

# Niezależność sędziowska a trudności zyskiwania społecznego zaufania<sup>1</sup>

Prof. Ewa Łętowska\*

Z wywiadu *Jarostawa Gowina* dla Gazety Wyborczej z 13.5.2022 r.

„Weźmy chociażby wymiar sprawiedliwości, na którym świetnie się pan zna. Oczywiście, wymagał daleko idących zmian i nikt z tą potrzebą nie dyskutował, ale zamiast reformy, prawica postanowiła wyrzucić stolik. A pan wziął w tym udział.

**– To było wyrzucenie stolika nieudane w podwójnym tego słowa znaczeniu: z jednej strony nie doprowadziło do poprawy funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, z drugiej nie zachwiało też niezawisłością sędziowską i niezależnością sądów.**

Znowu pan mówi: nic się w gruncie rzeczy nie stało. Owszem, nie udało się wyrzucić stolika sędziowskiego między innymi ze względu na opór sędziów, ale już prokuratura stała się bezwolnym narzędziem w ręku jednego urzędnika państwowego.

**– Moim zdaniem niezależność sądów jest tak mocno umocowana w polskiej konstytucji i w dokumentach międzynarodowych, które Polska sygnowała, że nie da się tej niezależności podważyć.”**

## I. Konstytucyjna iluzja i jej redukcjonistyczna pułapka

1. Gdyby niezależność trzeciej władzy<sup>2</sup> zależała tylko do tego, co deklaruje Konstytucja (jak w to zdaje się wierzyć wyżej cytowany były minister sprawiedliwości) – nie mielibyśmy kryzysu dotyczącego praworządności, tak w stosunkach wewnętrznych, jak i z UE. Nie byłoby także kilkudziesięciu spraw zawisłych i zakończonych niekorzystnymi dla Polski wyrokami TSUE i ETPCz<sup>3</sup>. Konstytucja, jak zresztą w ogóle teksty normatywne, jest regulacją abstrakcyjną i potencjalną. Akt abstrakcyjny konkretyzuje się sytuacyjnie i urzeczywistnia z momentem jego zastosowania. Nawet więc, jeśli sama Konstytucja – jako akt abstrakcyjny i potencjalny jest w porządku, nie będzie to wystarczającą przesłanką wniosku, jaki wprowadzono w cytowanym na wstępie wywiadzie.

„Mocne konstytucyjne zakotwiczenie”, wskazujące „jak być powinno”, bynajmniej bowiem nie wyklucza<sup>4</sup> (i to czasem w trwały sposób) w praktyce podważania niezależności sądów i wpływania na niezawisłość sędziów. Następuje to poprzez operowanie wieloma składnikami pozakonstytucyjnego reżimu wymiaru sprawiedliwości. Po pierwsze, poprzez

ustawy zwykle, dzięki którym Konstytucja powinna być za pośrednictwem, lecz – czego jesteśmy świadkami – można ją także łamać, naginać, omijać, lub wydrążyć. Po drugie, na znaczenie tekstu i praktykę konstytucyjną ma wpływ organizacja oraz finansowanie wymiaru sprawiedliwości, a także dobór kadr i wyzyskanie cech osobowościowych tych ostatnich.

W Polsce środowiska prawnicze, często popełniają podobny błąd, jak cytowany we wstępie polityk, były minister sprawiedliwości. Dokonując aksjologicznej oceny prawa czy charakterystyki ochrony prawnej – ograniczają się do tego, jak sprawę ujmują – potencjalne i abstrakcyjne – przepisy i do tego, co – potencjalnie – „da się” z nich wydedukować przy pomocy ewentualnej – poprawnej – wykładni. To zaś, że stała, powtarzalna, statystycznie przeważająca praktyka nie idzie drogą „prawidłowej i świetłej” wykładni – nie wytrąca oceniającego z równowagi. Co więcej, nie budzi dostatecznie wcześniej i refleksji o istnieniu jakiejś nieprawidłowości – w prawie, praktyce jego stosowania czy ich ocenie.

2. Ustawy dotyczące sądownictwa (ustawa o KRS, prawo o ustroju sądów powszechnych, prawo o ustroju sądów administracyjnych, ustawa o SN, i korpus ustaw ustrojowych o TK) – nawet przy powierzchownej lekturze – niepokoją. Przeanalizowane dokładniej, systemowo – alarmują. Zwłaszcza, jeśli śledziłoby się ich rozwój w czasie, tendencje i dynamikę kolejnych ich nowelizacji i gdyby analizie poddawano nie

\* Autorka jest profesorem nauk prawnych, członkiem rzeczywistym Polskiej Akademii Nauk i członkiem czynnym Polskiej Akademii Umiejętności; sędzią Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku.

<sup>1</sup> Artykuł jest rozszerzoną wersją referatu wygłoszonego w maju 2022 r. na Uniwersytecie Gdańskim, na konferencji w ramach projektu badawczego TRIAL – *Trust, Independence, Impartiality and Accountability of judges and arbitrators safeguarding the rule of Law under the EU Charter*.

<sup>2</sup> O różnych aspektach niezależności trzeciej władzy por. A. Machnikowska, O niezawisłości sędziów i niezależności sądów w trudnych czasach. Wymiar sprawiedliwości w pułapce sprawności, Warszawa 2017; Konstytucja, praworządność, władza sądownicza: aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce, L. Bojarski, K. Gajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek (red.), Warszawa 2019; Pozycja ustrojowa sędziego, R. Piotrowski (red.), LEX, Warszawa 2019; P. Wiliński, R. Zawłocki, Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania, Warszawa 2022.

<sup>3</sup> Sprawy z Polski wpływają w ostatnich latach w decydujący sposób na linię orzecznictwa TSUE na tle art. 19.1. TUE. Myliliśmy się jednak przypuszczając, że kształtująca się linia orzecznicza ma znaczenie tylko sporu o polski wymiar sprawiedliwości. Za sprawą spraw polskich kształtuje się generalny standard sądowej ochrony niezależności judykatywy w ramach UE. Por. E. Łętowska, Równanie w dół – zagrożenie państwa prawa. Polska: Herostatem czy katalizatorem?, Przegląd Konstytucyjny 2019, Nr 4, s. 18–33; K. Bachmann, Reforma Ziobry dała zagranicznym sądom więcej władzy na polskimi obywatelami, niż kiedykolwiek miały, Magazyn Gazety Wyborczej, 16.10.2022 r., s. 14–15; D. Gajos-Kaniewska, 37 spraw przed ETPCz ws. niezależności i niezawisłości polskich sądów, Rzeczpospolita 25.7.2022 r., <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art36754681-37-spraw-przed-etpcz-ws-niezawislosci-i-niezawislosci-polskich-sadow> (dostęp: 6.10.2022 r.).

<sup>4</sup> „Niezależność jest przy tym statusem, który może być osiągnięty na poziomie proceduralnym – choćby przez odpowiednie ukształtowanie unormowań konstytucyjnych. Natomiast bezstronność to jest cecha, wyznacznik zachowania określonej osoby czy instytucji. Bezstronność jest wartością, która nie jest dana raz na zawsze, lecz utwierdza się w procesie podejmowania codziennych decyzji, w toku kształtowania kultury konstytucyjnej” A. Bodnar, Koniec mitu tradycyjnej legitymizacji władzy, Respublica Nova, 2.1.2016, <http://publica.pl/teksty/bodnar-koniec-mitu-tradycyjnej-legitymizacji-wladzy-54834.html> (dostęp: 14.5.2022 r.).

pojedyncze teksty, lecz ich wzajemne związki funkcjonalne, jako pewien dynamiczny „ciąg technologiczny”, przejaw postępującego od kilku lat procesu. Te ustawy ponadto znaczą także niekonięcznie to, co oficjalnie **deklarowano** jako ich cel i przyczynę ich wprowadzania. Wystarczy prześledzić hasła pod jakimi wprowadzano kolejne zmiany mające przyspieszyć postępowania przed TK i uporządkować rozpatrywanie spraw według kolejności wpływu, czy uczynić transparentnym wyznaczanie składów w sądach powszechnych. A już obserwacja praktyki (która oczywiście jest sytuacyjna i konkretna, a nie – jak przepisy – tylko potencjalna i abstrakcyjna) dopełnia pesymistycznej oceny<sup>5</sup>.

**3. Podniesienie w Konstytucji z 1997 r. sądów do rangi trzeciej władzy, uczyniło je podmiotem/konkurentem w systemie podziału władz, skonstruowanym jako system kontroli i równoważenia.** W sądach, rozstrzygających o znaczeniu prawa (i to także w wielu kwestiach publicznych) oraz ograniczających swobodę władzy politycznej, ta ostatnia dostrzegła konkurenta, a czasem nawet więcej – przeciwnika<sup>6</sup>.

Napięcia w ramach *checks and balance* – są stanem normalnym i wręcz zakładanym w tym mechanizmie. Czym innym są jednak – także wielokrotnie zdarzające się w historii, i to nawet demokratycznych państw – próby wasali-

zacji wymiaru sprawiedliwości przez władzę polityczną jak to się dzieje w państwach upadających demokracji. O różnicy decyduje skala<sup>7</sup>, metody i uporczywość nacisków podejmowanych w celu kolonizacji judykatury oraz rozmiar osiągniętego skutku.

Przypomnijmy tylko niektóre (i bez hierarchizacji) z dostrzegalnego u nas łańcucha wydarzeń, prowadzącego do wyrażania z treści zasady współdziałania w ramach *checks and balance*, uszczuplającego pozycję judykatury w systemie art. 10 Konstytucji RP. Omijanie, naginanie i usprawiedliwianie tych praktyk przy pomocy naciąganych pseudoprawniczych rozumowań<sup>8</sup>; interpretowanie Konstytucji w ścieśniający sposób przy użyciu ustaw zwykłych (tak reformowano Trybunał Konstytucyjny i Sąd Najwyższy); działania metodą kija i marchewki wobec środowiska sędziowskiego<sup>9</sup>; niezgodność deklarowanych celów reform wymiaru sprawiedliwości (choćby nieprzejrzystość budzących wątpliwości zasad przydziału spraw poprzez losowanie) ich uzasadniania i realnego znaczenia<sup>10</sup>; wątpliwości co do adekwatności metody używanej dla osiągnięcia celu reform<sup>11</sup>; wybiórczość lub/i nękający<sup>12</sup> charakter postępowań i sankcji dyscyplinarnych i *quasi*-dyscyplinujących (przeniesienia do innych miejsc pełnienia służby<sup>13</sup>) także wszczynanych

<sup>5</sup> Tylko tytułem przykładu Raport „2000 dni bezprawia” z 24.9.2021 r. Inicjatywa „Wolne Sądy”. Dokument pokazujący krok po kroku, proces wasalizacji wymiaru sprawiedliwości, <https://lexso.org.pl/2021/06/25/raport-inicjatywy-wolne-sady-pt-2000-dni-bezprawia/> (dostęp: 11.5.2022 r.). Z kolei w 2018 r. dziennik „Rzeczpospolita” przeprowadził ankietę dotyczącą odczuwania nacisków przez sędziów. Odpowiedzi (w liczbie 1247) w 47% potwierdzały, że sędziowie taką presję odczuwają. Por. „Reakcje środowiska prawniczego na ankietę «Rzeczpospolitej» o nastrojach wśród polskich sędziów. Efekt mrozący Temidzie”, Rzeczpospolita 25.10.2018 r. Oznacza to, że ponad 10% ogólnej liczby sędziów uważa za stosowne deklarować odczuwalny dyskomfort dotyczący niezależności i niezawisłości. Nawet przy zastrzeżeniach co do metodologii czy subiektywizmu ocen wynik ten dużo mówi o złej atmosferze panującej w sądach.

<sup>6</sup> Wypowiedź Prezydenta A. Dudy w rozmowie dla radia Zet, 29.8.2022 r., „(...) środowiska sędziowskie po prostu chcą władzy. To środowiska, które właściwie nigdzie nie są w sposób demokratyczny wyłonione. One chcą mieć władzę nad demokratycznie wybranymi władzami. Środowiska sędziowskie przede wszystkim domagają się uznania swojej absolutnej nieomyślności i – jak widać – możliwości realizacji kooptacji i odpowiedzialności wyłącznie realizowanej we własnym środowisku, na co żadne demokratyczne państwo, które chce być rzeczywistym państwem demokratycznym w pełnym tego słowa znaczeniu, nie może się zgodzić”, <https://www.prezydent.pl/aktualnosci/wypowiedzi-prezydenta-rp/wywiady/wywiad-dla-radia-zet,57936> (dostęp: 6.9.2022 r.).

<sup>7</sup> Wystarczy porównać obecną skalę zjawiska i obraz przed 8 lat – B. Banaszak, Konstytucyjne i ustawowe uwarunkowania niezawisłości sędziowskiej, Iustitia Nr 1/2014, s. 6–14.

<sup>8</sup> Por. J. Zajadło, Nowa „wykładnia” konstytucji, Interpretatio constitutionis hostilis, w: Felietony Gorszego Sortu 2, Sopot 2018, s. 29 i n., s. 105 i n. Na przykład przedstawiciel Kancelarii prezydenta (K. Szczerski) o art. 7 Konstytucji: „Organy państwa działają na podstawie i w granicach prawa. Jeżeli ktoś wykracza poza, to nie ma zakazu działania poza granicami prawa, ponieważ jest nakaz działania w granicach prawa. Nie ma przepisu prawnego zakazującego działania poza prawem, bo jest nakaz działania w ramach prawa”. Wypowiedź z 10.8.2018 r., <https://oko.press/logika-nienormatywna-szczerskiego-nie-ma-przepisu-zakazujacego-dzialania-pozza-prawem-sprawdzamy/> (dostęp: 3.5.2020 r.). Urzędująca prezes TK: „Skoro ustawa weszła w życie, to obowiązuje. Jeśli ktoś uważa, że nie jest zgodna z konstytucją, to składa wniosek do TK i pyta, czy przepisy są zgodne, czy nie. Dopóki takiego pytania nie będzie, nie będzie orzeczenia TK, to nie można mówić, że ustawa jest niekonstytucyjna, bo to prowadzi do anarchii” – J. Przyłębska, <https://wiadomosci.wp.pl/szum-wokol-sadu-najwyzszego-kuriozalny-komentarz-julii-przylebskiej-6270025915140225a> (dostęp: 7.5.2022 r.).

<sup>9</sup> Seria spraw w ETPCz i w tle pytań prejudycjalnych do TSUE. Po raz pierwszy też ETPCz (6.10.2022 r., *Juszczyszyn przeciw Polsce*, sygn. 35599/20) odnotował naruszenie przez Polskę art. 18 Konwencji o Podstawowych Wolnościach i Prawach Człowieka ETPCz (celowe nadużycie przez władzę granic ingerencji w prawa jednostki).

<sup>10</sup> Por. obszerny rządowy raport z 2018 r. (Biała Księga) przedstawiona Komisji Europejskiej, [https://www.iustitia.pl/images/pliki/response\\_to\\_the\\_white\\_paper\\_full.pdf](https://www.iustitia.pl/images/pliki/response_to_the_white_paper_full.pdf) (dostęp: 12.5.2022 r.) i krytyczna ocena tego dokumentu (także od strony metody), Odpowiedź SSP Iustitia na Białą Księgę <https://www.iustitia.pl/informacje/2182-the-response-of-the-polish-judges-association-iustitia-to-the-white-paper-on-the-reform-of-the-polish-judiciary-presented-to-the-european-commission-by-the-government-of-the-republic-of-poland> (dostęp: 12.5.2022 r.). Powtarzane do znudzenia fałszywie argumenty argumentacji komparatystycznej – por. np. W. Hermeliński, ...a w Hiszpanii jest tak samo..., Rzeczpospolita, 17.1.2021 r.

<sup>11</sup> Np. w wypadku KRS koncentracja na kwestii wysuwania kandydatów przez środowisko sędziowskie i tego, że i w innych krajach poszczególne składowe procedury kwalifikacyjnej są takie same, przy przemilczeniu tego, co istotne: konstrukcja list poparcia jako działanie „spółdzielni”, wielostopniowa i upolityczniona procedura wyłaniania, tzw. „krótkiej listy”.

<sup>12</sup> Kilkadziesiąt postępowań wyjaśniających, dyscyplinarnych wobec sędziów K. Markiewicz, W. Żurka; sprawy dyscyplinarne i immunitetowe, B. Morawiec, P. Juszczyszyna, I. Tuleyi, D. Mazura, D. Zabłudowskiej, W. Wróbla, P. Prusinowskiego. Także powództwo wobec K. Kwiatkowskiej (szefowa stowarzyszenia Lex Super Omnia) o wieloletnie zadośćuczynienia z powodu wypowiedzi krytykującej politykę delegowania prokuratorów do odległych miejscowości, co zakwalifikowano jako wypowiedź zniesławiającą, <https://lexso.org.pl/2021/05/07/stanowisko-zarządu-stowarzyszenia-prokuratorow-lex-super-omnia-z-dnia-7-maja-2021-roku-w-sprawie-pozwu-przeciwko-prok-katarzynie-kwiatkowskiej/> (dostęp: 6.10.2022 r.).

<sup>13</sup> Stanowisko Zarządu Stowarzyszenia Sędziów „Themis”, Monitor Konstytucyjny, 8.9.2022 r.: „Wyrażamy pogląd, że bezpośrednio zagraża niezawisłości sędziowskiej sytuacja, w której przełożeni administracyjni sędziów (w tym przypadku prezes i wiceprezes SA w Warszawie) są zarazem rzecznikami

z powodu tego, co sędzia powiedział lub zrobił wykonując funkcje orzecznicze<sup>14</sup>; ograniczanie odwołań sędziów od decyzji personalnych (choćby na tle decyzji KRS); nomenklaturowy charakter awansów w sądownictwie; zmiany w procedurach karnych, ograniczające procesowe władztwo sędziego i dające prokuratorowi (czynnikowi uzależnionemu od ministra sprawiedliwości) przewagę nad sądem<sup>15</sup>. A dalej: wiele inicjatyw legislacyjnych i dyscyplinujących ograniczających możliwości wyłączenia sędziego i kształtowania obsady składu przez same sądy.

W konsekwencji mamy chaos: walkę o wpływy kompetencyjne nad wymiarem sprawiedliwości (spór o kontrasygnatę<sup>16</sup> i prerogatywy charakter aktów prezydenta dotyczących judykatywy; o sanację wad procedury nominacyjnej dzięki finalnemu aktowi prezydenta<sup>17</sup>). Mamy – mniej lub bardziej udane i udatne – obronne powództwa sędziów, wobec których wszczęto postępowania dyscyplinarne/immunitetowe (o do-

puszczenie do pracy<sup>18</sup>), powództwa o ochronę dóbr osobistych (w różnych podmiotowych konfiguracjach<sup>19</sup>); wzajemne kwestionowanie wyroków jednych sądów przez inne sądy<sup>20</sup>, wypaczenie kontrolnej funkcji TK<sup>21</sup>. Do SN ciągle wpływają kasacje z zarzutem niewłaściwej obsady sędziowskiej (z uwagi na udział neo-KRS w postępowaniu opiniodawczym, co już kilkakrotnie zakwestionowano w wyrokach TSUE i ETPCz, z którymi z kolei starała się nawiązać dialog Izba Karna Sądu Najwyższego<sup>22</sup>). Nie zapobiega to przepychankom wewnątrz samego SN<sup>23</sup>, nawet na tle spraw organizacyjnych (obieg akt<sup>24</sup>). Pojawiła się konkurencja trzech trybów<sup>25</sup> testowania niezależności i niezawisłości sędziowskiej i wzajemnemu blokowaniu działań w ramach tych trybów<sup>26</sup>. Wszystko to buduje fatalną atmosferę wokół sądów, SN<sup>27</sup> oraz TK<sup>28</sup>, utrudnia obywatelom „ścieżkę dojścia” w zakresie prawa do sądu<sup>29</sup>, wpływając na obniżenie autorytetu i sprawności funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości<sup>30</sup>. Jednocześnie zaś notujemy

**kami dyscyplinarnymi będąc wyznaczonymi na obydwie sprawowane funkcje w sposób arbitralny przez czynnego polityka obozu władzy – Ministra Sprawiedliwości. Posiadani przez nich dzięki połączeniu funkcji repertuar środków nacisku umożliwia wywieranie presji na sędziów, a potencjalnie również – polityczną kontrolę orzeczeń sądowych”**

<sup>14</sup> Wyr. TSUE: z 2.3.2021 r., C-824/18, A.B. i in. przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa, EU:C:2021:153; z 6.10.2021 r., C-487/19, W.Ż., EU:C:2021:798; ETPCz – *Juszczyszyn* przeciwko *Polsce*, 6.10.2022 r. A także <https://ruleoflaw.pl/manowska-wants-legal-judges-of-the-supreme-court-to-be-prosecuted-repression-for-applying-eu-law/> (dostęp: 11.5.2022 r.); *M. Jałoszewski*, Manowska chce ścigania legalnych sędziów SN, *OkoPress*, 26.3.2021 r. (dostęp: 11.5.2022 r.). 17.10.2022 r. wszczęto postępowanie wyjaśniające względem byłej I Prezes SN w związku z doprowadzeniem przez nią w 2020r. do posiedzenia trzech izb i przyjęcie uchwały w SN (z 23. 1. 2020 r.) co miało - miało rzekomo „w sposób oczywisty i rażący” uchybić prawu.

<sup>15</sup> *A. Sakowicz*, To nie jest polityka karna państwa demokratycznego, *DGP Prawnik*, 6.9.2022 r., s. D2.

<sup>16</sup> Kontrasygnatą premiera objęto nawet decyzję wykonawczą Prezydenta dotyczącą powołania sędziów do pełnienia obowiązków w Izbie Odpowiedzialności Zawodowej w miejsce Izby Dyscyplinarnej w SN.

<sup>17</sup> Por. wyr. NSA z 4.11.2021 r., III FSK 3626/21 z krytycznymi komentarzami *J. Kmiecika*, *PiP* Nr 4/2022, s. 158–165; *A. Gomułowicz*, Rysa na obliczu Temidy, *Rzeczpospolita* 1.2.2022 r., s. D3.

<sup>18</sup> *Sędziowie Tuleya, Juszczyszyn, Gąciarek*.

<sup>19</sup> *B. Kordasiewicz*, Polityk kontra sędzia: kto wygra ten proces, *Rzeczpospolita* 7.9.2022 r. *M. Jałoszewski*, Ważne. Legalny sędzia SN, odmawia orzekania w nowej Izbie SN, powołanej przez polityków władzy, *OKOPress*, 15.10.2022 r.

<sup>20</sup> *M. Królikowski*, Powinności w czasie kryzysu uznawalności orzeczeń, w: *P. Wilinski, R. Zawłocki*, Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania, *Warszawa 2022*, s. 3–18.

<sup>21</sup> TK z kontrolera stał się dodatkowym narzędziem legitymizacji poczynań władzy politycznej – por. *M. Pyziak-Szafnicka*, Trybunał Konstytucyjny à rebours, *PiP* Nr 5/2020, s. 25–45; *M. Wolny, M. Szuleka*, Narzędzie w rękach władzy. Funkcjonowanie Trybunału Konstytucyjnego w latach 2016–2021, Raport w ramach projektu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka „Monitoring systemu ochrony praw człowieka w Polsce”; *K. Joński, W. Rogowski*, Co zostało z legitymizacji Trybunału? *DGP* 10.5.2022 r., s. D 2-3; *T. Koncewicz*, w referacie (konferencję TRIIAL w Gdańsku) trafnie określa to zjawisko jako jedną z oznak zmian prowadzących w kierunku autorytarnego legalizmu.

<sup>22</sup> SN I KZP 2/22 z 2.6.2022 r.

<sup>23</sup> Por. faktografia *W. Tumidalski*, Usunąć z sądów grzech pierworodny, *Rzeczpospolita*, 9.9.2022 r.

<sup>24</sup> Por. *E. Ivanova*, Sąd Najwyższy miał rozstrzygnąć o statusie neosedziów. Sprawa niespodziewanie odwołana, <https://wyborcza.pl/7,75398,29006740,sad-najwyzszy-mial-rozstrzygnac-o-statusie-neosedziow-sprawa.html> (dostęp: 11.10.2022 r.).

<sup>25</sup> Wynikającym z Uchwały Trzech Izb SN z 23.1.2020 r., BSA I-4110-1/20 (zastosowanemu w III KK 404/21 z 26.7.2022 r. i IV KK 333/22 z 28.9.2022 r.) i z trybu ustawowego, przewidzianego w noweli do ustawy o SN, z 9.6.2022 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 480 (tryb „prezydencki”). Por. *J. Trela*, Pozorne badanie niezawisłości sędziego, *Rzeczpospolita* 28.6.2022 r., A16, *P. Mgłosiek*, Testowanie sędziów bez końca, *DGP* 30.8.2022; *M. Jałoszewski*, *OKO.press*, 6.9.2022 r., <https://oko.press/legalny-sedzia-sn-nie-boi-sie-przepisow-kagancowych-i-podwaza-status-neo-sedziego-sn/?u=true> (dostęp: 7.9.2022 r.); *M. Gutowski, P. Kardas*, Negatywnie przetestowany sędzia nie daje rękami sprawiedliwego orzekania w żadnej sprawie, *DGP* 15.9.2022 r., DB6; *M. Kryszkiewicz*, W sądach powszechnych też testują, *SGP* 28.9.2022 r. Istnieje także możliwość odwołania się do klasycznego wyłączenia sędziego.

<sup>26</sup> Oficjalne stanowisko Rzecznika SN (19.8.2022 r. Wyjaśnienie w sprawie kolejnej nierzetelności dziennikarskiej w publikacji red. *Ewy Ivanovej* w „Gazecie Wyborczej”) kwestionuje prawidłowość nawiązywania do Uchwały Trzech Izb (z uwagi na orz. TK z 20.4.2020 r., U 2/20 o niekonstytucyjności uchwały) i uznaje, że określenie „test niezawisłości” jest eksklusywnie związane z trybem „prezydenckim”.

<sup>27</sup> Ilustracją może być wywiad *M. Manowskiej*, Tu nie chodzi o żadną praworządność, *DGP* 8.8.2022 r. i artykuł polemiczny *M. Romańskiej*, Spróbuję wyjaśnić prezes *Małgorzacie Manowskiej*... *DGP Prawnik*, 30.8.2022 r. W październiku 2022 r. 30 „dawnych” sędziów SN wydało oświadczenie, o powstrzymaniu się od udziału w składach z „nowymi” sędziami; orzeczenia w składzie mieszanym, zgodnie z orzecznictwem ETPCz prowadzą bowiem do uznania naruszenia przez Polskę art. 6 KE (i powstania obowiązku odszkodowawczego). IKNiSP w odpowiedzi zwróciła się do I Prezes SN o uznanie tego oświadczenia za rezygnację sygnatariuszy ze służby.

<sup>28</sup> *M. Kryszkiewicz*, Kontrowersyjny skład oceni zachowanie Hermelińskiego, *DGP* 26.9.2022 r., B7. Chodzi o zarzut braku wyważonych ocen krytycznych wobec innych sędziów i o wyznaczenie do tej sprawy w TK osoby prowadzącej własną ożywioną działalność w mediach społecznościowych, znanej dosadności wypowiedzi.

<sup>29</sup> Według stereotypowego popularnego w kręgach adwokackich przekonania, wszystko, co inicjuje aktywność sądu, służy pełniejszemu urzeczywistnieniu prawa do sądu. Nie zawsze jest to trafne. Nie wszystkie konsekwencje konkurencji kilku trybów testowania niezależności/niezawisłości zostały powszechnie dostrzeżone. *M. Wyrzykowski*, Antykonstytucyjna satrapia czyli zło nienasycone [w:] *Kryzys, Stagnacja, Renesans? Prawo Administracyjne Przyszłości*. Księga Jubileuszowa Profesora Jacka Jagielskiego, red. *M. Wierzbowski, J. Piecha, P. Gołaszewski, M. Cherka*, Warszawa 2021, s. 277–312.

sprawy, gdzie prawo i spór sądowy staje się instrumentem w sporze politycznym – jak choćby w wykorzystaniu drogi sądowej typu SLAPP, w celu zamknięcia ust dziennikarzom, sygnalistom lub przeciwnikom politycznym<sup>31</sup>. To oczywiście zwiększa nacisk na sądy i zagraża ich niezależności.

4. Nowością jest przeniesienie sporu o niezależność/niezawisłość polskiego sądownictwa na poziom europejski<sup>32</sup>. Umożliwia to argumentacyjne wykorzystanie standardów TSUE i EKPCz, ale i powoduje nowe napięcia. Standardy TSUE i ETPCz<sup>33</sup> wykazują rozbieżność z tym, co lansuje się w Polsce jako realizowaną od kilku lat oficjalną politykę wobec judykatury. Jednak wyroki – zarówno ETPCz, jak i TSUE, oparte na tych standardach – wiążą *ratione imperii*. Nie może zatem dziwić, że w powołaniu na te okoliczności w polskich sądach (zobowiązanych do uwzględniania tego, co wynika z wyroków sądów międzynarodowych) zaczęły pojawiać się:

- 1) odmowy orzekania „dawnych” sędziów w składach mieszanych (z udziałem sędziów powołanych w procedurach z udziałem neo-KRS, zakwestionowanych w TSUE lub ETPCz);
- 2) kwestionowanie (w apelacji, nawet z urzędu) orzeczeń wydanych z udziałem takich sędziów w I instancji (nawet, jeżeli w postępowaniu pierwszoinstancyjnym zarzutu wadliwej obsady sądu nie podnoszono).

To jednak z kolei skłaniało rzeczników dyscyplinarnych do zarzutów uchybienia godności zawodu i obowiązkom nałożonym przez „ustawę kagańców” z 2019 r.<sup>34</sup> Zachowanie sędziów przedstawiano opinii publicznej jako sobiepaństwo rozgrymaszonej „wyjątkowej kasty” działającej w obronie przywilejów grupowych<sup>35</sup>. Wnoszenie pytań prejudycjalnych do TSUE próbowano traktować jako przewinienie dyscyplinarne; z tego pomysłu wycofano się *expressis verbis* dopiero w noweli do ustawy SN z 9.6.2022 r. Ostatecznie w TSUE zawisło kilkadziesiąt spraw (z wniosku Komisji i z pytań prejudycjalnych), dotyczących niezależności sądów/niezawisłości sędziów; ponad 20 wyroków już zapadło<sup>36</sup>. Postanowienie tymczasowe TSUE z 14.7.2021 r., w oczekującej na rozpoznanie sprawie C-204/21, zobowiązało Polskę do zaprzestania działania przez zdyskwalifikowaną jako organ pozbawiony cech sądu Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego; nakazało przywrócić do pracy sędziów odsuniętych od orzekania przez tę izbę oraz zobowiązywało do zmian w zakresie reżimu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów. Postanowienie tymczasowe jednak zlekceważono<sup>37</sup>. Od wielu miesięcy nalicza się za to kary dzienne w wysokości 1 mln euro.

Także orzecznictwo ETPCz<sup>38</sup> kwestionuje zgodność zmian w funkcjonowaniu polskiego wymiaru sprawiedliwości (istnienie w SN Izby Dyscyplinarnej i Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN, w zakresie realizacji prawa do sądu) – z wymaganym standardem ochrony (art. 6

EK). Dotyczy to także wszczętych i prowadzonych przez ID i (od nowelizacji ustawy o SN z 9.6.2022 r.) przejętych przez Izbę Odpowiedzialności Zawodowej SN) spraw dyscyplinarnych sędziów. W postępowaniach tych ETPCz wydał – bez widocznego skutku zresztą – serię postanowień zabezpieczających dla sędziów objętych tymi postępowaniami<sup>39</sup>.

<sup>30</sup> OTK – por. K. Joński, W. Rogowski, Co zostało z legitymizacji trybunału, DGP 10.5.2022 r.; A. Słojewska, Polacy wciąż za długo czekają na sprawiedliwość. Rzeczpospolita 20.5.2022r.; M. Kryszkiewicz, Permanentne reformowanie sądownictwa nie pomogło DGP 10.10.2022 r., s. B8 (na tle skarg na naruszenie prawa do sądu do ETPCz).

<sup>31</sup> Zdarza się to prokuraturze, NBP, RPP, TVP, a nawet partiom politycznym (por. I CSK 482/18, I CSK 124/22, I CSK 310/22, I CSK 594/21). Wykorzystywane w tym celu bywają powództwa (wnoszone lub zapowiadane tylko) odszkodowawcze, o ochronę dóbr osobistych, zniewagę/pomówienie, a także instytucja skargi nadzwyczajnej (na tym tle np. ETPCz, *Wałęsa* przeciwko *Poland* skarga no. 50849/21). Por. także P. Stasiński, Szyderczy laur dla Polski, GW 2022, 29–30.10.2022.

<sup>32</sup> Kwestiom tym wiele miejsca poświęcono w czasopiśmie *Verfassungsblog*. On the Matters Constitutional, [https://verfassungsblog.de/pod/I\\_tamze\\_seria\\_artykulow\\_w\\_latach\\_2019-21\\_\(L.\\_Pech,\\_P.\\_Wachowiec,\\_D.\\_Mazur\)](https://verfassungsblog.de/pod/I_tamze_seria_artykulow_w_latach_2019-21_(L._Pech,_P._Wachowiec,_D._Mazur)) <https://verfassungsblog.de> (dostęp: 13.5.2022 r.).

<sup>33</sup> Na uwagę zasługuje Notyfikacja ETPCz dotycząca skargi *L. Wałęsa* z (12.10.2022 r.) wskazująca na możliwość wyroku pilotażowego w związku z wykorzystaniem skargi nadzwyczajnej w praktyce w sposób nękający (nieproporcjonalnie, w celu sprzecznym z ideą takiej skargi). Por. Notification given of Lech Wałęsa's application concerning the overturning of a final judgment in a civil case, ECHR 318 (2022) 12.10.2022 r.

<sup>34</sup> Ustawa z 20.12.2019 r., o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2020 r. poz. 190.

<sup>35</sup> W wypadku przedstawienia pytania prejudycjalnego (SO w Katowicach IV Cz 451/20, w kwestii konsekwencji zasiadania neo-sędziów w składzie, powodowało to następstwa w postaci żądania przez prokuratora wyłączenia pytającego sędziego jako niebezpiecznego: „Biorąc pod uwagę podjęte przez Sędziego... działania, kwestionując w istocie legalność powołania danego organu, zachowanie to stwarza niebezpieczeństwo realnego naruszenia podstawowych zasad, w tym zasady pewności i zaufania do organów państwa. Bez wątpienia nie można uznać za dopuszczalnych czynności prowadzących do kwestionowania statusu sędziego, bowiem godzi to w zasadę nieusuwalności sędziów, a także zasadę prawa do sądu, w której zawiera się również zasada do uzyskania prawidłowego rozstrzygnięcia sądowego zagwarantowanego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”. Przedstawienie pytania prejudycjalnego prokuratura uznała za „czynność niezmierną do rozpoznania istoty sprawy, a jedynie do wykazania słuszności własnych poglądów prawno-politycznych, co nie może zostać zaakceptowane”, <https://katowice.wyborcza.pl/katowice/7,35063,28446060,sedzia-z-katowic-zadal-niewygodne-dla-wladzy-pytanie-prokuratura.html> (dostęp: 17.5.2022 r.).

<sup>36</sup> Zawisło 17 pytań prejudycjalnych i jedna skarga bezpośrednia; rozstrzygnięto 23 pytania prejudycjalne i 2 skargi bezpośrednie (stan przybliżony w połowie 2022 r.).

<sup>37</sup> Wyroków TSUE „nie da się” zmienić czy uchylić w drodze negocjacji politycznych np. między polskim rządem i organami UE. Nieświadomość tego faktu zaowocowała naiwnymi oczekiwaniami uchylenia kar wynikających z zabezpieczenia TSUE i próbami argumentowania, że aprobata polityczna tzw. „kamieni milowych” warunkujących wypłatę KPO, uchyliła obowiązek wykonania wyroków TSUE, których treść inkorporowano w tych „kamieniach”.

<sup>38</sup> J. Hetnarowicz-Sikora, Praktyczny wymiar naruszeń konwencyjnych w procesie zmian polskiego wymiaru sprawiedliwości – przegląd spraw czynnych i zakończonych w ETPCz, *Iustitia* Nr 3/2021, s. 147–156. Oprócz spraw tam wskazanych zwłaszcza *Żurek* przeciwko *Polsce* (39650/18, 16.6.2022 r.) i *Juszczyszyn* przeciwko *Polsce* (35599/20, 6.10.2022 r.).

<sup>39</sup> Staranną dokumentację faktograficzną zbiorczo podaje M. Jalošzewski, *Oko*.Press, 10.8.2022 r., <https://oko.press/etpcz-chroni-sedziego-sn-prof-wrobla/> (dostęp: 7.9.2022 r.).

Natomiast Trybunał Konstytucyjny zrelatywizował obojętność wykonywania wyroków TSUE<sup>40</sup> i ETPCz<sup>41</sup>. Przyznał sobie (jak w swoim czasie uczynił to rosyjski TK<sup>42</sup>) prawo oceny i wyboru, które (i w jakim zakresie) wyroki TSUE i ETPCz uzna za możliwe do wykonania, uzasadniając to oceną ich zgodności z polską Konstytucją. Trybunał Konstytucyjny przy tym w osobliwy sposób<sup>43</sup> zinterpretował w tym celu relację między prawem europejskim, EKPCz i polską Konstytucją.

Przedsięwzięcia ustawodawcze w deklarowanym założeniu mające przekonać o woli realizacji orzeczeń TSUE – w rzeczywistości okazały się fasadowe, niezdolne do usunięcia wszystkich braków, ujawnionych w orzeczeniach TSUE<sup>44</sup>, których wdrożenie deklarowano.

Zapowiadane zaś dalsze reformy w wymiarze sprawiedliwości przewidują dalszą gruntowną przebudowę struktury sądów (spłaszczenie), pogłębiając uzależnienie stabilizacji profesjonalnej sędziów od Ministra Sprawiedliwości i osłabiając gwarancje niezależności sądownictwa wobec egzekutywy<sup>45</sup>.

**5. Sędziowie w Polsce stoją wobec diabelskiej alternatywy.** Przy niezmienionej Konstytucji ustawodawstwo zwykłe, a nade wszystko praktyka jego stosowania – umniejszają i podważają niezależność sądów. **Sądy (podobnie jak inne niezależne instytucje kontrolne, samorządy, NGO's, a także media) stają się celem działań prowadzących do ich kolonizacji: absorpcji i neutralizacji** (podobieństwo do strategii Gleichschaltung i Ausschaltung<sup>46</sup>). Celem jest zniechęcenie sądów do kontroli i krytyki władzy politycznej i – w konsekwencji – wykorzystanie ich do realizacji programu tej władzy. Środki jakie stosuje władza polityczna: wymiana kadr, wzmacnianie nadzoru administracyjnego nad sądami, szykany i rozciągnięte w czasie kampanie nękające wobec opornych sędziów – służą postępującej kolonizacji wymiaru sprawiedliwości i oddziaływaniu na sędziów przy pomocy *chilling effect*, korumpującemu niezależność sądownictwa i ograniczającemu niezawisłość sędziowską.

Pojawienie się schizofrenicznej sytuacji było do przewidzenia w miarę narastania i stabilizowania orzecznictwa TSUE<sup>47</sup> i ETPCz<sup>48</sup>, stwierdzających w Polsce deficyt europejskich standardów niezależności sądownictwa i prawa sędziów do ochrony sądowej. Sędziowie **albo narażają się na ewentualność postępowania dyscyplinarnego (za złamanie zakazów tzw. ustawy kagańcowej<sup>49</sup>), spotykają się z represyjnym delegowaniem do innych wydziałów<sup>50</sup> lub sądów albo – omijając ryzyko osobiste – zaryzykują stabilnością wyroków, jako niespełniających wymagań TSUE i ETPCz.** Udział w składach tzw. neo-sędziów (partycypacja neo-KRS w procedurze ich powoływania) niesie ryzyko zakwestionowania wyroków wydanych z ich udziałem – przynajmniej na tle postępowań przed ETPCz, ponieważ tu definitywny skutek wyroku następuje *eo ipso*. Wyroki TSUE z pytań pre-

judycjalnych wymagają natomiast współdziałania (także następczego) sądu krajowego. A jak wskazuje obserwacja praktyki np. w SN można tu oczekiwać działań blokujących<sup>51</sup>, co tylko wyjaskrawia konflikt powinności.

Neo-KRS brała udział do 2021 r.<sup>52</sup> – w nominacjach ok. 1500 sędziów, a oni uczestniczyli w wydaniu ok. 2,5 miliona orzeczeń. Jeżeli by się podważyło choćby część z nich (w ETPCz), gniew tych, których pokój prawny zburzono –

<sup>40</sup> Wyr. TK: z 14.7.2021 r., P 7/20, Legalis (zakwestionowanie kompetencji TSUE co do środków zabezpieczających); z 7.10.2021 r., K 3/21, Legalis (zakwestionowanie zasady pierwszeństwa TUE).

<sup>41</sup> Wyr. TK z 24.11.2021 r., K 6/21, Legalis.

<sup>42</sup> W 2017 r. rosyjski TK zastosował taką konstrukcję wobec niekorzystnego dla Rosji wyroku ETPCz z 2014 r. dotyczącego Jukosu.

<sup>43</sup> Zob. <https://verfassungsblog.de/statement-by-retired-judges-of-the-constitutional-tribunal-on-the-constitutional-tribunal-judgment-in-case-k-7-21/>, <https://verfassungsblog.de/this-was-not-just-another-ultra-vires-judgment/> (dostęp: 11.5.2022 r.); S. Biernat, E. Łętowska, This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment! Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal, *Verfassungsblog* 27.10.2021 r.

<sup>44</sup> Wywiad z W. Kozielowiczem (Izba jest zgodna z wyrokiem TSUE, DGP 7-9.10.2022 r., A-20-21) sugeruje uzdrowienie sytuacji w całości. Odmienne M. Romańska, Prezydencki projekt ustawy nowelizującej ustawę o Sądzie Najwyższym jedynie przypudruje przyczyny destrukcji, <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/21590> (dostęp: 12.5.2022 r.).

<sup>45</sup> W. Hermeliński, Nieprzenoszalność czy przesuwalność sędziego, DGP Prawnik 10.5.2022 r., s. B7 omawiający projekt nowego prawa o ustroju sądów powszechnych; M. Kryszkiewicz, Rada Legislacyjna ostrzega MS, DGP, 7.9.2022 r., s. B6; M. Gutowski, P.Kardas, Spłaszczanie sądownictwa nie usprawni, DGP 17.5.2022 r., s. D2.

<sup>46</sup> L. Garlicki, Constitutional Court and Politics. The Polish Crisis, [in:] Ch. Landfried ed., *Judicial Power. How Constitutional Court Affect Political Transformation*, Cambridge University Press 2019, pp. 158–159.

<sup>47</sup> TSUE (C-132/20) dopuszczając pytanie prejudycjalne sędziego SN powołanego z naruszeniem prawa (neo-sędzia) spowodował jednak dyskusję o „konsekwencjach tej niekonsekwencji”; por. P. Filipek, Drifting Case-law on Judicial Independence. A Double Standard as to What Is a 'Court' Under EU Law? (CJEU Ruling in C-132/20 Getin Noble Bank), *Verfassungsblog* 13.5.2022 r., [https://verfassungsblog.de/drifting-case-law-on-judicial-independence/?fbclid=IwAR3CC0msqI7qAAS9kIjWw5DOB0muKii1CHOB2SF7MI18b0\\_KViXKHpBIUfgY](https://verfassungsblog.de/drifting-case-law-on-judicial-independence/?fbclid=IwAR3CC0msqI7qAAS9kIjWw5DOB0muKii1CHOB2SF7MI18b0_KViXKHpBIUfgY) (dostęp: 6.10.2022 r.).

<sup>48</sup> *Reczkowicz przeciwko Polsce*, 22.7.2021 r.; *Advance Pharma przeciwko Polsce*, 3.2.2022 r.; *Żurek przeciwko Polsce*, 16.6.2022 r., *Juszczyszyn przeciwko Polsce* 6.10.2022 r.

<sup>49</sup> Omówienie zmian wprowadzających *chilling effect* – por. Materiał porównawczy do ustawy z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, *Monitor Konstytucyjny*, 4.1.2020 r., <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/11903> (dostęp: 13.5.2022 r.).

<sup>50</sup> Skierowanie trzech sędzi-specjalistek prawa karnego w SA w Warszawie do orzekania w sprawach prawa pracy przez Prezesa tego sądu będącego jednocześnie Rzecznikiem Dyscyplinarnym Sędziów było motywowane okolicznością, że orzekanie w sprawach pracowniczych jako jednoosobowe nie da okazji do kwestionowania udziału neo-sędziów w składzie, *Rzeczpospolita*, 19.8.2022 r., <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art36902971-piotr-schab-odpowiada-malgorzacie-manowskiej-przekroczono-granice> (dostęp: 8.9.2022 r.).

<sup>51</sup> Tak na tle sprawy S. Żurka, gdzie w SN opóźnia się skierowanie sprawy do rozpoznania po odpowiedzi TSUE na pytanie prejudycjalne (III CZP 1/22) – por. E. Ivanova, Sąd Najwyższy miał rozstrzygnąć o statusie neosędziów. Sprawa niespodziewanie odwołana, <https://wyborcza.pl/7,75398,29006740,sad-najwyzszy-mial-rozstrzygnac-o-statusie-neosedziow-sprawa.html> (dostęp: 11.10.2022 r.).

<sup>52</sup> Informacje z października 2021 r. podane przez wiceministra sprawiedliwości. Obecnie liczba nominacji wzrosła, <https://serwis.gazeta-prawna.pl/orzeczenia/artykuly/8277326,kaleta-25-mln-orzeczen-sedziow-obecnej-krs-zadnego-nie-podwazono-z-powodu-braku-niezawislosci.html> (dostęp: 8.9.2022 r.).

obróci się przeciw sędziom i sądom. W maju 2022 r. powołano – znów w wadliwy sposób – nowy skład neo-KRS), co utrzymało permanentną sytuację schizofreniczną sądów. Ani nowelizacje z czerwca 2022 r., ani zapowiadane działania legislacyjne nie złagodziły mrozącego wpływu egzekutywy na niezależność sądów i niezawisłe orzekanie przez sędziów.

6. Chaos jaki wynika z tych – tylko *exempli modo* przywołanych okoliczności, których listę można wydłużyć<sup>53</sup>, wymyka się możliwości racjonalnego całościowego wyjaśnienia w kategoriach tradycyjnych paradygmatów prawniczych.

6.1. Ponad 40 lat temu *Wojciech Młynarski* napisał utwór „Układanka”. Była to zjadliwa polityczna satyra na hipokryzję ustrojową i prawną Polski Ludowej. „Układanka” opowiada jak to dzieci trudziły się nad tytułową łamigłówką: z malutkich kawałków trzeba było ułożyć sielankowy obrazek będący wzorem łamigłówki. Jednak trud jest daremny, puzzla ułożyć się nie da. Zatem:

„...po co my to układamy, jak to nie da się ułożyć?!

Po co my tu główkujemy, wyteżamy się od nowa,

po co dopasowujemy, jak się nie da dopasować?!

Ja bym mógł do ciemnej nocki, tak układać z wami razem,  
ale dajcie nowe klocki albo zmieńcie ten obrazek!”

6.2. Zmiana wzorca układanki byłaby jednak w takim wypadku kapitulacją prawa wobec polityki, abdykacją wobec decyzyzmu władzy politycznej i zerwaniem ze standardami państwa prawa TSUE i ETPCz. Władza polityczna zresztą potrafi doskonale eksploatować we własnym interesie rozdźwięk między deklarowanymi zasadami a własną praktyką w celu ukrycia swoich strategii i uzyskania iluzji pozorowej legitymacji<sup>54</sup>. *A. Sajó*<sup>55</sup>, w godnej polecenia książce dotyczącej strategii władzy w wynaturzonej demokracji neoliberalnej, tę właśnie cechę: poszukiwanie i zachowywanie pozorów legalizmu, uważa za jedną z podstawowych w strategii rządzenia szczególnych metod: *ruling by cheating*. Określenie to podkreśla perwersyjność metod degradujących podmiotowość rządzonych, których świadomie i celowo wprowadza się w błąd pod pozorami legalnie stosowanego prawa.

Jeżeli jednak to, co prawo głosi, ma być światem nie tylko postulowanym, ale i możliwym<sup>56</sup>, niezależności wymiaru sprawiedliwości nie można zredukować do wzorca deklarowanego przez Konstytucję. Dyssens między wzorcem i realiami ułatwia operowanie fałszywymi etykietami, eksploatującymi dysonans między konstytucyjnie postulowanym stanem (demonstracyjnie eksponowanym oficjalnie) i wstydliwie przemilczanym standardem praktyki. Taką strategię zastosowano w Białej Księdze z 2018 r. Komisji Europejskiej przedstawiono tam rządowe uzasadnienie reform wymiaru sprawiedliwości. Krytyczna ocena tej strategii (stanowisko przygotowane przez środowiska sędziowskie) wskazywała<sup>57</sup> m.in.: „Księga ogranicza pojęcie praworządności i konstytucjonalizmu do tekstu prawa. Przykładowo wskazuje, że jakieś «prawne rozwiązanie» istnieje także w innym kraju

UE. **Przemilcza** natomiast, że w ujęciu europejskim **praworządność i konstytucjonalizm odnoszą się do standardu prawa, utrwalonej praktyki jego stosowania**. (podkr. *E.L.*). Przemilczenie powoduje lukę w argumentacji mającej wyjaśnić i legitymizować reformy”. „Osłabieniu standardu ochrony konstytucyjnej i standardu praworządności służyło zarówno ściślejsze poddanie sądownictwa i sądów wpływowi władzy politycznej (reformy KRS, SN i sądów powszechnych...), jak i wiele posunięć praktycznych, służących jako chilling effect wobec sędziów”.

Konkludując: zadowolenie jedynie z faktu „mocnego konstytucyjnego zakotwiczenia” niezależności judykatury (jak to uczynił cytowany w motto do niniejszego opracowania były minister sprawiedliwości) fałszuje ocenę problemu, spowodowaną redukcjonizmem poznawczym. Konstytucjom bowiem przydarzyć się może naruszenie, naginanie, obchodzenie i wydrążanie, bez zmiany jej brzmienia werbalnego. Zwłaszcza zdarza się to w systemach stosujących *ruling by cheating* zamiast *rule of law* i tam, gdzie ocena prawoznawców i sędziów koncentruje się na tym co potencjalne i abstrakcyjne – niedostrzegając fasadowości tego podejścia dla oceny tego co konkretne i efektywne.

## II. Niezawisłość sędziowska – zaufanie – legitymizacja

1. **Niezależność sądów, niezawisłość sędziego, podział władz – traktowany na poważnie – ma służyć ich wzajemnej kontroli**. Rzeczywista kontrola nie jest jednak możliwa, gdy władze polityczne, oczekują i wymagają od sądów podporządkowania a od sędziów – uległości. Dla obywateli, niezależność sądów i niezawisłość sędziów są natomiast nieodzowną gwarancją ochrony przed arbitralnością władzy. Koncepcja prawa-tarczy, chroniącej przed samowolą czy kaprysem władzy, wymaga sądów niezależnych i sędziów zdolnych do działania samodzielnego i odważnego, odpornych i na pokusy, i na oddziaływanie efektów mrozących. Same deklaracje – choćby i konstytucyjne – nic nie znaczą, bez sprawnych i rzetelnych sądów, działających w służbie prawa, a nie interesu władzy politycznej czy oportunistycznego interesu grupowego. Sędzia zatem musi czuć się wolny. Czy jednak to wewnętrzne samopoczucie – przynajmniej – mało

<sup>53</sup> Instruktywnych przykładów dostarcza *W. Kozieliwicz*, jw., skądinąd aprobujący nowelę do ustawy o SN z 9.6.2022 r.

<sup>54</sup> Por. Przykład legitymizacyjnych strategii użytych w 2018 r., w polskiej Białej Księdze dotyczącej praworządności i wymiaru sprawiedliwości – omówionych krytycznie od strony użytych metod kamuflaży, [w:] Odpowiedź SSP Iustitia na Białą Księgę, rozdz. VIII, s. 104 i n.

<sup>55</sup> *A. Sajó*, *Ruling by cheating. Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge University Press 2021.

<sup>56</sup> *M. Matczak*, *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*, Warszawa 2019. Autor tekstu prawa określa jako „świat możliwy i postulowany”.

<sup>57</sup> Odpowiedź SSP Iustitia na Białą Księgę, s. 112–113.

poznawalne – można uznać za decydujące i wystarczające, aby uznać, że sędzia zachowuje niezawisłość?

2. **Nie brak poglądów, i to głoszonych przez wybitnych nieraz przedstawicieli sądownictwa<sup>58</sup>, że decydujące znaczenie ma to właśnie wewnętrzne przekonanie sędziego, jego przeświadczenie o własnej integralności i uczciwości.** Pogląd ten ma nobliwą genezę, nawiązując do kantowskiej metafory gwiazdzistego nieba. Tyle, że taka formuła pozostawia otwartą sprawę „fałszywej świadomości” sędziego, nie wspominając już o przyziemnych sprawach dowodowych. Znacznie bliższa jest mi klasyczna formuła brytyjskiego sędziego, Lorda *Gordona Hewarta*: ważne, aby sprawiedliwość wymierzyć, ale fundamentalnie jest ważne, aby wszyscy byli pewni i nie mieli wątpliwości, że została ona wymierzona<sup>59</sup>. Formuła ta kładzie nacisk na czytelność uzewnętrzniania niezależności.

W kluczowym dla Polski wyroku TSUE z 19.11.2019 r.<sup>60</sup> C-585/18, C-624/18, C-625/18, poszukując kryteriów oceny niezależności i niezawisłości, – **odwołuje się tu wprost do społecznego postrzegania wymiaru sprawiedliwości jako niezależnego i niezawisłego** (pkt 123, 134, 153 uzasadnienia) i do ważenia całokształtu okoliczności prawnych i faktycznych, decydujących o osiągnięciu wymaganego standardu niezależności i niezawisłości (pkt 140, 142, 143, 152)<sup>61</sup>. Oznacza to obiektywizację oceny i przyjęcie za jej kryterium – tego co widzą obserwatorzy zachowań sądów.

Skuteczność prawa zawsze ma wymiar pozatekstowy. TSUE określając wytyczne dla sądu krajowego<sup>62</sup> wymaga, aby zasady i gwarancje *in books* i *in action* – **utrwały publicznie wiarę w ich istnienie i należyte funkcjonowanie**. Nie wystarczy zatem sam tekst; nie wystarczy standard efektywnej ochrony; **wymaga się ponadto wywoływania u „stosownego odczucia społecznego”**. Tak określono zadanie sądu krajowego, orzekającego po wypowiedzi TSUE. Dla sądu polskiego oznacza to obowiązek postawienia sobie pytania do jakich danych powinien się tu odwoływać, poszukując odpowiedzi (zgodnie z przedmiotem pytania prejudycjalnego w tej akurat sprawie) „jakie społeczne wrażenie w kwestiach wymiaru sprawiedliwości ukształtowało działanie nowej KRS i Izby Dyscyplinarnej SN”. W omawianym wypadku SN w uzasadnieniu Uchwały połączonych trzech Izb SN z 23.1.2020 r., BSA I-4110-1/20 podjęło to zadanie, odwołując się do publikacji medialnych i notoriów. Argumentem mogą tu być także oceny ekspertów (jeśli istniałyby w danej kwestii), badania empiryczne itd. Istnieje tu wiele możliwości, a zarazem naraża na duży rozrzut ocen, zwłaszcza w dobie wielości dyskursów publicznych i „baniak informacyjnych”. Po raz pierwszy jednak SN wyraźnie przełamał tu argumentację charakterystyczną dla formalistycznej formacji polskich sądów: abstrahującą od troski o społeczną legitymizację rozstrzygnięcia. Tę ostatnią osiąga się bowiem dzięki temu, że zachowanie sądów i sędziów

jest zdolne wzbudzić zaufanie co do niezależności sądów i niezawisłości sędziów. W przywołanej już sprawie III KK 404/21 SN przeprowadzono po raz pierwszy test niezawisłości w nawiązaniu do Uchwały Trzech Izb SN, korzystając z tych wskazówek. Mimo że nie brak kolejnych, podobnych wniosków<sup>63</sup>, obserwacja kształtowania się w tym zakresie linii orzeczniczej natrafi na trudności. W samym SN między IK i IKNSP istnieje bowiem różnica poglądów prowadząca do blokującej kontestacji wniosków tego typu<sup>64</sup>.

3. W odróżnieniu od innych władz, pochodzących (czy choćby wywodzących się pośrednio) z wyborów, sądy **muszą intensywniej czerpać legitymizację** z innych źródeł. Jeżeli przyjąć, że współcześnie uzyskanie legitymizacji wymaga trzech wartości: bezstronności, refleksyjności oraz bliskości<sup>65</sup>, to dla sądów ten ostatni wymóg sądu stwarza szczególne wyzwania. Oznacza bowiem **uzyskiwanie legitymizacji poprzez kontakt społeczny, demonstrację zaangażowania w funkcję sądenia, „nakierowaną na obywatela i jego szczególne potrzeby**. *We współczesnej demokracji obywatele oczekują praktycznie rzecz biorąc bezpośredniego kontaktu z władzą, wysłuchania ich trosk, okazania współczucia, zrozumienia szczególnej sytuacji danej jednostki*<sup>66</sup>. Legitymizacja wymiaru sprawiedliwości pozostaje zatem w bezpośrednim związku z **uzewnętrznianiem** niezawisłości i niezależności sędziego z wywoływaniem „stosownego odczucia społecznego”, uzyskiwaniem zaufania w szerszych kręgach społecznych<sup>67</sup> – tak jak to określił cytowany wyrok TSUE (i co

<sup>58</sup> B. Piwnik, Nikt mojej niezawisłości nie ograniczył, TVP Info, 2.8.2018 r. (jedna z wielu wypowiedzi tej autorki na ten temat), <https://www.tvp.info/38349793/piwnik-nikt-mojej-niezawislosci-nie-ograniczyl> (dostęp: 12.5.2022 r.).

<sup>59</sup> It is not merely of some importance, but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done *Rex v. Sussex Justices*, 9. Nov. 1923 KBR 1924, vol. I, s. 259.

<sup>60</sup> TSUE C-585/18, C-624/18, C-625/18, z 19.11.2019 r., będącym odpowiedzią na pytania prejudycjalne SN z 30.8.2018 r., III PO 7/18.

<sup>61</sup> Mocno to podkreśla M. Saffjan, Prawo do skutecznej ochrony sądowej – refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18, *Pal. Nr 5/2021*, s. 13 i n.

<sup>62</sup> Pkt 123, 134, 153 uzasadnienia wyroku TSUE, z powołaniem na wcześniejsze judykaty podobnie ujmujące tę kwestię.

<sup>63</sup> Jesienią 2022 r. prezes warszawskiego Sądu Apelacyjnego *Piotr Schab*, a zarazem rzecznik dyscypliny sędziów został – z negatywnym skutkiem poddany w Sądzie Najwyższym testowi bezstronności.

<sup>64</sup> Post. IV KB 1/22 z 18.8.2022 r.; Komunikat umieszczony w oficjalnych wydarzeniach SN (niepodpisany) z 24.8.2022 r., *Nierzetelne informacje zawarte w tekście Magdaleny Gałczyńskiej w onet.pl. M. Jałoszewski*, OKO.press, 25.8.2022 r., <https://oko.press/skandal-w-sadzie-najwyzszym-neo-sedzia-zablokowal-ocene-niezawislosci-neo-sedzi-bednarek/> (dostęp: 6.9.2022 r.).

<sup>65</sup> P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Les Livres du Nouveau Monde, Paris 2008.

<sup>66</sup> A. Bodnar, Koniec mitu tradycyjnej legitymizacji władzy. Mechanizmy demokratyczne stały się zbyt skomplikowane, aby wola wybranych przedstawicieli społeczeństwa mogła być w pełni realizowana, <http://publica.pl/teksty/author/adam-bodnar>, 2.1.2016 r. (dostęp: 8.10.2022 r.).

<sup>67</sup> Podobnego poglądu broniłam wcześniej – E. Łętowska, *Niedomagająca legitymizacja trzeciej władzy*, MoP Nr 3/2010, dodatek: *Perspektywy wymiaru sprawiedliwości*, s. 30–35

jest zbieżne z tradycyjną formułą *Hewarty*). Użycie czasu niedokonanego „uzewnętrzniania”, a nie „uzewnętrznienie”, podkreślenie ciągłości tego procesu jest nieprzypadkowe. Uzyskiwanie legitymizacji przez sądy i sędziów jest bowiem ciągłym procesem, niemającym końca.

4. **Zaufanie<sup>68</sup> nie istnieje jako osiągnięty stan trwały.** Z badań nad zaufaniem wynika, że: „w odniesieniu do sądów na pierwsze miejsce wysunęły się oczekiwania aksjologiczne, z 79,9% wskazań na sprawiedliwość<sup>69</sup>, a sprawiedliwości nie należy redukować do czystego legalizmu<sup>70</sup>. Funkcjonowanie sądów polega na wyrokowaniu w pojedynczych sprawach, rozstrzyganych według modelu wygrał/przegrał. Partularyzacja czynności sądenia i zero-jedynkowy charakter wyroku<sup>71</sup>, czyni trudnym uzyskiwanie zaufania i zarazem decyduje o nietrwałości już uzyskanego. Każda bowiem „złe przeprowadzona” czy „złe uzasadniona” pojedyncza sprawa – może decydować o utracie sędziowskiej twarzy.

5. Teoretycznie, działając w warunkach „diabelskiej alternatywy” sędzia ma do wyboru trzy możliwości<sup>72</sup>. Może okazać posłuszeństwo wobec nieakceptowanego prawa i łamanych zasad (realizowane mniej lub bardziej świadomie, wykonywane czasem z niesmakiem); może dokonać demonstracyjnej subwersji (z ryzykiem postępowania dyscyplinarnego, zawieszenia innej represji lub odejścia ze służby); może zastosować aktywizm interpretacyjny (czasem ostrożny, czasem wyrafinowany<sup>73</sup>) stosowany w obronie zagrożonej własnej niezależności i autolegitymizacji.

6. **Korumpowanie prawników (w tym sędziów<sup>74</sup>) jest wkalkulowane w projekt deprawacji prawa, *ruling by cheating* którego realizacji doświadczamy<sup>75</sup>.** „Państwo prawa nie umiera nigdy samo z siebie. Akuszerami tej śmierci są zawsze prawnicy. Potrzebował ich i potrzebuje każdy populistyczny i autorytarny reżim. Ktoś musi udawać sędziów i profesorów, ktoś musi władzy pisać przepisy i ktoś musi Kowalskiemu oznajmiać decyzje władz. Milczący prawnicy. Z resentymentu, ze strachu, z chęci zysku, z lenistwa, z naiwności, a czasem z ignorancji. Państwo prawa umiera tylko z ich pomocą<sup>76</sup>.”

W chaosie, w jakim tkwi obecnie wymiar sprawiedliwości ważne jest **porządkowanie tego, co się daje uporządkować i poddaje systematyzacji pojęciowej, tam zwłaszcza, gdzie idzie o ochronę autolegitymizacji sądów.** Konieczne jest bowiem umacnianie wiary, że sądy działają niezależnie, sędziowie są niezawisli i chcą wymierzać sprawiedliwość tłumacząc ją i tłumacząc się – publicznie zdając sprawę<sup>77</sup> z tego, co robią.

<sup>68</sup> P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Znak, Kraków 2007, s. 272 i n.

<sup>69</sup> P. Sztompka, *iw.* s. 129.

<sup>70</sup> Por. też *Legalizm nie może zastąpić sprawiedliwości*, J. Zajadło w rozmowie z K. Sobczakiem, 29.10.2021 r., <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/legalizm-a-sprawiedliwosc-wywiad-z-jerzym-zajadlo,511305.html> (dostęp: 6.3.2022 r.).

<sup>71</sup> Wyrok oczywiście bywa „wyważony”. Jednak z punktu widzenia sytuacji wyjściowej stron (stanowiska i oczekiwania) – ma charakter zero-jedynkowy.

<sup>72</sup> Por. J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, PiP Nr 1/2016, s. 32.

<sup>73</sup> P. Wilinski, R. Zawłocki, *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, Warszawa 2022 i zawarte tam prace: M. Królikowski, *Powinności w czasie kryzysu uznawalności orzeczeń*, s. 3–18; J. Giezek, *Zarys modelowego ujęcia bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym*, s. 19–32; 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* s. 33–60; W. Wróbel, *Weryfikacja standardu niezależności i bezstronności sądu według uchwały łączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.1.2020 r. Wybrane problemy*, s. 61–70; J. Gudowski, *Iudex impurus. Wyłączenie z mocy samej ustawy sędziego objętego zarzutem wadliwego powołania lub przejścia na wyższe stanowisko sędziowskie*, *Przegląd Sądowy* Nr 5/2022, s. 7–26, a także <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/wylaczenie-sedziego-wg-j-gudowskiego-takze-z-powodu-ustrojowej-nieprzydatnosci,515147.html> (dost. 17.5.2022 r.).

<sup>74</sup> A. Sajó, *iw.* s. 299.

<sup>75</sup> A. Sajó, *iw.* s. 323–327; M. Krygier, *Sabotaż i rządy prawa*, „*Almanach Concilium Civitas*” 2019/2020, s. 155–169 (162–163).

<sup>76</sup> W. Wróbel, FB, wpis z 3.8.2020 r., [https://m.facebook.com/story.php?story\\_fbid=3408547002545926&id=100001719800912](https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=3408547002545926&id=100001719800912) (dostęp: 21.1.2021 r.).

<sup>77</sup> Niestety, projektowane zmiany procedury (cywilnej) idą w odmiennym kierunku: „Zdaniem projektodawcy niecelowe jest sporządzanie przez sąd drugiej instancji uzasadnienia tak wyroku, jak i postanowienia kończącego postępowanie w sytuacji, gdy nie są one zaskarżalne”, [https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-postepowania-cywilnego-oraz-niektorych-innych-ustaw?fbclid=IwAR0In2RdEOy62x-buE2803\\_W5rLPj0ArCti-IardbUJJalorWycZ5AsfjNU](https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-postepowania-cywilnego-oraz-niektorych-innych-ustaw?fbclid=IwAR0In2RdEOy62x-buE2803_W5rLPj0ArCti-IardbUJJalorWycZ5AsfjNU) (dost.29.10.2021 r.).

## SUMMARY

### Judicial independence and the difficulties of gaining public trust

The measure of judicial independence cannot be the existence of a mere constitutional declaration (an abstract and potential normative regulation) or the judge's internal conviction (unknowable to the public) that he or she is free, unfettered, and immune to pressure. The author advocates the concept, expressed in the key judgment of the CJEU C-585/18, C-624/18, C-625/18, dated 19.11.2019 referring to the public perception of the judiciary as independent and independent to weigh the totality of legal and factual circumstances, determining the achievement of the required standard (objectification of the assessment and adoption of the perspective of an observer of the behavior of the courts).

The courts, as the third authority, determine the meaning of the law. For citizens, the independence of the courts and the independence of judges is an indispensable guarantee of protection against the arbitrariness of political power, treating the courts as a competitor. The concept of a shield law, protecting against the arbitrariness or whim of power, requires inde-



pendent courts and judges capable of acting independently and courageously, resistant to temptation and to the impact of chilling effects.

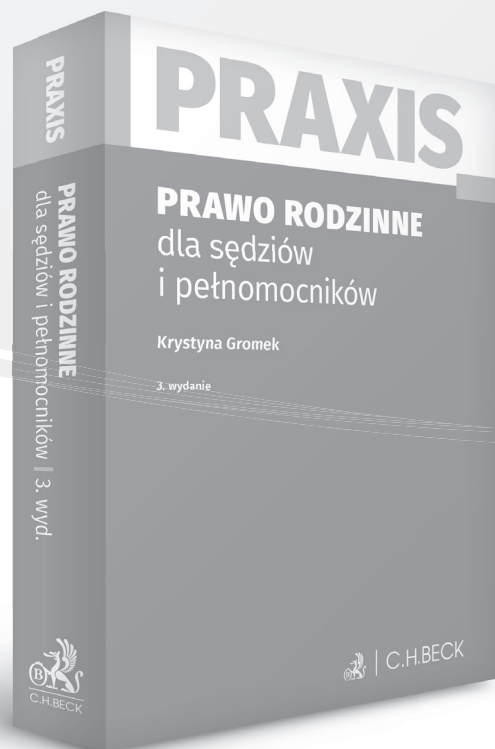
The article outlines the actions of political power in Poland to vassalize the courts. With the constitution unchanged, ordinary legislation and, above all, the practice of its application – diminish and undermine the independence of the courts. The goal is to discourage the courts from scrutinizing and criticizing the political power and - as a consequence – to use them to implement the political power's agenda. The means that the political power uses: replacing personnel, strengthening administrative oversight of the courts, harassment and extended harassment campaigns against resistant judges – serve to progressively colonize the judiciary and influence judges with a chilling effect, corrupting judicial independence and limiting judicial independence. The schizophrenic situation for judges was foreseeable as the jurisprudence of the CJEU and ECtHR grew and stabilized, finding in Poland a deficit in European standards of judicial independence and judges' right to judicial protection. Judges will either expose themselves to the possibility of proceedings or, bypassing personal risk, risk the stability of judgments as not meeting the requirements of the CJEU and ECtHR. The situation in which the judiciary in Poland finds itself is not only bad for its functioning, but also hinders its social legitimacy and the maintenance of trust necessary for its functioning.

**Key words:** Independence of the courts (evaluation criteria), Independence of judges (criteria), Social legitimacy of the courts, Trust in the judiciary, Vassalization of the courts by political powers, tri-partite division of powers.

REKLAMA



## Precyzyjne komentarze w praktycznym ujęciu



**ksiegarnia.beck.pl**

▪ Tel.: 81 46 13 300 ▪ E-mail: kontakt@beck.pl