Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 8 juli 2021 [1]

Mål C-132/20

BN,
DM,
EN
mot
Getin Noble Bank SA,
ytterligare deltagare i rättegången:
Rzecznik Praw Obywatelskich

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

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 267 FEUF – Begreppet ’domstol’ – Uttrycket ’inrättad enligt lag’ – Domstols oavhängighet – Frågornas relevans – Artikel 19.1 FEU – Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Typ av bedömning – Förfarande för utnämning av en nationell domare – Lustrationsåtgärder – Domares oavsättlighet”

I. Inledning

1. *”Häng alla domare*!” Detta är det råd som den förra chefen för Tjeckiens riksbank erinrar sig ha fått från en engelsk filosof och statsvetenskapsman som svar på frågan vad som först skulle göras efter kommunistregimernas fall för att åstadkomma en rättslig och judiciell omdaning i Central- och Östeuropa. [2]

2. Den svarta situationskomik som pressats in i denna korta kommentar förstås kanske bäst av dem som var med om den storskaliga samhällsförvandlingen i det forna kommunistblocket. Dessa personer kan vara bättre på att se den komiska kontrasten i vilken en grupp nyligen utsedda politiker, som ska bli de nya samhällsomdanarna, samlas kring en rådgivare som nyss kommit från väst. De är alla ivriga att få ta del av den mirakulösa åtgärd som bör vidtas med avseende på lagstiftningen och domarna. Hur ska (sammets-)revolutionen kunna genomföras lika på olika nivåer inom det kommunistiska domstolsväsendet? Det enda råd som erhålls är emellertid ett föga roligt skämt. Även om det befrias från dess våldsamma drag och endast uppfattas som ett

[1] Originalspråk: engelska.

[2] Tůma, Z., Soudce nelze novelizovat [Domare kan inte ändras], i: Kokeš, M., och Pospíšil, I., red.), *In dubio pro libertate: Úvahy nad ústavními hodnotami a právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea*, Masarykova Univerzita, Brno, 2009, s. 247.

förslag till en fullständig förnyelse av personalen inom domstolsväsendet förblir det i den komplicerade verkligheten i ett europeiskt land i det sena 1900-talet, som är på gränsen till en fredlig samhällsomdaning, inget annat än ett knappt användbart skämt.

3. ”*Syna alla domare*!” Uttalandet av ett sådant förslag från en medlemsstat i Europeiska unionen omkring 30 år senare och nära 16 år efter denna medlemsstats anslutning till Europeiska unionen ger en ganska intressant känsla av *déjà vu*. Till skillnad från en tidigare äldre tjänstemans personliga funderingar kring de forna förändringsperioder som nämns som ett sätt att ge en mer engagerande inledning till hans bidrag till en *Festskrift* tillägnad en berömd domare som deltog i dessa händelser, är detta förslag att undersöka domare uppenbart inte avsett att uppfattas som svart humor. Det förefaller vara en allvarligt menad undersökning av nuvarande och framtida synsätt hos vissa ledamöter av Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen), som är den hänskjutande domstolen i förevarande mål.

4. I förevarande mål undrar den hänskjutande domstolen huruvida omständigheterna kring den första tillsättningen av en domare i en medlemsstat vid en tid när denna stat fortfarande leddes av en odemokratisk regim och före denna stats anslutning till Europeiska unionen och denna domares fortsatta ämbete inom denna stats domstolsväsende efter det att kommunistregimen fallit, kan föranleda tvivel beträffande denna domares nuvarande oavhängighet och opartiskhet vid tillämpningen av artikel 19.1 FEU och artikel 47 i Europeiska unionens stadga för de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Genom sina efterföljande frågor utsträcker den domstolen i huvudsak samma fråga till senare domarutnämningar i Polen med påstående om att det förelåg andra processuella problem som kunde ha haft en inverkan på dessa utnämningar. Det förefaller således som om den hänskjutande domstolen i själva verket frågar huruvida den i samband med genomgången av överklaganden i rättsfrågor till den nationella högsta domstolen kan börja genomföra ett indirekt undersökningsförfarande av i stort sett samtliga polska domare som utsetts före år 2018, under åberopande av rättsväsendets oavhängighet som garanteras enligt unionsrätten.

5. Detta reser dock allvarliga tvivel avseende möjligheten till prövning i sak som föregår dessa frågor. Beslutet om hänskjutande i förevarande mål gavs in av en domare vars nyliga utnämning till domarämbetet är kraftigt ifrågasatt. Den sägs ha varit regelvidrig och vara behäftad med ett flagrant åsidosättande av nationell rätt. Är en sådan domare, som tjänstgör som ensamdomare i Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) och bedömer huruvida ett överklagande till detta organ kan tas upp till prövning, en ”domstol” vid tillämpningen av den självständiga definitionen av ett sådant organ enligt artikel 267 FEUF?

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

6. I artikel 19.1 andra stycket FEU anges att ”medlemsstaterna ska fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten.”

7. Enligt artikel 267 FEUF får endast en ”domstol” i en medlemsstat framställa en begäran om förhandsavgörande av Europeiska unionens domstol.

8. Avdelning VI i stadgan med rubriken ”Rättskipning” innefattar artikel 47 däri med rubriken ”Rätt till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol” som anger följande:

”Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i denna artikel.

Var och en har rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag …

…”

9. Artikel 7.1 och 7.2 i rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal,[3] i ändrad lydelse, föreskriver följande:

”1. Medlemsstaterna skall se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter.

2. De medel som avses i punkt 1 skall omfatta bestämmelser om att personer eller organisationer, som enligt nationell rätt har ett berättigat intresse att skydda konsumenter, får inleda ett ärende enligt nationell lagstiftning vid domstolar eller behöriga administrativa myndigheter, för att dessa skall avgöra om avtalsvillkor som utformats för allmänt bruk är oskäliga och använda lämpliga och effektiva medel för att förhindra framtida bruk av sådana villkor.”

B. Nationell rätt

10. I sitt beslut om hänskjutande hänvisar den hänskjutande domstolen till ett antal bestämmelser i nationell rätt. Följande bestämmelser är av särskild betydelse för detta förslag till avgörande.

11. Artikel 379.4 i Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (lag av den 17 november 1964 – civilprocesslag) föreskriver att ett förfarande är ogiltigt bland annat när ”sammansättningen av den domstol där målet är anhängigt var lagstridig eller om målet prövats i närvaro av en domare som var föremål för uteslutning”.

12. I enlighet med artikel 398^{9}.3 i denna lag kan ett överklagande i en rättsfråga endast prövas när bland annat det överklagade avgörandet har meddelats i ett förfarande som var ogiltigt.

13. Enligt artikel 398^{13} i denna lag prövar Högsta domstolen överklaganden i rättsfrågor inom ramen för överklagandet och de grunder som anförts. Inom dessa gränser beaktar domstolen emellertid på eget initiativ förfarandets ogiltighet.

III. De faktiska omständigheterna, det nationella målet och tolkningsfrågorna

14. Den 3 mars 2017 väckte sökandena i det nationella målet talan mot svaranden, Getin Noble Bank SA vid Sąd Okręgowy w Świdnicy (Regiondomstolen i Świdnica, Polen). Sökandena yrkade att svaranden skulle förpliktas att till dem gemensamt betala ett belopp om 175 107,10 polska zlotys (PLN) jämte lagstadgad dröjsmålsränta räknad från den dag då kravet framställs till

[3] EGT L 95, 1993, s. 29.

betalningsdagen. Den 3 april 2008 hade parterna ingått ett avtal om hypotekslån med index i utländsk valuta (schweiziska franc, nedan kallat CHF). Sökandena åberopade den oskäliga karaktären av mekanismen för låneindexering i detta avtal samt villkoret beträffande paketförsäkring för det fall hypoteket förvägrades under de tre första månaderna av lånets löptid.

15. I sin dom av den 21 augusti 2018 biföll Sąd Okręgowy w Świdnicy (Regiondomstolen i Świdnica) delvis sökandenas yrkanden. Den domstolen förklarade att kontraktsvillkoren i det omtvistade låneavtalet, som tillät banken att efter egen skön bestämma växelkursen för CHF, var rättsstridiga. Den tillerkände sökandena gemensamt ett belopp om 16.120,12 PLN jämte lagstadgad dröjsmålsränta.

16. Det avgörandet överklagades till Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (Appellationsdomstolen i Wrocław, Polen). I sin dom av den 28 februari 2019 ogillade nämnda domstol överklagandena och fastställde den lägre instansens faktiska och rättsliga bedömning.

17. Sökandena anförde kassationsbesvär mot den överklagade domen (nedan kallad den ifrågasatta domen) vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) där målet för närvarande är anhängigt. Den hänskjutande domstolen ägnar sig för närvarande åt uppgiften att ta ställning till huruvida överklagandet kan tas upp till prövning.

18. Den hänskjutande domstolen konstaterar att medlemsstaterna enligt artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 93/13 ska se till att det finns en möjlighet att inleda ett ärende (vid domstolar eller behöriga administrativa myndigheter) för att avgöra huruvida avtalsvillkor är oskäliga. I Polen har den nationella lagstiftaren inrättat ett domstolsförfarande i detta avseende. Följaktligen ska enligt den hänskjutande domstolens uppfattning ett nationellt organ som prövar mål enligt direktiv 93/13 uppfylla Europeiska unionens krav för att kunna anses vara ”en domstol”, i den mening som avses i EU-domstolens praxis.

19. Den hänskjutande domstolen konstaterar att några domare vars oavhängighet enligt dess uppfattning kan ifrågasättas deltog i den sammansättning som meddelade den ifrågasatta domen. Tre av dessa (domare FO, domare GP och domare HK) utnämndes till domare i Appellationsdomstolen genom beslut av Republiken Polens president den 23 januari 1998, den 12 mars 2015 respektive den 16 april 2012. Dessa utnämningar gjordes på grundval av en resolution meddelad av Krajowa Rada Sądownictwa (Nationella domstolsrådet, Polen) (nedan kallat KRS) i sammansättningar som sedan bedömts vara författningsstridiga av Trybunał Konstytucyjny (Författningsdomstolen, Polen). I sin dom förklarade Trybunał Konstytucyjny (Författningsdomstolen) att tolkningen att mandatperioden för ledamöterna i KRS, som valts bland domare vid de allmänna domstolarna, var av individuell karaktär var oförenlig med artikel 187.3 i Republiken Polens författning.[4] Ett annat problem var enligt den hänskjutande domstolen det förhållandet att KRS:s resolutioner inte behövde motiveras och inte kunde överklagas.

20. Den hänskjutande domstolen har vidare angett att en av dessa tre domare (domare FO) utnämndes, åtminstone till sin första tjänst, under kommunistregimen. Det sätt varpå domare utnämndes på den tiden och åtgärder avseende tillsyn av och möjligheten att avsätta dem motsvarade inte enligt den hänskjutande domstolens uppfattning normerna i en demokratisk stat som styrs av rättsstatsprincipen. Den hänskjutande domstolen har också uppfattningen att

[4] Dom av den 20 juni 2017, K 5/17, OTK- A 2017.

ändringarna som införts i polsk rätt efter 1989 inte ledde till en utveckling av effektiva instrument för kontroll av domarutnämningar under kommunisttiden eller av domares eventuella åsidosättande av principen om oavhängighet.

21. Den hänskjutande domstolen undrar mot denna bakgrund huruvida den, mot bakgrund av EU-domstolens dom i målet A. K. m.fl., är skyldig att kontrollera oavhängigheten hos nämnda domare och om så är fallet vilken standard den ska tillämpa i detta avseende.

22. Då den hyser tvivel beträffande hur principerna som fastställts i domstolens praxis avseende oavhängigheten hos det nationella domstolsväsendet ska tolkas och tillämpas beslutade Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande:

”1) Ska artiklarna 2, 4.3, 6.1, 6.3 och 19.1 andra stycket i fördraget om Europeiska unionen (nedan kallad FEU), jämförda med artikel 47 första och andra stycket i [stadgan], artikel 267 tredje stycket FEUF, artikel 38 i stadgan och artikel 7.1 och 7.2 i rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal tolkas så, att det organ i vilket en domare för första gången eller återigen utnämnts till domare (i en högre domstol) av ett politiskt organ inom den verkställande makten i en stat med en totalitär, odemokratisk kommunistisk regim (Rada Państwa Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Folkrepubliken Polens statliga råd)) på förslag av justitieministern i den staten, utgör en oavhängig och opartisk domstol som är kvalificerad i den mening som avses i unionsrätten, särskilt med hänsyn till 1) den bristande insynen i kriterierna för utnämning, 2) möjligheten att när som helst avsätta domaren, 3) att rättsväsendets självregleringsorgan inte deltar i utnämningsförfarandet, eller 4) behöriga offentliga myndigheter som inrättats genom demokratiska val, vilket skulle kunna äventyra det förtroende som domstolsväsendet måste inge i ett demokratiskt samhälle?

2) Är det, för att besvara frågan i punkt 1, av betydelse att utnämningen av domare till efterföljande tjänster (i högre domstolar) kunde ske på grund av ett erkännande av en lämplig arbetsperiod (tjänstetid) och på grundval av en bedömning av det arbete som utförts i den tjänst på vilken denna person har tillsatts, i vart fall för första gången, av de politiska organ som avses i punkt 1 och i enlighet med det förfarande som beskrivs där, vilket skulle kunna äventyra det förtroende som domstolsväsendet måste inge i ett demokratiskt samhälle?

3) Är det, för att besvara frågan i punkt 1, av betydelse att utnämningen av domare till efterföljande tjänster (i högre domstolar, med undantag för Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) inte var beroende av att domaren avlagt en ed om att iaktta värdena för demokratiska samhällen, och att den domare som tillsatts för första gången förbundit sig att respektera den politiska regimen i den kommunistiska staten och ”Folkrepublikens rättsstatsprinciper”, vilket skulle kunna äventyra det förtroende som domstolsväsendet måste inge i ett demokratiskt samhälle?

4) Ska artiklarna 2, 4.3, 6.1, 6.3 och 19.1 andra stycket FEU, jämförda med artikel 47 första och andra stycket i stadgan, artikel 267 tredje stycket FEUF, artikel 38 i stadgan och artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 93/13 tolkas så, att det organ i vilket en domare för första gången eller återigen utnämnts till domare (i en högre domstol), i uppenbar strid mot bestämmelserna i en EU-medlemsstats författning, på grund av att det organ som valt ut den personen som kandidat till domstolstjänsten (Krajowa Rada Sądownictwa (Nationella domstolsrådet)) tillsatts i strid med medlemsstatens författning, vilket har fastställts av EU-medlemsstatens

författningsdomstol, och vilket följaktligen skulle kunna äventyra det förtroende som domstolsväsendet måste inge i ett demokratiskt samhälle, utgör en oavhängig och opartisk domstol som är kvalificerad i den mening som avses i unionsrätten?

5) Ska artiklarna 2, 4.3, 6.1, 6.3 och 19.1 andra stycket FEU, jämförda med artikel 47 första och andra stycket i stadgan, artikel 267 tredje stycket FEUF, artikel 38 i stadgan och artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 93/13 tolkas så, att det organ i vilket en domare som för första gången eller återigen utnämnts till domare (i en högre domstol) som valts ut som kandidat till den tjänsten i ett förfarande vid ett organ som utvärderar kandidater (Nationella domstolsrådet), utgör en oavhängig och opartisk domstol som är kvalificerad i den mening som avses i unionsrätten, om förfarandet inte uppfyller kriterierna för insyn och transparens vad gäller bestämmelserna om urval av kandidater, vilket skulle kunna äventyra det förtroende som domstolsväsendet måste inge i ett demokratiskt samhälle?

6) Ska artiklarna 19.1 andra stycket FEU, 2, 4.3 och 6.3 och jämförda med artikel 47 första och andra stycket i stadgan, artikel 267 tredje stycket FEUF, artikel 38 i stadgan och artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 93/13 tolkas så, att en domstol som dömer i sista instans i en medlemsstat i Europeiska unionen (Sąd Najwyższy (Högsta domstolen)), för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd, som medel för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter, är skyldig att i varje skede av förfarandet ex officio pröva huruvida

   a) den domstol som avses i frågorna 1 och 4 uppfyller kriterierna för en oavhängig och opartisk domstol som är kvalificerad i den mening som avses i unionsrätten, oberoende av vilken inverkan bedömningen av kriterierna i dessa punkter har på resultatet av prövningen, vad gäller fastställandet av om detta villkor är oskäligt, och

   b) förfarandet vid den domstol som avses i punkterna 1 och 4 dessutom är giltigt?

7) Ska artiklarna 2, 6.1 och 6.3 och 19.1 andra stycket FEU jämförda med artikel 47 första och andra stycket i stadgan, artikel 267 tredje stycket FEUF, artikel 38 i stadgan och artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 93/13 tolkas så, att en EU-medlemsstats konstitutionella bestämmelser om domstolars organisation och utnämning av domare som omöjliggör en bedömning av om utnämningen av en domare har verkan enligt unionsrätten, kan utgöra hinder mot att fastställa att en domstol eller en domare i den domstolen är oavhängig på grund av de omständigheter som anges i frågorna 1–5?”

23. I sin begäran om förhandsavgörande hemställde Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) att begäran om förhandsavgörande skulle behandlas enligt förfarandet för skyndsam handläggning i enlighet med artikel 105 i domstolens rättegångsregler.

24. Genom beslut av domstolens ordförande av den 8 februari 2020 avslogs den hänskjutande domstolens hemställan om skyndsam handläggning.

25. Skriftliga yttranden har getts in av Rzecznik Praw Obywatelskich (ombudsman, Polen), den polska regeringen och Europeiska kommissionen. Dessa parter yttrade sig också muntligt vid förhandlingen som ägde rum den 2 mars 2021.

IV. Bedömning

26. I förevarande mål har den hänskjutande domstolen ställt ett antal frågor avseende tolkningen av artikel 19.1 FEU (jämförd med artikel 2 FEU) och artikel 47 i stadgan. Det är enligt dess uppfattning möjligt att några av de domare som deltog i meddelandet av den ifrågasatta domen på grund av det förfarande, genom vilket de först utnämndes till en domartjänst, inte kan anses uppfylla kravet på oavhängighet som följer av dessa bestämmelser.

27. Med en intressant, nästan biblisk,[5] vinkling ifrågasätter ombudsmannen och, i mindre utsträckning, kommissionen den hänskjutande domarens egen oavhängighet som i detta mål tjänstgör som ensamdomare vid den nationella domstolen. Ombudsmannen har i synnerhet hävdat att utnämningen av den hänskjutande domaren till en domartjänst var behäftad med en flagrant överträdelse av nationell rätt. Den hänskjutande domaren uppfyller inte kravet på oavhängighet och kan följaktligen inte enligt ombudsmannens uppfattning anses vara en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

28. Det förefaller finnas en gemensam tråd som förenar de olika rättsfrågor som direkt (genom de hänskjutna frågorna) eller indirekt (på grund av grunderna för avvisning) uppkommer i förevarande mål: en domstols oavhängighet.

29. Jag kommer att i detta avseende inleda detta förslag till avgörande med några inledande kommentarer beträffande begreppet ”en domstols oavhängighet” i unionens rättsordning (A). Jag kommer sedan att diskutera argumenten rörande påståendet att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning (B) och, efter min slutsats att begäran kan tas upp till prövning, kommer jag slutligen att behandla tolkningsfrågorna i sak (C).

A. De olika dimensionerna av en domstols oavhängighet: artikel 267 FEUF, artikel 47 i stadgan och artikel 19.1 FEU

30. En domstols oavhängighet är utan tvivel ett centralt inslag i ”rättsstatsprincipen”. Artikel 2 FEU erkänner denna princip som ett av de värden som Europeiska unionen ska ”bygga på”. Kravet på domstolars oavhängighet fastställs också, låt vara underförstått, i inte mindre än tre bestämmelser i unionens primärrätt: artikel 267 FEUF, artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan.

31. Samtliga tre bestämmelser åberopas i förevarande mål. Alla förefaller faktiskt vid en första anblick vara tillämpliga i målet i fråga. Medan detta visserligen inte hindrar att andra bestämmelser samtidigt är tillämpliga, i synnerhet sektoriell sekundär lagstiftning som också innehåller särskilda bestämmelser om domstolsskydd[6] eller till och med sekundära rättsakter som uttryckligt avser domstolars oavhängighet,[7] är klarhet i fråga om det inbördes sambandet mellan dessa tre centrala fördragsbestämmelser avseende domstolars oavhängighet avgörande.

[5] Matteus 7:12 – ”Therefore all things whatsoever ye would that men should do to you, do ye even so to them” (Kung James bibel) eller i en modernare översättning, ”Do to others whatever you would have them do to you” (Nya amerikanska bibeln) (Allt vad ni vill att människorna skall göra er, det skall ni också göra för dem.). Samma ”gyllene regel” för uppförande anses även utgöra grundläggande idéer hos ett antal andra religioner.

[6] Såsom i förevarande mål artikel 7 i direktiv 93/13, som angetts ovan i punkt 9 i detta förslag till avgörande.

[7] Med vissa ordningar i sekundärrätten som även är övergripande tillämpliga, det vill säga oberoende av (materiell) sektoriell lagstiftning. Fastän uppenbarligen inte tillämpligt i förevarande mål, se, till exempel, kommissionens beslut av den 13 december 2006 om inrättande av en mekanism för samarbete och kontroll av Rumäniens framsteg vid uppfyllandet av de särskilda riktmärkena för reformen av rättsväsendet och kampen mot korruption (EUT L 354, 2006, s. 56) som behandlats i detalj i mitt förslag till avgörande i målet Asociația ”Forumul Judecătorilor din România” m.fl. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 och C-355/19, EU:C:2020:746, punkterna 183–225).

32. För det första gavs förevarande begäran in enligt artikel 267 FEUF som ger en ”domstol i en medlemsstat” rätt att begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande. I detta avseende har domstolen konsekvent förklarat att vid avgörandet av huruvida ett organ som begär förhandsavgörande är en domstol enligt artikel 267 FEUF är ett kriterium huruvida detta organ är oavhängigt. Detta innebär i huvudsak att organet ska vara skyddat mot ingripanden eller yttre påtryckningar som kan äventyra dess ledamöters oberoende prövning av de tvister som det ska avgöra. [8]

33. För det andra följer kravet att domstolar ska vara oavhängiga också av artikel 47 i stadgan, en bestämmelse som fastställer en personlig rätt till ett effektivt rättsmedel och en rättvis rättegång för varje part i förfarandet. I förevarande mål är det ostridigt att direktiv 93/13, som är materiellt tillämpligt i detta mål, tillerkänner sökandena i det nationella målet en personlig rätt som därmed utlöser tillämpning av artikel 47 i stadgan.

34. För det tredje förklarade domstolen i ett relativt nytt avgörande, men som numera är fast praxis, att det följer av medlemsstaternas skyldighet att tillhandahålla medel som är tillräckliga för att säkerställa ett effektivt rättsligt skydd på de områden som omfattas av unionsrätten och som föreskrivs i artikel 19.1 FEU, att oavhängigheten hos varje nationell domstol som kan döma på dessa områden ska säkerställas. Som domstolen framhöll är kravet på oavhängiga domstolar *oupplösligen förbundet* med rättskipningsuppdraget. [9] I detta avseende är det tillräckligt att påpeka att det nationella organ som meddelade den ifrågasatta domen, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (Appellationsdomstolen i Wrocław), otvivelaktigt är en domstol som kan döma på områden som omfattas av unionsrätten.

35. Denna ”multiplikation” av rättsliga grunder med avseende på principen om domstolarnas oavhängighet återspeglar dess författningsrättsliga betydelse och dess övergripande karaktär i ett samhälle som bygger på rättsstatsprincipen. Den kan emellertid också vara en källa till viss sammanblandning. Man kan undra huruvida dessa bestämmelser fastställer olika typer av ”oavhängighet hos en domstol” med den följden att till exempel en nationell domstol kan vara oavhängig med tillämpning av en av dessa bestämmelser medan den inte är tillräckligt oavhängig enligt en annan.

36. Som jag förklarade mer i detalj i mitt förslag till avgörande i målet Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim (nedan kallat Prokuratura Rejonowa) är detta inte fallet: enligt unionsrätten finns det bara en princip om domstolens oavhängighet. [10] Då dessa tre bestämmelser i fråga (artikel 267 FEUF, artikel 47 i stadgan och artikel 19.1 FEU) är olika vad gäller deras funktion och syfte kan ändå den typ av prövning som ska genomföras för att kontrollera förenlighet med principen om domstols oavhängighet skilja sig åt. I synnerhet varierar omfattningen av domstolens granskning avseende efterlevnaden av denna princip och tröskeln för att konstatera ett åsidosättande därav. [11]

37. Artikel 19.1 FEU kräver att medlemsstaterna bland annat ska ”fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd”. Det är därför en bestämmelse som huvudsakligen rör de strukturella och systematiska momenten i de nationella

[8] Se, bland annat, dom av den 17 juli 2014, Torresi (C-58/13 och C-59/13, EU:C:2014:2088, punkterna 17 och 18 och där angiven rättspraxis).

[9] Se dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkterna 37–42) och dom av den 20 april 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, punkt 51).

[10] Förslag till avgörande i de förenade målen C-748/19–C-754/19, EU:C:2021:403, punkterna 161 och 162.

[11] Ibidem, punkterna 163–169.

rättsliga ramverken: vad som är relevant enligt artikel 19.1 FEU är huruvida en medlemsstats domstolsväsende är förenligt med rättsstatsprincipen som fastställs i artikel 2 FEU. I detta sammanhang förefaller det mig som om huvudmomenten i domstolens bedömning är de som rör den övergripande institutionella och konstitutionella strukturen i det nationella domstolsväsendet. Moment som hör till det specifika målet kan ofta återspegla en bredare fråga men är inte i sig avgörande.

38. Tröskeln för ett åsidosättande av denna bestämmelse är ganska hög. Frågan är huruvida problemet/problemen som kommit till domstolens kännedom riskerar att hota den vederbörliga funktionen hos det nationella domstolssystemet och därigenom äventyra den berörda medlemsstatens förmåga att tillhandahålla enskilda personer tillräckliga rättsmedel.

39. I artikel 19.1 FEU föreskrivs ett extraordinärt rättsmedel för extraordinära situationer. Dess syfte är inte att fånga upp alla tänkbara problem som kan uppkomma vad gäller det nationella domstolsväsendet och än mindre isolerade fall av misstag vid tolkningen eller tillämpningen av nationella bestämmelser i ett rättssystem som i övrigt är sunt och förenligt med unionsrätten. Artikel 19.1 FEU åsidosätts endast genom överträdelser av en viss svårighetsgrad och/eller av systemisk karaktär där det är osannolikt att den interna rättsordningen kan erbjuda ett lämpligt korrigerande rättsmedel.

40. Artikel 47 i stadgan är däremot en bestämmelse som stadfäster en subjektiv rätt för var och en som är part i ett förfarande – till ett effektivt rättsmedel och till en rättvis rättegång – och som endast aktualiseras när ett mål omfattas av unionsrättens tillämpningsområde enligt artikel 51.1 i stadgan. Från denna utgångspunkt kräver kontrollen av om en domstol är ”oavhängig” i samband med artikel 47 i stadgan en noggrann och målspecifik bedömning av alla relevanta omständigheter. Problem som är länkade till strukturella eller systemiska aspekter av det nationella domstolssystemet är endast relevanta i den mån de kan ha en inverkan på det enskilda förfarandet.

41. Omfattningen av domstolens prövning av det ifrågavarande dömande organets oavhängighet är, i detta sammanhang, måttlig. Alla lagbrott utgör inte åsidosättanden av artikel 47 i stadgan. För detta krävs en viss svårighetsgrad. När väl den svårighetsgrad som krävs har uppnåtts är detta emellertid tillräckligt för att ge upphov till en överträdelse av artikel 47 i stadgan, eftersom inget annat villkor behöver vara uppfyllt för att den subjektiva rättighet som följer av unionsrätten ska anses vara upprätthållen. I synnerhet krävs inte att överträdelsen i fråga är av systemisk karaktär eller har längre gående verkningar än i det specifika fallet.

42. Slutligen har artikel 267 FEUF, trots att den ingår i detta landskap, ett annat mål och syfte till vilket jag återkommer i följande avsnitt. Huvudpunkten i detta avsnitt i förevarande förslag till avgörande är att fastän begreppet ”domstols oavhängighet” i unionsrätten är ett och detsamma kommer de exakta omständigheter, deras relevans, betydelse och inbördes vikt som beaktas i ett specifikt fall logiskt sett att med nödvändighet variera beroende på den unionsrättsbestämmelse enligt vilken frågan om oavhängighet ska bedömas.

B. Huruvida tolkningsfrågorna kan upptas till sakprövning

43. Ett antal argument har framförts avseende huruvida förevarande begäran om förhandsavgörande kan upptas till prövning. Några rör frågan huruvida det organ som framställt förevarande begäran kan anses vara en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF (1) medan andra avser relevansen av tolkningsfrågorna (2). Dessa argument kommer att behandlas var för sig.

1. Är den hänskjutande domstolen en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF?

44. Ombudsmannen har rest en invändning mot att begäran om förhandsavgörande prövas i sak på grundval av utnämningen av den domare som framställde tolkningsfrågorna i egenskap av ensamdomare. I synnerhet har ombudsmannen framhållit att den hänskjutande domaren hade utsetts genom beslut av Republikens president och att denne hade godtagit utnämningen trots att den berörda resolutionen från KRS (av den 28 augusti 2018) tillfälligt hade upphävts av Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) (beslut av den 27 september och 8 oktober 2018). Dessutom har ombudsmannen påstått att den hänskjutande domaren utsågs först efter det att den polske justitieministern/riksåklagaren, för vilken denna domare tidigare hade tjänstgjort och med vilken han har mycket starka band, personligen och, enligt ombudsmannens uppfattning, rättsstridigt ingripit i förfarandet till stöd för hans utnämning.

45. Ombudsmannen anser mot denna bakgrund att den hänskjutande domaren inte ska anses vara en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF. I synnerhet har ombudsmannen uttryckt tvivel med avseende på huruvida det hänskjutande organet enligt denna bestämmelse kan anses i) vara en domstol *inrättad enligt lag* och ii) uppfylla kravet på *oavhängighet*.

46. Kommissionen har också påstått att den hänskjutande domaren utnämndes under omständigheter – vilka är föremål för en begäran om förhandsavgörande som för närvarande är anhängig vid domstolen[12] – under vilka det tycks föreligga ett uppenbart åsidosättande av bestämmelser i en nationell lagstiftning som är tillämplig på utnämning av domare. Kommissionen förefaller emellertid anse att det på detta stadium ännu inte har fastställts till fullo att den hänskjutande domaren inte uppfyller de villkor som krävs för att vara en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

47. Jag håller med kommissionen om utgången, i fråga om prövningsbarheten av begäran, om än av andra skäl. Skälen bakom min slutsats på denna punkt är inte betingade av omständigheterna, såsom de som kommissionen anför, utan är mer begreppsmässiga till sin karaktär. Mitt förslag till svar har mycket litet att göra med en bedömning av huruvida den hänskjutande domaren har utnämnts i vederbörlig ordning, vilket förefaller mig högst tvivelaktigt. Snarare har enligt min uppfattning bedömningen av huruvida villkoret att vara en ”domstol” är uppfyllt alltid genomförts av det *organ* som begärt förhandsavgörande och bör fortsätta att genomföras på den nivån, men inte med utgångspunkt från de *personer* som är ledamöter av det organ som framställt begäran.

[12] Mål C-487/19, W. Ż., (EUT C 337, 2019, s. 4). I sitt förslag till avgörande i det målet drog generaladvokat Tanchev slutsatsen att utnämningar av domare av Republikens president utan beaktande av uppskjutande av utnämningsförfarandet genom ett beslut av Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen) utgjorde ett tydligt och medvetet åsidosättande av nationella regler och ett uppenbart åsidosättande av de nationella bestämmelser som reglerar förfarandet för utnämning av domare (EU:C:2021:289, punkterna 87–89).

48. Vid angivandet av mina skäl för denna slutsats kommer jag att börja med att beskriva domstolens traditionella inställning till denna prövning (a) och sedan föreslå varför jag anser att den bör behållas även i extraordinära fall som det förevarande (b).

a) Ett (oavhängigt) organ (inrättat enligt lag)

49. Begreppet ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF är ett självständigt unionsrättsligt begrepp och ska definieras oberoende av beteckningar och kvalificeringar enligt nationell rätt. I detta syfte har domstolen traditionellt använt de så kallade Dorsch-kriterierna: den kontrollerar huruvida det hänskjutande organet är upprättat enligt lag, huruvida det är av stadigvarande karaktär, huruvida dess jurisdiktion är av tvingande art, huruvida förfarandet är kontradiktoriskt, huruvida organet tillämpar rättsregler samt huruvida det är oavhängigt och opartiskt. [13]

50. Begreppet ”domstol” i artikel 267 FEUF har en *funktionell* karaktär: det tjänar till att ange de nationella organ som såvitt de utövar dömande funktioner kan bli domstolens *samtalspartner* i samband med ett förfarande för begäran om förhandsavgörande. Kärnan i det domstolssystem som inrättats genom fördragen utgörs av förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. Genom att det inrättas en dialog mellan EU-domstolen och domstolarna i medlemsstaterna syftar förfarandet till att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten och därigenom göra det möjligt att säkerställa unionsrättens koherens, fulla verkan och autonomi samt, i slutändan, den specifika karaktären hos den rättsordning som inrättats genom fördragen. [14] Denna dialog mellan domstolarna har konstitutionell betydelse, eftersom såsom framgår av artikel 19.1 FEU, domstolen och medlemsstaternas domstolar, båda inom sina respektive rättskipningsområden, ska ”vaka” över unionens rättsordning. [15]

51. I den omfattning som syftet med begreppet ”domstol” är att göra åtskillnad mellan organ som agerar i en *dömande* egenskap och organ som agerar i en annan egenskap måste en bedömning av huruvida ett nationellt organ uppfyller Dorsch-kriterierna följaktligen nödvändigtvis inriktas på strukturella institutionella frågor. Det som är avgörande i detta avseende är *detta organs* beskaffenhet, ställning och funktion inom medlemsstaternas institutionella ram. [16]

52. Denna bedömning har däremot aldrig använts för att kontrollera huruvida (en eller flera) specifika *enskilda personer* som hör till denna institution och ingår i den sammansättning som framställde begäran om förhandsavgörande, var och en för sig uppfyller Dorsch-kriterierna. Fokus har alltid varit på det organ [17] som framställt begäran om förhandsavgörande inbegripet de fall i vilka detta organ bestod av endast en person. [18]

[13] Dom av den 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, punkt 23). På senare tid, se, till exempel, dom av den 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

[14] För ett liknande resonemang, se på senare tid dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (Tillsättning av domare vid Högsta domstolen – Rättsmedel) (C-824/18, EU:C:2021:153, punkt 90 och där angiven rättspraxis).

[15] Se, för ett liknande resonemang, Yttrande 1/09 (inrättande av ett enhetligt system för patenttvister) (EU:C:2011:123, punkt 66).

[16] Se också mitt förslag till avgörande i målet Pula Parking (C-551/15, EU:C:2016:825, punkterna 85 och 86) och förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i de förenade målen Torresi (C-58/13 och C-59/13, EU:C:2014:265, punkt 53).

[17] Då detta inleds redan i mål såsom dom av den 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, EU:C:1966:39, på s. 273) är det ingen händelse att den använda terminologin konsekvent omnämner ett ”organ” (”organisme” på franska, ”Einrichtung” på tyska) som den relevanta institutionen.

[18] Redan, till exempel, dom av den 11 juni 1987, Pretore di Salò (14/86, EU:C:1987:275, punkterna 6 och 7) rörande en begäran om förhandsavgörande från en italiensk Pretore, i egenskap av ensam domare och som på det stadiet i förfarandet i huvudsak agerade som undersökningsdomare.

53. Detsamma gäller kontrollen av de två specifika Dorsch-kriterierna som valts ut som eventuellt problematiska i samband med förevarande mål: huruvida det rör sig om en domstol inrättad enligt lag och huruvida den är oavhängig.

54. När det först gäller *kriteriet* att det ska röra sig om en *domstol inrättad enligt lag* anger en (visserligen inte särskilt rikhaltig) rättspraxis att för att uppfylla detta kriterium är det hänskjutande organ till vilket de specifika personer hör som beslutat om hänskjutandet som ska vara reglerat i medlemsstatens lag. Syftet med detta kriterium har varit att utesluta prövning av hänskjutanden från organ som var inrättade i kraft av avtal (särskilt vissa former av skiljenämnder). [19]

55. I till exempel det nyskapande avgörandet i målet Nordsee inriktade domstolen sin bedömning på den rättsliga grunden för det hänskjutande organets verksamhet (en skiljenämnd som inrättats enligt ett avtal mellan parterna) och ansåg att det inte var av domstolskaraktär mot bakgrund av den svaga kopplingen mellan skiljeförfarandet och medlemsstatens system med rättsmedel vid de allmänna domstolarna. [20] En liknande inställning har tillämpats i senare mål där en fråga avseende den faktiska beskaffenheten av de funktioner som utövades av det hänskjutande organet prövades av domstolen. [21]

56. Det är visserligen riktigt att domstolens bedömning av beskaffenheten av det hänskjutande organet under senare år har utvecklats och blivit mer stringent. [22] Kanske kan det inte längre sägas, som i generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers berömda uttalande för några år sedan, att ”det är en kasuistisk, mycket elastisk och föga vetenskaplig rättspraxis med vaga konturer, som skulle medge en tolkningsfråga väckt av Sancho Panza när han var ståthållare för ön Barataria”. [23] Samtidigt har emellertid en viss flexibilitet (med rätta) bibehållits för att tillåta att nationella organ som *faktiskt* utövar dömande funktioner använder förfarandet för förhandsavgörande oavsett det namn eller den beteckning som dessa ges enligt nationell rätt. [24]

57. Denna inställning förefaller vara ännu mer befogad om man beaktar att ”inrättad enligt lag”-kriteriet vid tillämpning av artikel 267 FEUF på ett antal språk är uttryckt i termer som anger det ”rättsliga ursprunget” för det organ som begär förhandsavgörande. [25] Detta understryker igen att den centrala frågan är huruvida organet *bildades* på grundval av nationell lagstiftning, inte huruvida den specifika ledningen inom detta organ agerar enligt nationell rätt i varje enskilt fall. Den mångtydiga betydelsen av det engelska ordet ”law” (lag), som kan betyda både lagstiftning (en lagstiftningsakt) och ett regelsystem, [26] kan därför vara vilseledande i detta sammanhang.

[19] Beträffande en generell översikt, se till exempel Broberg, M., och Fenger, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2a uppl., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 61 och 62.

[20] Dom av den 23 mars 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punkterna 7–16).

[21] Se, bland annat, dom av den 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, punkt 24), dom av den 17 juli 2014, Torresi (C-58/13 och C-59/13, EU:C:2014:2088, punkt 20) och dom av den 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 18).

[22] Se, i synnerhet, dom av den 9 oktober 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punkterna 27–38) och dom av den 21 januari 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, särskilt punkt 55).

[23] Förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet De Coster (C-17/00, EU:C:2001:366, punkt 14).

[24] Se, i synnerhet, dom av den 17 juli 2014, Torresi (C-58/13 och C-59/13, EU:C:2014:2088, punkterna 15–30) och beslut av den 23 oktober 2018, Conseil départemental de l’ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne (C-296/18, ej publicerat, EU:C:2018:857, punkt 6). Mer generellt i denna fråga och med ytterligare hänvisningar, se mitt förslag till avgörande i målet Ministerstwo Sprawiedliwości (C-55/20, EU:C:2021:500, punkterna 31–62).

[25] Se, bland annat, den tyska (gesetzliche Grundlage der Einrichtung), spanska (origen legal), franska (origine légale), italienska (origine legale), portugisiska (origem legal).

[26] Som domstolen nyligen konstaterade i ett mål som föranledde en liknande tolkningsfråga fastän i ett annat sammanhang i dom av den 15 mars 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213, punkt 31).

58. I förevarande mål bjuds domstolen i själva verket in till att ytterligare utvidga kriteriet ”inrättad enligt lag” vid tillämpningen av artikel 267 FEUF. Med denna innebörd skulle kriteriet inte längre endast betyda att det dömande *organet* som begär förhandsavgörande har inrättats enligt lag, i betydelsen genom *lagstiftning*, till skillnad från ett avtal, utan skulle också innebära en prövning av huruvida den enskilda *domaren* som begär förhandsavgörande har *lagenligt utnämnts* samt varje annan eventuell omständighet som avser lagenligheten av detta organs funktion.

59. Enligt min uppfattning skulle en sådan utveckling inte vara rimlig. Såsom har förklarats ovan har det specifika begreppet domstol ”inrättad enligt lag”, enligt kriterierna i artikel 267 FEUF, alltid haft en ganska annorlunda betydelse. Det finns förvisso ett villkor som uttrycks på samma sätt (eller mycket liknande sätt), det vill säga ”en domstol inrättad (i enlighet) med lag”, som är en del av prövningen av huruvida rätten till en rättvis rättegång har åsidosatts i det enskilda fallet vid tillämpningen av artikel 6.1 i Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europakonventionen) [27], som nu faktiskt återges i artikel 47 i stadgan. [28]

60. Som emellertid framgår av förklaringarna som redan getts ovan [29] har båda bestämmelserna, artikel 47 i stadgan, å ena sidan, och artikel 267 FEUF, å andra sidan, olika syften. Identifieringen av en lämplig domstol som samtalspartner i form av organ i en medlemsstat som får hänskjuta en fråga till EU-domstolen skiljer sig från att konstatera brister i den lagenliga sammansättningen av en domstols ledamöter i varje enskilt fall för att skydda enskilda rättigheter enligt unionsrätten. I det senare fallet måste prövningen av lagenligheten av sammansättningen av en domstols ledamöter naturligtvis göras på nivån i det enskilda fallet medan detta inte nödvändigtvis gäller i det förra fallet.

61. Att således endast mekaniskt ”klippa och klistra” begreppet ”domstol inrättad enligt lag” från artikel 47 i stadgan in i artikel 267 FEUF, eftersom de låter till stor del lika, utan att vederbörligen reflektera över dessa begrepps olika innehåll och syfte skulle inte vara ett särskilt klokt tillvägagångssätt.

62. När det sedan gäller *kriteriet oavhängighet* enligt artikel 267 FEUF har domstolen konsekvent förklarat att kriteriet förutsätter att det finns ”regler – särskilt vad gäller en domstols sammansättning, utnämningar, tjänsternas varaktighet och grunderna för medlemmarnas röstnedläggelse, jäv och återkallande av röst – som utesluter allt rimligt tvivel som enskilda rättssubjekt skulle kunna hysa beträffande domstolens pålitlighet i förhållande till yttre omständigheter och dess neutralitet i förhållande till de intressen som konfronteras”. [30] Domstolen har också klarlagt att det i princip inte tillkommer domstolen att anta att nationella bestämmelser om domstolarnas oavhängighet kan tillämpas på ett sätt som strider mot principer som fastställs i den inhemska rättsordningen eller rättsstatliga principer. [31]

[27] Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, §§ 229–234) som nyligen bekräftats i Europadomstolen, 7 maj 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o. o. mot Polen (CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, §§ 243–247).

[28] Senast, se, till exempel, förslag till avgörande av generaladvokaten Tanchev i W. Ż. (C-487/19, EU:C:2021:289, punkterna 70–80).

[29] Punkterna 36–42 i detta förslag till avgörande.

[30] Se, på senare tid, dom av den 20 april 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, punkt 53 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

[31] Dom av den 4 februari 1999, Köllensperger och Atzwanger (C-103/97 EU:C:1999:52, punkt 24). Denna rättspraxis motsvarar den inställning som intagits av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i denna fråga, se Europadomstolen, 6 november 2018, Ramos Nunes de Carvalho e Sá mot Portugal (CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 186).

63. Domstolens bedömning har således, även i denna fråga, inriktats på den rättsliga ramen och de garantier som anges däri för att skydda domarnas förmåga att utöva sitt ämbete fria från varje form av (direkta eller indirekta, faktiska eller potentiella) påtryckningar. [32] Inriktningen har alltid varit på huruvida det organ som begär förhandsavgörande är strukturellt oavhängigt av både parterna i en där anhängig tvist [33] samt av varje extern styrning såsom att detta organ institutionellt utgör en del av administrationen. [34]

64. I en nyligen avkunnad dom uttrycktes exempelvis tvivel av några parter beträffande huruvida den hänskjutande domstolen i egenskap av ensamdomare uppfyllde unionens normer för oavhängighet och opartiskhet på den grunden att – då frågan rörde italienska fredsdomares ställning – han eller hon naturligtvis hade ett intresse i tvistens utgång. Efter att ha prövat de relevanta inhemska reglerna tillbakavisade domstolen denna invändning och förklarade att målet kunde tas upp till prövning i sak. Den fann att italienska fredsdomare ”utövar sitt ämbete helt självständigt, om inte annat följer av bestämmelserna om disciplinåtgärder, och utan yttre påtryckningar som kan påverka deras beslut”. Utan att undersöka den hänskjutande domarens specifika ställning tillade domstolen att ”det inte fanns anledning att betvivla att fredsdomaren uppfyller kriterierna om att fredsdomarinstitutet ska vara upprättat enligt lag”. [35]

b) Värdet av en pågående dialog

65. En omtolkning av begreppet ”domstol” vid tillämpning av artikel 267 FEUF som skulle kräva att domstolen prövar den specifika situationen för de personer som deltar i dessa nationella organ skulle i korthet stå i strid med både karaktären för och syftet med förfarandet för förhandsavgörande. Till skillnad från artikel 47 i stadgan, och möjligen vid en viss allvarlighetsgrad, också artikel 19.1 FEU har bedömningen enligt artikel 267 FEUF alltid endast rört identifieringen av lämpliga institutionella samtalspartners till domstolen och inte lagenligheten av varje moment i förfarandet vid den hänskjutande domstolen. Förfarandet för förhandsavgörande är på en viss nivå formaliserat och är således formellt: artikel 267 FEUF inrättar en dialog mellan dömande *institutioner* men inte mellan de *enskilda personer* varav dessa institutioner är sammansatta.

66. Jag vill tillägga fyra ytterligare systemiska skäl till varför jag anser att detta bör förbli fallet även i problematiska fall som det förevarande.

67. För det första skulle det vara motsägelsefullt (och kontraproduktivt) om domstolen kategoriskt vägrade inleda en judiciell dialog med organ som faktiskt, förvisso formellt, utövar dömande funktioner på nationell nivå och som begär bistånd vid tolkning och tillämpning av unionsrätt på mål som är anhängiga hos dem. Jag behöver knappast påpeka i detta sammanhang att domstolens svar på deras frågor blir bindande både för den hänskjutande domstolen och för

[32] Se, bland andra, dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punkterna 22–32).

[33] Dom av den 19 september 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, punkt 49).

[34] Således utesluts organ som handlägger administrativa överklaganden från att begära förhandsavgörande från domstolen enligt artikel 267 FEUF, se, till exempel, dom av den 30 mars 1993, Corbiau (C-24/92, EU:C:1993:118, punkterna 15–17) eller dom av den 30 maj 2002, Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, punkterna 34–38).

[35] Dom av den 16 juli 2020, Governo della Repubblica italiana (Italienska fredsdomares ställning) (C-658/18, EU:C:2020:572, särskilt punkterna 43 och 55). Jämför detta mål med tidigare mål, som i huvudsak rör samma fråga, i vilka domstolen avvisade begäran men endast då den hänskjutande domstolen enligt nationell rätt var uppenbart obehörig. Fastän några parter hade berört frågan om opartiskhet hänvisade domstolen inte till sådana argument i sina beslut: se beslut av den 6 september 2018, Di Girolamo (C-472/17, ej publicerat, EU:C:2018:684) och beslut av den 17 december 2019, Di Girolamo (C-618/18, ej publicerat, EU:C:2019:1090).

andra nationella domstolar som kan stå inför samma rättsliga frågor. [36] Genom att framställa en begäran enligt artikel 267 FEUF åtar sig därför den hänskjutande domstolen att följa domstolens tolkning av de unionsbestämmelser som kan vara tillämpliga i målet i fråga.

68. För det andra berövar inte förekomsten av (påstådda, möjliga eller troliga) problem med den rättsliga och moraliska rättfärdigheten hos de nationella domare som dömer i ett mål rätten för de enskilda *parterna* i målet till att se till att de relevanta unionsbestämmelserna tillämpas på ett riktigt sätt. Därför förefaller en institutionell och generell inställning till begreppet ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF vara mer förenlig med upprätthållande av rätten till ett effektivt rättsmedel som fastställs bland annat i artikel 47 i stadgan.

69. För det tredje är domstolen sett mer i praktiskt hänseende illa rustad att genomföra en bedömning av opartiskhet och moralisk integritet hos specifika domare på nationell nivå i form av en bedömning av möjligheten att uppta ett hänskjutande till prövning enligt artikel 267 FEUF. Bortsett från den omständigheten att en sådan insats kräver en tolkning av relevant nationell rätt och även förhållandet att bevisvärdet av varje faktisk omständighet och tolkningen av bestämmelserna i nationell rätt sannolikt ifrågasätts av parterna, är den avgörande punkten ändå att en detaljerad och ingående prövning behöver genomföras i samband med bedömningen av huruvida målet kan tas upp till prövning. På detta sätt skulle en talan rörande artikel 47 i stadgan eller artikel 19 FEU materiellt redan ha prövats i samband med bedömningen av huruvida målet kan tas upp till prövning med följden att bedömningen kan bli något cirkelbetonad. [37]

70. För det fjärde och slutligen föreligger frågan om horisontell konsekvens i domstolens praxis. Under normala omständigheter skulle ett antal personer, mig själv inräknad, anse att tanken att domstolen ska bedöma ”kvaliteten” hos en individuell domare vid en nationell domstol, som begär ett förhandsavgörande, för att godta eller avslå denna begäran, ganska förbryllande. Är de domare som framställde begäran laglydiga personer som utövar sina funktioner med erforderlig integritet? Föreligger någon eventuell intressekonflikt i det enskilda fallet? Kan en domare som är föremål för disciplinärt förfarande ändå framställa en begäran i ett annat mål? Vad gäller en domare som misstänks för korruption mot vilken förundersökning i brottmål redan inletts men som inte formellt avstängts från tjänsten? Är domstolen skyldig att pröva alla dessa frågor när den ”filtrerar fram” framställningar enligt artikel 267 FEUF?

71. Under senare år, i synnerhet med hänsyn till rättsstatsprincipens kris i flera medlemsstater har domstolen inte endast tvingats att utveckla sin praxis för att kunna ge vägledning med avseende på situationer och scenarier som få någonsin skulle ha trott varit möjliga utan också utmejsla undantag från normalt tillämpliga regler med hänsyn till onormala fall. Som jag redan har förklarat i ett annat sammanhang ser jag inte något påstått problem med dubbla måttstockar i sådana fall, eftersom situationerna är objektivt olika. [38]

72. I förevarande mål ombeds emellertid domstolen i själva verket att omtolka generellt tillämpliga Dorsch-kriterier som är övergripande tillämpliga på alla fall oberoende av det dömande organet i en medlemsstat och att avsevärt utsträcka omfattningen och argumenten (från parterna) som redan kan ha framförts i samband med bedömningen av huruvida målet kan

[36] Generellt i denna fråga och med hänvisningar till relevant rättspraxis, se mitt förslag till avgörande i målet Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:340, punkterna 59–62).

[37] Med avseende på liknande frågor i samband med dom av den 9 juli 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535), se i detalj mitt förslag till avgörande i målet WB m.fl., punkterna 115–120.

[38] Se mitt förslag till avgörande i målet WB m.fl., punkt 154.

tas upp till prövning enligt artikel 267 FEUF. Av alla de skäl som anförts i denna del av detta förslag till avgörande anser jag inte att ett sådant steg är påkallat, inte heller är det faktiskt nödvändigt ens med hänsyn till sådana extraordinära mål som det förevarande.

73. Mot bakgrund av det föregående kommer jag till slutsatsen att de eventuella bristerna i förfarandet för utnämning av den domare som framställde begäran i förevarande mål [39] och/eller dennes personliga och yrkesmässiga band till justitieministern/riksåklagaren [40] inte ska medföra avvisning av förevarande begäran om förhandsavgörande.

74. Denna slutsats är emellertid försedd med två viktiga förbehåll.

75. För det första ska det mycket tydligt understrykas att en sådan slutsats specifikt vid tillämpningen av artikel 267 FEUF på intet sätt betyder att den hänskjutande domstolen är lagenligt sammansatt och/eller att, mer specifikt, den hänskjutande domaren har utsetts lagenligt. De punkter som ombudsmannen tagit upp är enligt min uppfattning mycket oroande. Detta gäller särskilt när ombudsmannens påståenden prövas i det vidare institutionella och konstitutionella sammanhanget, varom domstolen har god kännedom, rörande rättsstatsprincipens ställning i Polen.

76. Dessa omständigheter kan emellertid i förekommande fall ha betydelse i samband med en bedömning av den hänskjutande domstolens oavhängighet enligt artikel 19.1 FEU och/eller artikel 47 i stadgan och kan eventuellt leda till slutsatsen att båda dessa bestämmelser har åsidosatts. Däremot har inte dessa omständigheter, som förklarats ovan, i normala fall betydelse för avgörandet av huruvida ett nationellt organ utgör en ”domstol” enligt artikel 267 FEUF. Tanken att formella institutionella parter bör fortsätta att kommunicera även om en av dem kan ha allvarliga tvivel beträffande de personliga kvaliteterna hos vissa av de personer som företräder den andra parten grundas på helt andra överväganden än godkännandet, även underförstått, av den andra parten.

77. För det andra utesluter jag inte möjligheten att en annan slutsats slutligen kunde dras om betydelsen av de omständigheter, som avser den personliga situationen för en eller fler domare vid en nationell domstol som formellt framställer en begäran enligt artikel 267 FEUF, skulle gå utanför personen/personerna i fråga och ha återverkningar på det nationella organets allmänna funktion, till vilket organ de hör. Emellertid skulle i ett sådant scenario prövningen inriktas på *organet* som begärt förhandsavgörandet och således med tillämpning av logiken i målet Dorsch och den institutionella inställning som föreslås i detta förslag till avgörande. Tillämpning av en institutionell inställning till bedömningen av Dorsch-kriterierna betyder inte att det institutionella *sammanhanget* inte ska beaktas. På någon nivå är naturligtvis en institution summan av de individer som deltar däri. Hur de individer som är en del av ett (förmodligen) dömande organ har utsetts till domartjänst är klart en del av detta sammanhang.

78. Denna situation kan uppkomma exempelvis beträffande en tillfångatagen eller kapad dömande institution i en medlemsstat som helt enkelt inte längre kan kallas en ”domstol”. Den kan möjligen uppkomma vid anhopningen av frågor avseende exempelvis utnämningar till denna

[39] För fullständighetens skull men utan att enligt min uppfattning ha någon betydelse för behandlingen av förevarande mål kan det tilläggas att förekomsten av processuella oegentligheter i detta utnämningsförfarande har fastställts efter förhandlingen i förevarande mål genom domar av Naczelny Sąd Administracyjny (Högsta förvaltningsdomstolen, Polen) av den 6 maj 2021, II GOK 2/18, II GOK 3/18, II GOK 5/18, II GOK 6/18 och II GOK 7/18. På grund av dessa processuella oegentligheter upphävde den domstolen KRS:s ifrågasatta resolutioner utan att emellertid på något sätt beröra giltigheten av Republikens presidents beslut att utse domarna i fråga.

[40] Beträffande de problem som följer med avseende på artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan av denna ”oheliga allians” mellan rollerna, se mitt förslag till avgörande i målet WB m.fl., i synnerhet punkterna 178–192.

(formellt dömande) institution, det politiska inflytandet utövas på dess beslutsfattande och andra eventuella omständigheter avslöjar ett mönster i vilket det inte längre finns någon oavhängig domstol värd namnet. I ett sådant fall skulle emellertid slutsatsen bli att *organet som sådant* inte längre kan anses vara en ”domstol” ens enligt den betydligt lättare bedömningen i artikel 267 FEUF, vilket betyder att EU-domstolen inte längre kan befatta sig med ett sådant organ. Detta organ skulle då bli helt avstängt från varje meningsutbyte.

79. Mot bakgrund härav är det min uppfattning att såvitt gäller förevarande mål kan Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) (ensamdomare) fortfarande anses vara en ”domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

2. Är begäran ”relevant” enligt artikel 267 FEUF?

80. En annan fråga rörande möjligheten att pröva målet som har väckts i förevarande mål rör ”relevansen” (eller ”nödvändigheten”) av tolkningsfrågorna.

81. Enligt fast rättspraxis motiveras inte en begäran om förhandsavgörande av att det möjliggör rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor utan av att det är *nödvändigt* för den faktiska lösningen av en tvist.[41] I detta avseende ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen.[42]

82. Härav följer att frågor avseende unionsrätten presumeras vara relevanta: en tolkningsfråga från en nationell domstol kan bara avvisas av domstolen då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den.[43]

83. Mer specifikt har domstolen beträffande kriteriet avseende relevans/nödvändighet konsekvent förklarat att kriteriet kräver att det beslut som kommer att meddelas av den hänskjutande domstolen *kan beakta* svaret i förhandsavgörandet.[44]

84. I detta avseende betonade domstolen i målet Miasto Łowicz, ett nyligen avgjort mål i vilket, i likhet med förevarande mål, frågor om rättsstaten behandlades, att vid avgörandet av relevansen vid tillämpning av artikel 267 FEUF måste det föreligga ett sådant samband mellan det berörda målet och de unionsrättsliga bestämmelser vars tolkning begärts ”att tolkningen tillgodoser ett objektivt behov för det avgörande som den hänskjutande domstolen ska meddela”.[45] Detta samband föreligger enligt domstolen när: i) tvisten i sak har anknytning till unionsrätten, ii) frågan rör tolkningen av processuella bestämmelser i unionsrätten som kan vara tillämpliga

41 För ett liknande resonemang dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 194 och där angiven rättspraxis).

42 Se dom av den 24 november 2020, Openbaar Ministerie (Urkundsförfalskning) (C-510/19, EU:C:2020:953, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

43 Ibidem, punkt 26.

44 Se, bland annat, dom av den 13 september 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 24) och dom av den 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punkt 31).

45 Dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny (C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 48).

eller iii) det svar som begärts från domstolen förefaller kunna tillhandahålla den hänskjutande domstolen en tolkning av unionsrätten som gör det möjligt för den att avgöra processuella frågor i nationell rätt innan den kan avgöra det aktuella målet i sak. [46]

85. Förevarande begäran om förhandsavgörande omfattas inte av de två första kategorierna eftersom det inte finns någon unionsbestämmelse av materiell eller processuell karaktär som är tillämplig i målet vid den hänskjutande domstolen beträffande vars tolkning eller giltighet den hänskjutande domstolen hyser tvivel. Den hänskjutande domstolen åberopar visserligen artiklarna 7.1 och 7.2 i direktiv 93/13 samt artikel 38 i stadgan som bestämmelser som också kan vara tillämpliga på tvisten i det nationella målet. Det skulle emellertid krävas en hel del fantasi och en lång kedja av transitivt resonemang för att tillämpningsområdet för dessa bestämmelser ska kunna omfattas av det materiella innehållet i de frågor som den domstolen faktiskt anför.

86. I vart fall förefaller förevarande mål höra till den tredje kategorin. Den hänskjutande domstolen begär ett svar från domstolen på de ställda frågorna, för att avgöra en processuell fråga i nationell rätt innan den kan döma i saken i det där anhängiga målet.

87. Enligt information som kommit fram under detta förfarande genomförs prövningen av överklaganden genom kassationsbesvär vid Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) i princip i två steg. I ett inledande steg prövar den domstolen genom en *ensamdomare* huruvida överklagandet kan tas upp till prövning. Enligt artikel 398^9.3 i den polska civilprocesslagen (nedan kallad den polska CCP) kan ett överklagande genom kassationsbesvär endast tas upp till prövning om bland annat det angripna beslutet har meddelats under ett förfarande som var rättsstridigt. Omständigheter som innebär att ett förfarande är rättsstridigt inbegriper enligt artikel 379.4 i den polska CCP bland annat att en domstol sammansättning inte överensstämde med relevant nationell lagstiftning eller om målet avgjorts i närvaro av en domare som var föremål för uteslutning. Det är endast om ett överklagande anses kunna tas upp till prövning som Sąd Najwyższy (Högsta domstolen), som dömer i en sammansättning om *tre domare*, prövar överklagandet i sak i ett senare steg.

88. Som den polska regeringen och kommissionen klarlade vid förhandlingen måste den domare som prövar huruvida överklagandet kan tas upp till prövning tydligt fastställa uppfyllelsen av ett av de fyra villkoren för prövning som anges i artikel 398^9.1 i den polska CCP för att målet ska gå vidare. I detta syfte ska den domare som handlägger detta inledande steg meddela ett specifikt och separat beslut angående upptagande till prövning, oavsett om det är positivt eller negativt, varigenom detta steg i den inledande bedömningen avslutas.

89. Mot denna bakgrund kan slutsatsen inte dras att tolkningsfrågorna inte har relevans för det avgörande som den hänskjutande domstolen ska meddela. Frågan om den rätta sammansättningen av den domstol, vars dom är föremål för prövning, är faktiskt en av grunderna för överklagandet i kassation. Som sådan ska den bedömas av den hänskjutande domstolen, vid behov *ex officio*, och varje slutsats som dras på denna punkt ska motiveras särskilt. En sådan fråga är därför en omständighet vid inledandet av rättegången *(in limine litis)* avseende förenligheten mellan nationell rätt och unionsrätt som den hänskjutande domstolen är skyldig att behandla för att kunna avgöra huruvida överklagandet i kassation kan tas upp till prövning.

[46] Ibidem, punkterna 49–51.

90. Jag anser följaktligen att tolkningsfrågorna är *relevanta* och således möjliga att pröva då domstolens svar på dessa frågor gör det möjligt för den hänskjutande domstolen att meddela ett avgörande i ett mål som är anhängigt där.

C. Prövning i sak

91. Genom sina frågor, varav några kan prövas gemensamt, framför den hänskjutande domstolen till EU-domstolen en rad tolkningstvivel avseende principen om en domstols oavhängighet, som följer av artikel 19.1 FEU jämförd med artikel 2 FEU och artikel 47 i stadgan. Fastän den hänskjutande domstolen i sina frågor åberopar ett antal andra bestämmelser, anser jag inte att en separat diskussion om dessa andra bestämmelser skulle kunna ge någon ytterligare klarhet beträffande de berörda frågorna.

92. De frågor som väckts av den hänskjutande domstolen rör i första hand den typ av bedömning, beträffande vilken den domstolen skiljer mellan två former, abstrakt och konkret, som den ska genomföra för att kontrollera efterlevnad av principen om en domstols oavhängighet. Denna fråga är av övergripande karaktär och återkommer på flera i de ställda frågorna. Jag kommer därför att pröva den först, i mina inledande kommentarer (1). Sedan kommer jag att mot den bakgrunden övergå till de specifika tolkningsfrågorna. Jag börjar med att bedöma huruvida vissa omständigheter kring den första utnämningen till domartjänst av personer som utövar funktioner som domare kan ifrågasätta deras oavhängighet vid tillämpningen av artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan, oavsett om det gäller en utnämning som gjorts under kommunistregimen (2) eller på ett senare stadium enligt de påstått bristfälliga system som följde till 2018 (3). Slutligen kommer jag att behandla den hänskjutande domstolens tvivel beträffande huruvida den är i princip skyldig att ta upp frågor om oavhängighet självmant och huruvida principen om domares oavsättlighet kan utgöra ett hinder mot att göra det (4).

1. Inledande kommentarer: bedömning av en domstols oavhängighet

93. Den hänskjutande domstolens frågor ger domstolen tillfälle att först och främst klarlägga det sätt varpå bedömningen av efterlevnad av principen om en domstols oavhängighet ska genomföras. För att bättre förstå de frågor som den hänskjutande domstolen tar upp är det lämpligt att kort erinra om de tvivel som den domstolen uttryckt i detta avseende.

94. I sin begäran om förhandsavgörande konstaterar den hänskjutande domstolen att EU-domstolen i sina tidigare avgöranden har klarlagt att för att fastställa huruvida en nationell domstol är ”oavhängig” ska hänsyn tas till bland annat det sätt varpå dess ledamöter utsågs och deras tjänstetid. I synnerhet förklarade domstolen att oavsett den konstitutionella modell som valts för utnämningen är det ”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”. [47]

[47] Dom av den 19 november 2019, A. K. m.fl. (Oavhängigheten hos den disciplinära avdelningen vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkterna 127 och 130–134 och där angiven rättspraxis) (nedan kallad A.K. m.fl.).

95. I detta avseende konstaterar den hänskjutande domstolen att i målet A. K. m.fl. anförde domstolen i huvudsak att påstått åsidosättande av principen om oavhängighet ska prövas utifrån samtliga relevanta omständigheter och med beaktande i förekommande fall av skälen och de specifika mål som påstås motivera åtgärderna i fråga. Betydelsen av de relevanta omständigheterna ska inte utvärderas för sig eller isolerat utan bedömas tillsammans mot bakgrund av det vidare rättsliga och institutionella sammanhanget. [48]

96. Den hänskjutande domstolen förklarar emellertid att den är osäker på det faktiska sättet på vilket bedömningen av efterlevnaden av principen om oavhängighet ska genomföras. I synnerhet har den uppfattningen att bedömningen kan göras abstrakt eller konkret. Med hänvisning till den specifika situationen i fråga i det nationella målet förklarar den hänskjutande domstolen att en abstrakt bedömning skulle betyda att varje fall i vilket en domare har utsetts genom ett felaktigt förfarande skulle föranleda problem oberoende av inverkan på det särskilda fallet i fråga. Följaktligen skulle en viss domares ställning, beteende och karriärmöjligheter som deltar i en dömande sammansättning sakna betydelse i detta sammanhang. Å andra sidan kan efterlevnad av principen om oavhängighet kontrolleras konkret vilket kräver att en koppling visas mellan ett rättsstridigt förfarande för utnämning av domare och en faktisk eller potentiell inverkan på utgången i ett visst fall.

97. Enligt min uppfattning förefaller det problem som angetts av den hänskjutande domstolen grundas på en något ofullständig tolkning av domen i fråga. Den hänskjutande domstolen väljer ut endast en aspekt av domen A. K. m.fl. och bildar sedan en falsk tudelning genom att presentera den abstrakta bedömningen och den konkreta bedömningen som ömsesidigt uteslutande, medan den är tyst i fråga om denna bedömnings sammanhang och syfte. Enligt min uppfattning är dessa två synsätt, bedömda i sitt rätta sammanhang, inte alternativa utan kompletterande eller till och med kumulativa.

98. Genom att hänvisa till ”samtliga relevanta omständigheter” har domstolen för det första inte uteslutit någon kategori av relevanta omständigheter. Enligt min uppfattning föreslog domstolen endast att det vid bedömningen av domstolars (o)avhängighet kanske inte räcker att endast se till ”nedskriven lag”. [49] Vad som ofta behövs är att även undersöka den praxis som gäller vid tillämpningen av dessa regler. [50] Både formella och institutionella omständigheter (som är centrala vid abstrakt bedömning) och mer konkreta och fallspecifika omständigheter (som utgör kärnan vid en konkret bedömning) kan, och i förekommande fall ska, således beaktas.

99. Mot bakgrund av den mångfald av situationer i vilka en fråga om domstolsväsendets oavhängighet kan uppkomma är det omöjligt att a priori säga vilken typ av omständigheter som ska ha större vikt. Betydelsen av dessa omständigheter, som jag upprepar ska bedömas tillsammans, beror uppenbarligen på de specifika omständigheterna i fallet i fråga.

100. Det allmänna *sammanhanget* i vilket reglerna tillämpas och hur de förhåller sig till och samverkar med andra regler och aktörer är dessutom lika viktigt. (O)avhängighet är per definition relativ: den är oberoende av eller beroende på något eller någon. Uttryckt i en metafor kan således inte dess bedömning begränsas till ett mikroskopiskt studium av en skiva salami utan att beakta

[48] A. K. m.fl., punkterna 152 och 153.

[49] Jämför Europadomstolen, 6 oktober 2011, Agrokompleks mot Ukraina (CE:ECHR:2011:1006JUD002346503, §136). Mer generellt i denna fråga, Spano, R., The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary, *European Law Journal*, 2021, s. 9.

[50] Beträffande en mer detaljerad diskussion och kategorisering av potentiella scenarier, se mitt förslag till avgörande i målet Asociația ”Forumul Judecătorilor din România” m.fl. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 och C-355/19, EU:C:2020:746, punkterna 240–248).

resten av salamin, hur och var den normalt lagras, dess avstånd och förhållande till andra föremål i lagerlokalen samtidigt som det förhållandet, att en relativt stor köttätare ligger där och lurar i ett hörn, nonchalant förbises.

101. För det andra och kanske av ännu större vikt är det helt enkelt inte möjligt att i förväg ange ett generellt giltigt test för att bedöma en domstols oavhängighet *oberoende av* den unionsbestämmelse som är tillämplig i målet i fråga. Att teoretiskt försöka fastställa när exakt en viss domstol är ”oavhängig” utan att heller känna till för vare sig i vilket *syfte* frågan ställs, det vill säga huruvida den ställs i samband med artikel 267 FEUF, artikel 47 i stadgan eller artikel 19.1 FEU, eller *omständigheterna* i ett enskilt fall, kommer ganska nära att be domstolen att enligt talesättet spänna kärran framför hästen.

102. Som jag har försökt förklara i föregående avsnitt av detta förslag till avgörande, och som jag redan angett i detalj i mitt förslag till avgörande i målet WB m.fl., föreligger det i unionsrätten endast en princip om domstolars oavhängighet, men exakt vad som kommer att bedömas och prövningens omfattning beror på vilken unionsrättslig bestämmelse som faktiskt tillämpas: artikel 267 FEUF, artikel 19.1 FEU eller artikel 47 i stadgan. [51]

103. I en bedömning enligt artikel 19.1 inriktar sig domstolen sannolikt först och främst på formella och institutionella omständigheter medan det i en bedömning enligt artikel 47 i stadgan är omständigheterna i det enskilda fallet som intar en central roll. Detta fokus bestäms av logiken i varje bestämmelse: en medlemsstats strukturella försummelser och/eller kränkning av enskildas rättigheter enligt unionsrätten. Detta är som förklarats dock inte ett binärt val: Det ena kan utgöra det andra även om de inte naturligt är desamma. Testet avseende ”samtliga relevanta omständigheter” betyder, och jag må förlåtas för truismen, att var och en av omständigheterna kan vara relevant. Det blir den bedömda bestämmelsens fokus och syfte i det specifika faktiska och rättsliga sammanhanget i ett visst fall som slutligt avgör vilken av dem som blir avgörande.

104. Sammanfattningsvis ska en nationell domstol när den bedömer efterlevnaden av principen om en domstols oavhängighet som fastställs i artikel 19.1 FEU och i artikel 47 i stadgan beakta samtliga relevanta omständigheter och i förekommande fall ta hänsyn till skälen och de specifika målen för de nationella bestämmelser som kan vara aktuella i situationen. I detta sammanhang kan både formella och institutionella omständigheter och för fallet specifika omständigheter vara relevanta beroende på särdragen i fallet i fråga och de unionsbestämmelser som äger tillämplighet. Betydelsen av dessa omständigheter ska inte utvärderas isolerat för sig utan bedömas tillsammans mot bakgrund av det vidare rättsliga och institutionella sammanhanget.

105. Jag övergår nu till de specifika punkter som nämns i de olika tolkningsfrågorna.

2. Frågorna 1–3

106. Genom sin första, andra och tredje fråga, som har ett nära samband och således kan prövas tillsammans, vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida omständigheterna kring den första utnämningen till en domartjänst av en av de domare vid domstolen som meddelade den ifrågasatta domen (domare FO) som ägde rum under kommunistregimen i Folkrepubliken Polen (nedan kallad PRL), har en inverkan på hans oavhängighet vid fullgörande av sina plikter som domare vid tillämpning av artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan.

[51] Punkterna 36–42 i detta förslag till avgörande samt punkterna 163–169 i mitt förslag till avgörande i målet WB m.fl.

107. I detta sammanhang påpekar den hänskjutande domstolen att en domare som tillträdde en tjänst under kommunisttiden i Polen avlade ed inför ordföranden vid domstolen i fråga för att bland annat trygga den ”demokratiska” polska statens frihet, oberoende och makt, för att skydda och stärka de konstitutionella sociala, ekonomiska och politiska principerna i PRL och stärka respekten för lagen och lojaliteten med denna stat. Enligt de bestämmelser som då var i kraft var rättssystemets uppgift i PRL att skydda ”folkets demokrati” och dess utveckling mot socialism. Domstolarna i PRP var också skyldiga att i sin verksamhet utbilda medborgarna i en anda av lojalitet med PRL.

108. Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning var inte sättet för domares utnämning vid denna tid och åtgärderna för deras övervakning och möjligheten till entledigande förenliga med normerna i en demokratisk stat som tillämpar rättsstatsprincipen. I synnerhet utnämndes och avsattes domare fram till 1989 av ett exekutivt statligt organ som kännetecknades av ett odemokratiskt maktsystem: statsrådet. Förordningarna som reglerade utnämning och entledigande av domare vid sidan av deras nära beroende av statens exekutiva organ, innehöll inte heller några öppna utnämningskriterier eller tillät självstyre för domstolarna eller organ som valts i demokratiska val att delta i utnämningsförfarandet. Dessa förfaranden undergräver enligt den hänskjutande domstolens uppfattning det förtroende för domstolsväsendet som de ska inge i ett demokratiskt samhälle.

109. Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning bidrog de ändringar som infördes efter 1989 föga till att utveckla effektiva metoder för kontroll av domarutnämningar som gjordes under kommunisttiden eller kontroll av domares potentiella överträdelser av principen om oavhängighet. Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning fanns det därför varken någon generell kontroll efter 1989 av alla domarutnämningar under kommunisttiden eller någon effektiv granskning av individuella domarutnämningar ens i fall där enskilda domare skulle uppenbart ha brutit mot principen om domstolars oavhängighet.

110. Jag anser inte att argumenten ovan är övertygande.

111. Jag håller förvisso med den hänskjutande domstolen om att förfarandena för utnämning av domare och mer generellt reglerna om deras ämbetsperioder och verksamhet under PRL-tiden inte erbjöd lämpliga garantier för att uppfylla normerna för domstolars oavhängighet enligt nu gällande EU-fördrag.

112. I övrigt förstår jag emellertid inte betydelsen av dessa uttalanden i *rättsligt* hänseende *i dag*. Genom att packa in en viss politisk syn på världen som ett rättsligt argument förefaller den hänskjutande domstolen påstå något som antingen utgör verklig retroaktivitet eller fullständigt grundlösa insinuationer.

113. Först anför den det uppenbara att unionsrätten inte var tillämplig i Polen före dess anslutning till Europeiska unionen. Det är också en sedan länge känd regel att i unionens rättsordning nya lagregler i avsaknad av specifika bestämmelser om retroaktiv effekt inte är tillämpliga på rättsliga situationer som har uppstått och blivit definitiva enligt den gamla lagen men de kan vara tillämpliga på deras framtida effekter och de är tillämpliga på nya rättsliga situationer.[52] Jag förblir således förbryllad över hur regler och normer som följer av artiklarna 19.1 FEU och/eller artikel 47 i stadgan kan tillämpas på domarutnämningar i Polen före 1989 utan att detta utgör verklig retroaktivitet.[53]

[52] Se, med ytterligare hänvisningar, mitt förslag till avgörande i målet E.B. (C-258/17, EU:C:2018:663, punkterna 44–48).

[53] Se emellertid dom av den 15 januari 2019, E.B. (C-258/17, EU:C:2019:17, punkterna 54–55).

114. För det andra finns det i unionsrätten förbehållet för fortsatta rättsverkningar. Därför kan ett problem med oavhängighet enligt artikel 19.1 FEU och/eller artikel 47 i stadgan eventuellt uppkomma om de nationella reglerna som den hänskjutande domstolen hänvisar till, trots att de sedan flera decennier inte längre var i kraft, fortfarande kan medföra viss effekt *i dessa dagar*. För att detta ska inträffa och såvitt gäller förevarande mål behöver man visa en fortsatt inverkan, ett förhållande mellan dessa tidigare nationella regler och förekomsten av nu befogade och verkliga tvivel hos enskilda personer beträffande oavhängigheten och opartiskheten hos en sådan domare som FO.

115. I detta avseende är beslutet om förhandsavgörande, med hänsyn till dess allmänna omfattning och detaljinriktning, förvånansvärt ganska knapphändigt när det gäller specifika förklaringar beträffande *vem* som kan vara den person, institution eller organ som för närvarande kan utöva otillbörlig påtryckning på domare FO och *varför* domare FO skulle vara böjd att ge efter för denna påtryckning. Den hänskjutande domstolen förefaller i stället att ägna sina krafter åt antagandet att domare som utsetts under kommunisttiden per definition är ”för evigt suspekta”, endast på grund av deras anknytning till den tidigare regimen och för att de, som fråga 3 antyder, aldrig återutnämndes och aldrig avlade en ny domared till den nya demokratiska staten.

116. För det tredje konstaterar jag utan att vilja på något sätt kommentera sådana ”uppfattningar” i sak att under historiens gång i varje land finns det konstitutionella tillfällen vid vilka ett antal valmöjligheter beträffande utformningen av nya statliga institutioner och deras personal uppkommer.[54] När emellertid Polen gjorde detta konstitutionella val för ungefär 30 år sedan tillsammans med ett antal andra länder i Centraleuropa valde Polen kontinuitet. Därefter har domare som utsetts under den tidigare regimen i Polen åtnjutit dubbel acceptans, både på nationell och på unionsnivå.

117. Å ena sidan, som den hänskjutande domstolen har påpekat, godtog den nybildade demokratiska staten, trots antagande av vissa ”lustrationsåtgärder”,[55] att domare som utsetts under PRL-tiden i princip kunde kvarstå i tjänst. Detta bekräftades av den polska regeringen vid förhandlingen.

118. Å andra sidan ansågs denna situation vara förenlig med unionsrätten av unionsinstitutionerna när det gällde Polens anslutning till Europeiska unionen. Det ska inte i detta avseende bortses från att blivande medlemsstater var skyldiga att uppfylla de så kallade Köpenhamnskriterierna,[56] av vilka en rörde förekomsten av stabila institutioner som säkerställer bland annat demokrati, rättsstatsprincipen och skyddet för mänskliga rättigheter.

119. Betraktade i detta sammanhang förefaller de frågor som ställts av den hänskjutande domstolen i själva verket utgå från att det konstitutionella val som gjordes av Polen för decennier sedan och som godtogs av Europeiska unionen vid dess inträde i unionen var felaktigt. Jag kommer återigen inte att kommentera de politiska verkningarna av denna tanke. Såvitt gäller

[54] Detta är förhoppningsvis med undantag för ”lösningen” som nämns i punkt 1 i detta förslag till avgörande.

[55] Termen ”lustration” är en nybildning, som härrör från det antika latinska ordet ”lustratio” som betydde rening genom offer, har använts i stor omfattning för att beteckna åtgärder för övergångsrättvisa, som antagits i postkommunistiska stater i Centraleuropa och Östeuropa, för att underlätta institutionella och administrativa reformer samt politisk och samhällelig förvandling. Dessa åtgärder innefattade ofta screeningprogram som syftade till att bedöma integritet och kapacitet hos enskilda som tjänstgör på vissa centrala områden inom offentlig förvaltning (inbegripet domare). Se, generellt, Europarådets parlamentariska församling, Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems: Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a State based on the rule of law (doc. 7568), 3 juni 1996 och Horne, C. M., *Transitional justice: Vetting and lustration*, i Lawther, C., Moffett, L., och Jacobs, D. (red.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, s. 424–441.

[56] Se ordförandeskapets slutsatser vid Europeiska rådet i Köpenhamn (21 och 22 juni 1993). Se nu artikel 49 FEU.

förevarande mål skulle emellertid rent faktiskt varje domstolsingripande i syfte att ogiltigförklara beslut som fattats av en nationell domare såsom domare FO endast på grund av att först ha utnämnts till en domartjänst under PRL-tiden vara likvärdigt med en *ny* ”lustrationsåtgärd”.

120. För det fjärde tillåter ingen unionsrättslig bestämmelse att domstolen kontrollerar det sätt varpå medlemsstaterna före deras anslutning har behandlat det politiska, rättsliga och administrativa arvet från tidigare regimer.[57] På samma sätt faller utformningen av tillämpliga eller nya regler rörande organisationen av domstolsväsendet, utnämningar, eller disciplinregler för domare alltid inom ramen för medlemsstaternas institutionella val.[58]

121. Detta betyder dock inte att varje lustrationsåtgärd som en medlemsstat skulle vidta *nu* kan undgå kontroll av dess förenlighet med unionsrätten när denna är *tillämplig*. I synnerhet måste en åtgärd som kan ha en inverkan på nationella domstolars verksamhet på områden som regleras av unionsrätten vara förenlig med bland annat de principer som fastställs i artikel 19.1 FEU som återspeglar de värden som fastställs i artikel 2 FEU såsom rättsstatsprincipen och respekt för grundläggande rättigheter.

122. Fastän domstolen inte har haft tillfälle att pröva någon sådan åtgärd har olika former av lustration tidigare bedömts av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen). I detta avseende har Europadomstolen förklarat att lustrationsåtgärder kan vara berättigade om de eftersträvar mål som avser bland annat skydd för nationell säkerhet, allmän säkerhet, befrämjande av förtroendet för nya demokratiska institutioner, förebyggande av oordning, öppenhet i offentlig verksamhet, klarhet och inre fred i samhället, landets ekonomiska välbefinnande och andra personers rättigheter och friheter.[59] I detta sammanhang har Europadomstolen också uttalat att stater får vidta lustrationsåtgärder, eftersom ”en demokratisk stat har rätt att kräva att statstjänstemän är trogna de konstitutionella principer på vilka den är grundad”.[60]

123. Europadomstolen har emellertid ansett att även om de inte leder till kränkning av mänskliga rättigheter i sig ska vissa villkor vara uppfyllda för att sådana åtgärder ska vara förenliga med bestämmelserna i Europakonventionen. Avseende det som är relevant i förevarande mål kommer jag endast att erinra om att Europadomstolen har krävt att det nationella rättsliga ramverket bland annat ska: vara tillräckligt exakt för att kunna *individualisera* ansvaret för varje berörd person,[61] ii)

[57] Inte heller finns det såvitt jag vet något bindande internationellt avtal i frågan, i synnerhet inte ett som är bindande för Europeiska unionen och/eller dess medlemsstater.

[58] Se, bland annat, dom av den 20 april 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, punkt 48).

[59] Europadomstolen, 21 oktober 2014, Naidin mot Rumänien (CE:ECHR:2014:1021JUD003816207, § 51). Jämför också Förenta nationerna, Rule-Of-Law Tools for Post-Conflict States–- Vetting: an operational framework, 2006, s. 3–5: som påstår att personalreform som syftar till att från allmän tjänst utesluta personer med allvarliga integritetsbrister bidrar till att återupprätta allmänhetens förtroende och att åter legitimera offentliga institutioner.

[60] Europadomstolen, 26 september 1995, Vogt mot Tyskland, (CE:ECHR:1995:0926JUD001785191, § 59).

[61] Europadomstolen, 24 juni 2008, Adamsons mot Lettland (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116) och Europadomstolen, 3 september 2015, Sõro mot Estland (CE:ECHR:2015:0903JUD002258808, §§ 60 och 61). Se också Europarådets parlamentariska församling, resolution 1096 av den 27 juni 1996 om åtgärder för att demontera arvet från tidigare kommunistiska totalitära system, s. 12.

innehålla lämpliga *processuella garantier* för de berörda personerna [62] och iii) ha *tillfällig karaktär*, eftersom den objektiva nödvändigheten att begränsa enskildas rättigheter på grund av övergångsåtgärder minskar med tiden. [63]

124. Europadomstolens bedömning förefaller enligt min uppfattning vara överförbar i stor omfattning till unionens rättsordning. [64] Mot bakgrund av denna rättspraxis hyser jag allvarliga tvivel att ett domstolsbeslut såsom det som föreslås av den hänskjutande domstolen skulle vara förenligt med unionsrätten. Utan att det finns något behov att behandla denna fråga ser jag flera möjliga problem som uppkommer, särskilt med avseende på artikel 2 FEU (rättsstatsprincipen) och artiklarna 47 och 48 i stadgan (domstolsskydd).

125. Det som jag emellertid under alla förhållanden finner vara mest slående är att en sådan åtgärd skulle övervägas decennier efter det att den tidigare regimen fallit och efter tillkomsten av en ny stat men ändå, åtminstone nominellt, med hänvisning till behovet att hantera det kommunistiska förflutna. Vilka än de sanna motiven är till att sådana förslag framställs i Polen i dag konstaterar jag endast att redan denna tidsmässiga brist på samband i sig skulle utesluta den objektiva nödvändigheten av sådana åtgärder i ett demokratiskt samhälle. [65] Enkelt uttryckt, den konstitutionella tidpunkten när sådana åtgärder legitimt skulle kunna övervägas har enligt min uppfattning för länge sedan passerat.

126. Mot denna bakgrund är det min uppfattning att redan det förhållandet att vissa domare har utnämnts till domartjänst första gången under PRL-tiden inte är en omständighet som i sig kan ifrågasätta deras oavhängighet i dag. Därför är inte de omständigheter som nämns i frågorna 1–3 sådana att de föranleder tvivel i fråga om en nationell domares oavhängighet och opartiskhet, såsom domare FO, vid tillämpningen av artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan.,

3. Frågorna 4 och 5

127. Genom sin fjärde fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida förhållandet, att några ledamöter i sammansättningen av den domstol som meddelade den ifrågasatta domen utnämndes till den domstolen på grundval av resolutioner som antogs av KRS i en sammansättning som var ett resultat av lagstiftning, såsom den tolkats, och som senare förklarats strida mot författningen av Trybunał Konstytucyjny (Författningsdomstolen), [66] har någon betydelse för bedömningen av huruvida denna sammansättning av domstolen uppfyllde kravet på oavhängighet. Genom sin femte fråga vill den hänskjutande domstolen också i huvudsak få klarhet i huruvida ett organ, såsom KRS vid den aktuella tiden, som tillämpade förfaranden som inte var öppna och offentliga med avseende på utnämning av domare kan anses vara oavhängigt vid tillämpning av unionsrätten.

[62] Europadomstolen, 14 februari 2006, Turek mot Slovakien (CE:ECHR:2006:0214JUD005798600, § 115), Europadomstolen, 24 juni 2008, Adamsons mot Lettland (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116) och Europadomstolen, 24 april 2007, Matyjek mot Polen (CE:ECHR:2007:0424JUD003818403, § 62).

[63] Europadomstolen, 24 juni 2008, Adamsons mot Lettland (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116) och Europadomstolen, 21 januari 2016, Ivanovski mot den tidigare Jugoslaviska republiken Makedonien (CE:ECHR:2016:0121JUD002990811, § 185). Se också Venedigkommissionens uttalande som återges i den senare domen i § 108, led a), enligt vilket ”introducing lustration measures a very long time after the beginning of the democratization process in a country risks raising doubts as to their actual goals. Revenge should not prevail over protection of democracy. Cogent reasons are therefore required”.

[64] Som också föreskrivs i artikel 52.3 i stadgan och artikel 6.3 FEU.

[65] I enlighet med kraven i Europadomstolens praxis som angetts ovan i fotnot 63 med antagande att något sådant fall ens skulle passera stadiet för legitimt mål och lagenlighet när de verkliga motiven bakom sådana åtgärder skulle bedömas.

[66] Se ovan punkt 19 i detta förslag till avgörande.

128. Dessa två frågor kan behandlas tillsammans. De kan kanske bäst angripas i två steg: i det första steget nominellt, det vill säga utan att ta det övergripande sammanhanget i beaktande och sedan i det andra steget genom att tillföra bedömningen detta vidare sammanhang. [67]

129. Först bör det framhållas att det framgår av domstolens och Europadomstolens praxis att inte varje misstag som kan förekomma i ett förfarande för utnämning av en domare är av sådan karaktär att det föranleder tvivel beträffande denna domares oavhängighet.

130. I målet Simpson framhöll domstolen att en felaktighet som begåtts vid utnämning av domare innebär en överträdelse av artikel 47 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 missbruka utnämningsmakten på ett sätt som undergräver utnämningsbeslutets integritet och därigenom ge upphov till rimligt tvivel hos enskilda vad beträffar den eller de berörda domarnas oavhängighet och opartiskhet”. I detta fall befanns den felaktighet som begåtts av rådet vid utnämningen av en ledamot i (dåvarande) Europeiska unionens personaldomstol inte vara av sådan svårighetsgrad att den åsidosatte artikel 47 i stadgan. [68]

131. På samma sätt, i målet Ástráðsson, följde Europadomstolen (stora kammaren) ett test i tre steg för att avgöra huruvida en rättsstridig utnämning av en domare åsidosatte rätten till en ”domstol upprättad enligt lag” enligt artikel 6.1 i Europakonventionen. I huvudsak kontrollerade Europadomstolen huruvida: i) det förelåg ett uppenbart åsidosättande av inhemska regler om tillsättning av domare, ii) åsidosättandet rörde en lag som var av grundläggande betydelse för utnämning av domare och iii) åsidosättandet hade effektivt prövats och avhjälpts av inhemska domstolar. [69]

132. Såvitt gäller det andra momentet som nämnts ovan betonade Europadomstolen i synnerhet behovet att bedöma åsidosättandet ”mot bakgrund av målet och syftet med kravet på en ’domstol upprättad enligt lag’, det vill säga att säkerställa domstolsväsendets förmåga att utföra sina skyldigheter fritt från otillbörligt ingripande och därigenom upprätthålla rättsstatsprincipen och uppdelningen av befogenheter”. Europadomstolen förklarade följaktligen att ”åsidosättanden av rent tekniskt slag som inte har någon inverkan på utnämningsförfarandets legitimitet ska anses ligga under den relevanta tröskeln”. [70]

133. I förevarande mål avsåg de frågor som identifierades av Trybunał Konstytucyjny (Författningsdomstolen) i dess beslut K 5/17 av den 20 juni 2017 längden av tjänstgöringstiden för vissa ledamöter i KRS, som är ett av de organ som deltar i utnämningsförfarandet för domare. Den domstolens bedömning förefaller till största delen vara av teknisk natur, åtminstone vid en analys utifrån artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan. Varken den hänskjutande domstolen eller den polska regeringen lämnade någon specifik och tydlig förklaring om motsatsen i samband med förevarande förfarande. När den tillfrågades på denna punkt vid förhandlingen uppgav den polska regeringen att enligt dess uppfattning hade felaktigheten i sammansättningen av KRS inte någon automatisk effekt på giltigheten av detta organs resolutioner som antogs mellan åren 2000

[67] Således görs en fallstudie för beaktande av `alla relevanta omständigheter` som kan ha betydelse som beskrivits ovan i punkterna 98–100 i detta förslag till avgörande.

[68] 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, i synnerhet punkterna 75–82).

[69] Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, §§ 244–252).

[70] Ibidem, § 246.

och 2018. Det förblir också oklart hur bedömningen av Trybunał Konstytucyjny (Författningsdomstolen) kan ha någon inverkan på allmänhetens uppfattning om oavhängigheten hos de tre domarna i fråga.

134. Det förhåller sig på detta sätt trots vikten av att identifiera denna omständighet enligt rättspraxis.

135. I till exempel målet kommissionen/Polen förklarade domstolen att den nationella lagstiftningen i fråga, som föreskrev en omedelbar effektiv sänkning av pensionsåldern för domare i Högsta domstolen, tillsammans med ett skönsmässigt tillstånd som beviljades av Republikens president för en domare att fortsätta i den rollen, underminerade principen om domares oavsättlighet som är väsentlig för deras oavhängighet och därigenom åsidosatte artikel 19.1 FEU. På grund av dess specifika särdrag och mot bakgrund av de omständigheter under vilka den antogs kom domstolen till slutsatsen att denna lagstiftning kunde föranleda rimliga tvivel beträffande de verkliga bakomliggande motiven. Domstolen konstaterade i synnerhet att flera omständigheter antydde att lagstiftningen kunde ha antagits för att utesluta eller förbigå en viss grupp av domare. [71]

136. I målen A. K. m.fl. och Repubblika [72] var det domstolens uppgift att bedöma sammansättningen och funktionen för två statliga organ som intervenerade i förfarandet för utnämning av domare i deras respektive medlemsstat. Domstolen prövade i synnerhet omständigheterna under vilka ledamöterna i dessa organ utsågs, det sätt varpå dessa organ utförde sina funktioner, det vidare rättsliga ramverket för dessa organs roll och verksamhet och slutligen det politiska landskap i vilket dessa organ var verksamma.

137. Mot denna bakgrund fann domstolen i målet A. K. m.fl. att vissa omständigheter kunde föranleda tvivel hos enskilda rättssubjekt beträffande pålitligheten hos organet i förhållande till yttre omständigheter, särskilt i förhållande till påtryckningar från den lagstiftande och den verkställande makten, fastän den överlät den slutliga bedömningen i fråga till den hänskjutande domstolen. I målet Repubblika däremot fann domstolen inget som pekade på en eventuell avsaknad av oavhängighet hos organet i fråga med hänsyn till relevanta regler och det sätt varpå dessa regler hade tillämpats av medlemsstatens institutioner. Det fanns inget skäl att anse att Republikens president i den medlemsstaten kunde använda sina befogenheter att utnämna domare som kunde föranleda verkliga misstankar hos den bredare allmänheten om de valda personernas oavhängighet.

138. I målet WB m.fl. ställde den hänskjutande domstolen en fråga till domstolen om huruvida nationell lagstiftning, enligt vilken justitieministern/riksåklagaren kunde på grund av kriterier, som inte offentliggjordes, överflytta domare till en högre domstol på obestämd tid och när som helst skönsmässigt återkalla överflyttningen, var förenlig med bland annat artikel 19.1 FEU jämförd med artikel 2 FEU. I mitt förslag till avgörande intog jag uppfattningen att denna lagstiftning strider mot dessa bestämmelser genom att den påverka det sätt på vilket vissa domare utför sina uppgifter. I synnerhet påstod jag att enligt denna lagstiftning kan några domare ges incitament att döma till förmån för åklagaren eller mer generellt på ett sätt som gillas av justitieministern/riksåklagaren. Domare vid lägre domstolar kan frestas av möjligheten att belönas med en överflyttning till en högre domstol med möjligtvis förbättrade karriärutsikter och

[71] Dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkterna 82 och 85).

[72] Dom av den 20 april 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, punkt 51).

en högre lön. Domare som överflyttats till högre domstolar kunde i sin tur avskräckas från att agera oavhängigt för att undvika risken för att deras överflyttning återkallas av justitieministern/riksåklagaren. [73]

139. Till skillnad från dessa fall kan inte ”motiv, medel och tillfälle” upptäckas med avseende på en eventuell avsaknad av oavhängighet hos de tre domarna i förevarande mål. I likhet med vad jag fann med avseende på omständigheterna rörande den första utnämningen av en domare under PRL-tiden lämnas jag här också med en undran över *vem* som för närvarande skulle kunna utöva otillbörliga påtryckningar på de tre domarna i fråga till följd av eller med hänsyn till felet i deras utnämningsförfarande och *varför* dessa domare, åtminstone enligt de enskildas uppfattning, kan förmås att ge vika för denna påtryckning.

140. En något annorlunda bild framkommer emellertid när bedömningen utvidgas till att omfatta ”alla relevanta omständigheter”, i synnerhet vid begrundan av potentiella ”motiv, medel och tillfälle” som ligger bakom beslutet av Trybunał Konstytucyjny (Författningsdomstolen) rörande den (o)rätta sammansättningen av KRS på vilken den hänskjutande domstolen grundar samtliga sina farhågor avseende riktigheten av domarutnämningar mellan åren 2000 till 2018. I detta avseende kan kanske en mer undersökande eller kritisk observatör vara böjd att undra över vilka de verkliga motiven var bakom detta beslut, huruvida beslutet självt meddelades av en oavhängig och korrekt sammansatt domstol, [74] och hur mycket tilltro som i allmänhet kan sättas till beslut av en institution som kan uppfattas, för närvarande, vara benägen till instrumentellt missbruk. [75]

141. Slutsatsen är att inte heller de omständigheter som nämns i frågorna 4 och 5 är sådana att de föranleder tvivel om några nationella domares oavhängighet och opartiskhet vid tillämpningen av artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan.

4. Frågorna 6 och 7

142. Genom sin sjätte fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i om den är skyldig att på eget initiativ pröva huruvida domstolen i den lägre instansen, som meddelade den ifrågasatta domen, uppfyller kravet på oavhängighet som fastställs i artikel 19.1 FEU och artikel 47 i stadgan i syfte att pröva den eventuella ogiltigheten av en överklagad dom.

143. Genom den sjunde frågan vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida den, mot bakgrund av den oåterkalleliga karaktären av utnämningen av domare som föreskrivs i den polska författningen, ska avstå från att kontrollera oavhängigheten hos de domare som meddelade den ifrågasatta domen för de syften som angetts ovan

144. Mot bakgrund av de svar som getts på de tidigare frågorna föreligger i princip inte något behov av att besvara dessa frågor.

[73] Se mitt förslag till avgörande i målet WB m.fl., punkterna 171–196.

[74] Se Europadomstolen, 7 maj 2021, Xero Flor w Polsce sp. Z o. o. mot Polen, (CE:ECHR:2021:0507JUD000490718) som fastställde att vissa nya utnämningar till Trybunał Konstytucyjny (Författningsdomstolen) gjordes med uppenbart åsidosättande av inhemsk lag och att det rättsstridiga yttre inflytandet över detta organ som utövades av lagstiftaren och den verkställande makten underminerar själva kärnan i rätten till en ”domstol upprättad enligt lag” enligt artikel 6.1 i Europakonventionen.

[75] Helt nyligen och i någon mån relevant för förevarande mål med hänsyn till de berörda parterna i detta mål, se, till exempel, dom av Trybunał Konstytucyjny (Författningsdomstolen) av den 15 april 2021, K 20/20, som kom till slutsatsen att en bestämmelse i lagen om ombudsman, som föreskriver att den avgående innehavaren kvarstår i tjänst även efter utgången av dennes mandatperiod till dess att en ny ombudsman utses, strider mot författningen. Det är inte lätt att förstå varför en sådan bestämmelse, som lagligen säkerställer institutionell kontinuitet i ett antal organ i hela Europa, inbegripet EU-domstolen (se artikel 5 i stadgan för Europeiska unionens domstol) begreppsmässigt kan strida mot författningen. Varje eventuell intellektuell gåta i detta avseende kan emellertid snabbt lösas om man förstår sammanhanget, i synnerhet *varför* ett sådant beslut behövdes och *vem* som behövde det.

145. För fullständighetens skull kommer jag emellertid att lämna några korta kommentarer till de problem som berörts av den hänskjutande domstolen i dessa två frågor. I huvudsak undrar den hänskjutande domstolen huruvida den i princip är skyldig att på eget initiativ väcka frågor om oavhängighet och huruvida principen om oavsättlighet av domare kan hindra den från att göra det.

146. Såvitt gäller fråga 6 är det till att börja med inte helt klart varför denna fråga alls ställs med hänsyn till det faktum att den hänskjutande domaren tydligen har en skyldighet att ex officio kontrollera den rätta sammansättningen av den domstol som meddelade den överklagade domen enligt nationell rätt.[76] För den eventuella tillämpningen av artikel 47 i stadgan kan emellertid svaret på den hänskjutande domstolens tvivel sökas i domen i målet Simpson.[77]

147. I den domen uttalade domstolen att det följer av artikel 47 i stadgan som fastställer rättigheterna till ett effektivt rättsmedel inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag och till en rättvis rättegång att ”unionsdomstolen måste kunna kontrollera huruvida en brist i det aktuella utnämningsförfarandet [av en domare] eventuellt har inneburit ett åsidosättande av [dessa rättigheter]”. Dessa rättigheter innebär också att ”*varje domstol* är skyldig att kontrollera huruvida den, genom sin sammansättning, utgör en sådan domstol när det föreligger allvarliga tvivel i fråga om detta”. På grundval av tidigare rättspraxis förklarade domstolen att en sådan kontroll är ”en väsentlig formföreskrift, och frågan huruvida den har iakttagits omfattas av tvingande rätt. Denna fråga ska därför prövas ex officio”.[78]

148. Formuleringen av denna dom är helt klar: när *verkliga* tvivel rörande sammansättningen av domstolen uppkommer, exempelvis på grund av en möjlig brist vid utnämningen av en eller fler berörda domare, ska *varje domstol inom Europeiska unionen* pröva en sådan fråga, vid behov ex officio. Fastän målet Simpson rörde ett domstolsförfarande vid Europeiska unionens domstol är därför de principer som följer av denna dom tillämpliga även med avseende på nationella domstolar varje gång artikel 47 i stadgan är tillämplig.

149. Som emellertid förklarats i tidigare delar av detta förslag till avgörande förefaller det i förevarande mål inte föreligga någon faktisk omständighet som pekar på en eventuell avsaknad av oavhängighet hos de domare som meddelade den ifrågasatta domen.

150. Såvitt gäller fråga 7 har jag i likhet med kommissionen svårt att se hur principen om domares oavsättlighet, som är en princip som den hänskjutande domstolen påstår vara fastställd i den polska författningen, skulle ha hindrat den hänskjutande domstolen från att pröva en fråga om oavhängighet hos domarna i fråga på grund av ett påstått lagstridigt utnämningsförfarande.

151. Den hänskjutande domstolen förefaller mena att så snart en domare har formellt utnämnts enligt nationell rätt, kan denna domare inte avsättas och beslutet att utnämna honom eller henne kan inte ogiltigförklaras, trots att utnämningen eventuellt strider mot unionens normer för oavhängighet, då detta skulle stå i strid med principen om oavsättlighet.

152. Jag förblir förvånad över både de antaganden som den hänskjutande domstolen tycks utgå från och de slutsatser som dras därav.

[76] Se ovan punkt 13 och punkt 88 i detta förslag till avgörande.

[77] 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, i synnerhet punkterna 75–82).

[78] Ibidem, punkterna 53–58. Min kursivering.

153. För det första och återigen förefaller den domstolen noga fokusera på en specifik fråga betraktad i klinisk avskildhet och därigenom skapa en falsk motsägelse på en mycket hög abstraktionsnivå. Fastän beslutet att utnämna en domare till en domartjänst enligt nationell rätt inte kan prövas och upphävas följer förvisso inte därav att denna domares beslut är immuna mot att prövas eller att denna domare inte kan avsättas genom disciplinärt eller annat relevant förfarande förutsatt att samtliga nödvändiga regler och förfaranden har uppfyllts.

154. För det andra kan jag inte förstå hur principen om oavsättlighet av en domare i dess gängse betydelse alls skulle vara en fråga i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen har i uppgift att pröva huruvida ett överklagande genom kassation till Högsta domstolen kan tillåtas. Detta förfarande är uppenbarligen till exempel inte ett disciplinärt förfarande i vilket beslut kan fattas om avsättning av domaren i fråga eller om påförande av någon annan disciplinär åtgärd mot honom. Jag ser därför inte någon *direkt* kollision mellan principen om domares oavsättlighet och möjligheten att ogiltigförklara en dom som meddelats i ett överklagande på grund av en påstått felaktig sammansättning av den dömande avdelningen.

155. För det tredje ser jag inte heller en *indirekt* kollision i detta avseende. Enligt min uppfattning bortser övervägandena i beslutet om förhandsavgörande från två viktiga omständigheter rörande karaktären hos principen om oavsättlighet respektive dess samverkan med allmänna rättsgrundsatser.

156. Å ena sidan har domstolen konsekvent framhållit att för att säkerställa domstolsväsendets oavhängighet måste det finnas vissa garantier för att skydda enskilda som har dömande uppgifter i en tvist, såsom garantier mot att avsättas från tjänsten. Principen om oavsättlighet kräver i synnerhet att ”domarna kan kvarstå i tjänst så länge som de inte uppnått obligatorisk pensionsålder eller fram till dess att deras förordnande löper ut då de tjänstgör enligt ett visstidsförordnande.” [79]

157. Domstolen klarlade emellertid samtidigt att oavsättlighet varken är eller kan vara ”absolut”. Oavsättlighet, och mer generellt, domstols oavhängighet som den förmodas garantera, går hand i hand med domarens rättsliga ansvar. Undantag från denna princip kan förekomma förutsatt att ”det kan anses motiverat utifrån legitima och tvingande skäl, dock med iakttagande av proportionalitetsprincipen”. Domstolen framhöll exempelvis att det är ”vedertaget att domare får skiljas från sin tjänst om de har visat sig vara olämpliga att inneha tjänsten på grund av arbetsoförmåga eller på grund av att de grovt åsidosatt sina tjänsteåligganden; därvid ska förfarandet genomföras enligt adekvata handläggningsregler”. [80]

158. Förhållandet mellan principen om domares oavsättlighet å ena sidan och principen om domstols oavhängighet och rättigheterna till ett effektivt domstolsskydd och till en rättvis rättegång å andra sidan, leder visserligen till vissa svårigheter i fråga om samband. En avvägning mellan dessa intressen, som ibland drar åt olika håll, måste nås i varje uppsättning av omständigheter. Denna avvägning kan inte göras på ett abstrakt sätt såsom den hänskjutande domstolen antyder i sin sjunde fråga.

[79] Se dom av den 16 juli 2020, Governo della Repubblica italiana (Italienska fredsdomares ställning) (C-658/18, EU:C:2020:572, i synnerhet punkterna 47 och 48 och där angiven rättspraxis).

[80] Ibidem, punkt 48.

159. Den ståndpunkt som är underförstådd i begäran om förhandsavgörande kan emellertid inte enligt någon tänkbar inställning i denna fråga upprätthållas. Denna ståndpunkt ger nämligen upphov till en paradox: för att skydda domares oavhängighet måste också icke-oavhängiga domare skyddas.

160. Detta är ohållbart. I ett samhälle som grundas på rättsstatsprincipen och i vilket enskildas grundläggande rättigheter, såsom rätten till ett effektivt domstolsskydd och en rättvis rättegång, måste garanteras, gäller faktiskt själva motsatsen till den hänskjutande domstolen påstår. Man kan till och med gå så långt som att säga att i detta syfte är ”avsättligheten” av icke-oavhängiga domare lika viktig som ”oavsättligheten” av oavhängiga domare. Förekomsten av domare som är underdåniga för politiskt, ekonomiskt eller annat privat intresse slår mot kärnan i ett rättssystem som grundas på rättsstatsprincipen och en demokrati som bygger på maktfördelning.

161. Därigenom påstår jag inte att varje domare vars utnämning föranleder frågor om oavhängighet ska på grund därav avsättas från tjänsten och att dennes beslut ska ogiltigförklaras. Ett rättssystem måste ändå kunna genomdriva efterlevnad av principen om domstolsväsendets oavhängighet. Detta leder mig till min sista punkt.

162. Å andra sidan föranleder som nämnts ovan inte alla brister i ett förfarande för utnämning av domare problem med oavhängighet. Det finns inte någon automatik i detta avseende. [81] Det finns inte heller någon automatik beträffande följderna av ett konstaterande att en person av misstag utnämndes till en domartjänst, i synnerhet inte när rättsstridigheten härrör från åsidosättande av principen om oavhängighet. Enligt unionsrätten ska i stället föreligga ett rimligt förhållande mellan reglerna eller principerna som har åsidosatts, allvarligheten av den begångna överträdelsen och slaget och omfattningen av tillgängliga rättsmedel (och vid behov de påföljder som föreskrivs för överträdarna), mot bakgrund av förhållandena och omständigheterna i ett fall. [82]

163. Allmänna unionsrättsliga principer såsom bland annat proportionalitet, rättssäkerhet, respekt för res judicata och rättvist förfarande är förvisso inte främmande för någon bedömning av huruvida de nationella rättsmedlen på detta område säkerställer efterlevnad av unionsrätten och dess effektivitet.

164. Jag ser därför ingen spänning mellan ett eventuellt konstaterande att utnämningen av en domare behäftades med ett förfarandefel (även om detta fel är av det slaget att det föranleder tvivel hos enskilda avseende dennes oavhängighet) och principen om domares oavsättlighet.

V. Förslag till avgörande

165. Jag föreslår att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) på följande sätt:

– En nationell domstol ska vid bedömningen av ett eventuellt åsidosättande av principen om en domstols oavhängighet som fastställs i artikel 19.1 FEU och i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna beakta samtliga relevanta omständigheter och i förekommande fall ta hänsyn till skälen och de specifika målen för de nationella bestämmelser

[81] Se också Europadomstolen, 1 december 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418), gemensamt, delvis instämmande, delvis skiljaktigt yttrande av domarna O’Leary, Ravarani, Kucsko-Stadlmayer och Ilievski, särskilt § 53.

[82] I allmänhet beträffande detta förhållande, se mitt förslag till avgörande i målet An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara m.fl. (C-64/20, EU:C:2021:14, punkterna 34–63).

som kan vara tillämpliga på situationen. I detta sammanhang kan såväl formella och institutionella omständigheter som mer konkreta och specifika omständigheter vara relevanta beroende på särdragen i det enskilda fallet och de unionsbestämmelser som äger tillämplighet. Betydelsen av dessa omständigheter ska inte utvärderas isolerat för sig utan bedömas tillsammans mot bakgrund av det vidare rättsliga och institutionella sammanhanget.

– De omständigheter som nämns i frågorna 1–5 är inte sådana att de föranleder tvivel i fråga om nationella domares oavhängighet och opartiskhet vid tillämpningen av artikel 19.1 FEU och artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

– Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ska tolkas på det sättet att nationella domstolar är skyldiga att kontrollera huruvida en brist i ett förfarande för utnämning av en domare kan leda till en kränkning av rättigheter som tillerkänns i unionsrätten. När verkligt och allvarligt tvivel uppkommer på denna punkt ska den frågan behandlas av domstolen ex officio. Principen om domares oavsättlighet utgör inte hinder för nationella domstolar att genomföra denna kontroll.