OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 19 maja 2009 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą przepisów prawa wspólnotowego w sprawie wydalenia obywateli państw trzecich, którzy nie spełniają lub przestali spełniać warunki pobytu. Zgodnie z informacjami sądu krajowego prawo hiszpańskie nie wymaga koniecznie wydalenia takiej osoby, lecz zezwala na nałożenie na nią jedynie kary grzywny. Sąd krajowy wątpi, czy ten stan prawny jest zgodny z prawem wspólnotowym. Zwraca się on o wykładnię rozporządzenia (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiającego wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) [2]. Ponadto znaczenie dla niniejszej sprawy ma również art. 23 konwencji wykonawczej do układu z Schengen [3] (zwanej dalej „KWUS") [4].

1 — Język oryginału: niemiecki.
2 — Dz.U. L 105, s. 1.
3 — Układ w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach, podpisany w dniu 14 czerwca 1985 r. w Schengen (Dz.U. 2000, L 239, s. 13).
4 — Podpisana w dniu 19 czerwca 1990 r. w Schengen (Dz.U. 2000, L 239, s. 19).

II — Ramy prawne

A — *Kodeks graniczny Schengen*

2. Podstawą prawną kodeksu granicznego Schengen jest art. 62 pkt 1 WE i art. 62 pkt 2 lit. a) WE:

„Rada, stanowiąc zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 67, przyjmuje w ciągu 5 lat od chwili wejścia w życie traktatu z Amsterdamu:

1) środki zmierzające do zapewnienia, zgodnie z art. 14, iż osoby będące obywatelami Unii lub obywatelami państw trzecich nie podlegają jakiejkolwiek kontroli przy przekraczaniu granic wewnętrznych;

2) środki dotyczące przekraczania granic zewnętrznych państw członkowskich, które określają:

a) normy i procedury, których powinny przestrzegać państwa członkowskie przy wykonywaniu kontroli osób na tych granicach;

b) […]".

3. Kodeks graniczny Schengen wszedł w życie zgodnie z jego art. 40 ust. 1 w dniu 13 października 2006 r.

4. Artykuł 1 definiuje przedmiot kodeksu granicznego:

„Niniejsze rozporządzenie przewiduje brak kontroli granicznej osób przekraczających granice wewnętrzne pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej.

Ustanawia ono zasady regulujące kontrolę graniczną osób przekraczających granice zewnętrzne państw członkowskich Unii Europejskiej".

5. W art. 5 uregulowane zostały warunki wjazdu. Artykuł 5 ust. 4 ustala trzy wyjątki od tych warunków, w szczególności gdy jest to uzasadnione ze względów humanitarnych [lit. c)].

6. Artykuł 11 zawiera domniemanie prawne przekroczenia dopuszczalnego czasu trwania pobytu w braku stempla wjazdu oraz uregulowania dotyczące obalenia tego domniemania i ewentualnego wydalenia, jeśli domniemanie nie zostanie obalone:

„Artykuł 11

Domniemanie dotyczące spełniania warunków dotyczących czasu trwania pobytu

1. Jeżeli w dokumencie podróży obywatela państwa trzeciego nie zamieszczono stempla wjazdu, właściwe organy krajowe mogą domniemywać, że posiadacz nie spełnia lub przestał spełniać obowiązujące w danym państwie członkowskim warunki dotyczące czasu trwania pobytu.

2. Domniemanie, o którym mowa w ust. 1, może zostać obalone w przypadku przedstawienia przez obywatela państwa trzeciego, za pomocą wszelkich środków, wiarygodnych dowodów […].

3. Jeżeli domniemanie, o którym mowa w ust. 1, nie zostanie obalone, obywatel państwa trzeciego może zostać wydalony przez właściwe organy z terytorium danych państw członkowskich".

7. Artykuł 13 ust. 1 przewiduje odmowę wjazdu obywatelowi państwa trzeciego, który nie spełnia wszystkich warunków wjazdu kodeksu granicznego. Pozostaje to bez uszczerbku dla stosowania szczególnych przepisów dotyczących prawa do azylu i ochrony międzynarodowej lub wydawania długoterminowych wiz pobytowych.

B — *KWUS*

8. Także art. 23 KWUS zawiera regulacje dotyczące postępowania z obywatelami państwa trzeciego, którzy nie spełniają lub przestali spełniać warunki uprawniające do krótkoterminowego pobytu:

„1. Cudzoziemcy, którzy nie spełniają warunków uprawniających do krótkoterminowego pobytu, stosowanych na terytorium Umawiającej się Strony, lub przestali spełniać te warunki, powinni niezwłocznie opuścić terytorium Umawiających się Stron.

2. Cudzoziemcy, legitymujący się ważnym dokumentem pobytowym lub dokumentem pobytowym na czas oznaczony, wydanymi przez inną Umawiającą się Stronę, powinni niezwłocznie udać się na terytorium tej Umawiającej się Strony.

3. W przypadkach, gdy tacy cudzoziemcy nie opuścili danego terytorium dobrowolnie lub można przypuszczać, że nie zrobią tego, lub w przypadku gdy ich niezwłoczny wyjazd jest konieczny z uwagi na bezpieczeństwo narodowe lub porządek publiczny, muszą oni zostać, zgodnie z prawem krajowym, wydaleni z terytorium Umawiającej się Strony, na którym zostali oni zatrzymani. Jeśli na mocy powyższych przepisów nie dopuszcza się wydalenia, dana Umawiająca się Strona może zezwolić danej osobie na pozostanie na jej terytorium.

4. Cudzoziemcy określeni powyżej mogą zostać wydaleni z terytorium powyższej Strony do ich krajów pochodzenia lub jakiegokolwiek innego państwa, w którym mogą zostać przyjęci, w szczególności zgodnie ze stosownymi postanowieniami umów o readmisji zawartych przez Umawiające się Strony.

5. Ustęp 4 nie uniemożliwia zastosowania postanowień krajowych dotyczących prawa azylu, Konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców z dnia 28 lipca 1951 roku, zmienionej protokołem nowojorskim z dnia 31 stycznia 1967 roku, ustępu 2 niniejszego artykułu lub artykułu 33 ustęp 1 niniejszej Konwencji".

9. Decyzja Rady 1999/436/WE z dnia 20 maja 1999 r. określająca, zgodnie ze stosownymi postanowieniami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską i Traktatu o Unii Europejskiej, podstawę prawną dla każdego z postanowień lub decyzji stanowiących dorobek Schengen [5] stwierdza, że art. 62 ust. 3 WE stanowi podstawę prawną art. 23 KWUS.

10. Na podstawie decyzji Rady 2007/801/WE [6] dorobek Schengen obowiązuje od dnia 21 grudnia 2007 r. także wobec państw członkowskich, które przystąpiły w 2004 r., z wyjątkiem Cypru.

11. Artykuł 23 KWUS został niedawno zastąpiony przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich [7]. Wydalenie i deportacja obywateli państw trzecich zostały w nim uregulowane znacznie bardziej szczegółowo niż w dotychczasowym prawie wspólnotowym.

C — *Prawo hiszpańskie*

12. Sąd krajowy przedstawia hiszpański stan prawny, jak następuje:

5 — Dz.U. L 176, s. 17.

6 — Decyzja Rady z dnia 6 grudnia 2007 r. w sprawie pełnego stosowania przepisów dorobku Schengen w Republice Czeskiej, Republice Estońskiej, Republice Łotewskiej, Republice Litewskiej, Republice Węgierskiej, Republice Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republice Słowenii i Republice Słowackiej (Dz.U. L 323, s. 34).

7 — Dz.U. L 348, s. 98.

13. Zgodnie z art. 53a Ley Orgánica 4/2000 (hiszpańskiej ustawy zasadniczej 4/2000) w brzmieniu zmienionym przez Ley Orgánica 8/2000 za poważne wykroczenie uznaje się:

„przebywanie w sposób nielegalny na terytorium hiszpańskim, ponieważ przedłużenie zezwolenia na pobyt, zezwolenie na zamieszkanie lub podobne dokumenty nie zostały uzyskane lub upłynęły ponad trzy miesiące od czasu, kiedy stały się wymagalne, o ile zainteresowany nie wystąpił o ich odnowienie w terminie przewidzianym w rozporządzeniu".

14. Wyżej opisane zachowanie wiąże się z karą grzywny, która jednak może zostać zastąpiona przez wydalenie na podstawie art. 57 tej samej ustawy,

„jeżeli osobami dopuszczającymi się wykroczeń są cudzoziemcy i ich zachowanie zostało zakwalifikowane jako bardzo poważne, lub poważne w rozumieniu art. 53 lit. a), b), c) d) i f) niniejszej Ley Orgánica, kara grzywny może być zastąpiona po uprzednim przeprowadzeniu odpowiedniego postępowania administracyjnego, karą wydalenia z terytorium hiszpańskiego".

15. Z drugiej strony art. 57 ust. 3 stanowi:

„W żadnym przypadku nie można stosować łącznie kary grzywny i kary wydalenia".

III — Okoliczności faktyczne i pytanie prejudycjalne

16. Julia Zurita García i Aurelio Choque Cabrera są obywatelami boliwijskimi. W czasie kontroli stwierdzono, że przebywali oni w Hiszpanii, mimo że nie spełniali lub przestali spełniać warunki pobytu.

17. Zurita García została poddana kontroli w dniu 26 września 2006 r. Na tej podstawie Delegado del Gobierno en la Región de Murcia (przedstawiciel rządu regionu Murcja) w dniu 15 listopada 2006 r. wydalił ją z terytorium hiszpańskiego z zakazem wjazdu do strefy Schengen przez okres 5 lat. Po skontrolowaniu w dniu 14 maja 2007 r. Choque'a Cabrery przedstawiciel rządu regionu Murcja wydał przeciwko niemu w dniu 30 lipca 2007 r. podobną decyzję jak przeciwko Zuricie Garcíi.

18. Skargi wniesione na te decyzje zostały oddalone w pierwszej instancji. Obecnie odwołania w ostatniej instancji są zawisłe przed rozstrzygającym ostatecznie Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

19. Zgodnie z informacjami Tribunal Superior de Justicia de Murcia wydalenie w nowym prawie hiszpańskim jest zdefiniowane jako sankcja, która może zostać zastąpiona grzywną. Wobec obywateli państw trzecich należy zatem co do zasady wymierzyć grzywnę, jeśli zostanie stwierdzone, że nie spełniają warunków wjazdu i pobytu w Hiszpanii. Zgodnie z zasadą proporcjonalności osoby te mogłyby zostać wydalone jedynie w przypadku okoliczności obciążających.

20. Sąd krajowy skłania się jednak do twierdzenia, że zgodnie z przepisami wspólnotowymi obywatele państw trzecich przebywający na terytorium Unii Europejskiej bez spełnienia odpowiednich ku temu warunków muszą opuścić to terytorium albo poprzez odmowę wjazdu, albo w drodze wydalenia. W związku z tym przedstawił on Trybunałowi w obu postępowaniach następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy przepisy traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, w szczególności art. 62 pkt 1 WE i art. 62 pkt 2 lit. a) WE, a także przepisy rozporządzenia (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiającego wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen), w szczególności art. 5, 11 i 13 powinny być interpretowane w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu, takiemu jak uregulowanie krajowe wraz z interpretującym je orzecznictwem, które umożliwia zastąpienie wydalenia każdego »obywatela państwa trzeciego« nieposiadającego tytułu uprawniającego go do wjazdu i przebywania na terytorium Unii Europejskiej przez nałożenie grzywny?”.

21. W pisemnej części postępowania wzięli udział Choque Cabrera, Królestwo Hiszpanii, Republika Włoska, Republika Austrii i Komisja Wspólnot Europejskich. Rozprawa nie odbyła się. Postanowieniem prezesa trzeciej izby z dnia 27 marca 2009 r. obie sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

IV — Ocena prawna

22. Sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy art. 5, 11 i 13 kodeksu granicznego Schengen sprzeciwiają się przepisom wewnątrzkrajowym, dopuszczającym zastąpienie wydalenia obywatela państwa trzeciego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki pobytu, przez karę grzywny.

A — *Dopuszczalność i wykładnia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym*

23. Ponieważ kodeks graniczny oparty jest na art. 62 pkt 1 WE i art. 62 pkt 2 lit. a) WE, tylko sądy ostatniej instancji mogą zgodnie z art. 68 ust. 1 WE zwracać się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącym tego kodeksu.

24. Tribunal Superior de Justicia de Murcia jest w rozpatrywanych sprawach sądem odwoławczym. O ile wiadomo, nie są dostępne żadne dalsze środki zaskarżenia, które mogłyby zmienić jego orzeczenie w niniejszych sprawach. Sąd krajowy jest zatem uprawniony do przedstawienia Trybunałowi pytań prejudycjalnych.

25. Hiszpania uważa jednak wniosek w sprawie Zurity Garcíi za niedopuszczalny, ponieważ pytanie ma charakter hipotetyczny. Kodeks graniczny nie znajduje zastosowania do tej sprawy rationae temporis ze względu na zakaz działania prawa wstecz. Zurita García została bowiem skontrolowana przed rozpoczęciem stosowania kodeksu granicznego. Jako że sąd krajowy również miał wątpliwości co do zastosowania kodeksu granicznego rationae temporis, przedstawił sprawę Choque'a Cabrery, której ta wątpliwość nie dotyczy.

26. Prawdą jest, że pytania prejudycjalne, które w sposób oczywisty mają hipotetyczny charakter, nie są dopuszczalne [8]. Niemniej jednak nie uważam, że właściwe byłoby odrzucenie wniosku w sprawie Zurity Garcíi jako niedopuszczalnego, ani też, że konieczne jest badanie w tej sprawie zastosowania w czasie kodeksu granicznego.

27. Jak to wyjaśnię bardziej szczegółowo poniżej, w niniejszych sprawach istotny jest nie cały kodeks graniczny, lecz przede wszystkim jego art. 11. Regulacja identyczna z tym przepisem, mianowicie art. 6b KWUS, obowiązywał już od dnia 1 stycznia 2005 r. [9] oraz została zastąpiona przez art. 11 kodeksu granicznego. Należy zatem uznać, że przed sądem krajowym w sprawie Zurity Garcíi zastosowanie miałby art. 6b KWUS, gdyby okazało się, że art. 11 kodeksu granicznego nie znajdował zastosowania.

28. W związku z tym Trybunał w celu udzielenia sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi powinien rozważyć również art. 6b

8 — Zobacz w tym względzie szczegółowo wyroki: z dnia 11 marca 1980 r. w sprawie 104/79 Foglia, Rec. s. 745, pkt 18 i nast.; z dnia 16 lipca 1992 r. w sprawie C-83/91 Meilicke, Rec. s. I-4871, pkt 25 i nast.; z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie C-467/05 Dell'Orto, Zb.Orz. s. I-5557, pkt 40 oraz, w szczególności w kwestii zastosowania rationae temporis, pkt 47 i nast.; a także z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06 Cartesio, Zb.Orz. s. I-9641, pkt 67 i nast., z dalszymi odesłaniami.

9 — Zobacz art. 6 zdanie drugie rozporządzenia Rady (WE) 2133/2004 z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie obowiązku właściwych władz państw członkowskich w zakresie systematycznego stemplowania dokumentów podróży obywateli państw trzecich przy przekraczaniu przez nich zewnętrznych granic państw członkowskich oraz zmieniające w związku z tym przepisy konwencji wykonawczej do Układu z Schengen oraz wspólny podręcznik (Dz.U. L 369, s. 5), które wprowadziło art. 6b do KWUS.

KWUS, mimo że przepis ten nie został przywołany w pytaniu [10].

29. Włochy i Komisja słusznie stwierdzają ponadto, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera żadnych informacji, które umożliwiłyby stwierdzenie z całą pewnością, że kodeks graniczny rzeczywiście znajduje zastosowanie. Z kolei nie można wykluczyć, że właściwe będzie rozpatrywany przez Austrię i Komisję ogólny przepis art. 23 KWUS. Trybunał winien zatem rozciągnąć swoją ocenę również i na ten przepis.

30. Wymieniony natomiast we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym art. 62 pkt 1 WE i art. 62 pkt 2 lit. a) WE nie ma bezpośredniego znaczenia dla odpowiedzi na pytanie, ponieważ stanowi on podstawę prawną. Jako taki przepis ten nie zawiera sam w sobie samodzielnych praw i obowiązków obywateli państw trzecich.

31. Rozumiane w ten sposób wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zmierzają do ustalenia, czy art. 5, 11 i 13 kodeksu granicznego lub art. 6b i 23 KWUS sprzeciwiają się krajowej regulacji, dopuszczającej zastąpienie wydalenia obywatela państwa trzeciego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki pobytu, karą grzywny.

10 — Zobacz wyroki: z dnia 20 marca 1986 r. w sprawie 35/85 Tissier, Rec. s. 1207, pkt 9 z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-147/04 De Groot en Slot Allium i Bejo Zaden, Zb.Orz. s. I-245, pkt 68 z dalszymi odesłaniami.

B — *Odpowiedź na wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym*

1. Artykuły 5 i 13 kodeksu granicznego

32. Co do zasady przedmiotem kodeksu granicznego nie jest postępowanie z obywatelami państw trzecich, którzy przebywają już w strefie Schengen, jeśli wystąpią wątpliwości co do ich uprawnienia do pobytu. Dotyczy to w szczególności art. 5 i 13.

33. Zgodnie z art. 3 kodeks graniczny stosuje się mianowicie do każdej osoby przekraczającej granice wewnętrzne lub zewnętrzne państw członkowskich. Jego przedmiotem jest przede wszystkim kontrola granic zewnętrznych oraz zniesienie kontroli na granicach wewnętrznych państw członkowskich.

34. Odpowiada to wskazanym podstawom prawnym: art. 62 pkt 1 WE umożliwia przyjęcie środków zmierzających do zapewnienia, zgodnie z art. 14 WE, iż osoby będące obywatelami Unii lub obywatelami państw trzecich nie podlegają jakiejkolwiek kontroli

przy przekraczaniu granic wewnętrznych. Artykuł 62 pkt 2 lit. a) upoważnia do wydania środków dotyczących przekraczania granic zewnętrznych państw członkowskich, które określają normy i procedury, których powinny przestrzegać państwa członkowskie przy wykonywaniu kontroli osób na tych granicach.

35. W tym kontekście art. 5 reguluje warunki wjazdu obywatela państwa trzeciego do strefy Schengen, a art. 13 odmowę wjazdu, jeśli obywatel państwa trzeciego nie spełnia wszystkich warunków.

36. W niniejszych sprawach sytuacja jest jednak inna, ponieważ osoby zainteresowane, zgodnie z informacjami sądu krajowego, nie zostały wydalone przy wjeździe, lecz były ścigane z powodu nielegalnego pobytu na terytorium hiszpańskim. Wynika to najprawdopodobniej stąd, że obywatele boliwijscy do dnia 1 kwietnia 2007 r. mogli wjeżdżać do strefy Schengen w celu pobytu nie dłuższego niż trzy miesiące [11]. Zurita García i Choque Cabrera prawdopodobnie przekroczyli ten termin.

11 — Zobacz art. 20 ust. 1 KWUS oraz w tym zakresie wyrok z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-241/05 Bot, Zb.Orz. s. I-9627. Zwolnienie z obowiązku wizowego wynikało z rozporządzenia (WE) nr 539/2001 z dnia 15 marca 2001 r. wymieniającego państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych, oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu (Dz.U. L 81, s. 1), w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (WE) nr 851/2005 z dnia 2 czerwca 2005 r. (Dz.U. L 141, s. 3). Zostało ono zniesione przez rozporządzenie Rady (WE) nr 1932/2006 z dnia 21 grudnia 2006 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 539/2001 (Dz.U. L 405, s. 23).

2. Artykuł 11 kodeksu granicznego i art. 6b KWUS

37. Okoliczność, że niniejsze sprawy nie dotyczą bezpośrednio przekraczania granicy, nie wyklucza jednak zastosowania kodeksu granicznego. Zawiera on bowiem przepisy, co prawda odnoszą się do przekraczania granicy, jednakże dotyczą pobytu [12].

38. Artykuł 11 kodeksu granicznego pozostaje w związku z przekraczaniem granicy w tym względzie, że dotyczy on stempla wjazdu. Zgodnie z art. 10 dokumenty podróży obywateli państw trzecich są systematycznie stemplowane przy wjeździe i wyjeździe. Na podstawie stempla w dokumentach podróży można z pewnością określić datę i miejsce przekroczenia granicy [13]. W ten sposób ze stempla wjazdu wynika, czy obywatel państwa trzeciego przekroczył dopuszczalny czas trwania pobytu.

39. Na tej podstawie art. 11 ust. 1 kodeksu granicznego ustanawia możliwe do obalenia domniemanie, że obywatel państwa trzeciego nie spełnia lub przestał spełniać warunki dotyczące czasu trwania pobytu, jeśli jego dokumenty podróży nie zawierają stempla wjazdu.

12 — Obok art. 11 kodeksu granicznego należałoby wymienić w szczególności art. 7 ust. 3 lit. c), dotyczący badania, czy wyjeżdżający obywatele państw trzecich spełniali warunki pobytu.

13 — Podobnie motyw siódmy ww. w przypisie 9 rozporządzenia nr 2133/2004.

40. Do tego domniemania odnosi się przepis art. 11 ust. 3 kodeksu granicznego dotyczący wydalenia. Zostało ono przewidziane w sytuacji, gdy nie zostało obalone domniemanie, że obywatel państwa trzeciego przekroczył dopuszczalny czas trwania pobytu. Nie można wykluczyć, że niniejsze sprawy opierają się na takim domniemaniu.

41. Wersje językowe art. 11 ust. 3 kodeksu granicznego nie są jednak ze sobą zgodne. Według hiszpańskiej wersji językowej obywatel państwa trzeciego zostaje wydalony. Można to rozumieć jako obligatoryjne. Jak podnosi Komisja, pozostałe wersje językowe mówią natomiast, że obywatel państwa trzeciego może zostać wydalony. Nie jest to zobowiązanie, lecz jedynie możliwość.

42. Różne wersje językowe przepisu wspólnotowego należy interpretować w sposób jednolity. W przypadku różnic między tymi wersjami dany przepis należy co do zasady interpretować na podstawie ogólnej systematyki i celu regulacji, której część on stanowi [14]. W niniejszej sprawie nie jest jednak konieczne szczegółowe badanie tej kwestii. Przepis mający różne brzmienie w poszczególnych wersjach językowych należy bowiem interpretować zgodnie z rzeczywistą wolą jego autora [15]. Z prac nad art. 11 ust. 3 kodeksu granicznego wynika, że hiszpańska wersja językowa nie odpowiada rzeczywistej woli prawodawcy wspólnotowego, lecz opiera się na błędzie w tłumaczeniu.

43. Jak już wspomniano [16], art. 11 kodeksu granicznego przejął istniejący już art. 6b KWUS. Hiszpańska wersja językowa art. 6b ust. 3 KWUS nie różniła się od innych wersji językowych w odniesieniu do fakultatywnego charakteru wydalenia [17]. Zgodnie z tą hiszpańską wersją językową państwa członkowskie mogą wydalić obywatela państwa trzeciego, nie są jednak do tego zobowiązane.

44. Wydaje się, że ta starsza wersja została pominięta przy redakcji hiszpańskiej wersji językowej kodeksu granicznego. Mogło to wynikać z okoliczności, że ani preambuła,

14 — Wyroki: z dnia 5 grudnia 1967 r. w sprawie 19/67 van der Vecht, Rec. s. 462, 473; z dnia 27 października 1977 r. w sprawie 30/77 Bouchereau, Rec. s. 1999, pkt 13, 14; z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-56/06 Euro Tex, Zb.Orz. s. I-4859, pkt 27; z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-426/05 Tele2 Telecommunication, Zb.Orz. s. I-685, pkt 25.

15 — Wyroki: z dnia 12 listopada 1969 r. w sprawie 29/69 Stauder, Rec. s. 419, pkt 3; z dnia 7 lipca 1988 r. w sprawie 55/87 Moksel Import i Export, Rec. s. 3845, pkt 49; z dnia 20 listopada 2001 r. w sprawie C-268/99 Jany i in., Rec. s. I-8615, pkt 47; z dnia 27 stycznia 2005 r. w sprawie C-188/03 Junk, Zb.Orz. s. I-885, pkt 33.

16 — Zobacz powyżej, pkt 27.

17 — W hiszpańskiej wersji językowej art. 6b ust. 3 KWUS brzmi: „De no ser refutada la presunción mencionada en el apartado 1, las autoridades competentes podrán expulsar al nacional del tercer Estado del territorio de los Estados miembros afectados".

ani oficjalnie dostępne dokumenty dotyczące tworzenia kodeksu granicznego nie wskazywały na przejęcie istniejącego przepisu [18].

45. W związku z tym tytułem częściowego wniosku należy stwierdzić, że art. 6b ust. 3 KWUS oraz identycznie brzmiący art. 11 ust. 3 kodeksu granicznego nie zobowiązują do wydalenia obywateli państwa trzeciego na podstawie domniemania niespełniania warunków pobytu.

3. Artykuł 23 KWUS

46. Niemniej jednak w szczególności Austria wyprowadza z art. 23 KWUS zobowiązanie do zakończenia nielegalnego pobytu obywateli państwa trzeciego. Zgodnie z tym przepisem obywatele państwa trzeciego muszą opuścić państwo należące do strefy Schengen, jeśli nie spełniają oni lub przestali spełniać warunki pobytu. Jeśli nie następuje to dobrowolnie albo jeśli sytuacja jest szczególnie pilna, muszą oni na podstawie art. 23 ust. 3 KWUS, zostać zgodnie z prawem krajowym deportowani z terytorium umawiającej się strony, na którym zostali zatrzymani.

47. Rozważając w sposób odrębny odpowiednie niemieckie wersje językowe, art. 6b ust. 3 KWUS lub art. 11 ust. 3 kodeksu granicznego i art. 23 ust. 3 KWUS wydają się dotyczyć różnych przypadków, ponieważ z jednej strony mowa jest o wydaleniu „Ausweisung", a z drugiej strony o deportacji „Abschiebung". Według niemieckiej interpretacji pierwsze stanowi decyzję o zakończeniu pobytu, zaś ostatnie wykonanie takiej decyzji.

48. Nie byłoby jednak słuszne nadawanie temu rozróżnieniu terminologicznemu zbyt wielkiego znaczenia. W innych wersjach językowych różnica ta nie jest już tak wyraźnie rozpoznawalna. Angielskie wersje językowe używają w obu przepisach pojęcia „to expell", hiszpańskie wersje językowe — pojęcia „expulsar", zaś we francuskich wersjach językowych użyte zostało raz pojęcie „expulser", a raz „eloigner".

49. Ponadto w art. 6b ust. 3 KWUS i w art. 11 ust. 3 kodeksu granicznego nie ma regulacji dotyczących wykonania wydalenia, zaś

18 — Przepis odpowiadający art. 6b KWUS pojawia się po raz pierwszy w projekcie kodeksu granicznego z dnia 23 marca 2005 r.: art. 9bis w brzmieniu dokumentu Rady 9630/05, http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/05/st09/st09630.es05.pdf. Zgodnie ze starszymi projektami kodeksu granicznego art. 6b KWUS byłby usunięty bez umieszczania innego w zamian. Ani to wykreślenie, ani przyjęcie w kodeksie granicznym nie zostało uzasadnione w dokumentach dodatkowych. Prawdopodobnie z tego powodu, że art. 6b KWUS został wprowadzony dopiero podczas postępowania zmierzającego do wydania kodeksu granicznego, a Komisja w tym postępowaniu prawodawczym zaproponowała uprzednio umieszczenie domniemania przekroczenia czasu trwania pobytu w innej części KWUS. Kodeks graniczny nie dotyczy tej części, a zatem nie było potrzeby uwzględniania w kodeksie granicznym regulacji domniemania.

w art. 23 KWUS nie ma wyraźnej regulacji dotyczącej decyzji wydalającej, która mogłaby zostać wykonana poprzez deportację. Dopiero wydana w tym czasie dyrektywa 2008/115 rozróżnia wyraźnie pomiędzy decyzją nakazującą powrót [19] oraz wydaleniem [20] jako jej wykonaniem.

50. Należy zatem uznać, że art. 6b ust. 3 KWUS lub art. 11 ust. 3 kodeksu granicznego, jak i art. 23 ust. 3 KWUS dotyczą celu, jakim jest usunięcie obywateli państw trzecich, bez precyzyjnego rozróżnienia pomiędzy decyzją administracyjną a jej wykonaniem.

51. Podobnie jak podniesiona przez Austrię odmowa wjazdu przewidziana w art. 13 kodeksu granicznego, art. 23 KWUS dotyczy wspólnego interesu państw strefy Schengen w zapobieżeniu, albo przynajmniej zakończeniu, nielegalnemu pobytowi obywateli państw trzecich w strefie Schengen. Skoro granice wewnętrzne nie są już kontrolowane, należy się obawiać, że obywatele państw trzecich przebywający nielegalnie w jednym państwie członkowskim, przedostaną się do innego państwa członkowskiego i będą tam nielegalnie przebywać. Włochy słusznie podkreślają, że dyrektywa 2008/115 zmierza w tym samym kierunku.

52. Artykuł 23 KWUS obejmuje zasadniczo wszystkich obywateli państw trzecich przebywających w strefie Schengen, chociaż nie spełniają lub przestali spełniać warunki pobytu. Można jedynie postawić pytanie, czy domniemane przekroczenie czasu trwania pobytu zgodnie z art. 6b KWUS lub art. 11 kodeksu granicznego podlega innym zasadom.

53. Jednakże, zważywszy w szczególności na prace przygotowawcze nad art. 11 kodeksu granicznego, tj. w szczególności na okoliczności powstania art. 6b KWUS, brzmienie tego przepisu nie pozwala na taką wykładnię. Komisja zaproponowała również, aby właściwe organy w przypadku domniemania przekroczenia czasu trwania pobytu *mogły* zastosować art. 23 ust. 3 KWUS [21]. W ten sposób państwa członkowskie miałyby wybór, czy zastosować art. 23 ust. 3. Natomiast Hiszpania zaproponowała, aby państwa członkowskie zostały wyraźnie zobowiązane do zastosowania art. 23 ust. 3 KWUS [22].

19 — Artykuł 3 pkt 4 dyrektywy 2008/115.

20 — Artykuł 3 pkt 5 dyrektywy 2008/115.

21 — Propozycja rozporządzenia Rady z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie wymogu w stosunku do kompetentnych władz państw członkowskich dotyczącego systematycznego pieczętowania dokumentów podróży obywateli państw trzecich przekraczających zewnętrzne granice państw członkowskich oraz zmieniające konwencję wykonawczą do Układu z Schengen oraz wspólny podręcznik, COM(2003) 664 wersja ostateczna, najwyraźniej nieopublikowany w Dzienniku Urzędowym.

22 — Dokument Rady nr 7858/04 z dnia 30 marca 2004 r., http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07858.en04.pdf, s. 4, przypis 10.

Wprawdzie propozycja ta nie została przyjęta, jednak przyjęte ostatecznie brzmienie art. 6b ust. 3 KWUS nie zawiera już odesłania do art. 23 ust. 3 KWUS.

54. W konsekwencji zastosowanie art. 23 KWUS w przypadkach domniemania zgodnie z art. 6b KWUS lub art. 11 kodeksu granicznego należy określić zgodnie z ogólnymi regułami wykładni. Odpowiedni ust. 3 obu wymienionych przepisów nie ustanawia w tym kontekście żadnego odstępstwa od art. 23 KWUS, lecz wyjaśnia jedynie, że domniemanie przekroczenia czasu trwania pobytu może uzasadniać wydalenie [23].

55. Niemniej jednak, przeciwnie do tego, co twierdzi Austria, z art. 23 ust. 3 KWUS nie można wnioskować, że państwa członkowskie są zobowiązane przez prawo wspólnotowe do wydalenia. Komisja podkreśla słusznie zawarte w art. 23 KWUS ograniczenia.

23 — Ta wykładnia zapewnia ponadto, że art. 11 kodeksu granicznego nie przyjmuje w stosunku do dyrektywy 2008/115 żadnych niepotrzebnych regulacji szczególnych. Przy wydaleniu z powodu domniemania przekroczenia czasu trwania pobytu muszą raczej w przyszłości być przestrzegane również wymogi dyrektywy.

56. Po pierwsze, wydalenie nie jest regułą, lecz wyjątkiem. Ustępy 1 i 2 przyjmują bowiem, że obywatele państw trzecich wyjeżdżają dobrowolnie. Jest to środek łagodniejszy w porównaniu z wydaleniem i jest zgodny w świetle uwag Hiszpanii z uregulowaniem krajowym.

57. Przede wszystkim jednak art. 23 ust. 3 nie zawiera podstawy prawnej wydalenia, lecz odsyła do prawa krajowego. Z artykułu tego nie wynikają również szczególne wymogi co do treści prawa krajowego. Zamiast tego art. 23 ust. 3 zdanie drugie KWUS wyraźnie uprawnia państwa członkowskie do zezwolenia na pobyt obywateli państw trzecich, jeśli prawo krajowe nie przewiduje wydalenia. Przepis ten zakłada w sposób oczywisty, że państwa członkowskie mogą przyjmować wyjątki od wydalenia, nie zawiera jednak żadnych ograniczeń swobody kształtowania prawa przez państwa członkowskie przy definiowaniu takich wyjątków. Nie może być zatem mowy o jakimkolwiek zobowiązaniu do wydalenia.

58. Ponadto ograniczony zakres normatywny art. 23 KWUS przemawia przeciwko rozumieniu go jako obligatoryjnego przepisu dotyczącego wydalenia albo deportacji. Przepis ten zawiera jedynie podstawowe zasady i minimalne wymogi, które w istocie

wymagają ukształtowania poprzez prawo wewnątrzkrajowe.

59. Ilustruje to w szczególności porównanie art. 23 KWUS z wydaną w międzyczasie dyrektywą 2008/115. Zawiera ona znacznie bardziej szczegółowe uregulowania dotyczące postępowania z obywatelami państw trzecich przebywającymi w strefie Schengen, mimo że nie spełniają lub przestali spełniać warunki pobytu. Artykuł 4 pozostawia jednak wyraźnie państwom członkowskim swobodę zastosowania korzystniejszych przepisów.

60. Brak obowiązku wydalenia nie może również pozostawać w sprzeczności ze wspólnym interesem wszystkich państw strefy Schengen w zakończeniu nielegalnego pobytu obywateli państw trzecich. Należy raczej uznać, że odesłanie w art. 23 KWUS do prawa wewnątrzkrajowego w dużej mierze opiera się na zaufaniu i solidarności pomiędzy państwami członkowskimi. Uzasadnia to również w innych dziedzinach wzajemne uznawanie ważnych orzeczeń [24] oraz przemawia przeciwko konieczności istnienia w prawie wspólnotowym zobowiązania do zakończenia nielegalnych pobytów. Należy raczej uznać, że państwa członkowskie nawet przy braku takiego obowiązku przyjmują potrzebne środki.

61. Nie ma ponadto powodu sądzić, że Hiszpania nie zasługuje na takie zaufanie. Zgodnie z informacjami hiszpańskiego rządu nie należy dopatrywać się w karze grzywny tolerowania nielegalnego pobytu. Przeciwnie, obywatele państw trzecich są prawnie zobowiązani do opuszczenia terytorium kraju w ciągu 15 dni. Jeśli tak się nie stanie, zostaje wszczęte nowe postępowanie karne z powodu przedłużającego się pobytu bez wypełnienia warunków pobytu. Skoro kara grzywny została już wymierzona, powoduje to wszczęcie procedury wydalenia.

62. W ten sposób art. 23 ust. 3 KWUS nie sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu takiemu jak w niniejszych sprawach, które umożliwia zastąpienie wydalenia obywatela państwa trzeciego nieposiadającego tytułu uprawniającego go do wjazdu i przebywania na terytorium Unii Europejskiej przez nałożenie grzywny.

24 — Zobacz wyroki: z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawach połączonych C-187/01 i C-385/01 Gözütok i Brügge, Rec. s. I-1345, pkt 33, w przedmiocie wzajemnego uznawania wyroków karnych jako podstawy zakazu podwójnego karania oraz z dnia 3 maja 2007 r. w sprawie C-303/05 Advocaten voor de Wereld, Zb.Orz. s. I-3633, pkt 57, w przedmiocie zaniechania podwójnej karalności przy ekstradycji.

V — Wnioski

63. Proponuję zatem, aby Trybunał orzekł, co następuje:

1. Artykuł 6b ust. 3 konwencji wykonawczej do układu z Schengen oraz identycznie brzmiący art. 11 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiającego wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice nie zobowiązują do wydalenia obywateli państwa trzeciego na podstawie domniemania niespełnienia warunków pobytu ustanowionego w art. 6b ust. 1 konwencji wykonawczej oraz w art. 11 ust. 1 przywołanego rozporządzenia.

2. Artykuł 23 ust. 3 konwencji wykonawczej do układu z Schengen nie sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu, takiemu jak w niniejszych sprawach, które umożliwia zastąpienie wydalenia obywatela państwa trzeciego nieposiadającego tytułu uprawniającego go do wjazdu i przebywania na terytorium Unii Europejskiej przez nałożenie grzywny.