

Mål C-96/24**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

6 februari 2024

Domstol som begär förhandsavgörande:

Sąd Najwyższy (Polen)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

11 januari 2024

Klagande:

X.Y.

Saken i målet vid den nationella domstolen

Begäran som framställts av ett ombud för en domare vid Sąd Najwyższy i syfte att pröva om en annan domare vid Sąd Najwyższy som valts ut för att ingå i den sammansättning som ska pröva ett mål om tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande mot en domare vid Sąd Najwyższy uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Frågan huruvida det förfarande som föreskrivs i nationell rätt för prövning av en domares oavhängighet och opartiskhet är förenligt med artikel 19.1 andra stycket FEU, jämförd med artikel 47 första och andra stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – frågorna har framställts med stöd av artikel 267 FEUF

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

I. Ska artikel 19.1 andra stycket i Fördraget om Europeiska unionen, jämförd med artikel 47 [första och andra stycket] i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, tolkas så, att

1) Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen), i ett särskilt förfarande som inletts av en berörd part genom en begäran om prövning om huruvida en domare vid högsta domstolen – vilken utsetts för att ingå i den dömande sammansättningen i ett mål om tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande mot en domare vid Sąd Najwyższy – uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, är skyldig att ex officio pröva huruvida den dömande sammansättning som utsetts genom lottning bland samtliga domare vid högsta domstolen (i ett mål om tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande mot en domare) är en domstol ”som har inrättats enligt lag”, när det enligt den nationella lagstiftningen endast krävs en prövning av domarattributen opartiskhet och oavhängighet?

2) För det fall en begäran om prövning av huruvida en domare vid högsta domstolen uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet grundar sig på påståendet att en sådan domare har tillsatts på denna tjänst i ett (av grundläggande karaktär) oegentligt förfarande för utnämning av domare, får de domare vid högsta domstolen som utnämnts genom samma oegentliga utnämning förfarande inte delta i den dömande sammansättning som består av fem domare som utsetts genom lottning bland samtliga domare vid högsta domstolen, av den anledningen att denna sammansättning av högsta domstolen inte kan anses utgöra en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag?

3) För det fall en part i ett mål rörande prövning av huruvida en domare vid högsta domstolen, vilken har utsetts för att ingå i den dömande sammansättningen (som ska avgöra ett mål om tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande mot en domare vid högsta domstolen) uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, har anfört att den sammansättning vid domstolen som utsetts inte uppfyller kraven på en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag på grund av att denna domare vid högsta domstolen har medverkat i det (av grundläggande karaktär) oegentliga förfarandet för tillsättning på denna tjänst, är det vid bedömningen av begäran om prövning av huruvida domaren vid högsta domstolen uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, inte längre nödvändigt att, såsom föreskrivs i nationell rätt, pröva den domarens uppträdande efter utnämningen som domare och karaktären av målet (om tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande mot domaren vid högsta domstolen), och begäran om prövning av om en domare vid högsta domstolen uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet kan följaktligen inte avslås enbart av det skälet att klaganden inte har visat att förfarandet avseende denna domare efter utnämningen äventyrar dess attribut i form av oavhängighet och opartiskhet[?]

– För det fall att den fråga som ställts i punkt I.2 ska besvaras jakande:

II. Ska artikel 19.1 andra stycket i Fördraget om Europeiska unionen, jämförd med artikel 47 [första och andra stycket] i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, tolkas så, att

en domare-ledamot som ingår i den dömande sammansättningen i ett mål rörande prövning av huruvida en domare (som valts ut för att pröva ett mål om tillstånd att

inleda ett straffrättsligt förfarande mot domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen)) uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, för det första får framställa en begäran om att utesluta en annan domare (andra domare) som valts ut genom lottning bland samtliga domare vid högsta domstolen, som utnämns som domare vid högsta domstolen i ett (av grundläggande karaktär) oegentligt utnämning förfarande, från den dömande sammansättningen, vilket innebär att den domstol i vilken denna domare (dessa domare) medverkar inte kan anses som en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag, och för det andra kan begära att en sådan begäran inte prövas av en domare som också har tillsatts på en domartjänst vid högsta domstolen genom ett sådant oegentligt utnämning förfarande[?]

III. För det fall inga ytterligare åtgärder vidtas gällande den begäran som avses i punkt II (genom att den nationella domstolen meddelar något avgörande), kan den domare som har framställt en sådan begäran vägra att vidta åtgärder i målet rörande prövningen av huruvida domaren vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, eller ska den domaren medverka i avgörandet och överlåta åt parten att avgöra om domen eventuellt ska överklagas på grund av ett åsidosättande av partens rätt till prövning av en domstol som uppfyller kraven i artikel 19.1 andra stycket i fördraget om Europeiska unionen och artikel 47 [första och andra styckena] i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna?

IV. Påverkas oegentligheten i utformningen av den dömande sammansättningen i dess helhet – i ett mål som avser en prövning av huruvida en domare uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet – inom ramen för artikel 19.1 andra stycket i fördraget om Europeiska unionen och artikel 47 [första och andra styckena] i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – av den omständigheten att endast två domare i en sammansättning bestående av fem domare har utnämns i ett (av grundläggande karaktär) oegentligt förfarande för utnämning av domare vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen), det vill säga om förfarandet i ett sådant fall ändå kan fortsätta och dom kan meddelas, eftersom det med avseende på majoriteten ledamöter som valts ut för att ingå i den sammansättning som utsetts inte uppkommer några problem vad gäller frågan om oegentligheter i utnämningen av dem som domare vid högsta domstolen?

Anförda unionsbestämmelser

Fördraget om Europeiska unionen, artiklarna 4.3, 6.1, 19.1 andra stycket;

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, artikel 2.1 och 2.2, artikel 267;

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 47 första och andra stycket;

Praxis från EU-domstolen

Dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen), C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982 (nedan kallad domen A.K.);

Dom av den 29 mars 2022, Getin Noble Bank, C-132/20, EU:C:2022:235;

Dom av den 21 december 2023, Nationella domstolsrådet (Bibehållande av domares ämbete), C-718/21, EU:C:2023:1015;

Dom av den 1 juli 2008, Chronopost och La Poste/UFEX m.fl., C-341/06 P och C-342/06 P, EU:C:2008:375;

Dom av den 24 juni 2019, Popławski, C-573/17, EU:C:2019:530;

Dom av den 29 juli 2019 r., Torubarov, C-556/17, EU:C:2019:626;

Dom av den 22 maj 2003, Connect Austria, C-462/99, EU:C:2003:297;

Dom av den 2 juni 2005, Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345;

Dom av den 6 oktober 2021, W.Ż. (Högsta domstolens avdelning för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter – Tillsättning), C-487/19, EU:C:2021:798;

Praxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

Dom av den 22 juli 2021, Reczkowicz mot Polen;

Dom av den 3 februari 2022, nr 1469/20, Advance Pharma sp. z o.o. mot Polen;

Dom av den 1 december 2020, nr 26374/18, G. Astradsson mot Island;

Dom av den 21 juni 2011, Fruni mot Slovakien;

Dom av den 6 november 2018, Ramos Nunes de Calvarho e SA mot Portugal;

Dom av den 7 maj 2021, nr 4907/18, Xero Flor sp. z o.o., med säte i Polen, mot Polen;

Dom av den 8 november 2021, nr 49868/19 och 57511/19, Dolińska-Ficek och Ozimek mot Polen;

Anförda nationella bestämmelser

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Republiken Polens konstitution), artikel 45.1

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (lagen om Högsta domstolen av den 8 december 2017), artiklarna 10 § 1, 29 §§ 4, 5, 6, 8, 9, 10, 15, 17, 18, 21, 24, artikel 22a § 1, artikel 26 §§ 2, 3, 4, artikel 73 § 1;

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (lag av den 27 juli 2001 om allmänna domstolars organisation), artikel 128;

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (lag av den 6 juni 1997, straffprocesslagen), artiklarna 30 §§ 1 och 2, 41 § 1m, 42 § 1, 534 §§ 1 och 2.

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Genom lag av den 9 juni 2022, som trädde i kraft den 15 juli 2022, ändrades Ustawa o Sądzie Najwyższym (lagen om Högsta domstolen) av den 8 december 2017 ännu en gång (nedan kallad lagen om Högsta domstolen). I denna lag infördes en möjlighet för en berörd part eller en intervenient i förfarandet vid Sąd Najwyższy att framställa en begäran om prövning av huruvida en viss domare som valts ut för att ingå i den dömande sammansättningen uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, varvid det i artikel 29 § 4 i lagen om Högsta domstolen anges att omständigheterna kring tillsättning av en domare vid Högsta domstolen inte får utgöra den enda grunden för att bestrida en dom som meddelats med medverkan av den domaren eller ifrågasätta den domarens oavhängighet och opartiskhet. Enligt artikel 29 § 5 i lagen om Högsta domstolen är det möjligt att på begäran av en rättsinnehavare (det vill säga av en part eller en intervenient i förfarandet vid Sąd Najwyższy) pröva huruvida en domare vid Sąd Najwyższy uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, med beaktande av omständigheterna kring domarens tillsättning och domarens uppträdande efter tillsättningen, om detta, under omständigheterna i det enskilda fallet, kan leda till ett sådant åsidosättande av kraven på oavhängighet eller opartiskhet som påverkar utgången i målet, med beaktande av de omständigheter som rör rättsinnehavaren och målets art. Sąd Najwyższy ska pröva begäran inom stängda dörrar, i en sammansättning med fem domare som utsetts genom lottning bland samtliga domare vid Sąd Najwyższy, efter att ha hört den domare som begäran avser, såvida det inte är omöjligt eller mycket svårt att höra domaren. När Sąd Najwyższy bifaller begäran ska den utesluta domaren från att pröva målet. Det förhållandet att domaren utesluts från att medverka i ett visst mål kan inte utgöra grund för att utesluta domaren från andra mål som prövas med den domarens medverkan. Ett beslut som meddelats till följd av prövningen av begäran kan överklagas till Sąd Najwyższy i en sammansättning med sju domare som utsetts genom lottning bland samtliga domare vid Sąd Najwyższy.
- 2 Ombundet för domaren X.Y. vid Sąd Najwyższy, framställde i samband med målet om tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande, en begäran som syftade till att fastställa att de villkor som avses i artikel 29 § 5 i lagen om Högsta

domstolen var uppfyllda och att pröva huruvida A.K., som är domare vid Sąd Najwyższy, uppfyllde kraven på oavhängighet och opartiskhet och om hon skulle uteslutas från att pröva målet avseende denna domare.

- 3 Till stöd för begäran anfördes att A.K., som är domare vid Sąd , hade utnämnts till domare vid Sąd Najwyższy genom beslut av Republiken Polens president av den 10 oktober 2018 på grundval av ett tidigare förslag om utnämning enligt resolution nr 331/2018 av den 29 augusti 2018 från Krajowa Rada Sądownictwa (Nationella domstolsrådet) (nedan kallat KRS), vilket hade utfärdats enligt Ustawa o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (lagen om ändring av lagen om Nationella domstolsrådet och vissa andra lagar) av den 8 december 2017 (nedan kallad lagändringen av den 8 december 2017). Oegentligheter i utformningen av KRS sammansättningen är ett centralt problem för det polska rättsväsendet och ursprunget till de anmärkningar som framförts av europeiska domstolar med avseende på dömande sammansättningar bestående av domare som utnämnts efter år 2018. I begäran har också som exempel ett uttalande som denna domare gjort i media uppmärksammats, där domaren skiljer mellan så kallade ”gamla” och ”nya” domare och betonar att de så kallade ”gamla domarna” ”beter sig på ett okultiverat och oelegant sätt som kränker domares värdighet”.
- 4 Till den sammansättning bestående av fem domare som utsetts genom lottning som skulle pröva frågan om oavhängighet och oberoende valdes bland annat domarna Z.B. (tvistemålsavdelningen) och A.S. (avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter) ut. De ovan nämnda domarna utnämndes också till domare vid Sąd Najwyższy på KRS förslag, vilket utformats enligt lagändringen av den 8 december 2017.
- 5 De begäranden som framställdes av domarens ombud i syfte att fastställa att villkoren i artikel 29 § 5 i lagen om Högsta domstolen är uppfyllda och att pröva huruvida domarna Z.B. och A.S. uppfyllde kraven på oavhängighet och opartiskhet avslogs genom beslut av ordföranden på avdelningen för yrkesansvar vid Sąd Najwyższy den 16 mars 2023, med motiveringen att i målen gällande denna prövning (det vill säga prövning om en domare vid Sąd Najwyższy uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet) är förfarandet för att pröva huruvida de domare som valts ut genom lottning för att ingå i sammansättningen uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet inte tillämpligt.
- 6 Mot bakgrund av ovanstående framställde referenten en begäran om att domarna Z.B. och A.S. skulle uteslutas från att pröva frågan om A.K. som är domare vid Sąd Najwyższy uppfyllde kraven på oavhängighet och opartiskhet i det mål som handlades på avdelningen för yrkesansvar vid Sąd Najwyższy mot domaren X. Y. vid Sąd Najwyższy om tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande mot domaren. I begäran betonades att denna inte ska prövas av en sammansättning i vilken någon av de domare vid Sąd Najwyższy som utnämnts till domare i ett oegentligt utnämning förfarande, det vill säga efter lagändringen av den 8 december 2017, ingår.

- 7 Begäran avvisades emellertid av Sąd Najwyższy genom beslut av den 14 december 2023. Beslutet meddelades i en sammansättning med en ensamdomare vid Sąd Najwyższy som likaså hade utnämnts till domare i ett oegentligt utnämningförfarande, det vill säga efter ändringen den 8 december 2017.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 8 Ovannämnda begäran om förhandsavgörande har framställts i en sammansättning med en ensamdomare, trots att en dömande sammansättning bestående av flera domare (med fem domare från Sąd Najwyższy) utsetts. EU-domstolen har emellertid medgett att en begäran om förhandsavgörande kan framställas av en av domarna i en dömande sammansättning med flera domare (dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen), C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkterna 42-44, dom av den 29 mars 2022, Getin Noble Bank, C-132/20, EU:C:2022:235, punkt 66, och punkterna 70–71). Efter domen av den 21 december 2023, Nationella domstolsrådet (Bibehållande av domares ämbete) C-718/21, EU:C:2023:1015 är det dessutom tveksamt om EU-domstolen skulle anse att en begäran om förhandsavgörande som framställts av en domstol i en sammansättning som består av domare, med avseende på vilken EU-domstolen har fastställt att domstolen med deras medverkan inte är en domstol enligt unionsrätten, kan tas upp till sakprövning.
- 9 Det finns inga normativt motiverade skäl för att underlåta att tillämpa unionsrätten i de mål som avses i artikel 29 § 5 i lagen om Högsta domstolen (*lege non distinguente nec nostrum est distinguere*) (då det inte görs någon åtskillnad i lagen ankommer det inte på oss att göra en åtskillnad), särskilt då dessa mål avser huruvida den dömande sammansättningen i målet rörande huvudsaken, i vilken den domare som är föremål för förfarandet ingår, har utformats korrekt. EU-domstolen har i sin praxis understrukit att ett svar på en tolkningsfråga kan vara nödvändigt för att tillhandahålla de hänskjutande domstolarna en tolkning av unionsrätten som gör det möjligt för dem att avgöra nationella processrättsliga frågor innan de avgör de mål som är anhängiga vid dem i sak. Målet gällande prövning av huruvida en domare vid Sąd Najwyższy uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet har ett direkt samband med saken i målet (i förevarande fall tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande mot domaren) och utgör ett led i detta (vilket inleds genom en begäran från behörig part). Tolkningsfrågorna avser således tolkningen av unionsrättsliga bestämmelser och deras verkningar, särskilt mot bakgrund av unionsrättens företrädare, för frågan huruvida de dömande sammansättningar som ska pröva målen rörande saken har utsetts korrekt.
- 10 Problemet består i att det förfarande som föreskrivs i artikel 29 § 5 och följande § i lagen om Högsta domstolen har utformats på ett sådant sätt att domare vid Sąd Najwyższy som utnämnts till domare i ett oegentligt utnämningförfarande inte enligt lag har uteslutits från att medverka i den dömande sammansättningen i den

typen av mål. De domare vid Sąd Najwyższy som utnämnts till domare efter det att lagändringen av den 8 december 2017 trädde i kraft erkänner inte EU-domstolens och Europadomstolens praxis, vilken bekräftar att förfarandet för deras utnämning är oegentligt och detta till den grad att varken kravet på att en domstol ska ha inrättats enligt lag eller kravet på domares oavhängighet och opartiskhet kan anses uppfyllt. Domarna dömer i själva verket i sina egna mål, i strid med principen om *nemo iudex in causa sua* ("ingen ska döma i egen sak").

- 11 Det bör också framhållas att en part som ifrågasätter en domares attribut, inrättade enligt lag (i enlighet med Republiken Polens konstitution), i form av oavhängighet och opartiskhet, har – på nationell nivå – begränsade möjligheter att framställa en begäran om uteslutning av en domare vid Sąd Najwyższy, vilken har medverkat i utnämning förfarandet på förslag av det "nya" KRS. Det är nämligen avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter som är behörig att pröva ansökningar eller förklaringar om att en domare är jävig, inklusive klagomål om en domares bristande oavhängighet eller opartiskhet. En sådan ansökan ska inte prövas om den avser fastställande eller bedömning av lagenligheten av en domares utnämning eller av vederbörandes rätt att utöva dömande verksamhet. Avdelningen för extraordinär kontroll och offentliga angelägenheter är slutligen behörig att pröva överklaganden som syftar till att fastställa att avgöranden eller slutliga domar från domstolar är rättsstridiga, om rättsstridigheten består i att ifrågasätta ställningen för den person som utnämnts till en domartjänst och som har avgjort målet.
- 12 Möjligheten för en berörd part att framställa en begäran som syftar till att fastställa huruvida en domare vid Sąd Najwyższy uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet har såsom befogenhet begränsats avsevärt, eftersom den nationella lagstiftaren har uteslutit möjligheten att bestrida en dom som meddelats med medverkan av en sådan domare eller att ifrågasätta domarens oavhängighet och opartiskhet enbart på grundval av omständigheterna kring domarens tillsättning. Vidare utgör de omständigheter som åberopats i begäran avseende den berörda domarens uppträdande efter utnämningen visserligen inte en grund för avslag, men om de sålunda åberopade omständigheterna inte ger anledning till att ifrågasätta domarens attribut i form av oavhängighet och opartiskhet, kan begäran ändå avslås, även om en sådan domare hade utnämnts genom ett (i grunden) oegentligt utnämning förfarande.
- 13 Dessutom har räckvidden av de mål i vilka en sådan begäran kan framställas begränsats. Den polska lagstiftaren har utgått från att en domare vid Sąd Najwyższy (efter en utnämning med det "nya" KRS medverkan) fortfarande uppfyller kravet på inrättande enligt lag. Den utformning som den nationella lagstiftaren har antagit ger således upphov till ett antal problem, inte bara vad gäller den formella logiken, utan framför allt vad gäller logik som grundas på sunt förnuft (gängse logik). I förevarande fall är det av avgörande betydelse huruvida kravet på att en domstol ska ha inrättats enligt lag är uppfyllt.

- 14 Det är nödvändigt att EU-domstolen uttalar sig om de frågor som ställts, eftersom det rättsliga institut som föreskrivs i artikel 29 § 5 och följande § i lagen om Högsta domstolen utgör en hybridlösning i lagstiftningen, vars syfte är att legalisera de domare som utnämns i ett oegentligt förfarande med hänsyn till deras domarattribut, i form av inrättande enligt lag, oavhängighet och opartiskhet.
- 15 När det gäller det polska rättsväsendet som är strakt destabiliserat kan emellertid ett försök att, såsom i förevarande fall, utse en sammansättning bestående av fem domare vid domstolen som i sin helhet fullt ut uppfyller kraven enligt unionsrätten, konventionen och konstitutionen, visa sig vara omöjligt, eller åtminstone mycket svårt och bli långdraget, vilket innebär att en parts rätt att inom skälig tid få sin sak prövad, vilken garanteras av unionsrätten (artikel 47 andra stycket i stadgan), konventionen (artikel 6.1 i Europakonventionen) och på nationell nivå (artikel 45.1 i Republiken Polens konstitution), kan visa sig bli illusorisk. I en sådan situation måste det göras en bedömning av huruvida den nationella domstolen ändå – med ledning av pragmatiska och aritmetiska överväganden och genom att slutligen välja de mindre allvarliga negativa konsekvenserna – ska pröva begäran gällande prövningen av huruvida en domare i Sąd Najwyższy uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet, när det beträffande majoriteten av ledamöterna (tre av fem) inte föreligger något problem med avsaknad av rättsväsendets attribut. Det bör noteras att sammansättningen vid domstolen i första instans i det fallet består av fem domare och i andra instans av sju domare, medan domstolens sammansättning i målet rörande huvudsaken (det vill säga i målet om tillstånd att inleda ett straffrättsligt förfarande mot en domare), består av en domare i första instans och tre domare i andra instans. I ett sådant fall bör naturligtvis rösterna från de domare som på ett oegentligt sätt utnämns till domare vid Sąd Najwyższy inte beaktas. Det förhållandet att den nationella lagstiftaren föreskrev en sammansättning med fem respektive sju domare för denna typ av mål motiverades enbart av politiska skäl (legalisering av domare som hade utnämns på ett oegentligt sätt) och inte av rättsvetenskapliga skäl. Om en domare däremot avstår från att döma i en oegentligt utformad sammansättning vid en domstol innebär detta i själva verket en eftergift för olagligheten.
- 16 Mot denna bakgrund är det nödvändigt att EU-domstolen besvarar frågan hur en domare i en medlemsstat – utifrån unionsrätten och dess tolkning – ska uppträda när han eller hon har valts ut för att ingå i en dömande sammansättning vid en domstol, vilken har utformats på ett oegentligt sätt och när de nationella medlen för att uppnå en sammansättning som utformats på ett korrekt sätt har uttömts.
- 17 Den hänskjutande domstolen har, med hänvisning till EU-domstolens och Europadomstolens praxis, påpekat att när det visar sig att en nationell bestämmelse förbehåller ett organ, som inte uppfyller de krav på oavhängighet eller opartiskhet som uppställs i unionsrätten, bland annat i artikel 47 i stadgan, behörighet att pröva en tvist, är ett annat organ, vid vilket en sådan tvist har anhängiggjorts, skyldig att, för att garantera ett effektivt domstolsskydd i den mening som avses i artikel 47 i stadgan och i enlighet med principen om lojalt

samarbete i artikel 4.3 FEU, underlåta att tillämpa denna nationella bestämmelse så att tvisten kan prövas av en domstol som uppfyller nämnda krav och som skulle vara behörig på området om den bestämmelsen inte utgjorde hinder för detta. Om det således visar sig att domen har meddelats av ett organ som inte är en oavhängig och opartisk domstol som inrättats enligt lag i den mening som avses i unionsrätten, kan i det fallet inget av de skäl som följer av rättssäkerhetsprincipen åberopas med framgång. Den nationella lagstiftarens begränsning i artikel 29 § 5 och följande § i lagen om Högsta domstolen av möjligheten att pröva en domarens attribut enbart vad avser kraven på oavhängighet och opartiskhet och därför utesluta kravet på inrättande enligt lag, strider mot artikel 47 i stadgan och artikel 6.1 i Europakonventionen och även mot artikel 45.1 i Republiken Polens konstitution. Det måste således göras en åtskillnad mellan den offentlighetsrättsliga ställning som sådana domare har i egenskap statliga tjänstemän, som inte kan ifrågasättas, och det förhållande att domarattributen, såsom inrättande (enligt polsk rätt) enligt lag som är förenlig med konstitutionen och oavhängighet och opartiskhet ska vara uppfyllda.

- 18 Det bör i detta sammanhang noteras att den polska lagstiftaren den 13 januari 2023 antog Ustawa o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (lag om ändring av lagen om Högsta domstolen och vissa andra lagar), enligt vilken det även är möjligt att pröva detta krav. Republiken Polens president hänsköt emellertid frågan om denna lag till konstitutionsdomstolen för att få till stånd en prövning av huruvida den är förenlig med Republiken Polens konstitution och konstitutionsdomstolen fastställde genom dom av den 11 december 2023, Kp 1/23 att lagen är oförenlig med konstitutionen.
- 19 Kännetecknande för en författningsrättslig domstolsprövning är rätten till en behörig domstol, vilket omfattar begreppen en domstol som är behörig att pröva ett mål med hänsyn till sin geografiska, materiella och funktionella behörighet och som ska pröva målet i behörig sammansättning och i enlighet med sin behörighet. En behörig domstol är en domstol vars domare har tillsatts i vederbörlig ordning och vars domare är behöriga att döma i en viss domstol, i en viss instans och i ett visst mål, det vill säga domare som har vederbörlig behörighet för sin dömande makt i ett visst mål.
- 20 Förfarandet för tillsättning av domare utgör per definition en del av begreppet inrättande av en domstol enligt lag i den mening som avses i artikel 6.1 Europakonventionen och artikel 47 i stadgan. Det finns ett nära samband mellan frågan om en domare har utnämnts på ett korrekt sätt och bedömningen av huruvida en domstol kan anses vara oavhängig i den mening som avses i artikel 6.1 Europakonventionen och artikel 47 i stadgan, eftersom behovet av att upprätthålla allmänhetens förtroende för domstolsväsendet och att säkerställa dess oberoende i förhållande till andra myndigheter ligger till grund för vart och ett av dessa krav. Rätten till en domstol som upprättats enligt lag utgör en självständig rättighet enligt artikel 6.1 i Europakonventionen, varvid det nära sambandet mellan denna rättighet och garantierna för ”oavhängighet” och ”opartiskhet” understryks. Prövningen gällande kravet på att domstolen ska ha upprättats enligt

lag består i att fastställa huruvida den påstådda oegentligheten i ett visst mål är så allvarlig att den kan undergräva de ovannämnda grundläggande principerna och äventyra den berörda domstolens oberoende.

- 21 I domen i målet A.K. slog EU-domstolen fast att artikel 47 i stadgan ska tolkas så, att den utgör hinder för att ett organ som inte utgör en oavhängig och opartisk domstol i den mening som avses i denna bestämmelse tillerkänns exklusiv behörighet i mål där unionsrätten tillämpas. För att följa ovannämnda dom från EU-domstolen klargjorde Sąd Najwyższys avdelningar, de civilrättsliga, straffrättsliga och arbetsrättsliga avdelningarna, i en resolution av den 23 januari 2020, BSA 1-4110-1/20, att den situationen att domstolens sammansättning inte är förenlig med lag, vilket medför att förfarandet är ogiltigt, även uppstår när en person utnämns till domare vid Sąd Najwyższy på förslag av KRS, vilken har utformats enligt lagändringen av den 8 december 2017. Detta avgörande fick ställning som rättsprincip. Den hänskjutande domstolen har anfört att denna resolution inte kan undergrävas genom konstitutionsdomstolens dom av den 20 april 2020, i vilken denna resolution förklarades strida mot konstitutionen. Denna dom överskrider i själva verket den domstolens konstitutionella behörighet och i den sammansättning som meddelade domen ingick dessutom domaren M.M., vars medverkan Europadomstolen ansåg vara avgörande för att kunna fastställa ett åsidosättande av rätten till en domstol inrättad enligt lag (dom av den 7 maj 2021, nr 4907/18, Xero Flor sp. z o.o. med säte i Polen mot Polen).
- 22 När det gäller kravet på inrättande enligt lag utnämns domarna i enlighet med Republiken Polens konstitution av Republiken Polens president, på förslag av KRS. Presidentens beslut om utnämning kan emellertid inte avhjälpa oegentligheter i utnämningförfarandet, vilket innebär att om den domare som utnämns på detta sätt medverkar i dömande sammansättningar, utgör han eller hon en oavhängig och opartisk domstol som är inrättad enligt lag i den mening som avses i konstitutionen (artikel 45.1 i Republiken Polens konstitution), i konventionen (artikel 6.1 i Europakonventionen) och i unionsrätten (artikel 47 i stadgan).
- 23 Den hänskjutande domstolen har hänvisat till och beskrivit de europeiska normer avseende domarattribut som återfinns i Förenta nationernas principer om domstolsväsendets oberoende, vilka har godkänts genom generalförsamlingens resolutioner 40/32 av den 29 november 1985 och 40/146 av den 13 december 1985, samt i Europeiska stadgan om domares ställning av den 8–10 juli 1998.
- 24 Den hänskjutande domstolen har beskrivit tillkomsten av det organ som KRS utgör och dess uppgifter och angett på vilket sätt de förändringar som genomfördes under år 2018 påverkade den omständigheten att medverkan av detta organ i dess nya form medför oegentligheter i förfarandet för tillsättning av domare. Dessa oegentligheter innebär att den domstol i vars sammansättning de sålunda tillsatta domarna ingår inte uppfyller kravet på behörig domstol i den mening som avses i artikel 45.1 i Republiken Polens konstitution och på en domstol som upprättats enligt lag i den mening som avses i artikel 6.1 i

Europakonventionen och artikel 47 i stadgan, vilket innebär att den, utan ytterligare prövning, inte kan anses uppfylla attributen oavhängighet och opartiskhet i den mening som krävs enligt ovannämnda bestämmelser.

- 25 Den hänskjutande domstolen har angett att det inte är möjligt att avhjälpa en sådan oegentlighet genom att den domstol som i ett visst mål har att pröva en invändning om att ett förfarande är ogiltigt begränsar sig till att pröva kraven på opartiskhet och oavhängighet, eftersom denna domstol inte är behörig att sätta sig i KRS ställe och i efterhand bedöma huruvida den domare som tillsatts på ett oegentligt sätt ändå skulle ha utnämnts till domare även om det hade antagits att KRS inte skulle ha varit ett på ett oegentligt sätt utformat konstitutionellt organ. Även om presidentens beslut om domartillsättning inte kan bli föremål för domstolsprövning, kan likaså– med beaktande av att presidenten har undertecknat en lag om ändring av KRS, som uppenbart strider mot konstitutionen och den konstitutionella lagstiftarens hittills entydiga vilja, samt med beaktande av att Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna uttryckligen har understrukt att presidenten har åsidosatt rättsstatsprincipen, bland annat i samband med tillsättningen av domare vid Sąd Najwyższys tvistemålsavdelning år 2018– de domare som på så sätt tillsatts av presidenten inte anses uppfylla de konstitutionella, konventionella och unionsrättsliga kraven på en oavhängig och opartisk domstol som har upprättats enligt lag.