w art. 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 Konstytucji RP, a w szczególności Sąd Najwyższy nie może samodzielnie określać jakie są warunki skuteczności powołania sędziego. Oznacza to również, że nawet jeśli w procesie nominacyjnym zaistniałyby uchybienia, to nie mają one wpływu na ważność aktu urzędowego Prezydenta wydanego w oparciu o art. 179 i art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP. Tym samym niemożliwe jest kwestionowanie inwestytury sędziego, czyli prawa do wykonywania przez niego władzy sądowniczej, albowiem przyznanie tego prawa jest istotą aktu powołania (por. pow. wyrok TK z dnia 24 października 2017 r., sygn. K 3/17, *op. cit.*). Przyjęty przez ustrojodawcę kształt instytucji powołania jest powszechnie uznawany za jeden z elementów gwarancyjnych niezawisłości sędziowskiej. Rozwiązanie takie wprowadzono z uwagi na silny demokratyczny mandat, w jaki wyposażona jest Głowa Państwa i konieczność zrównoważenia władzy sądowniczej przez czynnik cieszący się legitymacją demokratyczną (por. uwagi

Sądu pytającego, s. 51-52 uzasadnienia pytania prawnego oraz powołane tam orzecznictwo i literatura). Niepodważalność aktu powołania sędziego została potwierdzona w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 marca 2020 r., sygn. P 22/19, w którym stwierdzono, że „[a]rt. 41 § 1 w związku z art. 42 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 30), stosowany odpowiednio na podstawie art. 74¹ pkt 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 75) w zakresie, w jakim dopuszcza rozpoznanie wniosku o wyłączenie sędziego z powodu wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, w skład której wchodzi sędziowie wybrani na podstawie art. 9a ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 84, 609, 730 i 914 oraz z 2020 r. poz. 190), jest niezgodny z art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej” (Dz. U., poz. 413).

Przedstawione wyżej argumenty jednoznacznie przemawiają więc za tym, że zaskarżone przez Sąd pytający rozumienie art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. jest niezgodne z art. 179 oraz art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji.

Zgodzić się przy tym należy z argumentami Sądu pytającego, że przyjęcie dopuszczalności procedury weryfikacji prawidłowości powołania sędziego pozostawałoby w sprzeczności z wynikającą z art. 180 ust. 1 Konstytucji zasadą nieusuwalności sędziego. Jak podniósł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. K 45/07, „[g]warancje 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. Zasada nieprzenoszalności sędziego bez jego zgody, wyprowadzana z przywołanej normy, jest zatem konstytucyjną gwarancją zarówno niezawisłości sędziego, jak i gwarancją bezstronnego sądu, której unormowanie koresponduje z unormowaniem zawartym w art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych

wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.). Przestrzeganie ustawowo przewidzianych odstępstw od tej zasady, stanowi gwarancję sędziowskiej niezawisłości, a co za tym idzie, zabezpieczenie interesów procesowych uczestników postępowania, w tym stron tego postępowania (prawo do bezstronnego sądu). Każde wykroczenie poza ich granice, musi być wobec powyższego oceniane jako rażące przełamanie konstytucyjnych i ustawowych zasad normujących ustrój i funkcjonowanie sądów powszechnych (zob. wyrok SN z 22 sierpnia 2007 r., sygn. akt III KK 197/2007, OSNKW nr 11/2007, poz. 81)” [op. cit.]. Pogląd ten został wyrażony w kontekście naruszenia zasady nieprzenoszalności sędziego, lecz tym bardziej pozostaje uzasadniony w kontekście oceny dopuszczalności kwestionowania prawidłowości procedury powołania sędziego. Dla zachowania konstytucyjnego wymogu niezawisłości sędziego sędzia, w procesie stosowania prawa, nie może rozważać, czy wydane przez niego rozstrzygnięcie nie spowoduje dla niego ujemnych skutków w postaci kwestionowania jego mandatu przez Sąd Najwyższy bądź inny sąd lub organ, w szczególności gdy procedura weryfikacyjna może być skutecznie zainicjowana przez każdą stronę postępowania. Przyjęcie dopuszczalności weryfikacji statusu sędziego realnie groziłoby przy tym faktycznym pozbawieniem sędziego prawa do wykonywania władzy sądowniczej, przyznanego mu przez Prezydenta RP na mocy norm konstytucyjnych. Skoro przez usunięcie sędziego – jak to już przedstawiono – należy rozumieć nie tylko arbitralne, formalne pozbawienie go urzędu lecz również arbitralne pozbawienie go możliwości orzekania przy formalnym pozostawieniu go na stanowisku, nie może być wątpliwości, że art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. w zaskarżonym rozumieniu tych przepisów jest niezgodny z art. 180 ust. 1 Konstytucji RP. Z tych samych względów kwestionowana norma narusza art. 179 Konstytucji – nie można bowiem twierdzić, że sędzia jest powołany na czas nieoznaczony, jeśli w trybie kontroli instancyjnej można zakwestionować jego status oraz „zdolność do orzekania” wyłącznie na podstawie wadliwości

występujących w procedurze jego powołania, co do której możliwość konwalidacji bez ponownego powołania go do pełnienia urzędu jest wątpliwa.

Naruszenie art. 179 i art. 180 ust. 1 Konstytucji RP automatycznie godzi w zachowanie niezawisłości sędziowskiej, opisanej w art. 178 ust. 1 Konstytucji. Sędzia, który już w chwili powołania miałby świadomość, że skuteczność tego aktu może być w przyszłości kwestionowana, a ujawnienie – nawet po latach – nieprawidłowości w jego procedurze nominacyjnej, na zaistnienie których zresztą zwykle nie miał on żadnego wpływu, doprowadzić może do pozbawienia go możliwości orzekania (czy nawet pozbawienia go urzędu), nie może być uznany za sędziego w pełni niezawisłego. Jest niewątpliwe, że sędzia taki nie miałby wewnętrznego bezwzględного poczucia wolności od jakichkolwiek nacisków (tzw. subiektywny aspekt niezawisłości.), w szczególności w sytuacji orzekania w sprawach sędziów wyższych instancji. Trudno też byłoby wówczas twierdzić, że taki sędzia jest samodzielny wobec innych organów sądowych, co jak wspomniano, również stanowi niezbędny element niezawisłości sędziowskiej. Sędzia taki nie mógłby być także postrzegany jako osoba wolna od wszelkich prób wpływania na jego werdykt (zob. P. Wiliński, P. Karlik, komentarz do art. 178, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, wyd. 2016, Legalis 2020, teza 19-21). Tylko zatem wykluczenie możliwości kontroli prawidłowości powołania sędziego w trybie kontroli instancyjnej orzeczeń pozwala traktować go jako podmiot w pełni niezawisły stosownie do wymagań art. 178 ust. 1 Konstytucji, co prowadzi do wniosku o niezgodności art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. w zaskarżonym rozumieniu z tym właśnie przepisem ustawy zasadniczej.

Takie stwierdzenie rodzi dalsze konsekwencje, wynikające z kształtu konstytucyjnego pojęcia sprawowania wymiaru sprawiedliwości. W rozumieniu art. 175 ust. 1 Konstytucji RP przyjmuje się bowiem, że „wymiar sprawiedliwości – to działalność orzecznicza sądów, polegająca na władczym rozstrzyganiu zawisłych przed nimi sporów pomiędzy różnymi podmiotami,

z zachowaniem bezstronności, niezależności i niezawisłości” (P. Wiliński, P. Karlik, komentarz do art. 175, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, *op. cit.*, teza 19). Obsadzenie sądów sędziami, których niezawisłość może być kwestionowana – co ma jednocześnie bezpośredni wpływ na spełnienie warunku niezależności sądów – skutkowałoby tym samym niemożnością prawidłowego zrealizowania zadań mieszczących się w obszarze „jadra kompetencyjnego” władzy sądowniczej. Niezgodność zaskarżonego przepisu z unormowaniami Konstytucji RP zachodzi więc również w przypadku skonfrontowania zawartego w *petitum* wniosku rozumienia art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP.

Przypomnieć należy, iż w literaturze podkreśla się istnienie ścisłego związku prawa do sądu z przepisami Rozdziału VIII Konstytucji, co powoduje że art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej musi być wykładany łącznie z nimi, bowiem chociaż nie wyrażają one praw podmiotowych jednostki, to jednak statuują podstawowe zasady dotyczące ustroju sądów i ich właściwości. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że „[d]ystynkcje w redakcyjnym ujęciu art. 45 ust. 1 oraz art. 173 i 178 Konstytucji RP nie powinny wpływać na to, że w zakresie, w jakim art. 45 ust. 1 wymaga rozpatrzenia sprawy przez sąd niezależny i niezawisły, atrybuty te powinny być rozumiane tak samo, jak w świetle przepisów rozdz. VIII Konstytucji RP (...). W szczególności sposób wykładni przepisów ustrojowych musi uwzględniać nie tylko to, że kształtują one relacje sądownictwa z innymi pionami władzy publicznej, lecz także to, że określają one treść uprawnień jednostki. (...) Prawo do sądu jest należycie realizowane tylko wówczas, gdy sprawa jest rozpatrywana przez organ legitymujący się wszystkimi cechami określonymi w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Cechy te są ze sobą związane i wzajemnie się uzupełniają, choć ich treść nie jest taka sama. W świetle art. 173 i 178 Konstytucji RP niezależność i niezawisłość są niezbywalnymi cechami sądu w konstytucyjnym znaczeniu” (P. Grzegorzczuk, K. Weitz, komentarz do art. 45, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*.

Tom I, Komentarz do art. 1- 86, wyd. 2016, Legalis 2020, teza 70). Szczególnie przy tym należy podkreślić, że kwestionowane normy nie tylko naruszają art. 45 ust. 1 Konstytucji w stosunku do ogółu obywateli poddanych wymiarowi sprawiedliwości – poprzez wykreowanie systemu, w którym niezawisłość sędziów budzi wątpliwości – lecz również w stosunku do sędziów powołanych na urząd na wniosek KRS powołanej w trybie przewidzianym w ustawie nowelizującej. Sędziowie Ci bowiem zostali pozbawieni prawa do orzekania bez przeprowadzenia indywidualnych procesów, w których byłoby zagwarantowane prawo do obrony przed zarzutami o brak niezawisłości i niezależności, a więc z pogwałceniem prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, bezstronny i niezawisły sąd (*vide* – K. Myszka, *op. cit.*, pkt 23).

Przedstawiony sposób rozumienia art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. prowadzi w sposób nieuchronny do naruszenia szeregu ustrojowych norm rangi konstytucyjnej – w szczególności poprzez rażące naruszenie art. 180 ust. 1 i 2 Konstytucji powoduje daleko idące zagrożenia dla niezawisłości sędziego, gwarantowanej przez art. 178 Konstytucji RP. Z uwagi na to, że zadaniem tych przepisów jest realizacja podstawowego prawa, jakim w demokratycznym państwie prawnym jest prawo do sądu, uznanie takiej wykładni art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. za dopuszczalną prowadziłoby do naruszenia tak art. 45 ust. 1 Konstytucji, jak i statuujących to prawo i wiążących Rzeczpospolitą Polską aktów prawa konwencyjnego i europejskiego.

Z przedstawionych wyżej argumentów jednoznacznie wynika, że w polskich warunkach ustrojowych nie jest możliwe stworzenie mechanizmu weryfikacji nominacji sędziowskich bez naruszenia szeregu konstytucyjnych zasad ustrojowych sądownictwa. Skoro art. 45 ust. 1 Konstytucji RP gwarantuje jednostce rozpoznanie sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, to niespełnienie ustrojowych warunków gwarantujących te przymioty sądu i sędziów (zwłaszcza niezależności sądów i niezawisłości

sędziowskiej), skutkować musi przyjęciem niedopuszczalności funkcjonowania tego rodzaju procedur weryfikacyjnych, w tym również tworzonych przez nadanie nowego rozumienia przepisom określającym tzw. bezwzględne przyczyny odwoławcze. To stanowi istotę problemu konstytucyjnego w niniejszej sprawie, dlatego też nie może być wątpliwości, że konstytucyjnie niedopuszczalne jest przyjęcie takiego rozumienia art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., które dawałoby możliwość procedowania na tej podstawie w przedmiocie weryfikacji prawidłowości powołania sędziego. W tym kontekście zaskarżone unormowanie jest więc niezgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a z uwagi na wykazane już powiązania między tym przepisem Konstytucji a art. 6 EKPCz i art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE – również z tymi przepisami.

Należy przy tym w szczególności zwrócić uwagę, że w debacie na temat uchwały połączonych Izb SN oraz innych orzeczeń postulujących przyjęcie zakwestionowanego w niniejszej sprawie rozumienia art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. umyka istota tego problemu natury ustrojowej. Uchwała połączonych Izb SN stanowi niebezpieczny precedens dlatego, że wbrew tezom powtarzanym w jej uzasadnieniu godzi w istocie w **status** dużej grupy sędziów, kreując normę niezgodną z ustawą zasadniczą. „Wady” w procedurze powołania, które zgodnie z treścią uchwały połączonych Izb SN sprawiają, że sąd jest nienależycie obsadzony, są tej natury, iż bez powtórzenia procedury powołania na urząd sędziego wątpliwa jest możliwość ich konwalidacji i przywrócenie zakwestionowanym w uchwale sędziom pełnej zdolności sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Tymczasem, sędziego nie można drugi raz powołać na to samo stanowisko. Jeśliby bowiem nawet przyjąć, że skład KRS ulegnie zmianie, niezgodne z Konstytucją byłoby zobowiązanie nowej KRS do złożenia wniosku o powołanie konkretnych sędziów przez Prezydenta. KRS nie może być bowiem związana w podejmowaniu decyzji (*vide* – K. Weitz, *op. cit.*, teza 12). Podobnie, z przytaczanych już powodów, niezgodne z Konstytucją byłoby nałożenie na Prezydenta RP obowiązku powołania na urząd sędziego konkretnych osób. Nie

można również sędziego bez jego zgody przenieść na inne stanowisko (*vide* – wyrok z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. K 45/07, *op. cit.*). Każde rozwiązanie ustawowe w tym zakresie byłoby więc niezgodne z ustawą zasadniczą. Z tego względu norma prawna, która stanowi, że określona grupa sędziów, na zasadzie odpowiedzialności zbiorowej, *de facto* nie może sprawować wymiaru sprawiedliwości z powodu wad w procedurze ich powołania sankcjonuje w istocie usunięcie tych sędziów w rozumieniu art. 180 ust. 1 Konstytucji z pominięciem procedury przewidzianej w art. 180 ust. 2 Konstytucji i z pogwałceniem ich prawa do obrony, a więc również z naruszeniem art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 179, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze EKPCz (*vide* – Z. Myszka, *op. cit.*, pkt 23).

Wszystkie podniesione wyżej okoliczności nie pozwalają na przyjęcie takiego rozumienia bezwzględnych przyczyn odwoławczych określonych w art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., zgodnie z którym sam fakt powołania na urząd sędziego członka składu orzekającego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy nowelizującej powoduje wystąpienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Brak bowiem możliwości konwalidacji tego stanu rzeczy bez „ponownego powołania” na urząd w innych okolicznościach powoduje *de facto* odstępianie od dotychczasowego, konstytucyjnego ujęcia statusu sędziów.

Na marginesie przedstawionej wyżej argumentacji należy zaznaczyć, że przyjęcie dopuszczalności weryfikacji prawidłowości powołania sędziego w trybie kontroli instancyjnej, w tym poprzez kwestionowanie skuteczności aktu nominacji, generowałoby ryzyko nielimitowanego kwestionowania statusu sędziów wówczas, gdy w procedurze nominacyjnej doszłoby do jakichkolwiek uchybień, a w szczególności, gdy określony element tej procedury zostałby uznany za niezgodny z aktem prawnym wyższego rzędu, zwłaszcza z Konstytucją. Przypominać bowiem należy, że Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie kwestionował elementy procedury nominacyjnej sędziów takie jak:

brak możliwości odwołania się od uchwał KRS (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. SK 57/06, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 63; warto odnotować, że odwołania te nie przysługiwały zatem w okresie funkcjonowania KRS w latach 1990-2007), ustalenie reguł postępowania przed KRS w drodze rozporządzenia (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. K 62/07, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 149), zasadę bezwzględnej jawności głosowań w KRS (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2008 r., sygn. K 40/07, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 44), a także kryteria oceny kandydatów na sędziów (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 listopada 2007 r., sygn. SK 43/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 130).

Szczególnie istotny wydaje się w tym kontekście wspomniany już wyrok z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. K 5/17 (*op. cit.*), w którym Trybunał Konstytucyjny potwierdził wadliwość procedury powołania sędziów, wynikającą z przyjęcia niekonstytucyjnego rozumienia charakteru kadencji członków Rady wybieranych spośród sędziów. Można przyjąć, że KRS – funkcjonująca w oparciu o niekonstytucyjne przepisy ustrojowe – w okresie kilkunastu lat rozpatrzyła i skutecznie przedstawiła Prezydentowi RP znaczną liczbę kandydatur na urząd sędziego, a powołani w tych okolicznościach sędziowie, w tym większość obecnych sędziów Sądu Najwyższego, wydali ogromną liczbę orzeczeń. Co więcej, jak wspomniano, w wyroku tym Trybunał nie odniósł się wprost do konsekwencji orzeczenia o niekonstytucyjności.

Przyjęcie, że tego rodzaju uchybienia stanowią bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k. groziłoby destabilizacją systemu prawnego. Należy jednak zauważyć, że ochronę przed zaistnieniem takiej sytuacji zapewnia bezpośrednio ustawa zasadnicza, a konkretnie przedstawiony powyżej charakter aktu powołania sędziego, stanowiący realizację prerogatywy Prezydenta RP określonej w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji. Jak to już przedstawiono, realizacja tej prerogatywy sanuje bowiem wszelkie

nieprawidłowości w procedurze powołania sędziów. Akt Głowy Państwa, która wszak może odmówić powołania sędziego, także z powodu dostrzeżenia uchybień w procedurze poprzedzającej powołanie, nie podlega weryfikacji, a jedyna jego ocena, nierodząca skutków dla samego aktu, może odbyć się w ramach procedury określonej przez art. 145 Konstytucji. Należy zatem przyjąć, że to regulacja konstytucyjna determinuje skutki orzeczenia w sprawie K 5/17, chroniąc skuteczność powołania sędziów i stabilność orzecznictwa nie tylko w kontestowanym okresie, ale także status wszystkich innych sędziów, których postępowanie nominacyjne było lub mogłoby być obarczone jakąkolwiek wadliwością.

Ze względu na wszystkie podniesione wyżej okoliczności zasadne jest więc przedstawienie stanowiska, że art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k., rozumiane w ten sposób, że badanie, czy w wydaniu orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona oraz czy sąd był nienależycie obsadzony, dopuszcza weryfikację prawidłowości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, w tym również na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy nowelizującej, są niezgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 175 ust. 1 w zw. z art. 178 ust. 1 w zw. z art. 179 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze EKPCz i z art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE, oraz są niezgodne z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert M. Mańka
Zastępca Prokuratora Generalnego