Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JEAN RICHARD DE LA TOUR
föredraget den 2 juni 2022 [1]

Mål C-241/21

I.L.
mot
Politsei- ja Piirivalveamet

(begäran om förhandsavgörande från Riigikohus (Högsta domstolen, Estland))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2008/115/EG – Återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna – Artikel 15.1 – Förvar inför avlägsnande – Skäl – Tillägg – Påvisad risk för ett brott vars utredning, lagföring och påföljder i väsentlig grad kan försvåra verkställigheten av avlägsnandet”

I. Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande från Riigikohus (Högsta domstolen, Estland) rör tolkningen av artikel 15.1 i direktiv 2008/115/EG. [2]

2. Begäran har framställts i ett mål där I.L. – en moldavisk medborgare mot vilken Politsei- ja Piirivalveamet (polis- och gränsskyddsmyndigheten, Estland) (nedan kallad PPA) utfärdade ett föreläggande om att lämna Estland – har överklagat beslutet att hålla honom i förvar inför avlägsnandet. I.L. har bestritt lagenligheten av det angivna skälet, det vill säga att det förelåg en verklig risk för att han, om han försattes på fri fot innan han avlägsnades, skulle begå ett brott som i väsentlig grad skulle försvåra avlägsnandeförfarandet, på grund av den rättsprocess och den påföljd som detta skulle resultera i.

3. I förevarande förslag till avgörande kommer jag att redogöra för anledningarna till att jag anser att medlemsstaterna inte får grunda förvar av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet på ett skäl som avser målet att säkerställa effektiviteten i det förfarande för återvändande som avses i direktiv 2008/115 och motivera förvaret med risken för att förfarandet försenas på grund av att det sannolikt kommer att begås gärningar som är föremål för straffrättsliga påföljder.

[1] Originalspråk: franska.

[2] 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).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

4. Enligt artikel 3.7 i direktiv 2008/115 definieras risken för avvikande som ”skäl i det enskilda fallet och på grundval av objektiva kriterier fastställda genom lag att anta att en tredjelandsmedborgare som är föremål för förfaranden för återvändande kan komma att avvika”.

5. I artikel 15.1, som återfinns i kapitel IV i detta direktiv, med rubriken ”Förvar inför avlägsnande”, föreskrivs följande:

”1. Om inte andra tillräckliga, men mindre ingripande, åtgärder kan tillämpas verkningsfullt i det konkreta fallet, får medlemsstaterna endast hålla i förvar en tredjelandsmedborgare som är föremål för förfaranden för återvändande för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet, särskilt när

a) det finns risk för avvikande, eller

b) den berörda tredjelandsmedborgaren håller sig undan eller förhindrar förberedelserna inför återvändandet eller avlägsnandet.

Förvar ska vara under så kort tid som möjligt och får endast fortgå under den tid som förfarandena inför avlägsnandet pågår och genomförs med rimliga ansträngningar.”

B. Estnisk rätt

6. Artikel 6[8] i väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus (lagen om skyldighet att lämna landet och om förbud mot inresa)[3] av den 21 oktober 1998, som har rubriken ”Risken för att utlänningen avviker”, har följande lydelse:

”Efter ett beslut om utvisning eller förvar av en utlänning ska det göras en bedömning av vederbörandes risk för avvikande. Det föreligger en risk avvikande när

1) utlänningen inte har lämnat Estland eller en medlemsstat som är part i Schengenkonventionen efter utgången av den tidsfrist för frivillig avresa som fastställts i utvisningsbeslutet,

2) utlänningen lämnade oriktiga uppgifter eller förfalskade handlingar i samband med ansökan om laglig vistelse i Estland, ansökan om förlängning av vistelsen, ansökan om estniskt medborgarskap, ansökan om internationellt skydd eller ansökan om identitetshandlingar,

3) det föreligger rimligt tvivel beträffande utlänningens identitet eller nationalitet,

4) utlänningen vid upprepade tillfällen har begått uppsåtliga brott eller begått ett brott för vilket vederbörande har dömts till ett frihetsstraff,

[3] RT I 1998, 98, 1575, nedan kallad VSS. Den version som är tillämplig i det nationella målet är versionen av den 27 juni 2020 (RT I, 17.06.2020, 3), som var i kraft till och med den 14 juli 2021.

5) utlänningen inte har följt de övervakningsåtgärder som vidtagits gentemot vederbörande för att säkerställa att utvisningsbeslutet följs,

6) utlänningen inte har informerat [PPA] eller Kaitsepolitseiamet (Säkerhetspolisen, Estland) om sin avsikt att inte rätta sig efter utvisningsbeslutet, eller den administrativa myndigheten har kommit fram till denna slutsats med beaktande av utlänningens attityd och beteende,

7) utlänningen reste in i Estland under giltighetstiden för det inreseförbud som vederbörande var föremål för,

8) utlänningen hålls i förvar på grund av att vederbörande olagligen passerade Estlands yttre gräns och inte har beviljats tillstånd eller rätt att vistas i Estland,

9) utlänningen utan tillstånd har lämnat den anvisade bosättningsorten eller någon annan medlemsstat som är part i Schengenkonventionen,

10) det utvisningsbeslut som meddelats utlänningen blir verkställbart med stöd av ett domstolsavgörande.”

7. I 7^{2} § VSS, som har rubriken ”Fastställande av fristen för verkställighet av utvisningsbeslutet” föreskrivs följande:

”…

2) Det är möjligt att inte fastställa en tidsfrist för frivillig avresa och omedelbart verkställa ett utvisningsbeslut när

1) det föreligger en risk för att utlänningen avviker,

…

4) utlänningen utgör en fara för den allmänna ordningen och den nationella säkerheten,

…”

8. Enligt 7^{3} § punkt 2 VSS ska ”verkställigheten av det utvisningsbeslut som utlänningen meddelats ske genom att personen tas i förvar och avlägsnas från Estland”.

9. I 15 § VSS, som har rubriken ”Förvar av utlänningen och förfaranden inför avlägsnandet”, föreskrivs följande:

”1) Utlänningen får hållas i förvar med stöd av punkt 2 nedan om de övervakningsåtgärder som föreskrivs i denna lag inte kan tillämpas verkningsfullt. Hållandet i förvar ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen och ska i varje enskilt fall beakta relevanta omständigheter beträffande utlänningen.

2) Utlänningen får hållas i förvar om tillämpningen av de övervakningsåtgärder som föreskrivs i denna lag inte säkerställer en effektiv verkställighet av utvisningsbeslutet och särskilt när

1) det föreligger en risk för att utlänningen avviker,

2) utlänningen inte uppfyller sin samarbetsskyldighet, eller

3) utlänningen inte innehar de handlingar som krävs för återresan eller dessa handlingar inte längre kan erhållas från värdlandet eller transitlandet.

…”

III. Bakgrund till tvisten och tolkningsfrågan

10. I.L., som är moldavisk medborgare och född 1993 i Ryssland, vistades i Estland i kraft av undantag från kravet på visering. Den 12 oktober 2020 häktades han som misstänkt för att ha vållat sin partner och ytterligare en kvinna kroppsskada och skadat deras hälsa.

11. Genom dom av den 13 oktober 2020 befann Harju Maakohus (Förstainstansdomstolen i Harju, Estland) I.L. skyldig till de gärningar som lagts honom till last och dömde honom för misshandel i den mening som avses i den estniska strafflagen, men frikände honom från de hot som brottsoffret hade anklagat honom för. Nämnda domstol dömde I.L. till fängelse i ett år, en månad och 28 dagar, med en prövotid på två år, och förordnade att han omedelbart skulle försättas på fri fot.

12. Samma dag avslutade PPA i förtid I.L:s vistelse i landet, och förordnande därefter att I.L. skulle hållas i förvar i Harju Maakohus lokaler (Förstainstansdomstolen i Harju), i enlighet med 15 § punkt 2.1 VSS.

13. Detta beslut fattades med beaktade av I.L:s attityd i förhållande till det brott som begåtts samt hans agerande efter domen mot honom, av vilket det framgick att det fanns anledning att misstänka att han skulle försöka undandra sig avlägsnandet, trots hans löfte om att frivilligt lämna landet och hans ansökan om föreläggande om frivillig avresa.

14. Med stöd av artikel 7^2 § punkt 1 och 7^2 § punkt 4 VSS utfärdade PPA den 13 oktober 2020 även ett föreläggande om att I.L omedelbart måste lämna Estland, vilket var verkställbart samma dag, med motiveringen att han vistades olagligt i landet.

15. Genom beslut av den 15 oktober 2020 beviljade Tallinna Halduskohus (Förvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland), PPA:s begäran om att hålla I.L. i förvar fram till dess att han avlägsnades, dock senast till den 15 december 2020. Den 23 november 2020 avlägsnades I.L. från Estland till Moldavien.

16. Genom beslut av den 2 december 2020 fastställde Tallinna Ringkonnakohus (Appellationsdomstolen i Tallinn, Estland) Tallinna Halduskohus beslut om förvar och ogillade I.L:s överklagande av detta beslut och hans yrkande om att försättas på fri fot.

17. Det sistnämnda beslutet har överklagats till den hänskjutande domstolen, med yrkande om att den hänskjutande domstolen ska upphäva beslutet och förklara förvaret rättsstridigt. Den hänskjutande domstolen anser för det första att förvaret inte kunde motiveras av risken för att I.L. skulle avvika, grundat på 15 § punkt 2.1 VSS. Den hänskjutande domstolen har erinrat om att kriterierna för en sådan risk anges på ett uttömmande sätt i 6^8 § i denna lag och ska prövas mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall. Den hänskjutande domstolen anser emellertid att villkoren för tillämpning av kriterierna i punkterna 1 och 4 i denna

paragraf inte var uppfyllda i förevarande fall. Den hänskjutande domstolen har konstaterat dels att den berörda personen inte delgetts ett skriftligt beslut om att lämna landet och getts en tidsfrist för frivillig avresa, dels att det vid tidpunkten för beslutet att ta den berörda personen i förvar inte fanns någon lagakraftvunnen brottmålsdom.

18. Den hänskjutande domstolen har dessutom preciserat att 6[8] § punkt 6 VSS inte heller är tillämplig, eftersom avsikten att inte rätta sig efter ett förvaltningsbeslut inte automatiskt följer av de uppgifter som den berörda personen lämnar vid förhöret i samband med utfärdandet av ett utvisningsbeslut, såvitt det inte föreligger andra omständigheter som tyder på att det finns risk för att vederbörande kommer att undandra sig avlägsnandet. Risken för avvikande följer inte heller av den omständigheten att den berörda personen, vid förhandlingen vid förvaltningsdomstolen, i förevarande fall hade uttryckt en önskan om att hämta de tillhörigheter som alltjämt fanns hos hans partner och motta den lön som arbetsgivaren var skyldig honom.

19. För det andra har den hänskjutande domstolen angett att det inte är uteslutet att den aktuella situationen kan motsvara exempelvis det skäl som anges i artikel 15.1 b i direktiv 2008/115, vilket inte har införlivats på samma sätt i 15 § punkt 2.2 och 2.3 VSS, men att den berörda personens rättigheter inte kan begränsas direkt på grundval av detta direktiv, även om direktivet har direkt effekt.

20. Den hänskjutande domstolen anser därför att frågan huruvida förvaret av I.L. är lagenligt beror på tolkningen av 15 § punkt 2 VSS, som i punkterna 1–3 innehåller en uppräkning av skälen för ett sådant förvar, vilken föregås av uttrycket ”särskilt när”. På grund av denna formulering anser den hänskjutande domstolen att det rör sig om en förteckning över exempel på skäl, och anser därför att hållandet av I.L. i förvar kan grundas på det allmänna villkoret i 15 § punkt 2 VSS. Hållandet i förvar motiveras således av att ”en effektiv verkställighet av utvisningsbeslutet” äventyras. Denna åtgärds lagenlighet bör även bedömas i enlighet med de principer som anges i 15 § punkt 1 VSS.

21. Den hänskjutande domstolen har understrukit att det, med hänsyn till att händelserna i förevarande mål ligger nära varandra i tiden och arten av det brott som I.L. har begått, fanns tillräcklig anledning att misstänka att han på nytt skulle försöka reglera konflikten med sin partner. Den hänskjutande domstolen anser därför att det förelåg en verklig risk för att I.L. skulle begå ett brott under den period av frihet som föregick hans avlägsnande. Fastställande av ett sådant brott och den straffrättsliga påföljd som en domstol utdömer, och i förekommande fall verkställigheten av den utdömda påföljden, kan emellertid försena genomförandet av avlägsnandeförfarandet på obestämd tid, vilket avsevärt försvårar detta förfarande. På grund av I.L:s personliga och materiella situation gjorde de övervakningsåtgärder som föreskrivs i 10 § punkt 2 VSS inte heller det möjligt att på ett lika effektivt sätt säkerställa verkställigheten av avlägsnandet.

22. I den mån 15 § VSS syftar till att införliva artikel 15.1 i direktiv 2008/115 är den hänskjutande domstolen emellertid osäker på hur sistnämnda bestämmelse ska tolkas, eftersom EU-domstolen ännu inte har uttalat sig om huruvida ett av de villkor som räknas upp i denna bestämmelse måste vara uppfyllt eller om målet att säkerställa en effektiv verkställighet av avlägsnandet kan vara tillräckligt för att motivera att personen tas i förvar när en verklig risk för att den berörda personen begår ett brott avsevärt kan försvåra detta förfarande.

23. Mot denna bakgrund har Riigikohus (Högsta domstolen) vilandeförklarat det nationella målet och begärt ett förhandsavgörande från EU-domstolen anseende följande fråga:

”Ska artikel 15.1 första meningen i [direktiv 2008/115] tolkas så, att medlemsstaterna får ta en tredjelandsmedborgare i förvar i fråga om vilken det föreligger en reell risk för att denne, medan han befinner sig i frihet, före avlägsnandet begår ett brott, varvid utredning, lagföring och påföljder i samband med detta i väsentlig grad kan försvåra verkställigheten av avlägsnandet?”

24. Skriftliga yttranden har inkommit från den estniska och den spanska regeringen samt kommissionen. Dessa parter yttrade sig även muntligen vid förhandlingen den 17 mars 2022.

IV. Bedömning

25. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 15.1 i direktiv 2008/115 ska tolkas så, att hållandet av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet i förvar kan motiveras av en verklig risk för att tredjelandsmedborgaren gör sig skyldig till ett brott som kan äventyra en effektiv verkställighet av avlägsnandet.

26. Denna fråga följer av den hänskjutande domstolens konstaterande att den situation som är i fråga i det nationella målet inte gör det möjligt att motivera förvaret av den berörda personen med det skäl om risken för avvikande som anges i VSS.

27. Mot bakgrund av de skriftliga yttrandena från den estniska [4] och den spanska [5] regeringen erinrar jag om att det inte ankommer på EU-domstolen att ifrågasätta den hänskjutande domstolens tolkning av de faktiska omständigheterna och den nationella rätten. [6]

28. Diskussionen kan inte heller avse tillämpningen av artikel 15.1 b i direktiv 2008/115, eftersom rättssäkerhetsprincipen utgör hinder för att direktiven i sig själva kan skapa skyldigheter för enskilda. [7] Ett direktiv kan således inte som sådant åberopas mot enskilda. [8] Denna slutsats påverkar emellertid inte den skyldighet som åligger alla myndigheter i en medlemsstat att vid tillämpningen av den nationella rätten så långt som möjligt tolka denna i enlighet med direktivens ordalydelse och ändamål i syfte att uppnå det resultat som avses i dessa. Dessa myndigheter kan således göra gällande en konform tolkning av nationell rätt gentemot enskilda. [9]

29. Vad gäller räckvidden av artikel 15.1 första stycket i direktiv 2008/115 ska medlemsstaterna av de anledningar som jag kommer att redogöra för nedan precisera vilka skäl som motiverar ett förvar, oavsett om dessa skäl föreskrivs i direktivet eller inte.

4 Den estniska regeringen anser att den hänskjutande domstolens saknar motiv för sitt beslut att det inte föreligger någon risk för att den berörda personen avviker.

5 Den spanska regeringen har understrukit att den anser att det skäl som avses i artikel 15.1 b i direktiv 2008/115 faktiskt gör det möjligt att hålla en person i förvar under de omständigheter som föreligger i förevarande mål.

6 Se dom av den 10 juni 2021, Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) (C-303/20, EU:C:2021:479, punkt 25).

7 Se däremot, vad gäller artikel 16.1 första meningen i detta direktiv, dom av den 10 mars 2022, Landkreis Gifhorn (C-519/20, EU:C:2022:178, punkt 100) (nedan kallad domen Landkreis Gifhorn).

8 Se dom av den 26 februari 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, punkt 48), och dom av den 5 oktober 2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 108).

9 Se dom av den 5 juli 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, punkterna 42 och 45, och där angiven rättspraxis), och dom av den 26 februari 2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkterna 114–115).

A. Huruvida de skäl för förvar som anges i artikel 15.1 i direktiv 2008/115 är uttömmande

30. I likhet med alla parter som har inkommit med yttranden anser jag att ordalydelsen i denna bestämmelse gör att de skäl för förvar av en person som är föremål för ett återvändandeförfarande som anges i direktiv 2008/115 ska ses som exempel. De skäl som anges är risken för avvikande eller att den berörda personen håller sig undan eller förhindrar förberedelserna inför återvändandet eller avlägsnandet. Enligt min mening räcker det att påpeka att uppräkningen i artikel 15.1 a och b i detta direktiv föregås av uttrycket ”särskilt”, [10] vilket tydligt visar att förteckningen inte är uttömmande.

31. Unionslagstiftarens val motiveras av syftet med direktiv 2008/115, enligt vilket medlemsstaterna åläggs att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig återvänder. [11]

32. Denna bedömning av räckvidden av artikel 15.1 i direktiv 2008/115 överensstämmer med domstolens praxis avseende tolkningen av artikel 8.3 första stycket i direktiv 2013/33/EU, [12] enligt vilken vart och ett av de skäl som kan göra det motiverat att ta en person som ansöker om internationellt skydd i förvar motsvarar ett specifikt behov och är självständigt i förhållande till de övriga. [13]

33. Detsamma gäller för artikel 28.1 och 28.2 i förordning (EU) nr 604/2013, [14] i vilka ett enda skäl för förvar anges, nämligen att finns en betydande risk för att en person avviker. [15]

34. Medlemsstaterna är följaktligen fria att välja andra skäl för förvar än de som anges i artikel 15.1 i direktiv 2008/115 och att fastställa deras tillämpningsvillkor, förutsatt att de uppfyller de mål som eftersträvas med detta direktiv.

35. Domstolen har flera gånger erinrat om att detta direktiv syftar till att upprätta en effektiv politik för avlägsnande och återsändande med fullständig respekt för de berörda personernas mänskliga rättigheter och värdighet. [16]

[10] Beträffande överensstämmelsen mellan andra språkversioner och den estniska språkversionen, se bland annat den tyska, den spanska, den italienska, den polska och den engelska språkversionen, vilka jag har kunnat kontrollera. Se, även, kommissionens rekommendation (EU) 2017/2338 av den 16 november 2017 om upprättande av en gemensam ”Handbok om återvändande” som ska användas av medlemsstaternas behöriga myndigheter när de utför uppgifter i samband med återvändande (EUT L 339, 2017, s. 83, särskilt s. 140, punkt 14.1.1 och 14.1.2, nedan kallad handboken om återvändande), i vilken det anges att ”dessa två konkreta fall [som avses i artikel 15.1 a och b i direktiv 2008/115] täcker in de huvudsakliga scenarier man stöter på i praktiken som motiverar förvar för att förbereda återvändandet och genomföra avlägsnandet”.

[11] Se dom av den 24 februari 2021, M m.fl. (Överföring till en medlemsstat) (C-673/19, EU:C:2021:127, punkt 28).

[12] 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).

[13] Se dom av den 17 december 2020, kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 168 och där angiven rättspraxis).

[14] Europaparlamentets och rådets förordning 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), även kallad Dublin III-förordningen.

[15] Se dom av den 13 september 2017, Khir Amayry (C-60/16, EU:C:2017:675, punkt 25). Domstolen har erinrat om att medlemsstaterna inte får hålla en person i förvar enbart av det skälet att vederbörande är föremål för det förfarande som fastställs genom förordningen.

[16] Se, bland annat, domen Landkreis Gifhorn (punkt 39), och förslag till avgörande av den 3 mars 2022 i målet Sofiyska rayonna prokuratura m.fl. (Rättegång mot en tilltalad som avlägsnats från landet) (C-420/20, EU:C:2022:157, punkterna 80 och 81).

36. Domstolen har även understrukit att bestämmelserna i kapitel IV i samma direktiv strikt reglerar varje förvar som omfattas av direktivet, för att säkerställa dels att proportionalitetsprincipen iakttas vad gäller de medel som används och de mål som eftersträvas, dels att de berörda tredjelandsmedborgarnas grundläggande rättigheter iakttas. [17]

37. Det är mot denna bakgrund som den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida en nationell lagstiftning som endast anger målet om att säkerställa en effektiv verkställighet av ett utvisningsbeslut som grund för att hålla en person i förvar, utan att ange något närmare kriterium, är förenlig med artikel 15.1 första meningen i direktiv 2008/115.

B. Varje medlemsstats fastställande av skälen för förvar

38. Eftersom det i direktiv 2008/115 inte preciseras inom vilka gränser medlemsstaterna får lägga till skäl för förvar, utöver dem som anges i artikel 15.1 i direktivet, eller anpassa dessa skäl, följer svaret på den hänskjutande domstolens fråga av en teleologisk tolkning av denna bestämmelse, som gör det möjligt att klarlägga tillämpliga principer och villkoren för deras genomförande.

39. Enligt min mening ska flera principer vägleda medlemsstaternas val. För det första är det krav som anges i början av artikel 15.1 i direktiv 2008/115, om användning av de minst ingripande åtgärderna, ett uttryck för unionslagstiftarens vilja att, i överensstämmelse med skäl 16 i direktivet, strikt begränsa de fall då förvar används. [18] Domstolen har i detta avseende slagit fast att det ”följer att turordningen för de olika stegen i det förfarande för återvändande som införts genom direktiv 2008/115 motsvarar en gradvis upptrappning av de åtgärder som ska vidtas för att verkställa återvändandebeslutet, från den åtgärd som ger den berörda personen störst frihet, det vill säga att denne ges en tidsfrist för att frivilligt lämna landet, till de tvångsåtgärder som är mest ingripande för denne, det vill säga förvar i en särskild förvarsanläggning. Under alla dessa steg måste det säkerställas att proportionalitetsprincipen iakttas”. [19]

40. Det är således endast om verkställigheten av beslutet om återvändande i form av avlägsnande riskerar att äventyras av den berörda personens beteende, mot bakgrund av en bedömning i det enskilda fallet, som medlemsstaterna får frihetsberöva honom eller henne genom en förvarsåtgärd [20] och ska grunda sig på objektiva kriterier. [21]

41. Domstolen har understrukit att ”förvaret av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna, när det beslutas i avvaktan på avlägsnande av vederbörande, endast är avsett att säkerställa att återvändandeförfarandet genomförs på ett effektivt sätt och inte tjänar något bestraffningssyfte.” [22]

[17] Se domen Landkreis Gifhorn (punkt 40).

[18] Vad gäller principen om att förvar ska användas som en sista utväg, se de europeiska referenser som jag erinrade om i mitt förslag till avgörande i målet Landkreis Gifhorn (C-519/20, EU:C:2021:958, punkt 34). Se även bilagan till FN:s generalförsamlings resolution 74/195 av den 19 december 2018, med titeln ”Den globala pakten för säker, ordnad och reguljär migration”, även kallad ”Marrakechpakten om migration”, i vilken medlemsstaterna uppmanas att ”[e]ndast ta migranter i förvar som en sista utväg och söka alternativa lösningar” (mål 13).

[19] Dom av den 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 41). Se, även, dom av den 17 december 2020, kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 248 och där angiven rättspraxis).

[20] Se domen Landkreis Gifhorn (punkt 37 och där angiven rättspraxis).

[21] Se dom av den 2 juli 2020, Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:511, punkt 38).

[22] Domen Landkreis Gifhorn (punkt 38).

42. Eftersom ett beslut om att ta en person i förvar utgör ett allvarligt ingrepp i dennes rätt till frihet, som garanteras i artikel 6 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, [23] måste förvarstagandet för det andra ske med iakttagande av strikta garantier, det vill säga att det finns en rättslig grund, klarhet, förutsebarhet, tillgänglighet och skydd mot godtycklighet [24]. För att genomförandet av en frihetsberövande åtgärd ska uppfylla detta krav krävs således att detta helt saknar inslag av oredligt eller svekfullt handlande från myndigheternas sida. [25]

43. Vad gäller risken för avvikande har domstolen slagit fast att de objektiva kriterier som ska anges i nationell rätt, för att de berörda myndigheterna ska kunna bedöma huruvida det föreligger en sådan risk, ger de garantier som behövs genom att dessa förenas med vissa i förväg fastställda begränsningar. Kriterierna måste således vara klart definierade i en rättsakt som är bindande och tillämpas på ett förutsebart sätt. [26]

44. För det tredje slog domstolen i sin dom av den 30 november 2009, Kadzoev, [27] fast att det inte är möjligt att med stöd av direktiv 2008/115 hålla en person i förvar med hänsyn till allmän ordning och säkerhet. [28]

45. Såsom den estniska regeringen har påpekat gjordes denna tolkning visserligen i ett specifikt fall som rörde längden på ett frihetsberövande i avsaknad av rimliga utsikter till avlägsnande av personen, vilket medför att orsaken till förvarstagandet försvinner. Beslutet av domstolens stora avdelning att utesluta sådana skäl har emellertid formulerats i allmänna ordalag. Det bygger på en strikt begränsning av möjligheten att frihetsberöva en person i enlighet med andra bestämmelser i direktiv 2008/115 som, till skillnad från artikel 15.1 i detta direktiv, föreskriver hänsyn till allmän ordning. [29]

46. Enligt min mening följer det av den tvingande allmänna ram som jag nyss har erinrat om att medlemsstaterna kan komplettera bestämmelserna i artikel 15.1 i direktiv 2008/115 genom att föreskriva andra skäl för förvar som definieras i lag och som grundar sig på objektiva, konkreta, faktiska och aktuella faktorer. [30]

23 Se domen Landkreis Gifhorn (punkt 41).

24 Se dom av den 15 mars 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213, punkterna 38 och 40), och dom av den 17 september 2020, JZ (Fängelse i händelse av brott mot inreseförbud) (C-806/18, EU:C:2020:724, punkt 41), som är den senaste domen som tar upp Europadomstolens dom av den 21 oktober 2013, Del Río Prada mot Spanien (CE:ECHR:2013:1021JUD 004275009, § 125), som domstolen regelbundet hänvisar till. Vad gäller domstolens fasta praxis avseende förfarandet för tredjelandsmedborgares återvändande, och om den strikta regleringen av förvar i syfte att säkerställa att dessa medborgares grundläggande rättigheter iakttas, se, särskilt, dom av den 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 42), dom av den 5 juni 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punkt 55), dom av den 7 juni 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, punkt 62), och domen Landkreis Gifhorn (punkt 40 och där angiven rättspraxis).

25 Se, bland annat, dom av den 15 mars 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213, punkt 39).

26 Se, dom av den 15 mars 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213, punkterna 41 och 42), där begreppet ”risk för avvikande” tolkades på grundval av definitionen i artikel 2 n i förordning nr 604/2013, som hänvisar till nationell rätt för definitionen av de objektiva kriterierna för en risk för avvikande. Dess ordalydelse är i huvudsak identisk med definitionen i artikel 3.7 i direktiv 2008/115.

27 C-357/09 PPU, EU:C:2009:741.

28 Se punk 70 i domen.

29 I direktiv 2008/115 nämns uttryckligen hänsyn till allmän ordning eller nationell säkerhet i artikel 6.2, vad gäller beslut om återvändande, i artikel 7.4, om villkor för att vägra eller förkorta en tidsfrist för frivillig avresa (se dom av den 11 juni 2015, Zh. och O., C-554/13, EU:C:2015:377, punkterna 50–52, 60 och 62), och i artikel 11.2 och 11.3, om inreseförbud.

30 Se handboken för återvändande (s. 92 och 93), i vilken det anges kriterier som kan tyda på att det föreligger en risk för avvikande och erinras om medlemsstaternas möjlighet att i nationell lagstiftning kvalificera vissa objektiva omständigheter som en motbevisbar presumtion.

47. Enligt min mening följer dessa beviskrav dessutom av det skäl för förvar som anges i artikel 15.1 a i nämnda direktiv, det vill säga risken för avvikande, såsom denna definieras i artikel 3.7 i direktivet, och av det skäl som anges i artikel 15.1 b, nämligen att den berörda personen ”håller sig undan” eller ”förhindrar” förberedelserna inför återvändandet eller avlägsnandet. Av denna formulering framgår att det är klarlagt att sådana risker verkligen föreligger. Tanken har således inte varit att enbart beakta den berörda personens avsikt, om konkreta uppgifter saknas.

48. Det skulle nämligen inte vara förenligt med rättssäkerhetsprincipen att tillåta att ett beslut om förvar av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet kan fattas med stöd av oprecisa skäl som inte grundar sig på objektiva kriterier som fastställts i förväg i en bindande rättsakt vars tillämpning är förutsebar.

49. Därför delar jag kommissionens uppfattning att 15 § punkt 2 första meningen VSS inte utgör en tillräcklig rättslig grund för att motivera ett förvarstagande.

50. Denna bestämmelse har nämligen följande lydelse: ”Utlänningen får hållas i förvar om tillämpningen av de övervakningsåtgärder som föreskrivs i denna lag *inte säkerställer en effektiv verkställighet av utvisningsbeslutet* och särskilt när …” [31] I denna hänvisning till avsaknaden av garantier för en effektiv verkställighet av utvisningsbeslutet definieras således inte något konkret skäl för förvar, såsom risken för avvikande eller bristande samarbete från utlänningens sida, som de exempel som räknas upp i punkterna 1 respektive 2. Det rör sig endast om en upprepning av det grundläggande villkoret för att kunna vidta en förvarsåtgärd, vilket redan anges i 15 § punkt 1 VSS, nämligen att övervakningsåtgärderna inte räcker för att säkerställa att beslutet om återvändande verkställs.

51. Att det föreligger en allvarlig risk för att den berörda personen begår ett brott före avlägsnandet kan dessutom inte kompensera oklarheten i detta allmänna skäl för förvar.

52. Det saknas rättslig grund för ett sådant kriterium. Att anse att det kan räcka med en prövning i varje enskilt fall för att motivera ett förvar grundat på det eftersträvade målet, såsom den spanska regeringen föreslog vid förhandlingen, till stöd för den estniska regeringens argument, kan inte godtas, eftersom detta skulle innebära att ett nytt skäl för förvar läggs till i artikel 15.1 första stycket i direktiv 2008/115, utan att kravet på rättssäkerhet är uppfyllt. [32]

53. För det andra väcker begreppet ”*risk för att ett brott begås*” före avlägsnandet, som motiverar förvaret, allvarliga frågor.

54. Jag understryker att begäran om förhandsavgörande inte avser ett brott som har eller kan ha begåtts av den berörda personen, utan ett brott som den berörda personen skulle kunna begå. Det rör sig således om sannolikheten för att ett brott kommer att begås inom en snar framtid.

[31] Min kursivering.

[32] Även om beslut om förvar ska fattas från fall till fall utifrån den berörda personens beteende, ska de ändå grundas på objektiva kriterier. Se dom av den 14 maj 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkt 274 och där angiven rättspraxis), och domen Landkreis Gifhorn (punkt 37).

55. Detta skiljer sig kraftigt från de situationer som domstolen har att pröva när ett straffrättsligt förfarande fortfarande pågår, och där det antingen pågår en förundersökning eller ska meddelas en dom, och det dessutom fastställs strikta krav [33] och förutsätts att brottet redan har begåtts. Enligt min uppfattning kan inte heller förberedelser av brott eller konkreta indicier på att den berörda personen utgör en betydande fara för tredje mans liv och lem eller för viss egendom godtas som kriterier. [34]

56. För det första noterar jag att syftet med det skäl som de estniska myndigheterna har anfört inte är att undvika att den berörda personen undandrar sig utvisningsåtgärden, utan endast att undvika att denna åtgärd försenas eller försvåras till följd av det straffrättsliga förfarande som följer på begåendet av brottet. [35] I ett sådant fall förblir den berörda personen nämligen under de behöriga myndigheternas kontroll. Jag anser dessutom att det är svårt – om än inte omöjligt – att tänka sig att denna person skulle ge prov på sin avsikt att begå ett brott enbart i syfte att förhindra avlägsnandet. Detta är även anledningen till att jag anser att det förslag som den spanska regeringen lade fram i sitt skriftliga yttrande, om att hänvisa till artikel 15.1 b i direktiv 2008/115, inte kan godtas.

57. För det andra finns det inget mer subjektivt än en *risk* för att en överträdelse av en social norm som kan leda till straffrättsliga påföljder, som varje individ kan ställas inför, även om en tidigare brottmålsdom har meddelats eller verkställts. Enligt min mening är risken för att ett brott begås, eller upprepas, inte annat än en spådom om denna risk inte följer av konkreta omständigheter, till skillnad från exempelvis risken för avvikande eller hinder för avlägsnande. Att behålla en bedömning av sannolikheten för att ett brott ska begås, såsom kommissionen har föreslagit i sitt skriftliga yttrande, eller låta brottets svårighetsgrad ligga till grund för bedömningen, såsom den spanska regeringens föreslog vid förhandlingen, förefaller inte vara förenligt med kraven på rättssäkerhet och är dessutom verkningslöst om bedömningen inte grundar sig på konkreta kriterier och allvarliga och samstämmiga indicier.

58. Efter att ha gått igenom de muntliga yttranden som framförts som svar på domstolens frågor angående definitionen av kriterier har jag även kunnat notera att det är svårt att anta normer med allmän räckvidd. Mot denna bakgrund anser jag att behörigheten att bedöma huruvida situationen är farlig eller huruvida det finns en allvarlig risk för nya brott i samband med avlägsnandet inte ligger hos den myndighet som ansvarar för verkställigheten av återvändandet, utan hos den myndighet som genomför de straffrättsliga förfarandena.

[33] Se dom av den 11 juni 2015, Zh. och O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkterna 50–52, 60 och 62), om tolkningen av artikel 7.4 i direktiv 2008/115, som rör villkoren för att neka eller förkorta en tidsfrist för frivillig avresa, däribland risk för allmän ordning. I denna dom slog domstolen fast att begreppet ”risk för allmän ordning” förutsätter att det *utöver den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär*, föreligger ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse (punkt 60). Domstolen preciserades dessutom att för att bedöma ett sådant hot *då den berörda person från ett tredjeland som misstänks för att ha begått en straffbar gärning* som utgör brott enligt nationell rätt *eller har dömts för en sådan gärning*, kan gärningens art och svårighetsgrad samt den tid som har förflutit sedan gärningen begicks vara relevanta (punkt 62). Se även, vad gäller kravet på att det måste föreligga ett sådant hot för att hålla en tredjelandsmedborgare i förvar i en fängelseanläggning i avvaktan på avlägsnande, dom av den 2 juli 2020, Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:511, punkterna 45 och 46).

[34] Se, som exempel på sannolikheten för att ett attentat ska begås i samband med beslutet om avlägsnande, dom av den 2 juli 2020, Stadt Frankfurt am Main (C-18/19, EU:C:2020:511, punkterna 14 och 15).

[35] En sådan logik skulle kunna motivera ett förvar av andra återkommande skäl, till exempel en risk för självmord eller varje annan förutsebar allvarlig hälsorisk, vilket skulle kunna tvinga den berörda personen att vara inlagd på sjukhus under en längre eller kortare tid och systematiskt försena avlägsnandet av vederbörande.

59. För det tredje är det nödvändigt att vara vaksam så att undantaget från en motivering som grundar sig på hänsyn till allmän ordning inte kringgås, samtidigt som denna bedömning dessutom görs i samband med beslutet att bevilja en tidsfrist för frivillig avresa. [36]

60. Så var fallet för I.L. i förevarande mål. Hans särskilda situation är också ett exempel på att det kan vara svårt att skilja mellan de faktorer som är användbara vid förvarsförfarandet och de omständigheter som är hänförliga till ett straffrättsligt förfarande. Det är nämligen I.L.:s upprepade dödshot mot sin partner, även om han inte dömts för dessa hot, som låg till grund för begäran om att han skulle tas i förvar. Det har inte heller preciserats huruvida brottmålsdomstolen har vidtagit åtgärder för att förhindra att brottsoffret utsätts för nya brott.

61. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att den tolkning av 15 § punkt 2 VSS som den hänskjutande domstolen har föreslagit inte är förenlig med artikel 15.1 i direktiv 2008/115, eftersom den bygger på konstaterandet att det föreligger en allvarlig risk för att en tredjelandsmedborgare begår ett brott före avlägsnandet.

62. Efter att ha tagit del av de farhågor som parterna gav uttryck för under förhandlingen undersöker jag vilka praktiska effekter en bedömning som grundas på kravet på att i lag definiera konkreta kriterier får när det, i avsaknad av ett beslut av brottmålsdomstolen i vilket den berörda tredjelandsmedborgaren åläggs att återvända eller som resulterar i att denne återvänder, [37] kan följa en aldrig sinande ström av brott. Enligt min mening borde medlemsstaterna kunna övervinna sådana svårigheter med hjälp av såväl straffrättsliga som sociala åtgärder.

63. Det är tänkbart att straffrättsliga åtgärder till skydd för brottsoffret eller den hotade personen kan ha en avskräckande verkan på gärningsmannen, särskilt vid våld i nära relationer som många medlemsstater har infört bestämmelser för att förhindra.

64. Dessa åtgärder har dessutom i regel den fördelen att de kombineras med olika former av socialt stöd, vilka utgör alternativ till förvar. [38] Sådana åtgärder skulle dessutom kunna garantera att förfarandet för avlägsnande genomförs på ett sätt som respekterar berörda personers värdighet, [39] när en person, såsom i förevarande fall, säger sig behöva få tillgång till sina personliga tillhörigheter och erhålla utestående lön.

[36] Se punkterna 44 och 45 i förevarande förslag till avgörande. Kommissionen tog för övrigt upp denna aspekt av frågan i handboken om återvändande (s. 140, punkt 3). Där preciserade kommissionen att ”[s]yftet med artikel 15 [i direktiv 2008/115 inte är] att skydda samhället från personer som utgör ett hot mot allmän ordning eller säkerhet. Det i och för sig legitima syftet att 'skydda samhället' bör uppnås med hjälp av annan lagstiftning, särskilt straffrättsliga bestämmelser, förvaltningsrätt och lagstiftning som omfattar avbrytande av laglig vistelse med hänvisning till allmän ordning. … Om man utifrån den berörda personens tidigare beteende kan dra slutsatsen att personen sannolikt inte kommer att följa lagen och kommer att försöka undvika återvändande kan detta motivera bedömningen att det finns risk för avvikande”.

[37] Jag erinrar om att enligt artikel 2.2 b i direktiv 2008/115 får medlemsstaterna besluta att inte tillämpa detta direktiv på tredjelandsmedborgare som har ådömts att återvända som en straffrättslig påföljd, eller som en följd av en straffrättslig påföljd, i enlighet med den nationella lagstiftningen, eller som är föremål för utlämningsförfaranden. Vid förhandlingen vid EU-domstolen uppgav den estniska regeringen inte att den hade utnyttjat denna möjlighet.

[38] Den estniska regeringen har emellertid inte lämnat några uppgifter som svar på domstolens skriftliga fråga angående denna punkt. Den hänskjutande domstolen har endast angett att ”[m]ed hänsyn till de omständigheter som utmärker klaganden (ålder, hälsotillstånd), agerandet och förhållandena (anknytning till Estland, avsaknad av fast bostad) var det inte möjligt att med gott resultat säkerställa verkställigheten av avlägsnandet på ett lika effektivt sätt med andra övervakningsåtgärder (10 § punkt 2 VSS)”.

[39] Vad gäller detta krav, se skäl 2 i direktiv 2008/115 och, bland annat, domen Landkreis Gifhorn (punkt 39 och där angiven rättspraxis).

V. Förslag till avgörande

65. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att EU-domstolen besvarar den fråga som ställts av Riigikohus (Högsta domstolen, Estland) på följande sätt:

Artikel 15.1 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 ska tolkas så, att den utgör hinder för möjligheten att grunda ett förvar av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna på behovet av att säkerställa en effektiv verkställighet av avlägsnandet, i avsaknad av en lagbestämmelse som uppfyller kraven på klarhet och förutsebarhet, tillgänglighet och, i synnerhet, skydd mot godtycklighet, och enligt vilken förvaret kan motiveras av behovet av att undvika att ett brott begås.