

Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice

A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case

Laurent Pech & Dimitry Kochenov

Under senare år har EU-domstolen i grunden stärkt den europeiska konstitutionalismen med utgångspunkt i rättsstaten, som är ett etablerat värde och en princip i EU-rätten sedan lång tid tillbaka. Processen är ännu pågående och handlar om de bedömningar som domstolen har gjort under den tid som rättsstaten har försvagats, först i Ungern och sedan i Polen.

Syftet med denna rapport är att presentera och kritiskt analysera EU-domstolens bedömningar i centrala mål och rättsfall. Genomgången börjar med domstolens dom av den 27 februari 2018 i mål C-64/16, *ASJP (Portugisiska domare)* och avslutas med domen av den 15 juli 2021 i mål C-791/19, *Europeiska kommissionen mot Republiken Polen (Disciplinätgårderna mot domare)*. Rapporten är således utformad som en rättsfallsstudie: den innehåller centrala utdrag ur domar och en kritisk bedömning av de viktigaste beslut och domar från EU-domstolen som sedan 2018 har omformat innebörden och räckvidden av EU:s rättsstatsprincip och därmed förknippade rättsliga skyldigheter. Studien är av intresse för alla dem som vill skaffa sig sakkunskap om den senaste och mycket viktiga utvecklingen av EU:s rättsstatsprincip sedd utifrån EU-domstolens beslut och domar, både tagna var för sig och som en helhet.

Precisering av kravet på effektivt domstolskydd och oberoende domstolar

Rapporten inleds med en ingående granskning av en dom som ökar förståelsen av medlemsstaternas skyldighet att se till att deras domstolar uppfyller kravet på ett effektivt domstolskydd. Det handlar om domen i målet *ASJP*, kallat *Portugisiska domare*, som EU-domstolen avgjorde (i stora avdelningen)

och som kan anses vara lika banbrytande som avgörandena i målen *Van Gend en Loos* och *Costa*.

Denna dom kan också betraktas som domstolens första viktiga men indirekta svar på den pågående tillbakagången för rättsstaten, en utveckling som först konstaterades i Ungern och nu pågår även i Polen. Den markerar ett nytt skede när det gäller rättsstaten som ett grundläggande och bindande värde i EU:s rättsordning. Detta värde slås fast i artikel 2 i EU-fördraget och får ett konkret och rättssäkert uttryck i bland annat artikel 19.1 andra stycket i EU-fördraget: "Medlemsstaterna ska fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten."

Därefter granskas flera beslut och domar från EU-domstolen som bygger på Europeiska kommissionens tillsyn av medlemsstaternas skyldighet att se till att deras domstolar uppfyller kravet på ett effektivt domstolskydd. Först presenteras fyra beslut som EU-domstolen utfärdade inom ramen för överträdelseärenden och som i samtliga fall rör Polen: C-441/17 R (*Białowieżaskogen*), C-619/18 R (*Högsta domstolens oavhängighet*), C-791/19 R (*Oavhängigheten för disciplinnämnden vid Polens högsta domstol*) och C-204/21 R (*Polens munkavlelag*). Det första beslutet, om urskogen Białowieża, fattades innan EU-domstolen utfärdade sin dom i målet *Portugisiska domare*. Det tas ändå upp här, eftersom det föregrep domstolens beslut i senare överträdelseärenden som direkt och på ett helt nytt sätt berörde skyddet av domstolarnas oberoende i Polen. När det gäller EU-domstolens domar, och som avgetts inom ramen för överträdelseförfaranden, analyseras mål C-192/18 (*De allmänna domstolarnas oberoende*), mål

C-619/18 (*Högsta domstolens oavhängighet*) och mål C-791/19 (*Disciplinåtgärder mot domare*). I och med dessa tre domar blev Polen den första EU-medlemsstat som har befunnits skyldig till att ha brutit mot artikel 19.1 andra stycket i EU-fördraget tre gånger i rad.

Efter detta granskas de två viktigaste avgöranden som domstolen hittills har meddelat i form av förhandsavgöranden till nationella domstolar som efterfrågat besked om hur EU-rätten ska tolkas. I båda fallen var det polska domstolar som hade begärt förhandsavgörande i fråga om kraven på domstolarnas oberoende enligt artikel 19.1 i EU-fördraget och/eller artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Det handlar om de förenade målen C-585/18, C-624/18 och C-625/18, *A.K. m.fl. (Oavhängigheten för disciplinnämnden vid Högsta domstolen)* och de förenade målen C-558/18 och C-563/18, *Miasto Lowicz och Prokurator Generalny*.

Dessa två domar förtydligar skyldigheten att säkerställa att nationella domstolar uppfyller kravet på ett effektivt domstolsskydd men illustrerar också en ny utveckling: nationella domare som är föremål för påtryckningar och hot har börjat använda artikel 267 i EU:s funktionsfördrag som ett verktyg för självförsvar. Att begära förhandsavgöranden har därmed kommit att fungera som ett instrument för att upprätthålla EU:s grundläggande värderingar i ett sammanhang där Europeiska kommissionen tycks ha varit senfärdig och sparsam med att inleda överträdelseförfaranden.

EU:s medlemsstater får inte försämra skyddet av rättsstaten

För att denna rapport inte ska bli än mer omfattande har domstolens förhandsavgöranden av den 20 april 2021 i mål C-896/19 (*Repubblika-domen*) och av den 18 maj 2021 i de förenade målen C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 och C-397/19 (*Rumänska domare*) inte granskats var och en för sig utan slagits ihop med analysen av domstolens dom av den 15 juli 2021 inom ramen för ett överträdelseförfarande om Polens nya disciplinåtgärder mot domare (mål C-791/19) samt domstolens förhandsavgörande av den 2 mars 2021 om Polens ”falska domare” (mål C-824/18). Syftet med detta är inte att förminska deras betydelse och mervärde: i de båda avgörandena från april respektive maj 2021 klargör

domstolen bland annat att nationella myndigheter har en negativ såväl som positiv skyldighet att respektera EU:s krav på oberoende domstolar samt en skyldighet att inte sänka nivån på detta område.

I mer praktiska termer innebär dessa avgöranden att en stat som har anslutit sig till EU inte får införa bestämmelser som undergräver domstolarnas oberoende. Det skulle strida mot artikel 19.1 andra stycket i EU-fördraget, enligt vilken nationella myndigheter är förbjudna att anta ny lagstiftning som försämrar skyddet av rättsstaten som värde, i synnerhet EU:s garantier om domstolarnas oberoende. Avgörandena innebär också en skyldighet att avstå från lagändringar som undergräver rättsstatsprincipen – vilket till exempel blir fallet när en ny särskild åklagaravdelning inrättas och används som ett instrument för påtryckningar och hot mot domare, eller när nationella myndigheter inför nya regler om domares personliga ansvar utan garantier för att de ska kunna stå emot risken för yttre påtryckningar på innehållet i rättsliga beslut.

Påverkan på rättspraxis och begrepp inom andra områden

I denna rapport undersöks även ett antal fall som inte direkt berör frågor om domstolarnas oberoende. Fallen visar att rättsstatens tillbakagång i vissa EU-länder har haft en betydande men ofta indirekt påverkan på andra områden som omfattas av domstolens rättspraxis. Av fallen framgår också att domstolen främst har utgått från situationen i Polen i sin omvärdering av tolkningar och tillvägagångssätt när det gäller flera grundläggande begrepp i EU-rätten. Denna påverkan framgår först och främst av en strängare tolkning av innebörden av begreppet ”domstol” (i den mening som avses i artikel 267 i funktionsfördraget), en tolkning som användes i mål C-274/14 *Banco de Santander*. En liknande skärpning av begreppet ”utfärdande rättslig myndighet” – i den mening som avses i den europeiska arresteringsordern – kan konstateras i de förenade målen C-508/18 *OG* (Åklagarmyndigheten i Lübeck) och C-82/19 *PPU PI* (Åklagarmyndigheten i Zwickau) samt i mål C-509/18 *PF* (*Litauens allmänna åklagare*).

En annan viktig utveckling, som sannolikt åtminstone delvis har kommit till stånd som en reaktion på Polens rättsstatskris, kan konstateras i mål C-284/14, *kommisionen mot Frankrike*

(Förskottsbetalning). Där erbjöd domstolen en efterlängtd justering av de så kallade Cilfit-kriterierna, som avgör när de högsta instanserna i medlemsstaterna ska begära förhandsbesked från EU-domstolen. I mål C-284/16 *Achmea* tryckte domstolen också på ett strängare försvar av de nationella domstolarnas behörighet att se till att EU-rätten får full verkan. I det här fallet skapar försvaret av de nationella domstolarna dock problem: investerare som tidigare omfattades av bilaterala investeringsavtal inom EU riskerar att stå utan rättsligt skydd i länder där rättsstatsprincipen sviktar.

I mål C-216/18 PPU *LM (Celmer)* gjorde domstolen det också möjligt, åtminstone i teorin, för rättskipande myndigheter som ska verkställa europeiska arresteringsorder att ställa högre krav i fråga om de skyldigheter som är förknippade med ömsesidigt förtroende. Nationella rättskipande myndigheter ska således kunna ta hänsyn till systembrister som kan inverka på oberoendet för det nationella rättsväsendet i en medlemsstat där rättsstaten är på tillbakagång. Denna justering kan dock betraktas som uppenbart otillräcklig med hänsyn till den systemiska karaktären på och den nuvarande omfattningen av Polens brott mot rättsstatsprincipen.

Slutligen har EU-domstolen skärpt tolkningen av kravet på ”fastställd genom lag”. Det gjordes inom ramen för en omfattande översyn av ett EU-förfarande för utnämning av domare i domen av den 26 mars 2020, avgjord i stora avdelningen, i de förenade målen C-542/18 RX-II *Simpson* och C-543/18 RX-II *HG*. Domen gällde inte utnämning av domare på nationell nivå, men det var lätt att se hur domstolens resonemang kunde tillämpas på situationen i Polen där tydliga oegentligheter upprepade gånger har påverkat utnämningar av flera personer, särskilt till Högsta domstolen.

Senaste utmaningen: EU-rättens tillämpning på utnämning av domare på nationell nivå

Rapporten avslutas med domstolens senaste avgörande utmaning: hur ska de många felaktigt utnämnda ”domarna” hanteras? För att förstå det nya och komplexa med problemet analyseras domstolens dom av den 2 mars 2021 i mål C-824/18, *AB m.fl. (Utnämning av domare till Högsta domstolen – talan)*. Detta är EU-domstolens

hittills viktigaste dom när det gäller möjligheten att tillämpa EU-rätten på *nationella* förfaranden för utnämning av domare.

Domen i sig är domstolens tredje viktiga dom inom ramen för ett förhandsavgörande som bygger på en begäran från en polsk domstol (i det här fallet Polens högsta förvaltningsdomstol) och som tar upp frågor med koppling till den polska rättsstatens sammanbrott. Förhandsavgörandet är ett av totalt 37 fall (och det kommer hela tiden fler) där polska domstolar har bett EU-domstolen om förhandsavgörande i frågor som rör rättsstaten. Detta ska jämföras med totalt fyra överträdelseärenden som kommissionen hittills har överlämnat till EU-domstolen. Med så många preliminära fall som återstår att hantera kommer EU-domstolen sannolikt att ytterligare klargöra i vilken mån EU-rätten kan återopas för att hantera situationer där personer utnämns till domare på grundval av bristfälliga förfaranden, det vill säga förfaranden som röjer ett otillbörligt inflytande från den lagstiftande och den verkställande makten.

EU-domstolens rättspraxis har fördjupat EU som konstitutionellt system

Efter denna i stort sett kronologiska översikt avslutas rapporten med en övergripande analys av de centrala konsekvenserna av EU-domstolens bidrag i arbetet mot tillbakagången för rättsstaten. Även om det finns blinda fläckar i domstolens rättspraxis har den bidragit med en utveckling av EU-rätten som är en av de viktigaste sedan domstolen lade fast sin grundläggande rättspraxis i början av 1960-talet. Denna mångfacetterade rättspraxis – som förebådades i domstolens interimistiska beslut i målet om *Białowieżaskogen* och utvecklades fullt ut i domen i målet *Portugisiska domare* – har med andra ord lett till en förnyelse av de viktigaste elementen i EU:s konstitutionalism. Förnyelsen innebär att det har utvecklats en mer substantiell idé om rättsstatsprincipen på överstatlig nivå. Stödet för detta har varit en rättslig ”aktivering” av den hittills outnyttjade potentialen i artikel 19.1 i EU-fördraget. Denna aktivering kan beskrivas som en operationalisering av EU:s princip om ett effektivt domstolsskydd som är fullt berättigad och som har stöd i fördragen. Domstolen har därmed kunnat ingripa till försvar av en central och väletablerad del av rättsstatsprincipen: principen om domstolars oberoende.

Förutom alltmer detaljerade och bindande normer för domstolars oberoende har utvecklingen också inneburit en förbättrad rättslig dialog mellan EU-domstolen och nationella domstolar. I grund och botten handlar det om att EU:s värden håller på att överföras till det rättsliga området, vilket gör unionen till ett sant konstitutionellt system där rättsstatsprincipen och dess viktigaste komponenter har blivit en del av EU-rätten som kan göras

gällande i domstol. Detta banar väg för en mer enhetlig europeisk dömande makt som vilar på grundläggande principer med bindande verkan på både nationell nivå och EU-nivå. Genom att leda denna utveckling har EU-domstolen stärkt EU:s ”värdedimension”, en dimension som tillsammans med den inre marknaden nu utgör EU:s grundpelare.