Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NICHOLAS EMILIOU
föredraget den 2 juni 2022 [1]

Mål C-72/22 PPU

M.A.
ytterligare deltagare i rättegången:
Valstybės sienos apsaugos tarnyba

(begäran om förhandsavgörande från Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Högsta förvaltningsdomstolen, Litauen))

”Begäran om förhandsavgörande – Gränskontroller, asyl och invandring – Asylpolitik – Rätt för en tredjelandsborgare som olagligen rest in en medlemsstat att ansöka om internationellt skydd i denna stat – Sätt att få tillgång till förfaranden för beviljande av sådant skydd – Direktiv 2013/32/EU – Artiklarna 6 och 7.1 – Möjlighet att ta en sådan tredjelandsmedborgare i förvar enbart av det skälet att han olagligen passerat landets gräns – Direktiv 2013/33/EU – Artikel 8.3 – Oförenlighet – Artikel 72 FEUF – Medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning samt att skydda den inre säkerheten – Möjlighet för en medlemsstat att göra undantag från direktiven 2013/32 och 2013/33 vid massiv tillströmning av migranter vid medlemsstatens gräns”

I. Inledning

1. Det har alltid funnits en viss spänning i internationell rätt mellan å ena sidan staternas rätt att självständigt kontrollera utlänningars inresa och vistelse på sitt territorium och å andra sidan den rätt som tillkommer de personer bland dessa utlänningar [2] som fruktar förföljelse i det land där de är medborgare att ansöka om asyl. [3] Den förstnämnda rätten ger dessa stater rätt att strängt kontrollera passagen av deras gränser – och att vidta stränga åtgärder vid olaglig inresa – medan den andra rätten kräver en tolerans i denna fråga.

2. Denna spänning är särskilt framträdande när det inträffar vad som allmänt kallas en ”massiv tillströmning” av tredjelandsmedborgare vid gränserna. Ett sådant fenomen, som blivit mer frekvent förekommande i Europa under de senaste tjugo åren, beroende på krig och andra spänningar som drabbat olika regioner i världen, komplicerar gränskontrollen i fråga. Många av dessa medborgare försöker nämligen, och lyckas rentav, passera gränserna olagligt. Dessa olagliga

1 Rättegångsspråk: franska.

2 Jag kommer i detta förslag till avgörande att använda det mer precisa begreppet tredjelandsmedborgare, som enligt artikel 2.6 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/399 av den 9 mars 2016 om en unionskodex om gränspassage för personer (EUT L 77, 2016, s. 1) (nedan kallad kodexen om Schengengränserna) avser ”varje person som inte är unionsmedborgare i den mening som avses i artikel 20.1 [FEUF] och som [inte har rätt till fri rörlighet enligt unionsrätten]”.

3 Jag kommer i detta förslag till avgörande att använda orden ”internationellt skydd” och ”asyl” utan åtskillnad.

inresor uppfattas ofta i sig av de berörda medlemsstaterna som ett hot mot deras inre säkerhet. När dessa medborgare är asylsökande ska de emellertid i princip få vistas i dessa stater och tillåtas att stanna där under den tid som asylansökan prövas.

3. Lettland, Litauen och Polen står, sedan sommaren 2021, inför en sådan ”massiv tillströmning” vid de gränser som de delar med Belarus – ett av inreseställena till Schengenområdet – och antalet fall av olaglig passage av dessa gränser har ökat drastiskt. Denna ”tillströmning” är dessutom en del av ett särskilt geopolitiskt sammanhang. Såsom unionens politiska institutioner har konstaterat har denna massiva tillströmning nämligen orkestrerats av de belarusiska myndigheterna.

4. För att hantera dessa omständigheter har dessa medlemsstater, i syfte att stärka sina gränser och på så sätt säkerställa allmän ordning och inre säkerhet i dessa länder, utlyst undantagstillstånd. De har i detta sammanhang tillämpat bestämmelser i nationell rätt som innebär undantag från allmänna rättsregler, inbegripet asylrättsliga sådana. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande från Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Högsta förvaltningsdomstolen, Litauen) har domstolen ombetts att klargöra huruvida vissa av dessa bestämmelser, som tillämpas av Republiken Litauen, är förenliga med unionsrätten.

5. Den hänskjutande domstolens frågor avser närmare bestämt hur medlemsstaterna ska behandla tredjelandsmedborgare som rest in olagligt på deras territorium och som där vill erhålla internationellt skydd, i enlighet med direktiv 2013/32/EU om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd[4] (nedan kallat förfarandedirektivet) och direktiv 2013/33/EU om normer för mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd[5] (nedan kallat mottagandedirektivet). Tolkningsfrågorna syftar i huvudsak till att få klarhet i huruvida dessa direktiv utgör hinder för nationella bestämmelser som, vid massiv tillströmning, dels innebär en påtaglig begränsning av möjligheten för dessa medborgare att få tillträde till förfarandena för beviljande av ett sådant skydd, dels gör det möjligt att hålla asylsökande i förvar enbart av det skälet att de har passerat den nationella gränsen olagligt.

6. I detta förslag till avgörande kommer jag att förklara att sådana regler faktiskt inte är förenliga med förfarandedirektivet och mottagandedirektivet. Jag kommer emellertid inte att stanna där, utan kommer att ta itu med frågan huruvida en medlemsstat, under sådana omständigheter som dem som Litauen står inför vid sin gräns, enligt unionens primärrätt har rätt att göra undantag från dessa direktiv med hänsyn till lag och ordning och skyddet av den inre säkerheten. På denna punkt kommer jag att förklara att även om vissa undantag teoretiskt sett är möjliga, går de aktuella nationella bestämmelserna utöver vad som är tillåtet i detta hänseende.

4 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2013 (EUT L 180, 2013, s. 60).

5 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2013 (omarbetning) (EUT L 180, 2013, s. 96), i dess ändrade lydelse (EUT L 100, 2015, s. 81).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Genèvekonventionen

7. Artikel 31 i konventionen om flyktingars rättsliga ställning[6] (nedan kallad Genèvekonventionen), med rubriken ”Flyktingar som vistas olagligt i mottagarlandet”, föreskrivs följande i punkt 1:

”Fördragsslutande stat skall icke för olovlig inresa eller olovligt uppehåll bestraffa flykting, som anländ direkt från område varest hans liv eller frihet var i fara på sätt i artikel 1 avses och som utan tillstånd inrest eller uppehåller sig inom den fördragsslutande statens område, under förutsättning att flyktingen utan dröjsmål anmäler sig hos myndigheterna och visar godtagbara skäl för sin olovliga inresa eller sitt olovliga uppehåll.”

B. Unionsrätt

1. Förfarandedirektivet

8. I artikel 6 i förfarandedirektivet, med rubriken ”Rätt till prövning av ansökan”, 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.

Medlemsstaterna ska säkerställa att de andra myndigheter som kan förväntas få ta emot ansökningar om internationellt skydd, till exempel polisen, gränsbevakningen, invandringsmyndigheterna och personalen vid förvarsanläggningar har relevant information och att deras personal erhåller nödvändig utbildning med hänsyn till utförandet av sina uppgifter och sitt ansvar och instrueras att upplysa sökande om var och hur ansökningar om internationellt skydd kan lämnas in.

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.

[6] Konvention undertecknad i Genève den 28 juli 1951 (*United Nations Treaty Series*, vol. 189, s. 150, nr 2545 (1954)), som trädde i kraft den 22 april 1954, i dess lydelse enligt protokollet om flyktingars rättsliga ställning, som antogs i New York den 31 januari 1967 och trädde i kraft den 4 oktober 1967.

4. Utan hinder av punkt 3 ska en ansökan om internationellt skydd anses ha lämnats in när en blankett har lämnats in av sökanden eller en officiell rapport inkom till de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten i enlighet med nationell rätt.

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.”

9. I artikel 7.1 i detta direktiv föreskrivs följande: ”Medlemsstaterna ska se till att varje enskild myndig person med rättskapacitet har rätt att lämna in en ansökan om internationellt skydd för sin egen räkning.”

10. I artikel 31 i nämnda direktiv, med rubriken ”Prövningsförfarande”, anges följande i punkt 8:

”Medlemsstaterna får även föreskriva att ett prövningsförfarande i enlighet med de grundläggande principerna och garantierna i kapitel II ska påskyndas och/eller genomföras vid gränsen eller i transitzoner i enlighet med artikel 43 om

…

h) sökanden olagligen anlände till medlemsstatens territorium eller olagligen förlängde sin vistelse och, utan goda skäl, varken har anmält sig till myndigheterna eller lämnat in en ansökan om internationellt skydd så snart som möjligt med tanke på omständigheterna kring inresan, eller

…”

11. Artikel 43 i samma direktiv har rubriken ”Gränsförfaranden” och föreskriver 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.”

2. Mottagandedirektivet

12. I artikel 8 i mottagandedirektivet, med rubriken ”Förvar”, föreskrivs följande i punkterna 2 och 3:

”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

…

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

…

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

…”

C. Litauisk rätt

1. Utlänningslagen

13. I Lietuvos Respublikos įstatymas ”Dėl užsieniečių teisinės padėties” (Republiken Litauens lag om utlänningars rättsliga ställning) (TAR, 2021, nr 2021–27706), i dess lydelse enligt lag nr XIV-816 av den 23 december 2021 (nedan kallad utlänningslagen), föreskrivs i artikel 2.20 att en utlänning ska anses vara asylsökande om han eller hon har lämnat in en ansökan om asyl enligt det förfarande som föreskrivs i samma lag och något slutligt beslut ännu inte har antagits avseende denna ansökan.

14. I kapitel X^2 i utlänningslagen regleras tillämpningen av denna lag vid förklaring om undantagstillstånd eller nödsituation till följd av massiv tillströmning av utlänningar.

15. I detta kapitel föreskrivs i punkt 1 i artikel 140^{12} att ”en utlänning får lämna in en ansökan om asyl 1) vid gränsövergångar eller i transitområden, till Valstybės sienos apsaugos tarnyba prie Lietuvos Respublikos vidaus reikalų ministerijos (avdelningen för statlig gränsbevakning vid Republiken Litauens inrikesministerium) (nedan kallad VSAT) 2) inom Republiken Litauens territorium, när utlänningen har rest in till Republiken Litauen lagligt – till [migrationsavdelningen], 3) i en utländsk stat – till de av Republiken Litauens diplomatiska beskickningar eller konsulat som utrikesministern utsett.” I punkt 2 i denna artikel föreskrivs att ”en utlännings asylansökan som inges på ett sätt som strider mot det förfarande som anges i punkt 1 i artikeln kommer inte att godtas, eftersom förfarandet för ingivande av asylansökan har förklarats för [sökanden]”. I denna bestämmelse föreskrivs även att VSAT kan pröva en

asylansökan från en utlänning som har passerat Republiken Litauens gräns olagligt[7], med hänsyn till utlänningens sårbarhet eller andra individuella omständigheter.

16. I artikel 140[17] i utlänningslagen, vilken reglerar grunderna för att ta en asylsökande i förvar i händelse av en förklaring om undantagstillstånd eller nödsituation och i händelse av en förklaring om nödsituation till följd av massiv tillströmning av utlänningar, föreskrivs det inledningsvis och i punkt 2 att en asylsökande får tas i förvar när han eller hon anländer till Republiken Litauen genom att olagligen passera denna medlemsstats gräns.

2. Beskrivningen av förfarandet

17. I beskrivningen av förfarandet för beviljande och återkallande av asyl i Republiken Litauen, som godkändes genom Republiken Litauens inrikesministers dekret nr 1 V-131 av den 24 februari 2016 (i dess lydelse enligt Republiken Litauens inrikesministers dekret nr 1 V-626 av den 27 juli 2021) (nedan kallad beskrivningen av förfarandet), föreskrivs, i punkt 22, att ”en ansökan om asyl anses ha lämnats in när utlänningen har lämnat in den till en sådan myndighet eller institution som utsetts i artikel 67–1 i utlänningslagen … enligt vad som föreskrivs i artikel 2 i samma artikel. Om Republiken Litauens gräns passerats olagligt ska asylansökan lämnas in utan dröjsmål. Från och med den tidpunkt då asylansökan lämnas in åtnjuter den person som har ansökt om asyl de rättigheter och garantier som föreskrivs för asylsökande … .”

18. I punkt 23 i beskrivningen av förfarandet anges att om asylansökan lämnas in till en myndighet som inte anges i artikel 67.1 i utlänningslagen eller i strid med föreskrifterna i punkt 2 i samma artikel eller i punkt 22 i beskrivningen av förfarandet, ska ansökan återsändas till utlandet senast två arbetsdagar efter det att det fastställs att den ansökan som [myndigheten] har mottagit är en asylansökan och den asylsökande ska informeras om hur en asylansökan ska lämnas in … .

III. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

19. Det framgår av beslutet om hänskjutande och av handlingarna i målet att ett ”en nationell nödsituation … till följd av en massiv tillströmning av utlänningar” utlystes i Republiken Litauen den 2 juli 2021. Denna utlysning följdes den 10 november 2021 av att ”undantagstillstånd” utlystes i en del av Litauen.[8] Utlysningen av en nationell nödsituation och undantagstillstånd syftade till att hantera en massiv och plötslig tillströmning av migranter vid gränsen mellan Litauen och Belarus.

20. Därefter reste MA, som är tredjelandsmedborgare, olagligen in i Litauen från Belarus. Vid en kontroll den 17 november 2021 greps han i Polen, tillsammans med 21 andra tredjelandsmedborgare, efter att ha lämnat Litauen i minibuss. Den berörda personen kunde inte för de polska gränskontrolltjänstemännen uppvisa nödvändiga resehandlingar, erforderliga viseringar eller tillstånd för vistelse i Litauen eller för Europeiska unionen i allmänhet. Han togs därför i förvar.

7 Mellan den 10 augusti 2021 och den 1 januari 2022 fanns samma bestämmelser i artikel 67.1[1] och 67.1[2] i utlänningslagen (i dess lydelse enligt lag nr XIV-515 av den 10 augusti 2021). Med hänsyn till den period som de faktiska omständigheterna i det nationella målet hänför sig till är dessa två artiklar således tillämpliga i tiden (*ratione temporis*). Jag kommer dock att begränsa mig till att hänvisa till artikel 140[12].

8 Det framgår av den litauiska regeringens yttrande att undantagstillståndet var i kraft från den 10 november 2021 till den 14 januari 2022, medan utlysningen av ”nödsituationen” fortfarande gäller.

21. MA överlämnades till VSAT:s tjänstemän den 19 november 2021. VSAT beslutade dels att ta honom i förvar under upp till 48 timmar, dels att ansöka vid Alytaus apylinkės teismas (distriktsdomstolen i Alytus, Litauen), Avdelningen i Alytus (nedan kallad domstolen i första instans), om att han skulle kunna tas i förvar i över 48 timmar, till dess att hans rättsliga situation hade fastställts, men under alla omständigheter inte i mer än sex månader.

22. Till stöd för sin begäran angav VSAT bland annat att de inte hade några uppgifter om hur MA vid olika tillfällen passerat landsgränser. VSAT påpekade även att den berörda personen rest in i Litauen olagligt och uppehåller sig där olagligt, att han inte har någon bosättningsort i det landet, inte har några familjeband eller någon social, ekonomisk eller annan anknytning till denna stat, och att han inte heller har tillräckliga medel för sitt uppehälle där. Enligt VSAT var det följaktligen motiverat att anta att MA, om han inte togs i förvar, skulle kunna avvika för att undvika ett eventuellt avlägsnande.

23. Under förhandlingen vid domstolen i första instans uttryckte MA sin önskan om att beviljas internationellt skydd. Enligt artikel 2.18[4] och 2.20 i utlänningslagen och i enlighet med domen Ministerio Fiscal (Myndighet som kan förväntas få ta emot ansökningar om internationellt skydd)[9], ansåg denna domstol därför att den berörda personen var asylsökande. Nämnda domstol fann emellertid att det var nödvändigt att ta honom i förvar, av det skäl som framgår av artikel 113.4.2 i utlänningslagen.[10] Med hänsyn bland annat till att MA hade rest in olagligt i Litauen och att hans destination, enligt hans egen utsaga, var Tyskland, fanns det skäl att anta att MA, om han inte togs i förvar, skulle komma att avvika för att undvika att återsändas till ett tredjeland eller avlägsnas från Litauen.

24. Genom beslut av den 20 november 2021 beslutade domstolen i första instans att MA skulle tas i förvar vid en av VSAT:s anläggningar fram till dess att ett beslut fattats om MA:s rättsliga ställning i Litauen, men under alla omständigheter under högst tre månader, det vill säga senast fram till den 18 februari 2022.

25. MA överklagade därefter detta avgörande till Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Högsta förvaltningsdomstolen, Litauen). Enligt honom har domstolen i första instans felaktigt ålagt honom den mest ingripande tvångsåtgärden, som går utöver vad som är nödvändigt. MA begärde att det i stället skulle vidtas en annan åtgärd än förvar mot honom, nämligen skyldigheten att regelbundet anmäla sig vid VSAT.

26. VSAT påpekade till sitt försvar att MA, efter att ha anlänt från Belarus till Litauen, inte hade vänt sig till de nationella myndigheterna, och att han hade fortsatt sin resa genom att olagligen passera den polska gränsen. MA uppgav härvidlag att han hade betalat en annan person för att hjälpa honom att resa till Tyskland via Polen. Vid VSAT:s förhör undvek MA redan från början att svara direkt på de frågor som ställdes till honom, och gav endast vaga svar. Ett sådant beteende utgör enligt VSAT inte ett lämpligt samarbete. VSAT har således vidhållit att om det alternativ till förvar som den berörda personen begärt godtas, är det högst troligt att han skulle avvika innan ett beslut om hans rättsliga ställning fattades.

9 Dom av den 25 juni 2020 (C-36/20 PPU, EU:C:2020:495) (nedan kallad domen Ministerio Fiscal).

10 Enligt denna bestämmelse får en asylsökande tas i förvar för fastställande av de skäl som ligger till grund för hans eller hennes ansökan (om det inte är möjligt att erhålla dessa uppgifter på annat sätt) och om det, efter en prövning av de omständigheter som anges i vissa bestämmelser i lagen, finns skäl att anse att den berörda personen kan komma att avvika för att undvika att återsändas till ett tredjeland eller att utvisas från Litauen.

27. Vid den första förhandlingen vid den hänskjutande domstolen åberopade MA sin ansökan om internationellt skydd och angav att han redan den 20 november 2021 hade lämnat in en sådan ansökan skriftligt till en VSAT-tjänsteman vars namn inte är känt, men att han saknade uppgifter om hur ansökan skulle behandlas. Företrädaren för VSAT angav då att det inte fanns några uppgifter om registrering av en asylansökan avseende MA, eftersom ingen sådan ansökan hade lämnats in i enlighet med litauisk lagstiftning. Samma företrädare yrkade ändå att denna domstol skulle förelägga den behöriga myndigheten, det vill säga migrationsavdelningen, att ta upp MA:s ansökan för prövning.

28. Den 24 januari 2022 ingav MA en skriftlig ansökan om internationellt skydd till VSAT, som denna myndighet vidarebefordrade till migrationsavdelningen. Den 27 januari samma år återsände denna myndighet ansökan med motiveringen dels att den hade ingetts i strid med artikel 140[12] punkt 1 i utlänningslagen och punkterna 22 och 23 i beskrivningen av förfarandet, dels att ansökan inte hade lämnats in utan dröjsmål.

29. Vid en ny förhandling vid den hänskjutande domstolen den 1 februari 2022 yrkade företrädaren för VSAT och MA:s ombud var för sig att den domstolen skulle förelägga migrationsavdelningen att pröva den berördes ansökan om internationellt skydd.

30. Mot denna bakgrund beslutade Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Högsta förvaltningsdomstolen, Litauen) först att ordna MA:s situation tillfälligt och att anta en ”annan åtgärd än förvar” mot honom, nämligen ”inkvartering vid en VSAT-anläggning eller på annan lämplig plats, varvid hans rörelsefrihet begränsas till området för inkvarteringsorten”, som gällde till och med den 18 februari 2022. Efter att ha konstaterat att MA är en person som ansöker om internationellt skydd förelade nämnda domstol migrationsavdelningen att inte återsända honom till ett tredjeland eller avlägsna honom från Litauen fram tills ett slutligt avgörande meddelats i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska artikel 7.1 i [förfarandedirektivet], jämförd med artikel 4.1 i [direktiv 2011/95/EU om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet],[11] tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning, såsom den tillämpliga i förevarande mål, enligt vilken en utlänning som har rest in i och olagligen vistas i en medlemsstat, under sådana omständigheter då krigstillstånd, undantagstillstånd eller en nationell nödsituation har utlysts till följd av en massiv tillströmning av utlänningar, i princip inte tillåts inge en ansökan om internationellt skydd?

2 Om den första frågan besvaras jakande: Ska artikel 8.2 och 8.3 i [mottagandedirektivet] tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken en asylsökande får hållas i förvar enbart på grund av att denne har rest in i Republiken Litauen genom att olagligen passera gränsen till detta land, under sådana omständigheter då krigstillstånd, undantagstillstånd eller en nationell nödsituation har utlysts till följd av en massiv tillströmning av utlänningar?”

[11] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 13 december 2011 (omarbetning) (EUT L 337, 2011, s. 9).

IV. Förfarandet vid domstolen

31. Begäran om förhandsavgörande av den 2 februari 2022 inkom till domstolens kansli den 4 februari 2022.

32. Den hänskjutande domstolen ansökte för övrigt om att begäran om förhandsavgörande ska handläggas enligt det förfarande för brådskande mål om förhandsavgörande som föreskrivs i artikel 107 i domstolens rättegångsregler.

33. Till stöd för sin ansökan anförde den hänskjutande domstolen att MA hade hållits i förvar mellan den 17 november 2021 och den 2 februari 2022 och att han från och med sistnämnda datum, till och med den 18 februari 2022, var föremål för en åtgärd avseende ”inkvartering vid en VSAT-anläggning eller på annan lämplig plats, varvid hans rörelsefrihet begränsas till området för inkvarteringsorten”. [12]

34. Den 21 februari 2022 beslutade EU-domstolens första avdelning att skicka en begäran om klarläggande till den hänskjutande domstolen avseende MA:s situation efter den 18 februari 2022. Den hänskjutande domstolen klargjorde i sitt svar att den berörde personen sedan den 11 februari 2022 var föremål för en ny åtgärd med inkvarteringsplats på en VSAT-anläggning, som han inte hade rätt att lämna utan tillstånd, fram till dess att ett beslut om hans rättsliga ställning i Litauen fattats, men under alla omständigheter för en tidsperiod som inte överstiger tre månader, det vill säga senast till den 11 maj 2022.

35. Mot bakgrund av detta svar beslutade EU-domstolens första avdelning den 3 mars 2022 att bifalla den hänskjutande domstolens ansökan om att förevarande mål skulle handläggas enligt förfarandet för brådskande mål om förhandsavgörande.

36. MA, den litauiska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen. Den litauiska regeringen och kommissionen yttrade sig även muntligt vid förhandlingen som ägde rum den 7 april 2022.

V. Bedömning

37. I det nationella målet ska den hänskjutande domstolen ta ställning till huruvida en förvarsåtgärd är lagenlig och välgrundad. Denna åtgärd har vidtagits mot MA, en tredjelandsmedborgare som olagligen rest in i Litauen [13] från Belarus.

38. För att kunna pröva denna åtgärd måste den hänskjutande domstolen *först och främst* fastställa huruvida den berörda tredjelandsmedborgaren omfattas av tillämpningsområdet för de bestämmelser som är tillämpliga på personer som ansöker om internationellt skydd, inbegripet de garantier som dessa personer ska åtnjuta vid förvar, såsom dessa bestämmelser har harmoniserats i förfarandedirektivet och mottagningsdirektivet.

12 Se punkterna 24 och 30 ovan.

13 Genom denna formulering vill jag erinra om den omständigheten att MA passerade gränsen mellan Litauen och Belarus utan att iaktta de inresevillkor som anges i artikel 6.1 i kodexen om Schengengränserna. Dessutom tycks den berörda personen ha passerat gränsen ”utan tillstånd” i den mening som avses i artikel 5.3 i kodexen, det vill säga utanför gränsövergångsställena eller de fasta öppettiderna (se punkterna 20 och 22 ovan).

39. Den hänskjutande domstolen vill i detta sammanhang få klarhet i huruvida en bestämmelse i litauisk rätt, nämligen artikel 140[12] i utlänningslagen, är förenlig med unionsrätten. Denna bestämmelse uppvisar, såsom jag angett i inledningen, det särdraget att den endast ska tillämpas vid utlysning av ”undantagstillstånd” eller ”nödsituation” eller tillkännagivande av en ”en nationell nödsituation … till följd av en massiv tillströmning av utlänningar”, under vilka de allmänna rättsreglerna i olika utsträckning tillfälligt upphävs eller begränsas i syfte att göra det möjligt för den litauiska staten att skydda allmän ordning och säkerhet med hänsyn till de ”exceptionella omständigheter” som råder. I förevarande fall hade såväl ”undantagstillståndet” som en ”nödsituationen”, vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, utlysts i Litauen för att hantera den ”massiva tillströmningen” av migranter vid den gräns som denna stat delar med Belarus.

40. Under dessa omständigheter har artikel 140[12] i utlänningslagen ersatt de allmänna bestämmelserna om villkoren för tredjelandsmedborgares tillträde till förfarandena för beviljande av internationellt skydd i Litauen och därmed skärpt villkoren. I motsats till vad som är tillåtet enligt litauisk rätt under ”normala” förhållanden, föreskrivs det nämligen i denna artikel att en tredjelandsmedborgare, såsom MA, i princip inte kan lämna in en ansökan om internationellt skydd på litauiskt territorium efter att ha rest in olagligt där – trots att han vid flera tillfällen hade uttryckt sin önskan om att erhålla ett sådant skydd.

41. Den hänskjutande domstolen betvivlar emellertid att detta är förenligt med unionsrätten. Genom sin första fråga har den hänskjutande domstolen därmed bett domstolen att klargöra huruvida förfarandedirektivets[14] bestämmelser utgör hinder för en nationell bestämmelse som får sådana konsekvenser.

42. Om det antas att så är fallet och att en sådan tredjelandsmedborgare som MA omfattas av de regler som är tillämpliga på asylsökande, med hänsyn till den önskan han uttryckt om att erhålla internationellt skydd, ska den hänskjutande domstolen, *för det andra*, upphäva den förvarsåtgärd som vidtagits mot denna person med noggrant iakttagande av de garantier som föreskrivs på området i förfarandedirektivet och mottagandedirektivet.

43. Den hänskjutande domstolen vill i detta sammanhang få klarhet i huruvida en andra bestämmelse i utlänningslagen, nämligen artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen, är förenlig med dessa direktiv. Denna bestämmelse är även tillämplig i Litauen på grund av den ovan nämnda förklaringen om ”undantagstillstånd” och utlysningen av en ”nödsituation”, som beskrivs ovan. Under dessa omständigheter har nämnda bestämmelse lagts till de vanliga reglerna om förvar av personer som ansöker om internationellt skydd[15] och även denna regel skärper hur personer som rest in olagligt i Litauen behandlas.

44. Medan en tredjelandsmedborgare som har ansökt om asyl i Litauen i ”normala” förhållanden inte får hållas i förvar enbart av det skälet att han eller hon har passerat gränsen till Litauen olagligt, så är detta enligt artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen möjligt i ”exceptionella” förhållanden.

[14] Även om den hänskjutande domstolen i sin första fråga har hänvisat till artikel 4.1 i skyddsgrundsdirektivet, innehåller den artikeln uppgifter som stöder en ansökan om internationellt skydd och reglerar således inte den ställda frågan. Däremot är, som jag kommer att redogöra för nedan, olika bestämmelser i förfarandedirektivet relevanta i detta avseende.

[15] De föreskrivs bland annat i artikel 113.4 i utlänningslagen.

45. Den hänskjutande domstolen hyser emellertid tvivel om huruvida detta är förenligt med unionsrätten. Den hänskjutande domstolen har således genom sin *andra fråga* bett EU-domstolen att klargöra huruvida bestämmelserna i mottagandedirektivet utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse.

46. För att vara så pedagogisk som möjligt kommer jag att dela upp min bedömning i två delar. *För det första* kommer jag att förklara varför sådana nationella bestämmelser som artiklarna 140[12] och 140[17] punkt 2 i utlänningslagen inte är förenliga med förfarandedirektivet eller mottagandedirektivet, oberoende av att dessa bestämmelser endast är tillämpliga vid och syftar till att hantera ”exceptionella omständigheter” (avsnitten B och C). *För det andra* kommer jag att undersöka huruvida, och i förekommande fall i vilken utsträckning, en medlemsstat enligt unionens primärrätt har rätt att avvika från dessa direktiv i syfte att skydda lag och ordning och inre säkerhet när den ställs inför sådana omständigheter (avsnitt D). Först kommer jag emellertid att undersöka huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning (avsnitt A).

A. Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning

47. Även om den litauiska regeringen inte formellt har framställt något avvisningsyrkande har den anfört två argument i detta avseende.

48. *För det första* har denna regering låtit förstå att den andra frågan redan från början saknade relevans för avgörandet av det nationella målet, eftersom domstolen i första instans beslutade att MA skulle tas i förvar inte på grundval av artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen, utan på grundval av artikel 113.4.2 i denna lag, med beaktande av risken för att han skulle avvika. [16]

49. Enligt min mening förefaller den andra frågan tvärtom vara fullt relevant för avgörandet av det nationella målet. Den hänskjutande domstolen har nämligen förklarat att den har att pröva såväl lagenligheten av det ursprungliga beslutet att placera MA i förvar som huruvida detta var välgrundat. Det är således inte bara fråga om att kontrollera huruvida det fanns en rättslig grund för detta beslut, utan även om beslutet var lämpligt. Den omständigheten att domstolen i första instans grundade sitt avgörande på risken för att den berörda personen avviker förefaller inte hindra den hänskjutande domstolen från att beakta andra rättsliga skäl som kan motivera beslutet. Den hänskjutande domstolen har för övrigt understrukit att ett svar på denna fråga kommer att göra det möjligt för den att ”otvetydigt och klart pröva … det exakta skälet att ta [MA] i förvar eller att vidta en annan åtgärd än förvar”.

50. *För det andra* har den litauiska regeringen anfört att det under alla omständigheter inte längre finns anledning att besvara tolkningsfrågorna. Vad gäller den första frågan uppgav denna regering nämligen vid förhandlingen att migrationsavdelningen den 18 mars 2022 registrerade MA:s ansökan om internationellt skydd, och att den då inte prövade denna ansökan. Vad gäller den andra frågan har nämnda regering påpekat att MA för närvarande inte längre hålls i förvar, eftersom det förvarsbeslut som domstolen i första instans meddelade den 20 november 2021 ersattes den 2 februari 2022 av en ”annan åtgärd än förvar”, som förlängdes till och med den 11 maj 2022. [17]

51. Jag anser att det fortfarande finns anledning att besvara de ställda frågorna.

16 Se punkt 23 ovan.

17 Se punkterna 30 och 34 ovan.

52. Enligt min tolkning av beslutet om hänskjutande ska den nationella domstolen, för att kunna ta ställning till den förvarsåtgärd som ursprungligen ålagts MA, bland annat utgå från den tidpunkt då beslutet om denna åtgärd fattades. Även om det antas att MA:s ansökan om internationellt skydd slutligen registrerades den 18 mars 2022 – upplysningar som den hänskjutande domstolen för övrigt inte har bekräftat – skulle saken i det nationella målet följaktligen fortfarande vara densamma, och den första frågan skulle fortfarande vara relevant för att avgöra målet. Det återstår nämligen att pröva huruvida MA borde ha ansetts omfattas av de regler som är tillämpliga på asylsökande, inklusive reglerna om förvar, från och med den 20 november 2021, då den omtvistade åtgärden vidtogs och den berörda personen även, för första gången, visade sin vilja att beviljas internationellt skydd. [18]

53. Av samma skäl kan vidare den omständigheten att den förvarsåtgärd som ursprungligen vidtogs mot MA därefter ersattes av ”en annan åtgärd än förvar” inte påverka relevansen av den andra frågan. Den omständigheten att den första åtgärden senare upphävdes har inte heller medfört att dess verkningar har försvunnit. MA har frihetsberövats åtminstone från den 17 november 2021 till den 2 februari 2022. Han har således fortfarande ett intresse av att det i domstol fastställs att åtgärden eventuellt varit rättsstridig. Ett sådant konstaterande skulle kunna utgöra grund för en framtida skadeståndstalan. [19]

B. Tillgång till ett förfarande för beviljande av internationellt skydd i enlighet med förfarandedirektivet (första delen av den första frågan)

54. Såsom jag har påpekat föreskrivs i artikel 140[12] i utlänningslagen ”exceptionella” förfaranden för att lämna in ansökningar om internationellt skydd i Litauen, vilka tillämpats som svar på den ”massiva tillströmning” som beskrivs ovan. Jag anser att det i detta skede av min bedömning är lämpligt att precisera hur dessa förfaranden fungerar och vad de innebär.

55. Enligt denna bestämmelse får en tredjelandsmedborgare endast lämna in en sådan ansökan 1) vid gränsövergångar eller i transitområden, till VSAT, eller 2) inom Republiken Litauens territorium, *när utlänningen har rest in till Republiken Litauen lagligt*, till migrationsavdelningen, 3) i en utländsk stat, till Republiken Litauens diplomatiska beskickningar eller konsulat.

56. En sådan ansökan ska enligt litauisk rätt anses ha framställts på ett giltigt sätt endast om den har framställts på det sätt som föreskrivs i denna bestämmelse. [20] I detta fall betraktas den berörda tredjelandsmedborgaren som asylsökande – i enlighet med definitionen av detta begrepp i artikel 2.20 i utlänningslagen [21] – och åtnjuter de rättigheter och garantier som följer av denna ställning. [22]

57. Om en tredjelandsmedborgare inte iakttar dessa villkor avvisas däremot ansökan, med förbehåll för vissa undantag [23], enligt artikel 140[12] punkt 2 i utlänningslagen och återsänds till den berörda personen.

18 Se punkt 23 ovan.

19 MA har för övrigt hävdat att ”den andra åtgärden än förvar” som han ålagts faktiskt utgör förvar. Även av detta skäl är den andra frågan fortfarande relevant (se punkterna 84–88 nedan).

20 Se även punkt 22 första meningen i beskrivningen av förfarandet.

21 Se punkt 13 ovan.

22 Se även punkt 22 tredje meningen i beskrivningen av förfarandet.

23 Undantag som diskuteras i punkt 78 nedan.

58. Av det ovan anförda följer att tredjelandsmedborgare som inte uppfyller villkoren för inresa till Schengenområdet i praktiken endast kan ansöka om asyl i Litauen från utlandet eller vid gränsen till denna stat. Tredjelandsmedborgare får inte göra detta inom Litauen efter olaglig inresa, utom i undantagsfall [24]. När de försöker göra detta ska de nationella myndigheterna i princip inte beakta deras ansökan, och de betraktas därför inte som asylsökande.

59. I förevarande fall tycks MA vid fyra tillfällen ha försökt ansöka om internationellt skydd i Litauen efter att ha rest in dit olagligt. [25] Minst en av hans skriftliga ansökningar översändes till den behöriga litauiska myndigheten, det vill säga migrationsavdelningen, som beslutade att inte pröva ansökan, med motiveringen att den inte hade lämnats in i enlighet med de förfaranden som föreskrivs i artikel 140[12] punkt 1 i utlänningslagen. [26] Enligt den hänskjutande domstolen ska MA således, vid tillämpningen av artikel 2.20 i denna lag, inte behandlas som en asylsökande. [27]

60. I likhet med MA och kommissionen anser jag emellertid att sådana villkor för att få tillgång till förfarandet för beviljande av internationellt skydd, och följderna av detta, inte är förenliga med förfarandedirektivets bestämmelser.

61. Det ska härvidlag *för det första* erinras om att varje tredjelandsmedborgare eller statslös person, [28] enligt domstolens fasta praxis, enligt artikel 7.1 i förfarandedirektivet, jämförd med artikel 3.1 i detta direktiv, har rätt att ansöka om internationellt skydd i en medlemsstat. Det rör sig här om en konkretisering av den rätt till asyl som garanteras i artikel 18 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). [29]

62. Enligt samma rättspraxis kan en sådan medborgare, med stöd av ovannämnda bestämmelser, utöva sin rätt att ansöka om asyl inte bara vid gränsen eller i transitområdena i en medlemsstat, utan även inom denna stats territorium, också i de fall då denne medborgare olagligen vistas där. [30] Detsamma gäller analogt när tredjelandsmedborgaren har rest in olagligt i landet.

63. En läsning av andra bestämmelser i förfarandedirektivet bekräftar denna tolkning. Dels ingår inte den omständigheten att en tredjelandsmedborgare olagligen rest in i eller förlängt sin vistelse på den mottagande medlemsstatens territorium bland de grunder för avvisning av asylansökningar som uttömmande räknas upp i artikel 33.2 i direktivet. Dels får de nationella myndigheterna enligt artikel 31.8 h i förfarandedirektivet, såsom jag kommer att ange nedan, [31] i

24 Detta undantag kommer att diskuteras i punkt 78 nedan.

25 Se punkterna 23, 27 och 28 ovan.

26 Avvisningen grundades även på den omständigheten att MA inte lämnade in sin ansökan så snart som möjligt efter att ha passerat den nationella gränsen på olagligt sätt. Denna aspekt kommer att undersökas i fotnot 33 ovan.

27 Jag förenklar saker och ting för analysens skull. Frågan om MA:s rättsliga ställning ger i själva verket upphov till förvirring på nationell nivå. Domstolen i första instans och den hänskjutande domstolen anser att han är asylsökande (se punkterna 23–30 ovan). VSAT å sin sida hade inledningsvis vägrat att ta upp ansökan till prövning innan den slutligen begärde att den sistnämnda domstolen skulle förelägga migrationsavdelningen att pröva den (se punkt 27) – och utövade således, vad det verkar, det utrymme för skönsmässig bedömning som diskuteras i punkt 78. Även om denna avdelning återsände ansökan till MA (se punkt 28) beslutade den till slut att pröva den (se punkt 51). Det är uppenbart att dessa myndigheter inte har gjort samma tolkning av nationell rätt eller av unionsrätten.

28 För enkelhetens skull kommer jag i det följande endast att hänvisa till tredjelandsmedborgare i förevarande förslag till avgörande.

29 Se, bland annat, dom av den 16 november 2021, kommissionen/Ungern (Straffbeläggande av hjälp som tillhandahålls asylsökande) (C-821/19, EU:C:2021:930, punkterna 132 och 136 och där angiven rättspraxis).

30 Se, särskilt, dom av den 16 november 2021, kommissionen/Ungern (Straffbeläggande av hjälp som tillhandahålls asylsökande) (C-821/19, EU:C:2021:930, punkt 136 och där angiven rättspraxis).

31 Se punkt 129 nedan.

vissa fall [32] pröva en ansökan som lämnats in under sådana omständigheter skyndsamt och enligt ett särskilt förfarande – vilket med nödvändighet innebär att de i ett tidigare skede måste pröva den.

64. *För det andra* ska det erinras om att medlemsstaterna, för att göra det praktiskt möjligt för tredjelandsmedborgare att utöva den rätt att söka asyl som de är garanterade, är skyldiga att erbjuda dem en faktisk, enkel och snabb tillgång till ett förfarande för beviljande av detta skydd på sitt territorium.

65. I artikel 6.1–6.4 i förfarandedirektivet görs i detta hänseende åtskillnad mellan, *å ena sidan*, att en tredjelandsmedborgare ”ansöker”, och, *å andra sidan*, att en ansökan ”lämnas in”. Unionslagstiftaren avsåg att göra en tydlig åtskillnad mellan två etapper, nämligen, *först*, att en tredjelandsmedborgare ger uttryck för sin vilja att beviljas internationellt skydd och, *därefter*, att en ansökan om internationellt skydd formellt ges in.

66. När det gäller *det första steget* framgår det av punkt 1 i denna artikel att en tredjelandsmedborgare ”ansöker” om internationellt skydd när vederbörande på något sätt visar att han eller hon önskar komma i åtnjutande av ett sådant skydd vid ”en myndighet som enligt nationell rätt är behörig att registrera sådana ansökningar” eller någon ”annan myndighet” med vilken vederbörande kan ledas att komma i kontakt med under resans gång, såsom ”polisen, gränsbevakningen, invandringsmyndigheterna och personalen vid förvarsanläggningar”. [33]

67. Jag vill i detta avseende understryka att en tredjelandsmedborgare som i likhet med MA, vilket har angetts i punkt 62 ovan, olagligen har rest in i och/eller uppehåller sig i en medlemsstat mycket väl kan ”ansöka” om internationellt skydd när vederbörande hålls i förvar, i förekommande fall inom ramen för ett förfarande för avlägsnande enligt återvändandedirektivet. [34] Såsom jag har påpekat i föregående punkt inbegriper denna bestämmelse just ”personalen vid förvarsanläggningar” bland de ”andra myndigheter” inför vilka en sådan medborgare med giltig verkan kan ge uttryck för sin avsikt att åtnjuta ett sådant skydd. Domstolen har dessutom redan slagit fast att en tredjelandsmedborgare kan ”ansöka” om asyl vid den domstol som ska pröva lagenligheten av att vederbörande hålls i förvar. Även den domstolen bör anses vara en sådan ”annan myndighet”. [35]

68. När en tredjelandsmedborgare således, i likhet med MA, har uttryckt sin vilja att beviljas internationellt skydd vid sådana ”myndigheter” som VSAT och domstolen i första instans, kan dessa myndigheter inte välja att bortse från denna omständighet av det skälet att de villkor som föreskrivs i nationell rätt för att lämna in – jag vill upprepa att detta avser det formella ingivandet – av en asylansökan inte har iakttagits. De ska tvärtom dra vissa slutsatser av detta.

32 Så är fallet när den berörda personen utan goda skäl, varken har anmält sig till myndigheterna eller lämnat in en ansökan om internationellt skydd så snart som möjligt med tanke på omständigheterna kring inresan. Även om, i motsats till vad migrationsavdelningen har ansett (se punkt 28 ovan), sådana omständigheter inte kan leda till att den berörda personen förlorar sin rätt att söka asyl (se även, vad gäller frågan huruvida för sent inlämnade ansökningar kan prövas, artikel 10.1 i förfarandedirektivet), kan de således påverka det sätt på vilket ansökan prövas av de nationella myndigheterna (se även punkt 129 nedan).

33 Se skäl 27 i förfarandedirektivet och dom av den 17 december 2020, Kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 97 och där angiven rättspraxis).

34 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 (EUT L 348, 2008, s. 98), (nedan kallat återvändandedirektivet). En tredjelandsmedborgare som reser in olagligt till en medlemsstats territorium och som inte har uppehållstillstånd vistas nämligen där ”olagligt” i den mening som avses i detta direktiv. Han eller hon ska således i princip bli föremål för ett förfarande för avlägsnande enligt direktivet.

35 Se domen Ministerio Fiscal (punkterna 59–68). Den hänskjutande domstolen har helt riktigt påpekat samma sak (se punkt 23 ovan).

69. *För det första* ska tredjelandsmedborgaren, från och med den tidpunkt då han eller hon har ”ansökt”, vid de nationella myndigheterna betraktas som ”asylsökande” i den mening som avses i artikel 2 c i förfarandedirektivet och i artikel 2 b i mottagandedirektivet [36] och åtnjuta de rättigheter och garantier som är knutna till denna ställning, såsom de föreskrivs i dessa direktiv [37]. I synnerhet ska tredjelandsmedborgaren, till dess att denna ansökan har prövats i första instans, även om han eller hon har rest in i eller förlängt sin vistelse i den mottagande medlemsstaten olagligt, inte eller inte längre anses vistas olagligt i den mottagande medlemsstaten, och därmed inte heller omfattas av de bestämmelser som är tillämpliga på illegala migranter, däribland återvändandedirektivet. Enligt artikel 9.1 i förfarandedirektivet får tredjelandsmedborgaren nämligen rätt att stanna i denna medlemsstat under denna period. [38] Dessutom måste förvar eller, i förekommande fall, fortsatt förvar, vara förenligt med de bestämmelser som föreskrivs på detta område i förfarandedirektivet och mottagandedirektivet.

70. Härav följer att de nationella myndigheter, i motsats till vad som tycks föreskrivas i artikel 2.20 i utlänningslagen, inte kan använda sig av ett formalistiskt synsätt av nämnda ställning eller begränsa de rättigheter och garantier som är knutna till denna ställning för personer som lämnat in en ansökan i enlighet med de villkor som föreskrivs i nationell rätt. Dessa rättigheter och garantier skulle annars förlora en väsentlig del av sin ändamålsenliga verkan.

71. *Vidare* är de nationella myndigheterna, för att säkerställa att den berörda tredjelandsmedborgaren faktiskt åtnjuter de garantier och rättigheter som föreskrivs i förfarandedirektivet och mottagandedirektivet, skyldiga att, inom en kort frist som fastställs i artikel 6.1 [39] i det första direktivet, registrera tredjelandsmedborgaren som ”asylsökande” i de relevanta databaserna [40].

72. *Slutligen* ska en sådan tredjelandsmedborgare, i enlighet med artikel 6.2 i förfarandedirektivet, ha en konkret möjlighet att ”lämna in” sin ansökan – det vill säga, såsom jag har angett i punkt 65 ovan, att lämna in sin ansökan formellt – så snart som möjligt.

73. Vad gäller *det andra steget*, som markerar slutet på skedet för tillträde till förfarandet för beviljande av internationellt skydd, och inledandet av själva prövningsförfarandet av ansökan, [41] framgår det av artikel 6.4 i direktivet att det i princip kräver att tredjelandsmedborgaren i princip måste fylla i ett formulär som är föreskrivet för detta ändamål. Enligt punkt 3 i denna artikel får medlemsstaterna dessutom kräva att formuläret lämnas in personligen och/eller på en angiven plats.

74. Såsom den litauiska regeringen har gjort gällande kunde Republiken Litauen således i princip i sin nationella rättsordning föreskriva en sådan bestämmelse som artikel 140[12].1 i utlänningslagen, enligt vilken tredjelandsmedborgare måste lämna in sina asylansökningar på bestämda platser och till vissa myndigheter.

36 I dessa bestämmelser definieras nämligen som asylsökande ”en tredjelandsmedborgare eller statslös person som har ansökt om internationellt skydd och vars ansökan ännu inte har lett till ett slutligt beslut”.

37 Se skäl 27 i förfarandedirektivet samt, bland annat, 17 december 2020, Kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 100 och där angiven rättspraxis).

38 Se skäl 9 i återvändandedirektivet och domen Ministerio Fiscal (punkt 99).

39 Enligt denna bestämmelse är medlemsstaterna i princip skyldiga att registrera ansökan senast tre eller sex arbetsdagar efter det att den ”gjorts”, beroende på om ansökan har gjorts vid den myndighet som enligt nationell rätt är behörig att registrera den eller till en ”annan myndighet”.

40 Se skäl 27 i förfarandedirektivet.

41 Se artikel 31.3 i ”förfarandedirektivet” och dom av den 16 november 2021, kommissionen/Ungern (Straffbeläggande av hjälp som tillhandahålls asylsökande) (C-821/19, EU:C:2021:930, punkt 81).

75. Medlemsstaterna kan emellertid inte använda sig av den möjlighet som de föreskrivs i artikel 6.3 i förfarandedirektivet på ett sätt som i praktiken hindrar dessa medborgare, eller endast vissa av dem, från att lämna in sin ansökan ”så snart som möjligt” – eller ännu mindre på ett sätt som helt hindrar dem från att göra det. I annat fall skulle direktivets syfte, som består i att säkerställa en effektiv, enkel och snabb tillgång till förfarandet för beviljande av detta skydd, äventyras och den ändamålsenliga verkan av rätten att ansöka om asyl, som varje tredjelandsmedborgare har enligt artikel 7.1 i direktivet, skulle allvarligt hindras. [42]

76. Såsom MA och kommissionen har gjort gällande förefaller artikel 140[12] punkt 1 i utlänningslagen vara problematisk i detta avseende. Enligt den hänskjutande domstolens tolkning av bestämmelsen har nämligen en sådan medborgare som MA, som olagligen rest in i Litauen och som hålls i förvar där, inte någon konkret möjlighet att lämna in sin ansökan i enlighet med de villkor som föreskrivs i denna bestämmelse. För det första har han i princip inte rätt att göra detta i Litauen. För det andra kan han inte heller bege sig till ett transitområde i Litauen för detta ändamål eller till en ambassad eller ett konsulat för denna stat utomlands.

77. Utöver vad jag redan har angett i punkt 75 ovan vill jag på denna punkt påpeka att förvar av en person som ansöker om internationellt skydd, om det antas att detta är förenligt med förfarandedirektivet och mottagandedirektivet, enligt artikel 6.2 i det förstnämnda direktivet inte får utgöra hinder för den berörda personens möjlighet att lämna in sin ansökan och således utöva sin rätt att ansöka om asyl. [43] Tvärtom föreskrivs i direktivet olika garantier för att underlätta tillgången till förfarandet för beviljande av detta skydd i förvarsanläggningar. [44] Såsom kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen ska de villkor som medlemsstaterna väljer att införa för att lämna in ansökningar med tillämpning av punkt 3 i denna artikel, göra det möjligt för en sökande i en sådan situation att göra detta.

78. I motsats till vad den litauiska regeringen har gjort gällande är det utrymme för skönsmässig bedömning som VSAT har enligt artikel 140[12] punkt 2 i utlänningslagen att undantagsvis godta en ansökan om internationellt skydd från en tredjelandsmedborgare som olagligen rest in i Litauen, med hänsyn till personens sårbarhet eller andra individuella omständigheter, inbegripet när vederbörande hålls i förvar i en av VSAT:s anläggningar, inte tillräckligt i detta avseende. Enligt artiklarna 6.2 och 7.1 i förfarandedirektivet ska nämligen alla tredjelandsmedborgare som befinner sig i en sådan situation – inte enbart vissa av dem – kunna ansöka om sådant skydd och, för detta ändamål, lämna in sin ansökan så snart som möjligt. [45]

79. *Slutligen* vill jag precisera att en medlemsstat enligt förfarandedirektivet inte får göra undantag från de skyldigheter som jag just har redogjort för när den, i likhet med Republiken Litauen, ställs inför en ”massiv tillströmning” av tredjelandsmedborgare vid sina gränser.

42 I detta hänseende vill jag understryka att om en sökande inte ger in sin ansökan kan medlemsstaterna i princip på denna grund tillämpa artikel 28 i förfarandedirektivet och således bedöma att vederbörande underförstått har avstått från detta.

43 Se, för ett liknande resonemang, Recommendation Rec(2003)5 of the Committee of Ministers to member states on measures of detention of asylum seekers, som antogs av ministerkommittén den 16 april 2003 vid det 837:e mötet med ministrarnas företrädare, punkt 8, och Europadomstolen, 25 juni 1996, Amuur mot Frankrike, CE:ECHR:1996:0625JUD001977692, § 43.

44 Se artikel 8.1 i förfarandedirektivet.

45 Den litauiska regeringen gjorde även gällande att en tredjelandsmedborgare som olagligen rest in till Litauen även, enligt domen Ministerio Fiscal, skulle kunna lämna in en asylansökan till den domstol som ska pröva frågan om tredjelandsmedborgarens förvar. I förekommande fall ska ansökan översändas till den myndighet som är behörig att registrera den. Sökanden har därefter en konkret möjlighet att lämna in ansökan och den kommer då att prövas. Det var så det gick till i det nationella målet (se punkt 50 ovan). Som svar på domstolens frågor har denna regering förklarat att det rör sig om ett sätt att ansöka om asyl som, även om detta inte föreskrivs i artikel 140[12] i utlänningslagen, inte heller är förbjudet enligt denna artikel. Utöver den omständigheten att den hänskjutande domstolen inte har gjort samma tolkning av nämnda artikel, vill jag endast påpeka att en medlemsstat inte säkerställer en effektiv, enkel och snabb tillgång till förfarandet för beviljande av internationellt skydd när vissa medborgare är tvungna att väcka talan vid domstol för att ansöka om sådant skydd.

80. Även om direktivet, under sådana omständigheter, till exempel tillåter de nationella myndigheterna att förlänga fristerna för registrering [46] och prövning av asylansökningar, [47] ger det nämligen inte dessa myndigheter rätt att rättsligt eller faktiskt beröva vissa tredjelandsmedborgare möjligheten att verkligen få tillgång till ett förfarande för beviljande av detta skydd.

81. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara den första delen av den första frågan på så sätt att en nationell bestämmelse som inte, utom i undantagsfall, tillåter tredjelandsmedborgare att få tillträde till ett förfarande för beviljande av internationellt skydd i den berörda medlemsstaten när de har rest in dit olagligt, inte är förenlig med artikel 6.1 och 6.2 eller artikel 7.1 i förfarandedirektivet.

C. Skälen för förvar av asylsökande enligt mottagandedirektivet (den andra frågans första del)

82. Av bedömningen ovan framgår att en tredjelandsmedborgare, såsom MA, från och med den tidpunkt då han eller hon har ”ansökt” om asyl vid en sådan myndighet som VSAT eller domstolen i första instans, och fram tills denna ansökan slutgiltigt har avgjorts, ska betraktas som en ”asylsökande” i den mening som avses i förfarandedirektivet och mottagandedirektivet. Detta innebär bland annat att han endast får placeras i förvar eller kvarhållas i förvar i enlighet med de bestämmelser som föreskrivs på området i dessa direktiv.

83. Det blir nu aktuellt att pröva den första delen av den andra frågan och fastställa huruvida en nationell bestämmelse, såsom artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen, enligt vilken en asylsökande får hållas i förvar enbart på grund av att han eller hon olagligen har passerat den nationella gränsen är förenlig med dessa direktiv (avsnitt 2). Före detta krävs emellertid enligt min mening en precisering av begreppet förvar (avsnitt 1).

1. Begreppet förvar

84. Enligt min uppfattning har den hänskjutande domstolen endast ställt sin andra fråga för att kunna bedöma huruvida den förvarsåtgärd som domstolen i första instans hade ålagt MA i sitt beslut av den 20 november 2021 var lagenlig och välgrundad.

85. MA har emellertid inför domstolen gjort gällande att den alternativa åtgärd som han ålagts sedan den 2 februari 2022, det vill säga ” inkvartering vid en VSAT-anläggning … varvid hans rörelsefrihet begränsas till området för inkvarteringsorten”, trots att den enligt litauisk rätt betraktas som ett alternativ till förvar [48], i själva verket utgör ett faktiskt förvar.

86. Om detta verkligen är fallet ska denna andra åtgärd enligt min mening även bedömas mot bakgrund av de regler om förvar som föreskrivs i förfarandedirektivet och mottagandedirektivet. Tillämpningsområdet för dessa regler beror nämligen inte på hur en viss åtgärd ska kvalificeras enligt nationell rätt, utan på huruvida den svarar mot den självständiga definitionen av förvar i artikel 2 h i andra direktivet.

46 Se artikel 6.5 i förfarandedirektivet, enligt vilken denna tidsfrist får förlängas till tio dagar.

47 Se artikel 31.3 b i förfarandedirektivet, enligt vilken det under dessa omständigheter är tillåtet att förlänga den normalt tillämpliga sexmånadersfristen med en tidsperiod på högst nio månader.

48 Se artikel 8.4 i mottagandedirektivet.

87. Domstolen har i detta avseende, mot bakgrund av denna definition, funnit att alla tvångsåtgärder som ”berövar sökanden hans eller hennes rörelsefrihet och isolerar vederbörande från resten av befolkningen, genom att ålägga honom eller henne att utan avbrott stanna kvar inom ett begränsat och inhägnat område” utgör sådant ”förvar”. [49] I förevarande fall ankommer det på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida åtgärden ”inkvartering vid en VSAT-anläggning …” uppfyller dessa kriterier.

88. Jag anser dock att det är lämpligt att tillhandahålla den hänskjutande domstolen användbara preciseringar i detta avseende. Det tycks framgå av de förklaringar som den hänskjutande domstolen har lämnat att det ”territorium” på vilket den berörda personen är skyldig att varaktigt stanna är begränsat till förläggningsområdet, som vederbörande inte har rätt att lämna utan tillstånd – vilket den litauiska regeringen för övrigt har bekräftat vid förhandlingen vid EU-domstolen. Detta område framstår således som ”begränsat och inhägnat”. Dessutom förefaller det som om MA är ”isolera[d] … från resten av befolkningen”, och har en mycket begränsad möjlighet att upprätthålla kontakter med omvärlden. Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning förefaller det således som om åtgärden i fråga berövar honom hans rörelsefrihet och följaktligen utgör ett ”förvar” i den mening som avses i förfarandedirektivet och mottagandedirektivet. [50]

2. Lagenligheten av den aktuella förvarsåtgärden (eller förvarsåtgärderna)

89. Efter denna precisering ska det erinras om att förfarandedirektivet och mottagandedirektivet reglerar de nationella myndigheternas möjlighet att ta en asylsökande i förvar. Det framgår av artikel 26.1 i det första direktivet att skälen och villkoren för en sådan åtgärd särskilt ska vara förenliga med artikel 8 i det andra direktivet.

90. I denna artikel 8.2 betonas att förvar av asylsökande inte ska utgöra huvudregeln utan ett undantag. Enligt denna bestämmelse får en sådan sökande nämligen endast tas i förvar om det på grundval av en individuell bedömning av ett ärende visar sig nödvändigt och om mindre ingripande åtgärder inte kan tillämpas verkningsfullt. I artikel 3 anges dessutom på ett uttömmande sätt [51] de olika skäl som kan motivera en sådan åtgärd.

91. Det skäl för förvar som föreskrivs i artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen, det vill säga olaglig gränspassage, förekommer helt enkelt inte *som sådant* i artikel 8.3 i mottagandedirektivet. I motsats till vad den litauiska regeringen har gjort gällande överensstämmer inte heller detta skäl *i sak* med något av de skäl som räknas upp i sistnämnda bestämmelse.

92. Denna regering har i sitt skriftliga yttrande i huvudsak gjort gällande att det skäl som anges i artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen överensstämmer med det skäl som anges i artikel 8.3 e i mottagandedirektivet. Jag erinrar om att en person som ansöker om internationellt skydd enligt denna punkt får tas i förvar ”om det är nödvändigt för att skydda nationell säkerhet eller allmän

[49] Dom av den 14 maj 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alfödi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkt 223).

[50] Se, analogt, dom av den 14 maj 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alfödi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU och C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, punkterna 226 och 226). MA har även hävdat att levnadsvillkoren på den aktuella VSAT-anläggningen är sådana att de motsvarar omänsklig eller förnedrande behandling, som förbjuds bland annat enligt artikel 4 i stadgan och artikel 3 i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen). Även här ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma detta mot bakgrund av relevant rättspraxis (se, särskilt, dom av den 25 juli 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Villkor för frihetsberövande i Ungern), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589).

[51] Se, bland annat, domen Ministerio Fiscal (punkt 104 och där angiven rättspraxis).

ordning”. Möjligheten att ta en sökande i förvar när han eller hon olagligen har passerat den nationella gränsen motsvarar enligt nämnda regering kraven på nationell säkerhet. Det rör sig nämligen, enligt nämnda regering, om en av de åtgärder som Litauen vidtagit för att skydda den gräns som Republiken Litauen delar med Belarus och närmare bestämt att beivra att migranter passerar gränsen olagligt, i samband med den ”massiva tillströmning” som denna medlemsstat för närvarande står inför och således för att säkerställa den inre säkerheten på sitt territorium och i Schengenområdet som helhet.

93. Jag anser att den omständigheten att en person är en del av en tillströmning av migranter vilken en medlemsstat försöker hantera för att garantera den inre säkerheten – i bred, polisiär, bemärkelse – på sitt territorium [52] inte kan motivera att personen tas i förvar på grundval av det skäl som föreskrivs i artikel 8.3 e i mottagandedirektivet.

94. Enligt domstolens fasta praxis kan nämligen ett hot mot ”nationell säkerhet” eller ”allmän ordning” i den mening som avses i denna bestämmelse, med hänsyn till kravet på nödvändighet, nämligen endast motivera att en asylsökande tas eller hålls i förvar av denna anledning under förutsättning att ”hans eller hennes individuella beteende utgör ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse eller den berörda medlemsstatens inre … säkerhet” – till exempel på grund av att personen i fråga är en farlig kriminell. I ett sådant fall gör förvar av sökanden det möjligt att ”skydda allmänheten från den fara som en sådan persons beteende kan innebära” [53].

95. Förvar enligt denna artikel 8.3 e kräver således en bedömning av den berörda personens farlighet, med beaktande av andra faktorer än en eventuell olaglig gränspassage. Ett sådant brott kan inte i sig anses utgöra ett hot av det slag som avses i föregående punkt. [54] I detta sammanhang kan de nationella myndigheterna inte ens *presumera* att varje person som rest in olagligt i landet är farlig. [55] De ska tvärtom, innan en sådan åtgärd vidtas mot en sökande, ha tillgång till samstämmiga, objektiva och exakta uppgifter som visar att personen utgör en fara. [56]

96. Den litauiska regeringen har för övrigt under förhandlingen vid domstolen medgett att artikel 8.3 e endast omfattar det särskilda fall som jag just har beskrivit och att artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen i själva verket går utöver vad som är tillåtet enligt denna bestämmelse [57] eller mottagandedirektivet i allmänhet. Vid detta tillfälle försökte denna regering däremot rättfärdiga överskridandet med att en möjlighet till förvar som är begränsad till enbart detta fall inte är tillräcklig för att effektivt möta den ”massiva tillströmning” som den konfronterats med. Jag kommer att behandla denna aspekt närmare i avsnitt D i förevarande förslag till avgörande.

52 Se, vad gäller detta begrepp, punkt 100 och följande punkter nedan.

53 Dom av den 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkterna 55 och 67).

54 Se, analogt, dom av den 11 juni 2015, Zh. och O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkterna 49, 50, 57 och 61). Detsamma gäller i än högre grad när den berörda personen endast rest in i den mottagande medlemsstaten för transitering till en andra stat (se punkt 63 i denna dom).

55 Se, analogt, dom av den 11 juni 2015, Zh. och O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkt 50).

56 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 2020, kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 172).

57 Detta bekräftas av den omständigheten att nämnda bestämmelse, i litauisk rätt, redan återspeglas i artikel 113.4 punkt 5 i utlänningslagen.

3. Slutsats i denna del

97. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den första delen av den andra frågan så, att en nationell bestämmelse som tillåter att en person som ansöker om internationellt skydd tas i förvar enbart av det skälet att vederbörande olagligen har passerat gränsen till den berörda medlemsstaten inte är förenlig med artikel 8.3 i mottagandedirektivet.

D. Möjligheten att avvika från förfarandedirektivet och mottagandedirektivet (den andra delen av de två frågorna)

98. Jag har i de föregående avsnitten redogjort för skälen till att jag anser att sådana bestämmelser som artiklarna 140[12] och 140[17] punkt 2 i utlänningslagen inte är förenliga med förfarandedirektivet och mottagandedirektivet. Det återstår således att pröva den andra delen av tolkningsfrågorna, avseende huruvida en medlemsstat borde ha rätt att avvika från dessa direktiv genom att genomföra sådana bestämmelser i syfte att skydda allmän ordning och inre säkerhet när det föreligger sådana ”exceptionella omständigheter” som dem som är aktuella i det nationella målet.

99. Jag kommer att börja med att erinra om det sammanhang i vilket förevarande mål ingår (avsnitt 1), innan jag granskar vilka bestämmelser i EUF-fördraget som teoretiskt sett kan tillåta en medlemsstat att göra undantag från unionsrätten på grund av allmän ordning och inre säkerhet (avsnitt 2) och därefter om villkoren för en sådan möjlighet till undantag (avsnitt 3).

1. De aktuella ”exceptionella omständigheterna”

100. Som jag angav i inledningen till detta förslag till avgörande, har staterna i den internationella rättsordningen en ”oförytterlig rätt” att självständigt kontrollera utlänningars inresa och vistelse på sitt territorium.[58] De medlemsstater vars gränser delvis sammanfaller med Schengenområdets yttre gränser, såsom Litauen, har dessutom skyldigheter i unionsrätten i detta avseende. Dessa stater är enligt kodexen om Schengengränserna skyldiga att ”skydda” de aktuella gränserna. De ska således utföra kontroller och övervaka dessa gränser[59] samt vidta andra åtgärder för att bekämpa olaglig gränspassage.[60]

101. Såsom anges i skäl 6 i kodexen om Schengengränserna, är gränskontroll av de yttre gränserna för detta område av intresse för samtliga medlemsstater som har avskaffat inre gränskontroll. Detta bidrar bland annat till kampen mot olaglig invandring och till förebyggande av alla typer av hot mot den inre säkerheten och den allmänna ordningen i detta område.

102. Härav följer enligt min mening att de berörda medlemsstaternas skydd av unionens yttre gränser omfattas av deras ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten, inte bara inom det egna territoriet utan även inom Schengenområdet som helhet.

103. Mot denna bakgrund utgör, såsom den litauiska regeringen har gjort gällande inför domstolen, en ”massiv tillströmning” av migranter som Litauen står inför vid gränsen till Belarus onekligen en kritisk situation. Denna ”tillströmning” har lett till en drastisk ökning av antalet fall

58 Se, bland annat, Europadomstolen, 29 januari 2008, Saadi mot Förenade kungariket, CE:ECHR:2008:0129JUD001322903, § 64.

59 Se särskilt artiklarna 8 och 13 i kodexen om Schengengränserna.

60 Se, bland annat, artikel 5.3 i kodexen om Schengengränserna.

av illegala gränsövergångar vid den litauiska gränsen.[61] Den geopolitiska kontext där denna situation ingår kan inte heller bortses från. Unionsinstitutionerna, däribland Europaparlamentet, Europeiska rådet och kommissionen,[62] har nämligen konstaterat att denna ”massiva tillströmning” har orkestrerats av Belarus regering. Denna regering har låtit tredjelandsmedborgare komma med flyg från sina ursprungsländer, och därefter samlat dessa personer vid medlemsstaternas yttre gränser. Dessa olika institutioner har betecknat agerandet i fråga som en ”instrumentalisering av migranter för politiska syften”, det vill säga en form av ”hybridattack” avsedd att destabilisera de medlemsstater som direkt berörs och unionen i dess helhet.

104. Det är inte min sak att kommentera dessa politiska bedömningar. Jag vill endast påpeka att Litauen lagligen kunde anse att landet stod inför ett ”exceptionellt” hot mot den allmänna ordningen och den inre säkerheten på sitt territorium och i hela Schengenområdet.

105. De litauiska myndigheterna kunde således anse det nödvändigt att stärka skyddet av unionens yttre gränser genom extraordinära och tillfälliga åtgärder för att hantera dessa ”massiva” migrationsströmmar.[63]

106. Dessa myndigheters bedömning att sådana extraordinära och tillfälliga åtgärder var nödvändiga förefaller för övrigt delas av unionens institutioner. Kommissionen lade nämligen den 1 december 2021, med stöd av artikel 78.3 FEUF, fram ett förslag till rådets beslut om provisoriska nödåtgärder till förmån för Lettland, Litauen och Polen,[64] vilka ansågs ”nödvändiga” för att hantera den ”hybridattack” som utgjorde ett ”verkligt hot … för unionens säkerhet” som bland annat Litauen[65] utsattes för och vilka jag kommer att återkomma till. Kommissionen lade dessutom den 14 december 2021 fram ett förslag till förordning från Europaparlamentet och rådet som syftade till att hantera situationer med instrumentalisering på området för migration och asyl[66] varigenom merparten av de åtgärder som anges i det tidigare förslaget skulle inrättas.[67] Dessa lagförslag har dock ännu inte antagits.

2. De bestämmelser som gör det möjligt att göra undantag från unionsrätten med hänsyn till allmän ordning och inre säkerhet

107. När en medlemsstat vidtar extraordinära och tillfälliga åtgärder med det legitima syftet att skydda allmän ordning och inre säkerhet vid ”exceptionella omständigheter”, undgår dessa åtgärder dock inte hela det rättsliga regelverket. När sådana åtgärder påverkar den normala tillämpningen av unionsrätten är de endast förenliga med unionsrätten om den tillåter ett sådant undantag.[68]

61 Den litauiska regeringen har angett att 3695 tredjelandsmedborgare passerade Litauens gränser olagligt mellan den 1 juli 2021 och den 10 mars 2022.

62 Se Europaparlamentets resolution av den 7 oktober 2021 om situationen i Belarus efter ett års protester som våldsamt slagits ned (2021/2881(RSP)), § 16; Europeiska rådet, Slutsatser från mötet den 21 och 22 oktober 2021 (EUCO 17/21), § 19, och slutsatser från mötet den och 22 oktober 2021 (EUCO 22/21), §§ 18 och 21; *2021 State of the Union Address by President von der Leyen*, Strasbourg, 15 september 2021.

63 Se punkt 92 ovan.

64 COM(2021) 752 final (nedan kallat rådets förslag till beslut).

65 Rådets förslag till beslut, motiveringen, punkt 1.

66 COM(2021) 890 final.

67 Kommissionen lade samma dag även fram ett förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av [kodexen om Schengengränserna] (COM (2021)891 final), som bland annat syftade till att göra det möjligt för medlemsstaterna att agera snabbt i händelse av ”instrumentalisering av migranter”. I detta förslag föreskrivs i huvudsak att medlemsstaterna i ett sådant fall kan begränsa antalet gränsövergångsställen och intensifiera gränsövervakningen.

68 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 2020, kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 214 och där angiven rättspraxis).

108. I artiklarna 36, 45, 52, 65, 72, 346 och 347 i EUF-fördraget föreskrivs uttryckliga undantag som är tillämpliga i situationer som kan äventyra allmän ordning eller inre säkerhet, inbegripet vid ”exceptionella omständigheter”.

109. I förevarande mål har den litauiska regeringen intressant nog inte hänvisat till någon av dessa artiklar till stöd för sin ståndpunkt. Med hänsyn till innehållet i de argument som denna regering har anfört, och med hänsyn till de diskussioner som förts vid domstolen, ska enligt min mening två undantag undersökas.

110. Jag kommer kort, *för det första*, nämna artikel 347 FEUF, som rör de åtgärder som en medlemsstat kan komma att vidta bland annat i händelse av ”allvarliga interna störningar som påverkar upprätthållandet av lag och ordning” och vid ”krig eller vid en allvarlig internationell spänning som innebär krigsfara”.

111. Domstolen har hittills aldrig uttalat sig om villkoren för tillämpning av denna ”skyddsklausul”. Domstolen preciserade endast att detta undantag avser ”rena undantagssituationer”.[69] Olika generaladvokater har dock fördjupat sig i detaljerna för dessa ramar.

112. Det följer av generaladvokaternas analyser att artikel 347, som återfinns i slutet av EUF-fördraget, i teorin gör det möjligt att göra undantag från samtliga bestämmelser i detta fördrag och de som antagits på grundval av detsamma.[70] Såsom den litauiska regeringen gjorde gällande vid förhandlingen – dock, vilket tål att upprepas, utan att uttryckligen hänvisa till denna artikel – kan en medlemsstat således teoretiskt sett, i de fall som avses i denna artikel, på denna grund och i viss utsträckning avvika från förfarandedirektivet och mottagandedirektivet.[71]

113. De extrema omständigheter som avses i artikel 347 FEUF är emellertid inte aktuella i förevarande fall. I synnerhet anser jag, utan att vilja förringa allvaret i den situation som Litauen utsätts för vid sin gräns, att en sådan situation inte omfattas av de ”allvarliga interna störningar som påverkar upprätthållandet av lag och ordning” som anges i denna artikel. Den omständigheten att denna medlemsstat har utlyst undantagstillstånd för en del av sitt territorium är inte i sig avgörande i detta avseende. Om så inte var fallet skulle tillämpningen av denna artikel variera beroende på de villkor som föreskrivs i varje medlemsstats nationella rätt för att genomföra ett sådant system. Eftersom varje undantag ska tolkas restriktivt,[72] och eftersom artikel 347 FEUF likställer fallet ”inre störningar” med krig, anser jag att de aktuella omständigheterna ska vara lika allvarliga, det vill säga utgöra verkliga kriser, på gränsen till ett totalt sammanbrott av den interna säkerheten, vars oförmodade tillkomst allvarligt hotar en medlemsstats själva existens.[73]

114. *För det andra* övergår jag till artikel 72 FEUF, som förefaller mer relevant. Enligt denna artikel ska bestämmelserna i avdelning V i den tredje delen av EUF-fördraget om ett område med frihet, säkerhet och rättvisa inte påverka medlemsstaternas ansvar att upprätthålla lag och ordning

69 Se dom av den 15 maj 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, punkt 27).

70 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Darmon i mål Johnston (222/84, ej publicerat, EU:C:1986:44, punkt 5), och förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i målet kommissionen/Grekland (C-120/94, EU:C:1995:109, punkt 46).

71 Även i dessa fall gäller emellertid begränsningar, på grund av vissa grundläggande rättigheter som inte går att göra undantag från (se punkterna 138 och 139 nedan).

72 Se, bland annat, dom av den 17 december 2020, kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 215).

73 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i mål kommissionen/Grekland (C-120/94, EU:C:1995:109, punkt 47), och förslag till avgörande av generaladvokaten La Pergola i målet Sirdar (C-273/97, EU:C:1999:246, punkt 21).

och skydda den inre säkerheten. I förevarande fall omfattas förfarandedirektivet och mottagandedirektivet av tillämpningsområdet för denna artikel, eftersom de har antagits med stöd av artikel 78 FEUF, som återfinns under avdelning V.

115. Domstolen har denna gång uttalat sig om denna artikel 72 i flera domar. Domstolen har slagit fast principen att nämnda artikel utgör ett undantag som gör det möjligt för en medlemsstat att under vissa omständigheter avvika från de skyldigheter som åligger den enligt dessa direktiv, samtidigt som den hittills systematiskt har underkänt de grunder för försvar som medlemsstaterna har anfört i detta avseende, eftersom de inte uppfyller de krav som ställs härvidlag. Jag kommer att behandla dessa villkor i följande avsnitt.

3. De krav som medlemsstaterna måste iaktta för att ett sådant undantag ska vara förenligt med artikel 72 FEUF

116. Eftersom artikel 72 FEUF, precis som alla undantag, ska tolkas restriktivt, har domstolen vid upprepade tillfällen slagit fast att den inte kan tolkas så, att det räcker att medlemsstaterna åberopar sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten, för att de ska ha rätt att avvika från bestämmelser i unionsrätten.[74] De måste tvärtom uppfylla vissa krav.

117. Enligt domstolen ankommer *först och främst* på den medlemsstat som åberopar artikel 72 FEUF att bevisa att det är nödvändigt att använda sig av det där föreskrivna undantaget för att den ska kunna utöva sitt aktuella ansvar.[75]

118. Utöver detta krav på nödvändighet tillkommer enligt min mening, *för det andra*, ett proportionalitetskrav i strikt mening. De omtvistade nationella åtgärderna kan nämligen enligt min mening, även om de är nödvändiga, inte vara motiverade enligt artikel 72 FEUF om de olägenheter som de vållar är orimliga i förhållande till de eftersträvade målen.[76] I detta sammanhang ska hänsyn särskilt tas till åtgärdernas inverkan på de grundläggande rättigheter som domstolen ska säkerställa iakttagandet av, särskilt de rättigheter som föreskrivs i stadgan.[77]

119. *Slutligen* kompletteras dessa materiella krav enligt min mening av ett processuellt krav. Med hänsyn till principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU får en medlemsstat inte ensidigt vidta exceptionella och tillfälliga undantagsåtgärder utan att först samråda med unionsinstitutionerna och de andra medlemsstaterna för att försöka finna en gemensam lösning på problemet.[78] Om och från den tidpunkt då unionen i förekommande fall själv vidtar sådana gemensamma åtgärder med stöd av artikel 78.3 FEUF, innebär det enligt min mening att de är uteslutet att göra några undantag med stöd av artikel 72 FEUF.

74 Se, bland annat, dom av den 17 december 2020, kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 215).

75 Se, bland annat, dom av den 17 december 2020, kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 216).

76 Se, analogt, dom av den 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 64).

77 Se, analogt, dom av den 21 maj 2019, kommissionen/Ungern (Nyttjanderätter till jordbruksmark) (C-235/17, EU:C:2019:432, punkt 64 och där angiven rättspraxis).

78 Det ska noteras att ett sådant förfarande uttryckligen föreskrivs i artiklarna 347 och 348 FEUF för det fall den förstnämnda bestämmelsen genomförs.

120. I förevarande fall anser jag att Republiken Litauen har uppfyllt detta processuella krav,[79] och liknande gemensamma åtgärder har för närvarande inte vidtagits. Sådana bestämmelser som artiklarna 140[12] och 140[17] punkt 2 i utlänningslagen uppfyller enligt min mening däremot inte något av de två materiella krav som anges ovan, vilket jag kommer att förklara i följande avsnitt.

a) Kravet på nödvändighet

121. Vid bedömningen av huruvida det är nödvändigt för en medlemsstat att avvika från ett unionsrättsligt instrument för att den ska kunna utöva sitt ansvar på området för allmän ordning och inre säkerhet i ett visst fall, fäster domstolen inte bara vikt vid de ”exceptionella omständigheter” som är i fråga, utan ska även pröva huruvida unionslagstiftaren i det aktuella instrumentet har infört mekanismer som gör det möjligt för medlemsstaterna att hantera dem på ett effektivt sätt.[80]

122. För att uppfylla detta krav på nödvändighet måste den medlemsstat som åberopar artikel 72 FEUF således visa att det aktuella unionsrättsliga instrumentet, med hänsyn antingen till *själva innehållet* i det eller till *de konkreta villkoren för dess genomförande*, inte gör det möjligt för medlemsstaten att säkerställa att det aktuella ansvaret fullgörs, under ifrågavarande förhållanden.[81]

123. I förevarande fall har den litauiska regeringen gjort gällande att strikt iakttagande av förfarandedirektivets och mottagandedirektivets bestämmelser inte gjorde det möjligt för den att säkerställa ett effektivt utövande av detta ansvar vad avser allmän ordning och inre säkerhet, inom ramen för kontrollen av unionens yttre gränser, inför en sådan ”massiv tillströmning” som den som är aktuell i det nationella målet. I denna regerings argumentation hänvisas det i huvudsak till den spänning som nämns i inledningen till detta förslag till avgörande. Å ena sidan ska medlemsstater som befinner sig vid dessa gränser normalt förhindra att gränserna passeras av tredjelandsmedborgare som inte uppfyller de inresevillkor som föreskrivs i kodexen om Schengengränserna[82]. Å andra sidan har dessa medborgare, när de ansöker om internationellt skydd, rätt att stanna kvar i dessa stater under tiden deras ansökan prövas – och ska följaktligen tillåtas att komma dit, oberoende av dessa villkor, om de inte redan har rest in där, i förekommande fall på ett olagligt sätt.[83]

124. I en situation med massiv tillströmning skulle detta, enligt den litauiska regeringen, ge upphov till en mängd missbrukssituationer, eftersom endast en liten del av migranterna är flyktingar i god tro, medan många andra gör asylansökningar som de uppenbarligen vet är ogrundade enbart i syfte att tillfälligt åtnjuta de garantier som är knutna till ställningen som ”sökande”, eller till och med endast för att få tillstånd att resa in i Schengenområdet eller, om de redan vistas olagligt där, försena sin avresa.

79 Jag observerar i detta sammanhang att Republiken Litauen har konsulterat sina partner i EU och inbjudit kommissionen att föreslå tillfälliga åtgärder på grundval av artikel 78.3 FEUF (se förslaget till rådets beslut, skälen).

80 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2020, kommissionen/Polen, Ungern och Tjeckien (Mekanism för tillfällig omplacering av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-715/17, C-718/17 och C-719/17, EU:C:2020:257, punkt 171).

81 Se förslag till avgörande av generaladvokat Pikamäe i målet kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:493, punkt 103).

82 Se punkt 100 ovan.

83 Se punkt 69 ovan och artikel 9.1 i förfarandedirektivet.

125. Jag observerar emellertid att förfarandedirektivet innehåller en bestämmelse som syftar till att göra det möjligt för medlemsstaterna att säkerställa kontrollen av unionens yttre gränser, samtidigt som tredjelandsmedborgarnas rätt att ansöka om asyl, det vill säga enligt artikel 43 i detta direktiv, iakttas.

126. Enligt punkt 1 i denna artikel får medlemsstaterna, vid sina gränser eller i transitområden, föreskriva särskilda förfaranden för att avgöra huruvida asylansökningar som lämnas in på dessa platser kan tas upp till prövning enligt artikel 33 i förfarandedirektivet, eller till och med pröva dessa ansökningar i sak, i de fall som avses i artikel 31.8 i direktivet – vilka i huvudsak avser olika fall där sökandens beteende eller påståenden tyder på att det är uppenbart att ansökan är ogrundad eller utgör missbruk. Enligt punkt 2 i artikel 43 ska dock dessa särskilda förfaranden genomföras inom skälig tid och om inget beslut fattas inom fyra veckor ska medlemsstaten bevilja de berörda sökandena rätt att resa in i landet, varvid deras ansökan därefter ska behandlas i enlighet med det vanliga förfarandet.

127. Dessa förfaranden gör det möjligt för medlemsstaterna att *först* göra en ”första sortering” av ansökningar om internationellt skydd vid gränsen eller i transitområden innan de tillåter de berörda medborgarna att resa in i landet. Detta gör det således möjligt för dessa stater att neka dem som lämnar in ansökningar som är uppenbart ogrundade eller som utgör missbruk inresa i landet, vilket har åberopats av Litauens regering.

128. *Vidare* får medlemsstaterna, under dessa specifika förfarandens varaktighet, i enlighet med artikel 8.3 c i mottagandedirektivet, även ta sökande i förvar vid gränsen eller i ett transitområde, om en sådan åtgärd är nödvändig i enlighet med punkt 2 i samma artikel. Så är enligt min mening fallet när de nationella myndigheterna har rimliga skäl att anta att en sökande, om han eller hon lämnades på fri fot, skulle passera eller försöka passera gränsen i fråga utan tillåtelse.

129. När det slutligen gäller tredjelandsmedborgare som redan olagligen har passerat den nationella gränsen och som lämnar in en asylansökan inom den berörda medlemsstatens territorium, erinrar jag om att medlemsstaterna enligt artikel 31.8 h i förfarandedirektivet, för att bekämpa eventuellt missbruk, i de fall som avses i denna bestämmelse[84] får pröva en sådan ansökan skyndsamt och enligt ett särskilt gränsförfarande, såsom föreskrivs i artikel 43 i detta direktiv. I ett sådant fall kan de nationella myndigheterna återföra den aktuella sökanden till gränsen under tiden detta förfarande pågår. I förekommande fall skulle den omständigheten att de olagligen en första gång rest in i landet, enligt min mening, kunna visa att det är nödvändigt att ta vederbörande i förvar under den tid som förfarandet pågår på grundval av artikel 8.3 c i mottagandedirektivet.

130. Det kan således enligt min mening inte anses att innehållet i förfarandedirektivet och mottagandedirektivet i sig inte gör det möjligt för medlemsstaterna att vid unionens yttre gränser utöva sitt ansvar på området för allmän ordning och skydd av den inre säkerheten.

131. När det gäller de *konkreta villkoren för att genomföra* dessa instrument kan jag medge att det vid en massiv tillströmning, såsom den som är aktuell i förevarande mål, med en omfattning som tycks vara särskilt allvarlig, är svårt för myndigheterna i en medlemsstat att, inom ramen för de särskilda gränsförfarandena, genomföra en ”första sortering” av asylansökningar som lämnas in av ett betydande antal tredjelandsmedborgare samtidigt inom den frist på fyra veckor som föreskrivs i artikel 43.2 i förfarandedirektivet. Även om det enligt punkt 3 i denna artikel i

[84] Nämligen när den berörda personen utan giltiga skäl varken har inställt sig vid myndigheterna eller ingett en ansökan om internationellt skydd inom en rimlig tidsram med beaktande av omständigheterna kring personens inresa.

direktivet under sådana omständigheter är tillåtet att låta dess förfaranden fortgå utöver denna frist, innebär detta inte desto mindre att samtliga berörda personer ska tillåtas inresa i landet, oavsett om de är i god tro eller om de missbrukar systemet.[85] Även kommissionen har för övrigt i sitt förslag till rådets beslut antytt att förfarandedirektivet inte är helt anpassat till sådana omständigheter.

132. Jag skulle således kunna medge att det är nödvändigt för en medlemsstat att, i enlighet med artikel 72 FEUF, göra undantag från vissa bestämmelser i artikel 43 i förfarandedirektivet till dess att förslaget antas. Enligt min mening skulle en medlemsstat, såsom föreslås i förslaget, kunna utvidga gränsförfarandena genom att föreskriva att alla asylansökningar från tredjelandsmedborgare som gripits eller påträffats i närheten av den aktuella gränsen, efter olaglig inresa eller efter att ha infunnit sig vid gränsövergångsstället, ska prövas inom ramen för sådana förfaranden[86] och, i detta sammanhang, på ett rimligt sätt frångå den tidsfrist på fyra veckor som föreskrivs i punkt 2 i denna artikel för att ge de nationella myndigheterna tillräckligt med tid för att genomföra denna första sortering av asylansökningar.[87]

133. Däremot anser jag inte att det är nödvändigt för en medlemsstat att avvika från artiklarna 6 och 7 i förfarandedirektivet eller artikel 8 i mottagandedirektivet genom att genomföra sådana nationella bestämmelser som artikel 140^{12} och artikel 140^{17} punkt 2 i utlänningslagen för att effektivt kunna utöva sitt ansvar på området för allmän ordning och inre säkerhet vid ”massiv tillströmning” av migranter till medlemsstatens gräns, oavsett denna tillströmnings allvar eller omfattning. Såsom jag nyss har förklarat gör de särskilda förfaranden för prövning av asylansökningar vid gränsen, som avses i artikel 43 i det första direktivet, och möjligheten att hålla kvar vissa asylsökande i detta sammanhang, i enlighet med artikel 8.3 c i det andra direktivet, redan det möjligt att hantera en sådan situation, i förekommande fall genom vissa anpassningar.

b) Respekt för de grundläggande rättigheterna

134. Vid prövningen av huruvida alla exceptionella och tillfälliga undantagsåtgärder är förenliga med unionsrätten går det inte att bortse från de berörda personernas grundläggande rättigheter. Även om det vid ”exceptionella omständigheter” teoretiskt sett kan göras fler begränsningar av dessa rättigheter för att skydda allmän ordning och inre säkerhet, kvarstår *för det första* det faktum att en balans alltid måste upprätthållas mellan dessa rättigheter och tvingande skäl, *för det andra* att vissa begränsningar är så allvarliga att de aldrig är godtagbara i ett demokratiskt samhälle och *för det tredje* att vissa rättigheter inte tillåter någon begränsning, oavsett omständigheterna.

135. I detta sammanhang ska enligt min mening inte bara stadgan utan även Europakonventionen beaktas, i vilken det fastställs en lägsta skyddsnivå som unionens skydd inte får understiga. Detsamma gäller Genèvekonventionen. Även om unionen inte är fördragsslutande part i denna konvention, ålägger artikel 78.1 FEUF och artikel 18 i stadgan unionen att följa de regler som den

85 De nationella myndigheterna får endast begränsa dessa sökandes rörelsefrihet till ett område i närheten av denna medlemsstats gränser eller transitzoner i enlighet med artikel 7 i mottagandedirektivet.

86 Se artikel 2.2 i förslaget till rådets beslut.

87 Artikel 2.5 i förslaget till rådets beslut gör det således möjligt att förlänga fristen för att bevilja rätt till inresa till 16 veckor.

innehåller. Domstolen ska följaktligen, inom ramen för sin tolkning av artikel 72 FEUF och de undantag från unionsrätten som denna bestämmelse skulle kunna motivera, försäkra sig om att denna tolkning respekterar den skyddsnivå som garanteras i denna konvention. [88]

1) Den omständigheten att en tredjelandsmedborgare nekas tillgång till förfaranden för beviljande av internationellt skydd

136. *För det första* är en sådan bestämmelse som artikel 140[12] i utlänningslagen, som i praktiken och utan undantag inte ger en tredjelandsmedborgare tillträde till förfarandet för beviljande av internationellt skydd på det litauiska territoriet när denne olagligen rest in där, enligt min mening inte förenlig med de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan, inte ens vid en massiv tillströmning av migranter.

137. *För det andra* strider nämligen en sådan bestämmelse enligt min mening mot den rätt till asyl som garanteras som sådan i artikel 18 i stadgan. Jag vill i detta avseende understryka att tillgången till ett förfarande på detta område är ett villkor för att denna rättighet ska vara effektiv. [89] Det kan visserligen tillföras begränsningar av denna rätt, under de förutsättningar som anges i artikel 52.1 i stadgan. [90] Att i praktiken hindra en tredjelandsmedborgare från att ansöka om internationellt skydd kränker emellertid, enligt min mening, det ”väsentliga innehållet” i denna rätt. [91]

138. Att vägra att pröva en asylansökan som gjorts av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet skulle även strida mot principen om *non-refoulement*, såsom den föreskrivs i artikel 19.2 i stadgan.

139. Denna grundläggande rättighet, som har ett direkt samband med förbudet mot tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, som anges i artikel 4 i stadgan och artikel 3 i Europakonventionen, tillåter nämligen inte någon inskränkning. Den förbjuder medlemsstaterna att avlägsna, utvisa eller utlämna en person till en stat där det finns en allvarlig risk för att han eller hon utsätts för sådan behandling. [92]

140. En medlemsstat kan emellertid inte utesluta denna risk och därmed uppfylla sina skyldigheter i fråga om *non-refoulement* avseende en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på dess territorium om den inte, innan personen utvisas, prövar en ansökan i vilken denna just har hävdat att han eller hon fruktar förföljelse i sitt ursprungsland. [93]

88 Se, bland annat, dom av den 14 maj 2019, M m.fl. (Återkallande av flyktingstatus) (C-391/16, C-77/17 och C-78/17, EU:C:2019:403, punkterna 74 och 75).

89 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 2020, kommissionen/Ungern (Mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-808/18, EU:C:2020:1029, punkt 102).

90 Enligt denna bestämmelse kan en begränsning i utövandet av en rättighet som garanteras i stadgan endast tillåtas på villkor att den, för det första, är ”föreskriven i lag”, för det andra att den är förenlig med ”det väsentliga innehållet” i denna frihet och för det tredje att den är förenlig med proportionalitetsprincipen.

91 Ett sådant berövande måste enligt min mening ställas mot möjligheten att handlägga ansökan genom ett påskyndat förfarande eller ett specifikt gränsförfarande.

92 Se, bland annat, dom av den 14 maj 2019, M m.fl. (Återkallande av flyktingstatus) (C-391/16, C-77/17 och C-78/17, EU:C:2019:403, punkterna 94–96). Se även artikel 15 i Europakonventionen, enligt vars punkt 1 medlemsstaterna får avvika från de skyldigheter som föreskrivs i konventionen i fall av krig eller andra faror mot allmänheten som hotar nationens bestånd, men där det i punkt 2 preciseras att det enligt artikeln inte är tillåtet att göra undantag från artikel 3 i konventionen.

93 United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Observations on Draft Affadments to the Law of the Republic of Lithuania on Legal Status of Alitions (No 21–29207)*, den 27 september 2021, § 17.

141. Denna tolkning påverkas inte av den litauiska regeringens argument att en tredjelandsmedborgare som reser in olagligt i en medlemsstat i samband med en ”massiv tillströmning” gör sig skyldig till ett missbruk som motiverar att tredjelandsmedborgaren fråntas sin rätt att ansöka om asyl, och att principen om *non-refoulement* inte kan anses vara absolut i en sådan situation.

142. *För det första* ska det erinras om att Genèvekonventionens upphovsmän har medgett att flyktingar – inbegripet asylsökande i den mån deras ansökan inte avslagits [94] – när de utövar sin rätt till asyl ofta reser in olagligt i de stater där de söker skydd. Långt ifrån att ge medlemsstaterna rätt att frånta dessa personer deras rätt att söka asyl av detta skäl, har dessa upphovsmän tvärtom, i artikel 31 i denna konvention, reglerat staternas befogenhet att ålägga dem straffrättsliga påföljder vid olaglig inresa eller vistelse på deras territorium [95] – vilket är en aspekt som jag kommer att återkomma till. *För det andra* gäller de skyldigheter som medlemsstaterna har för att iaktta principen om *non-refoulement*, såsom den garanteras i artikel 19.2 i stadgan, oberoende av den berörda personens beteende. [96]

143. Domen N.D. och N.T. mot Spanien, [97] som den litauiska regeringen har åberopat, visar enligt min mening inte på motsatsen. Dels rör denna dom inte principen om *non-refoulement*, såsom denna garanteras enligt artikel 3 i Europakonventionen, dels gäller den mycket speciella omständigheter – att klagandena hade deltagit i en kollektiv stormning för att försöka resa in i Spanien genom att med våld forcera gränsbarriären – vilka skiljer sig avsevärt från dem i förevarande fall. Även om det antas att den domen ska förstås så, att den omständigheten att en asylsökande olagligen har rest in i en medlemsstat vid en situation som kännetecknas av en massiv tillströmning av migranter enligt Europadomstolens mening ger denna stat rätt att underlåta att beakta personens asylansökan, vilket jag starkt betvivlar, skulle det helt enkelt följa av den tolkningen att unionsrätten i artiklarna 18 och 19.2 i stadgan säkerställer ett mer omfattande skydd än Europakonventionen, vilket uttryckligen tillåter detta i artikel 3 i stadgan.

2) Huruvida en sökande kan hållas i förvar enbart av det skälet att vederbörande olagligen har passerat den nationella gränsen

144. För det andra är en sådan bestämmelse som artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen, enligt vilken det är tillåtet att en asylsökande hålls i förvar enbart av det skälet att han eller hon olagligen har passerat den nationella gränsen, enligt min mening inte heller förenlig med de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan och i andra relevanta instrument, inte ens vid en ”massiv tillströmning” av migranter.

94 Se Goodwin-Gill, G. S., ”L’article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés: l’absence de sanctions pénales, la détention et la protections”, Feller, E., Türk, V. och Nicholson, F. (dir.) *La Protection des réfugiés en droit international*, Larcier, Bryssel, 2008, s. 232–234.

95 UNHCR, *Observations on draft Amendments to the Law of the Republic of Lithuania on Legal Status of Aliens*, 11 och 14 §§ samt där angivna referenser. Unionslagstiftaren har dessutom redan föreskrivit mindre ingripande åtgärder för att bekämpa eventuellt missbruk på området (se punkterna 63 och 129 ovan).

96 Se dom av den 14 maj 2019, M m.fl. (Återkallande av flyktingstatus) (C-391/16, C-77/17 och C-78/17, EU:C:2019:403, punkt 94).

97 Europadomstolens dom av den 13 februari 2020, ECLI: CE:ECHR:2020:0213JUD000867515. Europadomstolen slog i den domen fast att Konungariket Spanien, med avvikelse från principen om förbud mot kollektiva utvisningar i artikel 4 i protokoll nr 4 till Europakonventionen, utan att undersöka deras individuella omständigheter, kunde förskjuta migranter som olagligen hade försökt passera gränsen, på grundval av dels de berördas beteende, dels den omständigheten att denna stat erbjöd verkningsfulla möjligheter till laglig inresa (§§ 201, 218, 222 och 231).

145. Genom att föreskriva en sådan förvarsåtgärd innebär denna bestämmelse *för det första* ett synnerligen allvarligt ingrepp i rätten till frihet enligt artikel 6 i stadgan. Det ska i detta hänseende erinras om att begränsningar av utövandet av denna grundläggande rättighet, enligt domstolens fasta praxis, med hänsyn till hur betydelsefull denna rättighet är och vilket allvarligt ingrepp som förvar innebär, endast får ske i den mån det är strikt nödvändigt. [98]

146. Den litauiska regeringen fick vid förhandlingen frågor av domstolen om hur artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen konkret bidrar till och är nödvändig för att upprätthålla lag och ordning samt skydda den inre säkerheten på litauiskt territorium, och särskilt om det exakta syftet med en förvarsåtgärd som vidtas med stöd av denna bestämmelse. Den litauiska regeringen förklarade att när migranter kommer att resa in olagligt i Litauen, syftar en eventuell placering i förvar till att undvika sekundära förflyttningar inom Schengenområdet. En övervägande majoritet av dessa personer skulle annars enligt denna regering troligen inte stanna i Litauen utan skulle fortsätta sin resa mot andra medlemsstater.

147. Enligt min mening går dock en sådan förvarsåtgärd, sedd ur detta perspektiv, utöver vad som är nödvändigt för att skydda den allmänna ordningen och den inre säkerheten.

148. Den omständigheten att en sökande olagligen rest in i landet kan visserligen i vissa fall utgöra ett tecken på att det föreligger en flyktrisk – eventuellt mot andra medlemsstater – vad gäller denna person. Om det antas att denna risk styrks av andra omständigheter, skulle denna omständighet rimligen kunna göra det nödvändigt att ta den berörda personen i förvar under en viss period – vilket för övrigt är tillåtet enligt artikel 8.3 b i mottagandedirektivet. [99] I avsaknad av sådana uppgifter utgör däremot en förvarsåtgärd som enbart motiveras av den olagliga inresan en godtycklig åtgärd. [100]

149. En sådan åtgärd som den som föreskrivs i artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen strider enligt min mening *å andra sidan* mot artikel 31.1 i Genèvekonventionen. Det ska erinras om att de fördragsslutande staterna enligt denna bestämmelse under vissa förutsättningar inte får ålägga ”flyktingar”, vilket ska påpekas inkluderar asylsökande, ”straffrättsliga påföljder” på grund av att de har rest in i eller uppehållit sig i landet olagligt.

150. Denna bestämmelse syftar allmänt till att förhindra att dessa personer straffas för sin olagliga inresa eller vistelse på en stats territorium. [101] Ur detta perspektiv är det allmänt vedertaget att begreppet ”straffrättslig påföljd”, i den mening som avses i nämnda bestämmelse, självständigt och med en vid tolkning ska förstås så, att det avser alla åtgärder som inte bara är förebyggande, utan även bestraffande eller avskräckande, oavsett hur de kvalificeras i nationell rätt. [102]

151. Även om en förvarsåtgärd enligt artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen, såsom den litauiska regeringen påpekade vid förhandlingen, inte utgör en straffrättslig påföljd i litauisk rätt, medgav denna regering ändå vid detta tillfälle att ett sådant förvar även i viss mån kan straffa sökande som har passerat den nationella gränsen på ett rättsstridigt sätt och avskräcka andra migranter som skulle vara benägna att agera på samma sätt.

98 Se dom av den 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkt 56).

99 Se även, i detta fall, punkt 23 och fotnot 16 ovan.

100 Se, analogt, Kommittén för mänskliga rättigheter, A mot Australien, 1997, punkt 9.4. Se även UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, punkterna 31–32.

101 Även om det i artikel 5.3 i kodexen om Schengengränserna föreskrivs att medlemsstaterna ska införa sanktioner för passage utan tillstånd av de yttre gränserna, gäller denna skyldighet för medlemsstaterna ”[u]tan att det påverkar … skyldigheter i fråga om internationellt skydd”, och sådana sanktioner får i princip inte vidtas mot flyktingar.

102 Se Goodwin-Gill, G. S., s. 232–234.

152. En förvarsåtgärd som, åtminstone delvis, har ett sådant syfte utgör enligt min uppfattning följaktligen en ”straffrättslig påföljd” i den mening som avses i artikel 31.1 i Genèvekonventionen. Eftersom artikel 140[17] punkt 2 i utlänningslagen enbart avser asylsökande skulle den enligt min mening endast kunna vara förenlig med denna grundläggande bestämmelse om den endast avsåg dem som inte uppfyller villkoren i denna bestämmelse [103] – vilket inte tycks vara fallet.

4. Förslag till avgörande i denna del

153. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den andra delen av de båda frågorna så, att artikel 72 FEUF inte tillåter en medlemsstat att tillämpa sådana bestämmelser som artiklarna 140[12] och 140[17]punkt 2 i utlänningslagen, med avvikelse från förfarandedirektivet och mottagandedirektivet, vid ”exceptionella omständigheter” som kännetecknas av en ”massiv tillströmning” av migranter vid medlemsstatens gräns.

VI. Förslag till avgörande

154. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Vilniaus apygardos administracinis teismas (Högsta förvaltningsdomstolen, Litauen) på följande sätt:

1) En nationell bestämmelse som inte, utom i undantagsfall, tillåter tredjelandsmedborgare att få tillgång till förfarandet för beviljande av internationellt skydd i den berörda medlemsstaten när de olagligen har rest in dit, är inte förenlig med artikel 6.1 och 6.2 och artikel 7.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd.

2) En nationell bestämmelse som tillåter att en person som ansöker om internationellt skydd tas i förvar enbart av det skälet att vederbörande olagligen har passerat gränsen till den berörda medlemsstaten är inte förenlig med artikel 8.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/33/EU av den 26 juni 2013 om normer för mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd.

3) Artikel 72 FEUF tillåter inte en medlemsstat att tillämpa sådana nationella bestämmelser, med avvikelse från direktiven 2013/32 och 2013/33, vid ”exceptionella omständigheter” som kännetecknas av en ”massiv tillströmning” av migranter vid medlemsstatens gräns.

[103] På denna punkt vill jag endast precisera, när det gäller villkoret att flyktingar ska ha ”anlänt direkt från område varest hans liv eller frihet var i fara”, att det är allmänt vedertaget att detta uttryck inte ska tolkas bokstavligt och att det även omfattar situationer där de berörda personerna under sin flykt passerar via ett annat land där de inte garanterades något effektivt skydd (se Goodwin-Gill, G. S., a.a., s. 232), vilket är en kategori som i all sannolikhet kan omfatta Belarus. Enbart den omständigheten att en asylsökande kort har vistats i Belarus efter sitt ursprungsland innan han eller reste in i Litauen medför således inte att han förlorar det skydd som föreskrivs i artikel 31.1 i Genèvekonventionen.