

STÄLLNINGSTAGANDE AV GENERALADVOKAT

JÁN MAZÁK

föredraget den 26 oktober 2011<sup>1</sup>

1. Den tolkningsfråga som Cour d'appel de Paris (Frankrike) ställt gäller, i likhet med det ärende som föranledde domen i målet El Dridi<sup>2</sup>, förhållandet mellan nationell straffrätt och Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna<sup>3</sup>.

2. I förevarande fall kommer domstolens svar att vara till nytta för den hänskjutande domstolen i dess bedömning av lagenligheten av frihetsberövandet av tredjelsmedborgaren Alexandre Achughbaban, på grund av dennes olagliga vistelse i Frankrike.

3. Såvitt framgår av de uppgifter som finns i beslutet om hänskjutande samt i de handlingar som domstolen har mottagit från den hänskjutande domstolen, kan Alexandre

Achughbabians situation sammanfattas enligt följande:

- Den 9 april 2008 reste han in i Frankrike.
- Den 28 november 2008 avslog Office français de protection des réfugiés et apatrides (fransk myndighet till skydd för flyktingar och statslösa) hans ansökan om uppehållstillstånd som asylsökande.
- Den 27 januari 2009 avslog Préfet du Val-d'Oise Alexandre Achughbabians ansökan om uppehållstillstånd och beslutade dessutom att ålägga honom att lämna Frankrike inom en månad från delgivningen av detta beslut.
- Den 24 juni 2011 utsattes han för en identitetskontroll och placerades i polisrest på grund av att han misstänktes för brottet olaglig vistelse enligt artikel L. 621-1 i lagen om utlänningars inresa, vistelse och asyl (nedan kallad lagen om inresa, vistelse och asyl).
- Den 25 juni 2011 beslutade Préfet du Val-de-Marne att Alexandre Achughbaban skulle utvisas och hållas i administrativt

1 — Originalspråk: franska.

2 — Dom av den 28 april 2011 i mål C-61/11 PPU, El Dridi (REU 2011, s. I-3015).

3 — EUT L 348, s. 98.

förvar, och han placerades därefter i förvar.

- Den 27 juni 2011 förordnade Tribunal de grande instance de Créteil (juge des libertés et de la détention) om att förvaret skulle förlängas. Rätten ogillade samtidigt de invändningar om ogiltighet som framställdes av hans företrädare (bland annat en invändning avseende beslutet om polisarrest med hänsyn till domstolens dom i målet El Dridi<sup>4</sup>).
- Den 28 juni 2011 överklagade hans företrädare beslutet från Tribunal de grande instance de Créteil till Cour d'appel de Paris, och åberopade ett antal grunder (bland annat, återigen, att beslutet om polisarrest var ogiltigt, med hänvisning till domstolens dom i målet El Dridi<sup>5</sup>).

4. I detta läge upphävde Cour d'appel de Paris den 29 juni 2011 beslutet att hålla Alexandre Achughbaban i förvar, efter att ha beslutat ställa följande fråga till domstolen:

”Utgör direktiv [2008/115], med beaktande av dess tillämpningsområde, hinder för sådan nationell lagstiftning som artikel L. 621-1 i [lagen om inresa, vistelse och asyl], enligt vilken en tredjelandsmedborgare kan dömas till fängelsestraff enbart med anledning av att dennes inresa till eller vistelse i landet är olaglig?”

4 — Ovan fotnot 2.

5 — Ovan fotnot 2.

5. Med beaktande av att det var oundgängligt att de franska domstolarna så snart som möjligt fick svar på sin fråga – eftersom svaret på denna fråga skulle kunna innebära att eventuella olagliga frihetsberövanden förhindrades eller förkortades –, beslutade domstolen att bifalla den hänskjutande domstolens begäran om skyndsamt handläggning i enlighet med artikel 23a i Europeiska unionens domstols stadga och artikel 104a i domstolens rättegångsregler.

6. Alexandre Achughbaban, den tyska, den estniska och den franska regeringen och Europeiska kommissionen har ingett skriftliga yttranden till domstolen.

7. Alexandre Achughbaban, den danska, den tyska, den estniska och den franska regeringen samt kommissionen var företrädade vid förhandlingen, som hölls den 25 oktober 2011.

## Tillämpliga bestämmelser

### *Direktiv 2008/115*

8. Direktiv 2008/115 syftar, såsom framgår av skälen 2 och 20 samt artikel 1 i direktivet, till att införa gemensamma regler om

återvändande, avlägsnande, användning av tvångsmedel, förvar och inreseförbud för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium, regler som ska tjäna som grund för att upprätta en effektiv politik för avlägsnande, som ska stå i överensstämmelse med grundläggande rättigheter.

10. I artikel 2.1 i direktiv 2008/115 bestäms direktivets tillämpningsområde enligt följande:

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

9. I skälen 5 och 17 i direktivet anges följande:

11. Enligt artikel 6.1 i direktiv 2008/115 ska ”[u]tan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2–5 ... medlemsstaterna utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända”.

”(5) I detta direktiv bör ett antal horisontella bestämmelser fastställas som ska gälla för alla tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa, vistelse eller bosättning i en medlemsstat.

12. Enligt skäl 10 i direktiv 2008/115 är frivilligt återvändande att föredra framför påtvingat återvändande för tredjelandsmedborgare som vistas olagligen i en medlemsstat. I artikel 7 i direktivet anges följande:

...

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2 och 4 ska det i återvändandebeslutet fastställas en lämplig tidsfrist på mellan sju och trettio dagar för frivillig avresa. ...

(17) Tredjelandsmedborgare i förvar bör behandlas humant och värdigt med respekt för deras grundläggande rättigheter och i överensstämmelse med internationell och nationell rätt. Med undantag för det inledande gripande som de rättsvårdande myndigheterna genomför av personen i fråga, vilket regleras av nationell lagstiftning, bör frihetsberövandet förläggas till särskilda förvarsanläggningar.”

...

4. Om det finns risk för avvikande eller om en ansökan om laglig vistelse avvisats såsom uppenbart ogrundad eller bedräglig eller om den berörda personen utgör en risk för

allmän ordning, allmän säkerhet eller nationell säkerhet, får medlemsstaterna avstå från att bevilja någon tidsfrist för frivillig avresa eller bevilja en kortare tidsfrist än sju dagar.”

13. Artikel 8.1 i direktiv 2008/115 har rubriken ”Avlägsnande”. I denna artikel anges följande: ”[m]edlemsstaterna ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa beslutet om återvändande om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats i enlighet med artikel 7.4, eller om åläggandet att återvända inte har hörtsammats inom den tid för frivilligt återvändande som beviljats i enlighet med artikel 7”.

14. Enligt artikel 20 i direktiv 2008/115 skulle medlemsstaterna senast den 24 december 2010 sätta i kraft de lagar och andra författningar som var nödvändiga för att följa detta direktiv, med undantag för artikel 13.4 i direktivet.

#### *Den nationella lagstiftningen*

15. Artikel L. 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl har följande lydelse:

”En utlänning som har rest in i eller vistas i Frankrike i strid med bestämmelserna i artiklarna L.211-1 och L.311-1 eller som uppehåller sig i Frankrike under en tidsperiod

som överskrider den tillåtna perioden enligt utlänningens visum döms till ett års fängelse och böter på 3 750 euro.

Domstolen kan därutöver besluta om förbud för utlänningen att återvända till eller vistas i Frankrike som får gälla under högst tre år. Ett beslut om utvisning på grund av brott innebär ett bemyndigande att utvisa utlänningen, i förekommande fall när fängelsestraffet har avtjänats.”

16. Artiklarna i straffprocesslagen (code de procédure pénale) har ändrats genom lag nr 2011-392 av den 14 april 2011, som trädde i kraft den 1 juni 2011. Den lydelse av artikel 62 i straffprocesslagen som är tillämplig i förevarande fall är därför följande:

”Personer för vilka det inte finns någon skälig anledning att misstänka att de har begått eller försökt att begå en överträdelse får inte kvarhållas längre än vad som är absolut nödvändigt för förhör, och detta får inte pågå i mer än fyra timmar.

Om det under förhöret med personen uppstår skälig misstanke att denne begått ett brott på vilket fängelse kan följa eller för försök till sådant kan personen kvarhållas med tvång för att stå till förfogande för utredningen endast i

enlighet med reglerna om polisarrest. Personen ska då delges beslutet att placera honom i polisarrest i enlighet med bestämmelserna i artikel 63.”

17. I artikel 62-2 i straffprocesslagen, i den lydelse som är tillämplig i förevarande fall, anges att ”[p]olisarrest är en tvångsåtgärd som vidtas av kriminalpolisen, under en domstols överinseende, genom vilken en person som är skäligen misstänkt för ett brott på vilket fängelse kan följa eller för försök till sådant brott, hålls kvar för att stå till förfogande för utredningen. ...”

## Bedömning

18. Den fråga som den nationella domstolen har ställt speglar situationen i Frankrike efter domen i målet El Dridi<sup>6</sup>. I denna dom fastslog domstolen att direktiv 2008/115 utgör hinder för lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet ska dömas till fängelse enbart på den grunden att denne utan berättigade skäl har kvarstannat i landet, i strid med en order att lämna landet inom viss tid. Det finns i franska domstolar olika uppfattningar angående huruvida denna princip även ska tillämpas vad gäller det fängelsestraff som föreskrivs

i artikel L 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl när en utlänning olagligen rest in i eller vistats i Frankrike. Om denna princip är tillämplig skulle det vara uteslutet att, på grundval av artikel L 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl, placera någon i polisarrest i den mening som avses i artikel 62-2 i straffprocesslagen, i vilken en misstanke om brott på vilket fängelse kan följa föreskrivs som villkor för vidtagandet av en sådan tvångsåtgärd.

19. Även om denna fråga uppkommit inom ramen för domstolsprövningen av frihetsberövandet av tredjelandsmedborgaren Alexandre Achughbabian – bland annat den omständigheten att han placerades i polisarrest<sup>7</sup> –, vill jag precisera att förevarande begäran om förhandsavgörande inte avser polisarrest i sig, såsom frihetsberövande straffrättslig åtgärd, eller villkoren för dess användning. Jag är emellertid medveten om att domstolens svar kan komma att få en betydelse för möjligheten att besluta om polisarrest för personer

<sup>7</sup> — Den hänskjutande domstolen har i sitt svar på EU-domstolens begäran om förtydliganden förklarat att de allmänna domstolarna, och därmed också den hänskjutande domstolen, ska skydda den personliga friheten. Av detta skäl ankommer det på den att, efter bestridande, undersöka huruvida identitetskontrollen och den efterföljande polisresten var rättsenliga, när dessa omedelbart föregår placering i administrativt förvar. Invändningar mot förvaltningsbeslut (som ett utvisningsbeslut eller beslut om placering i förvar) prövas däremot av förvaltningsdomstolarna.

<sup>6</sup> — Ovan fotnot 2.

misstänkta för att ha begått den överträdelse som avses i artikel 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl.

20. Artikel 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl har en sak gemensamt med direktiv 2008/115, nämligen att en tredjelandsmedborgare vistas olagligt i en medlemsstat. I de två bestämmelserna dras dock olika slutsatser av nämnda omständighet. Medan nämnda omständighet i artikel 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl klassificeras som en överträdelse som kan leda till ett års fängelse och böter på 3750 euro, föreskrivs i direktiv 2008/115 ett förvaltningsförfarande för återvändande, i vilket det ska säkerställas att den berörda personen endast får berövas sin frihet för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet om inte andra tillräckliga, men mindre ingripande, åtgärder kan tillämpas verkningfullt.

21. Förvisso föreskrivs i den franska lagstiftningen, för de fall när en tredjelandsmedborgare vistas olagligt i en medlemsstat, utöver en straffrättslig påföljd även ett förvaltningsförfarande för återvändande. Beviset för detta är att Alexandre Achughbajian själv för närvarande genomgår en av etapperna i ett sådant förfarande, i enlighet med lagen om inresa, vistelse och asyl.

22. Begäran om förhandsavgörande avser emellertid inte detta förfarande i sig och följaktligen kommer jag inte att i detta ställningstagande behandla frågan huruvida det

förvaltningsförfarande för återvändande som Alexandre Achughbajian är föremål för, i enlighet med fransk lagstiftning, motsvarar de krav som följer av direktiv 2008/115. Det bör dock påpekas att Frankrike vid tiden för omständigheterna i målet inte hade uppfyllt sin skyldighet enligt artikel 20 i direktiv 2008/115 att genomföra de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet. Såvitt framgår av den franska regeringens skriftliga yttrande var det först genom lag nr 2011-672 av den 16 juni 2011 om invandring, integration och medborgarskap (loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité), som trädde i kraft den 18 juli 2011, som direktiv 2008/115 fullt ut införlivades med den franska rättsordningen. De ändringar som nämnda lag medförde påverkade dock inte den lydelse av artikel L. 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl som är aktuell i förevarande mål.

23. Domstolen slog i målet El Dridi fast principen att "oaktat den omständigheten att varken artikel 63 första stycket punkt 3 b EG, som återges i artikel 79.2 c FEUF, eller direktiv 2008/115, som antogs bland annat med stöd av nämnda bestämmelse i EG-fördraget, utesluter att medlemsstaterna är behöriga på straffrättsområdet vad gäller olaglig invandring och olaglig vistelse i landet, så måste medlemsstaterna ändå utforma sin lagstiftning på detta område på ett sådant sätt att respekten för unionsrätten säkerställs. Dessa stater får i synnerhet inte tillämpa lagstiftning, inte ens

straffrättslig sådan, som kan äventyra fullgörandet av målen med ett direktiv och förta direktivet dess ändamålsenliga verkan.”<sup>8</sup>. Mot bakgrund av denna princip anser jag att det för att besvara den ställda frågan måste undersökas huruvida den omständigheten att en tredjelandsmedborgare straffas med fängelse för att ha vistats olagligt i en medlemsstat kan äventyra förverkligandet av de mål som eftersträvas genom direktiv 2008/115.

24. Mot bakgrund av ordalydelsen i skälen 2 och 20 samt i artikel 1 i direktiv 2008/115, kan direktivets syfte enkelt fastställas. Detta syfte är att införa gemensamma regler om återvändande, avlägsnande, användning av tvångsmedel, förvar och inreseförbud för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium, regler som ska tjäna som grund för att upprätta en effektiv politik för avlägsnande, som ska stå i överensstämmelse med grundläggande rättigheter.

25. Innan jag undersöker huruvida en sådan bestämmelse som artikel L. 621-1 i lagen om

inresa, vistelse och asyl kan äventyra nämnda syfte vill jag först avfärda det av den estniska och den franska regeringen framförda argumentet att direktiv 2008/115 endast är tillämpligt från och med den tidpunkt då ett beslut om återvändande har fattats.

26. Om detta argument godtogs skulle det innebära att direktiv 2008/115 gav medlemsstaterna möjlighet att bestämma om, och när, de avser att fatta ett beslut om återvändande och därmed inleda förfarandet för återvändande avseende en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium.

27. Direktiv 2008/115 ger dock inte medlemsstaterna ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning. Tvärtom anges i flera bestämmelser i direktiv 2008/115 att direktivet syftar till att införa en skyldighet för medlemsstaterna att inleda förfarandet för återvändande för alla tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på medlemsstaternas territorier. Det framgår främst av artikel 6.1 i direktiv 2008/115, enligt vilken medlemsstaterna ska utfärda beslut om att ”tredjelandsmedborgare”<sup>9</sup> som vistas olagligt på medlemsstaternas territorium ska återvända. Undantagen från denna skyldighet

8 — Ovan fotnot 2 (punkterna 54 och 55). Domstolen har nyligen upprepat denna princip i dom av den 21 juli 2011 i mål C-104/10, Kelly (REU 2011, s. I-6813) punkt 35.

9 — Min markering.

anges uttryckligen i punkterna 2–5 i samma artikel i direktiv 2008/115.

direktiv 2008/115, ska det förfarande för återvändande som föreskrivs i direktiv 2008/115 uppmärksammas.<sup>10</sup>

28. Nämnda skyldighet, det vill säga skyldigheten att fatta ett beslut om återvändande, medför en motsvarande rätt för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna att förvänta sig ett sådant agerande från staternas sida. Följaktligen innebär direktiv 2008/115 en rätt för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat att den berörda medlemsstaten fattar ett beslut om återvändande i enlighet med vilket förfarandet för återvändande inleds som syftar till att avsluta den olagliga vistelsen. I detta förfarande får den berörda personen endast berövas sin frihet för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet om inte andra tillräckliga, men mindre ingripande, åtgärder kan tillämpas verkningsfullt.

29. För att återgå till huvudfrågan, vilken består i att avgöra huruvida den omständigheten att en tredjelandsmedborgare straffas med fängelse för att ha vistats olagligt i en medlemsstat kan äventyra förverkligandet av de mål som eftersträvas genom

30. I direktivet föreskrivs användning av tvångsåtgärder för att säkerställa uppnåendet av dess syften, det vill säga att beslutet om återvändande verkställs. Såsom jag redan har haft anledning att påpeka i mitt ställningstagande i målet *El Dridi*<sup>11</sup>, är uppräknningen av nämnda åtgärder i direktiv 2008/115 inte uttömmande. Med hänsyn till att varje förfarande för återvändande uppvisar sina egna unika drag vore detta inte ens möjligt.

31. Det kan inte bestridas att ett fängelsestraff är en tvångsåtgärd. Emellertid är det samtidigt uppenbart att det inte är en tvångsåtgärd som bidrar till verkställandet av ett beslut om återvändande, och följaktligen, uppnåendet av syftet med direktiv 2008/115. Det straff som föreskrivs för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten (såsom jag redan har påpekat i punkt 25 i förevarande ställningstagande, handlar det om den omständighet som enligt direktiv 2008/115 medför en skyldighet att inleda förfarandet för återvändande) utgör objektivt sett ett

<sup>10</sup> — De olika stegen i förfarandet för återvändande, samt deras inbördes ordning, har beskrivits i detalj i punkterna 34–40 i domen i målet *El Dridi* (ovan fotnot 2).

<sup>11</sup> — Avkunnad den 1 april 2011 (punkt 32).



hinder, om än endast tillfälligt, för verkställighet av beslutet om återvändande.

uteslutet att beröva en person friheten under den tid som är absolut nödvändig för att undersöka huruvida villkoren för att fatta ett beslut om återvändande i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2008/115 är uppfyllda. På denna punkt delar jag den franska regeringens inställning att ett sådant frihetsberövande kan vara nödvändigt i många fall<sup>12</sup> och att detta, i enlighet med skäl 17 i direktiv 2008/115 ska regleras av medlemsstaternas nationella lagstiftning. Detta frihetsberövande kan emellertid inte ske på grundval av en sådan bestämmelse som artikel L. 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl.

32. Den franska regeringen har hänvisat till justitieministerns cirkulär av den 21 februari 2006 och av den 12 maj 2011. I dessa cirkulär rekommenderas allmänna åklagare att endast väcka åtal för olaglig inresa och vistelse mot sådana utlänningar som begått ett annat brott, och avskriva övriga ärenden från vidare handläggning för att i förevarande fall tillåta genomförandet av förvaltningsförfarandet för avlägsnande från Frankrike. Det framgår dock av statistik, som den franska regeringen också inkommit med, att det trots dessa instruktioner finns fall då straff dömts ut enbart med stöd av artikel L. 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asyl.

34. Enligt vad som anförts finner jag att domstolen bör besvara tolkningsfrågan på följande sätt. Direktiv 2008/115 ska tolkas så, att det utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken tredjelandsmedborgare kan straffas med fängelse för att enbart ha vistats olagligt i den berörda medlemsstaten.

33. Jag vill emellertid understryka att detta inte innebär att det rent allmänt skulle vara

12 — Jag har vissa tvivel angående huruvida detta är nödvändigt i Alexandre Achughbabians fall. Denna var nämligen redan föremål för ett prefektbeslut av den 27 januari 2009, vilket enligt min mening kan ses som ett beslut om återvändande i den mening som avses i artikel 6.1 i direktiv 2008/115.

## Förslag till avgörande

35. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar den fråga som Cour d'appel de Paris har ställt på följande sätt:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna, ska tolkas så, att det utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken tredjelandsmedborgare kan straffas med fängelse för att enbart ha vistats olagligt i den berörda medlemsstaten.