

POSTANOWIENIE

Dnia 15 marca 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Szanciło

w sprawie z powództwa C.W. S.A. w T., C.O. S.A. w O., D. sp. z o.o. w N., G. S.A. w C., C. sp. z o.o. w W., C.1 S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przy udziale L. S.A. w M.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej na skutek zażaleń stron od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 maja 2021 r., sygn. VII AGa 847/20

w przedmiocie wniosku C. sp. z o.o. w W. o zbadanie spełnienia przez sędziego Sądu Najwyższego O.N. wymogów niezawisłości i bezstronności w sprawie I NZ 22/22

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w dniu 15 marca 2023 r.

na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującymi pytaniami prawnymi:

„1. Czy art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej w związku z art. 47 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej należy rozumieć w ten sposób, że sąd rozpoznający sprawę obowiązany jest pominąć czynność (wniosek) strony, która zmierza do niedopuszczalnego w świetle prawa Unii Europejskiej oraz konstytucji państwa członkowskiego podważenia – niepodlegającego kontroli sądowej w świetle

prawa krajowego i prawa unijnego – powołania sędziego, poprzez kwestionowanie zdolności tego sędziego do orzekania, z uwagi na brak związku okoliczności procesu nominacyjnego tego sędziego z okolicznościami rozpoznawanej sprawy oraz z uwagi na brak rzeczywistych podstaw do zakwestionowania jego bezstronności i niezawisłości na podstawie innych okoliczności niż kwestionowana przez stronę prawidłowość procedury nominacyjnej sędziego, w tym zachowania tego sędziego po powołaniu, jego podatności na wpływy ze strony władzy ustawodawczej lub wykonawczej, co w świetle prawa krajowego czyni taką czynność strony równoważną niedopuszczalnej *actio popularis* oraz stanowi jaskrawe i oczywiste nadużycie krajowego prawa procesowego?

2. Czy art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej w związku z art. 47 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej należy rozumieć w ten sposób, że efektywnym i wystarczającym mechanizmem spełnienia kryteriów sądu ustanowionego ustawą w rozumieniu prawa Unii Europejskiej jest przyznanie stronom w prawie krajowym uprawnienia polegającego na możliwości żądania weryfikacji wpływu ogółu okoliczności towarzyszących procedurze nominacyjnej i zachowania sędziego po powołaniu na jego bezstronność i niezawisłość w rozpoznawanej sprawie w ramach tzw. testu bezstronności lub wniosku o wyłączenie sędziego?”.

UZASADNIENIE

postanowienia z 15 marca 2023 r. w przedmiocie wniosku o wydanie orzeczenia
w trybie prejudycjalnym

Sąd odsyłający

Sąd Najwyższy Rzeczypospolitej Polskiej w Warszawie

Strony postępowania głównego

Powodowie: C.W. S.A. w T., C.O. S.A. w O., D. sp. z o.o. w N., G. S.A. w C., C. sp. z o.o. w W., C.1 S.A. w W.

Pełnomocnicy powodów:

- r. pr. D. S. (C.W. S.A. w T.)
- adw. E. T. (C.O. S.A. w O.)
- r. pr. J. M. (D. sp. z o.o. w N.)
- r. pr. K. K. (G. S.A. w C.)
- adw. M. G. (C. sp. z o.o. w W.)
- r. pr. M. H. (C.1 S.A. w W.)

Pozwany: Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Pełnomocnik pozwanego: r. pr. D. S.

Zainteresowany: L. S.A. w M.

Pełnomocnik zainteresowanego: r. pr. I. T.

Przedmiot sporu w postępowaniu głównym

Postępowanie w sprawie z odwołań od decyzji Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r., dotyczącej uznania za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego porozumienia zawartego przez powodów, jako naruszającej zarówno prawo krajowe, jak i prawo unijne, i nałożenia w związku z tym kar pieniężnych.

Przepisy Unii Europejskiej

1. **Traktat o Unii Europejskiej** (dalej: Traktat o UE)

Art. 19 ust. 1. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej obejmuje Trybunał Sprawiedliwości, Sąd i sądy wyspecjalizowane. Zapewnia on poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów.

Państwa Członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii

2. **Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej** (dalej: KPP UE)

Art. 47 ust. 1. Każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule

3. **Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)**

Przepisy krajowe:

4. **Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.** (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.)

Art. 179. Sędziowie są powoływani przez Prezydenta Rzeczypospolitej, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, na czas nieoznaczony.

Art. 180. 1. Sędziowie są nieusuwalni.

2. Złożenie sędziego z urzędu, zawieszenie w urzędowaniu, przeniesienie do innej siedziby lub na inne stanowisko wbrew jego woli może nastąpić jedynie na mocy orzeczenia sądu i tylko w przypadkach określonych w ustawie.

5. **Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym** (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1904 ze zm.; dalej: uSN):

Art. 29 § 1. Sędzią Sądu Najwyższego jest osoba powołana na to stanowisko przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, która złożyła ślubowanie wobec Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej.

§ 2. W ramach działalności Sądu Najwyższego lub jego organów niedopuszczalne jest kwestionowanie umocowania sądów i trybunałów, konstytucyjnych organów państwowych oraz organów kontroli i ochrony prawa.

§ 3. Niedopuszczalne jest ustalanie lub ocena przez Sąd Najwyższy lub inny organ władzy zgodności z prawem powołania sędziego lub wynikającego z tego powołania uprawnienia do wykonywania zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości.

§ 4. Okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego Sądu Najwyższego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości i bezstronności.

§ 5. 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 postępowaniu 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.

§ 6. Wniosek o stwierdzenie przesłanek, o których mowa w § 5, może być złożony wobec sędziego Sądu Najwyższego lub sędziego delegowanego do pełnienia czynności sędziowskich w Sądzie Najwyższym wyznaczonego do składu rozpoznającego:

- 1) środek zaskarżenia;
- 2) sprawę dyscyplinarną;
- 3) sprawę o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lub tymczasowe aresztowanie sędziów, asesorów sądowych, prokuratorów i asesorów prokuratury;
- 4) sprawę z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych dotyczącą sędziego Sądu Najwyższego;
- 5) sprawę z zakresu przeniesienia sędziego Sądu Najwyższego w stan spoczynku.

§ 7. Uprawnionym do złożenia wniosku jest strona lub uczestnik postępowania przed Sądem Najwyższym w sprawach, o których mowa w § 6.

§ 15. Sąd Najwyższy rozpoznaje wniosek na posiedzeniu niejawnym w składzie 5 sędziów losowanych spośród całego składu Sądu Najwyższego, po wysłuchaniu sędziego, którego wniosek dotyczy chyba, że wysłuchanie

jest niemożliwe lub bardzo utrudnione. Wysłuchanie może nastąpić na piśmie. Sędzia, którego wniosek dotyczy jest wyłączony z losowania.

§ 21. Od postanowienia wydanego na skutek rozpoznania wniosku przysługuje odwołanie do Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów losowanych spośród całego składu Sądu Najwyższego. Sędzia, którego orzeczenie dotyczy oraz sędzia, który brał udział w wydaniu zaskarżonego postanowienia, są wyłączeni z losowania.

6. **Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego** (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805 ze zm.; dalej: k.p.c.):

Art. 49 § 1. Niezależnie od przyczyn wymienionych w art. 48, sąd wyłącza sędziego na jego żądanie lub na wniosek strony, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie.

Art. 379. Nieważność postępowania zachodzi:

4) jeżeli skład sądu orzekającego był sprzeczny z przepisami prawa albo jeżeli w rozpoznaniu sprawy brał udział sędzia wyłączony z mocy ustawy.

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

7. Wykładnia art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o UE w związku z art. 47 ust. 1 Karty Praw Podstawowych UE (na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

Przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

8. Powodowie wnieśli odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r., którą:
- I. na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o tym samym tytule uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k.,

porozumienie zawarte pomiędzy L. S.A. w M., G. S.A. w C., G.1 w S.A. w K., C.2 sp. z o.o. w W., D. sp. z o.o. w S., C.W. S.A. w T. i C.O. S.A. w O., polegające na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego i nakazał jej zaniechania;

II. na podstawie art. 9 u.o.k.k. i art. 3 ust. 1 i art. 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. a TWE (obecnie art. 101 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – TFUE), porozumienie zawarte pomiędzy podmiotami z punktu I, polegające na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego i nakazał jej zaniechania;

III. na podstawie art. 9 u.o.k.k. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., porozumienie zawarte pomiędzy podmiotami z punktu I, polegające na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i nakazał jej zaniechania;

IV. na podstawie art. 9 u.o.k.k., a także art. 3 ust. 1 i art. 5 rozporządzenia nr 1/2003 uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. c TWE (obecnie art. 101 ust. 1 lit. c TFUE), porozumienie zawarte pomiędzy podmiotami z punktu I, polegające na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i nakazał jej zaniechania;

V. na podstawie art. 9 u.o.k.k. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 u.o.k.k., porozumienie zawarte pomiędzy podmiotami z punktu I, polegające na wymianie poufnych informacji handlowych i nakazał jej zaniechania;

VI. na podstawie art. 9 u.o.k.k. i art. 3 ust. 1 i art. 5 rozporządzenia nr 1/2003 uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku produkcji i

sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE), porozumienie zawarte pomiędzy podmiotami z punktu I, polegające na wymianie poufnych informacji handlowych i nakazał jej zaniechania; (...)

XXV. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz art. 101 ust. 1 pkt 2 u.o.k.k., z tytułu naruszenia zakazów, o których mowa w art. 5 ust. 1 oraz ust. 1 pkt 1 i 3 u.o.k.k. oraz art. 81 ust. 1 oraz ust. 1 lit. a i c TWE (obecnie art. 101 ust. 1 oraz ust. 1 lit. a i c TFUE) (pkt I-VI sentencji decyzji), nałożył kary pieniężne na:

- G. S.A. – 62.414.187,02 zł,
- G.1 S.A. – 104.966.579,70 zł,
- C. sp. z o.o. – 115.563.631,17 zł,
- D. sp. z o.o. – 66.702.267,48 zł,
- C.W. S.A. – 43.295.439.45 zł,
- C.O. S.A. – 18.643.372,70 zł;

XXVI. na podstawie art. 72 i 75 u.o.k.k. obciążył powodów kosztami postępowania antymonopolowego i zobowiązał do ich uiszczenia na rzecz Prezesa UOKiK.

9. Wyrokiem z 13 grudnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1. zmienił zaskarżoną decyzję w punktach I, II, III, IV, V i VI w ten sposób, że stwierdził zaniechanie przez G. S.A. praktyk ograniczających konkurencję z dniem 23 czerwca 2006 r.;

2. zmienił zaskarżoną decyzję w punkcie XXV w ten sposób, że obniżył karę nałożoną na:

- G. S.A. do kwoty 51.335.668,82 zł,
- G.1 S.A. do kwoty 90.104.358,18 zł,
- C. sp. z o.o. do kwoty 93.895.450.32 zł,
- D. sp. z o.o. do kwoty 54.195. 592,32 zł,
- C.W. S.A. do kwoty 35.177.544,55 zł,
- C.O. S.A. do kwoty 15.147.740,31 zł;

3. oddalił odwołania w pozostałej części;
 4. zasądził od odwołujących się z wyjątkiem G. S.A., na rzecz pozwanego kwoty po 886,70 zł każdy tytułem kosztów postępowania;
 5. zasądził od pozwanego na rzecz G. S.A. kwotę 1.737 zł tytułem kosztów postępowania.
10. Wyrokiem z 21 maja 2021 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w punkcie drugim podpunkty 2-6 oraz w punkcie trzecim w części dotyczącej zaniechania praktyk ograniczających konkurencję opisanych w punktach I-VI zaskarżonej decyzji, z wyłączeniem G. S.A. w C. i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.
 11. Zażalenie na powyższy wyrok wniosła m.in. C. sp. z o.o. Spółka podniosła zarzut dotyczący nieważności postępowania (art. 379 pkt 4 k.p.c.), w związku ze sprzecznym z prawem – jej zdaniem – składem Sądu Najwyższego orzekającego w sprawie o sygn. akt I NSK 8/19, zakończonej wyrokiem z 29 lipca 2020 r., zgodnie z którym Sąd Apelacyjny ponownie rozpoznawał sprawę i wydał zaskarżony Wyrok. W składzie orzekającym zasiadały bowiem osoby powołane na urząd sędziego Sądu Najwyższego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa (dalej: KRS) ukształtowanej ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3; dalej: ustawa z 2017 r.). Podobnie, w składzie Sądu Apelacyjnego orzekającego w sprawie o sygn. VII AGa 847/20, zakończonej wydaniem zaskarżonego wyroku, zasiadała osoba powołana na urząd sędziego Sądu Apelacyjnego na wniosek KRS ukształtowanej ustawą z 2017 r. Jednocześnie żalący podniósł zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.) przez wydanie zaskarżonego wyroku w warunkach, w których powodowi nie zapewniono prawa do rozpatrzenia jego sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, orzekający o jego prawach i obowiązkach, z uwagi na spreczny z prawem skład Sądu Najwyższego,

orzekający w sprawie o sygn. akt I NSK 8/19, oraz sprzeczny z prawem skład Sądu Apelacyjnego w Warszawie, orzekający w sprawie o sygn. akt VII AGa 847/20.

12. Powołując się na powyższe zarzuty, skarżąca spółka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku, zniesienie postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez prawidłowo obsadzony skład Sądu Najwyższego, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku – o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez prawidłowo obsadzony skład Sądu Apelacyjnego.
13. Pismem z 23 stycznia 2023 r. C. sp. z o.o. wystąpiła z wnioskiem – w trybie art. 29 § 5 uSN – o stwierdzenie, że sędzia Sądu Najwyższego (SSN) O.N., wyznaczony do składu rozpoznającego sprawę I NZ 22/22, nie spełnia wymogów niezawisłości i bezstronności, z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu i jego postępowania po powołaniu. Jako okoliczności uzasadniające wniosek wskazano na:
 - a) udział SSN O.N. w konkursie na wolne stanowiska sędziowskie w Sądzie Najwyższym przed Krajową Radą Sądownictwa ukształtowaną ustawą z 2017 r.;
 - b) orzekanie i sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez SSN O.N. mimo wydania przez Naczelny Sąd Administracyjny postanowienia wstrzymującego skuteczność uchwały Krajowej Rady Sądownictwa, na podstawie której został on powołany na urząd sędziowski oraz mimo uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej, Izby Karnej oraz Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 23 stycznia 2020 r., sygn. akt BSA I-4110-1/20 (dalej: uchwała z 2020 r.), która przesądziła o każdorazowej wadliwości składu, gdy zasiada w nim osoba powołana na urząd sędziego Sądu Najwyższego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej ustawą z 2017 r.;
 - c) udział SSN O.N. w wydaniu, wzbudzającego poważne wątpliwości co do jego niezależności, orzeczenia w sprawie protestów wyborczych po wyborach prezydenckich w 2020 r.

Podstawy wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym

14. Problem, który zaistniał w niniejszej sprawie, jest związany z dwoma zagadnieniami, łączącymi się ze sobą. Oba są związane z dwiema procesowymi instytucjami przewidzianymi w prawie krajowym (polskiej procedurze cywilnej), a mianowicie wyłączeniem sędziego (na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego) i tzw. testem bezstronności, tj. badaniem wymogów niezawisłości i bezstronności sędziego – w tym przypadku sędziego Sądu Najwyższego (na podstawie przepisów ustawy o Sądzie Najwyższym), przy czym w odniesieniu do sędziów sądów powszechnych przewidziano (w innym akcie prawnym) analogiczne rozwiązanie.
15. Na tym tle pojawiają się właśnie dwa zagadnienia, które stanowiły asumpt do zadania pytania, jak w sentencji postanowienia.
16. Szerzej ujęte zagadnienie odnosi się – do będącej przedmiotem rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości UE z jednej strony oraz polskiego Trybunału Konstytucyjnego z drugiej strony – problemu wpływu ustrojowych założeń i zasad dotyczących modelu powoływania sędziów (i w szczególności wyboru na wcześniejszym etapie kandydatów na urząd sędziego), regulowanego w Konstytucji RP, na ocenę właściwej obsady sądu oraz jego niezależności. W tym kontekście niniejsze pytania prejudycjalne zmierzają do ustalenia ram, w których – w ocenie Sądu Najwyższego – istnieją podstawy uzgodnienia obu sfer – ustrojowej, wynikającej z polskiego porządku konstytucyjnego, oraz procesowej i gwarancyjnej, wynikającej z wartości leżących u podstaw podstawowego prawa do sądu na gruncie prawa Unii, w jego standardzie ukształtowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. W świetle dotychczasowego orzecznictwa zarówno Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i Trybunału Konstytucyjnego, Sąd Najwyższy dostrzega pole do dialogu orzeczniczego, który umożliwi uniknięcie podejścia prowadzącego do powstania nieusuwalnej sprzeczności między prawem Unii Europejskiej a prawem krajowym (konstytucyjnym).

Sprzeczność ta bowiem pozostaje w istotnym zakresie pozorna, jeżeli zważy się prawidłową i dokonywaną w dobrej wierze wykładnię zarówno prawa Unii przez sądy krajowe, jak też prawa państwa członkowskiego.

W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego:

17. Pierwsze zagadnienie dotyczy czynności procesowej (wniosku) strony, która zmierza do niedopuszczalnego w świetle prawa Unii oraz konstytucji państwa członkowskiego podważenia – niepodlegającego kontroli sądowej w świetle prawa krajowego i prawa unijnego – powołania sędziego, poprzez kwestionowanie zdolności tego sędziego do orzekania z uwagi na brak związku okoliczności procesu nominacyjnego tego sędziego z okolicznościami rozpoznawanej sprawy oraz z uwagi na brak rzeczywistych podstaw do zakwestionowania jego bezstronności i niezawisłości na podstawie innych okoliczności niż kwestionowana przez stronę prawidłowość procedury nominacyjnej sędziego, w tym zachowania tego sędziego po powołaniu, jego podatności na wpływy ze strony władzy ustawodawczej lub wykonawczej. W świetle prawa krajowego taka czynność strony jest równoważna niedopuszczalnej *actio popularis* oraz stanowi jaskrawe i oczywiste nadużycie krajowego prawa procesowego. Powstaje zatem pytanie, czy w świetle art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o UE w związku z art. 47 ust. 1 KPP UE sąd rozpoznający sprawę obowiązany jest pominąć taką czynność.
18. Należy tu odróżnić środki procesowe przewidziane przepisami prawa od ich nadużycia przez stronę. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że chodzi tu o czynności formalnie przysługujące stronie, których dokonanie nie służy jednak celowi postępowania. Takie postępowanie stanowi obejście przepisów ustawy, co zachodzi, gdy: czynność prawna (procesowa) dokonana przez stronę jest *prima facie* zgodna z prawem, istnieje norma prawna zakazująca osiągnięcia pewnego skutku (celu), a dokonana przez strony czynność prawna (procesowa) prowadzi do osiągnięcia zabronionego skutku (celu).
19. Jak wskazano, w prawie polskim są obecnie przewidziane dwa środki, które

pozwalają stronom postępowania podnieść okoliczności przemawiające za przyjęciem, że w konkretnej sprawie sędzia wyznaczony do składu nie daje gwarancji obiektywnego rozstrzygnięcia sprawy. Pierwszy z nich dotyczy instytucji wyłączenia sędziego na podstawie art. 49 k.p.c. Ten przepis przewiduje wyłączenie sędziego w danej sprawie, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, która mogłaby wywołać jakąkolwiek wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie (*iudex suspectus*). Nie jest to wyłączenie, które następuje z mocy prawa (takiego dotyczy art. 48 k.p.c., regulujący instytucję *iudex inhabilis*). Innymi słowy, nie jest to wyłączenie z mocy prawa (*ipso iure*), gdyż musi zostać wszczęte postępowanie w tym przedmiocie – albo na wniosek strony, albo na podstawie oświadczenia samego sędziego.

20. Przy ocenie istnienia okoliczności mogących rodzić wątpliwość co do bezstronności sędziego należy uwzględnić dwa aspekty: tzw. obiektywnej i subiektywnej bezstronności sędziowskiej. Sąd powinien być subiektywnie bezstronny, co oznacza, że żaden z sędziów nie może okazywać stronniczości lub osobistych uprzedzeń, przy czym domniemanie osobistej bezstronności istnieje aż do momentu przedstawienia dowodu przeciwnego. Z drugiej zaś strony sąd ma być obiektywnie bezstronny, a więc powinien zapewnić dostateczne gwarancje, aby wyłączyć w tym względzie wszelkie uzasadnione wątpliwości (zob. wyrok TSUE z 19 lutego 2009 r. w sprawie C-308/07, Koldo Gorostiaga Atxalandabaso v. European Parliament, EU:C:2009:103).
21. W ślad za tym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego została przyjęta koncepcja zachowania zewnętrznych znamion niezawisłości. W świetle tej koncepcji ważne jest nie tylko to, aby sędzia orzekający w sprawie zachowywał się zawsze rzeczywiście zgodnie z zasadami niezawisłości i bezstronności, lecz także to, aby w ocenie zewnętrznej zachowanie sędziego odpowiadało takim standardom. Trybunał uznaje, że o zasadności zarzutu braku bezstronności sędziego decydować powinna ocena nie tyle z punktu widzenia konkretnego sędziego, ile postronnego obserwatora oraz samej strony (wyrok TK z 20 lipca 2004 r., SK 19/02, Dz.U. nr 169, poz.

1783). Jak wskazuje się również w orzecznictwie Sądu Najwyższego, nie chodzi o to, czy można sędziemu postawić uzasadniony zarzut braku obiektywizmu, ale o to, czy z punktu widzenia strony zachodzą wystarczające okoliczności, które mogą budzić wątpliwości co do bezstronności sędziego (postanowienie SN z 19 listopada 1981 r., IV PZ 63/81). To również podkreśla się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), ale nie należy zapominać, że daje to asumpt stronie do podjęcia próby ingerowania w skład, który miałby rozpoznać jej sprawę, z powołaniem się na „obiektywne” zastrzeżenia w stosunku do sędziego wyznaczonego (wylosowanego) do jej rozpoznania.

22. O wyłączeniu sędziego na podstawie art. 49 § 1 k.p.c. nie decyduje sam fakt znajomości, nawet „osobistej” strony, lecz szczególny układ stosunków osobistych, który powodowałby trudność w zachowaniu przez sędziego bezstronności w rozstrzygnięciu sporu dotyczącego tej strony. Cechą takich stosunków może być emocjonalne nastawienie do danej osoby lub powiązania wpływające na interesy lub pozycję życiową sędziego (postanowienie SN z 14 września 1977 r., I PO 15/77).
23. Stosunek osobisty uzasadniający wyłączenie sędziego na tej podstawie może zachodzić pomiędzy sędzią a stroną, jej przedstawicielem, jak również pomiędzy innymi osobami, jeżeli może wywołać wątpliwości co do bezstronności sędziego. Takimi stosunkami są więc zażyłość zachodząca pomiędzy jedną ze stron a matką sędziego (postanowienie SN z 12 kwietnia 1976 r., IV CZ 17/76), czy stosunki towarzysko-służbowe między sędziami, które mogłyby wywołać wątpliwości co do ich bezstronności i obiektywizmu w sprawie dotyczącej małżonka sędziego (postanowienie SN z 8 czerwca 1994 r., II PO 6/94). Za stosunek osobisty w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.c. nie można uważać każdej osobistej znajomości – jak się to potocznie określa – w tym zawodowych kontaktów sędziego z biegłym sądowym (postanowienie SN z 26 sierpnia 1994 r., I CO 40/94).
24. Drugi środek (dotyczący sędziego Sądu Najwyższego) został przewidziany w ustawie o Sądzie Najwyższym – w art. 29 § 5 (wprowadzony w 2022 r. w celu urzeczywistnienia standardu wynikającego z orzecznictwa Trybunału

Sprawiedliwości UE). Dotyczy on badania spełnienia przez m.in. sędziego Sądu Najwyższego wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu i jego postępowania po powołaniu, jeżeli w okolicznościach danej sprawy może to doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, mającego wpływ na wynik sprawy z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy. Uwzględniając wniosek, Sąd Najwyższy wyłącza sędziego od rozpoznania sprawy, przy czym wyłączenie sędziego od udziału w danej sprawie nie może stanowić podstawy do wyłączenia tego sędziego w innych sprawach rozpoznawanych z jego udziałem (art. 29 § 18 uSN).

25. Z powyższego wyraźnie wynika, że zarówno wniosek o wyłączenie sędziego, jak i wniosek o zbadanie przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności nie są środkami o generalnym charakterze, a więc nie mają na celu wyłączenia sędziego od orzekania w ogóle. Oba te środki mają służyć stronie do wyłączenia sędziego, który w realiach konkretnej sprawy nie daje gwarancji, że sprawa zostanie rozstrzygnięta obiektywnie i niezależnie, bez jakichkolwiek wpływów osób trzecich.
26. Zgodnie z art. 179 Konstytucji RP sędziowie są powoływani przez Prezydenta RP, na wniosek KRS, na czas nieoznaczony. Natomiast w świetle art. 29 uSN sędzią Sądu Najwyższego jest osoba powołana na to stanowisko przez Prezydenta RP, która złożyła ślubowanie wobec Prezydenta RP (§ 1). Istotne jest przy tym, że w ramach działalności Sądu Najwyższego lub jego organów niedopuszczalne jest kwestionowanie umocowania sądów i trybunałów, konstytucyjnych organów państwowych oraz organów kontroli i ochrony prawa (§ 2), jak również ustalanie lub ocena przez Sąd Najwyższy lub inny organ władzy zgodności z prawem powołania sędziego lub wynikającego z tego powołania uprawnienia do wykonywania zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości (§ 3).
27. Okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego Sądu Najwyższego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości

i bezstronności (art. 29 § 4 uSN).

28. Także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjęto analogiczny pogląd. Trybunał uznał bowiem, że art. 49 § 1 k.p.c., w zakresie, w jakim dopuszcza rozpoznanie wniosku o wyłączenie sędziego z powodu podniesienia okoliczności wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta RP na wniosek KRS, został uznany za niezgodny z art. 179 Konstytucji RP (wyrok TK z 2 czerwca 2020 r., P 13/19, Dz.U. z 2020 r. poz. 1017). Natomiast w wyroku z 23 lutego 2022 r. (P 10/19, Dz.U. z 2022 r. poz. 480) Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 49 § 1 k.p.c., w zakresie, w jakim za przesłankę mogącą wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie uznaje jakąkolwiek okoliczność odnoszącą się do procedury powoływania tego sędziego przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa do pełnienia urzędu, został uznany za niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP. Ponadto, Trybunał uznał za niezgodne z art. 2 w związku z 10, art. 144 ust. 2 pkt 17 i art. 183 ust. 1 i 2 Konstytucji RP określone przepisy ustawy o Sądzie Najwyższym w zakresie, w jakim stanowi normatywną podstawę rozstrzygania przez Sąd Najwyższy o statusie osoby powołanej do sprawowania urzędu na stanowisku sędziego, w tym sędziego Sądu Najwyższego, i wynikających z tego uprawnieniach takiego sędziego oraz związanej z tym statusem skuteczności czynności sądu dokonanej z udziałem tej osoby.
29. Jest to oczywiste rozwiązanie, przyjęte również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, który przyjmuje, że sam fakt, iż sędziowie są powoływani z udziałem organów władzy wykonawczej, nie może powodować ich zależności od tych organów ani budzić wątpliwości co do ich bezstronności, jeżeli po powołaniu osoby te nie podlegają żadnej presji i nie otrzymują zaleceń podczas wykonywania swoich obowiązków (zob. wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18 i C-625/18, A.K. i in., ECLI:EU:C:2019:982, pkt 133; zob. też wyroki TSUE: z 2 marca 2021 r., C-824/18, A.B. i in., EU:C:2021:153, pkt 122; z 20 kwietnia 2021 r., C-896/19, Repubblica, ECLI:EU:C:2021:311, pkt 56; z 15 lipca 2021 r., C-791/21,

Komisja Europejska przeciwko Polsce, ECLI:EU:C:2021:596, pkt 97). Jednocześnie okoliczność, że organ taki jak krajowa rada sędziowska, uczestniczący w procesie powoływania sędziów, składa się w przeważającej mierze z członków wybranych przez władzę ustawodawczą, nie może sama w sobie prowadzić do powzięcia wątpliwości co do niezawisłości sędziów wyłonionych w tym procesie (zob. podobnie wyrok TSUE z 9 lipca 2020 r., C-272/19, Land Hessen, EU:C:2020:535, pkt 55, 56).

30. Niemniej jednak z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wynika również, że możliwe jest dojście do innego wniosku, jeżeli ta sama okoliczność, w połączeniu z innymi istotnymi czynnikami i warunkami, w jakich dokonano tych wyborów, prowadzą do powstania takich wątpliwości (wyrok TSUE w sprawie C-791/21, pkt 103). Organ nie stanowi niezawisłego i bezstronnego sądu w rozumieniu tego postanowienia, jeżeli obiektywne okoliczności, w jakich został utworzony, jego cechy, a także sposób, w jaki zostali powołani jego członkowie, mogą wzbudzić w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niepodatności tego organu na czynniki zewnętrzne, w szczególności na bezpośrednie lub pośrednie wpływy władzy ustawodawczej i wykonawczej, oraz jego neutralności względem ścierających się przed nim interesów. Tego rodzaju wątpliwości mogą bowiem prowadzić do braku widocznych oznak niezawisłości lub bezstronności owego organu, co mogłoby podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w tych jednostkach w społeczeństwie demokratycznym (wyrok TSUE w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18). Należy zauważyć, że pojęcie „niezawisły i bezstronny sąd” (ang. *independent and impartial tribunal*, niem. *unabhängiges und unparteiisches Gericht*) w istocie stanowi kategorię oceny niezależności i bezstronności sądu (nie zaś niezawisłości sędziego), choć pojęcia te są ze sobą ściśle związane.
31. Zgodnie z kryteriami oceny wprowadzonymi przez Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 29 marca 2022 r. (C-132/20, Getin Noble Bank, EU:C:2022:235) Sąd Najwyższy korzysta z „domniemania niezawisłości”, które może zostać obalone albo w drodze prawomocnego orzeczenia

sądowego stwierdzającego, że sędzia orzekający jako sąd odsyłający nie jest sądem niezawisłym, bezstronnym i ustanowionym uprzednio na mocy ustawy, albo w drodze wykazania innych czynników, które mogłyby naruszać niezawisłość i bezstronność tego sądu.

32. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE zakres krajowych przepisów ustawowych będących przedmiotem postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego należy co do zasady oceniać z uwzględnieniem ich wykładni przyjętej przez sądy krajowe (zob. wyrok TSUE z 15 lipca 2021 r., C-791/19, Komisja przeciwko Polsce, EU:C:2021:596, i powołane tam orzecznictwo). Jednocześnie w sprawach dotyczących wymiaru sprawiedliwości sądy krajowe nie mogą abstrahować od norm prawa krajowego, w tym rangi konstytucyjnej, które muszą brać pod uwagę oceniając kryteria określone w art. 19 ust. 1 akapit drugi Traktatu o UE oraz art. 47 KPP UE.
33. W tym miejscu należy wskazać, że z uznanej za niekonstytucyjną uchwały z 2020 r., na którą powołuje się wnioskodawca, wynikają w odniesieniu do statusu sędziów Sądu Najwyższego wnioski wprost przeciwne, o czym będzie mowa poniżej.
34. Przepisy prawa krajowego (jak i międzynarodowego) nie precyzują standardu niezawisłości lub bezstronności. Nie określają nawet tego, czym jest w rozumieniu ustawy niezawisłość i bezstronność, ani na czym może lub powinno polegać ich naruszenie. Co więcej, na gruncie prawa polskiego terminy „niezawisłość” oraz „niezależność” mają odmienne zakresy i treść. Nie wskazano także tego, czy jedynym kryterium oceny braku niezawisłości i bezstronności jest zachowanie samego sędziego, czy też inne okoliczności, które pozostają od niego niezależne. W postanowieniu Sądu Najwyższego z 23 lutego 2023 r., I ZB 44/22, podniesiono, że chodzi o ocenę indywidualnych okoliczności dotyczących powołania konkretnego sędziego: „przez okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego na tle art. 29 § 5 uSN należy rozumieć nie okoliczności o charakterze generalnym, odwołujące się do systemowych rozwiązań procesu powoływania sędziów (a zatem w istocie okoliczności dotyczące sposobu ich powołania), lecz indywidualne

okoliczności powołania, odnoszące się do konkretnego sędziego objętego wnioskiem o przeprowadzenie tzw. testu niezawisłości i bezstronności” (zob. też postanowienie SN z 3 listopada 2022 r., V KB 10/22).

35. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego należy uznać, że na niezawisłość sędziego (kryterium podmiotowe) w rozumieniu konstytucyjnym tradycyjnie składa się kilka istotnych elementów, do których należą: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania, 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych, 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych, 4) niezależność od wpływu czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych, 5) wewnętrzna niezależność sędziego (zob. wyroki TK: z 24 czerwca 1998 r., K 3/98, OTK 1998, nr 4, poz. 52; z 13 grudnia 2005 r., SK 53/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 134). Szczególnie drastyczną postacią sprzeniewierzenia się obowiązkom łączącym się z zasadą niezawisłości jest naruszenie obowiązku zachowania przez sędziego bezstronności, co m.in. może polegać na dostosowywaniu treści wydawanych orzeczeń do sugestii czy poleceń przekazywanych sędziemu z zewnątrz, już to do antycypowania tych sugestii z myślą o wypływających z tego korzyściach. Prowadzi to do pojawienia się zjawiska „sędziego dyspozycyjnego”, a to wyklucza możliwość wymierzania sprawiedliwości. Ta subiektywna stronniczość sędziego – jak podkreśla się w literaturze przedmiotu – jest zawsze zaprzeczeniem prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, ale szczególnie dramatycznego wymiaru nabiera, jeżeli – co było i jest regułą w państwach totalitarnych – znajduje odniesienie do procesów politycznych, gdy sędzia staje się wykonawcą politycznej woli państwa w eliminowaniu tych, którzy się owej woli próbują przeciwstawiać.
36. Poza pierwszym z wyżej wymienionych elementów bezstronności pozostałe w zasadzie nie mogą być ograniczone do oceny w ramach jednej rozpoznawanej sprawy, gdyż zależność od organów (instytucji) pozasądowych, władz i organów sądowych, czy czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych, oznacza w zasadzie, że sędzia pozbawiony jest przymiotu niezawisłości w ogólności – tak długo, jak długo trwa zależność od wpływów zewnętrznych bądź dyktowana swoistym brakiem

sumienności lub samodzielności w wykonywaniu powierzonej sędziemu władzy (pkt 5). Tym samym stwierdzenie braku niezawisłości w tym znaczeniu, a do tego *de facto* zmierza wniosek w niniejszej sprawie, nie odnosi się do jednej, określonej sprawy, gdyż istnienie zależności zawsze musi powodować podjęcie odpowiednich działań służących eliminacji sędziego z orzekania w każdej sprawie. Tym bardziej, że chodzi tu o normatywny, konstytucyjny model nominacji sędziowskich. Uznanie istnienia „zależności” od czynników lub osób uczestniczących w procedurze nominacyjnej sędziego w ogólności – jako przesądzających o braku jego niezawisłości (z wyłączeniem traktowanej jako osobna przesłanka bezstronności) – oznaczałoby, że taki sędzia traci zdolność pełnienia urzędu w ogóle, gdy tymczasem ewentualne okoliczności powołania mogą prowadzić bądź do oceny zachowania samego kandydata na sędziego, bądź członków organów biorących udział w procedurze nominacyjnej (na których decyzje kandydat nie ma wpływu, a które są dokonywane w określonej procedurze, przewidzianej prawem), które nie mogą być oceniane w kategorii braku niezawisłości we wskazanym, ogólnym ujęciu. Jeżeli zaś określone okoliczności skonkretyzowane w procesie nominacyjnym uzasadniałyby wyłączenie sędziego, to powinno to nastąpić na mocy ogólnych zasad przewidzianych w zwykłym trybie wyłączenia, np. wówczas, gdy sędzia ma rozpoznawać sprawę z udziałem członka KRS wyrażającego swoje oceny na jego temat w procedurze powołania, a nawet osoby pełniącej w tym czasie urząd Prezydenta RP, zaś każdorazowo ocena bezstronności powinna być dokonywana indywidualnie.

37. Istotne wątpliwości budzi jednak przede wszystkim samo uznanie, aby okoliczności powołania sędziego (rozumiane wąsko, tj. jako odnoszące się do trybu i podstawy prawnej procedury nominacyjnej przewidzianych w art. 179 Konstytucji RP oraz w przepisach ustawowych konkretyzujących i uzupełniających normę konstytucyjną, a także *in concreto* samego przebiegu procedury nominacyjnej), bez sprecyzowania ich charakteru, mogły być tymi, które wpływają na ocenę niezawisłości lub bezstronności sędziego w ogólności. Tak naprawdę wniosek w niniejszej sprawie skupia się na tym

aspekcie, a wywodzone są z niego skutki ogólne – w postaci niemożności sprawowania urzędu przez SSN O.N., jak i sędziego Sądu Apelacyjnego, uczestniczącego w wydaniu zaskarżonego wyroku. Świadczy o tym treść wniosku, za zasadnością którego przemawiać miałyby – zdaniem wnioskodawcy – lekceważenie przez SSN O.N. faktu „oczywistej wadliwości swojego powołania, a także wadliwości powołania innych sędziów powołanych na wniosek NeoKRS”. Taka interpretacja statusu sędziego wykracza zarówno poza wskazane kryteria wynikające z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i Trybunału Konstytucyjnego.

38. W orzecznictwie dominuje stanowisko, że nie jest wystarczające przytoczenie okoliczności towarzyszących powołaniu danego sędziego Sądu Najwyższego (w tym ewentualnych wadliwości procedury nominacyjnej) i jego postępowania po powołaniu (w szczególności czynności jurysdykcyjnych, prejurysdykcyjnych, oświadczeń i wypowiedzi w sferze publicznej czy innej działalności publicznej), które mogą wywoływać uzasadnione wątpliwości co do spełnienia przezeń wymagań niezawisłości i bezstronności, ale konieczne jest także wskazanie okoliczności świadczących o tym, że deficyt ten może oddziaływać na wynik konkretnej sprawy, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy (zob. np. postanowienia SN: z 16 sierpnia 2022 r., II KB 2/22 i V KB 1/22; z 22 sierpnia 2022 r., III KB 2/22, III KB 3/22, V KB 3/22 i V KB 4/22; z 24 sierpnia 2022 r., I ZB 1/22; z 30 sierpnia 2022 r., I ZB 2/22 i I ZB 3/22; z 2 września 2022 r., III KB 4/22; z 15 września 2022 r., II KB 6/22; z 22 września 2022 r., V KB 7/22; z 6 października 2022 r., I KB 1/22 i III KB 8/22; z 19 października 2022 r., I ZB 15/22; z 20 października 2022 r., III KB 9/22; z 26 października 2022 r., I KB 2/22, I KB 3/22 i V KB 11/22; z 4 listopada 2022 r., IV KB 3/22, IV KB 4/22 i V KB 12/22).
39. Prezentowany jest jednak pogląd przeciwny, a mianowicie, że do uznania, iż dla oceny braku niezawisłości i bezstronności sędziego w świetle art. 29 § 5 i n. uSN wystarczająca jest przesłanka rzekomego wadliwego powołania sędziego (chodzi o powołania dokonane na podstawie wniosków KRS

według przepisów obowiązujących od 2018 r., tj. na podstawie ustawy z 2017 r.), a ponadto możliwe jest uznanie jako „postępowania po powołaniu” podlegającego ocenie podejmowanie przez sędziego, którego bezstronność i niezawisłość są kwestionowane, czynności orzeczniczych rzekomo wbrew orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz wnioskom wynikającym z uchwały Sądu Najwyższego z 2020 r. Z tej uchwały miałyby wynikać, 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 Sądu Najwyższego na wniosek KRS w trybie określonym przepisami ustawy z 2017 r., pomijając w tym zakresie dotychczasowy dorobek orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności uznając niekonstytucyjny akt normatywny, jakim jest wspomniana uchwała, za obowiązujący i wiążący rzekomo wszystkie składy Sądu Najwyższego.

40. Co więcej, w odniesieniu do rzekomej „wadliwości” powołań sędziowskich, powołując się na standard prawa Unii oraz wynikający z art. 6 EKPC (prawo do sądu), zupełnie pomijana jest we wniosku ocena tego, czy w konkretnych okolicznościach ma miejsce zależność sędziego względnie sądu od władzy ustawodawczej lub wykonawczej z powodu sposobu (okoliczności) powołania sędziego, a co za tym idzie, na czym owa zależność miałaby polegać, bądź istnieją wątpliwości co do bezstronności z uwagi na to, że po powołaniu sędziego podlega presji względnie otrzymuje zalecenia podczas wykonywania swoich obowiązków (wyrok TSUE w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18). W odniesieniu do sędziów Sądu Najwyższego oznacza to również, że brak indywidualnej weryfikacji powyższych kryteriów należy uznać za naruszenie powyższego standardu prawa Unii, który miał być przy jej podjęciu urzeczywistniony. Jedyne, niejako dodatkowo, wskazano, że SSN O.N. brał udział w wydaniu orzeczenia w sprawie protestów wyborczych dotyczących przebiegu wyborów na urząd Prezydenta RP w 2020 r., korzystnego z punktu widzenia stronnictwa politycznego, z którego wywodził się zwycięski kandydat, a więc

jego działalność orzecznicza miałaby sprawiać wrażenie sprzyjającej sile politycznej, która umożliwiła jego nominację do Sądu Najwyższego. Abstrahując od zasadności takiego stwierdzenia, nie sposób nie zauważyć, że chodzi tak naprawdę o podejmowanie czynności orzecznich pomimo wadliwego – zdaniem wnioskodawcy – procesu nominacyjnego na urząd sędziego.

41. Także niektóre składy Sądu Najwyższego (chodzi o sędziów powołanych do tego Sądu przed 2018 r.) uznają, że postępowanie sędziego po powołaniu obejmuje także podejmowanie przez tego sędziego czynności orzecznich. W postanowieniu z 27 lutego 2023 r., II KB 10/22, odmówiono mocy obowiązującej wyrokowi Trybunału Konstytucyjnego z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20 (OTK-A 2020, poz. 61) w zakresie dotyczącym uchwały z 2020 r., w której wydaniu jako niekonstytucyjnego aktu normatywnego brali udział sędziowie wydający powyższe postanowienie, oceniający własną, niekonstytucyjną uchwałę jako prawidłową oraz wywołującą rzekomo skutki prawne, a zatem z oczywistym naruszeniem standardu wynikającego z zasady *nemo iudex in causa sua* (zob. też np. postanowienia SN: z 16 września 2021 r., I KZ 29/21; z 21 stycznia 2022 r., III CO 6/22; z 15 listopada 2022 r., III CB 5/22; uchwały SN: z 5 kwietnia 2022 r., III PZP 1/22, OSNP 2022, Nr 10, poz. 95; uchwałę składu 7 sędziów SN z 22 czerwca 2022 r., I KZP 2/22, OSNKW 2022, Nr 6, poz. 22).
42. Ponadto, postanowieniem z 4 kwietnia 2023 r., I ZB 52/22, Sąd Najwyższy zwrócił się do poszerzonego składu Sądu Najwyższego z pytaniem, czy z art. 29 § 5 uSN wynika, że do wyłączenia sędziego Sądu Najwyższego od rozpoznania sprawy konieczne jest spełnienie się kumulatywnie wszystkich opisanych w nim przesłanek, w świetle których sędzia Sądu Najwyższego nie spełnia wymogów niezawisłości i bezstronności, czy też do stwierdzenia takiego stanu wystarczające jest w konkretnych okolicznościach sprawy wystąpienie tylko jednej z tych przesłanek.
43. Taki wniosek, a więc oparty jedynie na takiej przesłance, byłby w istocie pozorny, w sposób nieznanym prawu krajowemu i prawu unijnemu, powodowałaby, że zakwestionowane zostałyby prawo sędziego do

sprawowania tego urzędu. Co więcej, w istocie służyłby każdorazowej ocenie nie tego sędziego, ale w istocie prezydenckiej prerogatywy do jego powołania, która nie może być weryfikowana na podstawie przepisów rangi ustawowej (a ściślej, które nie wynikają z Konstytucji RP; wyrok TK z 12 lipca 2022 r., SK 13/20, OTK-A 2022, poz. 54). W wyroku z 5 czerwca 2012 r., K 18/09, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że art. 179 Konstytucji RP jest „normą kompletną, jeśli chodzi o określenie kompetencji Prezydenta RP w zakresie powoływania sędziów, gdyż zostały w nim uregulowane wszystkie niezbędne elementy procedury nominacyjnej”.

44. Z kolei w wyrokach z 2 czerwca 2020 r., P 13/19, z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, z 14 lipca 2021 r. P 7/20, oraz postanowieniu z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że w systemie polskiego prawa sędzią jest osoba, która odebrała akt nominacyjny od Prezydenta RP, zaś podstawy odsunięcia sędziego od orzekania muszą wynikać z Konstytucji RP i opartego na niej ustawodawstwa. Prerogatywa Prezydenta RP nie podlega kontroli władzy sądowniczej. Trybunał Konstytucyjny uznał, że powoływanie sędziów ma charakter kompetencji zakotwiczonej bezpośrednio w art. 179 Konstytucji RP, dla którego interpretacji istotne znaczenie ma kwalifikacja jej jako prerogatywy, oraz w art. 126 ust. 1 Konstytucji RP w zakresie, w jakim stanowi, że Prezydent RP jest najwyższym przedstawicielem Rzeczypospolitej Polskiej (wyrok TK z 24 października 2017 r., K 3/17, OTK-A 2017, poz. 68).
45. Zgodnie z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP powoływanie sędziów jest wyłączną i niewzruszalną prerogatywą Prezydenta RP, co Trybunał Konstytucyjny wyczerpująco uzasadnił w wyroku z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, oraz postanowieniu z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w postanowieniu z 3 czerwca 2020 r., nieuprawnione jest kwestionowanie samego *votum* sędziowskiego w całości lub w części, które stanowi nieodłączny element wykonywania władzy sędziowskiej (postanowienie SN z 3 czerwca 2020 r., I NWW 16/20; zob. także postanowienia SN: z 22 kwietnia 2021 r., I NWW 16/21; z 27 maja 2021 r., I NWW 41/21). Generalne, wykluczenie sędziego od orzekania oznaczałoby

- de facto* – wbrew ustawie, a co ważniejsze wbrew Konstytucji RP i prawu unijnemu – „zawieszenie” takiego sędziego w pełnieniu urzędu. Analogiczne stanowisko prezentuje Trybunał Konstytucyjny w odniesieniu do całkowitego „wykluczenia” inwestytury poprzez akt podustawowy (uchwałę Sądu Najwyższego), który prowadzi do wykreowania swoistej instytucji sędziego w stanie spoczynku *ab initio* (tak w wyroku w sprawie U 2/20; też wyrok TK z 11 września 2017 r., K 10/17, OTK-A 2017, poz. 64). Wykonywanie prerogatyw, a zatem także tych w zakresie powoływania sędziów, nie wymaga uzasadnienia podjętych przez Prezydenta RP decyzji personalnych.
46. Wymaganie w świetle art. 179 Konstytucji RP wniosku KRS stanowi „znaczące zawężenie swobody działania Prezydenta (...)”, który nie może powołać dowolnej osoby spełniającej wymagania stawiane kandydatom na sędziów, lecz „wyłącznie osobę, której kandydatura została rozpatrzona i wskazana przez KRS” (wyrok TK z 5 czerwca 2012 r., K 18/09, OTK-A 2012, nr 6, poz. 63). Konstytucja RP uzależnia wykonanie prerogatywy przez Prezydenta RP od przedstawienia przez KRS stosownego wniosku, przy czym dopiero akt powołania kształtuje status sędziego. Konstytucja RP nie przesądza jednak wprost o etapach poprzedzających złożenie wniosku ani też nie determinuje kwalifikacji, jakie winien spełniać kandydat na sędziego (wyrok TK z 8 maja 2012 r., K 7/10, OTK-A 2012, nr 5, poz. 48). Kompetencje Prezydenta mają charakter samodzielny, wykonuje on je we własnym imieniu, na własny rachunek i na własną odpowiedzialność (zob. P. Sarnecki, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do przepisów*, Kraków 2000, s. 53; wyrok TK z 12 lipca 2022 r., SK 13/20).
47. Powołanie sędziego – jako prerogatywa Prezydenta RP – nie podlega kontroli ze strony jakiegokolwiek organu, w tym sądów (zob. np. wyroki TK: z 27 maja 2008 r., OTK-A 2008, nr 4, poz. 63; 5 czerwca 2012 r., K 18/09, OTK-A 2012, nr 6, poz. 63; z 26 czerwca 2019 r., K 8/17, OTK-A 2019, poz. 34; z 4 marca 2020 r., P 22/19, OTK-A 2020, poz. 31; z 2 czerwca 2020 r., P 13/19; z 23 lutego 2022 r., P 10/19; postanowienie TK z 29 listopada 2010 r., SK 16/08, OTK-A 2010, nr 9, poz. 123; wyrok NSA z 4 listopada 2021 r., III FSK 4104/21; zob. też uchwałę NSA z 9 listopada 1998 r., OPS 4/98, ONSA

1999, nr 1, poz. 6; postanowienia NSA: z 9 października 2012 r., I OSK 1872/12, I OSK 1873/12; I OSK 1874/12; I OSK 1875/12, I OSK 1882/12, I OSK 1883/12; I OSK 1890/12, I OSK 1891/12; z 16 października 2012 r., I OSK 1870/12, I OSK 1871/12, I OSK 1878/12, I OSK 1879/12, I OSK 1880/12, I OSK 1881/12, I OSK 1885/12, I OSK 1886/12, I OSK 1887/12, I OSK 1888/12; z 17 października 2012 r., I OSK 1876/12, I OSK 1877/12, I OSK 1889/12; z 20 marca 2013 r., I OSK 3129/12; z 7 grudnia 2017 r., I OSK 857/17; zob. również postanowienia NSA: z 19 kwietnia 2019 r., II GZ 51/19 i II GZ 60/19; z 23 lutego 2023 r., II GSK 1519/22; z 27 lutego 2023 r., II GSK 1519/22; II GSK 1363/22). Postanowienie Prezydenta RP o powołaniu do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego nie jest aktem administracyjnym i nie podlega kognicji sądu administracyjnego, a samo powołanie nie jest sprawą administracyjną (zob. np. postanowienie NSA z 7 grudnia 2017 r., I OSK 858/17). Nie istnieje procedura umożliwiająca dokonywanie oceny ważności ani prawidłowości czy skutków wykonania tej kompetencji przez Prezydenta RP. Nie można wykreować takiej procedury kontroli ani z uwzględnieniem standardu międzynarodowego (kwestia ta dotyczy wyłącznie instytucji konstytucyjnej), ani na poziomie ustawowym (wyrok TK z 10 marca 2022 r., K 7/21). Nie jest możliwa modyfikacja tej kompetencji ani wprowadzenie mechanizmu jej weryfikacji w akcie podkonstytucyjnym (zob. wyroki TK: z 11 września 2017 r., K 10/17, OTK-A 2017, poz. 64; z 23 lutego 2022 r., P 10/19). Wniosek ten wiąże się z tym, że powołanie sędziego jest aktem z zakresu prawa konstytucyjnego, mającym swoje źródło wprost w normie konstytucyjnej. Jako takie nie jest aktem z zakresu prawa administracyjnego. Żaden organ zatem nie ma umocowania do weryfikacji jej prawidłowości ani skutków. Również ETPC nie jest organem uprawnionym do oceny wykonywania przez Prezydenta RP prerogatywy konstytucyjnej. Przyjęty w polskiej Konstytucji model powołania sędziego, z przyznaniem Prezydentowi RP w tym zakresie niewzruszalnej prerogatywy, wiąże się z koniecznością zapewnienia sędziemu niepodważalnego statusu, tak aby nie był on narażony na ewentualne próby jego zakwestionowania poprzez poszukiwanie jakichkolwiek okoliczności, które mogłyby wpływać na ocenę

prawidłowości procedury nominacyjnej na etapie przed powołaniem przez Prezydenta RP. Tak rozumiana niepodważalność statusu stanowi oczywisty składnik gwarancji nieusuwalności, która nie jest przewidziana jako „przywilej” dla sędziego, lecz ma zakotwiczenie w gwarancjach prawa do sądu, w tym stabilności prawomocnych rozstrzygnięć sądowych. Ewentualna możliwość nieograniczonego w czasie podważania statusu sędziego prowadziłaby także nieuchronnie do destabilizacji systemowej wymiaru sprawiedliwości. Oba te czynniki przesądziły o przyjęciu w prawodawstwie polskim już w 1990 r. modelu niewzruszalności prerogatywy Prezydenta RP jako ostatniego etapu procedury nominacyjnej sędziów bez względu na rzeczywiste bądź rzekome wady proceduralne, a nawet systemowe (na co wskazują liczne wyroki Trybunału Konstytucyjnego z lat 2007-2017), które mogłoby mieć miejsce w konkretnych przypadkach powołań.

48. Na tle art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP, jak również prawa unijnego nie ma możliwości powołania sędziego jedynie w formie czynności o charakterze symbolicznym, pozbawionej realnych skutków praktycznych. Powołanie sędziego jest jednocześnie przyznaniem danej osobie kompetencji do wykonywania władzy sądowniczej. Tym samym nie można jednocześnie uznawać, że dana osoba została powołana na urząd sędziego, a zarazem od chwili tego powołania nie może sprawować władzy sądowniczej. Do uszczuplenia czy wręcz odjęcia władzy sądenia (wykonywania władzy sądowniczej) prowadziłby każdorazowo wniosek odwołujący się do okoliczności powołania sędziego (w istocie zaś do podstawy prawnej czynności prowadzących do powołania), które miałyby służyć negatywnej weryfikacji jego niezawisłości i bezstronności.
49. Bez wyraźnej podstawy konstytucyjnej w demokratycznym państwie prawnym, jak i w prawie unijnym, powołania sędziego nie można kwestionować w jakimkolwiek trybie. Wypełnienie wymagań konstytucyjnych skutkuje bowiem przyznaniem sędziemu inwestytury w pełnym przewidzianym normami prawa zakresie, zaś wynikająca z tego zasada stabilności urzędu i nieusuwalności służyć w istocie wypełnieniu gwarancji prawa do sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, jak i art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o UE w związku z art.,

47 ust. 1 KPP UE. Ocena zaś aktu inwestytury i jej skuteczności na gruncie prawa polskiego nie podlega ocenie z perspektywy prawa Unii. Niezawisłość i bezstronność w żadnym razie nie pozostają powiązane z tym, w jakiej procedurze sędzia został powołany, o ile jest ona realizowana w państwie demokratycznym, nie zaś w dyktaturze (państwie totalitarnym), w którym z istoty uwarunkowań systemowych nie respektuje się niezawisłości i bezstronności sędziowskiej. Ani normy konstytucyjne, ani przepisy prawa Unii nie tylko nie dają podstaw do podważania niezawisłości sędziego z uwagi na tryb powołania na urząd sędziego, co wręcz niezawisłość tę mają zapewniać, a to wraz np. z art. 180 Konstytucji RP, które łącznie służą zapewnieniu stabilizacji urzędu sędziowskiego i pozbawieniu go w ten sposób jakichkolwiek wpływów zewnętrznych – zarówno ze strony władzy ustawodawczej i wykonawczej, jak też władzy sądowniczej.

50. Jak wskazano, także w prawie Unii nie sposób znaleźć podstawy do kwestionowania powołania sędziego w państwie członkowskim i uniemożliwienia mu w ten sposób sprawowania urzędu, a więc przede wszystkim orzekania. Świadczy o tym również okoliczność, podnoszona przez wnioskodawcę, że SSN O.N. został powołany na urząd sędziego Sądu Najwyższego, mając „pełną świadomość” wydania przez Naczelny Sąd Administracyjny postanowienia o zabezpieczeniu, polegającego na wstrzymaniu wykonania uchwały KRS w części dotyczącej przedstawienia (nieprzedstawienia) wniosku o powołanie m.in. jego na urząd sędziego Sądu Najwyższego. To miałyby – zdaniem wnioskodawcy – wskazywać na lekceważenie prawa przez SSN O.N.. Nie bardzo tylko wiadomo, na jakiej podstawie wnioskodawca formułuje takie wnioski, które miałyby „wzmacniać” ewentualne uchybienie w procesie nominacyjnym, a w konsekwencji uniemożliwić orzekanie sędziemu. Przede wszystkim trzeba wskazać, że O.N. (jeszcze wówczas niebędący sędzią) nie był uczestnikiem żadnego postępowania w przedmiocie zabezpieczenia w związku z uchwałą organu wnioskującego o jego powołanie, tj. KRS, w wyniku której przedstawiono Prezydentowi RP jego kandydaturę na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego, w związku z czym nie doręczono mu postanowienia

przywołanego przez wnioskodawcę i z niczego nie wynika, aby miał on wiedzy na temat jakiegokolwiek zabezpieczenia. Już więc z tego powodu sugestia jego lekceważenia jest błędna. Oczywiście jest bowiem, że sugerowane lekceważenie mogłoby mieć miejsce jedynie przy pełnej świadomości tego, że takie postanowienie wydano i co dokładnie miałyby być przedmiotem takiego postanowienia. Nawet zresztą przy ogólnej świadomości istnienia postanowienia o zabezpieczeniu nie da się sensownie wyprowadzić wniosku o jego ignorowaniu bez wiedzy o jego szczegółowej treści, gdyż oczywiście jest, jak wiele wariantów może mieć postanowienie o zabezpieczeniu. Nie wiadomo zatem na podstawie jakich okoliczności pełnomocnik wnioskodawcy wywodzi wiedzę SSN O.N. na temat zabezpieczenia i jego ignorowania. Jeżeli czyni to na podstawie uzasadnienia uchwały z 23 stycznia 2020 r., w której powołano się na „wiedzę wynikającą z informacji medialnych”, to abstrahując nawet od tego, że została ona wydana z naruszeniem procedury i stanowi *de facto* normę prawną, wywody w niej zawarte dotyczące tej kwestii nie odpowiadają w ogóle prawdzie, stanowią niczym nieudowodnione insynuacje osób podpisujących to uzasadnienie i nie mogą tworzyć stanu faktycznego. Co więcej, nawet gdyby kandydat uzyskał najbardziej ogólną wiedzę ze środków masowego przekazu co do samego faktu istnienia postanowienia o zabezpieczeniu (co pozostaje oczywiście bez żadnego znaczenia, gdyż nie sposób uznać skuteczności uzyskania wiedzy na temat zabezpieczenia, i w ogóle treści jakiegokolwiek orzeczenia, w ten sposób), mógłby on oczekiwać, że postanowienie to, według zasad obowiązujących w postępowaniu cywilnym, będzie zasadam tym odpowiadało, tzn. będzie dotyczyło tej części uchwały KRS, która była nieprawomocna. Co do O.N. uchwała KRS była prawomocna i wykonalna, a tym samym nie było nawet dopuszczalne i procesowo możliwe wydanie w tym zakresie zabezpieczenia, abstrahując już od tego, że według utrwalonego od lat orzecznictwa Sądu Najwyższego zabezpieczenie w postępowaniu z odwołania od uchwały KRS dotyczącej wskazania Prezydentowi RP kandydata na wolne stanowisko sędziowskie co do zasady nie jest dopuszczalne. Uwzględniając zatem zarówno regulacje z

obszaru prawa publicznego, a także zasady odpowiedniego stosowania Kodeksu postępowania cywilnego w tym obszarze, jak również dotychczasowy dorobek orzecznictwa, nie było możliwości przyjmowania w dniu powołania założenia, że Naczelny Sąd Administracyjny w swoich orzeczeniach, także postanowieniach o zabezpieczeniu, rażąco naruszy prawo. Takie założenie mogłoby mieć dopiero miejsce po zapoznaniu się z treścią całego postanowienia, co ze wskazanych powodów, dość obiektywnych, nie mogło mieć miejsca. Nie ma przy tym znaczenia jakakolwiek ingerencja w treść uchwały KRS w późniejszym czasie, gdyż z oczywistych względów nie może ona wyrzucić żadnych wstecznych skutków. Niezależnie od tego nie sposób mówić o skuteczności takiego „zabezpieczenia” w prawie publicznym i to w stosunku do Prezydenta RP.

51. O tym, że strona wnioskująca, powołując się na – zaistniałe jej zdaniem – wady w procesie nominacyjnym, podważa tak naprawdę status sędziego, a nie wnosi o jego wyłączenie na podstawie okoliczności, które mogłyby świadczyć o braku bezstronności sędziego w konkretnej sprawie, świadczy np. użycie w piśmie procesowym sformułowania „sędzia Sądu Apelacyjnego w W. M. M.”, czy nieużywanie w stosunku do SSN O.N. przymiotu „sędzia”. Powołanie się na tego typu okoliczność służy wyłącznie podważeniu inwestytury sędziego, a nie przeciwdziałaniu realnemu zagrożeniu bezstronności i zawisłości sędziego (*nota bene* nie wskazano nawet, od kogo sędzia miałby być zależny). Taki wniosek jest *de facto* wnioskiem pozornym, który zmierza do niedopuszczalnego w świetle prawa Unii oraz konstytucji państwa członkowskiego podważenia powołania sędziego, co nie jest możliwe ani w świetle prawa krajowego, ani prawa unijnego, w związku z czym powinien zostać – zdaniem Sądu Najwyższego – pominięty.

W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego:

52. Drugie zagadnienie dotyczy wskazanych już środków procesowych – w kontekście art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o UE w związku z art. 47 ust. 1 KPP UE – czy efektywnym i wystarczającym mechanizmem spełnienia

kryteriów sądu ustanowionego ustawą w rozumieniu prawa Unii wystarczające jest przyznanie stronom w prawie krajowym uprawnienia polegającego na możliwości żądania weryfikacji wpływu ogółu okoliczności towarzyszących procedurze nominacyjnej i zachowania sędziego po powołaniu na jego bezstronność i niezawisłość w rozpoznawanej sprawie w ramach tzw. testu bezstronności lub wniosku o wyłączenie sędziego.

53. Pomimo zasady spójności i jednolitości prawa Unii Sądowi Najwyższemu nie są znane przypadki, aby poza Polską również systemy prawne innych państw członkowskich Unii Europejskiej wprowadziły jakiegokolwiek nowe rozwiązania natury procesowej lub ustrojowej, które dostosowywałyby przepisy krajowe do wymagań wynikających z powyższego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. W ocenie Sądu Najwyższego wskazane w pytaniu prejudycjalnym przepisy mają służyć uzgodnieniu standardu prawa polskiego w zakresie dopuszczalności weryfikacji niezawisłości i bezstronności sędziego z wnioskami wynikającymi m.in. z powyższych wyroków TSUE. Mają one także wprowadzić drogę sądowej weryfikacji kryterium „sądu ustanowionego ustawą” w rozumieniu art. 6 EKPC.
54. Powyższe środki wydają się być wystarczające dla ustalenia tego, czy skład sądu jest właściwy, tym bardziej, że pomimo ich nagłośnienia, a wręcz niekiedy medialnego nawoływania do korzystania z nich, ich liczba jest bardzo niewielka, co oznacza, że strony postępowania tak naprawdę bardzo rzadko kwestionują bezstronność i niezawisłość sędziów Sądu Najwyższego, w tym również powołanych od 2018 r. W sprawach cywilnych (w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego) wniosków o wyłączenie sędziego oraz o przeprowadzenie testu od tego czasu było łącznie w około 40 sprawach. Mając na uwadze wpływ spraw do Izby Cywilnej Sądu Najwyższego na poziomie 5 000 – 7 000 rocznie, jest to w zasadzie pomijalny ułamek.
55. Przewidziane środki są wystarczające dla realizacji prawa strony do właściwego ukształtowania sądu, o ile – oczywiście – są należycie stosowane przez nie, jak i przez Sąd Najwyższy. *Lege non distinguente* należy uznać, że chodzi zarówno o dopuszczalność formułowania odpowiednich zarzutów przez stronę lub uczestnika postępowania

(obwinionego, oskarżonego), a także o orzekanie przez Sąd Najwyższy, względnie inny sąd, o sędzim Sądu Najwyższego oraz podważanie wydanych przez Sąd Najwyższy z udziałem sędziego orzeczeń z uwagi na różnorodne okoliczności. Założenie racjonalnego ustawodawcy oraz zasada legalizmu (art. 7 Konstytucji RP), jak również zasady unijne nakazują, aby ocena nie polegała na „podważaniu” orzeczenia lub „kwestionowaniu” statusu sędziego i aby odbywało się to w trybie i na zasadach przewidzianych w odrębnych przepisach (za takie należy obecnie uznać art. 49 k.p.c. i art. 29 § 5 i n. uSN). Praktyka orzecznicza ostatnich lat wskazuje jednak na odmienną tendencję, a mianowicie, że przepisy Konstytucji RP, ustaw krajowych i prawa unijnego stanowią niejednokrotnie jedynie pretekst do formułowania ocen i podejmowania przez składy orzekające (szczególnie złożone z sędziów powołanych do Sądu Najwyższego przed 2018 r.) czynności orzeczniczych, które nie znajdują żadnej podstawy normatywnej w przepisach. Przykładem tego jest praktyka orzecznicza niektórych składów Sądu Najwyższego, że powołanie się wyłącznie na okoliczności powołania uzasadnia traktowanie wniosku jako wniosku o wyłączenie sędziego (zob. np. postanowienie SN z 17 listopada 2022 r., III CB 4/22), mimo że taki zabieg interpretacyjny jest wprost sprzeczny zarówno z powołanymi przepisami prawa, jak i orzeczeniami Trybunału Konstytucyjnego (zob. np. wyroki TK: z 4 marca 2020 r., P 22/19, OTK-A 2020, poz. 31; z 2 czerwca 2020 r., P 13/19, OTK-A 2020, poz. 45; z 23 lutego 2022 r., P 10/19, OTK-A 2022, poz. 14; z 12 lipca 2022 r., SK 13/20, OTK-A 2022, poz. 54). Nie ma również żadnego oparcia w przepisach prawa unijnego.

56. Powyższe miałyby wynikać z niemożności praktycznego zastosowania art. 29 § 5 uSN. Przykładowo, w postanowieniu z 15 listopada 2022 r., III CB 5/22, Sąd Najwyższy wskazał, że „wady testu niezawisłości i bezstronności sędziego mają charakter systemowy i są tak poważne, iż praktycznie uniemożliwiają jego wykorzystanie jako efektywnego środka prawnego, pozwalającego na wystarczające zagwarantowanie stronie prawa do rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd. Sprawiają, że środek ten ma w istocie charakter iluzoryczny, a rezygnacja z jego zastosowania –

albo niedopełnienie wymagań formalnych osłabiających w praktyce jego efektywność – nie powinna być postrzegana jako wyraz braku staranności strony w zakresie realizacji obowiązku podejmowania działań zmierzających do obrony jej praw.”.

57. Natomiast w postanowieniu z 27 lutego 2023 r., II KB 10/22, Sąd Najwyższy stwierdził, że konstrukcja testu przewidziana w ustawie o Sądzie Najwyższym trafnie jest określana jako procedura zmierzająca do uniemożliwienia stosowania art. 6 ust. 1 EKPC, tak jak ją interpretował ETPC w orzeczeniach w sprawach przeciwko Polsce (Reczkowicz, Dolińska-Ficek i Ozimek oraz Advance Pharma sp. z o.o.), opierając się przy tym na wyroku Wielkiej Izby Trybunału Praw Człowieka w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii (skarga 26374; wyrok Wielkiej Izby Trybunału Praw Człowieka z 1 grudnia 2020 r.). W tym wyroku z 1 grudnia 2020 r. stwierdzono bowiem, że pojęcie „ustanowienie ustawą” obejmuje także proces powoływania sędziów (§ 228), ale organ sądowy, który nie spełnia wymogów niezawisłości – zwłaszcza w stosunku do władzy wykonawczej – oraz bezstronności, nie może być określony jako „sąd” dla celów art. 6 ust. 1 EKPC. Z tego powodu przy ocenie, czy sąd spełnia konieczny wymóg niezawisłości i bezstronności, Trybunał w Strasburgu stwierdził, iż należy brać pod uwagę – zważywszy ten sam cel – także sposób powołania jego członków (wymóg bezstronności i niezawisłości jest kluczowy dla wymagania istnienia sądu ustanowionego ustawą – § 232-234), co pozwoliło na łączne rozważania treści prawa do „sądu ustanowionego ustawą. W wyroku z 1 grudnia 2020 r. przyjęto i opisano trzystopniowy test, który ma mieć zastosowanie w każdej sprawie, gdy pojawi się wątpliwość co do prawidłowego powołania orzekającego w niej sędziego. Nie ma obecnie potrzeby szczegółowego omawiania tego testu, wystarczy podkreślić, że wszystkie jego elementy mają zastosowanie wówczas, gdy stwierdzone zostanie naruszenie prawa krajowego w procesie powołania sędziego (dalej bowiem bada się jego charakter – etap drugi oraz czy naruszenie prawa krajowego o określonym charakterze zostało ustalone i naprawione przez sądy krajowe – etap trzeci). Elementy tego testu dotyczą rzecz jasna

niezawisłości i bezstronności rozumianej w aspekcie obiektywnym, a nie subiektywnym.”.

58. Tymczasem o tym, że ten środek funkcjonuje, a w istocie chodzi o inną kwestię, świadczą chociażby orzeczenia Sądu Najwyższego wydane np. w sprawach: II KB 10/22 (postanowienie z 27 lutego 2023 r. – wyłączenie sędziego), czy III CB 6/23 (postanowienie z 13 kwietnia 2023 r. – wyłączenie sędziego). Istotne jest jednak, że w tych sprawach składy Sądu Najwyższego zostały uformowane z sędziów powołanych do tego Sądu przed 2018 r. (bez sędziów powołanych od 2018 r.). Innymi słowy, jeżeli tylko sędziowie ci orzekają „we własnym gronie”, nie dostrzegają żadnych przeszkód, aby zastosować przepisy ustawy, wyłączając innego sędziego Sądu Najwyższego (powołanego zgodnie z ustawą z 2017 r.), powołując się – jak była mowa – na wady procedury nominacyjnej oraz fakt nieodstąpienia przez tego sędziego od orzekania z uwagi na owe rzekome wady. Tymczasem formuła zastosowana w art. 29 § 5 uSN wskazuje, że powinna być weryfikowana nie tylko ta okoliczność (powołania), lecz również to, czy w okolicznościach rozpoznawanej sprawy okoliczności powołania i postępowanie sędziego po powołaniu mogą doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, mającego wpływ na wynik sprawy z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy.
59. Reasumując, prawo krajowe przewiduje środki służące weryfikacji bezstronności i niezawisłości sędziów Sądu Najwyższego. Ich właściwe stosowanie pozwala osiągnąć właściwy efekt, którym powinno być niezachowanie omawianych standardów w konkretnej sprawie. Jeżeli strona właściwie korzysta z wniosku o wyłączenie sędziego lub tzw. testu bezstronności, a sąd je rozpoznający stosuje (również właściwie) przepisy prawa, sąd zostaje ukształtowany we właściwy sposób.
60. Dodatkowo należy wskazać, jak była o tym mowa, że strony postępowania (szczególnie cywilnego) nie korzystają zarówno z wniosku o wyłączenie sędziego, jak również testu bezstronności często, a wręcz – z perspektywy ogółu spraw wpływających do Sądu Najwyższego – zdecydowanie bardzo

rzadko. Powstaje zatem pytanie, czy jeżeli strona nie korzysta z przyznanych jej uprawnień procesowych, nie kwestionując składu sądu w konkretnej sprawie (co, oczywiście, nie ma miejsca w tej sprawie), można w ogóle mówić o ukształtowaniu sądu niezgodnie z prawem krajowym i prawem unijnym. Skoro w odniesieniu do perspektywy samej strony ocena odnosi się ma do sfery niezawisłości zewnętrznej, a więc odbioru odczucia nie sędziego, ale osób trzecich, w szczególności stron postępowania, to w sytuacji, gdy strony nie kwestionują niezawisłości i bezstronności sędziego w sprawie, nie sposób uznać, aby można było w ogóle mówić o sądzie niespełniającym wymogi prawa krajowego i unijnego. Jedyne bowiem ów element zewnętrznej niezawisłości może decydować o tym, że sędzia, z uwzględnieniem zarówno tego, w jaki sposób przebiegała jego procedura nominacyjna, jak i jego zachowania po powołaniu, mógłby podlegać weryfikacji w zakresie spełnienia kryterium niezależnego sądu w konkretnej sprawie bez poważania jego statusu konstytucyjnego jako takiego.

61. Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy wystąpił ze wskazanymi pytaniami prejudycjalnymi do Trybunału Sprawiedliwości UE.