

POSTANOWIENIE

Dnia 3 listopada 2022 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Paweł Księżak (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Adam Redzik

SSN Janusz Niczyporuk

w sprawie z odwołania L. G.

od uchwały Krajowej Rady Sądownictwa nr [...] z 18 lutego 2021 r.
w przedmiocie dalszego zajmowania stanowiska przez sędziego osiągnącego wiek
uprawniający do przejścia w stan spoczynku,
na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych
w dniu 3 listopada 2022 r.,

na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przedstawia Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej uzupełnienie stanu faktycznego i prawnego do pytań prawnych zawartych w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2021 r., zarejestrowanych w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej pod sygn. C-718/21.

UZASADNIENIE

I. Potrzeba uzupełnienia postanowienia o przedstawieniu pytań prejudycjalnych

1. Okolicznością nową jest zaprezentowane w sprawie stanowisko Komisji Europejskiej (jego pkt I.3), wskazujące, że niniejsza sprawa podnosi

kwestię praktycznego zastosowania interpretacji kryterium „sąd”, wykorzystanego w art. 267 TFUE, wobec sądu krajowego kierującego pytania prejudycjalne.

2. Komisja Europejska wskazuje na następujące okoliczności mające znaczenie dla oceny, czy pytania prejudycjalne zostały zadane przez sąd w rozumieniu TFUE:

- 1) Wręczenie nominacji sędziom przed rozpoznaniem odwołań przez Naczelny Sąd Administracyjny (zob. pkt V.32).
- 2) Wręczenie nominacji sędziom mimo zabezpieczenia (zob. pkt V.33).
- 3) Powołanie na podstawie wniosku Krajowej Rady Sądownictwa (zob. pkt V.35).

3. Niniejsze postępowanie jest pierwszym (spośród postępowań przed TSUE i ETPC), w którym sędziowie polscy powołani po 2018 r. mogą odnieść się do okoliczności podnoszonych przez Komisję Europejską, a nie odpowiadających stanowi faktycznemu.

II. Opis stanu faktycznego

4. Sędziowie wchodzący w skład sądu pytającego, działając w dobrej wierze, opierając się na obowiązujących przepisach, wzięli udział w konkursie zainicjowanym obwieszczeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 24 maja 2018 r., ogłoszonym w Monitorze Polskim z 29 czerwca 2018 r., poz. 633, o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym.

5. Po przeprowadzeniu publicznego, jawnego konkursu, uchwałą Krajowej Rady Sądownictwa (dalej również: „KRS”) nr [...] z 28 sierpnia 2018 r. przedstawiono Prezydentowi RP wniosek o powołanie sędziów wchodzących w skład sądu pytającego do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (dalej jako: „Uchwała KRS”). Zaznaczyć należy, że był to pierwszy w pełni otwarty konkurs do Sądu

Najwyższego. Zgłosiło się 76 uczestników, co stanowiło istotną nową jakość w dotychczasowej praktyce. Do 2018 r. konkursy do Sądu Najwyższego w praktyce przeprowadzano w Sądzie Najwyższym, na zgromadzeniach sędziów. Sąd Najwyższy przedstawiał Krajowej Radzie Sądownictwa maksymalnie dwóch kandydatów na stanowisko (najczęściej jednego). Postępowanie przed Sądem Najwyższym było niejawne, a niewskazani kandydaci nie mieli żadnej możliwości zakwestionowania wskazań zgromadzeń sędziów Sądu Najwyższego.

6. Do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego sędziowie wchodzący w skład sądu pytającego zostali powołani przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej 10 października 2018 r.

7. 27 września 2018 r. Naczelny Sąd Administracyjny (dalej również: „NSA”) wydał w sprawie o sygn. akt II GW 28/18 postanowienie o wstrzymaniu wykonania Uchwały KRS – w zaskarżonej części (dalej jako: „postanowienie o zabezpieczeniu”). Postanowienie to nigdy nie zostało doręczone sędziom wchodzącym w skład sądu pytającego, jak również nie poinformowano ich o jego treści.

8. Postępowanie w sprawie o sygn. akt II GW 28/18 toczyło się bez udziału sędziów wchodzących w skład sądu pytającego, co stanowi wielopłaszczyznowe naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

9. Postanowienie o zabezpieczeniu nie zostało również nigdy (ani przed powołaniem sędziów ani później) doręczone Prezydentowi RP.

10. Z informacji udzielonej przez Wydział Informacji Sądowej Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej także: „Wydział Informacji Sądowej NSA”) wynika, że zanonimizowana sentencja postanowienia o zabezpieczeniu (bez uzasadnienia) została opublikowana w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych (dalej: „CBOSA”) 28 września 2018 r., podczas gdy projekt uzasadnienia jego autor

złożył w sekretariacie dopiero 11 października 2018 r. (a zatem już po powołaniu sędziów wchodzących w skład sądu pytającego do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego), przy czym na tym etapie brak jeszcze było podpisów pozostałych członków składu i jakiegokolwiek możliwości zapoznania się z treścią tego uzasadnienia. Zanonimizowane uzasadnienie i zdanie odrębne do tego orzeczenia zostały opublikowane w CBOSA 19 października 2018 r. (a zatem 9 dni po powołaniu sędziów wchodzących w skład sądu pytającego na urząd sędziego Sądu Najwyższego).

11. Z informacji udzielonej przez Wydział Informacji Sądowej NSA wynika nadto, że zarządzenie o doręczeniu postanowienia NSA z 27 września 2018 r., sygn. akt II GW 28/18, wydane zostało dopiero 19 października 2018 r. (tj. 9 dni po powołaniu sędziów wchodzących w skład sądu pytającego do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego), przy czym postanowienie to – zgodnie z zarządzeniem – doręczono jedynie Odwołującemu się (26 października 2018 r.) i Krajowej Radzie Sądownictwa (22 października 2018 r.).

12. Przepisy krajowe, obowiązujące w momencie wydania postanowienia o zabezpieczeniu i w momencie wniesienia odwołania od Uchwały KRS nie pozwalały na uznanie, czy choćby przypuszczenie, że takie odwołanie mogło w ostateczności doprowadzić do podważenia wniosku o powołanie kandydata wyłonionego przez KRS i w rezultacie stanąć na przeszkodzie powołaniu na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego. Zgodnie z ówczesnie obowiązującym art. 44 ust. 1b ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, dodanym przez art. 5 pkt 5 lit. a ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018, poz. 1443), zmieniającej tę ustawę z dniem 27 lipca 2018 r., jeżeli przedmiotowej uchwały KRS nie zaskarżyli wszyscy uczestnicy postępowania, stała się ona prawomocna w części obejmującej rozstrzygnięcie o przedstawieniu wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego.

13. Skutkiem powyższego było przekazanie przez Krajową Radę Sądownictwa Uchwały KRS z wnioskiem o powołanie osób wskazanych w pkt. I Uchwały KRS, wraz z aktami postępowania, Prezydentowi RP. W dacie wydania postanowienia o zabezpieczeniu obowiązywały przepisy niedopuszczające możliwości odwołania się od uchwały w części dotyczącej przedstawienia wniosków o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego (a więc w części Uchwały KRS dotyczącej sędziów wchodzących w skład sądu pytającego). Przepisy przewidywały jedynie dopuszczalność odwołania od pkt. II Uchwały KRS, tzn. w zakresie nieprzedstawienia przez Krajową Radę Sądownictwa określonych kandydatur z wnioskiem o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego.

14. Z informacji, udzielanych medialnie przez Rzecznika Prasowego NSA, wynikało, że zgodnie z ówczesnie obowiązującym brzmieniem ustawy zabezpieczenie dotyczy jedynie nieprawomocnej części (a zatem nie pkt. I Uchwały KRS). Z komunikatów tych jasno wynikało ponadto, że kandydaci wskazani w pkt. I Uchwały KRS, czyli obecnie sędziowie wchodzący w skład sądu pytającego, nie zostali uznani za stronę postępowania właśnie z tego powodu, iż w zakresie pkt. I Uchwała KRS była prawomocna i wykonalna. To utwierdzało kandydatów wskazanych w pkt. I Uchwały KRS w przekonaniu, że udzielone zabezpieczenie ich nie dotyczy.

15. Potwierdzeniem faktu, że postępowanie toczące się przed NSA w sprawie o sygn. akt II GW 28/18 nie dotyczyło kandydatów wskazanych we wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego jest okoliczność, że nawet 3 lata po powołaniu niektórzy sędziowie Sądu Najwyższego, wybrani Uchwałą KRS, próbowali uzyskać dostęp do akt tego postępowania, a jednak odmówiono im dostępu do akt, wskazując, że nie są oni jego stronami.

16. Z treści sentencji postanowienia o zabezpieczeniu nie wynika, by wstrzymano wykonanie Uchwały KRS w odniesieniu do kandydatów wskazanych w pkt. I Uchwały KRS. Postanowienie wskazywało na wstrzymanie wykonania

Uchwały KRS „w zaskarżonej części”, która to część nie została w rozstrzygnięciu określona. Obowiązkiem Sądu wydającego postanowienie o zabezpieczeniu było jasne wskazanie w treści sentencji, jaka część Uchwały KRS podlega wstrzymaniu wykonalności, czego Naczelny Sąd Administracyjny nie uczynił. Treść samego środka zaskarżenia również nie była dostępna.

17. Rekonstrukcja zakresu zabezpieczenia nie była także możliwa w oparciu o treść uzasadnienia postanowienia o zabezpieczeniu, to bowiem sporządzone zostało dopiero kilkanaście dni po wydaniu tego orzeczenia, a zatem wiele dni po otrzymaniu przez sędziów wchodzących w skład sądu pytającego powołania do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego.

18. W czasie wręczenia przez Prezydenta RP powołań na urząd sędziego Sądu Najwyższego obowiązywał przepis art. 44 ust. 1b ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa i brak było jakichkolwiek podstaw do odmowy jego zastosowania (pominięcia) przez właściwe organy. Nie toczyło się w tamtym czasie żadne postępowanie zmierzające do zmiany tego przepisu, czy też do stwierdzenia jego niezgodności z Konstytucją RP lub z przepisami prawa unijnego. Wątpliwości w tym zakresie, które przybrały formę pytań prejudycjalnych, pojawiły się już po powołaniu na urząd sędziego Sądu Najwyższego sędziów wchodzących w skład sądu pytającego. Naczelny Sąd Administracyjny przedstawił **pytania prejudycjalne Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zarejestrowane pod sygn. akt C-824/18) dopiero 22 listopada 2018 r., a zatem ponad miesiąc po powołaniu sędziów wchodzących w skład sądu pytającego na urząd sędziego Sądu Najwyższego.** Okoliczność ta znana jest Komisji Europejskiej, co wynika z faktu, że powołuje się na nią w stanowisku wyrażonym do sprawy C-43/22 (pkt 38), jednakże w stanowisku prezentowanym w niniejszym postępowaniu, w piśmie o niemal jednakowym brzmieniu, Komisja o tym fakcie nie wspomina, co prowadzi do wypaczenia stanu faktycznego.

19. Fakt wydania postanowienia o zabezpieczeniu przy równoczesnym braku jego uzasadnienia, w kontekście obowiązujących wówczas przepisów prawa

krajowego, w pełni uzasadniał wniosek, że doszło do zabezpieczenia w zakresie, w jakim było ono prawnie dopuszczalne, a więc w zakresie, w jakim Uchwała KRS nie była prawomocna. Sędziowie wchodzący w skład sądu pytającego nie mieli zatem podstaw zakładać, że doszło do zabezpieczenia wykonania Uchwały KRS w sposób sprzeczny z wówczas obowiązującym prawem.

20. W dalszej kolejności Naczelny Sąd Administracyjny wszczął postępowanie o sygn. akt II GOK 10/18, zainicjowane odwołaniem wniesionym 24 września 2018 r. przez osobę, która nie została przedstawiona Prezydentowi RP wraz z wnioskiem o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego. Pismem z 20 listopada 2018 r. (a zatem wniesionym ponad miesiąc po wręczeniu nominacji sędziowskich członkom składu pytającego) Odwołujący się zwrócił uwagę NSA na brak doręczeń jego odwołania osobom wymienionym w pkt. I Uchwały KRS i wniósł o podjęcie stosownych czynności w tym zakresie. Czynności te nie zostały przez NSA podjęte, a wszelkie doręczenia były dokonywane jedynie KRS oraz Odwołującemu się i stan ten trwał aż do czerwca 2021 r. Próbę doręczenia sędziom Sądu Najwyższego orzekającym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych odpisów odwołania Naczelny Sąd Administracyjny podjął dopiero w czerwcu 2021 r. (a zatem niemal 3 lata od wszczęcia postępowania). Dokonał tego na nieprawidłowy adres – wskazując jako właściwy adres siedziby Sądu Najwyższego. W konsekwencji tylko niektórym sędziom Sądu Najwyższego orzekającym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych doręczono odpis odwołania.

21. W lipcu 2021 r. niektórzy sędziowie Sądu Najwyższego orzekający w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych złożyli do NSA pismo procesowe zatytułowane „odpowiedź na odwołanie”, zawierające wiele wniosków procesowych.

22. 21 września 2021 r. Naczelny Sąd Administracyjny, po zaniechaniu dalszych prób doręczenia odpisu odwołania, wydał wyrok w sprawie o sygn. akt II GOK 10/18 (dalej jako: „wyrok w sprawie Uchwały KRS”) – o zapadłym orzeczeniu

Naczelnego Sądu Administracyjnego i jego przedmiocie sędziowie Sądu Najwyższego wchodzący w skład sądu pytającego dowiedzieli się z mediów.

23. Wydanym na posiedzeniu niejawnym wyrokiem z 21 września 2021 r. w sprawie o sygn. akt II GOK 10/18 Naczelny Sąd Administracyjny m.in. uchylił zaskarżoną Uchwałę KRS w punkcie I. – w całości, oraz w punkcie II. – w stosunku do A.B.

24. W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku znalazło się sformułowanie, zgodnie z którym **„skutki wydanego w sprawie orzeczenia nie odnoszą się do ustrojowej ważności oraz skuteczności prezydenckich aktów powołań na urząd sędziego Sądu Najwyższego dokonanych na podstawie rekomendacji przedstawionych przez KRS kontrolowaną uchwałą. W aktualnym stanie prawnym akty te nie podlegają sądowej weryfikacji i nie są wzruszalne (...).”**.

25. 21 września 2021 r. zapadły również orzeczenia NSA w sprawach w przedmiocie przedstawienia (nieprzedstawienia) wniosków o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w sprawach o sygn. akt: II GOK 8/18, II GOK 11/18, II GOK 12/18, II GOK 13/18 i II GOK 14/18, zaś 10 listopada 2021 r. – w sprawie o sygn. akt II GOK 9/18. Wszystkie te orzeczenia dotyczyły tej samej Uchwały KRS, a mimo to, wbrew obowiązującym przepisom, sprawy nie zostały połączone do wspólnego rozpoznania. Powyższe czyni pozór wielości orzeczeń, podczas gdy ich przedmiot jest jeden – uchwała KRS nr [...].

26. Naczelny Sąd Administracyjny nie uznał i nie traktował sędziów Sądu Najwyższego orzekających w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych jako stron postępowania. Świadczą o tym dodatkowo następujące fakty:

a) W sentencji postanowienia o zabezpieczeniu sędziowie ci nie zostali wymienieni jako uczestnicy.

b) W uzasadnieniu postanowienia o zabezpieczeniu znajduje się wyraźne wskazanie, że sędziowie ci nie są uczestnikami postępowania z uwagi na treść ustawy o KRS.

c) NSA nie dokonał doręczeń odwołania od Uchwały KRS w październiku 2018 r., mimo wyraźnego żądania sformułowanego w tym przedmiocie przez Odwołującego się.

d) NSA zignorował złożone przez sędziów Sądu Najwyższego orzekających w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych wnioski procesowe. Jak wynika z treści wyroku z 21 września 2021 r., sygn. akt II GOK 10/18, NSA rozpoznał jedynie wniosek Prokuratora Generalnego o umorzenie postępowania. Wnioski sędziów Sądu Najwyższego orzekających w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych NSA pozostawił bez jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

e) NSA zignorował wnioski o rozpoznanie sprawy na rozprawie, co skutkowało pozbawieniem sędziów wchodzących w skład sądu pytającego możliwości obrony ich praw.

f) NSA w żaden sposób nie odniósł się do argumentów merytorycznych podniesionych przez sędziów Sądu Najwyższego orzekających w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych. Uniemożliwiono im w ten sposób podjęcie efektywnej ochrony ich praw oraz naruszono zasadę równości broni.

g) W opublikowanym na stronie internetowej CBOSA zanonimizowanym uzasadnieniu orzeczenia podawane są dane osobowe sędziów Sądu Najwyższego orzekających w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w postaci pełnego imienia i nazwiska. Potraktowani oni zatem zostali jedynie jako osoba publiczna (sędzia), nie zaś strona postępowania (szczególnie chroniona w procesie anonimizacji orzeczeń sądowych).

27. Konsekwencją wydania przez NSA wyroku z 21 września 2021 r., sygn. akt II GOK 10/18, jest wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „Trybunał”; „ETPC”) z 8 listopada 2021 r. w sprawie Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce (nr skarg 49868/19 oraz 57511/19, dalej: „wyrok w sprawie Dolińska-Ficek i Ozimek, sprawa Dolińska-Ficek i Ozimek”). W wyroku tym

Trybunał argumentował, że „oczywiste naruszenie prawa krajowego” miało wynikać również z tego, iż powołanie sędziów Sądu Najwyższego – Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (w tym sędziów wchodzących w skład sądu pytającego) przez Prezydenta RP nastąpiło mimo uprzedniego wstrzymania wykonania Uchwały KRS (co – jak wskazano powyżej – nie jest zgodne z rzeczywistym stanem prawnym i faktycznym). Chodzi zatem o stwierdzenie, że w tych warunkach Prezydent RP nie mógł wykonać powierzonej mu kompetencji do powołania sędziego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa.

28. Tożsame, negatywne dla sędziów przedstawiających pytanie prejudycjalne skutki, orzeczenia NSA wywarły w postępowaniach przed TSUE. Jedynie tytułem przykładu wskazać należy sprawę C-487/19, w której już jako przyczynę zadania pytania prejudycjalnego wskazano wątpliwości sądu odsyłającego dotyczące tego, czy sędzia wydając sporne postanowienie działał jako „niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy”, co miało wynikać z faktu, że powołanie tego sędziego nastąpiło mimo zaskarżenia do Naczelnego Sądu Administracyjnego Uchwały KRS (*vide*: wyrok TSUE z 6 października 2021 r., C-487/19, pkt 134 i 138). Ostatecznie w pkt. 141 wskazanego wyroku TSUE stwierdził, że w chwili, gdy nastąpiło powołanie sędziego (będącego w identycznej sytuacji procesowej jak sędziowie wchodzący w skład sądu pytającego) nie można było pominąć faktu, że skutki Uchwały KRS „były wstrzymane na mocy prawomocnego orzeczenia sądowego Naczelnego Sądu Administracyjnego”. W rezultacie TSUE we wskazanym wyroku stwierdził, że powołanie sędziego, dokonane z naruszeniem mocy wiążącej prawomocnego postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 września 2018 r., sygn. akt II GW 28/18, naruszyło skuteczność systemu ustanowionego w art. 267 TFUE (pkt 143 wyroku). TSUE nie przeprowadził przy tym badania tej okoliczności, ale oparł się na treści uzasadnienia pytania sądu krajowego.

III. Stanowisko sądu pytającego wobec nowych okoliczności

a. W zakresie wręczenia nominacji przed rozpoznaniem odwołań od Uchwały KRS

29. Przepisy krajowe obowiązujące w momencie wniesienia odwołania od Uchwały KRS nie pozwalały na przyjęcie wniosku, że takie odwołanie mogło w ostateczności doprowadzić do podważenia wniosku o powołanie kandydata wyłonionego przez KRS i w rezultacie stanąć na przeszkodzie powołaniu go na urząd sędziego Sądu Najwyższego.

30. Pytania prejudycjalne wszczynające postępowanie w sprawie A.B., C-824/18, zostały zadane przez NSA już po powołaniu na urząd sędziego Sądu Najwyższego sędziów wchodzących w skład sądu pytającego, tj. 22 listopada 2018 r.

31. Orzeczenie TSUE, wydane 2 marca 2021 r. w sprawie A.B., C-824/18, było orzeczeniem przełomowym i doprowadziło do faktycznej zmiany stanu prawnego w Polsce, wskazując na dopuszczalność złożenia odwołania przez kandydatów niewskazanych Prezydentowi RP. Zapadło kilka lat po wręczeniu nominacji sędziowskich, a biorąc pod uwagę jego precedensowy charakter – w żadnej mierze nie było ono do przewidzenia w 2018 r.

32. Ponieważ to wskazany wyrok TSUE, wydany w 2021 r., doprowadził do faktycznej zmiany stanu prawnego w Polsce, należy ocenić zakres wstecznych konsekwencji tej zmiany. Obecnie przedmiotem rozważenia nie jest bezpośrednia skuteczność wyroku TSUE (ta bowiem została zrealizowana poprzez rozpoznanie odwołania przez NSA), lecz wtórne konsekwencje tego wyroku, tzn. ustalenie, czy sąd pytający składa się z sędziów powołanych zgodnie z ustawą (tj. zgodnie z procedurą określoną prawem krajowym).

33. Sędziowie wchodzący w skład sądu pytającego nigdy nie byli stroną postępowania (odrębnego od postępowania w sprawie odwołania), w ramach którego wydane zostało postanowienie o zabezpieczeniu, nigdy też nie zostało im doręczone postanowienie o zabezpieczeniu. Członkowie składu orzekającego nie byli również stronami postępowania dotyczącego odwołania od Uchwały KRS.

34. Z przyczyn wskazanych powyżej wręczenie nominacji sędziom przed rozpoznaniem odwołań przez Naczelny Sąd Administracyjny jest całkowicie irrelewantne dla oceny pojęcia „sąd” w niniejszej sprawie.

35. Przed 2008 r. w Polsce nie było w ogóle możliwości złożenia odwołania od uchwał KRS przedstawiających Prezydentowi RP kandydata na urząd sędziego. Dopiero wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 maja 2008 r., sygn. akt SK 57/06, stwierdzający konstytucyjny wymóg umożliwienia osobie nieprzedstawionej w uchwale do powołania na stanowisko sędziego zainicjowanie kontroli poszanowania w trakcie procedury przed KRS zasady równego dostępu do stanowisk publicznych (art. 60 Konstytucji RP), skutkowało wprowadzeniem procedury odwoławczej.

36. Przyjęcie, że brak rozpoznania odwołania od uchwały KRS (a tym bardziej – brak jego dopuszczalności w ogóle) może pozbawiać sąd pytający przymiotu sądu ustanowionego ustawą, oznaczałoby, iż nie tylko sędziowie wchodzący w skład sądu pytającego, lecz także wszyscy sędziowie w Polsce, którzy otrzymali nominację przed 2008 r., nie spełnialiby tego warunku.

b. W zakresie powołania na urząd sędziego mimo zabezpieczenia

37. Nieprawdziwe jest twierdzenie, że nominacje sędziowskie wręczone zostały mimo postanowienia o zabezpieczeniu wydanego przez NSA. Postanowienie to w zakresie odnoszącym się do sędziów wchodzących w skład sądu pytającego nie istniało w dacie wręczenia im nominacji na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego. NSA nie uznał kandydatów wskazanych w pkt. I Uchwały KRS za strony toczącego się przed nim postępowania z uwagi na prawomocność i wykonalność Uchwały KRS w tym zakresie, nie doręczył ani nawet nie podjął próby doręczenia postanowienia o zabezpieczeniu osobom objętym wnioskiem KRS o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego. Dodatkowym potwierdzeniem tej konstatacji jest fakt, że Naczelny Sąd Administracyjny nie doręczył postanowienia o zabezpieczeniu Prezydentowi RP.

Powszechnie i zgodnie z ówczesnie obowiązującym brzmieniem ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa przyjmowano, że zabezpieczenie dotyczy jedynie nieprawomocnej części uchwały.

38. Z treści sentencji postanowienia NSA z 27 września 2018 r., sygn. akt II GW 28/18, nie wynikało, by intencją NSA było rozciągnięcie skutków tego postanowienia na sędziów wchodzących w skład sądu pytającego, względem których Uchwała KRS była prawomocna, i których NSA nigdy nie traktował jako strony postępowania, w którym wydano postanowienie o zabezpieczeniu. Wobec nadzwyczajnego charakteru postanowienia o zabezpieczeniu, nie można jego treści interpretować rozszerzająco.

39. Niedopuszczalna, rozszerzająca interpretacja tego postanowienia nie była też możliwa w oparciu o treść jego uzasadnienia, to bowiem sporządzone zostało ono dopiero kilkanaście dni po wydaniu postanowienia, zaś opublikowane znacznie później. Zarówno sporządzenie uzasadnienia, jak i jego publikacja, miały miejsce już po powołaniu na urząd sędziego Sądu Najwyższego sędziów wchodzących w skład sądu pytającego.

40. W wyroku ETPC z 8 listopada 2021 r. w sprawie Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce (nr skarg 49868/19 oraz 57511/19) Trybunał argumentował, że „oczywiste naruszenie prawa krajowego” miało wynikać również z tego, iż powołanie sędziów Sądu Najwyższego orzekających w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych przez Prezydenta RP nastąpiło mimo uprzedniego wstrzymania wykonania Uchwały KRS, co – jak wskazano powyżej – nie jest zgodne z rzeczywistym stanem prawnym i faktycznym. Nie zostało to jednak nigdy i przez żaden sąd zbadane.

41. Ponadto w orzecznictwie Sądu Najwyższego jednolicie przyjmuje się, że niedopuszczalne jest zastosowanie zabezpieczenia, które obejmuje wstrzymanie wykonalności lub skuteczności zaskarżonej uchwały KRS, na podstawie przepisów postępowania cywilnego (postanowienia Sądu Najwyższego: z 8 września 2010 r., III SO 5/10; z 27 marca 2019 r., I NO 59/18; z 11 marca 2019 r., I NO 6/19;

z 11 marca 2019 r., I NO 11/19; z 16 października 2019 r., I NOZP 2/19). Wynika to z faktu, iż powołanie sędziego przez Prezydenta RP na wniosek KRS jest złożonym aktem prawa ustrojowego regulowanym normami Konstytucji RP, kreującym stosunek ustrojowy łączący sędziego z Rzeczpospolitą Polską, a w związku z tym nie jest sprawą cywilną i tym samym nie mogą do niej znaleźć zastosowania przepisy postępowania cywilnego. Wobec powyższego należy dalej uznać, że niedopuszczalne było wydanie przez NSA postanowienia o zabezpieczeniu na podstawie przepisów postępowania cywilnego.

c. Co do powołania na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa

42. ETPC w wyroku w sprawie Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce przyjął naruszenie art. 6 Konwencji – w postaci powołania na stanowiska sędziowskie na podstawie wniosku Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej na mocy ustawy z 8 grudnia 2017 r., a zatem nieoferującej koniecznych gwarancji niezależności władzy wykonawczej i ustawodawczej, co podniesione zostało w stanowisku Komisji Europejskiej w niniejszej sprawie (zob. pkt V.35).

43. W świetle dotychczasowego orzecznictwa TSUE (m.in. wyrok z 19 listopada 2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18) niedopuszczalne jest przyjęcie, w ślad za ETPC w sprawie Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce, że sam fakt powołania sędziego na wniosek KRS, wobec której składu formułuje się zastrzeżenia co do zgodności z Konstytucją RP, prowadzi do niemożności przypisania sędziemu – braku niezawisłości, zaś składowi sądu, w którym zasiada – braku niezależności. W świetle utrwalonego orzecznictwa TSUE stwierdzenie braku niezależności czy bezstronności wymaga badania szeregu okoliczności, zarówno dotyczących procedury powołania, jak również okoliczności występujących po powołaniu na urząd sędziego.

44. Należy przy tym zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 25 marca 2019 r., K 12/18, stwierdził zgodność ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa – w zakresie określającym sposób kształtowania

tego organu – z Konstytucją RP. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji RP orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne. Brak jest innego trybu – poza postępowaniem przed Trybunałem Konstytucyjnym – w ramach którego możliwym byłoby stwierdzenie niekonstytucyjności tych przepisów.

45. Z drugiej strony, za niezgodny z Konstytucją RP został uznany wcześniejszy model funkcjonowania KRS (wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 18 lipca 2007 r., K 25/07; z 27 maja 2008 r., SK 57/06; z 20 czerwca 2017 r., K 5/17).

46. Zasada państwa prawnego stoi na przeszkodzie przyjmowaniu jakiegokolwiek automatyzmu, zwłaszcza wszędzie tam, gdzie chodzi o prawa indywidualnych podmiotów.

47. **Obecnie utrwalone i jednolite orzecznictwo NSA przyjmuje, że sędzia, powołany na skutek wniosku obecnej (i poprzedniej) Krajowej Rady Sądownictwa, jest sędzią w rozumieniu prawa polskiego i europejskiego, a sąd z jego udziałem jest sądem w rozumieniu przepisów unijnych.** NSA przyjmuje, że tylko wykazanie konkretnych przesłanek mogących świadczyć o braku niezależności lub bezstronności sędziego może prowadzić do innego wniosku, natomiast sama okoliczność powołania na urząd na wniosek obecnej KRS „pozostaje bez znaczenia” (tak m.in. postanowienia NSA: z 30 sierpnia 2022 r., III FZ 311/22; z 24 lutego 2022 r., III FZ 833/21; z 15 marca 2022 r., III FZ 6/22; z 30 marca 2022 r., III FZ 95/22).

48. Przyjęcie generalnej i automatycznie stosowanej cechy jako wykluczającej „sąd ustanowiony ustawą” oznacza, że w Polsce każdy sędzia powołany przez Prezydenta RP na podstawie uchwały wydanej przez KRS obecnej i poprzedniej kadencji (**a jest to obecnie ponad 2500 sędziów w Polsce, w tym połowa sędziów Sądu Najwyższego**) – jeżeli wchodzi w skład sądu wydającego orzeczenie – tworzy sąd, który nie spełnia wymogów sądu ustanowionego ustawą.

49. Dalszą tego konsekwencją musiałoby być również przyjęcie, że każdy sędzia, który złożył stosowny wniosek i orzeka nadal po ukończeniu wieku 65 lat na podstawie uchwały wydanej przez KRS obecnej i poprzedniej kadencji – jeżeli wchodzi w skład sądu wydającego orzeczenie – tworzy sąd, który nie spełnia wymogów sądu ustanowionego ustawą. W takiej sytuacji mógłby znaleźć się także będący stroną niniejszego postępowania L. G.. To zaś prowadzi do wniosku, że również w sprawie, która stała się podstawą zadania pytań prawnych Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w razie ewentualnego uwzględnienia odwołania L. G., będzie on – od tego momentu – dotknięty konsekwencjami takiego zakwestionowania statusu obecnej KRS.

Wnioski końcowe

50. W wyroku TSUE z 12 maja 2022 r., wydanym w sprawie C-644/20 (pkt 52), TSUE wskazał, że do obalenia domniemania, zgodnie z którym wniosek prejudycjalny pochodzi od sądu w rozumieniu art. 267 TFUE, wymagane są konkretne i precyzyjne dowody.

51. Wyrok ETPC w sprawie Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce nie prowadzi do obalenia domniemania z przyczyn wyżej wskazanych.

52. Wskazany wyrok ETPC w istocie narusza te reguły, które ma chronić – orzeka o sytuacji osób bez ich udziału, bez prawa głosu, w sposób generalny (a nie indywidualny), prowadząc do deprecjonowania sędziów w sposób naruszający ich godność.

53. Przedstawiając swe stanowisko w niniejszej sprawie Komisja Europejska świadomie i intencjonalnie pomija fakt, że **pytania prejudycjalne w sprawie odwołania od Uchwały KRS dotyczącej przedstawienia Prezydentowi RP wniosków o powołanie na urząd sędziego zostały przedstawione przez NSA już po powołaniu sędziów na urząd sędziego Sądu Najwyższego**. Pomija również okoliczność, że zgodnie z przepisami obowiązującymi w dacie wręczenia

aktów powołania na urząd sędziego, Uchwała KRS była prawomocna i wykonalna w części obejmującej wnioski o powołanie i w tej części nie mogła być zaskarżona, a co za tym idzie niedopuszczalnym było dokonanie zabezpieczenia w tym zakresie. Komisja pomija również okoliczność, że sędziowie wchodzący w skład sądu pytającego nie byli stronami postępowania przed NSA. Ponadto postanowienie o zabezpieczeniu nie zostało im nigdy doręczone (podobnie jak nie zostało ono doręczone Prezydentowi RP), zaś jego treść i zakres stały się znane dopiero po powołaniu sędziów na urząd sędziego Sądu Najwyższego.

54. Podejmując dotychczasowe orzeczenia zapewne zarówno TSUE, jak i ETPC nie miały wiedzy o wyżej wskazanych okolicznościach.

55. W dotychczasowym orzecznictwie TSUE wyraźnie podkreślano, że konieczne jest badanie spełnienia warunku istnienia prawidłowego „sądu” w konkretnej sprawie, przy uwzględnieniu szeregu okoliczności, przy czym sam fakt powołania sędziego przez Prezydenta RP na wniosek KRS, której niezależność jest kwestionowana, nie jest wystarczający do stwierdzenia braku bezstronności czy niezależności sądu, w skład którego wchodzi sędziowie powołani w takiej procedurze (przede wszystkim wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18).

56. Okoliczności, które stały się podstawą uznania przez TSUE braku niezależności po stronie KRS **zaistniały lub zostały ujawnione w przeważającej części dopiero po powołaniu przez Prezydenta RP sędziów wchodzących w skład sądu pytającego.**

57. We wszystkich orzeczeniach – zarówno TSUE, jak i ETPC – jest mowa o powstaniu w przekonaniu jednostek uzasadnionych wątpliwości co do niezależności sędziów od czynników zewnętrznych oraz ich neutralności względem ścierających się przed nimi interesów (zob. postanowienie TSUE z 2 lipca 2019 r., C-619/18, pkt 111, a także pkt 72-77; wyrok TSUE z 5 listopada 2019 r., C-192/18 pkt 119, a także pkt 109-114). Obecnie wymierną i obiektywną miarą „powstania w przekonaniu jednostek uzasadnionych wątpliwości” jest możliwość złożenia

wniosku o przeprowadzenie testu niezawisłości. Zgodnie z art. 29 § 5 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym – wprowadzonym mocą art. 1 pkt 24 ustawy z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2022, poz. 1259) – dopuszczalne jest badanie spełnienia przez sędziego Sądu Najwyższego lub sędziego delegowanego do pełnienia czynności sędziowskich w Sądzie Najwyższym wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu i jego postępowania po powołaniu, na wniosek uprawnionego, o którym mowa w § 7, jeżeli w okolicznościach danej sprawy może to doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, mającego wpływ na wynik sprawy z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy. Strony – uprawnione w myśl art. 29 § 7 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym – mogły złożyć taki wniosek do spraw w toku. Tymczasem w terminie wyznaczonym ustawą **żaden wniosek nie został złożony w stosunku do sędziów wchodzących w skład Sądu Najwyższego – Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych, zaś w odniesieniu do spraw, w których po 15 lipca 2022 r. wyznaczano składy sędziowskie, wpłynął 1 (słownie jeden) tego rodzaju wniosek**, który w treści nie zawiera zarzutów indywidualnych w odniesieniu do sędziów, a powołuje się jedynie na ich wybór przez KRS.

58. Przyjęcie, że każdy skład, w którym orzekał choćby jeden sędzia, powołany na urząd sędziego przez Prezydenta RP w procedurze, w której kandydata wskazała KRS ukształtowana na mocy ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018, poz. 3), nie spełnia wymagań sądu ustanowionego ustawą, w sposób trwały i całkowity uniemożliwiłoby zadawanie tym sądom pytań prejudycjalnych – co znacząco ograniczyłoby dialog sądowy pomiędzy sądami polskimi a TSUE.