



Warszawa, 2 listopada 2022 r.

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

II.511.632.2022.MM

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

sygn. akt SK 78/22

W związku z otrzymanym w dniu 7 października 2022 r. zawiadomieniem o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej (...) S.A. z siedzibą w W. (SK 78/22), działając na podstawie art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2393) oraz art. 16 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 627 z późn. zm.) **zgłaszam udział w przedmiotowym postępowaniu i wnoszę o stwierdzenie, że: art. 41 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks postępowania karnego** (tekst jednolity : Dz. U. z 2021 r., poz. 534 z późn. zm., dalej: k.p.k.) **w zw. z art. 459 § 1 i § 2 Kodeksu postępowania karnego jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 78 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej** w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości zaskarżenia w formie zażalenia postanowienia sądu o oddaleniu wniosku o wyłączenie sędziego złożonego w oparciu o art. 41 § 1 k.p.k., wydanego w pierwszej instancji.

Uzasadnienie

Zgodnie z art. 41 § 1 k.p.k., sędzia ulega wyłączeniu, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie. W myśl art. 459 § 1 k.p.k. zażalenie przysługuje na postanowienia sądu zamykające drogę do wydania wyroku, chyba że ustawa stanowi inaczej. Według § 2 wskazanego przepisu, zażalenie przysługuje także na postanowienia co do środka zabezpieczającego oraz na inne postanowienia w wypadkach przewidzianych w ustawie. Z powyższych przepisów wynika jednoznacznie, że na orzeczenie w przedmiocie wyłączenia sędziego zażalenie nie przysługuje¹.

Problem braku zaskarżalności postanowienia sądu wydanego w I instancji dotyczącego odmowy wyłączenia sędziego wybrzmiewa w sprawach kierowanych do Biura Rzecznika Praw Obywatelskich o kasację. Wskazuje się, że na skutek błędnych decyzji procesowych dotyczących oddalenia wniosku strony w postępowaniu karnym w przedmiocie wyłączenia sędziego, dochodzi do przewlekłości postępowań, gdy uchybienie to zostanie stwierdzone dopiero w toku zwyczajnych lub nadzwyczajnych środków zaskarżenia.

Materia ta była też przedmiotem wystąpienia generalnego Rzecznika Praw Obywatelskich, w którym Rzecznik przedstawił postulat wprowadzenia zmian legislacyjnych zmierzających do umożliwienia wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie niewyłączenia sędziego (oddalenie wniosku strony o wyłączenie sędziego), niezależnie czy zostało ono wydane w postępowaniu w pierwszej czy drugiej instancji².

Kwestia szybkiego i sprawnego postępowania karnego, odpowiadającego standardom konstytucyjnym oraz prawnomiędzynarodowym ma istotne znaczenie z perspektywy celów i gwarancji rzetelnego procesu sądowego. Jednakże to zasada

¹ Por. postanowienie SN z 15.02.2011 r., IV KZ 8/11, OSNKW 2011/2, poz. 21.

² Wystąpienie do Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. II.511.410.2019.PZ.

sprawiedliwości proceduralnej wynikająca z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP jest gwarancją prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy.

Analiza konstytucyjności kwestionowanych unormowań Kodeksu postępowania karnego (art. 41 k.p.k. w zw. z art. 459 § 2 k.p.k.) prowadzi do wniosku, że obecny stan rzeczy rodzi poważne wątpliwości konstytucyjne w zakresie wypełnienia zasady sprawiedliwości proceduralnej wynikającej z art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 78 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Weryfikacja względnych przesłanek wyłączenia sędziego z art. 41 k.p.k. następuje w procedurze jednoinstancyjnej. Strona nie ma możliwości zaskarżenia zażaleniem postanowienia o niewyłączeniu sędziego. Wprawdzie zarzut naruszenia art. 41 k.p.k. może na podstawie art. 447 § 4 k.p.k. zostać podniesiony w apelacji na podstawie art. 438 § 2 k.p.k.³, nie sposób jednak przyjąć, że nie istnieje potrzeba weryfikacji we wcześniejszym stadium postępowania w postępowaniu dwuinstancyjnym, czy przesłanki z art. 41 k.p.k. zostały prawidłowo zastosowane i czy postępowanie jest prowadzone przez osobę, co do której nie zachodzą powody do jej wyłączenia.

Dostrzeżenie uchybienia art. 41 k.p.k. dopiero na późniejszym etapie postępowania często prowadzi do jego wydłużenia znacznie poza „rozsądny czas” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC)⁴. Brak dostrzeżenia wskazanego uchybienia na wcześniejszym etapie postępowania w jednoinstancyjnym postępowaniu wywołanym wnioskiem strony o wyłączenie sędziego, w postępowaniu karnym, w którym, odmiennie niż w postępowaniu cywilnym, nie może dochodzić w trakcie całego procesu do zmiany składu, stanowi naruszenie art. 41 k.p.k. i prowadzi do uchylenia zaskarżonego orzeczenia przez sąd odwoławczy.

³ Tak: D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, komentarz do art. 429, pkt 22.

⁴ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

Jak słusznie podnosi się w literaturze, „brak możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie oddalenia wniosku o wyłączenie sędziego w procedurze karnej – przy jednoczesnym dopuszczeniu zaskarżalności w tym przedmiocie na gruncie np. procedury cywilnej” (por. art. 394^{1a} § 1 pkt 10 k.p.c.) już sam w sobie może budzić wątpliwości konstytucyjne na gruncie art. 41 k.p.k.⁵ Nie sposób bowiem znaleźć uzasadnienia dla istnienia takiego dualizmu w działaniu ustawodawcy – jeśli taki środek zaskarżenia z powodzeniem funkcjonuje w ramach jednej procedury i nie powoduje przewlekłości postępowania, to powyższe należałoby również odnieść do procedury karnej⁶. W obu postępowaniach - cywilnym i karnym - istnieje możliwość oceny przez sąd drugiej instancji, na wniosek strony, również tych postanowień sądu pierwszej instancji, które nie podlegały zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy (art. 380 k.p.c. – dodatkowo dochodzi konieczność zgłoszenia zastrzeżenia zgodnie z art. 162 k.p.k.) oraz w apelacji tych podniesionych zarzutów, które nie stanowiły lub nie mogły stanowić przedmiotu zażalenia (art. 447 § 4 k.p.k.). Pomimo to, zgodnie z brzmieniem art. 394^{1a} § 1 pkt 10 k.p.c., zażalenie do innego składu sądu I instancji przysługuje na oddalenie wniosku o wyłączenie sędziego, a tymczasem wobec treści art. 459 § 2 k.p.k. oraz braku wskazania możliwości zażalenia postanowienia wydanego na podstawie art. 42 k.p.k. w postępowaniu karnym zażalenie na oddalenie wniosku o wyłączenie sędziego nie przysługuje. Skoro zatem zaskarżenie postanowienia w przedmiocie oddalenia wniosku o wyłączenie sędziego przysługuje w procedurze cywilnej, to tym bardziej uprawnienie to powinno – ze względu na represyjność tej gałęzi prawa – przysługiwać w procedurze karnej.

Przyczyna wyłączenia może powstać lub stać się stronie wiadoma dopiero po rozpoczęciu przewodu sądowego. Ma ona wówczas prawo złożenia wniosku, niezależnie od tego, czy sprawa karna zawisła przez sądem rejonowym, okręgowym czy

⁵ Marta Kolendowska-Matejczuk, Zaskarżalność rozstrzygnięć incydentalnych uregulowanych w Kodeksie postępowania karnego w świetle standardów konstytucyjnych, Warszawa 2018, s. 439-440.

⁶ Ibidem, s. 440.

apelacyjnym oraz w każdej instancji w toku postępowania, gdy przyczyna wyłączenia dotyczy sędziego orzekającego w I instancji, II instancji, instancji poziomej czy orzekającego w przedmiocie rozpoznania nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Strona w postępowaniu karnym nie ma jednak możliwości poddania postanowienia o niewyłączeniu sędziego weryfikacji. Tymczasem, jak już wskazano powyżej, prawidłowe rozstrzygnięcie kwestii wyłączenia sędziego dopiero na etapie II instancji w postępowaniu głównym albo w ramach nadzwyczajnych środków zaskarżenia, prowadzić może do przewlekłości postępowania. Paradoksalnie zatem przyznanie zażalenia na wyłączenie sędziego w procedurze karnej prowadzić będzie do przyspieszenia postępowania – pozwoli bowiem na kontrolę instancyjną na bieżąco i na niezwłoczne wyeliminowanie nieprawidłowości postępowania. Nie ma również niebezpieczeństwa, że rozpoznanie takiego zażalenia doprowadzi do obstrukcji postępowania⁷ - kolejny wniosek oparty na tych samych podstawach faktycznych pozostawiony zostanie bez rozpoznania w myśl art. 41a k.p.k.

Na prawo do sądu wyrażone w art. 45 ust. 1 Konstytucji składa się: 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia procedury przed sądem; 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności; 3) prawo do orzeczenia sądowego, czyli do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia swojej sprawy; 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju sądu. Wszystkie te elementy wymagają, by sąd był niezależny, sędziowie niezawisli, aby zagwarantowane było bezstronne rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy⁸. Należy wskazać, że sąd powołany do udzielania ochrony prawnej w zakresie zastosowania art. 45 ust. 1 Konstytucji RP musi odpowiadać określonym wymaganiom. Dostęp do sądu zakłada możliwość uruchomienia postępowania przed sądem, jako

⁷ Ibidem, s. 440.

⁸ Wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 12/99, OTK 2000, nr 5, poz. 143.

organem o określonej charakterystyce – niezależnym, bezstronnym i niezawisłym⁹. Jak słusznie podnosi się w literaturze, „sąd nie może sprzyjać żadnemu z podmiotów, występujących wobec niego także wówczas, gdy jednym z nich jest podmiot, w którego imieniu również sąd działa, tj. państwo polskie. Formalnie ujęte jest to przez pryzmat praw jednostki, która posiada prawo do tak skonstruowanego sądu. W istocie mamy tu do czynienia z pewnym pleonazmem, albowiem wszystkie te trzy określenia tkwią już w samym pojęciu „sądu”. Organ zależny co do treści swojego funkcjonowania – działający poprzez osoby poddane zależności służbowej oraz zobligowany do preferowania interesów któregoś z występujących wobec niego podmiotów – nie mieściłby się w treści pojęcia „sądu” w przyjętym w naszej kulturze prawnej znaczeniu”¹⁰.

Z drugiej strony należy wskazać, że prawo do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki składa się z dwóch uprawnień: domagania się od sądu prowadzenia postępowania nie dłużej, niż tego wymaga wyjaśnienie okoliczności faktycznych i prawnych koniecznych do rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto prawo to wymaga, by ustawodawca wprowadził takie instytucje prawne, które umożliwiają uczestnikom postępowania sięganie do efektywnych instrumentów proceduralnych przyspieszających postępowanie. Jednym z nich jest skarga na przewlekłość postępowania sądowego¹¹. Jak już jednak wykazano, rozpoznanie zażalenia na postanowienie odmawiające wyłączenia sędziego jest również takim efektywnym

⁹ Wyroki TK z: 9.06.1998 r., K 28/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 50; 2.04.2001 r., SK 10/00, OTK 2001, Nr 3, poz. 52; 18.07.2012 r., K 14/12, OTK-A 2012, Nr 7, poz. 82; 22.10.2013 r., SK 14/11, OTK-A 2013, Nr 7, poz. 101.

¹⁰ P. Sarnecki [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II, wyd. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, art. 45.

¹¹ Wyrok TK z 22.10.2015 r., SK 28/14, OTK-A 2015, nr 9, poz. 149; P. Tuleja [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziewicz, P. Tuleja, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, wyd. II, LEX/el. 2021, art. 45.

instrumentem proceduralnym przyspieszającym postępowanie karne¹². Postulaty podobnej treści są już od dłuższego czasu formułowane w doktrynie procesu karnego¹³.

Przypomnieć należy, że art. 45 ust. 1 Konstytucji (a także art. 6 ust. 1 EKPC) nakazuje rozpatrywanie spraw „bez nieuzasadnionej zwłoki”. W tym kontekście przywołać należy fragment uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000 r. (sygn. akt SK 12/99), w którym Trybunał wskazał, że Konstytucja przewiduje zasadę instancyjności, która wzmacnia prawo do sądu, ponieważ gwarantuje proceduralną kontrolę postępowania sądowego. Jeszcze na tle dawnych przepisów, Trybunał wskazał, że jej celem jest zapobieganie pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji, a brak możliwości zaskarżenia postanowienia do sądu wyższej instancji „ogranicza zainteresowanym prawo do sądu, co jest sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego”¹⁴. Trybunał Konstytucyjny postrzega instytucję wyłączenia sędziego jako gwarancji bezstronności sądu i niezawisłości sędziowskiej, elementu budowy społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości i podnoszenia jego autorytetu, nakazuje zachowanie szczególnej ostrożności w zakreślaniu granic swobody ustawodawcy w kształtowaniu instytucji wyłączenia sędziego. Znaczenie i rola instytucji wyłączenia sędziego wymaga również stworzenia procedur pozwalających z jednej strony na jej realne stosowanie, a z drugiej zapobiegających jej nadużywaniu¹⁵.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że wzorcami kontroli w zakresie zaskarżalności postanowienia o niewyłączeniu sędziego mogą być (odpowiednio): art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (prawo do sądu), art. 77 ust. 2 Konstytucji (zakaz zamykania drogi sądowej), oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji (prawo do zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji w

¹² M. Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność...*, op. cit., s. 440.

¹³ Por. R.A. Stefański, *Postępowanie w przedmiocie wyłączenia sędziego w postępowaniu karnym*, w: J. Nowikowski (red.), *Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi*, Lublin 2007, s. 450; M. Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność...*, op. cit., s. 441

¹⁴ Orzeczenie TK z 27.06.1995 r., K 4/94, OTK 1995, nr 1, poz. 16; wyrok TK z 12.06.2002 r., P 13/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 42.

¹⁵ Wyrok TK z 2.06.2010 r., SK 38/09, OTK-A 2010, nr 5, poz. 46, teza 4.1.2.

związku z zasadą dwuinstancyjności postępowania sądowego). Najważniejszym w niniejszej sprawie aspektem zasady sprawiedliwości proceduralnej jest zakaz arbitralności i dowolności, którego podstawową gwarancję tworzy zaskarżalność orzeczeń¹⁶. Typową formą kontroli orzeczeń sądowych jest ich ponowna ocena przez sądy wyższej instancji tzw. kontrola instancyjna, na podstawie dewolutywnego środka zaskarżenia¹⁷, wyjątkowo w niektórych sprawach dopuszczalna jest kontrola dokonywana przez inny skład tego samego sądu tzw. kontrola pozioma, na podstawie niedewolutywnego środka zaskarżenia¹⁸ (jak ma to obecnie miejsce w procedurze cywilnej). W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że zaskarżalność odnosi się nie tylko do głównego przedmiotu postępowania sądowego, lecz może obejmować także te kwestie wypadkowe, w odniesieniu do których sąd orzeka o prawach i obowiązkach określonego podmiotu¹⁹. Rozważając treść prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że „tożsamość konstytucyjna” sądu (wymiaru sprawiedliwości) jest wyznaczana – poza oczywistym wymogiem niezależności, bezstronności i niezawisłości – między innymi przez odrzucenie dowolności i arbitralności²⁰.

W sprawie o sygn. SK 38/09 Trybunał Konstytucyjny badał problem braku możliwości zaskarżenia postanowienia sądu drugiej instancji oddalającego wniosek o wyłączenie sędziego złożony w postępowaniu przed sądem cywilnym drugiej instancji na tle art. 394¹ § 2 k.p.c. Analizując tę kwestię, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że istota problemu konstytucyjnego sprowadza się do oceny, czy „istniejący system

¹⁶ Por. wyrok TK z 12.06.2002 r., P 13/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 42; wyrok TK z 9.06.1998 r., K 28/97, OTK 1998, nr 4, poz. 50, wyrok TK z 24.10.2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108.

¹⁷ Por. wyrok TK z 12.09.2006 r., SK 21/05, OTK-A 2006, nr 8, poz. 103.

¹⁸ Wyrok TK z 2.06.2010 r., SK 38/09, OTK-A 2010, nr 5, poz. 46.

¹⁹ Ibidem. Por. np. ukaranie karą porządkową – wyrok TK z 3.7.2002 r., SK 31/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 49 albo wyłączenie sędziego – powołany wyrok SK 38/09.

²⁰ Ibidem, teza 3.2. Por. zwłaszcza wyroki TK z: 31.03.2005 r., SK 26/02, OTK ZU nr 3/A/2005, poz. 29; 16.01.2006 r., SK 30/05, OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 2; 26.02.2008 r., SK 89/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 7; 20.05.2008 r., P 18/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 61; 1.07.2008 r., SK 40/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 101; 31.03.2009 r., SK 19/08, OTK ZU nr 3/A/2009, poz. 29.

kontroli (zaskarżalności) postanowień w kwestii wyłączenia sędziego odpowiada – co do zasady – konstytucyjnym standardom, nie zaś to, jaki konkretnie podmiot będzie kontrolował postanowienie odmawiające wyłączenia sędziego”. Innymi słowy, „chodzi tu nie o problem instancyjności, lecz zaskarżalności: nie chodzi o to, że koniecznie ma tu orzekać sąd wyższej instancji w sensie ustrojowym (Sąd Najwyższy), lecz o to, że rozstrzygnięcie sądu wydane po raz pierwszy w danej sprawie podlega weryfikacji. Taką sytuację zazwyczaj zapewnia instancyjność rozpatrywania zażalenia przez sąd – co do zasady – stojący w hierarchii sądów wyżej (dewolutywność); wyjątkowo jednak weryfikacja może być przeprowadzona również przez sąd tego samego szczebla organizacyjnego, ale w innym składzie osobowym”²¹. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że „rozróżnienie między instancyjnością i zaskarżalnością, a także ocena, czy w danym wypadku procedura powinna być ukształtowana w sposób umożliwiający «aż» kontrolę instancyjną (rozpatrzenie – weryfikację przez sąd wyższej instancji), czy «tylko» jako procedura umożliwiająca weryfikację decyzji (orzeczenia) przez inny podmiot, niż ten, który decydował po raz pierwszy, zależy m.in. od tego, czy kontrola (weryfikacja) dotyczy rozstrzygnięcia w kwestii incydentalnej, czy rozstrzygnięcia «w sprawie». Wyższego poziomu gwarancji (a więc instancyjności połączonej z dewolutywnością) wymaga orzekanie «w sprawie» i w tym zakresie Konstytucja wymaga dwuinstancyjnego postępowania”²². Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 27/01, stwierdził także, że „zapewnienie każdemu konstytucyjnego» prawa do bezstronnego sądu «wiązać się powinno z gwarancjami minimalnego choćby udziału strony w postępowaniu służącym weryfikacji rzeczywistej bezstronności sądu”.

W sprawie o sygn. SK 38/09 Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 394¹ § 2 k.p.c. zakresie, w jakim nie przewidywał możliwości zaskarżenia postanowienia sądu drugiej instancji oddalającego wniosek o wyłączenie sędziego złożony w postępowaniu przed sądem drugiej instancji, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz nie jest niezgodny

²¹ Wyrok TK z 2.06.2010 r., SK 38/09, OTK-A 2010, nr 5, poz. 46, teza 3.3.3.

²² Ibidem, teza 3.1.

z art. 176 ust. 1 Konstytucji. Od dnia 20 lipca 2011 r. tego typu postanowienia są zaskarżalne do innego równorzędnego składu sądu drugiej instancji na podstawie art. 394² § 1¹ pkt 2 k.p.c.

Należy przy tym dodatkowo zwrócić uwagę na gwarancyjną rolę instytucji wyłączenia sędziego w realizacji zasady niezawisłości sędziowskiej, a także na bezpośredni związek między prawidłowością mechanizmów decydujących o wyłączeniu sędziego, a skutecznością poszanowania konstytucyjnego prawa do sądu²³.

W myśl art. 78 Konstytucji, każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa. Mając na uwadze tak zarysowany stan prawny wskazać należy, że art. 78 Konstytucji formułuje podmiotowe prawo jednostki do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji. Przepis ten dotyczy zarówno postępowań sądowych, jak i pozostałych postępowań w sprawach indywidualnych (administracyjnych, sądowno-administracyjnych). Wreszcie orzeczenia wydane w tych postępowaniach nie muszą dotyczyć istoty sprawy, ale mogą również dotyczyć kwestii wypadkowych (incydentalnych)²⁴. W doktrynie przyjmuje się, że nie ma znaczenia, czy jest to rozstrzygnięcie kończące postępowanie w sprawie, czy też ma charakter incydentalny. Jak jednak podkreślił Trybunał Konstytucyjny, prawo podmiotowe wyrażone w art. 78 Konstytucji RP odnosi się do zaskarżenia rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji i „obejmuje wszystkie postępowania bez względu na to, czy toczą się przed sądem, czy przed niesądowym organem władzy publicznej, a nadto bez względu na to, czy mają charakter główny, czy uboczny. Konstytucja wymaga jednak, by przedmiotem zaskarżenia stały się orzeczenie lub decyzja wydane w pierwszej instancji, nie zaś wydane po raz pierwszy w danym postępowaniu”²⁵. Zaznaczyć przy tym należy, że

²³ Wyrok TK z 2.06.2010 r., SK 38/09, OTK-A 2010, nr 5, poz. 46; M. Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność...*, op. cit., s. 441.

²⁴ L. Garlicki, *Komentarz do art. 78 w: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Tom II*, red. L. Garlicki, red. M. Zubik Wyd. II, Warszawa 2016, Lex, teza nr 6.

²⁵ Wyrok TK z 30.10.2012 r., SK 20/11, OTK-A 2012, nr 9, poz. 110, teza 3.4.2.

„zasada dwuinstancyjności nie polega na tym, że w określonej sprawie ma orzekać sąd drugoinstancyjny w sensie ustrojowym, lecz na tym, że rozstrzygnięcie sądu orzekającego w pierwszej instancji, to znaczy wydane po raz pierwszy w danej sprawie, podlega weryfikacji przez inny sąd - co do zasady - stojący w hierarchii sądów wyżej (dewolutywność); wyjątkowo może być weryfikowane również przez sąd tego samego szczebla organizacyjnego, ale w innym składzie osobowym²⁶.

Odnosząc się do problematyki zaskarżalności rozstrzygnięć incydentalnych należy również podnieść, że analiza orzecznictwa TK w tym zakresie prowadzi do wyeksponowania potrzeby zaskarżalności tych rozstrzygnięć, w których dominują ocenne kryteria ich wydawania. Za przyznaniem prawa do zaskarzania przemawia bowiem uznaniowość i niedookreślone kryteria ujęte w przepisie będącym podstawą do wydania takich rozstrzygnięć²⁷. Uzasadnieniem zaś wyjątku od zasady zaskarżalności nie może być efektywność postępowań prowadzonych przez organy władzy publicznej i dobro wymiaru sprawiedliwości. Wartości te są chronione konstytucyjnie i stanowią istotny element porządku publicznego w państwie prawa, jednakże nie w każdej sprawie odgrywają decydującą rolę²⁸. Tym samym, zgodnie ze standardami wynikającymi z art. 78 Konstytucji w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji „zaskarżalne powinny być wszystkie rozstrzygnięcia wpadkowe wydawane przez sąd pierwszej instancji, które ingerują w prawa, wolności lub obowiązki jednostek, tym bardziej jeśli mają one znaczenie dla całego postępowania karnego, w tym mogą promieniować na wynik sprawy głównej”²⁹.

Dlatego należy stwierdzić, że art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 459 § 1 i § 2 k.p.k. jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 78 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zakresie,

²⁶ Zdanie odrębne sędzi T. Liszcz do wyroku TK z 31.03.2009 r., SK 19/08, Legalis nr 125195.

²⁷ Wyrok TK z 14.03.2005 r., K 35/04, OTK-A 2005, nr 3, poz. 23, teza 4 VI, wyrok TK z 8.10.2013 r., K 30/11, OTK-A 2013, nr 7, poz. 98.

²⁸ Wyrok TK z 26.11.2013 r., SK 33/12, OTK-A 2013, nr 8, poz. 124; zob. też. M. Kolendowska-Matejczuk, Zaskarżalność..., op. cit., s. 442.

²⁹ M. Kolendowska-Matejczuk, Zaskarżalność..., op. cit., s. 443.

w jakim nie przewiduje możliwości zaskarżenia w formie zażalenia postanowienia sądu o oddaleniu wniosku o wyłączenie sędziego złożonego w oparciu o art. 41 § 1 k.p.k., wydanego w pierwszej instancji.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak w petitum.

(-) Marcin Wiącek

(podpis na oryginale)