Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 20 oktober 2020 [1]

Mål C-673/19

M,
A,
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid
ytterligare deltagare i rättegången:
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,
T

(begäran om förhandsavgörande från Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen, Nederländerna))

”Begäran om förhandsavgörande – Gränskontroll, asyl, invandring – Direktiv 2008/115/EG – Återsändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna – Förvar inför avlägsnande – Internationellt skydd i en annan medlemsstat – Avsaknad av ett formellt beslut om återvändande”

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen, Nederländerna) ger domstolen tillfälle att klargöra huruvida bestämmelserna i direktiv 2008/115/EG [2] utgör hinder för att hålla en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet i förvar i syfte att överföra honom eller henne till en annan medlemsstat där tredjelandsmedborgaren åtnjuter internationellt skydd. Jag kommer att föreslå att domstolen slår fast att även om en medlemsstat under sådana omständigheter i princip kan besluta att ta den berörda personen i förvar, måste den därvid se till att målen med direktiv 2008/115 och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) iakttas.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

2. Syftet med direktiv 2008/115, såsom det definieras i artikel 1, med rubriken ”Syfte”, är att föreskriva gemensamma normer och förfaranden som ska tillämpas i medlemsstaterna för återvändande av tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig, i överensstämmelse med grundläggande rättigheter som allmänna principer för unionsrätten och internationell rätt, inklusive flyktingskydd och förpliktelser i fråga om mänskliga rättigheter.

1 Originalspråk: engelska.

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

3. Artikel 2 i direktiv 2008/115, med rubriken ”Tillämpningsområde”, har följande lydelse:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium.

2. Medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa detta direktiv på tredjelandsmedborgare som

a) har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengengränserna[3] eller som grips eller hejdas av de behöriga myndigheterna i samband med att de olagligen passerar en medlemsstats yttre gräns landvägen, sjövägen eller luftvägen och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten,

b) har ådömts att återvända som en straffrättslig påföljd, eller som en följd av en straffrättslig påföljd, i enlighet med den nationella lagstiftningen, eller som är föremål för utlämningsförfaranden.

3. Detta direktiv ska inte tillämpas på personer som har rätt till fri rörlighet enligt gemenskapslagstiftningen i enlighet med artikel 2.5 i kodexen om Schengengränserna.”

4. Artikel 3 (”Definitioner”) i direktiv 2008/115 har följande lydelse:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

…

3. *återvändande*: en tredjelandsmedborgares återresa – oavsett om den sker frivilligt i överensstämmelse med en skyldighet att återvända eller med tvång – till

– ursprungslandet, eller

– ett transitland i enlighet med återtagandeavtal med gemenskapen eller bilaterala återtagandeavtal eller andra arrangemang, eller

– ett annat tredjeland till vilket den berörda tredjelandsmedborgaren frivilligt väljer att återvända och där han eller hon kommer att tas emot.

4. *beslut om återvändande*: ett administrativt eller rättsligt beslut enligt vilket en tredjelandsmedborgares vistelse är olaglig och som ålägger eller fastställer en skyldighet att återvända”.

5. Artikel 4 i direktiv 2008/115 avser ”Förmånligare bestämmelser”. Enligt punkt 3 ska ”[d]etta direktiv … inte påverka medlemsstaternas rätt att anta eller behålla bestämmelser som är förmånligare för de personer som det är tillämpligt på, förutsatt att dessa förmånligare bestämmelser är förenliga med detta direktiv.”

6. Artikel 5 i direktiv 2008/115, med rubriken ”’Non-refoulement’, barnets bästa, familjeliv och hälsotillstånd” har följande lydelse:

”När medlemsstaterna genomför detta direktiv ska de ta vederbörlig hänsyn till

a) barnets bästa,

3 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) (EUT L 105, 2006, s. 1).

b) familjeliv,

c) hälsotillståndet för den berörda tredjelandsmedborgaren,

och respektera principen om ’non-refoulement’.”

7. Artikel 6 i samma direktiv, med rubriken ”Beslut om återvändande”, har följande lydelse:

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

2. Tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium och som innehar ett giltigt uppehållstillstånd eller någon annan form av tillstånd som ger rätt till vistelse utfärdat av en annan medlemsstat, ska ofördröjligen bege sig till den medlemsstatens territorium. Om den tredjelandsmedborgare som berörs av detta krav inte följer detsamma eller om dennes omedelbara avresa krävs med hänsyn till allmän ordning eller nationell säkerhet, ska punkt 1 tillämpas.

…”

8. I artikel 15 i direktiv 2008/115, som har rubriken ”Förvar”, anges följande:

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

a) det finns risk för avvikande, eller

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

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

2. Ett beslut om förvar ska fattas av förvaltningsmyndigheter eller rättsliga myndigheter.

Ett beslut om förvar ska utfärdas skriftligt och med angivande av de faktiska och rättsliga omständigheterna.

När ett beslut om förvar har fattats av förvaltningsmyndigheter ska medlemsstaterna

a) antingen så snart som möjligt efter det att en person tagits i förvar se till att ett beslut fattas om snabb rättslig prövning av förvarsbeslutets laglighet,

b) eller medge den berörda tredjelandsmedborgaren rätt att inleda förfaranden för att få lagligheten av förvarsbeslutet prövat så snart som möjligt efter det att de aktuella förfarandena inleddes. Medlemsstaterna ska i detta fall omedelbart informera den berörda tredjelandsmedborgaren om möjligheten att inge en sådan ansökan.

Den berörda tredjelandsmedborgaren ska friges omedelbart om kvarhållandet i förvar inte är lagligt.

3. I varje enskilt fall ska beslutet om förvar omprövas med lämpliga mellanrum, antingen på begäran av den berörda tredjelandsmedborgaren eller ex officio. För längre perioder av förvar ska prövningar övervakas av en rättslig myndighet.

4. När det framkommer att rimliga utsikter till ett avlägsnande inte längre föreligger på grund av rättsliga eller andra överväganden, eller de villkor som fastställs i punkt 1 inte längre föreligger, upphör hållandet i förvar att vara berättigat och den berörda personen ska omedelbart friges.

5. Tredjelandsmedborgaren ska hållas i förvar så länge som de villkor som fastställs i punkt 1 uppfylls och så länge som det är nödvändigt för att försäkra sig om att avlägsnandet kan genomföras. Varje medlemsstat ska fastställa en begränsad förvarsperiod, som inte får överskrida sex månader.

6. Medlemsstaterna får inte förlänga den period som avses i punkt 5 annat än med en begränsad tid som inte överskrider ytterligare tolv månader i enlighet med nationell rätt i sådana fall där avlägsnandet, trots alla rimliga ansträngningar, sannolikt kommer att ta längre tid

a) på grund av bristande samarbete från den berörda tredjelandsmedborgarens sida, eller

b) beroende på att införskaffandet av nödvändiga handlingar från tredjeländer drar ut på tiden.”

Nederländsk rätt

Vreemdelingenwet

9. Enligt artikel 59.2 i Vreemdelingenwet 2000 (2000 års utlänningslag) av den 23 november 2000 (Stb. 2000, nr 495), som ändrades med verkan från och med den 31 december 2011 för att införliva direktiv 2008/115 (nedan kallad Vw), anses hänsyn till allmän ordning kräva att en utlänning ska hållas i förvar om de handlingar som krävs för återvändande av utlänningen finns tillgängliga eller kommer att finnas tillgängliga inom en kort tidsfrist, såvida utlänningen har haft laglig rätt att vistas i landet enligt 8a–e och artikel 1 Vw.

10. Enligt artikel 62a.1 b Vw ska ministern skriftligen underrätta en utlänning som inte är medborgare i en medlemsstat, och som inte har eller inte längre har laglig rätt att vistas i landet, om att han eller hon på eget initiativ ska lämna Nederländerna och om inom vilken frist han eller hon ska uppfylla denna skyldighet, såvida inte utlänningen innehar ett giltigt uppehållstillstånd eller en annan handling som ger denne rätt att uppehålla sig utfärdad av en annan medlemsstat.

11. I artikel 62a.3 Vw anges att en utlänning som avses i artikel 62a.1 b ska åläggas att omedelbart återvända till den berörda medlemsstatens territorium. Om detta beslut inte följs eller om det är nödvändigt att utlänningen omedelbart lämnar landet av hänsyn till allmän ordning eller nationell säkerhet, ska ett beslut om återvändande fattas mot honom eller henne.

12. Enligt artikel 63.1 och 63.2 Vw kan en utlänning utvisas om denne inte har laglig rätt att vistas i landet och inte på eget initiativ har lämnat Nederländerna inom den tidsfrist som föreskrivs i Vw. Ministern är behörig att besluta om utvisning.

13. Enligt artikel 106 Vw kan domstol, om den förordnar om upphävande av en frihetsberövande åtgärd, eller om den frihetsberövande åtgärden upphävts redan före prövningen av ansökan om upphävande, tillerkänna utlänningen ersättning som ska utges av staten. Skadan innefattar den olägenhet som inte består i ekonomisk förlust. Denna bestämmelse gäller i tillämpliga delar om Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen), avdelningen för förvaltningsrättsliga mål, förordnar om upphävande av den frihetsberövande åtgärden.

Vreemdelingencirculaire 2000

14. Enligt artikel A3/2 i Vreemdelingencirculaire 2000 (2000 års utlänningscirkulär) (nedan kallat Vc 2000), i den lydelse som var tillämplig till och med den 1 januari 2019, ska den tjänsteman som ansvarar för gränskontroll eller kontroll av utlänningar inte fatta ett beslut om återvändande om utfärdandet av ett beslut om återvändande strider mot internationella förpliktelser (förbudet mot avvisning och utvisning (refoulement)).

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågan

15. M, A och T, vilka samtliga är tredjelandsmedborgare, ingav var sin ansökan om internationellt skydd i Nederländerna. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (statssekreterare med ministerlika befogenheter för säkerhets- och justitiefrågor) (nedan kallad staatssecretaris) avvisade ansökningarna i beslut av den 28 februari 2018, den 9 oktober 2018 respektive den 13 juni 2018, med motiveringen att utlänningarna redan hade tilldelats flyktingstatus i Bulgarien, Spanien respektive Tyskland.

16. I besluten anmodade staatssecretaris med stöd av artikel 62a.3 Vw (genom vilken artikel 6.2 i direktiv 2008/115 införlivats med Nederländsk rätt) de berörda utlänningarna att omedelbart bege sig till den medlemsstat där de åtnjuter internationellt skydd och meddelade dem att de riskerade utvisning om de inte hörsammade denna anmodan. Utlänningarna hörsammade inte anmodan. Med stöd av artikel 59.2 Vw beslutade staatssecretaris den 28 september 2018, den 22 november 2018 respektive den 25 oktober 2018 att de skulle tas i förvar för att säkerställa att de avreste till de berörda medlemsstaterna.

17. M, A and T överklagade besluten till Rechtbank Den Haag (domstolen i Haag, Nederländerna). De gjorde bland annat gällande att förvarsåtgärden var rättsstridig eftersom det saknades ett beslut om återvändande.

18. Den domstolen fann i målen M och A att staatssecretaris lagenligt beslutat att ta dem i förvar enligt artikel 59.2 i Vw, utan att först ha fattat ett beslut om återvändande. Enligt Rechtbank krävs inte ett beslut om återvändande för en förvarsåtgärd som grundas på artikel 59.2 Vw. M:s och A:s överklagande ogillades därför.

19. Vad gäller T konstaterade Rechtbank Den Haag (domstolen i Haag) däremot bland annat att det är oklart huruvida artikel 59 Vw kan ligga till grund för att hålla en tredjelandsmedborgare i förvar för att säkerställa att denne avreser till en annan medlemsstat. Detta skulle endast vara möjligt om begreppet återvändande i artikel 59.2 Vw ges en annan innebörd än i resten av artikel 59. Enligt nämnda domstol finns det inte något som tyder på att detta var lagstiftarens avsikt med artikel 59 i Vw, i samband med att direktiv 2008/115 införlivades. Begreppet återvändande i Vw ska därför ges en restriktiv tolkning, i överensstämmelse med den innebörd detta begrepp har i direktivet. Vidare inkom staatssecretaris för sent med ett antal handlingar till domstolen och dessa var dessutom ofullständiga. Beslutet att hålla T i förvar var därför rättsstridigt från och med att det fattades.

20. M och A överklagade domen till Raad van State, liksom Staatssecretaris i målet angående T.

21. Efter att ha konstaterat att de aktuella tvisterna endast rör M:s, A:s och T:s eventuella rätt till ersättning för den skada som orsakats av att de tagits i förvar, har den hänskjutande domstolen påpekat att utgången i dessa tvister beror på huruvida direktiv 2008/115 utgör hinder för Staatssecretaris att med stöd av artikel 59.2 Vw hålla de tredjelandsmedborgare som det rör sig om i det nationella målet i förvar i syfte att säkerställa deras överföring till en annan medlemsstat, utan att något beslut om återvändande i den mening som avses i artikel 62a.3 Vw har fattats.

22. Mot denna bakgrund beslutade Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen, Nederländerna) att vilandeförklara målet och att, genom beslut av den 4 september 2019, som inkom till domstolen den 11 september 2019, ställa följande fråga till domstolen:

”Utgör … direktiv 2008/115 …, särskilt artiklarna 3, 4, 6 och 15, hinder för att med stöd av nationell lagstiftning hålla en utlänning som åtnjuter internationellt skydd i en annan … medlemsstat i förvar, med hänsyn till att syftet med förvarsåtgärden är att avlägsna personen till denna andra medlemsstat och att vederbörande därför först anmodades att avresa till den medlemsstaten men det sedan inte fattades något beslut om återvändande?”

23. M, T, den estniska, den nederländska och den polska regeringen samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. M, T, den nederländska regeringen och kommissionen har yttrat sig muntligt vid förhandlingen den 9 juli 2020.

Bedömning

24. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artiklarna 3, 4, 6 och 15 i direktiv 2008/115 utgör hinder för en medlemsstat att med stöd av nationell lagstiftning hålla en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet och som åtnjuter internationellt skydd i en annan medlemsstat i förvar, när syftet med förvaret är att överföra den berörda tredjelandsmedborgaren till denna andra medlemsstat och när tredjelandsmedborgaren har anmodats att ofördröjligen avresa till denna andra medlemsstat, men ett beslut om återvändande avseende honom eller henne i den mening som avses i direktiv 2008/115 inte har fattats.

25. Jag kommer först att undersöka huruvida direktiv 2008/115 är tillämpligt på sådana situationer som den hänskjutande domstolen har beskrivit då jag försöker besvara tolkningsfrågan. Jag kommer i det följande fram till att så är fallet. Därefter kommer jag att behandla frågan om de allmänna skyldigheter som åligger en medlemsstat enligt detta direktiv innan jag går in på medlemsstaternas specifika skyldigheter enligt direktivet när det är fråga om att hålla en tredjelandsmedborgare i förvar.

Huruvida direktiv 2008/115 är tillämpligt

26. Enligt artikel 2.1 i direktiv 2008/115 ska direktivet tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium.

27. Den hänskjutande domstolen har fastställt att de tre berörda tredjelandsmedborgarna åtnjuter internationellt skydd, var och en i en annan medlemsstat. Var och en har således rätt att vistas i den medlemsstat som beviljat internationellt skydd.

28. Den hänskjutande domstolen har även fastställt att de tre berörda tredjelandsmedborgarna vistas olagligt i Nederländerna. Deras vistelse har inte legaliserats och undantagen i artikel 2.2 i direktiv 2008/115 är inte heller tillämpliga.

29. Den situation som råder för de berörda tredjelandsmedborgarna omfattas följaktligen av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115 och de omfattas i princip av de gemensamma normer och förfaranden som förskrivs i direktivet.

Allmänna skyldigheter enligt direktiv 2008/115

30. Detta aktualiserar frågan om bland annat Konungariket Nederländernas skyldigheter enligt direktiv 2008/115, särskilt frågan huruvida denna medlemsstat var skyldig att anta ett beslut om återvändande i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2008/115.

Bokstavlig och systematisk tolkning av artikel 6.2 i direktiv 2008/115

31. Enligt artikel 6.2 i direktiv 2008/115 ska tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium och som innehar ett giltigt uppehållstillstånd eller någon annan form av tillstånd som ger rätt till vistelse utfärdat av en annan medlemsstat, ofördröjligen bege sig till den medlemsstatens territorium. Om den tredjelandsmedborgare som berörs av detta krav inte följer detsamma eller om dennes omedelbara avresa krävs med hänsyn till allmän ordning eller nationell säkerhet, ska artikel 6.1 i direktiv 2008/115 tillämpas.

32. Eftersom de tre berörda tredjelandsmedborgare åtnjuter internationellt skydd, var och en av dem i en annan medlemsstat än Nederländerna, har de rätt att vistas i den andra medlemsstaten i fråga. Konungariket Nederländerna anmodade dem att lämna Nederländerna och avresa till de andra medlemsstaterna, men de följde inte respektive föreläggande.

33. I en sådan situation är en medlemsstat enligt artikel 6.1 i direktiv 2008/115 skyldig att anta ett beslut om återvändande. Konungariket Nederländerna var dock rättsligt sett förhindrat från att anta ett sådant beslut, vilket jag kommer att förklara nedan.

34. ”Återvändande” innebär en tredjelandsmedborgares återresa till (1) ursprungslandet (2), ett transitland i enlighet med återtagandeavtal med unionen eller bilaterala återtagandeavtal eller andra arrangemang eller (3) ett annat tredjeland till vilket den berörda tredjelandsmedborgaren frivilligt väljer att återvända och där han eller hon kommer att tas emot.[4]

35. I avsaknad av transitland (2) och ett annat tredjeland till vilket de berörda frivilligt skulle återvända (3), var den enda möjlighet som gavs enligt direktivet ett återvändande till ursprungsländerna.

36. Den hänskjutande domstolen har emellertid fastställt att ett beslut om återvändande till ursprungsländerna inte var möjligt, eftersom det innebar ett åsidosättande av principen om non-refoulement. Det framgår nämligen av artikel 5 i direktiv 2008/115 att när medlemsstaterna genomför detta direktiv ska de ta hänsyn till principen om non-refoulement, en princip som dessutom garanteras i artikel 18 och artikel 19.2 i stadgan.

37. I detta skede kan således slutsatsen dras att Konungariket Nederländerna, även om det aktuella fallet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115, inte var skyldigt att anta ett beslut om återvändande med tillämpning av artikel 6.1 i direktivet.[5]

38. Den tolkningen ligger i linje med yttrandena från samtliga parter i förfarandet och framstår som den härskande meningen i doktrinen.[6]

Teleologisk tolkning av artikel 6.2 i direktiv 2008/115

39. Man skulle emellertid kunna tänka sig en annan tolkning av artikel 6.1 och 6.2 i direktiv 2008/115.

4 Se artikel 3.3 i direktiv 2008/115.

5 Det är uppenbart att om och när villkoren för non-refoulement inte längre är uppfyllda föreligger skyldigheten att anta ett beslut om återvändande enligt artikel 6.1 i direktiv 2008/115 på nytt.

6 Se till exempel, Lutz, F., ”Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals”, i Hailbronner, K., och Thym, D. (utgivare), *EU immigration and asylum law – a commentary*, andra upplagan, 2016, C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, Oxford, Baden-Baden, artikel 6, punkt 13, s. 689.

40. För det fall tredjelandsmedborgaren inte följer kravet att ofördröjligen bege sig till den andra medlemsstatens territorium, framgår det att den fulla verkan av artikel 6.2 i direktiv 2008/115 bäst skulle säkerställas genom antagandet av ett *beslut om återvändande till en annan medlemsstat*. Detta skulle stärka det förfarande som föreskrivs i artikel 6.2 i direktivet. Det skulle även innebära att innebörden av begreppet återvändande, såsom det definieras i artikel 3.3 i direktivet, förändrades i vissa särskilda situationer.

41. Ett sådant tillvägagångssätt skulle ha den enorma fördelen att det är klart och lätt att tillämpa i praktiken. Det skulle finnas ett beslut om återvändande enligt artikel 6.1 i direktiv 2008/115, vilket innebär att samtliga bestämmelser i direktivet som rör det förfarandet, inbegripet och i synnerhet bestämmelsen om förvar (artikel 15), skulle kunna tillämpas utan hinder.

42. Kommissionens ”Handbok om återvändande”, som inte är bindande, men inte desto mindre upplysande, tycks tyda på detta, när det anges att ”om en tredjelandsmedborgare inte samtycker till att frivilligt i enlighet med artikel 6.2 återvända till den medlemsstat i vilken han eller hon har uppehållstillstånd blir artikel 6.1 tillämplig och ett återvändandebeslut om direkt återvändande till ett tredjeland ska antas. *Det går inte att skicka tillbaka personen ofrivilligt till den andra medlemsstaten annat än om … under vissa omständigheter när återvändande/avlägsnande till ett tredjeland inte är möjligt och den medlemsstat som utfärdade tillståndet går med på att ta tillbaka personen i fråga.*” [7]

43. Två saker framgår inte av det citerade avsnittet. För det första är det inte klart huruvida ett sådant förfarande är obligatoriskt eller frivilligt för medlemsstaten. För det andra har kommissionen inte preciserat om detta förfarande skulle ske på grundval av artikel 6 i direktiv 2008/115 (vilket skulle strida mot ordalydelsen i artikel 3.3 i direktivet) eller om det rör sig om ett förfarande som regleras av nationell rätt.

44. Mot denna bakgrund skulle jag vilja höja ett varningens finger. Hur lockande ett sådant synsätt än kan tyckas vara, är det enligt min mening svårt att förena med den klara ordalydelsen i artikel 3.3, det vill säga att återvändande innebär återvändande till ett tredjeland. [8] För övrigt tvivlar jag starkt på att införandet av ett ”förfarande för återvändande mellan medlemsstaterna” återspeglar lagstiftarens vilja. Dessutom skulle en fråga till följd därav vara huruvida en sådan tolkning endast gäller för de fall, såsom det som är aktuellt i det nationella målet, då en medlemsstat är förhindrad att anta ett beslut om återvändande till ett tredjeland på grund av principen om non-refoulement eller om det även är tillämpligt på samtliga fall som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 6.2 i nämnda direktiv, det vill säga när tredjelandsmedborgaren innehar ett giltigt uppehållstillstånd eller någon annan form av tillstånd som ger rätt till vistelse utfärdat av en annan medlemsstat. [9]

45. Det är av denna anledning som jag inte kommer att föreslå domstolen den tolkning som just har beskrivits och som jag föredrar att snarare hålla mig till lydelsen av artikel 3.3 och artikel 6.1 och 6.2 i direktiv 2008/115 och bekräfta mitt förslag i punkterna 31–38 ovan.

7 Se kommissionens rekommendation (EU) 2017/2338 av den 16 november 2017 om upprättande av en gemensam ”Handbok om återvändande” som ska användas av medlemsstaternas behöriga myndigheter när de utför uppgifter i samband med återvändande (EUT L 339, 2017, s. 83, punkt 5.4). Min kursivering.

8 Ursprungslandet, ett transitland eller ett annat lämpligt land såsom anges i den ovannämnda bestämmelsen.

9 Om ett ”förfarande för återvändande mellan medlemsstaten” även skulle tillämpas på det sistnämnda fallet, skulle detta i själva verket innebära att en medlemsstat (medlemsstat A) som frivilligt beviljar uppehållstillstånd eller tillstånd som ger en rätt till vistelse i landet i själva verket skulle avgöra huruvida ett senare ”återvändandeförfarande” kan inledas av medlemsstat B till medlemsstat A eller till ursprungslandet, i en situation där den berörda personen har begett sig till en annan medlemsstat (medlemsstat B). Detta skulle kunna leda till en icke enhetlig tillämpning av direktivet och ändra det system som direktivet syftar till att införa, vilket är att en tredjelandsmedborgare ska återvända till sitt ursprungsland.

Särskilda skyldigheter enligt direktiv 2008/115: förvar i syfte att överföra en tredjelandsmedborgare till en annan medlemsstat?

46. Frågan uppkommer huruvida bestämmelserna i direktiv 2008/115 utgör hinder för att Konungariket Nederländerna håller de berörda tredjelandsmedborgarna i förvar i syfte att överföra dem till den medlemsstat där de åtnjuter internationellt skydd.

Möjlighet till förvar

47. Den bestämmelse i direktiv 2008/115 som rör förvar är artikel 15. I denna bestämmelse anges i detalj på vilka villkor medlemsstaterna kan ta i förvar en tredjelandsmedborgare som är föremål för förfaranden för återvändande *i syfte att förbereda återvändandet* och/eller genomföra förfarandet för avlägsnande.

48. Eftersom det i förevarande fall inte har förekommit något återvändandeförfarande är denna bestämmelse emellertid inte tillämplig. Återigen, allt Konungariket Nederländerna hade för avsikt att göra var att överföra tredjelandsmedborgarna till en medlemsstat och inte att återsända dem till deras ursprungsland utanför unionen.

49. Domstolen har i sin praxis godtagit att en tredjelandsmedborgare hålls i förvar på grund av att vederbörande vistas olagligt i landet i två situationer som inte omfattas av artikel 15 i direktiv 2008/115 [10] nämligen när återvändandeförfarandet enligt direktiv 2008/115 har tillämpats och tredjelandsmedborgaren (fortfarande) uppehåller sig i landet olagligen utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända (”Achughbabian-situationen” [11]) och när återvändandeförfarandet har tillämpats och den berörda personen åter reser in i denna medlemsstat i strid med ett inreseförbud (”Celaj-situationen”). [12] [13]

50. Ingen av de två situationer som anges i föregående punkt är emellertid tillämplig här. I såväl situationen Achughbabian som i situationen Celaj hade den aktuella medlemsstaten tillämpat ett återvändandeförfarande, även om detta skedde utan framgång i fallet Achughbabian. I förevarande fall har Konungariket Nederländerna emellertid (med rätta) inte tillämpat ett återvändandeförfarande, utan ett förfarande för överföring till en annan medlemsstat.

51. Det är svårt att medge att det i en sådan situation, som visserligen generellt omfattas av det allmänna tillämpningsområdet för direktiv 2008/115, även om den inte är underkastad ett fullständigt genomförande av samtliga bestämmelser i direktivet, i princip inte skulle vara möjligt för en medlemsstat att – givetvis med iakttagande av vissa villkor – hålla en tredjelandsmedborgare i förvar. [14]

52. Enligt min uppfattning utgör direktiv 2008/115 således i princip inte något kategoriskt hinder för att hålla de berörda tredjelandsmedborgarna i förvar.

10 Det rörde sig i de båda målen om utdömande av fängelsestraff enligt strafflagen, vilket emellertid saknar relevans i förevarande fall.

11 Se dom av den 6 december 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 50 och första strecksatsen i domslutet).

12 Se dom av den 1 oktober 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, punkt 33 och domslutet).

13 Domstolen har motiverat detta med att direktiv 2008/115 endast handlar om återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat och att det således inte syftar till någon harmonisering av samtliga nationella regler om utlänningars vistelse, se dom av den 6 december 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 28). Direktiv 2008/115 utgör inte heller hinder för att en tredjelandsmedborgare hålls i förvar i syfte att fastställa huruvida hans eller hennes vistelse är laglig, se dom av den 6 december 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 29).

14 Såväl ur en medlemsstats som ur en tredjelandsmedborgares perspektiv är nämligen en överföring till en annan medlemsstat, i vilken tredjelandsmedborgaren till och med åtnjuter internationellt skydd, mindre dramatisk än ett förfarande för återvändande till ett tredjeland.

Förhållanden i samband med förvar

53. När det gäller förhållandena i samband med förvar, måste ett varje fall beslut om förvar som en medlemsstat kan vilja fatta vara förenligt med det *syfte* som eftersträvas med detta direktiv och dess *principer*, eftersom det aktuella fallet, såsom konstaterats ovan, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115 (enligt artikel 2 i direktivet). [15]

54. Det följer av artikel 1 i direktiv 2008/115 samt av skälen 2 och 24 målet med direktivet ska uppnås med fullständig respekt för de mänskliga rättigheterna och de berörda tredjelandsmedborgarnas värdighet, och att direktivet står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter och de principer som erkänns, särskilt i stadgan.

55. Jag har tidigare hävdat att direktivet har till syfte att säkerställa balansen mellan medlemsstaternas rättigheter och intressen beträffande kontrollen av inresa, vistelse och avlägsnande av utlänningar samt de berörda personernas individuella rättigheter. [16] När det gäller de sistnämnda avser direktiv 2008/115 att beakta Europadomstolens praxis på området rätt till frihet och de ”20 principer för påtvingat återvändande” som Europarådets ministerkommitté antog den 4 maj 2005, [17] och som nämns i skäl 3 i direktiv 2008/115. [18]

56. Jag har för övrigt redan hävdat att en nationell bestämmelse som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115 medför en tillämpning av unionsrätten i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan och måste iaktta de allmänna principerna i unionsrätten, inklusive de grundläggande rättigheterna i stadgan. [19]

57. Enligt artikel 52.1 i stadgan ska varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och iaktta proportionalitetsprincipen. I den mån stadgan omfattar rättigheter som motsvarar rättigheter som garanteras av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilken undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen) föreskrivs i artikel 52.3 i stadgan att de ska ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Denna bestämmelse hindrar emellertid inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd. Tolkningen av artikel 6 i stadgan ska följaktligen ske mot bakgrund av artikel 5 i Europakonventionen såsom lägsta tillåtna skyddsnivå. [20]

58. Enligt Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna ska varje frihetsberövande vara lagenligt, inte bara i den meningen att det ska ha en rättslig grund enligt nationell rätt, utan även att denna laglighet avser lagens kvalitet och innebär att en nationell lag som tillåter frihetsberövande ska vara tillräckligt tillgänglig, precis och förutsebar vad gäller dess tillämpning för att undvika varje risk för godtycke. [21]

59. Mot bakgrund av dessa konstateranden kan följande påpekanden göras.

15 Det skulle för övrigt även förhålla sig så i en ”Achughbabian situation”. Domstolen har även här klargjort att det planerade förvaret ska genomföras ”med iakttagande av principerna i och syftet med direktivet”, se dom av den 6 december 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 46).

16 Se mitt ställningstagande i målet Direktor na Direktsia ”Migratsia” pri Ministerstvo na vatreshnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 45).

17 Se ministerkommittén, dokument CM(2005) 40 slutlig.

18 Se mitt ställningstagande i målet Direktor na Direktsia ”Migratsia” pri Ministerstvo na vatreshnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 45).

19 Se mitt förslag till avgörande i målet JZ (Fängelse i händelse av brott mot inreseförbud) (C-806/18, EU:C:2020:307, punkt 45).

20 Se även mitt förslag till avgörande i målet JZ (Fängelse i händelse av brott mot inreseförbud) (C-806/18, EU:C:2020:307, punkt 46).

21 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 21 oktober 2013, Del Río Prada mot Spanien (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125).

60. En medlemsstat som önskar överföra en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet till en annan medlemsstat där denna vistelse inte längre är olaglig bidrar obestridligen till att främja inte bara målen med direktiv 2008/115, utan även målen med unionens asylpolitik och invandringspolitik i allmänhet.

61. Därefter ska det prövas huruvida den berörda medlemsstaten respekterar den berörda tredjelandsmedborgarens grundläggande rättigheter. Eftersom artikel 15 i direktiv 2008/115, även om den, som vi har sett, inte är tillämplig här, syftar till att beakta och integrera Europadomstolens praxis avseende artikel 5 i Europakonventionen, vilken i funktionellt hänseende motsvaras av artikel 6 i stadgan,[22] kan man grunda sig på denna bestämmelse, såsom en källa till inspiration, i den mån som artikel 15 i direktiv 2008/115 skyddar de grundläggande rättigheter och intressen som den person som ska tas i förvar har.[23]

62. Förvar får endast komma i fråga i syfte att genomföra överföring till den andra medlemsstaten. Förvar ska endast ses som en sista utväg, det vill säga när det föreligger en risk för avvikande eller när den berörda tredjelandsmedborgaren håller sig undan eller förhindrar överföringsförfarandet. Förvar ska dessutom vara under så kort tid som möjligt och får endast fortgå under den tid som förfarandena inför avlägsnandet pågår och genomförs med rimliga ansträngningar.

63. Detta innebär att beslut om förvar endast kan fattas i det enskilda fallet och enbart på grundval av den berörda personens individuella beteende.

64. Ett beslut om förvar ska dessutom fattas av förvaltningsmyndigheter eller rättsliga myndigheter och utfärdas skriftligt, och med angivande av de faktiska och rättsliga omständigheterna, och ett beslut om rättslig prövning ska fattas. Beslutet om förvar ska omprövas regelbundet, och ska i fråga om längre perioder av förvar, kunna prövas av en rättslig myndighet.

65. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida de aktuella nationella bestämmelserna är förenliga med de grundläggande rättigheterna på grundval av stadgan, jämförd med Europakonventionen, inklusive ovannämnda rättspraxis.

66. Om den hänskjutande domstolen konstaterar att dessa principer har iakttagits, var förvaret lagenligt, eftersom direktiv 2008/115 inte utgjorde hinder för detta.

Förslag till avgörande

67. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som ställts av Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen, Nederländerna) på följande sätt:

Artiklarna 3, 4, 6 och 15 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna utgör inte hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en medlemsstat, i enlighet med nationell rätt, kan hålla en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i den medlemsstaten och som åtnjuter internationellt skydd i en annan medlemsstat i förvar, när syftet med förvaret är överföring av denna tredjelandsmedborgare till denna andra medlemsstat och när tredjelandsmedborgaren har anmodats att ofördröjligen avresa till denna andra medlemsstat, men ett beslut om återvändande i den mening som avses i

22 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 43). Se även mitt ställningstagande i målet Direktor na Direktsia ”Migratsia” pri Ministerstvo na vatreshnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 2, inklusive fotnot 3).

23 Det ska understrykas att detta inte på något sätt utgör en analog tillämpning av artikel 15 i direktiv 2008/115. Tvärtom kan den avvägning mellan statens intressen (återvändande/avlägsnande) som unionslagstiftaren har gjort med tredjelandsmedborgarens grundläggande rättigheter göras här.

direktiv 2008/115 inte har fattats avseende honom eller henne, förutsatt att artiklarna 6 och 52 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna har iakttagits, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva.