

Pojęcia kluczowe: *bezstronność, niezawisłość, prawo do sądu, rzetelny proces, wyłączenie sędziego*

Artykuły

Konrad Lipiński

USTAWOWY TEST NIEZAWISŁOŚCI I BEZSTRONNOŚCI SĘDZIEGO W SPRAWACH KARNYCH

Wprowadzony ustawą z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw tzw. test niezawisłości i bezstronności sędziego stanowić miał remedium na problemy wymiaru sprawiedliwości związane z wadliwościami procedury powoływania sędziów po nowelizacji ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa z grudnia 2017 r. W artykule przeprowadzono analizę „testu” uregulowanego w Prawie o ustroju sądów powszechnych i ustawie o Sądzie Najwyższym. Autor dochodzi do wniosku, że przepisy ustanawiające ów test są wadliwie ukształtowane w stopniu, który podaje w wątpliwość możliwość jego zastosowania. Językowo bowiem rzecz ujmując, w celu zagwarantowania prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu ustawodawca przewidział procedurę, która sama ma moc naruszyć prawo do sądu. Ponadto wiele warunków ograniczających faktyczną możliwość skorzystania z „testu” powoduje, że adekwatniejszym – i w wyższym stopniu zapewniającym konwencyjny standard rzetelnego procesu – instrumentem badania wątpliwości co do bezstronności sędziego w jej aspekcie instytucjonalnym pozostaje wniosek o wyłączenie sędziego składany w trybie art. 41 § 1 Kodeksu postępowania karnego lub następcza kontrola orzeczenia przeprowadzana w trybie art. 439 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego.

Ustawą z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw¹ do aktów prawnych regulujących ustroj sądów powszechnych,

¹ Ustawa z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw

sądów wojskowych, sądów administracyjnych oraz samego Sądu Najwyższego wprowadzono procedurę zwaną „testem niezawisłości i bezstronności” sędziego². W uzasadnieniu prezydenckiego projektu ustawy, który stanowił podstawę uchwalonych rozwiązań, wskazano, że jest to „nowa instytucja procesowa umożliwiająca badanie spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu oraz postępowaniu sędziego po powołaniu, jeżeli w okolicznościach konkretnej sprawy zostaną podniesione wątpliwości co do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, mającego wpływ na wynik sprawy”, jej celem jest zaś „zapewnienie uczestnikom postępowania sądowego lub sądowoadministracyjnego gwarancji procesowych, że nie występują jakiekolwiek wątpliwości odnośnie bezstronności i niezawisłości sędziego orzekającego w sprawie”³. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy obowiązująca już procedura spełnia tak zarysowany cel, jak również – do jakiej kategorii spraw znajduje ona zastosowanie. Czy zatem – jak wskazano w uzasadnieniu – przepisy znajdują zastosowanie „do wszystkich sędziów i spraw określonych w projekcie”, a nade wszystko – czy mogą stanowić remedium na wadliwości procedury nominacyjnej tych sędziów, którzy powołani zostali na stanowiska sędziowskie w wyniku rekomendacji zawartej w uchwale Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej nowelizacją z 8.12.2017 r.⁴

(Dz.U. z 2022 r. poz. 1259), dalej ustawa z 9.06.2022 r., ustawa nowelizująca lub ustawa o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym i niektórych innych ustaw.

- ² Określenie to pojawia się nawet w komunikacie umieszczonym na oficjalnej stronie Sądu Najwyższego z 18.07.2022 r. o tytule *Test niezawisłości i bezstronności sędziego*, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=848-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 8.09.2022 r.). Z kolei w komunikacie z 19.08.2022 r. o tytule *Wyjaśnienie w sprawie kolejnej nierzetelności dziennikarskiej w publikacji red. Ewy Ivanovej w „Gazecie Wyborczej”* rzecznik prasowy Sądu Najwyższego sformułował *quasi*-definicję tego pojęcia: „przedmiotem (...) rozstrzygnięcia z 26.07.2022 r. w sprawie zarejestrowanej w Sądzie Najwyższym pod sygn. akt III KK 404/21 było rozpoznanie kasacji skazanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie, a nie przeprowadzenie tzw. «testu niezawisłości i bezstronności». Mianem tym określa się instytucję procesową wprowadzoną przepisami, które zaczęły obowiązywać 15.07.2022 r. na mocy ustawy z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw. Określenie test niezawisłości i bezstronności pojawiło się w przestrzeni publicznej wraz inicjatywą ustawodawczą Prezydenta RP, której rezultatem było uchwalenie powyższej ustawy. Test ten wprowadza konkretną procedurę, która nie została zastosowana w sprawie opisywanej przez red. Ivanovą. Łączenie instytucji testu niezawisłości i bezstronności z niekonstytucyjnym rozwiązaniem normatywnym wyrażonym w uchwale SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20) jest rażąco mylące, prowadzi do dezorientacji odbiorców i świadczy o braku obiektywizmu znanego reportera sądowego” – <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=862-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 29.09.2022 r.).
- ³ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2011, Sejm IX kadencji.
- ⁴ Ustawa z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3).

Wadliwość procedury nominacyjnej sędziów sądów powszechnych oraz sędziów Sądu Najwyższego wywołana uczestnictwem w tej procedurze nieprawidłowo powołanej Krajowej Rady Sądownictwa stanowi realny problem procesowy, dotychczas najszerzej przeanalizowany w treści uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 23.01.2020 r.⁵ Posługując się pewnym uproszczeniem, można powiedzieć, że w przypadku osób powołanych w nowej procedurze na stanowisko sędziów Sądu Najwyższego wadliwość ta jest nieusuwalna, w przypadku sędziów sądów powszechnych konieczne jest zaś stwierdzenie, że kontaminacja procesu powoływania w konkretnych okolicznościach prowadzi do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności sędziowskiej⁶. Pozostawiając na uboczu zarówno zasadność różnicowania konsekwencji wadliwości procesu nominacyjnego w stosunku do obu grup sędziów, jak i procesową kategoryzację uchybienia polegającego na wydaniu orzeczenia przez osobę powołaną w tym trybie (tj. art. 439 § 1 pkt 1 lub 2 Kodeksu postępowania karnego⁷)⁸ – bez obawy o popełnienie błędu stwierdzić trzeba, że problem jest realny i aktualny (inaczej analizowana ingerencja ustawodawcza nie byłaby wszak potrzebna). Aktualności nie ujmuje mu w szczególności wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20.04.2020 r. wydany w sprawie U 2/20⁹, w którym organ ten stwierdził, że uchwała połą-

⁵ BSA I-4110-1/20, OSNKW 2020/2, poz. 7, dalej uchwała połączonych (trzech) Izb SN lub uchwała z 23.01.2020 r.

⁶ Warto odnotować spostrzeżenie M. Królikowskiego, zdaniem którego sędzia powołany w wyniku takiej procedury „jest w powinności poddania swojej bezstronności pod ocenę niezawisłego i niezależnego sądu, a zatem w składzie, wobec którego nie zachodzą wątpliwości dotyczące obiektywnych lub subiektywnych zdolności orzeczniczych w kanonach właściwych dla sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Powinien wywołać tę kontrolę przed przystąpieniem do orzekania w referacie w celu rozstrzygnięcia, czy w jego przypadku przedstawienie przez Krajową Radę Sądownictwa danej kandydatury Prezydentowi RP nie nosiło znamion dowolności (...)” – M. Królikowski, *Powinności w czasie kryzysu uznawalności orzeczeń sądów (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022, s. 18. Podobną myśl znajdziemy również w pkt 53 uchwały 3 Izb SN, gdzie stwierdzono, że „okolicznością świadczącą o dbałości sędziego o zachowanie zasad bezstronności i niezawisłości jest podjęcie starań o wyjaśnienie dotyczących go wątpliwości przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy (np. przez sygnalizację z art. 41 k.p.k. oraz art. 49 § 1 k.p.c.)”.

⁷ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1855 ze zm.), dalej k.p.k.

⁸ Co do obu tych kwestii zob. J. Majewski, *Strukturalne uzależnienie obecnej Krajowej Rady Sądownictwa od władzy politycznej i wynikająca z tego wadliwość procedury powołań na urząd sędziego a wymóg niezależności i bezstronności sądu oraz instytucja wyłączenia iudex suspectus w postępowaniu karnym (art. 41 k.p.k.)*. Uwagi wybrane (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 71 i n. Zob. też A. Kappes, J. Skrzydło, *Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20), „Palestra” 2020/5*, s. 120.

⁹ Wyrok TK z 20.04.2020 r. (U 2/20), OTK-A 2020/61. Wolno zresztą sformułować dalej jeszcze idącą wątpliwość co do prawidłowości orzeczenia wiążącą się ze składem orzekającym – ignorującym wyrok TK z 3.12.2015 r. (K 34/15), Dz.U. poz. 2129 i wyrok TK z 9.12.2015 r. (K 35/15), Dz.U. poz. 2147. Zob. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Orzeczenie sądowe wydane z udziałem sędziego powołanego wadliwie a naruszenie prawa do sądu gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie*

czonych Izb SN jest niezgodna z Konstytucją RP¹⁰ – choćby z tego względu, że uchwała Sądu Najwyższego nie jest „przepisem prawa” (art. 188 pkt 3 Konstytucji RP), a tym samym nie może podlegać kontroli dokonywanej przez Trybunał Konstytucyjny. Stanowisko to zostało szeroko uzasadnione w zdaniach odrębnych do wspomnianego orzeczenia¹¹, w dalszej zaś kolejności – zaaprobowane przez Sąd Najwyższy¹². Również Europejski Trybunał Praw Człowieka, wydając orzeczenie w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*¹³, stwierdził, że sformułowany w wyroku Trybunału Konstytucyjnego pogląd nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy w procesie powoływania sędziów doszło do oczywistego i obiektywnie dostrzegalnego naruszenia prawa, a co więcej – ocena TK musi zostać uznana za arbitralną (§ 261–262).

Choroba tocząca wymiar sprawiedliwości jest zatem jak najbardziej realna, a u jej podstaw leży skażenie procesu nominacyjnego sędziów przez udział w nim organu, który nie jest tożsamy z Krajową Radą Sądownictwa, o której mowa w Konstytucji RP¹⁴. Jeśli zaś „skażony” jest organ opiniujący, to pojawia się również nieakceptowalne niebezpieczeństwo „skażenia” podmiotu opinowanego¹⁵, przy czym w świetle uchwały trzech Izb SN oraz potwierdzającej jej aktualność uchwały składu siedmiu sędziów SN z 2.06.2022 r.¹⁶ przyjąć trzeba – w charakterze wstępnego założenia dla dalszych rozważań – że w przypadku sędziów Sądu Najwyższego mamy do czynienia nie tyle z niebezpieczeństwem skażenia, ile z jego pewnością, w przypadku zaś sędziów sądów powszechnych niebezpieczeństwo to nie musi jednak zmaterializować się w negatywnym

praw człowieka – glosa do wyroku Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12.2020 r., 26374/18, Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/5, s. 45.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

¹¹ Zob. zdania odrębne sędziów TK L. Kieresa i P. Piszczółkowskiego, jak również uwagi P. Tulei, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r.*, „Państwo i Prawo” 2020/10, s. 58. Trzeba zresztą pamiętać, że aktualny Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24.11.2011 r. (K 6/21), OTK-A 2022/9, orzekł, że nie można do niego stosować standardów z art. 6 ust. 1 EKPC, a zatem nie jest on niezawisłym i bezstronnym sądem w rozumieniu tego przepisu – W. Wróbel, *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/12, s. 20. Zgodnie wszak z pkt 1 tego wyroku art. 6 ust. 1 EKPC „w zakresie, w jakim pojęciem sądu użytym w tym przepisie obejmuje Trybunał Konstytucyjny” miałby być niezgodny z art. 173 w związku z art. 10 ust. 2, art. 175 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

¹² Postanowienie SN z 16.09.2021 r. (I KZ 29/21), OSNK 2021/10, poz. 41; postanowienie SN z 29.09.2021 r. (V KZ 47/21), LEX nr 3230203; postanowienie SN z 28.10.2021 r. (III KK 237/21), LEX nr 3258749. Zob. też A. Kappes, J. Skrzydło, *Czy wyroki...*, s. 122.

¹³ Wyrok ETPCz z 22.07.2021 r., skarga nr 43447/19 – w szczególności § 261–263.

¹⁴ Zob. pkt 1 uchwały SN z 2.06.2022 r. (I KZP 2/22), OSNK 2022/6, poz. 22.

¹⁵ J. Giezek, *Zarys modelowego ujęcia bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawlocki, s. 23.

¹⁶ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 2.06.2022 r. (I KZP 2/22), OSNK 2022/6, poz. 22.

skutku, jakim jest immanentny brak niezawisłości powołanego w ten sposób sędziego¹⁷.

Diagnostując proces chorobowy¹⁸ (a właściwie – dostrzegając jego skutki i na nich się tylko skupiając), ustawodawca zdecydował się wyłącznie na próbę leczenia jego objawów, pozwalając, aby źródło skażenia funkcjonowało w niezakłócony sposób. Nie zmieniono bowiem ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, wszelako remedium na wątpliwości co do instytucjonalnej bezstronności sędziego¹⁹ stanowiąc ma właśnie tzw. test niezawisłości i bezstronności, przewidziany w identycznym niemal kształcie w ustawie o Sądzie Najwyższym²⁰ (art. 29 § 5–25) oraz ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych²¹ (art. 42a § 3–14). Dla usunięcia wątpliwości terminologicznych nową procedurę określić można testem „ustawowym” – w odróżnieniu od testu przeprowadzanego według kryteriów wskazanych w uchwale trzech Izb SN.

W dotychczasowej rzeczywistości normatywnej weryfikacja prawidłowości składu sądu w postępowaniu karnym w związku z wątpliwościami co do bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym odbywać się mogła w dwóch trybach, a mianowicie w ramach kontroli prewencyjnej – poprzez rozpoznanie wniosku o wyłączenie sędziego (na podstawie art. 41 § 1 w zw. z art. 42 § 1 i 4 k.p.k. w zw. z art. 45 Konstytucji RP w zw. z art. 6 EKPC²², art. 47 KPP²³ oraz art. 19 ust. 1 TUE²⁴), lub w ramach kontroli następczej – poprzez rozpoznanie

¹⁷ Warto jednak zauważyć, że w uchwale z 2.06.2022 r. (I KZP 2/22), OSNK 2022/6, Sąd Najwyższy zdaje się wprowadzać domniemanie braku bezstronności o charakterze instytucjonalnym w przypadku sędziów sądów powszechnych. W uchwale mowa jest wszak o tym, że konsekwencją powołania KRS w sposób sprzeczny z Konstytucją RP „jest obalenie funkcjonującego dotąd *in gremio* i *a priori* domniemania niezawisłości i bezstronności tak powołanego sędziego”. Jakkolwiek w kolejnym zdaniu SN stwierdza, że „nie oznacza to samo w sobie ich stronniczości”, to w dalszej części uzasadnienia uchwały wskazuje już, że „obecnie (...) konieczny jest dowód pozytywny bezstronności, gdy uprzednio trzeba było wykazać sytuację przeciwną – brak bezstronności”.

¹⁸ Ciągnąc porównania medyczne jeszcze dalej, można by stwierdzić, że mamy do czynienia z chorobą autoimmunologiczną, skoro została ona wywołana przez ustawodawcę.

¹⁹ Instytucjonalny aspekt bezstronności wiąże się z okolicznościami związanymi z prawidłowością powołania procedury sędziego na stanowisko, analizowanej pod kątem zgodności z minimalnym standardem niezawisłości, niezależności i odrębności od wpływów na proces wyboru, podczas gdy aspekt personalny (indywidualny) wiąże się z okolicznościami odnoszącymi się do stosunku sędziego do stron oraz do przedmiotu sprawy – P. Kardas, *Instytucjonalne aspekty bezstronności sędziego. O proceduralnych podstawach i sposobach rozpoznawania wniosków dotyczących wyłączenia sędziego z uwagi na brak instytucjonalnych gwarancji bezstronności* (w: *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 123).

²⁰ Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1904); dalej ustawa o SN.

²¹ Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 2072); dalej p.u.s.p.

²² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284).

²³ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303, s. 1).

²⁴ Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/30).

zarzutu nienależytej obsady sądu, wiążącego się z uchybieniem, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (względnie – analizę możliwości wystąpienia takiego naruszenia dokonywaną z urzędu przez sąd odwoławczy)²⁵. Można sensownie argumentować, że składająca stosowny wniosek lub podnosząca zarzut strona postępowania zwolniona była z obowiązku podawania jakichkolwiek okoliczności przemawiających za brakiem niezawisłości lub bezstronności sędziego poza spostrzeżeniem, że został on powołany do pełnienia funkcji w wadliwej procedurze. Sam ten fakt rodzi bowiem wątpliwości co do bezstronności sędziego w jej aspekcie instytucjonalnym, a wręcz pozwala sformułować domniemanie braku takiej bezstronności (zwane niekiedy domniemaniem stronniczości)²⁶, które mogłoby być obalone poprzez przeprowadzenie przez właściwie obsadzony sąd testu według kryteriów, o których mowa w uchwale trzech Izb SN – stanowiącego swoistą protezę rekomendacji prawidłowo ukształtowanej KRS²⁷. Brak zainicjowania przez stronę kontroli prewencyjnej nie wyklucza zaś kontroli następczej – w tym również wywołanej stosownym zarzutem podniesionym przez stronę²⁸. Wynika z tego ważne dla dalszych rozważań, choć chyba nieszczególnie zaskakujące spostrzeżenie, że prawo do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji nie wygasa, możliwość zbadania tych przymiotów zaś nie może być ograniczona jakimkolwiek, a w szczególności prekluzyjnym terminem²⁹.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka daje solidne podstawy do kwestionowania spełnienia minimalnego standardu niezawisłości i bez-

²⁵ P. Kardas, *Instytucjonalne...*, s. 103.

²⁶ J. Skorupka, *Domniemanie braku bezstronności sędziego sądu powszechnego rozpoznającego sprawę karną ze względu na wadliwość procedury nominowania na urząd sędziego lub objęcia wyższego stanowiska służbowego* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 54; W. Wróbel, *Weryfikacja standardu niezależności i bezstronności sądu według uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. – wybrane problemy* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 67–69. Podobnie P. Tuleja wskazuje, że „naruszenia art. 47 KPP dotyczące skrócenia kadencji poprzedniej KRS, sposobu powołania nowej KRS oraz sposobu jej funkcjonowania wskazują raczej na domniemanie braku bezstronności nowo powołanych sędziów niż na domniemanie ich bezstronności” – P. Tuleja, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r.*, „Państwo i Prawo” 2020/10, s. 61.

²⁷ Test taki wykonano choćby w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 14.10.2021 r. (II AKa 154/21), LEX nr 3251903 oraz w noszącym taką samą sygnaturę niepublikowanym postanowieniu Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.02.2022 r.

²⁸ D. Świecki, *Postępowanie w przedmiocie wyłączenia sędziego sądu powszechnego orzekającego w sprawach karnych z uwagi na wadliwość powołania na urząd sędziego* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 172.

²⁹ S. Steinborn przyjmuje, że nawet wniosek o wyłączenie sędziego z uwagi na wątpliwości co do jego bezstronności w aspekcie instytucjonalnym, składany na podstawie analogicznie stosowanego art. 41 § 1 k.p.k., nie powinien być formalnie ograniczony terminem, o którym mowa w art. 41 § 2 k.p.k. [S. Steinborn, *Tryb uprzedniej weryfikacji w procesie karnym wątpliwości dotyczących niezawisłości sędziowskiej wynikających z wadliwości powołania sędziego* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 205] – mimo że po tym terminie otwarta pozostaje możliwość następczej kontroli prawidłowości składu sądu.

stronności przez sąd³⁰, w skład którego wchodzi sędziowie powołani w procedurze obejmującej rekomendację KRS po jej strukturalnych zmianach:

- 1) do Izby Dyscyplinarnej SN – z uwagi na wyrok zapadły w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*³¹ (co znajdzie również zastosowanie w sytuacji, gdy sędziowie powołani do tej izby zostali przeniesieni do innych izb na podstawie art. 10 ustawy z 9.06.2022 r.),
- 2) do Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN – z uwagi na wyrok w sprawie *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce*³² (co należy odnieść również do sędziów przeniesionych z tej izby do innych izb SN),
- 3) do Izby Cywilnej SN – z uwagi na wyrok w sprawie *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce*³³ (co może znaleźć zastosowanie również do innych izb, o ile w procedurze nominacyjnej udział brała KRS ukształtowana ustawą z grudnia 2017 r. – zob. w szczególności § 350–353 tego wyroku).

Krótko mówiąc, zarówno orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i Sądu Najwyższego dają podstawy do formułowania twierdzenia o konieczności wyłączenia od rozpoznania sprawy sędziego Sądu Najwyższego powołanego w nowej procedurze – i to w oderwaniu od okoliczności konkretnej sprawy. Ustawodawca w noweli do ustawy o SN zawarł jednak regulację, która stanowić ma tamę dla tego rodzaju rozstrzygnięć. Do art. 29 ustawy dodano bowiem – oprócz samego ustawowego „testu bezstronności” – § 4, zgodnie z którym „Okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego Sądu Najwyższego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości i bezstronności”. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy w istocie przepis ten uniemożliwia uwzględnienie wniosku strony o wyłączenie sędziego Sądu Najwyższego uzasadnianego wyłącznie wadliwością procedury nominacyjnej (lub podjęcie takiego rozstrzygnięcia z urzędu), a zatem jeśli w danej sprawie nie zostaną podniesione okoliczności wiążące się z konkretną sprawą tudzież stroną postępowania.

Przyglądając się analizowanemu przepisowi nieco bliżej, w pierwszej kolejności warto zauważyć, że wysłowiona w nim norma charakteryzuje się relatywnie szerokim zakresem normowania. Zakazuje bowiem nie tylko kwestionowania niezawisłości i bezstronności sędziego (tu można by wszak twierdzić, że bezstronność w ujęciu instytucjonalnym jest czym innym niż obie z tych kategorii

³⁰ Zasadniczo wymagania, aby sąd był „ustanowiony ustawą” oraz „bezstronny i niezawisły” są materialnie odrębne, lecz służą temu samemu celowi, co ETPCz podkreślił w dalej omawianym orzeczeniu w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*. Zob. L. Garlicki, *Trybunał Strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12.2020 r., Ástráðsson przeciwko Islandii*, „Przegląd Sądowy” 2021/4, s. 9.

³¹ Wyrok ETPCz z 22.07.2021 r. w sprawie 43447/19, *Reczkowicz przeciwko Polsce*.

³² Wyrok ETPCz z 8.11.2021 r. w sprawie nr 49868/19 i 57511/19, *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce*.

³³ Wyrok ETPCz z 3.02.2022 r. w sprawie nr 1469/20, *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce*.

ujmowane indywidualnie), ale również „podważania orzeczenia” wydanego z jego udziałem. Celem tego uregulowania jest niewątpliwie uniemożliwienie Sądowi Najwyższemu uchylecia orzeczenia lub wznowienia postępowania w sytuacji, gdy orzeczenie to zostało wydane przez sędziego Sądu Najwyższego powołanego na to stanowisko w wyniku rekomendacji KRS ukształtowanej ustawą z 8.12.2017 r. Problem polega jednak na tym, że zasadniczym argumentem leżącym u podstaw zapadających w tym układzie orzeczeń kasatoryjnych lub wznowiających postępowanie jest stwierdzenie, że nieprawidłowość składu Sądu Najwyższego nie tylko prowadzi do wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., ale nadto wiąże się z naruszeniem konstytucyjnego i konwencyjnego prawa do sądu³⁴. Jeśliby analizowany przepis interpretować w ten właśnie sposób, to musiałoby to przecież oznaczać, że ustawodawca zwykły zabrania Sądowi Najwyższemu stwierdzenia naruszenia przepisów art. 45 Konstytucji RP, art. 6 ust. 1 EKPC oraz art. 47 KPP, a przynajmniej zakazuje wyprowadzenia konsekwencji prawnych takiego naruszenia, co niechybnie musiałoby oznaczać pozbawienie strony skutecznego środka prawnego przeciwdziałającego naruszeniu prawa do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą.

Stąd też mogłoby się wydawać, że eliminując mocą art. 29 § 4 ustawy o SN dotychczas wykorzystywane instrumenty wykluczenia od udziału w sprawie sędziego powołanego w nowej procedurze oraz usuwania z obrotu prawnego wydawanych przezeń orzeczeń, ustawodawca przewidział w to właśnie miejsce „test bezstronności” sformalizowany odpowiednio w art. 29 § 5–25 ustawy o SN oraz art. 42a § 3–14 p.u.s.p. *Prima facie* koresponduje on z trzecim kryterium testu określonego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (Wielką Izbę) w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*³⁵. W uzasadnieniu tego orzeczenia Trybunał stwierdził bowiem – ujmując rzecz możliwie syntetycznie – że do naruszenia standardu prawa do rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC dochodzi wówczas, gdy: (1) w procedurze nominacyjnej doszło do wyraźnego złamania prawa krajowego, (2) naruszenie prawa krajowego dotyczyło podstawowych elementów procedury powoływania sędziów – a zatem gdy miało ono dostatecznie poważny charakter, (3) zarzuty dotyczące prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą nie zostały skutecznie zbadane i rozpoznane (a tym samym – naprawione) przez sądy krajowe. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym i niektórych innych ustaw dąży do wykreowania u jego odbiorcy przekonania, że to właśnie dzięki nowej procedurze możliwe będzie spełnienie trzeciego kryterium testu, a tym samym – sanowanie uchybień

³⁴ Podobnie rzecz się przedstawia z postanowieniami wyłączającymi sędziów SN powołanych w nowej procedurze lub stwierdzającymi wadliwość wydanych przez nich orzeczeń. Zob. postanowienie SN z 28.10.2021 r. (III KK 237/21), LEX nr 3258749; postanowienie SN z 16.09.2021 r. (I KZ 29/21), OSNK 2021/10, poz. 41.

³⁵ Wyrok ETPCz z 1.12.2020 r. w sprawie nr 26374/18 *Ástráðsson przeciwko Islandii*.

wypunktowanych choćby w orzeczeniu ETPCz w sprawie *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce*.

Rzecz jednak w tym, że kryteria owego testu – czy to przewidziane w ustawie o Sądzie Najwyższym, czy w prawie o ustroju sądów powszechnych – ukształtowane zostały w taki sposób, że ze względów konstrukcyjnych nie mogą one spełnić stawianego przed nimi zadania. W porównaniu z dotychczasowym stanem prawnym ustawy „test bezstronności” ogranicza, a nie rozszerza możliwości efektywnej kontroli konstytucyjnego i konwencyjnego standardu prawa do sądu³⁶. Nie jest to zatem skuteczny środek prawny, przy czym przyczyny niespełnienia wspomnianych kryteriów przez test przewidziany w obu analizowanych ustawach nieco się różnią – również z uwagi na odmienną pozycję w strukturze sądownictwa sędziów SN i sędziów sądów powszechnych, o której mowa w uchwale trzech Izb SN z 23.01.2020 r.

Interpretator tekstu prawnego odnosi wrażenie, że pierwszym z elementów wspólnych „testu niezawisłości i bezstronności sędziego” wkomponowanych zarówno w ustawę o Sądzie Najwyższym, jak i Prawo o ustroju sądów powszechnych, jest wymóg stwierdzenia, że okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego i jego postępowanie po powołaniu przekonują o tym, iż rozpoznanie sprawy przez sędziego „może doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności mającego wpływ na wynik sprawy z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy” (art. 29 § 5 ustawy o SN, art. 42a § 3 p.u.s.p.). Ustawodawca wprowadza zatem szereg czynników, które należy uwzględnić w ramach obu tożsamo ukształtowanych „testów”, a nadto przewiduje warunek swoiście rozumianej „skutkowości” uchybień procesu nominacyjnego. Dekretuje zarówno przyczyny, jak i skutki, a zarazem wymaga od strony – i czyni z tego formalny wymóg pisma – udowodnienia wszystkich z nich (art. 29 § 9 pkt 2 ustawy o SN, art. 42a § 7 pkt 2 p.u.s.p.). Wydawałoby się zatem, że strona musi przedstawić dowody dotyczące okoliczności towarzyszących powołaniu sędziego oraz jego postępowania po tym powołaniu, a nadto nie tylko udowodnić, że okoliczności te mogą doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, ale również – że naruszenie tego standardu miałyby wpływ na wynik sprawy, co z kolei ustalać należy „z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy”. Mamy bowiem do czynienia z trzema grupami wyrażen, dotyczącymi odpowiednio:

- 1) przyczyn uruchomienia „testu bezstronności”, dotyczących okoliczności towarzyszących powołaniu sędziego i jego postępowania po powołaniu,

³⁶ Oba ze wspomnianych standardów się bowiem przenikają, w konsekwencji zaś niedochowanie przez przepis ustawowy standardu konwencyjnego wiąże się z naruszeniem art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Zob. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Orzeczenie...*, s. 45. W nieco szerszej perspektywie mamy tu do czynienia z multikonstytucjonalizmem, charakteryzującym się wspólnotą standardów ochrony praw człowieka i zasad ustrojowych w poszczególnych państwach i organizacjach ponadnarodowych (P. Tuleja, *Ustrojowe...*, s. 52).

- 2) naruszanego standardu, który ma dotyczyć niezawisłości lub bezstronności, a nadto móc wpłynąć na wynik sprawy,
- 3) czynników przekonujących o możliwości naruszenia tego standardu, uwzględniających okoliczności dotyczące uprawnionego oraz charakter sprawy.

Mogłoby się wydawać, że w ramach każdej z tych grup mamy do czynienia z koniunkcją, a zatem że strona musi odwołać się zarówno do okoliczności towarzyszących powołaniu sędziego, jak i do jego postępowania po powołaniu; wskazać zarówno naruszany standard, jak i każdorazowo osobno udowodnić możliwość jego wpływu na wynik sprawy; odnosić się nie tylko do okoliczności dotyczących uprawnionego, lecz również enigmatycznie ujętego „charakteru sprawy”. W ramach wszystkich wymienionych wyżej grup koniunkcja jest jednak jedynie pozorna. Nakaz uwzględnienia „okoliczności dotyczących powołania sędziego i jego postępowania po powołaniu” zakreśla bowiem jedynie katalog czynników należących do dwóch grup, które mogłyby przekonać sąd rozpoznający wniosek o naruszeniu standardu niezawisłości i bezstronności. Mówiąc inaczej, przepis wskazuje, jaki krąg czynników sąd orzekający w przedmiocie wniosku ma badać, ale nie nakazuje wnioskodawcy wykazania odrębnego faktu podpadającego pod każdy z nich. Wynikający z tej normy obowiązek sprowadza się zatem do konieczności zbadania przez sąd dwóch grup okoliczności pod kątem możliwości wystąpienia czynnika przekonującego o naruszeniu wspomnianego standardu, wszelako zidentyfikowanie takiego czynnika w choćby jednej z nich będzie już wystarczające. Innymi słowy, analizowany fragment przepisu wysławia nakaz badania (uwzględniania) okoliczności towarzyszących powołaniu sędziego oraz jego zachowania już po powołaniu, ale nie uzależnia uwzględnienia wniosku o stwierdzenie naruszenia standardu (ani – tym bardziej – spełnienia przez pismo wymogów formalnych) od „znalezienia” w obu tych kategoriach faktów podważających niezawisłość i bezstronność sędziego. Stąd też wymaganie od strony – powołującej się na okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego – ponadto wskazania „wątpliwego” zachowania sędziego po powołaniu, nie wydaje się uprawnione³⁷.

Z dokładniej taką samą konstrukcją mamy do czynienia w końcowej części przepisu, gdzie pojawia się nakaz uwzględniania „okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy”. Do stwierdzenia naruszenia standardu nie jest konieczne sięgnięcie do argumentów dotyczących obu tych grup

³⁷ Z tego względu błędne wydaje się zarządzenie SN z 22.08.2022 r. (III KB 3/22), LEX nr 3411330, w którym wniosek o wykonanie „testu” odrzucono, stwierdzając, że wniosek „nie przytacza (...) okoliczności związanych z zachowaniem sędziego po jego powołaniu oraz nie wskazuje, jak w okolicznościach tej sprawy ewentualne naruszenie standardu niezawisłości lub bezstronności mogłoby wpływać na jej wynik”. O ile w istocie w charakterze wymogu formalnego pisma można by potraktować konieczność wykazania potencjalnego skutku naruszenia standardu (niezależnie od tego, jak wymóg ten byśmy oceniali), to niepodobna w tym charakterze ujmować uwzględniania zachowania sędziego po jego powołaniu.

czynników, lecz jedynie pochylenie się w ramach oceny nad dwiema grupami okoliczności – i wyłuskanie wątpliwości choćby w jednej z nich.

Jeśli zaś chodzi o możliwość „naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności mającego wpływ na wynik sprawy”, to zdaje się, że z uwagi na znaczenie, jakie nadaje się tym określeniom, w istocie mamy do czynienia z tautologią. Wszak zawsze naruszenie owego standardu może wpłynąć na wynik sprawy, doprowadzi bowiem do sytuacji, w której nie będzie ona rozpoznana przez „niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC³⁸. Skoro zaś mówimy o teście prewencyjnym – uruchamianym wszak nie tylko przed zapadnięciem rozstrzygnięcia, ale na 7 dni po poinformowaniu strony o składzie rozpoznającym sprawę – to chodzić tu musi o samą możliwość wpływu na wynik sprawy, wynik bowiem (a zatem spodziewane orzeczenie), jako okoliczność przyszła, z oczywistych względów pozostaje jeszcze nieznaną.

Wymogi stawiane stronie chcącej skorzystać z ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności” można by oczywiście z aptekarską dokładnością rozkładać na czynniki pierwsze, doszukując się w nich niejasności możliwych do zinterpretowania w sposób najpełniej realizujący konstytucyjne i konwencyjne prawo do sądu. Przyglądając się analizowanym przepisom nieco bliżej, dostrzeżemy jednak, że być może nie jest to konieczne. Rzecz bowiem w tym, że kluczowy, definicyjny dla „testu bezstronności” przepis został sformułowany wadliwie pod względem językowym w stopniu podającym w wątpliwość możliwość jego stosowania. Stanowi on wszak, że „dopuszczalne jest badanie spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu i jego postępowania po powołaniu (...) jeżeli w okolicznościach danej sprawy może to doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności”. Występujący w treści przepisu zaimek „to” nie odnosi się przecież do wspomnianych „okoliczności” i „postępowania” sędziego – w takim bowiem przypadku musiałby przyjmować liczbę mnogą (np. „jeżeli w okolicznościach danej sprawy mogą one doprowadzić...”). Z tego samego względu nie może on odnosić się również do występujących w koniunkcji niezawisłości i bezstronności. Zaimek ten nie może w końcu odsyłać do samego sędziego, którego dotyczy badanie – z oczywistych względów słowo „to” byłoby w tym przypadku nieadekwatne. Wobec braku innej możliwości trzeba zatem przyjąć, że określenie „to” odnosi się do samego „badania” spełnienia wymogów niezawisłości i bezstronności. Problem polega jednak na tym, że w takim ujęciu – jedynym wchodzącym w rachubę – przepis staje się wewnętrznie sprzecz-

³⁸ Trzeba bowiem pamiętać, że zgodnie z § 100 wyroku z 12.03.2019 r. w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* (wydanego w składzie izbowym) co do zasady już samo stwierdzenie naruszenia przepisów prawa krajowego dotyczących ustanowienia sądu daje podstawę do przyjęcia, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, co nie wymaga już dalszego badania, czy *in concreto* postępowanie pozbawione było cechy rzetelności. Zob. L. Garlicki, *Trybunał...*, s. 8.

ny, i to w stopniu uniemożliwiającym jego stosowanie. Okazuje się bowiem, że badanie spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy to właśnie badanie... może doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności. Mamy zatem do czynienia z implikacją, w której poprzednik zaprzecza istocie następnika: jeśli badanie niezawisłości lub bezstronności może doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, to wówczas dopuszczalne jest przeprowadzenie takiego właśnie badania. Mówiąc inaczej, dopuszczalność badania bezstronności warunkowana jest możliwością niedopuszczalnego naruszenia prawa do bezstronnego sądu przez sam fakt jego przeprowadzenia. Wracając do analogii medycznych, powiedzielibyśmy, że badanie pacjenta pod kątem zakażenia dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy sama procedura diagnostyczna wiąże się z ryzykiem zakażenia diagnozowaną chorobą. Jeśli zaś to samo badanie spełnienia standardu (w celu wyeliminowania wątpliwości) ma go naruszyć, to jaki jest sens jego przeprowadzania? Językowe ujęcie przepisu zawierającego istotę „testu niezawisłości i bezstronności” nie tylko zatem powoduje, że nie może być on użyty do zniwelowania uchybień w procedurze nominacyjnej, lecz rozumiany dosłownie sam musiałby być źródłem naruszenia prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu. Wewnętrzna sprzeczność (kontrtautologiczność) przepisu definiującego „test bezstronności” podaje przeto w wątpliwość możliwość jego zastosowania z uwagi na znaczenie użytych przez ustawodawcę słów³⁹. Już z przyczyn logiczno-językowych nie może on stanowić sposobu sanowania wadliwości procedury nominacyjnej sędziów, a w szczególności – odpowiadać trzeciemu etapowi testu sformułowanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku zapadłym w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*.

Nawet jednak gdyby przymknąć oczy na tę rudymenarną skądinąd wadliwość przepisu, „test niezawisłości bezstronności” nie mógłby wyprzeć dotychczas funkcjonujących rozwiązań prawnych – z uwagi na to, że ogranicza, a nie rozszerza możliwości, którymi dysponują w tym zakresie strony postępowania karnego. Ograniczenie to następuje na kilku frontach.

Po pierwsze, ustawodawca wyznaczył tygodniowy⁴⁰ termin do zainicjowania procedury „testowej”, po którym to czasie „prawo do złożenia wniosku wygasa”. Mamy zatem do czynienia z terminem prekluzyjnym⁴¹. Takiego stanu rzeczy niepodobna jednak zaakceptować, z uwagi na to, że w istocie przedmiotem badania miałyby być to, czy sprawę rozpoznaje bezstronny i niezawisły sąd

³⁹ Zob. L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968, s. 33.

⁴⁰ Trudna do zrozumienia niekonsekwencja ustawodawcy przejawia się w tym, że zgodnie z art. 29 § 8 ustawy o SN uprawnionego ogranicza termin tygodnia, a w art. 42a § 5 p.u.s.p. – 7 dni.

⁴¹ W literaturze karnoprosesowej terminami prekluzyjnymi (materialnoprawnymi) nazywa się te nieprzywracalne terminy, po których dokonane czynności procesowe stają się bezskuteczne. Na prekluzyjny charakter terminów, o których mowa w art. 42a § 5 p.u.s.p. oraz art. 29 § 8 ustawy o SN, wskazują zawarte w obu tych przepisach zastrzeżenia, że po upływie 7-dniowego (p.u.s.p.) lub tygodniowego (ustawa o SN) terminu prawo do złożenia wniosku „wygasa” – zob. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020, s. 67.

ustanowiony ustawą. Prawo do sądu nie wygasa zaś przecież nieodwracalnie po tygodniu od zawiadomienia o składzie rozpoznającym sprawę⁴².

Po drugie, w obu analizowanych ustawach sformułowano wymóg przytoczenia okoliczności uzasadniających żądanie wraz z dowodami na ich poparcie (art. 29 § 9 pkt 2 ustawy o SN, art. 42a § 7 pkt 2 p.u.s.p.). W kontekście regulacji wymagających od strony odniesienia się do okoliczności towarzyszących powołaniu oraz postępowania sędziego po powołaniu (art 29 § 5 ustawy o SN, art. 42a § 3 p.u.s.p.), oznacza to, że to na wnioskodawcę w całości przerzuca się obowiązek dowodzenia tych okoliczności. Problem polega jednak na tym, że strona nie dysponuje pełną dokumentacją z procesu nominacyjnego i – w przeciwieństwie do sądu – nie ma możliwości jej uzyskać (szczególnie w ramach tygodniowego, prekluzyjnego terminu)⁴³. Stąd też w dotychczasowym orzecznictwie i piśmiennictwie formułowano twierdzenia, że nawet w stosunku do sędziów sądów powszechnych nie jest konieczne powoływanie się na jakiegokolwiek inne okoliczności niż sama wadliwość powołania⁴⁴ oraz że okoliczność ta sama w sobie pozwala sformułować swoiste domniemanie braku bezstronności sędziego, którą to okoliczność weryfikować powinien *in concreto* sąd rozpoznający wniosek o jego wyłączenie⁴⁵. Wymóg badania *in concreto* spełnienia minimalnych warunków niezawisłości i bezstronności w stosunku do sędziów Sądu Najwyższego jest przy tym – jak już wspomniano – sprzeczny nie tylko z uchwałami SN z 23.01.2020 r. i 2.06.2022 r., ale również z zapadłymi przeciwko Polsce wyrokami ETPCz w sprawach *Reczkowicz*, *Dolińska-Ficek i Ozimek* oraz *Advance Pharma*. Pozwala to przyjąć, że istotne ograniczenie stronie prawa do badania spełnienia przez sąd minimalnego standardu niezawisłości i bezstronności sądu stoi w sprzeczności z art. 6 ust. 1 EKPC. Tymczasem to wła-

⁴² W literaturze karnoprocesowej przyjmuje się, że na prawo do sądu składają się: 1) prawo dostępu do sądu, 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, 3) prawo do wyroku sądowego (wiążącego rozstrzygnięcia), 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę – prawo do bezstronnego, niezależnego, niezawisłego i właściwego sądu, 5) prawo do rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki – P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 117. O ile można by zgodzić się, że niekiedy wygasa prawo dostępu do sądu (np. w przypadku upływu miesięcznego terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, o którym mowa w art. 55 § 1 k.p.k.), o tyle trudno byłoby przyjąć, że wygasać może prawo do niezawisłości czy bezstronności sądu rozpoznającego sprawę.

⁴³ Zob. S. Steinborn, *Tryb...*, s. 206 i 212.

⁴⁴ Tak Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w postanowieniu z 14.02.2022 r. (II AKa 154/21), niepubl., gdzie wskazano wprost: „źródłem domniemania braku bezstronności sędziego jest wyłącznie wadliwa procedura konkursowa, przejście której zaowocowało powołaniem na urząd sędziego. Ta okoliczność wywołuje stan wątpliwości co do bezstronności sędziego w danej sprawie. Strona nie ma więc obowiązku uzasadniania swojego wniosku za pomocą innych twierdzeń, niż tylko to, że sędzia został powołany przy rekomendacji upolitycznionej KRS. Niedopuszczalne jest zatem żądanie od wnioskodawcy uzasadniania wniosku przez podanie dalszych argumentów bądź przedstawienia określonych dokumentów dotyczących danego sędziego”. Zob. też J. Skorupka, *Domniemanie...*, s. 57.

⁴⁵ Zob. J. Skorupka, *Domniemanie...*, s. 54.

śnie ten przepis stanowi podstawę kwestionowania rozstrzygnięcia sądowego wydanego przez sąd, w którego składzie zasiada sędzia wybrany w kwestionowanej procedurze – a nie materialne lub proceduralne przepisy prawa krajowego⁴⁶ o randze ustawowej, co rodzi oczywiste konsekwencje w kontekście art. 91 ust. 2 Konstytucji.

Po trzecie, wniosek o przeprowadzenie ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności” przysługuje nie w każdej sprawie, lecz jedynie w tych, które zostały wymienione w ustawie (w Prawie o ustroju sądów powszechnych – od strony negatywnej, w ustawie o SN zaś – od strony pozytywnej). W szczególności wniosek o przeprowadzenie rzeczoności testu nie przysługuje w stosunku do sędziów, którzy wniosek taki – odnoszony jednak do innego sędziego – rozpoznają. Może zatem się zdarzyć, że wniosek o wyłączenie sędziego wybranego w wadliwej procedurze rozpoznawać będą wyłącznie (lub w większości) sędziowie, którzy sami w procedurze takiej zostali wybrani. W świetle pkt 5 uchwały składu siedmiu sędziów SN z 2.06.2022 r., zgodnie z którym „wniosek o wyłączenie ze składu sądu powszechnego osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8.12.2017 r., nie może być rozpoznawany przez sąd mający w swoim składzie takiego sędziego; w przeciwnym razie dojdzie do sytuacji objętej zakazem *nemo iudex in causa sua*” – można jednak argumentować, że sędziowie wybrani w nowej procedurze są wyłączeni od udziału w sprawie o przeprowadzenie ustawowego „testu” na podstawie art. 40 § 1 pkt 1 k.p.k.⁴⁷ „Test bezstronności” ma wszak w swym założeniu stanowić proteżę rekomendacji prawidłowo powołanej Krajowej Rady Sądownictwa – nie może go zatem przeprowadzać osoba, która sama rekomendacji takiej nie uzyskała. Nie można doprowadzić do sytuacji, w której „skażenie” podmiotu opiniowanego badać będzie „skażony” wadliwą procedurą sąd opiniujący⁴⁸.

Zaskakujące jest również, że w przypadku sędziów sądów powszechnych wniosek nie może dotyczyć sędziego wyznaczonego do składu sądu dokonującego czynności w toku postępowania przygotowawczego (a zatem np. zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania – art. 42a § 9 p.u.s.p.) ani przyspieszonego (skoro nie może być złożony w sprawach, „w których termin do ich rozpoznania i wydania orzeczenia jest nie dłuższy niż miesiąc od dnia złożenia pisma procesowego wszczynającego postępowanie w sprawie” – art. 42a § 4 p.u.s.p.). Nie mamy zaś chyba wątpliwości, że w obu tych przypadkach, wiążących się wszak – przynajmniej potencjalnie – z pozbawieniem obywatela wolności, konieczne jest zapewnienie stronie prawa do bezstronnego i niezawisłego sądu

⁴⁶ L. Garlicki, *Trybunał...*, s. 13.

⁴⁷ Z drugiej jednak strony można argumentować, że wymóg przytoczenia konkretnych okoliczności dotyczących danego sędziego – a nie tylko wadliwości procesu nominacyjnego – nie pozwala już przyjąć, że sprawa dotyczy sędziego bezpośrednio w rozumieniu tego przepisu.

⁴⁸ Zob. J. Giezek, *Zarys...*, s. 13.

ustanowionego ustawą. Ustawowy „test bezstronności” ze względu na swoją konstrukcję w części spraw wyklucza zatem możliwość skontrolowania, czy sprawę rozpoznaje sąd spełniający konstytucyjne i konwencyjne standardy.

Można by odnieść wrażenie, że ustawodawca zadbał o ograniczenie możliwości zakwestionowania wyniku testu. Otóż w przepisach ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych zawarto specyficznie ukształtowaną niesymetryczną procedurę odwoławczą. Jedynie bowiem w przypadku wyłączenia sędziego od rozpoznania sprawy możliwe jest uruchomienie procedury ponownego rozpoznania sprawy przez Sąd Najwyższy. Rzecz jednak znamienna, że wniosek taki przysługuje tylko wyłączoneму sędziemu – a zatem jedynie wówczas, gdy wynik „testu bezstronności” okaże się negatywny (art. 42a § 13 p.u.s.p.). Rozwiązanie to wydaje się zresztą zgoła absurdalne – wyłączany sędzia nie jest przecież stroną postępowania głównego i nie ma interesu w wywodzeniu środków zaskarżenia, w których dowodziłby własnej bezstronności i niezawisłości – a składając złożenie przezeń takiego środka samo w sobie dowodziłoby, że sędziemu z jakichś przyczyn zależy na rozpoznaniu konkretnej sprawy⁴⁹. Tymczasem gdyby sędzia miał interes w rozpoznaniu sprawy, to sam ten fakt – a w istocie: wywiedzenie przezeń środka odwoławczego – całkiem nieźle uzasadniałby złożenie przez stronę odrębnego wniosku o wyłączenie sędziego z tego właśnie względu w trybie art. 41 § 1 k.p.k.⁵⁰ Jeśliby przyjąć, że stronie nie przysługuje żaden środek prawny pozwalający na zakwestionowanie pozytywnego wyniku „testu”, to asymetria byłaby rażąca – szczególnie w przypadku, gdy składany przez stronę wniosek dotyczył sędziego sądu odwoławczego. Spostrzeżenie to prowadzi do konkluzji, że negatywne rozpoznanie wniosku nie powinno stać na przeszkodzie podniesieniu przez stronę zarzutu wadliwej obsady sądu (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.) – zarówno w zwyczajnym, jak i w nadzwyczajnym środku zaskarżenia.

W przypadku ustawy o Sądzie Najwyższym tego rodzaju asymetria zaskarżalności już nie występuje – od postanowienia wydanego na skutek rozpoznania wniosku odwołanie⁵¹ przysługuje jednako podmiotowi, który złożył wnio-

⁴⁹ Trzeba bowiem pamiętać, że zgodnie z art. 42a § 11 zd. 2 p.u.s.p. „wyłączenie sędziego od udziału w danej sprawie nie może stanowić podstawy do wyłączenia tego sędziego w innych prowadzonych przez niego sprawach”. Dlaczegożby zatem sędziemu miało zależeć na tym, aby orzekać w konkretnej sprawie na tyle, aby kwestionować jego wyłączenie? Warto zaś zaznaczyć, że immanentnym elementem bezstronności sądu jest również bezstronność wobec samej sprawy – W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 84–85.

⁵⁰ Z „mrugnięciem oka” przyznać natomiast trzeba, że ustawodawca jest konsekwentny – nie dość bowiem, że możliwość uruchomienia ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności” uzależnia od tego, że samo jego przeprowadzenie standard ten może naruszyć, to nadto przyznaje samemu wyłączoneму sędziemu możliwość zaskarżenia orzeczenia wyłączającego go od rozpoznania w konkretnej sprawie, niewiążącego w innych postępowaniach, aby dodatkowo mógł wykazać, że z jakichś względów zależy mu na rozpoznaniu tej właśnie sprawy.

⁵¹ Nie jest jasne, dlaczego analogiczny w swej naturze środek zaskarżenia w Prawie o ustroju sądów powszechnych określany jest mianem wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, w ustawie o Sądzie Najwyższym zaś – odwołaniem.

sek oraz sędziemu, którego dotyczy orzeczenie (art. 29 § 22 ustawy o SN) – choć zastrzeżenie o braku racjonalnych podstaw do przyznawania takiego prawa sędziemu pozostaje aktualne. Wprost zadekretowano jednak, że od prawomocnego postanowienia wydanego na skutek rozpoznania wniosku nie przysługuje wniosek o wznowienie postępowania (art. 29 § 25 ustawy o SN). W tym jednak zakresie trzeba zauważyć, że przewidziane przez art. 29 § 25 ustawy o SN wyłączenie wznowienia postępowania dotyczy „postanowienia wydanego na skutek rozpoznania wniosku” – a nie postępowania „głównego”, związanego choćby z rozpoznaniem kasacji⁵². W konsekwencji przyjąć trzeba, że – tak jak w przypadku regulacji przewidzianej w Prawie o ustroju sądów powszechnych – nawet prawomocne rozpoznanie wniosku nie wyklucza wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia, którym w tym przypadku byłby wniosek o wznowienie postępowania zakończonych orzeczeniem Sądu Najwyższego rozpoznającego kasację. Podstawę prawną wznowienia postępowania stanowiłyby zaś przepisy art. 542 § 3 w zw. z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Przeszkodą dla takiego rozwiązania nie może być art. 29 § 4 ustawy o SN – z uwagi na sprzeczność z art. 6

⁵² W tym kontekście można by sformułować wątpliwość, czy wyraźne przekreślenie możliwości złożenia wniosku o wznowienie postępowania jest konieczne. W literaturze przyjmuje się bowiem, że „przedmiotem wznowienia postępowania mogą być te prawomocnie zakończone postępowania sądowe, w których rozstrzygnięto o odpowiedzialności karnej oskarżonego lub o przedmiocie procesu karnego, a nie o jakiegokolwiek kwestii incydentalnej, chociażby istotnej dla oskarżonego, rozstrzyganej w toku postępowania karnego” – J. Matras (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, s. 1257. Z drugiej jednak strony podnosi się, że „orzeczeniami kończącymi postępowanie są nie tylko wyroki i postanowienia rozstrzygające w przedmiocie głównego nurtu postępowania, a więc m.in. wyroki skazujące, uniewinniające lub postanowienia o umorzeniu postępowania, ale także prawomocne orzeczenia wydawane w innych, także pobocznych nurtach procesu, pod warunkiem że definitywnie zamykają rozpoznanie danej kwestii, wywołując trwałe skutki” – J. Matras (w:) *Kodeks...*, s. 1257; zob. postanowienie SN z 25.09.2013 r. (III KK 231/13), OSNKW 2013/12, poz. 103 – co zdawałoby się otwierać możliwość wznowienia postępowania w przedmiocie rozpoznania wniosku o wyłączenie sędziego (odmowa wyłączenia sędziego „utrwała” wszak skład sądu). Stąd też wydaje się, że za reprezentatywne w omawianym zakresie należy uznać postanowienie SN z 18.03.2010 r. (III KO 96/09), LEX nr 578212, gdzie wskazano, że „choć instytucja wznowienia postępowania ma zastosowanie – generalnie rzecz ujmując – do postępowań zakończonych prawomocnym orzeczeniem rozstrzygającym o odpowiedzialności karnej (...), to poza sporem pozostaje, że w sytuacji ujawnienia się powodów przewidujących wznowienie postępowania z urzędu (art. 542 § 3 k.p.k.), instytucja ta ma zastosowanie także i do tych postępowań, które są prowadzone po uprawomocnieniu się orzeczenia rozstrzygającego o fakcie głównym (np. do postępowań wykonawczych). Bez wątplenia więc przepis art. 542 § 3 k.p.k. ma zastosowanie również do postępowania wznowieniowego, które podlega badaniu z urzędu pod kątem wad prawnych wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k., w tym – określonej specyficznie dla tego postępowania – w art. 439 § 1 pkt 1 w zw. z art. 40 § 3 k.p.k.”. Stąd przyjąć należy, że w przypadku, o którym mowa w art. 542 § 3 w zw. z art. 439 § 1 k.p.k., możliwe jest również wznowienie postępowania w przedmiocie wniosku, o którym mowa w art. 42a § 3 p.u.s.p., a jedynie w przypadku analogicznej procedury przewidzianej w art. 29 § 5 i n. ustawy o SN jest to wykluczone z uwagi na wyraźne uregulowanie art. 29 § 25 tej ustawy.

ust. 1 EKPC sąd jest bowiem obowiązany do odmowy zastosowania tego przepisu na podstawie art. 91 ust. 2 Konstytucji RP.

Po dość pobieżnej analizie podstawowych regulacji dotyczących tzw. testu niezawisłości i bezstronności sędziego ulokowanych w ustawie o Sądzie Najwyższym oraz ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych czas powrócić do zasadniczego i najistotniejszego chyba dla praktyki wymiaru sprawiedliwości pytania: jak nowa procedura ma się do dotychczas stosowanych instrumentów, czyli prewencyjnej i następczej kontroli prawidłowości składu sądu orzekającego z udziałem sędziego powołanego w wadliwej procedurze, a w konsekwencji – jaki w istocie jest sens owego „ustawowego testu”? Przypomnijmy, że wewnętrzna sprzeczność przepisów definicyjnych – stanowiących kościć „testu bezstronności” w obu ustawach – każe zwątpić w samą możliwość ich zastosowania. W skrócie bowiem rzecz ujmując, przesłanką uruchomienia „testu” jest założenie, że stanowiące jego istotę badanie niezawisłości i bezstronności sędziego doprowadzić może właśnie do tego, czemu miało zapobiec; jeśli zaś niebezpieczeństwa takiego nie generuje – to nie można go przeprowadzić. Wewnętrzna sprzeczność przepisu zdaje się zatem powodować jego nieaplikowalność. Jeśliby jednak wbrew wynikom wykładni językowej przepis próbować „uratować”, zakładając, że ustawodawca się po prostu pomylił⁵³, „test bezstronności” zaś możliwy jest do zastosowania, to pamiętać trzeba o szeregu pętających go ograniczeń. Po pierwsze – z uwagi na treść orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wykładających art. 6 ust. 1 EKPC oraz uchwał Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. i 2.06.2022 r. zakaz podważania orzeczeń wydanych przez sędziów Sądu Najwyższego z uwagi na okoliczności towarzyszące jego powołaniu stoi w sprzeczności z konstytucyjnym i konwencyjnym prawem do sądu, co otwiera drogę do odmowy zastosowania art. 29 § 4 ustawy o SN na podstawie art. 91 ust. 2 Konstytucji RP⁵⁴. Po wtóre – kolejne ograniczenia ustawowe

⁵³ Spozstrzeżenie takie stałoby w rażącej sprzeczności z założeniem o racjonalności językowej prawodawcy. Jasne jest jednak, że założenie to ma charakter kontrfaktyczny, a ustawodawca faktyczny rzadko kiedy przystaje do tak kreślonego wzoru – co nie oznacza, że nie powinniśmy tego od niego wymagać. Zob. S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego* (w:) *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 117; A. Limburska, K. Lipiński, *Problem (nie)racjonalności projektodawcy na przykładzie wybranych uregulowań ustawy nowelizującej kodeks karny z 13.06.2019 roku*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2020/2, s. 153.

⁵⁴ Co do standardu konstytucyjnego zob. szerzej M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 567; M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa*, „Palestra” 2016/4, s. 5; M. Gutowski, P. Kardas, *Spory ustrojowe a kompetencje sądów (granice bezpośredniego stosowania Konstytucji)*, „Palestra” 2017/12, s. 15; P. Kardas, *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019/4, s. 7; S. Tarapata, *Czy sędzia karny jest strażnikiem Konstytucji? O tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności w toku dekodowania normy postępowania karnego* (w:) *Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, red. J. Skorupka, K.J. Leżak, Kraków 2018, s. 305.

go „testu niezawisłości i bezstronności sędziego” zawarte w obu analizowanych ustawach, a wiążące się z koniecznością odwoływania się do ściśle określonych i skonkretyzowanych okoliczności, dowodzenia ich, ograniczenia temporalnego oraz wyłączeń spod procedury testowej istotnych kategorii rozpoznawanych przez sądy spraw (takich jak stosowanie tymczasowego aresztowania czy wyrokowanie w trybie przyspieszonym) podają w wątpliwość to, czy test ten stanowi skuteczny środek prawny, który mógłby zniwelować uchybienia powstałe w procedurze nominacyjnej sędziów. W konsekwencji nie wydaje się, aby uregulowania zawarte w art. 42a § 3–14 p.u.s.p. oraz art. 29 § 5–25 ustawy o SN spełniały trzecie z kryteriów, o którym mowa w orzeczeniu ETPCz zapadłym w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*.

Wszystkich tych ograniczeń i niedomagań pozbawiony jest zaś – postrzegany jako pewna jednolita całość – dotychczas funkcjonujący mechanizm prewencyjnej (inicjowanej poprzez wniosek o wyłączenie sędziego) oraz następczej (wiązanej z bezwzględną przyczyną odwoławczą, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.) kontroli bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym. Żaden z nowo uchwalonych przepisów nie wskazuje zaś, aby ustawowy „test niezawisłości i bezstronności” wykluczał dotychczasowe instrumenty oparte na uregulowaniach Kodeksu postępowania karnego. Wręcz przeciwnie – odmiennosc kryteriów testu przeprowadzanego zgodnie z treścią uchwały połączonych Izb SN oraz testu ustawowego, wiązanych z jednej strony z samą procedurą nominacyjną, z drugiej zaś – z konkretnymi okolicznościami danej sprawy oraz zindywidualizowanym zachowaniem ściśle określonego sędziego, zdaje się sugerować, że mamy do czynienia z odrębnymi instytucjami, które ze sobą nie konkurują. Mówiąc inaczej, procedura badania niezawisłości lub bezstronności wprowadzona przez ustawę z 9.06.2022 r. nie zastępuje ani nie wyklucza wniosku o wyłączenie sędziego, lecz co najwyżej stanowi względem niego rozwiązanie alternatywne. Niezgodność systemowa, wiążąca się z naruszeniem norm wywodzonych z aktów prawnych, które w systemie prawa stoją hierarchicznie wyżej niż ustawa, nie może zaś być niwelowana decyzją ustawodawcy zwykłego. Innymi słowy, ustawodawca nie może mocą ustawy wykluczyć stwierdzenia naruszenia przepisów Konstytucji i EKPC – a do takiej konkluzji należałoby przecież dojść, jeśliby stwierdzić, że nowa procedura wyklucza wniosek o wyłączenie sędziego oparty na podstawach konstytucyjnych i konwencyjnych.

Konsekwencją założenia o niezależności obu trybów musi być wniosek, że ani niezłożenie wniosku o przeprowadzenie ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności”, ani jego negatywne rozpoznanie zgodnie z procedurą przewidzianą w Prawie o ustroju sądów powszechnych czy ustawie o Sądzie Najwyższym, nie stoi na przeszkodzie złożeniu wniosku o wyłączenie sędziego z uwagi na wątpliwość co do jego bezstronności w aspekcie instytucjonalnym ani podniesieniu zarzutu, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Wprowadzenie ustawowego „testu bezstronności i niezawisłości” nie wyklucza również

badania prawidłowości składu sądu z urzędu w trybie wskazanym w uchwale trzech Izb SN oraz pkt 3 uchwały SN z 2.06.2022 r.

Wniosek o wyłączenie sędziego Sądu Najwyższego oparty na zarzucie braku bezstronności w jej aspekcie instytucjonalnym nie wymaga uzasadnienia dotyczącego okoliczności konkretnej sprawy czy strony uprawnionej do jego złożenia. Jest on odrębny i autonomiczny względem nowej procedury przewidzianej w art. 29 § 5–24 ustawy o Sądzie Najwyższym, stwierdzenie zaś powołania sędziego Sądu Najwyższego w wyniku rekomendacji Krajowej Rady Sądownictwa w kształcie nadanym tej instytucji nowelizacją ustawy z grudnia 2017 r. samoistnie doprowadzić musi – w świetle uchwał SN z 23.01.2020 r. oraz z 2.06.2022 r. – do wyłączenia sędziego od rozpoznania sprawy. Strona zwolniona jest również z konieczności przytaczania skonkretyzowanych okoliczności dotyczących danej sprawy, które uzasadniałyby wniosek o wyłączenie sędziego sądu powszechnego – z uwagi na to, że sama wadliwość procedury nominacyjnej kreuje domniemanie braku bezstronności o charakterze instytucjonalnym. Tym samym adekwatniejszym i dostępniejszym dla strony rozwiązaniem jest wniosek o wyłączenie sędziego składany w trybie art. 41 § 1 k.p.k. Wniosek taki powinien zostać rozpoznany przez sąd, przed którym toczy się postępowanie, zgodnie z art. 42 § 4 k.p.k.⁵⁵ W przypadku gdy wątpliwości co do bezstronności sędziego dotyczą instytucjonalnego aspektu bezstronności, związanego z wadliwością procedury nominacyjnej – „test bezstronności” odbyć się zatem powinien na podstawie kryteriów wskazanych w uchwale połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r., a nie znowelizowanego Prawa o ustroju sądów powszechnych lub ustawy o Sądzie Najwyższym. Rozwiązaniu takiemu nie mogą zaś stać na przeszkodzie uregulowania ustawowe niezgodne z EKPC – z uwagi na art. 91 ust. 2 Konstytucji.

Kiedy zatem zastosowanie znaleźć może nowy, ustawowy „test niezawisłości i bezstronności”? Wydaje się, że będzie on aktualny dla sytuacji, w której strona dostrzega, że w ramach konkretnej sprawy i w stosunku do zindywi-

⁵⁵ Dzieje się tak nie tylko z uwagi na zawieszenie stosowania art. 26 § 2 ustawy o Sądzie Najwyższym mocą postanowienia Wiceprezesa Trybunału Sprawiedliwości UE z 14.07.2021 r. w sprawie C-204/21 R w przedmiocie środków tymczasowych, ale przede wszystkim z tego względu, że wniosek o wyłączenie sędziego zbudowany na wątpliwościach co do bezstronności w jej aspekcie instytucjonalnym nie stanowi zarzutu „braku niezależności sądu lub braku niezawisłości sędziego”, o którym mowa w art. 26 § 2 ustawy o SN (zob. P. Kardas, *Instytucjonalne...*, s. 146). Na marginesie warto zaznaczyć, że sędziowie Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN – nawet jeśli wspomniane postanowienie nie zapadło – powinni podlegać wyłączeniu od orzekania w przedmiocie takiego wniosku z mocy prawa, na podstawie art. 40 § 1 pkt 1 k.p.k., skoro wszyscy zostali powołani w tej samej procedurze, której dotyczy składany wniosek – P. Kardas, *Instytucjonalne...*, s. 150–151; zob. też pkt 5 uchwały SN z 2.06.2022 r. (I KZP 2/22), OSNK 2022/6. Zastosowaniu art. 41 § 1 k.p.k. w odniesieniu do instytucjonalnej bezstronności sędziego nie stoi również na przeszkodzie wyrok TK z 4.03.2020 r. (P 22/19), OTK-A 2020/31. Wniosek składany w tym trybie nie wiąże się bowiem z kwestionowaniem samego aktu powołania, lecz z brakiem zapewnienia instytucjonalnych gwarancji bezstronności (D. Świecki, *Postępowanie w przedmiocie...*, s. 166).

dualizowanego uprawnionego okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego oraz jego późniejsze zachowanie mogą doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności. Chodziłoby zatem nie tyle o instytucjonalny, ile o personalny aspekt bezstronności. Wniosek taki mógłby również dotyczyć sędziów powołanych w procedurze obowiązującej jeszcze przed nowelizacją ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa z grudnia 2017 r. W przypadku zaś sędziów powołanych po wejściu w życie tej nowelizacji, jeśli źródłem wątpliwości strony jest sama procedura nominacyjna, właściwszym narzędziem, zarówno z perspektywy teoretyczno-dogmatycznej, jak i prakseologicznej, jest wniosek o wyłączenie sędziego składany w trybie art. 41 § 1 k.p.k. lub zawarty w środku zaskarżenia zarzut, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Bezstronność sędziego – również postrzegana w aspekcie instytucjonalnym – jest bowiem warunkiem koniecznym rzetelnego procesu karnego⁵⁶, znajdującym konstytucyjne i konwencyjne umocowanie. Warunku tego nie sposób zaś ograniczać mocą ustawy zwykłej⁵⁷. Prokonstytucyjna interpretacja przepisów ustanawiających tzw. test niezawisłości i bezstronności sędziego pozwala zaś przyjąć, że do ograniczenia tego nie doszło, ów nowy tryb nie wypiera bowiem prewencyjnego i następczego badania spełnienia minimalnego standardu prawa do sądu ustanowionego ustawą. W razie zaś niewpisania się przez stronę w ciasny gorset warunków formalnych ustawowego „testu” należy – w granicach przewidzianych przez art. 118 § 1 i 2 k.p.k. – rozważyć możliwość potraktowania go jako wniosek o wyłączenie sędziego, o którym mowa w art. 41 § 1 k.p.k.

W konsekwencji odkodowania relacji między testem ustawowym a tym formułowanym na podstawie kryteriów przewidzianych w uchwale trzech Izb SN przyjąć zarazem trzeba, że mogą one być wykonywane całkowicie niezależnie od siebie, a pozytywny wynik „testu” ustawowego nie wyklucza przeprowadzenia procedury zainicjowanej wnioskiem złożonym w trybie art. 41 § 1 k.p.k. – i uzyskania odmiennego wyniku. Trudno natomiast wyobrazić sobie sytuację odwrotną: skoro bowiem stwierdzimy brak niezawisłości i bezstronności sędziego w konkretnej sprawie, jednak jakoś powiązany z okolicznościami jego powołania w „skażonej” procedurze, to niepodobna byłoby mówić o spełnieniu standardu bezstronności w aspekcie instytucjonalnym. Przeprowadzenie lub nieprzeprowadzenie któregośkolwiek z „testów” w trybie prewencyjnym nie stoi zaś na przeszkodzie następczemu stwierdzeniu naruszenia standardu

⁵⁶ P. Wiliński, *Prawo do bezstronnego sądu jako element rzetelnego procesu karnego w państwie prawnorządowym* (w:) *W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022, s. 246.

⁵⁷ Jak zauważa L. Garlicki, „żaden przepis polskiej ustawy nie może ograniczyć właściwości sądów do rozpoznawania zarzutów naruszenia Konwencji Europejskiej. Wszelkie takie ograniczenia stanowiłyby, same przez się, dodatkowe naruszenie Konwencji, bo nie tylko należałoby uznać, iż ingerują one w prawo do sądu (art. 6), ale także, że nakierowane są na ograniczenie efektywności stosowania Konwencji” – L. Garlicki, *Trybunał...*, s. 20.

rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą w wyniku zaistnienia uchybienia, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.⁵⁸

Uprawnione wydaje się zatem – ujmując dotychczasowe uwagi w możliwie syntetycznej formie – przyjęcie, że:

- wysłowny w art. 29 § 4 ustawy o SN zakaz kwestionowania orzeczeń wydawanych przez sędziów Sądu Najwyższego wyłonionych w wadliwej procedurze jest niezgodny z art. 6 ust. 1 EKPC, co uprawnia (a wręcz zobowiązuje) do odmowy jego stosowania na podstawie art. 91 ust. 2 Konstytucji RP;
- językowe ujęcie (kontrtautologiczność) „testu niezawisłości i bezstronności” zawartego w ustawie o Sądzie Najwyższym oraz w Prawie o ustroju sądów powszechnych powoduje, że jest on niemożliwy do zastosowania – badanie standardu uzależnia on bowiem od tego, że samo wdrożenie procedury badawczej standard ten może *in concreto* naruszyć;
- ustawowy „test niezawisłości i bezstronności” (choćby nawet przyjąć, że możliwe jest jego zastosowanie) nie wypiera ani nie wyklucza testu wykonywanego zgodnie z kryteriami przewidzianymi w uchwale trzech Izb SN przy zastosowaniu art. 41 § 1 k.p.k. (kontrola prewencyjna) lub art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (kontrola następcza);
- skoro przyjmiemy, że są to procedury niezależne, to nieprzeprowadzenie testu ustawowego lub jego wynik niezgodny z żądaniem wnioskodawcy nie stoi na przeszkodzie złożeniu wniosku o wyłączenie sędziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. lub kwestionowaniu wydanego przezeń orzeczenia z powołaniem na art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.;
- zarówno z perspektywy teoretyczno-dogmatycznej, jak i prakseologicznej właściwszym (a w istocie: jedynym prawidłowym) instrumentem badania bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym pozostaje dotychczas stosowana procedura kontroli prewencyjnej (wiązanej ze złożeniem wniosku o wyłączenie sędziego) lub następczej (dokonywanej w ramach rozpoznawania środka zaskarżenia);
- niewpisanie się przez stronę w ciasny gorset warunków formalnych „testu” ustawowego może uprawniać – w granicach art. 118 § 1 i 2 k.p.k. – do potraktowania złożonego pisma procesowego jako wniosku o wyłączenie sędziego, o którym mowa w art. 41 § 1 k.p.k.;
- zawarty w art. 29 § 25 ustawy o SN zakaz wznawiania postępowania dotyczy wyłącznie postępowania w przedmiocie ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności”, a nie postępowania „głównego”, w ramach którego złożono taki wniosek.

⁵⁸ Zob. D. Świecki, *Postępowanie...*, s. 172. Na marginesie należy też zauważyć, że nawet uznanie przez sąd krajowy, że do omawianego uchybienia nie doszło, nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu naruszenia standardu wynikającego z art. 6 ust. 1 EKPC przez strasburski Trybunał, choć dość istotnie utrudnia takie ustalenie. Zob. L. Garlicki, *Trybunał...*, s. 20.

ABSTRACT

dr Konrad Lipiński

The author is a doctor of laws, an assistant professor at the Department of Substantive Criminal Law at the Faculty of Law, Administration and Economics at the University of Wrocław, an advocate (District Bar Association in Wrocław).

**Statutory test of independence and impartiality
of a judge in criminal cases**

The so-called the test of independence and impartiality of a judge, introduced by the Act of 9 June 2022, was supposed to be a remedy for problems of the judiciary related to flaws in the procedure for appointing judges after the amendments to the Act on the National Council of the Judiciary introduced in December 2017. The article analyses the „test” as regulated in Acts on the System of Common Courts and on the Supreme Court. The author concludes that the provisions introducing this test are flawed to a degree that casts doubt on its applicability. Linguistically speaking, in order to guarantee the right to an independent and impartial tribunal, the legislator provided for a procedure which itself is to be capable of infringing the right to a fair trial. Moreover, the numerous of conditions limiting the actual possibility of using the „test” mean that more adequate instruments for examining doubts as to the impartiality of a judge in its institutional aspect include a motion to recuse a judge submitted pursuant to Art. 41(1) of the Code of Criminal Procedure or subsequent review of the decision carried out pursuant to Art. 439(1)(2) of the Code. Both ensure that the Convention standard of a fair trial is met to a higher degree.

Keywords: *impartiality, independence, right to a fair trial, fair trial, recusal of a judge*

dr Konrad Lipiński

ORCID: 0000-0001-5342-4905; e-mail: konrad.lipinski@adwokatura.pl

Autor jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Materialnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, adwokatem (Izba Adwokacka we Wrocławiu).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Garlicki Leszek**, *Trybunał Strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12.2020 r., Ástráðsson przeciwko Islandii*, „Przegląd Sądowy” 2021/4
- Giezek Jacek**, *Zarys modelowego ujęcia bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym* (w:) *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa*, „Palestra” 2016/4
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Spory ustrojowe a kompetencje sądów (granice bezpośredniego stosowania Konstytucji)*, „Palestra” 2017/12
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017
- Hermeliński Wojciech, Nita-Światłowska Barbara**, *Orzeczenie sądowe wydane z udziałem sędziego powołanego wadliwie a naruszenie prawa do sądu gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka – glosa do wyroku Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12.2020 r., 26374/18, Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/5
- Jasiński Wojciech**, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009
- Kappes Aleksander, Skrzydło Jacek**, *Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20)*, „Palestra” 2020/5
- Kardas Piotr**, *Instytucjonalne aspekty bezstronności sędziego. O proceduralnych podstawach i sposobach rozpoznawania wniosków dotyczących wyłączenia sędziego z uwagi na brak instytucjonalnych gwarancji bezstronności* (w:) *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022
- Kardas Piotr**, *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019/4
- Królikowski Michał**, *Powinności w czasie kryzysu uznawalności orzeczeń sądów* (w:) *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022
- Limburska Alicja, Lipiński Konrad**, *Problem (nie)racjonalności projektodawcy na przykładzie wybranych uregulowań ustawy nowelizującej kodeks*

karny z 13.06.2019 roku, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2020/120, cz. 2

Majewski Jarosław, *Strukturalne uzależnienie obecnej Krajowej Rady Sądownictwa od władzy politycznej i wynikająca z tego wadliwość procedury powołań na urząd sędziego a wymóg niezależności i bezstronności sądu oraz instytucja wyłączenia iudex suspectus w postępowaniu karnym (art. 41 KPK). Uwagi wybrane (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022

Matras Jarosław (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020

Nowak Leszek, *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968

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

Steinborn Sławomir, *Tryb uprzedniej weryfikacji w procesie karnym wątpliwości dotyczących niezawisłości sędziowskiej wynikających z wadliwości powołania sędziego (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022

Świecki Dariusz, *Postępowanie w przedmiocie wyłączenia sędziego sądu powszechnego orzekającego w sprawach karnych z uwagi na wadliwość powołania na urząd sędziego (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022

Tarapata Szymon, *Czy sędzia karny jest strażnikiem Konstytucji? O tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności w toku dekodowania normy postępowania karnego (w:) Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, red. J. Skorupka, K.J. Leżak, Kraków 2018

Tuleja Piotr, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r., „Państwo i Prawo” 2020/10*

Waltoś Stanisław, Hofmański Piotr, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020

Wiliński Paweł, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011

Wiliński Paweł, *Prawo do bezstronnego sądu jako element rzetelnego procesu karnego w państwie praworządnym (w:) W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022

Wronkowska Sławomira, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego* (w:) *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990

Wróbel Włodzimierz, *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/12, s. 20

Wróbel Włodzimierz, *Weryfikacja standardu niezależności i bezstronności sądu według uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. – wybrane problemy* (w:) *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022