



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

”Denna politik ska överensstämma med
Genèvekonventionen av den 28 juli 1951”
- En kritisk analys av EU-domstolens praxis angående det
gemensamma asylsystemet

Pomme J-Corvellec

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eleni Karageorgiou

Termin för examen: HT 18

Innehåll

1. INLEDNING 7

- 1.1 Problemformulering 7
- 1.2 Syfte och frågeställning 9
- 1.3 Teoretisk utgångspunkt 10
- 1.4 Metod 12
- 1.5 Material 13
 - 1.5.1 Primärmaterial 13
 - 1.5.2 Sekundärmaterial – tidigare forskning 14
- 1.6 Disposition 15

2 PRINCIPEN OM NON-REFOULEMENT OCH EU:S ASYLSYSTEM 16

- 2.1 Asylsystemet 16
- 2.2 Principen om non-refoulement 19
 - 2.2.1 Genèvekonventionen 1951 – en dubbel bindenhet 19
 - 2.2.2 Stadgan – konstitutionalisering av mänskliga rättigheter 20
 - 2.2.3 EKMR – enhetlig tolkning och autonomi 22
- 2.3 EU-domstolen 23
 - 2.3.1 Funktion och kompetens 24
 - 2.3.2 Tolkningsmetoder och tolkningsprinciper 25
- 2.4 Sammanfattning 28

3 RÄTTSLIGA MOTSÄTTNINGAR OCH EU-DOMSTOLENS TOLKNING 30

- 3.1 Principen om non-refoulement och tillgång till EU:s territorium 31
 - 3.1.1 X och X mot État Belge 31
 - 3.1.2 Jafari och A.S 34
- 3.2 Principen om non-refoulement och asylsystemets fördelningsmekanismer 36
 - 3.2.1 CK mfl 36
 - 3.2.2 Slovakien och Ungern mot Rådet 39
 - 3.2.3 NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen 40
- 3.3 Principen om non-refoulement och rätten till effektivt rättsmedel 42
 - 3.3.1 X och Y mot SVJ och X mot B/T 42
 - 3.3.2 Gnandi 44
- 3.4 Sammanfattning 46

4 EU-DOMSTOLENS ARGUMENTATION OCH DESS IMPLIKATIONER 48

4.1 Rättfärdigande av domstolens kompetens 48

4.2 Implikationer: Ökad kompetens och uppdelning av lag 52

4.3 Principen om ömsesidigt förtroende – en meta-teleologisk tolkning 54

4.4 Implikationer: Balanseringsakter eller förskjutning av jurisdiktion? 57

4.5 Tillämpning av syften och ändamål i aktuella normer – ett mikro-teleologiskt tillvägagångssätt 59

4.6 Implikationer: Målet helgar medlen 61

5 DENNA POLITIK ÖVERENSSTÄMMER MED GENÈVEKONVENTIONEN AV DEN 28 JULI 1961 65

6 KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING: 70

Abstract

The European Union (EU) has officially expressed an ambition to develop a common European asylum system consistent with international human rights obligations. However, the compatibility of the EU asylum system with international human rights and with the principle of non-refoulement, established in the Geneva Convention of 28 July 1951, have been questioned over the last 20 years.

This study examines the interplay between the EU asylum and immigration acquis and international human rights obligations by asking, how the Court of Justice of the European Union (CJEU) has ruled in cases involving the principle of non-refoulement within the context of the EU asylum and migration system and how this shapes refugee protection in the EU?

This study reviews eleven cases that have highlighted the interplay between the EU asylum and immigration system and the principle of non-refoulement during the last two years. Through the review of these cases, three forms of argumentation by the CJEU is identified and scrutinized; firstly, argumentation about the jurisdiction of the court and the applicability of EU law; secondly, the principle of mutual trust; and, lastly, the emphasis on the teleological interpretation of the provisions in question.

The analysis of the CJEU jurisprudence shows that the CJEU generally, in the reviewed cases, perceives the EU's secondary law as corresponding to the principle of non-refoulement; that the CJEU bases its interpretation on rational legal arguments; and that the CJEU is consistent with its jurisprudence. The investigation also shows that the CJEU, in a majority of the reviewed cases, reiterates the obligation of Member States to comply with the non-refoulement principle. However, the analysis also shows that the interpretations done by the CJEU can contribute to the exclusion of the externalised asylum and the migration policies from the competence of CJEU. The analysis also shows that the use of the principle of mutual trust can contribute to the principle of non-refoulement remaining vague and that the teleological interpretation method can lead to discretion.

Sammanfattning

Officiellt sett har den Europeiska Unionen (EU) en klar ambition att utveckla ett asylsystem som överensstämmer med skyldigheter enligt internationella instrument för mänskliga rättigheter. Kritiker har dock sedan mer än 20 år ifrågasatt huruvida EU:s regelverk avseende asyl och migration står i överensstämmelse med till exempel principen om non-refoulement som etableras i Genèvekonventionen av den 28 juli 1951.

Denna uppsats analyserar relationen mellan EU:s regelverk avseende asyl och migration och principen om non-refoulement genom att undersöka hur EU-domstolen har dömt i rättsfall rörande principen om non-refoulement inom EU:s asylsystemet och hur det formar skyddsregimen för asylsökande i EU? Elva rättsfall som under de senaste två åren aktualiserat relationen mellan EU:s asylsystem och principen om non-refoulement granskas. Utifrån dessa rättsfall identifieras tre huvudfåror i domstolens argumentation: argumentation kring domstolens kompetens och EU-rättens tillämplighet, principen om ömsesidigt förtroende och den teleologiska tolkningsmetoden. Uppsatsens analys av EU-domstolens praxis visar att domstolen generellt anser att EU:s sekundärrätt står i överensstämmelse med principen om non-refoulement, att domstolen bygger sin tolkning på rationella juridiska argument och att den är konsekvent i förhållande till sin praxis. Undersökningen visar även att domstolen i en majoritet av rättsfallen erinrar om medlemsstaternas skyldighet att efterleva non-refoulementprincipen. Analysen visar dock också på att domstolens tolkningar kan bidra till att den externaliserade delen av asyl- och migrationspolitiken inte omfattas av domstolens kompetens. Den visar även att bruket av principen om ömsesidigt förtroende kan bidra till att principen om non-refoulement förblir vag och att domstolens tillämpning av teleologisk tolkningsmetod kan leda till skönsmässiga bedömningar.

Förord

Först och främst vill jag tacka min handledare Eleni för outhärlig handledning. Tack för att du både ifrågasatt och trott på mig och tack för att du tagit dig tid att dela med dig av ditt inspirerande och utvecklande sätt att se på juridiken.

Sen tack till Malin, Sara och Simon utan vilka vare sig denna uppsats eller åren på juristutbildningen skulle varit begripliga.

Jag vill också rikta tacksamhet till vänner och familj som stöttar mig när jag är som bäst och som sämst.

Jag vill tillägna denna uppsats till dig Imran, din resa, dina studier och din framtid. Du och många med dig exemplifierar, liksom Jose Antonio Vargas sagt, att

- Legality is a matter of power not a matter of justice

1. Inledning

1.1 Problemformulering

Officiellt sett har den Europeiska Unionen en klar ambition att utveckla ett system med legala instrument som står i överensstämmelse med skyldigheter enligt internationella mänskliga rättigheter, däribland Genèvekonventionen av den 28 juli 1951 (Genèvekonventionen).¹

Art 2 i EU-fördraget (FEU) fastslår att Unionen ska bygga på respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna samt att dessa värden ska vara gemensamma för alla EU-länder. I artikel 78.1 Funktionsfördraget (FEUF), den legala grunden för EU:s gemensamma asylsystem, fastslås att:

”Unionen ska utforma en gemensam politik avseende asyl, subsidiärt skydd och tillfälligt skydd i syfte att erbjuda en lämplig status till alla tredjelandsmedborgare som har behov av internationellt skydd och att säkerställa principen om ”non-refoulement”. Denna politik ska överensstämma med Genèvekonventionen av den 28 juli 1951, med protokollet av den 31 januari 1967 om flyktingars rättsliga ställning och med andra tillämpliga fördrag.”

Principen om non-refoulement fastslås i art 33 i Genèvekonventionen av den 28 juli 1951, och den innebär att ingen flykting ska återsändas till något land där han eller hon sannolikt kommer att utsättas för förföljelse, annan

¹ Vedstedt-Hansen J, 'Reception Conditions as Human rights: Pan-European Standard of Systemic Deficiencies' i Chetail V, De Bruycker P och Maiani F (eds) *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (Brill Nijhoff, 2016), s 317.

misshandel eller tortyr.² Non-refoulementprincipen är en av de mest fundamentala rättigheter för flyktingar.³

EU:s inom asylsystemet är omstritt och kritiserat. En omfattande del av denna kritik har handlat om att EU:s regelverk strider mot just internationella mänskliga rättigheter - däribland principen om non-refoulement.⁴ År 1999 skrev Noll och Vedstedt Hansen att ända sedan kapitel 6 i Maastrichtfördraget trädde i kraft 1993 har olika former av kritik lyfts mot det gemensamma asylsystemets funktion. En övervägande del av denna kritik har handlat om att asylsystemet inte överensstämmer med relevanta normer och principer inom internationell rätt och juridisk kontroll av unionens regelverk.⁵

Kritiken har inte minskat med tiden. 2016 skriver Spijkerboer, den Heijer och Rijpma att “the prohibition approach to refugee movement [on behalf of the Union] is legally illegitimate regarding to the principle of non-refoulement”.⁶ 2017 skriver Moreno-Lax “The EU system of pre-entry control, as currently operationalized, must be considered to be in patent disconformity with the fundamental rights acquis.”⁷

Bilden som framkommer är en bild av ett system som å ena sidan lyfter fram mänskliga rättigheter som fundament för sin existens men som å andra sidan kontinuerligt kritiserar för att bryta mot dessa rättigheter.

² Se Goodwin-Gill och McAdam, *The refugee in international law* (Oxford University Press, 2007) s 201 och 208-215, Principen är erkänd i en stor mängd internationella instrument, till exempel Konventionen mot tortyr Konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av den 26 juni 1987 (CAT84), 1969 OAU Convention Governing the specific Aspects of Refugee Problems in Africa (OAU69), 1969 American Convention on Human Rights (ACHR69), Europeiska Konventionen om mänskliga rättigheter.

³ Se Hurwitz, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees* (Oxford University Press, 2009) s 174.

⁴ Se Noll och Vedstedt-Hansen ‘Non-communitarians: refugee and asylum policies i The EU and Human rights’ I Alston, P (red) *The EU and Human Rights* (Oxford University Press 1999) s 369.

⁵ Se Noll och Vedstedt-Hansen (1999) s 369. För mer omfattande listor på verk som undersökt och kritiserat EU:s asylsystem i relation till mänskliga rättigheter se Alston P, ‘An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy: The European union and Human Rights’ i Alston, P (red) *The EU and Human Rights* (Oxford University Press 1999) s 6 not 8 och Hurwits (2009) not 32.

⁶ Se Spijkerboer T, Den Heijer M, Rijpma J. *Coercion, Prohibition and Great expectations – the continuing failure of the Common European Asylum System* (Common Market Law Review Vol. 53 No. 3, 2016) s 28, Se även Europadomstolen dom i mål M.S.S mot Belgien och Grekland, [GC] nr 30696/09, den 21 januari 2011 Se även Otryckt Källa: Call for withdrawal of the asylum procedures directive.

⁷ Se Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law* (Oxford University Press 2017) s 471.

I EU är det EU-domstolen som har anförtrotts uppgiften att finna det slutgiltiga svaret avseende asylsystemets överensstämmelse med internationella förpliktelser. Det är domstolen som tolkar och bedömer lagenligheten av unionens akter. Domstolens funktion syftar till att skapa bestämdhet genom formellt juridiskt rättfärdigande. Genom att institutionalisera sådana frågor söker det juridiska systemet skapa bestämbarhet genom rättslig prövning.⁸ Men Philip Alston, skriver i sitt introduktionskapitel till antologin *The EU and Human rights* att:

“The human rights policies of the European Union are beset by a paradox. On the one hand, the union is a staunch defender of human rights [...] On the other hand it lacks a comprehensive or coherent policy [...] doubt persists whether the institutions of the union possess adequate legal competence in relation to a wide range of human rights issues arising within the framework of community policies”.⁹

1.2 Syfte och frågeställning

Normer för asyl har livsavgörande konsekvenser för de personer vars tillgång till skydd regleras.¹⁰ Detta motiverar analyser av de normer som reglerar dagens asylprocesser. Än viktigare blir dessa normer att undersöka eftersom asyl har blivit ett av ytterst få tillvägagångssätt för tredjelandsmedborgare från stora delar av världen att legalt kunna bosätta sig i EU.¹¹

Uppsatsen har inte som syfte att utreda om EU:s regelverk överensstämmer med internationella förpliktelser utan *hur* EU-domstolen resonerar för att fastslå huruvida deras tolkningar av EU:s regelverk överensstämmer med internationella förpliktelser. Uppsatsens syfte är därmed att genom en undersökning av hur EU-domstolen resonerar skapa en förståelse för innehållet i EU:s skyddsregim samt hur denna regim legitimeras idag.

⁸ Noll, *Negotiating asylum: the EU acquis, extraterritorial protection and the common market of deflection* (Martinus Nijhoff 2000) s 560-561, Ordet bestämbarhet är en egen översättning från engelskans indeterminacy

⁹ Alston (1999) s 6.

¹⁰ Noll (2000) s 11.

¹¹ Moreno-Lax (2017) s 3.

För att undersöka detta ställs den övergripande frågan: Hur har EU-domstolen dömt i fall rörande principen om non-refoulement inom EU:s asylsystem och hur formar det skyddsregimen för asylsökande i EU?

Denna övergripande fråga besvaras genom följande delfrågor:

- 1) Hur är principen om non-refoulement reglerad inom EU:s asylsystem?
- 2) Vilka rättsliga motsättningar uppstår vid tolkningen och bedömningen av EU:s asylrättsliga system och hur försöker EU-domstolen lösa sådana motsättningar?
- 3) Hur underbyggs och rättfärdigas dessa lösningar av domstolen och vad kan EU-domstolens argumentation ha för implikationer?

1.3 Teoretisk utgångspunkt

Teorin om internationell rätts radikala obestämdhet framhåller att rättigheter i internationell rätt är omöjliga att definiera utifrån normernas eget innehåll. Detta beror på hur normer inom internationell rätt skapas och hur normer inom internationell rätt binder subjekt. Juridiska normer inom internationell rätt kan endast härledas ur juridiska subjekt eftersom det inte finns någon högre normativ ordning. När en internationell norm väl är bindande kan de juridiska subjekten, från vilka normen härletts, inte längre åberopa subjektiva åsikter för att undkomma ordningens bindande kraft.¹²

En konsekvens av detta är att motiveringen av den ena eller andra ståndpunkten i fråga om innehållet i en rättighet kan underbyggas med god juridisk argumentation. För att vara god ska den juridiska argumentationen i internationell rätt visa på att den vilar på en balans mellan de två överstående premisserna – att juridiska subjekt skapar normer och att juridiska subjekt inte kan undkomma bindande normer. Problemet för den juridiska argumentationen är att det på grundval av dessa två premisser går att föra goda juridiska resonemang för exakt motsatta åsikter avseende tillexempel en

¹² Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument, Reissue with New Epilogue* (Cambridge University Press 2005 [1989]) s 21.

tolkning av innehållet i en rättighet.¹³ Den juridiska argumentationen kommer därmed att behöva förlita sig på något utanför det egna systemet - den kräver en politiskt motiverad balansering.¹⁴

Detta innebär dock inte att internationell rätt kan leda till vilka resultat som helst. Besluten, som slutligt motiveras genom politiska preferenser, begränsas av den politiska hegemonin. Detta kallas inom teorin för radikal obestämdhet för "inbäddade preferenser och strukturell partiskhet". Denna strukturella partiskhet går enligt teorin om radikal obestämdhet att spåra i den juridiska argumentationen. Med en utgångspunkt i den här teorin handlar det därmed inte om "hur beslut fattas", utan mer om "hur de rättfärdigas genom argumentation".¹⁵

Dessa resonemang kan tillämpas på tolkningen av mänskliga rättigheter i EU idag. Identifieringen, meningen och tillämpligheten av rättigheter är beroende av kontextuella proportionalitetsbedömningar och administrativa balanseringsakter, genom vilka prioriteringar görs mellan motsatta uppfattningar avseende politiskt värde.¹⁶ Enligt Koskenniemi, en av förgrundsfigurerna för teorin om radikal obestämdhet, är det intressanta framför allt hur retoriken om rättigheter ständigt reduceras till motstridiga och omtvistade argument om det politiskt goda.

Med utgångspunkt i teorin om radikal obestämdhet kan följande tes formuleras: det juridiska systemet har en inneboende obestämdhet som möjliggör att motsatta tolkningar av de konkreta rättigheterna kan existera samtidigt och att innehållet i dessa rättigheter inskränks till att vara det som anses vara politiskt eftersträvansvärt. Vad som är politiskt eftersträvansvärt är dessutom beroende av administrativa övervägningar. En sådan tes hjälper oss att titta på hur tolkningar av innehåll i rättigheter rättfärdigas genom argumentation i EU domstolens praxis, istället för att söka efter ett innehåll

¹³ Koskenniemi visar på detta genom att göra omfattande nedslag i internationell praxis. Se Koskenniemi, *The Politics of International Law* (Hart 2011) s 20-26.

¹⁴ Koskenniemi (2005[1989]) s 387 se även Koskenniemi, Koskenniemi, M. *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization* (Theoretical Inquiries in Law. Vol. 8, no. 1, 2007) s 21.

¹⁵ Thibault, J-F, *Martti Koskenniemi – Indetremincy*, se även Koskenniemi (2005[1989]) s 589.

¹⁶ Koskenniemi, M. *The Effect of Rights on Political Culture*, s 99-116, i Alston P (red) *The European Union and Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 1999) s 99.

som betraktas som objektivt eller bestämt. En sådan undersökning leder oss till att titta på det juridiska systemet, dess upprätthållande, och skapande av legitimitet.

1.4 Metod

Metoden för denna uppsats är tvådelad. Initialt kartläggs EU:s asylsystem och dess bundenhet av till principen om non-refoulement. Denna kartläggning beskriver gällande rätt så som den fastställs genom lagstiftning och praxis. I ett andra steg undersöks hur uppkomna EU-domstolen dömt i rättsprocesser som aktualiserat principen om non-refoulement inom EU:s asyl- och migrationssystem. Metoden i dessa delar är därmed i stort rättsdogmatisk.¹⁷ Denna praxisgenomgång analyseras sedan för att undersöka domstolens argumentation när den rättfärdigar sina avgöranden. Analysen tar sin utgångspunkt i teorin om radikal obestämdhet som presenterats ovan. Analysen bygger även på annan doktrin och bygger därmed på en rättsanalytisk metod.¹⁸

Analysen avskiljer del-argumenten i domsluten från varandra. Domstolen har en uttalat deduktiv metod och det är därmed helheten som är avgörande för domslutens materiella innehåll.¹⁹ Eftersom denna text undersöker hur domstolen argumenterar och inte hur domstolen fattar beslut materiellt kan dock delar av argumenten med fördel skådas vart och ett för sig. Detta sätt att analysera praxis har även nyttjats av flera rättsvetare förut, Cathryn Costello,²⁰ Samantha Vellutti,²¹ och Thomas Spijkerboer²² är några föregångare i denna typ av metod.

Slutligen ska det framhållas att undersökningen av de elva rättsfallen är en kvalitativ undersökning och att ansatsen till generella slutsatser därför endast kan avse det begränsade upptagningsområdet.

¹⁷ Se Sandgren, s. 43 f.

¹⁸ Se Sandgren, s. 46

¹⁹ Se Bernitz, U och Kjellgren, A. *Europarättens grunder*, Uppl. 5 (Nordstedts juridik 2014) s 183.

²⁰ Se Costello C, *The human rights of migrants and refugees in European law* First edition (Oxford University Press 2016) Kapitel 6.

²¹ Se Vellutti (2014) Kapitel 4.

²² Se Spijkerboer T, den Heijer M, Rijpma J. (2016) s. 216–239.

1.5 Material

1.5.1 Primärmaterial

Den materiella rätt och praxis som utreds i uppsatsen har valts ut genom att undersöka vilka av EU-domstolens domar som tolkat relationen mellan EU:s regelverk och principen om non-refoulement.

Domarna har hittats genom följande sökningar på Curia²³: Sökfunktionen ämnesområde har använts för att avgränsa till domar rörande området för frihet säkerhet och rättvisa. Sökfunktionen tidsram har använts för att avgränsa tidsintervallet från 1 januari 2016 till 1 september 2018. Fördragsbrott har inte beaktats eftersom de rör staters agerande. I denna process har vidare endast rättsfall som uppkommit under kategorierna: "Invandringspolitik", "Gränskontroller", "Asylpolitik" under ämnesindelningen på Curia beaktats. Alltså inte "Civilrättsligt samarbete", "Polisiärt samarbete" samt "Straffrättsligt samarbete". Detta eftersom att en avgränsning måste göras och de utvalda områdena i hög grad är aktuella i relation till Genèvekonventionen och principen om non-refoulement som är utgångspunkten för denna uppsats.

Genom denna sökning framkom 54 domslut. Bland dessa domslut har endast de mål granskats närmare som har antingen 1) angivit Genèvekonventionen artikel 33 som tillämplig rätt eller 2) då principen om non-refoulement nämnts i tolkningsfrågan, som grund för ogiltighetstalan eller som rättfärdigande argumentation för en tolkning av generaladvokat eller domstol. Sammantaget har elva rättsprocesser inom asylsystemet genomförts under de senaste två åren som behandlat innehållet i principen om non-refoulement och dess relation till EU:s sekundära regelverk.²⁴ Denna uppsats gör inte anspråk på att redogöra för domstolens praxis och tolkningsmetoder i sin helhet. Fokus för uppsatsen är domstolens tillvägagångssätt i den direkta samtiden. Eftersom att samtliga fall inom asylområdet som behandlat denna princip

²³ Curia är EU-domstolens officiella hemsida. På denna hemsida finns en databas i vilken domstolens samtliga samtida domslut publiceras. Se Elektronisk källa: InfoCuria – Domstolens rättspraxis, sökformulär.

²⁴ För genomgång av rättsfallen se kapitel 3.

under de senaste två åren beaktas i uppsatsen kan kartläggningen inom sitt begränsade område anses som någorlunda uttömmande.

1.5.2 Sekundärmaterial – tidigare forskning

Uppsatsens ansats är bred och täcker flera områden, rättsteori, internationell flyktingrätt, unionens asyl- och migrationsrätt och EU-domstolens praxis. Av denna anledning är doktrin-materialet i denna uppsats omfattande.

Avseende rättsteori har teoretikern Koskeniemi presenterats ovan i kapitlet om teoretiska utgångspunkter. I detta sammanhang ska även Senden nämnas som ingående analyserat EU-domstolens tillvägagångssätt vid tolkning av grundläggande rättigheter i sitt verk *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System - An analysis of the, Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*.

Avseende innehållet i internationell flyktingrätt har det omfattande verket *The refugee in international law* av Goodwin-Gill och McAdam utgjort en utgångspunkt för förståelsen av non-refoulementprincipen och de legala instrument som befäster den. Avseende unionens asylrätt och dess relation till principen om non-refoulement har både Nolls verk *Negotiating asylum: the EU acquis, extraterritorial protection and the common market of deflection* och Moreno-Lax verk *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law* återkommande nyttjats som referenspunkter.

Analyser av EU domstolens praxis har utöver det som framkommer av de rättsfallen som granskas i uppsatsen byggt på föregående rättsvetare som diskuterat asylrättens relation till mänskliga rättigheter. Här kan både Veluttis bok *Reforming the Common European Asylum System — Legislative developments and judicial activism of the European Courts* och Ippolitos artikel *Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test?* omnämnas särskilt. Men analysen har också byggt vidare på rättsvetares analyser av de principer och argumentationsmetoder som kommit att behandlas i detalj genom de granskade rättsfallen. I detta sammanhang kan till exempel Battjes nämnas vars artikel *Mutual Trust in Asylum Matters: the*

Dublin System utgör en omfattande analys av principen om ömsesidigt förtroende. Spijkerboer har med sin artikel *Bifurcation of people, bifurcation of law: externalization of migration policy before the EU Court of Justice* lagt grunden för diskussionen om EU-domstolens argumentation avseende sin kompetens.

1.6 Disposition

I kapitel två kartläggs först EU:s asyl- och migrationssystem och principen om non-refoulement som unionen är bunden att följa. I detta kapitel undersöks även EU-domstolens funktion och metod vid tolkning av EU-rätten.

I kapitel tre kartläggs de elva rättsfall som från 1 januari 2016 till 1 september 2018 aktualiserat relationen mellan EU:s asylsystem och principen om non-refoulement. Kapitlet fokuserar på vilka motsättningar som uppkommer mellan normer, principer och ändamål i asylsystemet och hur olika alternativa tolkningar rättfärdigas.

I kapitel fyra analyseras det som framkommit i kartläggningen. Analysen undersöker först vilka typer av argument och argumentationsmetoder domstolen nyttjar för att underbygga sina tolkningar för att sedan diskutera eventuella implikationer av dessa i relation till asylsystemets innehåll och legitimitet.

I kapitel fem sammanställs analyserna från kapitel tre och fyra. Avslutande slutsatser dras om vilka implikationer domstolens argumentation kan ha för den fortsatta tolkningen av EU:s asyl och migrationsrätt och hur detta formar skyddsregimen för asylsökande i EU.

2 Principen om non-refoulement och EU:s asylsystem

I detta introducerande kapitel undersöks hur principen om non-refoulement är reglerad inom EU:s asylsystem. Först kartläggs EU:s asylsystem. Sedan undersöks non-refoulementprincipen i relation till detta system. Slutligen görs en genomgång av EU-domstolens funktion och tolkningsmetoder inom detta system.

2.1 Asylsystemet

I de ursprungliga EU-fördragen hade EU bara två åtaganden: en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union. För att uppnå dessa åtaganden ingår det i EU:s verksamhet att skapa en inre marknad genom integration. Denna integrering har EU eftersträvat genom ett omfattande harmoniseringsprojekt. Detta förutsätter och har inneburit att stater avstår från statlig och territoriell suveränitet.²⁵

Samarbetet inom EU i frågor om invandring och asyl har dock präglats av en ovilja från medlemsstaterna att lämna ifrån sig statlig och territoriell suveränitet. Asylsökande och flyktingar har konsekvent utgjort ett undantag från projektet med den fria rörligheten för personer.²⁶ Fram till och med Maastrichtfördraget 1992 hölls samarbetet avseende migration och asyl helt utanför den europeiska gemenskapen.²⁷ Genom Maastrichtfördraget 1992 kom medlemsstaterna överens om att beakta asyl- och migrationsfrågor som ett gemensamt intresse och området inkorporerades under den så kallade

²⁵ Guild (2006)

²⁶ Ibid. Både Schengenavtalet av den 14 juni 1985 och Dublin Konventionen 1990 (EGT C 254 1997) utgjorde undantag från målet med avskaffande av inre gränser eftersom dessa både normer lät dem inre gränserna vara avgörande för tillskrivandet av ansvar för en asylansökan.

²⁷ Se Noll (2000) s 123.

”tredje pelaren”.²⁸ I fråga om skapandet av bindande legala normer förblev organisationsformen dock mellanstatlig och EU-domstolen hade ingen kompetens att döma avseende dessa åtgärder.²⁹

I och med Amsterdamfördraget 1997 blev migrations- och asylpolitiken en del av unionens kompetens.³⁰ I och med Amsterdamfördraget gavs även EU-domstolen kompetens att döma i frågor inom området. Detta innebar att normer inom detta område för första gången kunde bli föremål för laglighetsprövning och att konflikter kunde lösas på en supranationell nivå.³¹ Om EU från början var ett projekt för att skapa territoriell integration för att bygga en inre marknad, kan EU:s asylsystem från början sägas vara en åtgärd för att kompensera för avskaffandet av interna gränser.³² Först i och med Tammerforsslutsatserna 1999 etablerades ett åtagandet om att skapa ett gemensamt europeiskt asylsystem i enlighet med Genèvekonventionen.³³ Därefter dröjde det ytterligare tio år, till 2009 och stadgandet av FEU och FEUF, innan grundläggandet av detta system genomfördes i grundfördragen.³⁴ FEUF utökade även domstolens kompetens genom att tillåta varje nationell domstol eller tribunal att begära förhandsavgörande. Detta, i kombination med att Europeiska unionens stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna (Hädanefter Stadgan) samtidigt blev bindande ökade EU-domstolens kompetens nämnvärt inom området för asyl och migration.³⁵

Mänskliga rättigheter var dock inte en del av EU:s ursprungliga åtaganden. De infördes initialt via domstolens tillämpning av allmänna grundläggande

²⁸ Maastrichtfördraget om Europeiska unionen av den 7 februari 1992, i Kraft 1 november 1993, Kap 5 Artikel 1.

²⁹ Se Noll (2000) s 134–135. Inte en enda bindande konvention skapades under denna kompetens fördraget kritiserades för sin ineffektivitet och de normer som skapades kritiserades för bristen på juridisk kontroll.

³⁰ Se Cornelisse (2010) s 208, Se även Groenendijk (2014) s 314.

³¹ Noll (2000) s 142.

³² Se Chetail, V. 'The Common European Asylum System: Bric-à-Brac or System?' i Chetail V, De Bruycker P och Maiani F (red) *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (Brill Nijhoff, 2016) s 4, se även EASO, 'Introduction to CEAS, judicial analysis' (European Asylum Support Office 2016) s 13.

³³ European Council, Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, punkt 13. Dessa slutsatser tillkännagavs officiellt efter ett möte Europeiska rådet höll i oktober 1999 i Tammerfors, Finland

³⁴ Se Parusel och Schneider, *Reforming the Common Asylum system: Responsibility-sharing and the harmonisation of asylum outcomes* (Delmi Report 2017:9 2017) s 28.

³⁵ EU-stadgan diskuteras vidare i kapitel 2.2.2.

principer i sin praxis.³⁶ Att unionen grundas på respekten av mänskliga rättigheter skrevs in i Amsterdamfördraget först 1997.³⁷ Långt innan dess, på 70-talet, etablerade EU-domstolen dock grundläggande principer i sin praxis som vilade dels på medlemsstaternas konstitutionella ordningar men även på Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Hädanefter EKMR).³⁸ År 2002, sju år innan Stadgan trädde i kraft, avgjorde EU-domstolen för första gången på grundval av EKMR ett mål i vilket tolkningen av EU-lagstiftningen var gynnande för en asylsökande.³⁹ EU domstolen har genom dessa principer lagt grunden för de grundläggande rättigheter som sedan kodifierats i Stadgan som blev bindande 2009.⁴⁰

EU:s gemensamma invandringspolitik har idag flera, ibland motstridiga, målsättningar. Å ena sidan stadgas att unionen ska eftersträva en effektiv hantering av migrationsflöden och förebygga olaglig invandring, å andra sidan ska unionen samtidigt skapa en rättvis behandling av lagligt bosatta tredjelandsmedborgare och efterleva Genèvekonventionen och andra tillämpliga fördrag (Se art 78–79 FEUF). Mellan dessa målsättningar kommer det alltid finnas en viss spänning, utöver de krav som ställs genom Stadgan.

41

Asylsystemets regelverk har genomgått flera reformer och bearbetningar. Den första generationen av normer fokuserade på att skapa gemensamma miniminormer. Den andra fasens målsättning, som den uttrycks i Stockholmsprogrammet, var att etablera gemensamma normer för skydd av flyktingar.⁴² Ett tredje reformförslag lanserades av kommissionen i april 2016. Reformförslaget var enligt kommissionens som en reaktion på de

³⁶ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 139 ff.

³⁷ Se Alston (1999) s 6

³⁸ Se mål C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114 och Mål C-4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1974:51. Se även Arnulf, A. *The European Union and its Court of Justice* (Oxford University Press 1999) s 204–205.

³⁹ Guild (2006).

⁴⁰ Bernitz och Kjellgren (2014) s 139 ff.

⁴¹ Se Groenendijk (2014) s 325, se även art 2 TFEU

⁴² Se Stockholmsprogrammet – ett öppet och säkert Europa i medborgarnas tjänst och för deras skydd (2010/C 115/01). Stockholmsprogrammet antogs vid Europeiska rådets toppmöte i december 2009.

brister som migrationskrisen klarlagt i systemet.⁴³ Ännu har en sådan tredje reform ej genomförts eftersom medlemsstaterna inte kan komma överens.⁴⁴ Med hänsyn till det som presenterats i detta kapitel, och med tanke på den förväntat långsamma takt för vidare harmonisering genom lagstiftningsprocessen som kan väntas, kan domstolen förväntas spela en viktig roll för att säkerställa en effektiv och enhetlig tillämpning av befintlig EU-lagstiftning rörande asyl och migration i enlighet med internationell flyktingrätt.⁴⁵

2.2 Principen om non-refoulement

EU:s asylsystem är bundet att efterleva principen om non-refoulement. Denna princip och unionens bundenhet att efterleva den stadgas i flera olika regelverk. I detta kapitel ska tre regelverk som aktualiserar denna princip presenteras: Genèvekonventionen, Stadgan och EKMR.

2.2.1 Genèvekonventionen 1951 – en dubbel bundenhet

EU står i relation till Genèvekonventionen inför en dubbel bundenhet. För det första har alla EU:s medlemsstater ratificerat konventionen, att ha ratificerat konventionen är även ett krav för medlemskap i unionen.⁴⁶ För det andra ska unionens gemensamma politik avseende asyl, subsidiärt skydd och tillfälligt skydd enligt art 78 i FEUF säkerställa principen om non-refoulement och överensstämna med Genèvekonventionen och dess protokoll.

⁴³ Commission Communication, Towards a reform of the common European asylum system and enhancing legal avenues to Europe, COM(2016) 197 final, s 6 och 20

⁴⁴ Se Elektronisk källa: Migration and Home affairs, What we do. På denna hemsida går det att se att de reformprojekt som lanserades i Commission Communication, Towards a reform of the common European asylum system and enhancing legal avenues to Europe, COM(2016) 197 final på s 6 inte medfört nya legislativa akter.

⁴⁵ Zarevac S, *The Court of Justice of the EU and the Common European Asylum System: Entering the Third Phase of Harmonisation* (12 Cambridge YB Eur Legal Stud 53 2009-2010) s 56.

⁴⁶ Moreno Lax (2014) s 225-226

Medlemsstaterna är därmed bundna var och en för sig samtidigt som unionen är bunden genom FEUF.

Genèvekonventionen är ett nyckelfördrag i relation till flyktingskydd.⁴⁷

I konventionens artikel 33 stadgas principen om non-refoulement. Principen innebär att en fördragsslutandes stat inte på något vis får utvisa eller avvisa en flykting till ett område var dennes liv eller frihet skulle hotas på grund av någon av grunderna som etableras i artikel 1. Artikel 33 lyder:

1. 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.
2. Denna bestämmelse må likväl icke åberopas av flykting, vilken det föreligger skälig anledning att betrakta som en fara för det lands säkerhet i vilket han uppehåller sig eller vilken, med hänsyn till att han genom lagakraftägande dom har dömts för synnerligen grovt brott, utgör en samhällsfara i sagda land.⁴⁸

I principen om non-refoulement ingår även ett förbud mot så kallad kedjerefoulement. Detta förbud innebär att en stat inte får skicka en flykting till en stat där denne riskerar att sändas vidare till en stat där personen riskerar inhuman eller förnedrande behandling.⁴⁹

2.2.2 Stadgan – konstitutionalisering av mänskliga rättigheter

Stadgan är sedan 2009 bindande för alla medlemsstater och de institutioner som implementerar EU-rätten samt i situationer då EU-rätten är tillämplig.⁵⁰ Eftersom asylrätten till övervägande del ligger inom EU:s kompetensområde blir rättighetsstadgan tillämplig även när medlemsstaternas myndigheter tillämpar nationella bestämmelser.⁵¹

I de granskade rättsfallen aktualiseras tre lagrum i relation till principen om non-refoulement. Artikel 4 i stadgan etablerar ett förbud mot tortyr och

⁴⁷ Hurwitz (2009) s 13. För mer ingående analys av definitionen av flyktingbegreppet se Goodwin-Gill, McAdam, (2007) s 35–37.

⁴⁸ Undantaget i punkt 2 aktualiseras inte i något av rättsfallen som granskats varför det inte heller undersöks närmare här.

⁴⁹ Se Goodwin-Gill och McAdam (2007) s 250

⁵⁰ Se Elektronisk källa: EUR-Lex, Human rights

⁵¹ Se Groenendijk, (2014) s 330

omänsklig eller förnedrande bestraffning och behandling. Denna artikel förbjuder med andra ord den typ av behandling som non-refoulementprincipen är avsedd att skydda en asylsökande från. I artikel 18 stadgas att rätten till asyl ska garanteras med iakttagande av reglerna i Genèvekonventionen, FEU och FEUF. Rätten till asyl har alltså i Stadgan inte ett självständigt innehåll, utan garanteras inom ramen för Genèvekonventionen och EU:s grundfördrag. Genom denna hänvisning inkorporeras principen om non-refoulement i asylrätten enligt Stadgan. Artikel 47 i Stadgan fastslår vidare att den vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol. Principen om non-refoulement har betydelse för denna artikel eftersom praxis medfört en suspensiv verkan av beslut vid överklagan av avslagsbeslut och återvändandebeslut inom asylsystemet. Suspensiv verkan innebär att en åtgärd inte får genomdrivas innan överklagan färdigbehandlats och har fastslagits. Genomdrivandet av tex ett återvändandebeslut innan en överklagan färdigbehandlats skulle innebära risk för brott mot non-refoulementprincipen.⁵²

Stadgans bindande kraft sedan den annexerades till grundfördragen har haft positiva effekter. Stadgan har sedan den blev bindande lett till domslut av EU-domstolen som är gynnsamt för barn, ensamkommande minderåriga och de som fruktar förföljelse på grund av sin sexuella läggning.⁵³ Stadgan har även ökat fokuseringen på de grundläggande rättigheterna inom EU-rätten och vid EU-domstolens tolkning av gällande rätt. Detta har förstärkt både de mänskliga rättigheternas synlighet i domstolens rättsliga diskussion och deras roll som konstitutionella parametrar.⁵⁴ I detta sammanhang ska dock framhållas att en sammanvägning av rättsfall angående artikel 18 i Stadgan

⁵² Se tex Mål C-562/13, *Abdida*, EU:C:2014:2453, punkt 52, och mål, C-239/14, *Tall*, EU:C:2015:824, punkt 54

⁵³ Se Ippolito, F. *Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test?* (European Journal of Migration and Law 17 2015) s 38.

⁵⁴ se Iglesias Sanchez, S. *The Court and the Charter: The Impact of the entry into force of the Lisbon Treaty and the CJEU's approach to fundamental rights* (Common Market Law Review 49, 2012) s. 1576.

visar att skyddet för asylsökande utanför EU förblir i händerna på principen om non-refoulement.⁵⁵

2.2.3 EKMR – enhetlig tolkning och autonomi

Av artikel 52.3 i Stadgan framgår att rättigheterna ska ha samma innebörd och räckvidd som i EKMR. Artikel 6.3. FEU fastslår att de grundläggande rättigheterna, såsom dessa garanteras i EKMR, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer. Detta innebär för domstolen att den ska tolka unionsrätten i enlighet med innehållet i EKMR, men att den samtidigt inte är bunden av den.⁵⁶

Principen om non refoulement är inte explicit stadgad i EKMR, den har inkorporerats genom tolkning. Principen har i stor utsträckning applicerats i relation till artikel 3 i EKMR.⁵⁷ Det är även denna artikel som aktualiserats i de granskade rättsfallen. Artikel 3 EKMR stadgar att ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Artikel har enligt praxis en extraterritoriell funktion genom vilken principen om non refoulement aktualiseras. Artikel 3 kan åberopas för att förhindra refoulement, avvisning eller återvändande av en tredjelandsmedborgare. Extraterritorialiteten etablerades av Europarådet i *X mot Belgien*.⁵⁸

EU-domstolen har i praxis betonat unionens autonoma system i förhållande till EKMR samtidigt som den bekräftar kravet på en konform tolkning med EKMR som en begränsning under vilken EU-domstolens tolkning verkar.⁵⁹ I förenade målen *N. S. och M. E. m.fl.*, tillämpade EU-domstolen både art 33.1 i Genèvekonventionen och art 4 i Stadgan och erinrar att samtliga medlemsstater presumeras att efterleva EKMR.⁶⁰ I detta mål slog domstolen

⁵⁵ Ippolito (2015) s 24.

⁵⁶ Velutti (2014) s 77-78

⁵⁷ Hurwitz (2009) s 189.

⁵⁸ Se Europadomstolens dom den 29 maj 1961 *X mot Belgien*, nr 984/61.

⁵⁹ Sabel, *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order* (European Law Journal, Vol. 16, No. 5, 2010) s 531.

⁶⁰ Se Förenade målen C-411/10 och C-493/10 *N.S. och M.E. m.fl.*, punkt 4–5 och 80.

fast att en medlemsstat inte får överföra en asylsökande till en annan medlemsstat enligt Dublin II förordningen när⁶¹:

”de inte kan sväva i okunnighet om att de systembrister vad beträffar asylförfarandet och mottagningsvillkoren för asylsökande som finns i den medlemsstaten utgör allvarliga och klarlagda skäl att anta att den asylsökande löper en verklig risk att utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling i den mening som avses i art 4 i EU stadgan”⁶²

Detta mål har beskrivits som en konsekvens på Europadomstolens mål *M.S. mot Belgien och Grekland*.⁶³ Förenademålen målen *N. S. och M. E. m.fl.* kan tjäna som exempel på hur konventionerna samverkar vid domstolens tolkning av non-refoulementprincipen. Fallet kan också tjäna som exempel på vilka skyldigheter principen om non-refoulement kan ålägga medlemsstater, här att inte överföra enligt Dublin II-förordningen⁶⁴. En jämförelse mellan *M.S. mot Belgien* och målen *N. S. och M. E. m.fl.* exemplifierar även hur EU-domstolen beaktar EKMR praxis samtidigt som den skapar autonomi för sitt eget regelverk. EU-domstolen hänvisar till *M.S. mot Belgien* i flera delar av domen men anammar till exempel inte Europadomstolens definition ”substantial grounds for a real risk” för att fastställa beviskravsnivån utan bygger sitt domslut på den autonoma definitionen av ”serious risk”.⁶⁵

2.3 EU-domstolen

Som bakgrund till uppsatsens undersökning av domstolens tolkningar av EU:s asylregelverk behövs en viss förståelse för domstolens funktion,

⁶¹ 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 tredje land har gett in i någon medlemsstat. Denna förordning har ersatts av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat. Hädanefter avses den senare gällande Dublin III-förordningen med begreppet Dublinförordningen om inte annat anges.

⁶² Se Förenade målen C-411/10 och C-493/10 *N.S. och M.E. m.fl.*, punkt 123.

⁶³ Se Vellutti (2014) s 91. Se även Europadomstolens dom den 21 januari 2011 i målet *M.S. mot Belgien* och *Grekland*, nr 30696/09 (Grand Chamber)

⁶⁴ Det samma gäller den i dagsläget gällande Dublinförordningen i vilket detta rättsfall kodifierats.

⁶⁵ Vellutti (2014) s 93–93

kompetens, tolkningsmetoder och tolkningsprinciper. Nedan behandlas därför detta i två kapitel.

2.3.1 Funktion och kompetens

EU-domstolens huvudsakliga funktion är att tolka innehållet i EU-rätten. Domstolens uppgift är, enligt art 19.1 FEU, att säkerställa att lag och ordning följs vid tolkning och tillämpning av fördragen.⁶⁶ EU domstolen avgör därmed suveränt hur EU-fördragen och annan unionsrätt ska tolkas. Att EU-domstolen fastslår ett beslut innebär att den fastslagna tolkningen anses överensstämma med internationella förpliktelser, så som principen om non-refoulement.⁶⁷

EU-domstolen har en dynamisk syn på sin roll. Domstolen ser unionsrätten som ett sammanhängande rättssystem vars luckor det är domstolens uppgift att fylla. Det är främst genom domstolen, ibland genom banbrytande domar, som EU:s rättsliga struktur har etablerats.⁶⁸ Även inkorporeringen av mänskliga rättigheter genom allmänna rättsprinciper var, liksom visats ovan, initialt EU-domstolens verk.

För att kunna fullgöra sina uppgifter har domstolen en klart angiven behörighet.⁶⁹ Europeiska unionens domstol ska i enlighet med fördragen avgöra ärenden där talan väcks enligt art 19 FEU eller 251–281 FEUF.⁷⁰ De elva rättsfall som utgör föremålet för analysen i denna uppsats aktualiserar två av domstolens måltyp: förhandsavgöranden (19.3 b i FEU och artikel 267 i FEUF) och ogiltighetstalan (263 FEUF). Systemet med begäran om förhandsavgörande har till syfte att ge de nationella domstolarna möjlighet att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av unionsrätten i samtliga

⁶⁶ Se Art 19.1 FEU, Se även Bernitz, Kjellgren (2014) s 59.

⁶⁷ Bernitz och Kjellgren (2014) s 59–60

⁶⁸ Se Bernitz, Kjellgren (2014) s 60 och 182–185.

⁶⁹ Se Elektronisk källa: CURIA Europa, Om Domstolen, se även Se även Schwarze 'Balancing EU integration and National interests in the case-law of the Court of Justice' i Rosas A, Levits E, Bot Y (eds) *The court of justice and the construction of Europa: analyses and Perspectives on Sixty years of case law* (Springer 2013) s 268.

⁷⁰ Se Elektronisk källa: Europaparlamentet Faktablad om Europeiska Unionens domstol.

medlemsstater.⁷¹ Ogiltighetstalan å sin sida består av en granskning av de europeiska rättsakternas lagenlighet.⁷²

Domstolens funktion och kompetens begränsas inom asylsystemet av bland annat subsidiaritetsprincipen. Principen styr kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna.⁷³ Subsidiaritetsprincipen i artikel 5 FEU ska garantera att beslut fattas så nära medborgarna som möjligt och att åtgärder på EU-nivå är motiverade i förhållande till de möjligheter, att lösa aktuell situation, som finns på nationell nivå.⁷⁴ Subsidiaritetsprincipen avser att förhindra att en handling vidtas av unionens institutioner om medlemsstaterna istället kan ingripa.⁷⁵

EU-domstolen har kritiserats för att vara för interventionistisk i sin tolkning av EU-rätt, så till den grad att den ansetts ägna sig åt legal aktivism.⁷⁶ Kritiker menar att denna legala aktivism underminerar den eftersträvade subsidiariteten och att EU-domstolen fäller domslut som brister i sitt beaktande av medlemsstaternas legitima intressen till fördel för unionens mål. Kritikerna framhåller att domstolen inte kan bortse från gränserna för unionens kompetens och att den därför ska avstå från att inkräkta på medlemsstaternas kompetens.⁷⁷

2.3.2 Tolkningsmetoder och tolkningsprinciper

En meningsfull diskussion om domstolens tolkning av innehållet i EU:s regelverk måste föregås av en genomgång av EU-domstolens metoder och principer. EU-domstolen har flera tolkningsmetoder, de vanligaste stammar, även om domstolen aldrig skriver ut detta i sina domslut, ur VCLT artikel 31–

⁷¹ Se 2012/C 338/01: Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande, punkt 1.

⁷² se Elektronisk källa: EUR-LEX Ogiltighetstalan.

⁷³ Sierra Cadena, G d J. *Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA : la coordination-harmonisation des pluralismes juridiques régionaux à l'épreuve de l'internationalisation du droit de l'intégration* (Estudios Socio-Jurídicos, S.I, v. 15, n. 2, 2019) s 146.

⁷⁴ Se Elektronisk källa: EUR-LEX Subsidiaritetsprincipen.

⁷⁵ Se Sierra Cadena (2019) s 136.

⁷⁶ Se Bernitz och Kjellgren, s 182. Se även Schwarze (2013) s 274.

⁷⁷ Se Schwarze (2013) s 267–268.

33.⁷⁸ Den första tolkningsmetoden enligt VCLT är den textuella tolkningsmetoden. Denna metod fastställer den vanliga eller tekniska betydelsen av ett begrepp.⁷⁹ Ett problem som lyfts fram avseende denna metod är att ord i sig inte har någon vanlig betydelse. Ett strikt textligt tillvägagångssätt kan därför betraktas som godtyckligt, eftersom det ger mycket handlingsfrihet till tolkaren.⁸⁰ Den textuella tolkningsmetoden har tillämpats i flera fall av domstolen för att fastslå gränserna för sin egen kompetens.⁸¹ I fråga om skydd för de grundläggande rättigheterna har den textuella tolkningsmetoden dock endast nyttjats av EU-domstolen den Stadgans ikraftträdande.⁸²

En annan tolkningsmetod, den kontextuella tolkningsmetoden går ut på att ordalydelsen läses i sitt sammanhang. Den främsta fördelen med kontextuell tolkning är att den kan ge det nödvändiga stödet till den textbaserade tolkningsmetoden. Vissa rättsvetare säger att den textuella tolkningen nödvändigtvis innebär att man använder den kontextuella tolkningsmetoden.⁸³ Den kontextuella tolkningsmetoden används ofta av EU-domstolen, ett exempel är det välkända fallet *Van Gend en Loos* där domstolen hänvisade till EEG fördragets anda, uppbyggnad och ordalydelse för att fastställa omfattningen av bestämmelserna om tillhandahållandet av tjänster.⁸⁴

En tredje tolkningsmetod är den mikro-teleologiska tolkningsmetoden. EU-domstolen är allmänt känd för att tillämpa den mikro-teleologiska tolkningsmetoden. Metoden använder hänvisningar till föremålet och syftet med en bestämmelse eller en norm som helhet för att motivera tolkningen av

⁷⁸ Se Senden, (2011) s 44 och 52: De allmänna internationella tolkningsreglerna har kodifierats i Wienkonventionen om traktaträtten (VCLT). EU-domstolen tolkar internationell rätt varför den omfattas av VCLT:s tolkningsregler. Europeiska unionen har aldrig uttryckligen hänvisat till Wienkonventionen i någon av domarna. I doktrin antas det dock generellt att EU-domstolen implementerar dessa tolkningsmetoder.

⁷⁹ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 185. Se även Senden, (2011) s 51.

⁸⁰ Senden, (2011) s 51.

⁸¹ Se Senden, (2011) s 52, Se även Mål C-245/97, *Tyskland mot Kommissionen*, ECLI:EU:C:2000:687 punkt 72 och mål C-406/98, *Met-Trans and Sagpol*, ECLI:EU:C:2000:154, punkt 32 och punkt 46.

⁸² Ippolito (2015) s 20

⁸³ Senden (2011) s 61.

⁸⁴ Se mål C-26/62, *Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen* ECLI:EU:C:1963:1, punkt 5 i inledande sammanfattning.

en viss term. Tolkningsmetoden syftar till att realisera de syften som anges i normen.⁸⁵ Med mikro-teleologisk tolkning i denna uppsats förstås därmed domstolens argumentation som hänvisar till de inledande skälen angivna i tillämpliga direktiv.

Domstolen nyttjar även i stor utsträckning hänvisningar till praxis. Domstolen ser sig förvisso inte bunden av sin egen praxis och kan gå emot den, men nyttjar ofta tidigare avgöranden för att underbygga sina argument i sina domslut. Detta stämmer väl överens med domstolens syn på unionens rättssystem som ett enhetligt rättssystem.⁸⁶

Tolkningsprinciper skiljer sig från tolkningsmetoder eftersom att domstolen genom dessa principer tillskriver ett mål för själva tolkningsprocessen.⁸⁷

Meta-teleologiska tolkningsprinciper, de enda principer som kommer att behandlas i denna uppsats, härleds ur fördragssystemet som helhet.⁸⁸ På grundval av en rättspraxisanalys argumenterar Lasser att följande principer är meta-teleologiska för hela EU:s rättssystem: effektivitetsprincipen, principen om systemets autonoma tolkning samt rättssäkerhet och rättsligt skydd.⁸⁹

Inom ramen för asylsystemet kan principen om ömsesidigt förtroende förstås som en meta-teleologisk tolkningsprincip. Ömsesidigt förtroende har alltid varit en av hörnstenarna i samarbetet mellan EU:s medlemsstater. En av de första domarna i vilken EU tillämpade principen om ömsesidigt förtroende var i fråga om den fria marknaden inom EU (då EG), i målet *Cassis de Dijon*.⁹⁰ Principen om ömsesidigt förtroende är vidare av grundläggande betydelse specifikt för rättssamarbetet inom asylsystemet.⁹¹ Principen har varit ett av de centrala målen för EU:s asylsystem sedan Tammerförslutsatserna 1999 och upprepades återigen i

⁸⁵ Senden (2011) s 55.

⁸⁶ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 183.

⁸⁷ Se Senden (2011) s 69–70.

⁸⁸ Se Senden (2011) s 83. Se även Se Lasser, M de S-O-l'E. *Judicial Deliberations, A Comparative Analysis of Judicial, Transparency and Legitimacy* (Oxford University Press, 2004) s 208.

⁸⁹ Se Lasser (2004) s 212, Se även Senden s 84–58.

⁹⁰ Se mål C-120/78 *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42, se även Brouwer (2013) s 136.

⁹¹ Se Battjes, H. 'Mutual Trust in Asylum Matters: the Dublin System' i Battjes, H mfl (red). *The Principle of Mutual Trust in European Asylum Migration and Criminal Law. Reconciling Trust and Fundamental Rights* (Utrecht Forum Institute for Multicultural Affairs 2011) s 5, se även 2010/C 115/01 "Stockholmsprogrammet – ett öppet och säkert Europa i medborgarnas tjänst och för deras skydd" punkt 5.

Stockholmsprogrammet år 2009.⁹² Inom EU:s asylsystem bygger principen om ömsesidigt förtroende på antagandet att varje medlemsstat ska behandla asylsökande i enlighet med relevanta bestämmelser i nationell, europeisk och internationell rätt.⁹³

Lasser identifierar de meta-teleologiska principerna för EU-systemet som helhet genom att se att de återkommer i en majoritet av rättsfallen och är avgörande i många diskussioner om domstolens tolkning. Exempel på meta-teleologiska tolkningsprinciper enligt Lasser är som sagt effektivitetsprincipen och principen som unionsrättens autonomi.⁹⁴ Genomgången av rättsfallen och doktrin i uppsatsens följande delar kommer att visa att principen om ömsesidigt förtroende har en liknande funktion i domstolens tolkningar av asylsystemets regelverk. Därför kan den betraktas som en meta-teleologisk tolkningsprincip i detta sammanhang.

2.4 Sammanfattning

EU:s asylsystem kan från början sägas ha varit en åtgärd för att kompensera för avskaffandet av interna gränser och regelverket har utvecklats som ett lapptäcke jämte EU:s projekt för fri rörlighet och en inre marknad. Asylsystemets regelverk har genomgått flera reformer och bearbetningar genom vilka harmonisering av medlemsländernas asyl- och migrationssystem eftersträvats. Den senaste reformfasen initierades 2016 men har ännu inte medfört några revideringar av regelverken. Domstolens kompetens, inom detta område, är dock sedan 2009 likställd med övriga områden inom gemenskapen och Stadgans kodifiering av mänskliga rättigheter är bindande. Non-refoulementprincipen stadgas i de tre, för unionen bindande instrumenten, Genèvekonventionen, Stadgan, och EKMR. Förbudet innebär att ingen flykting ska återsändas till något land där han eller hon sannolikt

⁹² Se OJ C 115, European Council, Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, 2010/C 115/01, Stockholmsprogrammet – ett öppet och säkert Europa i medborgarnas tjänst och för deras skydd samt Brouwer (2013) s 136.

⁹³ Se Battjes (2011) s 5.

⁹⁴ Se Lasser (2004) s 209–210.

kommer att utsättas för förföljelse, annan misshandel eller tortyr. Principen är en av de mest fundamentala rättigheter för flyktingar och de tre normerna som fastslår principen samverkar. EU-domstolen tillämpar normerna samtidigt.

Det är EU-domstolens uppgift att suveränt avgöra hur EU-fördragen och annan unionsrätt ska tolkas för att vara i överensstämmelse med principen om non-refoulement.⁹⁵ Domstolen har en dynamisk syn på sin roll och har historiskt medverkat till att etablera EU:s rättsliga struktur. Sammantaget visar detta introduktionskapitel att EU-domstolen kan förväntas fortsätta spela en viktig roll för att säkerställa en effektiv och enhetlig tillämpning av befintlig EU-lagstiftning rörande asyl och migration i enlighet med internationell flyktingrätt. I nästkommande kapitel kommer uppsatsen att undersöka vilka rättsliga motsättningar som uppstår vid tolkningen och bedömningen av EU:s asylrättsliga system och hur EU-domstolen försöker lösa sådana motsättningar.

⁹⁵ Se Bernitz, Kjellgren (2014) s 60 (Den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken är undantagen se art 344 FEUF).

3 Rättsliga motsättningar och EU-domstolens tolkning

I den inledande delen av denna uppsats har vi för det första konstaterat att omfattande analyser har skrivits om EU-regelverkets överensstämmelse med internationella förpliktelser och att denna överensstämmelse har ifrågasatts. För det andra har EU:s förbundenhet att uppfylla principen om non-refoulement kartlagts. För det tredje har vi gjort klart att det är EU-domstolen som suveränt tolkar innehållet i EU:s regelverk och dess lagenlighet i förhållande till internationell rätt.

Sammantaget har elva rättsprocesser inom EU:s asylsystem, som under de senaste två åren behandlat innehållet i principen om non-refoulement och dess relation till EU:s sekundära regelverk, undersökts. De granskade rättsfallen aktualiserar tre delar av EU:s gemensamma asylsystem. En första grupp är tredjelandsmedborgares tillgång till EU:s territorium. I denne grupp är rättsfall aktualiserar non-refoulementprincipen bland annat i relation till hur den ska appliceras på viseringsansökningar i medlemsstaternas bestickningar i tredjeländer samt genom frågor om hur principen påverkar gränsmedlemsstaternas agerande vid massstillströmning av flyktingar. En andra grupp av rättsfall rör fördelningsmekanismer av asylsökande mellan unionens medlemsstater och andra stater. I denna grupp väcks frågor om non-refoulementprincipens effekt på fastställandet av säkra tredje länder och om hur presumtionen att samtliga medlemsländer efterlever non-refoulementprincipen påverkar fördelningsmekanismer inom EU:s territorium.

Den sista gruppen rättsfall rör asylsökandes tillgång till effektiva rättsmedel. I denna grupp rättsfall aktualiserar principen om non-refoulement genom till exempel frågan om huruvida rätten till effektivt rättsmedel ska medföra en automatisk suspensiv verkan när asylsökande överklagar avslags- och återvändandebeslut till en annan instans.

Detta kapitel kommer att undersöka olika möjliga tolkningar av EU:s regelverk inom asyl- och migrationsområdet som aktualiserats i fallen, hur dessa kan problematiseras och hur domstolen har argumenterat för att underbygga sina slutsatser. Sammantaget söker kapitlet undersöka hur EU-domstolens beslut rättfärdigas genom argumentation.

3.1 Principen om non-refoulement och tillgång till EU:s territorium

I tre av de rättsfall som undersöks inom ramen för denna uppsats aktualiseras tredjelandsmedborgares tillgång till unionens territorium för att söka asyl. I samtliga av dessa tre fall drar generaladvokaten och domstolen motsatta slutsatser. De olika tolkningsmetoder och tolkningsprinciper som nyttjats av domstolen respektive generaladvokaterna kommer granskas för att undersöka vilka tolkningsmöjligheter som aktualiseras i fallen.

3.1.1 X och X mot État Belge

I fallet *X och X mot État Belge* har en syrisk familj ansökt om visum enligt artikel 25 i viseringskodexen⁹⁶ vid Belgiens ambassad i Libanon⁹⁷. Familjen har angett att de vid ankomsten till Belgien avser att söka asyl i Belgien. Belgien har avslagit ansökan. Vid överklagandet av detta avslag framför den syriska familjen att ett avslag på deras visumansökan skulle leda till åsidosättande av principen om non-refoulement.

I fallet *X och X mot État Belge* drar generaladvokaten slutsatsen att myndigheterna i en medlemsstat tillämpar unionsrätten i den mening som avses i artikel 51.1 i Stadgan, när de antar ett beslut enligt artikel 25 i viseringskodexen, och att de därför är skyldiga att iaktta non-

⁹⁶ Europaparlamentet och rådets förordning (EG) nr 810/2009 av den 13 juli 2009 om införandet av en EU-kodex om viseringar (Hädanefter viseringskodexen)

⁹⁷ Se Mål C – 638/16 PPU, *X och X mot État Belge*, ECLI:EUT C 38, 6.2.2017. (Hädanefter *X och X mot État Belge*)

refoulementprincipen.⁹⁸ EU-domstolen å andra sidan fastslår att de nationella myndigheterna felaktigt har tillämpat viseringskodexen och att EU-domstolen därför inte ska utreda om Stadgan eller Genèvekonventionen medför skyldigheter för medlemsstaterna.⁹⁹

Domstolen argumenterar för sin slutsats i flera steg. Inledningsvis fastslår domstolen, i motsats till vad Belgien yrkat, att den är kompetent att behandla förhandsavgörandet eftersom att tolkningsfrågorna är oupplösligt förbundna med EU-rätten.¹⁰⁰ När domstolen sedan prövar frågan i sak fastslår den dock att familjens visumansökan, som gjordes i syfte att söka asyl i Belgien, skulle innebära en vistelse som varar i mer än 90 dagar och att en sådan ansökan inte omfattas av kodexens tillämpningsområde enligt en textuell tolkning av artikel 1 i viseringskodexen.¹⁰¹ Domstolen lyfter även fram att syftet med viseringskodexen var att inrätta förfaranden och villkor för utfärdande av viseringar som inte varar längre än 90 dagar under en 180-dagarsperiod. Eftersom detta är syftet med kodexen, argumenterar domstolen, att den aktuella ansökan inte kan omfattas av kodexens tillämpningsområde, just eftersom vistelsen skulle komma att vara i mer än 90 dagar.¹⁰²

Domstolen framför även två argument om varför motsatt tolkning inte är möjligt. För det första skulle det leda till att ett krav på humanitära visum införs vilket det ej har lagstiftats om på unionsnivå. Och för det andra skulle en sådan tolkning inverka menligt på den allmänna systematiken i det system som inrättats genom Dublinförordningen.¹⁰³

Generaladvokatens argumentation skiljer sig framför allt i fråga om viseringskodexens tillämplighet. Generaladvokaten lyfter fram att det framgår av handlingarna i målet att den syriska familjen ansökte om en visering som inte gällde mer än 90 dagar.¹⁰⁴ Familjens avsikt att ansöka om

⁹⁸ Se Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i mål C – 638/16 PPU *X och X mot État Belge*, ECLI:EU:C:2017:93 punkt 84, 103 och 107. (Hädanefter, Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *X och X mot État Belge*)

⁹⁹ Se *X och X mot État Belge*, punkt 52.

¹⁰⁰ Se *X och X mot État Belge*, punkt 37.

¹⁰¹ Ibid punkt 43.

¹⁰² Ibid punkt 41.

¹⁰³ Ibid punkt 48.

¹⁰⁴ Se förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *X och X mot État Belge* punkt, ECLI:EU:C:2017:93, 49–50.

flyktingstatus när de väl rest in i Belgien kan inte, enligt generaladvokaten ändra arten av eller föremålet för familjens ansökan och det kan inte utgöra ett skäl för att inte tillämpa viseringskodexen.¹⁰⁵

Generaladvokaten underbygger sin tolkning genom att bland annat lyfta fram att varken ordalydelsen i artikel 1.1 i viseringskodexen, som anger syftet med kodexen, eller ordalydelsen i artikel 2.2, som definierar begreppet visering, hänvisar till skälen till att det inges en viseringsansökan. Först i artikel 25 och 32 tar kodexen hänsyn till de skäl som motiverade viseringsansökan. Därför är viseringskodexen tillämplig på familjens visumansökan oberoende av med vilket skäl ansökan ingavs.¹⁰⁶

Det är även intressant att jämföra generaladvokatens mikro-teleologiska tolkningsmetod med domstolens. Generaladvokaten lyfter i likhet med domstolen fram syftet med viseringskodexen för att underbygga sin argumentation men han pekar på ett annat syfte än det domstolen beaktat, nämligen syftet att viseringspraxisen ska vara enhetlig med mänskliga rättigheter.¹⁰⁷ Detta syfte menar generaladvokaten leder till att non-refoulementprincipen ska beaktas i målet.¹⁰⁸

Den sista intressanta punkten att jämföra avseende domstolens och generaladvokatens skilda tolkningar och argumentation avser kravet på humanitära visum. Generaladvokatens tolkning medför, till skillnad från domstolens tolkning, att en sådan skyldighet åligger medlemsstaterna. Generaladvokaten framhåller att de rättskipande instanserna vare sig behöver vänta på att medlemsstaterna ska komma överens om att skapa humanitära visum eller för den delen göra sig själva till lagstiftande institutioner eftersom att denna möjlighet redan finns genom artikel 25.1 i viseringskodexen.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Ibid punkt 50.

¹⁰⁶ Se förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *X och X mot État Belge*, punkt 60.

¹⁰⁷ Ibid punkt 29.

¹⁰⁸ Ibid punkt 85.

¹⁰⁹ Ibid punkt 9.

3.1.2 Jafari och A.S

De två fallen Jafari och A. S¹¹⁰ rör en syrisk medborgare och två systrar med deras respektive barn från Afghanistan. Dessa har under hösten 2015 rest in i och genom Europa för att söka asyl. Resan in i och genom Europa har skett med tillåtelse och medhjälp av medlemsstaternas myndigheter. Frågan är om personernas genomresa ska anses om en otillåten gränspassage enligt Dublinförordningens artikel 13.1 eller om denna bestämmelse inte är tillämplig i fallet. Det är i detta fallet gränsstaternas agerande att ”vinka igenom” personer till andra medlemsstater som ställs i relation till förpliktelser enligt non-refoulementprincipen.

I dessa båda fall fastslår EU-domstolen att termen ”utan tillstånd passerat” i art 13.1 i Dublinförordningen omfattar när en tredjelandsmedborgares inresa tolererats av myndigheterna i en gränsstat, oberoende av omständigheten att det rådde en massstillströmning av skyddsökande personer.¹¹¹ Detta i motsats till generaladvokaten som menar att orden ”en sökande utan tillstånd har passerat gränsen till en medlemsstat” i artikel 13.1 i Dublinförordningen inte avser den situation som förelåg i de båda målen.¹¹²

Inledningsvis konstaterar domstolen att termen ”passage utan tillstånd” inte definieras i Dublinförordningen eller i någon annan unionsrättsakt angående gränskontroll och invandring som gällde vid tidpunkten för omständigheterna i de nationella målen.

Domstolen använder textuell tolkningsmetod, kontextuell tolkningsmetod och mikro-teleologisk tolkningsmetod i sin argumentation. Domstolen framhåller att vid avsaknad av definition ska ett begrepp fastställas i överstämmelse med den normala betydelsen av de ord som används, med

¹¹⁰ Mål C-646/16 *Jafari mot Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* ECLI:EU:C:2017:586, och Mål C-490/16 *A.S mot Republika Slovenija*, ECLI:EU:C:2017:585. (Hädanefter *Jafari* respektive *A.S*) En övervägande del av domen *A.S* utgörs av hänvisningar till domen *Jafari* som fattades samma dag och av samma domare. I dem delar där domen *A.S* endast hänvisar vidare till *Jafari* anges nedan endast punkterna i *Jafari*.

¹¹¹ Se *Jafari*, punkt 102 och *A.S* punkt 61.

¹¹² Se förslag till av generaladvokat Eleanor Sharpston i mål C-646/16 *Jafari mot Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* och Mål C-490/16 *A.S mot Republika Slovenija*, ECLI:EU:C:2017:443, punkt 262. (Hädanefter förslag till av generaladvokat Eleanor Sharpston i *Jafari* och *A.S*)

beaktande av det sammanhang i vilket det används och de mål som eftersträvas med det föreskrifter de ingår i.¹¹³

Domstolen fastslår att den normala betydelsen måste vara att passera en gräns utan att följa de villkor som gäller enligt tillämplig lagstiftning.¹¹⁴ Domstolen konstaterar att Schengenkodexen var tillämplig och kriterierna som uppställs i denna kodex för att korsa en gräns med tillstånd inte uppfyllts.¹¹⁵ Därmed anses personerna korsat gränsen otillåtet enligt artikel 13.1 i Dublinförordningen och bestämmelsen ska därmed tillämpas. Det innebär att ansvarig medlemsstat ska vara den första medlemsstat de asylsökande anlant till.

Domstolen lyfter dock fram att det åligger på medlemsstaterna i varje enskilt fall att efterleva non-refoulementprincipen. Domstolen skriver att en överföring av en asylsökande enligt Dublinförordningen inte kan verkställas om det föreligger en risk för att den berörde utsätts för omänsklig eller förnedrande behandling, i den mening som avses i artikel 4 i Stadgan, i den ansvariga medlemsstaten.¹¹⁶

Generaladvokatens slutsatser och argumentation skiljer sig på flera punkter från EU-domstolens. Generaladvokaten gör en annorlunda mikro-teleologisk tolkning och lyfter fram att Dublinförordningen har som syfte att utse ansvarig medlemsstat under normala förutsättningar, alltså när medlemsstater kontrollerar sina yttre gränser, och att detta inte var omständigheterna som förelåg under tiden för de båda fallen.¹¹⁷ Generaladvokaten lyfter också fram att medlemsstaterna har ansvar i relation till Genèvekonventionen. Mot bakgrund av artikel 78.1 FEUF är det, enligt generaladvokaten, rätt att hänvisa till artiklarna 31 och 33 i Genèvekonventionen som utgångspunkt vid tolkningen av artikel 13.1 i Dublinförordningen. De stater som tillät flyktingar att resa genom sina territorier handlade därvid i enlighet med sina skyldigheter enligt Genèvekonventionen.¹¹⁸

¹¹³ Se *Jafari*, punkt 73.

¹¹⁴ Se *Jafari*, punkt 74.

¹¹⁵ Se *Jafari*, punkterna 75–80.

¹¹⁶ *Ibid.* punkterna 100–101. Se även *A.S.*, punkt 41.

¹¹⁷ Se förslag till avgörande av generaladvokat Eleanor Sharpston i *Jafari* och *A.S.*, punkt 177 och 184–185.

¹¹⁸ *Ibid* punkterna 173–174.

Dublinförordningens systematik, som tillskriver den gränsstat till vilken en asylsökande först ankommer ansvaret för asylansökan, har beskrivits som ett system som bestraffar den stat som släpper in en asylsökande.¹¹⁹ Generaladvokatens argumentation i detta fall kan därmed läsas som att gränsstaterna inte ska bestraffas för att de åtagit sig att uppfylla de krav som ställs i Genèvekonventionen i en sådan situation som förelåg under hösten 2015. Domstolen fastslog avseende detta argument att en sådan tolkning inte är möjlig utan att Dublinförordningens systematik äventyras.¹²⁰

3.2 Principen om non-refoulement och asylsystemets fördelningsmekanismer

Ett förhandsavgörande och två ogiltighetsförfaranden har, under de två senaste åren, aktualiserat tre fördelningsmekanismer inom EU:s asylsystem. Den första är Dublinförordningen som fastslår vilken stat som är ansvarig att utreda en asylansökan inlämnad från en tredjelandsmedborgare. Den andra är *Rådets beslut (EU) 2015/1601 av den 22 september 2015 om fastställande av provisoriska åtgärder på området internationellt skydd till förmån för Italien och Grekland* (Hädanefter Omplaceringsbeslutet) som fastslår en obligatorisk temporär omfördelning av 120 000 flyktingar från Grekland och Italien till andra medlemsstater.¹²¹ Den tredje och sista fördelningsmekanismen utgörs av EU-Turkiet uttalandet som fastslår en fördelningsmekanism mellan EU och Turkiet för flyktingar som kommit från Turkiet till EU via de grekiska öarna.¹²²

3.2.1 CK mfl

Målet *C. K. m.fl.* avser en överföring enligt Dublinförordningen som rör en kvinna och hennes barn. Kvinnan har post-partum depression och

¹¹⁹ Guild (2006).

¹²⁰ Se *Jafari*, punkterna 84 och 89.

¹²¹ Rådets beslut (EU) 2015/1601 av den 22 september 2015 om fastställande av provisoriska åtgärder på området internationellt skydd till förmån för Italien och Grekland.

¹²² General Court of the European Union, PRESS RELEASE No 19/17, Luxembourg, 28 February 2017.

själv mordstendenser. Slovenien vill enligt art 12.2 Dublinförordningen överföra kvinnan och barnet till Kroatien. Enligt psykologuttalande krävde kvinnans hälsa att hon kvarblev på mottagningscentret i Ljubljana för henne själv och barnets skull.¹²³ Frågan som ställs är om en medlemsstat, som ska överföra en skyddsökande enligt Dublinförordningen endast behöver beakta systembrister i en medlemsstats asylmottagningssystem, vilket fastlås i art 3.2 i Dublinförordningen, eller om medlemsstater även ska beakta andra omständigheter i enlighet med artikel 4 och artikel 19.2 i Stadgan, jämförda med artikel 3 EKMR, samt artikel 33 i Genèvekonventionen?

Domstolen och generaladvokaten argumenterar i fallet, *C. K. m.fl.* för olika utfall. Enligt Generaladvokaten skulle en tolkning av artikel 3.2 i Dublinförordningen som medför att medlemsstaterna ska beakta även andra omständigheter än systematiska brister i mottagandestatens asylmottagningssystem medföra ett åsidosättande av principen om ömsesidigt förtroende.¹²⁴ Domstolen fastslår i motsats till generaladvokatens förslag till avgörande att även andra omständigheter än allvarliga systembrister i mottagandestatens asylmottagningssystem kan medföra att artikel 4 i Stadgan kräver att en person inte överförs enligt Dublinförordningen.¹²⁵

Domstolen rättfärdigar sin tolkning genom att i ett första steg hänvisa till att reglerna i unionens sekundärlagstiftning ska tolkas och tillämpas med iakttagande av de grundläggande rättigheter som garanteras av Stadgan samt att förbudet mot omänsklig eller förnedrande bestraffning och behandling, som föreskrivs i artikel 4 i Stadgan, är absolut och av väsentlig betydelse.¹²⁶

Domstolen konstaterar därmed att överföring av en asylsökande inom ramen för Dublinförordningen endast får genomföras på villkor att överföringen inte medför en verklig risk för att den berörde utsätts för omänsklig eller förnedrande behandling i den mening som avses i artikel 4 i Stadgan.¹²⁷ För

¹²³ Se Mål 578/16 PPU *C. K. m.fl. mot Republika Slovenija*, EU:C:2017:127 punkt 37. (Hädanefter *C. K. m.fl.*)

¹²⁴ Se förslag till avgörande av generaladvokat Evgeni Tanchev i Mål C-638/16 *C. K. m.fl. mot Republika Slovenija* EU:C:2017:127, punkt 51. (Hädanefter förslag till avgörande av generaladvokat Evgeni Tanchev i *C. K. m.fl.*)

¹²⁵ Se *C. K. m.fl.*, punkt 98.

¹²⁶ *Ibid.* punkt 59.

¹²⁷ Se *C. K. m.fl.*, punkt 6.5

att underbygga detta argument hänvisar domstolen även till EKMR och EKMR praxis.¹²⁸

Domstolen beaktar att en stark presumtion föreligger, i enlighet med principen om ömsesidigt förtroende, att adekvat medicinsk behandling tillhandahålls asylsökande i alla medlemsstater. Men domstolen menar att man samtidigt inte kan utesluta att överföringen, av en asylsökande vars hälsotillstånd är särskilt allvarligt, i sig kan leda till att denne utsätts för en verklig risk för omänsklig eller förnedrande behandling i den mening som avses i artikel 4 i Stadgan.¹²⁹

Domstolen lyfter som sista punkt i sitt domslut fram att deras tolkning iakttar principen om ömsesidigt förtroende till fullo, eftersom domstolen inte uppställer någon presumtion om att grundläggande rättigheter iakttas i alla medlemsstater, utan säkerställer att sådana exceptionella situationer som avses i målet på lämpligt sätt beaktas.¹³⁰

Generaladvokatens slutsatser skiljer sig åt från domstolens. Generaladvokaten menar att en tolkning som medför att fler aspekter än systematiska brister i asylmottagningssystemet ska beaktas skulle innebära ett krav på att medlemsstaterna systematiskt ska kontrollera huruvida den ansvariga medlemsstaten respekterar asylsökandes grundläggande rättigheter. Detta innebär ett åsidosättande av principen om ömsesidigt förtroende. Generaladvokaten gör även en mikro-teleologisk tolkning och menar att en sådan tolkning även skulle frånta Dublinförordningen dess ändamålsenliga verkan och skada den mekanism som inrättats för att snabbt fastställa den ansvariga medlemsstaten.¹³¹

Även om de olika argumentationerna vittnar om att olika vikt ges principen om ömsesidigt förtroende av domstolen och generaladvokaten bör det lyftas fram att domstolen och generaladvokaten inte tycks ha tagit sikte på samma situation. Domstolen verkar fokusera på själva överföringen medan generaladvokaten tar sikte på omständigheterna i den ansvariga medlemsstaten.

¹²⁸ Ibid punkterna 67–68.

¹²⁹ Ibid punkt 70 och 73.

¹³⁰ Ibid punkt 95.

¹³¹ Se förslag till avgörande av generaladvokat Evgeni Tanchev i *C. K. m.fl.*, punkt 51.

3.2.2 Slovakien och Ungern mot Rådet

Ogiltighetstalan mot Omplaceringsbeslutet¹³² förs av både Slovenien och Ungern. Eftersom endast Ungern åberopade brott mot Genèvekonventionen som grund beaktas endast Ungerns del av målet. Ungern gör gällande att en överföring av en asylsökande från Grekland eller Italien till ett annat medlemsland enligt Omplaceringsbeslutet strider mot Genèvekonventionen eftersom att en skyddsökande har rätt att kvarstanna i det land där hen gjort sin ansökan fram tills dess att beslut fattats i frågan. Ungern rättfärdigar sitt påstående genom att hänvisa till punkt 192 i *Handboken om förfaranden och kriterier för att fastställa flyktingstatus*¹³³ som etablerar att en asylsökande bör tillåtas kvarstanna i ansökningslandet i avvaktan på beslut avseende asylansökan.¹³⁴

EU-domstolen går i sin dom på Rådets linje och fastslår att överföringen inom ramen för en omplacering av en person som söker internationellt skydd till en annan medlemsstat för att dennes ansökan ska kunna behandlas inom rimlig tid inte kan anses som en utvisning eller avvisning till tredjeland – varför principen om non-refoulement inte aktualiseras.¹³⁵ I denna tolkning nyttjar domstolen den meta-teleologiska principen om ömsesidigt förtroende som ett argument för att rättfärdiga att beslutet inte strider mot Genèvekonventionen.¹³⁶ Domstolen tar även fasta på att Omplaceringsbeslutet bygger på en liknande mekanik som Dublinsystemet för att rättfärdiga sin tolkning.¹³⁷

¹³² Se Förenade Målen C-643/15 och 647/15 *Slovakien och Ungern mot Rådet*, ECLI:EU:C:2017:631. (Hädanefter *Slovakien och Ungern mot Rådet*) I ogiltighetsprocessen avseende Omplaceringsbeslutet kommer Generaladvokaten till samma slutsats som domstolen varför dennes argumentation inte utreds närmare. Se Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot i målen C-643/15 och C-647/15 *Republiken Slovakien och Ungern mot Europeiska unionens råd*, ECLI:EU:C:2017:618.

¹³³ Förenta nationernas flyktingkommissarie, 'Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning enligt 1951 års konvention och 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning' Upplaga 1:2 (Norstedts Juridik AB 2001).

¹³⁴ Se Förenade Målen C-643/15 och 647/15 *Slovakien och Ungern mot Rådet*, ECLI:EU:C:2017:631, punkt 316.

¹³⁵ *Ibid* punkt 342.

¹³⁶ *Ibid* punkt 341.

¹³⁷ Se Förenade Målen C-643/15 och 647/15 *Slovakien och Ungern mot Rådet*, ECLI:EU:C:2017:631, punkt 333.

3.2.3 NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen

Fallen *NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen*¹³⁸ som aktualiserar ”EU-Turkiet uttalandet” rör tre asylsökande som tagit sig till Grekland via Turkiet. De tre asylsökanden för en ogiltighetstalan i vilken de yrkar att ”EU-Turkiet uttalandet” ska ogiltigförklaras. De sökande anför att uttalandet strider mot reglerna i FEUF om ingående av internationella avtal och dels för att det strider mot internationella mänskliga rättigheter, där ibland principen om non-refoulement.¹³⁹

Uttalandet mellan EU och Turkiet är ifrågasatt. Den viktigaste kritiken gäller återvändande av asylsökande till Turkiet, vilket enligt många icke-statliga organisationer samt akademiker inte överensstämmer med kraven för att vara säkra tredjeland vare sig enligt europeisk eller internationell rätt.¹⁴⁰

I *NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen* fastslår Tribunalen¹⁴¹ att när man skrev uttalandet mellan EU och Turkiet, möttes inte statscheferna i egenskap av Europeiska rådet, men som företrädare för medlemsstaterna.¹⁴² Domstolen accepterar även Rådets argument att termerna "Europeiska rådet" och "EU" i ”EU-Turkiet uttalandet” utgör förenklade ordalydelser för allmänheten i samband med ett pressmeddelande och därför inte kan tas bokstavligen.¹⁴³ Uttalandet mellan EU och Turkiet binder därmed inte den

¹³⁸ *NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen* är ett sammanslaget namn för: Tribunalens beslut T-192/16 *NF mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:T:2017:128, Tribunalens beslut T-193/16, *NG mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:T:2017:129, Tribunalens beslut T257/16 *NM mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EUT C 251, 11.7.2016. Tribunalens beslut avseende EU-Turkietuttalandet har inte föregåtts av ett förslag till avgörande. De tre målen är i princip identiska, hänvisning nedan görs därför endast till mål T-193/16, *NG mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:T:2017:129. (Hädanefter *NG mot Europeiska kommissionen*)

¹³⁹ Se Carrera, S. den Hertog, L och Stefan, M. *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal* (CEPS Policy Insights No 2017-15 April 2017) s 3.

¹⁴⁰ Se Peers, S. *The Final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment*, (<http://eulawanalysis.blogspot>)

¹⁴¹ Tribunalen kan beskrivas som en underinstans till EU-domstolen. Tribunalens beslut kan överklagas till EU-domstolen. Tribunalen är behörig att pröva till exempel talan som väcks av fysiska eller juridiska personer och som avser ogiltigförklaring av rättsakter som antagits av Europeiska unionens institutioner, organ eller byråer, som är riktade till personerna i fråga eller som direkt och personligen berör dem. Se Elektronisk källa: CURIA Europa, Om Tribunalen.

¹⁴² Se *NG mot Europeiska kommissionen* punkt 66, 69, 72.

¹⁴³ Se *NG mot Europeiska kommissionen* punkterna 57–61.

Europeiska Unionen, utan medlemsstaterna. Tribunalen är därmed inte behörig att döma i frågan om avtalets giltighet.¹⁴⁴

Argumentationen i domslutet har på grund av sin tekniska och specifika karaktär sannolikt inte mycket prejudiciellt värde.¹⁴⁵ Det motsägs inte heller av en generaladvokat då något förhandsavgörande inte gjorts.

Det går dock att lyfta fram att tillvägagångssättet enligt flera rättsvetare står i strid med ERTA doktrinen. Denna doktrin, kodifierad i artikel 3.2 i FEUF-fördraget, etablerar att om ett beslut är ett beslut av rådet eller av medlemsstaterna regleras det av europeisk lagstiftning. Avgörande för om en akt omfattas av domstolens kompetens är huruvida beslutet genomför en gemensam politik; om det handlar om en fråga som faller inom EU:s behörighet och huruvida det har bestämda rättsverkningar om en gemensam politik.¹⁴⁶ De rättsvetare som lyfter fram denna doktrin för att argumentera för att uttalandet är ett avtal menar att uttalandet de facto har rättsverkningar¹⁴⁷ om den gemensamma asyl och migrationspolitiken. Därför bör, enligt rättsvetarna som åberopar ERTA-doktrinen, medlemsstaterna varken ha rätt att agera individuellt eller kollektivt och åta sig skyldigheter med tredje länder så som gjorts i detta fall.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Tillvägagångssättet i Turkiet fallet är tekniskt bygger på bevisföring avseende mötesförfaranden och tolkning av begrepp i pressmeddelanden och mötesprotokoll avseende dessa möten. Domstolens tolkningsmetoder avser därmed inte lagtext och är därmed mindre relevant för undersökningen i denna uppsats varför den inte utreds i detalj.

¹⁴⁵ Spijkerboer (2017) s 225.

¹⁴⁶ Se Spijkerboer (2017) s 225.

¹⁴⁷ Se Spijkerboer (2017) s 226. Se även Carrera (2017) s 8. I denna text lyfter Carrera fram flera rapporter från kommissionen för att visa på att uttalandet ger rättsverkningar, till exempel; EUROPEAN COMMISSION (2017b) Fifth Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement. COM(2017) 204 final, 2 March, EUROPEAN COMMISSION (2017c) Sixth Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement. COM(2017) 323 final, 13 June.

¹⁴⁸ Se förenade målen C-181/91 och C-248/91, *Europaparlamentet mot Europeiska gemenskapernas råd och kommission*, ECLI:EU:C:1993:271 punkt 17, Se även Yttrande från domstolen, Yttrande 2/91, *Yttrande enligt artikel 228.1 andra stycket i EEG-fördraget. - Internationella arbetsorganisationens konvention nr 170 om säkerhet vid användning av kemiska produkter*, punkt 25.

3.3 Principen om non-refoulement och rätten till effektivt rättsmedel

I tre av de granskade rättsfallen aktualiseras frågor om rätten till effektiva rättsmedel för asylsökande i relation till principen om non-refoulement. EU-domstolens domslut och generaladvokaternas förslag till avgörande kan nyttjas för att undersöka lika tolkningar, tolkningsmetoder och tolkningsprinciper.

3.3.1 X och Y mot SVJ och X mot B/T

I målet *X och Y mot SVJ* och målet *X mot B/T*¹⁴⁹ aktualiseras frågan om suspensiv verkan av överklagande i relation till non-refoulementprincipen. Tolkningsfrågan rör huruvida automatisk suspensiv verkan ska tillämpas då dessa tre personer, två personer från Ryssland och en irakisk medborgare, överklagar avslagsbeslut avseende asyl samt därtill hörande beslut om återvändande i en andra instans.

Initialt slår domstolen fast att den är kompetent att bedöma tolkningsfrågan i motsats till vad den belgiska regeringen yrkar. Den belgiska regeringen anser att de processrättsliga bestämmelserna avseende överklagan tillhör medlemsstaternas exklusiva kompetens. EU-domstolen slår dock fast att tolkningsfrågorna är ouplösligt förbundna med EU-rätten. Detta beror, enligt domstolen, på att frågan huruvida medlemsstaterna är ensamt behöriga att bestämma om möjlighet att överklaga suspensiv verkan, är ”ouplösligt

¹⁴⁹ De två målen C-180/17, *X och Y mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2018:775 och C-175/17, *X mot Belastingdienst/Toeslagen*, ECLI:EU:C:2018:776 (Hädanefter *X och Y mot SVJ* resp. *X mot B/T*) är i princip identiska avseende domstolens argumentation och dömdes av samma domare samma dag. *X mot Belastingdienst/Toeslagen* rör omständigheter som skede medan direktiv 2005/85 var gällande. Detta direktiv ersattes sedan av 2013/32. Direktiv 2013/32 är gällande idag och gällde för omständigheterna i *X och Y mot SVJ*. Det som skiljer sig i domstolens argumentation är därmed hänvisningar till dem aktuella lagrummen. Eftersom det är 2013/32 som idag är gällande behandlas dessa domsluten gemensamt och referatet bygger endast på hänvisningar till *X, Y mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. Vidare kommer generaladvokaten till samma slutsats som domstolen varför generaladvokatens resonemang inte vidare utreds i detta sammanhang se förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot i målen, C-180/17, *X, Y mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* och C-175/17, *X mot Belastingdienst/Toeslagen*, ECLI:EU:C:2018:34.

förbunden” med innebörden av rätten att överklaga i återvändandedirektivet¹⁵⁰, asylprocedurdirektivet¹⁵¹ och Stadgan. Detta menar domstolen gör att den är behörig att pröva frågan i sak och besvara tolkningsfrågorna.¹⁵² Därmed fastslår domstolen att den behörig att ta upp frågan.¹⁵³

Domstolen gör en textuell tolkning av lagtexten i asylprocedurdirektivet och återvändardirektivet. Genom denna tolkning kommer domstolen fram till att lagtexten i de båda direktiven ålägger medlemsstaterna en skyldighet att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel mot beslut om avslag på ansökningar om internationellt skydd och mot beslut om återvändande. Domstolen kommer dock även fram till att medlemsstaterna enligt lagtexten inte någonstans åläggs föreskriva asylsökande en rätt att överklaga till andra instans, och än mindre att utövandet av en sådan rätt ska ha automatiskt suspensiv verkan.¹⁵⁴

Domstolen gör även en kontextuell och mikro-teleologisk tolkning när den fastslår att några sådana krav inte heller kan härledas ur direktivens systematik och syfte. Domstolen lyfter fram ändamålen för båda direktiven: Syftet med asylprocedurdirektivet är i huvudsak, enligt domstolen, att ytterligare utveckla miniminormerna för medlemsstaternas förfaranden för beviljande och återkallande av internationellt skydd.¹⁵⁵ Syftet med återvändandedirektivet, å sin sida, är att upprätta en effektiv politik för avlägsnande och återsändande med fullständig respekt för de berörda personernas mänskliga rättigheter och värdighet.¹⁵⁶ Domstolen fastslår att det inte framgår av skälen i direktiven att de innehåller ett syfte att ålägga

¹⁵⁰ 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. (Hädanefter återvändandedirektivet)

¹⁵¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd. (Hädanefter asylprocedurdirektivet).

¹⁵² Ibid punkterna 18–19.

¹⁵³ Se *X och Y mot SVJ*, punkt 19.

¹⁵⁴ Se *X och Y mot SVJ*, punkt 23.

¹⁵⁵ Se skäl 12 i Asylprocedurdirektivet 2013/32.

¹⁵⁶ Se skäl 2 och 4 i Återvändandedirektivet 2008/115.

medlemsstaterna att införa en möjlighet till domstolsprövning i andra instans.¹⁵⁷

Domstolen lyfter även fram att såväl EU-domstolens praxis som EKMR praxis fastslagit rätten till ett effektivt rättsmedel och principen om non-refoulement kräver att den som ansöker om internationellt skydd ges rätt till ett effektivt rättsmedel med automatisk suspensiv verkan i åtminstone en domstolsinstans.¹⁵⁸ Domstolen lyfter även i samband med detta fram att det ankommer på medlemsstaterna att säkerställa att samtliga verkningar av beslutet om återvändande upphör att gälla under tidsfristen för ett överklagande. Om ett sådant överklagande sker ska den suspensiva verkan fortsätta gälla tills dess att överklagandet har avgjorts.¹⁵⁹ Domstolen fastlår därmed att de aktuella bestämmelserna, inklusive Stadgan, inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som innehåller en möjlighet att överklaga ett avgörande till en andra instans utan att detta rättsmedel har automatisk suspensiv verkan, även om den berörda personen åberopar en allvarlig risk för ett åsidosättande av principen om non-refoulement.

3.3.2 Gnandi

Fallet *Gnandi*¹⁶⁰ aktualiserar frågan om huruvida återvändandebeslut kan fattas innan samtliga rättsmedel uttömts. Den togolesiska medborgaren Gnandi gjorde en ansökan om internationellt skydd som avslogs av de belgiska myndigheterna den 23 maj 2014. En vecka senare ålades Gnandi att lämna Belgien genom ett återvändandebeslut. Gnandi överklagade avslagsbeslutet inom tiden för överklagan och begärde att återvändandebeslutet skulle ogiltigförklaras. Målet gick vidare till högsta instans som beslutade att vilandeförklara målet och begära förhandsavgörande av EU-domstolen.¹⁶¹

¹⁵⁷ Se *X och Y mot SVJ*, punkt 24.

¹⁵⁸ Ibid punkterna 28–29.

¹⁵⁹ Ibid punkterna 28–29 och 31–32.

¹⁶⁰ Se mål C-181/16, *Sadikou Gnandi mot État belge*, ECLI:EU:C:2018:465 (Hädanefter *Gnandi*)

¹⁶¹ Se *Gnandi*, punkterna 26–29.

EU-domstolen kommer i detta fall fram till att EU-rätten inte utgör ett hinder för att både avslagsbeslut och återvändandebeslut fattas samtidigt.¹⁶² Denna slutsats motsägs av generaladvokaten som menar att EU-rätten utgör hinder mot sådan sammanslagning.¹⁶³

För att beslut om återvändande enligt återvändandedirektivet ska kunna fattas ska personen som beslutet avser vistas olagligt i den berörda medlemsstaten.¹⁶⁴ Genom textuell tolkningsmetod fastslår domstolen att en persons vistelse blir olaglig när en ansvarig myndighet antar ett beslut om avslag på ansökan om internationellt skydd om personen inte beviljats uppehållsrätt på någon annan grund.¹⁶⁵

Domstolen använder även mikro-teleologisk tolkning och erinrar om att det huvudsakliga ändamålet med återvändandedirektivet är att upprätta en effektiv politik för avlägsnande och återsändande, varigenom fullständig respekt för de berörda personernas mänskliga rättigheter och värdighet garanteras.¹⁶⁶ Domstolen tillägger att ändamålet framgår särskilt genom artikel 6.6 i direktivet som uttryckligen ger medlemsstaterna en möjlighet att anta ett beslut om att avsluta en laglig vistelse tillsammans med ett beslut om återvändande inom ramen för ett enda administrativt beslut. Domstolen fastslår att denna möjlighet att lägga samman två beslut inom ramen för ett enda administrativt beslut avhjälper praktiska svårigheter.¹⁶⁷

Domstolen lyfter fram att tolkningen av direktiven ska ske i enlighet med Stadgan och att det genom praxis (EU och EKMR) fastslagits att rätten till ett effektivt rättsmedel och principen om non-refoulement måste säkerställas genom suspensiv verkan i åtminstone en instans. Domstolen argumenterar vidare att ett beslut om återvändande, under förutsättning att sådan suspensiv verkan iakttas till fullo, kan fattas i samband med ett avslagsbeslut.¹⁶⁸

¹⁶² Ibid, punkt 68.

¹⁶³ Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i Mål C-181/16 *Sadikou Gnandi mot État belge*, ECLI:EU:C:2017:46, (Hädanefter förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *Gnandi*), punkt 100.

¹⁶⁴ Se *Gnandi* punkt 38.

¹⁶⁵ Ibid punkt 46.

¹⁶⁶ Ibid punkt 48.

¹⁶⁷ Ibid punkt 49.

¹⁶⁸ Ibid punkterna 54,58.

Den huvudsakliga skillnaden mellan domstolens och generaladvokatens argumentation är att generaladvokaten kommer fram till att personen i förevarande fall inte kan anses ”vistas olagligt” i medlemsstaten varför återvändandedirektivet inte är tillämpligt. Generaladvokaten menar att *Gnandi* inte ska anses ha vistats olagligt i Belgien från den dag då asylmyndigheten avslag hans asylansökan till den dag då han ingav sitt överklagande till utlänningsdomstolen. Generaladvokaten menar att rätten till effektivt rättsmedel enligt både EU domstolen och EKMR-praxis innebär att överklagan har automatisk suspensiv verkan vilket medför att personen inte kan anses vistas olagligt i medlemsstaten.¹⁶⁹

Även domstolens mikro-teleologiska tolkning är intressant att jämföra med generaladvokatens förslag till avgörande eftersom generaladvokaten påpekar att de krav på effektivitet och snabbhet som domstolen nyttjat för att underbygga sin tolkning är tillämplig endast när ett återvändandeförfarande redan har inletts.¹⁷⁰ Ett återvändandeförfarande kan däremot inte inledas gentemot en tredjelandsmedborgare som har rätt att stanna i den berörda medlemsstaten.¹⁷¹ Eftersom personen inte vistas olagligt är inte återvändandedirektivet tillämpligt och syftet avseende effektiv återvändandepolitik kan därmed inte underbygga att det blir tillämpligt.¹⁷²

3.4 Sammanfattning

Sammantaget har elva rättsprocesser inom EU:s asylsystem, som under de senaste två åren behandlat innehållet i principen om non-refoulement och dess relation till EU:s sekundära regelverk, undersökts. De granskade rättsfallen aktualiserar tre delar av EU:s gemensamma asylsystem: tredjelandsmedborgares tillgång till EU:s territorium, fördelningsmekanismer

¹⁶⁹ Se förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *Gnandi*, punkterna 55 och 63–66, Se även mål C-534/11, *Arslan*, EU:C:2013:343 punkterna 44–49.

¹⁷⁰ Ibid punkt 80.

¹⁷¹ Ibid punkt 82.

¹⁷² Se *Gnandi*, punkterna 48–49, se även Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *Gnandi*, punkterna 80 och 82.

av asylsökande mellan unionens medlemsstater och andra stater samt asylsökandes tillgång till effektiva rättsmedel.

Det var i dessa mål ofta upp till domstolen att göra avvägningar mellan motstridiga tolkningar av tillämplighet, principers innehåll och regelverks ändamålsenlighet. I flera fall har domstolen och generaladvokaterna på basis av samma tolkningsmetoder och principer kommit till motsatta slutsatser. Några av de motsättningar som tycks uppkomma vid EU-domstolens tolkning och bedömning av EU:s asylrättsliga system är frågor om domstolens kompetens, omfattningen och innebörden av det ömsesidiga förtroendet inom asylsystemet samt konsekvenserna av de olika syften och ändamål som stadgas i de tillämpliga regelverken.

Undersökningen av de elva rättsfallen visar att domstolen generellt anser att EU:s sekundärrätt överensstämmer med principen om non-refoulement i sina domslut. Inte i något fall har EU-domstolen fastslagit att EU-rätten står i strid med den internationella principen om non-refoulement. Undersökningen visar också att domstolen i rättsfallen har nyttjat flera olika tolkningsmetoder och principer i sin argumentation för att underbygga sina tolkningar. I nästkommande kapitel ska en analys göras av dessa metoder och principer för att undersöka hur domstolen underbygger sina tolkningar och vad detta underbyggande kan ha för implikationer för EU:s asylsystem.

4 EU-domstolens argumentation och dess implikationer

I föregående kapitel har elva rättsfall kartlagts som mellan 1 januari 2016 och 1 september 2018 aktualiserat EU:s regelverk avseende asyl och migration i relation till principen om non-refoulement. I och med att domstolens tolkningar fastlås utgör de tolkningar av EU-rätten som enligt domstolen överensstämmer med internationella förpliktelser.¹⁷³ Genomgången av rättsfallen åskådliggör därmed hur EU:s regelverk ska tolkas och tillämpas för att vara i överensstämmelse med principen om non-refoulement.

Kartläggningen i föregående kapitel visar att det i flera av rättsfallen är upp till domstolen att göra avvägningar mellan motstridiga tolkningar av tillämplighet, principers innehåll och regelverks ändamålsenlighet.

Syftet med detta kapitel är både att analysera domstolens argumentation i de granskade fallen och att diskutera implikationerna av domstolens argumentation för forandet av asylsystemet i EU.

4.1 Rättfärdigande av domstolens kompetens

Enligt artikel 5.2 FEU och artikel 13.2 FEU har domstolen endast rätt att handla inom ramen för sina befogenheter. Det tillhör domstolens argumentationsordning att i ett första steg utreda, om frågan aktualiseras, huruvida domstolen har kompetens.¹⁷⁴ I sju av dem granskade rättsfallen

¹⁷³ Se art 19 FEU, art 263 FEUF och art 267 FEUF. Se även Bernitz, Kjellgren (2014) s 60.

¹⁷⁴ Bernitz, Kjellgren (2014) s 39–40. Se även mål 33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*, ECLI:EU:C:1976:188, punkt 5 i vilken principen fastslogs första gången.

argumenterar domstolen avseende sin behörighet.¹⁷⁵ De olika utfallen i de granskade domarna visar på två olika typer av argumentation.

Den första argumentationsmetoden som ska lyftas i detta sammanhang är den som framkommer i målen *X och Y mot SVJ*, *X mot B/T* samt *X och X mot État Belge*¹⁷⁶. I dessa tre fall använder domstolen sig av en i princip identisk argumentationsmetod avseende sin kompetens. Denna argumentationsmetod ser ut som följer: I de två målen som berör suspensiv verkan av överklagan av återvändandebeslut, *X och Y mot SVJ* och *X mot B/T*, gör den belgiska regeringen gällande att EU-domstolen saknar behörighet eftersom att de processrättsliga frågorna om överklagande och suspensiv verkan faller under medlemsstaternas exklusiva behörighet.¹⁷⁷ Domstolen slår dock fast att tolkningsfrågan är oupplösligt förbunden med EU-rätten. Detta beror, enligt domstolen, på att frågan huruvida medlemsstaterna är ensamt behöriga att bestämma om möjlighet att överklaga suspensiv verkan är ”oupplösligt förbunden” med innebörden av rätten att överklaga i återvändandedirektivet, asylprocedurdirektivet och Stadgan. Detta menar domstolen gör att den är behörig att pröva frågan i sak och besvara tolkningsfrågorna.¹⁷⁸

Domstolen hänvisar i dessa två fall till målet *X och X mot État Belge*. I *X och X mot État Belge* har den belgiska regeringen bestritt att domstolen är behörig att besvara den hänskjutande domstolens frågor med motiveringen att viseringskodexen inte är tillämplig på de aktuella viseringsansökningarna.¹⁷⁹ Domstolen fastslår dock att själva frågan om viseringskodexen är tillämplig är oupplösligt förbunden med de tolkningsfrågor som ställts och på grund av denna omständighet är domstolen behörig att pröva målet.¹⁸⁰ I fallet *X och X mot État Belge* hänvisar domstolen till *Wojciechowski* vari domstolen fastslagit att det nationella målet inte kan anses helt sakna anknytning till

¹⁷⁵ Se *X och X mot État Belge*, *NG*, *NF* och, *NM mot Europeiska kommissionen*, *X och Y mot SVJ* samt *X mot B/T*.

¹⁷⁶ Se *X och Y mot SVJ*, *X mot B/T* och *X och X mot État Belge*.

¹⁷⁷ Se *X och Y mot SVJ* punkt 17.

¹⁷⁸ *Ibid* punkterna 18–19.

¹⁷⁹ Se *X och X mot État Belge*, punkt 35.

¹⁸⁰ *Ibid* punkt 37.

EU-rätten, vilket gör det möjligt att slå fast att domstolen är behörig att besvara den fråga som har ställts.¹⁸¹

Domstolen hänvisar alltså i dessa mål till sin egen praxis för att rättfärdiga sin kompetens. Detta kartlades i kap 2.3.2 som en vanlig argumentationsmetod för EU-domstolen.¹⁸² Domstolen skapar dock också genom dessa hänvisningar en slags förskjutning, från ordvalet ”anknytning till EU-rätten” till ordvalet ”ouplösligt förbunden med EU-rätten”. Detta kan tyda på att tolkningsfrågorna i *X och Y mot SVJ, X mot B/T samt X och X mot État Belge* anses vara närmare EU-rätten än tolkningsfrågorna i *Wojciechowski*. Det kan även tyda på att domstolen genom sin argumentationsteknik expanderar sin kompetens. Domstolen har historiskt tolkat sin kompetens expansivt bland annat genom att utveckla expansiva konceptuella verktyg för tillämplighet av EU-rätt.¹⁸³ Det är bland annat genom den expansiva tolkningen av kompetens som domstolen varit med och format utvecklingen av unionens system genom att skapa rättslig struktur och konkret innehåll.¹⁸⁴ Genom sin expansiva tolkning av kompetens avseende frågor rörande fri rörlighet för europeiska medborgare, har domstolen bidragit väsentligt till att forma Europa som en zon där människor kan röra sig fritt.¹⁸⁵

I motsats till detta står domstolens argument i de tre målen *NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen* avseende EU-Turkiet uttalandet och vid prövning av viseringskodexens tillämplighet i fallet *X och X mot État Belge*. I fallen avseende ”EU-Turkiet uttalandet” fastlår Tribunalen att den inte är behörig att materiellt granska uttalandets lagenlighet.¹⁸⁶ Tribunalen hänvisar till ordalydelsen av artikel 263 FEUF samt tidigare praxis och fastslår att rättsakter som antas av företrädare för medlemsstaterna, som inte agerar i egenskap av medlemmar av EU:s institutioner, utan i egenskap av stats- och

¹⁸¹ Se mål, C-408/14, *Wojciechowski* EU:C:2015:591, punkt 28, Frågan rörde huruvida nationell lagstiftning försvårade för EU-institutionerna att rekrytera nationella tjänstemän.

¹⁸² Bernitz och Kjellgren (2014) s 183, Se även kap 2.3.2.

¹⁸³ Spijkerboer (2017) s 231.

¹⁸⁴ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 181 ff.

¹⁸⁵ Spijkerboer (2017) s 231.

¹⁸⁶ Se *NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen*.

regeringschefer i unionens medlemsstater, inte är underordnade den granskning av lagenligheten som utförs av EU-domstolen.¹⁸⁷

Att unionsrätten inte är tillämplig på frågan i målet *X och X mot État Belge* underbyggs genom en blandning av textuell tolkning och mikro-teleologisk tolkning av artikel 1 i viseringskodexen samt mikro-teleologisk tolkning Dublinförordningen. Den textuella tolkning är avgörande för domstolen i detta fall eftersom viseringskodexen uttryckligen fastslår att det rör visum med en omfattning av 90-dagar och domstolen menar att denna visumansökan avsåg en vistelse som skulle var längre än så.¹⁸⁸ Domstolen har även tidigare nyttjat textuell tolkning för att fastslå gränsen för sin kompetens.¹⁸⁹

Den mikro-teleologiska tolkningen anknyter till syftet med viseringskodexen samt Dublinförordningen och fastslår att syftena i dessa regelverk inte kan anses vara förenliga med en tolkning som gör att viseringskodexen är tillämplig på den visumansökan som den syriska familjen gjort. Domstolen utgår här från viseringskodexens syfte, som är att skapa ett system för visum med en temporär begränsning men även Dublinförordningens syfte, nämligen att upprätta ett effektivt system för att fastställa vilken stat som är ansvarig för en asylansökan.¹⁹⁰

Den motstående slutsatsen från generaladvokaten bygger dock på samma tolkningsmetoder och tolkningsprinciper. Generaladvokaten kommer genom textuell tolkning fram till att syftet med ansökan inte beaktas någonstans i de delar av viseringskodexen som behandlar kodexens tillämplighet, samt att syftet med viseringskodexen är att skapa ett enhetligt asylsystem med beaktande av mänskliga rättigheter och Genèvekonventionen.¹⁹¹ Detta visar på att nyttjandet av samma metoder kan leda till olika utfall. I generaladvokatens förslag till avgörande innebär tolkningen att

¹⁸⁷ Se *NG mot Europeiska kommissionen*, punkt 43. I denna punkt hänvisar Tribunalen till Mål C 181/91 och C 248/91, *Parlamentet/rådet och kommissionen*, EU:C:1993:271, punkt 12.

¹⁸⁸ Se *X och X mot État Belge*, punkt 43.

¹⁸⁹ Senden, (2011) s 52, Se även C-245/97, *Tyskland mot Kommissionen*, ECLI:EU:C:2000:687 punkt 72 och mål C-406/98, *Met-Trans and Sagpol*, ECLI:EU:C:2000:154 punkt 32 och punkt 46.

¹⁹⁰ Se *X och X mot État Belge*, punkterna 41 och 48.

¹⁹¹ Se Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *X och X mot État belge*, punkterna 29 och 60.

medlemsstaterna åläggs dels ett ansvar att beakta non-refoulementprincipen samt en skyldighet att under vissa omständigheter utfärda humanitära visum. Domstolens dom medför inte några sådana skyldigheter för medlemsstaterna.

4.2 Implikationer: Ökad kompetens och uppdelning av lag

I föregående kapitel har vi kartlagt hur domstolen genom hänvisningar till praxis skapar en förskjutning av begrepp avseende omständigheters samband med EU-rätten från ”anknytning” till ”oupplösligt förbundet”. Denna förskjutning har iakttagits i två fall, *X och Y mot SVJ* och *X mot B/T*, där domstolens argument avseende kompetens medförde en materiell prövning av EU:s sekundärrätt. Dessa fall rörde båda två den processrättsliga rätten till ett effektivt rättsmedel. Domstolen kan genom sin argumentation sägas öppna för en utökning av sin kompetens inom detta område. I det tidigare fall som domstolen hänvisar till, *Wojciechowski*,¹⁹² ansågs av domstolen att eftersom den nationella rätten aktualiserade tolkning av ett EU-direktiv innebar detta att målet inte saknade anknytning till EU-rätten. I de två granskade rättsfallen, *X och Y mot SVJ* och *X mot B/T*, ansåg domstolen istället att frågorna var ”oupplösligt förbundna” med EU-rätten eftersom den nationella rätten aktualiserade en tolkning av återvändande- och asylprocedurdirektiven. Utan att jämföra sakfrågorna i sig går det därmed att anta att gränsen mellan den nationella processrätten och EU-domstolens behörighet har förskjutits på ett vis som ger domstolen en mer omfattande kompetens.

Bruket av de processuella garantier som fastställs i artikel 47 i Stadgan som tolkningsverktyg för beslut om avlägsnandeåtgärder är en relativt ny företeelse.¹⁹³ Omfattande praxisgenomgångar visar på att mänskliga rättigheter vunnit större genomslagskraft sedan Stadgan gavs en bindande verkan och en konstitutionell status 2009.¹⁹⁴ En av fördelarna som lyfts fram

¹⁹² Se mål, C-408/14, *Wojciechowski* EU:C:2015:591, punkt 28, Frågan rörde huruvida nationell lagstiftning försvårade för EU-institutionerna att rekrytera nationella tjänstemän.

¹⁹³ Ippolito (2015) s 31.

¹⁹⁴ Ippolito (2015) s 31

har varit att EU-domstolen ser sig som kompetent att ålägga stater skyldigheter enligt Stadgan.¹⁹⁵ En annan konsekvens har varit att domstolen använder sin kompetens för att pröva frågor om EU:s regelverk och medlemsstaternas implementering av dessa mot Stadgan.¹⁹⁶ I detta sammanhang finns alltså en kombinationen av att Stadgans kodifierade rättigheter fått en genomslagskraft generellt i EU-domstolens tolkning av gällande rätt och att EU-domstolen i dessa två fall befäster, alternativt utökar, sin kompetens. Detta ger skäl att anta att Stadgan och där igenom principen om non-refoulement fortsatt kommer få ökad genomslagskraft inom det processrättsliga området i asylsystemet.

Den andra gruppen av argumentation avseende domstolens kompetens och tillämplighet av EU-rätt aktualiserades genom de fyra fall där domstolen fastslagit att den inte är kompetent att materiellt pröva relationen mellan EU:s sekundärrätt och principen om non-refoulement.¹⁹⁷ Spijkerboer gör i sin artikel *Bifurcation of people, bifurcation of law: externalization of migration policy before the EU Court of Justice* en ingående genomgång av både *X och X mot État Belge* och *NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen*. I denna artikel visar Spijkerboer att domstolen, om den hade funnit sig kompetent i både dessa fall, oundvikligen skulle döma på ett sätt som hade undergrävt EU-projektet och även domstolens egen legitimitet. Spijkerboer förklarar att en expansiv teleologisk tolkning av non-refoulementprincipen skulle medföra att ”EU-Turkiet uttalandet” skulle beaktas som lagstridigt och ett krav för medlemsländer att bevilja humanitära visum enligt artikel 25.1 i viseringskodexen. En restriktiv tolkning skulle å sin sida undergräva domstolens integrationsprojekt, vilket hittills genomförts genom expansiva teleologiska tolkningar. Det skulle dessutom innebära en stor inskränkning av skyddet för asylsökande.¹⁹⁸ Vare sig Spijkerboer eller denna uppsats påstår att domstolens domslut i sig är inkorrekta eller politiskt motiverade.¹⁹⁹ Ändå

¹⁹⁵ Vellutti (2014) s 69

¹⁹⁶ Ippolito (2015) s 2.

¹⁹⁷ Se kap 3.1.1 avseende *X och X mot État Belge* och kap 3.2.3 avseende *NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen*.

¹⁹⁸ Spijkerboer (2017) s 231–232. Här utreder Spijkerboer i detalj det argument som endast presenteras här. Av utrymmesskäl kan inte argumentet redogöras för mer i detalj

¹⁹⁹ Spijkerboer (2017) 32

kan ett fenomen diskuteras i samband med domstolens tolkningar i dessa två mål. Nämligen det att domstolens argumentation kan anses medföra uppdelning av lag.

Under de senaste 25 åren har den europeiska migrationspolitiken externaliserats, vilket medfört en polarisering av människors möjlighet att förflytta sig. EU:s asyl och migrations politik har över tid förändrats från att vara reaktiv inom unionens territorium till att vara preventiv och förhindrande utanför unionens territorium. Detta innebär att asylpolitiken allt mer syftar till att skapa effekter utanför Europas territoriella gränser.²⁰⁰ Människor kan idag förenklat delas upp i en grupp som i stor utsträckning kan röra sig till och från och inom unionens territorium och en grupp som inte har denna möjlighet.²⁰¹ Genom de fyra domsluten *X och X mot État Belge* och *NF, NG och NM mot Europeiska kommissionen* sker dock inte endast uppdelning av tillgång till fri rörlighet genom lag utan även en uppdelning av själva lagens tillämplighet. Lag inom asyl- och migrationssystemet, har fram till och med dessa domslut använts för att dela upp till exempel de personer som ska ha tillgång till unionens territorium från de personer som inte har tillgång till unionens territorium. I och med dessa domslut kan man argumentera för att regelverket i sig själv blir uppdelat. De regler som reglerar den externaliserade migrationskontrollen omfattas inte av EU-domstolens kompetens, eftersom de berörda personerna genom dessa båda domslut inte bara blir uteslutna från det europeiska territoriet, utan också från europeisk rätt.²⁰²

4.3 Principen om ömsesidigt förtroende – en meta-teleologisk tolkning

Inom EU:s asylsystem bygger principen om ömsesidigt förtroende på antagandet att varje medlemsstat ska behandla asylsökande i enlighet med

²⁰⁰ Spijkerboer (2017) s 216–220

²⁰¹ Se Mau, S. Glzau, F. Laube, N och Zaun, N. *The Global Mobility Divide: How Visa Policies Have Evolved over Time*, (Journal of Ethnic and Migration Studies, 2015 Vol. 41, No. 8, 2015) s 1206.

²⁰² Se Spijkerboer (2017) s 216 och 220

relevanta bestämmelser i nationell, europeisk och internationell rätt.²⁰³ I Dublinförordningens skäl 3 uttrycks principen så här: I denna förordning betraktas i detta avseende medlemsstaterna, som alla iakttar principen om non-refoulement, som säkra länder för tredjelandsmedborgare. Principen har även fastslagits i praxis, i förenade målen, *N. S. och M.E. m.fl.* erinrar domstolen att “it must be assumed that the treatment of asylum seekers in all member states complies with the requirements of the Charter, the Geneva Convention and the ECHR.”²⁰⁴

Principen om ömsesidigt förtroende, inom unionen generellt, vilar på två grunder. Den första grunden är formell medan den andra grunden är materiell. Den formella grunden för ömsesidigt förtroende inom EU:s asylsystem vilar på en gedigen grundval av bindande rättsliga instrument som förpliktigar stater att uppfylla principen om non-refoulement.²⁰⁵ Den materiella grunden å sin sida tar hänsyn till att existerande internationell rätt och EU-rätt inte i sig garanterar att lag tillämpas fullgott av de som åtagit sig att tillämpa den.²⁰⁶ Eftersom att den formella förpliktelsen att efterleva principen om non-refoulement i sig inte garanterar att stater i praktiken efterlever principen måste det ömsesidiga förtroendet enligt den materiella grunden i varje enskilt fall säkerställas.²⁰⁷ Nivån på det ömsesidiga förtroendet i asyl- och migrationssystemet påverkar därmed hur omfattande kontroll en medlemsstat ska göra av en annan medlemsstat inför till exempel en Dublinöverföring. Därför blir frågan huruvida ömsesidigt förtroende inom ramen för EU:s asyl- och migrationssystem bedöms formellt eller materiellt av grundläggande betydelse, eftersom detta påverkar utrymmet för den juridiska granskningen. Den formella grunden innebär en kontroll av att förpliktelser, som utgör basen för förtroendet, föreligger medan den materiella grunden innebär en kontroll av att förpliktelserna efterlevs.²⁰⁸

²⁰³ Se Battjes (2011) s 5.

²⁰⁴ Se Förenade målen C-411/10, *N. S. mot Secretary of State for the Home Department*, och C-493/10 *M.E. mfl mot Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECLI:EU:C:2011:865, punkterna 78-80.

²⁰⁵ Se Battjes (2011) s 9 ff. För genomgång av dessa normer se kap 2.2.

²⁰⁶ Detta har till exempel fastslagits i Europadomstolens dom den 21 januari 2011 i målet *M.S. mot Belgien och Grekland*, nr 30696/09 (Grand Chamber).

²⁰⁷ Se Battjes (2011) s 12 ff.

²⁰⁸ Se Battjes (2011) s 7.

EU-domstolen har, i samtliga av de åtta fall då principen påverkat bedömningen, använt den formella grunden för ömsesidigt förtroende för att underbygga att deras tolkning av EU:s regelverk efterlever internationella förpliktelser.²⁰⁹ I de fall där det rör sig om överlämning av asylsökande från en medlemsstat till en annan lämnar domstolen det dock upp till de nationella domstolarna att göra den materiella prövningen av om principen efterlevs i det faktiska fallet.²¹⁰ I fall om återsändande av flyktingar till länder utanför EU har domstolen använt sig av principens formella grund, alltså att medlemsstaterna är formellt bundna att efterleva principen om non-refoulement, för att rättfärdiga innehållet i EU-rätten. Samtidigt har domstolen uttryckligen ålagt medlemsstaterna att i varje enskilt fall efterleva principen.²¹¹

I exempelvis *X och Y mot SVJ* kom domstolen fram till att unionsrätten efterlever Genèvekonventionen förutsatt att de enskilda medlemsstaterna efterlever principen om non-refoulement samt föreskriver suspensiv verkan i åtminstone en instans.²¹² I *Jafari och A.S* bygger domstolen ett argument som bygger på den formella grunden. Domstolen utgår från att det åligger medlemsstaterna, enligt principen om non-refoulement och Genèvekonventionen, att tillförsäkra att ingen återsänds till en gränsmedlemsstat om omständigheterna i denna stat inte medger detta.²¹³ På grund av detta finns inget hinder mot att Dublinförordningen är tillämplig utan undantag oberoende av hur stor mängd flyktingar som söker sig till gränsmedlemsstaterna. Generaladvokaten å sin sida använder just gränsmedlemsstaternas skyldighet att efterleva principen om non-refoulement och Genèvekonventionen samt svårigheten att göra detta i praktiken när en stor mängd flyktingar söker sig till dessa stater som en

²⁰⁹ Se mål, *X och X mot État Belge, Jafari, A.S, X och Y mot SVJ, X mot B/T, Gnandi, C. K. m.fl.* och målet *Slovakien och Ungern mot Rådet*.

²¹⁰ Se Mål C-646/16 *Jafari* punkterna 100–101, mål C-490/16, A.S. punkt 41 och *C.K. m.fl.*, punkt 65. (Målet *Slovakien och Ungern mot Rådet* utgör här ett undantag, här åläggs inte skyldigheten att efterleva principen om non-refoulement explicit utan endast implicit i resonemang att alla medlemsländer är säkra länder)

²¹¹ Se mål, *X och X mot État Belge, X och Y mot SVJ, X mot B/T, Gnandi*.

²¹² Se *X, Y mot SVJ* punkterna 28–29 och 31–32. För liknande resonemang se *X mot B/T*, punkt 33 och *Gnandi*, punkt 54 och 58

²¹³ Se *Jafari*, punkterna 101–102 och C-490/16, A.S, punkterna 41–42

anledning till varför undantag från Dublinförordningen ska göras.²¹⁴ Domstolen godtar dock inte detta resonemang eftersom det skulle riskera Dublinförordningens systematik.²¹⁵

Domstolen lämnar dock inte ett helt fritt tolkningsutrymme till medlemsstaterna vid prövningen av de materiella grunderna för det ömsesidiga förtroendet. I *C.K. m.fl.* nyttjas den formella grunden som ett rättfärdigande av EU-rättens innehåll samtidigt som domstolen beaktar att presumptionen som den formella grunden vilar på kan brytas. I denna dom fastslår domstolen att alla omständigheter som kan medföra brott mot artikel 4 i Stadgan ska beaktas innan en Dublinöverföring och inte endast systematiska brister i systemet för asylmottagande så som det anges i artikel 3.2 i Dublinförordningen.

4.4 Implikationer: Balanseringsakter eller förskjutning av jurisdiktion?

Sättet som domstolen nyttjar principen om ömsesidigt förtroende på kan ses som en balanseringsakt. Detta eftersom att domstolen å ena sidan, grundat på den formella grunden för ömsesidigt förtroende, tolkar regelverken enligt syftet att uppnå en effektiv asyl- och återvändandepolitik samtidigt som den fortsatt fastslår att medlemsstaterna är skyldiga att i det enskilda fallet säkerställa att principen om non-refoulement efterlevs. Å andra sidan medför dessa domslut att kontrollen av principens efterlevnad delas upp mellan olika jurisdiktioner. EU-domstolen använder alltså den formella grunden för ömsesidigt förtroende, alltså medlemsstaternas formella skyldighet att efterleva principen om non-refoulement, som underbyggande av att deras tolkning står i överensstämmelse med non-refoulementprincipen, medan medlemsstaternas domstolar själva får sörja för hur principen definieras och genomförs. Inom teorin om radikal obestämdhet har mänskliga rättigheter

²¹⁴ Se förslag till avgörande av generaladvokat Eleanor Sharpston i *Jafari* och *A.S* punkterna, 173–174.

²¹⁵ Se *Jafari*, punkt 84 och C-490/16, *A.S* punkt 39.

kritiserats för att utgöra en fasad för vad som egentligen är en jurisdiktionskamp mellan olika organ betrodda med policyskapande uppgifter.²¹⁶ Mot bakgrund av ovanstående tycks domstolen skjuta ifrån sig jurisdiktionen över att definiera innehållet i non-refoulementprincipen till medlemsstaterna. Detta medför att samtidigt som EU-domstolen låter det ömsesidiga förtroende baseras på principen om non-refoulement, lämnas specificeringen av principens innehåll till medlemsstaterna. Det bör dock lyftas att detta tillvägagångssätt stämmer överens med subsidiaritetsprincipen men det innebär inte att detta inte får konsekvenser för innehållet i asyl- och migrationssystemet.²¹⁷

I detta sammanhang ska undantaget i *C.K. m.fl.* lyftas fram. I detta rättsfall fastlår domstolen att alla omständigheter som kan medföra brott mot artikel 4 i Stadgan, inklusive hälsotillstånd, ska beaktas vid en Dublinöverföring. Domstolen kan därmed i detta fall sägas i viss mån definiera principens innehåll. Detta rättsfall har av rättsvetare lyfts fram som ett stärkande av skyddet mot non-refoulement för skyddsökande.²¹⁸

Slutligen bör principen om ömsesidigt förtroende i sig diskuteras i detta sammanhang. Detta kan göras med utgångspunkt i fallet *Slovakien och Ungern mot Rådet*, i vilket domstolens uppgift bland annat var att tolka beslutets överensstämmelse med internationella förpliktelser. Omplaceringsbeslutet upprättades bland annat på grund av att vissa länder ej klarar av att uppfylla fastslagna miniminormer för asylmottagningssystem.²¹⁹ Samtidigt nyttjar EU-domstolen principen om ömsesidigt förtroende för att rättfärdiga att Omplaceringsbeslutet inte bryter mot principen om non-refoulement när beslutets lagenlighet ifrågasätts.²²⁰ Detta kan tyckas som en motsägelse. Sådana typer av motsägelser kan problematiserats utifrån teorin om radikal obestämmdhet: en politisk kultur som officiellt insisterar på att

²¹⁶ Se Koskenniemi (1999) s 100.

²¹⁷ Se kap 2.3.1. Enligt subsidiaritetsprincipen i artikel 5 FEU ska ett beslut fattas så nära medborgarna som möjligt.

²¹⁸ Se Rizcallah, C. *The Dublin system: the ECJ Squares the Circle Between Mutual Trust and Human Rights Protection* (<http://eulawanalysis.blogspot> 2017).

²¹⁹ Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot i målen C-643/15 och C-647/15 *Republiken Slovakien och Ungern mot Europeiska unionens råd*, ECLI:EU:C:2017:618 punkt 6.

²²⁰ Se *Slovakien och Ungern mot Rådet*, ECLI:EU:C:2017:631 punkt 342.

rättigheter är grundläggande men som i praktiken kontinuerligt finner att de inte är det leder till att ett glapp uppstår mellan det politiska språket avseende rättigheter och den normativa tron på dessa rättigheter.²²¹ Ett fortsatt rättfärdigande av ömsesidigt förtroende grundat på den formella grunden i ett system som kontinuerligt visar att delar av systemet i praktiken inte efterlever dessa förpliktelser kan påstås skapa en sådan kultur. En kultur i vilken det politiska åberopandet av rättigheter förflyttas bort från rättigheternas normativa förmåga.

4.5 Tillämpning av syften och ändamål i aktuella normer – ett mikro-teleologiskt tillvägagångssätt

EU-domstolens bruk av mikro-teleologisk tolkningsmetod i de granskade rättsfallen har inneburit att EU-domstolen använder regelverkens ändamål och syfte för att rättfärdiga tolkningen. Den mikro-teleologiska tolkningsmetoden är en vanlig metod för EU-domstolen vilket kartlagts in kapitel 2.3.2.²²² Eftersom texten i EU:s regelverk är resultatet av politiska kompromisser är den ofta vag. Den mikro-teleologiska tolkning gör det möjligt för EU-domstolen att ta hänsyn till regelverkens karaktär.²²³

Genomgången av de elva rättsfallen i kapitel 3 visar att domstolen nyttjar mikro-teleologisk tolkning i stor utsträckning vid tolkning av regelverk inom EU:s asylsystem. I åtta av dem granskade fallen använder domstolen mikro-teleologisk tolkning för att rättfärdiga sina tolkningar.²²⁴ De enda fall när detta inte nyttjas är de tre målen, *NF*, *NG* och *NM mot Europeiska kommissionen*, i vilka EU-rätten aldrig kom att bli tillämplig.

I fyra av de granskade domarna har domstolen explicit lyft fram att tolkningen i domen stämmer överens med syftet eller ändamålet med ett direktiv.²²⁵ I tre

²²¹ Se Koskenniemi (1999) s 100.

²²² Se Senden (2011) s 55 ff.

²²³ Se Senden (2011) 56–57.

²²⁴ Se mål, *X och X mot État Belge, Jafari, A.S, X och Y mot SVJ, X mot B/T, Gnandi, C. K. m.fl. och Slovakien och Ungern mot Rådet*.

²²⁵ Se *X och Y mot SVJ, X mot B/T, Gnandi*, och målet *Slovakien och Ungern mot Rådet*.

andra fall har domstolen istället explicit lyft fram att en motsatt tolkning än den som anförs skulle stå i strid med ändamålet eller syftet med ett visst direktiv.²²⁶ I ytterligare två fall görs den mikro-teleologiska tolkningen implicit genom hänvisning till att Dublinförordningen ska efterleva Stadgan och Genèvekonventionen, vilket anges i skälen till direktivet.²²⁷ Domstolen redogör inte i något av fallen för varför det ena eller andra syftet lyfts fram och inte heller för varför ett specifikt syfte ska väga tyngre eller ges företräde. Att det inte finns någon klar metod för att identifiera ändamålet och syftet lämnar ett utrymme för domstolen att göra skönmässiga bedömningar.²²⁸ Detta utrymme återspeglas i den granskade argumentationen. I *X och X mot État Belge* skiljer sig domstolens och generaladvokatens mikro-teleologiska tolkningar åt och genererar olika resultat, vilket demonstrerades i kapitel 3.1.1. Medan domstolen betonar viseringskodexens syften att reglera tidsbegränsade visum, lyfter generaladvokaten fram ett annat av viseringskodexens syfte, nämligen syftet att skapa en viseringspolitik som stämmer överens med grundläggande rättigheter.²²⁹ En liknande skillnad i bruket av den mikro-teleologiska tolkningen har även uppdagats i *Jafari och A.S* i kapitel 3.1.2. I dessa två rättsfall lyfter domstolen fram syftet i Dublinförordningen att skapa ett system för att effektivt fastställa ansvarig medlemsstat. Generaladvokaten å sin sida lyfter fram att detta syfte avser ett normaltillstånd då medlemsstater kan förväntas kontrollera sina gränser, ett tillstånd som inte förelåg i detta fall.²³⁰ Slutligen lyfte domstolen i *Gnandi* fram syftet i återvändandedirektivet att skapa effektiv asylpolitik som ett argument till varför myndigheter ska kunna slå samman avslagsbeslut och återvändandebeslut. Generaladvokaten å sin sida menar att personen i fråga inte kan bedömas vistas olagligt i landet då han enligt praxis har rätt till suspensiv verkan av beslutet mot vilket han har överklagat. Eftersom personen inte vistas olagligt är inte återvändandedirektivet tillämpligt och

²²⁶ Se mål *X och X mot État Belge*, *Jafari* och *A.S*.

²²⁷ Se *C. K. m.fl. punkt 59*.

²²⁸ Se Senden (2001) s 55.

²²⁹ Se *X och X mot État Belge*, punkt 41 och förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *X och X mot État Belge* punkt 29.

²³⁰ Se *Jafari* punkterna 84–89, *A.S*, punkt 39 samt förslag till avgörande av generaladvokat Eleanor Sharpston i *Jafari* och *A.S*, punkt 177 och punkterna 184–185.

syftet avseende effektiv återvändandepolitik kan därmed inte underbygga att det blir tillämpligt.²³¹

Granskningen av domstolens argumentation visar även att Dublinförordningens syfte, att fastslå en systematik för att utse ansvarig medlemsstat, ges ett stort värde. Syftet nyttjas inte endast för att tolka artiklar inom Dublinförordningen. I *X och X mot État Belge* underbygger domstolen sin slutsats att viseringskodexen inte ska tillämpas på den syriska familjen som lämnat in visumansökan i Libanon, med att detta skulle äventyra Dublinförordningens syfte och systematik.²³² I *Slovakien och Ungern mot Rådet* sker ett liknande resonemang avseende Dublinförordningens systematik. För att rättfärdiga omplaceringsbeslutet pekar domstolen i detta fall på att beslutet fungerar på samma sätt som Dublinförordningen.²³³

Sammantaget kan vi se att EU-domstolen tillämpar mikro-teleologisk tolkning på ett omfattande sätt i dessa rättsfall för att rättfärdiga sina tolkningar. Eftersom domstolen inte närmare redogör för hur dess avvägningar mellan olika syften och ändamål går till, kan den mikro-teleologiska tolkningsmetoden generera skilda slutsatser i identiska fall. Slutligen kan vi se att Dublinförordningens syfte och systematik får stor genomslagskraft inte endast vid tolkning av artiklar inom direktivet, utan även för att rättfärdiga tolkningar av andra normer.

4.6 Implikationer: Målet helgar medlen

Domstolen anger, som visats, inte varför ett visst skäl används eller ges mer vikt än något annat vid tolkningen av ett direktiv. I flera fall brukas den mikro-teleologiska tolkningen för att rättfärdiga en tolkning av EU-rätten som i praktiken inte innebär någon utökning av medlemsstaternas skyldigheter gentemot asylsökande. Syftet att skapa en effektiv återvändandepolitik och effektiv asylpolitik i återvändandedirektivet och asylprocedurdirektivet underbygger till exempel en tolkning av EU-rätten som inte ålägger

²³¹ Se *Gnandi*, punkterna 48–49, se även Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *Gnandi*, punkterna 80 och 82.

²³² Se *X och X mot État Belge*, punkt 48.

²³³ Se *Slovakien och Ungern mot Rådet*, punkt 333.

medlemsstater skyldigheten att vänta med att fatta ett återvändandebeslut tills dess att överklagan av ett avslagsbeslut avseende asyl har utretts.²³⁴ Denna tolkning står i motsats till generaladvokatens argument att en sammanslagning av avslagsbeslut och återvändandebeslut i det aktuella fallet inte är möjligt.²³⁵ På samma sätt används Dublinförordningens syfte och ändamål för att rättfärdiga att medlemsstaterna inte tillämpar viseringskodexen då de behandlar visumansökningar vid sina beskickningar utanför unionen. Detta medför att staterna inte behöver beakta principen om non-refoulement när de behandlar sådana ansökningar samt att de inte är skyldiga att bevilja humanitära visum. Med utgångspunkt i generaladvokatens tolkning skulle medlemsstaterna tvärtom, med beaktande av artikel 25.1 i Viseringskodexen och Stadgan, kunna åläggas att utfärda humanitära visum.²³⁶ Liknande argument kan föras om *X och Y mot SVJ* och *X mot B/T* där tolkningen att suspensiv verkan ska gälla i endast i en instans underbyggs av den mikro-teleologiska tolkningen av syftena, effektiv asyl- och återvändandepolitik, i de tillämpliga direktiven.²³⁷

C.K. m.fl. står i motsats till de övriga rättsfallen. I detta fall använde domstolen en mikro-teleologisk tolkningsmetod genom vilken den hänvisade till grundläggande mänskliga rättigheter och till Genèvekonventionen. Mot bakgrund av detta fastslog den att kontrollen av att en överföring enligt Dublinförordningen är lagenlig måste ha en bredare omfattning än vad som framgår av förordningens ordalydelse.²³⁸ Domstolen har även i flertalet andra fall understrukit medlemsstaternas ansvar i relation till non-refoulementprincipen. Dessa har diskuterats ovan i kapitel 4.3 och 4.4. Det går dock att argumentera för att det ansvar som åläggs medlemsstaterna genom de granskade domarna endast är en upprepning av skyldigheter som redan föreligger. I tillexempel *Jafari* och *A.S* lyfter domstolen fram kravet på medlemsstaterna, som följer av redan etablerad praxis, att inte återsända någon till ett land där personen riskerar behandling i strid med artikel 4 i

²³⁴ Se *C. K. m.fl.*

²³⁵ Se Förslag till avgörande av generaladvokat Evgeni Tanchev i *C. K., m.fl.*

²³⁶ Se *X och X mot État Belge*, punkt 52 och förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i *X och X mot État Belge* punkt 9.

²³⁷ Se *X och Y mot SVJ, X mot B/T*.

²³⁸ Se *Gnandi*.

Stadgan.²³⁹ I *X, Y mot SVJ*, *X mot B/T*, och *Gnandi* framhålls det i praxis redan etablerade kravet på suspensiv verkan i en instans för att säkerställa principen om non-refoulement efterlevs.²⁴⁰ Mot bakgrund av ovanstående kan argumenteras att tillämpning av syften och ändamål vid tolkning av EU-rätt tillåter att domstolen både hörsamma syften om effektiv asyl- och återvändandepolitik och legitimerar ett upprätthållande av status quo avseende skydd för asylsökande och migranter.

Slutligen är det intressant att diskutera hur domstolens använder syftet med och systematiken i Dublinförordningen för att rättfärdiga innehållet i andra normer. I *Slovakien och Ungern mot Rådet*, fallet avseende Omplaceringsbeslutet, används Dublinförordningens systematik för att rättfärdiga att återsändande till en annan medlemsstat inte bryter mot non-refoulementprincipen.²⁴¹ I *X och X mot État Belge* appliceras mikro-teleologisk tolkning av Dublinförordningens syfte för att formulera gränsen för vad en medlemsstat får göra för att uppfylla kraven enligt Genèvekonventionen.²⁴²

En konsekvens av detta sätt att argumentera är att omfattningen av non-refoulementprincipen definieras genom syftet med, och systematiken i, en förordning som EU etablerat. Det går därmed att påstå att EU-domstolen använder EU:s sekundärrätt för att fylla i luckor och förtydliga otydligheter i internationell flyktingrätt. Att EU:s sekundärrätt genom detta fyller den internationella flyktingrätten med innehåll kan kritiserars med utgångspunkt i teorin om radikal obestämdhet som påpekar att om det administrativa systemet ska kontrolleras av principen om non-refoulement, är det problematiskt att det är det administrativa systemet som fyller rättigheten med innehåll.²⁴³ Det går även att argumentera för att detta placerar Dublinförordningen på en plats i asylsystemet som inte kan bli föremål för juridisk granskning. Eftersom Dublinförordningen definierar innehållet i non-refoulementprincipen kan den inte vara kontrollerad av den samma.

²³⁹ Se *Jafari*, punkterna 100–101 och Mål C-490/16, *A.S. mot Republiken Slovenien*, ECLI:EU:C:2017:585 punkt 41.

²⁴⁰ Se *X, Y mot SVJ*, punkterna 28–29 och 31–32. Se även *Gnandi*, punkterna 54 och 58

²⁴¹ Se *Slovakien och Ungern mot Rådet*, punkt 333.

²⁴² Se *X och X mot État Belge*, punkt 48.

²⁴³ Se Koskeniemi (1999) s 99.

5 Denna politik överensstämmer med Genèvekonventionen av den 28 juli 1951

EU har i artikel 78 FEUF fastslagit att ”Denna politik (asyl- och migrationspolitiken) ska överensstämma med Genèvekonventionen av den 28 juli 1951. Den europeiskt asyl- och migrationspolitiken har alltså officiellt sett en klar ambition att utveckla ett asylsystem som står i överensstämmelse med Genèvekonventionen och principen om non-refoulement. Samtidigt har omfattande kritik ifrågasatt huruvida detta asyl- och migrationssystem i praktiken står i överensstämmelse med just internationella mänskliga rättigheter - däribland principen om non-refoulement. Denna uppsats har analyserat denna relation mellan EU:s regelverk avseende asyl och migration och principen om non-refoulement. Uppsatsen har undersökt hur EU-domstolen dömt i fall rörande principen om non-refoulement inom EU:s asyl- och migrationssystem och hur detta formar innehållet i detta system.

För att svara på denna fråga har uppsatsen till att börja med undersökt hur principen om non-refoulement är reglerad inom EU:s asylsystem och vad domstolens funktion är inom detta system. I ett första steg har det konstaterats att principen om non-refoulement regleras genom såväl Genèvekonventionen som Stadgan och EKMR inom ramen för EU:s asylsystem. Den närmare innebörden av dessa regelverk utgör sedan föremål för tolkning av EU-domstolen. Sammanflätningen av principen i dessa tre regelverk medför att konventionerna tillämpas och tolkas simultant när EU-domstolen tolkar EU:s sekundärrätt i relation till principen om non-refoulement.

EU-domstolen tolkar idag gällande rätt inom asyl- och migrationssystemet genom ett antal grundläggande tolkningsmetoder. Bland de metoder som använts har den textuella metoden, den kontextuella metoden och den mikro-

teleologiska tolkningsmetoden identifierats som särskilt framträdande. EU-domstolen tolkar även gällande rätt enligt meta-teleologiska tolkningsprinciper. Denna uppsats har påstått att principen om ömsesidigt erkännande kan ses som en form av meta-teleologisk tolkningsprincip inom asyl- och migrationssystemet specifikt.

Den andra frågan som uppsatsen ställt är vilka rättsliga motsättningar som uppstår vid tolkningen och bedömningen av EU:s asylrättsliga regelverk. Genom en granskning av elva rättsfall som avgjorts mellan den 1 januari 2016 och den 1 september 2018 visar uppsatsen att det ofta är upp till domstolen att göra avvägningar mellan motstridiga tolkningar av tillämplighet, principers innehåll och direktivs ändamålsenlighet. Till exempel har tillämpligheten av viseringskodexen och Dublinförordningen uppdagat olika tolkningar av regelverkens syften. Tolkning av principen om ömsesidigt förtroende har lett till olika möjliga slutsatser. Även ändamålet i till exempel återvändandedirektivet har tillskrivits olika betydelser av domstol och generaladvokat.

I uppsatsens tredje del undersöktes hur EU-domstolen försöker lösa sådana motsättningar. Undersökningen visar att domstolen generellt sett anser att EU:s asyl- och migrationssystem står i överensstämmelse med Genèvekonventionen. EU-domstolen har inte i något av de fall som undersökts slagit fast att EU-rätten står i strid med principen om non-refoulement. Undersökningen visar även att domstolen genom praxishänvisningar strävar efter att vara konsekvent och att de går att identifiera rationella grunder för majoriteten av EU-domstolens beslut. Vidare visar undersökningen också att domstolen i rättsfallen har nyttjat flera olika tolkningsmetoder och principer i sin argumentation för att rättfärdiga sina tolkningar. Tre metoder som varit återkommande har identifierats och analyserats. För det första har domstolens rättfärdigande av sin kompetens analyserats. För det andra har den meta-teleologiska principen om ömsesidigt förtroende och dess betydelse för domstolens tolkning av gällande rätt undersökts. Slutligen har domstolens generella tillämpning av mikro-teleologisk tolkning utvärderats.

Vid analysen av domstolens rättfärdigande av sin kompetens har två olika typer av argumentation avseende kompetens identifierats. Å ena sidan har domstolen i tre fall argumenterat för sin kompetens genom att via praxishänvisningar fastslå att frågan är ouplösligt förbunden med EU-rätten. Samtidigt har domstolen i fyra fall fastslagit att den inte är kompetent genom att å ena sidan tolka bevis och begreppsdefinitioner i utomrättsliga texter och å andra sidan tillämpat textuell och mikro-teleologisk tolkningsmetod.

Undersökningen av domstolens bruk av principen om ömsesidigt förtroende visar att domstolen nyttjar den formella grunden för ömsesidigt förtroende för att rättfärdiga sina tolkningar. Samtidigt lämnar domstolen i stor utsträckning kontrollen av den materiella grunden för ömsesidigt förtroende upp till medlemsstaterna. Slutligen visar analysen av rättsfallen att domstolen tillämpar den mikro-teleologiska tolkningsmetoden i stor utsträckning och att domstolen tillåter sig viss skönsmässigbedömning. Detta framkommer av att domstolen inte förklarar varför ett syfte eller ändamål ska väga tyngre än ett annat.

Parallellt med analysen av de olika metoderna domstolen nyttjar har uppsatsen undersökt implikationerna av den argumentation och de tolkningar EU-domstolen använder för EU:s asyl- och migrationssystem. I ett första skede visar denna analys att domstolen genom praxishänvisningar förskjutit gränsen mellan den nationella processrätten och EU-domstolens behörighet på ett sätt som ger domstolen en mer omfattande kompetens. Detta, i kombination med att Stadgan har medfört att domstolen i större utsträckning tillskriver medlemsstater processrättsliga skyldigheter, ger anledning att anta att principen om non-refoulement fortsatt kommer att påverka den processrättsliga delen av asylsystemet i domstolens tolkningar. I ett andra skede visar analysen dock att när domstolen dömt att den inte är kompetent, alternativt att EU-rätten inte är tillämplig, öppnar den för en motsatt utveckling inom den externaliserade delen av EU:s asyl- och migrationssystem. Genom dessa domslut omfattas inte de regler som reglerar den externaliserade migrationskontrollen av EU-domstolens kompetens. Genom domsluten blir de berörda personerna inte bara uteslutna från det europeiska territoriet, utan också från europeisk rätt.

Analysen av möjliga implikationer av EU-domstolens tolkningar av gällande rätt för EU:s asyl- och migrationssystem har även behandlat principen om ömsesidigt erkännande. Analysen har visat att domstolens metod att nyttja den formella grunden för ömsesidigt erkännande för att underbygga sina tolkningar kan ses som en pragmatisk balanseringsakt mellan asylsystemets ibland motstridiga mål om effektiv asylpolitik och efterlevnad av mänskliga rättigheter. Analysen visar även att det går att argumentera för att EU-domstolen därmed förskjuter jurisdiktion, avseende den närmare innebörden i principen om non-refoulement, från sig till medlemsstaterna och att den därmed inte specificerar innehållet i non-refoulementprincipen. Detta, samtidigt som det är denna princip som domstolen motiverar det ömsesidiga förtroendet med.

Avseende domstolens mikro-teleologiska tolkningsmetod visar analysen för det första att tillämpning av syften och ändamål genom mikro-teleologisk tolkning låter domstolen både hörsamma syften om effektiv asyl- och återvändandepolitik och rättfärdiga ett upprätthållande av status quo avseende skydd för asylsökande och migranter. För det andra visar analysen att domstolens användande av Dublinförordningens syfte och systematik för att rättfärdiga tolkningar av andra regelverk väcker frågor om hur innehållet i non-refoulementprincipen bestäms. Det går nämligen att påstå att EU-domstolen, i två av de granskade fallen definierar innehållet i non-refoulementprincipen genom att använda Dublinförordningen. Detta innebär att domstolen använder EU:s sekundärrätt för att fylla i luckor och förtydliga otydligheter i internationell flyktingrätt. Detta medför också att Dublinförordningen intar en plats i asylsystemet som inte blir föremål för juridisk granskning. Eftersom Dublinförordningen definierar innehållet i non-refoulementprincipen kan den inte vara kontrollerad av den samma.

Enligt teorin om radikal obestämdhet är identifieringen, innebörden och tillämpligheten av mänskliga rättigheter, däribland principen om non-refoulement, beroende av kontextuella proportionalitetsbedömningar och administrativa balanseringsakter. Denna uppsats har haft som utgångspunkt att domstolens tolkning av EU:s asyl- och migrationsrätt utgör en sådan bedömnings- och balanseringsakt. Teorin om radikal obestämdhet stipulerar

även att dessa bedömningar medför en prioritering mellan olika uppfattningar av politiskt värde. Uppsatsens granskning är för liten för att dra generella slutsatser om EU:s asylsystem som helhet. Inom denna begränsade del av domstolens praxis går det dock att argumentera för att vissa delar av systemet tillskrivs ett tämligen högt värde. Målsättningar som en effektiv asyl- och migrationspolitik tycks prioriteras liksom Dublinförordningens ändamål och systematik. Den politiska externaliseringen av EU:s asyl- och migrationspolitik kan sägas ges rättslig legitimitet. Det går även utifrån uppsatsens analys att argumentera för att dessa tillsynes prioriterade instrument rättfärdigas genom att status quo upprätthålls avseende nivån av skydd enligt mänskliga rättigheter och principen om non-refoulement.

6 Käll- och litteraturförteckning:

Litteratur

Alston, P. 'An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European union and Human Rights' i Alston, P. (red) *The EU and Human Rights* (Oxford University Press 1999)

Battjes, H. 'Mutual Trust in Asylum Matters: the Dublin System' i Battjes, H. m.fl. (red). *The Principle of Mutual Trust in European Asylum Migration and Criminal Law. Reconciling Trust and Fundamental Rights* (Utrecht Forum Institute for Multicultural Affairs 2011)

Bernitz, U. och Kjellgren, A. *Europarättens grunder*, Uppl. 5 (Nordstedts juridik 2014)

Brouwer, E. *Mutual Trust in the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof*, (Utrecht Law Review vol 9 2013)

Chetail, V. 'The Common European Asylum System: Bric-à-Brac or System?' i Chetail, V. De Bruycker, P och Maiani, F. (red) *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (Brill Nijhoff, 2016)

Carrera, S. den Hertog, L och Stefan, M. *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal* (CEPS Policy Insights No 2017-15 April 2017)

Cornelisse, G. *Immigration detention and human rights: rethinking territorial sovereignty*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2010)

- Costello, C. *The human rights of migrants and refugees in European law*, Uppl. 1 (Oxford University Press 2016)
- EASO, *Introduction to CEAS, judicial analysis* (European Asylum Support Office 2016 ISBN 978-92-9243-863-0, doi:10.2847/695557) (Hämtad 2018-12-20)
- Goodwin-Gill, G-S. och McAdam, J. *The refugee in international law* (Oxford University Press, 2007)
- Groenendijk, K. *Recent Developments in EU Law on Migration – The Legislative Patchwork and the Court’s Approach* (European Journal of Migration, and Law 16, 2014)
- Guild, E. *The Europeanisation of Europe’s Asylum Policy* (International Journal of Refugee Law 18 2006)
- Hurwitz, A. *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees* (Oxford University Press, 2009)
- Iglesias Sanchez, S. *The Court and the Charter: The Impact of the entry into force of the Lisbon Treaty and the CJEU's approach to fundamental rights* (Common Market Law Review 49, 2012)
- Ippolito, F. *Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test?* (European Journal of Migration and Law 17 2015)
- Koskenniemi, M. *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization* (Theoretical Inquiries in Law. Vol. 8, no. 1, 2007)
- Koskenniemi, M. *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument, Reissue with New Epilogue.* (Cambridge University Press 2005 [1989])

- Koskenniemi, M. 'The Effect of Rights on Political Culture' s 99-116, i Alston, P (red) *The EU and Human Rights* (Oxford University Press 1999)
- Koskenniemi, M. *The Politics of International Law* (Hart 2011)
- Lasser, M de S-O-l'E. *Judicial Deliberations, A Comparative Analysis of Judicial, Transparency and Legitimacy* (Oxford University Press, 2004)
- Mau, S. Glzau, F. Laube, N och Zaun, N. *The Global Mobility Divide: How Visa Policies Have Evolved over Time*, (Journal of Ethnic and Migration Studies, 2015 Vol. 41, No. 8, 2015)
- Moreno-Lax, V. 'Autonomy, Autarky, Purposiveness and Fragmentation i Refuge from Inhumanity?' i David James Cantor och Jean-François Durieux (eds) *War Refugees and International Humanitarian Law* (Brill Nijhoff 2014)
- Moreno-Lax, V. *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law* (Oxford University Press 2017)
- Noll, G. *Negotiating asylum: the EU acquis, extraterritorial protection and the common market of deflection* (Martinus Nijhoff 2000)
- Noll, G och Vedstedt-Hansens, J. 'Non-communitarians: refugee and asylum policies i Alston, P. (red) *The EU and Human Rights* (Oxford University Press 1999)
- Parusel, B och Schneider, J. *Reforming the Common Asylum system: Responsibility-sharing and the harmonisation of asylum outcomes* (Delmi Report 2017:9 2017)
- Peers, S. *The Final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment*, (<http://eulawanalysis.blogspot.nl/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html>, 2016) (Hämtad 2019-01-30)
- Rizcallah, C. *The Dublin system: the ECJ Squares the Circle Between Mutual Trust and Human Rights Protection*

(<http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html>) (Hämtad 14 December 2018)

Sabel, CF. *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order* (European Law Journal, Vol. 16, No. 5, 2010)

Sandgren, C. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare* Uppl. 3 (Norstedts juridik 2015)

Schwarze, J. 'Balancing EU integration and National interest in the case-law of the Court of Justice' i Rosas A, Levits E, Bot Y (red) *The court of justice and the construction of Europa: analyses and Perspectives on Sixty years of case law* (Springer 2013)

Senden, H C K. *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System – An analysis of the, Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, (Intersentia 2011)

Sierra Cadena, GdJ. *Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA : la coordination-harmonisation des pluralismes juridiques régionaux à l'épreuve de l'internationalisation du droit de l'intégration* (Estudios Socio-Jurídicos, S.I, v. 15, n. 2, 2019)

Spijkerboer, T. *Bifurcation of people, bifurcation of law: externalization of migration policy before the EU Court of Justice* (Journal of Refugee Studies Vol. 31, No. 2, 2017)

Spijkerboer, T., den Heijer, M. och Rijpma, J. *Coercion, Prohibition and Great expectations – the continuing failure of the Common European Asylum System* (Common Market Law Review Vol. 53 No. 3, 2016)

Thibault, J-F. *Martti Koskenniemi – Indertermincay* (<http://criticallegalthinking.com/2017/12/08/martti-koskenniemi-indeterminacy>) (Hämtad 2018-12-20)

Vedstedt-Hansen, J. 'Reception Conditions as Human rights: Pan-European Standard of Systemic Deficiencies' i Chetail V, De Bruycker P och Maiani F (red) *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (Brill Nijhoff, 2016)

Vellutti, S. *Reforming the Common European Asylum System — Legislative developments and judicial activism of the European Courts* (SpringerBriefs in Law 2014)

Zarevac S. *The Court of Justice of the EU and the Common European Asylum System: Entering the Third Phase of Harmonisation* (12 Cambridge YB Eur Legal Stud 53 2009-2010)

EU-tryck (kronologisk ordning):

European Council, Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, OJ C 115

Stockholmsprogrammet – ett öppet och säkert Europa i medborgarnas tjänst och för deras skydd, 2010/C 115/01

Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande 2012/C 338/01

Rådets beslut (EU) 2015/1601 av den 22 september 2015 om fastställande av provisoriska åtgärder på området internationellt skydd till förmån för Italien och Grekland

Commission Communication, Towards a reform of the common European asylum system and enhancing legal avenues to Europe, COM(2016) 197 final

European commission (2017b) Fifth Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement. COM(2017) 204 final, 2 March.

European commission (2017c) Sixth Report on the Progress Made in the Implementation of the EU-Turkey Statement. COM(2017) 323 final, 13 June.

Övrigt tryck:

Förenta nationernas flyktingkommissarie, 'Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning enligt 1951 års konvention och 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning'

Upplaga 1:2 (Norstedts Juridik AB 2001) Hämtad 2018-10-01

European Asylum Support Office, 'Introduction to CEAS - Judicial analysis' (European Asylum Support Office 2016)

<<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/BZ0216138ENN.PDF>> (Hämtad 2018-12-20)

Otryckt:

Brev till Mr Antonio Vitorino, Member of the European Commission och Mr Michael McDowell – Irish Presidency of the EU, från European Council on Refugees, The European Region of the International and Exiles Lesbian and Gay, Amnesty International, Pax Christi International Association, Quaker Council for European Affairs, Human Rights Watch, CARITAS-Europe, Médecins Sans Frontières, Churches' Commission for Migrants in Europa, Save the Children, RE: Call for withdrawal of the asylum procedures directive, 22/03/2004,

<https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/eu-letter032204.pdf> (Hämtad 2018-10-01) [Cit Otryckt Källa: Call for withdrawal of the asylum procedures directive]

Elektroniska källor (Bokstavsordning):

European Commission, Migration and Home affairs, What we do,

<https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en>

(Hämtad 2019-02-05)

[Cit Elektronisk källa: Migration and Home Affairs, What we do]

CURIA Europa, Om domstolen,

<https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/sv/#competences> (Hämtad 2019-01-24)

[Cit Elektronisk källa: CURIA Europa, Om Domstolen]

CURIA EUROPA, Om Tribunalen,

<https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/sv/> (Hämtad 2019-03-20)

[Cit Elektronisk källa: CURIA Europa, Om Tribunalen]

EUR-Lex, Human rights

<[https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/human_rights.html?root_default=SUM_1_C)

[lex.europa.eu/summary/chapter/human_rights.html?root_default=SUM_1_C](https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/human_rights.html?root_default=SUM_1_C)
ODED%3D13&locale=en> (Hämtad 2019-01-24)

[Cit Elektronisk källa: EUR-Lex, Human rights]

EUR-Lex, Informationsblad om Ogiltighetstalan

<[https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ai0038&from.=EN)

[content/SV/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ai0038&from.=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ai0038&from.=EN)> (Hämtad 2019-01-24)

[Cit Elektronisk källa: EUR-LEX Ogiltighetstalan]

EUR-Lex, Ordlista till sammanfattningarna, Subsidiaritetsprincipen

<https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/subsidiarity.html?locale=sv>

(Hämtad 2019-01-29)

[Cit Elektronisk källa: EUR-LEX Subsidiaritetsprincipen]

Europaparlamentet, Faktablad om Europeiska Unionens domstol,

<<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/sv/sheet/26/europeiska-unionens-domstol>> (Hämtad 2019-01-24)

[Cit Elektronisk källa: Europaparlamentet Faktablad om Europeiska Unionens domstol]

Rättsfallsförteckning m.m.

EU-domstolen (efter årtal och ECLI-kod):

Mål C-26/62, *Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen*,
ECLI:EU:C:1963:1

Mål C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114

Mål C-4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1974:51

Mål C-33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*,
ECLI:EU:C:1976:188,

Mål C-120/78, *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42

Mål C-46/87 och 227/88, *Hoechst AG v Commission*, ECLI:EU:C:1989:337

Mål C-374/87, *Orkem mot Kommissionen*, ECLI:EU:C:1989:387

Förenade målen C-181/91 och C-248/91, *Europaparlamentet mot Europeiska gemenskapernas råd och kommission*, ECLI:EU:C:1993:271

Mål C-245/97, *Tyskland mot Kommissionen*, ECLI:EU:C:2000:687

Mål C-406/98, *Met-Trans and Sagpol*, ECLI:EU:C:2000:154

Mål C-499/04, *Hans Werhof mot Freeway Traffic systems GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2006:168

Mål C-133/06, *Europaparlamentet och Europeiska gemenskapernas kommission mot Europeiska unionens råd och Republiken Frankrike*,
ECLI:EU:C:2008:257

Mål C-31/09, *Bolbol*, ECLI:EU:C:2010:351

Mål C-245/09, *Omalet NV mot Rijksdienst voor Sociale Zekerheid*,
ECLI:EU:C:2010:808,

Förenade målen C-411/10, *N. S. mot Secretary of State for the Home Department*, och C-493/10, *M.E. m.fl. mot Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*,
ECLI:EU:C:2011:865

Mål C-534/11, *Arslan*, ECLI:EU:C:2013:343

Mål C-139/12, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona mot Generalidad de Cataluña Caixa*, ECLI:EU:C:2014:174

Mål C-186/12, *Impacto Azul Lda*, ECLI:EU:C:2013:412

Mål C-562/13, *Abdida*, ECLI:EU:C:2014:2453

Mål C-239/14, *Tall*, ECLI:EU:C:2015:824

Mål C-408/14, *Wojciechowski mot Office national des pensions (ONP)*,
ECLI:EU:C:2015:591

Mål C-417/14, *Omprövning Missir Mamachi di Lusignano/kommissionen*,
ECLI:EU:C:2015:588

Förenade Målen C-643/15 och 647/15, *Slovakien och Ungern mot Rådet*,
ECLI:EU:C:2017:631

Mål C-181/16, *Sadikou Gnandi mot État Belge*, ECLI:EU:C:2018:465

Mål C-490/16, *A.S. mot Republiken Slovenien*, ECLI:EU:C:2017:585

Mål C-578/16, *PPU C. K. m.fl. mot Republika Slovenija*,
ECLI:EU:C:2017:127

Mål C-638/16, *PPU, X och X mot État Belge*, ECLI:EUT C 38, 6.2.2017

Mål C-646/16, *Jafari mot* , ECLI:EU:C:2017:586

Mål C-175/17, *X mot Belastingdienst/Toeslagen*, ECLI:EU:C:2018:776

Mål C-180/17, *X och Y mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*,
ECLI:EU:C:2018:775

Tribunalen (efter årtal och ECLI-kod):

Tribunalens beslut T-192/16 *NF mot Europeiska kommissionen*,
ECLI:EU:T:2017:128

Tribunalens beslut T-193/16, *NG mot Europeiska kommissionen*,
ECLI:EU:T:2017:129

Tribunalens beslut T257/16 *NM mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EUT
C 251,11.7.2016

Förslag till avgörande EU-domstolen (efter årtal och ECLI-kod):
Förslag till avgörande av Generaladvokat Vernica Trstenjak i mål C-411/10,
N.S. mot Secretary of State for the Home Department, ECLI:EU:C:2011:610

Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot i mål C-93/12,
Agrokonsulting-04, ECLI:EU:C:2013:172

Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i mål C-638/16
PPU X och X mot État belge, ECLI:EU:C:2017:93

Förslag till avgörande av generaladvokat Evgeni Tanchev i mål C-578/16
PPU, C. K., m.fl. mot Republika Slovenija, ECLI:EU:C:2017:108

Förslag till avgörande av generaladvokat Eleanor Sharpston i mål C-490/16
A.S. mot Republiken Slovenien och mål C-646/16, *Jafari mot Bundesamt für
Fremdenwesen und Asyl*, ECLI:EU:C:2017:443

Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi i Mål C-181/16
Sadikou Gnandi mot État belge, ECLI:EU:C:2017:467

Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot i målen C-643/15 och
C-647/15 *Republiken Slovakien och Ungern mot Europeiska unionens råd*,
ECLI:EU:C:2017:618

Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot i målen, C-180/17, *X,Y
mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* och C-175/17, *X mot
Belastingdienst/Toeslagen*, ECLI:EU:C:2018:34

Yttranden/Pressmeddelanden från EU-domstolen:

Yttrande från domstolen, Yttrande 2/91, *Yttrande enligt artikel 228.1 andra
stycket i EEG-fördraget. - Internationella arbetsorganisationens konvention*

nr 170 om säkerhet vid användning av kemiska produkter, av den 19 mars 1993

General Court of the European Union, PRESS RELEASE No 19/17,
Luxembourg, 28 February 2017

Europadomstolen (i bokstavsordning):

M.S.S mot Belgien och Grekland, [GC] nr 30696/09, den 21 januari 2011

X. mot Belgien nr. 984/61 den 29 maj 1961