

POSTANOWIENIE

Dnia 14 października 2021 roku

Sąd Apelacyjny w Gdańsku w Wydziale II Karnym w składzie:

Przewodniczący: SSA Sławomir Steinborn (spr.)

Sędziowie: SA Beata Fenska-Paciorek

SA Andrzej Rydzewski

Protokolant: st. sekr. sąd. Aleksandra Konkol

po rozpoznaniu w sprawie **S. M.**

wniosku obrońcy oskarżonego o wyłączenie od rozpoznania sprawy sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku Leszka Meringa

postanawia

1. na podstawie art. 42 § 4 zd. pierwsze k.p.k. i art. 40 § 1 *a contrario* k.p.k. w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) i art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C z 14 grudnia 2007 r., Nr 303, s. 1) w zw. z art. 19 ust. 1 akapit drugi Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.) nie uwzględnić wniosku obrońcy oskarżonego S. M. o wyłączenie od rozpoznania sprawy sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku Leszka Meringa;
2. na podstawie art. 98 § 2 k.p.k. odroczyć sporządzenie uzasadnienia do dnia 21 października 2021 r.

UZASADNIENIE
postanowienia Sądu Apelacyjnego w Gdańsku
z dnia 14 października 2021 r.

Na skutek apelacji wniesionych od wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt III K 189/19, sprawa została skierowana do Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, a do składu orzekającego w tej sprawie wylosowany został w charakterze sędziego referenta sędzia Sądu Apelacyjnego w Gdańsku Leszek Mering.

Pismem z dnia 5 lipca 2021 r. obrońca oskarżonego S. M. złożył wniosek o wyłączenie od orzekania w sprawie o sygn. akt II AKa 154/21 sędziego Leszka Meringa z uwagi na zaistnienie wątpliwości dotyczących uwarunkowań instytucjonalno-ustrojowych, w których nastąpiło jego powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku. Skarżący wskazał bowiem, że skorzystanie z wniosku o wyłączenie sędziego jest jedynym instrumentem pozwalającym stronie na podniesienie kwestii wpływu nieprawidłowości procedury powołań sędziowskich na konstytucyjne prawo do rzetelnego procesu. Obrońca oskarżonego dodał, że postanowienie o powołaniu sędziego Leszka Meringa na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku wydane zostało 4 maja 2020 r., a zatem po ogłoszeniu uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r., w której wskazano, że ustalenie, czy postępowanie prowadzi sąd bezstronny i niezależny, ustanowiony ustawą, obejmuje badanie procesu powoływania sędziów w ramach krajowego systemu sądownictwa. Zdaniem skarżącego z treści uchwały jasno wynika, że wybory dokonywane przez obecną Krajową Radę Sądownictwa nie mają charakteru niezależnego od interesu politycznego, co rzutuje na ocenę spełnienia przez osoby powoływane na wniosek tej Rady na urząd sędziego obiektywnych przesłanek bezstronności i niezawisłości. Obrońca oskarżonego wskazał przy tym, że rozpoznanie jego wniosku wymagać będzie zbadania i oceny okoliczności, o jakich mowa w pkt 52 uchwały SN z 23 stycznia 2020 r., a zatem zapoznania się z dokumentacją powstałą w toku procedury nominacyjnej.

W konsekwencji wniosku obrońcy Sąd Apelacyjny w dniu 9 lipca 2021 r. odroczył rozprawę apelacyjną w sprawie na termin z urzędu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

I. Właściwość Sądu Apelacyjnego do rozpoznania wniosku o wyłączenie sędziego

Zgodnie z art. 42 § 4 k.p.k. wnioski o wyłączenie sędziego – jako kwestia wadliwa w toku postępowania – podlega rozpoznaniu przez sąd, przed którym toczy się postępowanie, przy czym w składzie orzekającym w kwestii wyłączenia nie może brać udziału sędzia, którego dotyczy wyłączenie. Jedynie w przypadku, gdyby uprzednio doszło do wyłączenia takiej liczby sędziów danego sądu, iż nie byłoby możliwe utworzenie składu do rozpoznania wniosku, w kwestii wyłączenia orzeka sąd wyższego rzędu. Z powyższego wynika zatem ogólna reguła domniemania kompetencji sądu, przed którym toczy się postępowanie, do rozpoznania wniosku o wyłączenie sędziego.

Wyjątek od powyższej reguły został wprowadzony ustawą z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r., poz. 190), która weszła w życie 14 lutego 2020 r. Zgodnie art. 26 § 2 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 154 ze zm.) – nazywanej dalej „ustawą o SN” – w brzmieniu nadanym wskazaną ustawą z 20 grudnia 2019 r., do właściwości Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych należy rozpoznawanie wniosków lub oświadczeń dotyczących wyłączenia sędziego albo o oznaczenie sądu, przed którym ma się toczyć postępowanie, obejmujących zarzut braku niezależności sądu lub braku niezawisłości sędziego. Sąd rozpoznający sprawę przekazuje niezwłocznie wniosek Prezesowi Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych celem nadania mu dalszego biegu na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Przekazanie wniosku Prezesowi Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych nie wstrzymuje biegu toczącego się postępowania. Z art. 26 § 3 ustawy o SN wynika natomiast, że wniosek, o którym mowa w § 2, pozostawia się bez rozpoznania, jeżeli obejmuje ustalenie oraz ocenę zgodności z prawem powołania sędziego lub jego umocowania do wykonywania zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości.

Jak pokazuje obserwacja praktyki Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych, przekazywane na podstawie art. 26 § 2 ustawy o SN przez sądy powszechne do rozpoznania tej Izbie wnioski o wyłączenie sędziego, nie są uwzględniane lub wręcz pozostawiane bez rozpoznania na podstawie art. 26 § 3 ustawy o SN.

Dla rozstrzygnięcia kwestii właściwości do rozpoznania przedmiotowego wniosku o wyłączenie sędziego istotne znaczenie ma fakt, że w dniu 1 kwietnia 2021 r. Komisja Europejska na podstawie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C z 30 marca 2010 r., Nr 83, s. 47 i nast. – zwanego dalej „TfUE”) wniosła do Trybunału Sprawiedliwości skargę o stwierdzenie uchybienia przez Rzeczpospolitą Polską zobowiązaniom państwa członkowskiego UE poprzez m.in. to, że:

- 1) przyjmując i utrzymując w mocy art. 42a § 1 i § 2 oraz art. 55 § 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 2072 ze zm. – zwanej dalej „u.s.p.”) – w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą z dnia 20 grudnia 2019 r., art. 26 § 3 i art. 29 § 2 i § 3 ustawy o SN – w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą z dnia 20 grudnia 2019 r., uznających za niedopuszczalne dla wszystkich sądów krajowych badanie spełnienia wymogów Unii Europejskiej dotyczących niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego uprzednio na mocy ustawy, Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C z 30 marca 2010 r., Nr 83, s. 13 i nast. – zwanego dalej „TUE”) w zw. z art. 47 Karty praw podstawowych (Dz. Urz. UE C z 30 marca 2010 r., Nr 83, s. 389 i nast. – zwanej dalej „KPP UE”) w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPCz”) oraz na podstawie art. 267 TfUE i zasadzie pierwszeństwa prawa Unii;
- 2) przyjmując i utrzymując w mocy art. 26 § 2 i § 4–6 ustawy o SN, przekazujące do wyłącznej właściwości Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego rozpoznawanie zarzutów dotyczących braku niezależności sądu lub braku niezawisłości sędziego, Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej zgodnie z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE w zw. z art. 47 KPP UE oraz na podstawie art. 267 TfUE i zasadzie pierwszeństwa prawa Unii.

W ramach postępowania wszczętego powyższą skargą, które prowadzone jest przez Trybunał Sprawiedliwości pod sygnaturą C-204/21 R, Wiceprezes Trybunału Sprawiedliwości wydała w dniu 14 lipca 2021 r. postanowienie, którym Rzeczpospolita Polska została zobowiązana, natychmiast i do czasu wydania wyroku kończącego postępowanie w sprawie C-204/21, m.in. do:

- 1) zawieszenia stosowania przepisów art. 42a § 1 i § 2 i art. 55 § 4 u.s.p., art. 26 § 3 i art. 29 § 2 i § 3 ustawy o SN, w zakresie, w jakim uznają za niedopuszczalne, aby sądy krajowe badały spełnienie wymogów Unii Europejskiej dotyczących niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego uprzednio na mocy ustawy w rozumieniu art. 19 ust. 1 TUE w związku z art. 47 KPP UE,
- 2) zawieszenia stosowania art. 26 § 2 i § 4–6 i art. 82 § 2–5 ustawy o SN, przekazujących do wyłącznej właściwości Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego rozpoznawanie zarzutów braku niezawisłości sędziego lub braku niezależności sądu.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, środki tymczasowe przyjmowane przez Trybunał na podstawie art. 279 TfUE mogą nawet kreować sytuacje i stany prawne, nie ograniczając się do zawieszenia stanu istniejącego (W. Postulski (w:) A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, t. 3, s. 553). Zobowiązanie do zawieszenia stosowania określonych przepisów prawa krajowego oznacza, że przepisy te nie powinny wywoływać żadnych skutków prawnych aż do czasu wygaśnięcia środka tymczasowego lub ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy przez Trybunał. Zobowiązanie wynikające z przywołanego postanowienia Wiceprezes Trybunału Sprawiedliwości adresowane jest do Rzeczypospolitej Polskiej, przez co rozumieć należy wszelkie organy władzy publicznej, do których kompetencji należy stosowanie przepisów krajowych objętych zawieszeniem. Adresatami postanowienia są zatem również sądy, w tym Sąd Apelacyjny.

Respektując zatem postanowienie Wiceprezes Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 2021 r., Sąd Apelacyjny stwierdza, że nie ma aktualnie podstaw do przekazania wniosku obrońcy oskarżonego o wyłącznie sędziego L. Meringa do rozpoznania przez Izbę Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego. Zawieszenie w ramach środków tymczasowych stosowania art. 26 § 2 ustawy o SN oznacza, że aktualnie Izba ta – przynajmniej czasowo – utraciła kompetencję do rozpoznawania wniosków o wyłączenie sędziego, w których podnoszone są kwestie braku niezawisłości sędziego lub braku niezależności sądu. Właściwość do rozpoznania takiego wniosku należy rozstrzygnąć przy odwołaniu się do wskazanej na wstępie reguły ogólnej domniemania kompetencji sądu, przed którym toczy się postępowanie. Wobec faktu, iż możliwe było utworzenie składu do rozpoznania przedmiotowego wniosku, wyłącznie

właściwym do jego rozpoznania jest Sąd Apelacyjny w Gdańsku, przed którym toczy się postępowanie apelacyjne, w ramach którego wniosek został złożony.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższej konstatacji w żaden sposób nie dezaktualizuje wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2021 r., P 7/20, w którym stwierdzono, że art. 4 ust. 3 zd. drugie TUE w zw. z art. 279 TfUE w zakresie, w jakim Trybunał Sprawiedliwości UE nakłada *ultra vires* zobowiązania na Rzeczpospolitą Polską jako państwo członkowskie UE, wydając środki tymczasowe odnoszące się do ustroju i właściwości polskich sądów oraz trybu postępowania przed polskimi sądami, jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 8 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 Konstytucji RP i w tym zakresie nie jest objęty zasadami pierwszeństwa oraz bezpośredniego stosowania określonymi w art. 91 ust. 1-3 Konstytucji RP (Dz. U. z 2021 r., poz. 1309; OTK-A 2021, poz. 49). Niezależnie od faktu, że w wydaniu tego wyroku brał udział Justyn Piskorski, wybrany w 2017 r. przez Sejm VIII kadencji do Trybunału Konstytucyjnego na stanowisko obsadzone wcześniej przez Krzysztofa Ślebzaka (zob. szerzej co do skuteczności i konsekwencji wyboru: wyrok TK z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15, OTK-A 2015, Nr 11, poz. 135; wyrok TK z dnia 9 grudnia 2015 r., K 35/15, OTK-A 2015, Nr 11, poz. 186; wyrok TK z dnia 9 marca 2016 r., K 47/15, OTK-A 2016, poz. 2; wyrok TK z dnia 11 sierpnia 2016 r., K 39/16, OTK-2016, poz. 71; wyroku ETPCz z dnia 7 maja 2021 r., *XERO FLOR przeciwko Polsce*, skarga nr 4907/18, LEX nr 3170326; postanowienie SN z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21, LEX nr 3223819; D. Szumiło-Kulczycka, K. Kozub-Ciembroniewicz, *Konsekwencje uchybień w obsadzie TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20)*, Państwo i Prawo 2021, z. 8, s. 81-87, 94-97), trzeba zauważyć, że ów wyrok został wydany wskutek pytania prawnego Izby Dyscyplinarnej na kanwie postanowienia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 kwietnia 2020 r., C-791/19 R, orzekającego środki tymczasowe związane z działaniem Izby Dyscyplinarnej. Szereg wywodów przedstawionych w uzasadnieniu TK (zwłaszcza pkt 6.7, 6.8 i 6.9) wskazuje, że rzeczywistym przedmiotem kontroli TK było postanowienie orzekające środki tymczasowe, a Trybunał wprost choćby wskazał na „niezgodność norm wykreowanych przez TSUE (...) z art. 2 Konstytucji”. Co jednak najistotniejsze, wskazany wyrok TK – jak wprost wskazano w jego uzasadnieniu – „ma charakter zakresowy i w swojej istocie zbliżony jest do wyroku interpretacyjnego”. Uznaje on bowiem niezgodność wskazanych w sentencji przepisów jedynie w sytuacji, gdy Trybunał Sprawiedliwości nakłada *ultra vires* zobowiązania na Rzeczpospolitą Polską jako państwo członkowskie UE, a więc gdy

Trybunał wykracza poza swoje kompetencje. W ocenie Sądu Apelacyjnego o takiej sytuacji w przypadku wskazanego postanowienia Wiceprezes Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 2021 r. w sprawie C-204/21 R nie może być mowy. Nie chodzi tu wyłącznie o to, że art. 279 TfUE wprost przewiduje kompetencję Trybunału do zarządzenia niezbędnych środków tymczasowych, a dla każdego prawnika zorientowanego w podstawowym choćby zakresie w kompetencjach Unii Europejskiej oczywistym jest, że dość szeroko obejmują one również kwestie procedur sądowych w państwach członkowskich (ograniczając się jedynie do postępowania karnego wskazać należy choćby przepisy art. 82 ust. 1 i 2 TfUE). Tylko pozornie i przy braku dobrej woli można byłoby uznać, jakoby sprawa C-204/21 R zawisła przed Trybunałem Sprawiedliwości dotyczyła kwestii ustroju i właściwości polskich sądów. Nie jest kwestionowane przez sam Trybunał Sprawiedliwości, że organizacja wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich należy do ich kompetencji. Rzecz jednak w tym, że przy wykonywaniu tej kompetencji państwa członkowskie mają obowiązek dotrzymywać zobowiązań wynikających dla nich z prawa Unii, a w szczególności z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE. W związku z tym każde państwo członkowskie powinno zapewnić w szczególności, by organy należące – jako „sądy” w rozumieniu prawa Unii – do systemu środków odwoławczych w dziedzinach objętych prawem Unii i mogące w związku z tym rozstrzygać w tym charakterze o stosowaniu lub wykładni prawa Unii odpowiadały wymogom skutecznej ochrony sądowej (zob. wyrok TS z dnia 26 marca 2020 r., *Miasto Łowicz i Prokurator Generalny*, C-558/18 i C-563/18, pkt 36; wyrok TS z dnia 2 marca 2021 r., *A.B. i in. (powołanie sędziów Sądu Najwyższego)*, C-824/18, pkt 112). Innymi słowy, państwa członkowskie mają swobodę w kształtowaniu ustroju wymiaru sprawiedliwości, w tym kwestii statusu sędziów, jednak nie mają całkowitej dowolności w tym zakresie, bowiem przyjmowane rozwiązania nie mogą prowadzić do podważenia ogólnie przyjętych w demokratycznym państwie prawa i europejskich tradycjach konstytucyjnych zasad dotyczących funkcjonowania sądownictwa, w tym zwłaszcza naruszać prawo jednostek do rozpoznania sprawy przez niezwiśły i bezstronny sąd. Analiza argumentacji przedstawionej przez Komisję w skardze, jak i uzasadnienia postanowienia z dnia 14 lipca 2021 r., nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości, że istotą problemu przedłożonego do rozstrzygnięcia przez Trybunał jest właśnie kwestia, czy unormowania przyjęte w ustawie z dnia 20 grudnia 2019 r. podważają wynikający z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE wymóg zapewnienia, aby sprawy

zawiśle przed sądami krajowymi były rozpoznawane przez niezawisłe i bezstronne sądy ustanowione uprzednio na mocy ustawy.

Powyższe rozumowanie znajduje pełne potwierdzenie w postanowieniu Wiceprezesa Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 2021 r., którym oddalono wniosek rządu polskiego o uchylenie postanowienia z dnia 14 lipca 2021 r., *Komisja/Polska* (C-204/21 R, EU:C:2021:593), powołujący się na fakt wydania przywołanego powyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie P 7/20. W postanowieniu tym wskazano, że okoliczność, iż krajowy trybunał konstytucyjny stwierdza, iż środki tymczasowe są sprzeczne z porządkiem konstytucyjnym danego państwa członkowskiego, w żaden sposób nie wpływa na ocenę, iż przepisy krajowe dotyczące organizacji wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich mogą być przedmiotem kontroli w świetle art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE w ramach skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, a w konsekwencji także środków tymczasowych (pkt 22-24). Wynika z powyższego, że zabezpieczenie ustanowione na mocy postanowienia z dnia 14 lipca 2021 r. pozostaje w mocy.

Sąd Apelacyjny dostrzega również, że Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 4 marca 2020 r., P 22/19 (Dz. U. z 2020 r., poz. 75; OTK-A 2020, poz. 31) uznał, iż art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k., stosowany odpowiednio na podstawie art. 74¹ pkt 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r. poz. 75) w zakresie, w jakim dopuszcza rozpoznanie wniosku o wyłączenie sędziego z powodu wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta RP 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 84 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą o KRS”, jest niezgodny z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP. W ocenie Sądu Apelacyjnego wyrok ten nie podważa jednak kompetencji tego Sądu do rozpoznania wniosku o wyłączenie sędziego. Po pierwsze, pytanie prawne zostało skierowane do TK przez Izbę Dyscyplinarną, a zatem organ, co do którego niezawisłości istnieją zasadnicze wątpliwości. Po drugie, rozstrzygnięcie TK – podobnie jak w sprawie P 7/20 – zostało wydane w składzie, w którym uczestniczył Justyn Piskorski, a więc osoba wybrana na obsadzone już stanowisko sędziowskie w Trybunale. Po trzecie, przedmiotem rozpoznania w sprawie były przepisy mające zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym przeciwko radcy prawnemu, jako że w takim właśnie postępowaniu zostało skierowane przez Izbę Dyscyplinarną pytanie prawne do TK. Rozstrzygnięcie Trybunału nie dotyczy zatem – jak to wynika już z jego

sentencji – *stricte* przepisów obowiązujących w postępowaniu karnym. Po czwarte, przedmiotem rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny były w istocie wątpliwości interpretacyjne istniejące na tle rozbieżności dotyczących dopuszczalności weryfikacji w ramach istniejących instrumentów procesowych, w tym wniosku o wyłączenie sędziego, kwestii prawidłowości powoływania sędziów przy udziale Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej na podstawie przepisów 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) – zwanej dalej „ustawą nowelizującą z dnia 8 grudnia 2017 r.”. Do przyznanych Trybunałowi przez ustrojodawcę kompetencji nie należy zaś dokonywanie wykładni przepisów prawa (por. zdanie odrębne sędziego TK J. Steliny). Po piąte i najistotniejsze, Trybunał przyjął, że „nie ma w polskim systemie prawa żadnej instytucji pozwalającej na weryfikację czy kontrolę zasadności powoływania sędziów na urząd przez Prezydenta”, a zatem wniosek o wyłączenie sędziego złożony w trybie art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. nie może obejmować okoliczności wadliwości powołania sędziego, gdyż byłoby to jednoznaczne z przyznaniem sądom powszechnym uprawnienia do podważania powołań sędziowskich, których warunki są ściśle określone przepisami Konstytucji. Przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie nie jest jednak bezpośrednio kwestia wadliwości powołania do pełnienia urzędu sędziego Sądu Apelacyjnego, a tym bardziej ocena, czy dana osoba takim sędzią jest, lecz zbadanie, czy na gruncie tej sprawy nie zachodzi ryzyko naruszenia standardu niezależności i bezstronności gwarantowanego przez art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 47 KPP UE oraz art. 6 ust. 1 EKPCz, z uwagi na orzekanie przez danego sędziego w tej konkretnej sprawie.

Reasumując tę część analizy, należy wskazać, że w aktualnym stanie prawnym do rozpoznania wniosku o wyłączenie sędziego, w którym podniesiono wątpliwości dotyczące niezawisłości i bezstronności sędziego z uwagi na wadliwość jego procesu powołania, wyłącznie właściwy jest – z zastrzeżeniem art. 42 § 4 zd. drugie k.p.k. – sąd, przed którym toczy się postępowanie.

Jednocześnie w tym miejscu Sąd Apelacyjny uznaje za konieczne podkreślić, iż zastosowanie reguły, w myśl której złożenie wniosku o wyłączenie sędziego nie wstrzymuje biegu postępowania, byłoby przejawem braku szacunku dla praw stron i składanych przez nie wniosków. W sytuacji, gdy wniosek o wyłączenie sędziego nie nosi znamion instrumentalnego działania, lecz składany jest w poczuciu troski o prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości i dyktowany potrzebą ochrony

konstytucyjnego prawa strony do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, obowiązkiem Sądu jest pochylenie się z konieczną w takiej sytuacji szczególną wnikliwością i rozważą nad przedstawionym przez stronę problemem, a do tego czasu wstrzymanie się z merytorycznym rozpoznaniem zawisłej sprawy.

II. Standard wynikający z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 EKPCz „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy (...) przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o (...) zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”.

W wyroku Wielkiej Izby z dnia 1 grudnia 2020 r., *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, skarga nr 26374/18, Europejski Trybunał Praw Człowieka sprecyzował standard, jaki powinien być spełniony w odniesieniu do „sądu ustanowionego ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPCz. Trybunał wskazał, że celem wymogu, aby „sąd” był „ustanowiony ustawą” było zapewnienie, aby organizacja sądownictwa w społeczeństwie demokratycznym nie zależała od uznania władzy wykonawczej, ale aby była regulowana ustawą pochodzącą od parlamentu. Do istoty pojęcia sąd należy również to, aby składał się on z sędziów wybranych w oparciu o kryteria merytoryczne, a zatem aby spełniali wymogi profesjonalnych kompetencji i integralności moralnej. Trybunał zauważył, iż im wyżej w hierarchii sądowniczej znajduje się dany sąd, tym bardziej wymagające powinny być kryteria wyboru. Z kolei celem wymogu, aby sąd był „ustanowiony”, jest ochrona sądownictwa przed bezprawnym wpływem zewnętrznym, w szczególności ze strony władzy wykonawczej, ale także ustawodawczej lub wewnątrz samego sądownictwa. Proces powoływania sędziów stanowi nieodłączny element pojęcia „ustanowiony ustawą” i wymaga ścisłej kontroli. W konsekwencji naruszenie prawa regulującego proces powoływania sędziów może spowodować, że udział danego sędziego w rozpatrywaniu sprawy będzie „nieprawidłowy”. Jednocześnie, skoro sąd ma być ustanowiony „zgodnie z prawem”, Trybunał wskazał, że odpowiednie prawo krajowe dotyczące nominacji sędziowskich powinno być sformułowane w sposób jednoznaczny, w miarę możliwości, tak aby nie dopuścić do arbitralnej ingerencji w proces nominacji. Prawo do „sądu ustanowionego ustawą” jest wprawdzie samodzielny prawem wynikającym z art. 6 ust. 1 EKPCz, jednak Trybunał dostrzega ścisły jego związek z przewidzianymi w tym przepisie

gwarancjami niezawisłości i bezstronności. Wspólnym celem tych wymogów jest gwarantowanie fundamentalnych zasad rządów prawa i podziału władz. Badanie w ramach wymogu „sądu ustanowionego ustawą” musi systematycznie dociekać, czy domniemana nieprawidłowość w danej sprawie była na tyle poważna, aby podważyć wyżej wymienione podstawowe zasady i zagrozić niezależności danego sądu.

W tym celu Trybunał opracował test oparty na trzech, ujmowanych łącznie kryteriach. Pierwszym z nich jest ustalenie, czy doszło do oczywistego naruszenia prawa krajowego, które jednocześnie jest obiektywnie i rzeczywiście możliwe do zidentyfikowania. Trybunał zaznaczył jednak, że brak takiego oczywistego naruszenia nie wyklucza możliwości naruszenia prawa do sądu ustanowionego ustawą, ponieważ procedura, która jest pozornie zgodna z przepisami krajowymi, może jednak prowadzić do rezultatów niezgodnych z przedmiotem i celem tego prawa. W takim przypadku należy dokonać zbadania drugiego i trzeciego kryterium.

Drugie kryterium sprowadza się do oceny, czy pomimo naruszenia tego prawa zapewniona jest zdolność sądownictwa do wykonywania swoich funkcji bez nadmiernej ingerencji, a tym samym zachowane jest poszanowanie dla zasad państwa prawa i podziału władz. O ile naruszenia o charakterze czysto technicznym, które nie mają wpływu na legalność procesu mianowania, nie przekraczają odpowiedniego progu, to z kolei naruszenia, które całkowicie pomijają najbardziej podstawowe zasady mianowania lub naruszenia, które w inny sposób mogą podważyć cel i skutek wymogu „ustanowionego przez prawo”, muszą być uznane za naruszające ten wymóg.

Trzecie kryterium polega na tym, że istotną rolę w ustaleniu, czy naruszenie krajowych reguł dotyczących powoływania sędziów stanowiło naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą”, odgrywa przeprowadzona przez sądy krajowe kontrola dotycząca konsekwencji prawnych wskazanego naruszenia prawa krajowego z punktu widzenia praw jednostki gwarantowanych w Konwencji. Ocena przez sądy krajowe skutków prawnych takiego naruszenia musi być dokonana z uwzględnieniem standardu wypracowanego w orzecznictwie ETPCz.

W wyroku z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce* (skarga nr 43447/19) Europejski Trybunał Praw Człowieka przypomniał reguły wypracowane w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson*, a następnie poddał powołanie sędziów Izby Dyscyplinarnej trójstopniowemu testowi sformułowanemu w tej ostatniej sprawie. Przystępując do oceny w zakresie pierwszego kryterium Trybunał wskazał, że w sytuacji rozbieżnych stanowisk sądów krajowych co do tego, czy doszło do oczywistego

naruszenia prawa krajowego, zasadniczo będzie opierać się na interpretacji sądów krajowych, chyba że będzie ona arbitralna lub oczywiście niezasadna. Z dalszych wywodów Trybunału wydaje się wypływać wniosek, że w razie stwierdzenia naruszenia odpowiednich przepisów krajowych, Trybunał zasadniczo będzie respektował ocenę skutków prawnych takiego naruszenia dokonaną przez sądy krajowe, o ile będzie ona dokonana z uwzględnieniem odpowiedniego orzecznictwa konwencyjnego i wynikających z niego zasad, a więc z zachowaniem należytej oceny faktów i zarzutów w świetle standardów Konwencji oraz odpowiednim wyważeniem konkurujących ze sobą interesów (§ 230). Trybunał podkreślił, że nie jest jego zadaniem zastępowanie sądów krajowych w ocenie naruszenia obowiązujących przepisów, lecz zbadanie, czy przy dokonywaniu tej oceny sądy krajowe zachowały wymaganą równowagę między różnymi wchodzącymi w grę interesami i respektowały standard konwencyjny dotyczący „sądu ustanowionego ustawą” (§ 231).

Analizując wprowadzone w 2017 r. zmiany dotyczące Krajowej Rady Sądownictwa i procedury powoływania sędziów, Trybunał wskazał, że wprowadzenie nowego modelu wyboru sędziów – członków KRS nie znajdowało przekonującego uzasadnienia w interpretacji Konstytucji dokonanej w wyroku TK z dnia 20 czerwca 2017 r., K 5/17 (OTK-A 2017, poz. 48), a Trybunał Konstytucyjny nie przedstawił żadnych przekonujących powodów do odejścia od wcześniejszego rozumienia Konstytucji. Jednocześnie Trybunał zauważył, że Trybunał Konstytucyjny wydaje się być odosobniony w swoim postrzeganiu i ocenie konieczności i zasadności zmiany procedury wyboru członków KRS. Następnie Trybunał odnotował wątpliwości towarzyszące powołaniu Izby Dyscyplinarnej. W dalszej części Trybunał dokonał analizy orzecznictwa Sądu Najwyższego, w tym wyroku Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z dnia 5 grudnia 2019 r. oraz uchwały połączonych Izb SN z dnia 23 stycznia 2020 r., a zwłaszcza zaprezentowanych w tych judykatach ocen odnoszących się do zmian dotyczących KRS oraz jej działalności w nowym kształcie, a także tego czy Izba Dyscyplinarna stanowi „sąd” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 47 KPP UE i art. 6 ust. 1 EKPCz. Trybunał stwierdził, że stanowisko przyjęte w uchwale połączonych Izb SN zostało przedstawione w obszernym uzasadnieniu i było wynikiem wnikliwej i szczegółowej oceny wszystkich elementów istotnych dla pojęcia „niezależnego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą” w świetle konstytucyjnych zasad regulujących funkcjonowanie KRS, w tym zasady podziału i równowagi władzy

ustawodawczej, wykonawczej i sędziowskiej oraz zasady niezależności sądownictwa (§ 257).

Mając na względzie zwłaszcza przekonującą i stanowczą argumentację Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 5 grudnia 2019 r. i w uchwale z dnia 23 stycznia 2020 r. oraz wnioski tego sądu co do sprzeczności z prawem procedury powoływania sędziów do Izby Dyscyplinarnej, które zostały wyciągnięte po dogłębnej i starannej ocenie właściwych przepisów polskiego prawa z perspektywy podstawowych standardów Konwencji oraz prawa UE, przy zastosowaniu wskazówek i orzecznictwa TSUE, Trybunał uznał za wykazane, że doszło do oczywistego naruszenia prawa krajowego dla celów pierwszego kryterium testu wypracowanego w sprawie *Ástráðsson* (§ 264).

W ocenie Trybunału istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy konkretna wada w procesie powoływania sędziów była na tyle poważna, że stanowiła naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą” (kryterium drugie testu wypracowanego w sprawie *Ástráðsson*) ma między innymi to, czy celem naruszonej regulacji było zapobieżenie jakiegokolwiek nieuzasadnionej ingerencji władzy wykonawczej lub ustawodawczej w wymiar sprawiedliwości oraz czy naruszenie to podważało samą istotę prawa do „sądu ustanowionego ustawą” (§ 266). W tym zakresie Trybunał zwrócił uwagę na okoliczności, które towarzyszyły powołaniu KRS w nowym kształcie, w tym m.in. na jednoznaczne powiązania części sędziów – członków KRS z Ministerstwem Sprawiedliwości, dokonanie wyboru członków KRS przy poparciu wąskiej grupy sędziów silnie powiązanych z władzą wykonawczą, brak jawności procedury wyboru i wątpliwości co do spełnienia formalnych kryteriów warunkujących skuteczne zgłoszenie w odniesieniu do jednego z członków KRS. Trybunał stwierdził, że na mocy ustawy nowelizującej z 2017 r. władza ustawodawcza i wykonawcza uzyskały decydujący wpływ na skład KRS, a ustawa praktycznie zlikwidowała nie tylko poprzedni system przedstawicielski, ale również gwarancje niezależności sądownictwa w tym zakresie. W efekcie umożliwiło to władzy wykonawczej i ustawodawczej bezpośrednią lub pośrednią ingerencję w procedurę powoływania sędziów, z której to możliwości władze te skorzystały (§ 274). W konsekwencji Trybunał uznał – biorąc pod uwagę całokształt okoliczności – że naruszenie prawa krajowego, wynikające z nieprzestrzegania zasady podziału władz i niezależności sądownictwa, w sposób nieodłączny skaziło kwestionowaną procedurę powoływania sędziów, ponieważ w wyniku tego rekomendacja kandydatów na sędziów do Izby Dyscyplinarnej – warunek *sine qua non* powołania przez Prezydenta RP – została powierzona KRS,

organowi, który nie zapewniał wystarczających gwarancji niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Procedura powoływania sędziów, która zaś wykazuje nadmierny wpływ władzy ustawodawczej i wykonawczej na powoływanie sędziów, jest ze swej istoty niezgodna z art. 6 ust. 1 EKPCz i jako taka stanowi fundamentalną nieprawidłowość wpływającą negatywnie na cały proces i zagrażającą legitymacji sądu złożonego z tak powołanych sędziów. W konsekwencji w ocenie Trybunału uchybienia w procedurze powoływania sędziów do Izby Dyscyplinarnej były tak poważne, że naruszały samą istotę prawa do „sądu ustanowionego ustawą” (§§ 276, 277). W odniesieniu do trzeciego kryterium testu wypracowanego w sprawie *Ástráðsson*, a więc ustalenia czy zarzuty dotyczące naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą” zostały skutecznie zbadane przez sądy krajowe i czy zastosowane zostały odpowiednie środki zaradcze, Trybunał zauważył, że w prawie polskim brak było procedury, w ramach której skarżąca mogłaby wywołać zbadanie podnoszonych przez siebie uchybień w procesie powoływania sędziów do Izby Dyscyplinarnej, co oznacza, że skarżącej nie zapewniono żadnych środków odwoławczych (§ 278, § 279).

W konkluzji Trybunał stwierdził, że Izba Dyscyplinarna nie była sądem ustanowionym ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPCz, a jednocześnie z uwagi na ścisły związek tego prawa z prawem do niezawisłego i bezstronnego sądu oraz wspólne źródło nieprawidłowości, jakim był proces powoływania sędziów, doszło również do naruszenia prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu (§ 284).

Co do tej ostatniej kwestii warto też przypomnieć, że w swoim wcześniejszym orzecznictwie Trybunał zwracał uwagę na wymóg postrzegania sędziego jako niezawisłego, który oceniany jest w oparciu o tzw. subiektywny i obiektywny test niezawisłości. W tym pierwszym aspekcie badaniu podlega to, czy zachodzą jakiegokolwiek przesłanki, by odmawiać niezawisłości sędziemu rozpoznającemu konkretną sprawę. Drugi aspekt polega na badaniu, czy możliwe jest pojawienie się obiektywnie uzasadnionego przeświadczenia po stronie obserwatora zewnętrznego, iż sędzia orzekający nie dysponował należyтым stopniem niezawisłości (zob. P. Hofmański, A. Wróbel (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Warszawa 2010, t. 1, s. 316-317).

Dokonując oceny, w jakim zakresie stanowisko zaprezentowane przez ETPCz w wyroku *Reczkowicz przeciwko Polsce* może być odnoszone do sytuacji sędziego sądu powszechnego powołanego do pełnienia urzędu na skutek wniosku Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej na podstawie przepisów ustawy nowelizującej z dnia 8

grudnia 2017 r., należy mieć na względzie kilka kwestii. Po pierwsze, wyrok ten został wydany 22 lipca 2021 r., a zatem zgodnie z art. 44 ust. 1 lit. b) EKPCz nie jest jeszcze ostateczny, bowiem termin na złożenie wniosku o przekazanie sprawy Wielkiej Izbie mija 22 października 2021 r. Z drugiej jednak strony dostrzegać należy, że Trybunał w tym wyroku w zasadzie nie dokonał żadnych nowych ustaleń o charakterze generalnym, odnoszących się do standardu wynikającego z art. 6 ust. 1 EKPCz, a jedynie w odniesieniu do procesu powołania sędziów Izby Dyscyplinarnej ściśle zastosował test wypracowany w sprawie *Ástráðsson*. W tym sensie stanowisko zaprezentowane w sprawie *Reczkowicz* nie stanowi *novum* w orzecznictwie ETPCz. Po drugie, Trybunał wyraźnie podkreślił, że jego zadaniem w sprawie *Reczkowicz* nie było rozważenie zasadności reorganizacji polskiego sądownictwa jako całości, ale ocena okoliczności istotnych dla procesu powoływania sędziów do Izby Dyscyplinarnej po wejściu w życie ustawy z 2017 r. o Sądzie Najwyższym, która ustanowiła tę Izbę (§ 175). Należy odnotować w tym kontekście, że sędzia Krzysztof Wojtyczek w swojej odrębnej opinii do uzasadnienia wyroku zarzucił Trybunałowi, że nie zajął jednoznacznego stanowiska, czy stwierdzone przez Trybunał naruszenie prawa dotyczy nie tylko Izby Dyscyplinarnej, lecz wszystkich sędziów w Polsce powołanych w procedurze, w której uczestniczyła nowa KRS, począwszy od jej utworzenia w nowych warunkach w 2018 r. Po trzecie, wprawdzie Trybunał dokonując swojej oceny wziął pod uwagę szereg specyficznych okoliczności dotyczących ściśle powołania sędziów do Izby Dyscyplinarnej oraz jej ustrojowo-organizacyjnego ukształtowania, to jednak podstawowa wadliwość, jaką stanowi udział w procesie powoływania sędziów Krajowej Rady Sądownictwa w nowym kształcie, który nie gwarantuje niezbędnego stopnia niezależności od władzy wykonawczej i ustawodawczej, zachowuje pełną aktualność również w odniesieniu do postępowań dotyczących powoływania sędziów sądów powszechnych.

Nie bez znaczenia dla niniejszych rozważań pozostaje również spostrzeżenie, że o ile w wyroku wydanym w sprawie *Reczkowicz* Trybunał nie odniósł się do kwestii konsekwencji wydania wyroku w tej sprawie dla osób, których sprawy zostały rozstrzygnięte przez Izbę Dyscyplinarną lub inne sądy z udziałem sędziów powołanych z udziałem nowej KRS, w tym nie przesądził, iż stwierdzone naruszenie art. 6 ust. 1 EKPCz działa wyłącznie *pro futuro*, to jednak przypomnieć warto, iż kwestię konsekwencji stwierdzonego analogicznego naruszenia Trybunał rozważał w wyroku wydanym w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson*. Wskazano w nim na obowiązek pozwanego państwa podjęcia odpowiednich kroków w celu rozwiązania problemów,

które doprowadziły do rozstrzygnięcia Trybunału oraz zapobieżenia podobnym naruszeniom w przyszłości. Jednocześnie Trybunał podkreślił, że stwierdzenie naruszenia w tej sprawie nie może być traktowane *per se* jako nakładające na pozwane państwo wynikający z Konwencji obowiązek wznowienia wszystkich podobnych spraw, które od tego czasu stały się *res iudicata* zgodnie z prawem islandzkim (§ 314). Trzeba bowiem pamiętać, że z Konwencji nie wynika ogólny obowiązek zapewnienia indywidualnego zadośćuczynienia za przeszłe naruszenia osobom znajdującym się w podobnej sytuacji, które nie złożyły wniosków do Trybunału. Z powyższego wynika, że Trybunał nawet w sytuacji stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 EKPCz w zakresie prawa do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą dostrzega potencjalne dalsze konsekwencje swoich rozstrzygnięć i potrzebę wyważenia istotnych w tym zakresie interesów, w tym również potrzebę stabilności orzeczeń sądowych i pewności sytuacji prawnej jednostek. Kwestia ta jest szczególnie istotna w sprawach karnych, gdzie chodzi nie tylko o sytuację osób oskarżonych, lecz również i ofiar przestępstw, a także o efektywne działanie wymiaru sprawiedliwości jako elementu systemu zapewniającego porządek publiczny i bezpieczeństwo społeczne. Z tych względów Sąd Apelacyjny wyraża przekonanie, że nawet gdyby Trybunał miał w przyszłości stwierdzić naruszenie art. 6 ust. 1 EKPCz przez Polskę polegające na orzekaniu w sprawie karnej przez sędziego sądu powszechnego powołanego do pełnienia urzędu z udziałem nowej KRS, to brak jest obecnie podstaw do spekulowania, w jakich warunkach to nastąpi oraz jakie takie ewentualne orzeczenie będzie miało konsekwencje na przyszłość.

W tych uwarunkowaniach stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wyrażone w sprawie *Reczkowicz*, o ile z pewnością nie może w ocenie Sądu Apelacyjnego być bezrefleksyjnie, a więc w sposób automatyczny przenoszone na grunt oceny konsekwencji wadliwości dotyczących procesu powoływania sędziów sądów powszechnych dla respektowania praw gwarantowanych w art. 6 ust. 1 EKPCz, to jednak wytycza dość czytelny i precyzyjny standard takiej oceny, który powinien być uwzględniony przy badaniu, czy w określonej sprawie *in concreto* pomimo udziału w jej rozstrzygnięciu sędziego powołanego w toku postępowania nominacyjnego z udziałem nowej KRS, nie doznało uszczerbku prawo jednostki przewidziane w art. 6 ust. 1 EKPCz. Nie ulega przy tym wątpliwości, że stanowisko Trybunału przedstawione w sprawie *Reczkowicz* w żadnym razie nie daje podstaw do twierdzenia, iż wadliwości w toku postępowania nominacyjnego sędziów, wynikające z udziału w nim KRS w nowym

kształcie, automatycznie prowadzą do naruszenia gwarantowanego w art. 6 ust. 1 EKPCz prawa do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą.

Analiza toku rozumowania zaprezentowanego przez ETPCz w wyroku w sprawie *Reczkowicz* wskazuje, iż dla uznania, iż doszło do naruszenia gwarantowanego w art. 6 ust. 1 EKPCz prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą, decydujące znaczenie – obok doniosłości uchybień w procesie powołania sędziów – miało niespełnienie kryterium trzeciego w ramach testu *Ástráðsson*, a więc brak jakiegokolwiek weryfikacji przez sądy krajowe zarzutów dotyczących wadliwości powołania sędziów i podjęcia odpowiednich działań naprawczych. Trybunał wyraźnie bowiem podkreślił, że dla oceny, czy doszło do naruszenia prawa do sądu ustanowionego ustawą znaczenie ma przeprowadzenie testu wypracowanego w sprawie *Ástráðsson* przez pryzmat trzech kryteriów ujmowanych w sposób łączny. Oznacza to, że kryteria tego testu mają charakter równorzędny, a dopiero brak spełnienia wszystkich kryteriów (z zastrzeżeniem wskazanego w § 222 wyroku w sprawie *Reczkowicz* wyjątku dotyczącego kryterium pierwszego) skutkuje stwierdzeniem, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPCz. Nie jest zatem wykluczone, iż przeprowadzenie w analogicznej sprawie takiej kontroli przez sądy krajowe i stwierdzenie w jej efekcie – przy uwzględnieniu standardu wypracowanego w orzecznictwie strasburskim – iż zidentyfikowane uchybienia nie wpłynęły istotnie na wynik postępowania dotyczącego powołania sędziego, Trybunał doszedłby do wniosku, iż ostatecznie nie miało jednak miejsce naruszenie prawa do sądu ustanowionego ustawą. Z wyroków *Ástráðsson* i *Reczkowicz* jasno wynika, że Trybunał przykłada szczególną wagę właśnie do wnikliwej weryfikacji przez sądy krajowe, czy doszło do naruszenia prawa w zakresie powoływania sędziów oraz badania w świetle standardu konwencyjnego konsekwencji takiego naruszenia dla gwarantowanego w art. 6 ust. 1 EKPCz prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą. Taka kontrola przeprowadzona w postępowaniu przed sądem krajowym ma być przede wszystkim skutecznym środkiem zmierzającym do zniwelowania stwierdzonych uchybień w procedurze nominacyjnej sędziów.

W kontekście kryteriów i głębokości kontroli dokonywanej przez sądy krajowe należy podkreślić, że nie może ona sprowadzać się do poprzestania na ocenie formalnych etapów procedury powoływania sędziów. Trybunał w sprawie *Ástráðsson* wyraźnie wskazał, że akt nominacji przez prezydenta, kończący procedurę wyboru sędziów, nie konwalidował uchybień, jakie zaistniały na wcześniejszych etapach procedury wyłaniającej kandydatów na sędziów (zob. też W. Hermeliński, B. Nita-

Światłowska, *Orzeczenie sądowe wydane z udziałem sędziego powołanego wadliwie a naruszenie prawa do sądu gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka. Glosa do wyroku ETPC z dnia 1 grudnia 2020 r., 26374/18*, Europejski Przegląd Sądowy 2021, nr 5, s. 45).

W podsumowaniu tej części analizy należy wskazać, że przewidziany w art. 1 EKPCz obowiązek państw – stron Konwencji zapewnienia każdemu człowiekowi podlegającemu ich jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji oznacza m.in. obowiązek zapewnienia przez państwa, aby zarówno treść prawa krajowego, jak i konkretne akty jego stosowania pozostawały w zgodzie z treścią, zakresem i sposobem rozumienia praw i wolności gwarantowanych Konwencją (zob. L. Garlicki (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja...*, t. 1, s. 27). Obowiązkiem każdego sądu orzekającego w sprawie karnej, która objęta jest zakresem przedmiotowym art. 6 ust. 1 EKPCz, jest zatem respektowanie i uwzględnianie przy interpretacji przepisów prawa polskiego standardu wypracowanego w orzecznictwie ETPCz. Hierarchicznie wyższa ranga Europejskiej Konwencji Praw Człowieka względem ustaw (art. 91 ust. 2 Konstytucji RP) w powiązaniu z konstytucyjnym obowiązkiem przestrzegania prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP) powoduje, że sądy jako ograny państwa zobowiązane są w swojej działalności orzeczniczej do uwzględniania znaczenia, jakie normom konwencji jest nadawane przez orzecznictwo ETPCz jako jedyne organu uprawnionego do rozpoznawania spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji (art. 32 ust. 1 EKPCz). Innymi słowy, dokonując wykładni przepisów mających stanowić podstawę swoich rozstrzygnięć, sądy zobowiązane są do uwzględniania interpretacji Konwencji przyjętej w orzecznictwie ETPCz.

III. Standard prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.

Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości prowadzi do wniosku, że standard prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu na gruncie prawa unijnego nie różni się w swej istocie względem standardu konwencyjnego. Przypomnieć trzeba, że w art. 52 ust. 3 KPP UE wyraźnie wskazano, iż w zakresie, w jakim Karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w EKPCz, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez EKPCz. Trybunał Sprawiedliwości wprost uznaje, że akapity pierwszy i drugi art. 47 KPP UE odpowiadają art. 6 ust. 1 i art. 13 EKPCz, zaś zadaniem Trybunału jest dbanie, aby dokonywana przez niego wykładnia art. 47 akapit

drugi KPP UE zapewniała poziom ochrony, który nie narusza poziomu ochrony gwarantowanego przez art. 6 EKPCz zgodnie z jego wykładnią dokonaną przez ETPCz (zob. wyrok TS z dnia 19 listopada 2019 r., *A.K. i in.*, C-585/18, C-624/18 i C-625/18, pkt 117, 118; wyrok TS z dnia 6 października 2021 r., *W.Ż.*, C-487/19, pkt 123).

Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie wskazuje, że wymóg niezawisłości sędziów wchodzi w zakres istotnej treści prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego, które ma podstawowe znaczenie jako gwarancja ochrony wszystkich praw, jakie jednostki wywodzą z prawa Unii i zachowania wartości wspólnych państwom członkowskim, określonych w art. 2 TUE, w szczególności wartości w postaci państwa prawnego (wyrok TS z dnia 25 lipca 2018 r., *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, pkt 48; wyrok TS w sprawie C-585/18 i in., pkt 120). Wyrażoną w art. 2 TUE zasadę praworządności skonkretyzowano w przepisie art. 19 TUE, który powierza sądom państw członkowskich i Trybunałowi Sprawiedliwości zadanie zapewnienia pełnego stosowania prawa Unii we wszystkich państwach członkowskich, jak również ochrony sądowej praw, jakie podmioty prawa wywodzą z tego prawa (wyrok TS z dnia 27 lutego 2018 r., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, pkt 32; wyrok TS w sprawie C-216/18 PPU, pkt 50; wyrok TS z dnia 24 czerwca 2019 r., *Komisja przeciwko Polsce (niezależność Sądu Najwyższego)*, C-619/18, pkt 47; wyrok TS z dnia 2 marca 2021 r., *A.B. i in.*, C-824/18, pkt 108). Przewidziana w art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE zasada skutecznej ochrony sądowej praw, jakie jednostki wywodzą z prawa Unii, stanowi zasadę ogólną prawa Unii, wynikającą z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, wyrażoną w art. 6 i 13 EKPCz oraz obecnie potwierdzoną w art. 47 KPP UE. Na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE każde państwo członkowskie powinno zatem zapewnić w szczególności, by organy należące – jako „sądy” w rozumieniu prawa Unii – do systemu środków odwoławczych w dziedzinach objętych prawem Unii i mogące w związku z tym rozstrzygać w tym charakterze o stosowaniu lub wykładni prawa Unii odpowiadały wymogom skutecznej ochrony sądowej (zob. wyrok TS w sprawie C-64/16, pkt 35, 37; wyrok TS w sprawie C-619/18, pkt 49, 55; wyrok TS w sprawie C-824/18, pkt 112; wyrok TS w sprawie C-487/19, pkt 104). Dla zagwarantowania, by sąd krajowy mógł sam zapewniać skuteczną ochronę prawną wymaganą na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, kluczowe jest zachowanie jego niezależności, co potwierdza art. 47 akapit drugi KPP UE, w którym wśród wymogów związanych z prawem podstawowym do skutecznego środka prawnego wymieniono dostęp do „niezawisłego” sądu (wyrok TS w sprawie C-64/16, pkt 41; wyrok TS

w sprawie C-619/18, pkt 57; wyrok TS z dnia 15 lipca 2021 r., *Komisja/Polska*, C-791/19, pkt 57; wyrok TS w sprawie C-824/18, pkt 115-116; wyrok TS w sprawie C-487/19, pkt 107). Trybunał akcentuje potrzebę istnienia w prawie krajowym gwarancji niezawisłości sędziowskiej dotyczących m.in. składu sądu, powoływania jego członków oraz nieusuwalności sędziów i dopuszczalnych wyjątków od tej zasady. Ich celem jest wykluczenie wszelkiej uzasadnionej wątpliwości, jaką mogłyby powziąć jednostki, co do niepodatności sędziego na czynniki zewnętrzne oraz jego neutralności względem ścierających się przed nim interesów (zob. m.in. wyrok TS w sprawie C-216/18 PPU, pkt 66; wyrok TS w sprawie C-619/18, pkt 74; wyrok TS w sprawie C-585/18 i in., pkt 123; wyrok TS w sprawie C-791/19, pkt 59).

Normy kształtujące status sędziów i regulujące wykonywanie przez nich obowiązków powinny eliminować nie tylko jakikolwiek bezpośredni wpływ na ich decyzje, ale również bardziej pośrednie formy oddziaływania, które mogą zaważyć na decyzjach danych sędziów. Brak widocznych oznak niezawisłości lub bezstronności może bowiem podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w jednostkach w społeczeństwie demokratycznym i w państwie prawnym (wyrok TS w sprawie C-585/18 i in., pkt 125; wyrok TS w sprawie C-824/18, pkt 119; wyrok TS w sprawie C-487/19, pkt 110).

W ocenie Trybunału nieprawidłowość, której dopuszczono się przy powołaniu sędziów w ramach danego systemu sądownictwa, pociąga za sobą naruszenie wymogu dotyczącego ustanowienia sądu na mocy ustawy, w szczególności gdy nieprawidłowość ta ma taki charakter i wagę, że stwarza ona rzeczywiste ryzyko, iż pozostałe władze, w szczególności władza wykonawcza, będą mogły skorzystać z nienależnych im uprawnień dyskrecjonalnych, zagrażając prawidłowości skutku, do którego prowadzi procedura powołania, i wzbudzając w ten sposób w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności danego sędziego lub danych sędziów, co ma miejsce, gdy dotyczy to podstawowych norm stanowiących integralną część ustroju i funkcjonowania tego systemu sądownictwa, przy czym ostateczna ocena w tym zakresie należy do sądu krajowego (wyrok TS w sprawie C-487/19, pkt 130, 131).

Orzecznictwo Trybunału daje podstawę do wniosku, że nie uznaje on samego tylko faktu, iż dani sędziowie zostali w aktualnych warunkach powołani przez Prezydenta RP za wystarczający dla stwierdzenia braku sędziowskiej niezależności lub do wywołania wątpliwości co do ich bezstronności, jeżeli po powołaniu osoby te nie podlegają żadnej presji i nie otrzymują zaleceń podczas wykonywania swoich

obowiązków (por. wyrok TS w sprawie C-585/18 i in., pkt 133; wyrok TS w sprawie C-824/18, pkt 122; wyrok TS w sprawie C-791/19, pkt 97; wyrok TS w sprawie C-487/19, pkt 147). Istotne jednak jest, aby merytoryczne przesłanki oraz procedura podejmowania decyzji dotyczących powołania sędziów były ukształtowane w sposób wykluczający powstanie u zewnętrznego obserwatora uzasadnionych wątpliwości co do niezależności danych sędziów od czynników zewnętrznych oraz ich neutralności względem ścierających się przed nimi interesów, o których orzekają (zob. wyrok TS w sprawie C-585/18 i in., pkt 134; wyrok TS w sprawie C-824/18, pkt 123; wyrok TS w sprawie C-791/19, pkt 98; wyrok TS w sprawie C-487/19, pkt 148).

Trzeba podkreślić, że Trybunał akcentuje, iż dla oceny trybu powoływania sędziów z punktu widzenia standardu prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu istotne jest całościowe uwzględnienie potencjalnych czynników mogących wpływać na ten standard. O ile bowiem określony czynnik rozpatrywany odrębnie nie musi prowadzić do negatywnego wniosku co do respektowania tego standardu, to już ich zbieg, w połączeniu z okolicznościami, w jakich doszło do powołania danego sędziego, może prowadzić do powzięcia wątpliwości co do niezależności organu biorącego udział w procedurze powoływania sędziów (zob. wyrok TS w sprawie C-585/18 i in., pkt 142).

Trybunał w swoim orzecznictwie konsekwentnie uznaje, że szereg okoliczności dotyczących samego ukształtowania Krajowej Rady Sądownictwa w drodze ustawy nowelizującej z dnia 8 grudnia 2017 r., nieprawidłowości związane z trybem powołania jej składu osobowego, jak również sposób wypełniania konstytucyjnego zadania stania na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów oraz wykonywania jej poszczególnych kompetencji, może poddawać w wątpliwość niezależność tego organu od władzy wykonawczej i ustawodawczej (zob. wyrok TS w sprawie C-585/18 i in., pkt 143-144). Stosując powyższe reguły, Trybunał uznał, że powołanie sędziów Izby Dyscyplinarnej przez KRS, która wykazuje brak niezależności od władzy wykonawczej i ustawodawczej w powiązaniu z szeregiem dalszych okoliczności dotyczących ukształtowania i funkcjonowania tej Izby, mogą wzbudzić w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niezawisłości sędziów tej Izby (zob. wyrok TS w sprawie C-585/18 i in., pkt 152; wyrok TS w sprawie C-791/19, pkt 112).

Reasumując, nie ulega wątpliwości, iż Trybunał Sprawiedliwości uznaje wadliwość dotyczącą trybu, w którym doszło do powołania sędziego, za istotny czynnik, który należy uwzględnić dokonując oceny, czy respektowane jest prawo jednostki do rozpoznania jej sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd. Jednocześnie jednak trzeba

podkreślić, iż stanowisko Trybunału nie daje podstaw do przyjęcia, że zaistnienie takich systemowych wad w procedurze powołania sędziego musi automatycznie prowadzić do uznania, iż taki sędzia nie daje należytej rękojmi niezawisłości i bezstronności. Trybunał podkreśla bowiem konieczność dokonania oceny wszystkich istotnych czynników dotyczących zarówno procedury, w której doszło do powołania danej osoby na urząd sędziego, jak i innych elementów istotnych z punktu widzenia oceny niezawisłości sędziego. Przegląd okoliczności, które w tym ostatnim kontekście Trybunał wskazywał, pozwala przyjąć, że w grę wchodzi tu nie tylko okoliczności dotyczące ukształtowania i kompetencji danego sądu (uwarunkowania ustrojowo-organizacyjne), ale również okoliczności ściśle związane z osobą sędziego i jego postawą, zarówno przed powołaniem na dane stanowisko sędziowskie, jak i później. Dopiero zbadanie i łączna ocena tych wszystkich okoliczności mogą prowadzić do wniosku, iż u jednostek powstać mogą uzasadnione wątpliwości co do braku niezależności sędziego od czynników zewnętrznych.

IV. Kryteria kontroli wadliwości procesu powołania sędziego w kontekście wpływu na prawo do rozpoznania sprawy przez niezawisły i niezależny sąd ustanowiony ustawą.

Przechodząc do kwestii kryteriów, jakie należy uwzględnić badając, czy pomimo wadliwości w toku procesu nominacyjnego, zachowane zostało prawo stron do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, wskazać w pierwszym rzędzie trzeba, że Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie w pełni podziela poglądy interpretacyjne zaprezentowane w uchwale składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/20 (OSNK 2020, z. 2, poz. 7) – zwanej dalej „uchwałą trzech Izb SN”. Dla rozstrzygnięcia problemu zaistniałego w przedmiotowej sprawie istotne jest, że w uchwale tej wskazano, iż nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego w sądzie powszechnym na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy nowelizującej z dnia 8 grudnia 2017 r., jeżeli wadliwość procesu powoływania prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 47 KPP UE oraz art. 6 ust. 1 EKPCz. Jednocześnie w treści uzasadnienia przedstawiono szereg kryteriów, które należy brać pod uwagę

przy przeprowadzaniu kontroli dochowania standardu bezstronności i niezawisłości w odniesieniu do sędziów sądów powszechnych.

Dla oczyszczenia przedpoła konieczne jednak najpierw jest odniesienie się do następującej kwestii. Sąd Apelacyjny dostrzega, że w wyroku z dnia 20 kwietnia 2020 r., U2/20 (OTK-A 2020, poz. 61) Trybunał Konstytucyjny uznał, że uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. (sygn. akt BSA I 4110 1/20) jest niezgodna z art. 179, art. 144 ust. 3 pkt 17, art. 183 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 7 i art. 2 Konstytucji RP, art. 2 i art. 4 ust. 3 TUE oraz art. 6 ust. 1 EKPCz. Jeśli idzie o konsekwencje tego orzeczenia, a raczej ich brak na gruncie przedmiotowej sprawy, Sąd Apelacyjny w pełni podziela szeroko uargumentowane stanowisko Sądu Najwyższego, zaprezentowane w postanowieniu z dnia 16 września 2021 r., I KZ 29/21 (LEX nr 3223819), a następnie powtórzone w postanowieniu z dnia 29 września 2021 r., IV KZ 47/21 (LEX nr 3230203). W kontekście wcześniejszych uwag dotyczących standardu strasburskiego godne podkreślenia jest zwłaszcza to, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Reczkowicz* wyraźnie stwierdził, iż nie podziela poglądu, jakoby uchwała trzech Izb SN z 23 stycznia 2020 r. uległa dezaktualizacji wskutek wyroku TK z dnia 20 kwietnia 2020 r. w sprawie U 2/20. Trybunał – ograniczając się do kwestii wykładni Konwencji – wskazał w szczególności, iż nie odnajduje w swoim orzecznictwie żadnej racjonalnej podstawy do wypowiedzianego przez TK poglądu, iż wynikające z art. 6 ust. 1 EKPCz standardy niezależności i bezstronności sądu wykluczają uprawnienie innych sędziów do ogólnego kwestionowania prawa sędziego do orzekania lub do sprawdzania prawidłowości procedury poprzedzającej powołanie sędziego przez Prezydenta (§ 259-264). Stanowisko takie ma o tyle istotne znaczenie, że – jak już wskazywano powyżej – z art. 32 ust. 1 EKPCz wynika monopol jurysdykcyjny Trybunału w zakresie interpretacji i stosowania Konwencji. Jego konsekwencją jest związanie sądów krajowych interpretacją Konwencji przyjętą przez Trybunał (zob. I. Kondak (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Warszawa 2011, t. 2, s. 100, 103). Przypomnieć trzeba, że w swoim wcześniejszym orzecznictwie również Trybunał Konstytucyjny wskazywał, że „jakkolwiek Trybunał Konstytucyjny sam nie ma kompetencji do prowadzenia kontroli naruszenia praw jednostki z punktu widzenia naruszeń Konwencji, to jednak czuje się związany określeniem wartości i standardów tej Konwencji. Dlatego stosowane przez

Trybunał wzorce konstytucyjne są odczytywane w świetle tych właśnie standardów i wartości” (wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132).

Podkreślić również należy, że argumentacja i wnioski zaprezentowane w uchwale trzech Izb Sądu Najwyższego stanowią tylko i wyłącznie wynik wykładni obowiązujących przepisów rangi konstytucyjnej, traktatowej i ustawowej, a zatem każdy sąd, który stanie przed rozstrzygnięciem analogicznego problemu, w tym również Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie, może – i tak właśnie się dzieje – przeprowadzić analogiczny proces rozumowania i interpretacji, aby w jego efekcie dojść do zbliżonych lub identycznych wniosków, jak przedstawione w uchwale. Odwoływanie się do wcześniejszego orzecznictwa trybunałów i sądów, w tym do uchwały trzech Izb SN, ma na celu jedynie podkreślenie, że wyniki procesu interpretacyjnego dokonanego w niniejszym orzeczeniu i zaprezentowane tu stanowisko, nie ma charakteru odosobnionego, a wręcz przeciwnie – że jest ono wyrażane również przez inne sądy krajowe i europejskie oraz ma charakter ugruntowany. Oprócz więc przedstawionych argumentów merytorycznych, takie odwołanie się do orzecznictwa innych sądów wskazuje na to, że stanowisko przyjęte przez niniejszy skład Sądu Apelacyjnego nie ma charakteru dowolnego i znajduje oparcie w powszechnie przyjętych metodach wykładni prawa.

Trzeba też zauważyć, że w piśmiennictwie prawniczym całkowicie słusznie wskazuje się, iż stanowisko przyjęte w uchwale trzech Izb SN w pełni realizuje standard strasburski. Nakładając na sądy orzekające w konkretnych sprawach powinność pieczy nad prawidłowością wyboru sędziów spośród zgłoszonych kandydatów, Sąd Najwyższy zastosował właśnie mechanizm będący istotą kryterium trzeciego testu *Ástráðsson*, co ma na celu przeciwdziałanie takiej sytuacji, w której powoływanie kandydatów do pełnienia funkcji sędziego następowałoby w oparciu o kryteria polityczne lub inne pozamerytoryczne, a więc podważające zarówno legitymację do orzekania sędziów, jak i niezależność sądów (zob. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Orzeczenie...*, s. 45). Wyraźnie bowiem w uchwale wskazano, iż nie jest wykluczone, że pomimo powołania danego sędziego uczestniczącego w składzie sądu wskutek przeprowadzenia postępowania konkursowego z udziałem KRS w nowym kształcie, w konkretnych okolicznościach wątpliwości co do dochowania standardu niezawisłości i bezstronności nie zostaną potwierdzone w ramach przeprowadzonej procedury kontrolnej, co będzie oznaczało, że skład sądu z udziałem takiego sędziego spełnia minimalne wymagania dla zachowania niezawisłości i bezstronności.

W końcu trzeba też podkreślić, że uwzględniając wcześniejsze uwagi dotyczące orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości, nie sposób w istocie uznać, aby istniały jakiegokolwiek znaczące różnice w standardzie prawa do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, jaki gwarantowany jest jednostkom na mocy art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 ust. 1 EKPCz i art. 47 KPP UE. W tym miejscu trzeba tylko przypomnieć, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreślono, iż zejście w przepisach ustawowych poniżej standardu konwencyjnego wyznaczonego przepisem Konwencji w brzmieniu nadanym mu przez orzecznictwo strasburskie, ze względu na konieczność uwzględniania przepisów EKPCz przy wykładni gwarancji konstytucyjnych byłoby równoznaczne z niezgodnością takiego uregulowania z analogiczną gwarancją wysłowioną w Konstytucji (zob. wyrok TK z dnia 19 lutego 2008 r., P 48/06, OTK-A 2008, nr 1, poz. 4; wyrok TK z dnia 5 października 2010 r., SK 26/08, OTK-A 2010, nr 8, poz. 73; W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Orzeczenie...*, s. 45). Z tego punktu widzenia standard wypracowany w orzeczeniach *Ástráðsson* i *Reczkowicz* oddziałuje również na merytoryczną treść gwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP prawa do rozpoznania sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

Dla pełnej jasności Sąd Apelacyjny uznaje w tym miejscu za konieczne wskazać, że w pełni podziela wyrażane w orzecznictwie – w tym zwłaszcza w wyroku SN z dnia 5 grudnia 2019 r., III P 7/18 (OSNP 2020, z. 4, poz. 38, pkt 40-59 uzasadnienia), uchwałę trzech Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., wyroku ETPCz w sprawie *Reczkowicz* oraz w wyroku TS w sprawie C-791/19, *Komisja/Polska – oceny*, iż Krajowa Rada Sądownictwa w składzie ukształtowanym w oparciu o zmiany wprowadzone przez ustawę nowelizującą z dnia 8 grudnia 2017 r. nie daje gwarancji niezależności od władzy wykonawczej i ustawodawczej. Dotychczasowa działalność KRS i poszczególnych jej członków nie dezaktualizuje tej oceny.

Jednocześnie należy mieć na względzie, że przeciwko czynieniu prostych analogii między sytuacją orzekania w składzie Sądu Najwyższego i Izby Dyscyplinarnej przez sędziów powołanych przy udziale nowej KRS a orzekaniem przez sędziów powołanych przy udziale nowej KRS w sądach powszechnych przemawia szereg argumentów:

- proces wyboru osób mających zostać powołanymi do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego w kształcie ustanowionym na mocy ustawy nowelizującej z dnia 8 grudnia 2017 r. oraz skutek kolejnych zmian normatywnych cechuje się brakiem przejrzystości i precyzyjnych kryteriów, co przejawia się zwłaszcza

- brakiem opiniowania kandydatów przez organy Sądu Najwyższego, brakiem pogłębionej merytorycznej oceny dotychczasowego dorobku zawodowego kandydatów w postaci pisemnej opinii o cechach eksperckich (np. sędziego wizytatora lub wyznaczonego sędziego SN danego pionu); sytuacja odmiennie – pomimo szeregu negatywnych zmian wprowadzonych począwszy od 2017 r. – przedstawia się w przypadku powoływania sędziów sądów powszechnych, gdzie sporządzane są opinie merytoryczne o kandydatach, a oni sami poddawani są w podstawowym zakresie ocenie organów samorządu sędziowskiego,
- w składzie nowej KRS brak jest – pominąwszy Pierwszego Prezesa SN – sędziów SN, co biorąc pod uwagę wcześniejszy punkt, powoduje, że oceny kandydatów do SN dokonują członkowie KRS – sędziowie sądów powszechnych o znacznie mniejszym dorobku zawodowym i kompetencjach merytorycznych, pozbawieni wsparcia eksperckiego,
 - uchwały nowej KRS dotyczące przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego nie podlegają kontroli sądowej, bowiem nie są zaskarżalne (art. 44 ust. 1 ustawy o KRS), podczas gdy w przypadku analogicznych uchwał dotyczących sędziów sądów powszechnych zachowana została kontrola sądowa, choć niewątpliwie nie można pomijać, że sprawuje ją Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN (por. wyrok TS w sprawie C-824/18, pkt 136, gdzie uznano, iż w sytuacji, gdy KRS nie daje wystarczającej rękojmi niezależności, brak środka prawnego przed sądem dostępnego dla kandydatów, którzy nie zostali wybrani, może być uznany za powodujący uzasadnione wątpliwości co do niezawisłości sędziów wyłonionych w takim trybie),
 - dodatkowym uchybieniem w przypadku ogłoszonych w 2018 r. konkursów na stanowiska sędziowskie w SN był brak wymaganego przez Konstytucję kontrasygnowania przez Prezesa Rady Ministrów wydanego przez Prezydenta aktu ogłoszenia o wolnych stanowiskach w Sądzie Najwyższym, co wpływać musiało na jego ważność (zob. wyrok NSA z dnia 6 maja 2021 r., II GOK 2/18, LEX nr 3169817; M. Florczak-Wątor, T. Zalański, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją obwieszczenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 24.5.2018 r., Nr 127.1.2018 o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym, wydane bez kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów*, Iustitia 2018, nr 3, s. 135; odmiennie O. Kazalska, *Zwolnienie z konstytucyjnego wymogu kontrasygnaty – rozważania na*

tle niekontrasygnowanych obwieszczeń Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym i Naczelnym Sądzie Administracyjnym, Studia Iuridica 2018, t. LXXVI, s. 240), a także wręczenie przez Prezydenta powołań na stanowiska sędziów SN pomimo wstrzymania przez Naczelną Sąd Administracyjny wykonania niektórych uchwał KRS.

Uwzględniając powyższe okoliczności stwierdzić należy, że już ustawowy kształt regulacji dotyczących procesu nominacji sędziowskich do Sądu Najwyższego wskazuje, że zachodzi istotne ryzyko – dodatkowo wzmacniane rangą obsadzanych stanowisk sędziowskich – pozamerytorycznego, w tym politycznego wpływu na decyzje KRS w tym zakresie. Nie jest intencją Sądu Apelacyjnego dowodzenie, iż takie niebezpieczeństwa nie mają miejsca w przypadku procesu nominacyjnego do sądów powszechnych, a jedynie zwrócenie uwagi na brak podstaw do czynienia w tym zakresie prostych analogii, tym bardziej, że postępowania nominacyjne przeprowadzone w 2018 r., które były przedmiotem analizy ETPCz, zostały dotknięte również innymi specyficznymi dla postępowania nominacyjnego do SN uchybieniami, które dodatkowo wpływały na ocenę ich wadliwości *in toto*.

Przechodząc do sprecyzowania kryteriów istotnych dla dokonania kontroli, czy i w jakim stopniu wadliwości procesu nominacyjnego sędziego sądu powszechnego wpłynęły na gwarancje prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu, wskazać trzeba, że kontrola ta powinna uwzględniać trzy istotne aspekty: (1) stopień wadliwości danego postępowania konkursowego, (2) okoliczności odnoszące się do samego sędziego biorącego w nim udział oraz (3) charakter sprawy, w której orzeka sąd z udziałem takiego sędziego (zob. uchwała trzech Izb SN, pkt 47). Ocena ta powinna zostać przeprowadzona przy wykorzystaniu normatywnego wzorca modelowego obserwatora – obywatela, z tym jednak zastrzeżeniem, że skoro celem kontroli jest zagwarantowanie konkretnej stronie prawa do rozpoznania jej sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, konieczne jest dostrzeżenie perspektywy prezentowanej przez tę stronę, a zatem zwłaszcza wnikliwe rozważenie argumentów przez nią podnoszonych. Z pewnością natomiast nie jest wystarczające samo przekonanie danego sędziego o tym, że ów standard niezawisłości i bezstronności spełnia.

Jako najistotniejsze kryteria, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie wpływu wadliwości procesu powołania do pełnienia urzędu sędziego na naruszenie prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą, wskazać trzeba:

1) w zakresie wadliwości samego postępowania konkursowego (por. uchwała trzech Izb SN, pkt 52):

- powiązania rodzinne, towarzyskie itp. sędziego z członkami KRS, w tym udzielenie poparcia kandydaturze na członka KRS oraz brak wyłączenia takich członków KRS w toku postępowania,
- głosowanie członków KRS bez szczególnych, jawnie wyrażonych na posiedzeniu Rady powodów, odmiennie niż rekomendacja zespołu Rady,
- brak jawności przy procedowaniu przez Radę danego konkursu,
- wskazanie kandydata przez Radę pomimo braku opinii organów samorządu sędziowskiego lub pomimo opinii jednoznacznie ukazującej brak poparcia dla kandydatury (np. uzyskanie poparcia jednoznacznie niższego od kontrkandydata),
- treść opinii wizytatora dotyczącej kompetencji kandydata, w tym zwłaszcza opinia negatywna lub też dokonanie wyboru kandydata o niższych kompetencjach niż kontrkandydaci; istotne znaczenie ma tu jednak rzetelność i bezstronność takiej oceny,
- wysoka ocena pracy sędziego, potwierdzona dobrą stabilnością orzecznictwa, w tym brak stwierdzonych przewlekłości, nieterminowości, dobre wyniki statystyczne itp.,
- okoliczności wskazujące na możliwy wpływ innych osób na decyzję KRS (np. udzielenie poparcia określone kandydatowi przez osobę spoza KRS, taką jak urzędnik Ministerstwa Sprawiedliwości, prezes sądu),

2) okoliczności dotyczące osoby sędziego:

- czy wskutek powołania dana osoba otrzymała władzę sędziowską po raz pierwszy, czy też powołanie dotyczyło sędziego, który wcześniej został powołany do pełnienia tego urzędu w procedurze niebudzącej jakichkolwiek zastrzeżeń (przed 2018 r.), a aktualnie uzyskał awans do sądu wyższego rzędu (uchwała trzech Izb SN, pkt 49),
- w przypadku awansowania – staż sędziowski,
- szczebel w strukturze organizacyjnej sądownictwa, na który nastąpiło powołanie sędziego – im wyższy szczebel tym wyższy poziom wymagań (uchwała trzech Izb SN, pkt 48),
- tempo i skala awansowania w strukturze wymiaru sprawiedliwości (np. awans na szczebel wyższy niż sąd bezpośrednio wyższego rzędu, przejście

dwóch lub więcej szczebli sądownictwa w krótkim czasie niezajdujące uzasadnienia w tempie rozwoju merytorycznych kompetencji sędziego),

- uzyskanie delegacji do sądu wyższego rzędu na skutek arbitralnej decyzji Ministra Sprawiedliwości, która nie znajduje racjonalnego merytorycznego uzasadnienia w jakości pracy sędziego (uchwała trzech Izb SN, pkt 52) albo też przeciwnie – uzyskanie delegacji Prezesa lub Ministra do sądu wyższego rzędu wskutek inicjatywy danego wydziału tego sądu w związku z wysoką oceną jakości pracy sędziego,
- istnienie silnych powiązań osoby powołanej z władzą wykonawczą lub ustawodawczą, uprzednie pełnienie urzędów i funkcji w ramach tych władz, zaangażowanie sędziego, zwłaszcza bezpośrednio przed powołaniem, w działalność jednostek podległych władzy wykonawczej, np. Ministerstwa Sprawiedliwości, KSSiP, KRS (uchwała trzech Izb SN, pkt 52; wyrok SN z dnia 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18, pkt 66),
- objęcie funkcji kierowniczych w sądach (np. prezesa sądu) w sytuacji odwołania poprzednika przed upływem kadencji bez uzasadnienia merytorycznego,
- bycie beneficjentem władzy wykonawczej wskutek podejmowania przez sędziego dodatkowej działalności uzależnionej od decyzji organów tej władzy (np. prowadzenie szkoleń na zlecenie jednostek podległych Ministerstwu Sprawiedliwości, branie udziału w komisjach egzaminacyjnych jako przedstawiciel Ministra Sprawiedliwości),
- uprzednie dawanie wyrazu swoim jednoznacznym sympatiom politycznym, np. poprzez media społecznościowe czy też prezentowanie poparcia dla działań władzy wykonawczej dotyczących wymiaru sprawiedliwości, które godzą w jego niezależność (wyrok SN z dnia 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18, pkt 66),
- podejmowanie przez sędziego w ramach wymiaru sprawiedliwości działalności wymierzonej w niezawisłość sędziowską (np. pełnienie funkcji w ramach organów postępowania dyscyplinarnego, podejmowanie działań mających na celu ściganie sędziego za działalność orzeczniczą),

3) okoliczności dotyczące rozstrzyganej sprawy:

- sprawowanie przez sędziego orzecznictwa w pierwszej instancji lub też realizowanie funkcji kontroli instancyjnej,

- charakter sprawy jako istotnej z punktu widzenia interesów władzy wykonawczej i ustawodawczej – chodzi tu przede wszystkim o sprawy mogące skutkować odpowiedzialnością Skarbu Państwa, sprawy dotyczące odpowiedzialności karnej osób pełniących funkcje w ramach władzy wykonawczej lub ustawodawczej, prawidłowości ich działania, sprawy dotyczące osób zaangażowanych w działalność polityczną (zarówno w ramach większości rządzącej, jak i opozycji), sprawy budzące zainteresowanie polityków oraz będące przedmiotem komentarzy politycznych, zwłaszcza ze strony osób sprawujących funkcje w ramach władzy wykonawczej w segmencie związanym z wymiarem sprawiedliwości (por. uchwała trzech Izb SN, pkt 50).

W tym miejscu trzeba wyraźnie zaznaczyć, że ocena niezawisłości sędziowskiej przez pryzmat wskazanych powyżej kryteriów nie ma charakteru ani jednorazowego, ani stałego. Uznanie w jednej sprawie, że sędzia spełnia minimalny standard niezawisłego i bezstronnego sądu mimo dostrzegalnych wad procedury jego powołania nie oznacza, iż taka ocena będzie aktualna również później w przypadku innych spraw. Wprawdzie pewna grupa czynników, dotyczących przede wszystkim samego postępowania nominacyjnego ma charakter stały i zasadniczo niezmienny, to jednak okoliczności dotyczące osoby sędziego mogą ulegać zmianie na przestrzeni czasu. Z kolei czynniki związane ze sprawą, która ma być rozstrzygana, z istoty rzeczy mają charakter zmienny, gdyż dotyczą tylko jednej konkretnej sprawy podlegającej w danym momencie rozpoznaniu przez sędziego i ulegają zmianie na gruncie kolejnej sprawy. Jeżeli przeprowadzane badanie ma mieć charakter realny, wskazane kryteria – zwłaszcza dotyczące osoby sędziego – muszą podlegać ocenie uwzględniającej możliwość ich dynamicznej zmiany w perspektywie czasowej.

Należy jednocześnie zgodzić się z poglądem, że dla uznania, iż w przypadku konkretnego sędziego zachowany jest minimalny standard warunkujący postrzeganie sądu jako bezstronnego i niezawisłego, istotne znaczenie może mieć stwierdzenie, że dana osoba z uwagi na wysoką ocenę merytoryczną jej dotychczasowej pracy i kompetencji oraz walorów etycznych spełniałaby obowiązujące kryteria wskazania na urząd sędziego także w poprawnie ukształtowanej procedurze postępowania przed Krajową Radą Sądownictwa. Dotyczyć to może także osób, które miały pozytywne opinie wynikające z rzetelnej oceny, w tym w szczególności z bezstronnych wizytacji. Inną 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.).

Badanie prawidłowości postępowania, w wyniku którego doszło do powołania danej osoby na stanowisko sędziego pod kątem wpływu na prawo do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, jeśli idzie o ocenę kandydata musi przede wszystkim polegać na weryfikacji, czy przedstawienie przez Krajową Radę Sądownictwa danej kandydatury Prezydentowi RP nie nosiło znamion dowolności, wynikającej z braku dostatecznych merytorycznych podstaw do wyłonienia takiej, a nie innej kandydatury, co z kolei świadczyć może o niedopuszczalnym, wykraczającym poza ramy wynikające z obowiązujących ustaw, wpływie władzy wykonawczej i ustawodawczej na proces powoływania sędziów.

Podkreślić należy, że przedstawione powyżej kryteria podlegają ocenie w ich całości, przy czym kwestią indywidualnej oceny w realiach danej sprawy jest to, jak wiele tych czynników powinno zaistnieć, aby uznać, że nie jest zachowany minimalny standard warunkujący postrzeganie sądu jako bezstronnego i niezawisłego. Co oczywiste, poszczególne kryteria nie mają równej wagi, a przeprowadzane badanie nie jest rachunkiem matematycznym. Oznacza to, że nie sposób określić granicy, po przekroczeniu której należałoby stwierdzić, że zachodzi istotne ryzyko naruszenia prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu. Ocena ta musi być dokonywana *in concreto*. Konieczne jest tu bowiem wzięcie pod uwagę wszystkich potencjalnych kryteriów oraz stopnia ich natężenia, a następnie wyważenie, na ile te stwierdzone czynniki – ujmowane łącznie – stwarzają uzasadnione zagrożenie, że obiektywnie ujmując sędzia nie będzie postrzegany jako niezawisły i bezstronny, co prowadzić musiałoby do uznania, że naruszone zostanie prawo strony do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd.

Na zakończenie tej części analizy Sąd Apelacyjny wskazuje, że stanowisko tu wyrażone nie powinno być odczytywane jako wyraz bagatelizowania problemu wadliwości powołań sędziowskich dokonanych przy udziale Krajowej Rady Sądownictwa w kształcie przyjętym w oparciu o ustawę nowelizującą z dnia 8 grudnia 2017 r. Zaistniała wskutek tych zmian sytuacja w polskim wymiarze sprawiedliwości ma jednak nadzwyczajny i dotąd niespotykany, jeśli idzie o skalę, charakter, co stawia sędziów przed trudnymi do rozwiązania dylematami. W takiej sytuacji konieczne staje się wyważenie dóbr, które nie mogą uzyskać ochrony w równym, a jednocześnie odpowiednio wysokim stopniu. W ocenie Sądu Apelacyjnego niezwykle istotne

w demokratycznym państwie prawa jest przestrzeganie konstytucyjnych zasad i wartości, przy czym prawo stron do niezawisłego i bezstronnego sądu dotyczy samego rdzenia wymiaru sprawiedliwości i sprawowania władzy sędziowskiej, a w konsekwencji nie może doznawać realnego uszczerbku. Z drugiej jednak strony należy mieć na względzie, że istotną wartością jest także właściwe i sprawne funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, dzięki czemu jednostkom zapewniane jest bezpieczeństwo prawne i uzyskują one należytą ochronę swoich praw. W sprawach karnych chodzi nie tylko o prawo oskarżonego do rzetelnego i sprawnego procesu, ale również i o uwzględnienie interesów ofiar przestępstw oraz zapewnienie społeczeństwu ochrony przez osobami poważnie naruszającymi porządek prawny. W sytuacji, gdy *in concreto* prawo do niezawisłego i bezstronnego sądu nie doznaje realnego zagrożenia, należy w poczuciu odpowiedzialności za prawidłowe funkcjonowanie państwa, w trosce o utrzymanie wspólnoty społecznej, w której dochodzi do ostrych sporów politycznych, opowiedzieć się za realizowaniem swoich zadań przez wymiar sprawiedliwości. Taki jest główny sens przyjętego przez Sąd Apelacyjny poglądu co do możliwości i powinności badania kwestii czy sędzia spełnia minimalny standard niezawisłego i bezstronnego sądu.

V. Kwestia znaczenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2021 r., K 3/21.

Sąd Apelacyjny zauważa, że w dniu 7 października 2021 r. Trybunał Konstytucyjny w sprawie K 3/21 orzekł, iż:

- 1) Art. 1 akapit pierwszy i drugi w zw. z art. 4 ust. 3 TUE w zakresie, w jakim Unia Europejska ustanowiona przez równe i suwerenne państwa, tworząca „coraz ściślejszy związek między narodami Europy”, których integracja – odbywająca się na podstawie prawa unijnego oraz poprzez jego wykładnię dokonywaną przez Trybunał Sprawiedliwości UE – osiąga „nowy etap”, w którym organy UE działają poza granicami kompetencji przekazanych przez Rzeczpospolitą Polską w traktatach, Konstytucja nie jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej, mającym pierwszeństwo obowiązywania i stosowania, Rzeczpospolita Polska nie może funkcjonować jako państwo suwerenne i demokratyczne – jest niezgodny z art. 2, art. 8 i art. 90 ust. 1 Konstytucji RP;
- 2) Art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE w zakresie, w jakim – w celu zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii – przyznaje

sądom krajowym (sądom powszechnym, sądom administracyjnym, sądom wojskowym i Sądowi Najwyższemu) kompetencje do:

- a) pomijania w procesie orzekania przepisów Konstytucji, jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1 i art. 178 ust. 1 Konstytucji,
 - b) orzekania na podstawie przepisów nieobowiązujących, uchylonych przez Sejm lub uznanych przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją, jest niezgodny z art. 2, art. 7 i art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1, art. 178 ust. 1 i art. 190 ust. 1 Konstytucji;
- 3) Art. 19 ust. 1 akapit drugi i art. 2 TUE w zakresie, w jakim – w celu zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii oraz zapewnienia niezawisłości sędziowskiej – przyznają sądom krajowym kompetencje do:
- a) kontroli legalności procedury powołania sędziego, w tym badania zgodności z prawem aktu powołania sędziego przez Prezydenta RP, są niezgodne z art. 2, art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1 i art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji,
 - b) kontroli legalności uchwały Krajowej Rady Sądownictwa zawierającej wnioski do Prezydenta o powołanie sędziego, są niezgodne z art. 2, art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1 i art. 186 ust. 1 Konstytucji,
 - c) stwierdzania przez sąd krajowy wadliwości procesu nominacji sędziego i w jego efekcie odmowy uznania za sędziego osoby powołanej na urząd sędziowski zgodnie z art. 179 Konstytucji, są niezgodne z art. 2, art. 8 ust. 1, art. 90 ust. 1 i art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego rozstrzygnięcie to nie wpływa na stanowisko wyrażone powyżej co do meritum problemu rozstrzyganego w przedmiotowej sprawie. Brak pisemnego uzasadnienia wskazanego orzeczenia w momencie rozstrzygnięcia przez Sąd Apelacyjny uniemożliwia szczegółowe odniesienie się do zaprezentowanego tam stanowiska. Nie sposób jednak pominąć, że wyrok ten został wydany w składzie, w którym uczestniczyły trzy osoby wybrane na obsadzone już wcześniej w 2015 r. stanowiska sędziowskie w Trybunale Konstytucyjnym. Dla oceny rzeczywistego znaczenia tego orzeczenia konieczne jest również dostrzeżenie okoliczności towarzyszących zainicjowaniu przez Prezesa Rady Ministrów kontroli konstytucyjnej wskazanych przepisów Traktatu o Unii Europejskiej. Wskazują one, że rzeczywistym celem wniosku było podważenie w ramach sporu politycznego w polskim porządku

prawnym skuteczności konkretnych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości dotyczących funkcjonowania polskiego wymiaru sprawiedliwości. Wskazane w orzeczeniu TK przepisy Traktatów nie stanowią żadnego *novum*, a zgodność przepisów traktatów unijnych była w przeszłości przedmiotem analizy Trybunału Konstytucyjnego i nie budziła żadnych wątpliwości. W ocenie Sądu Apelacyjnego rzeczywistym przedmiotem rozstrzygnięcia TK jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wydawane na gruncie art. 19 ust. 1 TUE, a jedynie ukryto to pod pozorem badania konstytucyjności odpowiednich przepisów traktatowych. Oczywiście zaś jest, że Trybunał Konstytucyjny nie może czynić przedmiotem dokonywanej przez siebie bezpośredniej oceny konstytucyjności wypowiedzi orzeczniczych Trybunału Sprawiedliwości (zob. wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. K 18/04, OTK-A 2005, nr 5, poz. 49, pkt III.9.1). Trybunał Konstytucyjny wykroczył zatem poza swoje kompetencje określone w art. 188 pkt 1 i 3 Konstytucji RP. Co więcej, sprzeczność, o której mowa w orzeczeniu K 3/21 ma charakter pozorny. Trafnie wskazywano, że z uwagi na wspólną dla wszystkich państw członkowskich aksjologię systemów prawnych prawa podstawowe zagwarantowane w EKPCz oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich tworzą zasady ogólne prawa wspólnotowego (obecnie unijnego). Wprawdzie nie można wykluczyć możliwości wystąpienia kolizji między regulacjami prawa unijnego a postanowieniami Konstytucji, jednak taka sytuacja wystąpiłaby wówczas, gdyby miało dojść do nieusuwalnej sprzeczności pomiędzy normą Konstytucji a normą prawa unijnego i to sprzeczności, której nie można eliminować przy zastosowaniu wykładni respektującej względną autonomię prawa europejskiego i prawa krajowego. Sytuacji takiej wykluczyć nie można, ale może ona – z uwagi na wspólność założeń i wartości – pojawić się wyjątkowo (wyrok TK w sprawie K 18/04, pkt III.6.2-6.4). Nie sposób uznać, aby taka sprzeczność na poziomie wartości i celów mogła zaistnieć między postanowieniami Konstytucji gwarantującymi prawo do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd oraz odpowiednimi unormowaniami traktatowymi. Jak już to wskazywano, nie ma bowiem istotnej różnicy między standardem niezawisłości i bezstronności sądu na gruncie Konstytucji RP, EKPCz i KPP UE.

Sąd Apelacyjny uznaje za wymagające zaakcentowania, że z przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP wynika wprost i bez jakichkolwiek zastrzeżeń oraz ograniczeń, że to ustawa ma być zgodna z prawem unijnym i EKPCz, a nie odwrotnie. Kompetencja do kontroli zgodności ustawy z prawem unijnym nie należy zaś – w myśl Konstytucji RP – do Trybunału Konstytucyjnego, lecz – co było jednym z warunków przystąpienia do Unii

– do każdego sądu polskiego orzekającego w sprawie unijnej (zob. wyrok SN z dnia 5 grudnia 2019 r., III PO 7/180, pkt 32). W konsekwencji Trybunał Konstytucyjny nie może poprzez swoje orzeczenia odbierać sądom kompetencji do badania – przy wykorzystaniu instytucji pytań prejudycjalnych oraz uwzględnieniu wykładni prawa unijnego dokonywanej przez Trybunał Sprawiedliwości – czy przyjęte na poziomie ustawowym konkretne rozwiązania są zgodne z prawem unijnym. Taki jest zaś w istocie cel rozstrzygnięcia TK w sprawie K 3/21.

VI. Ocena wniosku o wyłączenie sędziego Leszka Meringa

Przechodząc do oceny – przy zastosowaniu sprecyzowanych powyżej kryteriów i reguł – wniosku obrońcy oskarżonego S. M. o wyłączenie sędziego Leszka Meringa od rozpoznania sprawy o sygn. akt II AKa 154/21, należy zauważyć, że wnioskodawca wprost wskazał, że wniosek nie ma charakteru „personalnego” i zasadniczo skupił się na systemowych okolicznościach, które w jego ocenie wpływają na niezawisłość sędziego w wymiarze zewnętrznym. Jak wskazywano już powyżej, zbadanie czy orzekanie przez danego sędziego nie będzie skutkowało naruszeniem prawa strony do niezawisłego i bezstronnego sądu, nie może jednak mieć charakteru abstrakcyjnego, lecz powinno uwzględniać konkretne okoliczności dotyczące osoby danego sędziego, postępowania, w wyniku którego został powołany do pełnienia aktualnego urzędu sędziowskiego oraz samej sprawy, która ma podlegać rozstrzygnięciu. W związku z tym Sąd Apelacyjny pozyskał informacje dotyczące przebiegu przedmiotowego postępowania nominacyjnego.

Sędzia Leszek Mering został postanowieniem Prezydenta RP z dnia 4 maja 2020 r. powołany z dniem 26 maja 2020 r. do pełnienia urzędu sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku. Jego kandydatura została przedstawiona Prezydentowi przez Krajową Radę Sądownictwa uchwałą nr 982/2019 z dnia 8 listopada 2019 r. W toku postępowania zainicjowanego obwieszczeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 kwietnia 2019 r. o wolnym stanowisku sędziowskim (M.P. z 2019 r., poz. 415 z 10 maja 2019 r.) SSA Dariusz Malak – sędzia wizytator ds. karnych Sądu Apelacyjnego w Gdańsku sporządził opinię z dnia 30 lipca 2019 r. dokonującą oceny pracy sędziego L. Meringa, biorąc pod uwagę przede wszystkim okres od 1 stycznia 2017 r. do 31 marca 2019 r. Na to samo wolne stanowisko sędziowskie oprócz SSO L. Meringa zgłosiła się również SSO Marta Urbańska.

W pierwszej kolejności należy odnotować, że – jak wynika z opinii wizytatora – sędzia Leszek Mering legitymuje się długim stażem orzecznictwem (w okresie od 1 listopada 1995 r. do 27 listopada 1997 r. był asesorem sądowym, następnie do 11 marca 2002 r. był sędzią Sądu Rejonowego w Sopocie i potem Sądu Rejonowego Gdańsku, a od 12 marca 2002 r. sprawował urząd sędziego Sądu Okręgowego w Gdańsku). Przed powołaniem w 2020 r. do Sądu Apelacyjnego miał on zatem łącznie niemal 25 lat stażu orzecznictwa. W czasie 18 lat pracy w Sądzie Okręgowym w Gdańsku sędzia L. Mering orzekał najpierw w Wydziale IV Karnym rozpoznającym sprawy karne w I instancji (w okresie od lipca 2005 r. do 30 kwietnia 2007 r.), a następnie od 1 maja 2007 r. w wydziałach odwoławczych. Od 16 stycznia 2016 r. pełnił funkcję przewodniczącego Wydziału XIII Karnego Odwoławczego, a następnie Wydziału V Karnego Odwoławczego. Sędzia L. Mering posiada stopień doktora nauk prawnych, prowadzi działalność naukową i dydaktyczną.

W okresie od 1 września 2003 r. do 30 listopada 2003 r. sędzia Leszek Mering orzekał na trzymiesięcznej delegacji (na podstawie art. 77 § 1 u.s.p.) w Sądzie Apelacyjnym w Gdańsku, zaś jak wynika z wykazu sporządzonego przez Prezesa SA od czerwca 2003 r. do kwietnia 2020 r. był 55 razy delegowany do orzekania w Sądzie Apelacyjnym w Gdańsku w ramach tzw. jednodniowych delegacji udzielanych obecnie na podstawie art. 77 § 9 u.s.p.

Jakość pracy sędziego L. Meringa nie budziła żadnych wątpliwości – w ocenianym przez wizytatora okresie nie toczyły się przeciwko niemu sprawy dyscyplinarne przed sądem dyscyplinarnym, nie wytknięto mu oczywistej obrazy przepisów w trybie art. 40 § 1 u.s.p., nie stwierdzono przewlekłości postępowania. W wyniku analizy danych statystycznych dotyczących pracy sędziego L. Meringa wizytator stwierdził, że średnie obciążenie pracą w analizowanym okresie było wyższe niemal we wszystkich kategoriach spraw niż średnie obciążenie sędziego w wydziale i w okręgu. Załatwienie spraw Ka, Kz i Ko było wyższe niż średnie obciążenie sędziego w wydziale i w okręgu. Jednocześnie w ocenianym okresie sędzia L. Mering orzekał w ramach tzw. delegacji jednodniowych w Sądzie Apelacyjnym w Gdańsku, gdzie w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 marca 2019 r. zakończył 9 spraw AKa. Łącznie w okresie od 2003 r. do 31 marca 2019 r. sędzia na delegacjach załatwił 99 spraw AKa, co odpowiada 3-4 letniej przeciętnej załatwialności sędziego Wydziału II Karnego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku.

W ocenianym okresie wniesiono tylko dwie skargi kasacyjne od orzeczeń wydanych przez sędziego w trakcie orzekania w SO w Gdańsku oraz 4 kasacje od

orzeczeń wydanych w SA w Gdańsku. Nie odnotowano żadnej sprawy, w której sędzia Leszek Mering był sprawozdawcą lub referentem, w której na skutek wniesionej kasacji wyrok został zmieniony lub uchylony i sprawę przekazano do ponownego rozpoznania.

Jak stwierdził sędzia wizytator, wyniki badań aktowych, orzeczeń i uzasadnień wskazują na bardzo wysoką ocenę techniki stosowania prawa procesowego i materialnego. Sporządzane uzasadnienia są nie tylko obszerne i szczegółowe, ale przede wszystkim w sposób kompleksowy, rzeczowy i logiczny wyjaśniają powody rozstrzygnięcia sądu odwoławczego. Wizytator dokonujący oceny pracy sędziego L. Meringa wskazał, że jego ocena w całej rozciągłości potwierdza formułowaną już uprzednio od 2007 r. zdecydowanie pozytywną ocenę pracy sędziego L. Meringa, w tym ocenę sporządzoną w 2018 r. przez sędziego wizytatora Sądu Apelacyjnego w Białymstoku.

W konkluzji sędzia wizytator jednoznacznie stwierdził, że wyniki lustracji w pełni dają podstawę do wyrażenia zdecydowanie pozytywnej oceny orzecznictwa sędziego Leszka Meringa. Spełnia on wszystkie wymogi do powołania go na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego, posiada odpowiednie doświadczenie zawodowe i walory osobiste, wykazuje się ponadprzeciętną sumiennością i wnikliwością, odpowiednią wrażliwością, szeroką wiedzą prawniczą i doskonałymi umiejętnościami zawodowymi. Daje zatem pełną rękojmię należytego wykonywania obowiązków sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku.

Odnosić również trzeba, że kandydatura sędziego L. Meringa nie została zaopiniowana przez organy samorządu sędziowskiego, bowiem Kolegium Sądu Apelacyjnego w Gdańsku w uchwale nr 117/2019 z dnia 3 września 2019 r., a Zgromadzenie Przedstawicieli Sędziów Apelacji Gdańskiej uchwałą z dnia 6 września 2019 r., odroczyły zaopiniowanie kandydatów na wolne stanowiska sędziowskie w Sądzie Apelacyjnym w Gdańsku.

Powyższe dane wskazują, że sędzia Leszek Mering legitymuje się długim stażem sędziowskim i wysokimi kompetencjami zawodowymi, jego orzecznictwo prezentuje bardzo dobry poziom merytoryczny, jest on doświadczonym i sprawnym sędzią. Jednocześnie trzeba zauważyć, iż uzyskanie stanowiska sędziowskiego w Sądzie Apelacyjnym nie jest wynikiem działań podjętych przez sędziego Meringa w ostatnim czasie, ani tym bardziej efektem tzw. szybkiej ścieżki awansowej, nieznajdującej uzasadnienia w realnych osiągnięciach zawodowych. Sędzia L. Mering od wielu lat systematycznie zdobywał doświadczenie w rozpoznawaniu spraw zawisłych

w Wydziale II Karnym Sądu Apelacyjnego w Gdańsku jako sędzia delegowany. Sądowi wiadomo jednocześnie z urzędu, że delegacje sędziego L. Meringa były inicjowane zgodnie przez zainteresowanego i władze II Wydziału Karnego. Prowadzi to do wniosku, że sędzia L. Mering bez cienia wątpliwości posiada odpowiednie kwalifikacje do zajmowania stanowiska sędziego Sądu Apelacyjnego.

Jak wynika z uchwały KRS nr 982/2019 z dnia 8 listopada 2019 r. kandydatura L. Meringa otrzymała jednoznaczne poparcie zarówno trzyosobowego zespołu, jak i całej KRS. Przebieg postępowania przed KRS nie budzi wątpliwości co do jego przejrzystości. Kandydująca razem z L. Meringiem na to wolne stanowisko sędzia Marta Urbańska nie zaskarżyła uchwały KRS.

Sąd dostrzega, że kandydatura sędziego L. Meringa nie została zaopiniowana przez organy samorządu sędziowskiego, jednak – jak wynika z treści odpowiednich uchwał – było to spowodowane generalnymi zastrzeżeniami tych organów do trybu powołania i działania KRS, nie zaś personalnymi zastrzeżeniami do osoby kandydata.

Jeśli idzie o inne sprecyzowane powyżej kryteria, to należy zauważyć, że sędzia L. Mering nie podejmował żadnych działań, które wskazywałyby na jakąkolwiek jego zależność od przedstawicieli władzy wykonawczej lub ustawodawczej. Podkreślenia wymaga, że stanowisko przewodniczącego jednego z wydziałów karnych odwoławczych SO w Gdańsku zajął w styczniu 2016 r. Sądowi nie jest również wiadome, aby sędzia L. Mering pozostawał w jakichkolwiek relacjach z członkami KRS, czy też udzielił któremukolwiek z członków KRS poparcia niezbędnego do zgłoszenia jego kandydatury Sejmowi.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przedstawienie przez KRS Prezydentowi kandydatury sędziego L. Meringa nie nosi znamion dowolności, a przeciwnie – jest to decyzja znajdująca oparcie w argumentach merytorycznych. W żadnym razie nie można uznać, aby sędzia L. Mering posiadał niższe kompetencje zawodowe niż kontrkandydatka sędzia Marta Urbańska.

Jednocześnie sprawa o sygn. akt II AKa 154/21, którą przydzielono do referatu SSA L. Meringa nie wykazuje żadnych takich cech, które mogłyby zwiększać ryzyko naruszenia prawa do niezwiśłego i bezstronnego sądu.

Nie można odmówić racji wnioskodawcy, który wskazuje, że w przeciwieństwie do powoływania asesora na pierwsze stanowisko sędziowskie, udział w procedurze awansowej nie jest dla sędziego koniecznością. Razi jednak skrajnością w ocenie Sądu Apelacyjnego zapatrywanie obrońcy, iż udział w takiej procedurze stanowi „wyraz

akceptacji dla oczywistych i rażących naruszeń standardów prawnych”. Należy dostrzegać, że różne motywy i sytuacje mogą skłaniać sędziów do ubiegania się o powołanie do sądu wyższego szczebla i nie wszystkie one muszą mieć jednoznacznie naganny wydźwięk. Nie ulega wątpliwości, że sędzia powinien w każdym aspekcie swojej zawodowej działalności prezentować respekt dla podstawowych zasad, na których opiera się demokratyczne państwo prawa. W przedmiotowym postępowaniu nie jest jednak zadaniem Sądu Apelacyjnego dokonywanie etycznej oceny decyzji danego sędziego o przystąpieniu do procedury awansowej przed nową KRS, lecz zbadanie czy uzyskanie powołania w takiej procedurze nie stwarza zagrożenia dla prawa strony do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd. Trzeba zaś w tym zakresie stwierdzić, że nie ma podstaw do uznania istnienia takiej prostej automatycznej zależności między udziałem w takim postępowaniu a brakiem niezawisłości.

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie uznaje za stosowne odwołać się również do osobistego doświadczenia pracy i orzekania razem z sędzią L. Meringiem, choćby w okresie, kiedy wykonywał obowiązki jako sędzia delegowany do Sądu Apelacyjnego w Gdańsku. Sędzia L. Mering nigdy swoją postawą osobistą i zawodową nie dostarczył jakichkolwiek podstaw do choćby cienia podejrzenia, że mógłby nie zachowywać właściwego sędziemu stopnia niezawisłości i bezstronności.

Reasumując, szczegółowa analiza okoliczności istotnych z punktu widzenia sprecyzowanych powyżej kryteriów badania ryzyka naruszenia prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu prowadzi Sąd Apelacyjny do wniosku, że sędzia Leszek Mering niewątpliwie spełnia minimalny standard niezawisłego i bezstronnego sądu. Sąd Apelacyjny nie dostrzega takich konkretnych okoliczności dotyczących postępowania nominacyjnego, w wyniku którego sędzia Leszek Mering został powołany do pełnienia urzędu sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, jak również dotyczących samej osoby sędziego, które ujmowane całościowo nakazywałyby uznać, iż zachodzi ryzyko naruszenia prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą. Zidentyfikowane w odniesieniu do sędziego L. Meringa czynniki istotne z punktu widzenia oceny niezawisłości, nie dają podstaw do powzięcia obiektywnie uzasadnionego przeświadczenia po stronie obserwatora zewnętrznego, iż sędzia nie będzie dysponował należyтым stopniem niezawisłości przy rozstrzyganiu przedmiotowej sprawy. W związku z powyższym Sąd Apelacyjny postanowił na podstawie art. 42 § 4 zd. pierwsze k.p.k. i art. 40 § 1 *a contrario* k.p.k. w zw. z art. 45 ust.

1 Konstytucji RP, art. 6 ust. 1 EKPCz i art. 47 KPP UE w zw. z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE nie uwzględnić wniosku obrońcy oskarżonego S. M. o wyłączenie od rozpoznania sprawy sędziego Sądu Apelacyjnego w Gdańsku Leszka Meringa.

Niezależnie od rozstrzygnięcia przedmiotowego wniosku o wyłączenie sędziego strony zachowują w toku dalszego postępowania możliwość podnoszenia kwestii wadliwości powołania sędziego i poddania jej pod ocenę kolejnych instancji sądowych. Skoro bowiem zgodnie z przyjmowanym w orzecznictwie stanowiskiem udział w składzie sądu osoby powołanej na urząd sędziego w sądzie powszechnym na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy nowelizującej z dnia 8 grudnia 2017 r. może stanowić nienależytą obsadę sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., to strona w razie wydania przez Sąd Apelacyjny wyroku kończącego postępowanie, niezależnie od jego treści, będzie uprawniona do wniesienia kasacji do Sądu Najwyższego i poddania tej kwestii jego osądowi (zob. art. 519 k.p.k. w zw. z art. 523 § 1 i § 4 pkt 1 k.p.k.).

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji postanowienia.