Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHALA BOBEKA
przedstawiona w dniu 8 lipca 2021 r.[1]

Sprawa C-132/20

BN,
DM,
EN
przeciwko
Getin Noble Bank S.A.
przy udziale:
Rzecznika Praw Obywatelskich

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Sąd Najwyższy (Polska)]

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 267 TFUE – Pojęcie „sądu" – Pojęcie „sądu ustanowionego na mocy ustawy" – Niezawisłość sędziowska – Znaczenie pytań dla sprawy – Artykuł 19 ust. 1 TUE – Artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Rodzaj oceny – Procedura powoływania sędziów krajowych – Środki lustracyjne – Nieusuwalność sędziów

I. Wprowadzenie

1. „Powieście wszystkich sędziów!" Jest to rada, która zapadła w pamięci prezesa czeskiego banku narodowego po rozmowie z jednym z angielskich filozofów i politologów, zapytanym o to, co należy zrobić w pierwszej kolejności po obaleniu reżimów komunistycznych, żeby doprowadzić do transformacji prawnej i sądowniczej w Europie Środkowo-Wschodniej[2].

2. Czarny humor tej wypowiedzi we wspomnianej sytuacji zrozumieją najlepiej ci, którzy byli świadkami zakrojonych na szeroką skalę przemian społecznych w dawnym bloku komunistycznym. Osoby te łatwiej dostrzegą paradoksalność sceny, w jakiej grupa świeżo powołanych polityków, którzy dopiero mają stać się twarzą przyszłych przemian społecznych, gromadzi się wokół doradcy przybyłego chwilę wcześniej z Zachodu. Wszyscy niecierpliwie chcą się dowiedzieć, jaki jest cudowny środek, który należy zastosować w odniesieniu do prawa i sędziów. Jak można przeprowadzić (aksamitną) rewolucję także w sądownictwie komunistycznym? Tymczasem jedyną radą, jaką uzyskują, jest cięta riposta. Nawet gdyby pozbawić tę wypowiedź jej konotacji z przemocą i potraktować ją po prostu jako sugestię

[1] Język oryginału: angielski.

[2] Z. Tůma, „Soudce nelze novelizovat" [sędziów nie da się zmienić], w: M. Kokeš, i I. Pospíšil, (eds.), *In dubio pro libertate: Úvahy nad ústavními hodnotami a právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea*, Masarykova Univerzita, Brno, 2009, s. 247.

całkowitej odbudowy kadr w sądownictwie, pozostaje ona w złożonej rzeczywistości europejskiego kraju w końcu XX wieku stojącego u progu pokojowej transformacji społecznej niczym więcej niż mało pomocnym żartem.

3. „Zlustrować wszystkich sędziów!" Taka propozycja, z jaką wychodzi państwo członkowskie Unii Europejskiej blisko 30 lat później i około 16 lat po jego przystąpieniu do Unii daje raczej kłopotliwe poczucie déjà vu. Jednakże w odróżnieniu od osobistych rozważań byłego wysokiego urzędnika państwowego na temat dawnego okresu transformacji, przywołanych w celu zapewnienia bardziej zajmującego wstępu do artykułu w księdze jubileuszowej ku czci wybitnego sędziego, który uczestniczył w tamtych wydarzeniach, ta propozycja przeprowadzenia lustracji członków judykatury najwyraźniej nie jest przejawem czarnego humoru. Wydaje się, że jest to poważne pytanie o obecne i przyszłe podejście (przynajmniej niektórych sędziów) Sądu Najwyższego (Polska), będącego sądem odsyłającym w niniejszej sprawie.

4. W niniejszej sprawie sąd odsyłający zastanawia się, czy okoliczności związane z pierwszym powołaniem do pełnienia urzędu sędziego państwa członkowskiego, w czasie gdy państwo to pozostawało pod rządami niedemokratycznego reżimu i przed przystąpieniem tego państwa do Unii, a także dalsze sprawowanie przez tego sędziego urzędu w ramach wymiaru sprawiedliwości tego państwa po upadku reżimu komunistycznego, mogą w chwili obecnej budzić wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności tego sędziego w rozumieniu art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą praw podstawowych" lub „KPP"). W kolejnych pytaniach sąd ten zasadniczo rozszerza ten sam problem również na późniejsze powołania sędziowskie w Polsce, sugerując, że istniały inne kwestie proceduralne, które mogły mieć wpływ na te powołania. Wydaje się zatem, że sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy w imię gwarantowanej przez prawo Unii niezawisłości polskich sędziów może on rozpocząć, na etapie filtrowania skarg kasacyjnych do krajowego sądu najwyższego przeprowadzanie pośredniego procesu lustracji możliwie jak największej liczby polskich sędziów powołanych przed 2018 r.

5. Niemniej w niniejszej sprawie kwestie te poprzedza poważny problem związany z dopuszczalnością. Postanowienie odsyłające w niniejszej sprawie zostało przedstawione przez sędziego, którego niedawne powołanie na stanowisko sędziowskie jest mocno kwestionowane. Podnoszone jest, że powołanie to było wadliwe i dokonane z rażącym naruszeniem prawa krajowego. Czy taki sędzia, który zasiada w Sądzie Najwyższym w składzie jednego sędziego i rozstrzyga o dopuszczalności skargi kasacyjnej wniesionej do tego sądu, jest „sądem" w znaczeniu autonomicznej definicji takiego organu w rozumieniu art. 267 TFUE?

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

6. Zgodnie z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE „[p]aństwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii".

7. Zgodnie z art. 267 TFUE jedynie „sąd" państwa członkowskiego może zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

8. Pod nagłówkiem „Wymiar sprawiedliwości" tytuł VI karty praw podstawowych obejmuje art. 47, zatytułowany „Prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu", który stanowi:

„Każdy, kogo [czyje] prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule.

Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. […]

[…]".

9. Artykuł 7 ust. 1 i 2 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich [3] stanowi:

„1. Zarówno w interesie konsumentów, jak i konkurentów państwa członkowskie zapewnią stosowne i skuteczne środki mające na celu zapobieganie dalszemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami.

2. Środki określone w ust. 1 obejmują postanowienia, według których osoby i organizacje mające uzasadniony interes na mocy prawa krajowego, związany z ochroną konsumentów, będą mogły wszcząć postępowanie zgodnie z właściwym prawem krajowym przed sądami lub przed organami administracyjnymi mającymi odpowiednie kwalifikacje do decydowania, czy warunki umowy sporządzone do celów ogólnego wykorzystania są nieuczciwe; co umożliwi powyższym osobom i organizacjom podjęcie stosownych i skutecznych środków w celu zapobieżenia dalszemu stosowaniu takich warunków".

B. Prawo krajowe

10. W postanowieniu odsyłającym sąd odsyłający powołuje się na szereg przepisów prawa krajowego. Dla celów niniejszej opinii szczególne znaczenie mają następujące przepisy.

11. Artykuł 379 pkt 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (zwanej dalej „k.p.c.") stanowi, że nieważność postępowania zachodzi między innymi, „jeżeli skład sądu orzekającego był sprzeczny z przepisami prawa albo jeżeli w rozpoznaniu sprawy brał udział sędzia wyłączony z mocy ustawy".

12. Zgodnie z art. 398^{9} § 1 pkt 3 k.p.c. skarga kasacyjna zostaje przyjęta do rozpoznania, jeżeli zachodzi nieważność postępowania.

13. Zgodnie z art. 398^{13} k.p.c Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach zaskarżenia oraz w granicach podstaw. W granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania.

[3] Dz.U. 1993, L 95, s. 29; sprostowania: Dz.U. 2016, L 276, s. 17; Dz.U. 2018, L 155, s. 35; Dz.U. 2020, L 359, s. 21.

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

14. W dniu 3 marca 2017 r. powodowie w postępowaniu głównym wnieśli do Sądu Okręgowego w Świdnicy (Polska) pozew przeciwko pozwanemu, Getin Noble Bank S.A. Powodowie domagali się zasądzenia od pozwanego na ich rzecz solidarnie kwoty 175 107,10 PLN (złotych polskich) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty. W dniu 3 kwietnia 2008 r. strony zawarły umowę kredytu hipotecznego indeksowanego do waluty obcej (franków szwajcarskich, CHF). Powodowie powoływali się na nieuczciwy charakter zawartych w tej umowie warunków dotyczących mechanizmu indeksacji kredytu, a także tzw. klauzuli pakietowego ubezpieczenia na wypadek odmowy ustanowienia hipoteki przez trzy pierwsze miesiące kredytowania.

15. Wyrokiem z dnia 21 sierpnia 2018 r. Sąd Okręgowy w Świdnicy częściowo uwzględnił żądania powodów. Sąd ten uznał za niedozwolone klauzule umowne spornej umowy kredytowej, które dawały bankowi możliwość określania kursu franka szwajcarskiego w sposób dowolny i zasądził od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 16 120,12 PLN z odsetkami ustawowymi za opóźnienie.

16. Od powyższego wyroku strony wniosły apelacje do Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu (Polska). Wyrokiem z dnia 28 lutego 2019 r. sąd ten oddalił apelacje, podzielając ustalenia faktyczne i ocenę prawną dokonaną w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

17. Od wyroku sądu apelacyjnego (zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem") powodowie wnieśli skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, przed którym toczy się obecnie postępowanie. Na obecnym etapie tego postępowania zadaniem sądu odsyłającego jest zbadanie dopuszczalności skargi.

18. Sąd odsyłający zauważa, że na mocy art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 93/13 państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić możliwość wszczęcia postępowania (przed sądami lub przed organami administracyjnymi) w celu ustalenia, czy warunki umowy są nieuczciwe. W Polsce ustawodawca krajowy przewidział w tym zakresie drogę sądową. W konsekwencji organ krajowy rozpoznający sprawy na podstawie dyrektywy 93/13 powinien, zdaniem sądu odsyłającego, spełniać ukształtowane w orzecznictwie Trybunału standardy unijne pozwalające uznać go za „sąd".

19. Sąd odsyłający wskazuje, że w składzie sądu, który wydał zaskarżony wyrok, zasiadali sędziowie, których niezawisłość mogłaby jego zdaniem zostać podana w wątpliwość. Trzech spośród tych sędziów (sędzia FO, sędzia GP i sędzia HK) zostało powołanych do pełnienia urzędu sędziego sądu apelacyjnego postanowieniami Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (zwanego dalej „Prezydentem RP"), odpowiednio, z dnia 23 stycznia 1998 r., z dnia 12 marca 2015 r. i z dnia 16 kwietnia 2012 r. Powołań tych dokonano na podstawie uchwały Krajowej Rady Sądownictwa, Polska, zwanej dalej „KRS") w składach, które zostały następnie uznane przez Trybunał Konstytucyjny (Polska) za niekonstytucyjne. Trybunał Konstytucyjny uznał w swym wyroku niezgodność z art. 187 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (zwanej dalej „Konstytucją RP") wykładni obowiązujących przepisów, zgodnie z którą kadencja członków KRS wybieranych spośród sędziów sądów powszechnych ma charakter indywidualny[4]. Kolejny problem związany z tym systemem dotyczył, zdaniem sądu odsyłającego, uchwał KRS, które nie musiały być uzasadniane i nie podlegały zaskarżeniu.

[4] Wyrok z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. K 5/17, OTK-A 2017.

20. Ponadto sąd odsyłający wskazuje, że jeden z tych sędziów (sędzia FO) został powołany po raz pierwszy do pełnienia urzędu sędziego w czasach reżimu komunistycznego. Ówczesny sposób powoływania sędziów oraz rozwiązania dotyczące nadzoru i możliwości odwołania sędziego nie były zgodne – w ocenie sądu odsyłającego – ze standardami obowiązującymi w demokratycznym państwie prawa. Sąd odsyłający uważa także, że zmiany wprowadzone w prawie polskim po 1989 r. nie doprowadziły do ukształtowania skutecznych instrumentów ani weryfikacji, ani nominacji sędziowskich w okresie komunistycznym, ani ewentualnych przypadków naruszenia i sprzeniewierzenia się przez sędziów zasadzie niezawisłości.

21. W tych okolicznościach sąd odsyłający zastanawia się, czy w świetle wydanego przez Trybunał wyroku A.K. i in. jest on zobowiązany do zbadania niezawisłości wyżej wymienionych sędziów, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, jakie standardy powinien on w tym względzie zastosować.

22. W związku z powyższym, powziąwszy wątpliwości co do wykładni i stosowania wypracowanych w orzecznictwie Trybunału zasad dotyczących niezawisłości sądownictwa krajowego, Sąd Najwyższy postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 2, art. 4 ust. 3, art. 6 ust. 1 i 3 oraz art. 19 ust. 1 drugi akapit [TUE] w związku z art. 47 ust. 1 i 2 [KPP] i z art. 267 akapit trzeci TFUE oraz art. 38 KPP i art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy [93/13] należy interpretować w ten sposób, że jest sądem niezawisłym i bezstronnym oraz mającym odpowiednie kwalifikacje w rozumieniu prawa Unii Europejskiej, organ, w którym zasiada osoba powołana po raz pierwszy lub kolejny (do sądu wyższej instancji) do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez polityczny organ władzy wykonawczej państwa o totalitarnym, niedemokratycznym, komunistycznym systemie władzy (»Rada Państwa Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej«) na wniosek ministra sprawiedliwości tego państwa, w szczególności z uwagi na: 1) brak transparentności kryteriów powołania, 2) możliwość odwołania sędziego w każdym czasie, 3) brak udziału w procedurze nominacyjnej samorządu sędziowskiego ani 4) odpowiednich organów władzy publicznej ukształtowanych w demokratycznych wyborach, co mogłoby podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w społeczeństwie demokratycznym?

2) Czy znaczenie dla rozstrzygnięcia zagadnienia określonego w punkcie 1 ma okoliczność, że powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego na kolejnych stanowiskach (w sądach wyższej instancji) mogło nastąpić z powodu uznania odpowiedniego okresu (stażu) pracy oraz na podstawie oceny pracy na stanowisku, na które osoba ta została powołana co najmniej po raz pierwszy przez polityczne organy, o których mowa w [pytaniu pierwszym] oraz na podstawie procedury w tym punkcie opisanej, co mogłoby podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w społeczeństwie demokratycznym?

3) Czy znaczenie dla rozstrzygnięcia zagadnienia określonego w punkcie 1 ma okoliczność, że powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego na kolejnych stanowiskach (w sądach wyższej instancji, z wyjątkiem Sądu Najwyższego) nie było uzależnione od złożenia ślubowania sędziowskiego przestrzegania wartości społeczeństwa demokratycznego, a osoba powołana po raz pierwszy składała przyrzeczenie stania na straży ustroju politycznego państwa komunistycznego i tak zwanej »praworządności ludowej«, co mogłoby podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w społeczeństwie demokratycznym?

4) Czy art. 2, art. 4 ust. 3, art. 6 ust. 1 i 3 oraz art. 19 ust. 1 drugi akapit TUE w związku z art. 47 ust. 1 i 2 KPP i z art. 267 akapit trzeci TFUE oraz art. 38 KPP i art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że jest sądem niezawisłym i bezstronnym oraz mającym odpowiednie kwalifikacje w rozumieniu prawa Unii Europejskiej organ, w którym zasiada osoba powołana po raz pierwszy lub kolejny (do sądu wyższej instancji) do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego z rażącym naruszeniem przepisów konstytucyjnych państwa członkowskiego Unii Europejskiej, z uwagi na niezgodne z konstytucją państwa członkowskiego obsadzenie organu wyłaniającego tę osobę jako kandydata powołanego następnie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego (Krajowej Rady Sądownictwa), co zostało stwierdzone przez sąd konstytucyjny państwa członkowskiego Unii Europejskiej, a co w konsekwencji mogłoby podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w społeczeństwie demokratycznym?

5) Czy art. 2, art. 4 ust. 3, art. 6 ust. 1 i 3 oraz art. 19 ust. 1 drugi akapit TUE w związku z art. 47 ust. 1 i 2 KPP i z art. 267 akapit trzeci TFUE oraz art. 38 KPP i art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że jest sądem niezawisłym i bezstronnym oraz mającym odpowiednie kwalifikacje w rozumieniu prawa Unii Europejskiej, organ, w którym zasiada osoba powołana do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego po raz pierwszy lub kolejny (do sądu wyższej instancji) wyłoniona jako kandydat przedstawiony do powołania na ten urząd w postępowaniu przed organem oceniającym kandydatów (Krajową Radą Sądownictwa), jeżeli postępowanie to nie spełniało kryteriów jawności oraz transparentności reguł wyboru kandydatów, co mogłoby podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w społeczeństwie demokratycznym?

6) Czy art. 19 ust. 1 akapit drugi, art. 2, art. 4 ust. 3 oraz art. 6 ust. 3 TUE w związku z art. 47 ust. 1 i 2 KPP, a także z art. 267 akapit trzeci TFUE oraz art. 38 KPP i art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że sąd ostatniej instancji państwa członkowskiego Unii Europejskiej (Sąd Najwyższy) dla zapewnienia skutecznej ochrony sądowej jako środka mającego na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców i dostawców z konsumentami, obowiązany jest dokonać z urzędu na każdym etapie postępowania oceny, czy:

   a) spełnia kryteria niezawisłego i bezstronnego oraz mającego odpowiednie kwalifikacje w rozumieniu prawa Unii Europejskiej sąd, o którym mowa w punkcie 1 oraz w punkcie 4, bez względu na wpływ oceny kryteriów wskazanych w tych punktach na treść rozstrzygnięcia w zakresie stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunku umownego, a ponadto,

   b) postępowanie przed sądem, o którym mowa w punkcie 1 oraz w punkcie 4, jest ważne;

7) Czy art. 2, art. 6 ust. 1 i 3 oraz art. 19 ust. 1 drugi akapit TUE w związku z art. 47 ust. 1 i 2 KPP i z art. 267 akapit trzeci TFUE oraz z art. 38 KPP i art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że na przeszkodzie stwierdzeniu braku niezależności sądu lub niezawisłości sędziego w nim zasiadającego z powodu okoliczności, o których mowa w punktach 1–5, zgodnie z prawem Unii Europejskiej, mogą stać przepisy konstytucyjne państwa członkowskiego Unii Europejskiej dotyczące ustroju sądów lub powoływania sędziów uniemożliwiające ocenę skuteczności powołania sędziego?”.

23. W postanowieniu odsyłającym Sąd Najwyższy zwrócił się o rozpoznanie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w trybie przyspieszonym, zgodnie z art. 105 regulaminu postępowania przed Trybunałem.

24. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 8 lutego 2020 r. wniosek sądu odsyłającego o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym został oddalony.

25. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez Rzecznika Praw Obywatelskich (Polska, zwanego dalej „Rzecznikiem"), rząd polski oraz Komisję Europejską. Strony te zostały także wysłuchane na rozprawie, która odbyła się dnia 2 marca 2021 r.

IV. Analiza

26. W niniejszej sprawie sąd odsyłający podniósł szereg kwestii związanych z wykładnią art. 19 ust. 1 TUE (w związku z art. 2 TUE) i art. 47 karty praw podstawowych. Jego zdaniem niektórzy sędziowie, którzy uczestniczyli w wydaniu zaskarżonego wyroku, mogą, ze względu na procedurę nominacyjną, zgodnie z którą zostali po raz pierwszy powołani do pełnienia urzędu sędziego, nie spełniać wynikającego z tych postanowień wymogu niezawisłości.

27. W intrygujący, niemal biblijny[5] sposób, Rzecznik i, w mniejszym stopniu, Komisja, kwestionują niezawisłość samego sędziego odsyłającego, który w tej sprawie orzeka w składzie jednego sędziego. W szczególności Rzecznik podnosi, że powołanie sędziego odsyłającego do pełnienia urzędu sędziego było obarczone rażącym naruszeniem prawa krajowego. W konsekwencji sędziego odsyłającego, jako że nie spełnia wymogu niezawisłości, nie można – zdaniem Rzecznika – uznać za „sąd" w rozumieniu art. 267 TFUE.

28. Wydaje się, że różne kwestie prawne, które są bezpośrednio (poprzez zadane pytania) lub pośrednio (poprzez zarzuty niedopuszczalności) poruszane w niniejszym postępowaniu, mają wspólny mianownik: niezawisłość sędziowską.

29. W związku z tym rozpocznę niniejszą opinię od przedstawienia kilku uwag wstępnych na temat pojęcia „niezawisłości sędziowskiej" w porządku prawnym Unii (sekcja A). Następnie omówię argumenty dotyczące podnoszonej niedopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (sekcja B) i, stwierdziwszy jego dopuszczalność, przejdę na koniec do analizy zasadności pytań prejudycjalnych (sekcja C).

A. Wymiary niezawisłości sędziowskiej: art. 267 TFUE, art. 47 karty praw podstawowych i art. 19 ust. 1 TUE

30. Niezawisłość sędziowska jest bez wątpienia kluczowym elementem zasady „państwa prawnego". Artykuł 2 TUE uznaje tę zasadę za jedną z wartości, na których opiera się Unia. Wymóg niezawisłości sędziowskiej jest również zapisany, chociaż w sposób dorozumiany, w co najmniej trzech innych postanowieniach prawa pierwotnego Unii: w art. 267 TFUE, art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 karty praw podstawowych.

[5] Ewangelia według św. Mateusza 7:12 – „Wszystko więc, co byście chcieli, żeby wam ludzie czynili, i wy im czyńcie" (*Biblia Tysiąclecia*). Ta sama „złota zasada" postępowania jest uważana za kanon nauczania także w wielu innych religiach.

31. Na wszystkie te trzy postanowienia powołano się w ramach niniejszego postępowania. Faktycznie, na pierwszy rzut oka wydają się one mieć zastosowanie w niniejszej sprawie. O ile taki stan rzeczy niewątpliwie nie stoi na przeszkodzie jednoczesnemu stosowaniu innych przepisów, w szczególności sektorowych przepisów prawa wtórnego obejmujących również przepisy poświęcone ochronie sądowej [6], a nawet instrumentów prawa wtórnego w sposób wyraźny odnoszących się do niezawisłości sędziowskiej [7], o tyle jasność co do wzajemnych powiązań między tymi trzema kluczowymi postanowieniami traktatowymi dotyczącymi niezawisłości sędziowskiej jest naprawdę istotna.

32. Po pierwsze, niniejszy wniosek został złożony na podstawie art. 267 TFUE, który umożliwia wszystkim „sądom jednego z państw członkowskich" zwrócenie się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W tym względzie z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że jednym z kryteriów ustalenia, czy organ występujący z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest „sądem" w rozumieniu art. 267 TFUE, jest to, czy organ ten jest niezawisły. Oznacza to w istocie, że organ ten musi być chroniony przed ingerencją i naciskami zewnętrznymi, mogącymi zagrozić niezależności osądu jego członków przy rozpatrywaniu przez nich sporów [8].

33. Po drugie, wymóg niezawisłości sędziowskiej wynika również z art. 47 karty praw podstawowych, który ustanawia prawo podmiotowe każdej ze stron postępowania do skutecznego środka prawnego i rzetelnego procesu. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że dyrektywa 93/13, która w tej sprawie ma zastosowanie ratione materiae, przyznaje powodom w postępowaniu głównym prawo podmiotowe, co sprawia, że zastosowanie znajduje art. 47 karty praw podstawowych.

34. Po trzecie, w stosunkowo niedawnym, ale już utrwalonym orzecznictwie Trybunał orzekł, że z przewidzianego w art. 19 ust. 1 TUE obowiązku państw członkowskich w zakresie ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii wynika, że należy zagwarantować niezależność każdego sądu krajowego, który może orzekać w tych dziedzinach. Jak podkreślił Trybunał gwarancja niezawisłości stanowi *integralny* element sądzenia [9]. W tym względzie wystarczy wskazać, że organ krajowy, który wydał zaskarżony wyrok – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – bezsprzecznie jest sądem, który może orzekać w dziedzinach objętych prawem Unii.

35. Ta „wielość" podstaw prawnych odnoszących się do zasady niezawisłości sędziowskiej odzwierciedla jej konstytucyjną doniosłość i przekrojowy charakter we wspólnocie opartej na rządach prawa. Jednakże może ona być również źródłem pewnych nieporozumień. Można się zastanawiać, czy postanowienia te przewidują różne rodzaje „niezawisłości sędziowskiej", czego konsekwencją byłoby na przykład to, że sąd krajowy mógłby być niezawisły w rozumieniu jednego z tych postanowień, nie będąc wystarczająco niezawisłym w świetle innego z nich.

6 Takie jak w niniejszej sprawie art. 7 dyrektywy 93/13, przytoczony w pkt 9 niniejszej opinii.

7 Niektóre systemy prawa wtórnego mają nawet zastosowanie przekrojowe, to znaczy są niezależne od (materialnoprawnych) przepisów sektorowych. Mimo że oczywiście nie ma ona zastosowania w niniejszej sprawie, zob. na przykład decyzja Komisji z dnia 13 grudnia 2006 r. w sprawie ustanowienia mechanizmu współpracy i weryfikacji postępów Rumunii w realizacji określonych założeń w zakresie reformy systemu sądownictwa oraz walki z korupcją (Dz.U. 2006, L 354, s. 56), szczegółowo omówiona w mojej opinii w sprawie Asociația „Forumul Judecătorilor din România" i in. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 i C-355/19, EU:C:2020:746, pkt 183–225).

8 Zobacz między innymi wyrok z dnia 17 lipca 2014 r., Torresi (C-58/13 i C-59/13, EU:C:2014:2088, pkt 17, 18 i przytoczone tam orzecznictwo).

9 Zobacz wyroki: z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, pkt 37–42); z dnia 20 kwietnia 2021 r., Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, pkt 51).

36. Jak wyjaśniłem bardziej szczegółowo w mojej opinii w sprawie WB i in., tak nie jest: w prawie Unii istnieje tylko jedna zasada niezawisłości sędziowskiej [10]. Niemniej jednak w zakresie, w jakim te trzy rozpatrywane postanowienia (art. 267 TFUE, art. 47 karty praw podstawowych i art. 19 ust. 1 TUE) różnią się pod względem funkcji i celu, rodzaj badania, jakie należy przeprowadzić na potrzeby weryfikacji poszanowania zasady niezawisłości sędziowskiej, może być odmienny. W szczególności zróżnicowane są intensywność kontroli Trybunału w zakresie przestrzegania tej zasady oraz próg ustalenia jej naruszenia [11].

37. Artykuł 19 ust. 1 TFUE zobowiązuje państwa członkowskie między innymi do „ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej". Chodzi tu zatem o przepis poświęcony zasadniczo strukturalnym i systemowym elementom krajowych ram prawnych: na gruncie art. 19 ust. 1 TUE istotne jest, czy system sądowniczy państwa członkowskiego jest zgodny z zasadą państwa prawnego, zapisaną w art. 2 TUE. W tym kontekście uważam, że analiza Trybunału powinna uwzględnić przede wszystkim elementy dotyczące całościowej struktury instytucjonalnej i ustrojowej sądownictwa krajowego. Elementy odnoszące się do konkretnego przypadku mogą często wskazywać na szerszy problem, jednak same w sobie nie są rozstrzygające.

38. Próg, którego przekroczenie wiąże się z naruszeniem tego postanowienia jest raczej wysoki. W rzeczywistości istotne jest, czy przedstawione Trybunałowi problemy mogą zagrozić prawidłowemu funkcjonowaniu krajowego systemu sądownictwa, osłabiając tym samym zdolność państwa członkowskiego do zapewnienia jednostkom wystarczających środków prawnych.

39. Artykuł 19 ust. 1 TUE stanowi nadzwyczajny środek zaradczy stosowany w nadzwyczajnych sytuacjach. Jego celem nie jest wychwycenie wszystkich możliwych problemów, które mogą pojawić się w obszarze sądownictwa krajowego, a tym bardziej odosobnionych przypadków błędu w wykładni lub stosowaniu przepisów krajowych w skądinąd zdrowym i zgodnym z prawem Unii systemie prawnym. O naruszeniu art. 19 ust. 1 TUE można mówić jedynie w kontekście naruszeń o określonej wadze lub o charakterze systemowym, w przypadku których zapewnienie odpowiedniego rozwiązania w wewnętrznym systemie prawnym jest mało prawdopodobne.

40. Artykuł 47 karty praw podstawowych jest natomiast postanowieniem wyrażającym prawo podmiotowe każdej ze stron postępowania do skutecznego środka prawnego i rzetelnego procesu, które wchodzi w grę tylko wtedy, gdy sprawa jest objęta zakresem stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 tej karty. Z tego punktu widzenia zweryfikowanie „niezawisłości" sądu w kontekście art. 47 karty praw podstawowych wymaga szczegółowej oceny wszystkich okoliczności właściwych danej sprawie. Kwestie odnoszące się do któregoś ze strukturalnych lub systemowych aspektów krajowego systemu sądownictwa będą miały w tym wypadku znaczenie tylko o tyle, o ile mogły mieć wpływ na konkretne postępowanie.

41. Intensywność kontroli Trybunału w odniesieniu do niezawisłości danego organu sądowego jest w tym kontekście umiarkowana: nie wszystkie naruszenia prawa stanowią naruszenie art. 47 karty praw podstawowych. W tym zakresie wymagany jest pewien stopień wagi naruszenia. Jeżeli jednak wymagany stopień wagi naruszenia zostaje osiągnięty, okoliczność ta wystarcza do stwierdzenia naruszenia art. 47 karty praw podstawowych, ponieważ dla uwzględnienia prawa podmiotowego wynikającego z prawa Unii nie jest konieczne spełnienie żadnego innego warunku. W szczególności nie jest konieczne, aby stwierdzone naruszenie miało charakter systemowy lub wywoływało skutki wykraczające poza daną sprawę.

[10] Sprawy połączone od C-748/19 do C-754/19, EU:C:2021:403, pkt 161, 162, zwana dalej „opinią w sprawie WB i in.".

[11] Ibidem, pkt 163–169.

42. Wreszcie art. 267 TFUE, mimo że również stanowi część tego krajobrazu, służy innemu celowi i pełni odmienną rolę, do czego odniosę się w dalszej części niniejszej opinii. To powiedziawszy, należy stwierdzić, że niniejsza część mojej opinii ma na celu unaocznienie, że chociaż pojęcie „niezawisłości sędziowskiej" w prawie Unii jest jedno i to samo, to poszczególne czynniki, ich relewancja, znaczenie i relatywna waga, które należy uwzględnić w konkretnym przypadku, będą – logicznie – z pewnością różnić się w zależności od przepisu prawa Unii, na gruncie którego kwestia niezawisłości będzie podnoszona.

B. W przedmiocie dopuszczalności

43. W niniejszej sprawie podniesiono szereg argumentów dotyczących dopuszczalności rozpatrywanego tu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Niektóre z nich dotyczą kwestii, czy organ, który wystąpił z niniejszym wnioskiem, może zostać uznany za „sąd" w rozumieniu art. 267 TFUE (zob. śródtytuł 1 poniżej), podczas gdy inne dotyczą znaczenia zadanych pytań dla sprawy (zob. śródtytuł 2 poniżej). Argumenty te zostaną przeanalizowane kolejno.

1. Czy sąd odsyłający jest „sądem" w rozumieniu art. 267 TFUE?

44. Rzecznik podnosi zarzut niedopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym ze względu na proces powołania sędziego, który zasiadając w składzie jednoosobowym, przedstawił omawiane tu pytania prejudycjalne. Rzecznik zauważa w szczególności, że Prezydent RP powołał sędziego odsyłającego, a ten przyjął akt powołania, mimo że Naczelny Sąd Administracyjny (Polska, zwany dalej „NSA") wstrzymał (postanowieniami z dnia 27 września 2018 r. i z dnia 8 października 2018 r.) wykonanie właściwej uchwały KRS (z dnia 28 sierpnia 2018 r.). Dodatkowo Rzecznik wskazuje, że sędzia odsyłający został ostatecznie powołany dopiero po tym, jak polski Minister Sprawiedliwości będący zarazem Prokuratorem Generalnym – którego sędzia ten był wcześniej podwładnym i z którym łączą go silne więzi – osobiście i zdaniem Rzecznika w sposób niezgodny z prawem zaangażował się na rzecz powołania tego kandydata.

45. Na tej podstawie Rzecznik uważa, że sędziego odsyłającego nie powinno się uznawać za „sąd" w rozumieniu art. 267 TFUE. W szczególności Rzecznik wyraża wątpliwości co do tego, czy organ odsyłający można uznać za (i) sąd *ustanowiony na mocy ustawy* oraz za (ii) spełniający wymóg *niezawisłości*.

46. Także Komisja sugeruje, że sędzia odsyłający został powołany w okolicznościach – stanowiących przedmiot wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym rozpatrywanego obecnie przez Trybunał[12] – w których mogło dojść do rażącego naruszenia przepisów państwa członkowskiego mających zastosowanie w dziedzinie powołań sędziowskich. Jednakże Komisja wydaje się sądzić, że na tym etapie nie zostało jeszcze w pełni wykazane, iż sędzia odsyłający nie spełnia przesłanek wymaganych do uznania go za „sąd" w rozumieniu art. 267 TFUE.

47. Zgadzam się z Komisją co do wyniku badania kwestii dopuszczalności wniosku, choć z odmiennych powodów. W istocie powody, które skłoniły mnie do przyjęcia takiego stanowiska, mają charakter nie *poszlakowy*, jak te, które sugeruje Komisja, lecz bardziej *konceptualny*.

[12] Sprawa C-487/19, W.Ż. (Dz.U. 2019, C 337, s. 4). W wydanej w tej sprawie opinii rzecznik generalny E. Tanchev stwierdził, że dokonanie przez Prezydenta RP powołań sędziowskich mimo wstrzymania procedury nominacyjnej na mocy postanowienia NSA stanowiło oczywiste i umyślne naruszenie procedury powoływania sędziów (EU:C:2021:289, pkt 87–89).

Proponowana przeze mnie odpowiedź praktycznie nie wiąże się z oceną tego, czy sam sędzia odsyłający został prawidłowo powołany – co do czego mam poważne wątpliwości. W moim przekonaniu analiza spełnienia przesłanki dotyczącej tego, czy mamy do czynienia z „sądem", zawsze była i nadal powinna być oceniana w odniesieniu do samego *organu*, a nie w odniesieniu do *osób* zasiadających w organie, który wystąpił z wnioskiem.

48. Aby przedstawić tok rozumowania, który doprowadził mnie do tego wniosku, rozpocznę od zakreślenia tradycyjnego podejścia reprezentowanego przez Trybunał przy przeprowadzaniu tego badania [lit. a)], aby następnie wskazać, dlaczego uważam, że należy je utrzymać nawet w obliczu nadzwyczajnych przypadków, takich jak ten rozpatrywany w niniejszej sprawie [lit. b)].

a) (Niezawisły) organ (ustanowiony na mocy ustawy)

49. Pojęcie „sądu" w rozumieniu art. 267 TFUE stanowi autonomiczne pojęcie prawa Unii i powinno być definiowane w sposób niezależny od nazewnictwa i kwalifikacji danego podmiotu w prawie krajowym. W tym celu Trybunał tradycyjnie posługuje się kryteriami określonymi w wyroku Dorsch: bada, czy organ, który wystąpił z odesłaniem, jest ustanowiony na mocy ustawy, czy ma charakter stały, czy jego jurysdykcja ma charakter obligatoryjny, czy postępowanie przed nim toczy się na zasadach kontradyktoryjności, czy stosuje on przepisy prawa oraz czy jest niezawisły i bezstronny [13].

50. W rozumieniu art. 267 TFUE pojęcie „sądu" ma charakter *funkcjonalny*: pozwala ono określić organy krajowe, które – w zakresie, w jakim wypełniają zadania sądownicze – mogą stać się *partnerami* Trybunału w kontekście procedury prejudycjalnej. Procedura ta jest kluczowym elementem systemu sądowniczego ustanowionego w traktatach, który poprzez ustanowienie dialogu między Trybunałem a sądami państw członkowskich ma na celu zapewnienie jednolitej wykładni prawa Unii, umożliwiając tym samym zapewnienie jego spójności, pełnej skuteczności i autonomii oraz, wreszcie, odrębnego charakteru prawa ustanowionego w traktatach [14]. Ten dialog sądowy ma rangę konstytucyjną, ponieważ, jak wynika z art. 19 ust. 1 TUE, zarówno Trybunał Sprawiedliwości, jak i sądy państw członkowskich pełnią, każdy w zakresie swojej właściwości, rolę „strażników" porządku prawnego Unii [15].

51. W związku z tym w zakresie, w jakim pojęcie „sądu" ma na celu rozróżnienie pomiędzy organami działającymi w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości a organami działającymi w innym charakterze, analiza kwestii, czy organ krajowy spełnia kryteria określone w wyroku Dorsch, musi koncentrować się na kwestiach o charakterze strukturalnym i instytucjonalnym. Decydujące w tym względzie są charakter, pozycja i funkcjonowanie *tego organu* w instytucjonalnych ramach państw członkowskich [16].

[13] Zobacz wyrok z dnia 17 września 1997 r., Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, pkt 23). Zobacz niedawno na przykład wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).

[14] W tym względzie zob. niedawny wyrok z dnia 2 marca 2021 r., A.B. i in. (powołanie sędziów Sądu Najwyższego – odwołanie) (C-824/18, EU:C:2021:153, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo).

[15] Zobacz w tym względzie opinia 1/09 (porozumienie ustanawiające jednolity system rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123, pkt 66).

[16] Zobacz także moja opinia w sprawie Pula Parking (C-551/15, EU:C:2016:825, pkt 85, 86); a także opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawach połączonych Torresi (C-58/13 i C-59/13, EU:C:2014:265, pkt 53).

52. Natomiast analiza ta nigdy nie została zastosowana w celu sprawdzenia, czy każda konkretna *osoba*, która wchodzi w skład tej instytucji i zasiada w składzie orzekającym, który wystąpił z odesłaniem, indywidualnie spełnia kryteria określone w wyroku Dorsch. Zawsze skupiano się na organie [17] występującym z odesłaniem, także w sprawach, w których organ działał jednoosobowo [18].

53. To samo dotyczy weryfikowania dwóch konkretnych kryteriów z tych określonych w wyroku Dorsch, które mogą być problematyczne w kontekście niniejszej sprawy: kryterium sądu ustanowionego na mocy ustawy oraz kryterium jego niezawisłości.

54. Po pierwsze, co się tyczy *kryterium* sądu „*ustanowionego na mocy prawa*", orzecznictwo (wprawdzie niezbyt bogate) sugeruje, że aby to kryterium było spełnione, prawo państwa członkowskiego powinno określać organ odsyłający, w którego skład wchodzą konkretne osoby, które wystąpiły z odesłaniem. Celem tego kryterium jest wykluczenie dopuszczalności odesłań pochodzących od organów, które zostały ustanowione na mocy umów (w szczególności niektórych form organów arbitrażowych) [19].

55. Na przykład w doniosłym wyroku Nordsee Trybunał skupił się w swojej analizie na prawnej podstawie działalności organu odsyłającego (którym był sąd polubowny utworzony na mocy zawartej przez strony umowy) i uznał, że organ ten nie ma charakteru sądowego z uwagi na słabe więzi łączące postępowanie arbitrażowe z systemem środków odwoławczych zagwarantowanych przez państwo członkowskie przed sądami powszechnymi [20]. Podobne podejście zastosowano w sprawach późniejszych, w których Trybunał badał kwestię rzeczywistego charakteru zadań wypełnianych przez organ odsyłający [21].

56. Prawdą jest, że w ostatnich latach ocena Trybunału dotycząca charakteru organu odsyłającego ewoluowała i stała się bardziej rygorystyczna [22]. Być może nie można już twierdzić, jak to w osławiony sposób kilka lat temu czynił rzecznik generalny D. Ruiz-Jarabo Colomer, że „orzecznictwo to ma charakter kazuistyczny, bardzo elastyczny i niezbyt naukowy, a jego zarysy są tak mgliste, że za dopuszczalne zostałoby uznane pytanie zadane w trybie prejudycjalnym przez Sancho Pansę jako gubernatora wyspy Barataria" [23]. Jednakże jednocześnie została zachowana (i słusznie) pewna elastyczność, aby umożliwić organom krajowym, które *rzeczywiście* wypełniają zadania sądownicze, skorzystanie z procedury prejudycjalnej, bez względu na nazwę lub oznaczenie nadane tym organom przez prawo krajowe [24].

[17] Począwszy już od spraw takich jak ta zakończona wyrokiem z dnia 30 czerwca 1966 r., Vaassen-Göbbels (61/65, EU:C:1966:39, s. 273), nie jest kwestią przypadku, że zastosowana terminologia odnosiła się konsekwentnie do „organu" („organisme" w języku francuskim; „Einrichtung" w języku niemieckim) jako będącego instytucją właściwą.

[18] Już na przykład wyrok z dnia 11 czerwca 1987 r., X (14/86, EU:C:1987:275, pkt 6, 7) dotyczący wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożonego przez włoskiego Pretore orzekającego jednoosobowo i na tym etapie postępowania działającego zasadniczo w charakterze sędziego śledczego.

[19] W celu zapoznania się z ogólnym zarysem tej problematyki zob. na przykład M. Broberg i N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2nd edn, Oxford, 2014, Oxford University Press, s. 61, 62.

[20] Wyrok z dnia 23 marca 1982 r. (102/81, EU:C:1982:107, pkt 7–16).

[21] Zobacz między innymi wyroki: z dnia 12 czerwca 2014 r., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, pkt 24); z dnia 17 lipca 2014 r., Torresi (C-58/13 i C-59/13, EU:C:2014:2088, pkt 20); a także z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 18).

[22] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 9 października 2014 r., TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, pkt 27–38); z dnia 21 stycznia 2020 r., Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, w szczególności pkt 55).

[23] Opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera w sprawie De Coster (C-17/00, EU:C:2001:366, pkt 14).

[24] Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 lipca 2014 r., Torresi (C-58/13 i C-59/13, EU:C:2014:2088, pkt 15–30); a także postanowienie z dnia 23 października 2018 r., Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne (C-296/18, niepublikowane, EU:C:2018:857, pkt 6). Bardziej ogólne ujęcie tego tematu, z dalszymi odniesieniami, zob. moja opinia w sprawie Ministerstwo Sprawiedliwości (C-55/20, EU:C:2021:500, pkt 31–62).

57. Podejście to wydaje się tym bardziej uzasadnione, gdy uwzględni się fakt, że kryterium sądu „ustanowionego na mocy ustawy" do celów stosowania art. 267 TFUE jest w wielu językach wyrażone za pomocą terminów, które odnoszą się do „ustawowej podstawy ustanowienia" organu występującego z odesłaniem [25]. Taki stan rzeczy jeszcze raz wyraźnie ukazuje, że kluczowe jest to, czy organ został powołany na podstawie ustawodawstwa krajowego, a nie to, czy konkretny skład orzekający w ramach tego organu w indywidualnej sprawie działa z poszanowaniem prawa krajowego. Polisemiczny charakter angielskiego słowa „law" – które może odnosić się zarówno do ustawodawstwa (ustawy), jak i do systemu norm [26] – może być zatem w tym kontekście mylący.

58. W niniejszej sprawie do Trybunału zwrócono się w rzeczywistości o dalsze rozwinięcie kryterium sądu „ustanowionego na mocy ustawy" w rozumieniu art. 267 TFUE. W tym sensie kryterium to nie oznaczałoby już jedynie, że *organ* sądowy, który wystąpił z odesłaniem, został ustanowiony na mocy ustawy w znaczeniu *ustawodawczym*, w odróżnieniu od podstawy prawnoumownej, ale że wymagałoby ono badania, czy konkretny *sędzia* występujący z odesłaniem został *powołany zgodnie z prawem*, a także wszelkie inne możliwe okoliczności mające związek z legalnością funkcjonowania tego organu.

59. Moim zdaniem pójście w takim kierunku nie byłoby zasadne. Jak wyjaśniono powyżej, szczególna przesłanka dotycząca sądu „ustanowionego na mocy ustawy" w kontekście kryteriów na gruncie art. 267 TFUE zawsze oznaczała coś zupełnie innego. Prawdą jest, że istnieje też przesłanka określana tym samym (lub bardzo podobnym) mianem, a mianowicie przesłanka „sądu ustanowionego zgodnie z ustawą", która wpisuje się w ramy badania naruszenia w indywidualnej sprawie prawa do rzetelnego procesu w rozumieniu art. 6 ust. 1 europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności (zwanej dalej „EKPC") [27], przejętego obecnie z powodzeniem w art. 47 karty praw podstawowych [28].

60. Jednakże, jak wynika z przedstawionych powyżej rozważań [29], cele obu tych postanowień – z jednej strony art. 47 karty praw podstawowych i z drugiej strony art. 267 TFUE – są odmienne. Określenie właściwych partnerów sądowych na poziomie organów w państwie członkowskim, które mogą skierować pytanie do Trybunału Sprawiedliwości, różni się od wykrywania naruszeń zgodnego z prawem obsadzenia składu orzekającego w każdej indywidualnej sprawie w celu ochrony indywidualnych praw wywodzonych z prawa Unii. W tym ostatnim przypadku badanie zgodności z prawem obsadzenia składu orzekającego powinno naturalnie sięgać poziomu indywidualnych spraw, podczas gdy niekoniecznie jest tak w pierwszym z tych przypadków.

61. Zatem proste i mechaniczne „wycięcie i wklejenie" pojęcia „sądu ustanowionego na mocy ustawy" z art. 47 karty praw podstawowych do art. 267 TFUE z tego względu, że w znacznej mierze brzmią one podobnie, bez należytego odzwierciedlenia odmiennej treści normatywnej i celu tych pojęć, nie byłoby podejściem rozważnym.

[25] Zobacz między innymi w języku niemieckim („gesetzliche Grundlage der Einrichtung"), hiszpańskim („origen legal"), francuskim („origine légale"), włoskim („origine legale"), portugalskim („origem legal").

[26] Jak zauważył ostatnio Trybunał w sprawie, w której poruszono, choć w innym kontekście, podobną kwestię interpretacyjną w wyroku z dnia 15 marca 2017 r., Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213, pkt 31).

[27] Wyrok ETPC z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guistciel mundurée Andri Ástráðsson przeciwko Islandii (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, §§ 229–234), ostatnio potwierdzony wyrokiem ETPC z dnia 7 maja 2021 r. w sprawie Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce (CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, §§ 243–247).

[28] Zobacz niedawno na przykład opinia rzecznika E. Tancheva w sprawie W.Ż. (C-487/19, EU:C:2021:289, pkt 70–80).

[29] Zobacz pkt 36–42 niniejszej opinii.

62. Po drugie, co się tyczy *kryterium niezawisłości* na gruncie art. 267 TFUE, Trybunał konsekwentnie wskazuje, że gwarancje niezawisłości i bezstronności wymagają istnienia „*zasad*, w szczególności co do składu organu, powoływania jego członków, okresu trwania ich kadencji oraz powodów ich wyłączania lub odwołania, pozwalających wykluczyć, w przekonaniu jednostek, wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz jego neutralności względem ścierających się przed nimi interesów”[30]. Trybunał wyjaśnił również, że co do zasady nie powinien on dorozumiewać, że przepisy krajowe zapewniające niezawisłość sądów mogą być stosowane w sposób sprzeczny z zasadami przyjętymi w krajowym porządku prawnym lub z zasadami obowiązującymi w państwie, w którym panują rządy prawa[31].

63. W związku z tym przeprowadzana przez Trybunał analiza – również w tej kwestii – sprowadzała się do ramach prawnych oraz na ustanowionych w nich gwarancjach mających na celu ochronę zdolności sędziów do sprawowania przez nich urzędu bez nacisków w jakiejkolwiek postaci (bezpośrednich lub pośrednich, rzeczywistych lub możliwych)[32]. Do tej pory skupiano się zawsze na tym, czy organ występujący z odesłaniem jest strukturalnie niezależny zarówno od stron toczącego się przed nim sporu[33], jak i od jakichkolwiek wytycznych pochodzących z zewnątrz, na przykład gdy organ ten stanowi pod względem instytucjonalnym część administracji[34].

64. I tak w niedawno rozpatrywanej sprawie niektóre strony wyraziły wątpliwości co do tego, czy sędzia odsyłający, który orzekał w składzie jednego sędziego, spełniał wymagany w prawie Unii standard niezawisłości i bezstronności, ponieważ – w zakresie, w jakim pytanie dotyczyło statusu włoskich sędziów pokoju – był on w naturalny sposób zainteresowany wynikiem sporu. Trybunał, zbadawszy właściwe przepisy krajowe, nie uwzględnił jednak tego zarzutu i uznał odesłanie za dopuszczalne. Stwierdził on, że włoscy sędziowie pokoju „wykonują swoje funkcje w pełni autonomicznie, z zastrzeżeniem przepisów o charakterze dyscyplinarnym, i bez zewnętrznych nacisków mogących wpłynąć na ich rozstrzygnięcia”. Nie wnikając konkretnie w sytuację sędziego odsyłającego, Trybunał dodał, iż „nie [ma wątpliwości], że sędzia pokoju spełnia kryteria odnoszące się do podstawy prawnej jego działania”[35].

b) W przedmiocie wartości dalszego prowadzenia dialogu

65. Podsumowując, zmiana wykładni pojęcia „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE na taką, która wymagałaby od Trybunału zbadania konkretnej sytuacji osób wchodzących w skład tych organów krajowych, byłaby sprzeczna zarówno z charakterem, jak i celem procedury prejudycjalnej.

[30] Zobacz niedawno wyrok z dnia 20 kwietnia 2021 r., Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo). Wyróżnienie moje.

[31] Zobacz wyrok z dnia 4 lutego 1999 r., Köllensperger i Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52, pkt 24). Orzecznictwo to nawiązuje do podejścia przyjętego w tym zakresie przez ETPC, zob. wyrok ETPC z dnia 6 listopada 2018 r. w sprawie Ramos Nunes de Carvalho e Sá przeciwko Portugalii (CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 186).

[32] Zobacz między innymi wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 22–32).

[33] Zobacz wyrok z dnia 19 września 2006 r., Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, pkt 49).

[34] Wykluczając w ten sposób możliwość zwrócenia się do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE przez organy, których zadaniem jest rozpatrywanie odwołań na gruncie prawa administracyjnego – zob. na przykład wyrok z dnia 30 marca 1993 r., Corbiau (C-24/92, EU:C:1993:118, pkt 15–17) lub z dnia 30 maja 2002 r., Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, pkt 34–38).

[35] Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., Governo della Repubblica italiana (status włoskich sędziów pokoju) (C-658/18, EU:C:2020:572, w szczególności pkt 43 i 55). Porównaj tę sprawę z wcześniejszymi sprawami – dotyczącymi zasadniczo tej samej kwestii – w których Trybunał odrzucił odesłanie jako niedopuszczalne, ale tylko dlatego, że sąd odsyłający był, zgodnie z prawem krajowym, oczywiście niewłaściwy. Mimo że niektóre strony podnosiły kwestię bezstronności, Trybunał w postanowieniach nie odniósł się do żadnego z tych argumentów: zob. postanowienia: z dnia 6 września 2018 r., Di Girolamo (C-472/17, niepublikowane, EU:C:2018:684); z dnia 17 grudnia 2019 r., Di Girolamo (C-618/18, niepublikowane, EU:C:2019:1090).

W przeciwieństwie do art. 47 karty praw podstawowych i potencjalnie, gdy oceniane okoliczności osiągają określoną wagę, również do art. 19 ust. 1 TUE, analiza na gruncie art. 267 TFUE dotyczyła zawsze jedynie wskazania właściwych partnerów instytucjonalnych dla Trybunału, a nie zgodności z prawem każdego z elementów postępowania toczącego się przed sądem odsyłającym. Procedura prejudycjalna jest bowiem do pewnego stopnia sformalizowana, a zatem formalna: art. 267 TFUE ustanawia dialog między *instytucjami* sądowymi, a nie między *osobami* wchodzącymi w skład tych instytucji.

66. Chciałbym jeszcze dodać cztery dalsze powody systemowe, dla których sugeruję, że tak powinno pozostać, nawet w dość problematycznych sprawach takich jak niniejsza.

67. Po pierwsze, przeczyłoby logice (i przyniosłoby efekt przeciwny do zamierzonego), gdyby Trybunał kategorycznie odmówił nawiązania dialogu sądowego z organami, które rzeczywiście, przynajmniej formalnie, wypełniają zadania sądownicze na szczeblu krajowym i potrzebują pomocy w wykładni i stosowaniu prawa Unii w ramach toczących się przed nimi postępowań. Nie muszę przypominać w tym kontekście, że odpowiedź Trybunału na ich pytania byłaby wiążąca zarówno dla sądu odsyłającego, jak i dla innych sądów krajowych, które mogą stanąć w obliczu tych samych kwestii prawnych [36]. Dlatego też, występując z odesłaniem na podstawie art. 267 TFUE, sąd odsyłający zobowiązuje się do przestrzegania dokonanej przez Trybunał wykładni przepisów prawa Unii, które mogą mieć zastosowanie w rozpatrywanej sprawie.

68. Po drugie, istnienie (domniemanych, możliwych lub prawdopodobnych) problemów z prawomyślnością i moralną postawą sędziego lub sędziów krajowych orzekających w sprawie nie pozbawia poszczególnych *stron* postępowania prawa do prawidłowego stosowania właściwych przepisów prawa Unii. W związku z tym instytucjonalne i generalne podejście do pojęcia „sądu" w rozumieniu art. 267 TFUE wydaje mi się bardziej zgodne z prawem do skutecznego środka prawnego zapisanym, między innymi, w art. 47 karty praw podstawowych.

69. Po trzecie, Trybunałowi praktycznie brakuje narzędzi, by w formie oceny dopuszczalności na podstawie art. 267 TFUE przeprowadzić ocenę bezstronności i nieskazitelnego charakteru konkretnych sędziów na szczeblu krajowym. Pomijając fakt, że takie przedsięwzięcie wymaga dokonania wykładni właściwych przepisów krajowych, a strony prawdopodobnie kwestionowałyby wartość dowodową wszelkich okoliczności faktycznych i wykładnię przepisów prawa krajowego, kluczową kwestią pozostaje to, że szczegółowe i dogłębne badanie musiałoby nastąpić na etapie dopuszczalności. W ten sposób zasadność twierdzenia dotyczącego art. 47 karty praw podstawowych albo art. 19 TUE byłaby już badana na etapie dopuszczalności, co sprawiłoby, że analiza mogłaby do pewnego stopnia zataczać koło [37].

70. Wreszcie, po czwarte, należy też pochylić się nad kwestią horyzontalnej spójności orzecznictwa Trybunału. W normalnych okolicznościach wielu osobom, również mnie, trudno byłoby zrozumieć, dlaczego Trybunał powinien oceniać „jakość" poszczególnych sędziów sądu krajowego występujących z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w celu przyjęcia lub odrzucenia tego wniosku. Czy sędziowie, którzy złożyli wniosek, są prawomyślnymi osobami, które sprawują swoje funkcje z wymaganą uczciwością? Czy w danym przypadku istnieje jakiś możliwy konflikt interesów? Czy sędzia, wobec którego toczy się postępowanie dyscyplinarne, może mimo to wystąpić z wnioskiem w innej sprawie? Co z sędzią podejrzanym

[36] Bardziej ogólne ujęcie tego tematu, z dalszymi odniesieniami, zob. moja opinia w sprawie Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:340, pkt 59–62).

[37] Szczegółowo w odniesieniu do podobnych kwestii poruszonych w kontekście wyroku z dnia 9 lipca 2020 r., Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535), zob. moja opinia w sprawie WB i in., pkt 115–120.

o korupcję, przeciwko któremu wszczęto już dochodzenie karne, ale który nie został formalnie zawieszony w czynnościach służbowych? Czy Trybunał ma obowiązek zbadać wszystkie te kwestie przy „filtrowaniu" wniosków składanych na podstawie art. 267 TFUE?

71. W ostatnich latach, w szczególności z uwagi na kryzys rządów prawa w kilku państwach członkowskich, Trybunał był zmuszony nie tylko do rozwijania swojego orzecznictwa w celu dostarczenia wskazówek w odniesieniu do sytuacji i scenariuszy, które dotychczas wydawały się wyobrażalne jedynie nielicznym, ale także w celu wyodrębnienia wyjątków od zwykle stosowanych zasad ze względu na anormalne sytuacje. Jak już wyjaśniłem w innej opinii, nie dostrzegam, dlaczego w takich przypadkach miałby powstać problem podwójnego standardu, skoro omawiane sytuacje są obiektywnie różne [38].

72. Jednakże w niniejszej sprawie od Trybunału oczekuje się w rzeczywistości dokonania ponownej wykładni ogólnie obowiązujących kryteriów określonych w wyroku Dorsch, które mają przekrojowe zastosowanie we wszystkich sprawach niezależnie od organu sądowego państwa członkowskiego, oraz znacznego poszerzenia zakresu i argumentów (stron), które mogą być podnoszone już na etapie dopuszczalności na gruncie art. 267 TFUE. Ze wszystkich powodów przedstawionych w tej części niniejszej opinii nie uważam, by takie działanie było zalecane, czy wręcz konieczne, nawet w tak wyjątkowym przypadku jak niniejszy.

73. W świetle powyższego dochodzę do wniosku, że ewentualne uchybienia w procedurze powołania sędziego, który wystąpił z odesłaniem w niniejszej sprawie [39], lub jego osobiste i zawodowe powiązania z Ministrem Sprawiedliwości będącym zarazem Prokuratorem Generalnym [40] nie powinny skutkować niedopuszczalnością niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

74. Wniosek ten wiąże się jednak z dwoma ważnymi zastrzeżeniami.

75. Po pierwsze, należy bardzo wyraźnie podkreślić, że taki wniosek do szczególnych celów art. 267 TFUE nie oznacza wcale, że sąd odsyłający jest obsadzony zgodnie z prawem lub że, dokładniej rzecz ujmując, sędzia odsyłający został powołany zgodnie z prawem. Kwestie poruszane przez Rzecznika są bowiem moim zdaniem dość niepokojące. Jest tak, tym bardziej gdy na twierdzenia Rzecznika spojrzeć w szerszym kontekście instytucjonalnym i konstytucyjnym – którego Trybunał jest w pełni świadomy – związanym ze stanem praworządności w Polsce.

76. Okoliczności te mogłyby natomiast, w stosownym wypadku, mieć znaczenie w kontekście oceny niezawisłości sądu krajowego na gruncie art. 19 ust. 1 TUE lub art. 47 karty praw podstawowych i potencjalnie mogą prowadzić do wniosku, że oba te postanowienia zostały naruszone. Natomiast, jak już wyjaśniono powyżej, takie okoliczności nie są zwykle istotne dla ustalenia, czy organ krajowy jest „sądem" w rozumieniu art. 267 TFUE. Teza, zgodnie z którą partnerzy instytucjonalni powinni nadal prowadzić ze sobą dialog, nawet jeśli jeden z nich

[38] Zobacz moja opinia w sprawie WB i in., pkt 154.

[39] Tytułem uzupełnienia, jednak moim zdaniem bez wpływu na przebieg niniejszej sprawy, można dodać, że istnienie nieprawidłowości proceduralnych w tej procedurze nominacyjnej zostało potwierdzone, po przeprowadzeniu rozprawy w niniejszej sprawie, wyrokami NSA z dnia 6 maja 2021 r., sygn. akt II GOK 2/18, II GOK 3/18, II GOK 5/18, II GOK 6/18 i II GOK 7/18. Z uwagi na owe nieprawidłowości proceduralne sąd ten uchylił zaskarżone uchwały KRS, nie rozstrzygnąwszy jednak o ważności prezydenckich aktów powołań osób, których uchwały te dotyczyły, do pełnienia urzędu sędziego.

[40] W odniesieniu do problemów wynikających, w świetle art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 karty praw podstawowych, z tego „piekielnego sprzymierzenia" poszczególnych funkcji zob. moja opinia w sprawie WB i in., w szczególności pkt 178–192.

mógłby mieć raczej poważne wątpliwości co do osobistych cech niektórych osób wchodzących w skład drugiej strony, opiera się na zupełnie odmiennych względach aniżeli udzielenie – choćby dorozumianego – poparcia drugiej stronie.

77. Po drugie, nie wykluczam, że ostatecznie można by wyciągnąć odmienny wniosek, gdyby znaczenie okoliczności dotyczących sytuacji osobistej sędziego (lub sędziów) sądu krajowego formalnie występującego (lub występujących) z wnioskiem na podstawie art. 267 TFUE wykraczało poza sytuację danej osoby (lub osób) i miało następstwa dla całościowego funkcjonowania organu krajowego, w którym sędziowie ci zasiadają. Jednakże w takim wypadku uwaga i badanie skupiałyby się na *organie* występującym z odesłaniem, co jest zgodne z logiką wyroku Dorsch i z proponowanym w niniejszej opinii podejściem instytucjonalnym. Przyjęcie podejścia instytucjonalnego w celu oceny kryteriów określonych w wyroku Dorsch nie oznacza, że nie można brać pod uwagę *kontekstu* instytucjonalnego. Oczywiście, w pewnym sensie, instytucja jest pochodną tworzących ją jednostek. Sposób, w jaki osoby wchodzące w skład (przypuszczalnie) sądowego organu zostały powołane do pełnienia urzędu sędziego, jest niewątpliwie wpisuje się w ten kontekst.

78. Taka sytuacja mogłaby zaistnieć na przykład w odniesieniu do zmonopolizowanej lub przejętej instytucji sądowej w państwie członkowskim, która po prostu nie może być już nazywana „sądem". Mogłoby do tego dojść, gdyby nagromadzenie kwestii związanych przykładowo z powołaniami do tej instytucji (formalnie sądowej), z wywieraniem wpływu politycznego na jej proces decyzyjny i inne możliwe okoliczności ujawniły strukturę, w której nie istnieje już niezawisły sąd godny tego miana. W takim wypadku należałoby jednak stwierdzić, że sam *organ jako taki* nie może być uważany za „sąd", nawet na gruncie znacząco łagodniejszego art. 267 TFUE, co oznaczałoby, że Trybunał nie może się dalej współpracować z takim organem. Ten ostatni organ byłby zatem wówczas całkowicie wyłączony z jakiegokolwiek dialogu.

79. W świetle powyższych rozważań stoję na stanowisku, że dla celów niniejszego postępowania Sąd Najwyższy, orzekający w składzie jednego sędziego, nadal może być uważany za „sąd" w rozumieniu art. 267 TFUE.

2. Czy odesłanie „ma znaczenie dla sprawy" w rozumieniu art. 267 TFUE?

80. Kolejną kwestią dotyczącą dopuszczalności odesłania, która została podniesiona w ramach niniejszego postępowania, jest „znaczenie" (lub „niezbędność") pytań prejudycjalnych.

81. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odesłanie prejudycjalne nie ma służyć wydawaniu opinii doradczej w przedmiocie pytań ogólnych i hipotetycznych, lecz ma być podyktowane potrzebą skutecznego rozstrzygnięcia sporu [41]. W tym względzie jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za wydanie orzeczenia, należy – przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy – zarówno ocena, czy do wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, które przedkłada on Trybunałowi [42].

[41] W tym względzie wyrok z dnia 28 marca 2017 r., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, pkt 194 i przytoczone tam orzecznictwo).

[42] Zobacz między innymi wyrok z dnia 24 listopada 2020 r., Openbaar Ministerie (podrabianie dokumentów) (C-510/19, EU:C:2020:953, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo).

82. Wynika stąd, że pytania dotyczące prawa Unii korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy: odmowa wydania przez Trybunał orzeczenia w przedmiocie złożonego przez sąd krajowy wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia przepisu prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na postawione mu pytania [43].

83. Dokładniej rzecz ujmując, jeśli chodzi o kryterium znaczenia/niezbędności, Trybunał konsekwentnie stwierdza, że kryterium to wymaga, aby orzeczenie, które ma wydać sąd odsyłający, mogło uwzględniać odpowiedź udzieloną w orzeczeniu prejudycjalnym [44].

84. W tym zakresie w wyroku Miasto Łowicz – dotyczącym niedawnej sprawy, w której podobnie jak w niniejszym wypadku podnoszono kwestie dotyczące państwa prawnego – Trybunał podkreślił, że dla potrzeb ustalenia znaczenia dla sprawy w rozumieniu art. 267 TFUE między sporem przed sądem odsyłającym a przepisami prawa Unii, o których wykładnię się zwrócono, musi istnieć łącznik „przejawiający się w tym, że owa wykładnia jest obiektywnie niezbędna z punktu widzenia orzeczenia, jakie ma wydać sąd odsyłający” [45]. Zdaniem Trybunału ten łącznik istnieje, gdy: (i) spór jest powiązany z prawem Unii pod względem materialnoprawnym; (ii) pytanie dotyczy wykładni przepisów proceduralnych prawa Unii, które mogą mieć zastosowanie w sprawie; lub (iii) odpowiedź, jakiej miałby udzielić Trybunał, może dostarczyć sądowi odsyłającemu taką wykładnię prawa Unii, która pozwoli mu rozstrzygnąć kwestie proceduralne prawa krajowego przed wydaniem orzeczenia co do istoty sprawy [46].

85. Niniejsze odesłanie prejudycjalne nie należy do dwóch pierwszych z opisanych powyżej kategorii, ponieważ nie wskazano przepisu prawa Unii o charakterze materialnoprawnym lub procesowym, który miałby zastosowanie w sprawie toczącej się przed sądem odsyłającym, a co do którego wykładni lub ważności sąd ten miałby wątpliwości. Prawdą jest, że sąd odsyłający przywołuje art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 93/13 oraz art. 38 karty praw podstawowych jako przepisy, które również mogą znaleźć zastosowanie w sporze w postępowaniu głównym. Niemniej przejście od zakresu stosowania tych przepisów do istoty kwestii, które sąd ten w istocie przedstawia, wymagałoby znacznej dozy wyobraźni i długiego ciągu rozumowania.

86. W każdym razie wydaje się, że niniejsza sprawa należy do trzeciej z tych kategorii. Sąd odsyłający domaga się bowiem udzielenia przez Trybunał odpowiedzi na zadane mu pytania w celu rozstrzygnięcia kwestii proceduralnych prawa krajowego, zanim będzie mógł rozpoznać zawisły przed nim spór co do istoty.

87. Zgodnie z informacjami, które zostały zgromadzone w trakcie niniejszego postępowania, rozpatrywanie skargi kasacyjnej przed Sądem Najwyższym odbywa się zasadniczo na dwóch etapach. Na etapie wstępnym sąd ten, orzekając w składzie *jednego sędziego*, bada dopuszczalność skargi kasacyjnej. Zgodnie z art. 398^9 § 1 pkt 3 k.p.c. Sąd Najwyższy przyjmuje skargę kasacyjną do rozpoznania między innymi, jeżeli zachodzi nieważność postępowania. Zgodnie z art. 379 pkt 4 k.p.c. nieważność postępowania zachodzi między innymi wówczas, gdy skład sądu orzekającego

[43] Ibidem, pkt 26.

[44] Zobacz między innymi wyroki: z dnia 13 września 2016 r., Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, pkt 24); z dnia 19 czerwca 2018 r., Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, pkt 31).

[45] Wyrok z dnia 26 marca 2020 r., Miasto Łowicz i Prokurator Generalny (C-558/18 i C-563/18, EU:C:2020:234, pkt 48).

[46] Ibidem, pkt 49–51.

był sprzeczny z przepisami prawa albo jeżeli w rozpoznaniu sprawy brał udział sędzia podlegający wyłączeniu. Jedynie w przypadku uznania kasacji za dopuszczalną Sąd Najwyższy, orzekający w składzie *trzech sędziów*, bada następnie zasadność skargi.

88. Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez rząd polski i Komisję podczas rozprawy sąd badający dopuszczalność skargi kasacyjnej powinien ustalić pozytywnie spełnienie jednej z czterech przesłanek dopuszczalności określonych w art. 398^9 § 1 k.p.c., aby sprawie można było nadać dalszy bieg. W tym celu sędzia, przed którym toczy się postępowanie wstępne, powinien wydać szczególne i odrębne orzeczenie w przedmiocie dopuszczalności, niezależnie od tego, czy taka dopuszczalność zostanie uznana czy też nie, kończące jednocześnie etap oceny wstępnej.

89. W świetle powyższego nie można stwierdzić, że pytania prejudycjalne nie mają znaczenia dla orzeczenia, jakie ma wydać sąd odsyłający. Kwestia prawidłowego składu sądu, którego orzeczenie podlega badaniu, stanowi bowiem jedną z podstaw skargi kasacyjnej. Jako taka powinna ona zostać oceniona przez sąd odsyłający, w razie potrzeby z urzędu, a wszelkie wnioski w tym zakresie wymagają odrębnego uzasadnienia. Tego rodzaju kwestia stanowi zatem *zagadnienie wstępne* względem ustalenia zgodności prawa krajowego z prawem Unii, a sąd odsyłający jest zobowiązany do jego rozstrzygnięcia, aby móc orzec o dopuszczalności skargi kasacyjnej.

90. W konsekwencji uważam, że przedstawione pytania *mają znaczenie dla sprawy*, ponieważ udzielona na nie odpowiedź Trybunału pozwoli sądowi odsyłającemu na wydanie rozstrzygnięcia w zawisłej przed nim sprawie.

C. Co do istoty

91. Poprzez swoje pytania, z których niektóre mogą być rozpatrywane łącznie, sąd odsyłający zwraca się do Trybunału z szeregiem wątpliwości co do wykładni zasady niezawisłości sędziowskiej wynikającej z art. 19 ust. 1 TUE w związku z art. 2 TUE oraz z art. 47 karty praw podstawowych. Chociaż w swoich pytaniach sąd odsyłający powołuje się na szereg innych przepisów, nie uważam, by ich odrębne omówienie mogło przyczynić się do dodatkowego wyjaśnienia poruszonych kwestii.

92. Poruszane przez sąd odsyłający kwestie dotyczą przede wszystkim rodzaju analizy – w ramach której sąd ten wyróżnia dwie formy, in abstracto i in concreto – jaką jest on zobowiązany przeprowadzić w celu sprawdzenia poszanowania zasady niezawisłości sędziowskiej. Problematyka ta ma charakter przekrojowy i można ją odnaleźć w kilku z postawionych pytań. Dlatego też rozważę ją jako pierwszą, w ramach uwag wprowadzających (zob. śródtytuł 1 poniżej). Następnie przejdę do omówienia, z tej perspektywy, poszczególnych pytań prejudycjalnych. Na początek ocenię, czy pewne okoliczności związane z powołaniem po raz pierwszy do pełnienia urzędu sędziego osób sprawujących funkcje orzecznicze mogą podważać ich niezawisłość do celów art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 karty, niezależnie od tego, czy dotyczy to powołania dokonanego w czasach reżimu komunistycznego (zob. śródtytuł 2 poniżej), czy na późniejszym etapie, w ramach systemów proceduralnych, które obowiązywały do 2018 r., a których wadliwość jest podnoszona (zob. śródtytuł 3 poniżej). Wreszcie odniosę się do wyrażanych przez sąd odsyłający wątpliwości dotyczących tego, czy co do zasady jest on zobowiązany do zbadania kwestii niezawisłości z urzędu i czy na przeszkodzie takiemu badaniu mogłaby stanąć zasada nieusuwalności sędziów (zob. śródtytuł 4 poniżej).

1. Uwagi wprowadzające: ocena niezawisłości sędziowskiej

93. W przedstawionych pytaniach sąd odsyłający zwraca się do Trybunału przede wszystkim o wyjaśnienie sposobu, w jaki należy przeprowadzać ocenę poszanowania zasady niezawisłości sędziowskiej. Dla lepszego zrozumienia problematyki poruszonej przez sąd odsyłający warto przypomnieć pokrótce wyrażane przez ten sąd w tym względzie wątpliwości.

94. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający przypomniał, że w swoich wcześniejszych orzeczeniach Trybunał wyjaśnił już, iż w celu ustalenia, czy sąd krajowy jest „niezawisły", należy wziąć pod uwagę między innymi sposób powoływania jego członków oraz kadencję sprawowania przez nich urzędu. W szczególności Trybunał orzekł, że niezależnie od wybranego modelu ustrojowego powołań nadal „należy upewnić się, że materialne warunki oraz zasady proceduralne odnoszące się do decyzji o powołaniu tych członków są sformułowane w sposób nieprowadzący do powstania w przekonaniu jednostek uzasadnionych wątpliwości co do niezależności danych sędziów od czynników zewnętrznych oraz ich neutralności względem ścierających się przed nimi interesów po tym, jak zostaną oni powołani"[47].

95. W tym względzie sąd odsyłający odnotowuje, że w wyroku A.K. i in. Trybunał zasadniczo wskazał, iż podnoszone naruszenia zasady niezawisłości należy badać, analizując wszystkie istotne elementy i uwzględniając, w razie potrzeby, powody i szczególne cele przywoływane celem uzasadnienia danych środków. Relewantnych elementów nie należy, z punktu widzenia ich znaczenia, oceniać jako takich i w oderwaniu od kontekstu, ale winny być one badane łącznie na tle rozległego krajobrazu prawnego i instytucjonalnego[48].

96. Sąd odsyłający wyjaśnia jednak, że nie jest pewny co do faktycznego sposobu, w jaki należy przeprowadzić analizę poszanowania zasady niezawisłości. W szczególności sąd ten jest zdania, że oceny tej można by dokonywać in abstracto lub in concreto. Co się tyczy szczególnej sytuacji rozpatrywanej w postępowaniu głównym, sąd odsyłający wyjaśnia, iż ocena in abstracto skutkowałaby tym, że każdy przypadek, w którym sędzia został powołany w ramach procedury obarczonej wadami, wzbudzałby obawy, niezależnie od wpływu na rozpatrywaną konkretnie sprawę. W związku z tym stanowisko, postawa i przebieg kariery zawodowej danego sędziego zasiadającego w składzie orzekającym nie byłyby w tym kontekście istotne. Z drugiej strony poszanowanie zasady niezawisłości można by badać in concreto, co wymagałoby wykazania związku między niezgodną z prawem procedurą nominacyjną a rzeczywistym lub potencjalnym wpływem na wynik konkretnej sprawy.

97. W mojej ocenie przedstawiony przez sąd odsyłający problem wydaje się opierać na nie w pełni kompletnej lekturze omawianego wyroku. Sąd odsyłający wyodrębnia tylko jeden aspekt wyroku A.K. i in., a następnie, przemilczając kontekst i cel takiej oceny, ustanawia sztuczną dychotomię poprzez ukazanie analizy in abstracto oraz analizy in concreto jako wzajemnie się wykluczających. Moim zdaniem te dwa podejścia, rozpatrywane we właściwym im kontekście, nie stanowią alternatywy, lecz są względem siebie komplementarne, a nawet się kumulują.

98. Po pierwsze, odnosząc się do „wszystkich istotnych okoliczności", Trybunał nie wykluczył żadnego rodzaju lub kategorii istotnych okoliczności. W moim przekonaniu Trybunał zasugerował po prostu, że w ramach oceny niezawisłości sędziowskiej (lub jej braku) nie

[47] Wyrok z dnia 19 listopada 2019 r., A.K. i in. (niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego) (C-585/18, C-624/18 i C-625/18, EU:C:2019:982, pkt 127, 130–134 i przytoczone tam orzecznictwo, zwany dalej „wyrokiem A.K. i in.").

[48] Wyrok A.K. i in., pkt 152, 153.

wystarczy odwołać się do zwykłego „prawa zawartego w księgach”[49]. Często potrzebne jest również pytanie o to, jaka jest rzeczywista praktyka stosowania danych przepisów[50]. W związku z tym można, a w razie potrzeby powinno się brać pod uwagę zarówno elementy formalne i instytucjonalne (które są kluczowe dla analizy in abstracto), jak i elementy bardziej konkretne i specyficzne dla danej sprawy (które stanowią sedno analizy in concreto).

99. Biorąc pod uwagę różnorodność sytuacji, w których może zostać podniesiona kwestia niezawisłości sędziowskiej, niemożliwe jest ustalenie a priori, który z tych dwóch rodzajów elementów powinien mieć większą wagę. Znaczenie tych elementów, które – powtarzam – należy w każdym wypadku oceniać łącznie, zależy oczywiście od szczególnych cech danego przypadku.

100. Ponadto równie ważny jest całościowy kontekst, w którym funkcjonują przepisy, oraz sposób, w jaki wiążą się one lub współdziałają z innymi przepisami oraz podmiotami. (Nie)zależność jest z definicji relacyjna: jest to niezależność lub zależność od czegoś lub kogoś. A zatem, mówiąc metaforycznie, ocena niezawisłości nie może ograniczać się do mikroskopijnego zbadania jednego plasterka kiełbasy, bez uwzględnienia pozostałej części pęta, sposobu i zwykłego miejsca jej przechowywania, jej położenia względem innych przedmiotów leżących w spiżarni i związku z nimi, przy jednoczesnym nonszalanckim ignorowaniu faktu, że w rogu pomieszczenia czai się całkiem spory drapieżnik.

101. Po drugie – i być może jest to kwestia o jeszcze większym znaczeniu – po prostu nie można ustanowić ex ante uniwersalnego testu oceny niezawisłości sędziowskiej, *niezależnie od* tego, który przepis prawa Unii znajduje zastosowanie w danej sprawie. Próba rozstrzygającego stwierdzenia w sposób abstrakcyjny, kiedy dokładnie określony sąd będzie „niezawisły”, bez znajomości *celu*, w jakim jest formułowane pytanie, tj. czy pada ono w kontekście art. 267 TFUE, art. 47 karty praw podstawowych czy art. 19 ust. 1 TUE, czy też *okoliczności* indywidualnej sprawy, przypomina raczej zwrócenie się do Trybunału o, potocznie rzecz ujmując, postawienie sprawy na głowie.

102. Jak starałem się wyjaśnić we wcześniejszych częściach niniejszej opinii i jak już szczegółowo przedstawiłem w mojej opinii w sprawie WB i in., chociaż zasada niezawisłości sędziowskiej w prawie Unii jest jedna i ta sama, dokładny przedmiot badania i zakres przeprowadzanej kontroli będą zależały od tego, który z przepisów prawa Unii faktycznie będzie podlegał zastosowaniu: art. 267 TFUE, art. 19 ust. 1 TUE czy art. 47 karty praw podstawowych[51].

103. W ramach analizy na podstawie art. 19 ust. 1 TUE Trybunał prawdopodobnie skupi się przede wszystkim na elementach formalnych i instytucjonalnych, podczas gdy w kontekście analizy na podstawie art. 47 karty praw podstawowych w centrum uwagi znajdą się elementy charakterystyczne dla danej sprawy. Ten punkt ciężkości wynika z logiki każdego z tych postanowień – uchybienia strukturalnego państwa członkowskiego lub naruszenia praw podmiotowych wynikających z prawa Unii. Niemniej jednak, jak zostało już wyjaśnione, nie jest to alternatywa rozłączna: jedno może być równoznaczne z drugim, nawet jeśli naturalnie nie są one tożsame. Kryterium „wszystkich istotnych okoliczności” oznacza – i proszę o wybaczenie za posłużenie się truizmem – że wszystkie okoliczności razem i każda z nich z osobna mogą mieć

[49] Zobacz wyrok ETPC z dnia 6 października 2011 r. w sprawie Agrokompleks przeciwko Ukrainie (CE:ECHR:2011:1006JUD002346503, § 136). Bardziej ogólnie na ten temat R. Spano, The rule of Law as lodestar of the European Convention on Human Law: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary, *European Law Journal*, 2021, s. 9.

[50] Bardziej szczegółowe omówienie i kategoryzacja potencjalnych scenariuszy – zob. moja opinia w sprawie Asociația „Forumul Judecătorilor din România” i in. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 i C-355/19, EU:C:2020:746, pkt 240–248).

[51] Punkty 36–42 niniejszej opinii, a także opinia w sprawie WB i in., pkt 163–169.

znaczenie. To właśnie punkt ciężkości i cel przepisu oceniane w konkretnym kontekście faktycznym i prawnym danej sprawy będą ostatecznie decydować o tym, które z tych elementów są rozstrzygające.

104. Podsumowując, w celu dokonania oceny poszanowania zasady niezawisłości sędziowskiej wyrażonej w art. 19 ust. 1 TUE i w art. 47 karty praw podstawowych sąd krajowy musi rozważyć wszystkie istotne elementy i w stosownych przypadkach wziąć pod uwagę powody przyjęcia oraz szczególne cele środków krajowych, które mogą mieć zastosowanie w danej sytuacji. W tym kontekście istotne mogą być, w zależności od charakteru danego przypadku i właściwego przepisu lub przepisów prawa Unii, zarówno elementy formalne i instytucjonalne, jak i elementy specyficzne dla danej sprawy. Elementów tych nie należy, z punktu widzenia ich znaczenia, oceniać samych w sobie i w oderwaniu od kontekstu, ale winny być one badane łącznie na tle rozległego krajobrazu prawnego i instytucjonalnego.

105. To powiedziawszy, przejdę teraz do konkretnych kwestii wskazanych w poszczególnych pytaniach prejudycjalnych.

2. Pytania od pierwszego do trzeciego

106. Poprzez pytania pierwsze, drugie i trzecie – które są ściśle ze sobą powiązane, a zatem mogą być rozpatrywane łącznie – sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy okoliczności związane z pierwszym powołaniem do pełnienia urzędu jednego z sędziów sądu, który wydał zaskarżony wyrok (sędziego FO), które to powołanie miało miejsce w czasach reżimu komunistycznego w ówczesnej Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (zwanej dalej „PRL”), mają wpływ na jego niezawisłość przy obecnym wykonywaniu obowiązków sędziowskich ocenianą na podstawie art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 karty praw podstawowych.

107. W tym względzie sąd odsyłający wskazuje, że w okresie PRL sędzia, obejmując urząd, ślubował wobec prezesa właściwego sądu między innymi przyczyniać się do utrwalania wolności, niepodległości i potęgi „demokratycznego” państwa polskiego, ochraniać i umacniać ład oparty na społecznych, gospodarczych i politycznych zasadach ustrojowych PRL oraz umacniać poszanowanie prawa i wierność dla tego państwa. Zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami wymiar sprawiedliwości w PRL miał za zadanie ochronę ustroju demokracji ludowej i jej rozwoju w kierunku socjalizmu. W toku całej swojej działalności sądy PRL miały też obowiązek wychowywać obywateli w duchu wierności Polsce Ludowej.

108. Zdaniem sądu odsyłającego ówczesny sposób powołania sędziego oraz rozwiązania dotyczące nadzoru oraz możliwości odwołania sędziego nie były zgodne ze standardami obowiązującymi w demokratycznym państwie prawnym ani w społeczeństwach demokratycznych. W szczególności do 1989 r. sędziowie byli powoływani i odwoływani przez organ wykonawczy państwa charakteryzującego się niedemokratycznym systemem władzy: Radę Państwa. Przepisy regulujące powoływanie i odwoływanie sędziów poza ścisłą zależnością od organów władzy wykonawczej państwa nie wskazywały też przejrzystych kryteriów powołania, udziału w procedurze nominacyjnej samorządu sędziowskiego ani jakichkolwiek organów ukształtowanych w demokratycznych wyborach. W ocenie sądu odsyłającego taki tryb powołania podważa zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w społeczeństwie demokratycznym.

109. Sąd odsyłający uważa także, że zmiany wprowadzone w prawie polskim po 1989 r. nie pozwoliły na skuteczne ukształtowanie instrumentów weryfikowania nominacji sędziowskich w okresie komunistycznym, ani ewentualnych przypadków naruszenia i sprzeniewierzenia się

przez sędziów zasadzie niezawisłości. Dlatego też zdaniem sądu krajowego po 1989 r. nie doszło ani do ogólnej weryfikacji wszystkich powołań sędziowskich dokonanych w okresie komunistycznym, ani też do przeprowadzenia skutecznej kontroli poszczególnych nominacji sędziowskich, nawet w przypadkach, w których poszczególni sędziowie w sposób ewidentny sprzeniewierzyli się w tamtym okresie zasadzie niezawisłości sędziowskiej.

110. Powyższe argumenty nie są dla mnie przekonujące.

111. Oczywiście zgadzam się z sądem odsyłającym, że procedury powoływania sędziów i, ogólniej, zasady regulujące sprawowanie przez nich urzędu oraz ich konkretną działalność w okresie PRL nie zapewniały odpowiednich gwarancji przestrzegania standardów niezawisłości sędziowskiej przewidzianych obecnie w traktatach Unii.

112. Niemniej jednak w pozostałym zakresie nie jestem w stanie stwierdzić, jakie jest dziś znaczenie tych wszystkich twierdzeń pod względem *prawnym*. Przedstawiając pewną polityczną wizję świata jako argumentację prawną, sąd odsyłający zdaje się sugerować coś, co w rzeczywistości wymagałoby działania z mocą wsteczną albo sprowadzałoby się do niczym niepopartych aluzji.

113. Po pierwsze, oczywiste jest, że prawo Unii nie miało zastosowania w Polsce przed jej przystąpieniem do Unii Europejskiej. Wiadomo także, że w porządku prawnym Unii w braku szczególnych przepisów dotyczących mocy wstecznej nowe przepisy nie mają zastosowania do sytuacji prawnych powstałych i ostatecznie zakończonych pod rządami dawnej ustawy, jednak mogą stosować się do przyszłych skutków tych sytuacji oraz do nowych sytuacji prawnych [52]. A zatem nie rozumiem, w jaki sposób zasady i standardy wynikające z art. 19 ust. 1 TUE lub z art. 47 karty praw podstawowych można by zastosować do powołań sędziowskich dokonanych w Polsce przed 1989 r., bez działania jednocześnie z mocą wsteczną [53].

114. Po drugie, w prawie Unii rzeczywiście istnieje zastrzeżenie dotyczące dalszego wywoływania skutków prawnych. Problem niezawisłości na podstawie art. 19 ust. 1 TUE lub art. 47 karty praw podstawowych mógłby zatem ewentualnie pojawić się, gdyby przepisy krajowe, do których odnosi się sąd odsyłający, mogły nadal, mimo że nie obowiązują już od kilkudziesięciu lat, wywoływać pewne skutki *obecnie*. Aby tak było – w zakresie dotyczącym niniejszej sprawy – należałoby wykazać istniejące obecnie oddziaływanie, związek między tymi wcześniejszymi przepisami krajowymi a pojawieniem się obecnie w przekonaniu jednostek uzasadnionych i rzeczywistych wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności sędziego takiego jak sędzia FO.

115. Jednak w tym względzie postanowienie odsyłające jest – co raczej zaskakuje, biorąc pod uwagę jego ogólną obszerność i szczegółowość – dość oszczędne, jeśli chodzi o przedstawienie jakichkolwiek konkretnych wyjaśnień dotyczących *wskazania* osoby, instytucji lub organu, które byłyby w stanie wywierać obecnie nieuzasadnione naciski na sędziego FO, i *powodów*, dla których sędzia FO mógłby być skłonny tym naciskom ulec. Zamiast tego sąd odsyłający zdaje się wychodzić z założenia, że sędziowie powołani w okresie komunistycznym są z definicji „na zawsze naznaczeni" ze względu na samo powiązanie z poprzednim reżimem oraz z tego powodu – jak wynika z pytania trzeciego – że nigdy nie zostali powołani ponownie i nie złożyli nowego ślubowania sędziowskiego w odniesieniu do przestrzegania wartości państwa demokratycznego.

[52] Zobacz, wraz z dalszymi odniesieniami, moja opinia w sprawie E.B. (C-258/17, EU:C:2018:663, pkt 44–48).

[53] Zobacz jednak wyrok z dnia 15 stycznia 2019 r., E.B. (C-258/17, EU:C:2019:17, pkt 54, 55).

116. Po trzecie, nie wypowiadając się w żaden sposób na temat zasadności takich „poglądów", chcę jedynie zauważyć, że w historii każdego kraju zdarzają się momenty konstytucyjne, w których są wymagane różne wybory dotyczące kształtu ustrojowego nowych instytucji państwowych i ich składu osobowego [54]. Dokonując wyboru ustrojowego ponad trzydzieści lat temu, Polska, wraz z wieloma innymi krajami Europy Środkowej, opowiedziała się za ciągłością. W następstwie tego wyboru sędziowie powołani w Polsce w ramach poprzedniego systemu skorzystali z uznania ich na dwóch poziomach – zarówno na poziomie krajowym, jak i na szczeblu Unii.

117. Z jednej strony, jak zauważa sąd odsyłający, mimo przyjęcia określonych środków „lustracji" [55] nowo powstałe demokratyczne państwo zaakceptowało, że sędziowie powołani w czasach PRL mogą co do zasady pozostać na stanowiskach. Powyższe zostało potwierdzone przez rząd polski na rozprawie.

118. Z drugiej strony sytuacja ta została uznana przez instytucje Unii za zgodną z prawem Unii w kontekście przystąpienia Polski do Unii Europejskiej. W tym względzie nie należy zapominać, że od przyszłych państw członkowskich wymagano spełnienia „kryteriów kopenhaskich" [56], z których jedno dotyczyło istnienia stabilnych instytucji gwarantujących między innymi demokrację, praworządność i ochronę praw człowieka.

119. W tym kontekście przedstawione przez sąd odsyłający pytania sugerują w rzeczywistości, że dokonany przez Polskę dekady temu i zaakceptowany przez Unię w momencie przystąpienia tego państwa wybór ustrojowy był błędny. Powtarzam: nie będę komentował politycznych implikacji tej tezy. Jednakże, co się tyczy niniejszej sprawy, de facto każda interwencja sądowa, która spowodowałaby nieważność orzeczeń wydanych przez sędziego krajowego takiego jak sędzia FO tylko dlatego, że został po raz pierwszy powołany do pełnienia urzędu sędziego w okresie PRL-u, byłaby zbliżona do *przyjęcia nowego* środka „lustracyjnego".

120. Po czwarte, żaden z przepisów prawa Unii nie pozwala Trybunałowi na kontrolę sposobu, w jaki państwa członkowskie przed ich przystąpieniem do Unii uporały się z dziedzictwem politycznym, prawnym i administracyjnym poprzedniego reżimu [57]. Podobnie, ukształtowanie właściwych lub nowych przepisów dotyczących organizacji sądownictwa, powołań lub etyki sędziowskiej pozostaje domyślnie w gestii wyborów instytucjonalnych każdego z państw członkowskich [58].

121. Nie oznacza to jednak, że każdy środek lustracyjny, jaki państwo członkowskie miałoby przyjąć *obecnie*, będzie mógł uniknąć kontroli jego zgodności z prawem Unii, gdy to ostatnie *znajduje zastosowanie*. W szczególności środek mogący mieć wpływ na działalność sądów

[54] Z wykluczeniem, miejmy nadzieję, „rozwiązania", o którym mowa w pkt 1 niniejszej opinii.

[55] Termin „lustracja", będący neologizmem pochodzącym od dawnego łacińskiego słowa „lustratio" oznaczającego oczyszczanie przez poświęcenie – jest w znacznej mierze używany w odniesieniu do przejściowych środków sądowniczych przyjętych w państwach postkomunistycznych w Europie Środkowo-Wschodniej w celu ułatwienia przemian instytucjonalnych i administracyjnych, jak również do celów transformacji politycznej i społecznej. Środki te obejmowały często programy prześwietlania działalności osób pełniących funkcje w niektórych kluczowych obszarach administracji publicznej (w tym sędziów) w celu przeprowadzenia oceny nieskazitelności charakteru i zdolności tych osób do pełnienia wskazanych funkcji. Zobacz ogólnie Rada Europy, Zgromadzenie Parlamentarne, „Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems: Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a State based on the rule of law' (doc. 7568), 3 June 1996; a także C.M. Horne, *Transitional justice: Vetting and lustration*, w C. Lawther, L. Moffett, i D. Jacobs (eds), *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, s. 424–441.

[56] Zobacz Konkluzje prezydencji, Rada Europejska w Kopenhadze (w dniach 21 i 22 czerwca 1993 r.). Zobacz obecnie art. 49 TUE.

[57] Zgodnie z moją wiedzą nie istnieje również wiążąca umowa międzynarodowa w tej dziedzinie, w szczególności taka, która byłaby wiążąca dla Unii lub jej państw członkowskich.

[58] Zobacz między innymi wyrok z dnia 20 kwietnia 2021 r., Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, pkt 48).

krajowych w dziedzinach regulowanych prawem Unii musiałby być zgodny między innymi z zasadami wyrażonymi w art. 19 ust. 1 TUE, który odzwierciedla wartości zapisane w art. 2 TUE, takie jak państwo prawne i poszanowanie praw podstawowych.

122. Chociaż Trybunał nie miał okazji zbadać żadnego takiego środka, różne formy lustracji były w przeszłości rozpatrywane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC). W tym względzie ETPC uznał, że środki lustracyjne mogą być uzasadnione, jeżeli służą realizacji celów związanych między innymi z ochroną bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa publicznego, promowaniem zaufania do nowych instytucji demokratycznych, zapobieganiem niepokojom, przejrzystością życia publicznego, jasnością i pokojem wewnętrznym w społeczeństwie, dobrobytem gospodarczym kraju oraz prawami i wolnościami innych osób [59]. W tym kontekście ETPC stwierdził również, że państwa są upoważnione do przyjmowania środków lustracyjnych, ponieważ „demokratyczne państwo ma prawo wymagać od urzędników służby cywilnej lojalności wobec zasad konstytucyjnych, na których się opiera” [60].

123. ETPC uznał jednak, że nawet jeśli takie środki nie prowadzą same w sobie do naruszenia praw człowieka, muszą zostać spełnione pewne warunki, aby były one zgodne z postanowieniami EKPC. Z punktu widzenia tego, co jest istotne dla niniejszej sprawy, przypomnę pokrótce, że ETPC wymaga, aby krajowe ramy prawne między innymi: (i) były wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić ustalenie *indywidualnej* odpowiedzialności każdej z zainteresowanych osób [61], (ii) zawierały odpowiednie *gwarancje proceduralne* dla określonych osób [62] oraz (iii) miały *charakter czasowy*, ponieważ obiektywna konieczność ograniczenia praw jednostki ze względu na środki przejściowe maleje wraz z upływem czasu [63].

124. Ustalenia ETPC wydają się, moim zdaniem, w znacznym stopniu możliwe do przeniesienia na grunt porządku prawnego Unii [64]. W świetle tego orzecznictwa mam poważne wątpliwości, czy rozstrzygnięcie sądowe takie, jak sugerowane przez sąd odsyłający, byłoby zgodne z prawem Unii. Bez potrzeby zbytniego zagłębiania się w tę kwestię, dostrzegam kilka potencjalnych problemów, które mogą zaistnieć w szczególności w świetle art. 2 TUE (zasady państwa prawnego) oraz art. 47 i 48 karty praw podstawowych (prawa do rzetelnego procesu).

125. Jednakże tak czy inaczej zaskakuje mnie przede wszystkim to, że taki środek byłby rozważany dziesiątki lat po upadku poprzedniego reżimu i utworzeniu nowego państwa, ale nadal, przynajmniej oficjalnie, w imię potrzeby uporania się z komunistyczną przeszłością. Niezależnie

[59] Wyrok ETPC z dnia 21 października 2014 r. w sprawie Naidin przeciwko Rumunii (CE:ECHR:2014:1021JUD003816207, § 51). Porównaj także Organizacja Narodów Zjednoczonych, Rule-Of-Law Tools for Post-Conflict States – Vetting: an operational framework, 2006, s. 3–5, gdzie sugeruje się, że reforma kadrowa mająca na celu wykluczenie ze służby publicznej osób wykazujących duże deficyty w zakresie nieskazitelności charakteru przyczynia się do odbudowy zaufania obywatelskiego i ponownej legitymizacji instytucji publicznych.

[60] Wyrok ETPC z dnia 26 września 1995 r. w sprawie Vogt przeciwko Niemcom (CE:ECHR:1995:0926JUD001785191, § 59).

[61] Wyroki ETPC: z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie Adamsons przeciwko Łotwie (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116); z dnia 3 września 2015 r. w sprawie Sõro przeciwko Estonii (CE:ECHR:2015:0903JUD002258808, §§ 60, 61). Zobacz także Rada Europy, Zgromadzenie Parlamentarne, rezolucja 1096 z dnia 27 czerwca 1996 r. dotycząca środków demontażu dziedzictwa po byłych totalitarnych ustrojach komunistycznych, s. 12.

[62] Wyroki ETPC: z dnia 14 lutego 2006 r. w sprawie Turek przeciwko Słowacji (CE:ECHR:2006:0214JUD005798600, § 115); z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie Adamsons przeciwko Łotwie (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, pkt 116); a także z dnia 24 kwietnia 2007 r. w sprawie Matyjek przeciwko Polsce (CE:ECHR:2007:0424JUD003818403, § 62).

[63] Wyroki ETPC: z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie Adamsons przeciwko Łotwie (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116); z dnia 21 stycznia 2016 r. w sprawie Ivanovski przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii (CE:ECHR:2016:0121JUD002990811, § 185). Zobacz także oświadczenie Komisji Weneckiej przytoczone w § 108 lit. a) tego ostatniego wyroku, zgodnie z którym „wprowadzenie środków lustracyjnych po bardzo długim czasie od rozpoczęcia procesu demokratyzacji w danym kraju może budzić wątpliwości co do ich rzeczywistych celów. Odwet nie powinien przeważać nad ochroną demokracji. Konieczne są zatem przekonujące powody”.

[64] Jak nakazują to również art. 52 ust. 3 karty praw podstawowych oraz art. 6 ust. 3 TUE.

od rzeczywistych motywów, jakimi obecnie w Polsce podszyte są takie sugestie, zwracam jedynie uwagę, że już sam ten czasowy odstęp wykluczałby obiektywną konieczność wprowadzenia takich środków w społeczeństwie demokratycznym [65]. Mówiąc prościej, moment konstytucyjny, w którym takie środki mogłyby być prawnie uzasadnione, w moim przekonaniu dawno minął.

126. W świetle powyższego uważam, że fakt, iż niektórzy sędziowie zostali po raz pierwszy powołani do pełnienia urzędu sędziego w okresie PRL, nie pozwala sam w sobie na podważenie niezawisłości tych sędziów obecnie. W związku z tym okoliczności, o których mowa w pytaniach od pierwszego do trzeciego, nie dają podstaw do powzięcia wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności sędziego krajowego, takiego jak sędzia FO, z punktu widzenia art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 karty praw podstawowych.

3. W przedmiocie pytań czwartego i piątego

127. Poprzez pytanie czwarte sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy okoliczność, że niektórzy członkowie składu sądu, który wydał zaskarżony wyrok, zostali powołani do tego sądu na podstawie uchwały podjętej przez KRS w składzie wynikającym z wykładni ustawy uznanej następnie przez Trybunał Konstytucyjny za niekonstytucyjną [66], ma wpływ na ocenę spełniania przez ten skład wymogu niezawisłości. Poprzez pytanie piąte sąd odsyłający dąży także zasadniczo do ustalenia, czy organ – taki jak KRS w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych – który stosował nieprzejrzyste i niejawne procedury wyboru sędziów, może być uznany za niezależny w rozumieniu prawa Unii.

128. Na oba te pytania można odpowiedzieć łącznie, przy czym najlepiej, być może, będzie podejść do nich dwuetapowo: w ramach pierwszego etapu – poprzez odniesienie się do nich dosłownie, to znaczy bez uwzględnienia całościowego kontekstu, a następnie, w ramach drugiego etapu – poprzez wzbogacenie analizy o ten szerszy kontekst [67].

129. Z jednej strony należy wskazać, że jak wynika z orzecznictwa Trybunału i ETPC, nie każde uchybienie, do którego może dojść w trakcie procedury powołania sędziego, jest tego rodzaju, by mogło wywoływać wątpliwości co do niezawisłości tego sędziego.

130. W wyroku Simpson Trybunał wskazał, że nieprawidłowość, której dopuszczono się przy powołaniu sędziów, pociąga za sobą naruszenie art. 47 karty praw podstawowych, „w szczególności gdy nieprawidłowość ta ma taki charakter i wagę, że stwarza ona rzeczywiste ryzyko, że pozostałe władze, w szczególności władza wykonawcza, mogły skorzystać z nienależnych im uprawnień dyskrecjonalnych, narażając prawidłowość skutku, do którego prowadzi procedura mianowania, i wzbudzając w ten sposób uzasadnione wątpliwości w przekonaniu jednostek co do niezawisłości i bezstronności danego sędziego lub danych sędziów". W tamtej sprawie nieprawidłowość, której dopuściła się Rada przy mianowaniu członka (ówczesnego) Sądu do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej, nie została uznana za na tyle poważną, by naruszyć art. 47 karty praw podstawowych [68].

[65] W rozumieniu wymogów przewidzianych w przytoczonym powyżej w przypisie 63 orzecznictwie ETPC, zakładając, że taki środek, po poddaniu analizie prawdziwych motywów leżących u jego podstaw, w ogóle spełniłby kryteria uzasadnionego celu i zgodności z prawem.

[66] Zobacz pkt 19 niniejszej opinii.

[67] Przedstawiając zatem w istocie studium przypadku pozwalające na uwzględnienie „wszystkich istotnych okoliczności", jak wskazano w pkt 98–100 niniejszej opinii.

[68] Wyrok z dnia 26 marca 2020 r., Szczególna procedura kontroli orzeczenia Simpson/Rada i HG/Komisja (C-542/18 RX-II i C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, w szczególności pkt 75–82).

131. Podobnie, w sprawie Ástráðsson przeciwko Islandii ETPC (wielka izba) zastosował trzystopniowe kryterium mające na celu ustalenie, czy niezgodne z prawem powołanie sędziego narusza prawo do „sądu ustanowionego ustawą" na podstawie art. 6 ust. 1 EKPC. Zasadniczo ETPC sprawdził: (i) czy doszło do oczywistego naruszenia krajowych przepisów dotyczących powoływania sędziów, (ii) czy naruszenie dotyczyło przepisów o podstawowym znaczeniu dla powoływania sędziów oraz (iii) czy naruszenie było przedmiotem skutecznej kontroli i zarządzenia środków naprawczych przez sądy krajowe [69].

132. W szczególności, jeśli chodzi o drugi z wyżej wymienionych elementów, ETPC podkreślił konieczność przeprowadzenia oceny naruszenia „w świetle przedmiotu i celu wymogu »sądu ustanowionego ustawą«, a mianowicie zapewnienia zdolności władzy sądowniczej do wykonywania jej obowiązków bez nieuzasadnionej ingerencji, a tym samym zachowania rządów prawa i trójpodziału władzy". W związku z tym ETPC orzekł, że „naruszenia o charakterze czysto technicznym, które nie mają wpływu na legitymizację procesu powołania, należy uznać za nieosiągające właściwej wagi" [70].

133. W niniejszej sprawie kwestie wskazane przez Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu K 5/17 z dnia 20 czerwca 2017 r. dotyczyły długości kadencji niektórych członków KRS, która jest jednym z organów uczestniczących w procesie nominacji sędziowskich. Ustalenia Trybunału Konstytucyjnego wydają się mieć w większości charakter techniczny, przynajmniej jeśli spojrzeć na nie przez pryzmat art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 karty praw podstawowych. Ani sąd odsyłający, ani rząd polski nie przedstawiły w ramach niniejszego postępowania żadnych konkretnych i jasnych wyjaśnień przemawiających za przyjęciem odmiennego stanowiska. Zapytany o to na rozprawie rząd polski wskazał, że jego zdaniem nieprawidłowość w składzie KRS nie wywoływała automatycznie skutków w zakresie ważności uchwał tego organu podjętych w latach 2000–2018. Pozostaje także niejasne, w jaki sposób ustalenie Trybunału Konstytucyjnego mogłoby mieć wpływ na publiczne postrzeganie niezawisłości trzech sędziów, o których mowa.

134. Jest tak niezależnie od faktu, że orzecznictwo wskazuje na znaczenie ustalenia takiego elementu.

135. Na przykład w wyroku Komisja/Polska Trybunał orzekł, że oceniane przepisy krajowe – które przewidywały natychmiastowe faktyczne obniżenie wieku przechodzenia przez sędziów Sądu Najwyższego w stan spoczynku z wprowadzeniem uznaniowego zezwolenia na dalsze zajmowanie stanowiska sędziowskiego, udzielanego sędziom przez Prezydenta RP – godziły w zasadę nieusuwalności sędziów, która jest nieodłącznie związana z ich niezawisłością, a tym samym naruszały art. 19 ust. 1 TUE. Z uwagi na specyfikę tych przepisów oraz w świetle okoliczności, w jakich zostały one przyjęte, Trybunał doszedł do wniosku, że owe przepisy mogły budzić uzasadnione wątpliwości co do prawdziwych motywów ich ustanowienia. W szczególności Trybunał odnotował, że niektóre elementy wskazywały na to, że przepisy te mogły zostać przyjęte w celu odsunięcia lub zmarginalizowania określonej grupy sędziów [71].

136. Podobnie w wyroku A.K. i in. oraz w wyroku Repubblika [72] przedmiotem badania Trybunału był skład i sposób funkcjonowania dwóch organów państwowych biorących udział w procedurze powoływania sędziów w dwóch odnośnych państwach członkowskich. Trybunał zbadał

[69] Wyrok ETPC z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, §§ 244–252).

[70] Ibidem, § 246.

[71] Wyrok z dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja/Polska (niezależność Sądu Najwyższego) (C-619/18, EU:C:2019:531, pkt 82, 85).

[72] Zobacz wyrok z dnia 20 kwietnia 2021 r., Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, pkt 51).

w szczególności okoliczności powołania członków tych organów, sposób, w jaki podmioty te wypełniają swoje zadania, szersze ramy prawne regulujące rolę i działalność tych organów oraz wreszcie krajobraz polityczny, w jakim organy te funkcjonowały.

137. W tym względzie w wyroku A.K. i in. Trybunał uznał, że niektóre okoliczności mogły wzbudzić w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niepodatności omawianego organu na czynniki zewnętrzne, w szczególności na wpływy władzy ustawodawczej i wykonawczej, aczkolwiek ostateczną ocenę w tym względzie pozostawił sądowi odsyłającemu. Z kolei w wyroku Repubblika Trybunał, rozpatrując właściwe przepisy i sposób ich stosowania przez instytucje odnośnego państwa członkowskiego, nie znalazł żadnej wskazówki co do ewentualnego braku niezależności ocenianego organu. Nie można było bowiem uznać, że prezydent tego państwa członkowskiego mógł skorzystać ze swoich uprawnień do powoływania sędziów w sposób, który wzbudziłby w opinii społeczeństwa rzeczywiste obawy co do braku niezawisłości wybranych osób.

138. W sprawie WB i in. sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z pytaniem o zgodność z art. 19 ust. 1 TUE w związku z art. 2 TUE przepisów krajowych, zgodnie z którymi Minister Sprawiedliwości będący zarazem Prokuratorem Generalnym może na podstawie kryteriów, które nie są podawane do publicznej wiadomości, delegować sędziów do sądów wyższej instancji na czas nieokreślony i odwołać ich z takiej delegacji w każdym czasie w sposób dyskrecjonalny. W mojej opinii stanąłem na stanowisku, że przepisy te naruszają wskazane powyżej postanowienia, ponieważ wywołują wpływ na sposób, w jaki niektórzy sędziowie sprawują swoje funkcje. W szczególności zasugerowałem, że tego rodzaju obowiązujące przepisy mogą skłaniać niektórych sędziów do orzekania na korzyść prokuratora lub, bardziej ogólnie, na korzyść Ministra Sprawiedliwości będącego zarazem Prokuratorem Generalnym. Sędziowie sądów niższej instancji mogą bowiem poczuć się skuszeni możliwością otrzymania nagrody w postaci delegowania do sądu wyższej instancji, co może im zapewnić lepsze perspektywy kariery i wyższe wynagrodzenie. Raz delegowani do sądów wyższej instancji sędziowie tacy mogą czuć się następnie zniechęceni do niezależnego działania, aby uniknąć ryzyka zakończenia delegowania przez Ministra Sprawiedliwości będącego zarazem Prokuratorem Generalnym [73].

139. W odróżnieniu od tamtych spraw w przypadku trzech sędziów, których dotyczy niniejsza sprawa, nie można ustalić żadnego „motywu, środków i możliwości" przemawiających na rzecz potencjalnego braku ich niezawisłości. Podobnie do tego, co stwierdziłem w odniesieniu do okoliczności dotyczących pierwszego powołania sędziego w okresie PRL, również w tym wypadku zastanawiam się, *kto* obecnie mógłby wywierać nieuzasadnione naciski na trzech sędziów, o których mowa, zwłaszcza w konsekwencji lub w związku z domniemaną wadliwością procesu ich powołania, i *dlaczego* sędziowie ci mogliby, przynajmniej w przekonaniu jednostek, być skłonni do poddania się takim naciskom.

140. Z drugiej jednak strony nieco odmienny obraz wyłania się wówczas, gdy analizę faktycznie poszerzyć o „wszystkie istotne okoliczności", w szczególności gdy rozważyć ewentualne „motyw, środki i możliwość" leżące u podstaw orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie (nie)właściwego składu KRS, na którym to orzeczeniu sąd odsyłający opiera wszystkie swoje obawy co do prawidłowości nominacji sędziowskich w latach 2000–2018. W tym względzie bardziej dociekliwy lub krytyczny obserwator może ewentualnie skłaniać się do podjęcia rozważań nad prawdziwymi powodami wydania tego orzeczenia, czy samo to orzeczenie zostało

[73] Zobacz moja opinia w sprawie WB i in., pkt 171–196.

wydane przez niezawisły i prawidłowo obsadzony sąd [74], a także na ile w ogóle można opierać się na orzeczeniach instytucji, która sama może być postrzegana jako podatna obecnie na instrumentalne wykorzystywanie [75].

141. Podsumowując, także okoliczności, o których mowa w pytaniach czwartym i piątym, nie dają podstaw do powzięcia – z punktu widzenia art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 karty praw podstawowych – wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności któregokolwiek z sędziów krajowych.

4. W przedmiocie pytań szóstego i siódmego

142. Poprzez pytanie szóste sąd odsyłający zmierza do ustalenia, na ile jest on zobowiązany do zbadania z urzędu, czy sąd niższej instancji, który wydał zaskarżony wyrok, spełnia wymóg niezawisłości ustanowiony w art. 19 ust. 1 TUE i w art. 47 karty praw podstawowych do celów stwierdzenia ewentualnej nieważności zaskarżonego wyroku.

143. W pytaniu siódmym sąd odsyłający zwraca się o wyjaśnienia, czy ze względu na przewidziany w Konstytucji RP nieodwołalny charakter powołań sędziowskich powinien on powstrzymać się od zbadania, do celów wskazanych powyżej, niezawisłości sędziów, którzy wydali zaskarżony wyrok.

144. W świetle odpowiedzi udzielonych na wcześniejsze pytania pytania te w zasadzie nie wymagają odpowiedzi.

145. Jednakże dla pełności wywodu przedstawię pokrótce kilka uwag dotyczących kwestii, które sąd odsyłający poruszył w tych dwóch pytaniach. Zasadniczo sąd odsyłający zastanawia się, czy co do zasady jest on zobowiązany do zbadania kwestii niezawisłości z urzędu i czy na przeszkodzie takiemu badaniu mogłaby stanąć zasada nieusuwalności sędziów.

146. Co się tyczy pytania szóstego, nie jest całkowicie jasne, dlaczego pytanie to zostało w ogóle postawione, jeśli wziąć pod uwagę fakt, że na podstawie prawa krajowego sędzia odsyłający ma najwyraźniej obowiązek sprawdzenia z urzędu właściwego składu sądu, który wydał wyrok w postępowaniu apelacyjnym [76]. W istocie jednak, dla celów ewentualnego zastosowania art. 47 karty praw podstawowych, odpowiedź na wątpliwości sądu odsyłającego można znaleźć w wydanym przez Trybunał wyroku Simpson [77].

147. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że z art. 47 karty praw podstawowych, który ustanawia prawo do skutecznego środka prawnego przed niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym uprzednio na mocy ustawy oraz prawo do rzetelnego procesu, wynika, że „sąd Unii powinien mieć

[74] Zobacz wyrok ETPC z dnia 7 maja 2021 r. w sprawie Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce (CE:ECHR:2021:0507JUD000490718), uznający, że niektóre niedawne powołania do Trybunału Konstytucyjnego zostały dokonane z rażącym naruszeniem prawa krajowego oraz że bezprawne wpływy zewnętrzne wywierane na ten podmiot przez władzę ustawodawczą i wykonawczą podważają samą istotę prawa do „sądu ustanowionego ustawą" przewidzianego w art. 6 ust. 1 EKPC.

[75] Niedawne i w pewnym zakresie istotne z punktu widzenia niniejszego postępowania ze względu na strony zainteresowane w tej sprawie, zob. na przykład wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 kwietnia 2021 r., K 20/20, w którym stwierdzono niekonstytucyjność przepisu ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich, który przewiduje, że dotychczasowy rzecznik pełni swoje obowiązki, nawet po wygaśnięciu mandatu, do czasu objęcia stanowiska przez nowego rzecznika. Niełatwo jest zrozumieć, dlaczego taki przepis, który w sposób prawnie uzasadniony zapewnia ciągłość instytucjonalną wielu organów w całej Europie, w tym Trybunału Sprawiedliwości (zob. art. 5 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej), mógłby być pod względem konceptualnym niezgodny z konstytucją. Ewentualne wątpliwości natury intelektualnej w tym względzie można jednak szybko rozwiać, jeżeli zrozumie się kontekst, a w szczególności to, *dlaczego* istniała potrzeba wydania takiego orzeczenia i *kto* go potrzebował.

[76] Zobacz powyżej pkt 13 i 88 niniejszej opinii.

[77] Wyrok z dnia 26 marca 2020 r., Szczególna procedura kontroli orzeczenia Simpson/Rada i HG/Komisja (C-542/18 RX-II i C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, w szczególności pkt 75–82).

możliwość sprawdzenia, czy nieprawidłowość dotycząca rozpatrywanej procedury [powołania sędziego] mogła skutkować naruszeniem [tych praw]". Prawa te zakładają, że „*każdy sąd* jest zobowiązany zbadać, czy ze względu na swój skład stanowi on taki właśnie sąd, jeżeli pojawia się w tym względzie poważna wątpliwość". Na podstawie wcześniejszego orzecznictwa Trybunał orzekł, że taka kontrola stanowi „istotny wymóg formalny, którego należy bezwzględnie dochować i którego spełnienie należy sprawdzić z urzędu"[78].

148. Brzmienie tego wyroku jest zupełnie jasne: w razie pojawienia się *rzeczywistych* wątpliwości dotyczących składu orzekającego – na przykład z powodu ewentualnej wadliwości procedury nominacyjnej jednego lub kilku z zasiadających w nim sędziów – *każdy sąd Unii Europejskiej* musi zbadać taką kwestię, jeśli to konieczne – z urzędu. A zatem, mimo że wyrok Simpson dotyczył postępowania sądowego toczącego się przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zasady wynikające z tego orzeczenia mają zastosowanie również do sądów krajowych za każdym razem, gdy zastosowanie znajduje art. 47 karty praw podstawowych.

149. Niemniej jednak, jak wyjaśniono w poprzednich częściach niniejszej opinii, w omawianej tu sprawie wydaje się, że nie istnieje żadna konkretna przesłanka, która wskazywałaby na ewentualny brak niezawisłości sędziów, którzy wydali zaskarżony wyrok.

150. Jeżeli chodzi o pytanie siódme, podobnie jak Komisja, mam trudności ze zrozumieniem, w jaki sposób zasada nieusuwalności sędziów – zasada, która jak twierdzi sąd odsyłający, zapisana jest w Konstytucji RP – miałaby uniemożliwić sądowi odsyłającemu rozpoznanie kwestii niezawisłości sędziów, o których mowa, wobec podnoszonej wadliwości procesu nominacyjnego.

151. Sąd odsyłający zdaje się sugerować, że po formalnym powołaniu sędziego na podstawie prawa krajowego taki sędzia nie może zostać złożony z urzędu, a decyzja o jego powołaniu nie może zostać unieważniona, mimo że powołanie to mogło być niezgodne z prawem w świetle unijnego standardu niezawisłości, gdyż takie złożenie z urzędu byłoby sprzeczne z zasadą nieusuwalności.

152. Zaskakują mnie zarówno założenia wyjściowe, które wydaje się przyjmować sąd odsyłający, jak i wnioski, które z nich wyciąga.

153. Po pierwsze, po raz kolejny wydaje się, że sąd ten koncentruje się na specyficznej kwestii rozpatrywanej w całkowitym oderwaniu od kontekstu i na tej podstawie konstatuje fałszywą sprzeczność na bardzo wysokim poziomie abstrakcji. Chociaż zgodnie z prawem krajowym decyzja o powołaniu sędziego na urząd sędziowski nie może zostać poddana kontroli ani uchylona, z pewnością nie oznacza to, że orzeczenia tego sędziego nie podlegają kontroli ani że sędzia ten nie może zostać złożony z urzędu w drodze postępowania dyscyplinarnego lub innego stosownego postępowania, o ile przestrzegane są wszystkie niezbędne zasady i procedury.

154. Po drugie, nie rozumiem, w jaki sposób zasada nieusuwalności sędziów, w jej powszechnym rozumieniu, miałaby w ogóle wchodzić w grę w postępowaniu głównym. Zadaniem sądu odsyłającego jest wypowiedzenie się w przedmiocie dopuszczalności skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego. Postępowanie to w sposób oczywisty nie stanowi na przykład postępowania dyscyplinarnego, w którym mogłoby dojść do złożenia sędziego z urzędu lub zastosowania wobec

[78] Ibidem, pkt 53–58. Wyróżnienie moje.

niego innej kary dyscyplinarnej. Dlatego też nie widzę *bezpośredniej* kolizji między zasadą nieusuwalności sędziów a możliwością uchylenia wyroku wydanego w postępowaniu apelacyjnym z powodu podnoszonej wadliwości obsadzenia składu orzekającego.

155. Po trzecie, nie dostrzegam również *pośredniej* kolizji w tym względzie. Moim zdaniem rozważania zawarte w postanowieniu odsyłającym pomijają dwa istotne elementy dotyczące, odpowiednio, charakteru zasady nieusuwalności i jej powiązania z zasadami ogólnymi prawa.

156. Z jednej strony Trybunał konsekwentnie podkreśla, że w celu zapewnienia niezawisłości sądownictwa muszą istnieć określone gwarancje służące ochronie osób, których zadaniem jest rozstrzyganie sporów, takie jak gwarancje przed usunięciem z urzędu. Zasada nieusuwalności wymaga w szczególności, by sędziowie mogli sprawować urząd do momentu ukończenia obowiązkowego wieku przejścia w stan spoczynku lub upływu kadencji sprawowania danej funkcji, jeżeli ma ona charakter czasowy [79].

157. Jednocześnie jednak Trybunał wyraźnie stwierdził, że nieusuwalność nie ma i nie może mieć „charakteru absolutnego". Nieusuwalność, a szerzej niezawisłość sędziowska, którą ma ona gwarantować, idzie w parze z odpowiedzialnością sędziów za ich działania. W rzeczywistości zasada ta może – „przy zachowaniu zasady proporcjonalności" – doznawać wyjątków, pod warunkiem że „uzasadniają je nadrzędne i prawnie uzasadnione względy". Na przykład Trybunał wskazał, iż „jest zatem powszechnie przyjęte, że sędziowie mogą zostać odwołani, z poszanowaniem właściwych procedur, jeżeli nie są w stanie dalej sprawować swoich funkcji z powodu niezdolności lub rażącego uchybienia" [80].

158. Prawdą jest, że relacja między zasadą nieusuwalności sędziów z jednej strony a zasadą niezawisłości sędziowskiej oraz prawa do skutecznej ochrony sądowej i rzetelnego procesu z drugiej strony jest wrażliwa ze względu właśnie na to wzajemne powiązanie. W każdych okolicznościach należy zapewnić równowagę między chronionymi interesami, które mogą czasami prowadzić do rozbieżnych wniosków. Równowagi tej nie można określić w sposób abstrakcyjny, jak sugeruje sąd odsyłający w pytaniu siódmym.

159. Żadne możliwe do przyjęcia podejście w tej kwestii nie pozwoliłoby na podtrzymanie stanowiska zawartego we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Stanowisko to prowadzi bowiem do paradoksu: w celu chronienia niezawisłości sędziowskiej należałoby również chronić sędziów, którzy nie są niezawiśli.

160. Takiego stanowiska nie da się obronić. We wspólnocie opartej na rządach prawa, w której należy zagwarantować podstawowe prawa jednostki, takie jak prawo do skutecznej ochrony sądowej i prawo do rzetelnego procesu, w rzeczywistości mamy do czynienia z przeciwieństwem tego, co sugeruje sąd odsyłający. Można by nawet posunąć się do stwierdzenia, że w tym celu „usuwalność" sędziów, którzy nie są niezawiśli, jest równie ważna jak „nieusuwalność" sędziów niezawisłych. Sprawowanie urzędu przez sędziów podporządkowanych jakiemuś interesowi politycznemu, gospodarczemu lub innemu interesowi prywatnemu uderza bowiem w samo serce systemu prawnego opartego na rządach prawa i demokracji, której podstawą jest trójpodział władzy.

[79] Zobacz wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., Governo della Repubblica italiana (status włoskich sędziów pokoju) (C-658/18, EU:C:2020:572, pkt 47, 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

[80] Ibidem, pkt 48.

161. Nie sugeruję przy tym, że każdy sędzia, którego powołanie budzi wątpliwości co do niezawisłości, powinien ipso facto zostać złożony z urzędu, a jego decyzje – uznane za nieważne. System prawny musi jednak być w stanie wyegzekwować poszanowanie zasady niezawisłości sędziowskiej. To skłania mnie do ostatniej uwagi.

162. Jak wspomniano powyżej, nie wszystkie wady w procesie powoływania sędziów rodzą problemy związane z niezawisłością. W tym zakresie nie ma mowy o automatyzmie [81]. Nie ma też automatycznych konsekwencji stwierdzenia, że dana osoba została nieprawidłowo powołana do pełnienia urzędu sędziego, w szczególności gdy wadliwość wynika z naruszenia zasady niezależności. Przeciwnie, w myśl prawa Unii, należy znaleźć odpowiednią korelację między naruszonymi przepisami lub zasadami, powagą stwierdzonego naruszenia oraz rodzajem i zakresem dostępnych środków zaradczych (a w razie potrzeby także kar nakładanych na sprawców) w świetle faktów i okoliczności danej sprawy [82].

163. Zasady ogólne prawa Unii, takie jak między innymi zasada proporcjonalności, pewności prawa, poszanowanie powagi rzeczy osądzonej i rzetelność postępowania powinny z pewnością zostać uwzględnione przy ocenie, czy krajowe środki zaradcze w tej dziedzinie zapewniają poszanowanie i skuteczność prawa Unii.

164. Dlatego też nie widzę kolizji między ewentualnym stwierdzeniem, że powołanie sędziego było obarczone jakąś wadą proceduralną (nawet jeśli wada ta jest tego rodzaju, że może wzbudzić w przekonaniu jednostek wątpliwości co do jego niezawisłości tego sędziego) a zasadą nieusuwalności sędziów.

V. Wnioski

165. Proponuję, aby na pytania prejudycjalne zadane przez Sąd Najwyższy (Polska) Trybunał odpowiedział następująco:

– W celu dokonania oceny poszanowania zasady niezawisłości sędziowskiej, zapisanej w art. 19 ust. 1 TUE i w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, sąd krajowy musi rozważyć wszystkie istotne elementy i w stosownym wypadku wziąć pod uwagę powody przyjęcia i szczególne cele środków krajowych, które mogą mieć zastosowanie w danej sytuacji. W tym kontekście istotne mogą być, w zależności od specyfiki danego przypadku i właściwego przepisu lub przepisów prawa Unii, zarówno elementy formalne i instytucjonalne, jak i elementy właściwe danej sprawie. Elementów tych nie należy, z punktu widzenia ich znaczenia, oceniać jako takich i w oderwaniu od kontekstu, ale winny być one badane łącznie na tle rozległego krajobrazu prawnego i instytucjonalnego.

– Okoliczności, o których mowa w pytaniach od pierwszego do piątego, nie dają podstaw do powzięcia wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności sędziów krajowych z punktu widzenia art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

– Artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że nakłada on na sądy krajowe obowiązek zbadania, czy nieprawidłowość, jaką dotknięta jest

[81] Zobacz także wyrok ETPC z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418), wspólne – częściowo aprobujące i częściowo kwestionujące – stanowisko sędziów S. O'Leary'ego, G. Ravaraniego, G. Kucski-Stadlmayer i J. Ilievskiego, w szczególności § 53.

[82] Ogólnie na temat tej korelacji zob. moja opinia w sprawie An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara i in. (C-64/20, EU:C:2021:14, pkt 34–63).

procedura powołania sędziego, może prowadzić do naruszenia praw przyznanych przez prawo Unii. W przypadku pojawienia się rzeczywistych i poważnych wątpliwości w tym zakresie kwestia ta powinna zostać rozpoznana z urzędu. Zasada nieusuwalności sędziów nie stoi na przeszkodzie przeprowadzaniu tego badania przez sądy krajowe.