Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
EVGENI TANCHEV
föredraget den 15 april 2021 [1]

Mål C-487/19

W.Ż.

ytterligare deltagare i rättegången:

Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową, tidigare Prokurator Prokuratury Krajowej Bożena Górecka,

Rzecznik Praw Obywatelskich

(begäran om förhandsavgörande från Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen))

”Begäran om förhandsavgörande – Artiklarna 2, 6.1, 6.3 och 19.1 andra stycket FEU – Artikel 267 FEUF – Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Rättsstatsprincipen – Effektivt domstolsskydd – Domstol inrättad enligt lag – Principen om rättsväsendets oavhängighet – Utnämning till domare vid Högsta domstolen av Republiken Polens president på förslag av Nationella domstolsrådet – Utnämning av en domare trots att överklagandet av Nationella domstolsrådets beslut om nominering av vederbörande för utnämning till domare ännu inte har avgjorts och trots att det meddelats ett domstolsavgörande om att skjuta upp verkställigheten av nämnda beslut”

1. I förevarande begäran om förhandsavgörande har Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) begärt en tolkning av artikel 2 FEU, artikel 6.1 och 6.3 FEU och artikel 19.1 andra stycket FEU, artikel 267 FEUF samt artikel 47 i Europeiska unionens stadga (nedan kallad stadgan).

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts inom ramen för en begäran från domaren W.Ż. om att domare vid Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid Högsta domstolen, Polen) ska uteslutas från handläggningen av W.Ż:s överklagande av ett beslut av Krajowa Rada Sądownictwa (Nationella domstolsrådet, Polen) (nedan kallat KRS) avseende W.Ż:s omplacering mellan två avdelningar inom den domstol som W.Ż. tjänstgör vid. Denna omplacering motsvarar i praktiken en degradering till en lägre tjänst, eftersom W.Ż. omplaceras från domstolens avdelning i andra instans till en av domstolens avdelningar i första instans. W.Ż. var ledamot i och talesman för förutvarande KRS och kritiserade offentligt de rättsliga reformer som regeringspartiet har genomfört i Polen.

3. I förevarande förslag till avgörande behöver de nationella bestämmelserna inte återges, såvitt det inte är absolut nödvändigt för den rättsliga bedömningen. [2]

[1] Originalspråk: engelska.

[2] De nationella bestämmelserna redovisas i beslutet om hänskjutande, och tar i den ursprungliga språkversionen av detta beslut upp så många som tio sidor.

I. Bakgrund till det nationella målet och tolkningsfrågan

4. W.Ż. är domare vid Sąd Okręgowy (Regional domstol, Polen) i K. Genom beslut av den 27 augusti 2018 omplacerades han från den avdelning vid domstolen där han dittills hade tjänstgjort till en annan avdelning vid samma domstol. W.Ż. överklagade detta beslut till KRS, som genom beslut av den 21 september 2018 (nedan kallat KRS omtvistade beslut av den 21 september 2018) avslutade förfarandet i målet om överklagande. Den 14 november 2018 överklagade W.Ż. KRS omtvistade beslut av den 21 september 2018 till Högsta domstolen.

5. Efter att ha ingett sitt överklagande begärde W.Ż. att alla domare som tjänstgör på Högsta domstolens avdelning för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter skulle uteslutas från att delta i handläggningen av överklagandet. Han gjorde gällande att denna avdelning, med hänsyn till dess politiska utformning och det sätt som KRS utser dess ledamöter, vilka utnämns i strid med konstitutionen, inte – i någon sammansättning bestående av personer från denna avdelning – opartiskt och oavhängigt kan pröva överklagandet.

6. Beslutet om nomineringen av alla domare som tjänstgör på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter, som omfattas av begäran om uteslutning från handläggningen, antogs genom KRS beslut nr 331/2018 av den 28 augusti 2018 (nedan kallat KRS beslut nr 331/2018). Detta beslut överklagades i sin helhet till Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) av andra sökande i nomineringsförfarandet, vilka KRS inte hade föreslagit för utnämning av Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej (Republiken Polens president) till domare i Högsta domstolen.

7. I sitt beslut av den 27 september 2018 sköt Högsta förvaltningsdomstolen upp verkställigheten av KRS beslut nr 331/2018. Trots att KRS beslut nr 331/2018 överklagats i sin helhet och Högsta förvaltningsdomstolen skjutit upp dess verkställighet, och trots att förfarandet vid Högsta förvaltningsdomstolen inte avslutats, meddelade Republiken Polens president den 10 oktober 2018 beslut om att utnämna de personer som omfattas av W.Ż:s begäran om uteslutning till domare vid Högsta domstolens avdelning för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter.

8. Den 21 november 2018 begärde Högsta förvaltningsdomstolen ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende frågor som rörde ett annat KRS-beslut (beslut nr 317/2018) i vilket Republiken Polens president ombads att utnämna vissa personer till domare i Högsta domstolen. Den 22 november 2018 vilandeförklarades förfarandet vid Högsta förvaltningsdomstolen i målen om överklagande av KRS beslut nr 331/2018 till dess EU-domstolen besvarat de tolkningsfrågor som hänskjutits för förhandsavgörande, beträffande huruvida artikel 44.1b och 44.4 i lagen om KRS är förenliga med unionsrätten (mål C-824/18[3])

9. Den 20 februari 2019 meddelade Republiken Polens president, trots pågående förfarande, beslut om att utnämna A.S. till domare på Högsta domstolens avdelning för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter (ensamdomare med ansvar för prövningen av W.Ż:s överklagande).

10. A.S. hade föreslagits för utnämning i KRS beslut nr 331/2018, vilket innebar att utnämningen av A.S. ägde rum efter det att detta beslut i sin helhet hade överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen och denna domstol hade skjutit upp verkställigheten av beslutet, och trots att förfarandet vid Högsta förvaltningsdomstolen således inte hade avslutats. Mot bakgrund av att

[3] Se dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (Utnämning av domare till Högsta domstolen – Överklagande) (C-824/18, EU:C:2021:153) och mitt förslag till avgörande i det målet (C-824/18, EU:C:2020:1053).

A.S. utnämndes till domare vid Högsta domstolen den 20 februari 2019, det vill säga efter det att W.Ż:s begäran om uteslutning från handläggningen av ärendet ingavs den 14 november 2018, ingick A.S. inte i denna begäran.

11. Den 8 mars 2019, kort innan Högsta domstolens tvistemålsavdelning skulle inleda förhandlingarna, beslutade avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter, i en sammansättning bestående av A.S. som ensamdomare, i detta mål – *utan att förfoga över handlingarna i mål I NO 47/18* – att W.Ż:s överklagande skulle avvisas (det omtvistade beslutet). I sitt beslut *gick nämnda avdelning på åklagarens linje utan att först ge W.Ż. tillfälle att inkomma med synpunkter*. Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter avvisade dessutom överklagandet *trots att W.Ż. redan hade vänt sig till tvistemålsavdelningen vid Högsta domstolen (den hänskjutande domstolen) med en begäran om att samtliga domare på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter skulle uteslutas från att delta i handläggningen av överklagandet*.

12. Den sammansättning av Högsta domstolen som prövade begäran om uteslutning från handläggningen vid sitt sammanträde den 20 mars 2019 fann att beslutet av den 8 mars 2019 i mål I NO 47/18 (som meddelades innan Högsta domstolen hade prövat begäran om uteslutning) stred mot artikel 50.3.2 i civilprocesslagen, artikel 45.1 i Republiken Polens konstitution, artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), samt artikel 47.2 i stadgan.

13. Högsta domstolen prövade även frågan huruvida A.S. – med hänsyn till det sätt på vilket han hade tillsatts – verkligen kunde anses vara domare vid Högsta domstolen. Denna omständighet är relevant för bedömningen av huruvida det beslut av den 8 mars 2019 i mål I NO 47/18 som meddelades av Högsta domstolen i endomarsits, med A.S. som ensamdomare, ska betraktas som en nullitet i rättsligt hänseende. Avgörandet av denna fråga är relevant för utgången av prövningen av begäran om att berörda domare ska uteslutas från deltagande i handläggningen av ärendet. Om beslutet av den 8 mars 2019 existerar i rättsligt hänseende, ska förfarandet angående begäran om att berörda domare ska uteslutas från deltagande i handläggningen av ärendet avslutas (avskrivas), eftersom det har förlorat sitt föremål. Om beslutet av den 8 mars 2019 emellertid ska betraktas som en nullitet, ska begäran om uteslutning från deltagande i handläggningen prövas.

14. Eftersom Högsta domstolen vid sin prövning var mycket osäker på hur denna fråga skulle bedömas hänsköt den följande rättsfråga till en sammansättning bestående av sju domare vid Högsta domstolen: Existerar i rättsligt hänseende ett beslut som meddelats i sammansättning med en domare, om denne utnämnts till domare i Högsta domstolen trots att KRS beslut att nominera vederbörande till tjänsten som domare dessförinnan överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen, vilken skjutit upp verkställigheten av detta beslut, och trots att förfarandet vid Högsta förvaltningsdomstolen inte avslutats när utnämningsbeslutet meddelades vederbörande?

15. De sju domarna vid Högsta domstolen anser att de behöver ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att kunna avgöra ovannämnda rättsfråga. Följden av EU-domstolens avgörande kan bli att de domar som meddelats av Högsta domstolen i en sammansättning som uteslutande består av personer som har utnämnts under sådana omständigheter inte anses existera i rättsligt hänseende på grund av att de meddelats av en person eller av personer som inte är domare.

16. Den hänskjutande domstolen konstaterade att det i det utnämningsförfarande i vilket A.S. utnämndes till domare i Högsta domstolen förekom ett uppenbart och medvetet åsidosättande av de polska bestämmelserna om utnämning av domare.

17. Tvistemålsavdelningen vid Högsta domstolen, i dess utökade sammansättning med sju domare, beslutade därför att vilandeförklara målet och begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende följande fråga:

”Ska artikel 2 [FEU], artikel 6.1 och 6.3 [FEU] samt artikel 19.1 andra stycket [FEU], i förening med artikel 47 i [stadgan] och artikel 267 [FEUF], tolkas så, att en domstol inte kan anses vara en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag i den mening som avses i unionsrätten, då dess dömande sammansättning utgörs av en ensamdomare som utnämnts till domare i uppenbar strid mot reglerna i medlemsstatens lagstiftning om utnämning av domare, i synnerhet genom att denna person utnämnts till domare, trots att det beslut som fattats av den nationella myndigheten (KRS) att nominera vederbörande för utnämning till domare dessförinnan överklagats till den behöriga nationella domstolen (Högsta förvaltningsdomstolen), trots att verkställigheten av detta beslut har skjutits upp i enlighet med nationell rätt och trots att förfarandet vid den behöriga nationella domstolen (Högsta förvaltningsdomstolen) inte avslutats innan utnämningsbeslutet antogs?”

II. Bedömning

A. Domstolens behörighet

18. Åklagaren har i huvudsak gjort gällande att EU-domstolen inte är behörig att pröva den ställda frågan, eftersom Europeiska unionen inte är behörig att avgöra frågor som rör formerna för förfarandena för utnämning av domare, giltigheten av sådana utnämningar, förfaranden för jävsinvändningar mot domare eller fastställande av huruvida nationella domstolsbeslut ska betraktas som en nullitet. EU-domstolen är inte heller behörig att uttala sig om huruvida en viss person har ställning som nationell domare.

19. Det räcker emellertid att påpeka att ”domstolsväsendets organisation visserligen omfattas av medlemsstaternas behörighet, men medlemsstaterna är dock vid utövandet av denna behörighet skyldiga att iaktta de skyldigheter som åligger dem enligt unionsrätten, särskilt artikel 19.1 andra stycket FEU”. [4] Så kan i synnerhet vara fallet när det gäller nationella bestämmelser om materiella rekvisit och handläggningsregler för antagande av beslut om utnämning av domare och, i förekommande fall, bestämmelser om den domstolsprövning som tillämpas vid sådana utnämningsförfaranden. [5]

20. Klaganden i det nationella målet (W.Ż.) – som i egenskap av domare kan ha att avgöra frågor som rör tillämpningen och tolkningen av unionsrätten – har direkt åberopat unionsrätten till stöd för sin begäran om skydd mot de administrativa åtgärder som vidtagits gentemot honom (i praktiken en degradering till en lägre tjänst), eftersom dessa kan ha en negativ inverkan på hans

[4] Dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

[5] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl., (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkterna 134–139 och 145) (nedan kallad domen i målet A.K. m.fl.).

oavhängighet. Den talan som väckts av W.Ż., som vill skydda sin yrkesställning, måste också vara förenlig med unionsrätten: i synnerhet med kravet på att endast en domare eller en domstol som uppfyller kraven i artikel 19 FEU och artikel 47 i stadgan kan pröva en sådan talan.

21. För det tredje konstaterar jag att de argument som framförts av åklagaren avser själva räckvidden hos, och därmed tolkningen av, dessa unionsbestämmelser. Det är uppenbart att EU-domstolen med stöd av artikel 267 FEUF är behörig att göra en sådan tolkning. [6]

B. Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning

22. Den polska regeringen har anfört flera argument till stöd för att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning, bland annat i) att frågan inte avser tolkningen av unionsrätten, utan endast syftar till att bekräfta den hänskjutande domstolens uppfattning att den berörda domaren inte är oavhängig, opartisk eller lagenligt utnämnd, vilket bland annat kräver en tolkning av nationell rätt och en kvalificering av de faktiska omständigheterna; ii) att det inte är möjligt för EU-domstolen att omformulera den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt, eftersom det framgår av beslutet om hänskjutande att denna domstol begär att EU-domstolen ska meddela ett förhandsavgörande avseende bedömningen av de faktiska omständigheterna och slå fast att domaren i fråga inte är en domstol som inrättats enligt lag; iii) att svaret på den ställda frågan inte är nödvändigt för att den hänskjutande domstolen ska kunna avgöra det nationella målet (bland annat på grund av att W.Ż:s överklagande redan avvisats i det omtvistade beslutet, och på grund av att den hänskjutande domstolen under alla omständigheter inte är behörig att fatta ett beslut som skulle innebära en förlust av en domares mandat) och iv) att de unionsrättsliga bestämmelser som har tagits upp i tolkningsfrågan inte är tillämpliga i det nationella målet.

23. Utöver argument som liknar de argument som anförts av den polska regeringen (se ovan) har åklagaren dessutom gjort gällande att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning eftersom i) den begäran om att domarna på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter ska uteslutas från deltagande i handläggningen av ärendet som är i fråga i det nationella målet borde ha avvisats enligt nationell praxis; ii) när Högsta domstolen avgör en sådan talan som den som är i fråga i förevarande mål, mot ett beslut från KRS, handlar Högsta domstolen inte i egenskap av domstol som har att avgöra en tvist på grundval av lagbestämmelser, utan som ett rättsskyddsorgan som ingriper i ett förfarande för att meddela ett abstrakt avgörande; iii) den efterfrågade tolkningen inte är tillämplig i det nationella målet, eftersom EU-domstolen – vad gäller frågan huruvida den domstol som meddelade det omtvistade beslutet är oavhängig och opartisk och har inrättats enligt lag eller huruvida detta beslut ska betraktas om en nullitet – inte kan meddela en dom som inte lämnar något utrymme för tvivel om utgången i det nationella målet, utan endast kan ge rättslig vägledning på grundval av vilken den hänskjutande domstolen ska meddela sitt avgörande, medan den fråga som hänskjutits för förhandsavgörande endast grundas på subjektiva och ostyrkta påståenden om åsidosättande av det nationella utnämningsförfarandet samt iv) resonemanget i beslutet om hänskjutande inte är förenligt med artikel 94 i domstolens rättegångsregler, eftersom den nationella lagstiftning som den hänskjutande domstolen har hänvisat till är selektiv och partisk och inte styrker det påstådda åsidosättandet av det nationella utnämningsförfarandet.

[6] Domen i målet A.K. m.fl., punkt 74.

24. Rent allmänt anser jag för det första att det är uppenbart att EU-domstolen är behörig på området, och att den i själva verket är den enda domstol som är behörig att besvara en fråga om vilka kriterier en oavhängig domstol ska uppfylla enligt unionsrätten [7] och därefter fastställa följderna av beslut som fattats av en person eller ett organ som inte uppfyller dessa kriterier. Därför kan även sådana frågor som de frågor som hänskjutits för förhandsavgörande i förevarande mål tas upp till sakprövning.

25. I motsats till de argument som den polska regeringen och åklagaren har anfört (se ovan) delar jag den hänskjutande domstolens, kommissionens och Rzecznik Praw Obywatelskichs (ombudsmannen, Polen) uppfattning att svaret på tolkningsfrågan – det vill säga huruvida den berörda domaren verkligen hade ställning som domare med behörighet att fatta det omtvistade beslutet – är nödvändigt för att kunna avgöra det nationella målet.

26. Skälet till detta är att tolkningen av artikel 19.1 andra stycket FEU – i motsats till vad som var fallet i det mål som avgjordes genom domen i målet Miasto Lowicz [8] – har en direkt inverkan på den hänskjutande domstolens avgörande, eftersom den gör det möjligt för den hänskjutande domstolen att redan i förfarandets inledningsskede (*in limine litis*) avgöra frågan huruvida det finns anledning att pröva begäran om uteslutning av domare på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter från handläggningen av överklagandet i ett mål där det omtvistade beslutet skulle avsluta det förfarande som inletts av W.Ż., eller huruvida det omtvistade beslutet tvärtom ska betraktas som en nullitet och det därför är nödvändigt att pröva överklagandet och begäran om uteslutning.

27. En sådan fråga i början av ett måls handläggning kan bland annat avse en processuell aspekt av tvisten i det nationella målet [9] eller den hänskjutande domstolens behörighet att pröva talan. [10] I detta avseende skiljer sig inte förevarande mål från det mål som avgjordes genom domen i målet A.K. m.fl. (punkt 99) där EU-domstolen uttalade följande: ”Den hänskjutande domstolen vill – genom sina tolkningsfrågor till EU-domstolen och genom den begärda tolkningen av unionsrätten – få klarhet inte i hur målen, vilka avser andra unionsrättsliga spörsmål, ska avgöras i sak; den hänskjutande domstolen vill få vägledning beträffande ett processuellt spörsmål som redan i början av målens handläggning (*in limine lites*) ska avgöras av den hänskjutande domstolen, då det som är i fråga är om nämnda domstol kan anses vara behörig att pröva målen”.

28. EU-domstolens svar gör det möjligt för den hänskjutande domstolen att uttala sig om ställningen för den person som utnämnts till domare vid Högsta domstolen och ställningen för avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter samt om giltigheten av A.S. beslut av den 8 mars 2019 (angående frågan huruvida W.Ż:s talan ska avvisas) och gör det dessutom möjligt för den hänskjutande domstolen att pröva begäran om uteslutning av samtliga domare på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter från handläggningen av målet.

29. Oberoende av det nationella målets karaktär är artikel 19.1 andra stycket FEU tillämplig i förevarande mål eftersom avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter är en domstol som – förutom att den avgör sådana väsentliga frågor i en rättsstat som godkännande

7 Se beträffande denna fråga, exempelvis, Biltgen, F., L’indépendance du juge national vue depuis Luxembourg; *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, nr 123, 1 juli 2020, s. 551.

8 Dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234).

9 Se dom av den 20 mars 1997, Hayes (C-323/95, EU:C:1997:169).

10 Se dom av den 27 juni 2013, Agrokonsulting-04 (C-93/12, EU:C:2013:432).

av valresultat i Polen – kan ha att avgöra frågor som avser tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten, inte minst på grund av dess behörighet inom områden som konkurrensrätt, energireglering, telekommunikationer, järnvägstransport och mediekontroll. [11]

C. Prövning i sak

1. Kort redogörelse för parternas argument

30. W.Ż., åklagaren, ombudsmannen, den polska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med yttranden till EU-domstolen.

31. Den polska regeringen har i huvudsak gjort gällande att tolkningsfrågan ska besvaras så, att artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 2 FEU, ska tolkas så, att avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter är en oavhängig domstol och att den hänskjutande domstolen inte kan ifrågasätta dess domares ställning i ett mål som anhängiggjorts vid den. Den polska regeringen har gjort gällande i) att eftersom det omtvistade beslutet, i enlighet med artikel 44.1 d i lagen om KRS, har vunnit laga kraft med avseende på de nominerade deltagarna i förfarandet, finns det inget som hindrar utnämningen av dem och Högsta förvaltningsdomstolen är därför inte behörig att pröva denna del av beslutet eller skjuta upp verkställigheten av det, ii) att de bestämmelser i enlighet med vilka överklagandet ingavs till Högsta förvaltningsdomstolen förklarades vara konstitutionsvidriga genom Trybunał Konstytucyjnys (Konstitutionsdomstolens) dom av den 25 mars 2019 och de förfaranden som inletts till följd av detta överklagande avbröts i enlighet med denna dom och artikel 3 i lagen av den 26 april 2019 och iii) att det förfarande för utnämning av domarna på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter som föreskrivs i artikel 179 i konstitutionen och i lagen om KRS inte skiljer sig från förfarandet i andra medlemsstater, utan innehåller ännu striktare krav än i vissa av dessa nationella system, och inte påverkar oavhängigheten hos de utnämnda domarna, vilken under alla omständigheter garanteras fullt ut i artiklarna 178–181 i konstitutionen, som innehåller garantier för utnämning på obegränsad tid, oavsättlighet, straffrättslig immunitet och löner, samt krav på att domarna bland annat ska vara opolitiska.

32. Åklagaren har inte yttrat sig över tolkningsfrågan i sak och samtliga hans kommentarer avser EU-domstolens behörighet och huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. Han har tillagt att förfarandet för utnämning av domaren i fråga inte stred mot någon bestämmelse i den polska lagstiftningen och att den domstol som avgjorde W.Ż:s mål uppfyllde alla kriterier för att betraktas som oavhängig, opartisk och inrättad enligt lag.

33. W.Ż. har i huvudsak åberopat den praxis som domen från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) i målet Ástráðsson har gett upphov till och EU-domstolens praxis (domen i målet A.K. m.fl.), enligt vilken de garantier för oavhängighet och opartiskhet som följer av artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47 i stadgan, jämförda med artikel 6 i Europakonventionen, kräver att det finns bestämmelser som reglerar utnämning av domare som gör det möjligt att utesluta allt rimligt tvivel som enskilda rättssubjekt skulle kunna hysa beträffande de berörda domarnas pålitlighet och deras neutralitet i förhållande till bland annat den lagstiftande och verkställande maktens intressen. Enligt W.Ż. har EU-domstolen slagit fast att dessa krav inte är uppfyllda då de objektiva villkor under vilka en domstol inrättats, och det

[11] Se, särskilt, dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 56 och där angiven rättspraxis). Se Bogdanowicz, P., och Taborowski, M., How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience, *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, andra utgåvan, juni 2020, s. 306.

som är kännetecknande för den domstolen samt det sätt på vilket domstolens ledamöter har tillsatts, skulle kunna innebära att nämnda domstol inte framstår som oavhängig eller opartisk på ett sätt som inverkar menligt på det förtroende som enskilda rättssubjekt ska kunna hysa för domstolsväsendet i ett demokratiskt samhälle (domen i målet A.K. m.fl.). Enligt W.Ż. uppfyller emellertid varken KRS eller domarna på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter (som utnämnts av Republiken Polens president på förslag av KRS) dessa krav.

34. Av EU-domstolens praxis (domen i målet A.K. m.fl.) följer att ”det … visserligen [kan] vara så att en eller annan av de omständigheter [som följer av de nyligen införda reformerna av rättsväsendet] i sig inte går att kritisera, och att det i detta fall är medlemsstaterna som är behöriga och har möjligheten att göra sina val; inte desto mindre är det så att dessa omständigheter vid en samlad bedömning – sammantagna med de förhållanden som rådde då dessa val gjordes – kan innebära att det framstår som oklart om det organ som har till uppgift att delta i handläggningen av domartillsättningsärenden [såsom avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter och dess domare] verkligen är oavhängigt”. Det framgår av de olika kriterier som följer av denna rättspraxis att det nya KRS, som deltar i förfarandet för utnämning av Högsta domstolens domare, inte erbjuder de garantier för oavhängighet som krävs för att Högsta domstolens avdelning för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter, som skapats ur ingenting (*ex nihilo*), och dess ledamöter ska kunna betraktas som oavhängiga och opartiska domare och domstolar i den mening som krävs enligt unionsrätten.

35. Ombudsmannen och W.Ż. har i huvudsak gjort gällande att mot bakgrund av att den berörda domaren har utsetts på ett sätt som uppenbart strider mot nationell rätt och principen om ett effektivt domstolsskydd och varken utgör en domstol som inrättats enligt lag eller en oavhängig och opartisk domstol i den mening som avses i artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan, kunde denna domare inte pröva ett överklagande som ingetts med stöd av unionsrätten, såsom det överklagande som är i fråga i det nationella målet. I ett sådant mål skulle dessutom varje nationell bestämmelse eller praxis (lagstiftningspraxis, förvaltningspraxis eller domstolspraxis) vara oförenlig med de krav som följer av unionsrätten om den får till följd att unionsrättens verkan försvagas på grund av att den behöriga domstolen vid tillämpningen av unionsrätten inte ges möjlighet att (vid tidpunkten för denna tillämpning) underlåta att tillämpa direkt tillämpliga nationella bestämmelser som utgör hinder för unionsrättens fulla verkan (såsom artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47 i stadgan), utan att behöva begära eller vänta på att den berörda rättsakten upphävs genom lagstiftning eller något annat konstitutionellt förfarande. [12]

36. Kommissionen har i huvudsak gjort gällande att den första delen av frågan ska besvaras nekande. Däremot anser kommissionen att den andra delen ska besvaras jakande.

[12] Se, särskilt, dom av den 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49), dom av den 19 juni 1990, Factortame m.fl. (C-213/89, EU:C:1990:257), och dom av den 29 juli 2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626, punkt 57).

2. Bedömning

a) Inledning: den hänskjutande domstolen har redan slagit fast att det i förevarande mål förekommit ett uppenbart och medvetet åsidosättande av bestämmelser i den polska lagstiftningen om utnämning av domare

37. Genom sin fråga, som rör artikel 2 FEU och artikel 19.1 andra stycket FEU samt artikel 47 i stadgan, vill Högsta domstolens tvistemålsavdelning att EU-domstolen ska klargöra huruvida nämnda unionsbestämmelser utgör hinder för en situation där Republiken Polens president utser en person till domare i Högsta domstolen, på den nyinrättade avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter, och där i) KRS beslut med förslag på att den berörda domaren ska utnämnas till den tjänsten har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen, som ännu inte har avslutat sin prövning av överklagandet (den första delen av frågan), och ii) Högsta förvaltningsdomstolen, under sin prövning av överklagandet, sköt upp verkställigheten av nämnda beslut (den andra delen av frågan).

38. Den hänskjutna frågan måste prövas med beaktande av bland annat följande närbesläktade mål vid EU-domstolen: i) mål C-824/18 (se mitt förslag till avgörande av den 17 december 2020 och EU-domstolens dom av den 2 mars 2021 [13]), i vilket Högsta förvaltningsdomstolen ifrågasatte nationella domstolars oavhängighet som unionsdomstolar inom ramen för en prövning av ett beslut av KRS med förslag till Republiken Polens president om kandidater till tjänsten som domare i Högsta domstolen; ii)) mål C-508/19 (som ännu inte avgjorts av domstolen; se mitt parallella, separata förslag till avgörande i det målet, som också föredras i dag, den 15 april 2021), som hänskjutits till EU-domstolen av Högsta domstolen och där ett av de aktuella rättsproblemen är en uppenbart rättsstridig utnämning av en domare som har att pröva tolkningen och tillämpningen av unionsrätten och en sådan utnämnings rättsverkningar för en sådan domares avgöranden, samt iii) mål C-791/19 (som ännu inte avgjorts av domstolen; se mitt förslag till avgörande i det målet, som kommer att föredras den 6 maj 2021, där jag även kommer att behandla frågan om inrättandet av en domstol enligt lag som en del av de garantier som ges i artikel 19.1 andra stycket FEU).

39. Den hänskjutande domstolen har redan konstaterat att det inom ramen för det utnämningsförfarande genom vilket A.S. utnämndes till domare vid Högsta domstolen förekom ett uppenbart och medvetet åsidosättande av bestämmelser i den polska lagstiftningen om utnämning av domare.

40. Detta åsidosättande bestod huvudsakligen i att Republiken Polens president utnämnde A.S. till domare vid Högsta domstolen, trots att andra sökande i nomineringsförfarandet tidigare hade överklagat KRS beslut nr 331/2018, i vilket nomineringen av A.S. ingick, till Högsta förvaltningsdomstolen, och trots att förfarandet vid Högsta förvaltningsbeslutet inte hade avslutats innan utnämningsbeslutet antogs.

41. Såsom den hänskjutande domstolen har förklarat utses domare i Polen, enligt artikel 179 i konstitutionen, på obegränsad tid av Republiken Polens president på förslag av KRS. Dessa två organ kompletterar varandra och deras arbete måste ske i kronologisk ordning. KRS förslag ska

[13] Mitt förslag till avgörande i målet A.B. m.fl. (Utnämning av domare till Högsta domstolen – Överklagande) (C-824/18, EU:C:2020:1053), dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (Utnämning av domare till Högsta domstolen – Överklagande) (C-824/18, EU:C:2021:153). Se även mål C-132/20, Getin Noble Bank, som ännu inte avgjorts av domstolen.

endast ses som ett yttrande, men medför vissa befogenheter – det är nämligen först efter det att förslaget överlämnats till Republiken Polens president som presidenten blir behörig att utnämnda den föreslagna personen till domare.

42. Det förslag om utnämning av en person till domare som KRS överlämnar till Republiken Polens president föregås av ett lagstadgat utnämningsförfarande i enlighet med de kriterier som anges i konstitutionen. För att skydda rättigheterna för de kandidater som deltar i utnämningsförfarandet, inbegripet deras rätt till anställning inom den offentliga förvaltningen på lika villkor (artikel 60 i konstitutionen) och deras rätt till domstolsprövning i varje enskilt fall (artiklarna 45.1 och 77.2 i konstitutionen), föreskrivs en domstolsprövning av lagenligheten i KRS beslut med förslag till Republikens Polens president om utnämning av personer till domare (artikel 44 i lagen om KRS). När det gäller kandidater som har ansökt om att få bli domare i Högsta domstolen har denna granskning anförtrotts Högsta förvaltningsdomstolen – som är tvungen att beakta EU-domstolens svar på dess tolkningsfrågor i mål C-824/18 [14] och pröva huruvida de nationella bestämmelserna (artikel 44.1b och 44.4 i lagen om KRS) är förenliga med unionsrätten samt säkerställa en unionsrättskonform tolkning av nationell rätt.

43. För det andra, i en situation där det beslut som innehåller förslaget om utnämning av en person till domare vid Högsta domstolen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen innan utnämningsbeslutet antogs, blir frågan huruvida detta beslut är lagenligt beroende av Högsta förvaltningsdomstolens bedömning. Om överklagandet bifalls kan det i efterhand konstateras att ett av villkoren för utnämningen av den domaren inte var uppfyllt. Så länge förfarandet vid Högsta förvaltningsdomstolen inte hade avslutats kunde Republiken Polens president därför inte använda sig av sin befogenhet att utnämna en domare, eftersom det saknades en stabil grund för att utöva denna befogenhet.

44. De i detta mål aktuella åsidosättanden av polsk rätt i fråga om domarutnämningar ägde rum i ett sammanhang där flera olika åtgärder bidrog till att förhindra en effektiv domstolsprövning av KRS beslut med förslag på utnämning av personer till domare vid Högsta domstolen. [15]

45. Den hänskjutande domstolen har påpekat att det, utöver de frågor som är föremål för prövning i det nationella målet, finns andra brister i samband med den utnämning som är aktuell i det nationella målet, såsom den omständigheten att de ledamöter av KRS som är domare har utsetts av sejmen (det polska parlamentets underhus) och inte, som tidigare, av sina kollegor. De har dessutom utsetts genom att mandattiden för det förutvarande KRS har förkortats, trots att denna mandattid garanteras i konstitutionen. Dessa frågor behandlades i domen i målet A.K. m.fl.

b) Utgör A.S. såsom ensamdomare en domstol inrättad enligt lag?

46. Vad för det första gäller artikel 47 i stadgan som självständig bestämmelse, framgår det av första stycket i denna artikel att den person som åberopar denna rättighet gör gällande rättigheter eller friheter som garanteras i unionsrätten. [16]

[14] Se dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (Utnämning av domare till Högsta domstolen – Överklagande) (C-824/18, EU:C:2021:153), och mitt förslag till avgörande i det målet (C-824/18, EU:C:2020:1053).

[15] Se dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (Utnämning av domare till Högsta domstolen – Överklagande) (C-824/18, EU:C:2021:153), och mitt förslag till avgörande i det målet (C-824/18, EU:C:2020:1053).

[16] Dom av den 6 oktober 2020, État luxembourgeois (Rätt att överklaga en begäran om upplysningar i skattefrågor) (C-245/19 och C-246/19, EU:C:2020:795, punkt 55).

47. Det framgår emellertid inte av uppgifterna i beslutet om hänskjutande att det nationella målet avser erkännande av en rättighet som tillkommer klaganden i det nationella målet enligt en bestämmelse i unionsrätten. Härav följer att artikel 47 i stadgan inte är tillämplig i förevarande mål.

48. Ombudsmannen har framhållit att det nationella förfarande som gett upphov till tolkningsfrågan rör ett ingrepp i yrkeskarriären för en nationell domare som tjänstgör vid en domstol som ingår i det polska allmänna domstolsväsendet. Denna domare kan därför ha att pröva frågor om tillämpning eller tolkning av unionsrätten, och utgör därmed även en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF, och ingår i det polska rättsmedelssystemet ”inom de områden som omfattas av unionsrätten” enligt artikel 19.1 andra stycket FEU. Enligt denna bestämmelse är den berörda medlemsstaten emellertid skyldig att säkerställa att en sådan domare uppfyller kravet på ett effektivt domstolsskydd och, i synnerhet, kravet på oberoende och opartiskhet. W.Ż. ska således skyddas mot omplaceringar, vilka, i likhet med uppsägningar, bör vara föremål för tillräckliga garantier för att utesluta allt rimligt tvivel som enskilda rättssubjekt skulle kunna hysa beträffande de aktuella domarnas pålitlighet i förhållande till yttre omständigheter.

49. Eftersom W.Ż. omfattas av det skydd som avses i artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i stadgan, har han enligt dessa bestämmelser – som en direkt följd av unionsrätten [17] – rätt till ett effektivt domstolsskydd, vilket innebär att hans överklagande ska prövas av ett organ som är en ”domstol” i den mening som avses i unionsrätten, det vill säga ett oavhängigt och opartiskt organ som har inrättats enligt lag. [18] Eftersom KRS i förevarande fall inte är en domstol är Högsta domstolen den enda och sista rättsinstans som skulle kunna uppfylla ovannämnda krav och kontrollera huruvida ingreppet i W.Ż:s yrkesmässiga ställning har undergrävt de garantier som W.Ż. åtnjuter enligt samma bestämmelser, jämförda med artikel 6 i Europakonventionen, vilket gör det nödvändigt att pröva huruvida den berörda domaren (A.S.) uppfyllde dessa krav.

1) Tolkningsfrågans första del: Utnämning av domare innan Högsta förvaltningsdomstolen hade meddelat dom i målet om överklagande av KRS beslut nr 331/2018

50. Det avgörande här är frågan huruvida den omständigheten att KRS beslut (som antogs inom ramen för Högsta domstolens utnämningsförfarande) var föremål för en pågående domstolsprövning har (eller borde ha) suspensiv verkan.

51. Kommissionen har gjort gällande att artikel 184 i konstitutionen tycks innehålla föreskrifter om att Högsta förvaltningsdomstolen ska genomföra en domstolsprövning inom de lagstadgade gränserna och att det av artikel 44.1b och 44.4 i lagen om KRS tycks följa att ett överklagande av ett beslut av KRS inte har suspensiv verkan vad gäller den del av beslutet i vilket en person nomineras till domare i Högsta domstolen.

52. Jag anser emellertid att kommissionens bedömning av den första delen av tolkningsfrågan är felaktig, bland annat på grund av det allmänna läget i Polen. Som jag påpekade i mitt förslag till avgörande i målet A.B. m.fl., och som EU-domstolen senare bekräftade i sin dom i samma mål, [19]

[17] Domen i målet A.K. m.fl., punkterna 167–169. Se bland annat Filipek, P., ”Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court: The ECJ’s Independence Test as an Incomplete Tool to Assess the Lawfulness of Domestic Courts”, Verfassungsblog.de, 23 januari 2020.

[18] Dom av den 16 februari 2017, Margarit Panicello (C-503/15, EU:C:2017:126, punkt 27).

[19] Detta konstaterande avser den första frågan i det målet, punkterna 156–167 i den domen.

saknar ett sådant överklagande som det som ingetts till Högsta förvaltningsdomstolen med stöd av artikel 44.1a–44.4 i lagen om KRS nämligen all verklig ändamålsenlig verkan och det är endast till utseendet som det framstår som ett rättsmedel.

53. Skälet till detta är bland annat bestämmelserna i artikel 44.1b och 44.4 i lagen om KRS, av vilka det i huvudsak framgår att KRS beslut, trots att en kandidat som inte har blivit föreslagen av KRS har ingett ett överklagande, alltid är slutgiltiga vad gäller beslutet att föreslå kandidater för utnämning, eftersom Republiken Polens president, som i förevarande mål, kan utse dessa kandidater till de aktuella tjänsterna utan att resultatet av överklagandet behöver inväntas. Under dessa omständigheter är det uppenbart att ett eventuellt upphävande av beslutet att inte föreslå en kandidat efter det att det förfarande som vederbörande har inlett har avslutats inte kommer att få någon konkret inverkan på hans eller hennes situation vad gäller den tjänst som han eller hon eftersträvade och som således redan har tillsatts grundat på nämnda beslut.

54. Såsom EU-domstolen förklarade i punkterna 159–164 i domen i målet A.B. m.fl. ska det beaktas i) att de aktuella nationella bestämmelserna medfört en avsevärd förändring av tidigare gällande rättsläge i Polen, ii) att de medfört att det inte längre är möjligt att få till stånd en sådan effektiv domstolsprövning såsom tidigare varit möjligt enligt nationell lagstiftning, iii) att bestämmelserna har inneburit att det görs en mindre ingående domstolsprövning av KRS beslut jämfört med vad som tidigare var fallet, iv) att de begränsningar som införts i artikel 44.1b–44.4 i lagen om KRS endast avser överklaganden av KRS beslut om förslag angående vem som ska tillsättas som domare vid Högsta domstolen, v) att man även ska beakta de bakgrundsomständigheter som avser alla de övriga reformer som nyligen påverkat Högsta domstolen och KRS (se punkterna 130–135 i domen i målet A.B. m.fl.) och vi) att bestämmelserna i artikel 44.1b och 44.4 i lagen om KRS har införts genom lagen av den 20 juli 2018 om ändring av lagen om de allmänna domstolarnas organisation och vissa andra lagar och trädde i kraft den 27 juli 2018, det vill säga mycket kort tid innan KRS, i sin nya sammansättning, hade att ta ställning till ansökningar gällande tillsättning av flera domartjänster vid Högsta domstolen som antingen var vakanta eller som nyligen inrättats som en följd av att den nya lagen om Högsta domstolen trätt i kraft, och i synnerhet beträffande de ansökningar som ingetts av sökandena i det nationella mål som var i fråga i målet A.B. m.fl.

55. Till följd av nya lagändringar var det efter den 23 maj 2019 dessutom helt omöjligt att överklaga KRS beslut i enskilda mål om tillsättning av domare i Högsta domstolen. I detta avseende räcker det att påpeka att det följer av mitt förslag till avgörande i, och i domen i, målet A.B. m.fl. att de successiva ändringarna av lagen om KRS, som innebar att en effektiv domstolsprövning inte längre kunde göras av KRS beslut att föreslå Republiken Polens president kandidater till tjänsten som domare i Högsta domstolen, ansågs strida mot unionsrätten (se den bedömning som ligger till grund för svaret på den tredje frågan i det målet, särskilt punkt 108 och följande punkter i den domen).

56. Därför anser jag – vilket dock ska prövas av den hänskjutande domstolen – att den retroaktiva verkan av de aktuella nationella bestämmelserna angående effektiviteten hos de rättsmedel som står till buds gentemot KRS beslut om förslag till utnämning av domare vid Högsta domstolen, strider mot artikel 19.1 andra stycket FEU.

57. Vid sin bedömning ska den nationella domstolen beakta de uppgifter som lämnats i förevarande förslag till avgörande och i domen i målet A.B. m.fl. samt alla andra relevanta omständigheter som den hänskjutande domstolen kan få kännedom om genom att, i förekommande fall, ta hänsyn till de specifika skäl och mål som åberopats vid den för att

motivera de aktuella åtgärderna. Rätten ska dessutom göra en bedömning av huruvida sådana nationella bestämmelser som avses i artikel 44.1a–44.4 i lagen om KRS kan föranleda rimligt tvivel hos enskilda rättssubjekt beträffande pålitligheten hos de domare som utsetts på grundval av KRS beslut i förhållande till yttre omständigheter, särskilt i förhållande till direkta eller indirekta påtryckningar från den lagstiftande och den verkställande makten, och beträffande organets neutralitet i förhållande till de intressen som konfronteras. Dessa omständigheter skulle därmed kunna innebära att detta organ inte framstår som oavhängigt eller opartiskt på ett sätt som inverkar menligt på det förtroende som enskilda rättssubjekt måste kunna hysa för domstolsväsendet i ett demokratiskt samhälle.

58. Under rådande omständigheter i Polen innebär artikel 19.1 andra stycket FEU att beslut som antas under förfarandet för utnämning av domare i Högsta domstolen ska underkastas en domstolsprövning med suspensiv verkan.

59. Jag påpekar att Konstitutionsdomstolen i sin dom av den 27 maj 2008 (mål SK 57/06) slog fast att ”begränsningen av rätten till domstolsprövning av KRS beslut att inte föreslå Republiken Polens president … en kandidat till domare var konstitutionsvidrig”.

60. Såsom ombudsmannen med rätta har gjort gällande, får utnämningsförfarandet, i enlighet med artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47 i stadgan, inte föranleda rimligt tvivel hos enskilda rättssubjekt avseende de berörda domarnas pålitlighet i förhållande till yttre omständigheter, när dessa väl har tillsatts. Mot bakgrund av KRS centrala roll i utnämningsförfarandet och avsaknaden av en domstolsprövning av Republiken Polens presidents beslut om tillsättning av en domare, måste domarkandidaterna därför ha tillgång till ett effektivt rättsmedel. Detta gäller i ännu högre grad när staten, såsom i förevarande fall, genom sin maktapparat ingriper i utnämningsförfarandet på ett sätt som riskerar att äventyra dessa domares framtida oavhängighet. Den domstolsprövning som krävs bör a) ske före utnämningen, eftersom domaren därmed i efterhand skyddas av principen om oavsättlighet; b) åtminstone göra det möjligt att kontrollera om det förekommit befogenhetsöverskridande, maktmissbruk, felaktig rättstillämpning eller uppenbart felaktiga bedömningar och c) göra det möjligt att klargöra samtliga aspekter av utnämningsförfarandet, inbegripet de krav som följer av unionsrätten, i förekommande fall genom att ställa frågor till EU-domstolen om bland annat de krav som följer av principen om ett effektivt domstolsskydd. [20]

61. Såsom den hänskjutande domstolen har konstaterat i beslutet om hänskjutande har artikel 179 i konstitutionen åsidosatts på två sätt. För det första utsåg Republiken Polens president A.S. under omständigheter i vilka KRS beslut nr 331/2018, i vilket förslaget om hans nominering ingick, inte hade vunnit laga kraft (punkt 24 och följande punkter i beslutet om hänskjutande). Enligt den hänskjutande domstolen har det även skett ett åsidosättande av principen om maktdelning och legalitetsprincipen. På grund av Högsta förvaltningsdomstolens konstitutionella ställning som domstol, den omständigheten att den har getts behörighet att – i förevarande mål – kontrollera huruvida KRS beslut är lagenliga, och med hänsyn till att resultatet av förfarandet vid denna domstol måste respekteras, kunde Republiken Polens president inte utöva sin befogenhet att utnämna en person till domare i Högsta domstolen innan förfarandet vid Högsta förvaltningsdomstolen avslutats.

[20] Domen i målet A.K. m.fl. punkt 134.

62. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande – vilket även bekräftades i Högsta domstolens tre avdelningars gemensamma beslut av den 23 januari 2020[21] (punkt 35, sidan 45) – kan KRS-besluten inte anses ha vunnit laga kraft, eftersom det hade inletts en domstolsprövning av dem och de därför kunde ogiltigförklaras. Besluten kunde således inte ligga till grund för ett förslag till Republiken Polens president om att utnämna de berörda personerna till de vakanta domartjänsterna. Eftersom besluten överklagades tillsattes de lediga domartjänsterna på ett rättsstridigt sätt.

63. Det beslut om utnämning av en person till domare i Högsta domstolen som antogs av Republiken Polens president innan Högsta förvaltningsdomstolen slutgiltigt hade tagit ställning till överklagandet av KRS beslut nr 331/2018, utgör således ett uppenbart åsidosättande av de nationella bestämmelser som reglerar förfarandet för utnämning av domare i Högsta domstolen, när dessa bestämmelser tolkas i enlighet med tillämplig unionsrätt (särskilt artikel 19.1 andra stycket FEU).

2) Tolkningsfrågans andra del: Utnämning till tjänsten som domare i Högsta domstolen trots Högsta förvaltningsdomstolens beslut att skjuta upp verkställigheten av KRS beslut med förslag på domarkandidater

64. I slutändan ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma även denna fråga på grundval av samtliga relevanta omständigheter, men enligt min mening beror bristerna i samband med utnämningen av domaren på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter[22] (domare A.S.) i ännu högre grad på att utnämningen av honom till domare i Högsta domstolen, och till den aktuella avdelningen, antogs trots Högsta förvaltningsdomstolens beslut om uppskov med verkställigheten av KRS beslut nr 331/2018.

65. Jag håller därför med den hänskjutande domstolen, W.Ż., ombudsmannen och kommissionen om att den verkställande maktens medvetna och avsiktliga överträdelse av ett domstolsavgörande, bland annat ett beslut av Högsta förvaltningsdomstolen om interimistiska åtgärder (det vill säga beslutet av den 27 september 2018) – med det uppenbara målet att ge regeringen möjlighet att påverka domarutnämningar – visar på bristande respekt för rättsstatsprincipen och i sig utgör ett åsidosättande från den verkställande maktens sida av ”grundläggande bestämmelser som utgör en del av det aktuella rättssystemets upprättande och funktionssätt”, i den mening som avses i punkt 75 i domen av den 26 mars 2020, Omprövning Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232) (nedan kallad domen i de förenade målen Simpson och HG).

66. De interimistiska åtgärderna i fråga syftar nämligen till att säkerställa att Högsta förvaltningsdomstolens beslut får full verkan för det fall denna domstol bifaller överklagandet av KRS beslut nr 331/2018 och upphäver beslutet i enlighet med sökandens yrkande.

67. Det står klart att beslutet om interimistiska åtgärder var ett rättsligt bindande avgörande av en domstol som dömer i sista instans.

[21] Se Garlicki, L., *Polish Judicial Crisis and the European Court of Human Rights (a few observations on the Astradsson case)*, som kommer att publiceras i Bodnar, A. och Urbanik, J., *Waiting for the Barbarians – Law in the days of Constitutional Crisis*, Studies offered to Mirosław Wyrzykowski, Warszawa, 2021.

[22] Vad gäller uppfattningen att den disciplinära avdelningen vid Högsta domstolen inte utgör en domstol som inrättats enligt lag, se Pech, L., *Protecting Polish judges from Poland's Disciplinary 'Star Chamber'*, https://ssrn.com/abstract=3683683, s. 16. Se även Pech, L., *The Right to an Independent and Impartial Tribunal Previously Established by Law under Article 47 of the EU Charter*, i Peers, S. m.fl., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608669.

68. Av detta följer att det ankommer på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av punkt 75 i domen i de förenade målen Simpson och HG bedöma huruvida utnämningen av en domare vid avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter vid Högsta domstolen (domare A.S.) utgör brister av ett sådant slag att de ger upphov till en reell risk för att andra delar av statsmakten, särskilt den verkställande makten, kan komma att missbruka utnämningsmakten på ett sätt som undergräver utnämningsbeslutets integritet och därigenom ge upphov till rimligt tvivel hos enskilda vad beträffar den berörda domarens oavhängighet och opartiskhet.

69. Kravet på att en domstol ska vara inrättad enligt lag syftar nämligen till att säkerställa att domstolsväsendets organisation grundar sig på bestämmelser som antagits av den lagstiftande makten, och inte överlåts till den verkställande maktens eller de rättsliga myndigheternas skönsmässiga bedömning.

70. Rätten till ett effektivt domstolsskydd enligt artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47 i stadgan omfattar rätten till en domstol som inrättats enligt lag, och räckvidden av dessa bestämmelser och detta begrepp ska fastställas med beaktande av Europadomstolens praxis avseende artiklarna 6.1 och 13 i Europakonventionen.

71. Av EU-domstolens praxis följer att ”[skyddsreglerna] för oavhängighet och opartiskhet förutsätter att det finns regler, särskilt vad gäller organets sammansättning, *utnämningar*, tjänsternas varaktighet och grunderna för medlemmarnas röstnedläggelse, jäv och återkallande av röst, som utesluter allt rimligt tvivel som enskilda rättssubjekt skulle kunna hysa beträffande organets pålitlighet i förhållande till yttre omständigheter och organets neutralitet i förhållande till de intressen som konfronteras”. [23]

72. EU-domstolen har även förtydligat att ”[d]et följer … av förklaringarna till artikel 47 i stadgan, som enligt artikel 6.1 tredje stycket FEU och artikel 52.7 i stadgan ska beaktas vid tolkningen av densamma, att första och andra stycket i artikel 47 motsvarar artikel 6.1 respektive artikel 13 i [Europakonventionen]”. [24]

73. I artikel 52.3 i stadgan anges att i den mån som stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen.

74. Enligt artikel 6.1 Europakonventionen ”måste en domstol alltid ha ’upprättats enligt lag’”. [25]

75. Såsom Europadomstolen har påpekat ”omfattar ’lag’, i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen, inte bara texter som föreskriver att domstolarna ska upprättas och ha behörighet, utan även varje annan bestämmelse i nationell rätt som, vid överträdelse, gör en eller flera domares deltagande i prövningen av ett ärende rättsstridigt. … Detta inbegriper bland annat bestämmelser om oavhängigheten för ledamöterna av en domstol, deras mandattid och deras opartiskhet. … Med andra ord avses med uttrycket ’upprättats enligt lag’ inte enbart själva den rättsliga grunden för en ’domstol’, utan även den domstolens efterlevnad av de bestämmelser enligt vilka den har upprättats”. [26]

[23] Min kursivering. Domen i målet A.K. m.fl., punkt 123 och där angiven rättspraxis.

[24] Dom av den 30 juni 2016, Toma och Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci (C-205/15, EU:C:2016:499, punkt 40).

[25] Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island, (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, § 211).

[26] Europadomstolen, stora avdelningen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island, (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, §§ 212 och 213 och där angiven rättspraxis).

76. Begreppet ”upprättats” omfattar därför redan i sig förfarandet för utnämning av domare i det aktuella domstolsväsendet, vilket, i enlighet med legalitetsprincipen, ska genomföras strikt i enlighet med tillämpliga nationella bestämmelser.

77. I domen i målet Ástráðsson mot Island slog Europadomstolens stora avdelning – genom att i stora delar fastställa avdelningens avgörande av den 12 mars 2019 – fast att rätten till en ”domstol som upprättats enligt lag”, med hänsyn till de eventuella följderna av att en överträdelse konstateras och de väsentliga intressen som står på spel, inte ska tolkas så extensivt att varje brist i samband med ett förfarande för att utnämna domare riskerar att äventyra denna rättighet. Europadomstolen formulerade således ett test i tre steg för att avgöra huruvida bristerna i samband med ett förfarande för utnämning av domare är så allvarliga att de medför ett åsidosättande av rätten till tillgång till en domstol som upprättats enligt lag. I steg 1 prövas huruvida det föreligger ett uppenbart åsidosättande av nationell rätt (§§ 244 och 245 i den ovannämnda domen); i steg 2 prövas huruvida åsidosättandet av nationell rätt avser en grundläggande bestämmelse i förfarandet för utnämning av domare (§§ 246 och 247), och i steg 3 prövas huruvida de påstådda åsidosättandena av rätten till tillgång till en ”domstol som upprättats enligt lag” faktiskt har granskats och åtgärdats av de nationella domstolarna (§§ 248–252).

78. De ovannämnda principerna är inte enbart tillämpliga vid åsidosättande av bestämmelser som specifikt reglerar utnämningsförfarandet i strikt mening, utan ska, såsom framgår av förevarande mål, även tillämpas vid underlåtenhet att genomföra en domstolsprövning av tidigare utnämningsbeslut som har konstitutiv karaktär i förhållande till utnämningen (såsom KRS beslut nr 331/2018 som är i fråga i förevarande mål).

79. Som kommissionen har påpekat i samband med reglerna för utnämning av domare är det inte förvånande att både Europadomstolen (i domen av den 1 december 2020 i målet Ástráðsson mot Island, § 247 [27]) och EU-domstolen (i domen i de förenade målen Simpson och HG, punkt 75 [28]) gör en direkt koppling mellan kravet på att en domstol måste ha inrättats enligt lag och principen om de berörda domarnas oavhängighet, i den meningen att det ska prövas huruvida brister som förekommit i samband med utnämningen av domare ”ger upphov till en reell risk för att andra delar av statsmakten, särskilt den verkställande makten, kan komma att missbruka utnämningsmakten på ett sätt som undergräver utnämningsbeslutets integritet och därigenom ge upphov till rimligt tvivel hos enskilda vad beträffar den eller de berörda domarnas oavhängighet och opartiskhet” (domen i de förenade målen Simpson och HG, punkt 75).

80. Av ovannämnda rättspraxis följer att kravet på att en domstol ska ha inrättats enligt lag och kravet på domstolarnas och domarnas oavhängighet och opartiskhet är nära förbundna med varandra.

[27] Vilket motsvarar § 103 i domen från Europadomstolen, 12 mars 2019, Ástráðsson mot Island, CE:ECHR:2019:0312JUD002637418. För en analys av vad denna rättspraxis innebär i ett polskt sammanhang, se bland annat Szwed, M., Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu w świetle wyroku Astradsson, *Europejski Przegląd Sądowy*, juli 2019, s. 42 och Graver, H. P., A New Nail in the Coffin for the 2017 Polish Judicial Reform: On the ECtHR judgment in the case of Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island (ansökan nr 26374/18), Verfassungsblog.de, 2 december 2020. Se även inlagan från Helsingforsstiftelsen för mänskliga rättigheter i målet Ástráðsson mot Island 1926/2019/PSP/MSZ, 30 december 2019.

[28] Se Simon, D., Composition du Tribunal de la fonction publique – Note sur l’arrêt Simpson c/Conseil, Europe, No 5, maj 2020. Vad gäller Polen, se Pech, L., Dealing with ’fake judges’ under EU Law: Poland as a Case Study in light of the ruling in Simpson and HG, *Reconnect Working Paper No 8*, maj 2020.

81. Även om det kriterium som EU-domstolen angett i domen i de förenade målen Simpson och HG (punkterna 75 and 79) påminner om det som uppställts i domen i målet A.K. m.fl.,[29] är skillnaden mellan denna rättspraxis att domen i de förenade målen Simpson och HG innehåller kriterier som används för att bedöma ett åsidosättande av reglerna om domstolarnas organisation och särskilt utnämningen av domare. Den domen avser således ett *åsidosättande av bestämmelser*, medan domen i målet A.K. m.fl. uppställer kriterier för att bedöma huruvida *regelverket om domstolarnas organisation i sig* erbjuder nödvändiga garantier för att säkerställa domarnas oavhängighet och opartiskhet.

82. Eftersom det i förevarande fall är fråga om att bedöma eventuella brister i samband med förfarandet för utnämning av en domare (domare A.S. på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter) är det den rättspraxis som bygger på domen i de förenade målen Simpson och HG som har direkt relevans.

83. För att avgöra huruvida sådana brister utgör ett åsidosättande av kravet på att en domstol ska ha inrättats enligt lag i den mening som avses i artikel 19 FEU är det enligt punkt 75 i domen i de förenade målen Simpson och HG nödvändigt att bedöma huruvida bristerna ”är *av sådant slag och av sådant allvar* att de ger upphov till en reell risk för att andra delar av statsmakten, särskilt den verkställande makten, kan komma att missbruka utnämningsmakten på ett sätt som undergräver utnämningsbeslutets integritet och därigenom ge upphov till rimligt tvivel hos enskilda vad beträffar den eller de berörda domarnas oavhängighet och opartiskhet, vilket är fallet när det är fråga om grundläggande bestämmelser som utgör en del av det aktuella rättssystemets upprättande och funktionssätt” (min kursivering).

84. Vad gäller kravet ”som inrättats enligt lag” måste, såsom ombudsmannen har understrukit, utnämningsreglerna iakttas strikt, eftersom det ger den domare som utnämnts en känsla av att ha erhållit tjänsten enbart på grundval av sina kvalifikationer och objektiva kriterier och efter ett tillförlitligt förfarande, och utan att det uppstått något som helst beroendeförhållande mellan den domaren och de myndigheter som deltar i utnämningen. I förevarande mål har den hänskjutande domstolen på ett övertygande sätt visat dels att den faktiska domstolsprövningen av utnämningsförfarandet utgör ett krav som följer av de konstitutionella principerna om domstolsväsendets oberoende och de subjektiva rättigheterna om tillgång till ett offentligt ämbete och till domstolsprövning, dels att utnämningen av den berörda domaren skedde i strid med den faktiska domstolsprövningen och med beslutet att skjuta upp verkställigheten av KRS beslut nr 331/2018.

85. Av beslutet om hänskjutande framgår att ledamöterna på Högsta domstolens avdelning för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter, som ansvarade för ärende I NO 47/18, utnämndes till sina tjänster trots att Republiken Polens president var medveten om Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 27 september 2018. Jag anser därför att det är möjligt för den hänskjutande domstolen att dra slutsatsen att utnämningsbeslutet har fattats i uppenbar strid med detta beslut.

86. Jag anser vidare att beslutet av Republiken Polens president om att utnämna de kandidater som föreslogs i KRS beslut nr 331/2018 till domartjänster vid Högsta domstolen utan tvekan verkställer detta KRS-beslut – trots att det ännu inte var verkställbart – vilket utgör ett uppenbart åsidosättande av Högsta förvaltningsdomstolens beslut att skjuta upp verkställigheten av beslutet i avvaktan på avgörandet av det mål om överklagande som pågår vid samma domstol.

[29] Se Leloup, M., The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson, *Common Market Law Review*, volym 57, nr 4, 2020, s. 1152.

87. Att en sådan framträdande statlig företrädare som Republiken Polens president, som är behörig att besluta om utnämning av domare vid Högsta domstolen, på ett sådant tydligt och medvetet sätt har åsidosatt Högsta förvaltningsdomstolens beslut att skjuta upp verkställigheten av KRS beslut nr 331/2018, tyder på ett uppenbart åsidosättande av de nationella bestämmelser som reglerar förfarandet för utnämning av domare.

88. Med hänsyn till det allmänna sammanhang i vilket de omtvistade reformerna av det polska rättsväsendet har genomförts är åsidosättandet i förevarande mål allvarligare än de brister som var i fråga i domen i det ovannämnda målet Ástráðsson mot Island.

89. Hur allvarlig den begångna överträdelsen är framgår under alla omständigheter av den omständigheten att Republiken Polens president inte rättade sig efter Högsta förvaltningsdomstolens bindande beslut – det vill säga ett beslut från den förvaltningsdomstol som dömer i sista instans – om interimistiska åtgärder och uppskov med verkställigheten av KRS beslut nr 331/2018 till dess att Högsta förvaltningsdomstolen avgjort det pågående målet i sak.

90. EU-domstolen har redan förklarat att en medlemsstats berörda nationella myndigheters iakttagande av interimistiska åtgärder som förordnats av nationella domstolar utgör ”en del av de värden som ingår i rättsstaten, värden som förankras i artikel 2 FEU och på vilka unionen grundar sig”.[30]

c) Verkningar på utnämningen av A.S. till domare vid Högsta domstolen och/eller på beslutet av den 8 mars 2019 mot bakgrund av rättssäkerhetsprincipen och principen om domares oavsättlighet

91. För att tillhandahålla den hänskjutande domstolen de uppgifter om unionsrättens tolkning som den kan behöva för att bedöma verkningarna av en viss unionsbestämmelse,[31] ska EU-domstolen även undersöka verkningarna av slutsatsen att A.S. såsom ensamdomare eventuellt inte utgör en domstol som inrättats enligt lag.

92. Enligt artikel 19.1 andra stycket FEU ska samtliga medlemsstater tillhandahålla sådana möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd, i den mening som avses i bland annat artikel 47 i stadgan, inom de områden som omfattas av unionsrätten (domen i målet A.K. m.fl., punkt 168 och där angiven rättspraxis), vilket innebär att sistnämnda bestämmelse vederbörligen ska beaktas vid tolkningen av artikel 19.1 andra stycket FEU.[32]

93. Som jag påpekade i mitt förslag till avgörande i målet A.B. m.fl. (punkterna 94 och 95), hade EU-domstolen redan implicit slagit fast att artikel 19.1 andra stycket FEU har direkt effekt. Detta har nu även uttryckligen bekräftats i domen i det målet (punkt 146): ”Artikel 19.1 andra stycket FEU ålägger … medlemsstaterna en skyldighet att uppnå ett klart, precist och ovillkorligt resultat vad gäller den oavhängighet som ska kännetecknа de domstolar som har att tolka och tillämpa unionsrätten”.

30 Se, analogt, beslut av den 20 november 2017, kommissionen/Polen (C-441/17 R, EU:C:2017:877, punkt 102).

31 Dom av den 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punkt 71 och där angiven rättspraxis), och domen i målet A.K. m.fl., punkt 132.

32 Beslut av den 6 oktober 2020, Prokuratura Rejonowa w Słubicach (C-623/18, ej publicerat, EU:C:2020:800, punkt 28).

94. Artikel 19.1 andra stycket FEU kan således åberopas av en enskild eller av en nationell domstol för att kontrollera huruvida ett domstolsavgörande har meddelats av en domstol som uppfyller de krav som ställs på en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag.

95. I punkt 57 i domen i de förenade målen Simpson och HG framhöll EU-domstolen följande: ”Regler som garanterar enskilda rätt att få sin sak prövad av en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag – i synnerhet regler som definierar begreppet oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag och anger hur en sådan domstol ska vara sammansatt – utgör hörnstenen i rätten till en rättvis rättegång. Denna rättighet innebär att varje domstol är skyldig att kontrollera huruvida den, genom sin sammansättning, utgör en sådan domstol när det föreligger allvarliga tvivel i fråga om detta. Denna kontroll är nödvändig för att domstolarna i ett demokratiskt samhälle ska kunna inge de enskilda det förtroende som krävs. I det avseendet utgör en sådan kontroll en väsentlig formföreskrift, och frågan huruvida den har iakttagits omfattas av tvingande rätt. Denna fråga ska därför prövas ex officio”.

96. Om dessa villkor inte är uppfyllda kan en sådan oförenlighet i princip åberopas som grund för upphävande av domstolsavgörandet med motiveringen att den aktuella domstolens sammansättning varit rättsstridig.

97. Ett sådant konstaterande måste göras inom de föreskrivna tidsfristerna och med beaktande av rättssäkerhetsprincipen.

98. Kommissionen har påpekat att detta i förevarande mål innebär att när ensamdomaren A.S. meddelade beslutet att avvisa överklagandet, vilket beslut inte kan överklagas, ska – såvitt det antas att denna ensamdomare inte uppfyller kraven för att betraktas som en domstol som har inrättats enligt lag – beslutets rättsverkan begränsas.

99. Den hänskjutande domstolen skulle följaktligen kunna underlåta att tillämpa (eller lämna utan avseende) detta beslut och pröva W.Ż:s begäran om att domarna på avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter ska uteslutas från deltagande i handläggningen av W.Ż:s överklagande, så att överklagandet kan prövas av en domstol som uppfyller kraven i artikel 19.1 andra stycket FEU (det vill säga den hänskjutande domstolen).

100. Jag anser att de överträdelser som i förevarande mål har begåtts under förfarandet för utnämning av domare, samt risken för att W.Ż inte får något domstolsskydd, utgör omständigheter som motiverar begränsningen av den bindande karaktären hos beslutet av den 8 mars 2019, i strid med rättssäkerhetsprincipen.

101. Därefter är det nödvändigt att pröva principen om domares oavsättlighet och frågan huruvida ett åsidosättande av de krav som ställs på en oavhängig och opartisk domstol som tidigare inrättats enligt lag, i enlighet med artikel 19.1 andra stycket FEU, i förevarande mål även bör ha *verkningar på själva utnämningen* (av A.S. till tjänsten som domare vid Högsta domstolen).

102. De krav som följer av denna bestämmelse, jämförd med artikel 47 i stadgan, syftar till att skydda en persons grundläggande rätt till ett effektivt domstolsskydd inom ramen för tillämpningen av unionsrätten på hans eller hennes mål.

103. Sådana krav syftar således till att säkerställa ett effektivt domstolsskydd för sökanden inom ramen för dennes domartjänstgöring, och i förekommande fall kan ett sådant skydd säkerställas genom att man underlåter att tillämpa (eller lämnar utan avseende) ett avgörande som meddelats av en ensamdomare som inte uppfyller kraven i artikel 19.1 andra stycket FEU.

104. Jag anser (i likhet med kommissionen och ombudsmannen) att så länge som ett sådant skydd säkerställs genom att man underlåter att tillämpa det omtvistade beslutet (eller lämnar det utan avseende), vilket följer av unionsrättens företräde, är det inte nödvändigt att åberopa unionsrätten i samband med utnämning till tjänsten som domare eller i samband med domarens rättsliga förhållande till den medlemsstat som utnämnt honom eller henne till domare.

105. I förevarande mål innebär med andra ord ett eventuellt åsidosättande av kravet på att en domstol ska ha inrättats enligt lag inte att beslutet om att utnämna domaren A.S., det vill säga den domare som meddelade beslutet om att avvisa överklagandet, i sig är ogiltigt.

III. Förslag till avgörande

106. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att den fråga som ställts av Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) ska besvaras på följande sätt:

Rätten till en domstol som inrättats enligt lag, som bekräftas i artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så, att en domstol som avgör mål med ensamdomare, som Högsta domstolens avdelning för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter (Polen), inte uppfyller villkoren för att betraktas som en domstol som inrättats enligt lag i en situation där utnämningen av den berörda domaren skedde i uppenbar strid med den medlemsstatens bestämmelser om utnämning av domare i Högsta domstolen, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa. Den hänskjutande domstolen ska i detta avseende bedöma om åsidosättandet är uppenbart och medvetet samt hur allvarligt det är, och ska ta hänsyn till den omständigheten att ovannämnda utnämning skedde i) trots att beslutet från Nationella domstolsrådet, som innehöll ett förslag om att utnämna denna person till domare, hade överklagats till behörig nationell domstol och överklagandet vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna ännu inte hade avgjorts, och/eller ii) trots att verkställigheten av beslutet hade skjutits upp i enlighet med nationell rätt och förfarandet vid den behöriga nationella domstolen inte hade avslutats innan utnämningsbeslutet antogs.