

Mål C-718/19**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

27 september 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Cour constitutionnelle (tidigare Cour d'arbitrage) (Belgien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

18 juli 2019

Klagande:

Ordre des barreaux francophones et germanophone

Association pour le droit des Étrangers ASBL

Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Étrangers ASBL

Ligue des droits de l'Homme ASBL

Vluchtelingenwerk Vlaanderen ASBL

Motpart:

Conseil des Ministres

I. Saken i målet vid den nationella domstolen

- 1 Ordre des barreaux francophones et germanophone (Fransk- och tyskspråkiga advokatsamfundet), (nedan kallat OBFG), å ena sidan, och föreningarna Association pour le droit des Étrangers ASBL (Föreningen för utlänningars rätt), Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Etrangers (Samordning och initiativ för och med flyktingar och utlänningar), Ligue des droits de l'Homme ASBL (Alliansen för mänskliga rättigheter) samt Vluchtelingenwerk Vlaanderen ASBL (Flyktinghjälp Flandern), å andra sidan, väckte talan om helt eller delvis ogiltigförklaring av Loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers

afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale (lagen av den 24 februari 2017 om ändring av lagen av den 15 december 1980 om utlänningars inresa, vistelse och bosättning samt utvisning av utlänningar för att stärka skyddet för allmänna ordning och nationella säkerhet), (offentliggjord i Moniteur belge av den 19 april 2017, s. 51890 (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2017/02/24/2017011464/justel>)), (nedan kallad den angripna lagen). Målen registrerades under målnummer 6749 respektive 6755 och förenades.

- 2 Genom den angripna lagen ändras lagen av den 15 december 1980 om utlänningars inresa, vistelse och bosättning samt utvisning av utlänningar (offentliggjord i Moniteur belge av den 31 december 1980, s. 14584 (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1980/12/15/1980121550/justel>)), (nedan kallad lagen av den 15 december 1980).

II. Den angripna lagen

- 3 Syftet med lagen av den 24 februari 2017 är ”att säkerställa en mer öppen, konsekvent och effektiv utvisningspolitik, särskilt när målet är att säkerställa allmän ordning eller nationell säkerhet, samtidigt som de berörda personernas grundläggande rättigheter iakttas” (Doc. parl., Chambre, 2016–2017, DOC 54–2215/001, s. 4). I synnerhet ska ”myndigheterna ges möjlighet att agera snabbare och mer effektivt när allmän ordning eller nationell säkerhet är hotad” (ibid).
- 4 I lagens förarbeten anges följande:

”För att uppnå dessa mål föreslås följande:

 - Grunderna för systemet för avvísning och utvisning ska ses över och ersättas med två separata system beroende på utlänningens vistelsestatus.
 - Öppnare, mer konsekventa och effektiva regler för att skydda allmän ordning eller nationell säkerhet ska föreskrivas.
 - En mekanism som syftar till att så långt som möjligt begränsa vidtagandet av avvísnings- eller utvisningsåtgärder ska inrättas.
 - Vilka myndigheter som vid gränskontrollen har befogenhet att fatta beslut om avvísning och upphävande eller återkallande av viseringar, ska fastställas samt de fall i vilka de är behöriga att utöva denna befogenhet” (ibid, s. 5).
- 5 Genom den angripna lagen införlivas delvis bland annat följande direktiv:
 - Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG,

68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG, (EUT L 158, 30.4.2004, s. 77).

- Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (EUT L 348, 2008, s. 98).

III. Aktuella bestämmelser

6 Genom den angripna lagen ändras ett stort antal bestämmelser i lagen av den 15 december 1980. Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) bedömde att de flesta av de invändningar som hade anförts mot denna lag saknade grund och ogillade därför talan om ogiltigförklaring i denna del. Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) anser emellertid att det krävs en tolkning av vissa unionsbestämmelser innan den kan pröva de återstående grunderna. Den har således skjutit upp prövningen av vissa grunder avseende artiklarna 28, 29, 30, 31 och 32 i den angripna lagen.

7 Genom artiklarna 28, 29, 30, 31 och 32 i den angripna lagen införs artiklarna 44c – 44g i lagen av den 15 december 1980. Dessa bestämmelser lyder enligt följande:

8 Artikel 44c

”Så länge som den tidsfrist som anges i artikel 44b löper får unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar inte bli föremål för utvisning genom tvång.

För att undvika all risk för avvikande under den tid som avses i artikel 44b kan unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar vara tvungna att iaktta förebyggande åtgärder. Kungen ska ha befogenhet att fastställa dessa åtgärder genom en kungörelse som antas av ministerrådet.”

9 Artikel 44d

”1 § Ministern eller hans ställföreträdare ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa ett utvisningsbeslut om

1° det inte har beviljats någon tidsfrist för unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar för att lämna riket,

2° unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar inte har lämnat riket inom den tidsfrist som han har beviljats,

3° det innan den tidsfrist som beviljats för att lämna riket har löpt ut föreligger en risk för avvikande vad avser unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar, unionsmedborgaren inte har iakttagit de förebyggande åtgärderna eller utgör ett hot mot allmän ordning eller nationell säkerhet.

2 § Om unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar motsätter sig utvisningen eller om det föreligger en risk för fara i samband med utvisningen ska unionsmedborgaren, i förekommande fall, genom tvång eskorteras. Tvångsåtgärder kan då användas vad avser unionsmedborgaren i enlighet med artiklarna 1 och 37 i Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police (polislagen av den 5 augusti 1992).

När utvisningen genomförs med flyg ska åtgärderna vidtas i enlighet med de gemensamma riktlinjerna för utvisning genom flyg som bifogats beslut 2004/573/EG.

3 § Kungen fastställer genom en kungörelse som antas av ministerrådet, vilket är det organ som ansvarar för kontrollen av utvisning genom tvång och fastställer kontrollåtgärder i detta avseende. Detta organ ska vara oberoende i förhållande till de myndigheter som är behöriga i fråga om utvisning.”

10 Artikel 44e

”Om omständigheterna i det enskilda fallet motiverar det, får ministern eller hans ställföreträdare tillfälligt skjuta upp verkställigheten av utvisningen. Han ska informera den berörda personen om detta.

För att undvika all risk för avvikande kan en unionsmedborgare eller dennes familjemedlemmar vara tvungna att iaktta förebyggande åtgärder. Kungen ska ha befogenhet att besluta om dessa åtgärder genom en kungörelse som antas av ministerrådet.

Ministern eller hans ställföreträdare kan i sådant fall anvisa en vistelseort åt unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar under den tid som krävs för att genomföra åtgärden.”

11 Artikel 44f

”1 § Om det krävs med hänsyn till allmän ordning, nationell säkerhet eller folkhälsan, och mindre ingripande åtgärder inte kan tillämpas effektivt, får unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, för att säkerställa att utvisningen genomförs, under den tid som är absolut nödvändig för att genomföra åtgärden, tas i förvar. Tiden för förvar får inte överstiga två månader.

Ministern eller hans ställföreträdare får förlänga denna förvarsperiod med två månader åt gången, om de nödvändiga åtgärderna för att utvisa utlänningen från landet vidtas inom sju arbetsdagar efter det att unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar har tagits i förvar, att dessa åtgärder genomförs med vederbörlig omsorg och det fortfarande finns möjlighet att verkligen utvisa den berörda personen inom rimlig tid.

Efter en första förlängning av förvarsperioden kan beslut om fortsatt förlängning endast fattas av ministern.

Efter fem månader ska unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar frigges. Om det krävs med hänsyn till allmän ordning eller nationell säkerhet kan förvarsperioden förlängas med en månad åt gången under förutsättning att den sammanlagda förvarsperioden inte överstiger åtta månader.

2 § En unionsmedborgare eller dennes familjemedlemmar som avses i punkt 1 får väcka talan mot beslutet om förvar som den eller de blir föremål för, i enlighet med artikel 71 och följande artiklar.”

12 Artikel 44g

”Följande personer får inte tas i förvar i den mening som avses i artikel 74/8 § 2:

1° unionsmedborgare som är minderåriga utan medföljande vuxen,

2° minderåriga familjemedlemmar till en unionsmedborgare utan medföljande vuxen, eller

3° familjer till unionsmedborgare när de består av minst en minderårig”.

IV. Parternas yrkanden och argument

1. Artikel 28 i den angripna lagen (artikel 44c i lagen av den 15 december 1980)

- 13 Den första delen av den femte grunden i mål nr 6749 avser åsidosättande av unionsmedborgarnas rätt till fri rörlighet och etableringsfrihet samt av direktiv 2004/38, eftersom det inte är tillåtet att utsätta unionsmedborgare och därmed likställda utlänningar för förebyggande åtgärder i syfte att undvika en risk för avvikande. OBFG har i andra hand gjort gällande att risk för avvikande inte beaktas på ett objektivt sätt med tydliga kriterier genom den ifrågasatta bestämmelsen. OBFG har anfört att begreppet ”risk för avvikande” har en exakt betydelse i europeisk rätt när det gäller tredjelandsmedborgare och att det inte är godtagbart att unionsmedborgare och andra därmed likställda utlänningar behandlas mindre förmånligt än tredjelandsmedborgare.

Ministerrådet anser att denna grund inte kan tas upp till sakprövning i den del den avser åsidosättande av etableringsfriheten, eftersom denna frihet, som är utformad mot bakgrund av unionsrätten, syftar till att säkerställa rätten för företag och egenföretagare att etablera sig i en medlemsstat på samma villkor som nationella medborgare. Ministerrådet har dessutom påpekat att sökanden inte har redogjort för på vilket sätt denna frihet skulle ha åsidosatts.

Vad gäller begreppet ”risk för avvikande” anser ministerrådet att dess tillämpning i samband med att en asylsökande tas i förvar i avvaktan på att denne ska förflyttas till en annan europeisk medlemsstat inte kan anses relevant i detta sammanhang.

Sökanden har understrukt att lagen är tvetydig i fråga om vilka åtgärder som kan anses vara ”förebyggande” och har vidhållit att när åtgärder har till syfte att förebygga en ”risk för avvikande” gäller de, till sin natur, en begränsning av den fria rörligheten.

- 14 Som andra delgrund har sökanden gjort gällande att den angripna bestämmelsen strider mot den grundläggande rätten till frihet som garanteras i artikel 12 i konstitutionen, artikel 5 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen) och artikel 6 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) samt den fria rörligheten och etableringsfriheten. Sökanden har anfört att förvar av en unionsmedborgare eller en därmed likställd utlänning inte kan motiveras genom en ”risk för avvikande” om utvisningsåtgärden varken kan vidtas eller verkställas gentemot dem, på grund av det skydd som tillerkänns dem genom artikel 39/79 i lagen av den 15 december 1980 och artikel 31 i direktiv 2004/38.

Ministerrådet har gjort gällande att sökanden har gjort en felaktig tolkning av den angripna bestämmelsen genom att likställa ”förebyggande åtgärder” med förvar. Ministerrådet har angett att åtgärder avseende förvar föreskrivs i en annan bestämmelse, nämligen artikel 44f i lagen av den 15 december 1980. Rådet har även angett att den omständigheten att det saknas tillstånd i detta avseende enligt direktiv 2004/38 inte gör det möjligt att dra slutsatsen att det är förbjudet för medlemsstaterna att vidta förebyggande åtgärder.

Sökanden har betonat att de förebyggande åtgärderna nödvändigtvis utgör en form av verkställighet av en utvisningsåtgärd, eftersom de just har till syfte att säkerställa en sådan utvisning. Sökanden har erinrat om att en sådan verkställighet uttryckligen är förbjuden.

- 15 Som tredje delgrund har sökanden gjort gällande att den angripna bestämmelsen strider mot principen om maktfördelning, som följer av artiklarna 33, 34, 36, 37, 105 och 108 i konstitutionen, genom att den ger Kungen behörighet i fråga om förvar och alternativ till förvar, vilket utgör åtgärder som begränsar unionsmedborgarnas och därmed likställda utlänningars rätt till frihet och fri rörlighet.

Ministerrådet anser att eftersom de förebyggande åtgärderna inte utgör begränsningar av den fria rörligheten kan de delegeras till Kungen.

2. Artikel 29 i den angripna lagen (artikel 44d i lagen av den 15 december 1980)

- 16 Den första delen av den sjätte grunden i mål nr 6749 avser åsidosättande av artikel 31.2 i direktiv 2004/38, i den mån utvisning genom tvång av en unionsmedborgare eller dennes familjemedlemmar, eller att beröva denna utlänning skydd mot utvisning genom tvång under fristen för att överklaga eller under prövningen av utvisningsbeslutet, enligt denna bestämmelse endast skulle vara tillåtet av tvingande hänsyn till allmän säkerhet enligt artikel 28.3 i direktivet. Sökanden har anfört att den angripna bestämmelsen gör det möjligt för ministern eller dess ställföreträdare att låta verkställa ett utvisningsbeslut av andra skäl.

Ministerrådet anser att artikel 39/79 i lagen av den 15 december 1980 ska beaktas. Enligt denna bestämmelse får myndigheterna endast utvisa en unionsmedborgare eller dennes familjemedlemmar genom tvång under prövningen av överklagandet av beslutet om återkallad uppehållsrätt, på grund av tvingande hänsyn till nationell säkerhet.

Sökanden anser att den tolkning som ministerrådet föreslår inte kan godtas, eftersom den uppenbart strider mot bestämmelserna i lagen.

3. Artikel 31 i den angripna lagen (artikel 44f i lagen av den 15 december 1980)

- 17 Den åttonde grunden i mål nr 6749 avser åsidosättande av artikel 12 i konstitutionen, jämförd med artikel 5 i Europakonventionen, artikel 6 i stadgan, samt rätten till fri rörlighet och etableringsfrihet och den ändamålsenliga verkan av direktiv 2004/38. OBFG har invänt mot att det i artikel 31 i den angripna lagen dels föreskrivs en förvarsperiod på två månader, vilket förefaller orimligt långt eftersom det endast rör sig om att förflytta en person till en annan medlemsstat (första delen), dels inte föreskrivs några tydliga kriterier som gör det möjligt att fastställa vilken varaktighet som är absolut nödvändig för att verkställa åtgärden (andra delen).

Ministerrådet har gjort gällande att de angripna materiella och processuella bestämmelserna, mot bakgrund av en detaljerad uppräkningslista av de fall då en utlänning kan tas i förvar, uppfyller de krav som följer av artikel 5.1 f i Europakonventionen. Ministerrådet har angett att den oumbärliga tillämpningen av god tro vid åtgärdens verkställande säkerställs genom villkoret att förvarsperioden inte får vara längre än vad som är absolut nödvändigt, på så vis att den maximala perioden på två månader varken är en regel eller utgör en befogenhet att i samtliga fall tillåta ett förvar som pågår under en så lång period.

Sökanden anser att ministerrådet inte beaktar unionsmedborgarnas specifika egenskaper, såsom den omständigheten att de åtnjuter en grundläggande rätt till fri rörlighet inom unionen, att denna rörlighet ska underlättas och så vidare.

4. Artiklarna 28–32 i den angripna lagen (44c -44g i lagen av den 15 december 1980)

- 18 Den första delen av den nionde grunden i mål nr 6749 avser bland annat åsidosättande av den fria rörligheten och etableringsfriheten samt direktiv 2004/38, genom artiklarna 28–32 i den angripna lagen, eftersom det enligt dessa bestämmelser inte skulle vara tillåtet att utsätta unionsmedborgare och därmed likställda utlänningar för förebyggande åtgärder i syfte att undvika en risk för avvikande. OBFG har i andra hand gjort gällande att även om det skulle godtas att det ovannämnda direktivet tillåter sådana förebyggande åtgärder, kan det konstateras att de ifrågasatta bestämmelserna är rättsstridiga, eftersom begreppet risk för avvikande inte har definierats genom tydliga lagstadgade kriterier. OBFG har anfört att begreppet risk för avvikande har en särskild definition enligt unionsrätten i förhållande till utlänningar som är tredjelandsmedborgare. OBFG har även anfört att det inte kan motiveras att unionsmedborgare och därmed likställda utlänningar behandlas mindre förmånligt än tredjelandsmedborgare.

Ministerrådet har hänvisat till sin argumentation vad avser den femte grundens första del.

- 19 Den andra delgrunden avser åsidosättande av artikel 22 i konstitutionen, jämförd med artiklarna 17 och 23 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, artikel 8 i Europakonventionen, artiklarna 7 och 33 i stadgan samt artiklarna 27 och 28 i direktiv 2004/38, eftersom de angripna bestämmelserna använder alltför vaga, oklara och otydliga begrepp, såsom ”hänsyn till allmän ordning, nationell säkerhet eller folkhälsan”, ”tvingande hänsyn till allmän ordning eller nationell säkerhet” och ”tvingande hänsyn till nationell säkerhet”, som kan ligga till grund för ett beslut om återkallande av uppehålls rätt samt utvisning.

Ministerrådet kan inte förstå hur lagstiftaren skulle ha kunnat åsidosätta artiklarna 27 och 28 i direktiv 2004/38, trots att den angripna lagen har samma lydelse som dessa.

- 20 Den tredje delgrunden avser åsidosättande av principen om maktfördelning, som följer av artiklarna 33, 34, 36, 37, 105 och 108 i konstitutionen. OBFG har anfört att rätten till frihet och fri rörlighet för unionsmedborgare och därmed likställda utlänningar begränsas genom förvarsåtgärder och alternativ till förvar.

Ministerrådet hänvisar härvid till sin argumentation vad avser den femte grundens tredje del och den sjunde grunden.

- 21 De tre första delarna av den tionde grunden i mål nr 6749 avser åsidosättande av unionsmedborgarnas fria rörlighet och etableringsfrihet, samt av den ändamålsenliga verkan av direktiv 2004/38, genom artikel 33 i den angripna lagen. Enligt denna bestämmelse tillåts nämligen att ett inreseförbud automatiskt utgör en del av ett utvisningsbeslut som antagits av hänsyn till allmän säkerhet (första delen), att ett inreseförbud gäller under en period som överstiger fem år om

unionsmedborgaren eller en medlem av dennes familj utgör ett allvarligt hot för allmän säkerhet, vilket alltid är fallet om den berörda utlänningen utgör föremål för ett utvisningsbeslut (andra delen) och att ministern eller dennes ställföreträdare tillåts anta ett inreseförbud med en varaktighet av flera år utan att behöva motivera detta genom konkreta omständigheter som tyder på att utlänningen kommer att fortsätta att utgöra ett allvarligt hot mot grundläggande samhällsintressen (tredje delen).

Ministerrådet anser att grunden inte kan tas upp till sakprövning i den del den avser åsidosättande av etableringsfriheten samt åsidosättande av den ändamålsenliga verkan av direktiv 2004/38, eftersom sökanden inte har angett vilka bestämmelser i direktivet som har åsidosatts.

Ministerrådet anser att sökanden har gjort en felaktig tolkning av den angripna bestämmelsen, eftersom det i denna föreskrivs en möjlighet att utfärda ett inreseförbud och inte en skyldighet att göra detta, vilket innebär att det inte kan hävdas att den angripna bestämmelsen tillåter ett automatiskt inreseförbud. Ministerrådet har även anfört att det inte är riktigt att ministern eller hans ställföreträdare ges befogenhet att fatta ett beslut om inreseförbud som gäller i mer än fem år, utan att behöva motivera denna varaktighet på annat sätt än genom samma konstateranden som de som ledde till att ett utvisningsbeslut fattades. I det ovannämnda direktivet föreskrivs att ett inreseförbud kan utfärdas gentemot en unionsmedborgare eller dennes familjemedlemmar av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Slutligen har ministerrådet tillagt att myndigheterna ska göra en individuell prövning av varje beslut och drar därav slutsatsen att ett eventuellt åsidosättande av proportionalitetsprincipen inte skulle följa av den angripna lagen utan av den behöriga myndighetens tillämpning av denna.

Sökanden anser att den tolkning som ministerrådet har gjort av den angripna bestämmelsen inte är uppenbar utan innefattar en tvetydighet som visar på oklarheter vad gäller gränserna och räckvidden av de begrepp som används i lagen. Sökanden har även anfört att ministerrådet, genom att vidhålla detta ställningstagande, motsäger artikel 27.2 andra stycket i direktiv 2004/38 och EU-domstolens praxis.

- 22 Den fjärde delen av den tionde grunden avser åsidosättande av artiklarna 10, 11 och 191 i konstitutionen, jämförda med artikel 26 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, artikel 14 i Europakonventionen, artikel 1 i tolfte tilläggsprotokollet till denna konvention samt artiklarna 20 och 21 i stadgan. OBFG anser att den angripna bestämmelsen medför en diskriminering mellan unionsmedborgare och tredjelandsmedborgare, gällande vilka artikel 74/11 i lagen av den 15 december 1980 utgör hinder för att alla hänsyn till allmän ordning som kan ligga till grund för ett beslut om återkallande av uppehållsrätt eller utvisning även kan ligga till grund för ett inreseförbud på fem år.

Ministerrådet har anfört att sökanden har gjort en felaktig tolkning av lagen och att den skillnad i behandling som sökanden har åberopat inte existerar. Ministerrådet har härvid hänvisat till artikel 74/11 § 1 fjärde stycket i lagen av den 15 december 1980.

Sökanden anser att ministerrådet maskerar den omständigheten att artikel 74/11 i lagen av den 15 december 1980 utgör hinder för att alla hänsyn till allmän ordning som kan ligga till grund för ett beslut om återkallande av uppehållsrätt eller utvisning även kan ligga till grund för ett inreseförbud på fem år. Sökanden har erinrat om att det för att utfärda ett inreseförbud på fem år enligt denna bestämmelse krävs en högre allvarlighetsgrad än de som krävs för ett utvisningsförbud. Vad gäller unionsmedborgare har myndigheten däremot rätt att anta ett utvisningsbeslut och utfärda ett inreseförbud på fem år av identiska skäl.

- 23 Sökandena i mål nr 6755 åberopar som fyrtiosjunde grund åsidosättande av artiklarna 28–31 i den angripna lagen, artiklarna 10 och 11 i konstitutionen, fristående eller jämförda med artiklarna 20 och 21 FEUF samt rättssäkerhetsprincipen. De har gjort gällande att de angripna bestämmelserna bemyndigar Kungen, i strid med ovannämnda bestämmelser, att införa sådana begränsningar av den fria rörligheten för unionsmedborgare som inte föreskrivs i direktiv 2004/38. Bestämmelsen ger dessutom upphov till en oberättigad åtskillnad mellan unionsmedborgare samt deras familjemedlemmar som berörs av de åtgärder som vidtas med stöd av artikel 44c i lagen av den 15 december 1980, och andra unionsmedborgare samt deras familjemedlemmar, genom att kriteriet ”risk för avvikande” inte definieras i lagen (första delgrunden). Artiklarna 29 och 31 medför ett åsidosättande av legalitetsprincipen i den del de innebär att Kungen ges behörighet att vidta åtgärder som begränsar grundläggande friheter (andra delgrunden). Slutligen har sökandena gjort gällande att rättssäkerheten har åsidosatts i den mån det är osäkert om åtgärder redan kan vidtas gentemot unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, vilka riskerar att avvika, eftersom inget verkställande beslut ännu har antagits. De berörda kan närmare bestämt inte ana vilka bestämmelser som kan tillämpas vid ”risk för avvikande”: Åtgärder beslutade av kungen eller åtgärder vidtagna av migrationsmyndigheten med stöd av lag (tredje delgrunden).

Ministerrådet konstaterar att de angripna bestämmelserna per definition inte avser unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, vilka enligt direktiv 2004/38 inte kan åtnjuta skydd mot utvisning och vars rätt till fri rörlighet är föremål för begränsningar i den mening som avses i artikel 21 FEUF. Rådet har även påpekat att definitionen av ”risk för avvikande” i artikel 1.11 i lagen av den 15 december 1980 inte enbart är tillämplig på tredjelandsmedborgare utan även på unionsmedborgare och deras familjemedlemmar. Det framgår för övrigt av förarbetena att de åtgärder som Kungen kan vidta inte får medföra begränsningar av grundläggande friheter. Ministerrådet hänvisar härvid till de åtgärder som anges i artikel 110m i den kungliga förordningen av den 8 oktober 1981. Slutligen konstaterar ministerrådet att det i artikel 44d i lagen av den 15 december 1980

föreskrivs klara begränsningar för tillämpningen av dessa åtgärder, vilket innebär att någon rättsosäkerhet inte föreligger.

- 24 Sökandena i mål nr 6755 åberopar som fyrtioåttonde grund att artiklarna 10–11 i den angripna lagen, jämförda med artikel 5 i Europakonventionen och artiklarna 6 och 52 i stadgan, har åsidosatts genom artiklarna 28–31 i den angripna lagen. De har anfört att begreppet risk för avvikande inte definieras i tillräcklig grad i de angripna bestämmelserna. Den definition som förekommer i artikel 1.11 i lagen av den 15 december 1980 är endast tillämplig på tredjelandsmedborgare och definierar inte de ”objektiva och allvarliga omständigheter” som hänvisas till i bestämmelsen. I artiklarna 28 och 30 införs dessutom en skillnad i behandling mellan unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, vilka kan utsättas för förebyggande åtgärder vid risk för avvikande, och andra utlännningar.

Ministerrådet anser att de ifrågasatta bestämmelserna innebär ett tillräckligt skydd mot godtycklig behandling. Delegeringen av den behöriga statssekreteraren ska grunda sig på objektiva och allvarliga omständigheter innan en risk för avvikande kan åberopas, och en talan om ogiltigförklaring kan väckas mot beslutet vid Conseil du contentieux des étrangers (utlänningsdomstolen).

- 25 Sökandena i mål nr 6755 åberopar som femtionde grund åsidosättande av artiklarna 10 och 11 i konstitutionen, fristående eller jämförda med artiklarna 5 och 13 i Europakonventionen och artikel 2 i tilläggsprotokollet till denna konvention, genom artiklarna 28–31 i den angripna lagen. Sökandena har anfört att de angripna bestämmelserna inte är tillräckligt klara, tydliga och förutsebara för att undvika varje risk för godtycklig behandling, i synnerhet då begreppet risk för avvikande är mycket vagt. Conseil du contentieux des étrangers (utlänningsdomstolen) prövar i samband med sin laglighetsprövning inte sökandens nuvarande situation, varför det inte utgör ett effektivt rättsmedel och inte uppfyller de ovannämnda konventionsbestämmelserna (första delgrunden). Enligt artikel 21 i direktiv 2004/38 kan dessutom inte unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar utvisas medan förfarandet fortfarande pågår (andra delgrunden). Den period under vilken unionsmedborgare och deras familjemedlemmar kan hållas i förvar är slutligen orimlig och det föreligger en omotiverad likabehandling av unionsmedborgare och tredjelandsmedborgare (tredje delgrunden).

Ministerrådet har för det första erinrat om att artikel 5 i Europakonventionen inte är tillämplig på åtgärder som enbart innebär en begränsning av friheten. Rådet har bland annat gjort gällande att det inte rör sig om ett frihetsberövande, eftersom begreppen ”kvarhållande” eller ”förvar” används i detta avseende i lagen av den 15 december 1980. Skyldigheten att uppehålla sig på en bestämd plats innebär inte något frihetsberövande, vilket innebär att artikel 5 i Europakonventionen inte är tillämplig. Vidare kan talan väckas vid Conseil du contentieux des étrangers (utlänningsdomstolen) och även talan om interimistiska åtgärder kan väckas vid en tvistemålsdomstol för det fall en subjektiv rättighet har åsidosatts på ett otillåtet sätt. Ministerrådet har slutligen hävdats att åtgärden uppfyller kraven i artikel 2 i

fjärde tilläggsprotokollet till ovannämnda konvention. I artikel 44f i lagen av den 15 december 1980 föreskrivs dessutom uttryckligen en möjlighet till frihetsberövande i undantagsfall, vilket innebär att andra förebyggande åtgärder per definition inte är frihetsberövande. I artikel 44f föreskrivs ett snabbt rättsmedel vid domstol, vilket innebär att kraven i de konventionsbestämmelser som har åberopats är uppfyllda. Andra förebyggande åtgärder får endast vidtas om beslutet att neka eller återkalla uppehållsrätt har vunnit laga kraft. Vad gäller den andra delgrunden hänvisar ministerrådet till artikel 39/79 i lagen av den 15 december 1980. Av denna bestämmelse framgår att det överklagade beslutet generellt sett får suspensiv verkan och uppfyller kraven i direktiv 2004/38. När det gäller den tredje delgrunden anser ministerrådet att lagstiftaren har föreskrivit tillräckliga garantier för att undvika ett åsidosättande av artikel 5 i Europakonventionen.

V. Den hänskjutande domstolens bedömning

Artiklarna 28–31 i den angripna lagen (44c – 44f i lagen av den 15 december 1980)

- 26 I motiveringen till denna del av den angripna lagen anges att dessa bestämmelser ”i syfte att säkerställa öppenhet och rättssäkerhet, ska klargöra vilka åtgärder som kan vidtas mot unionsmedborgare och deras familjemedlemmar för att utvisa dem ur riket”, att de ”syftar till att säkerställa en effektiv utvisningspolitik avseende unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, som är mänsklig och att full respekt för deras mänskliga rättigheter och värdighet ska iakttas genom denna politik” samt att ”målet är att garantera unionsmedborgare och deras familjemedlemmar ett system för utvisning som inte är mindre förmånligt än vad som gäller för tredjelandsmedborgarna” (Doc. parl., 2016–2017, DOC 54–2215/001, s. 37–38, och DOC 54–2215/003, p. 4).
- 27 Domstolen prövade dessa grunder genom att sortera dem enligt följande:
- förebyggande åtgärder för att undvika ”risk för avvikande”,
 - utvisning genom tvång innan tidsfristen löpt ut, och
 - förvar och alternativa åtgärder till förvar.

1 ”förebyggande åtgärder” och ”risk för avvikande”

- 28 I artikel 44c, som infördes i lagen av den 15 december 1980 genom artikel 28 i den angripna lagen, föreskrivs att ”förebyggande åtgärder” kan åläggas unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar, som har blivit föremål för ett beslut om utvisning, innan den tidsfrist inom vilken han eller hon ska lämna landet har löpt ut, för att ”undvika all risk för avvikande”. I artikel 44d, som infördes i lagen av den 15 december 1980 genom artikel 29 i den angripna lagen, föreskrivs i punkt 1.3 att ministern eller hans ställföreträdare ska vidta alla nödvändiga

åtgärder för att verkställa ett utvisningsbeslut, bland annat när den berörda utlänningen inte har iakttagit de förebyggande åtgärderna. I artikel 44e, som infördes i lagen av den 15 december 1980 genom artikel 30 i den angripna lagen, föreskrivs att unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar, ”för att undvika all risk för avvikande”, kan utsättas för ”förebyggande åtgärder”, om ministern eller dennes ställföreträdare tillfälligt har skjutit upp verkställigheten av utvisningen genom tvång, efter det att tidsfristen har löpt ut eller när någon tidsfrist inte har beviljats. Genom artiklarna 44c och 44e tillerkänns Kungen behörighet att fastställa de förebyggande åtgärderna genom kunglig kungörelse som antas av ministerrådet. I artikel 44e föreskrivs dessutom att ministern eller hans ställföreträdare kan anvisa den berörda personen en vistelseort under verkställigheten av denna åtgärd.

- 29 Sökandena har bland annat gjort gällande att artiklarna 10 och 11 i konstitutionen, jämförda med ovannämnda direktiv 2004/38, med rätten till fri rörlighet för unionsmedborgare samt artiklarna 105 och 108 i konstitutionen, åsidosätts genom artikel 44c i lagen av den 15 december 1980, eftersom det enligt unionsrätten inte är tillåtet att vidta förebyggande åtgärder för att undvika risken för att unionsmedborgarna och deras familjemedlemmar avviker under den tidsfrist som medgetts för att lämna landet.
- 30 I återvändandedirektivet, som inte är tillämpligt på unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, utan på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna, föreskrivs att medlemsstaterna får föreskriva vissa skyldigheter för utländska medborgare som har blivit föremål för ett utvisningsbeslut för att ”undvika risk för avvikande” (artikel 7). Dessa skyldigheter kan bestå i att regelbundet infinna sig vid myndigheten, ställa en adekvat finansiell säkerhet, lämna in handlingar eller vistas på anvisad ort. I artikel 3.7 i samma direktiv definieras en ”risk för avvikande” som ”skäl i det enskilda fallet och på grundval av objektiva kriterier fastställda genom lag att anta att en tredjelandsmedborgare som är föremål för förfaranden för återvändande kan komma att avvika”.

Direktiv 2004/38, som är tillämpligt på unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, innehåller däremot inte några bestämmelser om åtgärder som kan vidtas gentemot dessa utlänningar för att undvika en risk för avvikande under den frist som de har medgetts för att lämna landet, när de är föremål för ett beslut om återkallande av uppehållsrätten.

- 31 I motiveringen till de angripna bestämmelserna anges följande:

”Dessa nya regler utgör inte ett införlivande av 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 (återvändandedirektivet), men har i hög grad inspirerats av detta.

I sitt beslut av den 10 februari 2004 (i mål C-85/03, Mavrona, punkt 20) har Europeiska unionens domstol slagit fast att det inte är förbjudet för den nationella lagstiftaren att, för en kategori av situationer eller personer, föreskriva regler med utgångspunkt från bestämmelserna i ett direktiv som inte omfattar sådana situationer eller personer inom dess tillämpningsområde, om detta framstår som lämpligt och under förutsättning att sådana regler inte strider mot några bestämmelser i unionsrätten.

Målet är att säkerställa att unionsmedborgare och deras familjemedlemmar tillförsäkras ett system för utvisning som inte är mindre förmånligt än vad som gäller för tredjelandsmedborgare.

I dessa nya artiklar föreskrivs att om unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar inte frivilligt fullgör sina skyldigheter ska ministern eller dennes ställföreträdare verkställa utvisningen. Detsamma gäller när unionsmedborgaren eller dennes familjemedlemmar riskerar att avvika eller när han eller hon inte har efterlevt de förebyggande åtgärder som vidtagits mot honom eller utgör ett hot mot allmän ordning eller nationella säkerhet, även om den frist som vederbörande har beviljats för att lämna riket frivilligt ännu inte har löpt ut.” (Doc. parl, 2016–2017, DOC 54–2215/001, s. 38)

Det anges vidare att anvisning av en vistelseort är uttryckligen föreskrivet i lag, eftersom det endast är lagstiftaren som kan föreskriva en begränsning av den fria rörligheten (Doc. parl., 2016–2017, DOC 54–2215/001, s. 38). Ministerrådet har av detta dragit slutsatsen att övriga ”förebyggande åtgärder” som Kungen ges befogenhet att vidta inte kan ha som ändamål eller resultat att begränsa de berördas fria rörlighet.

- 32 Oavsett vilken typ av förebyggande åtgärder som är i fråga, inverkar de nödvändigtvis på unionsmedborgarens eller dennes familjemedlemmars fri- och rättigheter, eftersom de just har till syfte att hindra dem från att avvika, vilket kan innebära att de i förekommande fall hindras från att bege sig till en annan medlemsstat och, slutligen, att säkerställa att vederbörande utvisas från Belgien.
- 33 I sitt beslut i målet Mavrona, till vilket det hänvisas i punkt 31 i förarbetena, slog EU-domstolen fast att i avsaknad av harmonisering i unionsrätten gällande en kategori av yrkesutövare, nämligen kommissionärer, kunde en nationell lagstiftare, för att skydda denna kategori, föreskriva lämpliga bestämmelser med utgångspunkt från bestämmelserna i ett direktiv gällande en annan kategori av yrkesutövare, nämligen handelsagenter, under förutsättning att sådana regler inte strider mot några unionsrättsliga bestämmelser (beslut av den 10 februari 2004, Mavrona, C-85/03, EU:C:2004:83, punkt 20). Det är inte möjligt att av detta dra slutsatsen att begränsningar av tredjelandsmedborgares grundläggande rättigheter, som är tillåtna enligt ett direktiv som uttryckligen avser deras situation, kan tillämpas analogt på unionsmedborgare, när det i det direktiv som är tillämpligt på deras situation inte föreskrivs sådana begränsningar.

34 Domstolen har dessutom fastslagit följande:

”Direktiven 2004/38 och 2008/115 utgör inte hinder för att ett beslut om återvändande avseende en unionsmedborgare, såsom i det nationella målet, fattas av samma myndigheter och enligt samma förfarande som ett sådant beslut om återvändande avseende en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i staten som avses i artikel 6.1 i direktiv 2008/115, i det fall det innebär en tillämpning av åtgärder för att införliva direktiv 2004/38 som är mer fördelaktiga för denna unionsmedborgare” (dom av den 14 september 2017, Petrea, C-184/16, EU:C:2017:684, punkt 56).

35 Syftet med den angripna bestämmelsen är inte att fastställa den myndighet som är behörig att fatta ett beslut om återvändande avseende en europeisk medborgare eller dennes familjemedlemmar. Det rör sig inte heller om en förfarandebestämmelse. Domen i målet Petrea förefaller således inte kunna tillämpas analogt på en sådan medborgare, eftersom det i förevarande fall rör sig om begränsningar av unionsmedborgares och därmed likställda utlänningars grundläggande rättigheterna som inte föreskrivs i det direktiv som är tillämpligt på deras situation.

36 Det framgår av det ovan anförda att det råder tvivel huruvida bestämmelserna i direktiv 2008/115 om förebyggande åtgärder vid utvisning av en tredjelandsmedborgare kan tillämpas analogt på unionsmedborgare.

37 Innan domstolen avgör målet i sak vad gäller artiklarna 44c andra stycket, 44d § 1 och 44e andra stycket i lagen av den 15 december 1980, som har införts genom artiklarna 28, 29 och 30 i den angripna lagen, ska således den första tolkningsfrågan ställas till EU-domstolen.

2. Utvisning genom tvång innan fristen har löpt ut

38 Enligt artikel 44d, som infördes i lagen av den 15 december 1980 genom artikel 29 i den angripna lagen, får ministern eller hans ställföreträdare vidta ”alla nödvändiga åtgärder för att verkställa ett utvisningsbeslut” om inte någon tidsfrist har beviljats för detta, om den berörda personen inte har lämnat landet inom den beviljade fristen eller när denne, innan fristen har löpt ut, inte har rättat sig efter de förebyggande åtgärderna som har vidtagits för att undvika risk för avvikande eller om personen utgör ett hot mot allmän ordning eller nationell säkerhet.

39 Målet ska vilandeförklaras vad gäller prövningen av denna bestämmelse fram till dess att EU-domstolen har meddelat förhandsavgörande, eftersom den innebär att ett utvisningsbeslut avseende en utlänning som inte har rättat sig efter förebyggande åtgärder kan verkställas innan fristen för att lämna landet har löpt ut.

3. Förvar och alternativa åtgärder till förvar

- 40 Enligt artikel 44f i lagen av den 15 december 1980, som infördes genom artikel 31 i den angripna lagen, får unionsmedborgare och deras familjemedlemmar tas i förvar för att säkerställa verkställigheten av utvisningen under den tid som är absolut nödvändig för att genomföra åtgärden. Förvarsperioden är i princip begränsad till två månader men kan förlängas en första gång av ministern eller dennes ställföreträdare för en period av två månader. Den kan därefter endast förlängas ministern. Den berörde ska frigges efter fem månader, förutom om det för allmän ordning eller nationell säkerhet krävs att förvaret fortgår. Den sammanlagda förvarsperioden är under sådana omständigheter begränsad till maximalt åtta månader.
- 41 Sökandena har invänt mot att det enligt denna bestämmelse är tillåtet att besluta om orimligt långa förvarsperioder, vilka blir oproportionerliga, och det däri inte föreskrivs några tydliga kriterier för att objektivt fastställa vilken tid som är nödvändig för att verkställa åtgärden och vilka krav som ställs på den behöriga myndigheten för att den ska anses ha agerat med vederbörlig omsorg i detta avseende.
- 42 I den angripna bestämmelsen återges, vad avser unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, det system som föreskrivs för tredjelandsmedborgare i artikel 74/5 § 3 i lagen av den 15 december 1980. Direktivet innebär således att unionsmedborgare och deras familjemedlemmar ska behandlas likadant som alla andra utländska medborgare, i avvaktan på en utvisning till vilket land som helst i världen, bland annat vad gäller längsta tillåtna förvarsperiod i avvaktan på utvisning.
- 43 Även om artikel 5.1 f i Europakonventionen inte utgör hinder för att en utlänning tas i förvar eller kvarhålls på anvisad plats i avvaktan på utvisning genom tvång från landet om denne inte har rättat sig efter ett utvisningsbeslut, kan förvar endast motiveras enligt denna bestämmelse under förutsättning att utvisningsförfarandet genomförs med vederbörlig omsorg (Europadomstolens dom av den 4 april 2017, Thimothawes mot Belgien, CE:ECHR:2017:0404JUD003906111, § 60). Frågan uppkommer dessutom huruvida artikel 44f.1, andra till fjärde stycket, i lagen av den 15 december 1980, som infördes genom artikel 31 i lagen av den 24 februari 2017, är förenlig med den fria rörlighet som tillerkänns unionsmedborgare och deras familjemedlemmar enligt artiklarna 20 och 21 FEUF samt av bestämmelserna i direktiv 2004/38, av vilka framgår att förvarsperioden begränsas till vad som är absolut nödvändigt för att verkställa utvisningen. Även om det i artikel 44f i lagen av den 15 december 1980, som införts genom den angripna bestämmelsen, uttryckligen anges att förvarsperioden inte får överskrida vad som är absolut nödvändigt för att verkställa utvisningen, föreskrivs att denna kan förlängas till åtta månader för att organisera och verkställa överföringen av en unionsmedborgare eller dennes familjemedlemmar till den stat där denna person är medborgare eller har rätt att uppehålla sig i egenskap av familjemedlem till en nationell medborgare. I artikeln återfinns vidare inga förtydliganden vad gäller de

åtgärder som myndigheten ska vidta för att utvisa utlänningen till ett annat land i unionen.

- 44 Innan domstolen avgör målet i sak vad gäller artikel 44f.1, andra till fjärde stycket, i lagen av den 15 december 1980, som infördes genom artikel 31 i den angripna lagen, ska således den andra tolkningsfrågan ställas till EU-domstolen.

VI. Frågor som hänskjuts för förhandsavgörande

- 1) Ska unionsrätten, och närmare bestämt artiklarna 20 och 21 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken liknande bestämmelser tillämpas på unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som de bestämmelser som, vad gäller tredjelandsmedborgare, följer av införlivandet av artikel 7.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna, det vill säga bestämmelser som gör det möjligt att utsätta unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar för förebyggande åtgärder för att undvika all risk för avvikande under den tidsfrist som de har beviljats för att lämna landet till följd av ett beslut om återkallande av uppehållsrätt på grund av hänsyn till allmän ordning, eller under en förlängning av denna frist?
- 2) Ska unionsrätten, och närmare bestämt artiklarna 20 och 21 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning som innebär att en bestämmelse ska tillämpas på unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som inte har rättat sig efter ett beslut om återkallande av uppehållsrätt på grund av hänsyn till allmän ordning eller säkerhet, som är identisk med den bestämmelse som tillämpas på tredjelandsmedborgare i samma situation vad gäller längsta möjliga förvarsperiod, nämligen åtta månader?