Głos do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 stycznia 2020 r., sygn. akt I OSK 1917/18

Postanowieniem o sygn. akt I OSK 1917/18 Naczelny Sąd Administracyjny [dalej: NSA] oddalił wniosek o wyłączenie sędziego NSA z powodu wadliwości powołania „nowej” Krajowej Rady Sądownictwa. Sąd wskazał, że o zasadności takiego wniosku przesądzają okoliczności „konkretnej sprawy”, a nie jego „generalny charakter” oraz odwołał się do tradycyjnego, konstytucyjnie uzasadnionego znaczenia prezydenckiego aktu powołania sędziego (uprawniającego osobę powołaną do orzekania). Przeciwnie rozstrzygnięcie prowadziłoby do daleko idących konsekwencji ustrojowych: a) kreowałoby dotychczas niedopuszczalną sądową kontrolę dyskrejonalnych aktów prezydenta; b) przesunąłoby „ciężar dowodu” (o istnieniu braku bezstronności sędziego) z podmiotu wnioskującego wyłączenie na sędziego; c) zmieniałoby funkcję wniosku, który stawałaby się środkiem „walki” o pożądany kształt procedury nominacyjnej sędziów. Należy więc uznać, że ukształtowanie ustroju KRS i procedury nominacyjnej ma charakter generalny i co do zasady wyabstrahowany z kontekstu okoliczności konkretnej sprawy.

SŁOWA KLUCZOWE: wniosek o wyłączenie sędziego, prezydencki akt powołania sędziego, Krajowa Rada Sądownictwa

Commentary to the decision of the Supreme Administrative Court of 27 January 2020, ref. No. I OSK 1917/18

With its decision ref. No. I OSK 1917/18, the Supreme Administrative Court dismissed the motion for exclusion of a judge on the basis of the defectiveness of the appointment of the “new” National Council of the Judiciary. The Court pointed out that the reasons for a motion are decided by the circumstances of a “specific case”, and not its “general nature” and referred to the traditional, constitutionally justified significance of the President’s act of appointing a judge (a person authorized to adjudicate). An opposite decision would lead to far-reaching systemic consequences: (a) it would establish judicial oversight of the President’s discretionary acts, thus far unacceptable; (b) it would transfer the “burden of proof” (of a judge’s lack of impartiality) from the party requesting exclusion of a judge; (c) it would change the nature of the motion, which would become an instrument in the “battle” for the desired nominating procedure for a judge. Hence, it shall be stated that the formation of the system of the National Council of the Judiciary and the nominating procedure is of general nature and as a rule abstracts from the circumstances of a specific case.

KEY WORDS: motion for exclusion of a judge, presidential act of appointing a judge, National Council of the Judiciary

1. Postanowieniem z 27 stycznia 2020 r. (sygn. akt I OSK 1917/18) Naczelny Sąd Administracyjny oddalił wniosek o wyłączenie sędziego NSA Mirosława Wincenciaka w sprawie ze skargi kasacyjnej burmistrza R. od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 16 stycznia 2018 r. (sygn. akt II SAB/Kr 253/17) w sprawie ze skargi B.W. na bezczynność burmistrza R. w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej.

Wnioskodawca wskazał na wadliwość powołania Krajowej Rady Sądownictwa [dalej: KRS], której skład, „nie spełniał kryteriów wynikających z art. 187 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”. W związku z tym, jego zdaniem, „uchwały KRS w składzie sprzecznym z prawem, należy traktować jako wadliwe”, a tym samym nie można przyjąć, aby „wniosek skierowany do Prezydenta pochodził od podmiotu ukształtowanego zgodnie z prawem”. Ponadto w jego opinii „niedopuszczalne jest przyjęcie poglądu, że akt powołania sędziego przez Prezydenta sanuje wadliwość procedury nominacyjnej przed KRS”. W tym ujęciu okoliczności, które mogłyby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie, będące podstawą wyłączenia sędziego (art. 19 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. — Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹, dalej p.p.s.a.), wynikają z braku „niezależności organu biorącego udział w procesie nominacyjnym”. Sposób działania KRS został bowiem zakwestionowany w wyroku Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r., sygn. akt III PO 7/18 [dalej: wyrok SN], wydanym po udzieleniu temu Sądowi odpowiedzi przez wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19 listopada 2019 r. [dalej: wyrok TSUE] w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18 (ECLI:EU:C:2019:982).

W związku z powyższym sąd administracyjny, decydując o losach tego wniosku, musiał ustalić: charakter okoliczności uzasadniających wyłączenie sędziego, w szczególności dopuszczalność wyłączenia sędziego z powodu ewentualnych wadliwości procedury nominacyjnej sędziego, a także znaczenie jakie dla oceny ww. wniosku posiadają; rozstrzygnięcia sądowe odnoszące się do szeroko rozumianych gwarancji bezstronności sądu oraz akt prezydenckiego powołania sędziego.

2. Naczelny Sąd Administracyjny, oddalając ten wniosek, wskazał, że wnioskodawca dostrzegł wątpliwości co do bezstronności sędziego „nie w przymiotach osobowościowych sędziego” ani „okolicznościach związanych z indywidualną oceną zachowania sędziego lub jego związku ze stronami postępowania”, lecz wyłącznie w nieprawidłowym jego zdaniem powołaniu KRS, co nie stanowi „wystarczającej podstawy do uwzględnienia zgłoszonego wniosku” (pkt 3 i 11). Tym samym NSA nawiązała do wcześniejszego orzecznictwa, zgodnie z którym o zasadności wniosku o wyłączenie sędziego przesądza wykazanie, że „w tej konkretnej sprawie dany sędzia nie będzie mógł swobodnie i niezależnie od okoliczności osobistych a także zewnętrznych rozpoznać sprawę i wydać orzeczenie”². Wniosek oparty wyłącznie na wadliwości powołania KRS należałoby więc zakwalifikować jako „nieuprawdopodobniający w dostateczny

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2325 ze zm.

² *Vide* wyrok TK z 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04, do którego NSA się odwołał (pkt 4).

sposób przyczyny wyłączenia”³ i niedopuszczalny ze względu na „zarzut o generalnym braku bezstronności danego sędziego w oderwaniu od specyfiki i okoliczności konkretnej sprawy”. Przesłanki będące podstawą wyłączenia sędziego powinny bowiem „pozostawać w związku przyczynowym między ich wystąpieniem a powstaniem oceny sądu w taki sposób, że prawdopodobne jest, iż w tych okolicznościach sędzia może okazać się nieobiektywny”⁴. Należy zauważyć, że owa „generalność zarzutu” w sposób jednoznaczny koresponduje z wyrażonym w komentowanym postanowieniu poglądem o konieczności odrzucania „wszelkiego automatyzmu postępowania” przy rozpatrywaniu wniosków o wyłączenie, gdyż zdaniem NSA przeczyłoby to celom, dla których ustanowiono przesłanki o tzw. względnym charakterze (pkt 4)⁵.

Należy także wskazać, że przesłanki te są w podobny sposób postrzegane przez sędziego objętego przedmiotowym wnioskiem. Sędzia ten oświadczył bowiem (9 stycznia 2020 r.), że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wyłączenia, zaś po podjęciu przez SN uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 23 stycznia 2020 r. (sygn. akt BSA I-4110-1/20) podkreślił (27 stycznia 2020 r.), że „nie znajduje podstaw do wyłączenia od orzekania w sprawie”. Ponadto sędzia ten, „powołując się na swój dorobek naukowy i zawodowy, a także wysoką ocenę w postępowaniu konkursowym przed Naczelnym Sądem Administracyjnym — uznał za krzywdzące sugestie” wnioskodawcy, że „został powołany na stanowisko sędziego NSA na wniosek KRS podjęty z innych powodów niż właściwe dla rzetelnej procedury zmierzającej do obsadzenia stanowiska sędziego”.

3. Naczelny Sąd Administracyjny, rozpatrując wniosek o wyłączenie sędziego, przypomniał rozstrzygnięcia sądów administracyjnych, w których zgłoszone zostały zdania odrębne ze względu na to, że w składach wydających te rozstrzygnięcia zasiadali sędziowie powołani na wniosek obecnej KRS (tj. w składzie, której zasiadają sędziowie wybrani przez Sejm)⁶. Źródłem wątpliwości tam wyrażonych były pytania prejudycjalne do TSUE zadane przez SN w postępowaniu o sygn. akt III PO 7/18. Po udzieleniu

³ *Vide* postanowienie NSA z 4 listopada 2014 r., sygn. akt I OZ 938/14.

⁴ *Vide* postanowienia NSA z: 26 stycznia 2012 r., sygn. akt II FZ 15/12; 2 lipca 2014 r., sygn. akt II OZ 648/14.

⁵ NSA nie wprost nawiązał do wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego „automatyzmu wyłączenia sędziego”. *Vide* np. postanowienie NSA z 27 sierpnia 2014 r. (sygn. akt II FZ 1210/14), w którym NSA wskazał, że wyłączenie sędziego „nie może następować automatycznie. W każdej sprawie należy indywidualnie oceniać, czy i na ile okoliczności mają wpływ na ich bezstronność”.

⁶ W uzasadnieniu komentowanego postanowienia wskazano na następujące rozstrzygnięcia: wyroki NSA z 6 grudnia 2019 r., sygn. akt: I GSK 1505/18, I GSK 1480/18, I GSK 1610/18, I GSK 1454/18, I GSK 1511/18, I GSK 1646/18 i z 29 listopada 2019 r., sygn. akt: I GSK 173/17, I GSK 174/17, I GSK 175/17, I GSK 188/17, I GSK 189/17, I GSK 190/17, I GSK 192/17, I GSK 191/17, I GSK 193/17, I GSK 194/17, I GSK 195/17, I GSK 255/17, I GSK 256/17, I GSK 257/17, I GSK 258/17, I GSK 259/17, I GSK 552/19; postanowienia WSA w Opolu z 19 listopada 2019 r., sygn. akt: II SA/Op 309/19, II SA/Op 342/19; postanowienie WSA w Opolu z 12 listopada 2019 r., sygn. akt II SA/Op 235/19; wyrok WSA w Opolu z 19 listopada 2019 r., II SA/Op 321/19; nieprawomocne wyroki WSA w Warszawie z 23 grudnia 2019 r., sygn. akt: V SA/Wa 1203/19, V SA/Wa 1204/19, V SA/Wa 1205/19.

przez TSUE odpowiedzi na te pytania i zakwestionowaniu przez SN (w wyroku z 5 grudnia 2019 r.) niezależności KRS wnioskodawca mógł zakładać zmianę dominującej do tego momentu linii orzeczniczej sądownictwa administracyjnego. Tym samym NSA, rozpoznając jego wniosek, nie mógł nie odnieść się do powyższych orzeczeń.

Naczelny Sąd Administracyjny w sposób jednoznaczny umiejscowił wyrok TSUE w „kontekście” Izby Dyscyplinarnej SN, trafnie wskazując, że sformułowane w tym wyroku kryteria i przywołane okoliczności (pkt 147–151) rozpatrywane odrębnie nie mogą „prowadzić do podania w wątpliwość niezależności organu takiego jak Izba Dyscyplinarna”, jednak ich zbieg (ich łączna ocena) „mógłby prowadzić do innego wniosku, zwłaszcza gdyby [...] badanie dotyczące KRS miało ujawnić brak niezależności tego organu od władzy ustawodawczej i wykonawczej (pkt 152)” (pkt 5 i 8). Przy czym TSUE nakazał sądowi pytającemu (Sądowi Najwyższemu) ustalenie, czy w przypadku Izby Dyscyplinarnej SN występuje ów zbieg wyróżnionych kryteriów i jakie ma znaczenie do końcowej oceny Izby Dyscyplinarnej (pkt 5). Oceny takiej dokonał SN (sygn. akt III PO 7/18), stwierdzając — po analizie wszystkich okoliczności związanych z utworzeniem tej Izby — że łączne ich zestawienie, w tym fakt, że sędziowie tej izby zostali wybrani przez KRS „niedziałający w sposób niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej”, prowadzi do wniosku, że nie jest ona „sądem w rozumieniu art. 47 KPP oraz art. 6 EKPC i art. 45 ust. 1 Konstytucji” (pkt 79 wyroku SN). Ponadto — jak zauważył NSA — SN stwierdził również, że „nie każdy wybór przez obecną Krajową Radę Sądownictwa waży generalnie o wyłonionym sędzie (tak jest w przypadku asesorów, bowiem o ich nominacji decydują przede wszystkim wyniki zdanego egzaminu sędziowskiego)” (pkt 80 wyroku SN).

Sąd administracyjny w uzasadnieniu do komentowanego postanowienia uwzględnił także uchwałę połączonych Izb SN (do której wnioskodawca nie mógł się odwołać, gdyż została ona wydana już po złożeniu w NSA przedmiotowego wniosku), w której stwierdzono, że nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c. zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego SN na wniosek obecnej KRS (tj. w składzie, której zasiadają sędziowie wybrani przez Sejm), w przypadku zaś sędziów sądów powszechnych albo wojskowych powołanych na wniosek tak ukształtowanej KRS „wadliwość procesu powoływania” może „w konkretnych okolicznościach” prowadzić do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności sądu. NSA podkreślił jednak, że „treść tej uchwały nie odnosi się do sędziów NSA i sędziów sądów administracyjnych”, gdyż „sądownictwo administracyjne i Naczelny Sąd Administracyjny cechują się odrębnością od Sądu Najwyższego i sądownictwa powszechnego”. NSA zwrócił także uwagę, że w tej uchwale SN „w odniesieniu do sędziów sądów powszechnych i wojskowych, nie przyjęto zasady automatycznego uznania nienależytej obsady sądu [...] albo sprzeczności składu sądu z przepisami prawa”. Taką tezę NSA wywodzi z faktu połączenia przez SN (pkt 2 uchwały) „przesłanki nienależytej obsady albo sprzeczności składu sądu z przepisami prawa z potrzebą oceny konkretnych okoliczności procesu powoływania sędziego” (pkt 9).

Uzasadnienie do uchwały połączonych Izb zostało opublikowane już po wydaniu komentowanego postanowienia NSA⁷, więc sąd administracyjny nie mógł, nawet gdyby chciał, odnieść się do motywów podjęcia tej uchwały. Niewątpliwie jednak w tych dwóch rozstrzygnięciach wyraźnie zarysowała się różnica w sposobie stosowania wyroku TSUE. O ile NSA interpretował go ściśle, tj. wyłącznie w odniesieniu do Izby Dyscyplinarnej SN, trafnie zaznaczając, że „z wyroku TSUE nie wynika [...] możliwość automatycznego zakwestionowania każdej nominacji na urząd sędziego lub asesora do innego sądu niż Izba Dyscyplinarna” (pkt 8), o tyle SN — zdaje się twierdzić NSA — dokonuje rozszerzającej wykładni tego wyroku (tj. wychodzi poza językowe brzmienie wyroku) uznając, że ewentualne wady powoływania KRS stanowią samodzielną i wystarczającą przesłankę podważania niezawisłości sędziów powołanych z udziałem obecnej KRS — przesłankę możliwą do stosowania przez wszystkie sądy powszechne (stąd warunkowa możliwość stwierdzenia przez sąd odwoławczy „w konkretnych okolicznościach” naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności sądu), do oceny niezawisłości każdego z tak powołanych sędziów.

SN nie tyle więc wykonał wyrok TSUE, ile korzystając z niektórych elementów sformułowanego w nim testu niezależności sądu, z jednej strony dokonał oceny statusu sędziów SN powołanych na wniosek obecnej KRS, z drugiej zaś stworzył możliwość (drogę sądową) oceny wszystkich sędziów (sądów powszechnych i wojskowych) powołanych z udziałem tej Rady⁸. Wyrok TSUE nie daje zaś możliwości „niejako automatycznego, zakwestionowania każdego postanowienia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o powołaniu do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego”, które zostało wydane na wniosek obecnej KRS⁹, czy — idąc dalej — „badania prawidłowości wykonywania czynności jurysdykcyjnych” tak powołanych sędziów¹⁰.

A. Naczelny Sąd Administracyjny „nie podąża drogą” wytyczoną przez SN, a swoim postanowieniem jednoznacznie odwołuje się do tradycyjnego, konstytucyjnie uzasadnionego oraz utrwalonego w judykaturze i w dotychczasowej doktrynie prawa ujęcia zagadnienia, zgodnie z którym „pewność sądu” zapewnia powołanie sędziów w drodze prerogatywy prezydenckiej¹¹. Akt powołania sędziego stanowi bowiem „konstytucyjną

⁷ Uzasadnienie do uchwały połączonych Izb zostało opublikowane 5 lutego 2020 r.; <<http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia2/bsa%20i-4110-1-20.pdf>>, dostęp 7 II 2020.

⁸ Confer M. Dobrowolski, SN i NSA — odmienne oceny statusu sędziego powołanego z udziałem obecnej KRS, „Dziennik. Gazeta Prawna”, 4 II 2020.

⁹ Vide uzasadnienie zdania odrębnego SSN W. Kozielowicza złożonego do uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r., BSA 1-4110-1/20 [dalej: W. Kozielowicz, zdanie odrębne].

¹⁰ W. Kozielowicz, *Tu nie może być zwycięzców*, „Dziennik. Gazeta Prawna”, 10 II 2020.

¹¹ Podważenie, nawet w „łagodnej” formie, ustrojowego znaczenia prerogatywy prezydenta do powoływania sędziów, traktowanej jako podstawowy i przesądzający środek konstytucyjnego zapewnienia „pewności sądu”, prowadzi w sposób nieunikniony do kwestionowania statusu sędziowskiego z powodu różnorodnych wadliwości procedury nominacyjnej sędziów, w tym również przepisów kształtujących KRS i jej rolę w tej procedurze, a w konsekwencji otwiera drogę do uznawania „wadliwości postanowień Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w przedmiocie powołania na stanowiska sędziowskie”. Dopuszczenie zaś

i ustawową kompetencje Prezydenta, która nie wymaga kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów (art. 144 ust. 3 pkt 17 konstytucji)”, a prezydent — zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem i powszechnie zaakceptowanym poglądem — „ma prawo odmowy uwzględnienia wysuniętych przez KRS wniosków, gdy sprzeciwiałyby się one wartościom, na straży których postawiła go Konstytucja” (pkt 10)¹². Takie ustalenie prowadzi NSA do istotnych konkluzji. Po pierwsze, oznacza ono, że „w procedurze nominacyjnej sędziów Prezydent nie pełni jedynie roli zatwierdzającej, ale może sprzeciwić się każdej kandydaturze, w sytuacji kiedy uzna, że nominacja danej osoby na stanowisko sędziego stałaby w sprzeczności z wartościami konstytucyjnymi, do których ochrony został powołany”. Po drugie, „uprawnienia w zakresie powoływania sędziów są osobistymi uprawnieniami Prezydenta, a Konstytucja nie zna prawa podmiotowego dostępu do służby sędziowskiej. To przesądza o niemożności sprawowania kontroli przez sądy administracyjne w zakresie aktów związanych z taką procedurą”¹³. W końcu po trzecie, „w sytuacji, gdy Prezydent nie znalazł podstaw do odmowy powołania na stanowisko sędziego, to Naczelny Sąd Administracyjny w postępowaniu o wyłączenie sędziego nie może dokonywać oceny prawidłowości powołania tego sędziego”. W przekonaniu NSA instytucja wyłączenia sędziego nie służy zatem do kontroli działań prezydenta podejmowanych w ramach jego konstytucyjnych kompetencji określonych w art. 179 i art. 144 ust. 2 i ust. 3 pkt 17 konstytucji (pkt 10).

B. Odwołanie NSA do ustrojowego znaczenia prezydenckiej prerogatywy do powoływania sędziów jest osadzone zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie prawa. W tym kontekście można chociażby przypomnieć uchwałę Sądu Najwyższego z 21 listopada 2001 r.¹⁴, w której SN wprost stwierdził, że poprzez powołanie danej osoby przez Prezydenta RP na stanowisko sędziego, „osoba ta staje się sędzią, czyli osobą uprawnioną do orzekania”. Identyczny pogląd został wyrażany w doktrynie prawa¹⁵, w orzecznictwie NSA¹⁶ oraz TK¹⁷. Przy czym TK rozwinął ten aspekt zagadnienia i wskazał, że „przyjęta konstrukcja powołania sędziego” prowadzi „do nadania sędziemu inwestytury, co *prima facie* mogłoby sugerować przede wszystkim symboliczny charakter powołania.

badania tego, „czy osoba powołana przez Prezydenta [...] w ogóle jest sędzią” albo czy „mimo formalnego posiadania statusu sędziego jest sędzią niezawisłym, a więc «zdolnym do orzekania»” grozi „totalnym zdestabilizowaniem systemu wymiaru sprawiedliwości w Polsce”. Tak trafnie W. Koziulewicz, zdanie odrębne.

¹² Na poparcie swojej tezy NSA przywołał następujące rozstrzygnięcia: wyrok TK z 5 czerwca 2012 r., sygn. akt K 18/09; postanowienia NSA z: 7 grudnia 2017 r., sygn. akt I OSK 857/17; 26 października 2019 r., sygn. akt I OZ 550/19.

¹³ Postanowienie NSA z 25 kwietnia 2019 r., sygn. akt II GZ 62/19.

¹⁴ Uchwała SN z 21 listopada 2001 r., sygn. akt I KZP 28/01.

¹⁵ *Vide np.* Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2019, s. 1271; D. Dauter, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 883, K. Sobieralski, *Wznowienie postępowania sądowoadministracyjnego*, Kraków 2003, s. 207.

¹⁶ *Vide* wyroki NSA z: 26 września 2014 r., sygn. akt I OSK 636/14; 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt I GSK 808/13 oraz postanowienia NSA z: 19 października 2007 r., sygn. akt I OSK 1543/07; 24 czerwca 2008 r., sygn. akt I FSK 362/08.

¹⁷ Wyroki TK z: 8 maja 2012 r. sygn. akt K 7/10; 15 stycznia 2009 r., sygn. akt K 45/07.

Tymczasem powinno ono nie tylko stanowić tytuł do sprawowania władzy sędziowskiej, lecz także określać zakres sprawowania tejże władzy”, gdyż „prawo jurysdykcji, implikuje konieczność przypisania sędziemu w akcie powołania określonego stanowiska i miejsca służbowego”. Przy innej okazji TK wskazał również, że ustanowiona w art. 179 konstytucji norma prawna jest „normą kompletną, jeśli chodzi o określenie kompetencji Prezydenta w zakresie powoływania sędziów, gdyż zostały w nim uregulowane wszystkie niezbędne elementy procedury nominacyjnej”¹⁸. Innymi słowy, akt powołania jest aktem kształtującym status sędziego, nadającym inwestyturę wraz z określeniem zarówno obszaru wykonywania jurysdykcji, jak i zakresu rzeczowego rozpoznawanych spraw. W konsekwencji zdaniem Trybunału ukształtowana bezpośrednio w konstytucji instytucja powołania sędziego oraz osobisty charakter uprawnienia prezydenta w tym zakresie powodują, że „żadna działalność właściwych organów władzy publicznej na etapie wyboru kandydatów, [...] nie może wpływać na ważność dokonanego aktu powołania”. W szczególności na skuteczność powołania przez Prezydenta RP danej osoby „nie mogą wpływać ani wady prawne przepisów obowiązujących na poziomie podkonstytucyjnym dotyczących wyboru kandydatów [...] przedstawianych Prezydentowi RP, ani błędy popełnione przez organ dokonujący wyłonienia kandydatów”. Dodatkowo, jak ustalił TK, „istota prerogatywy Prezydenta RP jest związana z płaszczyzną ustrojową, dlatego nie może być przedmiotem kontroli sądowej”¹⁹. Podobne stanowisko, tyle tylko że w odniesieniu do swoich kompetencji, zajął Trybunał w wyroku dotyczącym sporu kompetencyjnego²⁰. TK stwierdził w nim bowiem, że zgodnie z konstytucją zachowania prezydenta, podejmowane w ramach wykonywania przysługujących mu kompetencji, nie podlegają — jako takie — ocenie przez Trybunał Konstytucyjny²¹.

Badanie ważności lub skuteczności postanowienia Prezydenta RP o powołaniu do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego oraz wynikającego z niego stosunku ustrojowego łączącego sędziego z Rzeczpospolitą Polską nie jest dopuszczalne w jakimkolwiek postępowaniu przed sądem lub innym organem państwowym. Nie jest też dopuszczalne ustalenie istnienia albo nieistnienia tego stosunku na drodze postępowania sądowego²².

C. Dodatkowo w doktrynie prawa wskazuje się, że konstytucyjne ukształtowanie uprawnienia prezydenta w formie prerogatywy powoduje, że jego pozycji nie można „sprowadzać tylko do roli «notariusza» potwierdzającego podejmowane gdzie indziej decyzje”²³. Takie ujęcie współgra z przywołanym już stanowiskiem TK, zgodnie z którym akt powołania nie ma wyłącznie symbolicznego charakteru, a także z wyrażonym

¹⁸ Wyrok TK z 5 czerwca 2012 r., sygn. akt K 18/09. *Confer* postanowienie NSA z 9 października 2012 r., sygn. akt I OSK 1883/12.

¹⁹ *Vide* wyrok TK z 11 września 2017 r., sygn. akt K 10/17.

²⁰ Postanowienia TK z 23 czerwca 2008 r., sygn. akt Kpt 1/08.

²¹ *Confer* wyrok TK z 24 października 2017 r., sygn. akt K 3/17.

²² W. Kozieliwicz, zdanie odrębne z powołaniem postanowienia Sądu Najwyższego z 5 listopada 2009 r., sygn. akt I CSK 16/09.

²³ L. Garlicki, uwagi do art. 179, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. IV, Warszawa 2005, teza 7.

przez NSA w komentowanym postanowieniu poglądem, że „w procedurze nominacyjnej sędziów Prezydent nie pełni jedynie roli zatwierdzającej”. Kompetencja prezydenta do powoływania sędziów ma bowiem charakter władczy i stanowi przejaw wzajemnego oddziaływania władz, a ściślej równoważenia kompetencji władzy sądowniczej przez władzę wykonawczą, do której należy Prezydent RP²⁴. Jest to też kompetencja, która umożliwia prezydentowi realizację konstytucyjnego obowiązku zapewniania ciągłości funkcjonowania władzy sądowniczej²⁵.

Ponadto, jak się wskazuje, konstytucyjna regulacja trybu powoływania na urząd sędziego uzasadniona jest tym, że „stanowisko sędziów wynika przede wszystkim z art. 10 Konstytucji RP, gdyż stanowią oni «substrat osobowy» organów władzy sądowniczej, którą to władzę wykonują w imieniu Narodu, w konstytucyjnym systemie trójpodziału władzy i równowagi władz. Sądy i trybunały występują więc w charakterze bezpośrednich organów suwerena. Uwidacznia się to w sposób szczególny w ferowaniu przez sądy i trybunały wyroków «w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej», a także w powoływaniu sędziów przez osobę stanowiącą «głowę» owej państwowości”²⁶. Inaczej mówiąc, sędziowie wydają wyroki w imieniu państwa, a więc także przez państwo, w osobie prezydenta, są powoływani. W ten sposób prezydent udziela demokratycznej legitymację ich władzy, a jednocześnie jego uprawnienie stanowi czynnik „wzajemnego oddziaływania (równoważenia) władz będących podstawą ustroju RP”²⁷.

D. Dla pełniejszego ukazania kontekstu rozstrzygnięć podjętych w głosowanym postanowieniu zasadnicze znaczenie ma jednak dotychczasowe orzecznictwo sądownictwa administracyjnego. Zagadnienie to wydaje się bowiem nieco bardziej złożone za sprawą owych zdań odrębnych formułowanych pod wpływem pytań prejudycjalnych skierowanych do TSUE przez SN, a odnoszących się do KRS w składzie sędziowskim pochodzącym z wyboru Sejmu. W tym ujęciu sędzia powołany na wniosek KRS w składzie ukształtowanym na nowych zasadach tworzy podstawę do stwierdzenia wadliwości składu sądu. NSA, rozstrzygając przedmiotowy wniosek, musiał ustalić znaczenie wyroku TSUE oraz wyroku SN (sygn. akt III PO 7/18) dla ewentualnej zmiany dotychczasowej linii orzeczniczej w analizowanym tu obszarze. Inaczej mówiąc, po wyroku TSUE przyszedł moment na ocenę zasadności podnoszonych w zdaniach odrębnych zastrzeżeń.

NSA dokonał takiej oceny po analizie wcześniej wymienionych wyroków, a odwołując się do normatywnych konsekwencji pozycji ustrojowej prezydenta w procesie

²⁴ *Vide* K. Weitz, uwagi do art. 179 Konstytucji RP, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, s. 1045–1046; J. Sułkowski, *Uprawnienia prezydenta do powoływania sędziów*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 4, s. 54.

²⁵ *Vide* M. Granat, *Prawo konstytucyjne. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2019, s. 336; A. Frankiewicz, *Kontrasygnała aktów urzędowych Prezydenta RP*, Kraków 2004, s. 125–126. *Confer* wyrok TK z 5 czerwca 2012 r., sygn. akt K 18/09; postanowienie NSA z 9 października 2012 r., sygn. akt I OSK 1883/12.

²⁶ P. Sarnecki, *Zagadnienia samorządu sędziowskiego*, [w:] *Ratio est anima legis*, Warszawa 2007, s. 469.

²⁷ Postanowienie NSA z 9 października 2012 r., sygn. akt I OSK 1883/12.

kreowania osobowego substratu władzy sądowniczej, odrzucił możliwość kwestionowania składu sądu z powodu „wad ustrojowych” KRS. W ten sposób nawiązał do utrwalonej linii orzeczniczej, zgodnie z którą prezydencka prerogatywa do powoływania sędziów ma podstawowe i wyłączne znaczenie dla nabycia statusu sędziego. W orzecznictwie sądownictwa administracyjnego (podobnie jak i TK) zwraca się uwagę, że ma ona podwójny skutek, z jednej strony oznacza przyznanie władzy sądenia (nadanie sędziowskiej inwestytury), z drugiej zaś stanowi podstawę nawiązania stosunku służbowego, jest również postrzegana jako symbol majestatu państwa i jego suwerenność, element konstytucyjnego mechanizmu równowagi i hamowania władzy sądowniczej oraz źródło „autorytetu moralnego sędziów”, w końcu zaś stanowi czynność niezawisłą i dyskrejonalną, która nie podlega kontroli sądu administracyjnego²⁸. W związku z powyższym postanowienie Prezydenta RP o powołaniu do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego, jest aktem dyskrejonalnym, mieszczącym się w zakresie jego osobistej prerogatywy i nie podlega kontroli sądowej²⁹.

Odnosząc te uwagi natury ogólnej do sprawy zainicjowanej złożeniem przedmiotowego wniosku o wyłączenie sędziego (ze względu na zastrzeżenia co do prawidłowości obsady KRS), należy wskazać na dodatkowe aspekty zagadnienia.

Po pierwsze, uwzględnienie przez NSA wcześniej wymienionego wniosku odtworzyłoby drogę sądową do kontroli sądowej dyskrejonalnych aktów głowy państwa, co byłoby sprzeczne nie tylko z doczasowym orzecznictwem NSA, ale przede wszystkim z konstytucyjnie ukształtowanym charakterem owych aktów.

Po drugie, w orzecznictwie administracyjnym przyjmuje się, że „autorytet moralny sędziego” przemawia za wiarygodnością złożonego wyjaśnienia (art. 22 § 2 p.p.s.a.). Jeżeli więc strona żądająca wyłączenia zaprzecza jego prawdziwości, to jest ona „zobowiązana wskazać i udowodnić okoliczności, które podważyłyby wiarygodność oświadczenia sędziego”³⁰. W przypadku będącym podstawą wydania komentowanego rozstrzygnięcia, okoliczności te (jak trafnie ustalił NSA) nie zostały udowodnione, a sędzia oświadczył, że „nie znajduje podstaw do wyłączenia od orzekania w sprawie”. Wniosek o wyłączenie nie zasługiwał więc na uwzględnienie³¹. W ten sposób „autorytet moralny sędziego” (mający swe źródło w akcie prezydenckiego powołania)

²⁸ *Vide* np.: uchwała NSA z 9 listopada 1998 r., sygn. akt OPS 4/98 oraz postanowienia NSA z: 17 października 2012 r., sygn. akt I OSK 1887/12 i I OSK 1889/12; 9 października 2012 r., sygn. akt I OSK 1883/12, I OSK 1874/12; 16 października 2012 r., sygn. akt: I OSK 1889/12; I OSK 1884/12; I OSK 1885/12; I OSK 1886/12; I OSK 1887/12; I OSK 1879/12; I OSK 1878/12 oraz 30 marca 2013 r., sygn. akt I OSK 3129/12; 17 grudnia 2017 r., sygn. akt I OSK 857/17 i 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt I OZ 712/19. *Vide* także m.in. postanowienia WSA z: 18 września 2013 r., sygn. akt II SAB/Gd 85/13; 24 września 2013 r., sygn. akt IV SAB/Wa 170/13; 19 września 2014 r., sygn. akt I SA/Wa 1357/13; 26 września 2014 r., sygn. akt IV SA/Wa 2821/12.

²⁹ *Vide* postanowienia NSA z: 9 października 2012 r., sygn. akt I OSK 1874/12; 7 grudnia 2017 r., sygn. akt I OSK 857/17. *Confer* W. Kozielowicz, zdanie odrębne.

³⁰ Postanowienia NSA z: 30 września 2014 r., sygn. akt II OZ 1001/14; dnia 2 lipca 2014 r., sygn. akt II OZ 648/14.

³¹ Postanowienia NSA z: 21 grudnia 2011 r., sygn. akt I OZ 1067/11; 2 lipca 2014 r., sygn. akt II OZ 648/14.

wzmacnia znaczenie oświadczenia sędziego, a tym samym tworzy wraz z ustrojową rangą prezydenckiej prerogatywy spójną konstrukcję prawną gwarantującą bezwzględny wymóg stabilności i pewności orzecznictwa.

Po trzecie, jeśli — jak przyjmuje się w orzecznictwie — wniosek o wyłączenie sędziego nie może służyć kontroli merytorycznej prawidłowości orzeczeń³², to tym bardziej w tej formie niedopuszczalne jest prowadzenie kontroli prawidłowości sędziowskich powołań. Jak zasadnie wskazał NSA, instytucja wyłączenia sędziego nie służy kontroli działań prezydenta podejmowanych w ramach jego konstytucyjnych prerogatyw (pkt 10). Zakaz prowadzenia merytorycznej oceny prawidłowości rozstrzygnięć sędziego na skutek wniosku o wyłączenie należy więc rozciągnąć na kontrolę prawidłowości stosowania prezydenckiej prerogatywy. Na przeszkodzie dopuszczalność prowadzenia takiej merytorycznej oceny stają bowiem normatywne konsekwencje ustrojowej roli prezydenta w procesie powoływania sędziów.

Po czwarte, jeśli instytucja wyłączenia sędziego nie może służyć eliminowaniu z postępowania sędziów, których strona uznaje za nieodpowiadających jej subiektywnemu pojmowaniu własnych interesów, czy umożliwieniu stronie wybierania składów sędziowskich³³, to tym bardziej nie może stanowić instrumentu rozstrzygania o zastrzeżeniach strony co do istniejącej procedury nominacyjnej sędziów, a więc przesądzać zasadniczych sporów o charakterze ustrojowym.

W konsekwencji powyższych ustaleń należy stwierdzić, że NSA przesądził zagadnienie, które w praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych nie było postrzegane jednoznacznie, tj. uznał, że spory o kształt ustrojowy KRS nie mogą być rozstrzygane za pomocą wniosków o wyłączenie sędziów powołanych na wniosek obecnej KRS (w tzw. „nowym składzie”). Można przyjąć, że zarzut niewłaściwego składu organu wnioskującego o powołanie sędziego nie może stanowić skutecznego środka „walki” o pożądaną procedurę nominacyjną sędziów. Próby takiego stosowania instytucji wyłączenia sędziego muszą więc zostać zakwalifikowane jako oparte na tzw. innych przyczynach niż te, które legły u podstaw tej instytucji i „powinny być traktowane jako nadużycie przyznanego stronie uprawnienia”. Byłoby to więc wykorzystywanie środka służącego realizacji zasady niezawisłości sędziowskiej „w innym celu niż zapewnienie bezstronności orzekania”³⁴.

NSA trafnie łączy instytucję wyłączenia sędziego z nieprawidłowością składu orzekającego. Można rzec, że są to dwie strony tego samego medalu. NSA w swoim uzasadnieniu przypomina, że sprzeczność składu orzekającego z przepisami prawa stanowi przesłankę nieważności postępowania, którą NSA bierze pod rozwagę z urzędu (art. 183

³² Postanowienia NSA z: 19 listopada 2010 r., sygn. akt II FZ 593/10; 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt I OZ 291/11; 8 lipca 2011 r., sygn. akt I OZ 489/11; 1 września 2011 r., sygn. akt I OZ 617/11; 2 lipca 2014 r., sygn. akt II OZ 648/14.

³³ Postanowienia NSA z: 22 lutego 2008 r., sygn. akt II FZ 60/08; 8 maja 2009 r., sygn. akt II FZ 128/09; 2 lipca 2014 r., sygn. akt II OZ 648/14; 1 października 2014 r., sygn. akt II OZ 1008/14.

³⁴ *Confer* ogólne ustalenia dotyczące wyłączenia sędziego przeprowadzone przez J.P. Tarno (*Wyłączenie sędziego w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, [w:] *Państwo w służbie obywateli. Księga jubileuszowa Jerzego Świątkiewicza*, red. R. Hauser, L. Nawacki, Warszawa 2005, s. 231 i n.).

§ 1 pkt 4 p.p.s.a.) każdorazowo przy rozpoznawaniu sprawy, a udział w składzie sądu osoby nieuprawnionej stanowi podstawę (gdy strona przed uprawomocnieniem się orzeczenia nie mogła domagać się wyłączenia sędziego) wznowienia zakończonego postępowania sądowego (art. 271 pkt 1 p.p.s.a.). Tyle tylko, że dla NSA kontrowersje wokół KRS nie mogą przesądzać o uznaniu za „osobę nieuprawnioną” sędziego powołanego przez prezydenta na jej wniosek. W ten sposób rozstrzygnięcia NSA nie można sprawdzać wyłącznie do zagadnienia zakresu zastosowania instytucji wniosku o wyłączenie sędziego, gdyż w istocie — w sposób pośredni — odnosi się ono do problematyki sądu właściwe obsadzonego.

Instytucja wyłączenia sędziego jest środkiem umożliwiającym „w konkretnie danej sprawie” eliminowanie sytuacji, w których mogłoby dochodzić do nieprawidłowości w obsadzie składu sądu. Z tego punktu widzenia jest to środek o zindywidualizowanym i konkretnym charakterze. Natomiast ukształtowanie ustroju KRS i procedury nominacyjnej ma charakter generalny i — co oczywiste — wyabstrahowany z kontekstu okoliczności konkretnej sprawy toczącej się przed konkretnym sądem. Ze swej istoty nie może więc posiadać owego „elementu indywidualizującego”, tym samym „siłą rzeczy” nie może służyć elastycznej, tj. adekwatnej reakcji na okoliczności cechujące konkretne postępowanie sądowe. Ponadto sugerowanie bezwzględnej zależności między sędziowską niezawisłością a określonym kształtem sędziowskiej procedury nominacyjnej znacznie upraszcza zagadnienie i może być postrzegane (przede wszystkim przez osoby ją przechodzące) za krzywdzące (co wprost wyraził sędzia, którego dotyczył wniosek rozstrzygany przez NSA), a nawet uznane za naruszenie dobrego imienia takich osób.

*Marek Dobrowolski**

* **Dr hab. Marek Dobrowolski**, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, sędzia Sądu Najwyższego, marek.dobrowolski@kul.pl, <https://orcid.org/0000-0002-5201-6042>