



PK VIII TK 156.2019

P 22/19

TRYBUNAŁ KONSTITUCYJNY

W związku z pytaniem prawnym Sądu Najwyższego:

„czy art. 41 § 1 w zw. z art. 42 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks postępowania karnego* (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1987 ze zm.) stosowany odpowiednio w oparciu o przepis art. 74¹ pkt 1 ustawy z 6 lipca 1982 r. o *radcach prawnych* (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2115) rozumiany w ten sposób, że podlega rozpoznaniu wniosek o wyłączenie sędziego z powodu podniesienia okoliczności wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa w skład, której wchodzi sędziowie wybrani w sposób przewidziany w art. 9a ustawy z 12 maja 2011 r. o *Krajowej Radzie Sądownictwa* (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 84 ze zm.) jest niezgodny:

- 1) z art. 45 ust. 1, w zw. z art. 173, w zw. z art. 175 ust. 1, w zw. z art. 178 ust. 1 i w zw. z art. 180 ust. 1 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) i art. 19 ust. 1 akapit 2

Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.),

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

- na podstawie art. 42 pkt 7 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072, ze zm.) -

przedstawiam następujące stanowisko:

art. 41 § 1 w zw. z art. 42 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1987 ze zm.), stosowany odpowiednio w oparciu o przepis art. 74¹ pkt 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. radcach prawnych (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2115 ze zm.), rozumiany w ten sposób, że podlega rozpoznaniu wniosek o wyłączenie sędziego z powodu podniesienia okoliczności wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa w skład której wchodzi sędziowie wybrani w sposób przewidziany w art. 9a ustawy z 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 84 ze zm.) jest niezgodny:

1) z art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 173, w zw. z art. 175 ust. 1, w zw. z art. 178 ust. 1, w zw. z art 179 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) i z art. 19 ust. 1 zdanie 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.);

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

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt _____, Sąd Najwyższy orzekający w Izbie Dyscyplinarnej (dalej też: Sąd pytający) zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z przedstawionym na wstępie pytaniem prawnym.

1. Stan faktyczny sprawy zawisłej przed Sądem pytającym.

Pytanie prawne skierowane zostało w związku z kasacją wniesioną do Sądu Najwyższego (Izba Dyscyplinarna) przez obrońcę radcy prawnego S_____ W. obwinionego o przewinienie dyscyplinarne określone w art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2115 ze zm.; dalej: ustawa o radcach prawnych) w związku z art. _____ ust. _____ i art. _____ ust. _____ Kodeksu Etyki Radcy Prawnego w brzmieniu określonym Uchwałą Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. W owej kasacji obrońca obwinionego przedstawił m.in. zastrzeżenia dotyczące ukształtowania Krajowej Rady Sądownictwa oraz wyboru sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i w związku z tym wniósł o rozpoznanie sprawy przez Izbę Karną Sądu Najwyższego oraz o zadanie Trybunałowi Sprawiedliwości UE pytań prejudycjalnych w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/2 ze zm.). Sąd Najwyższy, postanowieniem z dnia _____ maja 2019 r. o sygn. _____, nie uwzględnił powyższych wniosków. W dniu _____ listopada 2019 r. obrońca obwinionego złożył więc wniosek o wyłączenie sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego od orzekania. Uzasadniając ów wniosek obrońca obwinionego – przytaczając fragmentarycznie treść wyroku Trybunału

Sprawiedliwości UE z dnia 19 listopada 2019 r. w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18 oraz odnosząc się do oceny trybu i sposobu powołania członków Krajowej Rady Sądownictwa – podniósł brak *przymiotów niezależności i bezstronności Izby Dyscyplinarnej SN, a także niezawisłości wszystkich jej sędziów, w jakimkolwiek układzie* (cyt. za Sądem Najwyższym, pytanie prawne, s. 6). Na rozprawie w dniu 19 listopada 2019 r. obrońca obwinionego wskazał, że wniosek złożony został w trybie art. 41 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1987 ze zm.; dalej: k.p.k.).

2. Argumentacja Sądu pytającego.

Sąd Najwyższy, rozpoznając powyższy wniosek obrońcy obwinionego, powziął wątpliwości co do zgodności z Konstytucją RP norm prawnych wywodzonych z art. 41 § 1 i art. 42 § 1 k.p.k. Wątpliwości te – jak wskazał ów Sąd – dotyczą *uprawnień stron postępowania do skutecznego złożenia, jak i konieczności rozpoznania przez sąd w innym składzie pisma procesowego zatytułowanego „wniosek o wyłączenie sędziów od orzekania”, którego podstawą są wyłącznie okoliczności związane z procedurą powołania sędziego, która zdaniem wnioskodawcy była wadliwa z uwagi na udział w niej Krajowej Rady Sądownictwa, której skład został ukształtowany w oparciu o przepis art. 9a ustawy z 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 84 ze zm.), w brzmieniu nadanym ustawą z 8 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3)* (pytanie prawne, s. 7). W tym kontekście, Sąd pytający podkreślił, iż mimo tego, że w doktrynie i judykaturze przyjmuje się szerokie rozumienie pojęcia okoliczności, które mogą wywoływać wątpliwości co do bezstronności sędziego, dotychczas nie uznawano, by *normatywna treść art. 41 § 1 k.p.k. dawała podstawy do objęcia jego zakresem wyłączenia sędziego wskutek kwestionowania jego statusu poprzez negowanie prawidłowości*

procesu nominacyjnego. W polskim systemie prawnym nie istnieje bowiem żadna procedura pozwalająca na weryfikację sędziego (pytanie prawne, s. 9). Sąd Najwyższy zauważył jednak, że od 2018 r. praktyka orzecznicza Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego dała początek możliwości badania niezawisłości i bezstronności sędziów, a nawet kwestionowania ich statusu na podstawie unormowań prawa unijnego. W praktyce te sądy krajowe, w szczególności Sąd Najwyższy i Naczelny Sąd Administracyjny, formułowały pytania prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości UE, a [n]a tle też podnoszonych w tych pytaniach ukształtował się m.in. alternatywny kierunek interpretacji przepisów normujących instytucję wyłączenia sędziego w poszczególnych procedurach, w tym art. 41 § 1 k.p.k. i art. 42 § 1 k.p.k. W tym alternatywnym rozumieniu, poddane kontroli w niniejszej sprawie przepisy odnoszą się również do podnoszenia nawet subiektywnych wątpliwości co do prawidłowości procesu nominacyjnego sędziego (pytanie prawne, s. 10). Sąd Najwyższy zaznaczył też, że obecnie to w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE, który został wydany w dniu 19 listopada 2019 r. w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18, doszukuje się m.in. podstaw dopuszczalności badania statusu sędziego, w tym również w kontekście instytucji wyłączenia. W sprawie głównej, w której zostało zadane rozpoznane przez Trybunał Sprawiedliwości UE pytanie prejudycjalne, wydany został bowiem przez Sąd Najwyższy (Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych) wyrok z dnia 5 grudnia 2019 r. o sygn. III PO 7/18, w którego ustnym uzasadnieniu Sąd ów uznał m.in., że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego nie jest sądem w rozumieniu prawa Unii Europejskiej, a przez to nie jest sądem w rozumieniu prawa krajowego. Sąd pytający podkreślił zatem, że okoliczności te wskazują, iż pojawiła się oparta na pozakonstytucyjnych podstawach praktyka orzecznicza stwarzająca możliwość podważania powołań przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na stanowiska sędziowskie. Jednym z przejawów tej praktyki jest właśnie wykorzystanie przepisów dotyczących wyłączenia sędziego, czyli

również art. 41 § 1 k.p.k. i art. 42 § 1 k.p.k. do podważenia statusu sędziów, którym jakoby miało „brakować uprawnień do orzekania” (pytanie prawne, s. 11).

Uzasadniając niezgodność przedstawionego w *petitum* rozumienia zakwestionowanych unormowań z wzorcami wynikającymi z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP Sąd Najwyższy wskazał, iż nie ma *żadnych podstaw do przyjęcia, że obecnie obowiązujące rozwiązania normatywne, dotyczące powoływania sędziów, w tym sędziów Sądu Najwyższego, naruszają Konstytucję RP* (pytanie prawne, s. 32). Na poparcie tego twierdzenia Sąd ów przywołał wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. K 5/17 (OTK ZU seria A/2017, poz. 48) oraz z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/18 (OTK ZU seria A/2019, poz. 17), a także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2019 r., sygn. II DSI 54/18 (www.sn.gov.pl). Sąd Najwyższy podkreślił zatem, że *nadanie przepisom art. 41 § 1 k.p.k. i art. 42 § 1 k.p.k. treści normatywnych umożliwiających rozpoznawanie przez sąd wniosków o wyłączenie opartych na zarzucie wadliwości powołania sędziego prowadzi do stworzenia instrumentu kontroli skuteczności powołań na stanowiska sędziowskie* (pytanie prawne, s. 33). Zdaniem Sądu pytającego brak jest zaś (...) *podstaw do odstąpienia od dotychczasowego rozumienia charakteru aktu powołania sędziego i jego skutków, a w konsekwencji przyjęcia takiej wykładni kwestionowanych przepisów, która byłaby nie do pogodzenia z konstytucyjnym rozumieniem tych kwestii* (pytanie prawne, s. 33). Sąd Najwyższy przypomniał również, że w polskim systemie prawnym nie przewidziano żadnej procedury, w ramach której możliwe byłoby badanie prawidłowości powołania sędziego po wykonaniu przez Prezydenta RP prerogatywy, o której mowa w art. 179 Konstytucji RP. Kompetencji tej – zdaniem Sądu Najwyższego – nie można domniemywać ani też rezultaty wykładni, przeprowadzonej w zgodzie z art. 179 i art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP, nie mogą zostać przełamane za pomocą

norm o charakterze ponadustawowym, które wynikają z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284; dalej również jako: Konwencja, Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Europejska Konwencja Praw Człowieka lub EKPCz) lub z Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30 ze zm.; dalej: Traktat o Unii Europejskiej lub TUE). *Jakkolwiek treść wspomnianych aktów prawa międzynarodowego może determinować rezultat wykładni regulacji ustawowych, a nawet prowadzić do tego, że unormowania krajowe nie znajdują zastosowania (art. 91 ust. 2 Konstytucji RP), to jednak, zgodnie z art. 8 ustawy zasadniczej, w dalszym ciągu to Konstytucja RP jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej (pytanie prawne, s. 34). Artykuł 6 ust. 1 zdanie 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE nie rodzą też – jak podkreślił Sąd pytający – obowiązku przyjęcia konkretnych standardów organizacji systemu sądownictwa. Nie można zatem uznać, że omawiane normy prawa międzynarodowego uprawniają do takiej wykładni przepisów wskazanych jako przedmiot kontroli, która pozwoliłaby sądom oceniać skuteczność powołania sędziów i ważność wydawanych przez nich orzeczeń, np. przez pryzmat prawidłowości procedury konkursowej, przeprowadzonej przez dany skład Krajowej Rady Sądownictwa (pytanie prawne, s. 35). Konstatacje te nie mogą być też zanegowane – zdaniem Sądu Najwyższego – faktem wydania przez Trybunał Sprawiedliwości UE wspomnianego już wyroku z dnia 19 listopada 2019 r., gdyż [w] tym judykacie TSUE przedstawiając mechanizm, przyznający Sądowi Najwyższemu uprawnienie do oceny statusu Izby Dyscyplinarnej z punktu widzenia art. 47 KPP, nie przewidział możliwości oceniania skuteczności powołania sędziów tejże Izby a jedynie umożliwił – pod ściśle określonymi warunkami – pominięcie przepisów dotyczących właściwości tego organu (pytanie prawne, s. 36).*

W argumentacji przemawiającej za niekonstytucyjnością zakwestionowanych rozwiązań, w ich rozumieniu wskazanym w *petitum*, Sąd Najwyższy podniósł też, że przyjęcie dopuszczalności badania statusu sędziego prowadziłyby do daleko idących konsekwencji w sferze praw i wolności jednostek, gdyż skutkowałyby niemożnością realizacji prawa do sądu w kształcie tego prawa wynikającym z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Niespełnienie zaś konstytucyjnych standardów prawa do sądu skutkować zaś winno przyjęciem – zdaniem Sądu pytającego – że poddane kontroli rozumienie art. 41 § 1 w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. jest też niezgodne z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE, gdyż mimo pewnych różnic terminologicznych normatywna treść tych uregulowań jest zbieżna z wynikającym z Konstytucji RP prawem do sądu.

W ocenie Sądu Najwyższego zaskarżone przepisy w ich rozumieniu, które zostało przedstawione w *petitum* naruszają także zasadę niezawisłości i zasadę nieusuwalności sędziego. Sąd pytający podkreślił bowiem w szczególności, że *[w] procesie stosowania prawa sędziego nie może obawiać się, że wydane przez niego orzeczenie spowoduje, iż Sąd Najwyższy, bądź inny sąd lub organ, zacznie kwestionować ważność jego powołania. Już samo wystąpienie takiej obawy narusza wewnętrzny aspekt niezawisłości sędziowskiej, a każdą próbę ograniczenia uprawnień orzeczniczych sędziego należy traktować jako zewnętrzną ingerencję w jego niezawisłość. Co więcej, weryfikację statusu sędziego mogłyby też skutecznie zainicjować strony prowadzonych postępowań, przyjmując za podstawę swych twierdzeń jakiegokolwiek uchybienia, które zaistniałyby w toku procedury powołania sędziego. (...) Stosowanie poddanych kontroli art. 41 § k.p.k. i art. 42 § 1 k.p.k. w zaskarżonym rozumieniu dawałoby więc podstawy do składania wniosków dotyczących całych grup sędziów. (...) Możliwość domagania się przeprowadzenia takiej kontroli w oparciu o art. 42 § 1 k.p.k. w zw. z art. 41 § 1 k.p.k. prowadzić może do istotnego zakłócenia prawidłowości funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Stanowiąc bowiem*

może próbę nie tylko celowego przedłużania postępowań czy też próbę manipulowania składami orzekającymi, lecz może być użyte w celu wywarcia wpływu na funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości jako całości, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 marca 2019 r., sygn. CSK 183/18 (pytanie prawne, s. 38-39).

Systemowe naruszenie zasady niezawisłości i zasady nieusuwalności sędziego powoduje więc – zdaniem Sądu Najwyższego – również i to (...), że *nie można uznać, iż spełnione są ustrojowe uwarunkowania funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. W szczególności art. 173 Konstytucji RP nie dopuszcza do kwestionowania rozstrzygnięć sądów w oparciu o kontestowanie statusu sędziego. Z kolei, w świetle art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, wprowadzenie możliwości kwestionowania statusu sędziego i spowodowane tym zagrożenia dla niezawisłości sędziego, skutkowałyby obsadzeniem organów władzy sędziowskiej przez sędziów nie w pełni zawisłych, a więc nie można by mówić o prawidłowej realizacji ustrojowego aspektu pojęcia sprawowania wymiaru sprawiedliwości (pytanie prawne, s. 39).*

Sąd Najwyższy – w uzasadnieniu pytania prawnego – wskazał też, że poczynione rozważania doprowadziły do konstatacji, iż nie jest możliwe rozstrzygnięcie przez ów Sąd powstałych w niniejszej sprawie wątpliwości poprzez zastosowanie wykładni prokonstytucyjnej.

Sąd pytający podniósł też, że w niniejszej sprawie zostały spełnione przesłanki podmiotowa i przedmiotowa oraz uzasadnił, iż udzielenie przez Trybunał Konstytucyjny odpowiedzi na pytanie prawne dotyczące konstytucyjności przedstawionego w *petitum* rozumienia art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. będzie miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, w której Sąd wystąpił z pytaniem prawnym. W sprawie tej rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego *wpłyne na określenie nie tylko składu uprawnionego do orzekania, a także na rodzaj i treść rozstrzygnięcia (...)* (pytanie prawne, s. 15).

3. Przedmiot kontroli.

Podstawowym przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie jest art. 41 § 1 k.p.k. który brzmi:

Sędzia ulega wyłączeniu, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie.

Komentowany przepis wprowadza instytucję wyłączenia sędziego z uwagi na obawę braku bezstronności (*iudex suspectus*). Ma on więc zastosowanie poza wypadkami enumeratywnie wyliczonymi w art. 40 k.p.k., a zatem wówczas, kiedy z powodu wszelkich sytuacji życiowych niedających się przewidzieć ani wyczerpać, bezstronność sędziego budzi wątpliwości (D. Drajewicz, komentarz do art. 41, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-424*, red. D. Drajewicz, Warszawa 2020, Legalis, t. II.1 i powołana tam literatura i orzecznictwo). W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się przy tym, że możliwa jest wykładnia rozszerzająca i analogia co do okoliczności stanowiących przesłanki do wyłączenia sędziego na podstawie tego przepisu. Jednocześnie zauważa się, że co do zasady okoliczności te nie dotyczą działań sędziego podejmowanych w granicach kompetencji urzędowych (choć nie jest to wykluczone), lecz innego rodzaju sytuacji, które mogą dawać asumpt do przypuszczeń, iż sędzia nie zachowa pełnej bezstronności (zob. *ibidem*, t. I.3 i II.1 oraz powołane tam orzecznictwo i literatura). Z kolei „[b]ezstronność sędziego w znaczeniu art. 41 należy rozumieć jako jego obiektywną bezstronność, w czym mieści się zarówno subiektywne poczucie sędziego co do własnej bezstronności, jak i odbiór zewnętrzny, oparty na zobiektywizowanych przesłankach, wyrażany przez odwołanie się do oceny przeciętnego, rozsądnie rozumującego obserwatora procesu. W praktyce domniemywa się, że sędziowie są wolni od uprzedzeń i od stronniczości, zatem nie ma uprzedzeń do stron bądź przedmiotu, o którym orzekają (*ibidem*, t. II.2).

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego *bezstronność sędziego jest niezbywalną cechą władzy sądowniczej* (P. Grzegorzczak, K. Weitz, komentarz do art. 45, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86* red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016., C.H.Beck, nb. 84). Zdaniem Trybunału, *kształtując podstawy wyłączenia sędziego, ustawodawca ma znaczny zakres swobody, powinien on jednak objąć nimi wszelkie sytuacje, które mogłyby rodzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności sędziego, jeżeli nie samej strony, to co najmniej obiektywnego, zewnętrznego obserwatora. Uwzględnienia wymaga przy tym, że wyłączenie sędziego z mocy prawa jest rozwiązaniem wyjątkowym, a w związku z tym powinno obejmować sytuacje nadzwyczajne, które silnie przemawiają za koniecznością powstrzymania się sędziego od udziału w sprawie* (*ibidem*, nb. 86 i powołany tam wyrok TK z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. SK 66/13, OTK ZU nr 4/A/2015, poz. 47). Kierując się tymi założeniami TK za niezgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji uznał np. zbyt wąskie ujęcie podstawy wyłączenia sędziego na wniosek w postępowaniu cywilnym i sądownoadministracyjnym, pomijające inne okoliczności niż stosunek osobisty między sędzią a stroną (zob. *ibidem*, nb. 87 oraz powołane tam wyroki TK z dnia: 1 grudnia 2005 r., sygn. SK 53/04, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 134; 24 czerwca 2008 r., sygn. P 8/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 84).

Powołany kontroli w niniejszej sprawie jako przepis związkowy art. 42 § 1 k.p.k. stanowi, że: *Wyłączenie następuje na żądanie sędziego, z urzędu albo na wniosek strony*. Ten przepis i przepis art. 74¹ pkt 1 ustawy o radcach prawnych doprecyzowują procesowy kontekst, w jakim w sprawie rozpoznawanej przez zadający pytanie prawne skład Sądu Najwyższego znajduje zastosowanie poddany kontroli art. 41 § 1 k.p.k.

4. Istota problemu konstytucyjnego.

Należy zgodzić się z Sądem pytającym, że szerokie rozumienie pojęcia przesłanek uzasadniających wyłączenie sędziów zostało wykorzystane do

wykreowania nowego, specyficznego rozumienia m.in. zaskarżonego przepisu art. 41 § 1 w zw. z art 42 § 1 k.p.k. W powołanych przez Sąd Najwyższy judykatach (zob. s. 9-10 uzasadnienia pytania prawnego) pojawiło się bowiem takie rozumienie przepisów normujących instytucję wyłączenia sędziego w poszczególnych procedurach sądowych, które dawałoby podstawę do badania nie tyle bezstronności sędziego w konkretnej sprawie, lecz ocenę skuteczności powołania sędziego. Ocenie miałyby podlegać przy tym bądź formalna „ważność” tego aktu albo też posiadanie przez sędziego waloru niezawisłości, a przez to „zdolności do orzekania” – przy jednoczesnym niekwestionowaniu skuteczności nominacji. Poglądy te stały się też inspiracją do podejmowania działań bądź ferowania ocen przez strony postępowań sądowych i uczestników postępowań toczących się przed Trybunałem Konstytucyjnym.

W szczególności, wedle tych poglądów ustalenia dotyczące statusu sędziego miałyby być dokonywane przez sąd m.in. w ramach instytucji wyłączenia sędziego poprzez przeprowadzenie, praktycznie nieograniczonej co do zakresu, kontroli prawidłowości przebiegu procedury nominacyjnej sędziego, obejmującej również ustrojowe elementy tej procedury.

Nic więc dziwnego, że w tej sytuacji musi pojawić się wątpliwość co do zgodności takiego rozumienia zaskarżonego art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. z przepisami oraz zasadami i wartościami polskiej ustawy zasadniczej – zwłaszcza w kontekście zgodności z ustrojowymi elementami (determinantami realizacji) prawa wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, oraz z odnoszącymi się do prawa do sądu unormowaniami prawa międzynarodowego i europejskiego.

5. Analiza formalnoprawna

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

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

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

wielokrotnie podkreślał, że sama relewantność relacji między odpowiedzią na pytanie prawne a rozstrzygnięciem sprawy przez sąd nie wystarcza, aby uznać pytanie prawne za dopuszczalne. Pytanie prawne jest bowiem instytucją, która opiera się na obiektywnie istniejącej potrzebie stwierdzenia, czy przepis, który podlega zastosowaniu w toczącej się przed sądem sprawie, jest zgodny z aktem normatywnym wyższego rzędu, a potrzeba ta musi być tego rodzaju, że sąd stawiający pytanie prawne nie mógłby rozstrzygnąć toczącej się przed nim sprawy bez wcześniejszej odpowiedzi na pytanie prawne. Sąd występujący z pytaniem prawnym jest przy tym zobowiązany wskazać, w jakim zakresie odpowiedź Trybunału na pytanie prawne może mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, w związku z którą to pytanie postawiono [art. 52 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072; dalej: ustawa o TK)]. Oznacza to, że zależność między odpowiedzią na pytanie prawne, a rozstrzygnięciem sądu, powinna być wskazana i uzasadniona przez sąd, a więc pytający sąd musi dokładnie uargumentować, dlaczego rozstrzygnięcie toczącej się przed nim sprawy nie jest możliwe bez wydania orzeczenia przez sąd konstytucyjny. Trybunał Konstytucyjny ma równocześnie kompetencję do oceny, czy sąd prawidłowo wykazał spełnienie przesłanki funkcjonalnej. W razie niespełnienia lub niewykazania spełnienia tej przesłanki postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK (zob. postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 29 marca 2000 r., sygn. P. 13/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 68; 7 lipca 2004 r., sygn. P 22/02, OTK ZU nr 7/A/2004, poz. 76; 22 października 2007 r., sygn. P 24/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 118; 27 lutego 2008 r., sygn. P 31/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 24; 11 lutego 2015 r., sygn. P 44/13, OTK ZU nr 2/A/2015, poz. 21; 15 września 2015 r., sygn. P 89/15, OTK ZU nr 8/A/2015, poz. 129; 16 maja 2017 r., sygn. P 115/15, OTK ZU seria A/2017, poz. 44).

W przedmiotowej sprawie oczywiste jest spełnienie przesłanki podmiotowej. Odnosząc się natomiast do przesłanki przedmiotowej w pierwszej kolejności należy ponownie podkreślić, że w ostatnich latach wykształciła się praktyka orzecznicza, w szczególności Sądu Najwyższego (której przykłady przedstawił Sąd pytający), która sprowadza się do uznawania, że złożenie przez stronę wniosku o wyłączenie sędziego, na tej podstawie, że z powodów wskazanych w treści pytania nie jest on sędzią, podlega rozpoznaniu jako wniosek o wyłączenie sędziego w trybie przewidzianym w adekwatnej dla danego postępowania ustawie proceduralnej. Jest oczywiste, że co do zasady pytanie prawne nie może zmierzać do uzyskania wykładni zaskarżonego przepisu lub dokonania oceny sposobu stosowania prawa, lecz, jak słusznie podnosi się w doktrynie, *w procesie kontroli konstytucyjności prawa orzecznictwo sądów odgrywa coraz większą rolę. W wielu wypadkach ustalenie sposobu dokonywania wykładni kontrolowanych przepisów ma kluczowe znaczenie dla oceny zgodności z konstytucją. Ustalenie normatywnej treści ustawy bez odwoływania się do sądowej wykładni jest w ogóle niemożliwe. W tym znaczeniu przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego jest nie tylko akt normatywny, ale także sposób jego stosowania. Zjawisko to nasila się ze względu na szeroki zakres prawa do sądu. To sądy na poziomie stosowania prawa decydują najczęściej o sposobie rozumienia obowiązujących przepisów* (P. Tuleja, *Co kontroluje Trybunał Konstytucyjny?*, [w:] *Ustroje. Historia i współczesność. Polska - Europa - Ameryka Łacińska*, red. M. Grzybowski, M. Kuca, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013 r., s. 317).

W przedmiotowej sprawie Sąd pytający zmierza zatem do uzyskania wyroku interpretacyjnego, którego istota polegałaby na wywiedzeniu z kwestionowanych przepisów norm, wyprowadzanych za pomocą przyjętych metod wykładni, a następnie skonfrontowaniu tychże norm z konstytucyjnym wzorcem kontroli (zob. M. Jackowski, *Następstwa wyroków Trybunału Konstytucyjnego w procesie sądowego stosowania prawa*, Warszawa 2016,

s. 39). Stąd przedmiotem kontroli w przedmiotowej sprawie jest określone rozumienie (interpretacja) przepisu wskazanego jako przedmiot kontroli, które wynika z nowego podejścia w zakresie rozumienia instytucji wyłączenia sędziego, zaproponowanego w najnowszym orzecznictwie sądowym. W takim kontekście należy więc uznać, że przedmiotowa przesłanka orzekania w niniejszej sprawie jest spełniona i należycie uzasadniona.

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

6. Rekonstrukcja i rozumienie wzorców kontroli.

Jako pierwszy z wzorców kontroli w przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy powołał normę skonstruowaną z art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz związkowo powołanych z tym przepisem z art. 173, art. 175 ust. 1, art. 178 ust. 1 i art. 180 ust. 1 Konstytucji. W zakresie naruszenia prawa do sądu jako samodzielne wzorce kontroli powołane zostały ponadto art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, oraz art. 19 ust. 1 zdanie 2 Traktatu o Unii Europejskiej. Jako odrębny wzorzec kontroli w zakresie *stricte* ustrojowym została przywołana norma skonstruowana z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji Rzeczypospolitej. Przyjęty przez Sąd pytający zakres wzorców kontroli uznać należy za wyczerpujący istotę przedstawianego problemu konstytucyjnego.

Odnosząc się natomiast do zaproponowanej przez Sąd Najwyższy budowy wzorców zasadna wydaje się uwaga, że możliwe byłoby zastosowanie alternatywnej konstrukcji i przyjęcie za samodzielne wzorce kontroli wszystkich uwzględnionych przez Sąd pytający przepisów ustrojowych. Zabieg taki nie zmieniłby jednak w żadnym stopniu rozumienia poszczególnych wzorców i zakresu ich zastosowania.

Należałoby jedynie przyjąć, że art. 179 Konstytucji powołany jako samodzielny wzorzec kontroli w kontekście li tylko ustrojowym i dookreślony w tym kontekście przez przepis art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji winien być ujęty również w konstrukcji normy zbudowanej w oparciu o przepis art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Przyjmując powyższe zastrzeżenia za wzorce kontroli w niniejszej sprawie należy przyjąć art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 173, w zw. z art. 175 ust. 1, w zw. z art. 178 ust. 1, w zw. z art. 179 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i art. 19 ust. zdanie 2 Traktatu o Unii Europejskiej, a ponadto art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP.

Przedstawiając rozumienie wzorców kontroli należy zacząć od art. 45 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym *[k]ażdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.*

Konstytucyjne prawo do sądu zostało bardzo dobrze przeanalizowane w doktrynie konstytucyjnoprawnej, nauce praw człowieka i orzecznictwie sądowym. Prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji, jest nie tylko jednym z podstawowych praw podmiotowych jednostki, lecz również jedną z podstawowych gwarancji praworządności w demokratycznym państwie prawnym. Rozumienie tego prawa wykształciło się stopniowo w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Ostatecznie najczęściej przyjmuje się, że w jego skład wchodzi cztery komponenty, tj.: po pierwsze – prawo do uruchomienia procedury przed właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem; po drugie – prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności, czyli prawo do sprawiedliwego, rzetelnego postępowania sądowego; po trzecie – prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd; po czwarte – prawo do

odpowiedniego ukształtowania ustroju organu orzekającego, w tym odpowiedniego umocowania organu rozpoznającego sprawę. Niekiedy jako kolejny element prawa do sądu wymienia się również prawo do skutecznego wykonania orzeczenia (zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 9 czerwca 1998 r., sygn. K. 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50; 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, *op. cit.*; 12 stycznia 2010 r., sygn. SK 2/09, OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 1; 7 grudnia 2010 r., sygn. P 11/09, OTK ZU nr 10/A/2010, poz. 128; 25 stycznia 2011 r., sygn. P 8/08, OTK ZU nr 1/A/2011, poz. 2; 12 lipca 2011 r., sygn. K 26/09, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 54; 5 maja 2012 r., sygn. P 11/10, OTK ZU nr 5/A/2012, poz. 50; 30 września 2014 r., sygn. SK 22/13, OTK ZU nr 8/A/2014, poz. 96; 15 kwietnia 2008 r., sygn. P 26/06, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 42; 18 lipca 2011, sygn. SK 10/10, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 58).

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

Prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organu rozpoznającego sprawę zostało zaliczone do elementów konstytucyjnego prawa do sądu powołanym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06. Jak trafnie zauważa się w doktrynie, wynika z tego, że *wszelkie sprawy w rozumieniu art. 45 Konstytucji RP powinny być rozpatrywane przez sądy wymienione w ustawie zasadniczej, które jednocześnie muszą spełniać następujące wymogi: 1) właściwości; 2) niezależności; 3) bezstronności i 4) niezawisłości. Należy przy tym zauważyć, iż art. 45 ust. 1 Konstytucji RP odnosi niezależność i niezawisłość do sądu. Inne przepisy konstytucyjne odnoszą cechę niezależności do sądów, a cechę niezawisłości – do sędziów. Niezależność, niezawisłość i bezstronność sądu i sędziego pozostają jednak w ścisłym związku. TK, wyjaśniając znaczenie pojęcia niezależnego sądu, przypomniał, że niezależność sądów zakłada przede wszystkim oddzielenie organizacyjne i funkcjonalne sądownictwa od organów*

innych władz, tak aby zapewnić sądom pełną samodzielność w zakresie rozpoznawania spraw i orzekania. Trybunał zauważył jednocześnie, iż z Konstytucji RP wynika zasada sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sędziów [A. Bień-Kacała, Konstytucyjne podstawy prawa do sądu (zasada ustawowej regulacji władzy sądowniczej), Przegląd Prawa Konstytucyjnego, nr 3/2016 i powołana tam literatura].

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i doktrynie zgodnie przyjmuje się więc, że konstytucyjne prawo do sądu obejmuje prawo do rozpatrzenia sprawy przez organ, którego konstrukcja i pozycja ustrojowa jest zgodna z postanowieniami art. 173-187 Konstytucji (zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 45, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. II, art. 30 – 86*, [red.] L. Garlicki, M. Zubik, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 239; wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, *op. cit.*)

W aspekcie organizacyjnym sądownictwa podstawową zasadą warunkującą realizację konstytucyjnego prawa do sądu jest wynikająca z art. 175 ust. 1 Konstytucji zasada sądowego wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z tym przepisem *[w]ymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Sądy są przy tym organami szczególnymi, składającymi się zasadniczo z sędziów, których status również objęty jest regulacją konstytucyjną. Jak zauważa się w doktrynie, [n]iezawisły i niezależny sąd to z założenia sąd składający się z sędziów. Konstytucja nie wyklucza całkowicie wprowadzania dalszych wyjątków od wymienionej zasady polegających na powierzeniu sprawowania wymiaru sprawiedliwości osobom, których status prawny nawiązuje tylko do konstytucyjnej pozycji sędziego. Odstępstwa takie są jednak dopuszczalne, jeżeli zostaną spełnione łącznie dwa warunki. Przede wszystkim wyjątki muszą być uzasadnione konstytucyjnie legitymowanym celem i mieścić się w granicach realizacji tego celu. Instytucja powierzenia pełnienia*

czynności sędziowskich osobom niebędącym sędziami służyć powinna przede wszystkim lepszej realizacji podmiotowego prawa określonego w art. 45 Konstytucji RP. Muszą być także spełnione wszystkie istotne „materialnie” warunki, od których uzależniona jest bezstronność, niezawisłość i niezależność sądu. Inaczej mówiąc, niezależnie od nazwy stanowiska służbowego status osoby, której powierzono pełnienie czynności sędziowskich, musi ona odpowiadać wzorowi niezawisłości wynikającemu z konstytucyjnych przepisów dotyczących statusu sędziego (A. Bień-Kacała, op. cit., s. 17-18).

Przedstawione wyżej rozumienie prawa do sądu i zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości uzasadniają więc przyjęcie za wzorce kontroli w przedmiotowej sprawie również art. 173, art. 178 ust. 1 i art. 180 ust. 1 Konstytucji RP.

Artykuł 173 Konstytucji statuuje zasadę odrębności i niezależności władzy sądowniczej, której organami w myśl art. 10 ust. 2 Konstytucji są sądy i trybunały, w stosunku do władzy ustawodawczej i władzy wykonawczej. Formułując tę zasadę ustrojodawca zadekretował konieczność zapewnienia rozdziału sądownictwa w wymiarze organizacyjnym i funkcjonalnym od organów innych władz, aby zapewnić sądom całkowitą autonomię w zakresie rozpoznawania spraw i orzekania (por. wyrok TK z dnia 14 kwietnia 1999 r., sygn. K. 8/99, nr OTK ZU nr 3/1999, poz. 41; L. Garlicki, komentarz do art. 10, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, t. I, Wstęp, art. 1-29*, [red.] L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 341 i n.).

Zasada niezależności i odrębności władzy sądowniczej ma swe korzenie w zasadzie podziału władz (art. 10 Konstytucji), precyzując jednak sposób ukształtowania stosunków między władzą sądowniczą a władzami ustawodawczą i wykonawczą. Należy zauważyć, że sama koncepcja podziału władz, wyrażona w art. 10 ustawy zasadniczej, *per se* nie tylko nie wyklucza możliwości przenikania się kompetencji między władzami, lecz – przez wymóg równoważenia i współdziałania władz – wręcz zakłada istnienie takich

powiązań. Zasada odrębności władzy sądowniczej wyklucza natomiast możliwość wzajemnego nakładania się (przecinania) kompetencji przynależnych do organów władzy sądowniczej oraz odpowiednio organów władzy ustawodawczej i wykonawczej. Znajduje to wyraz w dwóch podstawowych aspektach. Po pierwsze, kompetencje związane z istotą władzy sądowniczej (tzw. „jądro kompetencyjne”), wyrażające się w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości muszą być powierzone wyłącznie sądom (zasada monopolu kompetencyjnego sądownictwa – zob. wyrok TK z dnia 19 lipca 2005 r., sygn. K 28/04, OTK ZU nr 7/A/2005, poz. 81). Po drugie, żadna z władz nie może ingerować w sprawy działania władzy sądowniczej, poza wyjątkami określonymi w Konstytucji (takim wyjątkiem wynikającym wprost z Konstytucji jest np. uprawnienie Prezydenta do powoływania sędziów).

W doktrynie oraz w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że zasada odrębności władzy sądowniczej nie oznacza jednak stanu, w którym byłaby ona całkowicie izolowana od pozostałych władz. Jak to już zasygnalizowano, odrębność sądownictwa nie powoduje bowiem wyłączenia obowiązywania wobec władzy sądowniczej zasady równoważenia się władz (art. 10 Konstytucji), jak również wymogu współdziałania władz w celu zapewnienia rzetelności i sprawności instytucji publicznych (preambuła). Równie istotne jest to, że odrębność władzy sądowniczej, a właściwie jej pełna separacja, odnosi się wyłącznie do sprawowanej przez sądy i trybunały funkcji orzeczniczej, czyli właśnie do sprawowania wymiaru sprawiedliwości (por. wyroki TK z dnia: 9 listopada 2005 r., sygn. Kp 2/05, OTK ZU nr 10/A/2005, poz. 114 oraz 15 stycznia 2009 r., sygn. K 45/07, OTK ZU nr 1/A/2009, poz. 3).

Zasady wywodzone z art. 10 i art. 173 Konstytucji przemawiają więc za konstatacją, że nawet obowiązek zapewnienia separacji władzy sądowniczej w zakresie orzekania nie może być rozumiany w ten sposób, by organy tej władzy mogły dowolnie, z pominięciem władzy ustawodawczej, kształtować

zasady funkcjonowania sądów i trybunałów oraz podstawy prawne swoich orzeczeń. Jak trafnie w tym zakresie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny, *art. 173 Konstytucji, w którym mowa o sądach i trybunałach, jako władzy odrębnej i niezależnej od innych władz, nie znosi podstawowej zasady ustrojowej Rzeczypospolitej Polskiej podziału i równowagi władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej ani też w żadnym stopniu jej nie modyfikuje. Należy także mieć na uwadze, że rozdzielone władze nie są tym samym niezależnymi od siebie elementami ustroju państwa. Stanowią one w istocie rzeczy jedną konstrukcję, w ramach której obowiązane są współdziałać w celu zapewnienia rzetelności i sprawności instytucji publicznych (zasada współdziałania określona w preambule do Konstytucji RP). Innymi słowy, odrębność i niezależność sądów nie może prowadzić do zniesienia mechanizmu koniecznej równowagi pomiędzy wszystkimi tymi władzami. Każda z nich powinna dysponować natomiast takimi instrumentami, które pozwalają jej powstrzymać, hamować działania pozostałych, zarazem muszą istnieć instrumenty, które pozwalają innym władzom powstrzymać, hamować jej działania* (wyrok z dnia 18 lutego 2014 r., sygn. K 12/03, OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 8).

Z zasady odrębności i niezależności władzy sądowniczej od innych władz wynika więc niemożność przyznania innym organom państwa ani żadnemu innemu podmiotowi kompetencji do sprawowania wymiaru sprawiedliwości w zakresie objętym „jądrem kompetencyjnym” władzy sądowniczej. Uprawnienia w tym zakresie innych organów (i podmiotów) ograniczają się jedynie do możliwości uruchamiania procedur sądowych, w tym kontroli instancyjnej i nadzwyczajnej, w zakresie wynikającym z Konstytucji i ustaw. Te akty normatywne nie przewidują w żadnym stopniu oparcia tych środków na kontestowaniu statusu sędziego. Z drugiej jednak strony, organy władzy sądowniczej nie mogą kontestować istnienia tej sfery kompetencji władzy ustawodawczej i wykonawczej, wiążącej się ze sprawowaniem wymiaru

sprawiedliwości, która konstytucyjnie została powierzona tym właśnie rodzajom władz. W szczególności dotyczy to sfery stanowienia będącego podstawą orzekania prawa materialnego i procesowego oraz kształtowania organizacji wymiaru sprawiedliwości, które przyznane zostały ustawodawcy, czy też powoływania sędziów, będącego prerogatywą Prezydenta RP (por. A Bień-Kacała, *op. cit.*, s. 21).

Artykuł 178 ust. 1 Konstytucji wyraża zasadę niezawisłości sędziowskiej (*Sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawiśli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom*).

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

Trybunał Konstytucyjny pojęcie to definiuje w podobny sposób, przyjmując w swoim orzecznictwie, iż: *Niezawisłość polega na tym, że „sędzia działa wyłącznie w oparciu o prawo, zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem”* (wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, *op. cit.*). Trybunał przyjmował, że tak rozumiana niezawisłość obejmuje szereg elementów, takich jak: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania; 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych; 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych; 4) niezależność od wpływu czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych; 5) wewnętrzną niezależność sędziego (por. m.in. wyroki TK

z dnia: 24 czerwca 1998 r., sygn. K. 3/98, OTK ZU nr 4/1998, poz. 52; 14 kwietnia 1999 r., sygn. akt K. 8/99, *op. cit.*; 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, *op. cit.* i 16 kwietnia 2008 r., sygn. K 40/07, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 44).

Istotne jest też to, że niezawisłość obejmuje nie tylko sferę orzekania, lecz wszystkie działania sędziego związane ze sprawowaniem urzędu (por. L. Garlicki, komentarz do artykułu 178, *op. cit.* 3, 8-9).

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

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

Sędziowie, zgodnie z art. 179 Konstytucji, są powoływani przez Prezydenta, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa na czas nieoznaczony.

Konstytucja wskazuje zatem dwa podmioty biorące udział w procedurze nominacyjnej sędziów – Prezydenta i KRS, zakłada więc współpracę tych dwóch konstytucyjnych organów władzy publicznej. Na podstawie art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji kompetencja w zakresie powoływania sędziów należy do tych aktów urzędowych Prezydenta, które dla swej ważności nie wymagają podpisu Prezesa Rady Ministrów (czyli do tzw. prerogatyw). Takie ukształtowanie charakteru aktu powołania sędziego uzasadniane jest jednak nie tyle potrzebą wzmocnienia samodzielnej pozycji ustrojowej Prezydenta, lecz wynika z konieczności zapewnienia niezależności sądownictwa od rządu i podległych mu organów. Wymóg kontrasygnaty oznaczałby bowiem przyznanie premierowi prawa weta wobec kandydatów zaproponowanych przez KRS (zob. wyrok TK z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. K 18/09, OTK ZU nr 6/A/2012, poz. 63; L. Garlicki, komentarz art. 179 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 4, Warszawa 1999-2007, teza 7; M. Masternak-Kubiak, komentarz do art. 144, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, [red.] M. Haczkowska, LexisNexis 2014, teza 5). Z art. 179 Konstytucji wynika także inna z gwarancji niezawisłości sędziowskiej, mieszcząca się w obrębie unormowań zapewniających nieusuwalność sędziego, a mianowicie bezterminowość powołania.

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

oraz w art. 126 ust. 1 Konstytucji w zakresie, w jakim stanowi, że Prezydent jest najwyższym przedstawicielem Rzeczypospolitej Polskiej (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2017 r., sygn. K 3/17, OTK ZU seria A/2017, poz. 68; zob. też M. Masternak-Kubiak, komentarz do art. 178, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, [red.] M. Haczkowska, *op. cit.*, teza 5).

Oczywistym następstwem oparcia kompetencji Prezydenta bezpośrednio na normach ustawy zasadniczej jest niemożność weryfikowania tego aktu w toku jakiegokolwiek postępowania, w tym administracyjnego czy sądownoadministracyjnego. Należy zauważyć, że odnosząc się do innej prerogatywy Prezydenta (określonej w art. 183 ust. 3 Konstytucji), Trybunał Konstytucyjny przypominał, że w polskim ustawodawstwie nie ma procedury umożliwiającej wzruszanie czy kontrolowanie aktów wydanych w ramach wykonywania przez Prezydenta RP jego prerogatyw. Konstytucja nie tylko nie zawiera, ale też nie daje możliwości stworzenia takiej procedury na poziomie ustawowym (wyrok TK z dnia 24 października 2017 r., sygn. K 3/17, *op. cit.*). W świetle poglądów doktryny i kontekstu, w jakim Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się co do charakteru prezydenckich prerogatyw w powołanym wyżej wyroku, nie może być wątpliwości, że konstatacja ta jest w pełni adekwatna do uprawnienia Prezydenta, o którym mowa w art. 179 i art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP (zob. A. Kijowski, *Odrębności statusu prawnego sędziów Sądu Najwyższego*, *Przegląd Sejmowy*, nr 1/2004, s. 6; także J. Sułkowski, *Uprawnienia Prezydenta RP do powoływania sędziów*, *Przegląd Sejmowy*, nr 4/2008, s. 59-60).

Warunkiem uruchomienia tej kompetencji Prezydenta jest jednak działanie innego organu, a mianowicie Krajowej Rady Sądownictwa. Choć Rada jest organem konstytucyjnym, to jednak *lakoniczność regulacji konstytucyjnej, która się do niej odnosi, wskazuje, że ustrojodawca zasadnicze kwestie związane z jej funkcjonowaniem przekazał do regulacji ustawowej, pozostawiając*

w tekście Konstytucji jedynie pewien minimalny standard konstytucyjności KRS (wyrok TK z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/19, OTK ZU seria A/2019, poz. 17).

Ta swoboda ustawodawcy dotyczy tak ukształtowania sposobu wyboru części członków i uregulowania sposobów działania KRS, w tym również kształtu etapów poprzedzających złożenie wniosku nominacyjnego do Prezydenta RP, jak i kryteriów, jakie powinien spełniać kandydat na urząd sędziego (zob. wyrok TK z dnia 8 maja 2012 r., sygn. K 7/10, OTK ZU nr 5/A/2012, poz. 48).

Z konstytucyjnego unormowania wynika, co prawda, że KRS posiada wyłączną kompetencję do wystąpienia z wnioskiem o powołanie sędziego, lecz ze wskazanych wyżej powodów związana jest również określonymi ustawą przesłankami podejmowania działań i decyzji. Należy jednak zauważyć, że swoboda ustawodawcy w kształtowaniu tych rozwiązań ustawowych nie jest nieograniczona. Rola, jaką ustrojodawca przyznał Krajowej Radzie Sądownictwa w procesie nominacyjnym sędziów, nie zezwala bowiem na tworzenie unormowań, które dawałyby istotne uprawnienia w tym zakresie jakimkolwiek innym organom, a więc także sądom. Ustawodawca nie może więc doprowadzić do sytuacji, w której swoboda uznania KRS byłaby w istocie iluzoryczna lub też rola Rady sprowadzona została do wykonania narzuconego jej obowiązku *lub zakazu wystąpienia z wnioskiem co do określonej osoby lub osób, w określonej sytuacji, wbrew kolegialnej woli Rady* (K. Weitz, komentarz do art. 179, [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, *op. cit.*, nb. 12).

Oceniając kwestie dotyczące niezawisłości sędziowskiej w kontekście konstrukcji prawa wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji, nie można pominąć kwestii rozumienia pojęcia nieusuwalności sędziego. Regułę zawartą w art. 180 ust. 1 Konstytucji (brzmącym: *Sędziowie są nieusuwalni*) należy

rozumieć bowiem jako *zakaz podejmowania decyzji, które ze względu na swój charakter lub podmiot decydujący stanowiłyby w istocie naruszenie niezawisłości sędziowskiej* (P. Wiliński, P. Karlik, komentarz do art. 180, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, *op. cit.*, teza 1). W świetle poglądów doktryny decyzja taka może polegać nie tylko na pozbawieniu sędziego stanowiska. Pod pojęciem „usunięcia sędziego” należy bowiem rozumieć *zarówno arbitralne pozbawienie go urzędu, jak też arbitralne pozbawienie go możliwości orzekania przy formalnym pozostawieniu na stanowisku, a wreszcie także zmuszenie do takiej zmiany warunków wykonywania funkcji, że byłyby one w sposób oczywisty i obiektywny niemożliwe do realizacji i prowadziły jednoznacznie do eliminacji sędziego* (*ibidem*, teza 4).

Nie może budzić wątpliwości zasadność powołania przez Sąd pytający jako wzorców kontroli art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz art. 19 ust. 1 zdanie 2 Traktatu o Unii Europejskiej. Unormowania te, jako ratyfikowane w drodze ustawy umowy międzynarodowe, stanowią bowiem część krajowego porządku prawnego (art. 87 ust. 1 Konstytucji) i mogą być bezpośrednio stosowane na zasadach określonych art. 91 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Nie jest kwestionowane istnienie silnego związku pomiędzy normatywnymi treściami art. 45 ust. 1 Konstytucji i art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji, który brzmi: *Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej*. W doktrynie wskazuje się bowiem, że przyjęta w Polsce formuła „prawo do sądu” w europejskim porządku prawnym (m.in. na gruncie Konwencji) jest ujmowana jako prawo do rzetelnego procesu (zob. A. Zieliński, *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*,

Państwo i Prawo, 2005, z. 11, s. 8). Z kolei, w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2008 r., sygn. V CSK 271/08, wskazano: *Postanowienia konwencji mogą zatem stanowić nie tylko wskazówkę interpretacyjną przy wykładni przepisów prawa wewnętrznego, ale i bezpośrednią podstawę rozstrzygnięć organów krajowych, jeżeli pozwala na to ich charakter. Konwencja o ochronie praw człowieka ma przy tym pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z konwencją (art. 91 ust. 2 Konstytucji)* [Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych, 2009, nr 1, poz. 965]. Co jednak najważniejsze, Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie opowiedział się za możliwością przyjęcia postanowień EKPCz, w tym art. 6 ust. 1 Konwencji, jako wzorców hierarchicznej kontroli prawa (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01, OTK ZU nr 2/A/202, poz. 14 i z dnia 14 listopada 2006 r., sygn. SK 41/04, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 150).

W doktrynie podnosi się przy tym, że pomimo różnic terminologicznych występujących między art. 45 ust. 1 Konstytucji a art. 6 ust. 1 Konwencji, przyjęte w Konstytucji ujęcie standardów „niezależności, niezawisłości i bezstronności” w pełni odpowiada standardom wynikającym z Konwencji (zob. G. Zalizowski, *Prawo do sądu na tle Konstytucji w kontekście europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* <http://repozytoriumuni.wroc.pl/dlibra/publication/82751/edition/79173?language=pl>). Natomiast sformułowanie „sąd ustanowiony ustawą” należy rozumieć w ten sposób, by organizacja sądownictwa i właściwość sądu w społeczeństwie demokratycznym nie zależała od swobodnej decyzji władzy wykonawczej, ale była uregulowana prawem przyjętym przez parlament (M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, WKP 2017, s. 530 oraz powołany tam wyrok ETPCz w sprawie *Fruni p. Słowacji* z dnia 21 czerwca 2011 r., skarga nr 8014/07, § 134). Podkreśla się, że [o]rgan, który nie jest powołany do tej roli z woli

ustawodawcy, nie ma legitymacji wymaganej w demokratycznym społeczeństwie do sądzenia (M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 531 i powołane tam wyroki w sprawach: *Coëme i inni p. Belgii* z dnia 22 czerwca 2000 r., skargi nr 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96, § 98; *Savino i inni p. Włochom* z dnia 28 kwietnia 2009 r., skargi nr 17214/05, 20329/05 i 42113/04, § 94; *Fruni p. Słowacji*, § 134; *Oleksandr Volkov p. Ukrainie* z dnia 9 stycznia 2013 r., skarga nr 21722/11, § 150-151]. ETPCz zwrócił równocześnie uwagę, że w krajach, w których prawo jest skodyfikowane, organizacja sądowa nie może również być zależna od swobodnego uznania władzy sądowniczej, chociaż sądy powinny mieć w pewnych granicach możliwość interpretacji wchodzących w grę przepisów (M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 531 oraz powołane tam wyżej wymienione wyroki ETPCz).

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

Także w najnowszym orzecznictwie wskazano, że „ustawa” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji obejmuje przepisy prawne określające sposób ustanowienia i kompetencje organów sądowych oraz wszelkie inne przepisy prawa krajowego, które, w przypadku ich złamania, sprawiają, że udział

jednego lub więcej sędziów w rozstrzygnięciu sprawy będzie nieprawidłowy (wyrok ETPCz z dnia 12 marca 2019 r. w sprawie *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii*, skarga 26374/18). W orzeczeniu tym ETPCz uznał jednak także, iż (...) *pojęcie „ustanowienia” w pierwszym zdaniu art. 6 ust. 1 Konwencji obejmuje, ze swej istoty, proces powoływania sędziów w ramach krajowego wymiaru sprawiedliwości, który musi - zgodnie z zasadą rządów prawa - zostać przeprowadzony zgodnie z regułami prawa krajowego obowiązującego w czasie powołania (ibidem)*. W konsekwencji ETPCz przyjął, że orzekanie przez sędziego, którego powołanie na to stanowisko nastąpiło z pogwałceniem przepisów krajowych, niezależnie od tego, czy system prawa krajowego uznaje skuteczność takiego powołania, stanowiło naruszenie prawa skarżącego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji.

Powyższy wyrok, w szczególności zaś przyjęte przez Trybunał daleko idące konsekwencje systemowe, stanowią niekiedy fundament rozstrzygnięć, w ramach nowego kierunku orzeczniczego Sądu Najwyższego (zob. uzasadnienie postanowienia z dnia 28 marca 2019 r., sygn. III KO 154/18, niepubl.), w którym recypuje się rozważania ETPCz do oceny polskiej procedury nominacyjnej dotyczącej sędziów. Pamiętać jednak należy, że sprawa ze skargi *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii*, na wniosek Islandii, została przekazana do Wielkiej Izby ETPCz i, jak wynika z komunikatu z dnia 10 września 2019 r., skład pięciu sędziów Trybunału, w dniu 9 września 2019 r., zdecydował o przyjęciu wniosku [zob. komunikat ECHR 302(2019), <https://www.echr.coe.int/>, dostęp w dniu 12 września 2019 r.]. W myśl art. 43 ust. 2 Konwencji oznacza to, że sprawa ujawnia poważne zagadnienie dotyczące interpretacji lub stosowania Konwencji i jej protokołów lub poważną kwestię o znaczeniu ogólnym. Co więcej, przekazanie sprawy do Wielkiej Izby ETPCz oznacza, że sprawa rozpoznana zostanie ponownie i od początku, albowiem nie jest to postępowanie apelacyjne czy kasacyjne, a przedmiotem rozpatrzenia jest skarga (sprawa), nie zaś wyrok wydany przez izbę (zob. R. Degener, komentarz

do art. 43, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 19–59*, [red.] L. Garlicki, C. H. Beck 2011, nb. 2). W rezultacie, [w]yroku Wielkiej Izby wstępuje w miejsce wyroku podjętego przez izbę, nie przekreślając jego bytu faktycznego, ale pozbawiając go skutków prawnych (*ibidem*, nb. 5).

Decyzja składu pięciu sędziów nie może dziwić skoro szereg uwag zawartych w rzeczonym wyroku ETPCz nie zostało podzielonych przez dwóch sędziów orzekających w przedmiotowej sprawie (zob. połączone zdanie odrębne sędziów P. Lemmens i V. Gričco, <https://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp w dniu 12 września 2019 r.). Wskazali oni między innymi, że większość orzekająca w sprawie *Guðmundur Andri Astraðsson p. Islandii* naruszyła zasadę pomocniczości, sprowadzającą się do tego, że o tym, jaką wagę naruszenia procedury powołania sędziego nadać w konkretnym przypadku, w pierwszej kolejności decydują organy krajowe, w przewidzianych przed nimi procedurach. W związku z tym do Trybunału nie należy zastępowanie oceny organów krajowych, chyba że ocena ta była arbitralna lub oczywiście nieuzasadniona lub istniało „rażące naruszenie” (ang. *flagrant violation*) prawa krajowego (zob. połączone zdanie odrębne sędziów P. Lemmens i V. Gričco, *op. cit.*, pkt 7-8). Jest to pogląd konsekwentnie przyjmowany w dotychczasowym orzecznictwie ETPCz (zob. wyroki ETPCz z dnia: 22 listopada 2002 r., *Lavents p. Łotwie*, skarga 58442/00, 12 lipca 2007 r., *Jorgic p. Niemcom*, skarga 74613/01, 5 października 2010 r., *DMD GROUP, a.s., p. Słowacji*, skarga 19334/03; 12 stycznia 2016 r., *Miracle Europe Kft p. Węgrom*, skarga 57774/13). Sędziowie zauważają, że konsekwentne stosowanie nowego podejścia ETPCz „otwierałoby puszkę Pandory”, oferując skazanym osobom (nielimitowany w czasie) argument umożliwiający zakwestionowanie ich skazania w oparciu o podstawy, które nie mają nic wspólnego ze sprawiedliwością ich konkretnego procesu (zob. połączone zdanie odrębne sędziów P. Lemmens i V. Gričco, *op. cit.*, tłum. wł., pkt. 1). Również w polskim piśmiennictwie powyższy wyrok ETPCz

spotkał się z zarzutem błędnej wykładni art. 6 ust. 1 Konwencji i naruszenia zasady subsydiarności (zob. L. Bosek, G. Żmij, *Uwarunkowania prawne powoływania sędziów w Europie w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowiek z 12.03.2019., 26374/18, Guðmundur Andri Astraðsson przeciwko Islandii*, Europejski Przegląd Sądowy nr 7/2019, s. 30-41; odmiennie M. Szwed, *Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 12.03.2019 r., 26374/18, Guðmundur Andri Astraðsson przeciwko Islandii*, Europejski Przegląd Sądowy nr 7/2019, s. 42-51).

W tym stanie rzeczy niepodobna uznać, że utrwalonym kierunkiem interpretacyjnym w orzecznictwie ETPCz jest takie rozumienie art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji, które polega na przyjęciu, że naruszenie przepisów proceduralnych przy powoływaniu sędziów, bez względu na ważność aktu powołania, prowadzi do pozbawienia sądu, w którym orzeka powołany w ten sposób sędzia, atrybutu „ustanowienia ustawą”.

Pozostając jeszcze na gruncie orzecznictwa ETPCz, zwrócić należy uwagę jak Trybunał określał konsekwencje naruszenia art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji, dla spraw rozpoznawanych z udziałem organów, które nie spełniały konwencyjnych standardów wymaganych od sądów. Niejednokrotnie ETPCz uznawał, że najwłaściwszą formą zadośćuczynienia będzie niezwłoczny ponowny proces (zob. wyroki ETPCz z dnia: 23 października 2003 r., *Gençel p. Turcji*, skarga nr 53431/99; 29 lipca 2004 r., *San Leonard Band Club p. Malcie*, skarga nr 77562/01; 11 lipca 2006 r., *Gurov p. Mołdowie*, skarga nr 36455/02). Niemniej z drugiej strony, ze względu na okoliczności niniejszej sprawy, bardziej adekwatnym przykładem będzie tutaj wyrok ETPCz z dnia 30 listopada 2010 r. (*H. Urban i R. Urban p. Polsce*, skarga 23614/08). W orzeczeniu tym Trybunał, uznając, że orzekanie przez asesora sądowego stanowiło naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji (co w odniesieniu do art. 45 ust. 1 Konstytucji zostało wcześniej stwierdzone przez polski Trybunał

Konstytucyjny) i odwołując się do swojego dotychczasowego orzecznictwa, podzielił pogląd, że zasada bezpieczeństwa prawnego stoi na przeszkodzie wznowianiu postępowań i wzruszaniu orzeczeń wydanych przez takie osoby. Co istotne, w sprawie tej naruszenie standardu konwencyjnego było dalej idące i polegało na stwierdzeniu braku niezawisłości podmiotu orzekającego, nie zaś naruszenia przepisów dotyczących jego powołania (atrybutu „sądu ustanowionego ustawą”).

Należy przy tym zauważyć, że w orzecznictwie polskich sądów utrwalił się pogląd, iż nawet ostateczny wyrok ETPCz, stwierdzający naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji, nie stanowi samodzielnej podstawy wznowienia postępowania, chyba że okoliczności będące podstawą wydania tego wyroku pokrywają się z inną podstawą wznowienia (zob. uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. III CZP 16/10, OSNC nr 4/2011, poz. 38; zob. też wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 września 2015 r., SK 21/14, OTK ZU nr 8/A/2015, poz. 122).

Przedstawiane wyżej uwagi dotyczące art. 6 ust. 1 EKPCz w zasadniczy sposób rzutują na ocenę normatywnej treści kolejnego wzorca kontroli w przedmiotowej sprawie, tj. art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE, który stanowi, że *Państwa Członkowskie ustanawiają środki zaskarżenia niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem Unii*. Obowiązek ten koresponduje z prawem podstawowym jednostek, wnikającym z art. 47 KPP do rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd. Konieczność zapewnienia sądowej kontroli uprawnień jednostek wynikających z prawa Unii bywa wyrowadzany również z zasady lojalnej współpracy wyrażonej w art. 4 ust. 3 TUE (zob. P. Miłkaszewicz, *Niezależność sądów i niezawisłość sędziów kontekście zasady rządów prawa – zasadniczy element funkcjonowania UE w świetle orzecznictwa TSUE*, Państwo i Prawo, nr 3/2018 oraz powołane tam wyroki TSUE z dnia: 16 maja 2017 r. w sprawie C-682/15, *Berlioz Investment Fund S.A. p. Directeur de l'administration des contributions*

directes, ECLI:EU:C:2017:373, pkt 44; 8 listopada 2016 r. w sprawie C-243/15, *Lesoochránárske zoskupenie VLK p. Obvodný úrad Trenčín*, ECLI:EU:C:2016:838, pkt 50).

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

Przepisy Traktatu o Unii Europejskiej nakładają na Państwa członkowskie obowiązek zagwarantowania skutecznej ochrony sądowej praw podmiotowych jednostek wynikające z traktatów oraz aktów prawa pochodnego Unii. Prawa te mają być chronione przez sądy krajowe, które powinny być *niezależne (według standardów europejskich) względem pozostałych władz, oraz przez sędziów krajowych, których niezawisłość i bezstronność jest skutecznie zagwarantowana w prawie krajowym, a więc także przez stosowne gwarancje systemowe* (P. Mikłaszewicz, *op. cit.*; zob. też powołane tam wyroki TSUE z dnia: 25 lipca 2002 r., C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores p. Radzie*, CLI:EU:C:2002:462, pkt 38 i 39; 29 czerwca 2010 r., C-550/09, *Postępowanie karne przeciwko E i F*, ECLI:EU:C:2010:382, pkt 44; 3 października 2013 r., *Inuit Tapiriit Kanatami i in. p. Parlamentowi i Radzie*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, pkt 100, 101).

Powołane wyżej standardy europejskie ze wskazanych wyżej powodów nie odbiegają od standardów wyznaczonych w tym zakresie przez art. 6 ust. 1 Konwencji. W szczególności, w orzecznictwie TSUE przyjmuje się, że organ sądowy zapewniający skuteczną ochronę prawną to organ ustanowiony w drodze ustawy, mający charakter stały, a jego jurysdykcja ma mieć charakter obligatoryjny. Ma to być organ niezawisły, stosujący przepisy prawa, a postępowanie przed nim ma być kontradiktoryjne (zob. wyrok TSUE z dnia 16 lutego 2017 r., *Margarit Panicello*, C-503/15, EU:C:2017:126, pkt 27

i powołane tam orzecznictwo; wyrok Sądu z dnia 23 stycznia 2018 r., *FV p. Radzie Unii Europejskiej*, ECLI:EU:T:2018:22, pkt 68).

Podkreślić należy, iż jednym z elementów gwarantujących niezawisłość sędziowska w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPCz oraz art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE (por. powołany wyrok ETPCz z dnia 30 listopada 2010 r., *H. Urban i R. Urban p. Polsce*, oraz wyrok TSUE sprawie C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses p. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, pkt 45) jest nieusuwalność sędziego. Należy więc przyjąć, że również te normy prawa międzynarodowego i europejskiego stoją na przeszkodzie arbitralnemu pozbawieniu sędziego urzędu lub pozbawieniu go możliwości orzekania (zob. L. Bosek, G. Żmij, *op. cit.*, s. 34).

Konieczne jest jednak zwrócenie szczególnej uwagi na to, że co najmniej kontrowersyjne jest wykreowane przez TSUE rozumienie art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE, polegające na przyjęciu, że obowiązki państwa członkowskiego wynikające z tego przepisu, aktualizują się już w razie stwierdzenia, że dany organ krajowy jest sądem w rozumieniu prawa Unii, zaś w jego kompetencjach mieści się wykładnia lub stosowanie prawa UE. W tym rozumieniu stosowanie art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE do oceny realizacji obowiązku państwa członkowskiego zapewnienia skutecznej ochrony sądowej nie jest uzależnione od tego, czy w danym wypadku określony sąd stosuje prawo Unii (zob. np. powołany wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2018 r., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses p. Tribunal de Contas*, C-64/16,). Niewątpliwie rozszerza to zakres obowiązków państwa członkowskiego literalnie wynikający z powołanego wyżej przepisu Traktatu.

7. Analiza zgodności.

Jak to już zasygnalizowano, istota podnoszonego przez Sąd pytający problemu konstytucyjnego sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy w świetle polskiego *acquis constitutionnel* oraz prawa konwencyjnego i europejskiego,

uprawnione jest takie rozumienie przepisu art. 41 § 1 w zw. z art 42 § 1 k.p.k., które zezwala na wdrożenie w oparciu o ten przepis oceny statusu sędziego, dokonywanej w kontekście prawidłowości ustrojowego elementu procedury nominacyjnej. Ta ocena statusu sędziego może być rozumiana w dwóch ujęciach. Po pierwsze, mogłaby sprowadzać się do ustalenia, czy osoba powołana przez Prezydenta RP na stanowisko sędziowskie – w wypadku przyjęcia przez podmiot oceniający istnienia nieprawidłowości w procedurze nominacyjnej – w ogóle jest sędzią. W drugim ujęciu ocena ta polegałaby na ustaleniu, czy sędzia powołany w procedurach, które zdaniem organu oceniającego były obarczone wadą, mimo formalnego posiadania statusu sędziego jest sędzią niezawisłym, a więc „zdolnym do orzekania”. Jednocześnie należy podkreślić, że zakres owych domniemanych uchybień, które miałyby być podstawą do negowania statusu sędziego, w realiach niniejszej sprawy jest określony bardzo wąsko. Wadliwość powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej miałyby bowiem wynikać z tego, że wniosek nominacyjny pochodzi od Krajowej Rady Sądownictwa, w skład której wchodzi sędziowie wybrani w sposób przewidziany w art. 9a ustawy z 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 84 ze zm.).

W tym kontekście należy podnieść, że wyrokiem z dnia 25 marca 2019 r, sygn. K 12/18 (OTK ZU seria 2019/A, poz. 17) Trybunał Konstytucyjny przesądził o zgodności art. 9a ustawy o KRS z art. 187 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 w związku z art. 2, art. 10 ust. 1 i art. 173 oraz z art. 186 ust. 1 Konstytucji RP. Sąd pytający nie dąży jednak do uzyskania odpowiedzi, czy w obecnie obowiązującym stanie ustrojowym rzeczywiście można mówić o konstytucyjnej wadliwości kreacji KRS (bo ta kwestia jest przesądzona powołanym wyrokiem TK), lecz zmierza do ustalenia czy w polskim porządku prawnym dopuszczalne jest stworzenie procedury umożliwiającej badanie statusu sędziego – w obu wskazanych wyżej kontekstach – przy wykorzystaniu specyficznie

interpretowanego przepisu procedury karnej, tj. zaskarżonego przepisu art. 41 § 1 k.p.k., określającego instytucję *iudex suspectus*.

W szczególności Sąd Najwyższy podnosi i argumentuje, że przyjęcie dopuszczalności tego rodzaju procedury prowadziłyby do naruszenia szeregu ustrojowych przepisów Konstytucji RP, w tym powodowałyby daleko idące zagrożenia dla niezależności sędziego gwarantowanej przez art. 178 Konstytucji RP. Z uwagi na to, że zadaniem tych przepisów jest realizacja podstawowego prawa, jakim w demokratycznym państwie prawnym jest prawo do sądu, finalnie prowadziłyby to do naruszenia tak art. 45 ust 1 Konstytucji RP, jak i statuujących to prawo i wiążących Rzeczpospolitą Polską aktów prawa konwencyjnego i europejskiego.

W ramach niniejszego postępowania, Sąd Najwyższy, chcąc uwzględnić dotychczasową, utrwaloną wykładnię dotyczącą braku możliwości podważenia statusu sędziego i wydawanych przezeń orzeczeń (por. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 grudnia 2017 r., sygn. I OZ 550/19, LEX nr 2733066 oraz orzecznictwo i literatura powołane przez Sąd pytający, s. 32 uzasadnienia pytania prawnego), napotkał wątpliwości związane z poglądami pojawiającymi się w najnowszych judykatach najwyższych instancji sądowych, które w znacznym stopniu dość dowolnie nawiązują do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Niemniej, jeśli wziąć pod uwagę wskazaną wyżej treść i wykładnię przepisów Konstytucji, Konwencji i TUE, wątpliwości te muszą zostać rozstrzygnięte zgodnie z dotychczasowym rozumieniem charakteru aktu powołania sędziego.

W pierwszej kolejności uwzględnienia wymaga charakter aktu powołania sędziego. Nie można go bowiem traktować jako czynności mającej charakteru aktu administracyjnego, skutkującego powierzeniem oznaczonej osobie określonej funkcji oraz powstaniem stosunku pracy. Istota aktu powołania sędziego jest bowiem udzielenie inwestytury, czyli nadanie danej osobie prawa

do wykonywania władzy sądowniczej, choć jednocześnie akt ten skutkuje nawiązaniem stosunku służbowego, łączącego elementy publicznoprawne i elementy stosunku pracy (zob. K. Weitz, komentarz do art. 179 Konstytucji, *op. cit.*, nb. 7). Jednocześnie ustrojodawca zdecydował, że akt powołania ma charakter prerogatywy prezydenckiej, przez co, na poziomie konstytucyjnym, wyłączył możliwość istnienia jakiegokolwiek mechanizmu kontrolnego tego aktu. Oznacza to również, że nawet jeśli w procesie nominacyjnym zaistniałyby uchybienia, to nie mają one wpływu na ważność aktu urzędowego Prezydenta wydanego w oparciu o art. 179 i art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP. Tym samym niemożliwe jest więc kwestionowanie inwestytury sędziego, czyli prawa do wykonywania przez niego władzy sądowniczej, albowiem przyznanie tego prawa jest istotą aktu powołania (por. pow. wyrok TK z dnia 24 października 2017 r., sygn. K 3/17, *op. cit.*). Przyjęty przez ustrojodawcę kształt instytucji powołania jest uznawany za jeden z elementów gwarancyjnych niezawisłości sędziowskiej.

Należy uznać, że rozwiązania takie wprowadzono z uwagi na silny demokratyczny mandat, w jaki wyposażona jest Głowa Państwa i konieczność zrównoważenia władzy sądowniczej przez czynnik cieszący się legitymacją demokratyczną (por. uwagi Sądu pytającego, s. 32-33 uzasadnienia pytania prawnego oraz powołane tam orzecznictwo i literatura).

Przedstawione wyżej argumenty jednoznacznie przemawiają więc za tym, że zaskarżone przez Sąd pytający rozumienie art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. jest niezgodne z art. 179 oraz art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji.

Zgodzić się należy z argumentami Sądu Najwyższego, że przyjęcie dopuszczalności procedury weryfikacji statusu sędziego pozostawałoby w sprzeczności z wynikającą z art. 180 ust. 1 Konstytucji zasadą nieusuwalności sędziego. Jak podniósł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. K 45/07, *[g]warancje art. 180 Konstytucji dotyczą bowiem funkcjonalnego zapewnienia sędziom, że po powołaniu na stanowisko sędziego*

przez Prezydenta będą wykonywać bez przeszkód funkcje orzecznicze w danym sądzie i w danym czasie. Zasada nieprzenoszalności sędziego bez jego zgody, wyprowadzana z przywołanej normy, jest zatem konstytucyjną gwarancją zarówno niezawisłości sędziego, jak i gwarancją bezstronnego sądu, której unormowanie koresponduje z unormowaniem zawartym w art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.). Przestrzeganie ustawowo przewidzianych odstępstw od tej zasady, stanowi gwarancję sędziowskiej niezawisłości, a co za tym idzie, zabezpieczenie interesów procesowych uczestników postępowania, w tym stron tego postępowania (prawo do bezstronnego sądu). Każde wykroczenie poza ich granice, musi być wobec powyższego oceniane jako rażąco przełamanie konstytucyjnych i ustawowych zasad normujących ustrój i funkcjonowanie sądów powszechnych (zob. wyrok SN z 22 sierpnia 2007 r., sygn. akt III KK 197/2007, OSNKW nr 11/2007, poz. 81)” [op. cit.]. Poglądy te zostały podniesione w kontekście naruszenia zasady nieprzenoszalności sędziego, lecz tym bardziej stają uprawnione do oceny dopuszczalności kwestionowania statusu sędziego. Sędzia, w procesie stosowania prawa, nie może bowiem poddawać pod rozwagę, czy wydane przez niego rozstrzygnięcie nie spowoduje dla niego ujemnych skutków w postaci kwestionowania jego mandatu przez Sąd Najwyższy, bądź inny sąd lub organ. Procedura weryfikacyjna mogłaby przy tym zostać skutecznie zainicjowana przez każdą stronę postępowania. Przyjęcie dopuszczalności weryfikacji statusu sędziego realnie groziłoby przy tym faktycznym pozbawieniem sędziego prawa do wykonywania władzy sądowniczej, przyznanego mu przez Prezydenta RP na mocy norm konstytucyjnych. Skoro przez usunięcie sędziego – jak to już przedstawiono – należy rozumieć nie tylko arbitralne, formalne pozbawienie go urzędu lecz również arbitralne pozbawienie go możliwości orzekania przy formalnym pozostawieniu go na stanowisku, nie może być kwestionowane, że art. 41 § 1

k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k., w zaskarżonym rozumieniu tego przepisu jest niezgodny z art. 180 ust. 1 Konstytucji RP.

Bardzo istotne ograniczenie gwarancyjnej roli art. 179 i art. 180 ust. 1 Konstytucji RP automatycznie musi się przekładać na niezależność sędziowską. Sędzia, który już w chwili powołania miałby świadomość, że skuteczność tego aktu może być w przyszłości kwestionowana, a ujawnienie się nawet po latach nieprawidłowości w jego procedurze nominacyjnej – na zaistnienie których zresztą zwykle nie miał on żadnego wpływu – doprowadzić może do pozbawienia go możliwości orzekania (czy nawet pozbawienia go urzędu), nie może być uznany za sędziego w pełni niezawisłego. Jest niewątpliwe, że sędzia taki nie ma wewnętrznego bezwzględnie poczucia wolności od jakichkolwiek nacisków (tzw. subiektywny aspekt niezawisłości.). Z drugiej strony, sędzia taki nie może być postrzegany jako osoba wolna od wszelkich prób wpływania na jego werdykt (zob. P. Wiliński, P. Karlik, komentarz do art. 178, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, *op. cit.*, nb. 19-21). Tylko zatem wykluczenie możliwości kontroli prawidłowości powołania sędziego pozwoli traktować go jako podmiot niezawisły stosownie do wymagań art. 178 ust. 1 Konstytucji, co prowadzi do konstatacji o niezgodności art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. w zaskarżonym rozumieniu z tym właśnie przepisem ustawy zasadniczej.

Dopuszczenie do sytuacji, w której możliwe byłoby kwestionowanie statusu sędziego przy wykorzystaniu instytucji wyłączenia z powodu domniemanych choćby wad procedury nominacyjnej skutkowałoby więc naruszeniem ustrojowej zasady niezależności sądów wynikającej z art. 173. Konstytucji. Między niezawisłością sędziowską a niezależnością sądów zachodzi bowiem relacja mająca charakter sprzężenia zwrotnego. Niezależność sądownictwa kreuje bowiem podstawy niezawisłości sędziowskiej, a niezawisłość sędziów jest kluczowym aspektem niezależnego sądownictwa.

Co więcej, niezawisłość sędziowska nie może podlegać żadnym ograniczeniom (zob. *ibidem*, nb. 11-12). Tym samym nie można zaprzeczyć, że art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. w zaskarżonym rozumieniu jest niezgodny z art. 173 Konstytucji RP.

Takie stwierdzenie rodzi dalsze konsekwencje, wynikające z kształtu konstytucyjnego pojęcia sprawowania wymiaru sprawiedliwości. W rozumieniu art. 175 ust. 1 Konstytucji RP przyjmuje się bowiem, że *wymiar sprawiedliwości – to działalność orzecznicza sądów, polegająca na władczym rozstrzyganiu zawistych przed nimi sporów pomiędzy różnymi podmiotami, z zachowaniem bezstronności, niezależności i niezawisłości* (P. Wiliński, P. Karlik, komentarz do art. 175, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87-243*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, *op. cit.*, nb. 19). Obsadzenie sądów sędziami, których niezawisłość może być kwestionowana – co ma jednocześnie bezpośredni wpływ na spełnienie warunku niezależności sądów – skutkowałoby tym samym niemożnością prawidłowego zrealizowania zadań mieszczących się w obszarze „jadra kompetencyjnego” władzy sądowniczej. Niezgodność zaskarżonego przepisu z unormowaniami Konstytucji RP zachodzi więc również w przypadku skonfrontowania zawartego w *petitum* wniosku rozumienia art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP.

Przypomnieć należy, iż w literaturze podkreśla się istnienie ścisłego związku prawa do sądu z przepisami Rozdziału VIII Konstytucji, co powoduje że art. 45 ust.1 ustawy zasadniczej musi być wykładany łącznie z nimi, bowiem chociaż nie wyrażają one praw podmiotowych jednostki, to jednak statuują podstawowe zasady dotyczące ustroju sądów i ich właściwości. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że *[d]ystynkcje w redakcyjnym ujęciu art. 45 ust. 1 oraz art. 173 i 178 Konstytucji RP nie powinny wpływać na to, że w zakresie, w jakim art. 45 ust. 1 wymaga rozpatrzenia sprawy przez sąd niezależny i niezawisty, atrybuty te powinny być rozumiane tak samo, jak w świetle*

przepisów rozdz. VIII Konstytucji RP (...). W szczególności sposób wykładni przepisów ustrojowych musi uwzględniać nie tylko to, że kształtują one relacje sądownictwa z innymi pionami władzy publicznej, lecz także to, że określają one treść uprawnień jednostki. (...) Prawo do sądu jest należycie realizowane tylko wówczas, gdy sprawa jest rozpatrywana przez organ legitymujący się wszystkimi cechami określonymi w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Cechy te są ze sobą związane i wzajemnie się uzupełniają, choć ich treść nie jest taka sama. W świetle art. 173 i 78 Konstytucji RP niezależność i niezawisłość są niezbywalnymi cechami sądu w konstytucyjnym znaczeniu (P. Grzegorzczak, K. Weitz, komentarz do art. 45, [w:] Konstytucja RP. Tom I, Komentarz do art. 1- 86, op. cit., nb. 70).

Z przedstawionych wyżej argumentów jednoznacznie wynika, że w polskich warunkach ustrojowych nie jest możliwe stworzenie mechanizmu weryfikacji nominacji sędziowskich bez naruszenia szeregu konstytucyjnych zasad ustrojowych sądownictwa. Skoro art. 45 ust. 1 Konstytucji RP gwarantuje jednostce rozpoznanie sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, to niespełnienie ustrojowych warunków gwarantujących te przymioty sądu i sędziów (zwłaszcza niezależności sądów i niezawisłości sędziowskiej), skutkować musi przyjęciem niedopuszczalności funkcjonowania tego rodzaju procedur weryfikacyjnych, w tym również tworzonych przez nadanie nowego rozumienia przepisom określającym np. instytucję wyłączenia sędziego. W realiach przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z takim właśnie problemem konstytucyjnym, dlatego też nie może być wątpliwości, że konstytucyjnie niedopuszczalne jest przyjęcie takiego rozumienia art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k., które dawałoby możliwość procedowania na tej podstawie w przedmiocie weryfikacji prawidłowości powołania sędziego. W tym kontekście zaskarżone unormowanie jest więc niezgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a z uwagi na wykazane już powiązania treściwe między tym

przepisem Konstytucji a art. 6 EKPCz i art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE – również z tymi przepisami.

Ze względu na aktywność orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a zwłaszcza na wyrok tego Trybunału zapadły w dniu 19 listopada 2019 r. w sprawie C-585/18, C-624/18 i C-625/18, *Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego* (ECLI:EU:C:2019:982, pkt 130), konieczne jest szersze odniesienie się do znaczenia tego judykatu.

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

Zapewne podobne uregulowanie przedmiotowej kwestii w konstytucjach narodowych innych państw członkowskich sprawia, że na gruncie art. 6 ust. 1 zd. 1 Konwencji oraz art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE nie przyjęto jednolitych zasad dotyczących organizacji wymiaru sprawiedliwości (zob. wyrok TSUE z dnia 19 listopada 2019 r., *Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego*, C-585/18, C-624/18 i C-625/18, *op. cit.*, pkt 130). Taka sytuacja występuje chociażby na gruncie konstytucji niemieckiej. Federalny Sąd Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 czerwca 2009 r., zapadłym w sprawie o sygn. 2 BvE 2/08 i in., *Lissabon* jednoznacznie wskazał, że kwestie dotyczące organizacji krajowego wymiaru sprawiedliwości zasadniczo pozostają w sferze

kompetencji własnych państw członkowskich Unii Europejskiej. W ocenie niemieckiego sądu konstytucyjnego, zasady tej nie może zmienić wynikające z prawa wspólnotowego zobowiązanie tych państw do zagwarantowania skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem Unii, zawarte w art. 19 ust. 1 TUE. Federalny Sąd Konstytucyjny podkreślił bowiem, że mimo istnienia tego obowiązku, kompetencje państw członkowskich w zakresie organizacji wymiaru sprawiedliwości, w tym także w kwestiach obsady personalnej i finansowania sądownictwa, pozostają nietknięte (zob. K. Rokicka, *Przepisy i normy otwierające porządek prawny na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne w Republice Federalnej Niemiec*, Studia Iuridica Toruniensia, Tom XIV, 2014 s. 297-315). Także w najnowszym orzecznictwie FSK, zapewne inspirowanym aktualnie prowadzoną dyskusją dotyczącą zakresu zobowiązań traktatowych państw członkowskich w materii organizacji sądownictwa, wskazuje się, że (...) *swoboda działania, która wiąże się z przydzielaniem zadań na mocy art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE, kończy się jednak tam, gdzie wykładnia traktatów nie jest już zrozumiała, a zatem jest obiektywnie samowolna. Gdyby TSUE przekroczył tę granicę, jego działanie nie byłoby już uzasadnione w art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE, a jego decyzji w odniesieniu do Niemiec, brakował by minimum stopnia legitymacji demokratycznej, wymaganej na podstawie art. 23 ust. 1 zd. 2 w związku z art. 20 ust. 1 i 2 oraz art. 79 ust. 3 Ustawy Zasadniczej (...)* [wyrok FSK z dnia 30 lipca 2019 r., 2 BvR 685/14, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/07/rs20190730_2bvr168514.html, dostęp w dniu 17 września 2019 r., tłum. wł., pkt. 151].

Dopiero uwzględnienie powyższego kontekstu pozwala na prawidłowe odczytanie powołanego wyroku TSUE z dnia 19 listopada 2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18 (*Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego*) i dostrzeżenie, że orzeczenie to nie może służyć do zakwestionowania dotychczasowego ujęcia statusu sędziów, a tym samym

wpłynąć na wykładnię przepisów będących przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie.

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

Co więcej, TSUE uznając, iż zasada skutecznej ochrony sądowej może uprawniać do oceny okoliczności związanych z Krajową Radą Sądownictwa, wskazując w tym miejscu na zakończenie kadencji członków KRS i nowy sposób powoływania sędziów-członków KRS, nie przesądził jednocześnie, że sąd krajowy może pominąć przy tej ocenie uregulowania konstytucyjne. Innymi słowy, abstrakcyjne ujęcie przez TSUE przesłanek oceny, umożliwiające wypełnienie ich treścią przez sąd odsyłający, zamiast samodzielnej oceny ze strony TSUE, nie powoduje, że sąd krajowy stał się upoważniony do pominięcia wszystkich regulacji krajowych dotyczących przedmiotowej materii. Stałoby to w jawnej opozycji do zasad wynikających z art. 8 ust. 1 i art. 178 ust. 1 Konstytucji. W dotychczasowym dyskursie dotyczącym omawianego wyroku Trybunału w Luksemburgu wyraźnie umyka przy tym okoliczność, że TSUE nie podzielił kategorię osądów wyrażonych w opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego* (ECLI:EU:C:2019:551, pkt. 132-137), a dotyczących KRS. W szczególności –

w odróżnieniu od Rzecznika Generalnego – TSUE nie dezawuował wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 marca 2019 r., sygn. K 12/18 (*op. cit.*).

W tym stanie rzeczy, omawiane orzeczenie TSUE należy interpretować w ten sposób, że jakkolwiek dla oceny Izby Dyscyplinarnej, jako sądu mającego gwarantować skuteczną ochronę sądową w dziedzinach objętych prawem Unii, mogą zasadniczo mieć znaczenie okoliczności podniesione przez sąd odsyłający dotyczące KRS, to jednak ocena tych okoliczności *in concreto*, pozostawiona sądowi odsyłającemu, w dalszym ciągu musi uwzględniać przepisy krajowe, które mogą determinować kierunek i wynik tejże oceny. W żadnym zaś miejscu TSUE nie upoważnił sądu odsyłającego do pomijania przy tej okazji przepisów polskiej Konstytucji, w tym przesądzania tego czy sędziowie zostali skutecznie powołani. Z tego też powodu, najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego, zapadłe po uzyskaniu odpowiedzi Trybunału w Luksemburgu, stanowi przykład jawnego nadużycia interpretacyjnego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. III PO 7/18, niepubl.).

Wszystkie podniesione wyżej okoliczności nie pozwalają na odstępianie od dotychczasowego ujęcia statusu sędziów. Na marginesie przedstawionej wyżej argumentacji należy zaznaczyć, że przyjęcie dopuszczalności weryfikacji prawidłowości powołania sędziego, w tym poprzez kwestionowanie skuteczności aktu nominacji, generowałoby ryzyko nielimitowanego kwestionowania statusu sędziów wówczas, gdy w procedurze nominacyjnej doszłoby do różnego rodzaju uchybień, a w szczególności, gdy określony element tej procedury zostałby uznany za niezgodny z aktem prawnym wyższego rzędu, zwłaszcza z Konstytucją. Przypominać bowiem należy, że Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie kwestionował elementy procedury nominacyjnej sędziów takie jak: brak możliwości odwołania się od uchwał KRS (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. SK 57/06, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 63; warto odnotować, że odwołania te nie

przysługiwały zatem w okresie funkcjonowania KRS w latach 1990-2007), ustalenie reguł postępowania przed KRS w drodze rozporządzenia (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. K 62/07, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 149), zasadę bezwzględnej jawności głosowań w KRS (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2008 r., sygn. K 40/07, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 44), a także kryteria oceny kandydatów na sędziów (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 listopada 2007 r., sygn. SK 43/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 130).

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

Przyjęcie dopuszczalności kwestionowania statusu tych sędziów z całą pewnością groziłoby destabilizacją systemu prawnego. Należy jednak zauważyć, że ochronę przed zaistnieniem takiej sytuacji zapewnia bezpośrednio ustawa zasadnicza, a konkretnie prerogatywa Prezydenta RP zawarta w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji. Jak to już przedstawiono, realizacja tej prerogatywy sanuje bowiem wszelkie nieprawidłowości w procedurze powołania sędziów. Akt Głowy Państwa, który wszak może odmówić powołania sędziego (także z powodu dostrzeżenia uchybień w procedurze poprzedzającej powołanie) nie podlega weryfikacji, a jedyna jego ocena, nierodząca skutków dla samego aktu,

może odbyć się w ramach procedury określonej przez art. 145 Konstytucji. Należy zatem przyjąć, że to regulacja konstytucyjna determinuje skutki orzeczenia w sprawie K 5/17, chroniąc skuteczność powołania sędziów nie tylko w krytycznym okresie, ale także status wszystkich innych sędziów, których postępowanie nominacyjne było lub mogłoby być obarczone jakąkolwiek wadliwością.

Ze względu na wszystkie podniesione wyżej okoliczności zasadne jest więc przedstawienie stanowiska, że art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, stosowany odpowiednio w oparciu o przepis art. 74¹ pkt 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. radcach prawnych, rozumiany w ten sposób, że podlega rozpoznaniu wniosek o wyłączenie sędziego z powodu podniesienia okoliczności wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa w skład, której wchodzi sędziowie wybrani w sposób przewidziany w art. 9a ustawy z 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 173, w zw. z art. 175 ust. 1, w zw. z art. 178 ust. 1, w zw. z art 179 i w zw. z art. 180 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przez to z art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i z art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej, a ponadto jest niezgodny z art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego