



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 31 januari 2013¹

Mål C-534/11

Mehmet Arslan

mot

Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie

(begäran om förhandsavgörande av Nejvyšší správní soud (Republiken Tjeckien))

”Tredjelandssmedborgare — Olaglig vistelse — Kvarhållande i väntan på återförande till gränsen — Direktiv 2008/115/EG — Ansökan om internationellt skydd — Direktiv 2005/85/EG — Direktiv 2003/9/EG — Rättsmissbruk”

I – Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande, som inkom till domstolens kansli den 20 oktober 2011, gäller tolkningen av artikel 2.1 jämförd med skäl 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandssmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna² (nedan kallat återvändandedirektivet), samt dessa bestämmelsers samverkan med rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus³.

2. Begäran om förhandsavgörande rör en tvist mellan den turkiske medborgaren Mehmet Arslan och Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (tjeckiska polisen, regionala polismyndigheten i Ústí, utlänningspolisen) (nedan kallad motparten). Mehmet Arslan reste in i Republiken Tjeckien och vistades där utan vederbörligt tillstånd. Motparten beslutade att hålla honom i förvar under en period av 60 dagar inför ett administrativt avlägsnande. Mehmet Arslan väckte talan vid tjeckisk domstol mot det beslut som motparten hade fattat om att förlänga hans tid i förvar med ytterligare 120 dagar. Mehmet Arslan hävdade att den dag då beslutet att förlänga tiden i förvar fattades, var det inte realistiskt att förvänta sig att han skulle utvisas innan den längsta tillåtna

1 — Originalspråk: franska.

2 — EUT L 348, s. 98.

3 — EUT L 326, s. 13, rättelse i EUT L 236, s. 36.

tiden för hållande i förvar enligt den nationella lagen hade gått ut, det vill säga 180 dagar. Enligt Mehmet Arslan skulle denna frist med nödvändighet gå ut, med anledning av hans ansökan om internationellt skydd (nedan kallad asylansökan)⁴ och hans avsikt att uttömma alla tillämpliga rättsmedel inom ramen för sistnämnda ansökan.

3. Den hänskjutande domstolen har för det första ställt frågan huruvida återvändandedirektivet är tillämpligt på en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat och som ansöker om asyl i den mening som avses i direktiv 2005/85. För det andra har den hänskjutande domstolen frågat om en sådan ansökan måste få till följd att hans förvar inför avlägsnande i enlighet med återvändandedirektivet upphör?

4. Med dessa frågor som bakgrund har begäran om förhandsavgörande aktualiserat problemet med den möjlighet som finns att göra bestämmelserna om asyl till instrument för att tillämpningen av återvändandedirektivet ska bli verkningslös.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätten

1. Återvändandedirektivet

5. Skäl 9 i återvändandedirektivet har följande lydelse:

”I enlighet med ... direktiv 2005/85 ... bör en tredjelandsmedborgare som har ansökt om asyl i en medlemsstat inte anses vistas olagligt på den medlemsstatens territorium förrän ett beslut om avslag på asylansökan eller ett beslut om upphävande av personens rätt till vistelse som asylsökande har trätt i kraft.”

6. I artikel 2.1 i återvändandedirektivet fastställs följande:

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

7. I artikel 3.2 i återvändandedirektivet definieras ”olaglig vistelse” som ”vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren ... för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten”.

8. Enligt artikel 5 i återvändandedirektivet ska medlemsstaterna respektera principen om non-refoulement, vilken har stadfäst i artikel 33 i Genèvekonventionen⁵ även när de genomför detta direktiv.

4 — Enligt artikel 2 b i direktiv 2005/85 anses med ”ansökan” eller ”asylansökan”, ”en ansökan som görs av en tredjelandsmedborgare eller statslös person och som kan förstås som en begäran om internationellt skydd från en medlemsstat i enlighet med [konventionen om flyktingars rättsliga ställning, undertecknad i Genève den 28 juli 1951 (*Recueil des traités des Nations unies*, volym 189, s. 150, nr 2545 (1954)), vilken trädde i kraft den 22 april 1954 och som kompletterades genom protokoll angående flyktingars rättsliga ställning, ingånget i New York den 31 januari 1967, vilket i sin tur trädde i kraft den 4 oktober 1967 [nedan kallad Genèvekonventionen]. En ansökan om internationellt skydd antas vara en asylansökan, om inte personen i fråga uttryckligen begär en annan typ av skydd som det kan ansökas om separat.” I förevarande förslag till avgörande kommer jag att använda termerna ”asylansökan” och ”asylsökande”. Se även artikel 2 b i rådets direktiv 2003/9/EG av den 27 januari 2003 om miniminormer för mottagande av asylsökande i medlemsstaterna (EUT L 31, s. 18).

5 — I artikel 33.1 i Genèvekonventionen, som har rubriken ”Förbud mot utvisning och avvisning”, föreskrivs följande: ”Fördragsslutande stat må icke, på vilket sätt det vara må, utvisa eller avvisa flykting till gränsen mot område varest hans liv eller frihet skulle hotas på grund av hans ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning.”

9. Det föreskrivs i artikel 6.1 i återvändandedirektivet, att "... medlemsstaterna [ska] utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända".

10. Artikel 9.1 a i direktiv 2008/115 anger att medlemsstaterna ska skjuta upp verkställigheten av avlägsnandet om det strider mot principen om non-refoulement.

11. Artikel 15 i återvändandedirektivet stadgar:

"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.

...

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 frigges.

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."

2. Direktiv 2005/85

12. I direktiv 2005/85 fastställs miniminormer för beviljande och återkallande av flyktingstatus. Direktivet reglerar väsentligen ingivandet av asylansökan, förfarandet för behandling av dessa ansökningar samt de asylsökandes rättigheter och skyldigheter under förfarandets gång.

13. I artikel 7 i direktiv 2005/85 föreskrivs följande:

"1. Sökandena skall ha rätt att stanna kvar i medlemsstaten enbart så länge som förfarandet pågår till dess att den beslutande myndigheten har fattat beslut i enlighet med de förfaranden i första instans som fastställs i kapitel III. Rätten att stanna kvar skall inte utgöra ett berättigande till uppehållstillstånd.

2. Medlemsstaterna får avvika från denna regel endast när en efterföljande ansökan i enlighet med artiklarna 32 och 34 inte kommer att prövas vidare eller när de kommer att överlämna eller i förekommande fall utlämna en person antingen till en annan medlemsstat enligt skyldigheter i enlighet med en europeisk arresteringsorder eller på annat sätt, eller till ett tredjeland eller till internationella brottmålsdomstolar eller tribunaler.”

14. I artikel 18 i direktiv 2005/85 anges följande:

”1. Medlemsstaterna får inte hålla en person i förvar endast av det skälet att han eller hon är asylsökande.

2. I de fall en asylsökande hålls i förvar skall medlemsstaterna säkerställa att det finns en möjlighet till påskyndad rättslig prövning.”

15. I artikel 23.4 i direktiv 2005/85 fastställs följande:

”Medlemsstaterna får även föreskriva att ett prövningsförfarande ... skall prioriteras eller påskyndas om

...

g) sökanden har lämnat inkonsekventa, motsägelsefulla, osannolika eller otillräckliga uppgifter som gör att hans eller hennes påstående om att ha varit utsatt för förföljelse enligt direktiv 2004/83⁶ uppenbart är föga övertygande, eller

...

j) sökanden lämnar in en ansökan enbart för att försena eller hindra verkställigheten av ett redan fattat eller förestående beslut som skulle leda till att sökanden avvisas eller utvisas, eller

...

l) sökanden olagligen reste in på medlemsstatens territorium eller olagligen förlängde sin vistelse och, utan goda skäl, varken har anmält sig till myndigheterna eller lämnat in en asylansökan så snart som möjligt med tanke på omständigheterna kring inresan ...”

3. Direktiv 2003/9

16. Artikel 7 i direktiv 2003/9 har följande lydelse:

”1. De asylsökande får röra sig fritt på värdmedlemsstatens territorium eller inom ett område som har anvisats dem av den medlemsstaten. Det anvisade området får inte påverka den omistliga privatlivssfären och skall ge tillräckligt utrymme för att garantera tillträde till alla förmåner enligt detta direktiv.

2. Medlemsstaterna får besluta om var den asylsökande skall bosätta sig, med hänsyn till allmänt intresse, allmän ordning eller, om så är nödvändigt, för en skyndsam prövning och effektiv uppföljning av hans eller hennes ansökan.

6 — Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (EUT L 304, s. 12).

3. Medlemsstaterna 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.

...”

B – Tjeckisk lagstiftning

17. Återvändandedirektivet har införlivats med tjeckisk rätt huvudsakligen genom en ändring av lag nr 326/1999 Sb. angående utlänningars vistelse på Republiken Tjeckiens territorium (nedan kallad lagen om utlänningars vistelse nr 326/1999 Sb.).

18. Enligt artikel 124.1 i denna lag har polisen ”rätt att placera en utländsk medborgare som är äldre än 15 år i förvar när nämnda medborgare har informerats om att ett förfarande för administrativt avlägsnande har inletts, när ett slutligt beslut fattats om administrativt avlägsnande av nämnde medborgare eller när en annan medlemsstat i Europeiska unionen har fattat beslut att neka vederbörande inresa och beslutet är giltigt för Europeiska unionens medlemsstaters territorium och det inte är tillräckligt att vidta särskilda åtgärder för frivilligt avlägsnande” och minst ett av villkoren i artikel 124 b och e i nämnda bestämmelse är uppfyllt, det vill säga att det ”föreligger en risk för att utlänningen hindrar eller försvårar verkställigheten av ett beslut om administrativt avlägsnande” och att ”utlänningen är registrerad i de avtalsslutande parternas informationssystem”.

19. Enligt artikel 125.1 i lagen om utlänningars vistelse får tiden i förvar i princip⁷ inte överstiga 180 dagar.

20. I artikel 127 i lagen om utlänningars vistelse föreskrivs följande:

”1. Förvar/frihetsberövande ska upphöra utan oskäligt dröjsmål

a) när skälen för sådant förvar inte längre föreligger,

...

d) om utlänningen har beviljats asyl eller alternativt skydd, eller

e) om utlänningen har beviljats uppehållstillstånd under en längre tid för att erhålla skydd på territoriet.

2. Ansökan om internationellt skydd under tiden i förvar utgör inte grund för att avsluta sådant förvar.”

21. Direktiv 2005/85 införlivades med tjeckisk rätt huvudsakligen genom en ändring av lag nr 325/1999 angående asyl. I artikel 85a i lagen föreskrivs följande:

”1) En förklaring för erhållande av internationellt skydd innebär att ett visum med lång giltighetstid eller ett uppehållstillstånd med lång giltighetstid vilket beviljats med stöd av specifik tillämplig lagstiftning upphör att gälla.

⁷ — Artikel 125.2 i lagen om utlänningars vistelse innehåller undantag som medger att nämnda tid överskrids. Enligt den hänskjutande domstolen är dessa undantag inte tillämpliga i Arslans fall.

- 2) En utlännings rättsliga ställning som följer av hans placering i en förvarsanläggning påverkas inte av en eventuell förklaring för erhållande av internationellt skydd eller en eventuell ansökan om internationellt skydd (artikel 10).
- 3) En utlänning som har gjort en förklaring för erhållande av internationellt skydd eller ingett en ansökan om internationellt skydd är, med förbehåll för att de villkor som fastställts i specifik tillämplig lagstiftning, skyldig att kvarstanna i förvarsanläggningen.”

III – Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

22. Den 1 februari 2011 anhölls Mehmet Arslan av tjeckisk polis och hölls därefter i förvar. Den 2 februari 2011 fattades ett beslut gentemot honom om avlägsnande. Genom ett beslut av den 8 februari 2011 bestämdes den tid som Mehmet Arslan skulle hållas i förvar till 60 dagar med motiveringen att det, mot bakgrund av hans tidigare beteende, kunde antas att han skulle hindra verkställigheten av beslutet. Det beskrevs i beslutet hur Mehmet Arslan hade rest in i Schengenområdet illegalt försedd med ett identitetskort utfärdat i Republiken Turkiet och att han uppehållit sig i Österrike och därefter i Republiken Tjeckien utan pass eller visum. Vidare framgick av beslutet att Mehmet Arslan redan år 2009 hade påträffats i Grekland med ett förfalskat pass, varefter han hade skickas tillbaka till sitt ursprungsland och registrerats i Schengens informationssystem som en person som ska nekas tillträde till Schengenstaterna från den 26 januari 2010 till den 26 januari 2013.

23. Den 8 februari 2011, eller sju dagar efter det att han satts i förvar och sex dagar efter det att beslutet om avlägsnande fattats men samma dag som beslutet fattades om att han skulle hållas i förvar i 60 dagar, ingav Mehmet Arslan en ansökan om asyl till de tjeckiska myndigheterna.

24. Den 25 mars 2011 beslutade motparten att hålla klaganden i förvar under ytterligare 120 dagar, med motiveringen att förlängningen var nödvändig för att förbereda genomförandet av det administrativa avlägsnandet av den berörde, eftersom beslutet om sådant avlägsnande inte var verkställbart så länge prövningen av hans asylansökan fortfarande pågick. Enligt beslutet av den 25 mars 2011 syftade den asylansökan som Mehmet Arslan ingett till att försvåra verkställigheten av beslutet om avlägsnande. Detta beslut avslöjade för övrigt att den turkiska ambassaden ännu denna dag inte hade upprättat någon ny reseedling för Mehmet Arslan, vilket även utgjorde hinder mot att verkställa beslutet om avlägsnande.

25. Jag erinrar om att Mehmet Arslan hade väckt talan mot beslutet av den 25 mars 2011 vid Krajský soud i Ústí nad Labem (regional domstol i Ústí nad Labem) och hävdade att det, vid den tidpunkt då beslutet fattades, inte var realistiskt att förvänta sig att han skulle utvisas innan den maximitid på 180 dagar för förvar som föreskrivs i lagen om utlänningars vistelse hade löpt ut. Mehmet Arslan delgav för övrigt sin avsikt att väcka talan mot beslutet, för det fall hans asylansökan skulle avslås av inrikesministeriet, vilket enligt lag är förbundet med en suspensiv verkan. Han tog vidare upp möjligheten att, för det fall talan skulle ogillas, överklaga målet till Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen), vilket likaledes har en suspensiv verkan.

26. Med hänsyn till det vanligtvis utdragna rättsliga förfarandet i denna typ av mål, ansåg Mehmet Arslan att det var orealistiskt att beslutet om administrativt avlägsnande skulle kunna verkställas inom den ovannämnda tiden på 180 dagar. Under dessa förhållanden strider beslutet om förlängning av den 25 mars 2011 mot artikel 15.1 och 15.4 i återvändandedirektivet samt rättspraxis från domstolen för mänskliga rättigheter angående artikel 5.1 i Europeiska konventionen för skydd av de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, vilken undertecknades i Rom den 4 november 1950.⁸

⁸ — Artikel 5 med rubriken ”Rätt till frihet och säkerhet” föreskriver att ”[v]ar och en har rätt till frihet och personlig säkerhet. Ingen får berövas friheten utom i följande fall och i den ordning som lagen föreskriver ...”.

27. Enligt Mehmet Arslan var ifrågavarande beslut inte olagligt på grund av att det i viss mån stred mot rätten till asyl utan därför att ett väsentligt villkor för att hålla honom i förvar inte var uppfyllt, det vill säga att det var realistiskt att avlägsnandet skulle ske innan maximitiden för förvar hade gått ut.

28. Krajský soud ogillade överklagandet genom domen av den 27 april 2011 och fann att Mehmet Arslans argumentation ”enbart var beräknande och spekulativ” med motiveringen att det inte kunde uteslutas att asylprövningsförfarandet, inklusive eventuella rättsliga förfaranden skulle äga rum inom den frist som fastställts genom beslutet av den 25 mars 2011. Mehmet Arslan överklagade domen vid den hänskjutande domstolen väsentligen med stöd av samma argument som hade framförts i första instans.

29. Genom beslut av den 12 april 2011 avslag inrikesministeriet Mehmet Arslans asylansökan. Klaganden överklagade beslutet.

30. Den 27 juli 2011 eller praktiskt taget vid utgången av den frist som fastställts i det av Mehmet Arslan angripna beslutet, upphävde de tjeckiska myndigheterna beslutet att hålla honom i förvar ”därför att det inte längre förelåg några skäl att hålla honom i förvar”⁹.

31. Den hänskjutande domstolen har ställt sig frågan om det inte skulle vara lämpligt att tolka artikel 2.1 i återvändandedirektivet på det sättet att hållandet av en utlänning inför återvändande måste upphöra så snart denne har ingett en asylansökan och det samtidigt inte finns några andra skäl att förlänga den tid han hålls i förvar än att återvändandet ska förberedas och/eller att avlägsnandet ska genomföras¹⁰. Den hänskjutande domstolen lutar åt ett jakande svar och anser att hållandet i förvar endast kan förlängas under förutsättning att det fattas ett nytt beslut om placering i förvar, dock inte på grundval av återvändandedirektivet, utan med stöd av en annan bestämmelse som specifikt tillåter att en asylsökande placeras i förvar. En sådan slutsats skulle emellertid, fortfarande enligt den hänskjutande domstolen, kunna leda till ett missbruk av asyLförfarandet.

32. Den hänskjutande domstolen har även noterat att den tjeckiska lagstiftaren inte alls samtycker till den tolkningen och inte heller till den tolkning som försvaras av generaladvokaten Mazák i hans ställningstagande i målet Kadzoev¹¹.

33. Det är mot denna bakgrund som Nejvyšší správní soud har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

1. Ska artikel 2.1 jämförd med skäl 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115 av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna tolkas så, att direktivet inte är tillämpligt på en tredjelandsmedborgare som ansökt om internationellt skydd enligt direktiv [2005/85]?
2. Om den första frågan besvaras jakande, ska förvar av en utländsk medborgare inför återvändande upphöra om vederbörande ansöker om internationellt skydd enligt direktiv 2005/85 och det inte finns några andra skäl att kvarhålla personen i förvar?”

9 — Denna mening framgår av beslutet om hänskjutande och avser artikel 127.1 a i lagen om utlännings vistelse, jämför med punkt 20 ovan i mitt förslag till avgörande.

10 — Se artikel 15.1 i återvändandedirektivet.

11 — Dom av den 30 november 2009 i mål C-357/09, Kadzoev (REG 2009, s. I-11189).

IV – Förfarandet vid domstolen

34. Nejvyšší správní soud har begärt att domstolen ska besluta att målet handläggs skyndsamt enligt artikel 104a första stycket i domstolens rättegångsregler som var tillämplig vid den aktuella tidpunkten. Den hänskjutande domstolen har nämligen förklarat att även om Mehmet Arslan hade släppts fri den 27 juli 2011, var det fortfarande lämpligt att låta målet bli föremål för skyndsamt handläggning, med anledning av att det finns ett stort antal liknande fall där förvar av utlänningar fortgått och fall av förvar som säkerligen kommer att inträffa i en nära framtid.

35. Denna begäran avslogs genom ett beslut av domstolens ordförande den 10 januari 2012.

36. Den tjeckiska, tyska, franska, slovakiska och schweiziska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Den tjeckiska, tyska och franska regeringen samt kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 7 november 2012.

V – Bedömning

A – Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

37. Den franska regeringen har uttryckt tvivel om huruvida den första fråga som den hänskjutande domstolen ställt kan tas upp till sakprövning, eftersom det inte framgår av beslutet om hänskjutande att Mehmet Arslan har bestritt att återvändandedirektivet skulle vara tillämpligt med motiveringen att han hade ansökt om asyl. När direktivet är tillämpligt på en asylsökande, verkar det snarare vara fråga om huruvida villkoret för att kvarhålla honom i förvar fortfarande är uppfyllt, det vill säga att det föreligger rimliga utsikter till ett avlägsnande. Den franska regeringen anser att det inte är självklart att den första frågan är nödvändig för att den hänskjutande domstolen ska kunna lösa tvisten. Under dessa förhållanden är den första frågan hypotetisk.

38. Enligt fast rättspraxis är domstolen i princip skyldig att meddela förhandsavgörande i fall där de av den nationella domstolen ställda frågorna rör tolkningen av unionsrätten¹². Domstolen kan emellertid inte avgöra en fråga som en nationell domstol har ställt, när det på ett uppenbart sätt framgår att den tolkning av en unionsrättslig bestämmelse som den nationella domstolen begärt saknar samband med de verkliga omständigheterna eller med tvisteföremålet, eller när frågan är hypotetisk och domstolen inte förfogar över de uppgifter om faktiska eller rättsliga omständigheter som är nödvändiga för att på ett ändamålsenligt sätt besvara de frågor som ställts till den¹³.

39. Den uppgift som anförtrotts domstolen inom ramen för ett förhandsförfarande är att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna och inte att yttra sig avseende allmänna eller hypotetiska frågor¹⁴.

40. I likhet med vad den franska regeringen har påpekat, anser jag att den första tolkningsfrågan är hypotetisk, eftersom lösningen i målet vid den nationella domstolen inte är beroende av domstolens svar på denna fråga.

12 — Se domen av den 8 november 1990 i mål C-231/89, Gmurzynska-Bscher (REG 1990, s. I-4003), punkt 20.

13 — Se, bland annat, dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 39, av den 15 juni 2006 i mål C-466/04, Acereda Herrera (REG 2006, s. I-5341), punkt 48, av den 5 december 2006 i de förenade målen C-94/04 och C-202/04, Cipolla m.fl. (REG 2006, s. I-11421), punkt 25.

14 — Se, bland annat, domstolens dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger (REG 2003, s. I-5659), punkt 32, och av den 8 september 2009 i mål C-478/07, Budějovický Budvar (REG 2009, s. I-7721), punkt 64.

41. Det framgår härvidlag tydligt av beslutet om hänskjutande att Mehmet Arslan inte alls har ifrågasatt motiveringen av beslutet att genomföra hans administrativa avlägsnande och att hålla honom i förvar i detta syfte. Han har endast gjort gällande att den dag då beslutet att förlänga hans tid i förvar förelåg redan och detta oberoende av hans egenskap av asylsökande, ett tvingande skäl till att inte längre hålla honom i förvar, eftersom det inte längre förelåg rimliga utsikter till att beslutet om hans avlägsnande skulle verkställas innan den maximitid för förvar som anges i den nationella lagstiftningen hade löpt ut. Jag framhåller att enligt beslutet om hänskjutande har Mehmet Arslan till och med gjort gällande vid de nationella domstolarna att de nationella bestämmelserna borde tolkas enbart mot bakgrund av artikel 15 (punkterna 1 och 2) i återvändandedirektivet.

42. Det framgår också av beslutet om hänskjutande, vilket inkom till domstolens kansli den 20 oktober 2011, att denna dag hade hållandet av Mehmet Arslan i förvar redan upphört ”därför att det inte längre förelåg några skäl att hålla honom i förvar”. Det kan för övrigt noteras att den 27 juli 2011, den dag då Mehmet Arslan släpptes ur förvar, hade den längsta tillåtna tiden på 180 dagar för att hålla en person i förvar med tillämpning av artikel 125.1 i lagen om utlänningsars vistelse praktiskt taget uppnåtts.

43. Det framgår dessutom av handlingarna i målet och av förhandlingen att Mehmet Arslan omedelbart hade flytt och försvunnit så snart hållandet i förvar hade upphört den 27 juli 2011. Han har för övrigt inte deltagit i detta förfarande om förhandsavgörande.

44. Med hänsyn till att målet vid den hänskjutande domstolen har till föremål ett överklagande av motpartens beslut av den 25 mars 2011 att förlänga Mehmet Arslans hållande i förvar och att, mot bakgrund av de omständigheter som redogjorts för i punkterna 42 och 43 i detta förslag till avgörande hans hållande i förvar har upphört, anser jag att svaret på tolkningsfrågorna inte gör det möjligt för den hänskjutande domstolen att erhålla sådana tolkningsdata för unionsrätten som den ändamålsenligt kan tillämpa för att avgöra den anhängiggjorda tvisten i enlighet med unionsrätten¹⁵. Min åsikt styrks av att den hänskjutande domstolen motiverade sin ansökan om skyndsam behandling med att det föreligger eller snart kommer att föreligga ett stort antal liknande fall.

45. Jag anser således att de tolkningsfrågor som har ställts av den hänskjutande domstolen inte kan tas upp till sakprövning.

46. För det fall domstolen emellertid skulle besluta att frågorna ska besvaras, förelägger jag domstolen följande förslag till avgörande som rör innehållet i nämnda frågor.

B – *Innehållet i tolkningsfrågorna*

1. Argument

47. Den tjeckiska regeringen anser att även om domstolen konstaterade i domen i det ovannämnda målet Kadzoev att förvar inför avlägsnande och hållande av asylsökande i förvar ingår i olika regelverk, utesluter denna dom emellertid inte att en person som placeras i förvar inom ramen för återvändandedirektivet, placeras i förvar inom ramen för samma direktiv efter det att en asylansökan framställts.

15 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 september 1982 i mål 132/81, Vlaeminck (REG 1982, s. 2953), punkt 13.

48. Eftersom placering i förvar inför avlägsnande måste vara berättigad av särskilda skäl, anser den tjeckiska regeringen att syftet med återvändandedirektivet allvarligt skulle hotas om denna person kunde undkomma regelverket i detta direktiv och ett beslut om förvar fattades med tillämpning av nämnda direktiv, enbart därför att han inkom med en asylansökan. I så fall skulle ingivande av en asylansökan vara "en magisk formel" med vars hjälp en person som sitter i förvar inom ramen för återvändandedirektivet med lätthet skulle kunna "öppna portarna" till förvaret.

49. Republiken Tjeckien anser att personer som hålls i förvar med stöd av återvändandedirektivet borde fortsätta att omfattas av detta direktiv även efter det att de ansökt om asyl. Detta skulle inte hindra att dessa personer även omfattas av de materiella och processuella bestämmelser som är tillämpliga på asylsökande.

50. Den tyska regeringen anser att det framgår av artiklarna 2.1 och 3.2 samt skäl nio i återvändandedirektivet att detta direktiv inte är tillämpligt på tredjelandsmedborgare som framställt en asylansökan under den tid som asyلفörfarandet pågår. Enligt den tyska regeringen har en tredjelandsmedborgare som ansökt om skydd enligt direktiv 2005/85 rätt att vistas i medlemsstaten med tillämpning av artikel 7.1 i direktivet.

51. Enligt den tyska regeringen ankommer det på medlemsstaterna att avgöra på vilka villkor en asylsökande ska kunna hållas i förvar. Denna regering anser att artikel 18 i direktiv 2005/85 inte utgör hinder mot att placera en tredjelandsmedborgare i förvar och direktiv 2003/9 utgår likaledes i artiklarna 2 k, 6.2, 13.2 och 14.8 från att en asylsökande kan hållas i förvar.

52. Den tyska regeringen anser att återvändandedirektivets effektivitet i vissa fall kräver en möjlighet att låta tredjelandsmedborgare som har placerats i förvar inför sitt återvändande eller avlägsnande förbli i sådant förvar även när de under sin tid i förvar har inkommit med en asylansökan. Enligt den tyska regeringen uppmuntras missbruket av asylansökningar om ingivandet av sådana ansökningar obligatoriskt skulle leda till att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i ett land släpps fria. Den tyska regeringen har anfört att artikel 15 i återvändandedirektivet endast tillåter förvar inför återvändande eller avlägsnande på strikta villkor – praktiskt taget som återförandeförfarandets *ultima ratio*.

53. Den slovakiska regeringen anser att syftet med återvändandedirektivet skulle förfelas om det inte var möjligt att förhindra att en person som vistas olagligt i landet avviker genom att placera honom eller henne i förvar på grundval av återvändandedirektivet även efter det att en asylansökan ingetts. Samma regering menar att detta skulle kunna motivera att en tredjelandsmedborgare kvarhölls i förvar inom ramen för återvändandedirektivet efter det att han ansökt om asyl. Även i en situation där denna slutsats inte kan tillämpas, är Republiken Slovakien av den uppfattningen att det är oundgängligt att de behöriga myndigheterna, efter det att en asylansökan ingetts under tiden i förvar inför återvändande, förfogar över en lämplig tidsfrist för att bedöma om det är möjligt att hålla den berörda personen i förvar med stöd av direktiven på området för asyl och intern rätt.

54. Den franska regeringen anser att det ankommer på unionslagstiftaren att säkerställa att det råder jämvikt mellan iakttagandet av principen om non-refoulement å ena sidan och preventionssyftet och syftet att bekämpa olaglig invandring å andra sidan.

55. Den franska regeringen bedömer att principen om non-refoulement även har genomförts i återvändandedirektivet, närmare bestämt i artikel 2, jämförd med skäl 9. Denna regering är emellertid av den åsikten att artikel 2 i återvändandedirektivet mot bakgrund av direktivet i dess helhet samt av direktiven 2003/9 och 2005/85 måste tolkas på ett sådant sätt att återvändandedirektivet kan tillämpas på tredjelandsmedborgare som uppehåller sig olagligt i landet och som har ansökt om asyl, under förutsättning att de garantier som det nationella regelverket om asyl tillerkänner dem i överensstämmelse med direktiv 2003/9 och direktiv 2005/85 respekteras och om iakttagandet av

principen om non-refoulement kräver det, att verkställigheten av beslutet om avlägsnande uppskjuts. Vidare är placering i förvar av en asylsökande eller kvarhållande i förvar underordnad iakttagandet av proportionalitetsprincipen med avseende på artikel 15.1 i återvändandedirektivet och att det finns rimliga utsikter till ett avlägsnande i enlighet med artikel 15.4 i direktivet.

56. Den schweiziska regeringen och kommissionen anser att en asylsökande enligt artikel 2.1 och skäl 9 i återvändandedirektivet inte längre omfattas av detta direktiv fram till dess att ett slutgiltigt negativt beslut har fattats angående hans asylansökan. Nämnda regering och kommissionen har anfört att om en tredjelandsmedborgare som hålls i förvar med stöd av återvändandedirektivet ansöker om asyl ska hans förvar som beslutats enligt detta direktiv upphöra.

57. Enligt kommissionen regleras den berördes rättsliga ställning, i hans egenskap av asylsökande, då väsentligen av direktiven 2003/9 och 2005/85. Det är således endast med stöd av dessa direktiv som en asylsökande kan placeras i förvar. Kommissionen anser dessutom att det endast är möjligt att hålla den berörde i förvar i hans egenskap av asylsökande under förutsättning att ett nytt beslut fattas om placering i förvar, vilket då grundas på bestämmelser om asylrätt som medger att en asylsökande hålls i förvar.

2. Bedömning

58. Innan den hänskjutande domstolens frågor besvaras bör det understrykas att den ledande principen om non-refoulement, såsom den slagits fast i artikel 33 i Genèvekonventionen inte endast är tillämplig på direktiv 2005/85 utan även på återvändandedirektivet.

59. Även om unionslagstiftaren antog återvändandedirektivet i syfte att föra en politik som innebär en förstärkt kamp mot olaglig invandring, utgör återvändandet ett oundvikligt inslag i en välskött migrationspolitik.¹⁶ Medlemsstaternas praxis att utvisa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten anses legitim endast om asylreglerna och i synnerhet principen om non-refoulement respekteras.¹⁷ När medlemsstaterna genomför detta direktiv ska de nämligen respektera principen om non-refoulement enligt artikel 5 i återvändandedirektivet. Med tillämpning av artikel 9 i återvändandedirektivet ska medlemsstaterna skjuta upp verkställigheten av avlägsnandet om det strider mot principen om non-refoulement¹⁸.

60. Vad gäller förvar i enlighet med artikel 15 i återvändandedirektivet, framgår det av ordalydelsen i artikeln att förvar endast ska tillämpas i undantagsfall och som en sista utväg, när andra mindre ingripande åtgärder är inadekvata och vissa mycket stränga villkor är och förblir uppfyllda¹⁹. En tredjelandsmedborgare kan endast hållas i förvar om han är "föremål för förfaranden för återvändande för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet" och det finns "risk för avvikande" eller han "håller sig undan eller förhindrar förberedelserna inför återvändandet" eller att "avlägsnandet" förlöper väl. Förvar av den berörde ska vara under så kort tid som möjligt och får endast fortgå under den tid som förfarandena inför avlägsnandet pågår och genomförs med rimliga

16 — Se skäl 14 i återvändandedirektivet. Enligt artiklarna 6 och 8 i återvändandedirektivet ska medlemsstaterna, med undantag av några fall som räknas upp i direktivet, utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända och vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa beslutet om återvändande. Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 april 2011 i mål C-61/11 PPU, El Dridi m.fl. (REU 2011, s. I-3015), punkt 59, där domstolen uttalade att målet med återvändandedirektivet är att upprätta en effektiv politik för avlägsnande och återsändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat.

17 — Se skäl 8 i återvändandedirektivet.

18 — Se också skäl 23 i återvändandedirektivet som föreskriver att "[t]illämpningen av [återvändandedirektivet] påverkar inte de förpliktelser som följer av Genèvekonventionen ..."

19 — Jag anser att hållande i förvar enligt återvändandedirektivet dessutom är strängt reglerat genom proportionalitetsprincipen. Enligt skäl 16 i återvändandedirektivet bör "[a]nvändning av förvar för avlägsnande ... begränsas och följa proportionalitetsprincipen i fråga om använda medel och eftersträfvade mål. Förvar är motiverat endast för att förbereda återvändandet eller för att genomföra avlägsnandeprocessen och om andra, mindre ingripande, åtgärder är otillräckliga."

ansträngningar²⁰. Ett beslut om förvar ska fattas av förvaltningsmyndigheter eller rättsliga myndigheter. Det ska utfärdas skriftligt med angivande av de faktiska och rättsliga omständigheterna. När rimliga utsikter till ett avlägsnande inte längre föreligger innan maximitiden för förvar har gått ut, upphör hållandet i förvar att vara berättigat och den berörda personen ska omedelbart frigges²¹.

a) Den första frågan

61. I sin första fråga har den hänskjutande domstolen väsentligen frågat domstolen huruvida återvändandedirektivet fortfarande kan tillämpas på en tredjelandsmedborgare som har ingett en asylansökan.

62. Enligt ordalydelsen i artikel 2.1 i återvändandedirektivet ska direktivet endast tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium. Artikel 3.2 i återvändandedirektivet definierar begreppet "olaglig vistelse" som vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten. Det framgår emellertid av artikel 7.1 och skäl 13 i direktiv 2005/85 att en asylsökande har rätt att stanna kvar i medlemsstaten i väntan på att hans ansökan behandlas även om han inte är berättigad till uppehållstillstånd.

63. Visserligen anges det i artikel 7.1 i direktiv 2005/85 att rätten att stanna kvar endast gäller "så länge som förfarandet pågår". Inte desto mindre är det på mycket restriktiva villkor, som anges i artikel 7.2, som denna rätt att stanna kvar kan begränsas av medlemsstaterna.

64. Unionslagstiftarens avsikt att åtminstone tillfälligt låta en asylsökande undgå att bli föremål för tillämpning av återvändandedirektivet följer tydligt av skäl 9 i återvändandedirektivet som föreskriver att en tredjelandsmedborgare som har ansökt om asyl i en medlemsstat inte bör anses vistas olagligt på den medlemsstatens territorium förrän ett beslut om avslag på asylansökan eller ett beslut om upphävande av personens rätt till vistelse som asylsökande har trätt i kraft²². Tredjelandsmedborgarens status i dennes egenskap av asylsökande regleras i princip endast av bestämmelserna angående asylrätt²³.

65. Utan att det påverkar iakttagandet av den ledande principen om non-refoulement, de skyldigheter som följer av Genèvekonventionen och mer allmänt de grundläggande rättigheterna²⁴, anser jag emellertid att min ståndpunkt borde nyanseras när det finns tydliga och samstämmiga indicier på att regelverket om beviljande av asyl blir ett instrument i syfte att göra tillämpningen av återvändandedirektivet verkningslös, så till den grad att det uppstår ett missbruk av asylrätten²⁵.

20 — Enligt artikel 15.5 och 15.6 i återvändandedirektivet kan förvarsperioden inte överskrida sex månader, med möjlighet till förlängning med en period som inte överskrider ytterligare tolv månader, när det är sannolikt att avlägsnandet kommer att ta längre tid på grund av bristande samarbete från den berördes sida eller beroende på att införskaffandet av nödvändiga handlingar från tredjeländer drar ut på tiden. Jag erinrar om att den tjeckiske lagstiftaren har begränsat maximitiden för förvar till 180 dagar (med förbehåll för vad som sägs i fotnot 7 angående de undantag som medger att fristen överskrids).

21 — När ett beslut om förvar har fattats av förvaltningsmyndigheter ska medlemsstaterna se till att ett beslut fattas om snabb rättslig prövning av förvarsbeslutets lagenlighet. Den berörde ska frigges omedelbart om kvarhållandet i förvar inte är lagligt. Se artikel 15.2 i återvändandedirektivet.

22 — Jag påpekar att generaladvokaten Mazák ansåg i punkt 82 i sitt ställningstagande i det ovannämnda målet Kadzoev att "en tredjelandsmedborgare som har ansökt om asyl inte – eller i förekommande fall inte längre – omfattas av tillämpningsområdet för återvändandedirektivet under den tid som vederbörandes asylansökan prövas".

23 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Mazák's ställningstagande i det ovannämnda målet Kadzoev, punkt 84.

24 — Se skälen 23 och 24 i återvändandedirektivet.

25 — Jag vill anföra härvidlag att under ett arbetsmöte som hölls i rådet den 24 november 2011 angående "förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om allmänna bestämmelser för asyl- och migrationsfonden", KOM(2011) 320 slutlig – 2011/0367(COD), föreslogs det att artikel 8.3 i förslaget skulle ändras genom att tillägg av en bestämmelse om att en asylsökandes placering i förvar, när denne redan sitter i förvar med stöd av återvändandedirektivet, för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet och hans asylansökan enbart syftar till att försena eller försvåra verkställigheten av beslutet om återvändande. Jag konstaterar emellertid att det förslaget till tillägg varken finns med i den aktuella texten i förslaget av den 1 juni 2011 eller *a fortiori* i gällande rätt.

66. Denna punkt kommer att studeras i samband med svaret på den andra tolkningsfrågan.

67. Mot bakgrund av det ovan anförda är jag av den åsikten att domstolens svar på den första frågan borde vara att återvändandedirektivet inte kan tillämpas, förutom vid fall av rättsmissbruk, på en tredjelandsmedborgare som har ingett en asylansökan så länge asylprövningsförfarandet pågår.

b) Den andra frågan

68. Genom sin andra fråga, som jag måste besvara eftersom svaret på den första frågan, i vart fall i princip är jakande, önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i om hållandet i förvar av en tredjelandsmedborgare inför återvändande följaktligen måste upphöra när denne inger en ansökan om asyl och det inte finns några andra skäl att förlänga hans tid i förvar²⁶.

69. Jag anser att det direkt följer av mitt svar på den första frågan att, i avsaknad av rättsmissbruk, förvaret av en tredjelandsmedborgare med tillämpning av bestämmelserna i återvändandedirektivet ska upphöra, när denne inger en asylansökan och detta så länge som asylprövningsförfarandet pågår. Återvändandedirektivet är då, åtminstone temporärt, inte längre tillämpligt i detta typfall. Vidare framgår det av artikel 7.1 i direktiv 2003/9 att asylsökande i princip kan röra sig fritt på den mottagande medlemsstatens territorium eller inom ett område som anvisats dem av medlemsstaten.

70. Innan jag går in på frågan om rättsmissbruk ska det undersökas huruvida en tredjelandsmedborgare som ansökt om asyl kan placeras eller kvarhållas i förvar med stöd av andra rättsregler, nämligen regelverket angående asyl.

71. Även om det är riktigt att den berördes ställning i princip inte längre regleras av återvändandedirektivet utan av bestämmelserna om asyl, framgår det av artikel 7.3 i direktiv 2003/9 att medlemsstaterna 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.²⁷ Det är uppenbart att denna bestämmelse inte tvingar medlemsstaterna att anta nationella rättsregler angående placering i förvar av asylsökande, utan ger dem möjlighet att anta bestämmelser om detta. Vidare har det, trots en allmän hänvisning till ”rättsliga skäl eller skäl som avser allmän ordning”, inte skett någon harmonisering av de specifika villkoren för att hålla en asylsökande i förvar.

72. Härav följer att en asylsökande endast kan hållas i förvar om de nationella rättsreglerna om asyl föreskriver en sådan möjlighet²⁸ och fastställer villkoren därför. Därmed kan dock medlemsstaterna enligt artikel 18.1 i direktiv 2005/85 inte placera en person i förvar enbart av det skälet att han eller hon är asylsökande. Enligt artikel 18.2 ska medlemsstaterna i de fall en asylsökande hålls i förvar säkerställa att det finns en möjlighet till påskyndad rättslig prövning.

26 — En tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat och som har ingett en asylansökan skulle eventuellt kunna hållas i förvar exempelvis med stöd av nationella straffrättsliga bestämmelser, om han misstänks för att ha begått ett brott. Se domen i det ovannämnda målet El Dridi, punkterna 53–55 och där angiven rättspraxis.

27 — Se domen i det ovannämnda målet Kadzoev, punkt 42. Det bör noteras att i artikel 2 k i direktiv 2003/9 definieras ”förvar” som ”en medlemsstats kvarhållande av en asylsökande inom en särskild anläggning där den sökande är fräntagen sin rörelsefrihet”. Även om det fortfarande rör sig om förlust av rörelsefrihet ingår ”förvar inför avlägsnande, som regleras i [återvändandedirektivet] och hållande av asylsökande i förvar, bland annat i enlighet med direktiven 2003/9 och 2005/85 och tillämpliga nationella bestämmelser, ... således i olika regelverk” (se domen i det ovannämnda målet Kadzoev, punkt 45). Vidare ska ”[d]en tid under vilken en person har varit placerad på en tillfällig förvarsanläggning på grundval av ett beslut som fattats med stöd av nationella och gemenskapsrättsliga bestämmelser om asylsökande, ... inte betraktas som förvar inför avlägsnande i den mening som avses i artikel 15 i [återvändandedirektivet]” (se domen i det ovannämnda målet Kadzoev, punkt 48).

28 — Om det saknas nationella bestämmelser, vilket verkar vara fallet i Republiken Tjeckien, kan en medlemsstat inte stödja sig direkt på artikel 7.3 i direktiv 2003/9 för att hålla en asylsökande i förvar. Se analogt domstolens dom av den 5 juli 2007 i mål C-321/05, Kofoed (REG 2007, s. I-5795), punkterna 42 och 45.

73. Det är utrett att förvar inför avlägsnande regleras av återvändandedirektivet och att förvar av en asylsökande ingår i olika regelverk²⁹. Min uppfattning är dock, för att de nationella bestämmelser som antagits i överensstämmelse med artikel 7.3 i direktiv 2003/9 inte ska bli verkningsslösa och i likhet med hur domstolen resonerade i sin dom i målet Achughbabian³⁰, att de nationella myndigheterna bör förfoga över en kort tidsfrist som begränsas till vad som är absolut nödvändigt, för att fatta ett beslut om förvar av den berörde grundat på nationella bestämmelser om asyl³¹ innan de upphör med att hålla honom i förvar med tillämpning av återvändandedirektivet.

74. Det återstår för mig att analysera frågan om ett eventuellt rättsmissbruk.

75. Det framgår av domstolens praxis att enskilda inte kan stödja sig på unionsrätten om detta skulle vara bedrägligt eller utgöra missbruk och att de nationella domstolarna genom att stödja sig på objektiva omständigheter i det enskilda fallet kan ta hänsyn till att vederbörande gjort sig skyldig till missbruk eller bedrägligt handlande för att, i förekommande fall, neka personen den rätt som följer av de återopade bestämmelserna. Nämnade domstolar är dock skyldiga att vid ett sådant handlande beakta de ifrågakvarande unionsbestämmelsernas syfte.³²

76. För att det ska kunna fastställas att det är fråga om ett sådant förfarande som utgör missbruk av rättigheter krävs det dels att vissa objektiva förhållanden ska föreligga av vilka det framgår att målsättningen med den berörda unionsrättsliga bestämmelsen inte har uppnåtts, trots att de villkor som uppställs i bestämmelsen formellt har uppfyllts. Vidare krävs det att en subjektiv faktor föreligger, nämligen en avsikt att erhålla en förmån som följer av unionsbestämmelserna genom att konstruera de omständigheter som krävs för att få förmånen. Det ankommer på den nationella domstolen att fastställa huruvida dessa två omständigheter föreligger. Bevisning kan föras i enlighet med nationella bestämmelser, såvitt detta inte hindrar unionsrättens effektivitet³³.

77. Enligt skäl 1 i direktiv 2005/85 har ett gemensamt asylsystem införts för personer som tvingade av omständigheterna söker skydd inom gemenskapen på "laglig väg"³⁴. Det är uppenbart att enbart en asylansökan ingiven av en tredjelandsmedborgare som hålls i förvar med stöd av återvändandedirektivet inte i sig kan ge upphov till en presumtion om missbruk av asylrätten, och detta trots att hållandet i förvar är av undantagskaraktär och föremål för mycket stränga villkor³⁵. Eftersom det är den berördes frihet³⁶ som står på spel måste de nationella myndigheterna noggrant studera de specifika omständigheterna i det enskilda fallet för att kunna skilja mellan "att dra nytta av en möjlighet som tillerkänns enligt lag och missbruk av rättigheter"³⁷.

29 — Se domen i det ovannämnda målet Kadzoev, punkt 45.

30 — Dom av den 6 december 2011 i mål C-329/11, Achughbabian (REU 2011, s. I-12695), punkterna 30 och 31.

31 — Antagna i överensstämmelse med artikel 7.3 i direktiv 2003/9.

32 — Se dom av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros (REG 1999, s. I-1459), punkterna 24 och 25, och av den 21 november 2002 i mål C-436/00, X och Y (REG 2002, s. I-10829), punkt 42.

33 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 14 december 2000 i mål C-110/99, Emsland-Stärke (REG 2000, s. I-11569), punkterna 52–54.

34 — Det anges också i rådets förordning (EG) nr 343/2003 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, s. 1) och i direktiv 2003/9 och direktiv 2004/83 "i respektive skäl 1 att en gemensam asylpolitik, med ett gemensamt europeiskt asylsystem, är en del av unionens mål att gradvis upprätta ett område med frihet, säkerhet och rättvisa som är öppet för dem som av olika omständigheter tvingas söka skydd i gemenskapen på laglig väg". (Min kursivering.) Se domstolens dom av den 21 december 2011 i de förenade målen C-411/10 och C-493/10, N.S. m.fl. (REU 2011, s. I-13905), punkt 14.

35 — Se punkt 60 ovan.

36 — En medlemsstats möjlighet att under vissa omständigheter placera en asylsökande i förvar har erkänts av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i dess dom av den 29 januari 2008 i målet Saadi mot Förenade kungariket. I det målet tolkade denna domstols stora kammare, bland annat, artikel 5.1 f i första avdelningen i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna där det föreskrivs ett undantag från rätten till frihet "när någon lagligen är arresterad eller på annat sätt berövad friheten för att förhindra att han obehörigen reser in i landet ...".

37 — Se generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet kommissionen mot Nederländerna (dom av den 14 juni 2012, punkt 127). Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det ovannämnda målet Kofoed, punkt 58.

78. Vid det studiet skulle den hänskjutande domstolen kunna beakta följande omständigheter i handlingarna i förevarande mål:

- De olagliga inresor i flera medlemsstater som Mehmet Arslan tidigare gjort utan att det i samband med dessa har talats om en asylansökan.
- Det faktum att den berörde tydligt har angett att hans avsikt med att ansöka om asyl var att slippa att sitta i förvar genom att visa att med utnyttjande av alla rättsmedel med suspensiv verkan som asylprövningsförfarandet kunde erbjuda honom, hans förvar med nödvändighet skulle fortgå utöver den i nationell rätt tillåtna maximitiden, vilket redan från början skulle omöjliggöra varje rimlig utsikt till att förfarandet för avlägsnande skulle kunna slutföras.
- Det faktum att Mehmet Arslan försvann omedelbart efter det att han satts på fri fot och, vilket härrör från yttranden av den tjeckiska regeringen vid förhandlingen, att han inte fullföljde förfarandet för asylansökan.

79. När asylrätten missbrukas, även om den berörde kan hållas i förvar med tillämpning av återvändandedirektivet och om förberedelserna för hans avlägsnande kan fortgå, är det på stränga villkor som avlägsnandet inte verkställs så länge som asylförfarandet inte har avslutats, principen om non-refoulement tillämpas fullt ut samt asylansökan prövas och behandlas i enlighet med alla tvingande regler, bland annat direktiv 2005/85, under iakttagande av alla garantier som asylsökande ges härvidlag. Detta betyder likaledes att, i samband med kvarhållande i förvar med stöd av återvändandedirektivet alla garantier som föreskrivs i artiklarna 15–18 i detta direktiv måste iakttas, inklusive vad gäller maximitiden för förvar.³⁸

80. Jag påpekar även att medlemsstaterna har möjlighet att tillämpa ett påskyndat eller prioriterat asylprövningsförfarande i enlighet med artikel 23.4 i direktiv 2005/85 om vissa villkor samtidigt är uppfyllda³⁹.

81. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att den andra frågan besvaras på följande sätt:

- Hållande i förvar av en tredjelandsmedborgare grundat på bestämmelserna i återvändandedirektivet ska upphöra så snart denne inger en ansökan om asyl och detta medan asylprövningsförfarandet pågår.
- Enligt artikel 7.3 i direktiv 2003/9 får medlemsstaterna på vissa villkor, 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 asyllagstiftning. I den situationen förfogar den nationella myndigheten över en kort tid, begränsad till vad som är absolut nödvändigt, för att fatta ett beslut om att hålla den berörde i förvar med stöd av nationella bestämmelser om asyl, innan den berördes förvar som grundas på återvändandedirektivet upphör.

38 — Se artikel 15.6 och 15.7 i återvändandedirektivet angående maximitiden för förvar och punkt 57 i domen i det ovannämnda målet Kadzoev, där domstolen gjorde en strikt tolkning av dessa bestämmelser och fann att ”artikel 15.5 och 15.6 i [återvändandedirektivet] ska tolkas så, att den tid under vilken verkställigheten av ett beslut om avlägsnande har varit uppskjuten, till följd av att tredjelandsmedborgaren har överklagat beslutet till domstol, ska tas med i beräkningen av tiden för hållande i förvar inför avlägsnande, när tredjelandsmedborgaren under detta förfarande har fortsatt att vistas på en tillfällig förvarsanläggning”. Medlemsstaterna har rätt att anta förmånligare bestämmelser vad gäller maximitiden för förvar. Se, för ett liknande resonemang, artikel 4, samt artikel 15.5 och 15.6 i återvändandedirektivet. Jag erinrar om att det framgår av handlingarna i det mål som är anhängigt vid domstolen att Republiken Tjeckien inte har utnyttjat den möjlighet som ges i artikel 15.5 och 15.6 i återvändandedirektivet att föreskriva 18 månader som maximitid för förvar utan den har föreskrivit en kortare tid, nämligen sammanlagt högst 180 dagar.

39 — Vad gäller de omständigheter som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, anser jag att innehållet i artikel 23.4 g, j och l i direktiv 2005/85 eventuellt skulle kunna åberopas av de nationella myndigheterna för att tillämpa ett påskyndat eller prioriterat asylprövningsförfarande.

- När asylrätten missbrukas, det vill säga när det finns tydliga och samstämmiga indicier på att regelverket om beviljande av asyl blir ett instrument för att göra tillämpningen av återvändandedirektivet verkningslös, kan den berörde kvarhållas i förvar med tillämpning av detta direktiv och alla förberedelser inför hans avlägsnande kan fullföljas, såvida avlägsnandet inte verkställs medan asylförfarandet ännu inte avslutats, principen om non-refoulement tillämpas fullt ut samt asylansökan prövas och behandlas enligt alla tvingande regler, bland annat i direktiv 2005/85, under iakttagande av alla garantier som asylsökande ges härvidlag. Detta betyder likaledes att, i samband med kvarhållande i förvar med stöd av återvändandedirektivet, alla garantier som föreskrivs i artiklarna 15–18 i detta direktiv måste iakttas, inklusive vad gäller maximitiden för förvar.

VI – Förslag till avgörande

82. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Nejvyšší správní soud enligt följande:

- Med undantag för fall av rättsmissbruk är 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 inte längre tillämpligt på en tredjelandsmedborgare som har ingett en asylansökan så länge asylprövningsförfarandet pågår. Förvar av en tredjelandsmedborgare grundat på direktiv 2008/115/EG ska således upphöra, så snart denne inger en asylansökan och detta så länge som asylprövningsförfarandet pågår.
- Enligt artikel 7.3 i rådets direktiv 2003/9/EG av den 27 januari 2003 om miniminormer för mottagande av asylsökande, får medlemsstaterna på vissa villkor, 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 asyllagstiftning. I den situationen förfogar den nationella myndigheten över en kort tid, begränsad till vad som är absolut nödvändigt, för att fatta ett beslut om att hålla den berörde i förvar med stöd av nationella bestämmelser om asyl, innan den berördes förvar som grundas på direktiv 2008/115/EG upphör.
- När asylrätten missbrukas, det vill säga när det finns tydliga och samstämmiga indicier på att regelverket om beviljande av asyl blir ett instrument för att göra tillämpningen av direktiv 2008/115/EG verkningslös, kan den berörde kvarhållas i förvar med tillämpning av detta direktiv och alla förberedelser inför hans avlägsnande kan fullföljas, såvida avlägsnandet inte verkställs medan asylförfarandet ännu inte avslutats, principen om non-refoulement tillämpas fullt ut samt asylansökan prövas och behandlas enligt alla tvingande regler, bland annat i rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus, under iakttagande av alla garantier som asylsökande ges härvidlag. Detta betyder likaledes att i samband med kvarhållande i förvar med stöd av direktiv 2008/115/EG alla garantier som föreskrivs i artiklarna 15–18 i detta direktiv måste iakttas, inklusive vad gäller maximitiden för förvar.