



TEST NA NIEZALEŻNOŚĆ SĘDZIÓW ORZEKAJĄCYCH W SPRAWACH KARNYCH NA KANWIE ORZECZNICTWA SN ORAZ POLSKIEGO PRAWA

1. Wstęp

Problem braku niezależności sędziów pojawił się po wejściu w życie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw². Wówczas powstała wątpliwość, czy sędziowie, którzy uzyskali nominację w następstwie brania udziału w konkursie przed Krajową Radą Sądownictwa (dalej: KRS) spełniają kryterium niezależności, a tym samym, czy sąd jest należycie obsadzony. Stanowisko w tej sprawie zajął m.in. Sąd Najwyższy (dalej: SN) w uchwale składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 roku³ oraz uchwale z dnia 2 czerwca 2022 roku⁴. Uchwały zostały podjęte na kanwie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁵ (dalej: TSUE), zwłaszcza orzeczenia w sprawie AK i inni przeciwko KRS i SN⁶ oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁷ (dalej: ETPC), w szczególności wyroku w sprawie Reczkowicz

¹ Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, e-mail: p.zgardzinska@student.uw.edu.pl

² Dz.U. z 2018 r. poz. 3

³ Sygn. akt BSA I-4110-1/20, OSNKW 2020, nr 2, poz. 7.

⁴ Sygn. akt I KZP 2/22, OSNK 2022, nr 6, poz. 22.

⁵ Zob. wyrok TSUE z dnia 6 października 2021 r. w sprawie W.Ż., C-487/19 (EU:C:2021:798), wyrok TSUE z dnia 15 lipca 2021 r. w sprawie Komisja przeciwko Polsce, C-791/19 (EU:C:2021:596), wyrok TSUE z dnia 22 marca 2022 r. w sprawie M.F. przeciwko J.M., C-508/19 (EU:C:2022:201).

⁶ Wyrok TSUE z dnia 19 listopada 2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18 (EU:C:2019:982).

⁷ Zob. wyrok ETPC z dnia 29 czerwca 2021 r. w sprawie Bojara i Broda przeciwko Polsce, skargi nr 26691/18 i 27367/18, niepubl., wyrok ETPC z dnia 15 marca 2022 r. w sprawie Grzęda przeciwko

przeciwko Polsce⁸. Rozwiązanie zaistniałego problemu dostrzegane jest przez SN w teście na niezależność i bezstronność sędziów. W uchwale SN wydanej w sprawie o sygn. akt I KZP 2/22 zostało doprecyzowane, jak powinien on wyglądać, jednak przyjęte kryteria odnoszą się głównie do etapu postępowania przed KRS, a nie zachowania sędziego w konkretnej sprawie, co budzi poważne wątpliwości. Rozwiązanie zaproponowane przez SN jest ciekawe, ale nie jest pozbawione wad. Podobny zarzut można postawić wprowadzonemu przez ustawę nowelizującą⁹ Prawo o ustroju sądów powszechnych¹⁰ oraz ustawę o Sądzie Najwyższym¹¹, testowi na niezawisłość i bezstronność sędziego¹². Wskazana ustawa weszła w życie dnia 15 lipca 2022 r. i od tego momentu w art. 42a¹³ ustawy o ustroju oraz art. 29 § 4–25 ustawy o SN pojawiło się rozwiązanie umożliwiające zbadanie czy sędzia spełnia wymogi niezawisłości i bezstronności, biorąc pod uwagę również okoliczności towarzyszące jego powołaniu i jego postępowanie po powołaniu.

2. Pojęcia niezawisłości i bezstronności

Warto na początku niniejszych rozważań zasygnalizować, co kryje się pod pojęciami niezawisłości oraz bezstronności, ponieważ łączy je

Polsce, skarga nr 43572/18, niepubl., wyrok ETPC z dnia 6 lipca 2023 r. w sprawie Tuleya przeciwko Polsce, skargi nr 21181/19 i 51751/20, niepubl., wyrok ETPC z dnia 23 listopada 2023 r. w sprawie Waleśa przeciwko Polsce, skarga nr 50849/21, niepubl.

⁸ Wyrok ETPC z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce, wniosek nr 43447/19, niepubl.

⁹ Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1259).

¹⁰ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 2072 ze zm.), dalej: ustawa o ustroju.

¹¹ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1904 ze zm.), dalej: ustawa o SN.

¹² Zob. K. Lipiński, *Ustawowy test niezawisłości i bezstronności sędziego w sprawach karnych*, Palestra 2022, nr 10/2022, s. 8 i n.

¹³ § 2 tego przepisu stwierdza jednocześnie, że „Niedopuszczalne jest ustalanie lub ocena przez sąd powszechny lub inny organ władzy zgodności z prawem powołania sędziego lub wynikającego z tego powołania uprawnienia do wykonywania zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości”.

w sobie termin instytucjonalnej bezstronności¹⁴. Na oba te określenia składa się dużo innych czynników. Za Trybunałem Konstytucyjnym (dalej: TK) można przyjąć, iż „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”¹⁵. Ogólnie rzecz biorąc niezależność jest to odrębność sądu od stron oraz innych organów czy podmiotów. Z kolei bezstronność polega na kierowaniu się obiektywizmem i niestwarzaniem korzystniejszej sytuacji dla żadnej ze stron (uczestników) postępowania¹⁶. Należy zwrócić uwagę na rozróżnienie aspektów subiektywnych (wewnętrznych) oraz obiektywnych (zewnętrznych) w obu terminach, co znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie i doktrynie¹⁷. Pierwszy z nich odnosi się do własnego poczucia sędziego, że kieruje się on wyłącznie prawem oraz własnym sumieniem. Natomiast zewnętrzny to kreowanie warunków orzekania, w których jednostka ma przeświadczenie o niezawisłości i bezstronności sędziego¹⁸. Przy teście na niezawisłość i bez-

¹⁴ Instytucjonalna bezstronność jest związana z okolicznościami dotyczącymi prawidłowości powołania sędziego na stanowisko, a sam proces wyboru powinien być zgodny ze standardem niezawisłości, niezależności i odrębności od wpływów. Niezawisłość sędziowska w sensie zewnętrznym obejmuje unormowania zapewniające sędziom swobodne orzekanie rozumiane jako brak zewnętrznych wpływów. Zob. np. P. Kardas, *Instytucjonalne aspekty bezstronności sędziego. O proceduralnych podstawach i sposobach rozpoznawania wniosków dotyczących wyłączenia sędziego z uwagi na brak instytucjonalnych gwarancji bezstronności* [w:] P. Wiliński, R. Zawłocki (red.), *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarządu wadliwości jego powołania*, Warszawa 2022, s. 123 i n.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 24 czerwca 1998 r., sygn. akt K 3/98, OTK 1998, nr 4, poz. 52.

¹⁶ K. Olszak, *Niezawisłość, niezależność i bezstronność w sądownictwie w świetle regulacji prawnych oraz orzecznictwa*, Głos Prawa – Przegląd Prawniczy Allerhanda 2019, t. 2, nr 2 (4), poz. 25, <https://glosprawa.pl/artukul-45/niezawislosc-niezalezosc-i-bezstronosc-w-sadownictwie-w-swietle-regulacji-prawnych-oraz-orzecznictwa> (dostęp 23.02.2023 r.).

¹⁷ Zob. np. J. Skorupka, *Sposób ukształtowania procedury karnej jako element oceny bezstronności obiektywnej (zewnętrznej) sądu*, Paestra 2021, nr 7–8/2021, s. 9 i n., W. Jasiński, *Dwuaspektony charakter wymogu bezstronności sądu* [w:] *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 80 i n., wyrok ETPC z dnia 1 października 1982 r. w sprawie Piersack przeciwko Belgii, skarga nr 8692/79, niepubl., wyrok ETPC z dnia 10 stycznia 2017 r. w sprawie Korzeniak przeciwko Polsce, skarga nr 56134/08, niepubl.

¹⁸ P. Tuleja, *Art. 45 Prawo do sądu* [w:], P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, wyd. II*, LEX/el. 2021.

stronność ważniejsze znaczenie będzie miał aspekt zewnętrzny, inaczej obiektywny, bowiem to on realnie przekłada się na opinię uczestników procesu o instytucji wymiaru sprawiedliwości, w przeciwieństwie do aspektu wewnętrznego, którego nie da się zweryfikować.

3. Sytuacja „neo-sędziów”

W uchwale w sprawie o sygn. akt I KZP 2/22 SN trafnie zauważyła trudną sytuację sędziów powołanych w konkursach sędziowskich po dniu 17 stycznia 2018 r., kiedy to weszła w życie ustawa nowelizująca ustawę o KRS¹⁹. Art. 187 Konstytucji²⁰ stanowi, że KRS składa się z Pierwszego Prezesa SN, Ministra Sprawiedliwości, Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA), osoby powołanej przez Prezydenta RP, 15 członków wybranych spośród sędziów SN, sądów powszechnych, administracyjnych i wojskowych, 4 członków wybranych przez Sejm spośród posłów oraz 2 wskazanych przez Senat spośród senatorów. Zgodnie z ust. 3 wyżej wymienionego artykułu kadencja wybranych członków wynosi 4 lata. Dnia 20 czerwca 2017 r. TK orzekł, że indywidualne liczenie kadencji sędziów zasiadających w KRS jest niezgodne z Konstytucją²¹, co umożliwiło skrócenie kadencji części członków Rady i wybór nowych. Ówczesna władza dokonała również zmiany ustawy o KRS²² poprzez wskazanie, że 15 członków, którzy dotychczas byli wybierani przez środowisko sędziowskie, wybiera teraz Sejm (art. 9a ustawy o KRS). Oznacza to, że aż 21 spośród 25 osób wchodzących w skład Rady pochodzi ze wskazania politycznego parlamentu. Zgodność tego rozwiązania z Konstytucją potwierdził TK w wyroku z dnia 25 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt K 12/18²³, jednak na skutek wcześniejszych dyskusyjnych zmian w składzie TK

¹⁹ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3).

²⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

²¹ Wyrok TK z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. akt K 5/17, OTK-A 2017, nr 48.

²² Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3).

²³ Dz.U. poz. 609.

orzeczenia Trybunału są podważane²⁴. Pojawiły się zatem wątpliwości, czy tak ukształtowana KRS jest tożsama z organem konstytucyjnym oraz czy sędziowie powołani z udziałem tego organu spełniają standardy bezstronności.

W uchwale I KZP 2/22 SN stwierdza, że konsekwencją udziału organu ukształtowanego wbrew przepisom Konstytucji RP w procesie nominacyjnym sędziego jest obalenie funkcjonującego dotąd *in gremio* i *a priori* domniemania niezawisłości i bezstronności sędziów sądów powszechnych. SN wydaje się w stosunku do „neo-sędziów” wprowadzać założenie braku niezawisłości i bezstronności. Jednocześnie SN w uchwale z 2022 r. zaznaczył konieczność „udowodnienia” tej kwestii poprzez indywidualne badanie przeprowadzane przez sąd cieszący się wskazanym domniemaniem. Konieczny jest zatem dowód pozytywny²⁵, czyli wykazanie, że kontaminacja procesu nominacyjnego w przypadku danego sędziego nie prowadziła do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności sędziowskiej. Stanowi to sytuację odwrotną do tej sprzed 2018 r., kiedy to niezawisłość sędziów nie budziła wątpliwości w orzecznictwie i doktrynie. Należy pokreślić, że samo przystąpienie sędziego do konkursu po 17 stycznia 2018 r. nie oznacza braku tych przymiotów, ale wyklucza ono możliwość prostego odwołania się do tego domniemania.

Jednocześnie SN w omawianych uchwałach z 2020 r. i z 2022 r. różnił sytuację sędziów sądów powszechnych i sędziów Sądu Najwyższego. SN zajął bowiem stanowisko, że można przyjąć *a priori*, iż każdy sędzia Sądu Najwyższego, który uzyskał nominację w następstwie brania udziału w konkursie przed KRS po 17 stycznia 2018 r., nie spełnia minimalnego standardu bezstronności i każdorazowo sąd z jego udziałem jest

²⁴ ETPC w wyroku z dnia 7 maja 2021 r. w sprawie Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce, skarga nr 4907/18 stwierdził, że udział w składzie TK osoby wybranej na miejsce już zajęte prowadzi do naruszenia art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 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 ze zm.).

²⁵ Zob. J. Skorupka, *Domniemanie braku bezstronności sędziego sądu powszechnego rozpoznającego sprawę karną ze względu na wadliwość procedury nominowania na urząd sędziego lub objęcia wyższego stanowiska służbowego* [w:] P. Wiliński, R. Zawłocki (red.), *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, Warszawa 2022, s. 33 i n.

nienależycie obsadzony w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Ma to swoje odzwierciedlenie w wyroku ETPC Reczkowicz przeciwko Polsce, który dotyczył osoby powołanej do Izby Dyscyplinarnej SN. ETPC jednoznacznie stwierdził, że sąd, w składzie którego zasiadała osoba powołana przez upolitycznioną KRS nie spełnia kryteriów sądu niezależnego. Inne potraktowanie sędziów SN wynika ze skali nieprawidłowości jakie miały miejsce przed ich powołaniem. W 2018 r. weszła w życie nowelizacja ustawy o KRS²⁶, zgodnie z którą, jeżeli uchwały KRS-u, w sprawie indywidualnej dotyczącej powołania na stanowisko sędziego SN, nie zaskarżyli wszyscy uczestnicy postępowania, to stawała się ona prawomocna w części dotyczącej przedstawienia Prezydentowi RP wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego SN oraz w części zawierającej rozstrzygnięcie o nieprzedstawieniu innych uczestników postępowania, którzy nie wnieśli odwołań (art. 44 ust. 1b ustawy o KRS²⁷). Jednocześnie art. 44 ust. 4 dodany wskazaną wyżej ustawą nowelizującą zakładał, że odwołania w tych sprawach będzie rozstrzygał NSA, a uchylenie uchwały KRS-u o nieprzedstawieniu wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego SN było równoznaczne z przyjęciem zgłoszenia kandydatury osoby odwołującej na wolne stanowisko sędziowskie w SN, jeżeli w dniu wydania tego orzeczenia postępowanie przed KRS nie zostało zakończone, a w przypadku braku takiego postępowania, na kolejne wolne stanowisko sędziowskie w SN objęte obwieszczeniem. Jak zaznacza SN w przywoływanej uchwale z 2020 r., od wszystkich uchwał KRS-u wpłynęły wówczas odwołania, ale Rada mimo to przedstawiła Prezydentowi RP wybranych kandydatów na stanowiska sędziów SN, co spowodowało, iż zostały one obsadzone wadliwie²⁸. Prezydent mimo niezakończenia postępowań przed NSA dotyczących wszystkich kandydatów do SN i wstrzymania wykonania uchwał²⁹ dotyczących kandydatów do Izby Cywilnej, Karnej oraz Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych,

²⁶ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1443).

²⁷ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 269 ze zm.).

²⁸ Por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 21 maja 2019 r., III CZP 25/19, OSNC 2019, nr 10, poz. 99.

²⁹ Postanowienie NSA z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II GW 22/18, ONSAiWSA 2019, nr 3, poz. 54, sygn. akt II GW 23/18, LEX nr 2551491, postanowienie NSA z dnia 27 września 2018 r.,

powołał na stanowiska wskazane przez KRS osoby. Przepisy art. 44 ust. 1b i ust. 4 zostały uchylone w 2019 r., a ustawa nowelizująca³⁰ w art. 3 zawierała stwierdzenie, że umorzeniu z mocy prawa podlegają postępowania wszczęte i niezakończone przed jej wejściem w życie, odnoszące się do odwołań od uchwał KRS-u w sprawach indywidualnych dotyczących powołania na stanowisko sędziego SN. NSA po wniosku Prokuratora Generalnego o umorzenie wskazanych wyżej postępowań wystąpił z pytaniem prejudycjalnym do TSUE³¹. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 179 Konstytucji Prezydent RP powołuje sędziów SN na wniosek KRS, a w tych przypadkach wątpliwości budzi nie tylko skład Rady, ale także sam wniosek, bowiem akt powołania nie może dotyczyć kogoś, kto nie został wnioskiem objęty³². Ponadto zgodzić należy się z SN, który w uchwale z 2020 r. stwierdza, iż „nie można przy tym przyjmować, że każda wada w procesie nominacyjnym jest sanowana przez prezydencki akt powołania na urząd sędziego, taka bowiem interpretacja prowadziłaby do nieuzasadnionego ograniczenia możliwości realizacji prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu”.

W doktrynie pojawiają się głosy krytykujące inny sposób potraktowania sędziów sądów powszechnych³³, które opierają swoje stanowisko na argumentach identycznej przyczyny braku bezstronności i niezależności tzw. neo-sędziów SN oraz neo-sędziów sądów powszechnych, jaką jest rażące naruszenie Konstytucji RP w procesie ich wylaniania. Jednakże należy zauważyć w tym miejscu, że brak jest jednoznacznego stanowiska TSUE³⁴ czy ETPC³⁵, że wszyscy sędziowie powołani przez nową KRS

sygn. akt II GW 27/18, LEX nr 2565925, postanowienie NSA z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt II GW 28/18, LEX nr 2566106.

³⁰ Ustawa z dnia 26 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. poz. 914).

³¹ Postanowienie NSA z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. akt II GOK 2/18, LEX nr 2687377.

³² Zob. szerzej postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt Kpt 1/08, OTK-A 2008, nr 5, poz. 97.

³³ Zob. A. Kappes, J. Skrzydło, *Czy wyroku neo-sędziów są ważne? Rozważania na tle uchwały trzech połączonych izb Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r. (BSA I-41 10-1/20)*, *Palestra* 2020, nr 5/2020, s. 120 i n.

³⁴ Wyrok TSUE z dnia 19 listopada 2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18 (EU:C:2019:982).

³⁵ Wyrok ETPC z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce, wniosek nr 43447/19, niepubl.

nie są niezawisli³⁶. Ponadto, w przypadku sędziów sądów powszechnych wątpliwości budzi branie udziału w postępowaniu nominacyjnym przed „neo-KRS”, a sędziowie SN nie tylko brali w nim udział, ale także zostali powołani bez ostatecznego wniosku Rady. SN broni w uchwale I KZP 2/22 zajętego przez siebie stanowiska, wskazując podstawową przyczynę takiego rozróżnienia, mianowicie negatywnych skutków jakie spowodowałyby przyjęcie, że sąd, w skład którego wchodził tzw. neo-sędzia powołany po 2018 r., jest sądem nienależycie obsadzonym. Nieracjonalny wydaje się argument, iż uznanie *en bloc* braku zdolności do orzekania nie rzutowałby na przydział spraw i nie spowodowałby problemów w obszarze sądów³⁷. Nie można się zgodzić z jego autorami, bowiem skala problemu byłaby ogromna (zwłaszcza w 2024 r.). Jak trafnie zauważa SN w wskazanej uchwale, powtórzenie czynności w ponawianych postępowaniach byłoby co najmniej trudne, a poza tym niektóre rozstrzygnięcia wywołały już skutki nieodwracalne. Stąd też mając powyższe na uwadze zasadne wydaje się przyjęcie stanowiska Sądu, iż najlepszym sposobem wyjścia z zaistniałego problemu instytucjonalnego jest przeprowadzanie testu konkretnego sędziego co do jego bezstronności i niezależności.

Poważne wątpliwości budzi jednak punkt 45 uzasadnienia uchwały z 2020 r., który stanowi, że wadliwość procedury powołania na urząd sędziego i jej wpływ na naruszenie standardu niezawisłości i bezstronności sądu, podlega stopniowaniu, bowiem „(...) zasadniczo różna jest skala i zakres procesowych skutków wadliwości powołania na urząd sędziego w zależności od typu sądu, do którego następuje powołanie i miejsca tego sądu w strukturze organów wymiaru sprawiedliwości”. SN wprowadza zróżnicowanie wymaganego poziomu bezstronności i niezależności sędziów SN i sądów powszechnych, jakby wobec tych pierwszych istniał kwalifikowany standard, co trafnie zauważa w zdaniu odrębnym do uchwały z 2020 r. sędzia SN D. Kala. O ile inny sposób potraktowania sędziów SN moim zdaniem jest trafny i ma uzasadnienie chociażby

³⁶ Zob. W. Wróbel, *Weryfikacja standardu niezależności i bezstronności sądu według uchwały połączonych Izby Sądu Najwyższego z 23.1.2020 r. – wybrane problemy*, [w:] P. Wiliński, R. Zawłocki (red.), *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, Warszawa 2022, s. 66–67.

³⁷ A. Kappes, J. Skrzydło, *Czy wyroku neo-sędziów są ważne...*, s. 129.

w orzecznictwie strasburskim³⁸, to samo stwierdzenie, że sędziowie SN, jako że zasiadają w „sądzie ostatniej instancji”, którego orzeczenia nie podlegają już efektywnej kontroli, muszą charakteryzować się wyższym poziomem niezależności niż sędziowie sądów powszechnych nie jest adekwatne. Analogicznie SN w 2020 r. rozróżnił sytuację właśnie sędziów sądów powszechnych różnych szczebli, stwierdzając że „[t]e same konkretne okoliczności związane z wadliwością procesu powoływania na urząd sędziego, możliwe do tolerowania w przypadkach obsadzania sądów niższego rzędu, mogą uzasadniać ocenę o braku bezstronności i niezawisłości w przypadku sądów wyższego rzędu”. Sąd opiera swoje twierdzenia na przekonaniu, iż sędziów sądów wyższego szczebla, z uwagi na sprawowanie kontroli instancyjnej, obowiązuje wyższy poziom wymagań w zakresie bezstronności i niezawisłości.

Stanowisko SN z uchwały z 2020 r. w tym zakresie stoi w sprzeczności z wyrokiem TK z 2007 r., w którym to TK stwierdza: „jeśli chodzi o status sędziów i wymaganie niezawisłości – Konstytucja jednolicie traktuje wszystkich sędziów i wszystkie sądy. Konstytucja nie daje żadnych podstaw do stwierdzenia, że z uwagi na to, iż określone sądy rozpatrują sprawy o „mniejszym znaczeniu” niż sądy wyższego szczebla, można obniżyć w nich standardy wskazane w art. 45 ust. 1 Konstytucji. Standardy te obejmują w równym stopniu sądy wszystkich szczebli i wszystkich instancji. (...) konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego oznacza, iż sąd każdej (a nie tylko – ostatniej) instancji winien spełniać warunki niezależności, bezstronności i niezawisłości”³⁹. Ma to swoje potwierdzenie w tym, że prawodawca nie wprowadził innego trybu wyłączenia sędziów SN, dlatego też nie sposób przyjąć, iż sędzia sądu rejonowego może być mniej niezależny od sędziego SN. Ponadto żaden przepis prawa nie stanowi o wyższym i niższym poziomie niezależności i bezstronności sędziów, stąd moim zdaniem stopniowanie bezstronności nie jest adekwatne ani nawet możliwe, bowiem SN nie wskazuje jakie mogą być jej poziomy ani jak należy je określać.

³⁸ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce, wniosek nr 43447/19, niepubl.

³⁹ Wyrok TK z dnia 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108.

4. Modele badania bezstronności sędziów w sprawach karnych

Do dnia 15 lipca 2022 r. na gruncie polskiej procedury karnej istniały zasadniczo tylko dwa modele kontroli prawidłowości obsadzenia sądu oraz bezstronności sędziego. Art. 40 i 41 k.p.k. dotyczące wyłączenia sędziego mogą mieć zastosowanie w każdej sprawie niezależnie od instancji. Jeżeli w wydaniu orzeczenia brała udział osoba, która z mocy prawa podlegała wyłączeniu, sąd odwoławczy uchyli je zgodnie z art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. Natomiast art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., stanowiący o nienależytej obsadzie sądu, jako drugi model kontroli, ma miejsce dopiero na etapie sądu odwoławczego, który tak samo jak w przypadku punktu 1 art. 439 § 1 k.p.k., bada tę kwestię z urzędu i niezależnie od granic zaskarżenia. Niedawno przyjęty mechanizm⁴⁰ w ustawie o ustroju i ustawie o SN wprowadza dodatkowe narzędzie, jednak zakres jego zastosowania jest ograniczony i odrębny w stosunku do wyżej wymienionych. Jedynym podobieństwem art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 42a § 3 ustawy o ustroju i art. 29 § 5 ustawy o SN jest wspólne pole badań, mianowicie przepisy te koncentrują się na braku instytucjonalnej bezstronności sędziego spowodowanej niepoprawnym sposobem powołania na urząd sędziego⁴¹.

Co do modeli z k.p.k., doktryna i orzecznictwo, a także SN w obu uchwałach, dzielą je na kontrolę prewencyjną oraz następczą. Pierwsza odbywa się na podstawie art. 40 i 41 k.p.k., jest to konstrukcja tzw. *index inhabilis* oraz *index suspectus*. Art. 40 k.p.k. stanowi zamknięty katalog przesłanek, które powodują wyłączenie sędziego już z mocy samej ustawy. Instytucja *index suspectus* z art. 41 k.p.k., wymaga natomiast wniosku strony lub sędziego. Przesłanką jest uzasadniona wątpliwość co do bezstronności w danej sprawie. Wniosek o wyłączenie może złożyć strona, a także inny sędzia – członek składu orzekającego w trybie art. 42 § 1 k.p.k., jako element działania sądu z urzędu (zob. uchwała SN I KZP 2/22). Sam sędzia, którego dotyczy omawiany problem może wyłączyć się na podstawie art. 42 § 2 k.p.k., w oparciu o przesłanki art. 40 k.p.k.

⁴⁰ Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1259).

⁴¹ D. Świecki, *Art. 41 [Index suspectus]* [w:], B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022.

Natomiast jeśli chodzi o kontrolę bezstronności „neo-sędziów”, SN w uchwale I KZP 2/22 widzi również możliwość zwrócenia się do przewodniczącego składu, aby poinformował strony, że w skład sądu wchodzi osoba, co do której mogą zachodzić wątpliwości, oparte na okolicznościach otrzymania nominacji sędziowskiej, dotyczące instytucjonalnej bezstronności. SN podaje konkretną ścieżkę postępowania w sytuacji, gdy wniosek złoży strona, mianowicie decyzję podjętą w wyniku rozpatrzenia wniosku można skarżyć w apelacji, ale jako względną przyczynę odwoławczą. Sąd odwoławczy, mając na uwadze związanie art. 437 § 2 k.p.k., jeżeli uzna, iż istnieją uzasadnione wątpliwości co bezstronności sędziego, ma nakaz uchylić zaskarżone orzeczenie i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania w celu przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości.

Mając na uwadze, iż art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. to bezwzględna przyczyna odwoławcza, SN w uchwale I KZP 2/22 stwierdza, powołując się na standardy unijne⁴², iż sąd odwoławczy działając z urzędu, ma obowiązek sprawdzić, czy sąd jest należycie obsadzony, nawet mimo braku wniosku strony. SN opiera swoje rozważania na uchwale składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. (sygn. akt BSA I-4110-1/20), w której to przyjęto, że udział w sprawie sędziego, co do którego istnieją uzasadnione wątpliwości sprawia, że jest on sądem nienależycie obsadzonym. Ważną dyrektywę postępowania wyraża kolejna teza, która stanowi, iż kontrola ta nie może być przeprowadzana przez sąd, w skład którego wchodzi osoba powołana w takiej samej procedurze, w przeciwnym razie dojdzie do naruszenia zasady *nemo iudex in causa sua*. Stanowisko SN jest trafne, jednak należy zauważyć, iż w razie zastosowania ww. reguł dojdzie do swobodnego podziału sędziów na takich, którzy mogą orzekać w takich sprawach oraz tych, którzy takich uprawnień nie mają. SN w uchwale I KZP 2/22, powołując się na art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE⁴³ oraz art. 47

⁴² Zob. wyrok TSUE z dnia 26 marca 2020 r. w sprawie Erik Simpson p. Radzie UE, HG p. Komisji Europejskiej C-542/18 RX-II i C-543/18 RX-II (EU:C:2020:232).

⁴³ Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 ze zm.).

KPP⁴⁴, nakazuje odstąpienie od stosowania prawa krajowego określającego sposób wylaniania składu sądu właściwego do rozpoznania takiego wniosku. Należy zwrócić uwagę na odmiennosc rozwiązania przyjętego w ustawie o ustroju oraz ustawie o SN, gdzie wniosek o zbadanie bezstronności sędziego będzie rozpatrywał inny skład tego sądu i może zdarzyć się, że wniosek o wyłączenie sędziego wybranego w wadliwym trybie rozpoznawać będą sędziowie powołani w takiej samej procedurze⁴⁵.

Warto w tym miejscu omówić, jak ma wyglądać test podejmowany na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. ETPC w wyroku z dnia 1 grudnia 2020 r. – Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii⁴⁶ wskazał na następujące punkty, które powinny być brane pod uwagę podczas oceny wagi uchybień mających miejsce przy powołaniu sędziego, mianowicie: dostatecznie poważne naruszenie prawa krajowego, czy to naruszenie odnosi się do którejkolwiek fundamentalnej zasady w procedurze powoływania sędziego oraz dostrzeżenie naruszenia i naprawienie na szczeblu sądów krajowych. Naruszenie prawa będzie miało miejsce również wówczas, gdy powołanie sędziego będzie co prawda *de lege artis*, ale prowadzić będzie do rezultatów niezgodnych z przedmiotem i celem Konwencyjnego prawa do sądu (pkt 245 ww. wyroku). Drugi etap ma na celu sprawdzenie, czy sprawowanie wymiaru sprawiedliwości odbywa się bez nieuzasadnionej dyskrecjonalnej ingerencji innej władzy. Według ETPC, naruszenia dotyczące podstawowych, a nie technicznych, zasad procedury mianowania sędziów będą skutkować naruszeniem prawa do sądu (pkt 246 ww. wyroku). Ostatni krok jest wyrażeniem zasady subsydiarności, zgodnie z którą Trybunał nie będzie związany ustaleniami wykładni prawa sądów krajowych dopiero wtedy, gdy będą one arbitralna albo oczywiście nieracjonalne (pkt 251 ww. wyroku). Wynika z tego, że to na sądach krajowych spoczywa obowiązek kontroli bezstronności i niezależności. W sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce Trybunał potwierdził aktualność ww. testu.

⁴⁴ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE. C. z 2007 r. Nr 303, s. 1 ze zm.).

⁴⁵ K. Lipiński, *Ustawony ...*, s. 21.

⁴⁶ Skarga nr 26374/18.

Analizując z kolei orzecznictwo TSUE, w szczególności wyrok w sprawie A.K. i in. C-585/18, C-624/18 i C-625/18, można przyjąć tezę, że standard prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu na gruncie prawa UE nie różni się względem wzorca konwencyjnego. Trybunał Sprawiedliwości uważa, że merytoryczne warunki oraz zasady powoływania sędziów nie mogą prowadzić do powstania wątpliwości u jednostki co do niezależności od czynników zewnętrznych i neutralności względem toczącego się sporu (pkt 134 ww. wyroku). TSUE akcentuje, że przy badaniu niezawisłości należy brać pod uwagę całokształt okoliczności, zarówno dotyczących ściśle osoby sędziego, jak i procedury jego powołania oraz postawy przed i po objęciu urzędu. Dopiero bowiem łączne zestawienie ww. okoliczności pozwoli na sformułowanie wniosku co do braku niezależności od czynników zewnętrznych.

Przechodząc do orzecznictwa polskiego, SN w uchwale z 2020 r. przy przeprowadzaniu omawianego testu nakazuje badać także stopień wadliwości konkretnego postępowania konkursowego, okoliczności odnoszące się do samego sędziego biorącego w nim udział oraz charakter spraw, w których taki sędzia orzeka. Doktryna z kolei pozwala na odmowę uznania zdolności orzekania również w wypadku wystąpienia wpływu uchybień na gwarantowane prawa⁴⁷.

SN w uchwale I KZP 2/22, odnosząc się do wyroku ETPC Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii, trafnie zaznacza, że na pierwsze dwa pytania z testu Trybunału należy odpowiedzieć pozytywnie, ponieważ naruszenie Konstytucji RP musi zostać zaklasyfikowane jako dostatecznie poważne naruszenie i miało ono miejsce w procesie nominacji sędziego. Dopiero odpowiedź na trzecie pytanie da podstawy do stwierdzenia stronniczości, czy też jej braku, sędziego w konkretnej sprawie. SN w uchwale z 2022 r. wskazuje bardzo precyzyjne okoliczności jakie należy brać pod uwagę w ramach trzeciego etapu. Jest mowa m.in. o tym czy obrady KRS nad daną kandydaturą zostały utajnione, czy opinia zgromadzenia ogólnego sędziów dotycząca tego kandydata była jednoznacznie

⁴⁷ Zob. M. Królikowski, *Powinności w czasie kryzysu uznawalności orzeczeń sądów* [w:] P. Wiliński, R. Zawłocki (red.), *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, Warszawa 2022, s. 6.

negatywna, porównanie doświadczenia zawodowego i poparcia środowiska sędziowskiego z kontrkandydatami, czy taki sędzia w ogóle miał kontrkandydatów do awansu oraz równoczesność lub zbliżony czas uruchomienia drogi awansowej z objęciem ważnego stanowiska w administracji sądowej w drodze decyzji Ministra Sprawiedliwości. Wyżej wymienione przesłanki są konkretne i pozwalają na otrzymanie w miarę możliwości prawidłowego wyniku kontroli bezstronności danego sędziego. Jednak należy mieć na uwadze, że SN w 2022 r. nie odniósł się do wpływu wadliwego powołania na brak neutralności w danej konkretnej sprawie. Odesłanie do tej kwestii znajduje się w uchwale składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. – „Sądy, które przestają być bezstronne i niezależne nie mogą w sytuacji konfliktów i sporów ustalać prawdy i wymierzać sprawiedliwości, dlatego fundamentem procedur sądowych są reguły umożliwiające ocenę tego, czy konkretny sąd w konkretnej sprawie spełnia wymagania bezstronności i niezawisłości”. Warto podkreślić stanowczy postulat SN z uchwały z 2022 r., że kontrola następcza, czyli na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., ma charakter kontroli sądu, a nie konkretnego sędziego, „jej przeprowadzenie nie rzutuje na możliwość udziału danego sędziego w składzie sądu przeprowadzającym inne postępowanie oraz nie może wiązać innego składu sądu”.

SN w uchwale z 2022 r. podkreślił również, że nie każdy sędzia powołany w omawianych warunkach nie będzie spełniał standardów niezawisłości oraz bezstronności. W tym miejscu nie można zgodzić się z Sądem Najwyższym, bowiem mając na uwadze to, jakie kryteria SN nakazuje brać pod uwagę, należy zauważyć, że raz przeprowadzony test, który wypadł negatywnie, czyli stwierdzono stronniczość sędziego, w innym postępowaniu jeszcze raz przeprowadzony, nie da innego wyniku, bowiem przesłanki odnoszą się głównie do etapu postępowania przed KRS, a nie zachowania sędziego w konkretnej sprawie. Ponadto SN w 2020 r. stwierdził, że wynik testu ma znaczenie tylko dla sprawy, w której został on przeprowadzony, ale jednocześnie w innych sprawach „ocena taka [w innym postępowaniu – przyp. P.Z.] powinna być jednak zawsze wzięta pod uwagę”. Należy zatem uwypuklić brak

zaakacentowania w obu uchwałach przesłanki charakteru sprawy, co ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. W uchwale z 2020 r. zostało jedynie wspomniane, iż „większe wątpliwości co do dochowania wyżej wskazanych standardów będą występować wówczas, gdy w danej sprawie sąd miałby orzekać w kwestiach istotnych z punktu widzenia tej władzy”. Jako przykłady SN podaje sprawy związane z dominującą siłą polityczną, które mogą wzbudzać zainteresowanie opinii publicznej oraz polityków.

Mając powyższe rozważania na uwadze, warto jest również zwrócić uwagę na kwestię obowiązku poddania się testowi. Uchwała z 2022 r. jest w tym aspekcie kategorierna i stanowi o obligatoryjności jego przeprowadzenia według ww. reguł, jeśli zachodzi konieczność zbadania wpływu wadliwości powołania na zachowanie minimalnego standardu niezawisłości i bezstronności, co wydaje się słusznym rozwiązaniem. W jakim trybie oraz kto może to zainicjować zostało omówione wyżej. Jest to trafne stanowisko, ponieważ rozwiązanie przeciwne polegające na fakultatywnym przeprowadzaniu testów prowadziłoby do zróżnicowania sytuacji prawnej sędziów oraz nadużyć w tym zakresie. SN w uchwale z 2020 r. podkreśla, że sam sędzia dbając o zachowanie standardów niezawisłości i bezstronności powinien sam doprowadzić do uchylenia wątpliwości dotyczących jego osoby w tym zakresie jeszcze przed przystąpieniem do rozprawy, co byłoby niewątpliwie najlepsze dla dobra wymiaru sprawiedliwości oraz zaufania obywateli do instytucji sądownictwa. Również doktryna postuluje powinność takiego sędziego poddania się badaniu, co jest podyktowane zarówno przez prawo międzynarodowe i judykaturę organów ponadnarodowych, a także przez uchwałę SN z dnia 23 stycznia 2020 r., która jest również zasadą prawną⁴⁸.

Na koniec niniejszych rozważań warto w skrócie porównać model badania bezstronności i niezawisłości sędziego z orzecznictwa SN oraz testu niedawno wprowadzonego do ustawy o SN oraz ustawy o ustroju (odpowiednio art. 29 § 4 – 25 oraz art. 42a)⁴⁹. Zmiana prawa zainicjowana przez Prezydenta, poprzez zastosowane wymogi nie może spełnić

⁴⁸ Zob. M. Królikowski, *Rozdział 1. Powinności ...*, s. 17.

⁴⁹ Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1259).

zadań stawianych przez ETPC, co podkreśla piśmiennictwo⁵⁰. Ustawodawca nakazuje badać czy w okolicznościach danej sprawy procedura powołania sędziego i jego postępowanie po powołaniu mogą doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, które to mają mieć wpływ na wynik postępowania z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy. Niewątpliwym mankamentem ww. testu jest tygodniowy termin prekluzyjny od momentu zawiadomienia uprawnionego o składzie sądu, którego przekroczenie skutkuje wygaśnięciem prawa do złożenia wniosku. Wydaje się to być niezgodne z prawem do bezstronnego i niezawisłego sądu, które jest przecież prawem nieograniczonym terminem, zwłaszcza tak krótkim. Sam wniosek musi ponadto zawierać dowody na poparcie żądania, co jest nierealne lub w praktyce wysoce utrudnione, mając na uwadze, że podmiot uprawniony nie dysponuje dokumentacją z procesu nominacyjnego i wątpliwym jest, czy w przeciągu tygodnia będzie w stanie ją użyć. Kolejną wadą jest katalog spraw, w jakich takowy wniosek przysługuje, bowiem ustawodawca świadomie ograniczył nowy środek czyniąc niemożliwym złożenie go w stosunku do sędziego, który taki wniosek rozpatruje.⁵¹ Zajądzie wówczas sytuacja, gdy sędzia powołany w analogicznej procedurze będzie rozpoznawał wniosek innego sędziego powołanego w ten sam sposób. Uchwała I KZP 2/22 trafnie stwierdza, że w takim przypadku dojdzie do naruszenia zakazu *nemo iudex in causa sua*. To tylko niektóre wątpliwości na jakie wskazuje doktryna w stosunku do testu ustawowego. Wydaje się, iż test zaproponowany w orzecznictwie SN będzie mimo wszystko rozwiązaniem lepszym i pełniej realizującym punkt trzeci testu z wyroku ETPC Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii. Jako że test z uchwały opiera się na art. 41 § 1 i art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. można przyjąć, iż są to odrębne mechanizmy wzajemnie się niewykluczające. Brak jest podstaw do przyjęcia, że zastosowanie testu z ustawy o SN i ustawy o ustroju wyłącza złożenie wniosku w trybie określonym w k.p.k.

⁵⁰ K. Lipiński, *Ustawony ...*, s. 16.

⁵¹ Na przykład taki wskazuje K. Lipiński, *Ustawony ...*, s. 21.

5. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Problem bezstronności sędziów narasta i mimo prób jego rozwiązania przez ustawodawcę poprzez wprowadzenie testu ustawowego, sytuacja osób powołanych przez nową KRS nadal jest wątpliwa. Potrzebne są szybkie i zdecydowane zmiany zmierzające do przywrócenia funkcjonowania *in gremio* domniemania niezawisłości i bezstronności sędziów. Tymczasem z biegiem lat, im coraz więcej sędziów jest powoływanych i awansujących na podstawie wniosku KRS, tym trudniejsze będzie przewrócenie ładu zgodnego z Konstytucją RP. Nie ulega wątpliwości, że nie każdy sędzia, który uzyskał nominację od nowej KRS nie spełnia minimalnych wymogów bezstronności i niezawisłości. Jednak należy mieć na uwadze, że sama możliwość przeprowadzenia testu, który sprowadza się do badania tych kwestii może naruszać zaufanie obywateli do instytucji sądownictwa. Test jest formą jedynie doraźnego radzenia sobie z zaistniałą kryzysową sytuacją. SN przyjął rozwiązanie najlepsze z dostępnych, zapewniając możliwość badania bezstronności i niezawisłości w sposób kompletny i na każdym etapie postępowania. Należy podkreślić, iż stanowisko SN wyrażone w obu uchwałach jest spójne z systemem prawnym, nie wprowadza nowych rozwiązań, a jedynie wykorzystuje już istniejące. Sam obowiązek poddania się testowi jest rozwiązaniem optymalnym, a kryteria, które mają być brane pod uwagę zostały precyzyjnie wskazane. Wątpliwości budzi jednak kryterium odnoszące się do postępowania przed KRS i brak badania charakteru sprawy, co ma jednak istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Ponadto SN stosuje inne wymogi niezależności w stosunku do sędziów różnych szczebli sądownictwa, co nie znajduje oparcia w prawie.

Moim zdaniem, po przywróceniu składu KRS zgodnego z Konstytucją, aby w każdej konkretnej sprawie nie przeprowadzać testu na niezależność, prawidłowo obsadzona KRS powinna zbadać wszystkie powołania dokonane na wniosek „neo-KRS” po 2018 r. Pozytywna weryfikacja sędziego przez KRS powodowałaby przywrócenie domniemania niezawisłości tych sędziów. SN w uchwale z 2022 r. słusznie rozróżnia sytuację osób otrzymujących pierwszą nominację sędziowską oraz sędziów ubiegających się o awans do sądów wyższych w strukturze sądownictwa, jednak nie uzasadnia przyczyn takiego podziału. W mojej ocenie

należałoby wyróżnić dwie kategorie osób przystępujących do konkursu przed „neo-KRS”:

- 1) osoby, które po ukończeniu Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury (dalej: KSSiP) zdały egzamin sędziowski i ubiegały się o stanowisko asesora sądowego i asesory sądowi starający się o nominację na sędziego;
- 2) sędziów awansujących, którzy wcześniej uzyskali już status sędziego oraz przedstawicieli innych zawodów prawniczych i osób posiadających stopień doktora habilitowanego.

Moim zdaniem konieczność odmienności potraktowania osób z pierwszej grupy wynika z faktu, że mierzyły się one z wyborem albo wzięcia udziału w konkursie przed nową KRS i uzyskania powołania, albo zbojkotowania go, czego konsekwencją byłby brak pracy oraz braki kadrowe w sądownictwie. Według mnie właściwym byłoby uznanie, iż osoby te co do zasady spełniają standard niezależności, chyba że w danym konkretnym przypadku postępowanie przed KRS było dalece wadliwe. Zatem w ich przypadku weryfikacja powołania na stanowisko sędziego nie musi następować z urzędu, ale na wniosek składany do KRS przez określone organy, np. Prokuratora Generalnego i Pierwszego Prezesa SN.

Z kolei osoby, które nie ukończyły aplikacji sędziowskiej, ale spełniały warunki, aby móc wystartować w konkursie (np. adwokaci, prokuratorzy), to proces ich powołania powinien zostać zbadany z urzędu. Analogiczna powinna być sytuacja sędziów, którzy zostali powołani na kolejne stanowiska, ale sądów wyższych szczebli. Mimo, że wcześniej brali oni już udział w prawidłowo przeprowadzanych konkursach, to jako prawnicy i sędziowie powinni mieć świadomość zastrzeżeń jakie dotyczyły nowej KRS. Nie oznacza to, iż wszystkich powołanych w ten sposób można uznać za niespełniających wymagań niezależności, jednak w tym przypadku osoby oceniające powinny szczególnie pochylić się nad etapem postępowania przed „neo-KRS”, czy w przypadku konkretnego sędziego nie chodziło o wybór czysto personalny, przy pominięciu kwalifikacji i osiągnięć. Aby usunąć na przyszłość stan niepewności danego sędziego powinien on jeszcze raz wziąć udział w konkursie, ale już przed organem powołanym zgodnie z Konstytucją⁵².

⁵² A. Zoll stwierdził, że możliwe są dwa stanowiska. Pierwsze z nich zakłada, że wszyscy sędziowie tracą swój awans i mogą ponownie stanąć do konkursu przed KRS wybraną zgodnie z Konstytucją.

Odrębnym zagadnieniem jest kwestia prawidłowości orzeczeń wydanych przez „neo-sędziów”. Moim zdaniem, rozstrzygając tę kwestię można inspirować się stanowiskiem zajęтым przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 24 października 2007 r. w sprawie o sygn. akt SK 7/06. Sprawa ta dotyczyła możliwości sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez asesorów sądowych. TK orzekając o niekonstytucyjności przepisów pozwalających Ministrowi Sprawiedliwości na powołanie asesorów bez kontroli ze strony KRS, jednocześnie stwierdził, że nie uzasadnia to wzruszenia prawomocnych orzeczeń wydanych przez asesorów. Oczywiście rozstrzygnięcie TK związane było z przepisami Konstytucji regulującymi skutki jego orzeczeń jako podstawy wznowienia postępowania. Należy jednak uwzględnić uwagę poczynioną przez Trybunał Konstytucyjny, że „Niekonstytucyjność standardu w odniesieniu do tego, komu można powierzyć sądownictwo, nie musi bowiem przesądzać o niekonstytucyjności treści rozstrzygnięcia lub zastosowanej procedury jego wydania. Wartości związane z cechą prawomocności przemawiają za ochroną takich orzeczeń”⁵³. Unieważnienie *ex lege* wszystkich orzeczeń wydanych przez tzw. neo-sędziów wprowadziłoby chaos prawny, co niewątpliwie godziłoby w podstawowe zasady konstytucyjne i było bardziej szkodliwe niż utrzymanie ich w mocy. Jak trafnie zauważa SN w uchwale I KZP 2/22 skutkowałoby to również pokrzywdzeniem obywateli, którzy uczestniczyli w tak ukształtowanym wymiarze sprawiedliwości, nie mając na to żadnego wpływu.

Problematiczne będzie także wprowadzenie możliwości wznowienia postępowania na wniosek strony w sprawie, w której w składzie sędziowskim zasiadał „neo-sędzia”, lub upoważnienia do złożenia przez stronę wniosku o zbadanie niezawisłości i bezstronności sędziego, który orzekał w sprawie już prawomocnie zakończonej, a następnie wzruszenia orzeczenia w razie ustalenia braku tych przymiotów. Zastosowanie któregoś z tych rozwiązań niewątpliwie skutkowałoby znacznym wzrostem ilości

Według drugiego, to Prokurator Generalny miałby przeprowadzić weryfikację konkursów, jakie miały miejsce przed neo-KRS i w razie stwierdzenia nieprawidłowości mógłby zaskarżyć do NSA powołanie danej osoby na stanowisko sędziego przez Prezydenta RP. Prof. Zoll jako lepsze ocenił stanowisko pierwsze (zob. <https://oko.press/prof-zoll-naprawa-sady> (dostęp 6.01.2023 r.)).

⁵³ Pkt 158 wyroku TK z dnia 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108

spraw w sądach, co doprowadziłoby do paraliżu wymiaru sprawiedliwości. Sytuacja taka godziłaby w prawo do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie. Jeżeli ustawodawca zdecydowałby się jednak na wprowadzenie takiego rozwiązania, to moim zdaniem, pierwszym krokiem powinno być przeprowadzenie testu zaproponowanego przez SN, w celu stwierdzenia, czy sędzia jest bezstronny i niezależny. W razie konkluzji, że nie jest, kolejnym etapem powinno być zbadanie czy brak tych przymiotów miał miejsce w tej konkretnej sprawie, czyli czy sędzia był bezstronny w stosunku do uczestników postępowania, kierował się obiektywizmem i nie stwarzał korzystniejszej sytuacji dla którejś ze stron. Podważenie prawomocnego orzeczenia powinno mieć miejsce dopiero w przypadku stwierdzenia stronniczości sędziego i ustalenia wpływu braku niezależności na treść orzeczenia. W przeciwnym wypadku, moim zdaniem, należałoby uznać, iż orzeczenie odpowiada prawu.

Należy jednak zwrócić także uwagę, że uchybienia wskazane w art. 439 k.p.k., w tym w omówionych wyżej pkt 1 i 2 z § 1 tego przepisu, stanowią podstawę kasacyjną (art. 523 § 1 k.p.k.), a do kasacji złożonej przez Prokuratora Generalnego, Rzecznika Praw Obywatelskich i Rzecznika Praw Dziecka nie stosuje się 30-dniowego terminu wskazanego w art. 524 § 1 k.p.k. Zatem istnieje możliwość podważenia orzeczeń wydanych przez neo-sędziów jako wydanych przez sąd nienależycie obsadzony w trybie tzw. kasacji nadzwyczajnej. Rozwiązanie to wykorzystuje instytucję już istniejącą, zatem nie byłaby konieczna zmiana prawa. Ponadto wstępna ocena dokonana przez wskazane podmioty, przeprowadzana na etapie weryfikacji czy istnieją przesłanki do wniesienia kasacji, pozwoliłaby uchronić sądy przed znacznym wzrostem ilości rozpatrywanych spraw. Rozwiązanie to wydaje się być słuszne i najbardziej racjonalne z uwagi na liczbę orzeczeń sądowych wydanych z udziałem sędziów, co do których istnieją wątpliwości odnośnie bezstronności i niezależności. Ponadto Rzecznik Praw Obywatelskich zgodnie z art. 210 Konstytucji RP jest w swojej działalności niezawisły i niezależny od innych organów państwowych, podobnie jak Rzecznik Praw Dziecka w myśl art. 7 ust. 1 ustawy⁵⁴.

⁵⁴ Ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 292).

Podsumowując niniejsze rozważania należy stwierdzić, że rozwiązanie zaproponowane przez SN nie jest pozbawione wad. Sąd bezpodstawnie różnicuje standardy niezależności sędziów sądów powszechnych różnych szczebli i SN, co nie znajduje pokrycia w orzeczeniu TK ani w prawie. Ponadto SN w zaproponowanym teście stosuje kryteria odnoszące się w głównej mierze do postępowania nominacyjnego przed KRS, pomijając jednocześnie wpływ braku niezależności sędziego na rozstrzygnięcie konkretnej sprawy. Z kolei nowo wprowadzony test z ustawy o SN i ustawy o ustroju również nie daje gwarancji ochrony prawa do niezależnego sądu. Konieczność przedstawienia dowodów w tygodniowym terminie prekluzyjnym, ograniczony katalog spraw w jakich środek ten przysługuje oraz możliwość naruszenia przy rozpatrywaniu wniosku zakazu *nemo iudex in causa sua*, sprawiają że nie koresponduje on z trzecim kryterium testu z wyroku ETPC w sprawie Ástráðsson przeciwko Islandii.

Streszczenie

W oparciu o orzecznictwo ETPC i TSUE, SN w uchwałach z 23.01.2023 r. i 2.06.2022 r. zajął się kwestią braku niezależności sędziów powołanych po zmianach w KRS z 2017 r. SN stwierdza, iż nie każdy sędzia wybrany w wadliwej procedurze nie spełnia minimalnego standardu niezawisłości, przez co możliwe jest badanie tej kwestii z urzędu w drodze odpowiedniego testu. Procedura ta ma być przeprowadzana na podstawie art. 41 lub 439 § 1 pkt 2 k.p.k., natomiast kryteria brane pod uwagę zostały zaczerpnięte z orzecznictwa międzynarodowego. SN nie ustrzegł się jednak wad w przywołanych uchwałach, ale w porównaniu do mechanizmu z nowo wprowadzonej procedury z ustaw o Sądzie Najwyższym oraz Prawo o ustroju sądów powszechnych, test ten lepiej realizuje zasadę prawa do niezależnego sądu. Autorka przedstawiła również postulaty *de lege ferenda* odnoszące się do weryfikacji „neo-sędziów” po przywróceniu składu KRS zgodnego z Konstytucją oraz kwestii prawidłowości orzeczeń wydanych przez „neo-sędziów”.

Słowa kluczowe: postępowanie karne, Krajowa Rada Sądownictwa, niezawisłość, bezstronność, test na niezależność

The test of the independence of criminal judges in the light of Supreme Court case-law and Polish law

Summary

Based on the jurisprudence of the ECtHR and the CJEU, the Supreme Court in its resolutions dated January 23, 2023 and June 2, 2022 addressed the issue of the lack of independence of judges appointed after the 2017 amendments to the NCJ. The Supreme Court states that not every judge elected in a flawed procedure fails to meet the minimum standard of independence, making it possible to examine this issue *ex officio* by means of an appropriate test. This procedure is to be carried

out on the basis of Art. 41 or 439 § 1 (2) of the Code of Criminal Procedure, while the criteria taken into account have been derived from international jurisprudence. However, the Supreme Court did not avoid flaws in the cited resolutions but compared to the mechanism of the newly introduced procedure from the laws on the Supreme Court and the system of common courts, this test better implements the principle of the right to an independent judiciary. The author also presented postulates *de lege ferenda* relating to the verification of neo-judges after the restoration of the composition of the NCJ in line with the Constitution and the issue of the validity of rulings issued by neo-judges.

Keywords: criminal proceeding, National Council of the Judiciary, independence, impartiality, test for independence

Patrycja Zgardzińska

Uniwersytet Warszawski

Wydział Prawa i Administracji,

e-mail: p.zgardzinska@student.uw.edu.pl