Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
föredraget den 10 november 2016 [1]

Mål C-528/15

Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie
mot
Salah Al Chodor,
Ajlin Al Chodor,
Ajvar Al Chodor

(begäran om förhandsavgörande framställd av Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Republiken Tjeckien))

”Begäran om förhandsavgörande — Kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd — Förordning (EU) nr 604/2013 (Dublin III) — Artikel 28.2 — Förvar i överföringssyfte — Artikel 2 n — Betydande risk för avvikande — Lagstadgade objektiva kriterier — Avsaknad av nationell lagstiftning i vilken sådana kriterier fastställs”

I – **Inledning**

1. Genom begäran om förhandsavgörande önskar Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Republiken Tjeckien) att EU-domstolen ska klargöra tolkningen av de bestämmelser i förordning nr 604/2013 [2] (nedan kallad Dublin III-förordningen) som reglerar medlemsstaternas möjlighet att ta en person som har ansökt om internationellt skydd [3] (nedan kallad en sökande) i förvar i väntan på dennes överföring till den medlemsstat som är ansvarig för att pröva ansökan.

2. Enligt artikel 28.2 i ovannämnda förordning är ett villkor för att utöva denna möjlighet, bland annat, att det finns en ”betydande risk för att [den berörda personen] avviker”. I artikel 2 n i samma förordning, som innehåller en definition av ”risk för avvikande”, föreskrivs att en sådan risk i varje enskilt fall ska bedömas på grundval av ”lagstadgade objektiva kriterier”.

3. Vid tiden för omständigheterna i det nationella målet innehöll den tjeckiska lagstiftningen ännu inte några sådana kriterier, men ett lagförslag om att införa sådana kriterier hade emellertid lagts fram. Enligt den tjeckiska regeringen har denna lagändring sedermera antagits.

1 — Originalspråk: franska.

2 — **Europaparlamentets och rådets förordning av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat** (EUT L 180, 2013, s. 31).

3 — Som framgår av artikel 2 b i Dublin III-förordningen och av artikel 2 h i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 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 (EGT L 337, 2001, s. 9), avses med en person som har ansökt om internationellt skydd varje tredjelandsmedborgare eller statslös person som söker flyktingstatus eller status som subsidiärt skyddsbehövande.

4. Under dessa förhållanden söker den hänskjutande domstolen klarhet i huruvida det krav på ”lagstadgade” objektiva kriterier för att bedöma om det finns en risk för avvikande, som fastställs i artikel 2 n i Dublin III-förordningen, innebär att särskild lagstiftning måste antas, eller om detta krav även kan anses vara uppfyllt när sådana kriterier följer av rättspraxis från högre instans och/eller en medlemsstats fasta administrativa praxis.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Europakonventionen*

5. I artikel 5.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), föreskrivs följande:

”Var och en har rätt till frihet och personlig säkerhet. Ingen får berövas friheten utom i följande fall och i den ordning som lagen föreskriver:

…

f) när någon är lagligen arresterad eller på annat sätt berövad friheten för att förhindra att han obehörigen reser in i landet eller som ett led i ett förfarande som rör hans utvisning eller utlämning.”

6. Enligt artikel 53 i Europakonventionen får ”[i]ngenting i denna konvention ... tolkas som en begränsning av eller en avvikelse från någon av de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som kan vara skyddade i de höga fördragsslutande parternas lagar eller i någon annan konvention i vilken de är parter”.

B – *Unionsrätt*

1. Stadgan

7. Enligt artikel 6 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) har ”var och en … rätt till frihet och personlig säkerhet”.

8. I artikel 52 i stadgan föreskrivs följande:

”1. Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

…

3. I den mån som denna stadga omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Denna bestämmelse hindrar inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.

…”

2. Dublin III-förordningen

9. I skäl 20 i Dublin III-förordningen anges följande:

”Förvar av sökande bör följa den grundläggande principen att personer inte bör hållas i förvar enbart av det skälet att de ansöker om internationellt skydd. Förvar bör pågå en så kort tidsperiod som möjligt och följa nödvändighets- och proportionalitetsprinciperna. Förvar av asylsökande måste särskilt ske i enlighet med artikel 31 i Genèvekonventionen. De förfaranden som föreskrivs i denna förordning med avseende på personer som hålls i förvar bör, som en fråga av största vikt, tillämpas inom kortaste möjliga tidsfrister. När det gäller de allmänna garantier som reglerar förvar, samt villkoren för förvar, bör medlemsstaterna i förekommande fall tillämpa bestämmelserna i direktiv 2013/33/EU också på personer som hålls i förvar på grundval av denna förordning.”

10. I artikel 2 n i ovannämnda förordning definieras ”risk för avvikande” som ”skäl i det enskilda fallet och grundade på lagstadgade objektiva kriterier, att anta att en sökande, en tredjelandsmedborgare eller en statslös person som är föremål för ett överföringsförfarande kan komma att avvika”.

10. I artikel 28 i samma förordning, som har rubriken ”Förvar”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får inte hålla en person i förvar enbart av det skälet att han eller hon är föremål för det förfarande som fastställs genom denna förordning.

2. Om det finns en betydande risk för att en person avviker får medlemsstaterna ta honom eller henne i förvar i syfte att säkerställa överföringsförfarandena i enlighet med denna förordning på grundval av en individuell bedömning och endast om hållandet i förvar är proportionellt och andra, mindre ingripande åtgärder inte kan tillämpas verkningsfullt.

…”

3. Direktiv 2013/33

11. I skäl 15 i direktiv 2013/33/EU[4] (nedan kallat mottagandedirektivet) anges följande:

”Förvar av sökande bör följa den grundläggande principen att en person inte får hållas i förvar av enbart det skälet att han eller hon ansöker om internationellt skydd, särskilt i enlighet med medlemsstaternas internationella rättsliga skyldigheter och med artikel 31 i Genèvekonventionen. Sökande får endast hållas i förvar under mycket klart definierade exceptionella omständigheter som fastställs i detta direktiv och med beaktande av principen om nödvändighet och proportionalitet, avseende såväl formerna för som syftet med, ett sådant förvar. En sökande som hålls i förvar bör ha faktisk tillgång till de nödvändiga förfarandegarantierna, som rättsmedel inför en nationell rättslig myndighet.”

13. I artikel 8 i samma direktiv föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får inte hålla en person i förvar av enbart det skälet att han eller hon är en sökande i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd.

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

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

…

f) i enlighet med artikel 28 i [Dublin III-förordningen].

Grunderna för förvar ska fastställas i nationell rätt.”

C – *Tjeckisk rätt*

12. I artikel 129.1 i lag nr 326/1999 om utlänningars uppehållsrätt i Republiken Tjeckien och om ändring av vissa andra lagar om utlänningars uppehållsrätt (nedan kallad lagen om utlänningars uppehållsrätt) föreskrivs att ”[p]olisen ska ta en utlänning som olagligen rest in eller uppehållit sig i Republiken Tjeckien i förvar under den tid som är krävs för att säkerställa de överföringsförfaranden som föreskrivs enligt internationella avtal som slutits med en annan medlemsstat av Europeiska unionen före den 13 januari 2009 eller enligt direkt tillämplig lagstiftning av de Europeiska gemenskaperna”.

13. Vid tidpunkten för begäran om förhandsavgörande pågick en lagstiftningsprocess som syftade till att ändra artikel 129 i lagen om utlänningars uppehållsrätt genom tillägg av en punkt 4 med följande lydelse:

”Polisen ska besluta om att ta en utlänning i förvar för att överlämna honom till en stat som är bunden av direkt tillämplig lagstiftning från Europeiska unionen endast om det finns en betydande risk för avvikande. Betydande risk för avvikande föreligger särskilt när utlänningen har vistats olagligt inom Republiken Tjeckiens territorium, tidigare har undandragit sig överlämnande till en stat bunden av direkt tillämplig lagstiftning från Europeiska unionen eller har försökt avvika eller har uttryckt en avsikt om att inte iaktta ett slutligt beslut om överföring till en stat bunden av direkt tillämplig lagstiftning från Europeiska unionen eller när det framgår av hans uppträdande att det är uppenbart att han har en sådan avsikt. Betydande risk för avvikande föreligger även då en utlänning som ska överlämnas till en stat som är bunden av direkt tillämplig lagstiftning från Europeiska unionen och som gränsar direkt till Republiken Tjeckien, inte självständigt kan resa lagenligt till den staten och inte kan uppge en adress där han uppehåller sig i Republiken Tjeckien.”

14. Enligt kommissionens skriftliga yttrande antog den tjeckiska lagstiftaren denna ändring den 11 november 2015. Vid förhandlingen bekräftade den tjeckiska regeringen att ändringen hade antagits.

III – **Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågan och förfarandet vid EU-domstolen**

15. Salah Al Chodor och hans två söner Ajlin och Ajvar Al Chodor (nedan kallade Salah Al Chodor och hans söner) är irakiska medborgare, som den 7 maj 2015 blev föremål för en poliskontroll i Republiken Tjeckien. Då de inte kunde uppvisa några identitetshandlingar inledde Policie České republiky, Krajské ředitelství Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (Republiken Tjeckiens polis, polisdistrikt Ústí nad Labem, utlänningsavdelningen, nedan kallad utlänningspolisen) ett administrativt förfarande mot dem.

16. Vid förhöret med utlänningspolisen uppgav Salah Al Chodor och hans söner att de var av kurdisk härkomst och att deras by hade invaderats av soldater från terroristorganisationen ”Islamiska staten”. Via Turkiet tog Salah Al Chodor och hans söner sig till Grekland, varifrån de fortsatte med lastbil. I Ungern greps de av polisen, som tog deras fingeravtryck. Salah Al Chodor har uppgett att han vid detta tillfälle undertecknade vissa handlingar. Dagen därpå fördes de till en järnvägsstation och reste därifrån till ett flyktingläger. De lämnade lägret efter två dagar för att ta sig till sina släktingar i Tyskland.

17. Sedan utlänningspolisen hade gripit Salah Al Chodor och hans söner på tjeckiskt territorium gjorde utlänningspolisen en sökning i databasen Eurodac och konstaterade att de hade sökt asyl i Ungern. För övrigt hade de varken uppehållstillstånd eller resehandlingar. De saknade också tillräckliga ekonomiska medel för sitt uppehälle i Republiken Tjeckien och hade inte heller någon kontaktperson som kunde hjälpa dem med detta.

18. Eftersom Salah Al Chodor och hans söner hade lämnat flyktinglägret i Ungern innan deras asylansökan hade avgjorts, var medvetna om att deras vistelse var olaglig och hade uppgett att de hade för avsikt att resa vidare till Tyskland, ansåg utlänningspolisen att det fanns en betydande risk för att de skulle avvika. Mot bakgrund av dessa överväganden, och efter att ha konstaterat att andra mindre ingripande åtgärder inte kunde vidtas mot dem, beslutade utlänningspolisen den 8 maj 2015 att ta de berörda personerna i förvar i 30 dagar, med tillämpning av artikel 129.1 i lagen om utlänningars uppehållsrätt, jämförd med artikel 28 i Dublin III-förordningen. I enlighet med villkoren för förvaret ska Salah Al Chodor och hans söner överföras till Ungern, den medlemsstat som enligt bestämmelserna i Dublin III-förordningen var ansvarig för att pröva deras asylansökan.

19. Salah Al Chodor och hans söner överklagade detta beslut till Le Krajský soud d’Ústí nad Labem (Regiondomstolen i Ústí nad Labem, Republiken Tjeckien), som undanröjde beslutet. Eftersom det i tjeckisk lagstiftning inte fastställts några objektiva kriterier för att bedöma risken för avvikande, vilket krävs enligt artikel 2 n i Dublin III-förordningen, gjorde nämnda domstol bedömningen att det inte är möjligt att ta sökande i förvar i Republiken Tjeckien med stöd av artikel 28.2 i denna förordning. Nämnda domstol anslöt sig därmed till den uppfattning som företrätts av Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) [5] och Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen, Österrike) [6].

20. Så snart utlänningspolisens beslut hade undanröjts, försattes Salah Al Chodor och hans söner på fri fot. De har sedan dess lämnat Republiken Tjeckien och befinner sig för närvarande på okänd ort.

21. Utlänningspolisen överklagade domen från Krajský soud d’Ústí nad Labem (Regiondomstolen i Ústí nad Labem) till Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen). Blott den omständigheten att det saknas lagstadgade objektiva kriterier för att bedöma huruvida det finns en betydande risk för avvikande innebär enligt utlänningspolisen inte att artikel 28.2 i Dublin III-förordningen inte är tillämplig.

22. Den hänskjutande domstolen söker således klarhet i huruvida artikel 28.2, jämförd med artikel 2 n i Dublin III-förordningen, och/eller artikel 129.1 i lagen om utlänningars uppehållsrätt, utgör tillräcklig rättslig grund för att bedöma huruvida det föreligger en risk för avvikande, när nationell lagstiftning saknar objektiva kriterier för att bedöma om så är fallet. Det framstår som oklart för den hänskjutande domstolen huruvida erkännandet av sådana kriterier i fast rättspraxis från högre instanser, respektive administrativ praxis, uppfyller kravet på en ”lagstadgad” definition i den mening som avses i artikel 2 n i ovannämnda förordning.

5 — Bundesgerichtshof, 26 juni 2014, V ZB 31/14.

6 — Verwaltungsgerichtshof, 19 februari 2015, RO 2014/21/0075-5.

23. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende hänvisat till sin egen rättspraxis angående tolkningen av begreppet betydande risk för avvikande, såsom denna tolkning framgår i flera av dess domar. Enligt en av dessa domar utgör tidigare brott mot en medlemsstats lagstiftning i förening med brott mot unionslagstiftningen ett objektivt kriterium som gör det möjligt att bedöma huruvida en sådan risk föreligger.[7] I en annan dom har den hänskjutande domstolen angett ytterligare kriterier, däribland en utlännings inresa i Schengenområdet utan uppehållstillstånd, jämte motsägelsefulla uppgifter om vederbörandes inresa i Republiken Tjeckien samt en allmänt bristande trovärdighet.[8] I två andra domar har olaglig inresa eller vistelse i Republiken Tjeckien erkänts som kriterium.[9] I en annan dom har avsaknad av identitetshandlingar angetts som kriterium.[10]

24. Den hänskjutande domstolen har dessutom påpekat att utlänningspolisens praxis beträffande att ta sökande i förvar enligt artikel 28.2 i Dublin III-förordningen präglas av förutsägbarhet, saknar godtyckliga inslag och är förenlig med den nationella lagstiftningen såsom den tolkats i den hänskjutande domstolens fasta rättspraxis. I varje enskilt fall görs dessutom en individuell bedömning.

25. Den hänskjutande domstolen har i tillägg anfört att den tjeckiska lagstiftaren avsåg att kodifiera denna rättspraxis genom att ändra lagen om utlänningars uppehållsrätt och införa en förteckning över objektiva kriterier som kan läggas till grund för att bedöma huruvida det finns en risk för avvikande.

26. Mot denna bakgrund beslutade Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Medför den omständigheten att det i [lagstiftning] inte har fastställts objektiva kriterier för att bedöma en betydande risk för att en utlänning avviker (i den mening som avses i artikel 2 n i Dublin III-förordningen) att utlänningen inte kan tas i förvar med tillämpning av artikel 28.2 i [den] förordningen?”

27. Utlänningspolisen, den tjeckiska regeringen, den grekiska regeringen och Förenade kungarikets regering samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Den tjeckiska regeringen, Förenade kungarikets regering och kommissionen deltog i förhandlingen den 14 juli 2016.

IV – **Bedömning**

A – *Inledande anmärkningar*

28. De faktiska omständigheterna i förevarande mål är typiska för ett fenomen som har blivit allt vanligare de senaste åren, så kallade sekundära förflyttningar där ett stort antal personer som ansökt om internationellt skydd beger sig från den medlemsstat som är ansvarig för att pröva deras ansökan enligt kriterierna i Dublin III-förordningen[11] (ofta den medlemsstat de först reste in i)[12] till andra medlemsstater där de vill ansöka om internationellt skydd och bosätta sig.[13]

7 — Dom av den 10 juni 2015, čj. 2 Azs 49/2015- 50.

8 — Dom av den 4 december 2014, čj. 9 Azs 199/2014- 49.

9 — Dom av den 23 november 2011, čj. 7 As 79/2010-153, och dom av den 17 juni 2015, čj. 1 Azs 39/2015- 56.

10 — Dom av den 9 oktober 2014, čj. 2 Azs 57/2014-30.

11 — Dessa kriterier är, i fallande ordning: förekomst av familjeband (artiklarna 8–11), innehav av en giltig visering eller ett giltigt uppehållstillstånd som utfärdats av en medlemsstat (artikel 12), och (laglig eller olaglig) inresa på en medlemsstats territorium (artiklarna 13–15).

12 — Se Europeiska kommissionen, generaldirektoratet för migration och inrikes frågor, ”Evaluation of the Dublin III Regulation – Final Report”, 4 december 2015, s. 4.

13 — Se meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet av den 6 april 2016 (KOM (2016) 197 slutlig, s. 4).

29. Vid sådana förflyttningar får den medlemsstat på vars territorium sökanden befinner sig begära att den medlemsstat som förstnämnda medlemsstat betraktar som ansvarig enligt Dublin III-förordningen ska överta (eller återta) sökanden.[14] Om den anmodade medlemsstaten beviljar begäran överför den anmodande medlemsstaten sökanden dit med tillämpning av det förfarande som föreskrivs i ovannämnda förordning (nedan kallat överföringsförfarandet).[15] För att garantera att överföringen genomförs är det enligt förordningen tillåtet att – under iakttagande av strikta garantier – vidta ingripande åtgärder som förvar[16] eller kontrollerad avresa eller avresa med eskort.[17]

30. Enligt artikel 28.2 i Dublin III-förordningen – vartill artikel 8.3 f i mottagandedirektivet hänvisar – får medlemsstaterna dessutom ta en sökande i förvar under förutsättning att tre villkor är uppfyllda.

31. Det första villkoret avser vilket ändamål som eftersträvas genom en sådan åtgärd och innebär att ”om det finns en betydande risk för att en person avviker får medlemsstaterna ta honom eller henne i förvar i syfte att säkerställa överföringsförfarandena [...] på grundval av en individuell bedömning”. I artikel 2 n i Dublin III-förordningen definieras risken för avvikande som ”skäl i det enskilda fallet och grundade på lagstadgade objektiva kriterier, att anta att en sökande, [...] kan komma att avvika”.

32. Det andra och det tredje villkoret avser huruvida det är proportionellt respektive nödvändigt, att ta sökanden i förvar, det vill säga att det inte på ett verkningsfullt sätt kan ersättas av andra mindre ingripande åtgärder.

33. Tolkningsfrågan rör endast räckvidden av det första av dessa villkor, och närmare bestämt kravet i artikel 2 n i Dublin III-förordningen på att de objektiva kriterierna för att bedöma risken för avvikande ska vara ”lagstadgade”. Frågan rör inte huruvida dessa kriterier i sak är giltiga, och framför allt inte huruvida dessa kriterier är objektiva och förenliga med kraven på att det ska vara proportionellt och nödvändigt att ta sökanden i förvar.

34. Mot bakgrund av de skäl som jag kommer redogöra för nedan anser jag att de objektiva kriterier som gör det möjligt att bedöma huruvida det finns en risk för avvikande ska fastställas i lagstiftning, det vill säga i skriftliga rättsnormer antagna av lagstiftaren.

B – *Det minimiskydd för sökandes rätt till frihet som följer av artikel 5.1 f i Europakonventionen*

35. I artikel 2 n i Dublin III-förordningen fastställs inte i sig några objektiva kriterier för risken för avvikande, utan hänvisas enbart till medlemsstaternas interna rättsordningar.

36. I vissa språkversioner av artikel 2 n i den förordningen, exempelvis den bulgariska, den spanska och den tyska språkversionen, används ett uttryck som motsvarar det franska ordet för lag (*loi*) och som i princip endast syftar på lagstiftningsnormer. I andra språkversioner, exempelvis den engelska, den polska och den slovakiska språkversionen, används en mer allmän formulering som motsvarar det franska ordet för rätt (*droit*).

37. I tillägg till denna skillnad mellan de olika språkversionerna av nämnda förordning har den hänskjutande domstolen, med hänvisning till rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen), framhållit att inte ens begreppet lag kan tolkas enhetligt. I de skriftliga yttrandena och vid den muntliga förhandlingen i förevarande mål fördes

14 — Med övertagande avses det scenario där den berörda personen ännu inte har ingett en ansökan om internationellt skydd i den anmodade medlemsstaten (artiklarna 20–23 i Dublin III-förordningen). Återtagande tillämpas om den berörda personen, som i förvarande fall, lämnade in en sådan ansökan före inresan på den anmodande medlemsstatens territorium (artiklarna 24–27 i Dublin III-förordningen).

15 — Artiklarna 29–33 i Dublin III-förordningen.

16 — Artikel 28 i Dublin III-förordningen.

17 — Artikel 29.1 andra stycket i Dublin III-förordningen.

således omfattande diskussioner om huruvida iakttagandet av de grundläggande rättigheterna såsom de säkerställs i Europakonventionen och tolkats av Europadomstolen – vilka enligt artikel 6.3 FEU ingår i unionsrätten som allmänna principer [18] – innebär att objektiva kriterier för risken för avvikande måste fastställas i lagstiftning.

38. Den tjeckiska regeringen och Förenande kungarikets regering har gjort gällande att enligt Europadomstolens rättspraxis begränsas begreppet ”lag”, i den mening som avses i Europakonventionen, [19] inte till enbart lagstiftning utan inbegriper även andra rättskällor som också utmärks av materiella egenskaper som exaktthet, förutsägbarhet och tillgång. [20] Etablerad rättspraxis eller fast administrativ praxis har, i detta fall, sådana egenskaper. [21] Den grekiska regeringen och kommissionen delar inte denna uppfattning.

39. Vid förhandlingen gjorde den tjeckiska regeringen dessutom gällande att det villkor om lagenlighet som följer av artikel 5.1 f i Europakonventionen under alla omständigheter endast rör den *rättsliga grunden* för inskränkningen av sökandes rätt till frihet – vilken redan angavs i artikel 28.2 i Dublin III-förordningen. Detta villkor avser däremot inte *gränserna* för denna inskränkning, i form av de objektiva kriterier som styr bedömningen av risken för avvikande.

40. Utan att det är nödvändigt att kontrollera huruvida det sistnämnda påståendet verkligen stämmer anser jag att begreppet ”lagstadgad” i artikel 2 n i Dublin III-förordningen, tolkad mot bakgrund av den förordningens sammanhang och syfte, [22] har en självständig betydelse som skiljer sig från begreppet ”lag” i Europakonventionen.

41. Det ska i detta avseende understrykas att grundläggande rättigheter endast ges ett minimiskydd i konventionsbestämmelserna, utan att detta påverkar unionsrättens möjligheter att tillförsäkra ett mer långtgående skydd. [23]

42. Jag avser för det första att visa att unionslagstiftaren, genom att anta de bestämmelser i Dublin III-förordningen och mottagandedirektivet som begränsar medlemsstaternas möjligheter att hålla sökande i förvar, har valt att tillförsäkra ett mer långtgående skydd för dessa personers rätt till frihet än det skydd som följer av artikel 5.1 f i Europakonventionen, såsom denna har tolkats av Europadomstolen.

18 — Se, bland annat, yttrande 2/13 av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkt 179). Jag erinrar dessutom om att enligt artikel 52.3 i stadgan ska de rättigheter som fastställs i stadgan, om de motsvarar rättigheter som garanteras av Europakonventionen, ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Eftersom de rättigheter som föreskrivs i artikel 6 i stadgan motsvarar dem som garanteras i artikel 5 i Europakonventionen (se förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna (EUT C 303, 2007, s. 19)), ska Europadomstolens rättspraxis dessutom beaktas vid tolkningen av ovannämnda artikel 6 (dom av den 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkt 44)). Artikel 52.3 i stadgan utgör emellertid inte hinder för att unionsrätten tillförsäkrar dessa rättigheter ett mer långtgående skydd.

19 — Detta uttryck är hämtat från punkt 2 i artiklarna 8–11 i Europakonventionen, som kräver att alla inskränkningar av de rättigheter som tillförsäkras i dessa bestämmelser måste vara ”föreskrivna i lag”. Enligt Europadomstolen har detta villkor samma räckvidd som det villkor som kräver att varje inskränkning av den rätt till frihet som skyddas av artikel 5.1 f i Europakonventionen ska respektera ”de lagliga vägarna” och vara ”lagligenlig” (Europadomstolens dom av den 25 juni 1996, Amuur/Frankrike (CE:ECHR:1996:0625JUD001977692, § 50), och Europadomstolens dom av den 9 juli 2009, Mooren/Tyskland (CE:ECHR:2009:0709JUD001136403, § 76)).

20 — Se, bland annat, Europadomstolens dom av den 6 mars 2001, Dougoz/Grekland (CE:ECHR:2001:0306JUD004090798, § 55), Europadomstolens dom av den 21 oktober 2013, Del Río Prada/Spanien (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125), och Europadomstolens dom av den 1 september 2015, Khlaifia m.fl./Italien (CE:ECHR:2015:0901JUD001648312, § 64).

21 — Jag konstaterar att Europadomstolen i sin dom av den 11 april 2013, Firoz Muneer/Belgien (CE:ECHR:2013:0411JUD005600510, §§ 59 och 60), har slagit fast att en etablerad rättspraxis utgör en tillräcklig rättslig grund för att förlänga en persons frihetsberövande enligt artikel 5.1 f i Europakonventionen. Jag känner däremot inte till något tidigare fall där Europadomstolen har betraktat en administrativ praxis som en tillräcklig rättslig grund för att inskränka en grundläggande rättighet.

22 — Jag erinrar om att i händelse av skillnader mellan de olika språkversionerna av en unionsrättslig text, ska den bestämmelse som det är fråga om tolkas mot bakgrund av den allmänna systematiken i och syftet med de föreskrifter i vilka den ingår. Se, särskilt, dom av den 9 juni 2011, Eleftheri tileorasi och Giannikos (C-52/10, EU:C:2011:374, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

23 — Se artikel 53 i Europakonventionen och artikel 52.3 i stadgan.

43. För det andra kommer jag att redovisa skälen till varför kravet på ”lagstadgade” kriterier för risk för avvikande, i den mening som avses i artikel 2 n i Dublin III-förordningen, bidrar till ett sådant mer långtgående skydd och varför dessa kriterier därför ska fastställas i lagstiftning.

C – *Unionslagstiftarens önskan att stärka skyddet för sökandes rätt till frihet*

44. Ett av de största framstegen med Dublin III-förordningen och mottagandedirektivet består i att de garantier som uppställs beträffande medlemsstaternas möjligheter att hålla sökande i förvar har förstärkts. Av skäl 15 i mottagandedirektivet framgår att unionslagstiftaren önskade att möjligheterna att hålla sådana personer i förvar – vilket utgör en allvarlig inskränkning av deras grundläggande rätt till frihet enligt artikel 6 i stadgan [24] – skulle begränsas till ”exceptionella omständigheter” [25].

45. Ovannämnda rättsakter har dessutom kraftigt begränsat medlemsstaternas möjligheter att frihetsberöva de sökande som är föremål för ett överföringsförfarande.

46. Innan dessa rättsakter trädde i kraft reglerades förvar av sökande endast av miniminormer i unionens sekundärrätt. Den förordning som föregick Dublin III-förordningen, det vill säga förordning (EG) nr 343/2003 (nedan kallad Dublin II-förordningen), [26] innehöll ingen bestämmelse på området. Följaktligen var de allmänna garantier som föreskrevs i artikel 7.3 i den rättsakt som föregick mottagandedirektivet, det vill säga direktiv 2003/9/EG [27], tillämpliga. I den bestämmelsen stadgades att ”[m]edlemsstaterna får, om så är nödvändigt på grund av *exempelvis* rättsliga skäl eller skäl som avser allmän ordning, kvarhålla en asylsökande på en bestämd plats i enlighet med deras nationella lagstiftning” (min kursivering). De grunder med stöd av vilka en sökande kunde frihetsberövas var följaktligen inte harmoniserade. I artikel 18.1 i det direktiv som föregick direktiv 2013/32/EU (nedan kallat asylförfarandedirektivet) [28], det vill säga direktiv 2005/85/EG [29] angavs bland annat att en person inte fick hållas i förvar endast av det skälet att han eller hon var asylsökande.

47. Medlemsstaternas möjligheter att hålla asylsökande i förvar i väntan på deras överföring till en annan stat begränsades även av medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 5.1 f i Europakonventionen. [30] Enligt denna bestämmelse får de konventionsslutande parterna, vid utövandet av sin behörighet vad gäller hanteringen av flyktingströmmar, begränsa en persons frihet för att förhindra att han eller hon obehörigen reser in i landet (första delen) eller som ett led i ett förfarande som rör hans eller hennes utvisning eller utlämning (andra delen).

24 — Se dom av den 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkt 56), samt, analogt, dom av den 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 42).

25 — Denna exceptionella karaktär framgår även av UNHCR:s riktlinjer om tillämpliga kriterier och normer för kvarhållande av asylsökande och alternativ till kvarhållande i förvar, i den version som antogs 2012, vilka kommissionen har hänvisat till i sitt **förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om miniminormer för mottagande av asylsökande i medlemsstaterna** (KOM (2008) 815 slutlig, s. 6, punkt 4.1).

26 — Rådets förordning av den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredjeland har gett in i någon medlemsstat (EUT L 50, 2003, s. 1).

27 — R**ådets direktiv av den 27 januari 2003 om miniminormer för mottagande av asylsökande i medlemsstaterna** (EUT L 31, 2003, s. 18).

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

29 — **Rådets direktiv av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus** (EUT L 326, 2005, s. 13).

30 — Jag erinrar om att de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer (se punkt 39 i förevarande förslag till avgörande).

48. I vissa domar [31] har Europadomstolen jämfört förvar av en asylsökande inom ramen för förfarandet för att överföra vederbörande till den medlemsstat som är ansvarig för prövningen av asylansökan, med förvar av en person som är föremål för ett förfarande som rör hans eller hennes utvisning eller utlämning, i den mening som avses i den andra delen av artikel 5.1 f i Europakonventionen. [32]

49. Enligt Europadomstolens rättspraxis uppställs inget villkor på att det ska vara ”nödvändigt, exempelvis för att undvika risken för avvikande” att hålla en person i förvar inom ramen för ett sådant förfarande. [33] Huruvida en förvarsåtgärd är förenlig med artikel 5.1 f i Europakonventionen är således inte avhängigt vare sig av att en risk för avvikande föreligger eller att mindre ingripande åtgärder för att säkerställa att den aktuella personen avlägsnas inte kan tillämpas. Det enda som krävs är att de åtgärder som faktiskt vidtas inför avlägsnandet sker med vederbörlig omsorg. [34]

50. Genom att anta Dublin III-förordningen och mottagandedirektivet har unionslagstiftaren valt att tillförsäkra asylsökande som är föremål för ett överföringsförfarande ett mer långtgående skydd av deras rätt till frihet än det skydd som följer av artikel 5.1 f i Europakonventionen, såsom denna har tolkats av Europadomstolen. [35]

51. Så är för det första fallet, eftersom artikel 28.2 i Dublin III-förordningen endast tillåter att sådana sökande tas i förvar om det finns en betydande risk för avvikande. Av artikel 28.1 i nämnda förordning framgår även att det således är förbjudet att ta en sökande i förvar enbart av det skälet att det pågår ett överföringsförfarande. [36]

52. Numera finns dessutom en uttömmande förteckning i artikel 8.3 i mottagandedirektivet över vilka skäl som kan läggas till grund för att ta en sökande i förvar. I led f anges som ett av dessa skäl förvar i väntan på överföring enligt artikel 28 i Dublin III-förordningen.

53. För det andra anges både i artikel 28.2 i Dublin III-förordningen och i artikel 8.2 i mottagandedirektivet att hålla en person i förvar är en sista utväg, som endast ska tillgripas om mindre ingripande åtgärder inte kan tillämpas.

31 — Europadomstolens dom av den 11 april 2013, Firoz Muneer/Belgien (CE:ECHR:2013:0411JUD005600510, § 53), och Europadomstolens dom av den 12 juli 2016, A. M. m.fl./Frankrike (CE:ECHR:2016:0712JUD002458712, §§ 64 och 65).

32 — För argument till stöd för en motsatt uppfattning, enligt vilken förvar av en sökande inom ramen för ett överföringsförfarande inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 5.1 f i Europakonventionen, se European Council on Refugees and Exiles, ”The Legality of Detention of Asylum Seekers under the Dublin III Regulation”, *AIDA Legal Briefing*, No 1, juni 2015, s. 7, samt Costello, C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 296 och 297.

33 — Se, bland annat, Europadomstolens dom av den 15 november 1996, Chahal/Förenade kungariket (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, §§ 112 och 113), Europadomstolens dom av den 10 juli 2014, Rakhimov/Ryssland (CE:ECHR:2014:0710JUD005055213, §§ 119 och 120), och Europadomstolens dom av den 27 november 2014, Khomullo/Ukraina (CE:ECHR:2014:1127JUD004759310, § 52).

34 — Europadomstolen har nyligen nyanserat denna rättspraxis genom att konstatera att ”i undantagsfall, när ett barn är närvarande, … måste frihetsberövandet vara nödvändigt för att nå det eftersträvade syftet, det vill säga för att säkerställa familjens utvisning” (Europadomstolens dom av den 12 juli 2016, A. B./Frankrike (CE:ECHR:2016:0712JUD001159312, § 120)).

35 — Trots det påpekar jag att om en konventionsslutande parts interna rättsordning eller unionsrätten ålägger lagstiftaren att respektera de garantier som följer av dennes skyldigheter enligt Europakonventionen, vilket är tillåtet enligt artikel 53 i Europakonventionen, ”införlivar” Europadomstolen respekten för dessa garantier i villkoret att ingreppet ska vara lagenligt och kontrollerar själv huruvida denna respekt har iakttagits (se, bland annat, Europadomstolens dom av den 2 oktober 2008, Rusu/Österrike (CE:ECHR:2008:1002JUD003408202, §§ 54–58), Europadomstolens dom av den 22 september 2015, Nabil/Ungern (CE:ECHR:2015:0922JUD006211612, §§ 31 och 39–42), och Europadomstolens dom av den 5 juli 2016, O. M./Ungern (CE:ECHR:2016:0705JUD000991215, §§ 47–52)).

36 — Artikel 28.1 i Dublin III-förordningen skiljer sig därför från artikel 27.1 i **förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har gett in i någon medlemsstat** (KOM (2008) 820 slutlig). I den föreslagna bestämmelsen nöjde sig lagstiftaren med att upprepa den princip som angavs i artikel 18.1 i det gamla asylförfarandedirektivet, enligt vilken ingen får tas i förvar ”av det enda skälet att han eller hon har ansökt om internationellt skydd”. Den antagna bestämmelsen förefaller striktare i den mån att varken sökandens status (se skäl 20 i Dublin III-förordningen), eller den omständigheten att ett överföringsförfarande pågår, motiverar en sådan åtgärd.

54. Samtliga ovanstående bestämmelser återspeglar således unionslagstiftarens önskan att hålla sökande i förvar ska begränsas till fall då exceptionella omständigheter föreligger, vilket framgår av skäl 15 i mottagandedirektivet och vilket domstolen har framhållit i domen N.[37]

55. Det ovan anförda motiverar enligt min mening en restriktiv tolkning av de bestämmelser som tillåter medlemsstater att ta en sökande i förvar. Vid tvivel beträffande tolkningen av uttrycket ”lagstadgad” i artikel 2 n i Dublin III-förordningen ska således den tolkning ges företräde som tillförsäkrar sökandes rätt till frihet det mest långtgående skyddet.

56. Som jag kommer att redogöra för nedan förefaller därför uppräkningen i en lagstiftningstext av kriterier för att bedöma en risk för avvikande stärka sökandes skydd mot godtyckliga kränkningar av deras rätt till frihet. Jag anser dessutom att det är nödvändigt att förverkliga det dubbla syfte som enligt min mening kan kopplas till kravet på en ”lagstadgad” definition av dessa kriterier.

D – *Huruvida det är nödvändigt att i lagstiftning fastställa kriterier för att bedöma risken för avvikande för att uppnå de syften som eftersträvas med artikel 2 n i Dublin III-förordningen*

1. Det dubbla syfte som eftersträvas med kravet på ”lagstadgade” kriterier beträffande risken för avvikande

57. Såsom risken för avvikande definieras i artikel 2 n i Dublin III-förordningen, består denna risk dels av en subjektiv och omständighetsberoende aspekt (”i det enskilda fallet”)[38], dels av en objektiv och generell aspekt (”grundade på lagstadgade objektiva kriterier”).

58. Definitionen innehåller således två kumulativa krav. De behöriga myndigheterna – det vill säga de rättsliga myndigheterna eller förvaltningsmyndigheterna[39] – ska i det enskilda fallet bedöma samtliga enskilda och konkreta omständigheter som är utmärkande för varje sökandes situation,[40] och samtidigt säkerställa att en sådan bedömning grundas på objektiva kriterier som fastställts på ett generellt och abstrakt sätt.

59. I detta sammanhang anser jag att kravet på ”lagstadgade” kriterier för en risk för avvikande fyller ett dubbelt syfte.

60. För det första är syftet med detta krav att säkerställa att dessa kriterier ger tillräckliga rättssäkerhetsgarantier. I detta avseende framgår det av domstolens praxis att de åtgärder en medlemsstat vidtar för att tillämpa en förordning, även när dessa avser medlemsstatens befogenhet att företa en skönsmässig bedömning, ska vara förenliga med rättssäkerhetsprincipen såsom allmän unionsrättslig princip.[41] Enligt min mening är denna princip tillämplig i förevarande fall, eftersom medlemsstaterna, när de fastställer ovannämnda kriterier, tillämpar artikel 28.2 i Dublin III-förordningen, jämförd med artikel 2 n i samma förordning, för att utöva den rätt att ta sökande i förvar som de tilldelas i förstnämnda bestämmelse.

37 — Dom av den 15 februari 2016 (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkterna 52, 56 och 63), som rörde en förvarsåtgärd som vidtagits mot en sökande för att skydda nationell säkerhet eller allmän ordning i enlighet med artikel 8.3 e i mottagandedirektivet.

38 — Lydelsen av artikel 28.2 i Dublin III-förordningen (”på grundval av en individuell bedömning”) återspeglar också detta krav.

39 — Enligt artikel 9.2 i mottagandedirektivet ska ett beslut om förvar fattas skriftligen av rättsliga myndigheter eller förvaltningsmyndigheter.

40 — Att i den nationella lagstiftningen ange ett eller flera kriterier för risk för avvikande är således inte tillräckligt för att slå fast att det föreligger en risk för avvikande, såvitt det inte i varje enskilt fall görs en individuell bedömning av den berörda personens situation (se, analogt, dom av den 5 juni 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, punkterna 70–74)).

41 — Se, bland annat, dom av den 20 juni 2002, Mulligan m.fl. (C-313/99, EU:C:2002:386, punkt 46), dom av den 5 maj 2011, Kurt und Thomas Etling m.fl. (C-230/09 och C-231/09, EU:C:2011:271, punkt 74), och dom av den 5 november 2014, Cypra (C-402/13, EU:C:2014:2333, punkt 26).

61. Detta krav har även som mål att garantera att den befogenhet att göra en individuell bedömning som tillkommer de myndigheter som är ansvariga för att tillämpa kriterierna för risk för avvikande utövas i enlighet med vissa på förhand fastställda riktlinjer.

62. Ovannämnda syften framgår även av förarbetena till direktiv 2008/115/EG [42] (nedan kallat återvändandedirektivet), vars artikel 3.7 innehåller en definition av risken för avvikande som nästan är identisk med definitionen i artikel 2 n i Dublin III-förordningen (med undantag för att bestämmelserna avser en person som är föremål för ”förfaranden för återvändande” respektive en person som är föremål för ett ”överföringsförfarande”).

63. Även om återvändandedirektivet inte är tillämpligt på personer som ansöker om internationellt skydd, [43] och förvar i väntan på avlägsnande, som regleras i det direktivet, och förvar av personer som ansöker om internationellt skydd således regleras av olika regelverk, [44] anser jag att förarbetena till detta direktiv kan ge klarhet i hur artikel 2 n i Dublin III-förordningen ska tolkas. Den bestämmelsen är nämligen tydligt inspirerad av artikel 3.7 i återvändandedirektivet och har nästan ordagrant samma lydelse. I förarbetena till Dublin III-förordningen förs dessutom inte någon diskussion om den definition av risk för avvikande som anges i artikel 2 n i den förordningen. [45]

64. Det ska tilläggas att tröskeln för hur hög en sådan risk måste vara för att den ska motivera en förvarsåtgärd varierar beroende på vilken rättsakt som tillämpas. Enligt artikel 15.1 a i återvändandedirektivet får en person endast hållas i förvar inför avlägsnande när det finns en ”risk för avvikande”. Enligt artikel 28.2 i Dublin III-förordningen måste det finnas en ”betydande risk för avvikande” för att en sökande ska frihetsberövas i väntan på överföring.

65. Till skillnad från återvändandeförfarandet rör överföringsförfarandet sökande som lagligen uppehåller sig på den anmodande medlemsstatens territorium. Enligt artikel 9.1 i asylförfarandedirektivet och skäl 9 i återvändandedirektivet, har en sökande rätt att stanna kvar i den medlemsstat där han eller hon lämnade in sin ansökan till dess att ett eventuellt överklagande av beslutet har avgjorts. [46] Detta är fallet även om den medlemsstaten anser att den inte är ansvarig för att pröva ansökan och begär att en annan medlemsstat ska överta ansvaret för sökanden i enlighet med bestämmelserna i Dublin III-förordningen. [47]

66. Under dessa omständigheter anser jag att de garantier som föreskrivs i återvändandedirektivet avseende förvar av personer som ska avlägsnas i än högre grad är tillämpliga vid förvar av sökande som är föremål för ett överföringsförfarande.

42 — 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).

43 — Detta gäller, närmare bestämt, från det att ansökan om internationellt skydd lämnas in till dess att beslut fattats i första instans för att avgöra ansökan eller, i förekommande fall, fram till dess att ett eventuellt överklagande av beslutet har avgjorts (dom av den 30 maj 2013, Arslan (C-534/11, EU:C:2013:343, punkt 49)) (se punkt 67 i förevarande förslag till avgörande).

44 — Dom av den 30 november 2009, Kadzoev (C-357/09 PPU, EU:C:2009:741, punkt 45).

45 — Ekonomiska och sociala kommittén har dock framfört vissa synpunkter beträffande denna definition (Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande, SOC/333, 16 juli 2009, s. 7).

46 — Dom av den 30 maj 2013, Arslan (C-534/11, EU:C:2013:343, punkterna 48 och 49). En sökande kan följaktligen inte anses vistas olagligen i landet i den mening som avses i återvändandedirektivet, och kan således inte utvisas från unionen, så länge som sökandens ansökan inte har avslagits. Detta följer även av den princip om non-refoulement som har stadfästs i artikel 33 i 1951 års Genèvekonvention om flyktingars rättsliga ställning, till vilken det hänvisas i artikel 18 i stadgan.

47 — Sökanden har nämligen rätt att stanna såväl på den medlemsstats territorium där ansökan prövas som på den medlemsstats territorium där ansökan lämnades in (dom av den 27 september 2012, Cimade och GISTI (C-179/11, EU:C:2012:594, punkt 48)).

67. Av förarbetena till återvändandedirektivet framgår emellertid att kommissionens ursprungliga förslag inte innehöll någon definition av risk för avvikande.[48] En sådan infördes först i betänkandet från Europaparlamentets utskott för medborgerliga fri- och rättigheter samt rättsliga och inrikes frågor (nedan kallat MRI-utskottet), där man likväl nöjde sig med att kräva att en sådan risk skulle bedömas på grundval av ”individuella och objektiva kriterier”.[49] I parlamentets ståndpunkt vid första behandlingen, som godkändes av rådet, ersattes detta med formuleringen ”objektiva kriterier fastställda genom lag”.[50]

68. Valet av denna formulering – trots att kommissionens förslag inte på något vis reglerade bedömningen av risken för avvikande och det i MRI-utskottets ursprungliga betänkande endast hänvisades till ”individuella och objektiva kriterier”, utan angivande av deras källa – saknar inte betydelse.[51] Det tyder enligt min mening på en vilja att garantera att de kriterier som läggs till grund för den individuella bedömningen av en risk för avvikande ska vara förutsägbara och att de ansvariga myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning ska uppvägas av objektiva kriterier av generell och abstrakt natur.

2. Huruvida det är nödvändigt att i lagstiftning fastställa kriterier för risk för avvikande för att uppnå dessa mål

69. För att uppnå såväl det ena som det andra av de mål som nämns ovan är det enligt min mening nödvändigt att i lagstiftning fastställa objektiva kriterier för att bedöma en risk för avvikande.

a) Målet att garantera rättssäkerhet

70. Rättssäkerhetsprincipen innebär i huvudsak att de åtgärder som en medlemsstat vidtar för att tillämpa unionsrätten gör det möjligt för enskilda att få kännedom om omfattningen av deras rättigheter och skyldigheter och att de kan förutse följderna av sitt beteende.[52] Som domstolen redan har konstaterat,[53] beror iakttagandet av denna princip inte enbart på innehållet i de åtgärder som vidtagits utan också, i förekommande fall, på den typ av rättsakt som valts för detta syfte.

71. Eftersom det varken förefaller lämpligt eller ens möjligt att göra en abstrakt bedömning av förtjänsterna med lagstiftning, rättspraxis respektive administrativ praxis ur ett rättssäkerhetsperspektiv, inriktar jag min bedömning på de specifika omständigheter som utmärker förevarande mål.

48 — F**örslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna** (KOM(2005) 391 slutlig) (nedan kallat förslaget till återvändandedirektiv).

49 — Betänkande om förslaget till återvändandedirektiv, 20 september 2007, A6-0339/2007, 2005/0167 (COD), PE 374.321, s. 7. En mängd ändringsförslag till detta hade redan lämnats in eller lämnades senare in. I dessa nämndes ”förhandenvaron av vägande sakskäl som fastställts utgående från individuella och objektiva kriterier” (yttrande från utskottet för utveckling till utskottet för medborgerliga fri- och rättigheter samt rättsliga och inrikes frågor om förslaget till återvändandedirektiv, 22 juni 2007, 2005/0167 (COD), PE 386.728, s. 11), ”kriterier som fastställs genom nationell rätt” (förslag till betänkande från utskottet för medborgerliga fri- och rättigheter samt rättsliga och inrikes frågor om förslaget till återvändandedirektiv, 13 juni 2006, 2005/0167 (COD), PE 374.321v02-00, s. 9), eller ”objektiva kriterier som fastställs genom nationell rätt” (ändringsförslag till betänkandet från utskottet för medborgerliga fri- och rättigheter samt rättsliga och inrikes frågor, 27 september 2006, 2005/0167 (COD), PE 378.672v01-00, s. 23).

50 — Parlamentets ståndpunkt vid första behandlingen, 18 juni 2008, EP-PE_TC1-COD(2005)00167, PE 400.777, s. 13.

51 — Jag påpekar i detta avseende att i klausul 2 i ramavtalet om visstidsarbete, som förekommer i bilagan till rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 (EGT L 175, 1999, s. 43), och som Förenande kungariket har hänvisat till, har unionslagstiftaren, för definitionen av ett fastställt begrepp, utan åtskillnad velat hänvisa till lagstiftning eller andra nationella rättskällor. I nämnda klausul hänvisas det därför uttryckligen till ”lagar, kollektivavtal eller praxis i varje medlemsstat”.

52 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 juni 2002, Mulligan m.fl. (C-313/99, EU:C:2002:386, punkt 47), och dom av den 25 mars 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi m.fl. (C-480/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00–C-491/00 och C-497/00–C-499/00, EU:C:2004:179, punkt 85).

53 — Dom av den 20 juni 2002, Mulligan m.fl. (C-313/99, EU:C:2002:386, punkt 48).

72. Som påpekats i punkt 25 i förevarande förslag till avgörande, består den fasta rättspraxis som den hänskjutande domstolen har åberopat av en rad domar som den domstolen har meddelat och där det i var och en av dessa domar fastställs ett eller flera kriterier som gör det möjligt att bedöma huruvida det föreligger en risk för avvikande. Uppräkningen av dessa kriterier har således en fragmenterad karaktär.

73. Detta tyder även på att den hänskjutande domstolen har erkänt dessa kriterier från fall till fall, grundat på de individuella omständigheterna i varje enskilt mål som anhängiggjorts vid den. I detta avseende har den tjeckiska regeringen vid förhandlingen medgett att administrativ praxis och rättspraxis kan utvecklas när erfarenhet visar att andra kriterier är relevanta för att bedöma risken för avvikande. I rättspraxis bekräftas således de kriterier som redan har tillämpats i administrativ praxis.

74. Under sådana omständigheter betvivlar jag att aktuell administrativ praxis respektive rättspraxis, även fast sådan, kan ge tillräckliga garantier vad gäller förutsägbarhet. Detta gäller i ännu högre grad mot bakgrund av det särskilt allvarliga ingrepp i sökandes grundläggande rättigheter som en förvarsåtgärd utgör – ett ingrepp som unionslagstiftaren dessutom har velat begränsa till exceptionella fall. [54]

75. Om kriterierna för en risk för avvikande hade kunnat resultera i en administrativ praxis eller rättspraxis som i förekommande fall stödjer denna praxis, riskerar kriterierna att förändras i takt med hur denna praxis utvecklas. I ett sådant scenario kan även den stabilitet som krävs för att kriterierna ska anses vara ”lagstadgade”, i den mening som avses i artikel 2 n i Dublin III-förordningen, saknas.

76. Vid förhandlingen uttryckte den tjeckiska regeringen dessutom tvivel beträffande hur allmänt tillgänglig den administrativa praxis är som anger dessa kriterier. Utan åtgärder för offentliggörande säkerställs inte enskildas tillgång till denna praxis. Domstolen har i detta avseende dessutom konstaterat att enbart administrativ praxis, som till sin art är sådan att den fritt kan ändras av myndigheten i fråga och inte offentliggörs i tillfredsställande utsträckning, inte är tillräcklig precis och klar för att uppfylla kravet på rättssäkerhet. [55]

77. Som Förenade kungarikets regering har påpekat, utgör fastställandet av kriterier för en risk för avvikande i en skriftlig lag förvisso inte heller någon absolut rättssäkerhetsgaranti vad gäller kravet på en individuell och konkret bedömning av en sådan risk. Att reglera denna bedömning med hjälp av lagstadgade kriterier ger emellertid i mina ögon överlägsna garantier i fråga om stabilitet och följaktligen rättssäkerhet. Jag anser dessutom att det är just för att begränsa risken för en godtycklig användning av förvaltningsmyndigheternas och de rättsliga myndigheternas utrymme att företa en skönsmässig individuell bedömning som unionslagstiftaren har krävt att denna befogenhet ska begränsas av lagstadgade kriterier. [56]

78. Dessutom kan ingen ifrågasätta att sökandes rättigheter i förekommande fall skyddas bättre av en rättspraxis eller fast administrativ praxis med precisa och strikta kriterier än av en lagstiftning med vaga och lösa kriterier. För att undvika förvirring härom, erinrar jag om att den fråga som hänskjutits till domstolen endast rör den normativa källan till kriterierna för att bedöma en risk för avvikande. Den rör således inte det specifika problemet avseende innehållet i dessa kriterier. [57]

54 — Se punkt 46 i förevarande förslag till avgörande.

55 — Dom av den 20 juni 2002, Mulligan m.fl. (C-313/99, EU:C:2002:386, punkt 47 och där angiven rättspraxis). I ett annat sammanhang har domstolen slagit fast att en begränsning av rätten till ett effektivt domstolsskydd, som stadfästs i artikel 47 i stadgan, stred mot denna bestämmelse, eftersom den fastställdes i en administrativ kommittés programguide (dom av den 17 september 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, punkt 74)).

56 — Se punkterna 81–84 i förevarande förslag till avgörande.

57 — Se punkt 35 i förevarande förslag till avgörande.

b) Målet att reglera de rättsliga myndigheternas och förvaltningsmyndigheternas utrymme att företa en skönsmässig individuell bedömning

79. Att anta lagstiftning ger, förutom fördelar i form av bättre rättssäkerhet, ytterligare garantier beträffande den externa kontrollen av den skönsmån de rättsliga myndigheter och förvaltningsmyndigheter som ansvarar för att bedöma risken för avvikande förfogar över vid bedömningen av denna risk och, i förekommande fall, besluta att ta en sökande i förvar.

80. På grund av det särskilt allvarliga ingrepp i den grundläggande rätten till frihet som en sådan åtgärd utgör, och lagstiftarens vilja att begränsa denna till exceptionella omständigheter, [58] ska dessa myndigheters utrymme att företa en skönsmässig bedömning begränsas så att sökandena ges ett bättre skydd mot godtyckliga frihetsberövanden. Jag anser därför att det är viktigt att det ankommer på separata institutionella organ att fastställa det abstrakta innehållet i dessa kriterier och att tillämpa kriterierna i ett konkret fall.

81. Enligt min mening är det den faktiska innebörden av det dubbla krav på individuell prövning och reglering genom på förhand definierade objektiva kriterier som framgår av artikel 2 n i Dublin III-förordningen. Dels åläggs förvaltningsmyndigheter och rättsliga myndigheter genom denna bestämmelse att ta hänsyn till de enskilda omständigheterna i varje konkret fall, dels säkerställs att deras utrymme att företa en skönsmässig individuell bedömning styrs av allmänna och abstrakta kriterier som en utomstående myndighet tidigare har fastställt.

82. Mot bakgrund av ovanstående kan kravet på att objektiva kriterier för att bedöma en risk för avvikande ska vara ”lagstadgade”, enligt min mening, inte anses uppfyllt om sådana kriterier inte har fastställts i lagstiftning, utan i administrativ praxis eller rättspraxis. [59]

83. Till stöd för den uppfattningen kan det för det första tilläggas att det synsätt jag har valt motsvarar det som kommissionen följer i sin ”Handbok om återvändande”, om tolkningen av artikel 3.7 i återvändandedirektivet. [60]

84. Majoriteten av medlemsstaterna tycks dessutom medge att de enligt artikel 2 n i Dublin III-förordningen är skyldiga att fastställa kriterier för risk för avvikande i sin lagstiftning om de vill utnyttja möjligheten att ta personer i förvar, vilket framgår av svaren på de två frågeformulär som riktats till medlemsstaternas nationella kontaktpunkter inom ramen för undersökningarna om det europeiska migrationsnätverket. [61] Majoriteten av respondenterna har uppgett att de under 2014 fastställde objektiva kriterier för risk för avvikande i den mening som avses i artikel 2 n i Dublin

58 — Se punkt 46 i förevarande förslag till avgörande.

59 — Medan min bedömning av det första av de mål som eftersträvas med detta krav (rättssäkerhet) är nära förknippat med den specifika situationen i förevarande mål, är min slutsats beträffande det andra av dessa mål (reglering av förvaltningsmyndigheters och rättsliga myndigheters utrymme för skönsmässig bedömning) oberoende av vad som är utmärkande för den administrativa praxis och rättspraxis som är i fråga i förevarande mål.

60 — Bilaga till kommissionens rekommendation om upprättande av en gemensam ”Handbok om återvändande” som ska användas av medlemsstaternas behöriga myndigheter när de utför uppgifter i samband med återvändande (C(2015) 6250 final, s. 11). För kopplingen mellan återvändandedirektivet och Dublin III-förordningen i fråga om förvarsåtgärder, se punkterna 65 och 66 i förevarande förslag till avgörande.

61 — Ad-Hoc Query on detention in Dublin III cases, tillgänglig via http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/protection/590_emn_ahq_on_detention_in_dublin_cases_en.pdf, samt Ad-Hoc Query on objective criteria to identify risk of absconding in the context of reception directive art 8 (recast) and Dublin regulation nº 604/2014 art 28 (2), tillgänglig via http://emn.ypes.gr/images/docs/EMN_QUERIES/EMN_QUERIES_2014/2014_619_emn_ahq_on_objective_criteria_to_identify_risk_of_absconding_%28wider_diss%29.pdf. Det europeiska migrationsnätverket har inrättats genom rådets beslut av den 14 maj 2008 om inrättandet av ett europeiskt migrationsnätverk (2008/381/EG) (EUT L 131, 2008, s. 7).

III-förordningen i sin nationella lagstiftning, eller att de var i färd med att införa sådana lagändringar. Så var fallet med Republiken Tjeckien, vars lagstiftning ändrades efter det att begäran om förhandsavgörande hade framställts.[62] Endast Förenade kungarikets nationella kontaktpunkt har bestritt att fastställandet av dessa kriterier måste ske genom lagstiftning.

85. Avslutningsvis stödjs denna tolkning av ett flertal nationella domstolar. Framför allt har Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) konstaterat att denna bestämmelse kräver att det i lagstiftning (rättspraxis är inte tillräckligt) på ett förutsägbart och kontrollerbart sätt fastställs på vilka grunder det går att sluta sig till att det föreligger en risk för avvikande.[63] Verwaltungsgerichtshof (Högsta förvaltningsdomstolen) har också meddelat ett avgörande med den innebörden, genom att dessutom uttryckligen slå fast att en begäran om förhandsavgörande inte var nödvändigt på grund av att ingen annan tolkning var möjlig.[64] På samma sätt har Cour administrative du Grand-Duché de Luxembourg (Högsta förvaltningsdomstolen, Luxemburg) understrukit att artikel 2 n i Dublin III-förordningen hänvisar till bestämmelser av lagstiftningskaraktär.[65] Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen, Nederländerna) har för sin del konstaterat att risken för avvikande i den mening som avses i artikel 3.7 i återvändandedirektivet[66] måste grundas på objektiva kriterier som fastställts i lagstiftning, och att det i detta avseende inte är tillräckligt med administrativ praxis.[67]

V – **Förslag till avgörande**

86. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara den tolkningsfråga som ställts av Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Republiken Tjeckien) enligt följande:

Artikel 2 n jämförd med artikel 28.2 i **Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat** ska tolkas så, att en medlemsstat inte har rätt att ta en person som ansöker om internationellt skydd i förvar, för att säkerställa genomförandet av förfarandet för att överföra vederbörande till en annan medlemsstat, om den förstnämnda medlemsstaten i sin lagstiftning inte har fastställt objektiva kriterier att lägga till grund för bedömningen av huruvida det föreligger en risk för avvikande, och så är fallet även om sådana kriterier följer av medlemsstatens rättspraxis eller administrativa praxis.

62 — Se punkt 16 i förevarande förslag till avgörande.

63 — Bundesgerichtshof, 26 juni 2014, V ZB 31/14.

64 — Verwaltungsgerichtshof, 19 februari 2015, RO 2014/21/0075-5.

65 — Cour administrative du Grand-Duché de Luxembourg, 6 oktober 2016, mål nr 35301C. Se även dom från Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg (Förvaltningsdomstolen i Luxemburg), andra avdelningen, 5 mars 2015, mål nr 35902, och tredje avdelningen, mål nr 37301, 24 december 2015.

66 — För kopplingen mellan artikel 3.7 i detta direktiv och artikel 2 n i Dublin III-förordningen, se punkterna 65 och 66 i förevarande förslag till avgörande.

67 — Raad van State, 21 mars 2011, BP9284, 201100555/1/V3.