Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PRIIT PIKAMÄE
föredraget den 25 juni 2020[1]

Mål C-808/18

Europeiska kommissionen
mot

Ungern

”Talan om fördragsbrott – Område med frihet, säkerhet och rättvisa – Direktiv 2013/32/EU – Nationellt förfarande för att pröva en ansökan om internationellt skydd – Artikel 6 – Faktisk tillgång – Artikel 43 – Förfarandegarantier – Artikel 46.5 och 46.6 – Rättsmedel mot förvaltningsbeslut att inte bevilja flyktingstatus saknar suspensiv verkan – Direktiv 2013/33/EU – Artikel 2 h – Obligatorisk placering i transitområden – Begreppet förvar – Direktiv 2008/115/EG – Artiklarna 5, 6.1, 12.1 och 13.1 – Återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna”

Innehållsförteckning

I. Tillämpliga bestämmelser 3
A. Unionsrätt 3
1. Direktiv 2008/115 3
2. Direktiv 2013/32 4
3. Direktiv 2013/33 6
B. Ungersk rätt 7
1. Lagen om rätt till asyl 7
2. Lagen om statens gränser 9
II. Det administrativa förfarandet 10
III. Bedömning 12
A. Avsaknad av faktisk tillgång till asylförfarandet 12

1 Originalspråk: franska.

1. Parternas argument 12

2. Bedömning 14

a) Huruvida det är möjligt att exakt identifiera den skyldighet som anmärkningen avser 14

b) Tillämpning i förevarande mål 16

B. Åsidosättande av de handläggningsregler som är tillämpliga på ansökningar om internationellt skydd 19

1. Parternas argument 19

2. Bedömning 20

a) Huruvida artikel 43 i direktiv 2013/32 är tillämplig 20

b) Huruvida de garantier som föreskrivs i artikel 43 i direktiv 2013/32 inte har iakttagits 22

c) Artikel 72 FEUF 23

C. Generellt förvar av asylsökande och åsidosättande av de relevanta förfarandegarantierna 25

1. Parternas argument 25

2. Bedömning 27

a) Huruvida det rör sig om förvar 27

b) Huruvida förvaret är lagenligt 30

D. Huruvida de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2008/115 inte har iakttagits 31

1. Parternas argument 31

2. Bedömning 33

a) Huruvida direktiv 2008/115 är tillämpligt 33

b) Artikel 72 FEUF 35

E. Huruvida det saknas effektiva rättsmedel mot avslag på en asylansökan 36

1. Parternas argument 36

2. Bedömning 37

IV. Rättegångskostnader 41

V. Förslag till avgörande 41

1. I förevarande mål har Europeiska kommissionen väckt talan vid domstolen med stöd av artikel 258 andra stycket FEUF och yrkat att domstolen ska fastställa att Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt vissa bestämmelser i direktiv 2013/32/EU,[2] direktiv 2013/33/EU[3] och direktiv 2008/115/EG.[4]

2. Talan har en mycket stor räckvidd och ifrågasätter huruvida en väsentlig del av den ungerska lagstiftningen om förfarandet för prövning av asylansökningar och förfarandet för verkställighet av ett återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet är förenligt med unionsrätten. De rättsfrågor som tas upp i talan är av stort intresse, bland annat frågan huruvida situationen för de asylsökande som befinner sig i transitområdena vid den serbisk-ungerska gränsen ska klassificeras som ”förvar” i den mening som avses i direktiv 2013/33.

3. Jag understryker den kommande domens känsliga natur och att domstolens tolkning skulle kunna få konsekvenser som går långt utöver förevarande mål, eftersom även andra medlemsstater i rådande läge skärper sin nationella lagstiftning på området.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2008/115

4. Artikel 2.2 i direktiv 2008/115 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa detta direktiv på tredjelandsmedborgare som

a) har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengengränserna eller som grips eller hejdas av de behöriga myndigheterna i samband med att de olagligen passerar en medlemsstats yttre gräns landvägen, sjövägen eller luftvägen och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten,

…”

5. I artikel 6.1 i detta direktiv föreskrivs följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2–5 ska medlemsstaterna utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända.”

6. I artikel 12.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Beslut om återvändande och eventuella beslut om inreseförbud och beslut om avlägsnande, ska utfärdas skriftligt och innehålla en redovisning av de faktiska och de rättsliga omständigheterna, liksom uppgift om tillgängliga rättsmedel.”

2 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd (EUT L 180, 2013, s. 60).

3 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2013 om normer för mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd (EUT L 180, 2013, s. 96).

4 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (EUT L 348, 2008, s. 98).

7. Artikel 13.1 i direktiv 2008/115 har följande lydelse:

”Den berörda tredjelandsmedborgaren ska ha tillgång till ett effektivt rättsmedel för att kunna överklaga eller begära omprövning av sådana beslut om återvändande som avses i artikel 12.1, inför en behörig rättslig myndighet eller förvaltningsmyndighet eller ett behörigt organ som består av opartiska ledamöter som åtnjuter garantier för sin oberoende ställning.”

2. Direktiv 2013/32

8. Artikel 3 i direktiv 2013/32 har följande lydelse:

”1. Detta direktiv är tillämpligt på alla ansökningar om internationellt skydd som lämnas in på medlemsstaternas territorium, inbegripet vid gränsen, i deras territorialvatten eller i deras transitzoner, samt på återkallande av internationellt skydd.

…”

9. I artikel 6 i detta direktiv föreskrivs följande:

”1. Om en person ansöker om internationellt skydd vid en myndighet som enligt nationell rätt är behörig att registrera sådana ansökningar ska denna diarieföring ske senast tre arbetsdagar efter det att ansökan gjorts.

Om ansökan om internationellt skydd görs vid en annan myndighet som kan förväntas få ta emot sådana ansökningar men som inte är behörig att registrera dem i enlighet med nationell rätt ska medlemsstaterna säkerställa att diarieföringen sker senast sex arbetsdagar efter det att ansökan gjorts.

…

2. Medlemsstaterna ska se till att en person som har ansökt om internationellt skydd har en faktisk möjlighet att lämna in sin ansökan så snart som möjligt. Om sökanden inte lämnar in sin ansökan får medlemsstaterna tillämpa artikel 28 i enlighet därmed.

3. Utan att det påverkar tillämpningen av punkt 2 får medlemsstaterna ställa som krav att ansökningar om internationellt skydd ska lämnas in personligen och/eller på en angiven plats.

…

5. Om ett stort antal tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ansöker om internationellt skydd samtidigt, med följden att det i praktiken blir mycket svårt att respektera den tidsfrist som föreskrivs i punkt 1, får medlemsstaterna besluta att tidsfristen ska förlängas till tio arbetsdagar.”

10. I artikel 24.3 i direktivet föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska säkerställa att sökande som har identifierats som sökande i behov av särskilda förfarandegarantier får det stöd som behövs för att de ska kunna utnyttja de rättigheter och uppfylla de skyldigheter som följer av detta direktiv under hela asylförfarandet.

Om det stöd som behövs inte kan ges inom ramen för de förfaranden som avses i artiklarna 31.8 och 43, särskilt i de fall där medlemsstaterna anser att sökanden är i behov av särskilda förfarandegarantier på grund av tortyr, våldtäkt eller andra allvarliga former av psykiskt, fysiskt eller sexuellt våld, ska medlemsstaterna antingen inte tillämpa eller upphöra att tillämpa artiklarna 31.[8] och 43. Om medlemsstaterna tillämpar artikel 46.6 på sökande på vilka artiklarna 31.[8] och 43 inte kan tillämpas i enlighet med detta stycke ska medlemsstaterna åtminstone ge de garantier som föreskrivs i artikel 46.7.”

11. I artikel 26.1 i direktiv 2013/32 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna får inte hålla en person i förvar endast av det skälet att han eller hon är en sökande. Skäl och villkor för förvar samt garantier för sökande i förvar ska utformas i enlighet med direktiv 2013/33/EU.”

12. I artikel 43 i samma direktiv, som har rubriken ”Gränsförfaranden”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får föreskriva förfaranden, i enlighet med de grundläggande principerna och garantierna i kapitel II, för att vid medlemsstatens gräns eller i transitzoner besluta om

a) huruvida en ansökan som lämnas in där ska tas upp till prövning, enligt artikel 33, och/eller

b) innehållet i en ansökan i ett förfarande enligt artikel 31.8.

2. Medlemsstaterna ska se till att ett beslut inom ramen för de förfaranden som föreskrivs i punkt 1 fattas inom rimlig tid. Om ett beslut inte har fattats inom fyra veckor, ska sökanden beviljas inresa till medlemsstatens territorium så att hans eller hennes ansökan kan handläggas i enlighet med andra bestämmelser i detta direktiv.

3. I händelse av ankomster som omfattar ett stort antal tredjelandsmedborgare eller statslösa personer som lämnar ansökningar om internationellt skydd vid gränsen eller i en transitzon, vilket gör det omöjligt i praktiken att där tillämpa bestämmelserna i punkt 1, får dessa förfaranden även tillämpas om och under den tid dessa tredjelandsmedborgare eller statslösa personer normalt är förlagda på platser i närheten av gränsen eller i transitzonen.”

13. I artikel 46 i detta direktiv föreskrivs följande:

”…

5. Utan hinder av punkt 6 ska medlemsstaterna låta sökande stanna på deras territorium till dess att tidsfristen för utövande av rätten till ett effektivt rättsmedel har löpt ut och, om de har utövat denna rätt inom utsatt tid, i avvaktan på resultatet av omprövningen.

6. Vid beslut om

a) att anse en ansökan uppenbart ogrundad i enlighet med artikel 32.2 eller ogrundad efter prövning i enlighet med artikel 31.8, utom i fall där dessa beslut grundar sig på de omständigheter som avses i artikel 31.8 h,

b) att en ansökan inte kan tas upp till prövning enligt artikel 33.2 a, b eller d,

c) att vägra att återuppta prövningen av sökandens ärende efter att det har avbrutits i enlighet med artikel 28, eller

d) om att ansökan inte ska prövas eller inte ska prövas fullständigt enligt artikel 39,

ska en domstol eller tribunal ha rätt att avgöra om den sökande får stanna kvar i medlemsstaten, antingen på begäran av sökanden eller *ex officio*, om beslutet leder till att sökandens rätt att stanna kvar i medlemsstaten upphör, och när i sådana situationer rätten att stanna kvar i medlemsstaten, i avvaktan på resultatet av prövningen inte regleras i nationell rätt.

…

8. Medlemsstaterna ska tillåta sökanden att stanna kvar på deras territorium i avvaktan på resultatet av förfarandet enligt punkterna 6 och 7 för att avgöra om sökanden får stanna kvar på territoriet.

…”

3. Direktiv 2013/33

14. Artikel 8 i direktiv 2013/33 har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna får inte hålla en person i förvar av enbart det skälet att han eller hon är en sökande i enlighet med [direktiv 2013/32].

2. Om det på grundval av en individuell bedömning av ett ärende visar sig nödvändigt får en medlemsstat besluta att ta en sökande i förvar, om mindre ingripande åtgärder inte kan tillämpas verkningsfullt.

3. En sökande får endast tas i förvar

a) i syfte att bestämma eller bekräfta sökandens identitet eller nationalitet,

b) i syfte att fastställa de faktorer som ansökan om internationellt skydd grundas på, som inte skulle kunna klargöras utan att ta den sökande i förvar, särskilt om det finns en risk för att sökanden avviker,

c) som ett led i ett förfarande i syfte att avgöra om den sökande har rätt att resa in på territoriet,

d) om han eller hon hålls i förvar på grund av ett förfarande för återvändande enligt [direktiv 2008/115], för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet och den berörda medlemsstaten på grundval av objektiva kriterier, inbegripet att han eller hon redan haft möjlighet att få tillgång till asylförfarandet, kan styrka att det finns rimliga skäl att anta att han eller hon ansöker om internationellt skydd enbart för att försena eller hindra verkställigheten av beslutet om återsändande,

e) om det är nödvändigt för att skydda nationell säkerhet eller allmän ordning,

f) i enlighet med artikel 28 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat.

Grunderna för förvar ska fastställas i nationell rätt.

…”

15. I artikel 9 i detta direktiv föreskrivs följande:

”…

2. Beslut om förvar av sökande ska fattas skriftligen av rättsliga myndigheter eller förvaltningsmyndigheter. I beslutet om förvar ska de faktiska och rättsliga skäl beslutet grundar sig på anges.

3. Om beslut om förvar fattas av en förvaltningsmyndighet ska medlemsstaterna ombesörja att en snabb rättslig prövning av försvarsbeslutets laglighet utförs *ex officio* och/eller på begäran av den sökande. Om prövningen sker *ex officio* ska beslut därom fattas så snart som möjligt efter det att den sökande tagits i förvar. När den äger rum på begäran av den sökande ska beslut därom fattas så snart som möjligt efter det att de aktuella förfarandena inletts. Medlemsstaterna ska i detta syfte i nationell rätt fastställa den tidsfrist inom vilken den rättsliga prövningen *ex officio* och/eller den rättsliga prövningen på begäran av den sökande ska genomföras.

Om förvaret, som en följd av den rättsliga prövningen, konstateras vara olagligt, ska sökanden i fråga omedelbart friges.

…”

16. I artikel 11.2 i detta direktiv föreskrivs följande:

”Underåriga får tas i förvar endast som en sista utväg, sedan det har konstaterats att andra, mindre ingripande alternativa åtgärder inte kan tillämpas verkningsfullt. Detta förvar ska begränsas till en så kort tid som möjligt, och alla åtgärder ska vidtas för att underåriga som hålls i förvar ska kunna friges och placeras i inkvartering som är lämplig för underåriga.

…”

B. Ungersk rätt

1. Lagen om rätt till asyl

17. I 71/A § i menedékjogról szóló 2007. évi LXXX. törvény (2007 års lag nr LXXX om rätt till asyl) (nedan kallad lagen om rätt till asyl) föreskrivs följande:

”1. Om utlänningen lämnar in sin ansökan i ett transitområde

a) före inresan i Ungern eller

b) efter att ha hejdats på ungerskt territorium inom ett område på [åtta] kilometer från den yttre gränsen i den mening som avses i artikel 2.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/399 av den 9 mars 2016 om en unionskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) [5] eller från gränsmarkeringarna, och eskorteras till en gränsskyddsanläggning, i enlighet med lagen om statens gränser,

ska bestämmelserna i detta kapitel tillämpas med de undantag som föreskrivs i denna paragraf.

…

5 EUT L 77, 2016, s. 1 (nedan kallad kodexen om Schengengränserna).

4. Om det har gått fyra veckor sedan ansökan lämnades in ska utlänningspolisen tillåta inresa i landet i enlighet med lagen.

5. Om ansökan kan tas upp till prövning ska utlänningspolisen bevilja inresa i landet i enlighet med lagen.

6. Om inresa i Ungern tillåts ska myndigheten med ansvar för asylfrågor genomföra asylförfarandet i enlighet med de allmänna bestämmelserna.

7. Reglerna om gränsförfaranden är inte tillämpliga på personer som är i behov av särskild behandling."

18. I 31/A § punkt 1 i lagen om rätten till asyl återges nästan ordagrant de förvarsgrunder som föreskrivs i artikel 8.3 i direktiv 2013/33. I 31/A § punkt 2 i denna lag föreskrivs följande: "Beslut om förvar av asylsökande får fattas efter en bedömning i det enskilda fallet och endast om det eftersträvade målet inte kan uppnås genom en åtgärd som säkerställer att den berörda personen förblir tillgänglig". I 31/A § punkt 5 föreskrivs följande: "Beslut om förvar av asylsökande ska fattas genom ett beslut som är verkställbart så snart det delgetts."

19. I 31/B § i samma lag föreskrivs följande:

"1. En sökande får inte hållas i förvar enbart av det skälet att en ansökan om asyl har lämnats in.

2. Ensamkommande barn som söker asyl får inte hållas i förvar.

3. Familjer med underåriga barn får endast hållas i förvar som en sista utväg, varvid hänsyn framför allt ska tas till barnens bästa.

…"

20. I 80/H § i lagen om asylrätt föreskrivs följande:

"Vid en krissituation till följd av massiv invandring ska bestämmelserna i kapitlen I–IV och V–VIII tillämpas med de undantag som föreskrivs i 80/I §–80/K §."

21. Enligt 80/I § i) i lagen om rätt till asyl är 30 § och 31 § [a] samt artiklarna 71/A §–72 § [i] i samma lag inte tillämpliga.

22. I 80/J § i denna lag föreskrivs följande:

"1. Asylansökan ska lämnas in personligen till den behöriga myndigheten och uteslutande i transitområdet, såvitt inte den asylsökande

a) är föremål för en tvångsåtgärd, en åtgärd eller en påföljd som inskränker den personliga friheten,

b) hålls i förvar av den myndigheten med ansvar för asylfrågor,

c) vistas lagligt i Ungern och inte ansöker om inkvartering på ett mottagningscentrum.

2. Den asylsökande omfattas av asylförfarandet från det att ansökan om internationellt skydd lämnas in till den behöriga myndigheten till dess att det beslut som antas till följd av förfarandet delges och inte längre kan överklagas.

…

4. Under den tid förfarandet pågår åtnjuter asylsökande som vistas inom transitområdet inte de rättigheter som avses i 5 § punkt 1 a och c.

5. Myndigheten med ansvar för asylfrågor fastställer transitområdet som den asylsökandes vistelseort fram till dess att beslutet om överföring enligt Dublinförordningen eller det beslut som inte längre kan överklagas har vunnit laga kraft. Den asylsökande kan lämna transitområdet genom utgångsporten.

6. Om den asylsökande är ett ensamkommande barn under 14 år ska myndigheten med ansvar förasylfrågor genomföra asylförfarandet i enlighet med de allmänna bestämmelserna efter den underåriges inresa i landet. Myndigheten ska utan dröjsmål hitta en tillfällig inkvartering till den asylsökande och ska samtidigt begära att myndigheten med ansvar för förmyndarskapsfrågor utser en förmyndare med uppgift att skydda och företräda den underårige. Förmyndaren ska utses inom åtta dagar från mottagandet av begäran från myndigheten med ansvar för asylfrågor. Myndigheten med ansvar för förmyndarskapsfrågor ska utan dröjsmål underrätta det ensamkommande barnet och myndigheten med ansvar för asylfrågor om förmyndarens namn.

23. I 80/K § i lagen om asylrätt föreskrivs följande:

”…

2. Myndigheten med ansvar för asylfrågor fattar ett beslut på grundval av de uppgifter den förfogar över, eller avslutar förfarandet, om den asylsökande

…

d) lämnar transitområdet.

…

4. Beslutet att avsluta förfarandet i enlighet med punkt 2 ovan kan inte angripas inom ramen för ett administrativt förfarande.

…”

2. Lagen om statens gränser

24. I 15/A § i államhatárról szóló, 2007. évi LXXXIX (2007 års lag nr LXXXIX om statens gränser) (nedan kallad lagen om statens gränser) föreskrivs följande:

”1. Ett transitområde får inrättas i det område som avses i 5 § punkt 1 som tillfällig vistelseort för personer som ansöker om asyl eller subsidiärt skydd (nedan kallad asylsökande) och som den plats där asylförfarandet och migrationspolisens verksamhet äger rum och där det finns nödvändiga anläggningar för detta ändamål.

2. En asylsökande som befinner sig i ett transitområde får resa in i Ungern

a) om myndigheten med ansvar för asylfrågor fattar ett beslut om att bevilja honom eller henne internationellt skydd,

b) om villkoren för genomförande av ett asylförfarande i enlighet med de allmänna bestämmelserna är uppfyllda, eller

c) om bestämmelserna i 71/A § punkterna 4 och 5 i [lagen om rätt till asyl] ska tillämpas.

2a I krissituationer orsakade av en massiv invandring kan en asylsökande som befinner sig i ett transitområde ges tillstånd att resa in i Ungern i de fall som avses i punkt 2 a och b.

…”

II. Det administrativa förfarandet

25. Den 11 december 2015 sände kommissionen en formell underrättelse till Ungern om att denna medlemsstat hade åsidosatt artikel 46.1, 46.3, 46.5 och 46.6 i direktiv 2013/32, tolkade mot bakgrund av artikel 47 i stadgan och artikel 3.8 i direktiv 2010/64/EU.[6] I underrättelsen uttryckte kommissionen sina farhågor beträffande verkningarna av rättsmedel vid gränsförfaranden, avsaknaden av automatisk suspensiv verkan av överklaganden av negativa beslut på asylområdet, garantin för personlig intervju inom ramen för den rättsliga prövningen av beslut om avslag på en asylansökan och beslut som fattats efter ett påskyndat förfarande, den självständiga processuella behörigheten för biträdande domare inom ramen för den rättsliga prövningen samt åsidosättande av unionens rättsregler om rätten till tolkning och översättning inom ramen för brottmålsprocesser.

26. Ungern besvarade den formella underrättelsen genom en skrivelse som kommissionen mottog den 12 februari 2016, i vilken Ungern gjorde gällande att den relevanta ungerska lagstiftningen var förenlig med unionsrätten.

27. Den 7 mars 2017 antog Ungern 2017 års lag nr XX. Kommissionen anser att denna lag, utöver de farhågor som angavs i den formella underrättelsen av den 11 december 2015, ger upphov till nya farhågor på följande områden: avlägsnande av tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig i strid med de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2008/115, underlåtenhet att garantera faktisk tillgång till asylförfarandet, olaglig utökning av gränsförfarandet, generell placering av asylsökande i förvar, åsidosättande av föreskrivna förfarandegarantier, olämplig tillämpning av principen om säkert tredjeland, underlåtenhet att betala ut dagersättning till sökande av internationellt skydd, åsidosättande av unionens regler om täckning av kostnaderna i samband med mottagningsvillkor och en nedsättning av fristen för att begära rättslig prövning av beslut i första instans angående avslag av en asylansökan från åtta till tre dagar.

28. Den 18 mars 2017 översände kommissionen en kompletterande formell underrättelse till Ungern, i vilken den gjorde gällande att Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 5, 6.1, 12.1 och 13.1 i direktiv 2008/115, artiklarna 3, 6, 7, 24.3, 31.8, 33, 38, 43, 46.1, 46.3, 46.5 och 46.6 i direktiv 2013/32, och artiklarna 2, 8, 9, 11 och 17.2 i direktiv 2013/33, jämförda med artiklarna 2 g, 17.3 och 17.4 i samma direktiv, samt artiklarna 6, 18 och 47 i stadgan.

29. Ungern besvarade den kompletterande formella underrättelsen genom en skrivelse av den 18 juli 2017 och kompletterade sitt svar den 20 oktober 2017 respektive den 20 november 2017. Även om denna medlemsstat fortsatt ansåg att den aktuella ungerska lagstiftningen var förenlig med unionsrätten anpassade den på vissa punkter lagstiftningen till unionsrätten.

30. Den 8 december 2017 sände kommissionen därför ett motiverat yttrande till Ungern, vilket delgavs Ungern samma dag, i vilket kommissionen förklarade att Ungern

6 Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/64/EU av den 20 oktober 2010 om rätt till tolkning och översättning vid straffrättsliga förfaranden (EUT L 280, 2010, s. 1).

– genom att vid prövningen av ett överklagande av ett beslut om avslag på en ansökan om internationellt skydd begränsa den prövning som avses i artikel 46.3 i direktiv 2013/32 till de omständigheter och rättsfrågor som prövades i samband med antagandet av beslutet,

– genom att inte införliva artikel 46.5 i direktiv 2013/32 med nationell rätt och genom att anta bestämmelser som avviker från huvudregeln om automatisk suspensiv verkan i situationer som inte omfattas av artikel 46.6 i samma direktiv,

– genom att föra över de tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på territoriet till andra sidan gränsstängslet, utan att iaktta de förfaranden och garantier som föreskrivs i artiklarna 5, 6.1, 12.1 och 13.1 i direktiv 2008/115,

– genom att fastställa att en asylansökan måste göras personligen till myndigheten med ansvar för asylfrågor och uteslutande inom transitområdet,

– genom att förordna att samtliga asylsökande (med undantag för de som är yngre än 14 år) ska underkastas ett förfarande till följd av vilket de asylsökande under hela asylförfarandet ska hållas i förvar på anläggningar i ett transitområde som de endast får lämna genom att bege sig i riktning mot Serbien, utan att ha säkerställt lämpliga garantier,

– genom att förkorta fristen för att begära omprövning av ett beslut i första instans om att avslå en asylansökan från åtta till tre dagar,

– har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 5, 6.1, 12.1 och 13.1 i direktiv 2008/115, artiklarna 3, 6, 24.3, 43, 46.3, 46.5 och 46.6 i direktiv 2013/32 samt artiklarna 2 h, 8, 9 och 11 i direktiv 2013/33, jämförda med artiklarna 6, 18 och 47 i stadgan.

31. Ungern besvarade det motiverade yttrandet den 8 februari 2018. Ungern upprepade sin uppfattning att de aktuella ungerska bestämmelserna var förenliga med unionsrätten och motiverade bestämmelserna med att åberopa den krissituation som en massiv invandring har lett till samt artikel 72 FEUF.

32. Eftersom kommissionen inte övertygades av Ungerns argument väckte den talan vid domstolen den 21 december 2018. Ungern inkom med sitt svaromål den 11 mars 2019. Parterna inkom med en replik och en duplik den 23 april 2019 respektive den 4 juni 2019.

33. Kommissionen och Ungern yttrade sig muntligen och besvarade domstolens frågor vid förhandlingen den 10 februari 2020.

34. I enlighet med artikel 61.1 i domstolens rättegångsregler anmodades parterna, på begäran av referenten, att inkomma med den statistik som de förfogade över avseende den genomsnittliga inkvarteringstiden för asylsökande i transitområdena vid den serbisk-ungerska gränsen samt vissa nationella bestämmelser som inte fanns med i inlagorna. Parterna ingav sina svar inom den angivna fristen. Domstolen översände den 20 maj 2020 dessa svar till parterna och anmodade dessa att i förekommande fall inkomma med yttrande häröver senast den 1 juni 2020. Enbart Ungern inkom med ett sådant yttrande. Ungern. Ungern anförde i detta yttrande bland annat att den omständighet som ligger till grund för kommissionens uppfattning att alla asylsökande generellt hålls i förvar då de måste vistas i ett transitområde, vilken kommissionen har redogjort för i ansökan i målet, inte längre föreligger, eftersom de nämnda transitområdena har stängts och de personer som vistades där har flyttats till öppna mottagningsanläggningar för att följa domen FMS m.fl.[7] Ungern anser därför att ändamålet med talan har förfallit i denna del.

7 Dom av den 14 maj 2020 (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367).

III. Bedömning

35. Jag vill inledningsvis endast påpeka att Ungerns invändning, om att ändamålet med talan har förfallit på grund av den nyligen vidtagna stängningen av transitområdena, inte kan vinna bifall enligt domstolens konstanta praxis, enligt vilken kommissionens intresse av att väcka talan om fördragsbrott består även när det påtalade fördragsbrottet har bringats att upphöra efter det att den frist som fastställts i det motiverade yttrandet löpte ut.[8] I ett sådant fall kvarstår nämligen ändamålet med talan, vilket kan vara att etablera grunden för det skadeståndsansvar som en medlemsstat kan ådra sig till följd av sitt fördragsbrott, gentemot rättighetshavarna.[9] Mot bakgrund härav förefaller det mig möjligt att pröva förevarande talan i sak i dess helhet.

36. Denna talan kan i huvudsak delas upp i fem anmärkningar, vilka jag kommer att pröva i tur och ordning.

A. Avsaknad av faktisk tillgång till asylförfarandet

1. Parternas argument

37. Genom sin första anmärkning har kommissionen gjort gällande att Ungern har åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 3 och 6 i direktiv 2013/32 genom att föreskriva att asylansökan ska lämnas in personligen till den behöriga nationella myndigheten, och uteslutande inom transitområdet, till vilka endast ett begränsat antal personer äger tillträde.

38. Kommissionen har påpekat att 2017 års lag nr XX ändrade lagen om asylrätt genom att ett undantagsförfarande infördes vid en krissituation orsakad av massiv invandring, enligt vilket en asylansökan, med några få undantag, ska lämnas in personligen och uteslutande i de två transitområdena vid den serbiska-ungerska gränsen, det vill säga Röszke och Tompa.

39. Efter att ha uttryckt sin oro över levnadsvillkoren i nämnda transitområden har kommissionen understrukit att de behöriga ungerska myndigheterna endast tillåter ett mycket begränsat antal personer att resa in till dessa områden. Av rapporterna från Förenta nationernas flyktingkommissariat och Europarådets generalsekreterares särskilda representant för migration och flyktingar framgår nämligen att det högsta antal sökande som Ungern beviljat internationellt skydd gradvis hade minskat, fram till att denna stat i maj 2018 i praktiken hade stängt gränserna för sådana sökande.

40. Av rapporterna framgår även att vissa personer befinner sig vid ingången till transitområdet, på en smal markremsa, och att inresan i området sker på grundval av en informell väntelista som så kallade samhällsledare översänder till de ungerska myndigheterna. Även om Ungern förnekar att den bidrar till utarbetandet av en sådan väntelista har landet inte bestritt att en sådan väntelista existerar. Det finns inte någon infrastruktur på den aktuella markremsan och tillträde till transitområdet sker mycket sakta, framför allt sedan januari 2018, och på grund av nämnda väntelista står endast ett fåtal personer i kö för att komma in i transitområdet. I rapporterna anges även att de personer som ansöker om internationellt skydd kan få vänta i upp till 18 månader innan de får resa in i transitområdet.

41. Kommissionen har påpekat att det följer av artiklarna 3 och 6 i direktiv 2013/32 att medlemsstaterna är skyldiga att se till att varje person som ansöker om internationellt skydd kan lämna in en ansökan på deras territorium och, efter ankomsten till deras territorium, ges tillgång till förfarandet för beviljande av sådant skydd. Skyldigheten att registrera ansökningar om internationellt

8 Se, bland många andra, dom av den 14 april 2005, kommissionen/Luxemburg (C-519/03, EU:C:2005:234, punkt 19).

9 Se dom av den 10 april 2008, kommissionen/Italien (C-442/06, EU:C:2008:216, punkt 42).

skydd senast tre arbetsdagar efter det att de lämnats in, vilken föreskrivs i artikel 6 i direktivet, avser även ansökningar som lämnats in vid en medlemsstats gräns. Dessutom skulle den ändamålsenliga verkan av den skyldighet att bevilja internationellt skydd som föreskrivs i artikel 18 i stadgan åsidosättas om medlemsstaterna kunde avslå en ansökan om registrering av ansökningar som lämnats in vid deras gräns.

42. Sammanfattningsvis har kommissionen gjort gällande att Ungern, genom att endast tillåta personer som befinner sig i transitområdet att lämna in och låta registrera en ansökan om internationellt skydd och genom att vara ytterst restriktiv med tillträdet till detta område, inte ger personer som befinner sig vid den ungerska gränsen möjlighet att lämna in en ansökan och få denna registrerad inom den frist som föreskrivs i direktiv 2013/32.

43. Kommissionen har tillagt att man inte i god tro kan hävda att endast ett fåtal människor önskar lämna in en ansökan om internationellt skydd i Ungern med motiveringen att endast ett fåtal personer står i kö för att komma in i transitområdet. Med hänsyn till att väntan på att få lov att resa in i transitområdet sker på en smal markremsa utan någon som helst infrastruktur, att antalet personer som får resa in i området gradvis har minskat till en enda person per dag och att tillträdet sker på grundval av en informell väntelista, är det svårt att tänka sig att sökande under vintermånaderna, utan tak eller föda och utan en realistisk chans att släppas i transitområdet, står i kö för att få komma in i detta.

44. Kommissionen anser under alla omständigheter att ett system enligt vilket rätten till registrering enligt artikel 6 i direktiv 2013/32 är förbundet med ett villkor om att ansökan ska ges in på en viss plats, till vilken tillgången är begränsad under lång tid, inte är förenligt med den regel som föreskrivs i samma artikel, enligt vilken sökande i tid ska garanteras tillgång till förfarandet.

45. Ungern har gjort gällande att personer som ansöker om internationellt skydd inte har rätt att välja asylland och att hänsyn ska tas inte enbart till artikel 6.1 i direktiv 2013/32, utan även till artikel 6.2 och 6.3, av vilka det framgår att unionslagstiftaren tillåter medlemsstaterna att kräva att sökanden lämnar in sin ansökan personligen och på en angiven plats. Eftersom det 80/J § punkt 1 i lagen om rätt till asyl föreskrivs att en asylansökan vid en krissituation till följd av massiv invandring [10] ska lämnas in personligen till den behöriga myndigheten i transitområdet, är denna bestämmelse följaktligen förenlig med detta krav.

46. I synnerhet har kommissionen felaktigt påstått att det inte är säkerställt att de ansökningar som lämnas in i transitområdet registreras av myndigheten med ansvar för asylfrågor i enlighet med direktiv 2013/32, eftersom förfarandet inleds enligt de allmänna bestämmelserna så snart ansökan har lämnats in i transitområdet. Genom 32/D § i lagen om rätt till asyl garanteras således att myndigheten med ansvar för asylfrågor, efter det att ansökan har lämnats in, omedelbart eller senast inom 24 timmar avslutar förfarandet i enlighet med artikel 6.1 i direktiv 2013/32.

47. Även om de ungerska myndigheterna känner till att de asylsökande som i Serbien ges tillgång till asylförfarandet eller bistånd inställer sig vid transitområdena i den ordning som de själva, de serbiska myndigheterna eller vissa organisationer bestämmer, har de ungerska myndigheterna emellertid inte något inflytande över den ordning som fastställts på detta sätt och bidrar dessa absolut inte till utarbetandet eller användningen av sådana listor.

10 Ungern har i sitt svaromål förklarat att en krissituation till följd av massiv invandring är en särskild situation som kan förklaras föreligga om de villkor som föreskrivs i 80/A § punkt 1 i lagen om asylrätt är uppfyllda och under vilken särskilda handläggningsregler gäller. Enligt kommissionen förklarade den ungerska regeringen i september 2015 att det förelåg en krissituation och förlängde senare dess verkningar till och med den 7 september 2019.

48. Enligt Ungern kan den ”smala markremsa” som kommissionen har hänvisat till inte på något sätt förklara det lilla antalet sökande. Eftersom det ungerska territorium som befinner sig inom transitområdet fortsätter på serbiskt territorium kan ett stort antal personer som önskar ansöka om asyl utan problem stå i kö till transitområdet. Kommissionens påstående att det saknas långa köer förklaras snarare av att de berörda personerna är eller redan har varit föremål för ett pågående asylförfarande i Serbien och får hjälp i den staten.

2. Bedömning

a) Huruvida det är möjligt att exakt identifiera den skyldighet som anmärkningen avser

49. Kommissionen har som rättslig grund för den första anmärkningen åberopat artiklarna 3 och 6 i direktiv 2013/32. I artikel 3 i direktivet föreskrivs att bestämmelserna i direktivet ska tillämpas på alla ansökningar om internationellt skydd som lämnas in på medlemsstaternas territorium, *inbegripet vid gränsen*, vilket innebär att artikel 6 i direktivet är tillämplig i förevarande fall. Mot bakgrund av den sistnämnda artikeln är det nödvändigt att identifiera den specifika skyldighet som Ungern underlåtit att uppfylla i förevarande fall.

50. I artikel 6 i direktiv 2013/32 anges medlemsstaternas skyldigheter i det inledande skedet av förfarandet för beviljande av internationellt skydd. Enligt denna artikel är medlemsstaterna framför allt skyldiga att registrera alla ansökningar om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person lämnar in till de nationella myndigheterna inom tre eller sex arbetsdagar efter att ansökan gjorts. Fristen förlängs till tio dagar när det, på grund av det stora antalet personer som samtidigt ansöker om internationellt skydd, i praktiken är mycket svårt att iaktta den frist som i första hand föreskrivs. Vidare ska medlemsstaterna se till att de berörda personerna ges konkret möjlighet att lämna in sin ansökan så snart som möjligt.

51. Ungern tycks i sitt svaromål anse att den skyldighet som Ungern har åsidosatt är att registrera ansökan om internationellt skydd inom de frister som föreskrivs i artikel 6.1 i direktiv 2013/32. Jag påpekar emellertid att kommissionen, mot bakgrund av Ungerns påstående att de ungerska myndigheterna regelbundet genomför registreringen inom 24 timmar efter det att ansökan lämnas in i ett av transitområdena, i sin replik har preciserat att den inte har kritiserat Ungern för att det förfarande för beviljande av internationellt skydd som tillämpas av denna medlemsstat var ”olämpligt” till följd av att de föreskrivna fristerna för registrering av ansökan om internationellt skydd inte hade iakttagits, utan att Ungern inte hade garanterat tillgången till förfarandet ”i tid”.

52. Kommissionen har därvidlag hänvisat till en skyldighet som på sätt och vis föregår skyldigheten att registrera ansökan om internationellt skydd inom de frister som föreskrivs i artikel 6.1 i direktiv 2013/32, nämligen *skyldigheten att garantera faktisk tillgång till förfarandet för beviljande av internationellt skydd* genom att tillåta alla ansökningar om internationellt skydd.[11] Även om denna skyldighet inte kommer till uttryck i någon särskild bestämmelse är det enligt min mening uppenbart att den utgör en del av kravet på att säkerställa en ändamålsenlig verkan av artikel 6 i direktiv 2013/32 och av direktivet i dess helhet, eftersom de harmoniserade förfarandreglerna däri enbart skulle bli tomma ord skulle om de berörda medlemsstaterna inte uppfyller denna skyldighet.

11 En ansökan om internationellt skydd definieras i kommissionens förslag till [rådets] direktiv 2005/85/EG [av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus (EUT L 326, 2005, s. 13)], det vill säga den rättsakt som upphävts och ersatts av direktiv 2013/32, som ”varje handling eller annat uttryck som tyder på att [den berörda personen] är rädd för att återsändas till hemlandet” (se förslag till rådets direktiv om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingstatus/* KOM/2000/0578 slutlig – CNS 2000/0238 */(EUT 62 E, 2001, s. 231), kommentar om artikel 4.

53. För att få en mer exakt beskrivning av denna skyldighet kan vissa viktiga inslag härledas från kommissionens förslag till direktiv 2005/85,[12] vars grundfilosofi i fråga om tillgång till förfarandet inte har ändrats genom direktiv 2013/32, eftersom potentiella sökandes rätt att få tillgång till förfarandet i detta förslag beskrivs på följande sätt: ”Asylsökande bör få tillgång till asylprövning så snabbt som möjligt. Bestämmelser om asylförfaranden saknar mening om personer som söker skydd i en medlemsstat i praktiken inte får tillgång till asylförfarandet eller blir sittande i en medlemsstat onödigt länge därför att myndigheterna inte erkänner begäran om skydd som en asylansökan…”. Detta avsnitt tycks nämligen innebära, för det första, att den skyldighet som åligger medlemsstaterna inte endast är en skyldighet att avstå från att hindra någon från att göra en ansökan om internationellt skydd, utan även en *positiv skyldighet* att underlätta detta genom att agera proaktivt mot personer som kan komma att lämna in en sådan ansökan och, för det andra, att denna skyldighet inte har uppfyllts när medlemsstaterna först i ett *sent skede* erkänner att dessa personer visat eller uttryckt sin rädsla för att återsändas till sina hemländer, det vill säga genom att göra ansökan om internationellt skydd.

54. Vad gäller den första av dessa två omständigheter anser jag att denna kodifieras i direktiv 2013/32, eftersom det i artikel 8.1 i det direktivet föreskrivs att *om det finns indikationer på att tredjelandsmedborgare eller statslösa personer* som hålls i förvarsanläggningar eller som finns vid gränsövergångsställen *kan vilja ansöka om internationellt skydd* ska medlemsstaterna ge dem information om möjligheten att göra detta. Jag konstaterar i detta avseende att det i den praktiska vägledning beträffande tillgång till asylförfarandet som utarbetats av Europeiska stödkontoret för asylfrågor (Easo) och Europeiska gräns- och kustbevakningsbyrån (Frontex) preciseras att ”gränspolisen och den personal som asylsökande först kommer i kontakt med är skyldiga *att visa att de agerar proaktivt för att garantera faktisk tillgång till asylförfarandet*. Medlemsstaterna ska identifiera de personer som kan tänkas vilja ansöka om internationellt skydd, informera dem om rätten att ansöka om asyl och informera dem om hur de går till väga för att lämna in en ansökan”.[13] [14]

55. Vad gäller den andra omständigheten är det riktigt att det i direktiv 2013/32 inte föreskrivs någon frist för när medlemsstaterna måste ta emot en sådan ansökan. Av detta kan man dock inte dra slutsatsen att medlemsstaterna, efter eget skön, kan föreskriva en orimligt lång tid innan potentiella sökande kan göra en ansökan. En sådan tolkning skulle nämligen innebära att dessa sökandes rätt till tillgång till förfarandet för beviljande av internationellt skydd, vilket i sin tur syftar till att garantera den rätt till asyl som föreskrivs i artikel 18 i stadgan, blir verkningslös. Följaktligen anser jag, i likhet med kommissionen, att medlemsstaternas skyldighet att garantera en effektiv tillgång till detta förfarande innebär att medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva mottagningsbestämmelser som innebär att de personer som önskar erhålla internationellt skydd på ett ändamålsenligt sätt kan ansöka om detta.

56. Jag kommer därför att undersöka frågan huruvida Ungern, under de omständigheter som är i fråga i förevarande mål, har fullgjort den skyldighet som precis beskrivits.

12 Förslag till rådets direktiv om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingstatus/*KOM/2000/0578 slutlig – CNS 2000/0238 */, kommentar om artikel 4.

13 Min kursivering.

14 EASO och Frontex, *Practical guide: Access to the Asylum Procedure*, 2016, tillgänglig på https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/Practical%20Tools%20Access%20To%20Procedures-Practical-Guide-FR.pdf.pdf, p. 6.

b) Tillämpning i förevarande mål

57. Jag påpekar inledningsvis att det fördragsbrott som Ungern påstås ha gjort sig skyldigt till består av två delar. Dels den skyldighet som föreskrivs i 80/J § punkt 1 i lagen om rätt till asyl, enligt vilken personer som önskar beviljas internationellt skydd men som inte redan vistas lagligt i Ungern är skyldiga att befinna sig i ett av transitområdena för att inleda asylförfarandet, dels att tillträdet till dessa transitområden drastiskt har begränsats från det att migrationskrisen inleddes (september 2015) och fram till nu. Jag framhåller emellertid redan nu att den bevisning som kommissionen har lagt fram enligt min mening räcker för att styrka att så är fallet.

58. Vad gäller den ovan i 80/J § punkt 1 i lagen om rätt till asyl beskrivna skyldigheten, har Ungern i stort sett inte bestritt att personer som, inom ramen för de undantagsbestämmelser som är tillämpliga vid en krissituation till följd av massiv invandring, önskar erhålla internationellt skydd i enlighet med 80/J § i lagen om rätt till asyl enligt 80/J § punkt 1 i lagen om rätt till asyl måste bege sig till ett av transitområdena i Röszke eller Tompa vid den serbisk-ungerska gränsen för att där lämna in sin ansökan och därigenom inleda förfarandet för beviljande av internationellt skydd.

59. Vad gäller den av kommissionen påstådda allt mer drastiska begränsningen av tillträdet till transitområdena påpekar jag att Ungern inte vid något tillfälle under förevarande förfarande har ifrågasatt riktigheten av de uppgifter som framgår av de rapporter som upprättats av olika internationella organ, enligt vilka

– det ungerska inrikesministeriet i september 2015 informerade UNHCR om att det högsta antalet personer i transitområdet hade fastställts till 100 personer per dag, ett antal som i februari 2016 minskades till 50 personer och i mars 2016 till 30 personer, [15]

– endast tio personer per dag fick tillstånd att resa in i transitområdet i november 2016, ett antal som minskades till fem per dag år 2017, vilket för övrigt bekräftats genom en rapport från Europarådets generalsekreterare [16] – och därefter till en enda person per dag sedan januari 2018, [17]

– antalet personer som fick resa in i transitområdena i maj 2018 uppgick till tio per vecka,

– de personer som ansöker om internationellt skydd på grund av den gradvisa begränsning av tillträdet till transitområdena är tvungna att vänta i elva till arton månader innan de får resa in i transitområdena. [18]

60. Ungern har dessutom uttryckligen medgett att tillträdet till transitområdet sker på grundval av en informell väntelista som så kallade samhällsledare översänder till de ungerska myndigheterna. [19] Ungern har nämligen inte bestritt förekomsten av denna lista och dess användning, utan har endast hävdat att den inte deltar i upprättandet av listan och inte har något inflytande över i vilken ordning personer bereds tillträde till området.

15 Rapport från flyktingkommissariatet med titeln *Hungary as a country of asylum. Observations on restrictive legal measures and subsequent practice implemented between July 2015 and March 2016* (Ungern som asylland. Synpunkter på restriktiva rättsliga åtgärder och efterföljande praxis som genomförts mellan juli 2015 och mars 2016), tillgänglig på webbplatsen https://www.refworld.org/docid/57319d514.html.

16 Rapport från det informationsbesök som ambassadör Tomás Boček, Europarådets generalsekreterares särskilda representant för migration och flyktingar, gjorde i Serbien och två transitområden i Ungern den [12–16 juni] 2017, tillgänglig på webbplatsen https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168075e9b2.

17 Rapport från den ungerska Helsingforskommittén med titeln *Country Report: Hungary* (Rapport om Ungern), tillgänglig på webbplatsen https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_hu_2017 update.pdf.

18 Rapport från UNHCR med titeln *Desperate journeys: Refugees and migrants arriving in Europe and at Europe's border* (Desperata resor – Flyktingar och migranter som anländer till Europa och till Europas gränser) januari–augusti 2018, tillgänglig på webbplatsen https://www.unhcr.org/desperatejourneys/.

19 Vilket även följer av rapporten från det informationsbesök som ambassadör Tomás Boček, Europarådets generalsekreterares särskilda representant för migration och flyktingar, gjorde i Serbien och två transitområden i Ungern den [12–16 juni] 2017, tillgänglig på webbplatsen https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168075e9b2.

61. Mot bakgrund av dessa omständigheter kan det följaktligen presumeras att personer som vill ansöka om internationellt skydd vid den serbiska-ungerska gränsen måste vänta i 11–18 månader innan de får resa in i ett av transitområdena och göra sin ansökan. Enligt min mening är det just en sådan situation som kommissionen har förutsett i sitt förslag till direktiv 2005/85, eftersom personer som söker internationellt skydd i förevarande fall har lämnats åt sid öde på Ungerskt territorium under en *onödigt lång tid*, eftersom den behöriga ungerska myndigheten inte anser att en handling eller annat uttryck som tyder på att den berörda personen är rädd för att återsändas till hemlandet, som har skett utanför ett transitområde, bör betraktas som en ansökan om internationellt skydd. När det är fråga om en sådan lång väntetid kan jag inte se hur man skulle kunna anse att det ungerska mottagningssystemet är uppbyggt på ett sådant sätt att potentiella sökande på ett *ändamålsenligt sätt* kan lämna in sina ansökningar. På grund av detta anser jag att kombinationen av skyldigheten att bege sig till ett av transitområdena för att ansöka om internationellt skydd och den drastiska begränsningen av antalet personer som får resa in i landet inte är förenlig med skyldigheten att garantera faktisk tillgång till förfarandet för beviljande av internationellt skydd, vilken följer av det ovan beskrivna syftet med artikel 6 i direktiv 2013/32.

62. Jag noterar emellertid att Ungern lägger vikt vid den omständigheten att endast ett fåtal personer väntar på markremsan vid transitområdet. Enligt denna medlemsstat förklaras detta inte av de inreserestriktioner som de ungerska myndigheterna har infört, kopplade till avsaknaden av infrastruktur i detta område, såsom kommissionen har hävdat, utan av att det finns en informell väntelista som tillämpas bredvid en serbisk väntelista, en omständighet som nämnda myndigheter inte har något inflytande över. Även om det antas att det mycket begränsade antalet personer som äger tillträde till transitområdena endast beror på förekomsten av en sådan lista ändrar detta inte slutsatsen i föregående punkt angående åsidosättande av skyldigheten att garantera de personer som önskar erhålla internationellt skydd faktisk tillgång till det relevanta förfarandet.

63. Det är nämligen svårt att föreställa sig hur den oomtvistade omständigheten att Ungern tolererar förekomsten av denna lista, och till och med aktivt har deltagit i användningen av den genom ett nära samarbete med de så kallade samhällsledarna, vilket enligt min mening framgår av en av de rapporter från UNHCR som kommissionen har hänvisat till, skulle kunna vara förenlig med skyldigheten att garantera faktisk tillgång till det aktuella förfarandet. Som jag redan påpekat innebär denna skyldighet nämligen att de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten måste agera proaktivt för att underlätta för de personer som önskar ansöka om internationellt skydd att göra detta.

64. De övriga argument som Ungern har anfört för att visa att artikel 6 i direktiv 2013/32 inte har åsidosatts är inte heller särskilt övertygande.

65. Argumentet att en tillämpning av detta direktiv i förevarande mål skulle medföra att de berörda personerna gavs en subjektiv rätt att välja asylland (”right to asylum shopping”) förefaller inte vara relevant, eftersom något sådant varken följer av artikel 18 i stadgan eller av Förenta nationernas konvention angående flyktingars rättsliga ställning, undertecknad i Genève den 28 juli 1951. Den mottagande medlemsstatens skyldighet att garantera faktisk tillgång till förfarandet för beviljande av internationellt skydd är nämligen frikopplad från det tredjeland via vilket dessa personer anlänt till denna stats territorium eller gränser. För övrigt anser jag att begreppen ”första asylland”, ”säkert ursprungsland” och ”säkert tredjeland” i direktiv 2013/32 redan gör det möjligt för medlemsstaterna att förhindra ett val av asylland utan att tillgången till det aktuella förfarandet äventyras.

66. Jag kan inte heller godta argumentet att skyldigheten att bege sig till en viss plats för att ansöka om internationellt skydd motiveras av att de flesta personer som olagligen reser in i Ungern, enligt gränsadministrationen och gränspolisens uppgifter, försöker passera gränsen i närheten av transitområdena. Detta kan nämligen inte i något fall motivera att en nationell bestämmelse, såsom 80/J § punkt 1 i lagen om rätt till asyl, utgör hinder för att göra en sådan ansökan, i strid med kraven i artikel 6 i direktiv 2013/32.

67. Ungern har även gjort gällande att 80/J § punkt 1 i lagen om rätt till asyl ska anses vara förenlig med direktiv 2013/32, eftersom artikel 6.3 i direktivet ger medlemsstaterna rätt att kräva att ansökningar om internationellt skydd lämnas in personligen och/eller på en angiven plats. Jag anser att detta argument förtjänar större uppmärksamhet.

68. För det första anser jag att detta argument bygger på ett felaktigt antagande. Det råder nämligen inget tvivel om att den avsaknad av faktisk tillgång till förfarandet för beviljande av internationellt skydd, som kommissionen kritiserat i förevarande mål, inte avser det skede i förfarandet då en ansökan om internationellt skydd *lämnas in*, utan det föregående skedet i förfarandet, då en sådan ansökan *görs*.[20] Det framgår av såväl ordalydelsen som systematiken i artikel 6 i direktiv 2013/32 att förfarandet består av dessa två separata etapper, vilka innebär motsatta slutsatser vad gäller värdmedlemsstatens möjlighet att föreskriva skyldigheter för de berörda personerna. Även om personer som redan har ansökt om internationellt skydd faktiskt kan åläggas skyldigheter, innebär kravet på att garantera en effektiv tillgång till förfarandet däremot ingen skyldighet för personer som ännu inte har gjort en sådan ansökan. En sådan tolkning bekräftas av förklaringarna till det ändrade förslaget till direktiv 2013/32, enligt vilka ”[d]et införs en tydligare distinktion mellan begreppen ’göra’ respektive ’ge in’ [(som ersatts av ’lämna in’ i den slutliga direktivtexten)] vid ansökningar om internationellt skydd” och att ”en ansökan [anses] ’vara gjord’ i samma stund som en person som kan förstås ansöka om flyktingstatus eller ställning som internationellt skyddssökande begär skydd från en medlemsstat. Denna handling kräver inga administrativa formaliteter. De relevanta administrativa formaliteterna ska uppfyllas när en ansökan ’ges in’ [(’lämnas in’)].”[21] [22]

69. Det nyligen antagna förslaget till förordning om förfaranden för beviljande av internationellt skydd stödjer enligt min mening denna tolkning. Eftersom kommissionen var angelägen om att rationalisera och förenkla förfarandet, gjorde den en tydlig åtskillnad mellan de olika etapperna i förfarandet, det vill säga att göra, att registrera och att lämna in en ansökan om internationellt skydd. Skyldigheten för personer som önskar erhålla internationellt skydd att lämna in sådana ansökningar personligen och på en angiven plats anges i artikel 28 i det nämnda förordningsförslaget, som har rubriken ”Lämna in en ansökan om internationellt skydd”, medan det i artikel 25 i detta förordningsförslag, som har rubriken ”Göra en ansökan om internationellt skydd”, inte föreskrivs någon sådan skyldighet.[23]

70. Medlemsstaternas möjlighet att enligt artikel 6.3 i direktiv 2013/32 kräva att ansökningar om internationellt skydd ska lämnas in personligen och på en angiven plats ska under alla omständigheter förstås ”utan att det påverkar tillämpningen av punkt 2” i denna artikel. Den får med andra ord inte i något fall utövas på ett sådant sätt att den hindrar de berörda personerna från att lämna in sin ansökan om internationellt skydd ”så snart som möjligt”. Eftersom dessa personer, såsom beskrivits ovan, endast kan få tillträde till transitområdet efter att ha väntat i 11–18 månader är det enligt min mening högst osannolikt att Ungern verkligen kan åberopa artikel 6.3 i direktiv 2013/32 till stöd för att artikel 80/J § punkt1 i lagen om rätt till asyl är förenlig med unionsrätten.

71. Sammanfattningsvis anser jag att Ungern har åsidosatt sin skyldighet enligt artiklarna 3 och 6 i direktiv 2013/32, genom att föreskriva att asylansökan ska inges personligen till den behöriga nationella myndigheten och uteslutande i ett av transitområdena, till vilka endast ett begränsat antal personer äger tillträde.

72. Jag anser följaktligen att förevarande talan om fördragsbrott ska bifallas såvitt avser den första anmärkningen.

20 Jag noterar att kommissionen i sina inlagor genomgående har hänvisat till ”inlämnandet” av ansökan om internationellt skydd. Det är emellertid uppenbart att den första anmärkningen avser det skede som föregår registreringen av ansökan, det vill säga när ansökan ”görs”.

21 Bilaga, detaljerad redogörelse för det ändrade förslaget till dokument ”Ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ett gemensamt förfarande för att bevilja och återkalla internationellt skydd”, artikel 6.

22 Texten inom hakparenteser har lagts till av mig.

23 Se förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om upprättande av ett gemensamt förfarande för internationellt skydd i unionen och om upphävande av direktiv 2013/32/EU, undertecknat i Bryssel den 13 juli 2016 (COM/2016/0467 final – 2016/0224 (COD)).

B. Åsidosättande av de handläggningsregler som är tillämpliga på ansökningar om internationellt skydd

1. Parternas argument

73. I sin andra anmärkning har kommissionen gjort gällande att Ungern inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt artiklarna 43 och 24.3 i direktiv 2013/32, eftersom Ungern, trots att villkoren för tillämpningen av gränsförfarandet regleras på ett uttömmande sätt i artikel 43 i direktivet, generellt har valt att tillämpa ett särskilt förfarande enligt vilket de garantier som föreskrivs i artiklarna 43 och 24.3 i direktivet inte säkerställs.

74. Genom 2017 års lag nr XX infördes nya bestämmelser som är oförenliga med artikel 43 i direktiv 2013/32. Enligt 80/J § punkt 5 i lagen om rätt till asyl ska för det första alla förfaranden som föreskrivs i den lagen, oavsett om det rör sig om fastställandet av huruvida ansökan kan tas upp till prövning eller själva sakprövningen, ske inom transitområdet, vilket strider mot föreskrifterna i artikel 43. I 80/J § punkt 5 i lagen om rätt till asyl har förfarandets längd dessutom inte begränsats till fyra veckor, vilket krävs enligt nämnda artikel 43. För det tredje iakttar det förfarande som föreskrivs i denna lag inte heller de förfarandegarantier som avses i kapitel II i direktiv 2013/32, bland annat att sökande som är i behov av särskild behandling ska få det stöd som behövs enligt artikel 24.3 i direktivet.

75. Enligt artikel 72 FEUF får medlemsstaterna inte heller vägra att tillämpa unionsrätten på ett mer allmänt plan, utan att hänvisa till konkreta personer, genom att åberopa sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och inre säkerhet. Kommissionen har i detta sammanhang påpekat dels att den krissituation till följd av massiv invandring, som motiverade Ungerns antagande av 2017 års lag nr XX, inte förefaller avse en övergångsperiod, dels att andra unionsrättsliga bestämmelser syftar till att göra det möjligt för medlemsstaterna att i brådskande fall välja flexibla lösningar och i viss mån avvika från allmänt tillämpliga bestämmelser, utan att unionsrättens ändamålsenliga verkan äventyras. Domstolen har redan preciserat att det inte finns något allmänt förbehåll i fördraget som utesluter alla åtgärder som vidtas med hänsyn till allmän säkerhet från unionsrättens tillämpningsområde och att fördragets bestämmelser om allmän säkerhet, såsom artikel 72 FEUF, avser exceptionella och väl avgränsade fall.

76. Ungern anser att förfarandena i transitområdena inte utgör gränsförfaranden och att förfarandena därför inte behöver uppfylla kraven i artikel 43 i direktiv 2013/32.

77. De ungerska transitområdena kan nämligen i rättsligt hänseende inte jämföras med de transitområden som avses i denna bestämmelse. Detta beror på att den ändring som infördes genom 2017 års lag nr XX både införde nya handläggningsregler i händelse av en krissituation till följd av massiv invandring och ändrade transitområdets funktion. Om en sådan krissituation förklaras föreligga ska handläggningsreglerna vid gränsen inte tillämpas enligt 80/I § i) i lagen om rätt till asyl, utan ska i stället de ”ordinarie” handläggningsreglerna i direktiv 2013/32 tillämpas. Enligt gällande nationell lagstiftning ska transitområdena Röszke och Tompa därför i huvudsak ses som mottagningsanläggningar i närheten av gränsen, och inte som sådana transitområden som avses i artikel 43 i direktiv 2013/32, i vilka asylförfarandena genomförs i enlighet med de allmänna bestämmelserna.

78. Ett annat skäl till att det är uppenbart att förfarandet i transitområdena Röszke och Tompa inte kan klassificeras som ett gränsförfarande är att den nationella myndigheten med ansvar för asylfrågor inte bara prövar frågan om huruvida ansökan kan tas upp till prövning, utan att den, för det fall ansökan kan tas upp till prövning, även prövar ansökan i sak.

79. Vad gäller åsidosättande av de garantier som anges i kapitel II i direktiv 2013/32, bland annat den av kommissionen påstådda skyldigheten att ge det stöd som krävs enligt artikel 24.3 i detta direktiv, har Ungern genmält att det i 4 § punkt 3 i lagen om asylrätt fastställs att bestämmelserna i denna lag i princip ska tillämpas på personer som är i behov av särskild behandling och att dessa personers specifika behov då ska beaktas. Under hela förfarandet tar myndigheten med ansvar för asylfrågor kontinuerligt hänsyn till behoven hos de personer som kräver särskild behandling.

80. Ungern har under alla omständigheter gjort gällande att artikel 72 FEUF ger Ungern rätt att förklara att det föreligger en krissituation till följd av massiv invandring och att Ungern i en sådan situation har rätt att tillämpa undantagsregler för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten.

2. Bedömning

81. Den aktuella anmärkningen avser de ändringar i lagen om rätt till asyl som införts genom 2017 års lag nr XX, vilka syftar till att skärpa de särskilda förfaranden som avviker från de allmänna bestämmelserna i lagen om rätt till asyl vid en krissituation till följd av massiv invandring – en situation som utan avbrott pågick i Ungern från den 15 september 2015 till den 7 mars 2019, och således förelåg vid utgången av den frist som fastställts i det motiverade yttrandet (den 2 februari 2018). Enligt kommissionen har dessa lagändringar medfört att det förfarande som tillämpas i transitområdena är oförenligt med de garantier som enligt artikel 43 i direktiv 2013/32 ska iakttas vid gränsförfaranden.

82. Ungern har bestritt det antagande som ligger till grund för påståendet att nämnda garantier har åsidosatts, det vill säga att detta förfarande omfattas av begreppet ”gränsförfarande” och att artikel 43 i direktiv 2013/32 därför är tillämplig på omständigheterna i det aktuella fallet. Innan jag prövar frågan huruvida det aktuella förfarandet, till följd av införandet av ovannämnda ändringar, uppfyller de garantier som föreskrivs i denna bestämmelse och de garantier som föreskrivs i artikel 24.3 i direktiv 2013/32 (avsnitt b), inleder jag därför med att pröva huruvida artikel 43 i direktivet är tillämpligt (avsnitt a).

a) Huruvida artikel 43 i direktiv 2013/32 är tillämplig

83. För det första kommer jag att redovisa huvuddragen i de viktigaste argument som Ungern har anfört till sitt försvar. Denna medlemsstat har anfört att även om det är riktigt att anläggningarna i Röszke och Tompa fram till och med mars 2017 användes för att genomföra gränsförfaranden är det även nödvändigt att beakta den omständigheten att vid en kris till följd av massiv invandring skulle enligt 2017 års lag nr XX de nationella bestämmelser som reglerar gränsförfarandet inte tillämpas utan i stället en särskild rättslig ordning som motsvarar den påstådda tillämpningen av de ”allmänna” handläggningsreglerna i direktiv 2013/32, samt att lagen samtidigt ändrade dessa anläggningars funktion. Även om dessa före ändringen hade samma rättsliga ställning som sådana transitområden som avses i artikel 43 i direktiv 2013/32, ska de nu betraktas som mottagningsanläggningar i närheten av gränsen, där asylförfarandet genomförs i enlighet med de allmänna handläggningsreglerna. Den omständigheten att en mottagningsanläggning är belägen i närheten av gränsen medför inte nödvändigtvis att den ska klassificeras som ”transitzon” och att de förfaranden som tillämpas där ska klassificeras som ”gränsförfaranden” och därför omfattas av artikel 43 i direktiv 2013/32.

84. Detta argument grundar sig enligt min mening på en felaktig premiss vad gäller syftet med det ”gränsförfarande” som föreskrivs i artikel 43.

85. Jag erinrar om att unionslagstiftaren genom denna bestämmelse har gett medlemsstaterna en möjlighet att begränsa antalet personer som ansöker om internationellt skydd vid sina gränser och att skyndsamt behandla de ansökningar som gjorts, utan begränsning vad gäller bedömningen av huruvida ansökan kan tas upp till prövning, men inom ramen för en begränsad behörighet, det vill säga i de fall som räknas upp i artikel 31.8 i direktiv 2013/32, för att pröva ansökan i sak. Unionslagstiftaren har i artikel 43 i direktivet därför hänvisat till en befogenhet som medlemsstaterna har rätt att utöva ”vid medlemsstatens gräns eller i transitzoner”, där konjunktionen ”eller” inte innebär att transitområdena måste vara belägna på en annan plats än vid medlemsstaternas gränser, utan endast syftar till att lyfta fram en plats där det är vanligt att pröva ansökningar om internationellt skydd som görs vid gränsen.

86. Av detta följer, såsom jag nyligen har redogjort för i mitt förslag till avgörande i de förenade målen FMS m.fl.,[24] att det avgörande för hur de behöriga nationella myndigheternas förfarande ska klassificeras enligt artikel 43 i direktiv 2013/32 är var detta område är beläget.[25] Om medlemsstaterna använder sig av sin möjlighet att genomföra förfarandet på en plats vid sin gräns är denna bestämmelse tillämplig.[26]

87. I detta avseende är det ostridigt att

– asylansökningar måste göras i transitområdena Röszke och Tompa i enlighet med 80/J § punkt 1 i lagen om rätt till asyl, vilket jag utförligt har redogjort för under prövningen av den första anmärkningen i förevarande fördragsbrottstalan,

– myndigheten med ansvar för asylfrågor ska, i enlighet med 80/J § punkt 5 i samma lag, fastställa ett av transitområdena som sökandens vistelseort till dess att ett beslut om överföring enligt förordning (EU) nr 604/2013[27] eller ett beslut som inte längre kan överklagas har vunnit laga kraft.

88. Mot bakgrund av dessa objektiva omständigheter råder det enligt min mening knappast något tvivel om att förfarandet för prövning av asylansökningar omfattas av tillämpningsområdet för artikel 43 i direktiv 2013/32, eftersom förfarandet helt och hållet genomförs inom en struktur som ligger längs gränsen.

89. Denna slutsats motsägs inte av argumentet att den omständigheten att den nationella myndigheten med ansvar för asylfrågor under ett sådant förfarande prövar ansökan i sak, förutom i de fall som räknas upp i artikel 31.8 i direktiv 2013/32, utgör hinder för klassificeringen av förfarandet som ett ”gränsförfarande”. Detta argument går nämligen ut på att artikel 43 i direktiv 2013/32 inte är tillämplig på det aktuella förfarandet, eftersom formerna för att genomföra förfarandet inte är förenliga med denna artikel, vilket måste betraktas som rent hårklyveri.

24 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen FMS m.fl. (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:294, punkt 136).

25 Såvitt jag vet kommer idén om att föreskriva en särskild ordning för ”gränsförfarandet” från det ändrade förslaget till direktiv 2005/85, i vilket följande anges: ”Efter vidare samråd med medlemsstaterna föreslås ett särskilt förhållningssätt till ansökningar som görs *vid gränser*” (min kursivering) (se ändrat förslag till rådets direktiv om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingstatus/* COM/2002/0326 slutlig – CNS 2000/0238 */(EGT C 291E, 2002, s. 143)), vilket enligt min mening bekräftar att den territoriella aspekten av förfarandet är av yttersta vikt.

26 Huruvida anläggningarna i Röszke och Tompa utifrån sin funktion, i den mening som avses i nationell rätt, ska klassificeras som transitområden eller mottagningsanläggningar, vilket Ungern flera gånger har framhållit i sitt svaromål, saknar därför relevans i detta avseende.

27 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat (EUT L 180, 2013, s. 31) (nedan kallad Dublinförordningen).

b) Huruvida de garantier som föreskrivs i artikel 43 i direktiv 2013/32 inte har iakttagits

90. Efter att ha fastställt att det förfarande som tillämpas av den behöriga myndigheten med ansvar för asylfrågor i transitområdena Röszke och Tompa omfattas av artikel 43 i direktiv 2013/32, måste det prövas huruvida det finns grund för påståendet att detta förfarande, till följd av de ändringar som införts genom 2017 års lag nr XX, inte är förenligt med de garantier som anges i en sådan bestämmelse, bland annat de garantier som innebär att medlemsstaterna endast får uttala sig om huruvida ansökan kan tas upp till prövning eller om den, i de fall som räknas upp i artikel 31.8 i direktiv 2013/32, är välgrundad (den andra anmärkningens första del), och att förfarandets längd ska begränsas till fyra veckor samt att sökanden om inget beslut har fattats när denna frist löper ut ska beviljas inresa till den berörda medlemsstatens territorium (den andra anmärkningens andra del). Kommissionen har dessutom gjort gällande att det aktuella förfarandet inte heller är förenligt med artikel 24.3 i direktiv 2013/32, som är tillämplig på gränsförfaranden till följd av hänvisningen i nämnda artikel 43 i detta direktiv till de ”grundläggande principerna och garantierna i kapitel II”, enligt vilken sökande i behov av särskilda förfarandegarantier ska ges det ”stöd som behövs” (den andra anmärkningens tredje del).

91. Det är uppenbart att talan ska bifallas såvitt avser samtliga dessa tre delanmärkningar.

92. Vad gäller den första delanmärkningen är parterna överens om att alla förfaranden som föreskrivs i lagen om rätt till asyl ska äga rum inom transitområdet, *oavsett om förfarandet rör huruvida ansökan kan tas upp till sakprövning eller innehållet i ansökan*. Som jag redan påpekat föreskrivs det nämligen i 80/J § punkt 5 i lagen om rätt till asyl att den nationella myndigheten med ansvar för asylfrågor ska fastställa att den asylsökandes transitområde ska betraktas som dennes vistelseort till dess att ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen eller ett beslut som inte längre kan överklagas vinner laga kraft, utan att myndighetens behörighet begränsas till de två fall som föreskrivs i artikel 43.1 i direktiv 2013/32.

93. Vad gäller den andra delanmärkningen är parterna även eniga om att 80/I § i) i lagen om rätt till asyl och 15/A § punkt 2bis i lagen om statens gränser utesluter tillämpningen av nationella bestämmelser som tillåter inresa i Ungern för en asylsökande som befinner sig i ett transitområde fyra veckor efter det att hans eller hennes ansökan lämnades in och ålägger den nationella myndigheten med ansvar för asylfrågor att genomföra ett förfarande i enlighet med de allmänna bestämmelserna (71/7A § och 72 § i lagen om rätt till asyl), det vill säga den nationell lagstiftning som införlivar bestämmelserna i artikel 43.2 i direktiv 2013/32.

94. Vad gäller den tredje delanmärkningen erinrar jag om att det i artikel 24.3 i direktiv 2013/32 i allmänna ordalag ges uttryck för att medlemsstaterna ska se till att personer som ansöker om internationellt skydd och är i behov av särskilda förfarandegarantier får det ”stöd som behövs” under hela asylförfarandet. Denna bestämmelse avser även personer vars ansökan prövas i enlighet med de regler för gränsförfaranden som anges i artikel 43 i direktiv 2013/32.

95. Artikel 24.3 i direktiv 2013/32 har, i enlighet med artikel 5 i direktivet, införlivats av Ungern på ett sådant sätt att förmånligare regler har behållits, i så mening att 71/A § punkt 7 i lagen om rätt till asyl utesluter sökande i behov av särskilda förfarandegarantier[28] från tillämpningsområdet för den nationella lagstiftning som införlivar ovannämnda bestämmelser. Det är emellertid utrett att 80/I § samma lag har medfört att 71/A § punkt 7 inte är tillämplig vid en krissituation som kännetecknas av

28 I artikel 2 d i direktiv 2013/32 definieras begreppet ”sökande i behov av särskilda förfarandegarantier” på följande sätt: ”sökande vars förmåga att utnyttja de rättigheter eller uppfylla de skyldigheter som följer av detta direktiv är begränsad på grund av individuella omständigheter”.

massiv invandring,[29] ett regelverk som de ungerska myndigheterna kontinuerligt har tillämpat sedan det infördes. Genom 2017 års lag nr XX har det framför allt införts en särskild bestämmelse för sökande av internationellt skydd som är i behov av särskilda förfarandegarantier, i så mening att det i 80/J § punkt 6 i asyllagen endast föreskrivs att vissa förfarandegarantier ska tillämpas på ensamkommande barn under 14 år, det vill säga en liten del av den kategori sökande som berörs. Jag anser att de ungerska myndigheterna härigenom har åsidosatt artikel 24.3 i direktiv 2013/32.

96. Denna slutsats motsägs inte av den omständigheten att Ungern har åberopat 4 § punkt 3 i lagen om rätt till asyl, enligt vilken bestämmelserna i denna lag i princip ska tillämpas på personer som är i behov av särskild behandling och att dessa personers specifika behov då ska beaktas, eftersom det rör sig om en bestämmelse som kan likställas med en principiell begäran, vilket strider mot 80/I § i och 80/J § punkt 6 i samma lag.

97. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen, i form av en preliminär slutsats, i sin kommande dom ska slå fast att Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt dessa båda bestämmelser, genom att i samband med gränsförfarandet i transitområdena inte iaktta de garantier som föreskrivs i artikel 43 i direktiv 2013/32 respektive i artikel 24.3 i samma direktiv.

c) Artikel 72 FEUF

98. Under alla omständigheter är det enligt Ungern motiverat att med stöd av artikel 72 FEUF i förevarande mål tillämpa bestämmelser som avviker från bestämmelserna i direktiv 2013/32. Under migrationskrisen år 2015 visade sig gällande regler vara otillräckliga för medlemsstaternas möjligheter att hantera en sådan situation på ett lämpligt sätt. I ett sådant fall är det enligt artikel 72 FEUF möjligt att avvika från unionsbestämmelserna i syfte att upprätthålla lag ordning och skydda den inre säkerheten.

99. Jag erinrar inledningsvis om att artikel 72 FEUF, som ingår i kapitel I, med rubriken ”Allmänna bestämmelser”, i avdelning V i FEUF (”Ett område med frihet, säkerhet och rättvisa”), har följande lydelse: ”Denna avdelning ska inte påverka medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten.”

100. Ungerns argument grundar sig emellertid på en tolkning enligt vilken denna primärrättsliga bestämmelse ska förstås som en *lagvalsregel*, enligt vilken medlemsstaternas befogenheter när det gäller att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten har företräde framför medlemsstaternas skyldigheter enligt sekundärrätten. En medlemsstat kan således åberopa artikel 72 FEUF för att underlåta att tillämpa en rättsakt som antagits inom ramen för avdelning V i fördraget och vars tvingande karaktär är ostridig, varje gång medlemsstaten anser att upprätthållandet av lag och ordning och skyddet av den inre säkerheten är hotat.

101. Denna tolkning har enligt min mening redan underkänts i den dom som domstolen nyligen meddelade i målet kommissionen/Polen m.fl. (Tillfälligt system för omplacering av personer som söker internationellt skydd), vars resonemang jag anser det bör erinras om.[30] [31]

29 I 71A § punkt 7 anges närmare bestämt att reglerna om förfarandet vid gränsen inte är tillämpliga på ”personer som är i behov av särskild behandling”, det vill säga, enligt definitionen i artikel 2 k i lagen om rätt till asyl, ”underåriga utan medföljande vuxen eller annan utsatt person – särskilt underåriga, äldre personer, personer med funktionsnedsättning, ensamstående föräldrar med underåriga barn, samt personer som har utsatts för tortyr, våldtäkt eller andra former av psykiskt, fysiskt eller sexuellt våld – som, efter en bedömning i det enskilda fallet, kan fastställas ha särskilda behov. Enligt min mening omfattas detta begrepp emellertid inte av det i direktiv 2013/32 använda begreppet ”sökande i behov av särskilda förfarandegarantier”, som har en vidare räckvidd. För definitionen av det sistnämnda begreppet, se fotnot 30 i förevarande till avgörande.

30 Dom av den 2 april 2020 (C-715/17, C-718/17 och C-719/17, EU:C:2020:257).

31 Innan domstolen meddelade dom i det målet hade jag redan uttalat mig om tolkningen av artikel 72 FEUF i mitt förslag till avgörande i målet Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:130, punkterna 38–42).

102. För det första går det, enligt domstolen, inte att anse att det finns ett allmänt förbehåll i fördraget som utesluter alla åtgärder som vidtas för att upprätthålla lag och ordning eller den allmänna säkerhet från unionsrättens tillämpningsområde, eftersom de uttryckliga undantag som är tillämpliga i en situation som enligt fördraget kan strida mot unionsrätten, gäller exceptionella och tydligt avgränsade fall. [32] Domstolen har vidare slagit fast att eftersom det undantag som föreskrivs i artikel 72 FEUF som sådant ska tolkas restriktivt, kan det inte tolkas så, att det ger medlemsstaterna rätt att göra undantag från fördragets bestämmelser *enbart genom att åberopa sitt ansvar*. Med andra ord kan räckvidden av de krav som avser upprätthållandet av allmän och ordning eller inre säkerhet inte bestämmas av varje medlemsstat utan kontroll av unionens institutioner. Domstolen anser således att det ankommer på den medlemsstat som åberopar artikel 72 FEUF att styrka att det är nödvändigt att använda sig av det undantag som föreskrivs i denna artikel för att den ska kunna utöva sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten. [33]

103. För det fall den berörda sekundärrättsaktens giltighet inte ifrågasätts i förhållande till artikel 72 FEUF, ankommer det således på denna medlemsstat att tillhandahålla domstolen uppgifter som visar att denna rättsakt, med hänsyn till innehållet i den införda lagstiftningen eller de konkreta villkoren för dess genomförande, inte gör det möjligt för medlemsstaten att säkerställa att ovannämnda ansvar utövas. Det är endast om dessa villkor är uppfyllda som en medlemsstat med framgång kan åberopa artikel 72 FEUF för att motivera sin vägran att genomföra en skyldighet som föreskrivs i den aktuella sekundärrättsakten. [34]

104. Detta resonemang ska tillämpas på omständigheterna i förevarande mål.

105. Jag noterar för det första att Ungern inte, till stöd för sitt försvar, har ifrågasatt giltigheten av artikel 43 i direktiv 2013/32 i förhållande till artikel 72 FEUF. Av Ungerns inlagor framgår emellertid tydligt att denna medlemsstat har åberopat denna bestämmelse för att göra gällande att Ungern, vid en krissituation till följd av massiv invandring, har rätt att föreskriva undantag från de garantier som är *knutna till gränsförfaranden*. Under dessa omständigheter anser jag att frågan huruvida det är nödvändigt att använda sig av det undantag som syftar till att göra det möjligt för Ungern att utöva sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten uteslutande måste bedömas mot bakgrund av artikel 43 i direktivet. I artikel 43.3 föreskrivs dock uttryckligen en möjlighet att tillämpa ett sådant undantag om en tillströmning av ett stort antal tredjelandsmedborgare eller statslösa personer som samtidigt ansöker om internationellt skydd i praktiken gör det omöjligt att tillämpa punkt 1 i denna artikel. Ungern har emellertid inte åberopat denna punkt i sina inlagor, inte ens i andra hand.

106. Det ska under alla omständigheter påpekas att för det första får artikel 43.3 i direktiv 2013/32 endast åberopas av Ungern för att underlåta att iaktta de garantier som avses i artikel 43.2, det vill säga för att motivera att den frist på fyra veckor som vanligtvis gäller för att genomföra gränsförfarandet får passeras. För det andra får medlemsstaten endast använda sig av denna möjlighet om sökandena av internationellt skydd, under denna fyraveckorsfrist, vanligtvis är förlagda på platser nära gränsen eller i transitområdet. Som domstolen nyligen har förklarat i sin dom FMS m.fl. innebär kravet på att sökandena ska ha normala boendeförhållanden implicit att de inte får hållas i förvar, [35] vilket är fallet i förevarande mål, vilket jag kommer att förklara närmare nedan inom ramen för bedömningen av den tredje anmärkningen.

32 Dessa undantag återfinns enligt domstolen i artiklarna 36, 52, 45, 65, 72, 346 och 347 FEUF.

33 Dom av den 2 april 2020, kommissionen/Polen m.fl. (Tillfälligt system för omplacering av personer som söker internationellt skydd) (C-715/17, C-718/17 och C-719/17, EU:C:2020:257, punkterna 143–147).

34 Jag har parafraserat punkterna 148–153 i nämnda dom.

35 Dom av den 14 maj 2020 FMS m.fl. (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkt 244).

107. Följaktligen anser jag att det enligt artikel 72 FEUF inte är tillåtet för Ungern att undandra sig de garantier som föreskrivs i denna bestämmelse när landet, i transitområdena Röszke och Tompa, genomför ett gränsförfarande i den mening som avses i artikel 43 i direktiv 2013/32.

108. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska godta kommissionens andra anmärkning i dess helhet.

C. Generellt förvar av asylsökande och åsidosättande av de relevanta förfarandegarantierna

1. Parternas argument

109. Kommissionen har genom sin tredje anmärkning gjort gällande att Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 h, 8, 9 och 11 i direktiv 2013/33 genom att föreskriva att alla asylsökande (med undantag av barn under 14 år) under hela asylförfarandet ska hållas i förvar i anläggningarna i ett av de transitområden som de endast får lämna om de beger sig i riktning mot Serbien, och genom att inte förena ett sådant förvar med de garantier som föreskrivs i direktiv 2013/33.

110. Begreppet förvar, såsom detta definieras i artikel 2 h i direktiv 2013/33, är ett självständigt unionsrättsligt begrepp, vilket innebär att klassificeringen av transitområdena enligt ungersk rätt eller den omständigheten att de är belägna i närheten av gränsen inte påverkar påverka bedömningen av dem.

111. De transitområden som har upprättats i Ungern är inhägnade områden som en asylsökande endast kan lämna genom att bege sig i riktning mot Serbien. De personer som befinner sig i dessa områden får inte resa in i Ungern.

112. Enligt 80/K§ punkt 2 d i lagen om rätt till asyl, som är tillämplig i en krissituation till följd av massiv invandring, kan myndigheten med ansvar för asylfrågor avsluta förfarandet om sökanden lämnat transitområdet. Under dessa omständigheter kan sökandena inte fritt välja att lämna transitområdet.

113. Den fria rörligheten för personer som befinner sig i transitområdet är dessutom starkt begränsad, vilket Europeiska kommittén till förhindrande av tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning och Europarådets generalsekreterares särskilda representant för migration och flyktingar har intygat. Den tid som sökandena tillbringar i transitområdena utgör en viktig faktor vid bedömningen av huruvida en vistelse i dessa områden kan betraktas som förvar. Vid en inspektion på plats konstaterade kommissionens företrädare att vissa sökande vistats där i mer än fjorton månader.

114. Vistelsen i transitområdena innebär således en så omfattande begränsning av den personliga friheten att vistelsen bör likställas med förvar i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2013/33. Denna slutsats har för övrigt bekräftats i domen i målet Ilias och Ahmed mot Ungern, som meddelats av fjärde avdelningen vid Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen). [36]

115. Förvar i transitområdena är emellertid inte förenligt med artikel 26 i direktiv 2013/32 eller med artiklarna 8.2, 8.3, 9 och 11.2 i direktiv 2013/33, eftersom det genomförs med stöd av en allmän regel, systematiskt, utan att en individuell prövning av omständigheterna i det enskilda fallet, utan att det något skriftligt beslut meddelas samt på grund av att även underåriga, nämligen ensamkommande barn, med undantag för barn under 14 år, får hållas i förvar.

36 Europadomstolen, 14 mars 2017, Ilias och Ahmed mot Ungern CE:ECHR:2017:0314JUD004728715.

116. Även om 80/I § i lagen om rätt till asyl inte utesluter tillämpning av 31/A § i samma lag, som avser bestämmelser om förvar av asylsökande vid en krissituation till följd av massiv invandring, anser kommissionen att den sistnämnda paragrafen inte kan radera den överträdelse som Ungern gjort sig skyldig till, eftersom samtliga sökande i en sådan krissituation är skyldiga att uppehålla sig i transitområdet enligt 80/J § punkt 5 i lagen om rätt till asyl.

117. Slutligen kan den omständigheten att domstolen i det mål som avgjordes genom domen Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa) [37] avslog ansökan om handläggning enligt förfarandet om brådskande mål inte anföras som argument. För det första är begreppet förvar inte beroende av huruvida domstolen i ett mål om förhandsavgörande tillåter att förfarandet för brådskande mål tillämpas. För det andra ansökte den hänskjutande domstolen i det målet om handläggning enligt förfarandet om brådskande mål, inte på grund av sökandens vistelse i ett transitområde, utan på grund av att det målet hade stor inverkan på ett flertal liknande mål som omfattades av samma lagstiftning.

118. Ungern anser att transitområdena i huvudsak ska ses som mottagningsanläggningar vid Schengenområdets yttre gräns i Ungern, som enligt unionsrätten är den plats där asylförfarandet ska äga rum, och inte som förvarsanläggningar.

119. Att placeras i ett transitområde är inte detsamma som att hållas i förvar, eftersom det endast är i riktning mot Ungern som dessa transitområden är stängda och de personer som vistas där är fria att lämna dem för att bege sig i riktning mot Serbien. Om asylsökande lämnar transitområdet får detta inte heller nödvändigtvis några negativa konsekvenser för dem. I 80/K § punkt 2 d i lagen om rätt till asyl föreskrivs nämligen att om den asylsökande lämnar transitområdet ska myndigheten med ansvar för asylfrågor fatta ett beslut på grundval av de uppgifter som den förfogar över eller avsluta förfarandet. Följaktligen kan myndigheten även i asylsökandens utevaro fatta beslut om dennes asylansökan, inbegripet bifalla ansökan. Denna lagstiftning är förenlig med artikel 28 i direktiv 2013/32, enligt vilken nämnda myndighet får avsluta prövningen av ansökan om sökanden implicit återkallar ansökan.

120. Inlämnandet en asylansökan leder inte heller automatiskt till en systematisk privatisering av friheten, eftersom en person som vistas lagligen i Ungern enligt 80/J § punkt 1 c i lagen om rätt till asyl kan lämna in sin ansökan på alla platser och således varken behöver bege sig till eller stanna kvar i transitområdet.

121. Närmare bestämmelser om villkoren för förvar av asylsökande, beslutet om förvar och fortsatt förvar föreskrivs i 31/A §–31/I § i lagen om asylrätt, och garanterar att de relevanta bestämmelserna i direktiv 2013/33 iakttas.

122. Längden på vistelsen på en mottagningsanläggning utgör dessutom inte ett kriterium med vars hjälp det går att slå fast att det rör sig om förvar. Detsamma gäller kvaliteten på de förhållanden som råder på en mottagningsanläggning. Den omständigheten att transitområdets begränsade storlek med nödvändighet medför vissa begränsningar av den fria rörligheten motiverar inte att detta område klassificeras som ett förvarsområde.

123. Vad gäller åsidosättandet av de garantier som föreskrivs i direktiv 2013/33 har Ungern framhållit att myndigheten med ansvar för asylfrågor under alla omständigheter beslutar om inkvartering i transitområdet, som den plats där sökandens ska bosätta sig under förfarandet, i den mening som avses i artikel 7.2 i direktiv 2013/33, och att detta beslut kan överklagas.

37 Dom av den 19 mars 2020 (C 564/18, EU:C:2020:218).

124. Vad gäller Europadomstolens dom av den 14 mars 2017, Ilias och Ahmed mot Ungern (CE:ECHR:2017:314JUD004728715), har Ungern gjort gällande att den domen inte har vunnit laga kraft och att Europadomstolen inte har prövat situationen i de transitområden som för närvarande används, utan situationen vid en anläggning år 2015, som visserligen har samma namn men vars rättsliga ställning och beteckning skiljer sig åt, liksom de rättigheter och skyldigheter som personer som uppehåller sig där har.

125. Domstolen har för övrigt redan indirekt funnit att transitområden, som sedan mars 2017 fungerar som mottagningsanläggningar, inte utgör förvarsanläggningar. Beslutet att inte tillämpa förfarandet för brådskande mål om förhandsavgörande i det mål som avgjordes genom domen Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa),[38] vilket rörde en tvist avseende en sökande som uppehöll sig i ett transitområde, visar nämligen tydligt att domstolen inte har betraktat vistelsen i transitområden som förvar, eftersom det enligt rättspraxis kan vara motiverat att tillämpa detta förfarande när det aktuella målet rör en person som hålls i förvar.

126. Ungern anser slutligen att besöket av kommissionens företrädare endast avsåg transitområdet Röszke och att dess syfte var att på plats kontrollera projekt som fått ekonomiskt stöd från unionen. Dessutom växlade företrädarna för kommissionen endast några ord med vissa icke namngivna invånare.

2. Bedömning

127. Som framgår av de argument som sammanfattats ovan är parterna framför allt oeniga om hur begreppet förvar i artikel 2 h i direktiv 2013/33 ska tolkas. Jag kommer att behandla denna fråga innan jag går in på frågan om iakttagande av garantier knutna till förvar i den mening som avses i samma direktiv.

a) Huruvida det rör sig om förvar

128. Till att börja med erinrar jag om att Europadomstolens stora avdelning, efter det att det skriftliga förfarandet i förevarande mål hade avslutats, i sin dom Ilias och Ahmed mot Ungern[39] uttalade sig i frågan om huruvida inkvarteringen av två tredjelandsmedborgare i transitområdet i Röszke utgjorde ett frihetsberövande i den mening som avses i artikel 5 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen) (”Rätten till frihet och säkerhet”). I motsats till fjärde avdelningens tidigare dom kom denna avdelning fram till att så inte var fallet.

129. Vid förhandlingen gav parterna uttryck för motsatta uppfattningar om denna doms relevans. Medan kommissionen ansåg att Europadomstolens slutsats inte kan överföras på förevarande mål på grund av vissa betydande faktiska och rättsliga skillnader, gjorde Ungern gällande att denna slutsats, som är tillämplig på omständigheterna i förevarande mål, stödjer dess argument att situationen för sökande av internationellt skydd inte omfattas av begreppet förvar, i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2013/33. Eftersom denna medlemsstat tycks anse att placeringen av sökande i ett av transitområdena inte utgör ett frihetsberövande i den mening som avses i artikel 5 i Europakonventionen, kan placeringen naturligtvis inte heller klassificeras som förvar, eftersom det sistnämnda begreppet förutsätter att det föreligger ett frihetsberövande i den mening som avses i artikel 6 i stadgan.

38 Dom av den 19 mars 2020 (C-564/18, EU:C:2020:218).

39 Europadomstolen, 21 november 2019, CE:ECHR:2019:1121JUD004728715.

130. I mitt förslag till avgörande i de förenade målen FMS m.fl.,[40] som också rör frågan huruvida placeringen i ett transitområde vid den serbisk-ungerska gränsen ska betraktas som förvar i den mening som avses i direktiv 2013/33, har jag förklarat att även om det är riktigt att artikel 5 i Europakonventionen motsvarar artikel 6 i stadgan och att det enligt artikel 52.3 i stadgan krävs att de rättigheter som stadfästs där och som motsvarar de rättigheter som garanteras av Europakonventionen ska tolkas så, att de har samma innebörd och räckvidd som i Europakonventionen, har EU-domstolen ändå obestridligen ett flertal gånger erinrat om att det sammanhang som eftersträvas med denna bestämmelse inte får inkräkta på unionsrättens och nämnda domstols autonomi,[41] utgör Europakonventionen emellertid inte något rättsligt instrument som formellt har införlivats med unionsrätten, så länge som unionen inte har anslutit sig till denna konvention.[42] Jag har således uppmanat domstolen att bortse från Europadomstolens praxis och göra sin prövning mot bakgrund av artikel 6 i stadgan, betraktad på ett självständigt sätt.[43] Eftersom den sistnämnda artikeln, mot bakgrund av skäl 35 i direktiv 2013/33,[44] ska anses ingå i definitionen av ”förvar” i artikel 2 h i samma direktiv, har jag dragit slutsatsen att förekomsten av förvar *endast* ska fastställas genom en undersökning av de villkor som uppställs i denna definition, enligt vilken förvar är ”en medlemsstats kvarhållande av en sökande inom en särskild anläggning där den sökande är fråntagen sin rörelsefrihet.”

131. I den dom som nyligen meddelades i dessa förenade mål[45] förefaller EU-domstolen implicit ha bekräftat detta synsätt genom att enbart låta villkoren i artikel 2 h i direktiv 2013/33 ligga till grund för sin bedömning att det rörda sig om förvar, utan att ta hänsyn till Europadomstolens tolkning av artikel 5 i Europakonventionen i dess dom i målet Ilias och Ahmed mot Ungern.[46]

132. Mot bakgrund av dessa villkor fann EU-domstolen, efter en bokstavlig, historisk och systematisk tolkning att hållandet av en sökande av internationellt skydd i förvar, i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2013/33, utgör en ingripande åtgärd som berövar sökanden dennes rätt till fri rörlighet och isolerar denne från resten av befolkningen, genom att tvinga sökanden att hålla sin inom ett begränsat och slutet område.[47]

133. Mot bakgrund av hur begreppet förvar har tillämpats i förevarande mål konstaterar jag att kommissionen i sina inlagor anfört ett antal faktiska omständigheter vars riktighet inte har ifrågasatts av Ungern. Enligt kommissionen tvingas asylsökandena under hela prövningsförfarandet permanent hålla sig i ett av transitområdena, som är omgärdat av ett högt taggtrådsstängsel. I transitområdet är sökandena inhysta i 13 m^2 stora metallcontainrar, med fem personer i varje container. De har en extremt begränsad möjlighet att bege sig till en annan del av transitområdet än den de är inhysta i, vilket endast är tillåtet för läkarbesök eller de förhör som organiseras inom ramen för asylförfarandet och med eskort av transitområdets vakter, och kan inte komma in i kontakt med personer från utsidan, förutom sina juridiska ombud. Dessutom framgår det enligt min mening av handlingarna i målet att deras rörelser är föremål för ständig övervakning de vakter som är stationerade i transitområdet och vid ingångarna till varje del av detta område.

40 Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen FMS m.fl. (C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, EU:C:2020:294, punkterna 148–152).

41 I förklaringarna avseende artikel 52 i stadgan anges det nämligen att punkt 3 i denna artikel syftar till att trygga det nödvändiga sammanhanget mellan stadgan och Europakonventionen ”utan att detta inkräktar på unionsrättens och Europeiska unionens domstols autonomi”.

42 Se, på asylområdet, dom av den 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkt 45), och dom av den 14 september 2017, K. (C-18/16, EU:C:2017:680, punkt 32).

43 Denna ”självständiga” tolkning av bestämmelserna i stadgan, vars innehåll liknar innehållet i bestämmelserna i Europakonventionen, omfattas av villkoret i artikel 52.3 i stadgan att denna ska tillförsäkra en högre skyddsnivå än den som garanteras i Europakonventionen.

44 Detta skäl har följande lydelse: ”Detta direktiv står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter och principer som erkänns särskilt i [stadgan]. Direktivet syftar särskilt till att säkerställa full respekt för den mänskliga värdigheten samt till att främja tillämpningen av artiklarna 1, 4, 6, 7, 18, 21, 24 och 47 i stadgan, och måste genomföras i enlighet därmed.”

45 Dom av den 14 maj 2020, FMS m.fl. (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367).

46 Europadomstolen, 21 november 2019, CE:EHCR:2019:1121JUD004728715.

47 Dom av den 14 maj 2020, FMS m.fl. (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkterna 216–222).

134. Dessa omständigheter visar enligt min mening att rörelsefriheten för personer som ansöker om internationellt skydd är så begränsad att deras situation kan jämföras med ordinarie förvar,[48] vilket domstolen grundat på analoga uppgifter från den hänskjutande domstolen även fann vara fallet i domen FMS m.fl. rörande transitområdet Röszke.[49]

135. Vad gäller det argument som Ungern har anfört i sitt svaromål i förevarande mål, nämligen att placeringen av sökande i transitområdet Röszke inte kan klassificeras som förvar, i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2013/33, eftersom varje person som ansöker om internationellt skydd har möjlighet att av egen fri vilja lämna transitområdet, konstaterar jag att domstolen i domen FMS m.fl. redan har avvisat detta argument.[50]

136. Vad gäller antagandet att det räcker att det finns en ”verklig” möjlighet att lämna det aktuella transitområdet för att det inte ska anses röra sig om förvar,[51] har domstolen anfört två skäl för sitt avvisande av detta argument, nämligen för det första att dessa sökandes eventuella inresa i Serbien betraktas som olaglig och medför påföljder för dem och för det andra att sökandena riskerar att förlora alla chanser att erhålla flyktingstatus i Ungern om de lämnar ungerskt territorium.[52] Dessa skäl kan emellertid även användas för att avvisa de argument som Ungern har anfört i förevarande mål.

137. Vad gäller det första av de skäl som domstolen har anfört har kommissionen vid förhandlingen påpekat att Serbien för närvarande inte tillämpar avtalet om återtagande på de migranter som kommer från de ungerska transitområdena, vilket inte har bestritts av Ungern i förevarande mål. Vad gäller det andra skälet konstaterar jag att en avresa från transitområdet med nödvändighet är synonymt med att man avstår från möjligheten att erhålla det begärda internationella skyddet. I 80/K § punkt 2 d i lagen om rätt till asyl föreskrivs visserligen att om en sökande lämnar transitområdet är den behöriga nationella myndigheten inte skyldig att avsluta förfarandet, utan den kan även fatta ett beslut på grundval av de uppgifter som den redan förfogar över. Även om det rent teoretiskt finns en sådan möjlighet anser jag att det är högst troligt, eller till och med säkert, att ett sådant beslut inte är till personens fördel. Enligt 80/K § punkt 4 i lagen om rätt till asyl kan dessutom inga beslut om att avsluta förfarandet angripas inom ramen för en förvaltningsprocess. Under dessa omständigheter anser jag att de asylsökande inte av egen fri vilja kan lämna transitområdet för att bege sig i riktning mot Serbien.

138. Jag passar också på att tillägga att dessa sökande inte heller kan bege sig i riktning mot Ungern, eftersom de saknar tillstånd att resa in och uppehålla sig i det landet. Det ska i detta avseende understrykas att enligt 5 § punkt 1b i lagen om statens gränser, som är föremål för kommissionens fjärde anmärkning i förevarande mål, får den ungerska polisen, under en krissituation till följd av massiv invandring, stoppa utländska medborgare som vistas olagligt i hela landet och eskortera dem till närmsta gränsanläggning, förutom vid misstanke om brott. På grund av den långa väntetiden för att få tillträde till transitområdet och ansöka om internationellt skydd, finns det inget annat alternativ för den berörda migranten än att ta sig till Serbien, det vill säga att återvända till det land som migranten kom från och detta i ett sammanhang där det minst sagt råder osäkerhet om huruvida migranten får resa in i Serbien, huruvida migranten befinner sig i en rättsenlig situation och om hur den serbiska migrationskontrollmyndigheten kommer att behandla personen på plats.

48 Jag kan inte se hur en så stor begränsning av rörelsefriheten skulle kunna anses vara en oundviklig följd av den begränsade storleken på transitområdet, vilket Ungern har hävdat.

49 Dom av den 14 maj 2020, FMS m.fl. (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkt 226).

50 Dom av den 14 maj 2020, FMS m.fl. (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367).

51 Se mitt förslag till avgörande i målet FMS m.fl. (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:294, punkterna 155 och 166), i vilket jag har gjort gällande att förvar endast kan uteslutas om det finns en ”verklig” möjlighet att av egen fri vilja lämna platsen för inkvarteringen, och att detta ska bedömas med hänsyn till den situation som de sökande av internationellt skydd befinner sig i.

52 Dom av den 14 maj 2020, FMS m.fl. (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkterna 228–229).

139. Enligt min mening är det därför orealistiskt att tro att en asylsökande frivilligt skulle lämna transitområdet och ta sig till Serbien.

140. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att placeringen av en sökande i transitområdet under prövningen av dennes ansökan om internationellt skydd ska anses utgöra ett ”förvar” i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2013/33.

141. Klassificeringen av och den rättsliga ställningen för transitområden i den mening som avses i ungersk rätt, vilket Ungern vid flera tillfällen har åberopat i sina inlagor, saknar betydelse för ovannämnda bedömning, eftersom det begreppet förvar inte innehåller någon hänvisning till nationell rätt och därför ska betraktas som ett självständigt unionsrättsligt begrepp. [53]

142. Resultatet av denna bedömning påverkas inte heller av den omständigheten att domstolen avslog den ansökan om handläggning enligt förfarandet för brådskande mål om förhandsavgörande som den hänskjutande domstolen lämnade in i det mål som avgjordes genom domen Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa), vilket rörde en tvist avseende en asylsökande som uppehöll sig i ett transitområde, eftersom det i domen i det målet inte preciseras att skälet för avslag är att en sådan asylsökande inte hålls i förvar. [54] Under alla omständigheter anser jag att domstolens preliminära bedömning av huruvida det förelåg ett faktiskt förvar, vars omfattning strikt begränsas av de uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen, inte sammanfaller med bedömningen för att fastställa huruvida alla beståndsdelar som ingår i begreppet förvar föreligger.

b) Huruvida förvaret är lagenligt

143. Av det ovan anförda följer att alla asylsökande hålls förvar, i den mening som avses i direktiv 2013/32, när de inkvarteras i transitområdena vid den serbisk-ungerska gränsen. Följaktligen är det nödvändigt att ta ställning till huruvida detta förvar är lagenligt, eftersom personer som ansöker om internationellt skydd under vissa förutsättningar får hållas i förvar enligt artikel 26 i direktiv 2013/32 och artikel 8 i direktiv 2013/33.

144. Kommissionen har gjort gällande att Ungern inte har följt det gällande regelverket för beslut om förvar, vilket definieras i artiklarna 8–11 i direktiv 2013/33. Jag ställer mig utan tvekan bakom denna tolkning.

145. Det framgår nämligen av de nationella bestämmelser som kommissionen har redovisat att 31/A § och 31/B § i lagen om rätt till asyl, i vilka villkoren för förvar av asylsökande fastställs i nationell rätt, enligt 80/I § a i samma lag, inte ska tillämpas vid en krissituation till följd av massiv invandring. Även om det antas att dessa bestämmelser, vilket Ungern har gjort gällande, fortsätter att vara tillämpliga i nämnda situation, är det under alla omständigheter rimligt att anse att de relevanta bestämmelserna inte är tillämpliga på förvar av asylsökande i transitområdena, med hänsyn till den omständigheten att denna medlemsstat bestämt har bestritt att asylsökande över huvud taget har tagits i förvar.

146. Ungern har inte på något sätt ifrågasatt det *systematiska* genomförandet av 80/J § punkt 5 i lagen om rätt till asyl, som ger myndigheten med ansvar för asylfrågor i uppgift att anvisa asylsökande transitområdet som vistelseort under förfarandets gång. Enligt min mening råder det inget tvivel om att kommissionen gör en riktig bedömning när den anser att nämnda bestämmelse åsidosätter dels

53 Se, bland annat, dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punkt 37).

54 Dom av den 19 mars 2020, Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompa) (C-564/18, EU:C:2020:218, punkt 27).

artikel 8.3 första stycket i direktiv 2013/33, enligt vilken förvar endast kan motiveras på grundval av de uttömmande skäl anges i denna bestämmelse, dels artikel 8.2 i detta direktiv, enligt vilken ett beslut om förvar endast får fattas om detta visar sig vara nödvändigt och på grundval av en *individuell bedömning*, om mindre ingripande åtgärder inte kan tillämpas verkningsfullt.[55]

147. När det gäller underlåtenheten att utfärda ett beslut om förvar med angivande av de faktiska och rättsliga omständigheter som ligger till grund för beslutet, i strid med artikel 9.2 i direktiv 2013/33, påpekar jag att Ungern har genmält att den nationella myndigheten med ansvar för asylfrågor under alla omständigheter meddelar ett beslut om placering av asylsökande i transitområdet under förfarandets gång. Denna medlemsstat har emellertid själv, i sitt svaromål, implicit medgett att det inte är fråga om ett beslut om förvar i den mening som avses i artikel 9.2 i direktivet, eftersom den klassificerar det som ett beslut som innebär begränsningar av den fria rörligheten för sökande av internationellt skydd i den mening som avses i artikel 7.2 i direktivet.

148. Ungern har inte bestritt att även underåriga eller ensamkommande barn kan placeras i förvar, med undantag för barn under 14 år, vilket otvivelaktigt strider mot artikel 11.2 i direktiv 2013/33, enligt vilken underåriga endast får tas i förvar som en sista utväg, sedan det har konstaterats att andra, mindre ingripande alternativa åtgärder inte kan tillämpas verkningsfullt.

149. Det framgår av ansökan att kommissionen även har gjort gällande att artikel 2 h i direktiv 2013/33 har åsidosatts. Jag förstår dock inte på vilket sätt denna bestämmelse, som endast definierar begreppet förvar, har åsidosatts, eftersom kommissionen inte har gjort gällande att Ungern har underlåtit att införliva bestämmelsen. Följaktligen kan jag inte dela kommissionens slutsats i detta avseende.

150. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att inte förena det förvar som genomförs i transitområdena med de garantier som föreskrivs i artiklarna 8, 9 och 11 i direktiv 2013/33.

151. Jag anser därför att talan om fördragsbrott ska bifallas såvitt avser den tredje anmärkningen.

D. Huruvida de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2008/115 inte har iakttagits

1. Parternas argument

152. Genom sin fjärde anmärkning har kommissionen gjort gällande att Ungern inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt dessa bestämmelser genom att föra tillbaka tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig till den andra sidan av gränsstängslet, utan att iaktta de förfaranden och garantier som anges i artiklarna 5, 6, 12.1 och 13.1 i direktiv 2008/115.

153. Kommissionen har för det första påpekat att det enligt artikel 5.1 i lagen om statens gränser är möjligt att på ungerskt territorium använda sig av en markremsa 60 meter från den yttre gränsen för att uppföra, installera eller driva anläggningar för att skydda ordningen vid gränsen och utföra uppgifter avseende försvar och nationell säkerhet, katastrofer, gränsövervakning, asyl och migrationspolitik. I artikel 5.1b i lagen om statens gränser föreskrivs dessutom att polisen, under en krissituation till följd av massiv invandring, får stoppa utländska medborgare som vistas olagligt i landet och eskortera dem till närmsta gränsanläggning som avses i artikel 5.1 i samma lag, förutom vid misstanke om brott.

55 Se, även, dom av den 14 september 2017, K. (C-18/16, EU:C:2017:680, punkt 48).

154. Av de rapporter som kommissionen har hänvisat till framgår att den ungerska polisen för tillbaka tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i Ungern till det inhägnade gränsområdet. Tredjelandsmedborgare som har förts tillbaka till ett område vid den ungerska gränsen där det inte finns någon infrastruktur, och där det inte finns någon möjlighet att bege sig till resten av Ungern, har i praktiken inte något annat val än att lämna Ungern. Kommissionen anser därför att detta förfarande motsvarar begreppet avlägsnande i artikel 3.5 i direktiv 2008/115, även om det i vissa fall är tekniskt möjligt att den fysiska transporten inte avslutas utanför ungerskt territorium.

155. Avlägsnandet av de berörda tredjelandsmedborgarna sker utan att det fattas något beslut om återvändande, utan urskiljning, utan att hänsyn tas till barnets bästa, familjelivet, den berörda tredjelandsmedborgarens hälsotillstånd eller principen om non-refoulement. Dessa tredjelandsmedborgare får varken några godtagbara skäl eller skriftliga förklaringar, och i avsaknad av ett formellt beslut om återvändande har de inte tillgång till något rättsmedel.

156. 5 § punkt 1 ter i lagen om statens gränser omfattas inte heller av undantaget i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115. Denna bestämmelse är nämligen inte tillämplig på medborgare som redan befinner sig i Ungern, medan 5 § punkt 1 ter omfattar alla tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i Ungern.

157. Slutligen kan ett omfattande, allmänt och långvarigt undantag från bestämmelserna i direktiv 2008/115 inte motiveras genom att åberopa artikel 72 FEUF, i vilken det endast anges en princip som unionslagstiftaren ska beakta och som syftar till att underlätta tolkningen av unionsrättsakter som antagits på grundval av avdelning V i tredje delen av FEUF.

158. Ungern har inledningsvis gjort gällande att 5 § punkt 1a i lagen om statens gränser kan motiveras med stöd undantaget i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115. Vad gäller 5 § punkt 1 ter i samma lag har denna medlemsstat påpekat att denna bestämmelse, till skillnad från 5 § punkt 1a, endast får tillämpas vid en krissituation till följd av massinvandring.

159. Ungern har i detta sammanhang gjort gällande att artikel 72 FEUF gör det möjligt för medlemsstaterna att anta och tillämpa bestämmelser om upprätthållande av lag och ordning och skydd för den inre säkerheten som kan avvika från unionsrätten, eftersom syftet med förklaringen om att det råder en krissituation till följd av massinvandring och de regler som tillämpas i en sådan situation i samtliga fall är att upprätthålla ordningen och skydda landets inre säkerhet. I direktiv 2008/115 föreskrivs inte att de regler som införs genom direktivet även ska tillämpas i situationer som omfattas av artikel 72 FEUF. En medlemsstat kan följaktligen avvika från bestämmelserna i nämnda direktiv när den utövar sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten.

160. Allmän ordning och allmän säkerhet utgör tvingande hänsyn till allmänintresset som gör det möjligt för medlemsstaterna att avvika från unionsrätten och vars grundläggande karaktär understryks i artikel 4.2 FEU. Enligt domstolens praxis [56] är det helt upp till medlemsstaterna att bestämma vad som omfattas av begreppet allmän ordning, och denna bedömning kan variera över tid. Ungern har i detta avseende erinrat om att kommissionen har medgett att det regelverk som föreskrivs i sekundärrätten för att hantera krissituationer till följd av massinvandring har visat sig vara otillräckligt, och att kommissionen drog konsekvenserna av detta genom att år 2016 lägga fram en komplex samling förslag för att reformera det gemensamma europeiska asylsystemet, som omfattade både direktiv 2013/32 och direktiv 2008/115.

161. I en sådan krissituation som den som råder i Ungern är det följaktligen inte obligatoriskt att uppfylla kraven i artiklarna 5, 6.1, 12.1 och 13.1 i direktiv 2008/115, när den ungerska polisen tillämpar 5 § punkt 1 ter i lagen om statens gränser.

56 Ungern hänvisar bland annat till dom av den 23 november 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708).

162. Dessutom för polisen inte tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i Ungern till gränsen, eftersom gränsskyddsanläggningen (gränsstängslet) inte har uppförts vid själva gränsen utan på Ungerns territorium. Dessa personer avlägsnas således inte till Serbien och kan, efter att ha eskorterats till gränsstängslet, lämna in sin ansökan i närmsta transitzon. I avsaknad av ett faktiskt återvändande kan direktiv 2008/115 per definition inte tillämpas, eftersom en medlemsstat nämligen inte kan verkställa en avlägsnandeåtgärd inom sitt eget territorium.

163. Ungern har tillagt att det inte finns någon unionsrättslig bestämmelse som anger vare sig vilka anläggningar som ska används för att handlägga asylansökningar inom landets territorium eller till vilka personer vars vistelse är olaglig ska föras. När polisen överför tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig inom Ungern, så att de ska kunna lämna in sin ansökan om internationellt skydd så snart som möjligt, strider detta således inte mot unionsrätten. Det finns inte heller någon unionsrättslig bestämmelse enligt vilken tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig ska omhändertas. Ungern har slutligen gjort gällande att polisen handlar inom gränserna för lagstiftningen och på ett proportionerligt sätt använder tvångsmedel endast i de fall som föreskrivs i lag.

2. Bedömning

164. Jag påpekar till att börja med att Ungern inte har bestritt att de ungerska polismyndigheterna har fört tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig till närmaste gränsanläggning utan att iaktta de garantier samband med förfarandet för återvändande som föreskrivs i direktiv 2008/115.[57] Framför allt har denna åtgärd genomförts utan hänsyn till barnets bästa, familjelivet, den berörda tredjelandsmedborgarens hälsotillstånd, utan att principen om non-refoulement (artikel 5) har iakttagits och utan att det meddelats ett beslut om återvändande (artikel 6.1). De berörda tredjelandsmedborgarna får inte heller något skriftligt beslut om de faktiska och rättsliga skälen för återvändandet och/eller avlägsnandet (artikel 12.1) och har, i avsaknad av ett beslut om återvändande, ingen tillgång till rättsmedel (artikel 13.1).

165. Ungern har emellertid bestritt de åsidosättanden som denna medlemsstat i förevarande anmärkning påstås ha gjort sig skyldig till, och till stöd för detta i första hand anfört att direktiv 2008/115 inte är tillämpligt i förevarande fall och i andra hand anfört att medlemsstaterna har möjlighet att åberopa artikel 72 FEUF för att avvika från de enhetliga regler som föreskrivs i direktivet. Jag kommer att pröva dessa argument i tur och ordning.

a) Huruvida direktiv 2008/115 är tillämpligt

166. Ungern anser för det första att direktiv 2008/115 inte är tillämpligt i förevarande mål, eftersom det med stöd av undantaget i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 är motiverat att tillämpa en praxis som innebär att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet återförs till gränsen.

167. Enligt denna bestämmelse får medlemsstaterna besluta att inte tillämpa nämnda direktiv på tredjelandsmedborgare som gripits eller hejdats av de behöriga myndigheterna i samband med att de olagligen passerat en medlemsstats yttre gräns landvägen, sjövägen eller luftvägen och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten. Domstolen har redan slagit fast att uttrycket ” i samband med att de olagligen passerar” förutsätter att det finns *”en direkt tids- och*

57 Jag konstaterar att Ungerns argument att den ungerska polisen agerar inom gränserna för lagstiftningen och på ett proportionerligt sätt använder tvångsmedel endast i de fall som föreskrivs i lag, i enlighet villkoren i artikel 8.4 i direktiv 2008/115, saknar relevans för fastställandet av huruvida Ungern har underlåtit att uppfylla de skyldigheter som denna medlemsstat i förevarande anmärkning påstås ha åsidosatt.

platsmässig koppling mellan gripandet eller hejdandet av tredjelandsmedborgaren och passagen av en yttre gräns” och att ”[d]e som avses … således [är] tredjelandsmedborgare som grips eller hejdas av de nationella myndigheterna *i samma ögonblick* som den olagliga passagen sker av en yttre gräns eller efter denna passage i närheten av den gränsen”.[58] [59]

168. Kommissionen tycks inte ha bestritt att syftet med 5.1 § punkt 1a i lagen om statens gränser är att tillämpa det undantag som föreskrivs i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115.

169. Förevarande anmärkning avser, helt riktigt enligt min mening, endast 5 § punkt 1 ter i lagen om statens gränser, som vid en krissituation till följd av massinvandring ska tillämpas i stället för punkt 1a, och som fortfarande var i kraft när fristen i det motiverade yttrandet löpte ut. Det är således denna bestämmelse som enligt kommissionen inte omfattas av nämnda undantag.

170. I 5 § punkt 1 ter i lagen om statens gränser föreskrivs följande: ”Under en krissituation till följd av massiv invandring får polisen ingripa mot utländska medborgare som vistas olagligt i Ungern och eskortera dem till den närmaste gränsanläggning som avses i punkt 1, förutom vid misstanke om brott”. I avsaknad av en reglering av polisens befogenheter ”inom en markremsa på [åtta] kilometer från den yttre gränsen”, såsom föreskrivs i 5 § punkt 1a i lagen om statens gränser,[60] är denna bestämmelse tillämplig på samtliga tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i Ungern och inte endast på dem som grips eller hejdas i samband med att de olagligen passerar den yttre gränsen eller efter gränspassagen i närheten av denna gräns, vilket krävs enligt artikel 2.2 a i direktiv 2008/115. Härav följer att eftersom 5 § punkt 1 ter i lagen om statens gränser inte uppfyller ett av villkoren i denna undantagsbestämmelse faller den inte utanför tillämpningsområdet för direktiv 2008/115.

171. För det andra har Ungern gjort gällande att den omständigheten att den ungerska polisen för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i Ungern till närmsta gränsanläggning inte utgör ett ”avlägsnande” i den mening som avses i direktiv 2008/115, eftersom detta direktiv inte är tillämpligt om ett faktiskt återvändande inte sker.

172. Begreppet avlägsnande definieras i artikel 3.5 i direktivet som ”verkställigheten av skyldigheten att återvända, det vill säga den faktiska transporten *ut ur* medlemsstaten”, vilket faktiskt tyder på att den tolkning som Ungern har förespråkat skulle kunna vara juridiskt korrekt. Det är nämligen utrett att 5 § punkt 1 ter i lagen om statens gränser endast ger polismyndigheterna rätt att eskortera tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i Ungern till den närmaste gränsskyddsanläggningen, och att dessa anläggningar är belägna i Ungern. Den faktiska transporten avslutas således inte utanför medlemsstatens territorium, vilket krävs enligt den aktuella definitionen. Jag anser emellertid att det inom ramen för denna bedömning inte går att bortse från att tredjelandsmedborgare inte har någon annan möjlighet än att passera gränsen till Serbien, eftersom de lämnats på den smala markremsa som är belägen mellan gränsstängslet och den ungerska gränsen, utan någon infrastruktur som gör det möjligt att uppehålla sig där under längre tid. Jag konstaterar dessutom att dessa tredjelandsmedborgare inte ens kan ta sig från den anläggning som polisen har eskorterat dem till och till transitområdet för att där ansöka om internationellt skydd, eftersom detta innebär att de tvingas vänta i genomsnitt 11–18 månader på en smal markremsa vilken, som jag just har påpekat, helt saknar infrastruktur. I praktiken kan Ungerns aktuella praxis därför likställas med ett ”avlägsnande” i den mening som avses i artikel 3.5 i direktiv 2008/115.

173. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att det knappast råder något tvivel om att direktiv 2008/115 är tillämpligt på den aktuella åtgärden.

58 Dom av den 19 mars 2019, Arib m.fl. (C-444/17, EU:C:2019:220, punkt 46 och där angiven rättspraxis).

59 Min kursivering.

60 I 5 § punkt 1a i lagen om statens gränser föreskrivs: ”Inom [åtta] kilometer från den yttre gränsen enligt artikel 2.2 i kodexen om Schengengränserna, eller gränsmarkeringarna, får polisen stoppa utländska medborgare som vistas olagligt i Ungern, och eskortera dem till den närmaste gränsanläggning som avses i punkt 1, förutom vid misstanke om brott”.

b) Artikel 72 FEUF

174. Vad gäller Ungerns argument att artikel 72 FEUF gör det möjligt för medlemsstaterna att avvika från bestämmelserna i direktiv 2008/115 när de utövar sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten, anser jag att överväganden i punkterna 101–103 i förevarande förslag till avgörande avseende domstolens resonemang i domen kommissionen/Polen m.fl. (Tillfälligt system för omplacering av personer som söker internationellt skydd) [61] fortfarande är relevanta.

175. Jag tillämpar därför på nytt detta resonemang.

176. Till att börja med noterar jag att Ungern till stöd för sin uppfattning i sina inlagor inte uttryckligen har anfört att vissa bestämmelser i direktiv 2008/115 är ogiltiga i förhållande till artikel 72 FEUF. Det ska emellertid prövas huruvida det är nödvändigt för denna medlemsstat att åberopa det undantag som föreskrivs i direktivet inom ramen för direktiv 2008/115 i dess helhet. [62] I direktivet är artikel 18 potentiellt relevant, eftersom den uttryckligen reglerar nödsituationer som uppstår till följd av det exceptionellt stora antalet tredjelandsmedborgare som är skyldiga att återvända, och medlemsstaterna ges möjlighet att, så länge som denna situation fortfarande föreligger, göra undantag från vissa andra bestämmelser i direktivet. Jag noterar dock att Ungern inte har åberopat tillämpningen av denna artikel i sina inlagor och att denna artikel under alla omständigheter inte tillåter något undantag från de bestämmelser vars åsidosättande har bestritts i förevarande anmärkning. [63] [64]

177. Härav följer att Ungern inte kan åberopa artikel 72 FEUF till stöd för sin vägran att fullgöra samtliga skyldigheter som åligger denna medlemsstat enligt artiklarna 5, 6.1, 12.1 och 13.1 i direktiv 2008/115.

178. De övriga argument som Ungern har anfört påverkar enligt min mening inte denna slutsats. Detta gäller även för det argument som grundar sig på en jämförelse mellan artikel 72 FEUF och artikel 4.2 FEU. Det finns nämligen inget som tyder på att ett faktiskt bevarande av de väsentliga statliga funktioner som avses i den sistnämnda bestämmelsen, såsom att säkerställa den territoriella integriteten, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten, endast kan säkerställas genom att underlåta att tillämpa de aktuella bestämmelserna i direktiv 2008/115. Av domen Tsakouridis [65] framgår det visserligen att medlemsstaterna har rätt att vidta åtgärder för att upprätthålla allmän ordning, men jag kan inte förstå hur domen i det målet kan förstås så, att dessa medlemsstater får tillämpa ett sådant undantag i fall som inte föreskrivs i unionens sekundärrätt enbart genom att åberopa artikel 72 FEUF. Jag nöjer mig med att erinra om att domstolen i det målet hade uppmanats att tolka en sekundärrättslig bestämmelse, nämligen artikel 28.3 i direktiv 2004/38/EG. [66]

61 Dom av den 2 april 2020 (C-715/17, C-718/17 et C-719/17, EU:C:2020:257).

62 I avsaknad av ett ifrågasättande av direktivets giltighet är det uppenbart att den omständigheten att direktiv 2008/115 inte innehåller något skäl, såsom skäl 51 i direktiv 2013/32, i vilket det preciseras att direktivet inte påverkar medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten i enlighet med artikel 72 FEUF, inte kan motivera ett undantag från bestämmelserna i detta direktiv med stöd av denna artikel, såsom Ungern har gjort gällande.

63 I artikel 18 i direktiv 2008/115 ges medlemsstaterna nämligen endast rätt att besluta att tillämpa längre tidsfrister för rättslig prövning än dem som beskrivs i artikel 15.2 tredje stycket och vidta nödåtgärder vad gäller förhållanden vid förvar som avviker från vad som föreskrivs i artiklarna 16.1 och 17.2.

64 Som kommissionen har påpekat i ansökan framgår det till och med uttryckligen av artikel 18.3 i direktiv 2008/15 att ”[d]enna artikel … inte på något sätt [får] tolkas som att den tillåter medlemsstaterna att åsidosätta sin allmänna skyldighet att vidta alla lämpliga, både allmänna och särskilda, åtgärder för att säkerställa att deras skyldigheter enligt detta direktiv uppfylls”.

65 Dom av den 23 november 2010 (C-145/09, EU:C:2010:708).

66 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, 2004, s. 77).

179. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att talan kan vinna bifall såvitt avser kommissionens fjärde anmärkning.

E. Huruvida det saknas effektiva rättsmedel mot avslag på en asylansökan

1. Parternas argument

180. Kommissionen anser att Ungern har åsidosatt artikel 46.5 och 46.6 i direktiv 2013/32, eftersom det vid avslag på ansökan om internationellt skydd avslås i lagen om rätt till asyl inte uttryckligen föreskrivs att ett överklagande kan ha suspensiv verkan. De asylsökandes rätt att stanna kvar i Ungern i avvaktan på resultatet av överklagandet garanteras följaktligen inte, eftersom ett negativt beslut är verkställbart oberoende av huruvida ett överklagande har ingetts.

181. Enligt de allmänna bestämmelserna i den ungerska förvaltningsprocesslagstiftningen utgör ett överklagande emellertid inte ett verkställighetshinder, eftersom det i artikel 50 i förvaltningsprocesslagen endast föreskrivs att uppskov med verkställigheten kan begäras om vissa villkor är uppfyllda. Lagen om rätt till asyl innehåller, i egenskap av speciallag (*lex specialis*), de förvaltningsrättsliga regler som är tillämpliga på prövningen av asylbeslut.

182. Genom egyes törvényeknek a tömeges bevándorlás kezelésével összefüggő módosításáról szóló 2015. évi CXL. törvény (2015 års lag nr CXL om ändring av vissa lagar för att hantera en situation med massinvandring), som trädde i kraft den 1 augusti 2015, ändrades artiklarna 53 och 68 i lagen om rätt till asyl och upphävdes de bestämmelser som uttryckligen garanterade en suspensiv verkan. Dessa ändringar är tillämpliga både under en kris till följd av massiv invandring och när en sådan situation inte föreligger.

183. Kommissionen anser därför för det första att Ungern inte har införlivat den allmänna regeln i artikel 46.5 i direktiv 2013/32 på ett korrekt sätt, eftersom överklagande av ett beslut om avslag på asylansökningar inte automatisk får suspensiv verkan. Artikel 35.1 i lagen om rätt till asyl ger inte i sig asylsökande uppehållsrätt, utan preciserar endast att dessa personer ska vara föremål för ett asylförfarande till dess att de meddelas ett beslut som inte längre kan överklagas. Den enda lagstiftning ur vilken sökanden kan härleda uppehållsrätt i Ungern är således 5 § punkt 1a i lagen om rätt till asyl, enligt vilken sökanden har rätt att uppehålla sig i Ungern i enlighet med villkoren i nämnda lag. I denna bestämmelse uppställs emellertid ytterligare inte närmare angivna villkor för rätten att uppehålla sig i Ungern. Den omständigheten att myndigheten med ansvar för asylfrågor i enlighet med 80/J § punkt 5 i lagen om rätt till asyl, som är tillämplig vid en krissituation till följd av massiv invandring, anvisar transitområdet som asylsökandens vistelseort fram till dess att det beslut som inte längre kan överklagas blir verkställbart, kan inte leda till en sådan slutsats. Vistelsen i transitområdet ska nämligen klassificeras som förvar och motsvarar inte begreppet vistelse i medlemsstaten i den mening som avses i artikel 46 i direktiv 2013/32.

184. Vad för det andra gäller domstolsprövningen av beslut om avvisning av asylansökningar föreskrivs i 53 § punkt 6 i lagen om rätt till asyl att ingivandet av ett överklagande inte har suspensiv verkan, vilket strider mot artikel 46.6 i direktiv 2013/32, enligt vilken medlemsstaterna antingen ska garantera att ett överklagande automatiskt har suspensiv verkan eller se till att ett beslut om suspensiv verkan fattas av en domstol. Det framgår inte heller klart av lagen om asylrätt huruvida 50 § i förvaltningsprocesslagen även är tillämplig på rättsliga förfaranden som omfattas av tillämpningsområdet för lagen om asylrätt, för vilka det i nämnda lag föreskrivs särskilda bestämmelser, och i enlighet med domstolens fasta praxis således anses ha införlivat artikel 46.6 i nämnda direktiv på ett korrekt sätt.

185. För det tredje framgår det av artikel 46.6 a och b i direktiv 2013/32 att om en ansökan inte anses kunna tas upp till prövning på grund av ett tredjeland betraktas som ett säkert tredjeland för sökanden, eller om ansökan ansetts ogrundad på grund av att sökanden olagligen har rest in i eller förlängt sin vistelse i medlemsstaten, bör överklagandet också ha automatiskt ha suspensiv verkan. Kommissionen har medgett att dessa två fall anges i 51 § punkterna 2 e och 7 h i lagen om rätt till asyl och att det i 53 § punkt 6 i samma lag föreskrivs att ingivandet av en ansökan inte medför att verkställigheten av beslutet skjuts upp, med undantag för asylbeslut som fattats med tillämpning av dessa bestämmelser. I denna lag föreskrivs emellertid inte uttryckligen att ingivandet av ansökan i sådana fall har suspensiv verkan. Endast en tolkning *e contrario* skulle göra det möjligt att i sådana fall dra slutsatsen att en annan regel än avsaknaden av suspensiv verkan är tillämplig. Det preciseras emellertid inte i lagen om denna andra regel automatiskt har suspensiv verkan, vilket krävs enligt artikel 46.5 och 46.6 i direktiv 2013/32.

186. Ungern anser att gällande lagstiftning och praxis på asylområdet på ett adekvat sätt säkerställer möjligheten för sökandena att stanna kvar i Ungern, även om bestämmelserna i direktiv 2013/32 inte ordagrant har införlivats med ungersk rätt. Det framgår nämligen av 5 § punkt 1, jämförd med 35 § punkt 1, i lagen om rätt till asyl att asylsökande garanteras rätten att stanna kvar i landet till dess att asylförfarandet har avslutats, vilket i förekommande fall motsvarar delgivningen av domstolsavgörandet angående överklagandet av ett beslut om avslag på asylansökan. Den nationella lagstiftningen är således förenlig med artikel 46.5 i direktiv 2013/32.

187. I artikel 46.6 i direktiv 2013/32 föreskrivs endast, som undantag från huvudregeln, att den domstol som prövar överklagandet i ett begränsat antal fall är behörig att förordna att överklagandet ska ha suspensiv verkan antingen på begäran av sökanden eller *ex officio*. I ett sådant fall ger 53 § punkt 6 i lagen om rätt till asyl inte automatiskt sökanden rätt att stanna kvar i landet, men sökanden kan emellertid, enligt 50 § i förvaltningsprocesslagen, ansöka om ett omedelbart rättsligt skydd som, beroende på det avgörande som meddelats, skulle kunna resultera i att ingivandet av ansökan får suspensiv verkan och att det därför blir möjligt att stanna kvar i landet. Sökande som inger ett överklagande använder sig systematiskt av en sådan möjlighet och domstolarna beviljar i praktiken alltid en sådan begäran.

188. De ”undantag från undantaget” som föreskrivs i artikel 46.6 a och b i direktiv 2013/32 omfattas av 51 § punkterna 2 e och 7 h i lagen om rätt till asyl, eftersom rätten att stanna kvar i landet i båda fallen naturligtvis garanteras.

189. Bedömningen av huruvida ungersk rätt är förenlig med unionsrätten påverkas inte heller av 80/J § punkt 2 i lagen om rätt till asyl. Enligt 80/J § punkt 5 i samma lag har sökanden nämligen rätt att vistas i transitområdet, och därmed i Ungern, fram till delgivningen av det slutliga beslutet, vilket motsvarar begreppet ”stanna kvar i medlemsstaten” i artikel 2 p i direktiv 2013/32, och kraven i artikel 46.5 och 46.6 i detta direktiv.

2. Bedömning

190. Det kan vara på sin plats med några inledande anmärkningar.

191. Införlivandet av direktiv med nationell lagstiftning präglas av en ständig strävan efter att uppnå balans mellan den aktuella rättsaktens karaktär, vilken enligt artikel 288 FEUF är begränsad till att det resultat som ska uppnås ska vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men ska överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförande, och nödvändigheten av att säkerställa att unionsrätten tillämpas fullt ut och enhetligt. Det framgår således av domstolens fasta praxis att det inte nödvändigtvis krävs att bestämmelser i ett direktiv formellt och ordagrant återges i en uttrycklig och specifik bestämmelse i lag eller annan författning, utan det kan vara tillräckligt att det finns en allmän rättslig ram, under förutsättning att

det därigenom på ett effektivt sätt säkerställs att direktivet tillämpas fullt ut på ett tillräckligt klart och precist sätt.[67]

192. När den direktivbestämmelse som ska införlivas *syftar till att skapa rättigheter för enskilda* krävs det, för att kravet på rättssäkerhet ska anses uppfyllt, att det nationella regelverket inte lämnar något rimligt tvivel om räckvidden av dessa rättigheter. Medlemsstaternas skyldighet att införliva direktivet innebär i detta fall enligt domstolens fasta praxis att de är skyldiga att se till att de enskildas rättsliga situation är tillräckligt klar och precis, och att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna.[68]

193. Enligt min mening är det mot bakgrund av dessa principer som det ska bedömas huruvida det finns fog för förevarande anmärknings tre delar.

194. Den första delen av denna anmärkning avser artikel 46.5 i direktiv 2013/32 (”Rätten till ett effektivt rättsmedel”), i vilken det som allmän regeln fastställs att en sökande av internationellt skydd har rätt att stanna kvar på den berörda medlemsstatens territorium, även efter det att ett administrativt beslut om avslag har fattats, till dess att tidsfristen för överklagande av beslutet har löpt ut eller, om ett överklagande har getts in, till dess att överklagandet har avgjorts.

195. Jag vill i detta avseende påpeka att jag av de preciseringar som kommissionen har lämnat i sin replik drar slutsatsen att föremålet för kommissionens kritik är en underlåtenhet att införliva direktivet på ett korrekt sätt och, under alla omständigheter, att införlivande inte är tillräckligt tydligt. Kommissionen har med andra ord kritiserat den omständigheten att den nationella lagstiftningen lämnar utrymme för rimliga tvivel om räckvidden av rätten att stanna kvar i den berörda medlemsstaten, vilket strider mot vad som krävs enligt ovannämnda rättspraxis.

196. Ungern har gjort gällande att 5 § punkt 1 a jämförd med 35 § punkt 1 i lagen om rätt till asyl gör det möjligt att uppnå det resultat som eftersträvas med artikel 46.5 i direktiv 2013/32. Till att börja med påpekar jag att jag delar kommissionens uppfattning att 35 § punkt 1 i den aktuella nationella lagen (”Sökanden är föremål för asylförfarandet från det att ansökan om internationellt skydd lämnats in personligen till den myndigheten med ansvar för asylfrågor… fram till delgivningen av det beslut som meddelats efter förfarandet, om beslutet inte längre kan överklagas”), inte säger något om den sökandes rätt att stanna kvar i medlemsstaten.[69]

197. Därmed uppkommer frågan huruvida 5 § punkt 1 a i lagen om rätt till asyl i sig kan ge personer som ansöker om internationellt skydd rätt att stanna i Ungern och således utgör ett korrekt införlivande av artikel 46.5 i direktiv 2013/32.

198. Jag anser att denna fråga ska besvaras nekande.

199. För att förklara skälen till denna slutsats erinrar jag för det första om att den aktuella bestämmelsen har följande lydelse: ”En asylsökande har, *i enlighet med villkoren i denna lag*, rätt att uppehålla sig i Ungern och, i enlighet med separat lagstiftning, erhålla uppehållstillstånd i Ungern.”[70] Även om denna bestämmelse visserligen leder till uppehållsrätt i Ungern för alla asylsökande, förefaller dock utövandet av denna rätt enligt kommissionen vara underkastat ytterligare villkor som

67 Se dom av den 22 februari 2018, kommissionen/Polen (C-336/16, EU:C:2018:94, punkt 120 och där angiven rättspraxis).

68 Se, bland annat, dom av den 13 februari 2014, kommissionen/Förenade kungariket (C-530/11, EU:C:2014:67, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

69 Ungern har inte bestritt kommissionens påstående att det även om det i 51 § punkt 2 i 2007 års lag nr II om tredje mans inresa och vistelse föreskrivs att ”[o]m tredjelandsmedborgare är föremål för ett asylförfarande, får ett beslut om avvisning eller återvändande inte fattas eller verkställas”, kvarstår det faktum att denna bestämmelse inte kan ge asylsökande rätt att stanna kvar i Ungern, eftersom den endast kan tillämpas ”om tredjelandsmedborgaren har uppehållsrätt i Ungern, i enlighet med en separat lag”.

70 Min kursivering.

inte närmare preciseras, vilket är en uppfattning som jag delar. Efter att Ungern under förhandlingen uppmanats att uppge dessa villkor hänvisade denna medlemsstat endast till 35 § punkt 1 i lagen om rätt till asyl, vilken enligt min mening snarare avser införlivandet av begreppet ”asylsökande”, och inte ett av villkoren för beviljande av ovannämnda uppehållsrätt.

200. Under dessa omständigheter gör ungersk rätt inte det möjligt att uppnå det resultat som eftersträvas med artikel 46.5 i direktiv 2013/32, nämligen att varje sökande av internationellt skydd vars ansökan ansetts ogrundad rätt ska beviljas rätt att stanna kvar i den berörda medlemsstaten. Mot bakgrund av en uppehållsrätt vars ramar inte har definierats kan jag under alla omständigheter inte se hur man skulle kunna anse att det föreligger ett tillräckligt klart och precist regelverk för att anse att asylsökande ”ges möjlighet att få *full* kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, göra dem gällande vid de nationella domstolarna”.[71]

201. Denna slutsats är begränsad till de ungerska rättsregler som är tillämpliga i vanliga situationer, det vill säga i avsaknad av förklaring om att det råder en krissituation till följd av massiv invandring. När en sådan situation förklarats föreligga har Ungern erinrat om att 80/J § punkt 4 i lagen om rätt till asyl innebär att den rätt att stanna kvar i landet som erkänns i 5 § punkt 1 a i samma lag inte längre gäller. Under sådana omständigheter utgörs den relevanta nationella bestämmelsen, enligt denna medlemsstat, av 80/J § punkt 5 i nämnda lag, i den del där det föreskrivs att den asylsökande ska anvisas transitområdet som en obligatorisk vistelseort till dess att det beslut avseende asylansökan som inte längre kan överklagas (eller beslutet om överföring enligt Dublinförordningen) blir verkställbart.

202. Eftersom jag föreslår att domstolen ska slå fast att en sådan bestämmelse utgör ett olagligt förvar i den mening som avses i direktiv 2013/33, kan bestämmelsen inte anses uppfylla kravet på att asylsökanden ska ges rätt att stanna kvar i landet enligt artikel 46.5 i direktiv 2013/32.

203. Den andra delen av denna anmärkning avser artikel 46.6 i direktiv 2013/32, i vilken det som ett undantag föreskrivs att om ett avslagsbeslut hör till någon av de kategorier som räknas upp i denna punkt (inbegripet beslut i vilka det förklaras att en ansökan är uppenbart ogrundad och, med undantag av vissa undantag, som ogrundad efter ett påskyndat förfarande eller ett förfarande som inte kan tas upp till prövning[72]), måste den berörda medlemsstaten inte automatiskt garantera rätten att stanna kvar i landet, men är denna åtminstone skyldig att, om det aktuella beslutet får till följd att sökanden inte längre har rätt att stanna kvar i landet, ge en domstol möjlighet att yttra sig om förekomsten av en sådan rätt.

204. Jag konstaterar till att börja med att kommissionens kritik endast avser införlivandet av denna artikel i den del den rör överklaganden av besluten om att en ansökan inte kan tas upp till prövning. Kommissionen har gjort gällande att 54 § punkt 6 i lagen om rätt till asyl, som reglerar överklaganden av sådana beslut,[73] och i vilken det anges att ”[i] det administrativa förfarandet resulterar ingivandet av en ansökan inte till uppskov med verkställigheten av beslutet, med undantag för beslut på asylområdet som fattas i enlighet med 51 § punkterna 2 e och 7 h”, inte leder till det resultat som eftersträvas med artikel 46.6 i direktiv 2013/32. Enligt min mening är det emellertid inte nödvändigt att pröva denna fråga, eftersom Ungern inte har framfört några invändningar mot att nämnda nationella bestämmelse, i sig, varken garanterar att dessa rättsmedel automatiskt resulterar i uppskov med verkställigheten eller att ett beslut om suspensiv verkan fattas av en domstol.

71 Min kursivering.

72 Artikel 46.6 a och b i direktiv 2013/32.

73 Ungern bekräftade vid förhandlingen att denna artikel omfattar överklaganden av dessa beslut genom att uppmärksamma punkt 2 i samma paragraf, enligt vilken ”[e]tt avslagsbeslut som motiveras av att en *ansökan inte kan tas upp till prövning* eller som meddelats inom ramen för ett påskyndat förfarande får överklagas inom ramen för ett administrativt förfarande” (min kursivering).

205. Det argument som jag anser förtjänar särskild uppmärksamhet är däremot Ungerns argument att 50 § i förvaltningsprocesslagen innebär att detta resultat faktiskt uppnås i den nationella rättsordningen. Enligt denna bestämmelse är det enligt Ungern möjligt att hos den domstol som handlägger huvudöverklagandet begära omedelbart rättsligt skydd, bland annat i form av uppskov med verkställigheten,[74] vilket kommissionen inte har bestritt. Kommissionen har däremot angett att den inte anser att 50 § på ett tillräckligt klart och precist sätt har införlivat artikel 46.6 i direktiv 2013/32.

206. Jag kan inte godta ett sådant argument.

207. Till stöd för sin ståndpunkt har kommissionen endast understrukit att det i lagen om rätt till asyl inte klart anges huruvida de allmänna administrativa förfaranderegelna är tillämpliga på rättsliga förfaranden som omfattas av tillämpningsområdet för en sådan lag. Jag anser emellertid att denna anmärkning inte i sig kan leda till slutsatsen att den rättsliga situation som följer av den aktuella nationella rätten inte är tillräckligt klar och precis för att de asylsökande ska kunna få full kännedom om sina rättigheter och göra dessa gällande vid domstol, och detta av i huvudsak tre skäl. För det första utesluter 53 § punkt 6 i lagen om rätt till asyl inte uttryckligen tillämpning 50 § i förvaltningsprocesslagen, och innehåller inte heller något inslag som är oförenligt med en sådan tillämpning. För det andra är det definitivt inte ovanligt med ett förhållande mellan en *lex generalis* (i förevarande fall förvaltningsprocesslagen) och en *lex specialis* (i förevarande fall lagen om asylrätt),[75] där den förstnämnda lagen kan tillämpas på samma fall som omfattas av den sistnämnda lagen för att täppa till eventuella luckor i denna lag. För det tredje har kommissionen inte anfört någon omständighet, såsom gällande nationell rättspraxis, som gör det möjligt att ifrågasätta att ungerska förvaltningsdomstolar faktiskt har möjlighet att bevilja uppskov med verkställigheten av beslut om att en asylansökan inte kan tas upp till prövning, och på så sätt tillerkänna sökanden rätt att stanna kvar i landet.

208. För övrigt tror jag att den föreslagna tolkningen är den enda tänkbara om man vill upprätthålla den balans som domstolen har önskat uppnå genom den rättspraxis som anges i punkterna 191 och 192 i förevarande förslag till avgörande.

209. Den tredje delen av denna anmärkning avser undantagen från undantaget i artikel 46.6 i direktiv 2013/32. Av artikel 46.6 a följer att när ett avslagsbeslut grundar sig på sådana omständigheter som avses i artikel 31.8 h i direktiv 2013/32, ska den allmänna regeln i artikel 46.5 i detta direktiv åter tillämpas, vilket innebär att rätten att stanna kvar på territoriet automatiskt ska beviljas. På samma sätt går det att dra slutsatsen att denna rätt ska beviljas automatiskt för det fall ansökan inte anses kunna tas upp till prövning enligt artikel 33.2 c och e, på grund av att artikel 46.6 b endast avser de fall då ansökan inte anses kunna tas upp till prövning enligt artikel 33.2 a, b och d.

210. Jag erinrar om att kommissionen genom denna delanmärkning inte har bestritt att de undantag som följer av leden a och b i nämnda punkt 2 faktiskt har införlivats, eftersom det i 53 § punkt 6 i lagen om rätt till asyl just hänvisas till dessa undantag när det föreskrivs att ett överklagande inte ska hindra verkställighet ”med undantag för beslut på asylområdet som fattas i enlighet med 51 § punkterna 2 e och 7 h.” Kommissionen anser emellertid även här att införlivandet är otydligt, eftersom det i den nationella bestämmelsen inte uttryckligen anges att undantaget från avsaknad av suspensiv verkan är automatisk suspensiv verkan.

74 I punkt 4 i denna paragraf anges att de skäl som motiverar behovet av ett omedelbart rättsligt skydd i detalj ska anges i ansökan, att de styrkande handlingarna ska bifogas och att de omständigheter som ligger till grund för ansökan ska anges.

75 Ungern bekräftade vid förhandlingen att förhållandet mellan dessa två rättsakter ska förstås på detta sätt.

211. Med hänsyn till det sätt på vilket kommissionen har utvecklat sitt resonemang inom ramen för denna delanmärkning, räcker det att konstatera att en tolkning *e contrario* av denna bestämmelse tydligt visar att den ungerska lagstiftaren har önskat att överklaganden av beslut som grundar sig på de omständigheter som avses i 51 § punkterna 2 e och 7 h i lagen om rätt till asyl ska ha automatisk suspensiv verkan.

212. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska godta den femte anmärkningens första del och underkänna anmärkningens andra och tredje del.

IV. Rättegångskostnader

213. Enligt artikel 138.3 första meningen i domstolens rättegångsregler ska i princip vardera parten bära sina rättegångskostnader om parterna, så som i det aktuella fallet, ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Domstolen får emellertid med stöd av andra meningen i den bestämmelsen besluta att en part också ska ersätta en del av den andra partens rättegångskostnader, om det framstår som skäligt med hänsyn till omständigheterna i målet.

214. Enligt den föreslagna lösningen har Europeiska kommissionen i stor utsträckning vunnit bifall för sin talan, medan Ungern har vunnit bifall för sina argument endast vad gäller en liten del av saken i målet, nämligen den femte anmärkningens andra och tredje del. I förevarande fall framstår det därför som rimligt att Ungern, utöver att den ska bära sina egna rättegångskostnader, även ska förpliktas att ersätta fyra femtedelar av kommissionens rättegångskostnader, medan kommissionen ska bära en femtedel av sina rättegångskostnader.

V. Förslag till avgörande

215. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar enligt följande:

1) Ungern har underlåtit att uppfylla sin skyldighet enligt artiklarna 3 och 6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd, genom att föreskriva att alla asylansökningar ska lämnas in personligen till den behöriga myndigheten och uteslutande i transitområdena, till vilka endast ett begränsat antal personer äger tillträde.

2) Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 i direktiv 2013/32, genom att genomföra ett förfarande för prövning av asylansökningar vid gränsen utan de garantier som föreskrivs i denna bestämmelse.

3) Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 8, 9 och 11 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/33/EU av den 26 juni 2013 om normer för mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd, genom att på alla asylsökande, med undantag för barn under 14 år, tillämpa ett prövningsförfarande som medför att de hålls i förvar i transitområdena under hela förfarandet, utan att kunna åtnjuta de garantier som föreskrivs i ovannämnda artiklar.

4) Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 5, 6.1, 12.1 och 13.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna, genom att föra tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet till den andra sidan av gränsstängslet, utan att iaktta de garantier som anges i ovannämnda artiklar.

5) Ungern har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 46.5 i direktiv 2013/32, genom att på ett felaktigt sätt införliva denna artikel med nationell rätt.

6) Talan ogillas i övrigt.

7) Ungern ska bära sina rättegångskostnader och ersätta fyra femtedelar av Europeiska kommissionens rättegångskostnader. Europeiska kommissionen ska bära en femtedel av sina rättegångskostnader.