

Rozdział 1. Powinności w czasie kryzysu uznawalności orzeczeń sądów

dr hab. Michał Królikowski, prof. UW

„Czy czuje się Pan/Pani sędzią Sądu Najwyższego?”
„Nie. Nie czuję się. Ja jestem sędzią Sądu Najwyższego!”

§ 1. Sprawy podstawowe

Są takie pytania, na które udzielana odpowiedź określa nas samych, definiuje albo oddaje w zasadniczy sposób naszą tożsamość, czy to osobistą, czy ściśle zawodową, choć pewnie przy najpoważniejszych pytaniach w zakresie tej ostatniej nie da się uciec od tej pierwszej. Są to pytania o kondycję człowieka jako takiego, o życie w prawdzie lub fałszu, o pryncypialność, symetryzm czy koniunkturalizm. W życiu zawodowym również są takie pytania, takie sprawy, wobec których – zachowując uczciwość i prawidłowo rozpoznając swoje obowiązki – nie można przejść z obojętnym dystansem, tłumacząc sobie, że one nie dotyczą nas bezpośrednio. Zwłaszcza wtedy, kiedy człowiek znajduje się w centrum wydarzeń o krytycznym znaczeniu, gdy otrzymał lub przyjął dobrowolnie do wykonania określone zadanie ustrojowe, odpowiedzialność za docieranie w badaniach naukowych do prawdy, podjął funkcję, której zadaniem jest porządkowanie życia społecznego, wziął odpowiedzialność za określanie sytuacji obywateli i konsekwencji instytucjonalnych rozwiązywania ludzkich dramatów i determinowanie ich losów, czy też mówiąc bardziej naukowo – przypadków stosowania prawa w sprawach indywidualnych. Używam w tym miejscu tej dychotomii języka świadomie, chcę w ten sposób – może niezbyt charakterystycznie dla tekstu pisanego przez prawnika – uwypuklić intensywność znaczenia tak poważnych pytań i udzielanych na nie odpowiedzi. Sądzę bowiem, że redukcjonowanie ich do wygodnej przestrzeni rozumowania intelektualnego, w której mogłyby być akceptowalne różne schematy argumentacyjne,

i pozostawanie tym samym w niekonfrontacyjnej konwencji analitycznej czy orzeczniczej jest zwodnicze i daje fałszywe poczucie komfortu pozostawania obok głównego nurtu wydarzeń.

Do takich pytań i odpowiedzi należą właśnie te, które otwierają niniejszy tekst. Pochodzą one z wysłuchania kandydatów na funkcję Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, w wyniku którego funkcję tę Prezydent powierzył Sędzi *Małgorzacie Manowskiej*. Z tego powodu należy potraktować je jako programowe, zaś samą odpowiedź jako tworzącą wzorzec postawy sędziów powoływanych przez obecną Krajową Radę Sądownictwa, której legitymacja do stania na straży niezawisłości sędziów i niezależności sądów jest przy nowej procedurze kreacji jej składu osobowego, związków ze środowiskiem politycznym, a także późniejszych decyzji szeroko kwestionowana. Ową wątpliwość wyraża się w związku z tym, że w procesie obsady funkcji w tym organie nie zostało zagwarantowane posiadanie przez kandydatów odpowiedniej zdolności do wypełnienia podstawowej funkcji tego organu, jaką jest stanie na straży podstaw ustrojowych wymiaru sprawiedliwości, a mianowicie niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Chodzi tu o przewidziany konstytucyjnie ustrojowy wymóg lojalności do wartości, na których ufundowano demokratyczny wymiar sprawiedliwości oraz do określonej kultury pełnienia służby sędziowskiej. Warto może nadmienić, że istota tego zarzutu wiąże się nie tyle z samym faktem wyboru członków Rady przez izbę parlamentu, ile z tym, że do takiego głosowania są dopuszczane osoby pozbawione jakiegokolwiek wiarygodnej legitymacji pochodzącej ze środowiska sędziowskiego, wobec braku wymogu posiadania odpowiedniego poziomu poparcia z obszaru tej niezależnej od innych władzy. Wręcz przeciwnie, w praktyce umocowanie tych kandydatów wynikało z poparcia małych grupek sędziów, często związanych z funkcjonowaniem obecnego aparatu władzy wykonawczej, i wyboru kadrowego dokonanego przede wszystkim w ośrodku resortu sprawiedliwości. Decyzje kadrowe członków Rady, poza ogólnym przygnębiającym obrazem rozumowania i kultury funkcjonowania tego gremium, czasem wprost wskazują na zależności od środowiska politycznego, a czasem w sprawach indywidualnych tej relacji w żaden sposób nie ujawniają. Trzeba to odnotować. Rzeczą oczywistą jest przecież, że w obecnych warunkach zupełnie inaczej przedstawia się kontekst decyzyjny Krajowej Rady Sądownictwa w wyborze w konkursach do Sądu Najwyższego, zwłaszcza wtedy, gdy ten stał się miejscem opozycji wobec samej Rady i promotorów wprowadzanych zmian w wymiarze sprawiedliwości, a inaczej w przypadku konkursów do sądów powszechnych, zwłaszcza tych niższego szczebla. Konstrukcyjnie jest oczywiście tak samo – tego samego ro-

dzaju są to konkursy, te same cechy ma Rada, ale to właśnie kontekst decyzji się różni. Spoglądając na to od drugiej strony, od strony osoby ubiegającej się o powołanie do sądu, czymś innym jest korzystanie z procedury awansowej i poddanie się możliwie nieupolitycznionym kryteriom oceny – które przecież może zastosować obecna Krajowa Rada Sądownictwa – od tych konkursów, gdzie akces do sądu powszechnego wysokiego szczebla lub Sądu Najwyższego w tych warunkach nie może być rozumiany inaczej jak „nie-biernosc” – włączenie się w trwający proces deformacji systemu wymiaru sprawiedliwości. Nie jest rzeczą prostą, jak zrozumieć znaczenie tego swego rodzaju akcesu – czy tworzy on pytanie o etyczność takiego wyboru, czy o zdolność do wykonywania funkcji sędziego, czy może o legitymację instytucjonalną sądu z taką obsadą składu? Chodzi tu o zasadniczą wątpliwość, czy w określonej sprawie pomimo udziału w jej rozstrzygnięciu sędziego powołanego w toku postępowania nominacyjnego z udziałem nowej Krajowej Rady Sądownictwa doszło do naruszenia standardu rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą¹. Chciałbym jednak sformułować ją w sposób dalej idący, bardziej generalny i rozważyć, jaka jest powinność zawodowa i etyczna osoby rozważającej ubieganie się o powołanie w procedurze z udziałem obecnie ukształtowanej Krajowej Rady Sądownictwa, a tym bardziej tej, która w wyniku tej procedury została następnie aktem Prezydenta RP umocowana do orzekania w danym sądzie.

Przypadki są różne. To także trzeba odnotować. Chodzi bowiem zarówno o powołanie osób pełniących funkcję sędziowską do sądu postrzeganego jako kolejny szczebel w ich karierze w sądownictwie, jak również – co jeszcze bardziej istotne – osób po raz pierwszy zaliczanych do grona osób włączonych w sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, wcześniej nigdy nieweryfikowanych przez uprzednio funkcjonujący system powoływania sędziów, zwłaszcza gdy powołanie to następuje do sądów o kluczowym znaczeniu w wymiarze sprawiedliwości ze względu na ich funkcję. W skrócie rzecz ujmując, jeżeli w przywołanej na początku tekstu odpowiedzi o treści: „Jestem Sędzią Sądu Najwyższego” wyrażono zdolność do orzekania w Sądzie Najwyższym, w przywołanej treści można było ją udzielić w zasadzie tylko wtedy, gdy uznało się, że akt konwencyonalny Prezydenta RP jest wystarczający do uzyskania umocowania do orzekania przez sędziego powołanego do konkretnego sądu, zaś zasady wyni-

¹ Tak słusznie SA w Gdańsku w post. z 14.10.2021 r., II AKa 154/21, Legalis, z powołaniem się na m.in. wyr. ETPC: z 1.12.2020 r., 26374/18, w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, Legalis oraz z 22.7.2021 r., 43447/19, w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*, Legalis.

kające z uchwały trzech połączonych izb Sądu Najwyższego – zasadzie prawnej określających m.in. status sędziów Sądu Najwyższego powołanych do urzędu w konkursie przeprowadzonym przez (obecnie funkcjonującą) Krajową Radę Sądownictwa², które nakazywałyby udzielić innej odpowiedzi, nie są wiążące wobec stwierdzenia przez (obecnie funkcjonujący) Trybunał Konstytucyjny niezgodności z Konstytucją RP tej wypowiedzi Sądu Najwyższego rozumianej – w zdecydowanie innowacyjnym rozumowaniu – jako akt normatywny³. Wypowiedź ta stanowi również do pewnego stopnia zaprzeczenie zasadności poglądów wyrażanych w orzecznictwie sądów europejskich, odnoszących się wprost do sytuacji wymiaru sprawiedliwości w Polsce, w myśl których nieprawidłowość, której dopuszczono się przy powołaniu sędziów w ramach danego systemu sądownictwa, pociąga za sobą naruszenie wymogu dotyczącego ustanowienia sądu na mocy ustawy, w szczególności gdy nieprawidłowość ta ma taki charakter i wagę, że stwarza ona rzeczywiste ryzyko, iż pozostałe władze, w szczególności władza wykonawcza, będą mogły skorzystać z nienależnych im uprawnień dyskrejonalnych, zagrażając prawidłowości skutku, do którego prowadzi procedura powołania, i wzbudzając w ten sposób w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności danego sędziego lub danych sędziów, co ma miejsce, gdy dotyczy to podstawowych norm stanowiących integralną część ustroju i funkcjonowania tego systemu sądownictwa⁴. Oczywiście można wypowiedź postrzegać inaczej i sięgnąć do rozróżnienia między samym statusem sędziego Sądu Najwyższego, otrzymywanym w wyniku nominacji przez uprawniony do tego ustrojowo podmiot, dalej możliwością orzekania w sprawach abstrakcyjnych pytań prawnych, a w końcu

² Por. pogląd zaprezentowany w uchw. SN – zasadzie prawnej z 23.1.2020 r., BSA I-4110-1/20, OSNK 2020, Nr 2, poz. 7.

³ W wyr. z 20.4.2020 r., U2/20, OTK-A 2020, poz. 61, Trybunał Konstytucyjny uznał, że uchw. SN – zasada prawna z 23.1.2020 r. jest niezgodna z art. 179, 144 ust. 3 pkt 17, art. 183 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 7 i 2 Konstytucji RP, art. 2 i 4 ust. 3 TUE oraz art. 6 ust. 1 EKPC. Por. stanowisko SN, zaprezentowane w post. z 16.9.2021 r., I KZ 29/21, Legalis, a następnie powtórzone w post. z 29.9.2021 r., IV KZ 47/21, Legalis, jak również wypowiedź ETPC w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*, gdzie Trybunał stwierdził, iż nie podziela poglądu, jakoby uchw. SN – zasada prawna z 23.1.2020 r. uległa dezaktualizacji wskutek wyr. TK z 20.4.2020 r., U 2/20, Legalis.

⁴ Wyr. TSUE z 6.10.2021 r., w sprawie C-487/19, Legalis, pkt 130, 131; por. wyr. TSUE: z 19.11.2019 r., w sprawie C-585/18 i in., Legalis, pkt 133; z 2.3.2021 r., w sprawie C-824/18, Legalis, pkt 122; z 15.7.2021 r., w sprawie C-791/19, Legalis, pkt 97; z 16.10.2021 r., w sprawie C-487/19, Legalis, pkt 147; z 19.11.2019 r., w sprawie C-585/18 i in., Legalis, pkt 134; z 2.3.2021 r., w sprawie C-824/18, Legalis, pkt 123; z 15.7.2021 r., w sprawie C-791/19, Legalis, pkt 98; z 16.10.2021 r., w sprawie C-487/19, Legalis, pkt 148; z 19.11.2019 r., w sprawie C-585/18 i in., Legalis, pkt 142, 143–144.

zdolnością do obsady składu orzekającego w sprawie indywidualnej dla zagwarantowania właściwych cech sądu względem obiektywnego obserwatora, zwłaszcza uczestnika postępowania. Trzeba bowiem podkreślić, że funkcjonujące w orzecznictwie kryteria badania bezstronności i niezawisłości sądu ustanowionego ustawą dotyczą bezpośrednio tego ostatniego wymiaru; pozwalają na odmowę uznania tej zdolności w przypadku wystąpienia jednej z trzech przesłanek: oczywistego naruszenia prawa krajowego w powołaniu sędziego, braku zdolności sądownictwa do wykonywania swoich funkcji bez nadmiernej ingerencji, a tym samym naruszenia zasad państwa prawa i podziału władz, w końcu przesądzenia, czy uprzednie naruszenia mają w konkretnej sprawie wpływ na gwarantowane prawa jednostki (zob. kryteria wypracowane w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*). Nieco inaczej ujął to SN w uchwale – zasadzie prawnej z 23.1.2020 r., nakazując badać:

- 1) stopień wadliwości danego postępowania konkursowego,
- 2) okoliczności odnoszące się do samego sędziego biorącego w nim udział oraz
- 3) charakter sprawy, w której orzeka sąd z udziałem takiego sędziego.

§ 2. Kryzys uznawalności

Sposobów na zdefiniowanie kryzysu wokół wymiaru sprawiedliwości, wywołanego zmianami SNU, a przede wszystkim KrRadSądU, jest wiele. Wynikają one z tego, że jest on wielowymiarowy, wieloźródłowy i skrajnie podporządkowany szczególnej racjonalności politycznej – arbitralnie wyznaczanym celem przez sprawujących władzę przy zdeformowaniu dotychczasowego sposobu odczytywania wzorców konstytucyjnych i stopnia związania nimi w ustawodawstwie zwykłym⁵. Utrudnia ten proces koncentrujący uwagę dwugłós w środowisku sędziowskim odnoszący się do tej samej rzeczywistości, który ostatecznie jest zarazem kluczowym skutkiem, jak i trwającą przyczyną procesu pogłębiania się zapaści w kondycji polskiego sądownictwa. Składają się nań zatem działania ustawodawcy, deformacja roli sądu konstytucyjnego, postrzeganie – zresztą wzajemne – zachowania wiodących uczestników zdarzeń jako „polityków w togach sędziowskich”, w końcu proces pacyfikowania opo-

⁵ W. Brzozowski, *Whatever Works: Constitutional Interpretation in Poland in Times of Populism*, w: F. Gárdos-Orosz, Z. Szente (red.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Routledge 2021, s. 174–193.

mentów wprowadzanych reform w wymiarze sprawiedliwości, zresztą jak dotąd wciąż niezakończony.

W mojej ocenie najlepiej oddaje istotę tego zaburzenia, jego wymiar i skutki pojęcie „kryzysu uznawalności” orzeczeń sądów. Brak widocznych oznak niezawisłości lub bezstronności może podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w jednostkach w społeczeństwie demokratycznym i w państwie prawnym⁶ ze względu na wolność danych sędziów od czynników zewnętrznych oraz ich neutralność względem ścierających się przed nimi interesów, o których orzekają (*impartiality*). Kiedy bowiem od rozstrzygnięć sądów zależy to, jak będą wyglądały losy obywateli, konieczne jest powstawanie stanu mocy wiążącej instytucjonalnego przesądzenia orzeczniczego o skutkach danego zdarzenia, niezbędna jest jego definitywność i brak wątpliwości co do jego obowiązywania i wiązania innych organów oraz podmiotów prywatnych. Cechy te są rozpoznawane w procesie stosowania prawa między organami i jednostkami, wiążą się z właściwościami organu, który wydaje określone rozstrzygnięcie, dostępnością środków zaskarżenia, ale przede wszystkim zdolnością tego organu do wywiązania się przez państwo z zasady lojalności wobec obywateli demokratycznego państwa prawa. Ta zaś, przynajmniej w systemie demokracji liberalnej, która stanowi wiodący zamysł ustrojowy kultury europejskiej, wymaga zapewnienia dostępu do niezawisłego i bezstronnego sądu, który może uczciwie zderzyć interes obywatela i interes władzy politycznej bez obaw o ryzyko sprowokowania rządzących do interwencji w ustroj sądów lub w los konkretnego sędziego w związku z czynnościami orzeczniczymi, czy też oddać w orzeczeniu refleks racjonalności władzy wykonawczej, która decydowała o powołaniu konkretnej osoby do sądu.

Uznawalność rozstrzygnięcia sądów jest sama z siebie wielowymiarowa, nie wszystkie z nich są włączane wprost do standardu niezależnego i niezawisłego sądu, choć pośrednio będą miały istotne znaczenie⁷. Bez wątplenia jest ona wynikiem sposobu ukształtowania procedury, możliwości rozpoznania sprawy, przestrzeni zawodowej, rozumowania sądu, środków zaskarżenia i interesów procesowych, a w końcu zdolności do podejmowania decyzji, w tym umiejętności człowieka, który te decyzje formułuje, jego zdolności osobowej do tego, by taką decyzję podjąć, oraz odbioru prawidłowości jego umocowania.

⁶ Tezę tę wypowiada przykładowo wyr. TSUE z 19.11.2019 r., w sprawie C-585/18, Legalis, pkt 125; wyr. TSUE: z 26.10.2021 r., w sprawie C-284/18, pkt 119; z 6.10.2021 r., w sprawie C-487/19, Legalis, pkt 110.

⁷ Zob. kryteria szczegółowe wypracowane w post. SA w Gdańsku z 14.10.2021 r., II AKA 154/21, pkt IV uzasadnienia.

To jednak nie jest wystarczający zespół warunków, choć w obrocie prawnym rozstrzygająca jest właściwa kognicja i obsada sądu jako rodząca instytucjonalnie domniemanie prawidłowości orzeczenia. Wspomniany dwugłos w środowisku sędziowskim, pęknięcie, które w nim powstało, tak głębokie i radykalne zarazem, prowadzi jednakże do powstania dwóch odmiennych narracji o rzeczywistości wymiaru sprawiedliwości. Jest to stan ze wszech miar bezprecedensowy w demokratycznym państwie prawnym; tego rodzaju zjawisko znamy wyłącznie z przypadków zmiany ustrojowej lub poddawania obywateli swego rodzaju represjom politycznym, które próbowano legalizować orzeczeniami sądów. W tak fundamentalnej sprawie, jaką jest niezawisłość i niezależność sędziów, doszło tymczasem do trwałej sprzeczności w opisie sytuacji, opartej o na tyle skrajnie różne punkty odniesienia dyskusji, że nie mieszczą się one w przestrzeni racjonalnego dyskursu prawniczego jako dopuszczalne i współlistniejące w obrocie prawnym pozycje argumentacyjne, projekcje możliwych rozwiązań, nawet przy przyjęciu znanego założenia o multicytryczności systemu prawnego i jego odpowiedniego zastosowania do zjawiska „multiargumentacji prawniczej”⁸. Przyjmuje się w sposób oczywisty, że w dyskursie prawniczym wiele jest konkurencyjnych sposobów interpretacji, że różnica w przekonaniach nie świadczy o obiektywnym błędzie jednego z uczestników debaty, ale niejednokrotnie stanowi refleks założeń wyjściowych, które ze względu na ustrojowe umocowanie nie są jednoznacznie przesądzone przez ustawę zasadniczą. Ta prawda ma jednak swój kres. Tak jest w omawianej sprawie. Z dwóch narracji jedna musi być fałszywa albo musi być programowo odrzucona z tego powodu, że współwystępowanie ich dwóch wyklucza możliwość uznawalności poważnej, zresztą coraz większej grupy orzeczeń sądowych. W takiej zaś sytuacji instytucjonalny wymiar sprawiedliwości po prostu nie ma sensu, nie ma on minimalnej zdolności do wywiązania się z konstytucyjnej funkcji sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy. Trudno wyobrazić sobie znacząco większy dylemat w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jak wątpliwość, czy można działać w zaufaniu do prawomocnego, definitywnego rozstrzygnięcia sądu funkcjonującego w strukturze instytucji i procedur sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Moc obowiązywania rozstrzygnięcia wiąże się ze zdolnością do autorytatywności, ma

⁸ Zob. E. Lętowska, Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje, PiP 2005, Nr 4, s. 3 i n.; polemicznie – A. Kalisz, Multicytryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, RPEiS 2007, Nr 4, s. 35 i n.

ona charakter instytucjonalny, wynika z pozycji organu, ale również wywodzi się z kompetencji osoby, która wykonuje te funkcje, jej postawy i siły charakteru, horyzontów intelektualnych oraz zdolności poznawczo-decyzyjnej. W przestrzeni procesu awansu, w której pojawia się kryzys uznawalności, pewna grupa osób, które pełnią dziś funkcję sędziego – mimo udziału w kwestionowanej procedurze powołania – posiada te cechy, inni nie. Nie ma w tym nic zaskakującego, choć problemem mogą pozostawać proporcje. Jednak sam fakt brania udziału w procedurze awansowej z udziałem obecnej Krajowej Rady Sądownictwa stawia pytanie o zdolność instytucjonalną do właściwej obsady sądu przez osobę wyrażającą brak radykalizmu w odniesieniu do oczywistej niemożności pogodzenia wierności dotychczas rekonstruowanemu modelowi wartości stojących u podstaw wymiaru sprawiedliwości w państwie prawa z nowym sposobem kreacji organów rozstrzygających w procedurze awansowej.

Zatrzymując się przez chwilę na zjawisku owego dwugłosu środowisku sędziowskim, warto zauważyć, że kryteria badania niezależności i niezawisłości sądu – o których pisałem wyżej – są związane z usuwaniem wątpliwości mogących powstać u zewnętrznego obserwatora; tak konstruowana jest perspektywa odbioru cech sądu umożliwiających uznawalność systemową jego orzeczeń. Krytyczne jednak w obecnej sytuacji jest to, że rozpoczęło się zjawisko odmowy uznawalności w systemie wewnętrznych odniesień w środowisku osób sprawujących wymiar sprawiedliwości ze względu na udział w nowej procedurze awansowej. I ponownie, ktoś musi mieć rację, albo inaczej – niezbędna jest trwała konwencja orzecznicza niepozostawiająca wątpliwości co do wiążącej mocy orzeczeń trybunałów oraz sądów, które wyznaczyły standard badania cech obsady sądu oraz jej rozpoznanie w praktyce orzeczniczej sądów.

Najdalej sięgającym pytaniem pozostaje to, czy udział w procedurze z udziałem obecnej Krajowej Rady Sądownictwa nie dyskwalifikuje charakteru osoby ubiegającej się o urząd sędziego oraz obsady sądu w sposób formalny, czy nie jest obarczony taką wadą, że odbiera sędziemu cechę indywidualnej niezawisłości. Jest to zatem ponownie zagadnienie instytucjonalne, jak i ściśle osobiste – jeżeli decyzja o udziale w procedurze awansowej ma charakter ustępstwa w pryncypialności, która powinna kierować rozstrzygnięciami sądu, rozumianej jako wierność założeniom ustrojowym, wierność prawu w głębokim wymiarze tego pojęcia. Skoro sędzia ma rozstrzygać o sprawach innych osób, kierujących się w swoich decyzjach różnymi intencjami, czy może nim być, jeżeli sam w swoich sprawach o fundamentalnym charakterze jest koniunkturalny. Oczywiście musimy rozróżnić prawdę przypadków – wybór sę-

dziego, który był wcześniej weryfikowany przez Krajową Radę Sądownictwa, której legitymacji nie kwestionowano, wybór sędziego po raz pierwszy itp. Niemniej, w każdym przypadku sędzia „dotknie” się skazanej procedury, i ten kontakt rodzi pytanie o kondycję tej konkretnej osoby i składu sądu obsadzonego z udziałem tej osoby.

W filozofii prawa tego rodzaju wątpliwość stawia się często z powołaniem się na trzy tezy prawnika czasu przełomu – *Gustawa Radbrucha*. Interpretacje jego formuły obejmują szerokie spektrum między skrajnie przeciwstawnymi pozycjami, głównie ze względu na antynomiczność, intuicyjność, otwartość i elastyczność wypowiedzianych przez niego konstrukcji myślowych⁹. Wskazuje on, że uprzednim niż sprawiedliwość zadaniem prawa jest bezpieczeństwo prawne, porządek prawny nie może być ze swej definicji stanem niepewności czy niebezpieczeństwa prawnego. Natomiast samo prawo jest tym, co służy idei sprawiedliwości i jeżeli tego nie czyni – nie jest prawem. W świetle zawartych tu rozważań na szczególną uwagę zasługuje tzw. trzecia teza *Radbrucha*, w której czynił on prawników, czy też szerzej pozytywizm prawniczy, współodpowiedzialnymi za legitymację i utrzymywanie się reżimu narodowosocjalistycznego. Autor wskazywał, że prawnopozytywistyczna obojętność wobec wartości, na które prawo powinno być zorientowane, nie była co prawda przyczyną nazistowskiego „nie-prawa”, ale korzystnym, bo neutralnym środowiskiem, w którym mogło ono powstać i rozwijać się. Dążenie do zachowania konstytucyjnie określonych zasad praworządności wymagało jego zdaniem od prawników zaangażowania ideowego, któremu przedstawiciele tej profesji, pojmując prawo ściśle formalnie, nie byli w stanie sprostać.

Konstrukcja owej trzeciej tezy nie zastrzega jej aktualności wyłącznie do tak drastycznego państwa stanu wyjątkowego. Wiąże się ona z szerszym pytaniem o to, czy prawnikom powierzono szczególną funkcję społeczną zawodu zaufania publicznego, a więc takiego, który przez nabytą kompetencję będzie utrzymywał fundamenty i racjonalność środowiska normatywnego danego społeczeństwa. Wiemy, że prawnicy się różnią, rozmaicie rozkładają akcenty, nie będzie jednej racji, bowiem w pewnym momencie dyskursu prawnego rzecz sprowadzi się do konwencji argumentacyjnej, którą będziemy traktować jako godną zaufania i do pewnego stopnia uwspólnioną. Kluczowa wątpliwość, jaką chcę wypowiedzieć, sprowadza się do pytania, czy prawnikom powierzono od-

⁹ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001; zob. również D. Bogacz, artykuł recenzyjny w RPEiS 2002, Nr 3, s. 257 i n.

powiedzialność za to, żeby prawo w swej istocie miało zdolność do poradzenia sobie z zamachem na fundamentalne założenia ustrojowe. *G. Radbruch* odpowiada, że w celowości prawa i jego koncepcji obowiązywania istnieje wewnętrzny opornik, który albo odbiera danej regulacji moc obowiązującą ze względu na jej sprzeczność ze sprawiedliwością, albo z odebraniem zdolności do spełnienia celu prawa, jaką jest regulowanie życia społecznego, znosi względem tej regulacji samą cechę prawa. Głęboki sens praworządności wiąże się z tym, że zachowuje ona zdolność do wyjścia z kryzysu, że ma ona potencjał do przywrócenia porządku w założeniach ustrojowych. Wymaga ona udziału prawników, którzy muszą rozpoznać swoje podstawowe powinności, moralne – to też, ale przede wszystkim wynikające z tego, kim są i jaką rolę muszą przyjąć w czasach kryzysu. Realizacją trzeciej tezy *Radbrucha* jest założenie, że prawnicy uczestniczący w kulturze są gwarantami tego, że prawo utrzyma swój sens, że praworządność odrodzi system prawny, który został zdeformowany, wyprowadzi go na prostą. Stąd powtarzana gorzka konkluzja, że wygaszenie państwa prawa musi uzyskać akceptację prawników będących akuszerami tego dogorywania. Konkretyzując te rozważania, trzeba ostatecznie zadać pytanie, jaka jest powinność, którą musi rozpoznać i spełnić sędzia, mierząc się z wątpliwością o bezstronność własną i innych, o uznawalność swoich rozstrzygnięć lub tych, które zapadają z udziałem innego sędziego.

§ 3. Wehikuł sprawiedliwości tranzycyjnej

Nauka prawa zna przypadki podporządkowywania regulacji prawnej oraz stosujących prawo w system nieprawości. Formułowano odpowiedzi na pytanie, jak wyjść z tego stanu, jak przywrócić porządek, który najczęściej był określany jako demokratyczne państwo prawne, rzadziej może jako demokracja liberalna. Nie ma wątpliwości, mimo zmian społecznych i przeobrażeń aksjologicznych, kultura ustrojowa europejska wykorzystuje wehikuł demokracji liberalnej, który wywodzi się – choć rozmaicie dziś rozumianej – z podmiotowości jednostki i gwarancji, jakich udziela mu państwo. Najczęściej jednak w nauce zajmowano się momentami, w których pojawiała się szansa na odbudowę, kiedy proces zaburzenia systemu ulegał osłabieniu, zmierzał ku końcowi. Wtedy otwierała się przestrzeń do użycia instrumentarium prawnego, by dopełnić zmianę, zagwarantować, aby na poziomie uznawalności i siły prawa potwierdzić odmienną rzeczywistość, aksjologicznie nową, tę, do której się dąży. Jest to koncepcja tzw. sprawiedliwości tranzycyjnej, którą mierzy się py-

taniem o głębokość rozliczenia, za pomocą jakich narzędzi prawnych ma dojść do przekształcenia rzeczywistości i weryfikacji ludzi zaangażowanych w budowanie nieprawidłowego systemu prawnego, by zmiana była dostateczna dla odbudowy zaufania do porządku prawnego. Teoria sprawiedliwości tranzycyjnej (okresu transformacji) zakłada propozycję takiego sposobu kształtowania przejściowego porządku prawnego, by ten wykazywał funkcjonalność względem efektywnej demokratyzacji danego porządku społecznego. W większości dyskusji pojawia się opozycja między pozycjami „idealistycznymi” i „realistycznymi”, rozumianymi przez stopień pryncypialności i głębokości rozliczenia uczestników zdarzeń deformujących demokratyczne państwo prawa. Ci pierwsi dążą do odbudowy porządku prawnego w sposób możliwie wolny od osób oraz konwencji związanych z wadliwymi procesami, ci drudzy wskazują na konieczność reintegracji środowiska z udziałem osób, które zachowały zdolność do włączenia się w proces zmiany ku demokracji liberalnej. W tym ostatnim wypadku zwolennicy tego podejścia wskazują na rozwiązania dostępne w określonych warunkach, licząc się z tym, że przemiana systemu będzie następowała przede wszystkim przez zdarzenia symboliczne oraz selektywne rozliczenie najważniejszych aktorów kwestionowanych zdarzeń. Najbardziej istotnym założeniem koncepcji sprawiedliwości okresu transformacji jest szczególne podejście do koncepcji państwa prawa. Zauważa się, że w okresie radykalnej zmiany politycznej system prawny jest jak wzburzona woda w stawie, która traci przejrzystość. Zamiast ułożonej struktury normatywnej staje się konglomeratem idei i aksjomatów, wartości i założeń, które podlegają karykaturalizacji w procesie wykazywania legalności działań władzy, a z drugiej strony tracą na efektywności jako podstawa sprzeciwu wobec deformacji demokratycznego państwa prawa¹⁰. O ile zatem klasycznie pojmowana koncepcja demokratycznego państwa prawa oddziałuje w wymiarze perspektywnym – tworzy program działania państwa, o tyle w okresie transformacji konkretyzuje się w relacji retrospektywnej, ujawnia swą treść przez odbijanie zaburzeń, wyznaczając program i miejsca naprawy. W tych okolicznościach lepiej oddaje go rozumienie jako responsywnie rekonstruowany schemat aksjologiczny państwa¹¹.

¹⁰ Zob. interesująca diagnoza o zjawisku *cherry-picking* – W. Brzozowski, *Whatever Works*, w: *Populist Challenges*.

¹¹ Zob. R. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford 2000, s. 11 i n.; C. Murphy, *The Conceptual Foundation of Transitional Justice*, Cambridge 2017; E.A. Posner, A. Vermeule, *Transitional Justice as Ordinary Justice*, *Harvard Law Review* 2004, Nr 3, s. 765–825.

Warto podkreślić, że koncepcja sprawiedliwości tranzycyjnej nie jest ściśle karnistyczna. Zakłada ona użycie różnych strategii prawnych, administracyjnych, a nawet narracyjnych, których celem jest odbudowa właściwego kontekstu aksjologicznego państwa¹². Dość powiedzieć, że istotną rolę odgrywa w tej sprawie „prawo do prawdy”, do określenia roli i stopnia zbratania się z nieprawością uczestników zdarzeń. Jest to strategia określana zgrabnym angielskim zestawieniem słów: *naming and shaming*¹³. Jest w niej powinność prawdy i wstydu za ustępstwo.

W perspektywie transformacji konieczne jest rozróżnienie „sprawców” naruszeń, pokrzywdzonych tymi zmianami, oraz największej grupy osób biernych, nierozpoznających powinności zaangażowania. Tu sprawa zaczyna być niezwykle delikatna i w przypadku zaburzeń w wymiarze sprawiedliwości wyjątkowa.

Pierwszą okolicznością jest to, że wspomniane role rozkładają się w tytułowej tematyce niniejszego tekstu przede wszystkim w jednym środowisku zawodowym. W przypadku masowych zaburzeń ta ostatnia grupa społeczna jest kompozycją wielu ludzi o różnych zdolnościach poznawczych, powołania społecznego (prawników, ślusarzy, lekarzy i innych). W tym jednak przypadku dotyczy grupy osób, którym powierzono szczególną rolę sprawowania wymiaru sprawiedliwości, od których wymaga się szczególnych kwalifikacji osobistych, na których nakłada się z jednej strony gorset wstrzemięźliwości w bieżących wydarzeniach publicznych, ale z drugiej czyni się ich gwarantami utrzymania systemu prawnego we właściwych założeniach, w swoich fundamentach. Dotyczy to konkretnych rozstrzygnięć, jak i gotowości udziału w kulturze¹⁴. Możemy zatem mówić o rozpoznawaniu powinności w sprawie i powinności w społeczeństwie, wykraczającej poza salę sądową. Może być i tak, że na sali sądowej pojawia się przestrzeń do zajęcia stanowiska, którego wymiar będzie istotnie przekraczał sprawę indywidualną, będzie definiował sprawę ogólną, sprawę bezstronności i możliwości potraktowania rozstrzygnięcia jako rodzącego uznawalność.

¹² T. Obel Hansen, *Transitional Justice: Towards a Differentiated Theory*, Oregon Review of International Law 2011, Nr 13, s. 4–50.

¹³ A. Paige, *Woh Transitions Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice*, Human Rights Quarterly 2009, Nr 31, s. 321–367. Zob. również B. Brodsky, *Re-Ordering Justice: Towards a New Methodological Approach to Studying Transitional Justice*, Journal of Peace Research 2009, Nr 6, s. 819–837.

¹⁴ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998.

Drugą okolicznością jest to, że proces deformacji wymiaru sprawiedliwości się nie skończył. W jakiejś mierze jesteśmy jeszcze przed początkiem okresu transformacji ku odbudowanej koncepcji demokratycznego państwa prawnego i rekonstrukcji uznawalności orzeczeń sądów, o ile ona nastąpi. Możliwe, że czeka nas jeszcze bardziej pogłębioną deformacją zastanych założeń ustrojowych i struktur. Jakkolwiek koncepcje sprawiedliwości tranzycyjnej dają wyobrażenie o przyszłych możliwościach powrotu do nich, o pragmatyce i ograniczonym radykalizmie rozwiązań, by zachowały one zdolność do integrowania środowiska wokół odbudowywanej aksjologii demokratycznego państwa prawa, o tyle ta opcja pozostaje jak dotąd jedynie przyszłą możliwością. Musimy zatem odróżnić powinności okresu deformacji od powinności okresu transformacji. Niemniej ta ostatnia perspektywa, by użyć wyłącznie odwołania do wyłącznie narracyjnych narzędzi określanych jako *naming and shaming*, jest odniesieniem, do którego należy dostroić swoją postawę w okresie deformacji. Jeżeli optujemy za konkretną, zobowiązującą osoby sprawujące wymiar sprawiedliwości wizją i treścią demokratycznego państwa prawa, to skorzystanie z okazji do zmiany własnej sytuacji zawodowej rodzącej się w okresie deformacji tej koncepcji musi być w jakimś wymiarze zarzucalne. To, na ile będzie dyskredytujące względem cechy bezstronności sądu czy w perspektywie przyszłych, potencjalnych narzędzi sprawiedliwości tranzycyjnych, pozostaje sprawą otwartą. Z pewnością zadając pytanie o bezstronność sądu obsadzonego w wyniku procedury z udziałem obecnej Krajowej Rady Sądownictwa, nie jest dziś jasne, czy już teraz możemy używać mitygujących narzędzi sprawiedliwości tranzycyjnej, by zrobić krok do przodu i integrować wspólnotę. Czy akces do obecnego modelu awansu traktować wyłącznie jako kwestię „etyczną”, niedyskwalifikującą z samej zasady już teraz cechy bezstronności sądu, czy też dostrzeżemy w tej postawie czynny udział w osłabieniu zdolności środowiska sędziowskiego do radykalnej odbudowy systemu normatywnego opartego o właściwie pojmowane demokratyczne państwo prawa. Jesteśmy w trakcie procesu, w którym pytanie o powinność jasnej deklaracji wciąż nie zakończyło rezonować. Wciąż sprawą otwartą pozostaje pozycja środowiska sędziowskiego, które będzie albo uczestnikiem przebiegu zdarzeń, koncentrując się na merytorycznym rozpoznawaniu spraw, pozostawiając na boku kwestię wadliwości systemu awansu i proces kadrowej polityzacji wymiaru sprawiedliwości, albo z ryzykiem osobistej odpowiedzialności dyscyplinarnej będzie zwracać na to instytucjonalną uwagę.

§ 4. Powinności

Jeżeli stosując prawo, bierzemy za nie odpowiedzialność, potrzeba samookreślenia, udzielenia odpowiedzi na kluczowe pytanie, które zdeterminuje sens życia zawodowego sędziego dziś i w przyszłości, jest oczywista. W tym przypadku sędzia bierze odpowiedzialność za sens uznawalności i praworządności, za to, czy udział w procesie stosowania prawa będzie związany z realizacją owego potencjału praworządności, który broni zasad i przywraca równowagę. Im dłużej będzie trwała deformacja bez powszechnego sprzeciwu orzeczniczego, tym mniejszy będzie potencjał praworządności do przywrócenia równowagi, do odbudowy założeń ustrojowych, by odwrócić bieg deformujących zdarzeń. Im więcej sędziów dotknie się wadliwej procedury awansowej, im więcej orzeczeń zostanie wydanych z ich udziałem, tym trudniej będzie wyjaskrawić ową nieprawidłowość, tym mniejsza będzie zdolność środowiska, by ją w sposób pryncypialny zdefiniować, i zarazem tym większa będzie musiała być pragmatyczność rozwiązań sprawiedliwości tranzycyjnej. Treść powinności uczestników zdarzeń w czasach kryzysu uznawalności stanowi odpowiedź na fundamentalne pytanie o kryteria bezstronności sądu i niezawisłości sędziów, na nowo je definiuje, pokazuje ich głębsze pokłady, czyni z nich podstawową ścieżkę, na której praworządność ma szansę zachowania zdolności do tego, by się odbudowywać. Trzeba pamiętać, że w przyszłości, gdyby oceniać abstrakcyjnie narzędzia, którymi będzie można, o ile będzie można, przywracać właściwy porządek rzeczy, literatura analizująca okres transformacji nie wskazuje na ich głęboką pryncypialność. Przyjmuje się, że najczęściej zdolność do porządkowania przychodzi z zewnątrz, że odmawia się strukturalnie autorytatywności sądu związanego z poprzednią władzą, który legitymizuje rozstrzygnięcia polityczne. W końcu, że ową przemianę przeprowadza się przez zdarzenia wzorcowe, dotyka się nimi osoby będące nośnikiem zaburzenia. Do tego dochodzą narzędzia o charakterze administracyjnym, dyscyplinarnym, historycznym, które uzupełniają przestrzeń zmiany (zakaz pełnienia funkcji, ograniczenie możliwości rozpoznania sprawy). Trudno je dzisiaj w całości projektować wobec braku pewności co do przestrzeni, w której nastąpi definitywna deformacja. Jedno jest pewne, nie da się poradzić w przyszłości bez udziału sędziów, przy których statusie pojawia się wątpliwość. Ich zbratanie się z tą procedurą awansową uniemożliwi pryncypialną i klarowną odpowiedź, zachowującą zdolność do inkluzywności w tym środowisku.

Kluczową sprawą, jaka wynika z dotychczasowych rozważań, jest przekonanie o niemożności zajmowania postawy określanej mianem symetryzmu, której przejawem jest niedostrzeganie orzecznicze wątpliwości dotyczących obsady sądu w związku z procedurą nominacyjną. Owo dostrzeżenie prowadzi natomiast do konieczności pogłębienia pojęć związanych z obsadą sądu (koncepcji bezstronności), ustosunkowania się do zagadnienia mocy wiążącej materiału normatywnego w systemie prawnym wobec wielości wypowiedzi orzeczniczych i krzyżowania się orzecznictwa, i w końcu podejmowania decyzji orzeczniczych w obszarze ryzyka osobistego, co jest sytuacją całkowicie nietypową dla osób sprawujących wymiar sprawiedliwości. Oto najważniejsze z tych powinności.

Po pierwsze, niezależnie od tego, że to ustawodawca ponosi odpowiedzialność za rozwiązanie konkretnych problemów ustrojowych związanych z wymiarem sprawiedliwości, tego samego rodzaju odpowiedzialność spoczywa na osobach sprawujących władzę sądowniczą. Jest to zasada potwierdzona wyrokami sądów europejskich, w myśl których jeśli w omawianej problematyce sąd krajowy stwierdzi niezgodność jakiegoś rozwiązania wewnętrznego z prawem ponadnarodowym, to powinien je pominąć i zastosować się w swych ocenach do zobowiązań wynikających z tego drugiego. Ani Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ani Europejski Trybunał Praw Człowieka nie zdecydowały się przejąć tej odpowiedzialności na siebie, a sędzia krajowy nie ma najmniejszego prawa od niej uciekać.

Po drugie, konieczne jest jednoznaczne ustosunkowanie się do zagadnienia, czy Krajowa Rada Sądownictwa w składzie ukształtowanym w oparciu o zmiany wprowadzone przez ZmKrRadSądU daje gwarancję niezależności od władzy wykonawczej i ustawodawczej, jak również czy ustawowy kształt regulacji dotyczących procesu nominacji sędziowskich wskazuje, że zachodzi istotne ryzyko – dodatkowo wzmocniane rangą obsadzanych stanowisk sędziowskich – pozamerytorycznego, w tym politycznego wpływu na decyzje Krajowej Rady Sądownictwa w tym zakresie. Ustosunkowanie to powinno wynikać z odpowiedniego zastosowania wzorców kontroli ustawodawstwa zwykłego oraz uwzględnienia rozstrzygnięć orzeczniczych wiążących sądy powszechne, w tym uchwały SN – zasady prawnej z 23.1.2020 r.

Po trzecie, obowiązkiem sędziów jest minimalizowanie ryzyka naruszenia prawa obywateli RP oraz wszystkich innych uczestników postępowań sądowych do niezależnego i bezstronnego sądu ustanowionego zgodnie z prawem w sposób określony w uchwale SN – zasadzie prawnej z 23.1.2020 r., w tym odpowiednia obsada składów orzekających w sposób ograniczający prawdopodob-