

IUSTITIA

PRAWO USTROJOWE

Glosa do wyroku z 1.12.2020 r. wydanego przez Wielką Izbę Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson* przeciwko *Islandii* (skarga nr 26374/18)

Małgorzata Wrzolek-Romańczuk*

I. Wprowadzenie

Już na wstępie glosy należy podkreślić fundamentalne znaczenie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹ z 1.12.2020 r. w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson* przeciwko *Islandii* (skarga nr 26374/18) dla ustalenia spełnienia przesłanki „sądu ustanowionego ustawą”. Antycypując szczegółowe rozważania, trzeba wskazać, że Trybunał przyjął w tym orzeczeniu trójstopniowy test, zawierający określone kryteria, służący ocenie, czy nieprawidłowości w procedurze powoływania sędziów były na tyle poważne, że spowodowały naruszenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą”. Uniwersalny charakter testu implikuje zasadność odniesienia go do naruszeń, jakie wystąpiły w Polsce w zakresie powoływania sędziów w okresie od marca 2018 r.

W sentencji głosowanego wyroku przywołano art. 6 ust. 1, art. 41 i 46 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2². Treść argumentacji zawartej w wyroku oraz charakter uwag zamieszczonych w niniejszej glosie wymagają przytoczenia tych postanowień Konwencji (odpowiedniego ich fragmentu).

Art. 6 ust. 1 Prawo do rzetelnego procesu sądowego

„Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”.

Art. 41 Słuszne zadośćuczynienie

„Jeśli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie Konwencji lub jej protokołów, oraz jeśli prawo wewnętrzne zainteresowanej Wysokiej Układającej się Strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia, Trybunał orzeka, gdy zachodzi potrzeba, słuszne zadośćuczynienie pokrzywdzonej stronie”.

Art. 46 Moc obowiązująca oraz wykonanie wyroków

„1. Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami.

2. Ostateczny wyrok Trybunału przekazuje się Komitetowi Ministrów, który czuwa nad jego wykonaniem”.

W zakresie istotnym dla głosowanego wyroku już w tym miejscu należy zwrócić, uwagę, że wchodzący w grę fragment art. 6 ust. 1 Konwencji „(...) prawo do (...) rozpatrzenia (...) sprawy (...) przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą (...)” przewiduje trzy przesłanki: 1) sąd ustanowiony ustawą; 2) sąd niezawisły; 3) sąd bezstronny. Kwestia, czy wszystkie przesłanki mają być spełnione łącznie, czy ewentualnie wystarcza spełnienie jednej lub niektórych z nich, jest przedmiotem dalszych rozważań.

II. Stan faktyczny, zarzuty i rozstrzygnięcie

II.1. Zamieszczony niżej opis stanu faktycznego przytaczam w ślad za tłumaczeniem (części) wyroku opracowanym przez Stowarzyszenie Sędziów Polskich Iustitia³, co pozwala na zachowanie jednolitości terminologicznej. Charakter rozstrzygnięcia wymaga przytoczenia także innych fragmentów wyroku w dalszych częściach glosy:

„Skarżący, *Guðmundur Andri Ástráðsson*, [w] marcu 2017 r., został skazany za kierowanie samochodem bez waż-

* Autorka jest doktorem habilitowanym nauk prawnych, adwokatem.

¹ Dalej jako: ETPCz lub Trybunał albo Wielka Izba.

² Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej jako: Konwencja.

³ <https://iustitia.pl/nowa-krs-nowy-sn/4057-skrot-wyroku-etpcz-w-sprawie-skutkow-nieprawidlowosci-w-procesie-nominacji-sedziow-sprawa-gudmundur-andri-astradhsson-przeciwko-islandii>; tekst pochodzący z tego źródła zaznaczono kursywą; przy omawianiu wyroku korzystam z jego wersji anglojęzycznej, zob. https://ruleoflaw.pl/wp-content/uploads/2020/12/CASE-OF-GU_MUNDUR-ANDRI-_STR__SSON-v.-ICE-LAND.pdf, dostęp: 21.1.2021 r. oraz z ww. tłumaczenia. W dalszej części glosy przytaczam fragmenty uzasadnienia pochodzące z ww. źródła, także zaznaczając je kursywą. Odnosząc się do poszczególnych ustaleń zawartych w wyroku, wskazuję odpowiednie punkty orzeczenia.

nego prawa jady oraz pod wpływem narkotyków. Jego apelacja od tego wyroku była rozpoznawana przez nowy Sąd Apelacyjny (Landsréttur), utworzony w styczniu 2018 r. Jednym z sędziów przydzielonych do rozpoznania tej apelacji była sędzia A.E. Pan Ástráðsson wniósł o jej wyłączenie od rozpoznawania sprawy, podnosząc, że jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyrokach z grudnia 2017 r., w procesie jej powołania na stanowisko sędziego tego sądu wystąpiły nieprawidłowości. Wniosek o wyłączenie sędzi A.E. nie został uwzględniony.

Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy wyrok skazujący Pana Ástráðssona. W kwietniu 2018 r. Pan Ástráðsson odwołał się od wyroku Sądu Apelacyjnego do Sądu Najwyższego, podnosząc, że skoro A.E. została powołana na stanowisko sędziowskie z naruszeniem prawa, to pozbawiono go prawa do rzetelnego procesu przed niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym ustawą. W odwołaniu Pan Ástráðsson wskazywał również, że powołanie A.E. było motywowane politycznie.

W maju 2018 r. Sąd Najwyższy odrzucił żądania skarżącego. Sąd Najwyższy uznał, że mimo uchybień proceduralnych, które miały miejsce w toku procedury powołania A.E. na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego, które to uchybienia zostały przez ten sam sąd stwierdzone w wyrokach z grudnia 2017 r., jej powołanie na to stanowisko jest ważne. Zdaniem Sądu Najwyższego brak jest więc dostatecznych podstaw, by kwestionować, że proces Pana Ástráðsson spełniał kryteria rzetelnego procesu przed niezawisłym i bezstronnym sądem. (...).

A.E. została powołana na stanowisko sędziego w wyniku procedury, w toku której Komisja Oceniająca dokonała oceny 33 kandydatów na 15 stanowisk sędziego Sądu Apelacyjnego, a następnie zarekomendowała nominowanie tych 15 kandydatów, których uznała za najlepiej wykwalifikowanych do sprawowania tej funkcji.

Zgodnie z właściwymi przepisami Ustawy o Sądownictwie nr 50/2016 („nowa Ustawa o Sądownictwie”), Minister Sprawiedliwości miał prawo nie zaakceptować propozycji Komisji Oceniającej i zaproponować innego kandydata lub kandydatów na stanowisko (stanowiska) sędziego Sądu Apelacyjnego, pod warunkiem, że taki kandydat został oceniony (tacy kandydaci zostali ocenieni) przez Komisję Oceniającą jako spełniający minimalne wymagania dla powołania na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego, określone przez Prawo o Sądownictwie oraz pod warunkiem zaakceptowania takiej kandydatury (takich kandydatur) przez Parlament.

W niniejszej sprawie, Minister Sprawiedliwości wybrał 11 spośród 15 proponowanych przez Komisję Oceniającą kandydatów na sędziów Sądu Apelacyjnego i dodał 4 kandydatów, w tym A.E. A.E. znajdowała się na sporządzonej przez Komisję Oceniającą liście najbardziej wykwalifikowanych kandydatów do objęcia stanowiska sędziego Sądu Apelacyjnego, lecz na niższej pozycji (poniżej 15. miejsca na liście). Minister Sprawiedliwości uargumentowała zmiany dokonane przez siebie na liście w stosunku do propozycji Komisji Oceniającej.

W czerwcu 2017 r. Parlament poddał pod głosowanie całą listę kandydatów na stanowiska sędziów Sądu Apelacyjnego zaproponowaną przez Minister Sprawiedliwości. Lista ta została przyjęta przez Parlament większością głosów, w trakcie jednego głosowania. Następnie, jeszcze w czerwcu 2017 r., Prezydent Islandii podpisał akty nominacji nowych sędziów Sądu Apelacyjnego, w tym A.E.

Dwoje kandydatów na sędziów Sądu Apelacyjnego, którzy zostali wskazani do nominacji przez Komisję Oceniającą, lecz zostali usunięci z listy przez Minister Sprawiedliwości, pozwało państwo islandzkie, kwestionując zgodność z prawem procedury nominacji sędziów Sądu Apelacyjnego. W grudniu 2017 r. Sąd Najwyższy oddalił ich roszczenia o odszkodowanie z tytułu szkody majątkowej, lecz zasądził na rzecz każdego z nich po 700 tys. koron islandzkich (ISK) (około 5,7 tys. euro) tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Sąd Najwyższy, w dwóch wyrokach z 19.12.2017 r., uznał, że Minister Sprawiedliwości dopuściła się naruszenia prawa administracyjnego, gdyż przedłożona przez nią Parlamentowi propozycja odstąpienia od rekomendacji Komisji Oceniającej nie została oparta na niezależnym badaniu wszystkich elementów niezbędnych do dokonania oceny kwalifikacji proponowanych przez nią kandydatów. Również postępowanie w Parlamencie było wadliwe w zakresie tych czterech kandydatów, którzy nie znajdowali się na pierwotnej liście osób rekomendowanych przez Komisję Oceniającą, albowiem Parlament zatwierdził łącznie, w jednym głosowaniu, całą zmienioną listę, zamiast głosować osobno nad każdą kandydaturą, jak tego wymagało prawo”.

II.2. W dniu 31.5.2018 r. na podstawie art. 6 ust. 1 Konwencji Pan Ástráðsson wniósł skargę do ETPCz, w której zarzucił, że:

- 1) jeden z trzech sędziów w składzie nowo utworzonego Sądu Apelacyjnego, który utrzymał w mocy jego wyrok skazujący, a mianowicie A.E., nie został wyznaczony zgodnie z odpowiednim prawem krajowym, w związku z czym postawione mu zarzuty karne nie zostały ustalone przez „sąd ustanowiony ustawą” w rozumieniu tego przepisu;
- 2) odmówiono mu prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu przewidzianego w art. 6 ust. 1 Konwencji, biorąc pod uwagę udział A.E. w składzie Sądu Apelacyjnego, która orzekła w jego sprawie, mimo wad w jej powołaniu.

„W wyroku Izby z 12.3.2019 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł pięcioma głosami do dwóch, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji (prawo do sądu ustanowionego ustawą). Izba stwierdziła w szczególności, że proces, w którym została powołana A.E., stanowił rażące naruszenie obowiązujących przepisów krajowych. Ze szkodą dla zaufania, które sądownictwo w społeczeństwie demokratycznym musi wzbudzać w opinii publicznej, naruszyło samą istotę zasady, że sąd musi być ustanowiony ustawą. Ponadto Izba stwierdziła

jednogłośnie, że nie ma potrzeby rozpatrywania pozostałych skarg na podstawie art. 6 ust. 1 (prawo do niezawisłego i bezstronnego sądu).

W dniu 14.5.2019 r. Rząd wniósł o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby na podstawie art. 43 (przekazanie do Wielkiej Izby). W dniu 9.9.2019 r. zespół Wielkiej Izby przychylił się do tego wniosku. Rozprawa odbyła się 5.2.2020 r.

W dniu 1.12.2020 r. zapadł wyrok Wielkiej Izby, w którym Trybunał:

- 1) stwierdził jednogłośnie, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji w zakresie prawa do sądu ustanowionego ustawą;
- 2) stwierdził, większością 12 głosów do 5, że nie zachodziła potrzeba badania pozostałych zarzutów sformułowanych na podstawie art. 6 pkt 1 Konwencji;
- 3) stwierdził, większością 13 głosów do 4, że samo ustalenie naruszeń stanowi wystarczające zadośćuczynienie szkody niemajątkowej doznanej przez Skarżącego (art. 41 Konwencji);
- 4) jednogłośnie zasądził koszty i zwrot wydatków;
- 5) większością 13 głosów do 4 oddalił pozostałe żądania Skarżącego⁴.

Wyrokiem Wielkiej Izby z 1.12.2020 r. został tym samym utrzymany w mocy wyrok Trybunału z 12.3.2019 r., wydany w składzie 7-osobowym.

III. Test oceny wagi naruszeń procedury

III.1. Założenia ogólne do testu

Fundamentalne znaczenie wyroku polega przede wszystkim na sformułowaniu trzystopniowego testu, pozwalającego na ocenę wagi naruszeń procedury nominacyjnej. W tym zakresie ETPC oparł się na następujących założeniach generalnych.

Trybunał wyszedł z założenia, że w sprawie zakończonej głosowanym wyrokiem strony nie kwestionowały powstania i funkcjonowania na podstawie uregulowań przyjętych przez Parlament Islandii nowo utworzonego Sądu Apelacyjnego (pkt 206). Zadaniem Trybunału nie była także ocena systemu powoływania sędziów obowiązującego w ww. kraju. Co do zasady, Konwencja nie wyklucza powoływania sędziów przez organ władzy wykonawczej lub ustawodawczej, ale jedynie, gdy spełniony jest warunek, że przy pełnieniu urzędu na sędziów powołanych w takim trybie nie jest wywierany nacisk. Przedmiotem oceny Trybunału jest natomiast zawsze spełnienie wymagań Konwencji. Nie było również potrzeby przesądzania przez Wielką Izbę, czy doszło do naruszenia krajowych (islandzkich) uregulowań w materii powoływania sędziów, w odniesieniu do powołania Sędzi A.E. do nowo utworzonego Sądu Apelacyjnego, gdyż Sąd Najwyższy Islandii przesądził wcześniej, że nie dochowano odpowiednich uregulowań przy powołaniu czterech sędziów, w tym A.E.

(pkt 207–208). W ślad za tymi ustaleniami Sądu Najwyższego Islandii Wielka Izba przyjęła, że doszło do naruszeń prawa wewnętrznego (pkt 209).

Sedno stanowiska Wielkiej Izby w powyższej kwestii sprowadza się zatem do ustalenia, że jej rola w sprawie zakończonej głosowanym wyrokiem polegała na określeniu konsekwencji ww. naruszeń w kontekście art. 6 pkt 1 Konwencji (pkt 206), czyli – inaczej mówiąc – na stwierdzeniu, czy ta ocena krajowa spełnia standardy konwencyjne i czy nie doszło do rażących naruszeń prawa krajowego. W przeciwnym razie gwarancje przewidziane w tym postanowieniu Konwencji byłyby iluzoryczne. Takie podejście oznacza, że została spełniona zasada subsydiarności⁵.

W okolicznościach sprawy zakończonej głosowanym wyrokiem chodziło zatem o ustalenie, czy udział sędzi A.E., przy powołaniu której doszło do naruszeń, pozbawił skarżącego prawa do bycia osądzonym przez „sąd ustanowiony ustawą” (pkt 210, 215). Ta cecha sądu jest bowiem odzwierciedleniem zasady rządów prawa (*rule of law*; pkt 211, 226, 233–234, 237)⁶, a sama procedura powoływania sędziów jest nieodłącznym elementem koncepcji „sądu ustanowionego ustawą” (pkt 227–228)⁷.

Z kolei uniwersalny walor komentowanego orzeczenia wynika z tego, że – jak już wskazano na wstępie – Trybunał sformułował trzystopniowy test, pozwalający ustalić, które odstępstwa od zasad procedury sędziowskich nominacji są tak poważne, że mogą być uznane za pogwałcenie prawa do „sądu ustanowionego ustawą”, a tym samym stanowią granicę ciężkiego stopnia naruszeń przyjętą przez Trybunał.

Jak wynika z pkt 243 i 244 głosowanego wyroku, przez sformułowanie kryteriów oceny, które powinny być spełnione łącznie, test ma służyć sądom krajowym pomocą przy ocenie wagi naruszeń w procedurze powoływania sędziów pod kątem ewentualnego naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą” oraz przy wyważaniu konkurujących wartości, takich jak zasada pewności prawa (pkt 238 uzasadnienia) czy zasada

⁴ Zdania odrębne zgłosili: sędzia *Pinto de Albuquerque*; sędziowie *O’Leary*, *Ravarani*, *Kucsko-Stadlmayer* oraz *Ilievski* (dalej jako: Wspólne zdanie odrębne) oraz sędzia *Serghides*. Jak wynika z treści rozstrzygnięcia, cały skład sądzący uznał, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji; w zdaniach odrębnych zamieszczono natomiast polemikę z niektórymi argumentami zawartymi w uzasadnieniu albo z rozstrzygnięciami zawartymi w dalszych punktach sentencji wyroku.

⁵ Por. *M. Szwed*, Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 12.3.2019 r., skarga nr 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson* przeciwko *Islandii*, EPS Nr 7/2019, s. 45 oraz pkt IV 27–29 pisemnego stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich *A. Bodnara* złożonego w sprawie zakończonej komentowanym orzeczeniem, znak: VII.510.150.2019/MAW/PE, <https://rpo.gov.pl>, dostęp 28.1.2021 r.

⁶ Por. *M. Nowicki*, Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, 2017, komentarz do art. 6 Konwencji, Lex, dostęp: 8.2.2021 r.

⁷ Por. też zdanie odrębne sędziego *Pinto de Albuquerque*, który podkreśla, że procedura powołań sędziowskich stanowi nieodłączny element koncepcji „sądu ustanowionego ustawą” (pkt II 3, III 9 zd. odrębne).

nieusuwalności sędziów (pkt 239, a także 209 i 216). W tym kontekście podnoszony przez Rząd Rzeczypospolitej Polskiej w postępowaniu zakończonym głosowanym wyrokiem zarzut naruszenia zasady subsydiarności, zreferowany w pkt 195 wyroku, jest całkowicie bezzasadny.

Jednocześnie Trybunał przeciął pewien spór⁸, uznając że „sąd ustanowiony ustawą” to także sąd ustanowiony „zgodnie z ustawą” (pkt 229). Ponadto, co bardzo ważne m.in. z polskiej perspektywy dla uprzedzenia ewentualnych zarzutów, Trybunał zastrzegł wyraźnie, że wymaganie „ustanowienia sądu ustawą” w żadnym wypadku nie oznacza próby narzucenia Państwow – Stronom Konwencji jednolitych rozwiązań w zakresie powoływania sędziów. Wprost przeciwnie, akcentując różnorodność tych systemów w poszczególnych państwach, w których ograniczenia (działań władzy wykonawczej) wynikające z kultury prawnej i mechanizmów odpowiedzialności wraz z długoletnią praktyką wybierania kandydatów o wysokich kwalifikacjach i niezawisłości wewnętrznej, sprzyjają zachowaniu niezależności i legitymizacji władzy sądowniczej, ETPCz zaznaczył też, że samo przyjęcie modelu zakładającego decydujący wpływ władzy wykonawczej nie może pozbawiać danego sądu przymiotu „ustanowionego ustawą”. Istotne znaczenie ma natomiast wykluczenie arbitralnych ingerencji, w tym ze strony władzy wykonawczej, w procedurę powoływania sędziów. W dalszej części założeń generalnych do testu Trybunał przywołał przykłady naruszeń rozpatrywane w jego orzecznictwie (pkt 217).

Jednym z kluczowych elementów głosowanego orzeczenia jest wyeksponowanie autonomicznego charakteru przesłanki „sądu ustanowionego ustawą”. Trybunał zwrócił wprawdzie uwagę na ścisłe powiązanie między wymaganiem niezależności i bezstronności, a wymaganiem, by sprawę rozpoznał „sąd ustanowiony ustawą” (pkt 231–232, 280)⁹, lecz jako dominujące uznał ten ostatnio wymieniony warunek, a tym samym przyjął, że ma on charakter samodzielny. Konsekwentnie Trybunał uznał, że niespełnienie tej przesłanki wyłącza konieczność badania, czy spowodowało to naruszenie prawa do rzetelnego procesu. Tak wyraźne stwierdzenie samodzielności omawianej przesłanki stanowi pewne *novum* na tle dotychczasowego orzecznictwa ETPCz, chociaż, co do zasady, pogląd ten był już prezentowany¹⁰.

Dużą wagę dla stosowania testu w praktyce ma zastrzeżenie poczynione przez Wielką Izbę, że chodzi o naruszenia o dużym ciężarze gatunkowym, a prawo do „sądu ustanowionego ustawą” nie powinno być ujmowane zbyt szeroko, tak aby nie każde odstępstwo w procedurze powoływania sędziego stanowiło ryzyko naruszenia tego prawa¹¹. Stosując to założenie do okoliczności sprawy zakończonej głosowanym wyrokiem, Trybunał uznał, że: „(...) badane odstępstwa miały taki ciężar gatunkowy, że uderzały w samą istotę prawa do bycia osądzonym przed sądem ustanowionym w zgodzie z wymogami prawa. Trybunał z tego względu przyjął

większością głosów, że zagadnienie czy te same uchybienia zagrażały ponadto także niezawisłości i bezstronności tego samego sądu, nie wymagało dalszego badania” (pkt 295 w tłumaczeniu określonym w przyp. 2).

III.2. Poszczególne etapy testu

Przy omawianiu poszczególnych etapów testu uznałam za właściwą następującą sekwencję. Najpierw przedstawiam, w ślad za Trybunałem, na czym polega test, co jest przedmiotem oceny w każdej fazie, następnie przywołuję – na podstawie uzasadnienia głosowanego wyroku – konkretne okoliczności sprawy zakończonej tym orzeczeniem i ich ocenę, by przejść do wskazania i oceny uchybień w powoływaniu sędziów w realiach polskich po marcu 2018 r. Taki układ pozwala na zestawienie przejawów złamania prawa na gruncie sprawy zakończonej głosowanym wyrokiem i oceny ich wagi z uchybieniami w powoływaniu sędziów w Polsce. Co oczywiste, nie ma możliwości stosowania lustrzanego odbicia. Niemniej osąd poczyniony przez Trybunał na gruncie islandzkim należy uznać za ważną wskazówkę interpretacyjną przy ocenie polskich naruszeń.

Krok 1: Czy doszło do wyraźnego naruszenia prawa?

Trybunał zaznaczył w tym zakresie, że co do zasady, chodzi o obiektywne, niebudzące wątpliwości i rażące naruszenie prawa wewnętrznego (pkt 236–240). Niemniej, co bardzo ważne przy ewentualnym podejmowaniu prób manipulacji przy powoływaniu sędziów, nawet w braku stwierdzenia tak istotnego naruszenia prawa wewnętrznego, nie jest wykluczone stwierdzenie, że doszło do pozbawienia prawa do „sądu ustanowionego ustawą”. Może to nastąpić w sytuacji, gdy nominacje sędziowskie są pozornie zgodne z unormowaniami

⁸ Por. *L. Bosek, G. Żmij*, Uwarunkowania prawne powoływania sędziów w Europie w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 12.3.2019 r., skarga nr: 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, EPS Nr 7/2019, s. 33.

⁹ Por. zdanie odrębne kilku sędziów, pkt 25; *P. Tuleya*, Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.1.2020 r., PiP Nr 10/2020, s. 61, który trafnie zauważa, że nie jest w ogóle możliwe bezstronne działanie sądu, w skład którego wchodzi wadliwie powołany sędzia; autor podkreśla w konkluzji (*op. cit.*, s. 67), że: „wadliwość procesu powołania sędziego oraz jego ustrojowego statusu może prowadzić do naruszenia istoty prawa do sądu – naruszenia tego nie sanuje postanowienie Prezydenta wydane na podstawie art. 179 ust. 1 Konstytucji RP; sąd orzekający nie może rozstrzygnąć wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności sędziego wyłącznie na podstawie formalnoprawnych kryteriów, skoro prawem wiążącym jest nie tylko ustawa, ale również art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 EKPCz oraz art. 47 KPP (...)”.

¹⁰ Por. *M. Safjan*, Prawo do skutecznej ochrony sądowej – refleksje dotyczące wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19.11. 2019 r. w sprawach połączonych: C-585/18, C-624/18, C-625/18, Pal. Nr 5/2020, *op. cit.*, s. 20–22; *M. Szwed*, *op. cit.*, s. 43–45 oraz cytowane tam orzecznictwo; zdanie odrębne kilku sędziów – pkt 4, 20–21, 26–27, 41. Autonomiczny charakter omawianej przesłanki akcentuje w zdaniu odrębnym do głosowanego wyroku sędzia *Pinto de Albuquerque* – pkt III.9 zd. odrębnego.

¹¹ Por. też *M. Safjan*, *op. cit.*, s. 21 i n.; autor przytacza także wyrok Trybunału EFTA (Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu) z 14.2.2016 r. w sprawie *Pascal Nobile*, E 21/16, w którym to orzeczeniu podkreślono znaczenie przestrzegania zasad powoływania sędziów jako gwarancji dla niezawisłości i bezstronności sądu.

krajowymi, ale efekt jest niezgodny z celem omawianego prawa konwencyjnego. W takim wypadku sąd orzekający powinien kontynuować analizę i zastosować kryteria określone w drugim i trzecim kroku testu (pkt 245).

Gdy chodzi o okoliczności sprawy islandzkiej, ETPCz oparł się na ustaleniach Sądu krajowego. „W wyrokach z 19.12.2017 r. i 24.5.2018 r. Islandzki Sąd Najwyższy stwierdził, że prawo krajowe nie zostało wypełnione w dwóch aspektach podczas procesu nominacji sędziów Sądu Apelacyjnego: po pierwsze, Pani Minister Sprawiedliwości nie dopełniła wymagania przedstawienia niezależnego podsumowania faktów oraz odpowiedniej argumentacji wskazującej powody odstąpienia od rekomendacji Komisji Oceniającej. Po drugie, Islandzki Parlament nie dopełnił i nie zastosował specjalnej procedury i oddzielnego głosowania na każdego z kandydatów zaproponowanych przez Panią Minister. Trybunał nie znalazł powodu do odstąpienia od interpretacji prawa krajowego przedstawionej przez Sąd Najwyższy, co doprowadziło do wniosku, że pierwszy warunek testu został wypełniony”¹².

Z kolei na gruncie polskim wyraźne i rażące złamanie prawa krajowego¹³ polega od marca 2018 r. na uczestnictwie w procedurze nominowania sędziów Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej i obsadzonej w sposób sprzeczny z prawem, co zostało potwierdzone w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹⁴, będącym konsekwencją wyroku TSUE z 19.11.2019 r.¹⁵ Obiekcje odnoszą się do nominacji sędziów sądów powszechnych, administracyjnych, wojskowych oraz Sądu Najwyższego (SN), w tym zwłaszcza do dwóch Izb utworzonych na mocy ustawy o Sądzie Najwyższym z 8.12.2017 r.¹⁶ Analiza wszystkich zastrzeżeń podniesionych w wyroku SN w sprawie III PO 7/18 oraz w uchwale 3 Izb, a także w piśmiennictwie¹⁷, prowadzi do następujących wniosków:

- 1) KRS w obecnym składzie nie jest organem, o jakim mowa w art. 186 ust. 1 i art. 187 ust. 1 oraz art. 179 Konstytucji RP; przesądzające znaczenie ma tu sposób powołania sędziowskiej części tego organu, zarówno z uwagi na zmienioną od 2018 r. regulację ustawową, jak i okoliczności udzielenia poparcia osobom, które kandydowały do obecnej KRS, jak również niewypełnianie funkcji stania na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów¹⁸, co w sumie spowodowało zmianę pozycji ustrojowej KRS bez zmiany Konstytucji i utratę przez nią tożsamości konstytucyjnej¹⁹; przecież o przysługiwaniu statusu nie decyduje nazwa organu, lecz sposób jego tworzenia, zakres zadań i sposób, w jaki je wypełnia;
- 2) w związku z powyższym należy uznać, że nie doszło do sformułowania skutecznego wniosku o powołanie przewidzianego w art. 179 Konstytucji RP i tym samym należytego przedstawienia Prezydentowi RP kandydatów do powołania na urząd sędziego;
- 3) powołanie sędziego nie nastąpiło „na wniosek” KRS działającej w kształcie przewidzianym w art. 186 ust. 1

i art. 187 ust. 1 Konstytucji RP; inaczej mówiąc nie było wniosku w rozumieniu art. 179 Konstytucji RP, a jak zauważa R. Piotrowski, bez wniosku KRS „nie sposób zostać sędzią”²⁰.

Skoro w rozważanych okolicznościach nie nastąpiło skuteczne przedstawienie wniosku KRS w rozumieniu art. 179 Konstytucji RP, to „powołanie” w wyniku przedstawienia Prezydentowi takiego „wniosku” nie jest powołaniem, o jakim mowa w art. 179 Konstytucji RP, co prowadzi do konstatacji, że nie doszło do skutecznego powołania na urząd sędziego osób wskazanych przez KRS w obecnym składzie. W konsekwencji osobom tym nie przysługuje status sędziego w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadaje Konstytucja RP, a więc nie są one uprawnione do orzekania²¹. Z tego powodu nie ma podstaw, by przy stosowaniu dostępnych w polskim prawie środków kwestionowania tego statusu, o czym niżej, dochodziło do usunięcia z urzędu i pozbawienia władzy sądowniczej, gdyż w rozważanych okolicznościach nie doszło do jej uzyskania.

¹² Na gruncie orzeczenia ETPCz wydanego w omawianej sprawie w dniu 12.3.2019 r. wątpliwości co do wagi naruszeń wyraził M. Szwed, *op. cit.*, s. 45 i n. Obawy autora w zakresie dalszego funkcjonowania wadliwie powołanych sędziów należy jednak uznać za nieaktualne w świetle działań podjętych w Islandii, opisanych w § 99 i 100, które w niedługim czasie usunęły sytuację, o czym mowa szerzej w dalszej części glosy.

¹³ Por. L. Pech, *Dealing with 'fake judges' under EU Law: Poland as a Case Study in light of the Court of Justice's ruling of 26 March 2020 in Simpson and HG*, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/05/RECONNECT-WP8.pdf>, dostęp: 15.2.2021 r., *passim*.

¹⁴ Por. wyrok SN z 5.12.2019 r. (III PO 7/18) oraz uchwała połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 23.1.2020 r. (BSA I-4110-1/20); dalej jako: uchwała 3 Izb; orzeczenia dostępne w bazie orzeczeń SN na <https://sn.pl>.

¹⁵ Wyrok TSUE w połączonych sprawach: C-585/18, C-624/18, C-626/18, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=64569E51A6CD10F0D13B27955A3FC346?text=&docid=220770&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4956628>.

¹⁶ Także w tym zakresie nie podzielam zapatrywania M. Szweida, *op. cit.* s. 48 *in fine* i s. 49; oraz wątpliwości autora, czy uchybienia w procedurze powoływania sędziów w Polsce (po marcu 2018 r.) mogą być uznane za rażące naruszenie prawa w znaczeniu przyjętym w wyroku ETPCz z 12.3.2019 r.

¹⁷ Por. np. A. Kappes, J. Skrzydło, *Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.1.2020 r. (BSA I-4110-1/20)*, Pal. Nr 5/2020; M. Wrzolek-Romańczuk, *Status prawny osoby formalnie powołanej na urząd sędziego na skutek rekomendacji udzielonej przez Krajową Radę Sądownictwa w obecnym składzie – uwagi na tle wyroku TSUE z 19.11.2019 r. oraz orzeczeń Sądu Najwyższego będących konsekwencją tego rozstrzygnięcia*, Pal. Nr 5/2020 i cytowane tam piśmiennictwo.

¹⁸ Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *To był jednak nieskuteczny wybór Rady „Rzeczpospolita” z 25.2.2020 r.*; R. Piotrowski, *Konstytucyjne granice reformowania sądownictwa, „Krajowa Rada Sądownictwa” Nr 2/2017*, s. 14 i n. i cytowane tam piśmiennictwo; A. Rakowska-Trela, *Opinia prawna – Czy możliwe jest skuteczne wycofanie poparcia udzielonego sędziemu – kandydatowi do Krajowej Rady Sądownictwa?*, Iustitia Nr 3/2019, s. 143 i n.; s. 146; P. Słowiak, *Listy poparcia jawne, ale tajemniczo nadal wiele, „DGP” z 17.2.2020 r.*; Status KRS wciąż pełen niejasności – strona Helsińskiej Fundacji Praw człowieka, zob. <https://hfhr.pl/status-krs-wciaz-pelen-niejasnosci>, dostęp: 20.3.2020 r.

¹⁹ Por. R. Piotrowski, *op. cit.*, s. 13; postanowienie SN z 15.1.2020 r., (III PO 8/18), pkt 4 uzasadnienia, zob. <https://sn.pl>.

²⁰ R. Piotrowski, *op. cit.*, s. 18.

²¹ Por. stanowisko SN z 28.2.2020 r. złożone w sprawie Kpt 1/20 (PPI-0131-252/20), zob. <https://trybunal.gov.pl> – dokumenty w ww. sprawie, dostęp: 9.3.2020 r.; A. Kappes, J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 124–126, 134.

Podjęte w tezie 2 uchwały 3 Izby zalecenie różnicowania sytuacji i oceny, czyli wykazania, że okoliczności (wadliwości) związane z powołaniem tzw. neo-sędzię sądu powszechnego doprowadziły w konkretnej sprawie do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 Konstytucji RP, art. 47 Karty Praw Podstawowych i art. 6 ust. 1 Konwencji, nie tylko jest praktycznie niemożliwe do realizacji, ale nie jest prawidłowo skonstruowane. Wszak nie powinno się przyjmować, że w jednej sprawie czy kategorii spraw sędzia jest bezstronny i niezawisły, w innej zaś ten sam sędzia nie ma tego atrybutu. Ewentualne względy pragmatyczne, wynikające m.in. z dużej liczby sędziów wadliwie powołanych od 2018 r., nie powinny mieć przesądającego znaczenia, gdyż prowadziłyby to do usanowania bezprawia²².

Wbrew twierdzeniom powtarzanym jak mantra, że z uwagi na charakter prawny aktu powołania sędziego jako prezydenckiej prerogatywy, prezydencki akt nominacji wywiera skutek sanujący (konwalidujący), uzdrawiający ewentualne wcześniejsze nieprawidłowości, w tym brak wniosku prawidłowo ukonstytuowanego organu, o jakim mowa w art. 186 ust. 1 i art. 187 ust. 1 Konstytucji RP²³, w rzeczywistości nie następuje i nie może nastąpić. Teza o sanującym działaniu rozważanego aktu budzi sprzeciw zarówno w kontekście określonej w Konstytucji sekwencji zdarzeń koniecznych w procedurze nominacyjnej, jak i z punktu widzenia zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji RP), zasady państwa prawnego (art. 2), a także zasady podziału i równowagi władz (art. 10 ust. 1), zasady odrębności i niezależności sądów od innych władz (art. 173), zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziów (art. 178 ust. 1 i 3), oraz, a może przede wszystkim, zasady prawa do sądu (art. 45). Wyklucza to uznanie, że doszło do usanowania wad procedury nominacyjnej przez akt nominacyjny Prezydenta²⁴.

Przeciwko tezie o uzdrawiającym skutku aktu Prezydenta przemawia opisany w niedawno opublikowanym zdaniu odrębnym Sędziego TK P. Pszczołkowskiego do postanowienia TK z 21.4.2020 r. (KpT 1/20)²⁵, sposób kształtowania się tego poglądu: „Wraz z ujawnianiem kolejnych informacji mogących uzasadniać tezę o niezgodnym z ustawą nominowaniu sędziów do Krajowej Rady Sądownictwa, coraz szerzej rozpoczęto prezentację tezy o bezwarunkowej ostateczności decyzji Prezydenta o powołaniu sędziów na skutek wniosków KRS, niezależnie od wątpliwości, a nawet stwierdzenia naruszenia prawa przy wyborze członków KRS, którzy od 2018 r. składali wnioski o powołania sędziów przez Prezydenta. Argumenty za głoszeniem tych tez czerpano z charakteru prerogatywy prezydenckiej, art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP oraz rozstrzygnięcia TK w sprawie K 12/18²⁶, wreszcie braku prawnych możliwości reasumpcji podjętych decyzji Prezydenta o powołaniu sędziów na wniosek KRS ukształtowanej znowelizowanymi przepisami. Taki prawny imposybilizm i konieczność akceptacji stanu potencjalnie sprzecznego

z prawem legły u podstaw jeszcze dalej idących, publicznie głoszonych tez o swoistym usanowaniu ogłoszonym w Monitorze Polskim postanowieniem Prezydenta o powołaniu sędziego wniosku pochodzącego od Krajowej Rady Sądownictwa nawet obsadzonej członkami wybranymi z naruszeniem przepisów prawa” (Nb 826 zd. odrębnego).

Ograniczony w skutkach charakter prezydenckiej prerogatywy znajduje zaś odzwierciedlenie w innym fragmencie ww. zdania odrębnego, zgodnie z którym: „(...) instytucję prerogatywy należy postrzegać jako element stosunków głowy państwa z rządem i parlamentem, a nie ustanowienia swoistej sfery władzy dyskrecjonalnej («osobistej») głowy państwa. Treść art. 144 ust. 3 Konstytucji RP ogranicza się do wyłączenia obowiązku uzyskania podpisu (*de facto* – «zgody») Prezesa Rady Ministrów pod aktem urzędowym Prezydenta. Przepis ten nie rozstrzyga jednak o tym, że wymienione w nim akty urzędowe głowy państwa mają charakter «ostateczny» czy «niekwestionowalny» (Nb 829 zd. odrębnego)”. Ważne jest też podkreślenie, że wadliwość wykonania prezydenckiej prerogatywy może wystąpić zarówno na etapie podejmowania decyzji przez Prezydenta, jak i na etapie wcześniejszym. „W tym drugim przypadku wada aktu wydanego w ramach prerogatywy będzie pochodną np. wady wniosku KRS o powołanie przez Prezydenta sędziego czy np. wady uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK przedstawiających Prezydentowi kandydatów na Prezesa Trybunału” (Nb 832).

W stanowisku Rzecznika praw Obywatelskich złożonym w ETPCz (po zapadnięciu głosowanego wyroku) w sprawie *Advance Pharma Sp. z o.o. przeciwko Polsce* (skarga numer 1469/20)²⁷ Rzecznik trafnie charakteryzował proces powoływania sędziów w Polsce od 2018 r., wskazując, że proces ten nie spełniał ani wymagań prawa krajowego, ani Konwencji. Zarówno wszczęcie, jak i przebieg tej procedury były dotknię-

²² Por. A. Kappes, J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 130–132; inną kwestią jest ewentualne utrzymanie orzeczeń wydanych przez wadliwie powołanych „sędziów” lub z ich udziałem – por. teza 3. I 4 uchwały 3 Izby.

²³ Por. np. wyrok NSA z 26.11.2019 r., I OZ 550/19 oraz budzące konsternację niedawno wydane postanowienia NSA z 25.11.2020 r. w sprawach: I GSK 430/20, I GSK 431/20 i I GSK 432/20 – CBOSA; postanowienie IKN i SP SN z 17.5.2019 r., I NO 55/18; wyrok IKN i SP SN z 1.7.2019 r., I NO 70/19; uchwała 7 S IKN i SP SN z 8.1.2020 r., I NOZP 3/19; orzeczenia SN dostępne na: <https://sn.pl>; L. Bosek, G. Żmij, Uwarunkowania prawne powoływania sędziów w Europie w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 12.3.2019 r., 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson* przeciwko Islandii, EPS Nr 7/2019, s. 33, 38 i n.

²⁴ W sprawie bardziej szczegółowej argumentacji zob. M. Wrzolek-Romańczuk, s. 84 i n.; A. Kappes, J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 134 i n.; P. Tuleya, *op. cit.*, s. 59, który podkreśla, że przyznanie organowi władzy publicznej możliwości wykonywania danej kompetencji nie oznacza pełnej dowolności jej wykonywania oraz że także prezydent jest związany prawem.

²⁵ Samo postanowienie zostało opublikowane w dniu 23.4.2020 r. w M.P. pod poz. 379; natomiast uzasadnienie postanowienia wraz ze zdaniami odrębnymi opublikowano dopiero 2.12.2020 r. OTK ZU A/2020, poz. 60; zob. <https://trybunal.gov.pl>; fragmenty zdania odrębnego przytaczam z oznaczeniem numeru bocznego.

²⁶ Wyr. TK z 25.3.2019 r., OTK ZU A/2019, poz. 17.

²⁷ Stanowisko (VII.510.143.2020. PF) – <https://rpo.gov.pl>, dostęp 2.2.2021 r.; poniższy cytat przywołuję w ślad za omówieniem stanowiska w jęz. polskim.

te tak poważnymi nieprawidłowościami, że jego wynik staje się nieakceptowany od samego początku. „Władze krajowe zorganizowały nominację w ten sposób nie po to, by zapewnić niezależność i bezstronność powoływanych osób, ale po to, by Sąd Najwyższy spełniał oczekiwania władzy, aby *de facto* uzyskała ona wpływ na treść orzeczeń sądowych”.

Na bardzo ważny aspekt konsekwencji naruszeń procedury powołań sędziowskich zwrócił uwagę P. Tuleya²⁸, zaznaczając że: „[i]nferencja w konstytucyjne prawa człowieka zachodzi zarówno wtedy, gdy Prezydent w sposób niezgodny z prawem odmawia uwzględnienia wniosku KRS o powołanie sędziego, jak i wtedy, gdy uwzględnia wadliwy wniosek KRS. W tym drugim przypadku dochodzi nie tylko do ograniczenia praw kontrkandydatów na sędziego, ale następnie dochodzi do ograniczenia prawa do sądu osób, którym w przyszłości taki wadliwie powołany sędzia będzie wymierzał sprawiedliwość”.

Szczególną wagę ma zagadnienie kontekstu czasowego stwierdzania naruszeń procedury nominacyjnej. Przy wazieniu konkurujących wartości, m.in. przy uwzględnieniu zasady pewności prawa (pkt 252), Trybunał uznał, że upływ znacznego okresu od czasu ewentualnej wadliwej nominacji sędziowskiej mógłby, co do zasady, przemawiać na korzyść tej zasady, niemniej w stanie faktycznym sprawy do zakwestionowania statusu sędziowskiego sędzi A.E. i trzech innych sędziów doszło na poziomie krajowym bezpośrednio po zakończeniu procedury nominacyjnej, a okoliczności podważające te nominacje zostały ustalone jeszcze przed objęciem przez nich urzędu. W takich okolicznościach, zdaniem Trybunału, nie było podstaw do uwzględnienia argumentacji Rządu Islandii odwołującej się do zasady pewności prawa oraz stabilności urzędu (pkt 284)²⁹.

W mojej opinii bardziej przekonujące jest jednak stanowisko, że upływ czasu nie może sanować naruszeń podstawowych zasad powoływania sędziów, a naruszenie istoty uprawnienia wynikającego z Konwencji nie może być uzdrowione przez późniejsze zastosowanie testu proporcjonalności³⁰. Na pełną aprobatę zasługuje stanowisko sędziego Pinto de Albuquerque, wyrażone w zdaniu odrębnym do głosowanego wyroku, że w świetle Konwencji naruszenie najbardziej podstawowych zasad w procedurze nominacyjnej jest naruszeniem bezwzględnym, wykluczającym ustanowienie jakiegokolwiek granicy czasowej dla ich usuwania, gdyż w przeciwnym wypadku w porządku prawnym byłyby akceptowane manipulacje polityków w procedurze powołań sędziowskich oraz rozstrzygnięcia sądowe wydane przez „sąd marionetkowy” (*puppet court*)³¹.

Krok 2: Czy naruszenia prawa krajowego odnoszą się do zasad w procedurze nominacji sędziowskich?

W zakresie generalnych założeń do tej fazy testu w ocenie Trybunału konieczne jest przeprowadzenie analizy, czy sąd

może sprawować swoje funkcje bez podlegania niewłaściwym wpływom, a tym samym, czy możliwe jest przestrzeganie zasady rządów prawa i podziału władz. Należy również uznać, że naruszenia procedury nominacyjnej o charakterze wyłącznie technicznym, które nie mają wpływu na legalność procedury nominacyjnej, nie uzasadniają spełnienia drugiego progu testu. Natomiast naruszenia fundamentalnych zasad obowiązujących w procedurze nominacyjnej, oddziałujące na samą istotę prawa do „sądu ustanowionego ustawą”, powinny być uznane jako spełniające kryteria drugiego poziomu testu (na tym polega jedno z kluczowych elementów uzasadnienia wyroku zawarte w pkt 247 *in fine*; por. także pkt 246 i 255). Z oczywistych względów nie jest jednak możliwa ścisła delimitacja najbardziej podstawowych zasad w procedurze oraz zasad o mniej zasadniczym znaczeniu³².

Na gruncie sprawy islandzkiej Trybunał stwierdził, że w ostatnich reformach legislacyjnych, Komisja Oceniająca została wyposażona w prawo do wydawania wiążących rekomendacji do nominacji sędziowskich do sądów trzech szczebli. Minister został wyposażony tylko wyjątkowo w możliwość odstąpienia od wskazań Komisji, ale użycie tego dyskrecyjnego uprawnienia zostało poddane kontroli parlamentarnej. Głównym celem tego mechanizmu było ograniczenie wpływu władzy wykonawczej na nominacje sędziowskie i wzmocnienie w ten sposób niezależności sądownictwa w Islandii. W świetle tych wyjaśnień, Sąd Najwyższy zaniechał określenia, czy naruszenia procedury nominacyjnej czterech sędziów zaproponowanych przez Ministra, w tym A.E., miały tego rodzaju ciężar gatunkowy, że podważały prawidłowość całej procedury i osłabiały istotę prawa do „sądu ustanowionego ustawą” (pkt 256, 257).

W odniesieniu do naruszeń popełnionych przez Ministra, zgodnie z wyjaśnieniami Ministra złożonymi przed Parlamentem, uzasadnienie odstąpienia od wytycznych Komisji Oceniającej leżało głównie w potrzebie przyznania większej wagi doświadczeniu sędziowskiemu oraz zapewnienia równowagi płci. Niemniej decyzja Komisji Oceniającej, aby przyznać tę samą wagę do doświadczenia sędziowskiego, jak i praktyce administracyjnej, pozostawała w zgodzie z odpowiednim prawodawstwem oraz praktyką, jaką Komisja wypracowała przez co najmniej ostatnie 4 lata. Co więcej, metoda oceny

²⁸ P. Tuleya, *op. cit.*, s. 59.

²⁹ Podobnie Trybunał nie podzielił twierdzenia Rządu Islandii, że naruszenia były zbyt „odległe” od sprawy skarżącego, wystąpiły znacznie wcześniej niż rozpoznanie jego sprawy przez A.E., nie miały związku z tą sprawą oraz nie wpłynęły na niezawisłość i bezstronność sędzi. Zdaniem Trybunału, ten warunek „bliskości” został spełniony w momencie, gdy wadliwie powołana sędzia zasiadła w składzie orzekającym w sprawie skarżącego. Nie miał on żadnego interesu prawnego, by kwestionować status sędzi na jakimś wcześniejszym etapie (pkt 285, 286 wyroku).

³⁰ Tak trafnie zdanie odrębne sędziego Pinto de Albuquerque do głosowanego wyroku – pkt II.8, pkt, III.10, III.11, IV.16.

³¹ Por. pkt III.10 zd. odrębnego sędziego Pinto de Albuquerque.

³² Natomiast sędzia Pinto de Albuquerque zarzuca Trybunałowi nieprzeprowadzenie takiej należytej delimitacji, por. pkt II.8 jego zd. odrębnego.

praktykowana przez Komisję pozostawała w zgodności z wymogami równowagi płci według Ustawy o Równości (ustawa nr 10/2008). Ponadto, Islandzki Sąd Najwyższy, w swoim orzeczeniu z 19.12.2017 r., jednoznacznie stwierdził, że Minister Sprawiedliwości nie mógł oprzeć się na wymogu równości płci przewidzianego w tej Ustawie, gdyż ma on zastosowanie wyłącznie, gdy dwóch kandydatów różnych płci zostało uznanych za jednakowo wykwalifikowanych oraz że Minister, po wykazaniu nieadekwatności jego ustaleń, nie mógł podjąć takiej decyzji (pkt 260–262).

W ocenie Trybunału, niepewność co do motywacji Ministra wzbudziła uzasadnione obawy o bezprawne wywieranie wpływu na sądownictwo i z tej przyczyny odebrała legitymację wobec całej procedury, tym bardziej, że Minister należał do jednej z partii politycznych tworzących większośćową koalicję rządzącą, której głosami propozycja Ministra została przyjęta przez Parlament (pkt 265).

Co więcej, podczas gdy Sąd nie był w stanie stwierdzić, że jak zarzuca skarżący, Minister działał z politycznych motywacji, wyraził jednak pogląd, że działania Ministra mogły wywołać obiektywnie uzasadnione obawy takiego oddziaływania oraz że było to wystarczające, aby zmniejszyć transparentność procesu wyboru kandydata (pkt 265).

Mając na uwadze naruszenia popełnione przez Ministra Sprawiedliwości oraz okoliczności, w których miały miejsce, Trybunał uznał, że nie były to drobne techniczne czy proceduralne uchybienia, lecz złożyły się na poważne nieprawidłowości, które dotyczą istoty prawa do „sądu ustanowionego ustawą” (pkt 267).

Co się tyczy procedury parlamentarnej, Trybunał stwierdził, że nie tylko Parlament nie zadośćczynił obowiązkowi zażądania od Ministra uzasadnienia dla jego propozycji, tak aby mógł wypełnić swój obowiązek efektywnie, ale – jak potwierdził to Sąd Najwyższy – naruszył specjalne reguły głosowania (...) poprzez poddanie wszystkich kandydatur zaproponowanych przez Ministra pod jedno głosowanie zamiast oddzielnego głosowania nad każdą z przedstawionych kandydatur. (...) Oznacza to, że procedura głosowania z pewnością dopełniła ciężkich naruszeń, jakich uprzednio dopuścił się Minister w odniesieniu do czterech przez niego zgłoszonych kandydatów i umniejszyła kontrolną rolę Parlamentu wobec nieuprawnionego wpływu władzy wykonawczej na proces nominacji sędziowskich. Odpowiednio, nie było nieusprawiedliwione przekonanie skarżącego, że decyzja Parlamentu została uprzednio podjęta w uzgodnieniach partii politycznych (pkt 270).

Przyjmując, że zasiadanie w składzie orzekającym sędziego, którego powołanie było niezgodne z przepisami prawa krajowego, stanowiło naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji wskutek niespełnienia przesłanki „sądu powołanego ustawą”, jednocześnie, jak już wskazano wyżej, Trybunał uznał, że nie zachodziła potrzeba oceny w zakresie drugiej i trzeciej z przywołanych na wstępie przesłanek (sąd niezależny i bez-

stronny). Jak słusznie zauważył Sędzia *Serghides* w zdaniu odrębnym do komentowanego wyroku, wskutek stwierdzenia, iż sąd nie był ustanowiony ustawą, badanie w zakresie niezależności i bezstronności „sądu” stało się automatycznie bezprzedmiotowe *ex tunc*³³. Konsekwentnie sędzia *Serghides* uznał, że Trybunał, zamiast wchodzić w *meritum*, powinien odrzucić żądanie nr 2 (pkt 2–4 zd. odrębnego). Uzasadnienie tego stanowiska sędziego wywiódł z analizy językowej art. 6 ust. 1 Konwencji – skoro „niezależność” i „bezstronność” są atrybutami „sądu”, to brak jest rzeczownika, dla którego te atrybuty (przydawki) miałyby stanowić określenie. Sędzia nie traci przy tym z pola widzenia, iż na gruncie art. 6 ust. 1 zd. 1. Konwencji mamy do czynienia z trzema przesłankami, ale uważa, że tylko jedna z nich – „sąd ustanowiony ustawą” ma znaczenie autonomiczne (pkt 5 zd. odrębnego). Swoje podejście w tej kwestii proceduralnej (odrzuć żądanie, zamiast wchodzenia w *meritum*) Sędzia ocenił jako zgodne z zasadą efektywności.

Nieprzeprowadzenie przez Trybunał delimitacji naruszeń procedury nominacyjnej różnej wagi nie stoi na przeszkodzie jednoznacznej oceny uchybień, jakie wystąpiły na gruncie polskim. Z całą pewnością odnoszą się one do fundamentalnej zasady w procedurze nominacji sędziowskich, uregulowanej na najwyższym poziomie – w ustawie zasadniczej, zgodnie z którą warunkiem *sine qua non* skutecznej nominacji prezydenckiej jest wystąpienie z wnioskiem przez KRS w rozumieniu art. 186 Konstytucji RP. Chodzi więc o naruszenie prawa krajowego najwyższej rangi (Konstytucji) w fundamentalnej kwestii braku koniecznego elementu procedury nominacji sędziowskiej. Naruszenia są oczywiste i rażące, umyślne, systemowe, na poziomie uzasadniającym stwierdzenie nieważności aktu czy wręcz na uznanie, że doszło do nieaktu³⁴.

Krok 3: Czy stwierdzone naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą” zostały stwierdzone i poddane naprawie przez sądy krajowe?

Trybunał stwierdził, że w orzeczeniu Sądu Najwyższego brak było odniesienia oraz zastosowania środków zaradczych wobec stwierdzonych wyżej nieprawidłowości i ich wpływu na prawo skarżącego do sprawiedliwego procesu. W wyroku z 24.5.2018 r., w sprawie Pana Astradssona, Sąd Najwyższy potwierdził swoje wcześniejsze ustalenia co do naruszeń popełnionych przez Ministra i Parlament w procesie nominacyjnym do Sądu Apelacyjnego. Jednak nie wywiódł niezbędnych

³³ Odmienne zdanie odrębne kilku sędziów, pkt 52 i 53, którzy opowiadają się za koniecznością ustalania, czy w każdym wypadku naruszenia procedury nominacyjnej dochodzi do osłabienia niezależności i obiektywnej bezstronności sędziego, którego powołanie jest kwestionowane, por. także pkt 197 i 234 glosowanego wyroku.

³⁴ Por. stanowisko RRO dla ETPCz, VII.510.143.2020.PF w sprawie *Advance Pharma Sp. z o.o. przeciwko Polsce* (skarga numer 1469/20), <https://rpo.gov.pl>, dostęp: 4.2.2021 r.; A. Kappes, *J. Skrzydło*, *op. cit.*, s. 127, 136, 139; P. Tuleya, *op. cit.*, s. 51, 58 i n., 64; W. Wróbel, Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP, *Pal. Nr 1–2/2019, passim*.

konkluzji z poczynionych ustaleń, ani też nie dokonał ich oceny w kontekście praw wynikających z Konwencji. Ograniczył swoje ustalenia do stwierdzenia, że po pierwsze, nominacja A.E. nie była „nieistniejąca” w świetle prawa islandzkiego oraz po wtóre, że mimo to skarżący miał zapewniony sprawiedliwy proces przed niezawisłym i bezstronnym „sądem”. Przy takich założeniach Sąd Najwyższy decydujące znaczenie przydał okoliczności, że nominacje stały się oficjalne wobec ich potwierdzenia podpisem Prezydenta Islandii i z tego powodu nie było powodu poddawać w wątpliwość zdolności 15 sędziów Sądu Apelacyjnego do wypełniania ich funkcji w sposób niezawisły i zgodnie z prawem (pkt 274 i 275).

W ocenie Trybunału, sposób, w jaki zostało skonstruowane przedstawione stanowisko Sądu Najwyższego oraz w szczególności podkreślenie faktu, że nominacja 15 sędziów, w tym A.E. stało się „rzeczywistością od podpisania aktu ich nominacji”, wskazuje na akceptację czy wręcz rezygnację z jego strony co do możliwości realnego wpływu w tej materii, odkąd nominacje zostały oficjalnie wręczone (pkt 279, por. także pkt 282).

Zdaniem Trybunału taka praktyka jest problematyczna z dwóch powodów. Po pierwsze, umniejsza ona rolę sądownictwa w zachowaniu systemu checks and balances wpisanego w separację władz. Po wtóre, biorąc pod uwagę fundamentalnie istotną rolę odgrywaną przez sądownictwo w demokratycznym społeczeństwie rządzonym przez zasady praworządności, efekt stwierdzonych naruszeń mógł nie być ograniczony tylko do indywidualnych kandydatów pokrzywdzonych brakiem ich nominacji, lecz dotyczył społeczeństwa w ogólności. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że Sąd Najwyższy nie rozważył w pełni, czy cel zasady objętej prawem do „sądu ustanowionego ustawą” został osiągnięty (pkt 283).

W konsekwencji, zważywszy, że trzystopniowy test został spełniony, Trybunał orzekł, że skarżący został pozbawiony prawa do „sądu powołanego zgodnie z prawem” z powodu udziału w jego procesie sędziego, którego nominacja została dotknięta poważnymi nieprawidłowościami, które stanowiły podstawową istotę poddanego pod osąd prawa. Z tych względów doszło do naruszenia art. 6 § 1 Konwencji (pkt 287–290).

IV. Reakcja władz państwowych w obliczu naruszeń procedury

Wprawdzie, jak uznał Trybunał, islandzki Sąd Najwyższy „nie poddał naprawie” stwierdzonych naruszeń procedury powoływania sędziów, to jednak państwo (Islandia) zdecydowanie sprostało temu zadaniu. Z § 99 i 100 głosowanego wyroku wynika, że już następnego dnia po zapadnięciu wyroku w składzie 7 Sędziów ETPC z 12.3.2019 r. Pani Minister Sprawiedliwości podała się do dymisji, a działania Sądu Apelacyjnego zostały zawieszona na tydzień. W konsekwencji jedynie 11 (spośród 15) sędziów tego Sądu podjęło pełnienie urzędu, a czterech powstrzymało się od zasiadania w skła-

dach orzekających. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, że przyjęto rozwiązania tymczasowe prowadzące do wyznaczenia czterech sędziów Sądu Apelacyjnego na okres do 30.6.2020 r. W dniu 17.4.2020 r. ogłoszono o nowym naborze do Sądu Apelacyjnego; z takim wnioskiem wystąpiła też sędzia A.E., a Komisja Oceniająca udzieliła jej rekomendacji. Nowa Minister Sprawiedliwości oświadczyła, że uwzględni rekomendację Komisji Oceniającej i przedstawi Prezydentowi Islandii wniosek o powołanie A.E. na ogłoszone stanowisko w Sądzie Apelacyjnym ze skutkiem od 1.7.2020 r. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, że A.E. została powołana na urząd sędziego. Te działania pokazują, że można i to bardzo szybko, uzdrowić wadliwy stan rzeczy w całkiem prosty sposób.

Zgoła odmienną sytuację na gruncie polskiego systemu powoływania sędziów doskonale oddaje stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w przywołanej wcześniej sprawie *Advance Pharma Sp. z o.o. przeciwko Polsce*, złożone już po zapadnięciu głosowanego wyroku³⁵: „Nie istniały skuteczne środki prawne przed sądami krajowymi, pozwalające na ustalenie wpływu wad procesu nominacyjnego na umocowanie sędziów oraz ich niezawisłość i bezstronność. Istniejące wcześniej środki zostały albo ograniczone, albo wyłączone *de iure* lub *de facto*. Rząd w istocie zorganizował procedurę wyboru sędziów w taki sposób, aby najpierw zapewnić, że nominacje otrzymają osoby, które mają jego poparcie, a następnie zalegalizować ich wybór wszelkimi środkami”.

A ponadto, jak zauważa dalej Rzecznik Praw Obywatelskich, „[j]ednocześnie władze krajowe starają się maksymalnie ograniczyć możliwość kontroli swoich działań, w tym kontroli procesu powoływania sędziów oraz weryfikacji gwarancji niezawisłości i bezstronności osób powołanych w sposób wadliwy. Cel ten osiągają przez skumulowane działania legislacyjne, dyscyplinarne, administracyjne, orzecznicze, a także faktyczne. Rzecznik wskazał, iż wyrok TSUE w sprawie A.K. i inni został pozbawiony w Polsce rzeczywistego znaczenia, podobnie jak implementująca go uchwała połączonych izb SN z 23.1.2020 r. Obawa, że podobne działania będą podejmowane w celu pozbawienia skuteczności wyroków ETPCz jest więc uzasadniona. Trybunał w Strasburgu powinien mieć te względy na uwadze i uwzględnić je zarówno w szybkim rozpatrywaniu spraw z zakresu praworządności, jak i w formułowaniu wyroków w sposób możliwie bezpośredni i samowykonalny”.

Tymczasem wobec wagi bezprecedensowych i wielowymiarowych naruszeń na gruncie polskim oraz po zapadnięciu kilku wyroków TSUE (zwłaszcza w sprawach C-619/18 oraz połączonych sprawach: C-585/18, C-624/18, C-625/18) oraz postanowienia TSUE ws. środków tymczasowych w sprawie C-791/19, stało się jasne, że polski ustawodawca, realizu-

³⁵ Por. przyp. 32; przytoczone fragmenty stanowiska pochodzą z omówienia stanowiska w jęz. polskim.

jąc postulat lojalnej współpracy państw członkowskich i UE (art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej z 7.2.1992 r.³⁶), a także mając na względzie postanowienia Konwencji, powinien podjąć działania prowadzące do usunięcia systemowego kryzysu³⁷ w tej dziedzinie. Nie tylko nie doszło do takich zmian legislacyjnych, ale zostały podjęte działania zmierzające – przy wykorzystaniu Trybunału Konstytucyjnego³⁸ – do podważenia możliwości wykorzystywania jednego ze środków ochrony prawnej, pozwalającego na kwestionowanie powołań sędziowskich³⁹.

Otóż wnioskiem z 30.11.2020 r., BSA I-4111-1/20⁴⁰, który został oznaczony w TK sygnaturą K 24/20, formalnie powołana I Prezes SN wystąpiła do TK o stwierdzenie, że art. 189 KPC w związku z odpowiednimi przepisami ustaw ustrojowych (zawierających definicje sędziego), w zakresie, w jakim przedmiotem ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa czyni nawiązanie stosunku służbowego sędziego wskutek jego powołania przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek KRS, jest niezgodny z art. 179 i 180 ust. 1–4 Konstytucji RP.

W uzasadnieniu Wniosku przytoczono ogólne, ugruntowane w piśmiennictwie i orzecznictwie, zasady wyznaczania powództw na podstawie art. 189 KPC, w tym zwłaszcza odnoszące się do rozumienia podstawowych przesłanek, z zaznaczeniem, że mają one zastosowanie także w odniesieniu do spraw z zakresu stosunków pracy, w tym stosunku służbowego sędziego. Wiele uwagi poświęcono charakterowi prawnemu stosunku służbowego sędziego, który to stosunek obejmuje zarówno elementy publicznoprawne, jak i elementy właściwe dla stosunku pracy, łączącego sędziego z konkretnym sądem jako pracodawcą. Stosunki te są ze sobą ściśle powiązane. Jako wzorce kontroli wskazano art. 179 i 180 ust. 1–4 Konstytucji RP.

W omawianym Wniosku opisano wprawdzie konstytucyjny model procedury powołania sędziego, który sam przez się jest jasny i nie budzi zasadniczych kontrowersji, lecz nie odniesiono go do okoliczności, w jakich odbywa się powoływanie sędziów poczynawszy od marca 2018 r. z udziałem KRS w obecnym składzie, w których ten model jest zaburzony. Tym samym pominięto zasadniczy problem braku skuteczności sędziowskich powołań. Inaczej mówiąc, z treści uzasadnienia Wniosku wynika, że został on oparty na błędnym założeniu, że w tych okolicznościach doszło do skutecznego powołania na urząd sędziego⁴¹.

Znamienne, chociaż może niezamierzone, jest użycie na s. 18 (*in medio*) uzasadnienia Wniosku sformułowania, że powołanie na sędziego „(...) na czas nieoznaczony ma – na gruncie konstytucyjnym – charakter definitywny z chwilą wydania stosownego aktu przez Prezydenta”. Nie ma zaś mowy o tym, co się dzieje, gdy ten akt „stosowny” nie jest.

W tym kontekście wręcz bezprzedmiotowe jest przywołanie drugiego wzorca kontroli, tj. art. 180 ust. 1–4 Konstytucji RP, i szerokie rozwinięcie problematyki dopuszczalnych w świetle Konstytucji wypadków pozbawienia sędziego urzędu i władzy sprawowania wymiaru sprawiedliwości. W wypadkach wytaczania powództwa przewidzianego w art. 189 KPC nie chodzi bowiem o doprowadzenie do pozbawienia urzędu, lecz o stwierdzenie, że do skutecznego objęcia urzędu po prostu nie doszło. Zatarcie różnicy między tymi dwoma kwestiami jest wyraźnie widoczne we fragmencie uzasadnienia (s. 21 Wniosku): „Rozumowanie, które mogłoby dopuszczać w drodze powództwa o ustalenie (art. 189 KPC) kwestionowanie samego powierzenia sędziemu funkcji orzekania i skutkować np. uznaniem nieskuteczności takiego powierzenia z uwagi na okoliczności jego powołania prowadziłyby *de facto* do zakwestionowania statusu sędziego, jaki wynika zarówno z art. 179 Konstytucji RP, ale także art. 180 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Oznaczałoby bowiem wykreowanie innych niż te wynikające z art. 180 ust. 2 Konstytucji RP przypadków trwałego pozbawienia sędziego jego funkcji, a tym samym podważało gwarancyjny charakter tego unormowania oraz zasady nieusuwalności sędziego, o której stanowi art. 180 ust. 1 Konstytucji RP” Przytoczony fragment uzasadnienia wniosku jest obarczony wewnętrzną sprzecznością – z jednej strony, mowa jest w nim o zakwestionowaniu statusu sędziowskiego, i o to właśnie chodzi w razie wytoczenia i uwzględnienia powództwa przewidzianego w art. 189 KPC, z drugiej zaś, o pozbawianiu urzędu.

Zawarte w podsumowaniu wniosku twierdzenie, odwołujące się do art. 179 i 180 Konstytucji RP, że ustrojodawca chciał świadomie wykluczyć możliwość weryfikacji powołania na urząd sędziego, nie ma uzasadnienia, jest twierdzeniem wykreowanym na użytek Wniosku, by w istocie – przy pomocy TK – doprowadzić do sanowania bezprawnych działań.

Na konstrukcyjną wadliwość Wniosku w sprawie K 24/20 trafnie zwrócił uwagę M. Gutowski⁴², zaznaczając, że rolą TK jest badanie zgodności ustaw z Konstytucją, a nie rozstrzygnięcie spraw. Praktyka zaś wykorzystywania TK do rozstrzygnięcia

Na konstrukcyjną wadliwość Wniosku w sprawie K 24/20 trafnie zwrócił uwagę M. Gutowski⁴², zaznaczając, że rolą TK jest badanie zgodności ustaw z Konstytucją, a nie rozstrzygnięcie spraw. Praktyka zaś wykorzystywania TK do rozstrzygnięcia

³⁶ Zob. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=PL>.

³⁷ M. Safjan, *op. cit.*, s. 24.

³⁸ W kwestii aktualnego stanu instytucji o nazwie Trybunał Konstytucyjny zob. np. M. Pyziak-Szafnicka, Trybunał Konstytucyjny a rebours, PiP Nr 5/2020.

³⁹ Na temat tego i innych środków por. M. Wrzolek-Romańczuk, *op. cit.*, s. 93–100.

⁴⁰ Wniosek wpłynął do TK w dniu 2.12.2020 r.; dalej jako: Wniosek.

⁴¹ Por. np. s. 21 *in fine* wniosku: „Stosunek służbowy sędziego zapoczątkowany wskutek powołania trwa aż do jego śmierci. Może wygasnąć wcześniej jedynie w ściśle określonych sytuacjach (...)”. Stwierdzenie to jest jednak prawdziwe tylko pod warunkiem, że doszło do skutecznego powołania.

⁴² Przytaczam tę wypowiedź w ślad za publikacją M. Domagalski, Pierwsza Prezes SN do TK ws. podważania statusu nowych sędziów, Rzeczpospolita z 21.12.2020 r., dostęp: 4.2.2020 r. Jak wynika z akt sprawy K 24/20 pismem z 8.1.2021 r. (VII.510.141.2020.PKR) RPO przystąpił do tej sprawy oraz wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku; uzasadnienie stanowiska RPO zostanie przedstawione w odrębnym piśmie procesowym – <https://trybunal.gov.pl>.

spraw sądowych polega na tym, że wniosek do tego Organu „(...) ubiera oczekiwane lub budzące obawy rozstrzygnięcie w postać bardziej ogólną (przypominającą normatyw) i pyta o zgodność z konstytucją. A przecież pytanie nie dotyczy treści art. 189 KC [powinno być KPC – uwaga Autorki], lecz obaw, że sąd ustali nieistnienie stosunku służbowego nowych sędziów”.

Spośród pięciu perspektyw rozwiązania m.in. problemu wadliwych powołań sędziowskich, rozważanych przez *M. Ziółkowskiego* na kanwie uchwały 3 Izb⁴³, w moim przekonaniu, na baczna uwagę i dalsze rozwinięcie zasługuje koncepcja druga, czyli koncepcja nieważności ustaw oraz wadliwych czynności konwencjonalnych z mocy samej Konstytucji (np. prezydenckich aktów powołania na urząd sędziowski) stwierdzanej *in concreto*, jeżeli przy ich uchwaleniu lub wydaniu doszło do rażącego naruszenia norm konstytucyjnych. Z wyводу Autora wynika, że ta koncepcja może być stosowana już obecne przez wszystkie sądy, podczas gdy, w jego przekonaniu trzecia perspektywa (unieważniania i bezskuteczności wadliwych czynności konwencjonalnych Sejmu lub Prezydenta) wymaga dalszych badań i wypracowania reguł postępowania w tym zakresie⁴⁴. Dla drugiej perspektywy istotne: „(...) jest założenie o swoistości co najmniej prawa konstytucyjnego, że do stwierdzenia nieważności czynności dokonanych przy rażącym naruszeniu norm konstytucyjnych nie jest konieczna specjalna (tj. ku temu przeznaczona) procedura, ale jest do tego uprawniony każdy *a casu ad casum* (np. sąd z uwagi na konieczność efektywnego udzielenia ochrony sądowej)⁴⁵. Przy akceptacji tej perspektywy w grę mogłoby wchodzić także podważenie stosunku ustrojowego, ale wymaga to także dalszych badań.

Za podejściem dopuszczającym ocenę skuteczności powołania na urząd sędziego (w innych ramach niż szczególna, odrębna procedura) przemawia także wypowiedź *Z. Kmiecika*⁴⁶, która wychodzi z założenia, że skoro Prezydent RP jest jednak związany prawem w zakresie, w jakim kształtuje ono procedurę obsady stanowisk sędziowskich, to nie może przejść (przechodzić) do porządku nad oczywistymi naruszeniami norm prawa formalnego. A zatem nawet przy założeniu, że akty Prezydenta nie podlegają odrębnemu zaskarżeniu do sądu, Autor przyjmuje, że prawnie dopuszczalne jest eliminowanie uchybień przy okazji rozpatrywania przez poszczególne sądy konkretnych spraw rozstrzyganych albo już rozstrzygniętych z udziałem wadliwie powołanych sędziów.

Przy pełnej akceptacji dla przedstawionego stanowiska nie sposób nie zauważyć, że przy jego realizacji jako kluczowe jawi się postawienie sędziów w sytuacji wymagającej wykazania się nadzwyczajnym heroizmem. Fundamentalnie sprzeczna z Konstytucją ustawa z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy o sądach powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw⁴⁷ spowodowała bowiem domknięcie układu, wyłączyła samodzielne przeprowadzanie przez sądy (sędziów) testu niezależności sądu lub braku

niezawisłości sędziego, określonego w tezie drugiej uchwały 3 Izb), lub badanie statusu osoby powołanej na urząd sędziego, i wywołała efekt mrożący⁴⁸. Niedawno ustawę tę trafnie ocenili *A. Grabowski*, *B. Naleziński*⁴⁹, zauważając, że przewidziana w niej odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów za przeprowadzanie (w ślad wskazań zawartych w wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w połączonych sprawach: C-585-18, C-624-18, C-625-18) testu niezależności i niezawisłości sędziów, powołanych w procedurze, w której udział brała KRS w obecnym składzie, pozostaje w ewidentnej sprzeczności nie tylko z Konstytucją RP, lecz także z wiążącymi Polskę aktami prawa międzynarodowego (Konwencją) i unijnego (Karta Praw Podstawowych – KPP). Jak podnoszą Autorzy ustawa represyjna w sposób ciągły narusza niezawisłość i bezstronność polskich sędziów, uniemożliwiając im orzekanie zgodne z prawem i ich sumieniem.

Jest to skutek fundamentalnie sprzeczny z zasadą, że żadna regulacja ustawowa ani akt władzy publicznej nie powinny stać na przeszkodzie wykonaniu orzeczenia TSUE i eliminować możliwości, a nawet obowiązku badania prawidłowości powołania sędziego w wypadku istniejących wątpliwości co do jego niezależności. Aby tego uniknąć, każdy sąd prowadzący odpowiednie ustalenia ma obowiązek pozostawienia bez zastosowania regulacji krajowych stojących temu na przeszkodzie. W szczególności na przeszkodzie nie powinno tu stać orzeczenie sądu konstytucyjnego, który nie ma kompetencji do badania zgodności norm traktatowych⁵⁰.

V. Podsumowanie

Analiza wyroku ETPC z 1.12.2020 r. i argumentacji przemawiającej za zawartym w nim rozstrzygnięciem uzasadnia wniosek, że jest to orzeczenie w pełni prawidłowe, wyważone, a zarazem stanowcze, respektujące zasadę subsydiarności, trafnie rozgraniczające rolę władz Państwa – Strony Kon-

⁴³ *M. Ziółkowski*, Konstytucyjna kompetencja sądu do ochrony własnej niezależności (uwagi na marginesie uchwały SN z 23.1.2020 r.), PiP Nr 10/2020, s. 75–82.

⁴⁴ *M. Ziółkowski*, *op. cit.*, s. 78–80; por. też *P. Tuleya*, *op. cit.*, s. 60.

⁴⁵ *M. Ziółkowski*,

⁴⁶ *Z. Kmiecik*, Rozłączność kompetencji organów władzy w świetle orzecznictwa sądowego w przedmiocie ochrony praworządności, PiP Nr 10/2020, s. 120 i n.

⁴⁷ Dz.U. z 2020 r. poz. 190, zwana powszechnie ustawą represyjną lub kagańcową.

⁴⁸ *M. Kryszkiewicz*, Efekt osiągnięty: Sądy nie badają powołań sędziów wskazanych przez obecną Krajową Radę Sądownictwa, *Gazeta Prawna*.pl z 15.12.2020 r.

⁴⁹ Por. *A. Grabowski*, *B. Naleziński*, Konstytucyjne prawo do niezawisłego i bezstronnego sądu w państwie pozornie praworządnym, PiP Nr 10/2020; autorzy wskazali także trzy wchodzące w grę sposoby zachowania polskich sędziów w tej sytuacji, s. 37 i n.

⁵⁰ *M. Saffan*, *op. cit.*, s. 5, 17 i n., s. 19 i cytowane tam orzecznictwo TK.

wencji, z jednej strony, oraz Trybunału, oceniającego sprawę pod kątem spełnienia wymagań Konwencji, z drugiej. Przyjęcie przez Trybunał testu omówionego w głosie przesądza o fundamentalnym i uniwersalnym charakterze orzeczenia. Zestawienie w pkt III glosy uchybień na gruncie islandzkim i polskim, a tym samym zastosowanie testu do realiów polskich powołań na urząd sędziego od marca 2018 r., prowadzi do wniosku, że te ostatnio wskazane naruszenia procedury nominacyjnej były znacznie poważniejsze niż stwierdzone w sprawie zakończonej głosowanym wyrokiem, gdyż doprowadziły do powierzenia wymiaru sprawiedliwości osobom, które w ogóle nie uzyskały statusu sędziego⁵¹.

Także w aspekcie wykonania orzeczenia, o jakim mowa w art. 46 ust. 1 Konwencji⁵², wskazania Trybunału zamieszczone w głosowanym wyroku (pkt 311–314), zgodnie z którymi to na Państwie–Stronie Konwencji spoczywa obowiązek przyjęcia w krajowym porządku prawnym rozwiązań, które spowodują usunięcie naruszeń stwierdzonych przez Trybunał oraz odwrócenie w możliwie największym stopniu ich skutków, w sposób zgodny z konkluzjami i duchem orzeczenia trybunału oraz zapobiegają podobnym uchybieniem w przyszłości (pkt 311–314 Wyroku), nie tylko powinny, ale mogą być w pełni zrealizowane. Dowodzą tego przedstawione w głosie działania organów władzy Islandii, które w krótkim okresie usunęły uchybienia w procedurze powoływania sędziów.

Natomiast w okolicznościach istniejących w Polsce, wobec braku należytej reakcji władz, jako realna jawi się fala skarg do ETPCz zarzucających naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji. Niezależnie od tego, z uwagi na powszechnie podkreślaną aksjologiczną zbieżność między art. 45 Konstytucji RP, Konwencją i Kartą Praw Podstawowych⁵³, rozstrzygnięcie zawarte w głosowanym wyroku powinno wywierać wpływ na rozumienie prawa do sądu (art. 47 KPP) także przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zawiśłych tam⁵⁴ i przyszłych sprawach, u podłoża których leży

kwestionowanie statusu sędziego powołanego w Polsce po marcu 2018 r.⁵⁵.

Można jednak uniknąć wskazanego zagrożenia przez podjęcie prostych kroków w prawie wewnętrznym, które zapobiegają naruszeniom tego samego rodzaju w sprawach już zawisłych przed sądami krajowymi oraz w przyszłych postępowaniach. Należą do nich: natychmiastowe uchylenie ustawy represyjnej, zmiana ustawy o KRS i przywrócenie zgodnych z Konstytucją RP zasad powoływania sędziów wchodzących w skład tego organu, przeprowadzenie nowych konkursów na stanowiska sędziowskie zgodnie z postanowieniami Konstytucji. Perspektywy naprawy sytuacji i środki wyjścia z systemowego kryzysu rysują się całkiem wyraźnie. Brakuje natomiast woli podjęcia jakichkolwiek działań naprawczych.

⁵¹ Na określenie tego stanu *L. Pech* (*op. cit.*, s. 23 i n.) używa mocnych sformułowań, jak „sędziowie *de facto*”, „uzurpatorzy”, „falszywi sędziowie”.

⁵² Trybunał zastrzegł, że stwierdzenie nieprawidłowości w sprawie zakończonej głosowanym wyrokiem nie powinno być odczytane jako wymagające od państwa obowiązku opartego na Konwencji, aby wznović wszystkie podobne sprawy, w których doszło już powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*) zgodnie z prawem islandzkim (pkt 314 Wyroku). Zagadnienie ewentualnego wznawiania postępowania po zapadnięciu wyroku ETPCz zdecydowanie wykracza poza ramy glosy; w tym zakresie zob. np. *A. Płoch*, Wyrok ETPCz stwierdzający naruszenie art. 6 ust. 1 EKPCz a wznovienie postępowania cywilnego w polskim porządku prawnym, PPC Nr 2/2016, s. 290–320 oraz cyt. tam literatura, <https://sip.lex.pl/#/publication/151286530/plocha-agnieszka-wyrok-etp-cz-stwierdzajacy-naruszenie-art-6-ust-1-ekp-cz-a-wznovienie...?cm=URELATIONS>, dostęp: 9.2.2021 r.

⁵³ Por. *K. Szczepanowska-Kozłowska*, Prawo do skutecznego środka prawnego i bezstronnego sądu – art. 47 KPP w relacjach horyzontalnych – kilka uwag w związku z wyrokiem TSUE w sprawach połączonych: C-585/18; C-624/18; C-625/18, *Palestra* Nr 5/2020, s. 106 i cytowane tam orzecznictwo; *P. Tuleya*, *op. cit.*, s. 52, 55, 61, 63 i n., 65 i n., 67; *M. Ziółkowski*, *op. cit.*, s. 87; pkt 72 wyroku TSUE z 26.3.2020 r. w połączonych sprawach: C-542/18 RX-II oraz C-543/18 RX-II, <https://curia.europa.eu>.

⁵⁴ Por. np. postanowienia SN: z 21.5.2019 r. w sprawie III CZP 25/29; z 15.7.2020 r., wydane w sprawach II PO 3/19, II PO 9/20, II PO 14/20, II PO 15/20 o skierowaniu pytań do TSUE.

⁵⁵ Oddziaływanie zachodzi także w drugą stronę, np. w pkt 133 głosowanego wyroku ETPCz przywołuje wyrok TSUE w połączonych sprawach: C-542/18 RX-II i C-543/18 RX-II, w pkt 138 – w połączonych sprawach: C-585/18, C-624/18, C-625/18, a w pkt 139 – w sprawie C-619/18.

SUMMARY

Gloss to the judgment of 1 December 2020 passed by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in *Guðmundur Andri Ástráðsson vs Iceland* (Application no. 26374/18)

It is necessary to emphasise fundamental importance of the judgment of the European Court of Human Rights of 1 December 2020 in *Guðmundur Andri Ástráðsson vs Iceland* (Application no. 26374/18) for determining whether the requirement of “a tribunal established by law” has been fulfilled. Anticipating detailed solution it should be noted that the Court adopted in its judgement a balancing test based on three criteria to assess whether irregularities in appointing judges have been serious to the degree that the right to “a tribunal established by law” has been violated. The universal nature of the test warrants its reference to the violations that took place in Poland with respect to the appointment of judges in the period after March 2018. In the circumstances that exist in Poland, in view of a proper response of the authorities, a wave of applications to the ECHR concerning violations of Art. 6(1) of the Constitution seems realistic.

Key words: gloss, application to the ECHR, violation of the appoint procedure for a judge, status of a judge