

GLOSY I OMÓWIENIA ORZECZEŃ

Michał Ziółkowski

Niezależność jako istota prawa do sądu? Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18

1. Wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r. realizuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE¹. Z drugiego zaś orzeczenia wynika² m.in., że art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej wymaga, aby kryterium niezależności sądu krajowego było bezwzględnie oceniane przez test oznak niezależności organu władzy sądowniczej³ (zaczepnięty z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁴)⁵. Po raz pierwszy w swej historii SN jednoznacznie i wprost stwierdził, że Krajowa Rada Sądownictwa (KRS) oraz Izba Dyscyplinarna SN (ID) nie gwarantują oznak niezależności. Dokonując oceny obu organów, SN wytyczył drogę innym sądom krajowym, na których również ciąży obowiązek przeprowadzenia testu po wyroku TS⁶. Co jednak istotniejsze, SN przywołał wiele faktów, które z perspektywy racjonalnego i rozumnego oraz

1 Wyrok TS 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, EU:C:2019:982.

2 Szerzej zob. *Skutki...*, s. 1 i n.

3 Szerzej o samym teście zob. wyrok w sprawie C-585/18, C-624/18, C-625/18 oraz M. Krajewski, *Who...*, s. 801.

4 Szerzej zob. M. Krajewski, *The AG...*

5 Szerzej zob. M. Krajewski, M. Ziółkowski, *EU...*, s. 1107–1138 i cyt. lit.

6 Szerzej zob. M. Krajewski, M. Ziółkowski, *Sądzie...*

zaangażowanego w sprawy publiczne obywatela, mogą wywołać wątpliwości co do niezależności zarówno KRS, jak i ID. Wyrok SN (interpretowany w świetle wyroku TS) stanowi punkt wyjścia w refleksji o niezależności Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (IKNiSP)⁷, a także innych sędziów SN powołanych po 2018 r.⁸ W procedurze wyboru i powołania tych sędziów uczestniczyła wszakże KRS⁹.

Nieczęsto wydawane są orzeczenia, które były nie tylko oczekiwane¹⁰, ale od razu wywołały ożywioną dyskusję publiczną, reakcję władzy ustawodawczej¹¹ oraz innej izby SN¹². Sprawa rozstrzygana przez SN stanowi wszakże część większej całości, jaką jest spór o praworządność przed Trybunałem Sprawiedliwości UE¹³. Równie rzadko zdarza się, aby w jednym orzeczeniu SN poruszył tak wiele zagadnień z obszaru teorii prawa, prawa konstytucyjnego i europejskiego, które później stały się kanwą uchwały trzech izb SN z 23 stycznia 2020 r.¹⁴

7 Zob. *Skutki...*, s. 1–4 i 7.

8 Zob. *Skutki...*, s. 4, 7 i 8.

9 Aktualny jest też argument M. Florczak-Wątor o skutkach braku kontrasygnaty przy rozpoczęciu procedury naboru do SN – M. Florczak-Wątor, *Spór...*

10 Przypomnijmy, że wyrok TS z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, sam w sobie wzbudził ożywioną dyskusję i komentarze – m.in. P. Bogdanowicz, *Co oznacza...*; M. Krajewski, M. Ziółkowski, *The Power...*

11 Druk sejmowy nr 69 był punktem wyjścia do uchwalenia tzw. „ustawy kagańcowej”, która nie tylko zakazywała oceny oznak niezależności konstytucyjnych organów władzy publicznej (np. TK, KRS), ale wprowadzała sankcje dyscyplinarne za skorzystanie przez sądy polskie z pytań prejudycjalnych do TS w kwestii dotyczącej oceny niezależności sędziów powołanych po 2018 r. Nie wydaje się przypadkiem, że 12 grudnia 2019 r. do Sejmu IX kadencji wpłynął projekt ustawy (druk sejmowy nr 69), która – w dużym uproszczeniu – umożliwiła sankcje dyscyplinarne wobec sędziów za bezpośrednie stosowanie i realizację Konstytucji oraz pierwszeństwa prawa UE przed ustawami – Ustawa z dn. 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2020, poz. 190.

12 Uchwałą z 8 stycznia 2020 r., I NOZP 3/19, IKNiSP podjęła próbę ograniczenia na kilku poziomach skuteczności i doniosłości wyroku SN z 5 grudnia 2019 r., przez to również wyroku TS z 19 listopada 2019 r. Porównanie tych orzeczeń zob. M. Ziółkowski, *Two...*, s. 347–362.

13 Szerzej o zagadnieniu ochrony praworządności w tym kontekście zob. m.in. M. Taborowski, *Mechanizmy...*; P. Bogdanowicz, M. Taborowski, *Regulacje...*, s. 18–20; artykuły opublikowane w „Palestrze” 2020, nr 5.

14 BSA I-4110–1/20, LEX nr 2784794. Szerzej o uchwale i problemach konstytucyjnych z nią związanych zob. artykuły opublikowane w „Państwie i Prawie” 2020, nr 10.

- W uzasadnieniu SN m.in.:
- a. Abstrakcyjnie wyznaczył margines działania ustawodawcy w regulacji zasad wymiaru sprawiedliwości¹⁵,
 - b. Dokonał interpretacji art. 10 Konstytucji (w tym interpretacji zwrotu „równowaga władz”¹⁶) i jego stosunku do art. 176 i n. Konstytucji¹⁷ (w tym interpretacji konstytucyjnego autonomicznego pojęcia „wymiar sprawiedliwości”),
 - c. Dokonał interpretacji art. 45 ust. 1 Konstytucji¹⁸ (w tym zidentyfikował istotę tego prawa¹⁹),
 - d. Odwołał się do bezpośredniego stosowania Konstytucji²⁰,
 - e. Potwierdził pośrednie horyzontalne promieniowanie Konstytucji na prawo cywilne²¹,
 - f. Zakwestionował zasadę *clara non sunt interpretanda* i wskazał na konieczność przeprowadzenia wielofazowej wykładni uwzględniającej prawo europejskie i konstytucyjne²²,
 - g. Potwierdził konstytucyjny nakaz (adresowany do sądów) odmowy zastosowania ustaw niezgodnych z prawem UE oraz Europejską Konwencją Praw Człowieka²³,
 - h. Wskazał kryteria identyfikacji zasad prawa w systemie²⁴,
 - i. Trafnie²⁵ odmówił prezydenckiemu aktowi powołania sędziego skutku sanującego wszystkie uchybienia w postępowaniu przed KRS²⁶,

15 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 2–4.

16 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 7.

17 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 5, 6.

18 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 6, 34, 85.

19 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 12.

20 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 11.

21 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 11, 16.

22 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 13, 26.

23 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 14, 18, 20–21, 23, 30, 31–32, 78.

24 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 12.

25 Por. z nietrafnym w moim przekonaniu twierdzeniem NSA (postanowienie z 29 listopada 2019 r., I OZ 550/19, niepubl.), że powoływanie sędziów przez Prezydenta jest władzą dyskrecjonalną i osobistą oraz sanuje uchybienia proceduralne popełnione na wcześniejszych etapach. Aktualne pozostają argumenty z 2013 r. – M. Ziółkowski, *Prerogatywa...*, s. 59–76 i cyt. lit. Zob. też trafną analizę A. Kappes, J. Skrzydło, *Prezydent...*

26 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 27–28, 62.

- j. Trafnie²⁷ wskazał²⁸ słabości merytoryczne, warsztatowe i niespójności wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 czerwca 2017 r.²⁹,
- k. Poddał w wątpliwość³⁰ legitymizację i gwarancję niezależności TK, w którego składzie zasiadają 3 osoby niekonstytucyjnie wybrane na stanowiska sędziów TK³¹.

2. Wyrok SN interpretuję jako progresywny głos w procesie transformacji³² polskiego konstytucjonalizmu ostatnich lat³³. Jednakże wielość wątków poruszonych przez SN przekracza ramy glosy³⁴. Ich doniosłość pozwala zarazem racjonalnie zakładać, że orzeczenie będzie wielokrotnie dyskutowane. Podzielając większość poglądów SN (m.in. dotyczących zasady pierwszeństwa, swoistości wykładni konstytucyjnej, relacji między prawem konstytucyjnym a prawem UE), w głosie odnoszę się tylko do dwóch stwierdzeń. Zgodnie z pierwszym: „[w] prawie UE nie-sporne jest, że wymóg niezawisłości sędziów wchodzi w zakres istotnej treści prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego”³⁵. Ponadto w wyroku wyrażono pogląd, że: „niezależność sądów i niezawisłość sędziów składa się na treść prawa podstawowego do rzetelnego procesu,

27 Szerzej zob. M. Radajewski, *Glosa...*, s. 132–139.

28 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 33, 40.

29 K 5/17, OTK ZU nr 2017, poz. 48.

30 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 33, 40.

31 Zob. jednak z dogmatycznie osadzoną koncepcją skutków wyroków TK w składzie niekonstytucyjnym: P. Radzewicz, *On legal...*, *passim* i por. z argumentami M. Florczak-Wątor, *O skutkach...*, s. 299–313.

32 Kryzys konstytucyjny w Polsce dał wszakże również impuls do kształtowania się nowych reguł, które – pod warunkiem ich utrwalenia w systemie i kulturze prawnej – mogą w przyszłości doprowadzić do reinterpretacji niektórych konstytucyjnych przepisów (np. art. 45, art. 144, art. 178 ust. 1, art. 179, art. 194, art. 197). Kluczowe w tym kontekście będą w szczególności działania parlamentu kolejnych kadencji, stanowisko orzecznictwa oraz rezultaty tzw. spraw polskich przed TS oraz ETPC.

33 Kryzys konstytucyjny w Polsce traktuję bowiem co najmniej jako zapowiedź transformacji konstytucyjnej, która będzie musiała zmierzyć się z problemem przywrócenia praworządności po licznych jej naruszeniach w latach 2015–2020. Jak bowiem zauważył S. Choudhry, komentując teorie transformacyjne B. Ackermana, większość momentów konstytucyjnych miała u swego zarania naruszenie prawa lub co najmniej fundamentalny sprzeciw wobec obowiązującej regulacji prawnej – zob. S. Choudhry, *Ackerman's...*, *passim*.

34 Kwestie teoretyczne i ustrojowe związane z glosowanym orzeczeniem omawiam w innym miejscu – M. Ziółkowski, *Konstytucyjna...*

35 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 8.

stanowi nienaruszalną istotę tego prawa i jest jedną z ogólnych zasad prawa UE³⁶.

W niniejszej glosie obu tym twierdzeniom przyglądam się z perspektywy art. 31 ust. 3 Konstytucji, który stanowi o istocie konstytucyjnego prawa do sądu. Jej cel jest zatem skromny. Odnoszę się bowiem tylko do relacji między konstytucyjnymi pojęciami niezależności sądu i niezawisłości a koncepcją istoty konstytucyjnego prawa podmiotowego. Sądzę bowiem, że twierdzenie SN dobrze ilustruje diskutowane w doktrynie zalety i słabości koncepcji istoty (m.in. brak kryteriów identyfikacji, niedemokratyczność oraz ograniczoną perswazyjność). Glosa odpowiada więc na pytanie, jak rozumieć istotę prawa do sądu i niezawisłość, aby rozumienie to nie narażało się (lub przynajmniej minimalizowało) ciężar zarzutów wysuwanych przeciwko koncepcji istoty.

Udzielenie odpowiedzi na to pytanie uważam za istotne o tyle, że od początku trwania kryzysu konstytucyjnego w Polsce (tj. od 2015 r.) przenikają się co najmniej dwa sposoby dyskusji o Konstytucji, jej pojęciach i instytucjach. Pierwsza dyskusja ma charakter publicystyczny. W jej ramach tekst Konstytucji rozumiany jest niejednokrotnie wprost, a pojęciom konstytucyjnym przypisuje się znaczenie i funkcje zaczerpnięte z języka naturalnego. Z tej perspektywy opisowe stwierdzenie, że niezależność sądu i niezawisłość sędziego jest istotą prawa do sądu nie powinno budzić pytań i wątpliwości. W ramach drugiej dyskusji pojęcia i instytucje konstytucyjne to konwencje prawnicze, dla których język naturalny może być tylko punktem wyjścia. Z tej perspektywy kwalifikacja niezależności sądu i niezawisłości sędziego jako istoty prawa do sądu, choćby odpowiadała podzielanej przez niektórych intuicji prawniczej, wymaga dyskusji.

Aby odpowiedzieć na postawione pytanie, zasadne było przypomnienie ustaleń doktrynalnych i orzeczniczych dotyczących istoty konstytucyjnego prawa podmiotowego, wątpliwości jakie ona wywołuje oraz istoty konstytucyjnego prawa do sądu³⁷.

36 III PO 7/18, LEX nr 2746893, pkt 12.

37 Szeroko o treści, stosowaniu i konsekwencjach prawa do sądu w orzecznictwie konstytucyjnym zob. M. Florczak-Wątor, *Prawo...*, s. 47–66 i cyt. lit. oraz orzecznictwo.

3. Artykuł 31 ust. 3 *in fine* Konstytucji nakazuje, by wprowadzane przez ustawodawcę ograniczenia nie naruszały „istoty wolności i praw”³⁸. Przepis ten, podobnie jak art. 64 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do prawa własności³⁹, przesądził, że struktura konstytucyjnego prawa jest złożona, gdyż obejmuje istotę oraz zakres prawa, określane w orzecznictwie konstytucyjnym jako „otoczka”⁴⁰. W wyroku w sprawie K 8/96 TK stwierdził, że: „w treści każdego z konstytucyjnych praw zawierają się pewne elementy podstawowe, istnienie których jest konieczną przesłanką zachowania przez to prawo lub wolności swej konstytucyjnej tożsamości”⁴¹. Nawiązując do tego poglądu, w późniejszym orzecznictwie przyjęto, że istotą konstytucyjnego prawa jest nienaruszalne minimum ochrony konstytucyjnej gwarantowanej podmiotowi prawa konstytucyjnego⁴². Jej naruszenie podważałoby sens tego prawa, niwecząc ochronę konstytucyjną. Trybunał Konstytucyjny rozróżnia bowiem elementy podstawowe konstytucyjnego prawa, które konstytuują dane prawo i pozwalają je odróżnić od innych treści objętych konstytucyjną ochroną⁴³.

W doktrynie prawa konstytucyjnego przyjmuje się, że zakaz naruszania istoty nie odnosi się do sytuacji prawnych, jakie powstają dla poszczególnych jednostek w konkretnych stanach faktycznych, ale do „praw człowieka w znaczeniu przedmiotowym”⁴⁴. Istotę należy formułować odrębnie dla każdego z praw⁴⁵, co oznacza, że w zależności

38 Szerzej zob. A. Niżnik-Mucha, *Zakaz...*, 2014; A. Niżnik-Mucha, *Zakaz...*, 2013, s. 163–173.

39 Trybunał Konstytucyjny przyjmuje, że ustawodawca nie może ograniczać możliwości realizacji prawa majątkowego formalnie przyznanego jednostce prawa podmiotowego w sposób prowadzący do powstania „*nudum ius* – prawa majątkowego bezprzedmiotowego i w praktyce pozbawionego wartości majątkowej”. Zakres ograniczeń prawa nie może niweczyć jego podstawowych składników, powodując „wydrążenie” go z rzeczywistej treści i prowadząc do przekształcenia w pozór prawa, bo oznaczałoby to niedopuszczalne na gruncie Konstytucji naruszenie istoty prawa – wyrok TK z 19 grudnia 2002 r., K 33/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 97; wyrok TK z 12 lutego 2000 r., P 11/98, OTK ZU nr 1/2000, poz. 3.

40 Wyrok TK z 28 kwietnia 2009 r., P 22/07, OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 55.

41 Orzeczenie TK z 17 lipca 1996 r., K 8/96, OTK ZU nr 4/1996, poz. 32.

42 Wyroki TK: z 10 listopada 1998 r., K 39/97, OTK ZU nr 6/1998, poz. 99; z 25 maja 1999 r., SK 9/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 78; z 10 października 2000 r., P 8/99, OTK ZU nr 6/2000, poz. 190; z 20 marca 2006 r., K 17/05, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 30; z 8 listopada 2001 r., P 6/01, OTK ZU nr 8/2001, poz. 248.

43 Wyrok TK z 20 marca 2006 r., K 17/05, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 30.

44 K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 208.

45 L. Garlicki, *Przesłanki...*, s. 23; L. Garlicki, *Katalog...*, s. 95–96.

od rodzaju prawa istota albo „pokrywa się z jego konstytucyjnym zakresem ochrony”⁴⁶ (np. przy zakazie tortur), albo stanowi „pewien minimalny zakres ochrony tego prawa”⁴⁷ (np. przy zakazie ingerencji w prawo własności). Systematyka rozdziału II Konstytucji uzasadnia tezę, że zakaz naruszenia istoty odnosi się do wszystkich konstytucyjnych praw⁴⁸. Ma on charakter bezwzględny i odróżnia się go w doktrynie od trójelementowej oceny proporcjonalności⁴⁹. Naruszenie istoty konstytucyjnego prawa powinno kończyć ocenę konstytucyjności, gdyż jest równoznaczne z przekroczeniem przez prawodawcę zakresu udzielonej mu przez Konstytucję kompetencji.

W tej perspektywie przepisy konstytucyjne o prawach i wolnościach są zatem źródłem norm wyrażających:

- a. Bezwzględne zakazy albo nakazy, których przekroczenie przez prawodawcę albo inny organ władzy publicznej jest równoznaczne z naruszeniem normy konstytucyjnej (zakaz naruszania istoty),
- b. Względne zakazy albo nakazy postępowania, których realizacja podlega ocenie z perspektywy kryterium przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*.

4. Ani w polskiej doktrynie, ani w orzecznictwie konstytucyjnym nie wypracowano jak dotąd wolnego od kontrowersji⁵⁰ kryterium wyodrębnienia istoty konstytucyjnego prawa ani scharakteryzowania jej struktury⁵¹. Mimo to spośród możliwych teoretycznych koncepcji istoty:⁵² abstrakcyjnej (określanej niekiedy: obiektywną)⁵³ i konkretnej (określanej niekiedy:

46 K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 214.

47 K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 213.

48 L. Garlicki, *Przesłanki...*, s. 23.

49 K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 208; L. Garlicki, *Przesłanki...*, s. 23.

50 Zob. kryteria zaproponowane przez M. Brkan, *The Concept...*, s. 363.

51 Por. A. Niżnik-Mucha, *Zakaz...*, 2013, s. 168–175 i cyt. lit. oraz orzecznictwo. Zob. np. kryterium zaproponowane przez K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 212; L. Garlicki, *Przesłanki...*, s. 22.

52 Zob. R. Alexy, *Teoria...*, s. 229–231; G. van der Schyff, *Cutting...*, s. 131 i n.; A. Śledzińska-Simon, *Analiza...*, s. 57 i n.

53 Istotę definiuje się z perspektywy systemu konstytucyjnego (np. pozbawienie jednostki niezależnego sądu w konkretnej sprawie nie narusza niezależności jako istoty prawa do sądu na generalnym poziomie konstytucyjnym).

subiektywną)⁵⁴ oraz absolutnej⁵⁵ i relatywnej⁵⁶, w polskim orzecznictwie konstytucyjnym, a niekiedy i w doktrynie⁵⁷, preferuje się koncepcję obiektywno-absolutną. Koncepcja ta skutkuje wyłączeniem testu proporcjonalności przy ocenie ograniczeń ingerujących w istotę konstytucyjnego prawa podmiotowego.

Należy jednak zauważyć, że brak możliwości stosowania testu proporcjonalności lub innej metody wyważania wartości przy ustalaniu istoty prawa podmiotowego naraża całą koncepcję na zarzut arbitralności. Brakuje normatywnych kryteriów identyfikacji istoty⁵⁸. Gdyby zaś kryteria takie miałyby zostać zrekonstruowane przez orzecznictwo sądowe, koncepcji obiektywno-absolutnej można postawić zarzut niedemokratyczności⁵⁹ definiowania tak fundamentalnej kwestii, jak istota konstytucyjnego prawa podmiotowego. Z zarzutem tym z kolei związane są kolejne problemy, m.in. „rządów martwej ręki” (czy raz ustalona istota może podlegać ewolucyjnej redefinicji albo odrzuceniu w ramach *living constitutionalism*?) oraz niedyskursywności (jak rozwiązać kolizję w systemie prawnym, w którym funkcjonują dwie konkurencyjne sądowe koncepcje istoty prawa np. między TK a SN?)⁶⁰. Trafnie w konsekwencji wskazano w nauce prawa konstytucyjnego, że: „istniejące teorie rdzenia [istoty praw – M.Z.] nie dają jednoznacznych odpowiedzi, jak klauzula rdzenia ma być stosowana praktyce. Okazuje się więc, że nawet kategoriyczny zakaz naruszania istotnej treści praw może mieć różne interpretacje”⁶¹.

54 Istotę definiuje się z perspektywy jednostki (np. pozbawienie jednostki prawa do niezależnego sądu pociąga zawsze naruszenie istoty prawa na poziomie konstytucyjnym, choćby w innych wypadkach do niego nie doszło).

55 Istota jest niezmienna i nie podlega ocenie w ramach proporcjonalności.

56 Istota może być zmienna w czasie i stanowi przedmiot ważenia.

57 Np. L. Bosek, M. Szydło, w: *Konstytucja...*, art. 31, uwagi 144 i 152.

58 Zarzut ten uchylałaby np. rekonstrukcja istoty na podstawie definicji legalnej, jednoznaczniego zakazu wyrażonego wprost w przepisie konstytucyjnym.

59 Szerzej, choć w innym kontekście, o problemie demokratycznej legitymacji sędziów zob. K.J. Kaleta, *Legitymizacja...*, s. 3 i n.

60 Co więcej, z perspektywy krytycznych studiów nad prawem takie pojmowanie istoty służyć może petryfikacji władzy podmiotu decydującego o istocie (np. TK albo nauki prawa konstytucyjnego *per se*) w „polu prawa konstytucyjnego” (argument ten dobrze obrazują obserwacje A. Sulikowskiego i K. Otręby, *O „obiektywnych...*, s. 111–118).

61 A. Śledzińska-Simon, *Analiza...*, s. 57 i wskazane tam dwie teorie (absolutna i relatywna) oraz ich wariacje.

Ponieważ w europejskim konstytucjonalizmie pojawiają się kolejne próby odczytania teorii istoty praw i usunięcia dotyczących jej wątpliwości⁶², pojawia się też pytanie, w jakim znaczeniu SN pojmuje istotę prawa do sądu oraz czy trafnie zaliczył do niej akurat niezależność i niezawisłość⁶³, a nie inny element wskazany w art. 45 ust. 1 Konstytucji⁶⁴ lub innym przepisie konstytucyjnym⁶⁵. W świetle utrwalonego (tj. obiektywno-absolutnego) odczytania art. 31 ust. 3 Konstytucji stanowisko SN w głosowanym wyroku oznaczałoby, iż jakiegokolwiek ograniczenie niezależności lub niezawisłości byłoby niedopuszczalne. Nie mogłyby bowiem podlegać ocenie w ramach trójelementowego testu proporcjonalności.

5. Sądzę, że odpowiadając na pytanie o istotę prawa do sądu nie można poprzestać na odesłaniu do orzeczeń TK lub doktryny, które wyraziły podobną konstatację bez podania kryteriów⁶⁶. Teoretycznie można by stwierdzić, że niezależność lub niezawisłość (jako istota prawa do sądu) powinna pozostać abstrakcyjnie niezdefiniowana i z czasem nadbudowywana *case by case*. Pojawia się wówczas problem pewności prawa. Nakaz zachowania istoty adresowany jest do ustawodawcy i z uwagi na swoją doniosłość systemową oraz konsekwencje wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji nie

62 M. Brkan, *The concept...*, s. 363 i n.

63 Istotne w tym miejscu jest rozróżnienie między opisowym pojmowaniem istoty jako wytworu języka powszechnego, który ma perswazyjnie nazwać określony desygnat, od istoty jako konwencji prawniczej.

64 Np. niezawisłość sędziego, jego bezstronność albo niezwłoczność działania. W polskim konstytucjonalizmie rozróżnia się pojęcie niezależności (organu, tj. sądu), niezawisłości (sędziego) i bezstronności (konkretnej osoby) – szczegółowo i częściowo krytycznie zob. W. Brzozowski, *Niezależność...*, s. 31–51 i cyt. lit.

65 Np. bezwzględny zakaz zamykania drogi sądowej w sprawie naruszenia konstytucyjnych praw i wolności (art. 77 ust. 2 w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji) albo bezwzględny nakaz dwuinstancyjności postępowania, w którym rozpoznawana jest autonomicznie rozumiana konstytucyjnie sprawa (art. 176 ust. 1 w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji).

66 Zwłaszcza, że samo pojęcie niezależności w doktrynie prawa konstytucyjnego rozumiane jest różny sposób – szerzej zob. W. Brzozowski, *Niezależność...*, s. 89–90. Autor ten zauważył, że: „ani w nauce prawa, ani w orzecznictwie konstytucyjnym nie wypracowano jednolitego, powszechnie akceptowanego pojęcia niezależności w odniesieniu do organu państwa. (...) Nawet w razie prawidłowego ustalenia zakresu znaczeniowego pojęcia niezależności nie ma zgody co do tego, czy niezależność organu jest składnikiem podziału władz, pochodną tego podziału czy może zagadnieniem odrębnym. W orzecznictwie TK formułowano w tej kwestii różne, wzajemnie sprzeczne wskazówki”.

powinien pozostawać niezdefiniowany albo częściowo zdefiniowany⁶⁷. Nie wydaje się też, aby odpowiedzią mógł być argument, że hipotetyczne ograniczenie niezawisłości pozbawiałoby jednostkę efektywnej ochrony praw człowieka. Sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy mógłby dokonać organ, który nie posiada szczegółowych atrybutów ustrojowych zastrzeżonych w danym porządku prawnym dla „sądu” *sensu stricto*, ale mimo to daje oznaki niezależności i stosuje zasady sprawiedliwości proceduralnej⁶⁸. Co więcej, historyczne przykłady konstytucyjne (w tym również polski) pokazują, że efektywne prawo do sądu może zostać zagwarantowane *in casu* w systemie, który inaczej niż obecna regulacja konstytucyjna postrzega niezależność sądów i niezawisłość sędziów (np. Konstytucja z 1921 r.), albo jej *de facto* nie gwarantuje (np. Konstytucja z 1952 r.). Ograniczoną wreszcie moc (co doskonale pokazują systemy konstytucyjne innych państw⁶⁹) ma argument z zasady lojalnej współpracy, który można byłoby sprowadzić do twierdzenia, że niezależność i niezawisłość jest istotą prawa do sądu, bo tak samo strukturę tego prawa rozpoznają niektóre systemy niektórych państw członkowskich UE. Aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasady lojalnej współpracy, wystarczy zagwarantować niezależność i niezawisłość, nie trzeba jej zaliczać do istoty prawa do sądu w obiektywnym i absolutnym jej rozumieniu.

Uważam, że stanowisko SN można uzasadnić przekonująco na dwa sposoby: albo sprowadzając pojęcie niezależności do precyzyjnych i konkretnych reguł sprawiedliwości proceduralnej (np. warunków powoływania i odwoływania sędziów) charakterystycznych dla sądu w konkretnym ustrojowym rozumieniu i momencie historycznym, albo definiując niezależność *case by case* jako istotę w ujęciu subiektywnym i relatywnym przy wykorzystaniu testu oznak niezależności⁷⁰.

67 Zwłaszcza, że na gruncie niektórych innych przepisów konstytucyjnych udało się TK dość precyzyjnie wyznaczyć zakaz naruszenia istoty (np. w wypadku art. 77 ust. 1 Konstytucji istotą jest przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej, którą nie może być wina w żadnych okolicznościach).

68 Zob. na odpowiednio na przykładzie badań M. Krajewskiego nad sprawiedliwością proceduralną i sądowymi oraz niesądowymi sposobami rozstrzygnięcia spraw w UE – M. Krajewski, *The relative...*, s. 49–65, 186–188, 232–250.

69 Zob. na przykładzie sądownictwa w Szwecji, gdzie SN jest częścią administracji publicznej a nie niezależnym podmiotem w rozumieniu niezależności przyjmowanym np. w Polsce – M. Zamboni, *The Positioning...*, s. 668 i n.

70 Druga myśl zrodziła się w dyskusji z M. Krajewskim, za co mu bardzo dziękuję.

Pierwsza propozycja zakłada, że niezależność może zostać uznana jako istota prawa do sądu, o ile będzie ona rozumiana historycznie, jako pojęcie zastane⁷¹, przez prawodawcę konstytucyjnego⁷² i przeniesione na najwyższy szczebel hierarchii systemu w momencie konstytucjonalizacji⁷³. Ponieważ pojęcia zastane w prawie konstytucyjnym pełnią funkcję zbliżoną do definicji legalnych⁷⁴, tak rozumiana niezależność stanowiłaby konstrukcję prawną znaną ustawodawcy zwykłemu oraz innym organom konstytucyjnym na podstawie historycznych ustaleń konstytucyjnych i przebiegu prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego⁷⁵. Nie powstaje wówczas ryzyko definiowania istoty prawa ani przez ustawodawcę, ani SN lub TK. Aktualny pozostaje jedynie argument „rządów martwej ręki”, skoro o współczesnym rozumieniu niezależności rozstrzyga jej historyczna koncepcja i intencja prawodawcy konstytucyjnego.

Dlatego alternatywna propozycja zakłada, że niezależność może zostać uznana jako istota prawa do sądu, o ile istota ta będzie rozumiana w sposób konkretny i relatywny (tj. uwzględniający związki zachodzące między prawem a rzeczywistością społeczną⁷⁶). Wówczas treść pojęcia niezależności będzie oparta na stosowaniu testu oznak niezależności. Tak rozumiana niezależność będzie nieustannie nadbudowywana w konstytucjonalizmie na podstawie różnych spraw sądowych, w których zawsze można wskazać argumenty przesadzające o tym, że konkretny sędzia w konkretnej sytuacji nie daje gwarancji niezależności, a zatem naruszono istotę prawa do sądu

71 Posługuję się tu konwencjonalnym rozumieniem pojęcia zastanego – zob. P. Radziejewicz, *Glosa...*, s. 166 i n. Odmiennie i nietrafnie moim zdaniem M. Laskowska, *Dostosowywanie...*, s. 117–121 oraz powołany tam pogląd W. Sokolewicza.

72 Tak w wypadku „niezawisłości” twierdzi L. Garlicki – L. Garlicki, w: *Konstytucja...*, art. 178, uwaga 10.

73 W Polsce jest to o tyle zasadne i dogmatycznie możliwe, że przed 1997 r. na poziomie konstytucyjnym TK – dokonując zapożyczenia z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – przyjął konkretną wizję ustrojową sądu i jego niezależności. Ówczesne rozumienie sądu może zatem stanowić podstawę do rekonstrukcji pojęcia zastanego.

74 Zob. na przykładzie pojęcia „dobro kultury” – wyrok TK z 25 maja 2016 r., Kp 2/15, OTK ZU nr A/2016, poz. 23, w którym TK przyjął, że przed-konstytucyjne pojęcie wiąże interpretatora konstytucyjnego pojęcia.

75 Np. do takiego sposobu wykorzystania pojęć zastanych przy rekonstrukcji pojęć konstytucyjnych odwołują się m.in. przy czynnym prawie wyborczym – W. Sokolewicz, K. Wojtyczek, w: *Konstytucja...*, art. 62, uwaga 9.

76 Zob. np. M. Zubik, *O przewrotnych...*, s. 12 i n.

jednostki w konkretnej sytuacji prawnej i faktycznej. Zamiast pojmować istotę prawa do sądu w sposób abstrakcyjny i absolutny, warto zwrócić się ku jej konkretnemu i relatywnemu jej ujęciu, wynikającemu z zastosowania testu oznak niezależności *case by case*.

Judicial Independence as the Essence of the Right to a Fair Trial? Commentary on the Judgment of the Supreme Court of 5 December 2019, Case No. III PO 7/18

he commented judgment of the Supreme Court concerns the judicial independence and the rule of law in the times of constitutional crisis. For the first time in the Polish history the Supreme Court ruled that one of the chambers of the Supreme Court, as well as the National Council of the Judiciary, did not give an appearance of judicial independence. The Supreme Court followed the test of the appearance of judicial independence that had been provided by the Court of Justice of the European Union. The Supreme Court also claimed that the judicial independence is the essence of the right to a fair trial. In constitutional terms, it means that independence cannot be lawfully limited, even in a proportional way. The commentary discusses that claim under two different theoretical concepts of the essence of a constitutional right (objective and abstract versus individual and relative).

Keywords: the Polish Constitution, judicial independence, the test of the appearance of judicial independence, the essence of a constitutional right, principle of proportionality, right to a fair trial

Michał Ziółkowski – dr, adiunkt w Zakładzie Prawa Konstytucyjnego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, Max Weber Fellow w European University Institute 2019–2021, sekretarz redakcji „Państwa i Prawa”.

Bibliografia

- Alexy R., *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010.
- Bogdanowicz P., *Co oznacza dla Polski wyrok TSUE w sprawie KRS i Izby Dyscyplinarnej?*, Warszawa 2019.
- Bogdanowicz P., Taborowski M., *Regulacje dotyczące stanu spoczyнку jako narzędzie służące odsunięciu określonej grupy sędziów od pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego – uwagi na tle wyroku*

- Trybunału Sprawiedliwości z 24.06.2019 r., C-619/18, Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 12.
- Bosek L., Szydło M., w: *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Saffjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Brkan M., *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, „European Constitutional Law Review” 2018, vol. 14, nr 2.
- Brzozowski W., *Niezależność konstytucyjnego organu państwa i jej ochrona*, Warszawa 2016.
- Choudhry S., *Ackerman’s Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective: Constitutional Moments as Constitutional Failures?*, „International Journal of Constitutional Law” 2008, vol. 6.
- Florczak-Wątor M., *O skutkach prawnych orzeczeń TK wydanych z udziałem osób nieuprawnionych do orzekania*, w: *Państwo i jego instytucje. Konstytucje – sądownictwo – samorząd terytorialny*, red. R. Balicki, M. Jabłoński, Warszawa 2018.
- Florczak-Wątor M., *Prawo do sądu jako prawo jednostki i jako gwarancja horyzontalnego działania praw i wolności*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, nr 3.
- Florczak-Wątor M., *Spór o SN: zła procedura to nieważne wybory*, „Rzeczpospolita” z 18 sierpnia 2018 r.
- Garlicki L., *Katalog i zakres obowiązywania praw podstawowych – warunki dopuszczalnych ograniczeń i ich wpływ na porządek prawny*, w: *Konstytucja federalna Szwajcarskiej Konfederacji z 1999 r. i Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. Materiały z Polsko-Szwajcarskiego sympozjum z 26–27 października 2000 r.*, red. Z. Czeszejko-Sochacki, Białystok 2001.
- Garlicki L., *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10.
- Garlicki L., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.
- Kaleta K.J., *Legitymizacja sądownictwa konstytucyjnego w świetle teorii demokracji*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 5.
- Kappes A., Skrzydło J., *Prezydent nie ma mocy naprawiania wad prawnych*, „Rzeczpospolita” z 12 stycznia 2020 r.
- Krajewski M., *The AG Opinion in the Celmer Case: Why the Test for the Appearance of Independence is Needed*, 2 lipca 2018 r., < <https://verfassungsblog.de/the-ag-opinion-in-the-celmer-case-why-the-test-for-the-appearance-of-independence-is-needed/> >, dostęp: 15 września 2020 r.

- Krajewski M., *The relative Justice. The Judicial and Non-Judicial Review of European Union Legal Acts*, maszynopis rozprawy doktorskiej obronionej 10 stycznia 2020 r., European University Institute 2020.
- Krajewski M., *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges ECJ 25 July 2018, Case C-216/18 PPU, The Minister for Justice and Equality v LM*, „European Constitutional Law Review” 2018, vol. 14.
- Krajewski M., Ziółkowski M., *EU judicial independence decentralized: A.K.*, „Common Market Law Review” 2020, vol. 57, nr 4.
- Krajewski M., Ziółkowski M., *Sądzie Najwyższy, musisz! Potrzeba uchwały, która ustabilizuje polski porządek prawny*, < <https://oko.press/sadzie-najwyzszy-musisz-potrzeba-uchwaly-ktora-ustabilizuje-polski-porzadek-prawny/> >, dostęp: 15 września 2020 r.
- Krajewski M., Ziółkowski M., *The Power of ‘Appearances’*, 26 listopada 2019 r., < <https://verfassungsblog.de/the-power-of-appearances/> >, dostęp: 15 września 2020 r.
- Laskowska M., *Dostosowywanie prawa do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, Warszawa 2010.
- Niżnik-Mucha A., *Zakaz naruszania istoty konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela jako ostateczna bariera wobec ograniczania tych wolności i praw przez ustawodawcę*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, red. S. Biernat, Warszawa 2013.
- Niżnik-Mucha A., *Zakaz naruszania istoty konstytucyjnych wolności i praw w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014.
- Radajewski M., *Glosa do wyroku z 20.06.2017 r., K 5/17, „Państwo i Prawo”* 2018, nr 3.
- Radziejewicz P., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2004 r. (sygn. akt K 45/02)*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6.
- Radziejewicz P., *On legal consequences of judgements of the Polish Constitutional Tribunal passed by an irregular panel*, „Review of Comparative Law” 2017, vol. XXXI, nr 4.
- Schyff G. van der, *Cutting the Core of Conflicting Rights: the Question of Inalienable Cores of Rights in a Comparative Perspective*, w: *Conflicts between Fundamental Rights*, red. E. Brems, Antwerpia 2008.
- Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 1.

- Sokolewicz W., Wojtyczek K., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016.
- Sulikowski A., Otręba K., O „obiektywnych” interpretacjach przepisów Konstytucji (polemika z artykułem prof. Marka Zubika), „Państwo i Prawo” 2018, nr 3.
- Śledzińska-Simon A., *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019.
- Taborowski M., *Mechanizmy ochrony praworządności Państw Członkowskich w Prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia system ponadnarodowego*, Warszawa 2019.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Zamboni M., *The Positioning of the Supreme Courts in Sweden – A Democratic Oddity?*, „European Constitutional Law Review” 2019, vol. 15, nr 4.
- Ziółkowski M., *Konstytucyjna kompetencja sądu do ochrony własnej niezależności (uwagi na marginesie wyroku z 5.12.2019 r. oraz uchwały SN z 23.01.2020 r.)*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 10.
- Ziółkowski M., *Prerogatywa Prezydenta RP do powoływania sędziów (uwagi o art. 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 konstytucji)*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 1.
- Ziółkowski M., *Two Faces of the Polish Supreme Court After „Reforms” of the Judiciary System in Poland: The Question of Judicial Independence and Appointments*, „European Papers” 2020, vol. 5, nr 1.
- Zubik M., *O przewrotnych interpretacjach przepisów Konstytucji dotyczących władzy sądowniczej*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 10.