

OPINIA PRAWNA

Z DNIA 29 STYCZNIA 2023 R.

RADCY PRAWNEGO DR HAB. KRZYSZTOFA KOŹMIŃSKIEGO

na temat oceny zgodności przepisów o teście niezależności sędziego, zawartych w projekcie ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (druk 2870) z konstytucyjną prerogatywą Prezydenta RP do powoływania sędziów



Spis treści

I. Przedmiot i zakres opinii.....	3
II. Streszczenie wniosków.....	4
III. Uwagi wprowadzające.....	6
IV. Analizowane rozwiązanie (Przepisy o teście).....	9
V. Zakres i rozumienie Prerogatywy.....	14
VI. Analiza zgodności Przepisów o teście z przepisami Konstytucji RP dotyczącymi prerogatywy powoływania sędziów.....	18
1. Uwagi ogólne co do zgodności Przepisów o teście z Prerogatywą.....	18
2. Badanie z urzędu zapewnienia prawa do sądu niezależnego, bezstronnego i ustanowionego na podstawie ustawy.....	19
3. Uchylenie regulacji, zgodnie z którą okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości i bezstronności.....	25
4. Rozszerzenie przesłanek Testu o okoliczność ustanowienia sądu na podstawie ustawy.....	26
5. Przekazanie niektórych kompetencji w zakresie orzekania o Teście Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu.....	27
6. Rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do zainicjowania Testu o właściwy sąd.....	28

I. Przedmiot i zakres opinii

Przedmiotem niniejszej opinii (dalej jako: „**Opinia**”) jest ocena zgodności przepisów o teście niezależności sędziego (dalej jako: „**Przepisy o teście**”), zawartych w projekcie ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (druk 2870) (dalej jako „**Projekt**” lub „**Projekt ustawy**”) z konstytucyjną prerogatywą Prezydenta RP do powoływania sędziów, wynikającą z przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (dalej jako: „**Konstytucja RP**”).

Opinia została sporządzona przez radcę prawnego dr. hab. Krzysztofa Koźmińskiego¹ (dalej jako: „**Autor**”), w ramach kancelarii Jabłoński Koźmiński i Wspólnicy Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka Komandytowo-Akcyjna (dalej jako: „**Kancelaria**”), na zlecenie Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (dalej jako: „**Zleceniodawca**”) i na jej użytek.

Kancelaria ani Autor nie zaciągają żadnego zobowiązania wobec podmiotów innych niż Zleceniodawca, które powoływałyby się na treść niniejszej Opinii.

Analiza zawarta w Opinii uwzględnia stan prawny obowiązujący na dzień jej sporządzenia oraz powszechnie przyjętą wykładnię przepisów prawa w orzecznictwie sądowym oraz doktrynie. Autor zastrzega jednak, że wnioski Opinii mogą ulec zmianie w przypadku ujawnienia dodatkowych informacji lub dokumentów, zmiany przepisów prawa lub ich wykładni, a także oderwanych od dotychczasowych linii orzeczniczych rozstrzygnięć sądowych.

¹ Doktor habilitowany nauk prawnych, Kierownik Zakładu Ekonomicznej Analizy Prawa, Kierownik Centrum Oceny Skutków Regulacji oraz Kierownik Podyplomowego Studium Zagadnień Legislacyjnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Radca prawny, partner w kancelarii Jabłoński Koźmiński i Wspólnicy Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka Komandytowo-Akcyjna.

II. Streszczenie wniosków

Analiza przeprowadzona w niniejszej Opinii wykazała, że:

- analizowane Przepisy o teście nie wprowadzają instytucji badania z urzędu przez sądy zapewnienia prawa do sądu niezależnego, bezstronnego i ustanowionego na podstawie ustawy, lecz jedynie dostrzegają istnienie obowiązku, który już wcześniej był elementem polskiego porządku konstytucyjnego, zarówno w świetle art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, jak i relewantnych przepisów prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego, przy czym chodzi wyłącznie o jaskrawe przypadki nadużyć lub naruszeń, których nie da się pogodzić z zapewnieniem prawa do sądu. Przedmiotowe badanie, które może mieć miejsce jedynie sporadycznie i *ad casu*, nie wchodzi w kolizję z Prerogatywą, w ogóle jej nie dotyczy;
- treściowy zakres konstytucyjnych przepisów o Prerogatywie oraz Przepisów o teście jest rozłączny (prezydencka prerogatywa, o której mowa w art. 144 ust. 3 pkt 17 w związku z art. 179 Konstytucji RP wyczerpuje się w kształtowaniu obsady personalnej jednej z władz – władzy sądowniczej, w którym to kształtowaniu zawiera się zarówno nadanie władzy (*votum*) sędziowskiej, jak i określenie rodzaju oraz szczebla sądu, w którym władza ta będzie wykonywana. *A contrario*, nie są objęte prezydencką prerogatywą aspekty dotyczące dalszego wykonywania władzy sędziowskiej, w tym kształt składów orzekających w konkretnej sprawie sądowej; z kolei Przepisy o teście mają analogiczny charakter jak przepisy o wyłączeniu sędziego, co za tym idzie nie dotyczą *votum* sędziowskiego jako takiego, lecz możliwości orzekania w konkretnej sprawie), nie wchodzi one z sobą w kolizję i nie ma potrzeby badania ich hierarchicznej zgodności;
- uchylenie regulacji, zgodnie z którą okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości i bezstronności, należy rozumieć w ten sposób, iż dla uruchomienia zastosowania Przepisów o teście nie jest konieczne współwystępowanie okoliczności dotyczących ustanowienia na podstawie ustawy oraz innej okoliczności wskazanej w Teście, tj. spełnienia wymogu niezawisłości i bezstronności. Nadal jednak wyłączenie sędziego w wyniku przeprowadzenia Testu będzie możliwe wyłącznie po przeprowadzeniu badania *ad casu* wpływu tej okoliczności na konkretną sprawę;
- w przypadku przesłanki ustanowienia sądu na podstawie ustawy, chodzi o oczywiste i dostatecznie doniosłe naruszenia konstytucyjnej i ustawowej procedury powołania sędziego, które w dodatku będzie dotyczyło fundamentalnych wymogów prawnych dotyczących takiego powołania. Wyłączenie sędziego w wyniku przeprowadzenia Testu będzie możliwe wyłącznie po przeprowadzeniu badania *ad casu* wpływu tej okoliczności na konkretną sprawę, co wyklucza podważenie skutków wykonania Prerogatywy;

- rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do zainicjowania Testu pozostaje irrelevantne dla Prerogatywy – skoro bowiem sam Test w kształcie wynikającym z Przepisów o teście nie wchodzi w kolizję z Prerogatywą, to poszerzenie kręgu podmiotów inicjujących Test również nie będzie miało takiego skutku. Ponadto rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do zainicjowania Testu nie ma również znaczenia dla stabilności orzeczeń zapadłych przed uruchomieniem Testu.

III. Uwagi wprowadzające

Sporządzający niniejszą Opinię Autor zobligowany jest sformułować kilka założeń wstępnych, mogących mieć znaczenie dla finalnych konkluzji Opinii.

Przede wszystkim: przedmiotem Opinii jest wyłącznie ocena zgodności przyjętych w Projekcie ustawy rozwiązań zawartych w Przepisach o teście z unormowaniami Konstytucji w zakresie, w jakim dotyczą one konstytucyjnej prerogatywy Prezydenta RP do powoływania sędziów, tj. z art. 144 ust. 3 pkt 17 w związku z art. 179 Konstytucji RP (dalej jako: „**Prerogatywa**”). Nie jest natomiast przedmiotem niniejszej Opinii ocenianie Przepisów o teście z punktu widzenia innych zasad, w szczególności innych wymogów konstytucyjnych, czy też wymogów wynikających z przepisów prawa unijnego czy międzynarodowego.

W konsekwencji, zaprezentowane poniżej rozważania koncentrują się na weryfikacji zgodności proponowanej nowelizacji z ww. normami ustrojowymi, nie zaś ich ewaluacji od strony sensowności, racjonalności, zgodności z krajową tradycją i dotychczasowymi doświadczeniami praktyki orzeczniczej, czy tym bardziej efektywności. W szczególności, nie jest także zadaniem Autora ocena Przepisów o teście w świetle wymogów obowiązującej techniki prawodawczej tak długo, aż nie zachodzi ryzyko ich kolizji z Prerogatywą z tego właśnie powodu.

Mimo, iż Autor Opinii świadomy jest towarzyszących Projektowi kontrowersji oraz różnorodnych głosów krytycznych – w tym formułowanych zarówno w oficjalnych stanowiskach autorstwa uprawnionych do opiniowania podmiotów, jak i medialnych wypowiedziach innych komentatorów – większość podnoszonych w nich zarzutów oraz argumentów nie ma i nie może mieć wpływu na ostateczny werdykt w zakresie objętym niniejszą Opinią.

Nie bez znaczenia dla analizy przedstawionej w niniejszej Opinii i jej finalnej konkluzji pozostaje też fakt, iż Autor opowiada się konsekwentnie, czemu nieraz już dawał wyraz w dotychczasowych publikacjach naukowych oraz innych wystąpieniach publicznych, za postawą powściągliwości (wstrzemięźliwości) orzeczniczej² sędziów Trybunału Konstytucyjnego (dalej jako: „TK” lub „**Trybunał**”) oceniających badane normy prawne³, sceptycznie odnosząc się do praktyk tzw. aktywizmu orzeczniczego organów

² Polegającej na tym, że „ze kontrola ustaw przebiega na podstawie domniemania o zgodności z Konstytucją badanych norm. W tej sytuacji ciężar dowodu spoczywa na podmiocie kwestionującym tę zgodność (por. wyroki powołane w zdaniu odrębnym B. Zdziennickiego – wyr. z 7.1.2004 r., K 14/03, OTK-A 2004, Nr 1, poz. 1). Naruszeniem wobec tego zasady powściągliwości sędziowskiej jest obarczenie ustawodawcy ciężarem udowodnienia działania zgodnego z Konstytucją. Dla domniemania zgodności norm prawnych z Konstytucją duże znaczenie ma także metoda wykładni norm podkonstytucyjnych w zgodzie z Konstytucją. Należy podkreślić, że TK jeszcze pod rządami poprzedniej ustawy zasadniczej stwierdził: „interpretacja przepisów ustawowych musi być zawsze dokonywana przy zastosowaniu techniki wykładni ustawy w zgodzie z konstytucją” (orz. z 15.7.1996 r., K 5/96, OTK 1996, Nr 4, poz. 30, s. 24)”. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, art. 195, Legalis.

³ Na ten temat też m.in.: Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2008 roku, s. 15; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lipca 2007 r., sygn. akt K 11/06.

sądownictwa konstytucyjnego⁴. Tak rozumiana powściągliwość sędziowska idzie w parze z szacunkiem dla woli większości parlamentarnej, respektem dla zasady podziału władzy oraz domniemania racjonalnego prawodawcy oraz konstytucyjności stanowionych przez niego norm⁵. Trybunał nie powinien zatem dodawać do obowiązującego unormowania nowych treści normatywnych, bowiem ustrojodawca nie przyznał mu roli „ustawodawcy pozytywnego”⁶, nie posiada on bowiem kompetencji prawotwórczych⁷.

Tym bardziej, że – jak pokazują niemal cztery dekady działalności orzeczniczej polskiego TK – Trybunał przyjmował raczej postawę powściągliwą w wydawaniu wyroków orzekających o niezgodności aktów normatywnych z Konstytucją RP⁸, a jego aktywizm ocenić należy jako dość skromny na tle innych organów sądownictwa konstytucyjnego w Europie⁹. Fakt ten nie może być zignorowany przy weryfikacji konstytucyjności regulacji przez przedstawicieli doktryny prawa na etapie prelegislacyjnym lub legislacyjnym.

Mając na uwadze powyższe, zdystansować się trzeba względem popularnej obecnie tendencji, a wręcz swoistej mody kwestionowania niemal każdego proponowanego rozwiązania normatywnego jako wątpliwego konstytucyjnie, czy po prostu niekonstytucyjnego. Stan ten już sto lat temu krytycznie, a zarazem humorystycznie, komentował wybitny reprezentant doktryny prawniczej, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego Stanisław Gołąb:

„Coraz częściej dają się słyszeć głosy, wytykające, że ta lub owa ustawa, to lub owo rozporządzenie rządu – sprzeczne są z Konstytucją. „Czułość” na tym właśnie punkcie nie jest rzeczą ani zdumiewającą, ani nową. Odkąd są konstytucje, odtąd i zarzuty wykroczeń przeciw nim w praktyce. Niejednokrotnie zarzuty takie nie mają nic wspólnego z obiektywnym rozpatrzeniem sprawy, będąc tylko manewrem pewnych osób, grup społecznych, stronnictw politycznych, niezadowolonych z jakiejś nowej ustawy lub rozporządzenia. W innych, znacznie rzadszych przypadkach rzecz ma się przeciwnie: widzi się naprawdę możliwie obiektywnie niezgodność z Konstytucją i stara się złu zaradzić wszelkimi, nasuwającymi się sposobami. (...) Nie bez racji przytacza się tu odstrasające przykłady z praktyki amerykańskiej n. p. uznanie za nieważną ustawy,

⁴ Rozumianego jako: „wychodzenie przez nie [Trybunał Konstytucyjny lub Sąd Najwyższy - Autor] poza rozstrzygnięcie konkretnych spraw i aktywne orzecznictwo partycypowanie w rozwiązywaniu problemów społecznych czy kształtowaniu koncepcji państwa. (...) Takie zjawisko kształtowania się sui generis konstytucji sądowej znane było też w Polsce po 1989 r., gdy orzecznictwo TK często wyprzedzało zmiany przepisów rangi konstytucyjnej, torując przestrzeń dla nowych unormowań konstytucyjnych”. Z. Witkowski, *Konstytucja – zbiór dogmatów ideologicznych czy zarys granic sprawowania władzy w państwie. Uwagi w kontekście pojęć konstytucji pisanej i faktycznej* [w:] H. Suchocka, R. Świergiel, M. Przychodźki (red.) *Konstytucja rzeczywista a konstytucja pisana w Polsce*, Toruń 2022, s. 17.

⁵ A. Śledzińska-Simon, *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019, s. 150.

⁶ Na ten temat m.in.: P. Tuleja, *Co kontroluje Trybunał Konstytucyjny*, [w:] M. Grzybowski (red.), *Ustroje: historia i współczesność : Polska - Europa - Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Kraków 2013, s. 313; Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2008 roku, s. 15; zob. też wyrok TK z dnia 24 września 1996 r., sygn. akt K 13/95.

⁷ Wyrok TK z dnia 24 września 1996 r., sygn. akt K 13/95.

⁸ A. Szafranski, *Konstytucyjna wolność gospodarcza na tle historii idei i gospodarki*, Warszawa 2018, s. 194-195.

⁹ H. Izdebski, *Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2007, s. 208.

nakazującej urządzić umywalnie dla górników, albowiem nie wydano równocześnie takiegoż przepisu dla innych robotników, potrzebujących również umywalni, a przez to naruszono postanowienie konstytucji o prawie obywateli do równej opieki ustaw; takie strzeżenie konstytucji nie może społeczeństwu przynieść pożytku”¹⁰ [pisownia oryginalna].

¹⁰ S. Gołąb, *Sprzeczność z konstytucją*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 1/1926, s. IX i XII.

IV. Analizowane rozwiązanie (Przepisy o teście)

Analizowane przepisy Projektu znowelizują dotychczas obowiązujące ustawy, tj.: ustawę z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym¹¹ (dalej jako: „ustawa o SN”), ustawę z dnia 21 sierpnia 1997 r. - Prawo o ustroju sądów wojskowych¹² (dalej jako: „ustawa o sądach wojskowych”), ustawę z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych¹³ (dalej jako: „PUSP”) oraz ustawę z dnia 25 lipca 2002 r. - Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁴ (dalej jako: „PUSA”), m.in. poprzez:

- 1) zmianę brzmienia § 5, 7, 8, 11, 14-19, 21, 23, 25 w art. 29 ustawy o SN;
- 2) dodanie § 7a do art. 29 ustawy o SN;
- 3) uchylenie § 4 w art. 29 ustawy o SN;
- 4) zmianę brzmienia § 4, 7 i 14 w art. 23a ustawy o sądach wojskowych;
- 5) dodanie § 7a do art. 23a ustawy o sądach wojskowych;
- 6) uchylenie § 3 w art. 23a ustawy o sądach wojskowych;
- 7) zmianę brzmienia § 3 i 13 w art. 42a PUSP;
- 8) dodanie pkt 8 w art. 42a § 6 PUSP;
- 9) dodanie § 6a w art. 42a PUSP;
- 10) uchylenie § 5 w art. 55 PUSP;
- 11) uchylenie § 1c w art. 5 PUSA;
- 12) zmianę brzmienia § 1, 3 w art. 5a PUSA;
- 13) dodanie § 3a w art. 5a PUSA.

Powyższe zmiany konstytuują Przepisy o teście, będące przedmiotem niniejszej Opinii.

W skrócie nowelizowane Przepisy o teście dostrzegają, że:

- badanie z urzędu przez sądy zapewnienia prawa do sądu niezależnego, bezstronnego i ustanowionego na podstawie ustawy jest zastanym elementem polskiego porządku ustrojowego, również z uwzględnieniem wiążących Rzeczpospolitą norm prawa unijnego i międzynarodowego,

oraz określają, że:

- okoliczności dotyczące powołania sędziego mogą być podstawą (w tym również wyłączną podstawą) badania spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności oraz ustanowienia na podstawie ustawy, jeżeli w okolicznościach danej sprawy może to doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości, bezstronności lub ustanowienia na podstawie ustawy;
- ustanowiona wcześniej (ustawą z dnia z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw) procedura badania spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu i jego

¹¹ Dz.U. z 2021 r., poz. 1904.

¹² Dz.U. z 2022 r., poz. 2250.

¹³ Dz.U. z 2020 r., poz. 2072.

¹⁴ Dz.U. z 2022 r., poz. 2492.

postępowania po powołaniu (dalej jako: „Test”), została uzupełniona o dodatkowy element oceny, tj. badanie spełnienia przez sędziego wymogu ustanowienia na podstawie ustawy, jednak nadal tylko o tyle, o ile w okolicznościach danej sprawy może to doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości, bezstronności lub ustanowienia na podstawie ustawy;

- w przypadku zastosowania Testu w odniesieniu do sędziów Sądu Najwyższego sądem dokonującym badania będzie Naczelny Sąd Administracyjny, natomiast w przypadku sędziów pozostałych sądów Naczelny Sąd Administracyjny będzie sądem odwoławczym, rozpoznającym wnioski o ponowne rozpoznanie testu z inicjatywy danego sędziego;
- krąg podmiotów uprawnionych do zainicjowania Testu został poszerzony o właściwy sąd (tj. sąd przed którym toczy się postępowanie, w ramach którego zachodzi potrzeba takiego badania), a pośrednio także o członka składu orzekającego (poprzez poinformowanie przewodniczącego o okolicznościach uzasadniających złożenie wniosku o przeprowadzenie Testu);
- utrzymana została zasada, zgodnie z którą rozstrzygnięcie Testu w konkretnej sprawie i wyłączenie sędziego od udziału w danej sprawie nie może stanowić podstawy do wyłączenia tego sędziego w innych prowadzonych przez niego sprawach (tym samym Test, zarówno wcześniej, jak i po wejściu w życie Przepisów o teście, nie będzie prowadził do pozbawienia sędziego powołanego przez Prezydenta RP w jakimkolwiek zakresie prawa do orzekania (*votum* sędziowskiego, a nawet prawa do orzekania w konkretnym sądzie), lecz jedynie wyłączenia go od rozpoznania konkretnej sprawy, w której zachodzą ustawowe przyczyny takiego wyłączenia);
- utrzymana została zasada, zgodnie z którą w ramach działalności danego sądu lub jego organów niedopuszczalne jest kwestionowanie umocowania sądów i trybunałów, konstytucyjnych organów państwowych oraz organów kontroli i ochrony prawa.

Projektodawca wyjaśnia motywy jakie stoją za zmianami w zakresie Przepisów o teście oraz nowe zasady przeprowadzania testu niezależności i niezawisłości w uzasadnieniu Projektu:

„W art. 1 pkt 2 projektu zawarte zostały mające charakter doprecyzowujący zmiany w przepisach obejmujących procedurę tzw. testu niezależności i bezstronności sędziego, wprowadzonych ustawą z dnia 9 czerwca 2022 r. Mając na uwadze postanowienia zawarte w szczególności w pkt 46-49 preambuły do decyzji wykonawczej Rady (UE), w celu potwierdzenia możliwości badania w ramach przedmiotowej procedury wszystkich wymogów wynikających z art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej projektowane nowe brzmienie przepisu art. 29 § 5 ustawy o SN zostało uzupełnione o wskazanie przesłanki „ustanowienia na podstawie ustawy”, a przepis § 4, zgodnie z art. 1 pkt 2 lit. a projektu, zostanie uchylony. Ponadto, w celu umożliwienia zainicjowania procedury badania powyższych wymogów zarówno na wniosek strony lub innej uprawnionej osoby, jak i z urzędu, w przepisie § 7 w art. 29 ustawy o SN przewidziane zostało stosowne uprawnienie do złożenia wniosku inicjującego procedurę testu niezależności i bezstronności sędziego adresowane do właściwego sądu. W sprawach

rozpatrywanych w składach wieloosobowych członków składu orzekającego będzie zaś uprawniony do poinformowania przewodniczącego o wszelkich okolicznościach w ocenie tego sędziego uzasadniających złożenie z urzędu wniosku inicjującego przedmiotową procedurę.

Projekt przewiduje wprowadzenie analogicznych zmian również na poziomie przepisów PUSP (art. 3 pkt 2 projektu), oraz pozostałych ustrojowych ustaw sądowych, tj. ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o ustroju sądów wojskowych (Dz. U. z 2020 r., z późn. zm., zwanej dalej „PUSW”) w art. 2 pkt 1 projektu oraz ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 137, z późn. zm., zwanej dalej „PUSA”) w art. 4 pkt 2 projektu.

Pozostałe zmiany w odniesieniu do procedury testu niezależności i bezstronności sędziego w ustawie o SN (art. 1 pkt 2 lit. e-j projektu) mają na celu przypisanie Naczelniemu Sądowi Administracyjnemu właściwości w sprawach obejmujących ocenę wniosku o przeprowadzenie przedmiotowego testu, bez merytorycznej ingerencji w treść samej procedury. Projekt przewiduje zatem m.in., że powyższy wniosek będzie rozpoznawany przez Naczelny Sąd Administracyjny na posiedzeniu niejawnym w składzie 5 sędziów losowanych spośród całego składu Naczelnego Sądu Administracyjnego, w drugiej instancji w składzie 7 sędziów losowanych spośród całego składu Naczelnego Sądu Administracyjnego, a orzeczenie w przedmiocie wniosku powinno zostać wydane, zarówno w pierwszej jak i w drugiej instancji, w terminie dwóch tygodni, licząc odpowiednio od dnia złożenia wniosku albo od dnia wniesienia odwołania. Analogiczne zmiany zostały opisane w odniesieniu do przepisów PUSW (art. 2 pkt 1 lit. d) oraz PUSP (art. 3 pkt 1 lit. d oraz pkt 2)”

Powyższe wskazuje, że proponowane modyfikacje ustaw w zakresie wprowadzenia Przepisów o teście mają na celu doprecyzowanie już istniejącej instytucji Testu, z uwzględnieniem również przesłanki ustanowienia na podstawie ustawy, co ma na celu zapewnienie komplementarności instytucji Testu zarówno z wymogami konstytucyjnymi, jak również z przyjętym na gruncie prawa unijnego rozumieniem wymogów niezawisłości, bezstronności i ustanowienia na podstawie ustawy w odniesieniu do wymiaru sprawiedliwości¹⁵.

Wobec tego warte są jednak odnotowania podnoszone w przestrzeni publicznej przez komentatorów oraz niektórych wyższych urzędników państwowych zarzuty, wskazujące na możliwą sprzeczność Przepisów o teście z Prerogatywą:

„Nowa formuła testu odrywa go od konkretnej sprawy i ma rozszerzoną postać, na co wskazują zwroty „w uzupełnieniu” i „również”, otwierające ścieżki podważania statusu sędziego. (...) Obowiązująca od 15 lipca 2022 r. ustawa wprowadziła instytucję badania spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu i jego postępowaniu po powołaniu, jeżeli w okolicznościach danej sprawy może to prowadzić do naruszenia standardu niezawisłości, bezstronności mającego – i co istotne – może mieć wpływ na wynik sprawy z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy. Aktualny projekt odrywa test od wpływu na wynik sprawy. Owszem, wniosek

¹⁵ Por. P. Sobolewski, *Opinia w sprawie stwierdzenia, czy poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (przedstawiciel wnioskodawców: poseł Anna Milczanowska) jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej w rozumieniu art. 95a regulaminu Sejmu*, Biuro Analiz Sejmowych, znak BAS-WAPEiM-2467/22, Warszawa, 14 grudnia 2022 r., s. 1-2.

zostanie złożony w konkretnej sprawie, ale już w oderwaniu od tych przestanków. Rozstrzygnięcie będzie dotyczyło tej konkretnej sprawy, jednak formalnym skutkiem testu może być nie tylko wyłączenie sędziego z danej sprawy. Orzeczenie to może prowadzić do podważania statusu sędziego w innych sprawach. A można zakładać, że inne sądy mogą kierować się jednostkowym rozstrzygnięciem i twierdzić, że dany sędzia nie gwarantuje bezstronności i niezależności w rozpoznaniu kolejnej sprawy. Projekt sprzeciwia się więc utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego przeciwstawiającej się kontroli legalności procedury powołania sędziego, co uderza w prerogatywę prezydenta RP¹⁶,

a także w niektórych opiniach instytucji państwowych:

„Proponowane przedłożenie, gdyby miało zostać przyjęte, otwiera poza tym drogę do niezgodnego z Konstytucją RP kwestionowania prerogatyw Prezydenta RP, co może prowadzić do prawnego chaosu, na skalę dotychczas niespotykaną¹⁷.”

Znana jest także wypowiedź Prezydenta RP, sformułowana w dniu 15 grudnia 2022 r.:

„Będę oceniał to też z punktu widzenia bezpieczeństwa prawnego obywateli, stabilności wydanych orzeczeń. Proszę pamiętać, że przez ostatnie lata w polskich sądach – w różnych instancjach tych sądów i w różnych sądach, bo przecież mamy w Polsce i sądownictwo administracyjne, i sądownictwo powszechne, i Sąd Najwyższy – były wydane tysiące orzeczeń, wyroków, postanowień. W każdym przypadku były to osoby, które otrzymały bardzo często w ciągu ostatnich siedmiu lat swoje nominacje sędziowskie. Najczęściej na podstawie przepisów, które od dawna obowiązują, czyli od pięciu – sześciu lat.

To są, proszę Państwa, około trzy tysiące osób. Spośród tych trzech tysięcy sędziów zdecydowana większość to są ludzie młodzi. Młodzi ludzie, którym przy każdej nominacji sędziowskiej dziękuję za to, że zechcieli wybrać służbę sędziowską jako swoją drogę zawodową. Służbę polskiemu państwu i służbę innym ludziom. Tak do nich mówię, kiedy wręczam im nominacje sędziowskie. Oni się nie zastanawiali nad tym, jaki jest kształt prawny regulacji, które prowadzą ich do zawodu sędziowskiego. Oni się uczyli, przygotowywali się, zdawali egzaminy, zdobywali praktykę po to, żeby służyć polskiemu państwu i społeczeństwu.

Dla mnie stabilność zawodowa tych osób jest jedną z podstawowych kwestii także i odpowiedzialności Prezydenta RP za sprawy polskiego państwa. Proszę pamiętać o tym, że było to kształtowanie trzeciej władzy w RP. Mamy władzę ustawodawczą, władzę wykonawczą – której ja jestem częścią jako Prezydent – i władzę sądowniczą. Trzy tysiące przedstawicieli władzy sądowniczej w ciągu ostatnich lat odebrało swoje nominacje sędziowskie.

Bo nigdy tego nie było. Przez lata te nominacje sędziowskie były dokonywane przez kolejnych Prezydentów RP. Była kwestionowana Krajowa Rada Sądownictwa, było wiele orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, które podważały konstytucyjność KRS w różnych jej obszarach działania m.in. jeśli chodzi o kadencje, sposób wybierania itd. I był cały

¹⁶ K. Frydrych w rozmowie z M. Domagalskim, *Wiceminister sprawiedliwości: projekt ws. SN zagraża fundamentom państwa*, <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art37744571-wiceminister-sprawiedliwosci-projekt-ws-sn-zagraza-fundamentom-panstwa?refreshpaywall=2fd22fb1-97c8-4ce4-8faf-5e85ccdbcafb>, dostęp: 27 stycznia 2023 r.

¹⁷ Opinia Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2022 r. do projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym i zmianie niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2870 IX kadencji), s. 1.

szereg na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat takich orzeczeń, w których kwestionowano KRS. Ale nigdy nie kwestionowano nominacji sędziowskich, które są dopiero następstwem pracy KRS. Bo najpierw decyzję podejmuje KRS, która przedstawia Prezydentowi kandydatów na sędziów, a dopiero potem Prezydent decyduje, czy ktoś sędzią zostanie czy nie.

Decyzja Prezydenta jest decyzją ostateczną i niepodważalną. I mieliśmy, i mamy utrwalone to w orzecznictwie sądów – przede wszystkim sądów administracyjnych, myślę tu w szczególności o Naczelnym Sądzie Administracyjnym. Dosłownie w ostatnim czasie kwestia ta została w sposób absolutny potwierdzona przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który przeanalizował cały ten tryb dochodzenia do statusu sędziego w Polsce: poprzez decyzję KRS, następnie poprzez akt nominacji prezydenckiej, stwierdzając jednoznacznie, że akt ten jest niepodważalny.

W związku z czym, proszę Państwa, nie pozwolę na wprowadzenie do polskiego systemu prawnego żadnego aktu, który będzie komukolwiek pozwalał na jakiegokolwiek podważanie tego aktu. Czy mają to być sędziowie czy ktokolwiek inny – nie ma żadnego znaczenia, ponieważ oznaczałoby to wpuszczenie do polskiego systemu prawnego przepisów, które w moim przekonaniu, są sprzeczne z polską konstytucją. Konstytucją gwarantującą niezawisłość sędziowską, nieusuwalność sędziów, konstytucją gwarantującą prawa nabyte i wreszcie konstytucją gwarantującą również obywatelom to, że ich sprawy będą rozstrzygane przez niezawisłe sądy, gdzie nieusuwalność ma ogromne znaczenie dla konstrukcji samej niezawisłości.¹⁸ [wyróżnienia własne].

Powyższy głos Prezydenta RP ma kluczowe znaczenie w kontekście przedmiotu niniejszej Opinii – Prezydent RP prezentuje bowiem praktycznie doniosły (z uwagi na kompetencje Prezydenta RP w procesie prawodawczym) pogląd o warunkach brzegowych zgodności Przepisów o teście z Konstytucją RP, przede w wszystkim w kontekście stabilności skutków zrealizowanej wcześniej prerogatywy powoływania sędziów. Autor niniejszej Opinii w całości ww. pogląd Prezydenta RP podziela. Co jednak warto podkreślić Prezydent w żaden sposób w tej wypowiedzi nie dezawuuje Przepisów o teście, nie dyskredytuje, ani nie wyraża ich krytycznej oceny *a priori*, lecz wyłącznie wskazuje na wartości, którymi będzie się kierował, w momencie w którym Projekt będzie przedmiotem jego oceny na odpowiednim etapie procedury prawodawczej.

¹⁸ Wystąpienie Prezydenta RP z dnia 15 grudnia 2022 r., <https://www.prezydent.pl/aktualnosci/wypowiedzi-prezydenta-rp/wystapienia/oswiadczenie-prezydenta-rp,62468>, dostęp: 27 stycznia 2023 r.

V. Zakres i rozumienie Prerogatywy

Wynikająca z art. 144 ust. 3 pkt 17 w związku z art. 179 Konstytucji RP prerogatywa Prezydenta RP do powoływania sędziów wymaga pewnego omówienia co do jej charakteru i zakresu. Nie ulega wątpliwości, że podstawowe znaczenie ustrojowe unormowania art. 144 ust. 3 Konstytucji (katalogu prezydenckich prerogatyw) odnosi się do uwolnienia tych aktów urzędowych Prezydenta od politycznej kontroli rządu¹⁹. Innymi słowy, tego rodzaju akt urzędowy Prezydenta nie wymaga podpisu Prezesa Rady Ministrów, co za tym idzie może być dokonany bez uzgodnienia z rządem (jak również, co oczywiste, z parlamentem). Należy w tym miejscu odnotować, że niektórzy upatrują w tym wyczerpania funkcji prerogatywy, wskazując – iż, poza tym formalnym aspektem (dokonywania rozstrzygnięcia samodzielnie, bez udziału rządu) – akt urzędowy Prezydenta niczym nie różni się od innych aktów organów władzy publicznej, a w szczególności, że Prezydent może być skrępowany ograniczeniami przy wydawaniu tego rodzaju aktów²⁰, że mogą one podlegać sądowej kontroli²¹, a nawet, iż – w przypadku prerogatywy powoływania sędziów – mają one status czysto ceremonialny, a Prezydent jest skrępowany wnioskiem Krajowej Rady Sądownictwa²². Nie są to jednak poglądy prawidłowe i należy je zdecydowanie odrzucić. W szczególności, żaden argument płynący z polskiej tradycji ustrojowej czy praktyki konstytucyjnej, nie wspominając o brzmieniu art. 144 ust. 3 Konstytucji, nie podważa tego, że wykonanie prezydenckiej prerogatywy ma charakter swobodny²³ i wolny od oceny, a także, że korzystanie z prerogatywy nie ma charakteru wyłącznie ceremonialnego, lecz ma doniosłe znaczenie ustrojowe.

W doktrynie przeważa wszak pogląd, że prezydenckie kompetencje powoływania sędziów nie stanowią uprawnień z zakresu administracji publicznej, są przejawem stosowania norm konstytucyjnych, a tzw. stosunek kreacyjny nie jest stosunkiem administracyjnoprawnym i nie podlega kontroli sądowno-administracyjnej²⁴. Pogląd ten jest też utrwalony w judykaturze sądów.

¹⁹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 179 Konstytucji; uwaga 7* [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, Warszawa 2005.

²⁰ M. Ziółkowski, *Prerogatywa Prezydenta RP do powoływania sędziów (uwagi o art. 144 ust. 3 pkt 17 i 179 Konstytucji)*, *Przegląd Sejmowy* 1(114)/2013, s. 66 i n.

²¹ J. Sułkowski, *Uprawnienia Prezydenta RP do powoływania sędziów*, „*Przegląd Sejmowy*”, 4/2008, s. 47–66.

²² Por. J. Ciapała, *Kompetencja Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie powoływania sędziów. Refleksje krytyczne*, *Gdańskie Studia Prawnicze*, Tom XL/2018, s. 499 i 503.

²³ L. Garlicki, *op.cit.*; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 352; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Wyd. 2, Warszawa 2012, uwagi do art. 179; por. też K. Wojtyczek, *Prezydent Rzeczypospolitej* [w:] P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2014, s. 363, a także, z pewnymi zastrzeżeniami, R. Piotrowski, *Opinia o zgodności z Konstytucją postanowienia Prezydenta RP odmawiającego powołania na urząd sędziego mimo wniosku Krajowej Rady Sądownictwa w przedmiocie powołania*, Warszawa, 28 lipca 2016 r.,

<http://krspl.home.pl/admin/files/rp2013/ekspertyza%20powe%20sedziow%20prof.%20r.%20piotrowski%202016.pdf>, dostęp: 27 stycznia 2023 r.

²⁴ Zob. A. Kijowski, *Odrębności statusu prawnego sędziów Sądu Najwyższego*, „*Przegląd Sądowy*”, 1/2004, s. 18; tak też E. Sokalska, *Prawny charakter kompetencji Prezydenta RP w sferze władzy sądowniczej*, *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji*, 83/2010, s. 156.

Wykonywanie prerogatywy stanowi więc swobodną decyzję Prezydenta RP, wolną nie tylko od odpowiedzialności politycznej, ale także od kontroli dokonywanej przez inne organy władzy publicznej, w tym przez sądy²⁵.

Taki też charakter ma sama Prerogatywa, co jednoznacznie przesądziło w judykaturze Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał kilkakrotnie negatywnie wypowiedział się o próbach ustawowego ograniczenia czy skrepowania wykonywania przez Prezydenta wspomnianej prerogatywy, wskazując, iż jedyne ograniczenie jej stosowania wynika z samej ustawy zasadniczej i dotyczy uzależnienia możliwości jej wykonania od przedstawienia Prezydentowi wniosku Krajowej Rady Sądownictwa co do powołania osoby na stanowisko sędziowskie (art. 179 Konstytucji)²⁶:

„[K]ompetencja w zakresie powoływania sędziów jest na podstawie art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji prerogatywą Prezydenta, to znaczy jego osobistym uprawnieniem, które dla swej ważności nie wymaga podpisu Prezesa Rady Ministrów. Jako takie pozostaje w sferze wyłącznej gestii i odpowiedzialności Prezydenta, aczkolwiek nie znaczy to, że może on działać całkowicie dowolnie - wiąza go zasady i wartości wyrażone w Konstytucji, nad której przestrzeganiem, zgodnie z art. 126 ust. 2 Konstytucji, ma obowiązek czuwać. Uszczegółowienie prerogatywy w zakresie powoływania sędziów znajduje się w art. 179 Konstytucji. Przepis ten, stanowiąc, że sędziowie są powoływani przez Prezydenta na wniosek KRS, na czas nieoznaczony, precyzyjnie określa kompetencje zarówno Prezydenta, jak i KRS. Do KRS należy złożenie wniosku o powołanie sędziów (wskazanie kandydatów na określone stanowiska sędziowskie). Prezydent zaś dopiero po złożeniu wniosku może podjąć działania mające na celu powołanie sędziów. Art. 179 Konstytucji jest zatem normą kompletną, jeśli chodzi o określenie kompetencji Prezydenta w zakresie powoływania sędziów, gdyż zostały w nim uregulowane wszystkie niezbędne elementy procedury nominacyjnej. Oczywiście przy tym jest, że przepis ten nie opisuje szczegółowo całej procedury i w tym sensie nie ma charakteru samowystarczalnego. W tym zakresie realizacja przez Prezydenta jego kompetencji może być dookreślona w ustawach, jednakże pod warunkiem zachowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 Konstytucji zasady nadrzędności Konstytucji. Ustrojodawca wyznaczył bowiem dla ustawodawcy w art. 179 Konstytucji nieprzekraczalne ramy, jeśli chodzi o ustawową regulację procedury powoływania sędziów przez Prezydenta. Regulacje ustawowe nie mogą w szczególności naruszać istoty prezydenckiej prerogatywy w zakresie powoływania sędziów.”²⁷ [wyróżnienia własne].

Również w odniesieniu do innych prerogatyw Prezydenta RP odnoszących się do wymiaru sprawiedliwości, poglądy te pozostają aktualne:

„W szczególności na skuteczność powołania przez Prezydenta RP osoby I Prezesa SN nie mogą wpływać ani wady prawne przepisów obowiązujących na poziomie podkonstytucyjnym dotyczących wyboru kandydatów na I Prezesa SN przedstawianych Prezydentowi RP, ani błędy popełnione przez organ dokonujący wyłonienia kandydatów. Tę ocenę wzmacnia też to, że sam akt właściwego powołania na stanowisko I Prezesa SN nie tylko jest oparty bezpośrednio na przepisach Konstytucji (art. 183 ust. 3 Konstytucji), ale jest też prerogatywą

²⁵ Por. postanowienie TK z 23 czerwca 2008 r., sygn. Kpt 1/08, OTK-A 2008, nr 5, poz. 97: „Zgodnie z Konstytucją zachowania Prezydenta, podejmowane w ramach wykonywania przysługujących mu kompetencji, nie podlegają - jako takie - ocenie przez Trybunał Konstytucyjny.”

²⁶ E. Sokalska, *op.cit.*, s. 157; J. Gudowski (red.), *Prawo o ustroju sądów powszechnych*, s. 184;

²⁷ Wyrok TK z 5 czerwca 2012 r., sygn. K 18/09, OTK-A 2012, nr 6, poz. 63.

Prezydenta RP (art. 144 ust. 3 pkt 20 Konstytucji). Prerogatywa ta ma szczególny status: jest to osobiste uprawnienie głowy państwa, które dla swej ważności i skuteczności nie wymaga podpisu Prezesa Rady Ministrów. To znaczy, że wobec tego rodzaju aktów wyłączona jest, choćby pośrednia, odpowiedzialność polityczna za jego wydanie. Wyłączona jest też kontrola takiego aktu przez organy władzy publicznej. Kontrola taka byłaby dopuszczalna jedynie wówczas, gdyby przewidywała ją Konstytucja. (...) W polskim ustawodawstwie nie ma procedury umożliwiającej wzruszenie 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. Tak więc niezależnie od (...) wadliwości przepisów ustawowych i regulaminowych dotyczących przedstawiania Prezydentowi RP kandydatów na stanowisko I Prezesa SN czy jednoznacznych wad w procesie wyboru kandydatów (...), akt powołania I Prezesa SN jest skuteczny w momencie jego podpisania przez Prezydenta RP. Wykonanie prerogatywy przyjmuje formę prawną postanowienia, które jest skuteczne z momentem dokonania powołania. Akt taki jest publikowany w Dzienniku Urzędowym – Monitor Polski²⁸ [wyróżnienia własne].

Jeśli chodzi o zakres Prerogatywy, to w doktrynie wskazuje się przede wszystkim na to, że prezydenckie kompetencje w zakresie nominacji na sędziów dotyczą: „ustalania sędziowskiego składu kadrowego sądów powszechnych, administracyjnych i wojskowych”²⁹, przy czym obejmuje to także „określenie zakresu władzy sędziowskiej przez wskazanie rodzaju i szczebla sądu, do którego sędzia jest powoływany”³⁰. Poprzez powołanie sędziego dochodzi do „przypisania sędziemu w akcie powołania określonego stanowiska i miejsca służbowego. (...) Innymi słowy, akt powołania jest aktem kształtującym status sędziego - osoba powołana przez Prezydenta RP jest bowiem co do zasady uprawniona do orzekania wyłącznie w sądzie określonym w akcie powołania. Tym samym równocześnie z nadaniem sędziemu inwestytury dochodzi do określenia zarówno obszaru wykonywania jurysdykcji, jak i zakresu rzeczowego rozpoznawanych spraw. W konsekwencji akt powołania determinuje zakres obowiązków sędziego”³¹.

Można zatem stwierdzić, że prezydencka prerogatywa, o której mowa w art. 144 ust. 3 pkt 17 w związku z art. 179 Konstytucji RP wyczerpuje się w kształtowaniu obsady personalnej jednej z władz – władzy sądowniczej, w którym to kształtowaniu zawiera się zarówno nadanie władzy (*votum*) sędziowskiej, jak i określenie rodzaju oraz szczebla sądu, w którym władza ta będzie wykonywana. A *contrario*, nie są objęte prezydencką prerogatywą aspekty dotyczące dalszego wykonywania władzy sędziowskiej, w szczególności wykluczone jest przypisywanie Prezydentowi, w oparciu o Prerogatywę, jakichkolwiek kompetencji w zakresie kształtowania składów orzekających w konkretnych sprawach sądowych czy rozstrzygania o tym, czy sędzia może orzekać w konkretnej sprawie, czy nie. W szczególności, nie jest konsekwencją Prerogatywy (a na pewno się w niej nie zawiera) to, czy osoba powołana przez

²⁸ Wyrok TK z dnia 24 października 2017 r., sygn. K 3/17.

²⁹ E. Sokalska, *op.cit.*, s. 156.

³⁰ M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, Warszawa 2016, uwagi do art. 179, nb 8.

³¹ M. Masternak-Kubiak [w:] M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 179.

Prezydenta RP na stanowisko sędziowskie będzie mogła orzekać w danej sprawie czy nie.

Jest to natomiast materia zarezerwowana dla ustawy (przede wszystkim dla przepisów normujących procedury sądowe), co nie oznacza oczywiście, że pozostaje ona poza obszarem konstytucyjnej wrażliwości. Prerogatywa nie jest jednak ani jedynym, ani nie najważniejszym kryterium oceny konstytucyjności takich regulacji (będą to natomiast przede wszystkim pryncypia prawa do sądu, niezależności władzy sędziowskiej, zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa, *etc.*). Należy podkreślić, że Konstytucja nie zawiera szczegółowych unormowań, ani wytycznych co do sposobu kształtowania procedur sądowych (w tym w zakresie obsady składów orzekających), w związku z tym ustawodawca zwykły ma w tym zakresie daleko idącą swobodę, ograniczoną w praktyce jedynie koniecznością zachowania skutecznego prawa do sądu³².

W istocie można dostrzec jeden tylko punkt potencjalnej kolizji przepisów ustawowych określających kształtowanie składów orzekających w konkretnych sprawach – zgodzić się można bowiem z tezą, że niedopuszczalne byłoby takie ukształtowanie tych przepisów, które zmieniałoby Prerogatywę jedynie w pozór, *de facto* wykluczając osobę powołaną przez Prezydenta RP z grona sędziów poprzez trwałe organizacyjne lub proceduralne pozbawienie jej funkcji orzeczniczych.

³² Zob. m.in. wyrok TK z 20 października 2010 r., P 37/09, OTK-A 2010, nr 8, poz. 79.

VI. Analiza zgodności Przepisów o teście z przepisami Konstytucji RP dotyczącymi prerogatywy powoływania sędziów

1. Uwagi ogólne co do zgodności Przepisów o teście z Prerogatywą

Uwzględniając powyższe ustalenia, w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż Przepisy o teście *expressis verbis* odnoszą się do etapu rozstrzygnięcia konkretnej sprawy sądowej, tj. wpływają na ukształtowanie składu orzekającego sądu w takiej konkretnej sprawie, *prima facie* w żaden jednak sposób nie wprowadzają procedury umożliwiającej rozstrzygnięcie o tym, czy dana osoba jest sędzią, czy posiada prawo do orzekania, a także, czy jej powołanie pozostaje ważne. Tym samym Przepisy o teście dotyczą rzeczowo innej materii niż ta, która mogłaby wchodzić w kolizję Prerogatywą. Już to spostrzeżenie mogłoby zakończyć analizę i postawić wniosek, że Przepisy o teście nie są niezgodne (tj. nie wchodzi w kolizję, co powoduje, że nie ma potrzeby dokonywania oceny ich hierarchicznej zgodności) z Prerogatywą.

W ocenie Autora należy jednak rozwiązać również potencjalne wątpliwości, czy Przepisy o teście nie wywołują jednak pośrednio takich konsekwencji, które mogłyby zniweczyć skutki wykonania Prerogatywy przez Prezydenta. Autor niniejszej Opinii podziela bowiem zdanie, że taka sytuacja, choć formalnie nie dotycząca Prerogatywy, byłaby również konstytucyjnie niedopuszczalna.

W tym kontekście wypowiedzi przedstawicieli rządu zdają się wskazywać, że intencją Projektodawcy nie jest uszczuplanie Prerogatywy, a proponowane unormowania takiego skutku nie mają. W szczególności, stanowisko o braku kolizji pomiędzy Projektem a Prerogatywą od początku prezentuje m.in. Prezes Rady Ministrów Mateusz Morawiecki:

„wszystkie nominacje sędziowskie, które zostały przez pana prezydenta poczynione w ostatnich latach, są absolutnie nienaruszalne i to jest aksjomat i to jest warunek *sine qua non* całego tego procesu”³³.

Warto również odnotować pogląd Prezesa Rządowego Centrum Legislacji, dr. hab. Krzysztofa Szczuckiego:

„Konstytucyjnie te sprawy, które rzekomo są z nią sprzeczne, nie budzą mojej wątpliwości. Jeśli chodzi natomiast o kwestię konstytucyjności, nasz obóz chce, aby wszystko było z nią zgodne. **Prerogatywa prezydenta jest fundamentem, jeśli chodzi o sądownictwo.** Tego nie można kwestionować. **Jeżeli chodzi o ten test niezależności, nie uważam, żeby on kwestionował tę prerogatywę.** Dobrze, że ta debata będzie się odbywać i będzie można wsłuchać się w głos prezydenta”³⁴ [wyróżnienia własne].

Powyższe wskazuje dość jednoznacznie na *ratio legis* proponowanych unormowań. Poniżej Autor niniejszej Opinii odniesie się szczegółowo do kolejnych aspektów Przepisów o teście, z punktu widzenia ww. potencjalnych wątpliwości.

³³ Wypowiedź Premiera na konferencji w Oławie, 19 grudnia 2022 r., <http://300polityka.pl/live/2022/12/19/>, dostęp: 27 stycznia 2023 r.

³⁴ Wypowiedź w programie TV Republika z dnia 20 grudnia 2022 r., <https://tvrepublika.pl/Nowela-o-SN-Co-oznacza-ona-dla-sadownictwa-Dziennikarski-Poker,143815.html>, dostęp: 27 stycznia 2023 r.

2. Badanie z urzędu zapewnienia prawa do sądu niezależnego, bezstronnego i ustanowionego na podstawie ustawy

Uwagę części komentatorów przykuło nietypowe sformułowanie zrębowych przepisów Testu, w brzmieniu proponowanym w Projekcie (art. 29 § 5 ustawy o SN, art. 23a § 4 ustawy o sądach wojskowych, art. 42a § 3 PUSP, art. 5a § 1 PUSA):

„W uzupełnieniu możliwości badania przez sąd z urzędu zapewnienia prawa do sądu niezależnego, bezstronnego i ustanowionego na podstawie ustawy, dopuszczalne jest również (...)”

Przedmiotowe wprowadzenie do Testu w proponowanym brzmieniu sugeruje istnienie normy przewidującej właśnie takie badanie z urzędu zapewnienia prawa do sądu niezależnego, bezstronnego i ustanowionego na podstawie ustawy. Oczywiście, trafnym jest spostrzeżenie, że w przepisach ustawowych trudno jest zidentyfikować procedurę, która przewidywałaby *expressis verbis* takie badanie.

W ocenie Autora niniejszej Opinii nie jest to jednak ani pomyłka Projektodawcy, ani też próba wprowadzenia „kuchennymi drzwiami” nieznanego polskiemu porządkowi prawnemu procedury badania prawidłowości obsady sądu. W szczególności, należy zwrócić uwagę, że weryfikacja spełnienia przez sąd wymogów niezależności, bezstronności i ustanowienia na podstawie ustawy nie jest żadnym *novum*, wręcz przeciwnie jest *implicite* wpisana zarówno w konstytucyjny standard prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP), jak i w unijny (art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej („TUE”) oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych („KPP”))³⁵ oraz konwencyjny (art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności („Konwencja”))³⁶ standard efektywnej ochrony sądowej.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na treść art. 45 ust. 1 Konstytucji RP:

„Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”.

Z przepisu tego wynika wprost, że warunkiem realizacji prawa do sądu jest to, aby sąd był niezależny, bezstronny, a także aby był ustawowo powołany (właściwy). Takie rozumienie art. 45 ust. 1 Konstytucji podzielane jest zarówno w judykaturze Trybunału Konstytucyjnego:

„Art. 45 ust. 1 Konstytucji wyraża prawo do sądu. Z ugruntowanego orzecznictwa Trybunału wynika, że prawo to obejmuje w szczególności:

- 1) prawo dostępu do sądu, czyli prawo do uruchomienia postępowania przed sądem,
- 2) prawo do odpowiednio ukształtowanej i rzetelnej procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności,
- 3) prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd w rozsądnym terminie,

³⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako: „TSUE”) z 26 marca 2020 r., C-542/18 RX-II, *Erik Simpson i HG przeciwko Radzie Unii Europejskiej i Komisji Europejskiej*, LEX nr 2872424.

³⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako: „ETPCz”) z 1 grudnia 2020 r., 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia*, LEX nr 3087749.

4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy (...)

Prawo do sądu jest rozumiane zarówno formalnie, jako dostępność drogi sądowej w ogóle, jak i materialnie, jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej. Ochronę taką gwarantuje m.in. takie ukształtowanie warunków realizacji prawa do sądu, które nie prowadzi do ograniczenia możliwości merytorycznego zbadania przez sąd zarzutów formułowanych przez skarżącego. (...)”³⁷,

jak i w doktrynie:

„Realizacja prawa do sądu wymaga, by sąd charakteryzował się cechami wskazanymi w Konstytucji. Brak spełnienia tych cech oznacza, iż nawet jeśli ustawa nazwie jakiś organ państwa sądem, nie będzie on sądem w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Konstytucyjne prawo do sądu obejmuje prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. Ustrój ten obejmuje: niezależność sądów, niezawisłość sędziów oraz ich bezstronność.”³⁸.

Na to, że obowiązkiem organów władzy publicznej (w tym sądów) jest reagowanie na przypadki szczególnie drastycznego wypaczenia wymogów niezależności, bezstronności i prawidłowego ustanowienia sądu, **orzecnictwo Trybunału Konstytucyjnego zwraca uwagę od lat, nie jest to zatem żadna nowinka, lecz immanentny element obowiązku władz publicznych zapewnienia każdemu prawa do sądu:**

„Pojęcie niezawisłości sędziowskiej zostało użyte w konstytucji z 1997 r. bez bliższego zdefiniowania, ale nie ulega wątpliwości, że ustawodawca posłużył się tu "terminem zastanym", którego znaczenie uformowało się jeszcze w Polsce międzywojennej i które dzisiaj znajduje potwierdzenie w licznych dokumentach międzynarodowych. Jak wskazuje się w polskiej doktrynie (zob. Z. Czeszejko-Sochacki: Prawo do sądu w świetle Konstytucji RP, PiP 1997, Nr 11-12, s.99-100 oraz powołane tam prace A. Murzynowskiego, A. Zielińskiego), niezawisłość obejmuje szereg elementów: 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) wewnętrzna niezależność sędziego. **Poszanowanie i obrona tych wszystkich elementów niezawisłości są konstytucyjnym obowiązkiem wszystkich organów i osób stykających się z działalnością sądów, ale także są konstytucyjnym obowiązkiem samego sędziego.** Naruszenie tego obowiązku przez sędziego oznaczać może sprzeniewierzenie się zasadzie niezawisłości sędziowskiej, a to jest równoznaczne z bardzo poważnym uchybieniem podstawowym zasadom funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. **Szczególnie drastyczną postacią sprzeniewierzenia się obowiązkowi łączącym się z zasadą niezawisłości jest naruszenie obowiązku zachowania przez sędziego bezstronności, co m. in. może polegać na dostosowywaniu treści wydawanych orzeczeń do sugestii czy poleceń przekazywanych sędziemu z zewnątrz, już to do antycypowania tych sugestii z myślą o wy wpływających z tego korzyściach. Prowadzi to do pojawienia się zjawiska "sędziego dyspozycyjnego", a to wyklucza możliwość wymierzania sprawiedliwości. Ta – jak to określa P. Hofmański (Prawo do sądu w sprawach**

³⁷ Wyrok TK z dnia 22 października 2015 r., sygn. SK 28/14.

³⁸ P. Tuleja [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, wyd. II*, art. 45.

karnych... [w] Podstawowe prawa jednostki i sądowa ich ochrona, pod. red L. Wiśniewskiego, Warszawa 1997, s.206) – subiektywna stronniczość sędziego jest zawsze zaprzeczeniem prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, ale szczególnie dramatycznego wymiaru nabiera, jeżeli – co było i jest regułą w państwach totalitarnych – znajduje odniesienie do procesów politycznych, gdy sędzia staje się wykonawcą politycznej woli państwa w eliminowaniu tych, którzy się owej woli próbują przeciwstawiać.”³⁹ [wyróżnienia własne].

Doktryna dostrzega przy tym wzajemne przenikanie się i inspirowanie praktyki konstytucyjnej, biorąc pod uwagę bliskość treściową art. 45 ust. 1 Konstytucji RP czy art. 6 Konwencji, jak i odpowiednich przepisów prawa UE (art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE czy art. 47 KPP):

„Zbieżność treściowa między gwarancją wynikającą z art. 6 ust. 1 EKPC i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP jest dostrzegana w judykaturze TK, który nierzadko odwołuje się do standardu konwencyjnego przy wykładni art. 45. Z ogólnej perspektywy w orzecznictwie akcentuje się podobieństwo kierunków interpretacyjnych przyjmowanych na tle art. 6 ust. 1 EKPC i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz podnosi, że standardy wynikające z EKPC mogą i powinny być wykorzystywane przy konstruowaniu wzorca konstytucyjnego wynikającego z art. 45 Konstytucji RP”⁴⁰.

W świetle prawa unijnego (w ocenie Autora niniejszej Opinii zbieżnego w tym zakresie z polskim porządkiem konstytucyjnym) przyjąć należy, że aby sąd krajowy mógł wypełniać prawidłowo i bez uszczerbku dla prawa do sądu, które stanowi jeden z fundamentów unii prawa (wyrok TSUE z 13 marca 2007 r., *Unibet*, C-432/05, pkt 37), zadania w zakresie wymiaru sprawiedliwości, jego status, kompetencje, a także sposób powołania i obsadzenie **muszą spełniać pewne minimalne kryteria**, które – w toku rozwoju unijnego dorobku prawnego – zostały dostrzeżone i potwierdzone w orzecznictwie TSUE (por. wyrok TSUE w sprawie C-64/16, a także m.in. wyrok TSUE z 16 lutego 2017 r. w sprawie C-503/15 i wyrok TSUE w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18). Jak wskazał TSUE:

„Tymczasem dla zagwarantowania tej ochrony rzeczą kluczową jest zachowanie niezawisłości takich organów, co potwierdza art. 47 akapit drugi karty, w którym wśród wymogów związanych z prawem podstawowym do skutecznego środka prawnego wymieniono dostęp do „niezawisłego” sądu”⁴¹.

Przy tym wymóg sądu ustanowionego na mocy ustawy, ujęty w art. 6 ust. 1 Konwencji i oraz art. 47 KPP, ma charakter naturalnie pierwotny, ponieważ stanowi w ogóle o istnieniu sądu w świetle prawa.

Istotne wskazówki, co do tego, kiedy wymóg „sądu ustanowionego ustawą” nie jest spełniony, dostarcza wyrok ETPCz z 1 grudnia 2020 r. *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* (skarga nr 26374/18):

„Zgodnie z art. 6 ust. 1 Konwencji, sąd lub trybunał zawsze musi być „ustanowiony ustawą”. To sformułowanie odzwierciedla zasadę rządów prawa, która jest wpisana w system ochrony ustanowiony na mocy Konwencji i Protokołów do niej, i która jest

³⁹ Wyrok TK z 24 czerwca 1998 r., sygn. K 3/98, OTK 1998, nr 4, poz. 52.

⁴⁰ M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, uwagi do art. 45.

⁴¹ Wyrok TSUE z dnia 25 lipca 2018 r., C-216/18 PPU, LM, pkt 53.

wyraźnie wskazana w preambule do Konwencji. (...) Sąd, który nie został powołany zgodnie z intencjami ustawodawcy, nie będzie z konieczności posiadał legitymacji wymaganej w demokratycznym społeczeństwie do rozstrzygania sporów prawnych.”⁴².

W świetle tego orzeczenia, występują 3 elementy kryterium „sądu ustanowionego ustawą”, których wystąpienie może wskazywać na to, że wymóg ten nie został spełniony:

„(i) Pierwszy etap kryterium.

Trybunał po pierwsze stwierdza, iż co do zasady musi mieć miejsce oczywiste naruszenie prawa krajowego w tym sensie, iż naruszenie to musi być obiektywnie i autentycznie identyfikowalne jako naruszenie. (...)

(ii) Drugi etap kryterium

Po drugie, przedmiotowe naruszenie musi zostać ocenione w świetle przedmiotu i celu wymogu "sądu ustanowionego prawem", a mianowicie zapewnienia zdolności sądownictwa do wykonywania swych obowiązków w sposób wolny od nienależytych nacisków, tym samym chroniąc zasady rządów prawa i podziału władzy. Wobec powyższego, naruszenia o czysto technicznym charakterze, które nie mają wpływu na legalność procesu powołania, muszą zostać uznane za naruszenia niewchodzące w zakres odnośnego progu. Natomiast naruszenia, które zupełnie lekceważą najbardziej podstawowe przepisy w trybie powołania – takie jak, na przykład, powołanie na urząd sędziego osoby, która nie spełnia odnośnych kryteriów wyboru – lub naruszenia, które inaczej mogłyby podważyć cel i skutek wymogu "ustanowienia ustawą" w interpretacji Trybunału, muszą być uznawane za naruszenie odnośnego wymogu.

Wobec powyższego Trybunał staje na stanowisku, iż jedynie te naruszenia, które dotyczą podstawowych zasad procedury powoływania sędziów – to jest naruszenia, które wpływają na samą istotę prawa do "sądu ustanowionego ustawą" - mogą skutkować naruszeniem tego prawa. (...).

(iii) Trzeci etap kryterium

Po trzecie Trybunał stwierdza, iż kontrola przeprowadzona przez sądy krajowe, jeżeli miała miejsce, co do konsekwencji prawnych – w odniesieniu do indywidualnych praw konwencyjnych – naruszenia krajowych zasad powoływania sędziów, odgrywa ważną rolę w rozstrzygnięciu o tym, czy naruszenie takie sprowadzało się do naruszenia prawa do "sądu ustanowionego ustawą", a tym samym stanowi element odnośnego kryterium jako takiego.” (wyróżnienia własne)

Kwestie te zostały rozwinięte następnie przez TSUE m.in. w wyroku w sprawie *Simpson*:

„Z orzecznictwa przytoczonego w pkt 71 i 73 niniejszego wyroku wynika, że nieprawidłowość, której dopuszczono się przy mianowaniu sędziów w ramach danego systemu sądownictwa, pociąga za sobą naruszenie art. 47 akapit drugi zdanie pierwsze karty, w szczególności gdy nieprawidłowość ta ma taki charakter i wagę, że stwarza ona rzeczywiste ryzyko, że pozostałe władze, w szczególności władza wykonawcza, mogły skorzystać z nienależnych im uprawnień dyskrecyjnych, narażając prawidłowość

⁴² Wyrok ETPCz z 1 grudnia 2020 r., 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia*, LEX nr 3087749.

skutku, do którego prowadzi procedura mianowania, i wzbudzając w ten sposób uzasadnione wątpliwości w przekonaniu jednostek co do niezawisłości i bezstronności danego sędziego lub danych sędziów, co ma miejsce, gdy chodzi o podstawowe normy stanowiące integralną część ustroju i funkcjonowania tego systemu sądownictwa. (...)

Z powyższego wynika, że naruszenie przez Radę zaproszenia do zgłaszania kandydatur z dnia 3 grudnia 2013 r. nie stanowi naruszenia podstawowych norm prawa Unii mających zastosowanie do mianowania sędziów Sądu do spraw Służby Publicznej, które pociągało za sobą pogwałcenie prawa skarżących do sądu ustanowionego na mocy ustawy, zagwarantowanego w art. 47 akapit drugi zdanie pierwsze karty. (...)

Wyroki Sądu Unii Europejskiej (izba ds. odwołań) z dnia 19 lipca 2018 r., Simpson/Rada (T-646/16P, niepublikowany, EU:T:2018:493) i HG/Komisja (T-693/16P, niepublikowany, EU:T:2018:492), naruszają jedność i spójność prawa Unii w zakresie, w jakim Sąd Unii Europejskiej orzekł jako sąd odwoławczy, że izba Sądu do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej, która wydała, odpowiednio, postanowienie z dnia 24 czerwca 2016 r., Simpson/Rada (F-142/11 RENV, EU:F:2016:136), oraz wyrok z dnia 19 lipca 2016 r., HG/Komisja (F-149/15, EU:F:2016:155), obradowała w nieprawidłowym składzie z powodu uchybienia związanego z procedurą mianowania jednego z jej członków, co spowodowało naruszenie ustanowionej w art. 47 akapit drugi zdanie pierwsze Karty praw podstawowych Unii Europejskiej zasady sędziego powołanego zgodnie z prawem, i uchylił wspomniane orzeczenia.⁴³

Wyrok TSUE w sprawie Simpson należy uznać za znamienny – płynie bowiem z niego wniosek (zresztą osadzony również w cyt. sprawie *Ástráðsson*), że kryterium ustanowienia sądu na podstawie ustawy nie trzeba demonizować. Wbrew radykalnym głosom pochodzącym z obydwu stron tzw. sporu o praworządność, nie stanowi ono podstawy, ani nie służy do podważania choćby przeprowadzonych w ostatnich latach zmian w organizacji wymiaru sprawiedliwości w Polsce. **Naruszenie procedur powoływania sędziego musiałyby być bowiem jaskrawe i widoczne dla każdego, niezależnie od sympatii politycznych czy poglądów na reformę wymiaru sprawiedliwości.** Takie rozumienie przyjęło się w judykaturze TSUE, czego dowodzą choćby poniższe komentarze rzecznika generalnego Hogana w sprawie C-896/19 (sprawa sędziów maltańskich):

„Nie ma więc żadnych wątpliwości, że prawo do bycia osądzonym przez sąd „ustanowiony ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC obejmuje ze swojej natury aspekty dotyczące procedury powoływania sędziów. **W praktyce jednak ograniczenia nakładane w tym zakresie przez przepisy krajowe nie są zazwyczaj nadmierne i dotyczą kwestii takich jak kryteria powołania, awans wewnętrzny w wymiarze sprawiedliwości oraz ograniczenia wiekowe.** (...)

Należy jednak wskazać, że okoliczność, iż sędziowie są powoływani przez organ władzy wykonawczej, **nie powoduje sama w sobie powstania stosunku zależności owych sędziów od tego organu ani nie budzi wątpliwości co do ich bezstronności,** jeżeli – i to jest właśnie kluczowe zastrzeżenie – po powołaniu nie podlegają oni żadnej presji i nie otrzymują zaleceń podczas wykonywania swoich obowiązków.

W tych okolicznościach dana procedura powoływania sędziów może być niezgodna z art. 19 ust. 1 TUE tylko wówczas, gdy jeden z tych aspektów

⁴³ Wyrok TSUE z 26 marca 2020 r., C-542/18 RX-II, *Erik Simpson i HG przeciwko Radzie Unii Europejskiej i Komisji Europejskiej*, LEX nr 2872424.

procedury jest dotknięty wadą, która przez swój charakter i swą wagę stwarza rzeczywiste ryzyko, iż pozostałe organy władzy – w szczególności władza wykonawcza – mogłyby użyć nieprzysługujących im uprawnień dyskrejonalnych, dokonując powołania sprzecznego z prawem, a tym samym narażając na szwank prawidłowość wyniku procedury powołania (a przez to wzbudzając uzasadnione wątpliwości w przekonaniu jednostek co do niezawisłości i bezstronności danego sędziego lub danych sędziów)⁴⁴ [wyróżnienia własne].

Podsumowując powyższe poglądy judykatury i doktryny, uznać należy, że obowiązek badania przez sądy z urzędu zapewnienia prawa do sądu niezależnego, bezstronnego i ustanowionego na podstawie ustawy nie jest wprowadzany przez Projekt, bowiem istniał w polskim porządku konstytucyjnym już wcześniej⁴⁵, uwzględniając również prawo UE oraz Konwencję. **Nie ma jednak żadnych podstaw twierdzenie, że obowiązek ten mógł służyć albo, że będzie mógł służyć obecnie, podważaniu powołań sędziowskich dokonanych w wykonaniu Prerogatywy. Zarówno orzecznictwo TK, jak i TSUE oraz ETPCz nie dają podstaw do takiego wniosku – w istocie chodzi bowiem o jaskrawe przypadki nadużyć lub naruszeń, których nie da się pogodzić z zapewnieniem prawa do sądu.** Takimi nielicznymi sytuacjami mogą być np. uzyskanie nominacji sędziowskiej w wyniku korupcji, zachowanie sędziego po powołaniu, pozwalające uznać go za sędziego trwale „dyspozycyjnego”, uzyskanie powołania przez osobę, która nigdy takiego powołania otrzymać nie powinna (przykładowo, wobec braku wykształcenia prawniczego, wymaganego wieku, etc.). **Mowa więc o oczywistym braku spełnienia takich minimalnych wymogów, które dla każdego bezstronnego obserwatora są konieczne, aby bez uszczerbku dla prawa stron do sądu wykonywać sędziowską jurysdykcję.** Regulowanie tych przypadków na poziomie ustawowym nie ma sensu, gdyż prowadziłoby do kazuistyki, która zamiast zabezpieczać system wymiaru sprawiedliwości przed tego rodzaju wynaturzeniami, w istocie „niczym sito”, co jakiś czas przepuszczałaby nieprawidłowości tej rangi.

W tym kontekście z przywołanych przepisów, które wyznaczają standardy prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji, art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE, art. 47 KPP, art. 6 Konwencji), wypływa generalna klauzula, zapobiegająca zamianie sprawowania wymiaru sprawiedliwości w fasadę. **Co jednak istotne, nie niweczy ona Prerogatywy, bowiem nadal chodzi wyłącznie o zbadanie zapewnienia fundamentalnych dla prawa do sądu wymogów *ad casu*, w konkretnej sprawie.** Funkcją tego „wentyla bezpieczeństwa” jest zapobieżenie przypadkom skrajnym, w których w oczywisty sposób wymierzenie sprawiedliwości byłoby jedynie pozorem. Do podważenia ważności aktu Prezydenta jednak nie dochodzi.

Pewne zręby powyższego standardu można znaleźć zresztą na poziomie ustawy (np. art. 379 pkt 4 kodeksu postępowania cywilnego (dalej jako: „KPC”) w zakresie

⁴⁴ Opinia rzecznika generalnego G. Hogana z dnia 17 grudnia 2020 r. w sprawie C-896/19.

⁴⁵ Zob. wyrok SA w Krakowie z 30 grudnia 2009 r., sygn. II AKa 172/09, KZS 2010, nr 2, poz. 43: „**Orzekanie przez sąd wyznaczony ustawą, zatem sąd właściwy i należycie obsadzony jest w Rzeczypospolitej Polskiej zasadą konstytucyjną (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Wyrok wydany z udziałem osoby nieuprawnionej do orzekania podlega uchyleniu niezależnie od woli stron i od wpływu na treść zawartych w nim rozstrzygnięć (art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.), a gdy uzyska prawomocność, podlega uchyleniu po wznowieniu postępowania (art. 542 § 3 k.p.k.)**.” [wyróżnienia własne].

sprzeczności składu sądu z przepisami prawa, czy art. 439 pkt 1 i 2 kodeksu postępowania karnego (dalej jako: „KPK”) – orzekanie przez osobę nieuprawnioną⁴⁶ lub nienależyta obsada sądu), nie wyczerpują one jednak wszystkich możliwych przypadków, dlatego poleganie na standardzie konstytucyjnym pozostaje konieczne.

Na powyższy, wyjątkowy i ograniczony do szczególnie jaskrawych przypadków uchybienia istocie sprawowania wymiaru sprawiedliwości charakter badania przez sądy z urzędu zapewnienia prawa do sądu niezależnego, bezstronnego i ustanowionego na podstawie ustawy wskazuje również jego relacja do samego Testu. Ten ostatni przeprowadzany jest bowiem zawsze (również po wejściu w życie Przepisów o teście) na wniosek uprawnionego podmiotu, co już samo w sobie wskazuje, że chodzi o uchybienia mniejszej wagi niż te, które mogą być dostrzeżone przez sąd z urzędu.

3. Uchylenie regulacji, zgodnie z którą okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości i bezstronności

Przedmiotowa zmiana w ocenie Autora niniejszej Opinii stanowi jedynie logiczną konsekwencję wprowadzenia do Testu kryterium sądu ustanowionego na podstawie ustawy – gdyby bowiem utrzymać wskazaną regulację, istniałyby wątpliwości co do tego, czy przeprowadzenie testu powołania sędziego na podstawie ustawy jest w ogóle możliwe. **Wbrew jednak pojawiającym się głosom nadal źródłem wyłączenia sędziego w rezultacie przeprowadzenia Testu nie będzie mogło być podniesienie samych wad procedury powołania sędziego. Wskazuje na to jednoznacznie brzmienie proponowanych w Projekcie art. 29 § 5 ustawy o SN, art. 23a § 4 ustawy o sądach wojskowych, art. 42a § 3 PUSP, art. 5a § 1 PUSA, zgodnie z którym zastosowanie Testu jest możliwe „jeżeli w okolicznościach danej sprawy może to [tj. m.in. okoliczności dotyczące spełnienia wymogu sądu ustanowionego na podstawie ustawy] doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości, bezstronności lub ustanowienia na podstawie ustawy”.** W ocenie Autora niniejszej Opinii pomijanie tej treści normatywnej przy interpretacji Przepisów o teście jest nieuprawnione. **Natomiast uwzględnienie tego elementu przepisu prowadzi do jednoznacznego wniosku, że norma prawna wynikająca z Przepisów o teście nie wchodzi w kolizję ze skutkami wykonania Prerogatywy.**

Uchylenie regulacji, zgodnie z którą okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości i bezstronności, należy więc rozumieć w ten sposób, iż dla uruchomienia zastosowania Przepisów o teście nie jest konieczne współwystępowanie okoliczności dotyczących ustanowienia na podstawie ustawy oraz innej okoliczności wskazanej w Teście, tj. spełnienia wymogu niezawisłości i bezstronności. Nadal jednak wyłączenie sędziego w wyniku

⁴⁶ Wyrok SN z 11 lipca 2018 r., sygn. III KO 56/18, OSNKW 2018, nr 10, poz. 64: „Osoba, która formalnie została wybrana przez radę gminy na ławnika, wbrew zakazom określonym w art. 159 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2018 r., poz. 23 ze zm.), jest osobą nieuprawnioną do orzekania w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.”.

przeprowadzenia Testu będzie możliwe wyłącznie po przeprowadzeniu badania *ad casu* wpływu tej okoliczności na konkretną sprawę.

4. Rozszerzenie przesłanek Testu o okoliczność ustanowienia sądu na podstawie ustawy

Przypomnieć należy, że rozszerzenie przesłanek Testu o okoliczność ustanowienia na podstawie ustawy, zgodnie z uzasadnieniem Projektu, jest konsekwencją oczekiwań wyrażonych w preambule do decyzji wykonawczej Rady (UE) nr 9728/22 z dnia 14 czerwca 2022 r. w sprawie zatwierdzenia oceny planu odbudowy i zwiększania odporności dla Polski („**Decyzja wykonawcza**”). Już ten fakt powoduje, że znaczenie przesłanki ustanowienia na podstawie ustawy powinno być odnoszone do przedstawionego wyżej dorobku TSUE, ze szczególnym uwzględnieniem wyroku w sprawie *Simpson*. **Chodzi zatem o oczywiste i dostatecznie doniosłe naruszenia konstytucyjnej i ustawowej procedury powołania sędziego, które w dodatku będzie dotyczyło fundamentalnych wymogów prawnych dotyczących takiego powołania.**

Niezależnie więc od różnych głosów o charakterze publicystycznym i „pobożnych życzeń” stron tzw. sporu o praworządność, które to głosy mają w dodatku podłoże polityczne, a nie prawne, skuteczne zastosowanie ww. przesłanki do powołań sędziowskich dokonanych z udziałem Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw **jest nieprawdopodobne.**

Oczywiście Autor niniejszej Opinii jest realistą i wie, że osoby o poglądach radykalnych, realizujące określone cele polityczne, będą podejmowały próby wykorzystania każdej możliwej procedury, aby te cele osiągnąć – nie zważając na uzasadnienie prawne swoich działań. Tyle tylko, że to się już dzieje i będzie się działo niezależnie od tego, czy Przepisy o teście wejdą w życie czy nie. Paradoksalnie, zarówno wejście tych przepisów w życie, jak i brak takiego wejścia, z pewnością będą wykorzystywane politycznie.

Nie może to jednak zmienić chłodnej, spokojnej analizy proponowanych przepisów w świetle przyjętego rozumienia wymogu ustanowienia na podstawie ustawy – **wymóg ten nie odnosi się do powołania sędziów w sposób oczekiwany przez jedno z prawniczych środowisk, lecz do tego, aby procedura powołania sędziego spełniała pewne minimalne wymagania wynikające z porządku konstytucyjnego i ustawowego danego państwa, bez których spełnienia dla każdego zewnętrznego obserwatora (niezależnie od jego sympatii politycznych) orzeczenie nie będzie wydane przez sąd ustanowiony na podstawie ustawy.** W Polsce takie wymogi wskazane są w art. 179 Konstytucji (powołanie sędziego przez Prezydenta na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa), a częściowo w ustawach w zakresie w jakim dotyczą wymogów dla kandydatów na sędziów (np. wymogi dotyczące wieku, wykształcenia czy doświadczenia). **Nie należy do nich jednak wyobrażenie o tym, jak powinna być ukształtowana Krajowa Rada Sądownictwa w zakresie, w jakim – nie rozwijając bliżej tego wątku w tym miejscu – Konstytucja o tym milczy.**

Dodatkowo, co było już podkreślane w niniejszej Opinii, zastosowanie omawianej przesłanki może nastąpić jedynie *ad casu*, po wykazaniu wpływu uchybienia na daną sprawę. Wynik tego badania nie przekłada się, zgodnie z wyraźnym brzmieniem przepisu, na inne sprawy z udziałem tego samego sędziego. Nie dochodzi zatem do zniweczenia skutków wykonania Prerogatywy, a Test ma charakter ściśle wyłączeniowy. W tym sensie stanowi instytucję zbliżoną do instytucji wyłączenia sędziego, znanej każdej procedurze sądowej, i, jako taki, **odnosi się do obsady składu orzekającego w konkretnej sprawie sądowej (co pozostaje poza zakresem treściowym Prerogatywy, zgodnie z uwagami przedstawionymi powyżej).**

Co ponadto istotne, analizowane uregulowanie nie wchodzi w kolizję z wnioskami płynącymi z wyroku TK z dnia 4 marca 2020 r. (sygn. P 22/19)⁴⁷. Orzeczenie to bowiem odnosiło się do niekonstytucyjności art. 41 § 1 KPK rozumianego w ten sposób, że podlega rozpoznaniu wnioski o wyłączenie sędziego z powodu podniesienia okoliczności wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, w skład której wchodzi sędziowie wybrani w sposób przewidziany w art. 9a ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa. W stanie faktycznym sprawy, na kanwie której zostało wydane wskazane orzeczenie TK, wniosek o wyłączenie sędziego został uzasadniony już tylko samym powołaniem tego sędziego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa w skład której wchodzi sędziowie wybrani w sposób przewidziany w art. 9a ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa. Innymi słowy, choć wniosek ten złożony był w konkretnej sprawie, abstrahował od jej okoliczności i wpływu zarzucanych wad powołania na samą sprawę – w rezultacie stanowił przejaw dążenia do podważenia powołań sędziowskich, a nie wyłączenia sędziego. Jak wynika z ustaleń niniejszej Opinii, **kształt Przepisów o teście jest odmienny, gdyż wymaga w każdym przypadku oceny *ad casu* ze względu na okoliczności danej sprawy, przy czym próg dowodowy co do wykazania wpływu okoliczności dotyczących powołania sędziego na rozpoznanie konkretnej sprawy jest wysoki i, jak można się spodziewać, jedynie w sporadycznych, wyjątkowych przypadkach będzie prowadził do wyłączenia sędziego.**

W tym świetle rozszerzenie przesłanek Testu o okoliczność ustanowienia na podstawie ustawy nie wchodzi w kolizję z konstytucyjnymi przepisami dotyczącymi Prerogatywy, ani nawet nie wymaga badania hierarchicznej zgodności tych norm, gdyż ich zakresy są różne.

5. Przekazanie niektórych kompetencji w zakresie orzekania o Teście Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu

Zmiana ta jest irrelevantna z punktu widzenia Prerogatywy, w związku tym – z uwagi na zakres Opinii – pozostaje poza przedmiotem rozważań.

⁴⁷ OTK-A 2020, nr 31.

6. Rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do zainicjowania Testu o właściwy sąd

Rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do zainicjowania Testu jest również wynikiem zaleceń płynących z Decyzji wykonawczej. Na wstępie należy zauważyć, że zmiana ta pozostaje irrelevantna dla Prerogatywy – skoro bowiem sam Test w kształcie wynikającym z Przepisów o teście nie wchodzi w kolizję z Prerogatywą, to poszerzenie kręgu podmiotów inicjujących Test również nie będzie miało takiego skutku. Przedmiotowe rozszerzenie mogłoby mieć natomiast, *prima facie*, pewne znaczenie dla stabilności orzeczeń sądowych (choć jak się okaże, nie ma), zatem, z uwagi na obawy zarysowane w cyt. powyżej wystąpieniu Prezydenta RP z dnia 15 grudnia 2022 r., Autor niniejszej Opinii zwięźle ustosunkuje się do tych kwestii.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zmiana ta nie prowadzi do orzekania o Teście z urzędu – w dalszym ciągu procedura Testu może być zainicjowana wyłącznie na wniosek, a zatem ma charakter skargowy. Złożenie wniosku o przeprowadzenie Testu przez właściwy sąd nie jest tym samym co samodzielne rozstrzygnięcie Testu przez ten sąd. O Teście będzie zatem rozstrzygał organ niezależny od „właściwego sądu” (tj. składu orzekającego w danej sprawie).

Ponadto, uruchomienie procedury Testu przez „właściwy sąd” może nastąpić tylko, jeśli spełniona jest kwalifikowana przesłanka „poważnej wątpliwości”.

Jeśli natomiast chodzi o stabilność orzeczeń zapadłych w I instancji, Autor niniejszej Opinii pragnie wskazać, że normatywny kształt Testu, również z uwzględnieniem Przepisów o teście, nie daje podstaw do poglądu, aby Test mógł zostać zastosowany przez sąd odwoławczy w odniesieniu do składu orzekającego, który wydał kontrolowany przez ten sąd wyrok. Jednoznacznie wskazuje na to przesłanka formalna dopuszczalności złożenia wniosku o przeprowadzenie Testu – dokonanie tego w terminie tygodnia od zawiadomienia uprawnionego o składzie orzekającym. Oczywiście, można mieć wątpliwości, czy wymóg zawiadomienia uprawnionego o składzie orzekającym dotyczy też „właściwego sądu” (wszak wówczas sąd zawiadamiałby sam siebie), nie zmienia to jednak jednoznacznej woli prawodawcy, aby prawo do uruchomienia Testu wygasało po upływie terminu na złożenie wniosku (w przypadku sądu można przyjąć, że początkiem biegu terminu będzie moment poinformowanie członków składu orzekającego o wyznaczeniu tego składu i jego obsadzie osobowej). **Funkcją Testu jest więc wyłącznie zapobieżenie przyszłemu orzeczeniu, które mogłoby godzić w wymogi niezawisłości, bezstronności lub ustanowienia na podstawie ustawy, a nie kontrola zapadłych już, choćby nieprawomocnych, orzeczeń. Ukształtowanie przepisów o teście taką możliwość wyklucza.**

Nie ma także normatywnych podstaw do twierdzenia, że okoliczności wskazane w przepisach o Teście (bez jego formalnego przeprowadzenia) mogłyby być potraktowane jako bezwzględna przyczyna odwoławcza w rozumieniu KPK (art. 439 pkt 1 KPK odwołuje się do art. 40 KPK, tj. przesłanek wyłączenia sędziego z mocy ustawy i nie sposób tego przepisu wyklądać rozszerzająco) lub nieważność

postępowania w rozumieniu KPC⁴⁸ (zwłaszcza, że rozszerzająca wykładnia przesłanki nieważności postępowania wskazanej w art. 379 pkt 4 KPC jest niedopuszczalna⁴⁹, a przesłanka ta wprost odwołuje się do okoliczności wyłączenia sędziego z mocy samej ustawy – Przepisy o Teście nie mają takiego charakteru, nie przesądzają bowiem kategorycznie o wyłączeniu sędziego, lecz przewidują konieczność zbadania tej okoliczności w odpowiedniej procedurze).

Z uwagi na powyższe, rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do zainicjowania Testu nie ma również znaczenia dla stabilności orzeczeń zapadłych przed uruchomieniem Testu.

*

Biorąc pod uwagę wszystkie rozważone okoliczności, konstytucyjne normy-reguły oraz zasady, a także inne wartości ustrojowe, stwierdzam, że Projekt nie jest niezgodny z przepisami Konstytucji RP dotyczącymi prezydenckiej prerogatywy powoływania sędziów.



dr hab. Krzysztof Koźmiński
radca prawny

⁴⁸ Postanowienie SN z dnia 12 kwietnia 2021 r., sygn. I NZP 1/21, LEX nr 3159005: „Skoro nie jest dopuszczalne badanie ważności lub skuteczności aktu powołania i wynikającego z niego stosunku ustrojowego - to nie może być również z powodu uchybień w procedurze nominacyjnej (przedpowołaniowej), dopuszczalne stwierdzenie nieważności postępowania przed tym sądem na podstawie art. 379 pkt 4 i art. 401 pkt 1 k.p.c., art. 439 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. oraz art. 183 § 1 pkt 4 i art. 271 pkt 1 p.p.s.a.”.

⁴⁹ Por. postanowienie TK z dnia 28 stycznia 2020 r., sygn. Kpt 1/20, OTK-A 2020, nr 15.

