



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
EVGENI TANCHEV  
föredraget den 17 december 2020<sup>1</sup>

**Mål C-824/18**

**A.B.,  
C.D.,  
E.F.,  
G.H.,  
I.J.**  
mot

**Krajowa Rada Sądownictwa,**  
Ytterligare deltagare i rättegången: **Rzecznik Praw Obywatelskich,**  
**Prokurator Generalny**

(begäran om förhandsavgörande från Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen))

”Begäran om förhandsavgörande – Artiklarna 2, 4.3 och 19.1 FEU – Artikel 267 FEUF – Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Rättsstatsprincipen – Effektivt domstolsskydd – Principen om domstolars oavhängighet – Förfarande för utnämning av domare till Polens högsta domstol – Presidenten i Republiken Polens utnämning av domare på förslag av Nationella domstolsrådet – Nationella domstolsrådets avsaknad av oavhängighet – Ineffektivt rättsmedel – Dom från Konstitutionsdomstolen om upphävande av bestämmelse till grund för den hänskjutande domstolens behörighet – Nationell lag om begränsning av den hänskjutande domstolens dömande befogenheter – Unionsrättens företrädare – Skillnad i behandling avseende tillgång till rättsmedel”

1. Som Lord Neuberger, tidigare ordförande för Förenade kungarikets Högsta domstol, så träffande uttryckte det: ”När människor berövats rätten att väcka talan mot regeringen vid domstol, befinner vi oss i en diktatur”.<sup>2</sup> Borttagandet i Polen av möjligheten till domstolsprövning i samband med det viktiga konstitutionella området domstolars oberoende<sup>3</sup> står i centrum för den tvist som detta mål avser.<sup>4</sup>

1 Originalspråk: engelska.

2 Se artikeln om Förenade kungarikets Market Bill, som gör det möjligt för Förenade kungarikets regering att åsidosätta internationell rätt och undantar vissa av dess befogenheter från rättslig prövning:  
<https://www.theguardian.com/law/2020/oct/07/brexit-strategy-puts-uk-on-slippery-slope-to-tyranny-lawyers-told>.

3 Eftersom genomförandet av unionsrätten är decentraliserat, bygger hela unionens system för domstolsskydd på förutsättningen att medlemsstaterna åtnjuter och värnar om (skyddar) ett oberoende rättsväsende som kan tillhandahålla ett effektivt domstolsskydd för unionsrättsliga rättigheter. Se Lenaerts, K., *On Judicial Independence and the Quest for National, Supranational and Transnational Justice*, i Selvik, G. m.fl. (red.), *The Art of Judicial Reasoning*, Springer, 2019, s. 173.

4 Se även mina tidigare förslag till avgörande i målen *Minister for Justice and Equality (Bristar i domstolssystemet)* (C-216/18 PPU, EU:C:2018:517), *kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet)* (C-619/18, EU:C:2019:325), *kommissionen/Polen (Allmänna domstolars oavhängighet)* (C-192/18, EU:C:2019:529), *förenade målen A.K. m.fl. (oavhängigheten hos Högsta domstolens avdelning för disciplinmål)* (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:551), samt *förenade målen Miasto Łowicz och Prokuratura Okręgowa w Płocku (disciplinära förfaranden rörande domare)* (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2019:775). Se även generaladvokaten Bobeks nyligen föredragna förslag till avgörande i målet *Asociația "Forumul Judecătorilor din România", Asociația "Forumul Judecătorilor din România" och Asociația "Mișcarea pentru Apărarea Statutului Procurorilor"*, PJ och SO (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 och C-355/19, EU:C:2020:746).

2. Detta mål väcker viktiga frågor och kommer att ge domstolen tillfälle att lämna betydande förtydliganden, såväl avseende förfarande som i sak, bland annat avseende artikel 19.1 FEU. Jag kommer, när jag behandlar unionsrättens företrädare, att reagera på den nyligen av Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen, Tyskland) (nedan kallad BVerfG) meddelade domen i målet Weiss (2 BvR 859/15), i vilken den bland annat slog fast att en dom av EU-domstolen meddelats utan behörighet (*ultra vires*), och på ett av den disciplinära avdelningen vid Polens Högsta domstol nyligen meddelat beslut i vilket det, efter denna dom av BVerfG, slogs fast att en dom av EU-domstolen inte var bindande i den polska rättsordningen.

3. I förevarande begäran om förhandsavgörande – som ingavs den 21 november 2018 och senare kompletterades med en ny tolkningsfråga genom beslut av den 26 juni 2019 – har Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) bett om en tolkning av artiklarna 2, 4.3, 6.1 och 19.1 FEU, artikel 267 FEUF, artiklarna 15.1, 20, 21.1, 47 och 52.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) samt artiklarna 2.1, 2.2 a, 3.1 a och 9.1 i direktiv 2000/78/EG.<sup>5</sup>

4. Begäran om förhandsavgörande har ingetts inom ramen för mål mellan domarkandidaterna A.B., C.D., E.F., G.H. och I.J. å ena sidan och Krajowa Rada Sądownictwa (Nationella domstolsrådet) (nedan kallat KRS) å den andra, genom vilka dessa kandidater överklagade beslut i vilka i) KRS beslutade att *inte* be Republiken Polens president (nedan kallad Republikens president) att utnämna dem till domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) (nedan kallad Högsta domstolen) och i vilka ii) KRS samtidigt till Republikens president föreslog utnämning av andra kandidater.

## I. Tillämpliga bestämmelser

5. KRS regleras i Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (lag av den 12 maj 2011 om Nationella domstolsrådet). I 44 § i lagen om KRS föreskrivs särskilt följande:

”1. En deltagare i förfarandet får väcka talan vid [Högsta domstolen] på grundval av [KRS]-beslutets rättsstridighet, om inget annat föreskrivs i särskilda bestämmelser...

1a. I individuella fall avseende utnämningen av domare vid [Högsta domstolen] får talan väckas vid [Högsta förvaltningsdomstolen]. I dessa fall är det inte möjligt att väcka talan vid [Högsta domstolen]. Talan vid [Högsta förvaltningsdomstolen] får inte väckas på den grunden att en olämplig bedömning har gjorts av huruvida kandidaterna uppfyller kriterierna i samband med beslutet att framställa ett förslag om utnämning till [Högsta domstolen].

1b. Om inte alla deltagare i förfarandet har angripit beslutet ... i individuella fall avseende utnämning av domare till [Högsta domstolen], blir detta beslut slutgiltigt i den del som avser beslut att framställa ett förslag till utnämning till [Högsta domstolen] och i den del som avser beslut att inte framställa förslag till utnämning till domare vid samma domstol, beträffande deltagare i förfarandet som inte har väckt talan.

...

<sup>5</sup> Rådets direktiv av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (EGT L 303, 2000, s. 16).

4. I individuella fall avseende utnämning av domare till [Högsta domstolen], motsvarar [Högsta förvaltningsdomstolens] ogiltigförklaring av [KRS] beslut att inte framställa förslag om domarutnämning till [Högsta domstolen] ett godkännande av kandidaturen för den deltagare i förfarandet som har väckt talan, till den lediga domartjänsten vid [Högsta domstolen], en tjänst för vilken förfarandet vid KRS, vid det datum då [Högsta förvaltningsdomstolens] dom meddelas, inte har avslutats eller, om inget sådant förfarande har ägt rum, för den kommande lediga domartjänsten vid [Högsta domstolen] som har offentliggjorts.”

## II. Tvisterna i de nationella målen och tolkningsfrågorna

6. KRS beslutade, genom beslut nr 318/2018 av den 24 augusti 2018, att inte till Republikens president lämna förslag om utnämning av bland annat A.B. och C.D. till domartjänsterna vid Högsta domstolens *brottmålsavdelning*. Genom beslut nr 330/2018 av den 28 augusti 2018, beslutade KRS att inte till Republikens president lägga fram förslag om utnämning av bland annat E.F., G.H., och I.J. till domartjänsterna vid Högsta domstolens *tvistemålsavdelning*. Dessa beslut innehöll även förslag till utnämning av andra kandidater till dessa tjänster.

7. De ovannämnda kandidaterna (som inte hade föreslagits) överklagade dessa beslut till den hänskjutande domstolen och yrkade att den hänskjutande domstolen skulle förordna om inhibition av dessa beslut; dessa yrkanden bifölls av nämnda domstol.

8. Vad gäller den första tolkningsfrågan har den hänskjutande domstolen för det första påpekat att den nyligen införda 44 § 1b i lagen om KRS, i motsats till tidigare tillämpliga bestämmelser, föreskriver att ett beslut av KRS, i ett enskilt förfarande rörande utnämning av domare till Högsta domstolen, vinner laga kraft inte bara i den del av beslutet som inte föreslår utnämning av kandidater i de fall där ingen talan har väckts av de kandidater vars ansökan avslagits, utan även, såvida det inte överklagats av samtliga deltagare, i den del av beslutet som avser beslut att föreslå utnämning. Bland dessa deltagare finns det emellertid också deltagare vars utnämning *faktiskt föreslogs* och som därför inte har något intresse av att väcka talan mot ett sådant beslut. Den hänskjutande domstolen anser således att detta beslut *de facto* alltid kommer att vinna laga kraft.

9. För det andra har den hänskjutande domstolen påpekat att 44 § 1a i lagen om KRS, som fastställer den funktion som det ska utöva (kontroll av genomförandet av urvalsförfarandet), grundar sig på alltför allmänna premisser, eftersom inget tydligt bedömningskriterium har fastställts.

10. För det tredje har den hänskjutande domstolen anfört att det följer av 44 § 4 i lagen om KRS att en konsekvens av den antagna lösningen är att när den hänskjutande domstolen undanröjer ett beslut av KRS om att inte lämna förslag till utnämning till Högsta domstolen, så leder detta endast till ett bifall av den ansökan som ingetts av den part i förfarandet som har ingett ett överklagande avseende en ledig domartjänst vid Högsta domstolen när förfarandet vid KRS avseende denna tjänst inte har slutförts och, när ett sådant förfarande inte har ägt rum, till nästa lediga domartjänst vid Högsta domstolen.

11. Den hänskjutande domstolen har, beträffande den andra tolkningsfrågan, även önskat få vägledning av EU-domstolen för att kunna göra en bedömning av huruvida normen om likvärdig tillgång till offentliga tjänster (som uppfyller mål av allmänt intresse) har uppfyllts i förevarande mål. Den anser att rättsmedels effektivitet tydligt skiljer sig mellan förfaranden avseende lediga domartjänster vid andra domstolar och förfaranden avseende domartjänster vid Högsta domstolen.

12. Mot denna bakgrund har Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) beslutat att förklara målen vilande och hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande:

”1. Ska artikel 2 FEU, jämförd med artiklarna 4.3 tredje meningen, 6.1 och 19.1 FEU, jämförda med artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna och artikel 9.1 i rådets direktiv 2000/78/EG samt artikel 267 tredje stycket FEUF, tolkas så,

- att det föreligger ett åsidosättande av rättsstatsprincipen samt rätten till ett effektivt rättsmedel och ett effektivt domstolsskydd om den nationella lagstiftaren i ett enskilt förfarande beträffande utövandet av domarämbetet vid en domstol i sista instans i en medlemsstat (Högsta domstolen) visserligen föreskriver en rätt att inge klagomål, men det beslut från den gemensamma prövningen och bedömningen av alla kandidater för Högsta domstolen vid det urvalsförfarande som föregår vidarebefordran av ansökan om utnämning till domare vid nämnda domstol emellertid vinner laga kraft och får effekt om det inte överklagas av samtliga deltagare i urvalsförfarandet, vilket även omfattar den kandidat vars ansökan vidarebefordrats och således inte har något intresse av att överklaga detta beslut, vilket innebär
- att rättsmedlet förlorar sin verkan och den behöriga domstolen inte har någon möjlighet att genomföra en verklig kontroll av ovannämnda urvalsförfarande,
- att detta i en situation när förfarandet även omfattar de domartjänster vid Högsta domstolen som hittills tillsatts med domare som omfattas av den nya lägre pensionsåldern, utan att de aktuella domarna har kunnat bestämma om de önskar utnyttja den lägre pensionsåldern, mot bakgrund av principen om domares oavsättlighet – om det antas att denna åsidosätts – kan antas påverka omfattningen och resultatet av domstolskontrollen av det urvalsförfarande som genomförts?

2. Ska artikel 2 FEU, jämförd med artiklarna 4.3 tredje meningen och 6.1 FEU, jämförda med artiklarna 15.1 och 20, jämförda med artiklarna 21.1 och 52.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, jämförda med artikel 2.1 och 2.2 a och artikel 3.1 a i rådets direktiv 2000/78 samt artikel 267 tredje stycket FEUF, tolkas så,

- att det föreligger ett åsidosättande av rättsstatsprincipen, likabehandlingsprincipen och principen om likabehandling vid anställning inom offentlig förvaltning – utövande av domarämbetet vid Högsta domstolen – om det i ett enskilt förfarande beträffande utövandet av domarämbetet vid Högsta domstolen visserligen föreskrivs en rätt att inge klagomål till den behöriga domstolen, men en utnämning av domare vid Högsta domstolen som rör en ledig domartjänst, på grund av de bestämmelser som beskrivs i den första frågan avseende rättskraft, kan genomföras utan någon kontroll av nämnda urvalsförfarande från den behöriga domstolen – under förutsättning att en sådan kontroll har begärts – och denna bristande kontrollmöjlighet innebär ett åsidosättande av rätten till likvärdig tillgång till offentlig tjänst, vilket strider mot det allmänna intresset, och att det innebär ett åsidosättande av principen om jämvikten mellan institutionerna om det organ i en medlemsstat som ska värna domstolarnas och domarnas oberoende (Nationella domstolsrådet) vid vilket förfarandet beträffande utövandet av domarämbetet vid Högsta domstolen äger rum är sammansatt så, att företrädarna för rättsväsendet i detta organ väljs av de lagstiftande myndigheterna?”

### III. Förfarandet vid domstolen och samt ytterligare en tolkningsfråga

13. I samband med den första delen av det skriftliga förfarandet inkom skriftliga yttranden till EU-domstolen från A.B., C.D., E.F. och I.J, KRS, Prokurator Generalny (Riksåklagaren, Polen), Rzecznik Praw Obywatelskich (Ombudsmannen, Polen), den polska regeringen och kommissionen.

14. Det skriftliga förfarandet vid EU-domstolen avslutades den 31 maj 2019. Den 26 juni 2019 meddelade den hänskjutande domstolen ett beslut i vilket den avslog en ansökan från Riksåklagaren om fastställande av att de nationella målen inte behöver förklaras vilande. Denna ansökan grundade sig på följande resonemang.

15. För det första slog Trybunał Konstytucyjny (Konstitutionsdomstolen, Polen), i dom av den 25 mars 2019 i mål K 12/18, fast att 44 § 1a i lagen om KRS var oförenlig med artikel 184 i den polska konstitutionen. Konstitutionsdomstolen drog också slutsatsen att det var nödvändigt att avsluta alla förfaranden som inletts enligt denna bestämmelse eftersom den blivit ogiltig.

16. För det andra ändrades genom Ustawa z dnia 26 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (lag av den 26 april 2019 om ändring av lagen om Nationella domstolsrådet och lagen om systemet för förvaltningsdomstolar) (nedan kallad lagen av den 26 april 2019)<sup>6</sup> som trädde i kraft den 23 maj 2019, den andra meningen i 44 § 1 i lagen om KRS, vilken nu har följande lydelse: ”Det ska inte finnas någon rätt till överklagande i enskilda fall beträffande utnämmandet av domare vid Högsta domstolen”. I den lagen föreskrivs även i 3 § att ”förfaranden i mål om överklaganden av [KRS]-beslut i enskilda fall avseende utnämmande av domare till Högsta domstolen, som har inletts men inte avslutats innan denna lag trädde i kraft, ska upphöra enligt lag”.

17. Mot denna bakgrund beslutade Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen) att till EU-domstolen hänskjuta en ytterligare (det vill säga en tredje) tolkningsfråga i förevarande mål:

”1. Ska artikel 2 FEU, jämförd med artikel 4.3 tredje meningen, artikel 6.1 och artikel 19.1 FEU, artikel 47 i stadgan, artikel 9.1 i direktiv 2000/78 och artikel 267 tredje stycket FEUF, tolkas så att:

- ett åsidosättande av rättsstatsprincipen och rätten till domstolsprövning och rätten till ett effektivt rättsskydd uppkommer i en situation där den nationella lagstiftaren fråntar rättsordningen de relevanta bestämmelserna avseende Högsta förvaltningsdomstolens behörighet och rätten att till denna domstol överklaga beslut av [KRS] och inför även en lösning genom vilken förfaranden i fall avseende dessa överklaganden, som har inletts men inte avslutats före datum för ändringar (undantag) införts, ska upphöra enligt lag, vilket innebär:
- att rätten till domstolsprövning undergrävs i den del den avser omprövning av beslut av [KRS] och kontrollen av huruvida det urvalsförfarande genom vilket dessa beslut antogs genomfördes på rätt sätt, och
- när den nationella domstolen som ursprungligen har behörighet i dessa fall har hänskjutit frågor till EU-domstolen för ett förhandsavgörande till följd av ett framgångsrikt inledande av förfarandet för omprövning av [KRS]-besluten, undergräver rätten till domstolsprövning även i den mån det, i det enskilda mål som pågår vid den domstol som (ursprungligen) hade behörighet att pröva målet, fråntar nämnda domstol både möjligheten att med framgång inleda ett förfarande om förhandsavgörande vid domstolen och rätten att vänta på ett avgörande från domstolen och undergräver därmed den unionsrättsliga principen om lojalt samarbete?”

18. I den andra fasen av det skriftliga förfarandet inkom skriftliga yttranden från riksåklagaren, ombudsmannen, den polska regeringen och kommissionen.

19. Alla parter som ingett skriftliga yttranden i den första fasen av det skriftliga förfarandet utnyttjade även möjligheten att yttra sig vid förhandlingen vid EU-domstolen.

<sup>6</sup> 2019 års Dziennik Ustaw, moment 914.

## IV. Rättslig bedömning

### A. Domstolens behörighet

20. Riksåklagaren har gjort gällande att EU-domstolen inte har någon behörighet att meddela förhandsavgörande avseende de hänskjutna frågorna på den grunden att de avser rätten till domstolsprövning på ett område som inte omfattas av unionsrätten. Varje annat beslut skulle medföra en samexistens av analog behörighet och allmängiltig (*erga omnes*) behörighet i identiska rättsfrågor samtidigt vid EU-domstolen och vid Konstitutionsdomstolen.

21. EU-domstolen har emellertid redan angett att det visserligen är medlemsstaterna som har befogenhet att organisera domstolsväsendet i respektive land. Medlemsstaterna är dock skyldiga att därvid iaktta de skyldigheter som åligger dem enligt unionsrätten.<sup>7</sup> Vidare, när det gäller tillämpningsområdet för, särskilt, andra stycket i artikel 19.1 FEU, har denna bestämmelse till syfte att garantera ett effektivt domstolsskydd på "unionsrättens områden", oberoende av situationen där medlemsstater tillämpar unionsrätten i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan.<sup>8</sup>

22. Av detta följer att EU-domstolen har behörighet att tolka, särskilt, andra stycket i artikel 19.1 FEU i förevarande mål (se punkt 31 och följande punkter nedan).

### B. Huruvida det (ändå) är nödvändigt att lämna ett förhandsavgörande

23. KRS, riksåklagaren och den polska regeringen har i huvudsak gjort gällande att tolkningsfrågorna förlorat sitt ändamål, då det inte är nödvändigt att besvara dem i ordning för att lösa tvisterna i de nationella målen. 44 § 1a i lagen om KRS, på vilken den hänskjutande domstolens behörighet grundade sig, upphävdes med allmängiltig (*erga omnes*) verkan av Konstitutionsdomstolen genom dom av den 25 mars 2019, vilket även bekräftats av lagstiftaren.

24. Jag anser att tolkningsfrågorna, med anledning av lagen av den 26 april 2019, inte har förlorat sitt ändamål. För det första ändrar den lagen 44 § i lagen om KRS och upphäver rätten att överklaga *uteslutande* i enskilda fall vad gäller utnämmandet av domare vid *Högsta domstolen*. För det andra föreskrivs även i lagen att pågående förfaranden avseende överklaganden av KRS beslut i enskilda fall ska avbrytas enligt lag.

25. Sistnämnda omständighet innebär att tolkningsfrågorna inte kan sakna föremål. Jag vill nämligen påpeka att EU-domstolen redan har avfärdat liknande argument från den polska regeringen sida i domen i målet A.K. m.fl., punkt 102.

26. Det ska påpekas att lagen av den 26 april 2019 inte i sig avslutade de nationella målen och den gav inte upphov till något återkallande av beslutet om hänskjutande, eftersom, såsom den hänskjutande domstolen påpekat, lagen av den 26 april 2019 "*kräver en lämplig konkretisering av den domstol vid vilken förfarandet pågår i ett mål som redan är anhängigt vid den (detta gäller även följderna av domen av den [25 mars 2019]), vilken i huvudsak behöver vara i form av ett beslut – eftersom detta är det enda sätt på vilket en domstols behörighet att lämna avgörande kan uttryckas, då denna domstols behörighet inte har upphävts genom denna lagstiftning*" (min kursivering). Den hänskjutande domstolen fattade inte något beslut om att det saknas anledning att avgöra målet, utan beslutade i stället att vidhålla sin begäran om förhandsavgörande (se även domen i målet A.K. m.fl., punkt 103).

<sup>7</sup> Dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl. (Oavhängigheten hos Högsta domstolens avdelning för disciplinmål) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkt 75 och där angiven rättspraxis. Med anledning av det stora antalet hänvisningar till denna dom, kallas den nedan endast A.K. m.fl.).

<sup>8</sup> Dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 50, och A.K. m.fl., punkterna 82 och 83).

27. Bestämmelser i inhemsk lagstiftning såsom lagen av den 26 april 2019 kan således inte hindra en domstol i sista instans från att vidhålla sina tolkningsfrågor till EU-domstolen (se domen i målet A.K. m.fl., punkt 104).

28. Jag vill påpeka att EU-domstolen i ett antal mål, utöver det redan nämnda A.K. m.fl., redan har vägrat att godta att det inte längre är nödvändigt att lämna avgörande på grund av att föremålet för talan påstås ha försvunnit, såsom de polska myndigheterna hade yrkat i de målen. Det är uppenbart att den polska lagstiftaren inte har tvekat att, brådskande och vid upprepade tillfällen, ändra de nationella rättsliga bestämmelser som EU-domstolen prövade i de målen och därefter påstå att talan om fördragsbrott eller begäran om förhandsavgörande saknade föremål.<sup>9</sup>

29. Av detta följer att lagen av den 26 april 2019 och/eller domen av den 25 mars 2019 inte kan utgöra skäl för EU-domstolen att inte besvara tolkningsfrågorna.

### C. Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning

30. Riksåklagaren och den polska regeringen har i huvudsak gjort gällande att tolkningsfrågorna inte kan tas upp till prövning på grundval av argument som är analoga med den som anges i punkt 20 i detta förslag till avgörande.

31. För det första vill jag påpeka att det följer av rättspraxis att ”artikel [267 FEUF] utgör ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om [unions]rättens tolkning som de behöver för att kunna avgöra anhängiga tvister”.<sup>10</sup>

32. Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida de rättsmedel som föreskrivs i nationell rätt är förenliga med kravet på ett effektivt domstolsskydd enligt artikel 47 i stadgan. Denna artikel är emellertid endast tillämplig när det som görs gällande är ett åsidosättande av en enskild rättighet som garanteras i unionsrätten.

33. Den hänskjutande domstolen har även hänvisat till direktiv 2000/78. Enligt dess artikel 1 är direktivets syfte ”att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet *på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning*, för att principen om likabehandling ska kunna genomföras i medlemsstaterna” (min kursivering).

34. Den hänskjutande domstolen har inte förklarat sambandet mellan klagandena i de nationella målen och den rätt till icke-diskriminering som garanteras enligt artikel 2000/78, vars tillämpningsområde är begränsat till de specifika grunder som anges ovan. Således räcker det att påpeka att i den mån begäran om förhandsavgörande i det aktuella fallet inte visar att klagandena i de nationella målen önskar åberopa rättigheter som garanteras enligt unionsrätten, såsom de som föreskrivs i direktiv 2000/78, så är artikel 47 i stadgan inte tillämplig och det är inte heller direktiv 2000/78.

35. Den hänskjutande domstolen har även hänvisat till artikel 2 FEU som en fristående bestämmelse. Denna artikel förekommer emellertid inte som sådan bland de bestämmelser enligt vilka nationella lagbestämmelsers förenlighet med unionsrätten ska bedömas och som därmed *i sig* skulle kunna leda den hänskjutande domstolen att avstå från att tillämpa en nationell bestämmelse, genom att följa den tolkning som EU-domstolen angett. Detta är under alla omständigheter inte nödvändigt, eftersom artikel 2 FEU och värdet av den rättsstatsprincip som stadgas däri ges ett konkret uttryck i artikel 19 FEU (se punkt 87 i detta förslag till avgörande).

<sup>9</sup> Se dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkterna 27–31), och av den 5 november 2019, kommissionen/Polen (Allmänna domstolars oavhängighet) (C-192/18, EU:C:2019:924, punkterna 41–46).

<sup>10</sup> Dom av den 24 mars 2009, Danske Slagterier (C-445/06, EU:C:2009:178, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

36. Jag anser att särskilt den första och den tredje tolkningsfrågan är relevanta för de nationella målen, eftersom de rör omfattningen av den hänskjutande domstolens befogenheter om den finner att de aktuella KRS-besluten är rättsstridiga. Detta innebär att de enda relevanta unionsrättsliga bestämmelser som angetts i tolkningsfrågorna är artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 267 FEUF.

#### **D. Saken**

37. Jag anser att saken i den tredje (kompletterande) tolkningsfrågan behöver prövas först, eftersom svaret på denna fråga antingen kommer att leda domstolen att förklara att det saknas anledning att besvara de två första tolkningsfrågorna eller, tvärtom, kommer att leda domstolen att pröva dessa frågor.

##### ***1. Den tredje tolkningsfrågan***

38. Denna tolkningsfråga ska förstås så att den hänskjutande domstolen i huvudsak önskar få klarhet i huruvida artikel 267 FEUF och artikel 19.1 FEU ska tolkas så, att de utgör hinder för en bestämmelse som innebär att de nationella målen ska avskrivas enligt lag utan att det finns någon möjlighet att återuppta förfarandet eller få till stånd en prövning vid annan domstol (första delen av den tredje tolkningsfrågan) och huruvida dessa unionsrättsliga bestämmelser utgör hinder för den konsekvens som kan följa av denna nationella bestämmelse avseende en förklaring om att EU-domstolen saknar behörighet i mål, som redan har gett upphov till ett mål om förhandsavgörande som fortfarande pågår (den tredje tolkningsfrågans andra del).

##### ***a) Kort sammanfattning av parternas argument***

39. Riksåklagaren har, i huvudsak, anfört att uteslutandet av rättsmedel mot förslag till utnämning av domare är tillåtet enligt den polska konstitutionen. Begränsningar av konstitutionsfästa fri- och rättigheter är tillåtna om de föreskrivs i lag och är nödvändiga, särskilt med hänsyn till allmänintresset. Den polska regeringen har i huvudsak gjort gällande att artikel 3 i lagen av den 26 april 2019 inte begränsar möjligheterna för den hänskjutande domstolen att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen, utan endast avser ett avslutande av förfaranden av sådant slag som det som är aktuellt i de nationella målen.

40. Kommissionen har gjort gällande att artikel 19.1 andra stycket FEU inte utgör hinder för sådana nationella bestämmelser som de som är aktuella i de nationella målen, förutom vid ett strukturellt avbrott i utnämningförfarandet som kan väcka tvivel beträffande denna kandidats oavhängighet efter utnämningen. Följaktligen utgör artikel 19.1 FEU inte heller hinder för antagandet av en nationell lagbestämmelse som innebär att handläggningen av mål om domstolsprövning av sådana beslut (artikel 3 i lagen av den 26 april 2019) ska avbrytas. Inte heller artikel 267 FEUF utgör enligt kommissionen hinder för artikel 3 i lagen av den 26 april 2019.

41. I motsats till ovannämnda parter har A.B., C.D., E.F., I.J. och ombudsmannen i huvudsak gjort gällande att den tredje tolkningsfrågan ska besvaras jakande.

##### ***b) Bedömning***

42. Inledningsvis ska den tredje tolkningsfrågans andra del prövas såvitt den avser artikel 267 FEUF.

1) *Den tredje tolkningsfrågans andra del (artikel 267 FEUF)*

43. Visserligen är det i förevarande mål Konstitutionsdomstolens och den polska lagstiftarens gemensamma åtgärd som enligt den första tolkningsfrågan potentiellt skulle kunna leda till att en prövning enligt nationell rätt inte är nödvändig, vilket skulle medföra en situation där EU-domstolen förklarar sig sakna behörighet i förevarande mål om förhandsavgörande. Det var nämligen domen av den 25 mars 2019 som upphävde den nationella bestämmelse på vilken den hänskjutande domstolens behörighet grundade sig och detta med omedelbar verkan, medan det angavs att denna förklaring om grundlagsstridighet medförde att alla slags mål som fortfarande pågick vid den hänskjutande domstolen skulle skrivas av.

44. Vidare har bland annat kommissionen på senare år uttryckt allvarliga tvivel beträffande Konstitutionsdomstolens nuvarande möjlighet att (fortfarande) utöva sin funktion på ett helt oavhängigt sätt, och kommissionen har beslutat att formellt inleda ett förfarande i enlighet med artikel 7.1 FEU avseende rättsstatsprincipen i Polen.<sup>11</sup>

45. Som framgår i förevarande mål föreskriver artikel 19 FEU ansvar för domstolsprövning inom unionsrätten inte bara för EU-domstolen utan också för nationella domstolar som, i samarbete med EU-domstolen, fyller en uppgift som de gemensamt anförtrotts att säkerställa att lag iakttas vid tolkning och tillämpning av fördragen.<sup>12</sup>

46. Det ska i synnerhet, när det gäller artikel 267 FEUF, erinras om att "[k]ärnan i [unionens] sålunda utformade domstolsystem ... utgörs av förfarandet för förhandsavgörande enligt [denna bestämmelse] som, genom att det inrättas en dialog mellan domstolen och domstolarna i medlemsstaterna, syftar till att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten ... och därigenom göra det möjligt att säkerställa unionsrättens koherens, fulla verkan och autonomi och, till sist, den specifika karaktären hos den rättsordning som inrättats genom fördragen".<sup>13</sup>

47. Det framgår tydligt av EU-domstolens praxis att det, i enlighet med artikel 267 FEUF, ska stå nationella domstolar fritt att besluta huruvida de ska ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen eller inte.<sup>14</sup>

48. Enligt fast rättspraxis följer det vidare "av artikel 267 FEUF att en nationell domstol har en mycket vittgående möjlighet att hänskjuta en fråga till EU-domstolen, om den bedömer att det i ett mål som pågår inför den har uppkommit frågor som kräver ett avgörande avseende tolkningen eller giltigheten av unionsrätten för att den ska kunna döma i målet".<sup>15</sup>

11 Se förslag till rådets beslut om fastslående av att det finns en klar risk för att Republiken Polen allvarligt åsidosätter rättsstatsprincipen (COM/2017/835 final) av den 20 december 2017, skälen 91 till 113. Se även bland annat Europaparlamentets interimrapport om förslag till rådets beslut om fastslående av att det finns en klar risk för att Republiken Polen allvarligt åsidosätter rättsstatsprincipen, A9-0138/2020, den 20 juli 2020 (i vilken "överhängande bevis för åsidosättande av rättsstatsprincipen i Polen" gjordes gällande), Venedigkommissionens och Europarådets generaldirektorat för mänskliga rättigheter och rättsstatsprincipens "Gemensamma brådska yttrande" av den 16 januari 2020, yttrande nr 977/2019. Se även bland annat Zoll F., och Wortham, L., *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland*, Fordham International Law Journal, Volym 42, nr 3, och Pietrzak, M., *The Foundation for Law, Justice & Society, The Constitutional Court of Poland: The Battle for Judicial Independence*, den 24 maj 2017, <https://www.fljs.org/content/constitutional-court-poland-battle-judicial-independence> (som beskriver ny lagstiftning på området offentlig media, övervakning samt terrorismbekämpning och "omorganisation" av åtalssystemet, vilket den påstådda förändringen av Konstitutionsdomstolen tillät).

12 Se dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkterna 33 och 34 samt där angiven rättspraxis).

13 Domstolens yttrande 2/13, Anslutning till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, EU:C:2014:2454, punkt 176 och där angiven rättspraxis.

14 Se dom av den 22 juni 2010, Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363), samt av den 11 september 2014, A (C-112/13, EU:C:2014:2195).

15 Se dom av den 5 oktober 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

49. EU-domstolen har även fastställt att beslutsbefogenheter och behörighet inte får ifrågasättas med tillämpning av nationella rättsliga bestämmelser.<sup>16</sup>

50. "Nationella bestämmelser av vilka det följer att de nationella domstolarna kan bli föremål för disciplinära förfaranden på grund av att de har hänskjutit en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen kan således inte tillåtas ... Enbart möjligheten att, i förekommande fall, kunna bli föremål för ett disciplinärt förfarande på grund av en sådan begäran eller ett beslut att vidhålla en begäran efter det att den har framställts, kan nämligen inverka menligt på de berörda nationella domstolarnas faktiska utövande av den möjlighet och de uppgifter som [tillkommer en domstol som har att tillämpa unionsrätten] ... [Domstolarnas ovannämnda oavhängighet] är i synnerhet nödvändig för att systemet för domstolsamarbete – som möjligheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF ger uttryck för – ska kunna fungera väl."<sup>17</sup>

51. Vad som är viktigt i förevarande mål är att den nationella lagstiftningen, såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, i enlighet med rättsstatsprincipen, *innehåller en konstitutionsfäst skyldighet att tillhandhålla en möjlighet till domstolsprövning av sådana KRS-beslut* som dem som är aktuella i de nationella målen.

52. Följaktligen anser jag, avseende den andra delen av den tredje tolkningsfrågan (beträffande artikel 267 FEUF), *inte minst mot bakgrund av sammanhanget* – då EU-domstolen under de senaste åren har haft att avgöra ett stort antal mål om åsidosättande av rättsstatsprincipen och domstolarnas oavhängighet i Polen (se punkt 28 i detta förslag till avgörande, och det kan beträffande förevarande mål påpekas att Republikens president, trots den omständigheten att den hänskjutande domstolen hade upphävt de aktuella KRS-besluten, ändå till domare vid Högsta domstolen utsåg åtta nya domare som KRS hade föreslagit i de aktuella besluten<sup>18</sup>) – att EU-domstolen bör finna att artikel 267 FEUF utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som lagen av den 26 april 2019 på grund av att den *föreskrev upphörande enligt lag av sådana förfaranden* som dem som är anhängiga vid den hänskjutande domstolen och samtidigt *uteslöt överföring av prövningen av målen till en annan nationell domstol eller ett nytt inledande av målen vid en annan nationell domstol*. Genom att göra detta ignorerade dessutom den polska lagstiftaren Konstitutionsdomstolens avgöranden som visar att det borde förekomma en domstolsprövning av sådana KRS-beslut som dem som är aktuella i de nationella målen.

53. Detta är i än högre grad fallet eftersom det efterföljande skedet i utnämningsförfarandet, det vill säga Presidentens utnämning av en kandidat till domare vid Högsta domstolen, är en befogenhet som tillkommer presidenten och som sådan inte kan bli föremål för domstolsprövning enligt polsk rätt.

54. Jag ska nu undersöka den tredje tolkningsfrågans första del, vilken i huvudsak avser frågan om huruvida principen om unionsrättens företräde och artikel 19.1 FEU tillåter den hänskjutande domstolen att – trots lagen av den 26 april 2019 – förklara sig behörig att pröva och fortsätta bedömningen av de nationella målen.

16 Se dom av den 16 december 2008, *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723, punkterna 95 och 98), och beslut av den 12 februari 2019, *RH* (C-8/19 PPU, EU:C:2019:110, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

17 Dom av den 26 mars 2020, *Miasto Łowicz och Prokurator Generalny* (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkterna 58 och 59 och där angiven rättspraxis).

18 Den hänskjutande domstolens beslut att skjuta upp verkställigheten av de KRS-beslut som är föremål för de nationella målen har även medfört uppskjutande av dessa beslut i den del de avser att lämna förslag till utnämning till domare vid Högsta domstolen. Dessa beslut är fortfarande i kraft och har inte ändrats eller upphävts i enlighet med det förfarande som föreskrivs i nationell rätt. Trots detta ingav KRS de beslut som är föremål för de nationella målen till Republikens president. Den 10 oktober 2018 utnämnde Republikens president sju personer till tjänsten som domare vid Högsta domstolens tvistemålsavdelning och en person till tjänsten som domare vid Högsta domstolens brottmålsavdelning.

## 2) Den tredje tolkningsfrågans första del (Artikel 19.1 FEUF och unionsrättens företräde)

### i) Konstitutionsdomstolens dom av den 25 mars 2019

55. Först ska jag undersöka domen av den 25 mars 2019, vilken den polska lagstiftaren påstås ha önskat implementera genom den omtvistade lagen av den 26 april 2019 och vilken, som kommer att anges nedan, är betydande för utgången i förevarande mål.

56. Undantaget i domen av den 25 mars 2019 från 44 § 1a i lagen om KRS medförde ett ifrågasättande av den hänskjutande domstolens (Högsta förvaltningsdomstolen) behörighet såsom den domstol som (ursprungligen) hade behörighet att pröva mål om överklaganden av KRS-beslut att framställa (eller inte framställa) förslag till utnämning av domare vid Högsta domstolen på grundval av – som framgår av skälen för det avgörandet – målets art och den institutionella karaktär som förvaltningsdomstolar har i förhållandet till allmänna domstolar, vilket skulle innebära att den hänskjutande domstolen inte var den domstol som var ”avsedd att pröva mål avseende [KRS-]beslut”.

57. Det skulle visserligen, som en allmän princip, kunna hävdas att oavsett Konstitutionsdomstolens dom så får nationella domstolar enligt EU-domstolens fasta praxis inte vara bundna av högre instansers rättsliga bedömningar som skulle hindra dem från att implementera unionsrätten.<sup>19</sup>

58. ”En nationell bestämmelse, enligt vilken en domstol är bunden av en högre instans rättsliga bedömning, hindrar således inte den förstnämnda domstolen från att till EU-domstolen ställa frågor om tolkningen av de delar av unionsrätten som den rättsliga bedömningen avser. Det måste nämligen stå en sådan domstol fritt att ställa frågor till EU-domstolen, om den anser att ett avgörande i enlighet med den högre instansen rättsliga bedömning skulle strida mot unionsrätten.”<sup>20</sup>

59. EU-domstolen angav i samma dom<sup>21</sup> att ”[e]nligt fast rättspraxis får nämligen bestämmelser i nationell rätt inte, ens om de har rang av grundlag, undergräva unionsrättens enhetlighet och effektivitet ... Domstolen har dessutom redan slagit fast att nämnda principer är tillämpliga i förhållandet mellan en författningsdomstol och övriga nationella domstolar”.

60. Jag anser emellertid att förevarande mål, trots vad som kan förefalla vara fallet, i realiteten inte är ett mål där det föreligger någon egentlig konflikt mellan en medlemsstats författningsdomstols avgörande och unionsrätten.

61. Det ska för det första påpekas att Konstitutionsdomstolens dom av den 25 mars 2019 enligt den hänskjutande domstolens mening är ett *avgörande med framåtsyftande verkan*, vilket innebär att den bestämmelse som har förklarats konstitutionsvidrig ska fortsätta att tillämpas på den rättsliga bedömningen av faktiska situationer som förelåg före den dag då bestämmelsen blev ogiltig. Denna bedömning bekräftas i den juridiska doktrinen.<sup>22</sup>

62. En sådan bestämmelse ska således fortsätta att tillämpas på den rättsliga bedömningen av omständigheterna på grundval av vilken, mot bakgrund av den ursprungliga formen av den hänskjutande domstolens materiella behörighet (*ratione materiae*), som den domstol som har behörighet i mål om överklaganden av de aktuella KRS-besluten, behöriga personer faktiskt har utövat sina konstitutionsfästa rättigheter.

19 Se, för ett liknande resonemang, i ett mål som också rörde en medlemsstats högsta domstol och författningsdomstol, dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkterna 62–73 och där angiven rättspraxis).

20 Dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 68 och där angiven rättspraxis).

21 Dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 70 och där angiven rättspraxis).

22 Se, särskilt, Florczak-Wątor, M., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne* (Konstitutionsdomstolens avgöranden och deras rättsliga verkningar), Poznań 2006, s. 73 och där angiven juridisk doktrin.

63. För det andra, och jag instämmer med den hänskjutande domstolen i detta, ifrågasatte inte bara Konstitutionsdomstolen i sin dom inte specifikt institutet överprövning av KRS-beslut, utan det framgår tydligt av denna dom att det faktiskt måste finnas tillgång till en sådan prövning i Polen.

64. Jag vill uppmärksamma argumentet i motiveringen till domen av den 25 mars 2019: "... Själva institutet som utgörs av överklagande av KRS-beslut i enskilda fall är ... en följd av implementeringen av domen ... i mål SK 57/06 [domen av den 27 maj 2008], men [detta] ska inte genomföras i form av förfaranden som ska handläggas vid helt andra domstolar".

65. Detta är relevant eftersom denna konstitutionsrelaterade praxis (mål SK 57/06) uttryckligen behandlade frågan om möjligheten för domarkandidater att överklaga KRS-beslut såsom de i de nationella målen (i det målet hade klaganden också råkat ut för att KRS inte föreslagit hans kandidatur till Republikens President).

66. Som den hänskjutande domstolen påpekade kan artikel 3 i lagen av den 26 april 2019 (tillsammans med den ändring som gjorts av den andra meningen i 44 § 1 i lagen om KRS som infördes genom lagen om ändring) betraktas som en motsvarighet till bestämmelsen i den andra meningen i artikel 13.2 i lagen av den 27 juli 2001 om KRS vilken, i domen i målet SK 57/06, av Konstitutionsdomstolen ansågs vara oförenlig med artikel 45.1 i den polska konstitutionen, jämförd med artikel 77.2 och artikel 60 däri.

67. Den hänskjutande domstolen har förklarat detta ytterligare i sitt beslut om hänskjutande av den 26 juni 2019: "detta [behov av ett effektivt domstolsskydd] bekräftas även av Konstitutionsdomstolens ståndpunkt. I domskälen till domen i mål SK 57/06 – vars relevans och konsekvenser inte på något sätt har ifrågasatts eller undergrävts genom avgörandet i mål K 12/18, utan tvärtom bekräftas därigenom – angav Konstitutionsdomstolen att artikel 45.1 i konstitutionen klart uttrycker lagstiftarens avsikt att rätten till domstolsprövning ska omfatta ett så brett spektrum av mål som möjligt, och av den demokratiska rättsstatsprincipen följer instruktionen om ett förbud mot en restriktiv tolkning av rätten till domstolsprövning, eftersom *konstitutionen stadgar en specifik presumtion om rätten till domstolsprövning*, ... slutsatsen att det förfarande enligt vilket [KRS] bedömer en kandidat för en specifik domartjänst och beslutar att lämna ett förslag till Republikens president ... för utseende till denna tjänst avser den rättighet som föreskrivs i artikel 60 i konstitutionen att ansöka om offentliga tjänster på lika villkor och således en rättighet som ingår i kategorin konstitutionsfästa fri- och rättigheter på vilken det absoluta förbudet mot att begränsa domstolsprövning som uttrycks i artikel 77.2 i Ustawa Zasadnicza (allmän lag) är tillämplig (min kursivering, punkt III.5 i domskälen i domen i mål SK 57/06).

68. Konstitutionsdomstolen tydliggör också att det inte är överklagandeförfarandet mot KRS-beslut i enskilda fall som i sig är konstitutionsvidrigt, utan att det, enligt den domstolen, är den hänskjutande domstolen (Högsta förvaltningsdomstolen) som inte är behörig att pröva sådana mål (punkt 6.2 i domskälen i domen i mål K 12/18).

69. Det ska understrykas att upphävandet av den hänskjutande domstolens behörighet i mål om överklagande mot KRS-beslut avseende utnämning till tjänsten som domare vid Högsta domstolen anmärkningsvärt nog inte åtföljdes av någon positiv åtgärd från den nationella lagstiftarens sida i syfte att fastställa en ersättande domstol som skulle ha behörighet i dessa mål, trots att Konstitutionsdomstolen, i mål K 12/18, inte hade ifrågasatt möjligheten till domstolsprövning av de aktuella KRS-besluten, i detta hänseende med hänvisning till prejudikatet i mål SK 57/06 (se punkterna 8 och 12), vilket kräver en sådan prövning.

70. Jag instämmer således med den hänskjutande domstolen i att "lagstiftarens avsikt inte var att utesluta domstolsprövning i sådana fall, vilket ... står i strid med Konstitutionsdomstolens ståndpunkt i domskälen i de ovannämnda domarna och med rättspraxis, av vilka det framgår att det, i en demokrati som grundar sig på rättsstatsprincipen, är oacceptabelt att ha en situation där det inte finns

någon möjlighet till domstolsprövning av beslut som utfärdats i ett förfarande eller andra beslut”.<sup>23</sup>

71. Vidare anser jag (liksom ombudsmannen) att detta uteslutande är helt godtyckligt, eftersom det uteslutande är tillämpligt på utnämningar till Högsta domstolen. Dessutom är åtgärdens selektivitet inte motiverad av något sakligt eller övertygande skäl.

72. Jag anser att uteslutandet av (rätten till) domstolsprövning som tidigare varit tillgänglig i sådana fall som det som är aktuellt i de nationella målen och, i synnerhet, om det drabbar parter som – i likhet med klagandena i de nationella målen – redan har väckt en sådan talan utgör (mot bakgrund av det sammanhang och de omständigheter som den hänskjutande domstolen har angett ligga bakom detta uteslutande) en åtgärd av ett sådant slag som bidrar till – och till och med förstärker – avsaknaden av oavhängighet och opartiskhet hos de domare som faktiskt utsetts vid den berörda domstolen men även hos domstolen i sig. En sådan avsaknad av oavhängighet och opartiskhet strider mot artikel 19.1 andra stycket FEU.

73. Jag ska nu undersöka huruvida detta medför att den hänskjutande domstolen har en skyldighet att avstå från att tillämpa de berörda nationella bestämmelserna.

#### *ii) Unionsrättens företrädare och artikel 19.1 FEU*

74. Det följer av EU-domstolens praxis att ”det [ska] framhållas att varje nationell domstol, inom ramen för sin behörighet och i egenskap av myndighet i en medlemsstat, är skyldig att med avseende på det anhängiggjorda målet underlåta att tillämpa varje nationell bestämmelse som strider mot en unionsrättslig bestämmelse som har direkt effekt”.<sup>24</sup>

75. Detta är föremålet för den första delen av den tredje tolkningsfrågan, vilken gäller huruvida företrädet för unionsrättens bestämmelser, såsom artikel 19.1 andra stycket FEU, i sin tur tillåter den hänskjutande domstolen att underlåta att tillämpa lagen av den 26 april 2019 genom att – trots denna lag – förklara sig behörig att pröva överklagandena i de nationella målen och fortsätta att göra sin bedömning.

76. Innan jag fortsätter att undersöka unionsrättens företrädare i samband med förevarande mål, vill jag kort redogöra för en nyligen meddelad dom från Polens Högsta domstol och en dom från tyska BVerfG.

77. Den första av de båda domarna är en dom meddelad den 23 september 2020 av Högsta domstolens avdelning för disciplinära mål (II DO 52/20) i vilken den angav att EU-domstolens dom i målet A.K. m.fl. ”inte kan anses bindande för den polska rättsordningen, eftersom i alla mål som pågår vid Högsta domstolens avdelning för arbetsrättsliga mål och socialförsäkringsmål, i vilka tolkningsfrågor har hänskjutits till EU-domstolen för ett förhandsavgörande (... en begäran om förhandsavgörande som registrerats vid EU-domstolen [i målen] C-585/18, ... C-624/18, ... [och] C-625/18), har åtgärder avseende domarkåren vidtagits i strid med rättsliga bestämmelser”. De skäl som angavs var att besluten om hänskjutande i dessa mål antogs av avdelningar med tre domare, medan den polska domstolen ansåg att sådana mål borde ha prövats i första instans av Högsta domstolen sammansatt av en domare vid avdelningen för disciplinära mål.

<sup>23</sup> Se även Högsta domstolens beslut V CSK 101/12 av den 30 januari 2013.

<sup>24</sup> Dom av den 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punkt 61 och där angiven rättspraxis).

78. För det första har detta inträffat trots att EU-domstolen i april 2020 i ett beslut om interimistiska åtgärder<sup>25</sup> förordnade att verksamheten vid Högsta domstolens avdelning för disciplinära mål skulle upphöra fram till avgörandet i målet C-791/19, kommissionen/Polen.

79. Denna fråga ska behandlas inom ramen för det målet. Domen från Högsta domstolens avdelning för disciplinära mål följer emellertid den andra nyligen meddelade domen från Tyskland, vilken jag behöver redogöra för, om än i korthet (eftersom räckvidden av förevarande förslag till avgörande är begränsad till tolkningsfrågorna i detta mål och jag anser att domen från BVerfG inte har någon inverkan på detta mål eller specifikt på EU-domstolens praxis beträffande unionsrättens företräde).

– *Domen från tyska Bundesverfassungsgericht i målet Weiss*

80. I den nyligen meddelande domen från BVerfG i målet Weiss (som nämns i punkt 2 i detta förslag till avgörande), förklarade i huvudsak BVerfG:s andra Senat (avdelning) att EU-domstolens (stora avdelningen) dom (i målet Weiss m.fl.<sup>26</sup>) hade meddelats utan behörighet (*ultra vires*) och saknar tillämplighet i Tyskland, liksom flera beslut från Europeiska centralbanken avseende 2015 års program för köp av den offentliga sektorns tillgångar.

81. I stället för att äventyra hela EU-systemet grundat på rättsstatsprincipen och anta ett sådant aldrig tidigare framfört synsätt, kunde BVerfG ha angett vad den ansåg vara fel i EU-domstolens praxis och därefter ha begärt ett nytt förhandsavgörande från EU-domstolen (vilket den borde ha gjort om den hade följt sin egen praxis i just detta hänseende<sup>27</sup>). När allt kommer omkring är varje dialog mellan domstolar av värde, då detta utgör en del av systemet i unionens rättsordning.

82. Under alla omständigheter rör det sig inte om en situation där det finns nationell rätt och internationell rätt och en av dem får företräde in en viss nationell rättsordning.<sup>28</sup> ”Unionsrätten är inte ’utländsk rätt’ utan är till sin art och enligt sin egen rätt ’landets lag’ i varje medlemsstat och företrädet går hand i hand med principen om medlemsstaternas likhet inför lagen, eftersom det utesluter att ’russinen plockas ur kakan’ på ett sätt som kan tjäna enskilda nationers intressen”.<sup>29</sup>

83. BVerfG:s *ultra vires*-synsätt undergräver unionens rättsstatsprincip, vilken är en nödvändig förutsättning för integrering. Unionen har inte någon suprastruktur för att lösa konflikter mellan domstolar, men rättsstatsprincipen tjänar som en bro för att lösa sådana konflikter.

84. Enligt fördragen, som är medlemsstaternas ”avtal”, är den högsta instansen inom unionsrätten EU-domstolen. Detta följer av artikel 19 FEU och artikel 267 FEUF. Vidare har medlemsstaterna, enligt artikel 344 FEUF, till och med uttryckligen gjort följande åtagande: ”Medlemsstaterna förbinder sig att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen.”<sup>30</sup> *Pacta sunt servanda* och det är således inte BVerfG:s roll och omfattas inte heller av dess

25 Beslut av den 8 april 2020, kommissionen/Polen (C-791/19 R, EU:C:2020:277). Se även de pågående målen C-487/19, W. Ż. (Högsta domstolens avdelning för extraordinär prövning – Utnämning) och C-508/19, Prokurator Generalny (Högsta domstolens avdelning för disciplinära mål – Utnämning). Den 4 december 2020 beslutade kommissionen att följa upp överträdelseförfarandet av den 29 april 2020 för att värna oavhängigheten hos polska domare genom att skicka ytterligare en formell underrättelse till Polen angående den omständigheten att avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen fortsatte sitt arbete ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf\\_20\\_2142](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_2142)).

26 Dom av den 11 december 2018, Weiss m.fl. (C-493/17, EU:C:2018:1000).

27 Även enligt BVerfG:s egen uppfattning om en dialog mellan domstolar som den utvecklade i sin dom av den 6 juli 2010 (Honeywell), BVerfG 2 BvR 2661/06, borde den ha bett om ett klagörande från EU-domstolen genom en ny begäran om förhandsavgörande (om tolkningen av proportionalitetsprincipen, nämligen kravet på avvägning, vilket inte alls var föremål för den första begäran om förhandsavgörande). Som Italiens Corte costituzionale gjorde i det mål som avgjordes genom domen av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936), till följd av EU-domstolens dom i målet C-105/14, Taricco (EU:C:2015:555). Se Editorial Comments, Common Market Law Review 57: 965–978, 2020.

28 Internationell rätt omfattar nämligen inte unionsrättens och unionens integritet.

29 Lenaerts, K., *The Primacy of EU Law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, VerfBlog, den 8 oktober 2020.

30 Se bland annat Mayer, F. C., *Auf dem Weg zur Richterfaustrecht?*, VerfBlog, den 7 maj 2020.

behörighet att göra en sådan bedömning som den gjorde i domen Weiss.<sup>31</sup> Ingen nationell domstol har enligt fördragen rätt att sätta sig över en dom av EU-domstolen, eftersom unionsrätten annars inte skulle få en likvärdig och effektiv tillämpning i alla 27 medlemsstaterna och hela den rättsliga grunden för unionen skulle ifrågasättas. Om en nationell författningsdomstol fastställer att en unionsrättsakt eller ett avgörande av EU-domstolen strider med landets grundlag, kan den inte endast uttala att rättsakten eller avgörandet inte kan tillämpas inom dess jurisdiktion. Vad den kan göra är att försöka avhjälpa situationen genom att tvinga landets regering att ändra grundlagen, att försöka ändra den berörda unionsrättsliga bestämmelsen genom att arbeta genom EU:s politiska förfarande eller, om nödvändigt, att träda ur unionen.<sup>32</sup> Detta är det enda sättet att säkerställa jämlikhet mellan medlemsstaterna inom den union som de skapat.

– Direkt effekt av artikel 19.1 FEU

85. Enligt artikel 2 FEU ska Europeiska unionen bygga på värden, såsom rättsstaten, som ska vara gemensamma för medlemsstaterna i ett samhälle som bland annat kännetecknas av rättvisa. Det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsstaterna<sup>33</sup> och, i synnerhet, deras domstolar bygger på den grundläggande premissen att medlemsstaterna delar en rad gemensamma värden som ligger till grund för Europeiska unionen i enlighet med vad som anges i artikel 2 FEU.<sup>34</sup>

86. Unionen är en union grundad på rättsstatsprincipen där enskilda har rätt att vid domstol ifrågasätta lagenligheten av varje beslut eller annan åtgärd på nationell nivå som rör tillämpningen, i förhållande till dem, av en unionsakt.<sup>35</sup>

87. Artikel 19 FEU, som ger uttryck för det värde som rättsstaten utgör enligt artikel 2 FEU, innebär att uppgiften att säkerställa domstolsprövning inom unionens rättsordning inte enbart ankommer på EU-domstolen utan även på de nationella domstolarna.<sup>36</sup>

88. Det åligger följaktligen medlemsstaterna, enligt principen om lojalt samarbete – som stadfästs i artikel 4.3 första stycket FEU – bland annat att inom sina respektive territorier svara för att unionsrätten tillämpas och följs. Medlemsstaterna ska i detta syfte, och såsom föreskrivs i artikel 19.1 andra stycket FEU, fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten. Det ankommer således på medlemsstaterna att inrätta ett system med rättsmedel och förfaranden som säkerställer ett effektivt domstolsskydd inom dessa områden.<sup>37</sup>

31 Och det är inte ens nödvändigt att ge sig in i de rättsliga sakfrågorna, där BVerfG:s resonemang för att uttrycka sig milt inte är vattentätt. Se, bland annat, Timmermans, Ch., *Wie handelt er ultra vires?*, Nederlands Juristenblad, 95, den 26 juni 2020, s. 1791, och Ziller, J., *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand*, <https://blogdroiteuropeen.com/>. Se även Poiares Maduro, M., *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, VerfBlog, den 6 maj 2020, och da Cruz Vilaca, J. L., *The Judgment of the German Federal Constitutional Court and the Court of Justice of the EU – Judicial Cooperation or Dialogue of the Deaf?*, beträffande vilken originalversionen finns tillgänglig på <https://www.cruzvilaca.eu/pt/noticias/2/>.

32 Kelemen, D., Eeckhout, P., Fabbrini, F., Pech, L. och Uitz, R., *National Courts Cannot Override CJEU Judgments - A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order*, VerfBlog, den 26 maj 2020. Se artikeln för hela förteckningen över undertecknare.

33 Allvaret i problemet avseende ömsesidigt förtroende i förhållande till Polen återspeglas i de pågående målen C-354/20 PPU (Openbaar Ministerie) och C-412/20 PPU (Openbaar Ministerie). Rechtbank Amsterdam (Amsterdams domstol, Nederländerna) beslutade för första gången att verkställande av den europeiska arresteringsordern i *alla pågående och framtida mål* på begäran av polska domstolar ska skutas upp tills EU-domstolen har besvarat tolkningsfrågorna. Domstolarna i Nederländerna, Tyskland, Slovakien, Spanien och Irland har hittills beslutat att skjuta upp verkställandet av en europeisk arresteringsorder på begäran av polska domstolar från fall till fall.

34 Dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

35 Dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

36 Se dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkterna 32 och 33 samt där angiven rättspraxis).

37 Se dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkt 34 samt där angiven rättspraxis).

89. EU-domstolen har nyligen i praxis slagit fast att artikel 19.1 andra stycket FEU a priori är tillämplig – oberoende av eventuella villkor beträffande en konkret situation av faktisk implementering av unionsrätten – i förhållande till varje nationell domstol som *kunde* pröva frågor om tillämpning eller tolkning av unionsrätten och därmed frågor som omfattas av unionsrätten.<sup>38</sup>

90. Mot bakgrund av denna rättspraxis är jag inte längre av den uppfattningen som jag uttryckte i målet kommissionen/Polen (Allmänna domstolars oavhängighet)<sup>39</sup> att det materiella tillämpningsområdet för artikel 19.1 andra stycket FEU är begränsat – vad avser domares oavsättlighet och oavhängighet – till att avhjälpa problem i fråga om strukturella brister i en viss medlemsstat (systematiska eller generella brister som äventyrar själva kärnan i domarnas oavsättlighet och oavhängighet).

91. EU-domstolen har redan slagit fast att artikel 47 i stadgan har direkt effekt (domen i målet A.K. m.fl., punkt 162). Detta är under alla omständigheter fallet beträffande kravet på domares oavhängighet.

92. Begreppet ”effektivt domstolsskydd”, som det hänförs till i artikel 19.1 FEU, ska tolkas genom att man beaktar innehållet i artikel 47 i stadgan och särskilt de skyddsregler som omfattas av (rätten till) ett effektivt rättsmedel som garanteras i sistnämnda bestämmelse.

93. EU-domstolen har i sin praxis slagit fast att ”[e]nligt artikel 19.1 andra stycket FEU ska medlemsstaterna således 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”.<sup>40</sup> Således innebär artikel 19.1 FEU att det är nödvändigt att upprätthålla oavhängigheten för den domstol som har till uppgift att tolka och tillämpa unionsrätten.

94. Vidare har EU-domstolen redan underförstått godtagit att artikel 19.1 FEU har direkt effekt. I målet *Juizes Portugueses*<sup>41</sup> hade artikel 19.1 FEU åberopats vid en nationell domstol och EU-domstolen gjorde inga invändningar avseende den direkta möjligheten att åberopa denna bestämmelse. På samma sätt angav EU-domstolen, i domen i målet *Miasto Łowicz*,<sup>42</sup> att tolkningsfrågan inte var relevant för lösningen av tvisten i det nationella målet, men den såg inga problem beträffande möjligheten att åberopa artikel 19.1 FEU.

95. Således hade EU-domstolen redan bekräftat att denna bestämmelse har direkt effekt och får åberopas av tvistande parter vid nationella domstolar som en självständig rättslig grund (utöver artikel 47 i stadgan) i syfte att bedöma huruvida en medlemsstats åtgärder är förenliga med unionsrätten.

#### – Tillämpning av artikel 19.1 FEU i förevarande mål

96. Nu när artikel 19.1 FEU får tillämpas direkt av den hänskjutande domstolen i förevarande mål, ska det undersökas huruvida den hänskjutande domstolen får hänvisa till denna bestämmelse för att slå fast att artikel 19.1 FEU utgör hinder för att tillämpa de aktuella nationella bestämmelserna.

<sup>38</sup> Se, för ett liknande resonemang, domen i målet A.K. m.fl., punkterna 82 och 83 samt där angiven rättspraxis.

<sup>39</sup> Se mitt förslag till avgörande i C-192/18, EU:C:2019:529, punkt 115.

<sup>40</sup> Dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

<sup>41</sup> Dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117).

<sup>42</sup> Dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234).

97. EU-domstolen angav i domen i målet A.K. m.fl. (punkt 167) att "[d]et ankommer på de nationella domstolarna och på EU-domstolen att i enlighet med artikel 19 FEU, som ger uttryck för det värde som rättsstaten utgör enligt artikel 2 FEU, säkerställa att unionsrätten tillämpas fullt ut i samtliga medlemsstater och att säkerställa domstolsskyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten".

98. Vidare utgör "[p]rincipen om ett effektivt domstolsskydd för de rättigheter som enskilda har enligt unionsrätten, till vilken det hänvisas i artikel 19.1 andra stycket FEU, ... en allmän princip i unionsrätten, och denna princip har numera även stadfäst i artikel 47 i stadgan. Enligt artikel 19.1 andra stycket FEU ska samtliga medlemsstater således 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).

99. EU-domstolen tillade att "en separat prövning av artiklarna 2 FEU och 19.1 andra stycket FEU endast torde kunna bekräfta den slutsats som EU-domstolen redan angett i punkterna 153 och 154 [i den domen], och det saknas därför anledning att göra en sådan separat prövning för att besvara den hänskjutande domstolens frågor och för att den hänskjutande domstolen ska kunna avgöra de nationella målen" (domen i målet A.K. m.fl., punkt 169).

100. Mot bakgrund av denna rättspraxis kräver det domstolsskydd som sådana domstolar måste kunna erbjuda i enlighet med denna bestämmelse i synnerhet att de strukturellt uppfyller kravet på oavhängighet och opartiskhet, såsom det har utvecklats i EU-domstolens praxis avseende artikel 267 FEUF, artikel 47 i stadgan och artikel 19 FEU. EU-domstolen måste vidare säkerställa att dess tolkning av dessa bestämmelser garanterar en skyddsnivå som tar hänsyn till skyddsnivån enligt artikel 6 i Europakonventionen, såsom den tolkats av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kalla Europadomstolen) (domen i målet A.K. m.fl., punkt 118).

101. För det första har EU-domstolen slagit fast att "[b]lotta omständigheten att det är Republiken Polens president som tillsätter dessa ledamöter kan inte i sig anses innebära att dessa ledamöter står i ett beroendeförhållande till presidenten, ej heller att det går att ifrågasätta deras opartiskhet, om ledamöterna – när de väl tillsatts – inte blir föremål för påtryckningar och inte mottar några instruktioner för sin tjänsteutövning ... Det är emellertid nödvändigt att försäkra sig om att de *materiella* rekvisit och de *handläggningsregler* som är *tillämpliga då sådana tillsättningsbeslut* ska fattas är utformade på ett sådant sätt att de utesluter allt rimligt tvivel som enskilda rättssubjekt skulle kunna hysa beträffande de aktuella domarnas pålitlighet i förhållande till yttre omständigheter och deras neutralitet i förhållande till de intressen som konfronteras, när de väl har tillsatts" (min kursivering; domen i målet A.K. m.fl., punkterna 133 och 134).

102. För det andra följer det även av EU-domstolens praxis att bestämmelserna avseende *tillsättning* av domare, tillsammans med andra typer av bestämmelser som rör dem (såsom bestämmelser om disciplinära åtgärder tillämpliga på domare, deras oavsättlighet och så vidare), ska bidra till att garantera denna oavhängighet, särskilt i syfte att skingra rimliga tvivel hos enskilda rättssubjekt beträffande pålitligheten hos organet 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 aktuella intressena, och det kan inte godtas att nämnda domstol inte framstår som oavhängig eller opartisk, vilket skulle kunna inverka menligt på det förtroende som enskilda rättssubjekt ska kunna hysa för domstolsväsendet i ett demokratiskt samhälle.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Se, för ett liknande resonemang, domen i målet A.K. m.fl., punkt 153 i domskälen och punkt 2 i domslutet.

103. Således föreligger det, i en situation där nationella bestämmelser om tillsättning av domare omfattas av artikel 19.1 andra stycket FEU, skyldigheter för medlemsstaterna att föreskriva ett krav på en garanti att tillsättningsförfarandet genomförs på ett sätt som säkerställer de tillsatta domarnas oavhängighet och opartiskhet.

104. Det är visserligen riktigt att unionsrätten, i dess nuvarande skede, i) inte omfattar någon bestämmelse eller princip som skulle ge sådana kandidater till domartjänsten som de som är aktuella i de nationella målen en rätt till domstolsskydd eller fastställa effektivitetsvillkor som en sådan rättighet skulle behöva uppfylla, och ii) föreskriver inte någon rätt för sådana kandidater att inte diskrimineras, på grundval av vilka typer av lediga domartjänster som avses, när det gäller ett sådant rättsmedel.

105. EU-domstolen har emellertid slagit fast (i domen i målet A.K. m.fl., punkt 153) att även om vissa aspekter av nationell rätt inte, i sig och isolerat, kan ifrågasätta oavhängigheten av en domstol eller dess ledamöter, så kan detta emellertid vara fallet när de *kombineras*, som en *ackumulering av rättsliga och faktiska omständigheter* av vilka en kombination kan föranleda rimligt tvivel hos enskilda rättssubjekt beträffande pålitligheten hos den domstolen eller dess ledamöter 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, vilket därmed skulle kunna innebära att nämnda domstol eller dess ledamöter inte framstår som oavhängiga eller opartiska på ett sätt som inverkar menligt på det förtroende som enskilda rättssubjekt ska kunna hysa för domstolsväsendet i ett demokratiskt samhälle.

106. I detta hänseende har EU-domstolen redan slagit fast (domen i målet A.K. m.fl., punkterna 131–153), *i samband med rättsliga och faktiska omständigheter som liknar omständigheterna i förevarande mål*, att följande omständighet, i samband med dessa andra omständigheter, och med förbehåll för den slutgiltiga bedömning och prövning som ankommer på den nationella domstolen, kan leda till att sådana tvivel uppkommer.

107. EU-domstolen betonade<sup>44</sup> att "[d]et ankommer för övrigt på den hänskjutande domstolen – mot bakgrund av att, såsom framgår av utredningen i målet vid EU-domstolen, de beslut som meddelas av Republiken Polens president i ärenden om tillsättning av domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) inte kan överklagas till domstol – att kontrollera huruvida definitionen i 44 § 1 och 44 § 1a i lagen om KRS av *det rättsmedel som står till buds gentemot resolutioner från KRS i fråga om beslut om framställning av förslag på tillsättning av domare vid nämnda domstol gör det möjligt att säkerställa ett effektivt domstolsskydd såvitt avser dessa resolutioner; i vart fall ska det åtminstone vara möjligt att kontrollera om det förekommit befogenhetsöverskridande, maktmissbruk, felaktig rättstillämpning eller uppenbart felaktiga bedömningar* (se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 18 oktober 2018, Thiam/Frankrike, CE:ECHR:2018:1018JUD008001812, §§ 25 och 81)" (min kursivering).

108. I det polska sammanhanget har en underlåtelse att iakttä de minimikrav på domstolsskydd som EU-domstolen har angett i punkten ovan *en direkt verkan* på bedömningen av de utnämnda domarnas oavhängighet.

<sup>44</sup> Se domen i målet A.K. m.fl., punkt 145. I viss juridisk doktrin anförs även att denna punkt skulle kunna tolkas så, att EU-domstolen har infört en specifik skyldighet avseende organisationen av nationella utnämningar till domartjänster, då EU-domstolen anger att den hänskjutande domstolen måste fastställa huruvida den del av förfarandet för utnämningar av domare som avslutas med ett förslag på en kandidat till Republikens president, kan prövas i domstol åtminstone såsom befogenhetsöverskridande (*ultra vires*) eller felaktigt utövande av behörighet, felaktig rättstillämpning eller uppenbart felaktig bedömning. Se Krajewski, M., och Ziolkowski, M., *EU judicial independence decentralized: A.K., Common Market Law Review* 57 (2020).

109. Vad som är viktigt för EU-domstolen att beakta här är att medan vissa typer av förfaranden och bestämmelser avseende utseende av domar i medlemsstater (och även avsaknaden av domstolsskydd i samband med sådana förfaranden, såsom är fallet i de nationella målen) inte får ifrågasättas enligt unionsrätten som sådan, *så kan de trots allt anses vara otillåtna när de inträffar på grund av en rekommendation av ett organ som i sig uppenbart inte är oavhängigt.*

110. För det första är sådana KRS-beslut som de som nu är aktuella i huvudsak administrativa beslut, som har rättsliga verkningar för domarkandidaterna i fråga.<sup>45</sup> Liksom varje annat ingripande av staten, ska förfarandet för utnämning av domare regleras av rättsliga bestämmelser, vars iakttagande ska vara föremål för en kontroll av ett oavhängigt rättsligt organ.

111. Bland annat Europeiska stadgan om regler för domarnas rättsställning<sup>46</sup> omfattar en ”rätt att överklaga” för varje domare som anser att hans eller hennes rättigheter enligt reglerna eller mer allmänt oavhängighet, eller rätten till ett rättsligt förfarande, är hotat eller åsidosatt på något sätt, så att vederbörande kan hänskjuta frågan till ett oavhängigt organ såsom beskrivs ovan. Detta innebär att domare inte lämnas försvarslösa gentemot ett åsidosättande av deras oavhängighet. Rätten att överklaga är en nödvändig skyddsregel, eftersom det är rent önsketänkande att fastställa principer för att skydda domarna såvida de inte är uppbackade av mekanismer för att garantera deras faktiska implementering.

112. Europadomstolen har redan haft tillfälle att i domen i målet Denisov/Ukraina slå fast att domstolsråd antingen ska uppfylla de normer som anges i artikel 6 i Europakonventionen, eller så ska deras avgörande kunna omprövas av ett organ som uppfyller dessa. Frågan om huruvida normerna är förenliga med de grundläggande skyddsreglerna för oavhängighet och opartiskhet kan uppkomma om strukturen och funktionen hos ett sådant domstolsråd som KRS (*in casu*, i egenskap av disciplinärt organ) i sig väcker allvarliga frågor i detta hänseende.<sup>47</sup> En författare<sup>48</sup> har i en juridisk skrift framfört argumentet att det ovannämnda endast ska tillämpas när domstolsrådet agerar i egenskap av ett disciplinärt organ och inte när det ”endast” har en rådgivande roll såsom i samband med utnämning av domare. Jag delar inte denna uppfattning, eftersom någon sådan åtskillnad inte har gjorts i Europadomstolens praxis och jag anser att den under alla omständigheter inte kan gälla under sådana omständigheter som de som är aktuella i Polen.

113. För det andra bekräftas den ståndpunkt som jag framfört i punkt 109 ovan av principen att ett beslut av en myndighet som inte själv uppfyller kriterierna beträffande oavhängighet och opartiskhet ska kontrolleras av domstol.<sup>49</sup>

114. EU-domstolen har nyligen haft tillfälle att bekräfta att denna oavhängighet för domstolar, i synnerhet, från den verkställande makten, är en del av ett effektivt domstolsskydd.<sup>50</sup> Ett sådant skydd ska i princip ges alla unionsmedborgare, inbegripet domarkandidater till Högsta domstolen.

115. Som EU-domstolen angav i domen i de förenade målen Simpson och HG,<sup>51</sup> ”följer emellertid av den grundläggande rätten till ett effektivt rättsmedel inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag, som garanteras i artikel 47 i stadgan, att enskilda i princip ska ha möjlighet att göra gällande ett åsidosättande av denna rätt. Av detta följer att EU:s domstolar måste kunna kontrollera huruvida en brist i det aktuella utnämning förfarandet eventuellt har inneburit ett åsidosättande av

45 Detta bekräftas i Konstitutionsdomstolens dom i mål SK 57/06.

46 Europarådet, DAJ/DOC (98) 23, Strasbourg, 8–10 juli 1998.

47 Europadomstolens dom av den 25 september 2018, Denisov/Ukraina, CE:ECHR:2018:0925JUD007663911 (stora avdelningen), § 67 och följande §§. Se även § 79.

48 Leloup, M., An uncertain first step in the field of judicial self-government, E.C.L. Review 2020, 16(1), 145–169, s. 156.

49 Se, beträffande artikel 47 andra stycket i stadgan, dom av den 13 december 2017, El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:960, punkt 39). Jag anser inte att något annat synsätt kan gälla enligt artikel 19.1 andra stycket FEU.

50 Dessa är domen i målet A.K. m.fl., och dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232).

51 Dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 55).

nämnda grundläggande rättighet”. Jag anser att detsamma gäller nationella domstolar (vilka också är unionsdomstolar). Återigen, även om nämnda rättspraxis specifikt avsåg artikel 47 i stadgan, så förklarar EU-domstolen i domen i målet A.K. m.fl. att om den analyserade artiklarna 2 och 19 FEU, skulle slutsatsen av den analysen vara den samma som analysen av artikel 47 i stadgan (se punkterna 167–169 i den domen).

116. Högsta domstolen har redan tydligt angett att KRS inte är ett oavhängigt organ.<sup>52</sup>

117. Den fastslog, i synnerhet, mot bakgrund av flera och allvarliga rättliga fel, att KRS val inte är oberoende av politiska intressen, och påverkar uppfyllandet av det objektiva kriteriet avseende oavhängighet och oberoende avseende de personer som utnämns till domartjänsten på förslag av KRS (se punkt 36 i beslutet av den 23 januari 2020). Vidare fann Högsta domstolen att eftersom KRS hade blivit politiserad, var det högst sannolikt att konkurrens om domartjänster skulle beslutas inte på grundval av materiella kriterier utan beroende på politisk lojalitet eller stöd för den domstolsreform som parlamentsmajoriteten håller på att införa i strid med den polska konstitutionen. Med avseende på hela rättssystemet undergräver detta förtroendet för att de som utses på detta sätt är opartiska. Avsaknaden av oavhängighet framgår huvudsakligen av att beslut av detta organ underställs politiska myndigheter, särskilt verkställande sådana (se punkt 38 i beslutet av den 23 januari 2020).

118. För det första kom jag i mitt förslag till avgörande i de förenade målen A.K. m.fl. (Oavhängighet hos Högsta domstolens avdelning för disciplinära mål, C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:551) fram till att KRS inte är ett oavhängigt organ. Mandaten för KRS medlemmar var förutbestämda, och det sätt på vilket medlemmarna utses innebär att 23 av 25 medlemmar kommer från lagstiftande och verkställande myndigheter, vilket således uppvisar brister som sannolikt äventyrar KRS oavhängighet i förhållande till den lagstiftande och verkställande makten (se särskilt punkterna 132 och 135).

119. I Europeiska stadgan om regler för domarnas rättsställning (se punkt 111 i detta förslag till avgörande) anges nämligen att ”2.1. [i förklarande anmärkningar till stadgan] Urval och rekrytering av domare ... ska handhas av ett oberoende organ eller en oberoende nämnd” och att ”1.3 [i stadgan] I fråga om varje avgörande som rör domarnas urval, rekrytering, utnämning, befordran och avgång innehåller reglerna bestämmelser om medverkan av ett organ som är oberoende av den verkställande och den lagstiftande makten och i vilket minst hälften av ledamöterna är domare, som valts av sina kollegor på ett sätt som tillförsäkrar vidast möjliga deltagande av domarkåren”. Detta är fallet då ”det krav på oberoende som ställs på organet utesluter att ledamöterna väljs eller tillsätts av en politisk myndighet som lyder under den verkställande eller den lagstiftande makten. Det skulle i så fall föreligga en risk för partipolitisk snedvridning i fråga om domarnas tillsättning och roll. Domare som är ledamöter av det oberoende organet förväntas just avstå från att söka stöd av politiska partier eller organ som utses eller väljs av dem” (se punkt 1.3 i förklarande anmärkningar till stadgan).

120. Jag hänvisar vidare till EU-domstolens dom i det målet (A.K. m.fl.) och domen av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową (Disciplinära bestämmelser för domare) i de förenade målen C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234.

121. Den 5 december 2019 slog den hänskjutande domstolen i det ovannämnda målet A.K. m.fl., nämligen Sąd Najwyższy - Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Högsta domstolen (avdelningen för arbetsrättsliga mål och socialförsäkringsmål, Polen) – på grundval av denna av EU-domstolen meddelade dom – fast att KRS, i dess dåvarande sammansättning, inte var ett organ som är opartiskt och oavhängigt i förhållande till den lagstiftande och verkställande makten. Den angav vidare att Högsta domstolens avdelning för disciplinära mål inte kunde anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 47 i stadgan och artikel 45.1 i den polska konstitutionen.

<sup>52</sup> Se Högsta domstolens dom av den 5 december 2019 och stora avdelningens beslut från Högsta domstolens tre avdelningar av den 23 januari 2020 (nedan kallat beslutet av den 23 januari 2020).

122. I ovannämnda dom angavs även följande: i) KRS hade inte varit oavhängigt i förhållande till politiska myndigheter sedan dess bildande år 2018; ii) det nya KRS hade inrättats i strid med bestämmelser i konstitutionen<sup>53</sup> och iii) domen beaktade andra faktorer som påverkade KRS oavhängighet (utseendet av KRS aktuella medlemmar var icke-transparent, KRS oavhängighet ifrågasattes offentligt flera gånger av icke statliga organisationer, advokatsammanslutningar och av domare vid de allmänna domstolarna, KRS-medlemmar utsågs av justitieministern till ställningar som domstolsordförande eller vice-ordförande, eller till andra högra domarämbeten, KRS-medlemmar gav också offentligt stöd åt regeringens domstolsreformer).<sup>54</sup> Genom att slå fast att avdelningen för disciplinära mål inte kunde anses vara en domstol i den mening som avses i unionsrätten, grundades domen av den 5 december 2019 (punkterna 67–68) också på att de ledamöter som KRS hade föreslagit till nämnda avdelning inte varit föremål för domstolsprövning.

123. Den domen fastställdes av en annan dom från Högsta domstolen (avdelningen för arbetsrättsliga mål och socialförsäkringsmål) av den 15 januari 2020 (i de andra mål som avgjordes genom domen i målet A.K. m.fl.) och särskilt en dom av den 23 januari 2020, när stora avdelningen med alla domare vid Högsta domstolens tre avdelningar antog ett beslut,<sup>55</sup> som har verkan av en rättsprincip, bekräftade ovannämnda dom av den 5 december 2019 och angav att KRS inte är oavhängigt i förhållande till den verkställande makten.

124. För det andra bekräftas allvaret i situationen avseende KRS av följande: Den 27 maj 2020 antog styrelsen i det europeiska nätverket för domstolsadministrationer (ENCJ) ett skriftligt ställningstagande avseende KRS medlemskap i ENCJ. I detta ställningstagande anges skälen till dess förslag till generalförsamlingen att utesluta KRS från ENCJ (se <https://www.encj.eu/node/556>). Dessa skäl är i huvudsak följande: i) KRS uppfyller inte kravet avseende ENJC:s regel att ett medlemsråd ska vara oavhängigt i förhållande till den verkställande makten; ii) KRS har uppenbart åsidosatt ENJC:s regel om att garantera domstolsväsendets oavhängighet, försvara domstolsväsendet, liksom enskilda domare, på ett sätt som överensstämmer med dess roll som en garant, i förhållande till varje åtgärd som hotar eller äventyrar kärnvärdena avseende oavhängighet och självständighet. iii) KRS undergräver tillämpningen av unionsrätten beträffande oavhängighet för domare och domstolar och således dess effektivitet. Genom att göra detta agerar KRS i strid med intressena för ett europeiskt område med frihet, säkerhet och rättvisa, samt de värderingar som det representerar. Styrelsen drog slutsatsen att KRS har gjort sig skyldigt till allvarliga överträdelser av ENCJ:s mål och syften, såsom de föreskrivs i artiklarna 3 och 4 i reglerna, och inte var villigt att avhjälpa dessa allvarliga överträdelser. Det ska påpekas att KRS sedan den 17 september 2018 redan hade avstängts från ENCJ på grund av att det inte längre uppfyllde ENCJ:s krav på att vara oavhängigt i förhållande till den verkställande och lagstiftande makten på ett sätt som säkerställer de polska domstolarnas oavhängighet.

125. Vidare grundade ENCJ sitt förslag att utesluta KRS på bland annat följande omständigheter och ståndpunkter från organisationer såsom: i) Byrån för demokratiska institutioner och mänskliga rättigheter vid Organisationen för säkerhet och samarbete i Europa (OSSE), Förenta nationerna (ODIHR), Europarådet (Greco, Europeiska kommissionen för demokrati genom lag (nedan kallad Venedigkommissionen) och den parlamentariska församlingen), EU-institutionerna och nätverken för domare och advokater i Europa, vilka var kritiska till domstolsreformerna i Polen och KRS roll; ii) Övervakningskommittén i Europarådets parlamentariska församling angav i sin rapport av den 6 januari 2020 att "[KRS-]reformen har försatt denna institution under den verkställande maktens kontroll, vilket är oförenligt med principen om oavhängighet"; iii) Venedigkommissionen och Europarådets generaldirektorat (DGI) för mänskliga rättigheter och rättsstatsprincipens i gemensamt

53 Se punkterna 40–41 i den domen. Den nya lagen om KRS föreskrev en uppsägning av urvalsmedlemmarna i KRS innan deras mandat hade gått ut och ändrade bestämmelserna om urval. Det ursprungliga urvalet av domare av olika typer och domstolsnivåer, ersattes av en slutgiltig behörighet för parlamentet att utse 15 medlemmar till KRS. Eftersom sejmen skulle besluta om majoriteten av medlemmarna i KRS, snedvreds den balans mellan de tre grenarna av makten som föreskrevs i artikel 187.1 i konstitutionen.

54 Se målet III Po 7/18, dom meddelad av Polens Högsta domstol den 5 december 2019, särskilt punkterna 40–41, 46–48, 49, 50–51 och 56.

55 BSA I-4110–1/20. Se den engelska språkversionen tillgänglig på [www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/BSA%20I-4110–1\\_20\\_English.pdf](http://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/BSA%20I-4110–1_20_English.pdf).

brådskande yttrande av den 16 januari 2020<sup>56</sup> med rekommendation bland annat ”att återupprätta domstolsväsendets befogenheter beträffande frågor om utnämning, befordringar och uppsägningar av domare”, som antydde att KRS var under den verkställande maktens kontroll; iv) det beslut av stora avdelningen vid Polens Högsta domstol som nämns i punkt 123 i detta förslag till avgörande; v) EU-domstolens beslut i mål C-791/19 R, EU:C:2020:277, om beviljande av interimistiska åtgärder i fall där kommissionen bland annat gör gällande att oavhängigheten hos den nya avdelningen för disciplinära mål i Polen inte är garanterad eftersom dess domare väljs av KRS, medan KRS domarledamöter väljs av det polska parlamentets underhus; vi) kommissionens inledande av ett nytt överträdelseförfarande genom en formell underrättelse till Polen avseende den nya lagen om domstolsväsendet av den 20 december 2019, som trädde i kraft den 14 februari 2020<sup>57</sup>; den 13 maj 2020 publicerade Europaparlamentets utskott för medborgerliga fri- och rättigheter ett utkast till delrapport i förfarandet enligt artikel 7 FEU mot Polen. I denna rapport anges, beträffande verkan av den polska lagen av den 20 december 2019 på KRS oavhängighet, att ”23. ... denna åtgärd ledde till en långtgående politisering av [KRS]. ...26. Uppmanar kommissionen att inleda ett fördragsbrottsförfarande mot [lagen om KRS] och att be [EU-domstolen] att genom interimistiska åtgärder förordna att [KRS] verksamhet tills vidare inte får fortgå”.<sup>58</sup>

126. Det gemensamma brådskande yttrandet av den 16 januari 2020,<sup>59</sup> som nämns i föregående punkt, betonar att ”[d]omstolsväsendet i Polen har förlorat sin behörighet att utse representanter till [KRS] och därmed sitt inflytande på rekrytering och befordran av domare. Före 2017 års reform var 15 (av 25) medlemmar av [KRS] domare som utsetts av deras kollegium. Sedan 2017 års reform utses dessa medlemmar av parlamentet. Kombinerat med det omedelbara ersättandet, i början av år 2018, av alla medlemmar som utsetts enligt de gamla reglerna, ledde denna åtgärd till en långtgående politisering av [KRS]”. Vidare ”skapades år 2017 två nya avdelningar inom Högsta domstolen, avdelningen för disciplinära mål och avdelningen för extraordinär prövning och allmänna frågor ... På dessa nya avdelningar tillsattes nyutsedda domare, utvalda av det nya [KRS], och med särskilda befogenheter – inklusive den extraordinära avdelningens befogenhet att upphäva slutliga domar som meddelats av lägre instanser eller av Högsta domstolen själv genom en extraordinär prövning, eller befogenheten för avdelningen för disciplinära mål att vidta disciplinära åtgärder för andra domare. Detta innebar att de nya avdelningarna blev överordnade alla andra och skapade de facto en ’Högsta domstol inom Högsta domstolen’”. Vad gäller KRS fastställdes i det gemensamma brådskande yttrandet att ”det är enligt Venedigkommissionens uppfattning nödvändigt att återgå till frågan om [KRS] sammansättning, i syfte att få metoden för utnämning av dess domstolsmedlemmar att överensstämma med europeiska regler och sedvänja. Detta skulle eliminera risken för rättsligt kaos, även om frågan om giltighet av utnämning av domare under tiden skulle behöva prövas av polska myndigheter”.

127. Europadomstolens praxis gör det tydligt att sammansättningen av det organ som utser domare är relevant ut perspektivet avseende krav på ”oavhängighet”.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Se även följande punkt i detta förslag till avgörande. Venedigkommissionens yttrande nämns i fotnot 11 ovan.

<sup>57</sup> Bland annat på grund av att enligt denna lag så kan innehållet i domstolsavgöranden anses vara disciplinära överträdelser. Lagen hindrar polska domstolar från att uppfylla sina skyldigheter att tillämpa unionsrätten eller begära förhandsavgöranden. Lagen hindrar även polska domstolar från att, i samband med mål som är avhängiga vid den, bedöma andra domstolars befogenhet att döma. Efter domen i målet A.K. m.fl. av den 19 november 2019 och Högsta domstolens dom av den 5 december 2019, införde Polen lagstiftning som skulle kunna medföra disciplinära påföljder för nationella domare om de ifrågasätter legitimiteten av vissa aspekter av domstolsreformerna i Polen (se ovan Leloup).

<sup>58</sup> ENCJ har även angett följande: En skrivelse av den europeiska domarsammanslutningen, som representerar en majoritet av domare i Europa, och en gemensam skrivelse från en sammanslutning med polska domare, *Iustitia*, familjerättsdomarnas sammanslutning *Pro Familia*, förvaltningsrättsdomarnas sammanslutning och det permanenta presidiet för domares samarbetsforum. Båda skrivelserna stödjer offentligt förslaget att utesluta KRS från ENCJ.

<sup>59</sup> Yttrande nr 977/2019, CDL-PI(2020)002. Se, särskilt, punkterna 8 samt 31 och följande punkter.

<sup>60</sup> Se Europadomstolen, Oleksandr Volkov/Ukraina (nr. 21722/11), §§ 109–117 och 130; Özpınar/Turkiet, nr. 20999/04, §§ 78–79.

128. Strasbourgs praxis bekräftar även att domstolsväsendets oavhängighet inte endast rör utövande av domstolarnas funktioner i specifika fall, utan även organisationen av domstolarna (det vill säga, strukturell oavhängighet, såsom det sätt på vilket utnämning av domstolarnas medlemmar och deras mandatperiod ska beslutas) samt frågan om huruvida den berörda domstolen ”framstår som oavhängig”, vilket utgör en viktig aspekt för att upprätthålla det förtroende som måste finnas för domstolarna i ett demokratiskt samhälle. Det är för att skydda detta intryck av oavhängighet som tillräckliga garantier måste finnas.<sup>61</sup>

129. Mot denna bakgrund anser jag (liksom den juridiska doktrinen<sup>62</sup>) att mot bakgrund av de specifika omständigheterna i Polen är en domstolsprövning av utnämning förfarandet vid en domstol vars oavhängighet är utom tvivel nödvändig enligt artikel 19.1 andra stycket FEU i syfte att bibehålla intrycket av oavhängigheten för de domare som utsetts i dessa förfaranden. Detta är framför allt på grund av en snabbt vidtagen förändring i polska bestämmelser om domstolsprövning av KRS urvalsförfaranden och beslut (det vill säga, särskilt, lagen av den 26 april 2019), bestämmelser som förefaller strida mot Konstitutionsdomstolens praxis (detta ankommer emellertid på de polska domstolarna att pröva). Dessa förändringar ger upphov till rimliga tvivel beträffande huruvida utnämning förfarandet för närvarande är orienterat mot ett urval av internt oavhängiga kandidater, snarare än politiskt lämpliga sådana, till domartjänster vid en så viktig och systemkritisk institution som Högsta domstolen, som är domstol i sista instans. Vidare påpekas i samma juridiska doktrin<sup>63</sup> att möjligheten att få KRS utnämning förfaranden och beslut enligt den polska konstitutionen prövade i domstol var fast praxis från Konstitutionsdomstolen före år 2015. I det specifika polska sammanhanget var domstolsprövning av KRS beslut en betydande garanti för objektivitet och opartiskhet i utnämning förfaranden och den likaså konstitutionsfästa rätten till tillgång till offentliga tjänster.

130. Det finns stöd för denna slutledning i internationella icke-bindande instrument avseende nationella domstolsråd. Europarådets rådgivande råd (CCJE) antog ett yttrande,<sup>64</sup> i vilket angavs att ”[v]issa av domstolsrådets beslut beträffande ledning och administration av rättssystemet, liksom beslut avseende *utnämning*, mobilitet, befordran, disciplin och uppsägning av domare ... ska innehålla en förklaring till grunderna för dessa, ha bindande verkan, [vara] *föremål för möjligheten till en domstolsprövning. Domstolsrådets oavhängighet innebär nämligen inte att det står utanför rättssystemet och är undantaget från domstolskontroll*” (min kursivering).

131. Som EU-domstolen nyligen angav i domen i målet Simpson och HG,<sup>65</sup> ”har Europadomstolen redan haft tillfälle att påpeka att rätten att få sin sak prövad av en domstol som har ”upprättats enligt lag”, i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen, till sin natur omfattar förfarandet för utnämning av domare (Europadomstolen, 12 mars 2019, Åstråðsson mot Island, CE:ECHR:2019:0312JUD002637418, interimistiskt avgörande, § 98).<sup>66</sup>

132. Således ”[f]öljer av [rättspraxis] att det förhållandet att det förekommit brister i samband med utnämningen av domare i det aktuella rättssystemet utgör ett åsidosättande av artikel 47 andra stycket första meningen i stadgan, särskilt när 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*

61 Se Europadomstolens dom, Findlay/Förenade kungariket (nr. 22107/93), § 73; Europadomstolens dom, Sramek/Österrike (nr. 8790/79), § 42; Campbell och Fell/Förenade kungariket (nr. 7819/77 och 7878/77), § 78; Europadomstolens dom Cooper/Förenade kungariket (nr. 48843/99), § 104; Europadomstolens dom Sacilor Lormines/Frankrike (nr. 65411/01), § 63, och Europadomstolens dom Clarke/Förenade kungariket (nr. 23695/02).

62 Krajewski och Ziółkowski, se ovan, s. 1128.

63 Krajewski och Ziółkowski, se ovan., s. 1128, med hänvisning till Konstitutionsdomstolens dom i mål SK 57/06.

64 CCJE:s yttrande nr 10 (2007) till Europarådets ministerkommitté för domstolsråd I samhällets tjänst, den 23 november 2007, Strasbourg.

65 Dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 74).

66 Den 1 december 2020 fastställdes detta interimistiska beslut av Europadomstolen (stora avdelningen) som enhälligt fann att artikel 6.1 i Europakonventionen hade åsidosatts i samband med grova brott mot regler för tillsättning av domare till Appellationsdomstolen i Island (ansökan nr 26374/18).

*missbruka utnämningmakten 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).<sup>67</sup>*

133. Av detta följer att den hänskjutande domstolen kan bibehålla sin behörighet att avgöra de nationella målen.

134. Jag anser emellertid (liksom Ombudsmannen) att det inte är möjligt att godta behörigheten hos den nationella domstol som normalt sett prövar denna typ av mål i de nationella målen, det vill säga Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) avdelning för disciplinära mål, eftersom villkoren och omständigheterna för utnämning av domare till denna avdelning väcker tvivel beträffande denna avdelnings oavhängighet och att denna avdelning redan tidigare ansetts inte utgöra en oavhängig domstol enligt unionsrätten.<sup>68</sup> Inte heller de övriga avdelningarna vid denna domstol, till vilka de domare som utsetts hör enligt de KRS-beslut som är aktuella i de nationella målen, utgör rätt forum för detta mål på grund av principen *nemo iudex in causa sua* (ingen ska döma i egen sak).

135. Det framgår att ett överklagande vid den hänskjutande domstolen är det enda rättsmedel som gör det möjligt för klagandena i de nationella målen att såsom kandidater till domartjänsten uppnå en objektiv prövning av utnämningförfarandet till Högsta domstolen som är sista instans i den mening som avses i artikel 267.3 FEUF, vilket är föremål för de skyddsregler som följer av artikel 19.1 andra stycket FEU.

136. Mot bakgrund av att svaret på den tredje tolkningsfrågan är att den hänskjutande domstolen får bortse från verkningarna av lagen av den 26 april 2019 och förklara sig ha behörighet att avgöra de nationella målen på grundval av de bestämmelser som var tillämpliga innan denna lag antogs, ska nu de två första tolkningsfrågorna behandlas. Dessa rör de eventuella villkor som föreskrivs i unionsrätten om förfaranden såsom de i de nationella målen som föreskrivs i förhållande till effektivitetsprincipen (den första tolkningsfrågan) och om principen om likabehandling (den andra tolkningsfrågan).

## **2. Den första tolkningsfrågan**

137. Denna fråga ska förstås så att den har till syfte att få fastställt huruvida artikel 19.1 andra stycket FEU utgör hinder för att det – i de övergripande nationella bestämmelserna och bakgrunden i Polen – föreskrivs ett förfarande som har defekter beträffande effektivitet såsom det enda förfarande som ursprungligen var tillämpligt i de nationella målen.<sup>69</sup>

### **a) Kort sammanfattning av parternas argument**

138. KRS har i huvudsak gjort gällande att de aktuella nationella bestämmelserna, i ändrad lydelse enligt lagen av den 26 april 2019, omfattas av medlemsstaternas processuella autonomi, förutsatt att ett effektivt domstolsskydd garanteras, vilket är fallet enligt 44 § 4 i lagen om KRS. Den omständigheten att den del av KRS-beslutet som föreslår utnämningen blir slutgiltig berättigas av kravet på att tillsätta tjänsterna vid Högsta domstolen utan dröjsmål. När det gäller det sätt på vilket de 15 medlemmarna i KRS utses, utgör detta ett val som omfattas av medlemsstaternas exklusiva behörighet, vilket inte kan prövas av EU-domstolen.

<sup>67</sup> Dom av den 26 mars 2020, Review Simpson och HG/rådet och kommissionen (C-542/18 RX-II och C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punkt 75).

<sup>68</sup> Se punkt 121 och följande punkter i detta förslag till avgörande. Se även domen i målet A.K. m.fl. och beslut i mål C-791/19 R (EU:C:2020:277).

<sup>69</sup> Se 44 § 1a, 44 § 1b och 44 § 4 i lagen om KRS.

139. Riksåklagaren har, i huvudsak, för det första gjort gällande att den hänskjutande domstolens inhibition av de aktuella KRS-besluten var olagligt. För det andra följer inte av unionsrätten någon gemensam bindande standard med avseende på i) utnämning av domare och andra nationella myndigheters eventuella roll i samband med detta, eller ii) möjligheten att väcka talan mot beslut som fattats på detta område, ett förfarande som i övrigt är obefintligt i många medlemsstater.

140. Den polska regeringen har, i huvudsak, gjort gällande att de unionsrättsliga bestämmelser som har angetts i tolkningsfrågorna inte utgör en måttstock för prövning av nationella bestämmelser avseende förfaranden för utnämning av domare, såvida de inte åsidosätter principen om iakttagande av medlemsstaternas konstitutionella traditioner. KRS är ett organ som inrättats enligt konstitutionen, oberoende av staten och av lagstiftaren, den verkställande makten och rättsväsendet, vars roll består i att harmonisera de ömsesidiga relationerna mellan dessa tre maktdelar, medan den samtidigt garanterar domarnas oavhängighet. Domstolsprövning av KRS-beslut som inte skulle begränsas till huruvida de processrättsliga bestämmelserna har iakttagits, utan som också skulle avse en materiell prövning av besluten och det urval som gjorts, skulle undergräva den exklusiva behörighet som getts KRS och den konstitutionella balans som eftersträvs.

141. Ombudsmannen har, i huvudsak, gjort gällande att det sätt på vilket domare utnämns är en av faktorerna som kan bedömas i syfte att kontrollera att domarnas oavhängighet är garanterad och, mot bakgrund av den nyckelroll som KRS har i förfarandet för utnämning av domare till Högsta domstolen, ska även artikel 19.1 andra stycket FEU tillämpas på förfarande vid detta organ och på möjligheten att väcka talan mot dess beslut.

142. A.B., C.D., E.F. och I.J. har gjort gällande att 44 § 1b och 44 § 4 i lagen om KRS endast föreskriver en skenprövning samt en rent formell tillgång till ett rättsmedel och därmed åsidosätts principen om ett effektivt domstolsskydd beträffande de aktuella rättigheterna, i strid med artiklarna 2, 4.3 tredje stycket, 6.1 och 19.1 FEU, jämförda med artikel 47 i stadgan.

143. Kommissionen har gjort gällande att artikel 19.1 FEU inte föreskriver något allmänt krav på att besluten om utnämning av domare ska vara föremål för en domstolsprövning eller att ett sådant krav ska tillämpas på yttranden som har framförts i samband med tillsättning av domare, eller att en sådan prövning skulle ha en suspensiv verkan. Endast under särskilda omständigheter skulle artikel 19.1 FEU åsidosättas, nämligen när en ändring av rättsliga bestämmelser avseende tillsättning av domare till en domstol, tillsammans med ändringar av andra bestämmelser avseende denna domstol, innebär en strukturell snedvridning som ur rättssubjektens synpunkt kan undergräva intrycket av den domstolens oavhängighet. Kommissionen anser att några sådana omständigheter inte föreligger i förevarande mål.

## ***b) Bedömning***

144. Jag hänvisar i detta hänseende till den hänskjutande domstolens förklaringar och bedömningar i punkterna 8–10 i detta förslag till avgörande.

145. Även övervägandena ovan avseende den tredje tolkningsfrågan gäller i tillämpliga delar beträffande den första tolkningsfrågan, i syfte att fastställa att artikel 19.1 andra stycket FEU – i den rättsliga och faktiska situation som föreligger i Polen – utgör hinder för ett rättsmedel som är behäftat med effektivitetsdefekter såsom den som ursprungligen var tillämplig i de nationella målen (44 § 1a, 44 § 1b och 44 § 4 i lagen om KRS).

146. Jag anser (liksom den hänskjutande domstolen) att det rättsmedel som finns tillgängligt för de deltagare i förfarandet som inte föreslogs för utnämning är helt ineffektivt, eftersom det inte ändrar den rättsliga situationen för en kandidat som ger in ett överklagande i ett förfarande som slutar med det KRS-beslut som har upphävts. Inte heller möjliggör det någon ny bedömning av vederbörandes ansökan till den lediga domartjänsten vid Högsta domstolen om denna ansökan lämnats i samband med meddelandet om att den specifika domartjänsten utlyses.

147. För att överklagandesystemet ska vara effektivt krävs enligt min uppfattning följande: 1) ingivandet av ett överklagande av någon av de sökande som fått avslag på sin ansökan om domstolstjänsten vid Högsta domstolen vilandeförklarar hela nomineringsförfarandet fram till dess att den hänskjutande domstolen har prövat detta överklagande; 2) ett bifall till överklagandet av KRS-beslutet att inte lämna förslag till utnämning till Högsta domstolen medför en skyldighet för det behöriga organet i medlemsstaten (KRS) att ompröva det enskilda målet avseende utnämning till tjänsten som domare vid Högsta domstolen; 3) nämnda beslut blir giltigt om den hänskjutande domstolen avslår överklagandet av beslutet, med den följd att beslutet först då kan lämnas till Republikens president och den kandidat som anges i förslaget kan utnämnas till tjänsten som domare vid Högsta domstolen.

148. Jag anser således att det föreligger uppenbara tvivel beträffande effektiviteten av det rättsmedel som finns att tillgå mot KRS-beslut som fattats i enskilda fall avseende utnämning till Högsta domstolen, och därmed i mål avseende de rättigheter som garanteras av unionsrätten, eftersom den aktuella frågan i detta hänseende rör ställningen för en domare vid en sistainstansdomstol i en medlemsstat. Detta är i än högre grad fallet då bestämmelserna om överklagande av beslut i sådana mål skiljer sig från dem som är tillämpliga på urvalsförfaranden avseende lediga domartjänster vid andra domstolar än Högsta domstolen (vilka uppenbarligen förblev oförändrade och inte berörs av de begränsande "innovationer" som nyligen införts), vilket inte kan motiveras enbart av kriteriet avseende den domstol där vakansen fylls.

149. Den hänskjutande domstolen anser att detta innebär att det, mellan två kategorier av kandidater för utnämning till domartjänster, föreligger en differentierad tillgång till behörig domstol, vilket kan innebära ett åsidosättande av principen om lika rätt till domstolsprövning.

150. Det ska särskilt understrykas att den omständigheten att inga övertygande argument har framförts som skulle kunna motivera denna skillnad i effektivitet mellan rättsmedlet och "specialbehandlingen" av förfarandet för utnämning av domare till Högsta domstolen.

151. Mot denna bakgrund har den hänskjutande domstolen gjort en riktig bedömning när den anfört att dessa nationella bestämmelser inte är förenliga med unionsrätten.

152. Det följer nämligen av EU-domstolens praxis att det åligger medlemsstaterna – enligt principen om lojalt samarbete som stadfästs i artikel 4.3 första stycket FEU – att inom sina respektive territorier svara för att unionsrätten tillämpas och följs. Medlemsstaterna ska i detta syfte, och såsom föreskrivs i artikel 19.1 andra stycket FEU, fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd för enskilda parter inom de områden som omfattas av unionsrätten. Det ankommer således på medlemsstaterna att inrätta ett system med rättsmedel och förfaranden som säkerställer ett effektivt domstolsskydd inom dessa områden.<sup>70</sup> Detta skydd är ett av de främsta karaktärsdragen för en rättsstat enligt artikel 2 FEU.

<sup>70</sup> Se dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

153. Eftersom den hänskjutande domstolen ska ompröva de aktuella KRS-besluten i enlighet med de nationella bestämmelser som var tillämpliga före den ändring som infördes genom lagen av den 26 april 2019, ska denna omprövning vara effektiv och får inte kunna ge upphov till motiverade tvivel hos rättssubjekten beträffande giltigheten av utnämningssförfarandet för domare som utnämnts på denna grund.

154. Detta innebär att den hänskjutande domstolen måste ha en möjlighet att kontrollera, *åtminstone*, som EU-domstolen angav i domen i målet A.K. m.fl. (punkt 145), om det förekommit befogenhetsöverskridande, maktmissbruk, felaktig rättstillämpning eller uppenbart felaktiga bedömningar.<sup>71</sup>

155. Vidare är det enligt principen om ett effektivt rättsmedel påkallat att domstolens slutliga avgörande, som ett resultat av ovannämnda prövning, är effektivt och att detta måste säkerställas, vid äventyr att nämnda avgörande blir illusoriskt.<sup>72</sup>

156. Som EU-domstolen angav i domen i målet FMS<sup>73</sup> innebär ”principen om unionsrättens företräde och den i artikel 47 i stadgan garanterade rätten till ett effektivt domstolsskydd, att den hänskjutande domstolen är skyldig att förklara sig behörig att pröva [den aktuella] talan, om det inte finns någon annan domstol som enligt nationell rätt är behörig att pröva denna talan”.

157. Detta innebär att de nationella bestämmelser som utgör hinder för uppfyllandet av målen med artikel 19.1 FEU inte ska tillämpas av den hänskjutande domstolen. I förevarande mål ska den hänskjutande domstolen således inte tillämpa i) bestämmelser som skulle medföra ett totalt uteslutande av möjligheten till kontroll av felaktiga bedömningar av domarkandidaterna mot bakgrund av de kriterier som de ska uppfylla, och ii) den delvis slutgiltiga karaktären av KRS-beslut i förhållande till de kandidater som utnämnts. Annars skulle domstolsprövningen av ett sådant beslut vara illusorisk i förhållande till den kandidat som utnämnts.

158. Således skulle, beträffande den kandidat som utnämnts, sådana nationella bestämmelser som de som är aktuella i de nationella målen innebära en avsaknad av någon som helst kontroll, vilket främjar godtyckligt handlande från andra delar av beslutsmakten och kan, i strid med artikel 19.1 FEU, hos rättssubjekten ge upphov till legitima tvivel.

### **3. Den andra tolkningsfrågan**

159. Mot bakgrund av att svaret på den första tolkningsfrågan är jakande (det vill säga att jag anser att bestämmelserna för överklagande av KRS-beslut i enskilda fall avseende utnämning till tjänsten som domare vid Högsta domstolen inte säkerställer rätten till ett effektivt rättsmedel och domstolsskydd, inbegripet genom att säkerställa en lämplig räckvidd för detta skydd), anser den hänskjutande domstolen i sin andra tolkningsfråga att det är motiverat att fastställa betydelsen av dessa brister avseende de bestämmelser angående överklagande av de aktuella KRS-besluten som föreskrivs i nationell rätt (och de aspekter av dessa brister som anges här) beträffande huruvida de också medför ett åsidosättande av *rätten till lika tillgång till offentliga ämbeten* vilket inte uppfyller syften av allmänt intresse.

<sup>71</sup> EU-domstolen hänvisar, för ett liknande resonemang, till Europadomstolens dom av den 18 oktober 2018, Thiam/Frankrike, CE:ECHR:2018:1018JUD008001812, § 25 och § 81).

<sup>72</sup> Se dom av den 29 juli 2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626, punkt 57).

<sup>73</sup> Dom av den 14 maj 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkt 299).

160. A.B., C.D., E.F. och I.J. har i huvudsak gjort gällande att den omständigheten att de fråntogs ett effektivt domstolsskydd för deras konstitutionsfästa rätt till tillgång till offentliga ämbeten enligt samma bestämmelser som de som är tillämpliga på en person vars kandidatur föreslagits av KRS även utgör ett åsidosättande av olika unionsrättsliga principer, såsom rättsstatsprincipen, likabehandlingsprincipen, principen om lika tillgång till offentliga ämbeten och principen om institutionell balans. Vidare ger det sätt på vilket KRS är sammansatt ingen garanti alls för dess oavhängighet i förhållande till den lagstiftande och den verkställande makten.

161. Det räcker emellertid att påpeka att en eventuell tillämpning av principen om likabehandling *enligt unionsrätten*, inklusive artiklarna 20 och 21 i stadgan, i samband med en olik behandling såsom den som gjorts gällande i de nationella målen (vilken påstås existera mellan de förfaranden som är tillgängliga för domarkandidater till Högsta domstolen och de som är tillgängliga för kandidater till andra domartjänster) är långt ifrån självklar, särskilt *i avsaknad av skillnad i behandling på området tillgång till anställning som skulle vara grundad på någon av de specifika grunder som anges i direktiv 2000/78*.

162. Under alla omständigheter anser jag att det inte är nödvändigt att besvara den andra tolkningsfrågan, eftersom den hänskjutande domstolen kommer att få tillräcklig vägledning genom svaren på den första och den tredje tolkningsfrågan för att kunna avgöra de nationella målen.

## V. Förslag till avgörande

163. Mot denna bakgrund föreslår jag att EU-domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) på följande sätt:

1. Artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 267 FEUF, ska tolkas på följande sätt:

1. Mot bakgrund av sammanhanget och konstellationen av övriga faktorer i Polen som den hänskjutande domstolen påpekat (bland annat a) att den polska lagstiftaren har ändrat de nationella bestämmelserna för att göra fördragsbrottsförfaranden och förhandsavgöranden vid EU-domstolen meningslösa; b) att trots att den hänskjutande domstolen inhiberat de aktuella KRS-besluten så gick Republiken Polens president vidare med att till de berörda domartjänsterna vid Högsta domstolen utnämna åtta nya domare som KRS förslagit i de aktuella besluten och c) att den polska lagstiftaren genom att instifta lagen av den 26 april 2019 ignorerade avgöranden från Konstitutionsdomstolen som tydliggör att det borde ske en rättslig omprövning av KRS beslut såsom de som är aktuella i de nationella målen), ska artikel 267 FEUF tolkas så, att den utgör hinder för sådan nationell lagstiftning som lagen av den 26 april 2019 då denna föreskriver att handläggningen av sådana mål som de som är aktuella vid den hänskjutande domstolen ska avbrytas, samtidigt som den utesluter att målen förs över till annan nationell domstol eller att överklagande på nytt ges in vid annan nationell domstol;

– vilket, i ett sammanhang där den nationella domstol som ursprungligen hade behörighet i dessa mål har hänskjutit tolkningsfrågor till EU-domstolen för ett förhandsavgörande till följd av att ett förfarande för omprövning av KRS-besluten med framgång har inletts, undergräver rätten till domstolsprövning även i den mån den, i det enskilda mål som är anhängigt vid den domstol som (ursprungligen) hade behörighet att pröva och avgöra målet, därefter förvägrar denna domstol både möjligheten att med framgång begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen och rätten att invänta ett förhandsavgörande från EU-domstolen, och därmed undergräver den unionsrättsliga principen om lojalt samarbete.

Uteslutandet av (rätten till) rättsmedel vid domstol som fram till dess var tillgänglig i en sådan situation som den som är aktuell i de nationella målen och, i synnerhet, tillämpningen av ett sådant uteslutande i förhållande till tvistande parter som – liksom klagandena i de nationella

målen – redan har väckt en sådan talan, utgör (mot bakgrund av sammanhanget och konstellationen beträffande de övriga omständigheter som den hänskjutande domstolen har angett ligga bakom detta uteslutande) en åtgärd av sådant slag som bidrar till – och till och med förstärker – avsaknaden av ett intryck av oavhängighet och opartiskhet hos de domare som faktiskt utnämns vid den berörda domstolen liksom hos denna domstol i sig. En sådan avsaknad av intryck av oavhängighet och opartiskhet åsidosätter artikel 19.1 andra stycket FEU.

Artikel 19.1 andra stycket FEU får tillämpas direkt av den hänskjutande domstolen i syfte att inte tillämpa lagen av den 26 april 2019 och förklara sig själv behörig att avgöra de nationella målen med tillämpning av de rättsliga bestämmelser som var tillämpliga före antagandet av denna lag.

2. Artikel 19.1 andra stycket FEU ska tolkas på följande sätt:

Övervägandena i punkt 1 ovan äger i tillämpliga delar även tillämplighet med avseende på den första tolkningsfrågan, i syfte att fastställa att artikel 19.1 andra stycket FEU – mot bakgrund av sammanhanget och konstellationen av övriga omständigheter i Polen som betonats av den hänskjutande domstolen – utgör hinder för ett rättsmedel som är behäftat med effektivitetsbrister såsom det rättsmedel som ursprungligen var tillämpligt i de nationella målen (44 § 1a, 44 § 1b och 44 § 4 i lagen om KRS).

Mot bakgrund av det sammanhang och den konstellation av övriga omständigheter som är för handen i Polen, och som påpekats av den hänskjutande domstolen, ska den hänskjutande domstolen underlåta att tillämpa sådana nationella bestämmelser som hindrar att syftena med artikel 19.1 andra stycket FEU uppfylls. Under de aktuella omständigheterna ska den hänskjutande domstolen således underlåta att tillämpa i) bestämmelser som skulle medföra ett totalt uteslutande av möjligheten till omprövning av felaktiga bedömningar av domarkandidaterna mot bakgrund av de kriterier som gäller för dem och ii) den delvis slutgiltiga karaktären av KRS-beslut i förhållande till de kandidater som utnämns. I annat fall skulle domstolsprövningen av ett sådant beslut vara illusorisk i förhållande till den kandidat som utnämns.