SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE JULIANE KOKOTT,

predstavljeni 19. maja 2009 [1]

I – Uvod

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe zadeva določbe prava Skupnosti o odstranitvi državljanov tretjih držav, ki ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več pogojev za bivanje. Predložitveno sodišče navaja, da špansko pravo ne zahteva brezpogojne odstranitve takšnih oseb, ampak dopušča, da se jim naloži zgolj denarna kazen. Predložitveno sodišče dvomi, da je tak pravni položaj združljiv s pravom Skupnosti. Zanima ga predvsem razlaga Uredbe (ES) št. 562/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja [2] (Zakonik o schengenskih mejah). Poleg tega je pomemben tudi člen 23 Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma [3] (KISS). [4]

1 – Jezik izvirnika: nemščina.
2 – UL L 105, str. 1.
3 – Konvencija o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah, podpisana 14. junija 1985 v Schengnu (UL 2000, L 239, str. 13).
4 – Podpisana 19. junija 1990 v Schengnu (UL 2000, L 239, str. 19).

II – Pravni okvir

A – *Zakonik o schengenskih mejah*

2. Pravna podlaga Zakonika o schengenskih mejah je člen 62, točki 1 in 2(a), ES:

„Svet v skladu s postopkom iz člena 67 v petletnem obdobju po začetku veljavnosti Amsterdamske pogodbe sprejme:

(1) ukrepe, ki v skladu s členom 14 zagotavljajo, da se osebe, bodisi državljani Unije ali državljani tretjih držav, pri prehajanju notranjih meja ne kontrolirajo;

(2) ukrepe glede prehajanja zunanjih meja držav članic, ki določajo:

(a) standarde in postopke, po katerih se morajo ravnati države članice pri izvajanju osebne kontrole na teh mejah;

(b) […]“

3. Zakonik o schengenskih mejah je v skladu s členom 40(1) začel veljati 13. oktobra 2006.

4. Člen 1 določa predmet urejanja zakonika o schengenskih mejah:

„Ta uredba določa, da se osebe pri prehajanju notranjih meja držav članic Evropske unije ne kontrolirajo.

Določa tudi pravila za izvajanje kontrole oseb pri prehajanju zunanjih meja držav članic Evropske unije.“

5. Člen 5 določa pogoje za vstop. V četrtem odstavku so določene tri izjeme od teh pogojev, zlasti za primer, ko gre za humanitarne razloge (točka c).

6. Člen 11 vsebuje zakonsko domnevo o prekoračitvi dovoljenega trajanja bivanja v primeru manjkajočega vstopnega žiga ter določbe o ovrženju te domneve in o morebitni odstranitvi, če domneva ni ovržena:

„Člen 11

Domneva o izpolnjevanju pogojev glede trajanja bivanja

1. Če v potni listini državljana tretje države ni vstopnega žiga, lahko pristojni nacionalni organi domnevajo, da imetnik ne izpolnjuje oziroma ne izpolnjuje več pogojev glede

trajanja bivanja, ki se uporabljajo v zadevni državi članici.

2. Domneva iz odstavka 1 se lahko ovrže, če državljan tretje države na kakršen koli način predloži verodostojen dokaz […]

3. Če domneva iz odstavka 1 ni ovržena, lahko pristojni organi državljana tretje države odstranijo z ozemlja države članice."

7. Člen 13(1) določa, da se državljanu tretje države, ki ne izpolnjuje vseh pogojev za vstop, določenih v Zakoniku o schengenskih mejah, zavrne vstop. To pa ne posega v uporabo posebnih določb, ki se nanašajo na pravico do azila in mednarodne zaščite ali izdaje vizuma za daljše bivanje.

B – *KISS*

8. Tudi člen 23 KISS določa pravila o ravnanju s tujci, ki ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več pogojev za kratkoročno bivanje:

„1. Tujci, ki ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več pogojev za kratkoročno bivanje na ozemlju pogodbenice, morajo načeloma nemudoma zapustiti ozemlje pogodbenic.

2. Tujci, ki imajo veljavno dovoljenje za prebivanje ali začasno dovoljenje za prebivanje, ki ga je izdala druga pogodbenica, morajo nemudoma oditi na ozemlje te pogodbenice.

3. Če taki tujci ne odidejo prostovoljno ali če se lahko domneva, da tega ne bodo storili, ali če se njihov takojšnji odhod zahteva zaradi državne varnosti ali javnega reda, jih je treba prisilno odstraniti z ozemlja pogodbenice, v kateri so bili prijeti, v skladu z nacionalno zakonodajo te pogodbenice. Če ta zakonodaja ne dopušča prisilne odstranitve, lahko ta pogodbenica dovoli zadevnim osebam, da ostanejo na njenem ozemlju.

4. Taki tujci se lahko prisilno odstranijo z ozemlja te pogodbenice v njihovo državo izvora ali v katero koli drugo državo, ki jih je pripravljena sprejeti, zlasti v skladu z ustreznimi določbami sporazumov o ponovnem sprejemu, ki jih sklenejo pogodbenice.

5. Odstavek 4 ne izključuje niti uporabe nacionalnih določb o pravici do azila, Ženevske konvencije o statusu beguncev z dne 28. julija 1951, kakor je bila spremenjena z Newyorškim protokolom z dne 31. januarja 1967, niti odstavka 2 tega člena ali člena 33(1) te konvencije."

9. Sklep Sveta 1999/436/ES z dne 20. maja 1999 o določitvi pravne podlage za vsako določbo ali sklep, ki sestavlja schengenski pravni red, skladno z ustreznimi določbami Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti in Pogodbe o Evropski uniji [5] določa, da je člen 62, točka 3, ES pravna podlaga člena 23 KISS.

10. Na podlagi Sklepa Sveta 2007/801/ES [6] se schengenski pravni red od 21. decembra 2007 uporablja tudi za države članice, ki so pristopile leta 2004, razen za Ciper.

11. Člen 23 KISS je pred kratkim nadomestila Direktiva 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav [7]. Ta direktiva mnogo podrobneje kot dosedanje pravo Skupnosti ureja odstranitev in prisilno odstranitev državljanov tretjih držav.

C – Špansko pravo

12. Predložitveno sodišče je španski pravni položaj opisalo tako, kot sledi v nadaljevanju.

5 – UL L 176, str. 17.

6 – Sklep z dne 6. decembra 2007 o polni uporabi določb schengenskega pravnega reda v Češki republiki, Republiki Estoniji, Republiki Latviji, Republiki Litvi, Republiki Madžarski, Republiki Malti, Republiki Poljski, Republiki Sloveniji in Slovaški republiki (UL L 323, str. 34).

7 – UL L 348, str. 98.

13. V skladu s členom 53a Ley Orgánica 4/2000, kakor je bil spremenjen z Ley Orgánica 8/2000, stori hujšo kršitev

„tista oseba, ki na španskem ozemlju nezakonito biva s tem, da ne razpolaga s podaljšanim dovoljenjem za bivanje, z dovoljenjem za bivanje ali z ustreznimi dokumenti, ki jih potrebuje, ali pa je njihova veljavnost potekla že pred več kot tremi meseci, ne da bi v predpisanem roku zaprosila za njihovo podaljšanje.“

14. Takšno ravnanje se kaznuje z denarno kaznijo, ki jo je v skladu s členom 57 istega zakona mogoče nadomestiti z odstranitvijo:

„Če je kršitelj tujec, ta ravnanja pa zakon opredeljuje kot zelo hudo ali hudo kršitev v smislu člena 53(a), (b), (c), (d) ali (f) Ley Orgánica, je mogoče po končanem ustreznem upravnem postopku namesto denarne kazni odrediti odstranitev tujca s španskega ozemlja.“

15. Člen 57(3) tega zakona pa določa:

„Kazni odstranitve in denarne kazni nikakor ni dovoljeno izreči skupaj.“

III – Dejansko stanje in predlog za sprejetje predhodne odločbe

16. Julia Zurita García in Aurelio Choque Cabrera sta bolivijska državljana. Kontrole so pokazale, da sta bivala v Španiji, čeprav nista izpolnjevala ali nista več izpolnjevala pogojev za bivanje.

17. Z. García je bila kontrolirana 26. septembra 2006. Delegado del Gobierno en la Región de Murcia (predstavnik vlade v pokrajini Murcia) jo je nato 15. novembra 2006 odstranil s španskega ozemlja in ji za obdobje petih let prepovedal vstop v schengenski prostor. Predstavnik vlade v pokrajini Murcia je po tem, ko je bil C. Cabrera kontroliran 14. maja 2007, glede zadnjega 30. julija 2007 izdal enako odločitev kot glede Z. García.

18. Tožbi, vloženi zoper ti odločbi, sta bili na prvi stopnji zavrnjeni. Sedaj teče pritožbeni postopek pred Tribunal Superior de Justicia de Murcia, ki odloča na zadnji stopnji.

19. Po njegovih navedbah sodobno špansko pravo odstranitev tujcev opredeljuje kot sankcijo, ki lahko nadomesti denarno kazen. Tujce je torej načeloma treba kaznovati z denarno kaznijo, če se ugotovi, da ne izpolnjujejo pogojev za vstop in bivanje v Španiji. Te osebe je dovoljeno v skladu z načelom sorazmernosti odstraniti le, če obstajajo oteževalne okoliščine.

20. Predložitveno sodišče pa se nagiba k stališču, da morajo v skladu z ureditvijo Skupnosti državljani tretjih držav, ki bivajo v Evropski uniji, ne da bi izpolnjevali za to potrebne pogoje, ozemlje zapustiti, in sicer po zavrnitvi vstopa ali pa prek odstranitve. Zato je Sodišču v obeh postopkih v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba določbe Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti, zlasti člen 62, točki 1 in 2(a), ter Uredbo (ES) št. 562/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah), zlasti člene 5, 11 in 13, razlagati tako, da nasprotujejo taki ureditvi, kot je španska, in njeni razlagi, ki jo je oblikovala sodna praksa, v skladu s katero je mogoče odstranitev ‚državljana tretje države', ki biva v Evropski uniji brez dovoljenja za vstop in/ali bivanje, nadomestiti z naložitvijo denarne kazni?"

21. V pisnem postopku so sodelovali C. Cabrera, Kraljevina Španija, Republika Italija, Republika Avstrija in Komisija Evropskih skupnosti. Obravnave ni bilo. Predsednik tretjega senata je s sklepom z dne 27. marca 2009 obe zadevi združil.

IV – Pravna presoja

22. Predložitveno sodišče želi izvedeti, ali členi 5, 11 in 13 Zakonika o schengenskih mejah nasprotujejo nacionalnim določbam, ki dopuščajo, da se odstranitev državljanov tretjih držav, ki ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več pogojev za bivanje, nadomesti z denarno kaznijo.

A – *Dopustnost in razlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe*

23. Ker Zakonik o schengenskih mejah temelji na členu 62, točki 1 in 2(a), ES, lahko v skladu s členom 68(1) ES le sodišče, zoper odločitev katerega ni pravnega sredstva, Sodišču predloži predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki se nanaša nanj.

24. Tribunal Superior de Justicia de Murcia je v zadevah v glavni stvari pritožbeno sodišče. Kolikor je razvidno, ni nadaljnjih pravnih sredstev, ki bi lahko vplivala na njegovo odločitev v zadevah v glavni stvari. Zato predložitveno sodišče lahko vloži predlog za sprejetje predhodne odločbe.

25. Španija pa meni, da predlog za sprejetje predhodne odločbe v zadevi Z. García ni dopusten, ker je hipotetičen. Zakonik o schengenskih mejah naj v tem primeru časovno ne bi uporabljal zaradi prepovedi retroaktivnosti. Z. García je bila namreč kontrolirana pred začetkom uporabe Zakonika o schengenskih mejah. Ker tudi predložitveno sodišče dvomi o časovni uporabi Zakonika o schengenskih mejah, je predložilo zadevo C. Cabrera, ki pa o tem ne dvomi.

26. Res je, da ni dopusten očitno hipotetičen predlog za sprejetje predhodne odločbe.[8] Kljub temu menim, da predloga za sprejetje predhodne odločbe v zadevi Z. García ni treba niti zavreči kot nedopustnega niti se mi v tem primeru ne zdi potrebno preizkusiti časovne uporabe Zakonika o schengenskih mejah.

27. Kot bom prikazala v nadaljevanju, je v obravnavanih zadevah pomemben predvsem člen 11 Zakonika o schengenskih mejah, ne pa navedeni zakonik v celoti. Določba, enaka temu členu, namreč člen 6b KISS, pa je veljala že od 1. januarja 2005[9] in je bila nadomeščena s členom 11 Zakonika o schengenskih mejah. Zato je treba izhajati iz tega, da je v zadevi v glavni stvari v primeru Z. García veljal člen 6b KISS, če bi se izkazalo, da ni bilo mogoče uporabiti člena 11 Zakonika o schengenskih mejah.

28. Zato bi moralo Sodišče, da bi predložitvenemu sodišču lahko podalo koristen

8 – K temu podrobno glej sodbe z dne 11. marca 1980 v zadevi Foglia (104/79, Recueil, str. 745, točka 18 in naslednje); z dne 16. julija 1992 v zadevi Meilicke (C-83/91, Recueil, str. I-4871, točka 25 in naslednje); z dne 28. junija 2007 v zadevi Dell'Orto (C-467/05, ZOdl., str. I-5557, točka 40 in posebej glede časovne uporabe točka 47 in naslednje) in z dne 16. decembra 2008 v zadevi Cartesio (C-210/06, ZOdl., str. I-9641, točka 67 in naslednje ter nadaljnje sklicevanje).

9 – Glej člen 6, druga poved, Uredbe Sveta (ES) št. 2133/2004 z dne 13. decembra 2004 o zahtevi, da pristojni organi držav članic sistematično žigosajo potne listine državljanov tretjih držav pri njihovem prehodu zunanjih meja držav članic, ter o spremembi Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma in Skupnega priročnika v ta namen (UL L 369, str. 5), s katero je bil v KISS uveden člen 6b.

odgovor, upoštevati tudi člen 6b KISS, čeprav se ta določba ne omenja v vprašanju. [10]

29. Italija in Komisija poleg tega upravičeno ugotavljata, da predlog za sprejetje predhodne odločbe ne vsebuje nobenih podatkov, ki bi omogočali, da bi se z gotovostjo lahko ugotovilo, ali je Zakonik o schengenskih mejah dejansko mogoče uporabiti. Ni namreč mogoče izključiti, da je splošna določba člena 23 KISS, o kateri razpravljata Avstrija in Komisija, upoštevna v tem primeru. Zato bi moralo Sodišče presojo razširiti tudi na to določbo.

30. Nasprotno pa člen 62, točki 1 in 2(a), ES, ki je omenjen v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, ni neposredno pomemben za odgovor na vprašanje, saj gre za pravno podlago. Kot takšna ne določa nobenih samostojnih pravic in obveznosti tujcev.

31. V tem smislu se predlog za sprejetje predhodne odločbe nanaša na to, ali členi 5, 11 in 13 Zakonika o schengenskih mejah in/ali člena 6b in 23 KISS nasprotujejo nacionalnim določbam, ki dopuščajo, da se odstranitev državljanov tretjih držav, ki ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več pogojev za bivanje, nadomesti z denarno kaznijo.

B – *Odgovor na vprašanje za predhodno odločanje*

1. Člena 5 in 13 Zakonika o schengenskih mejah

32. Načelno predmet Zakonika o schengenskih mejah ni ravnanje s tujci, ki že bivajo v schengenskem prostoru, kadar se pojavijo dvomi o upravičenosti takšnega bivanja. To velja predvsem za člena 5 in 13.

33. Zakonik o schengenskih mejah se v skladu s členom 3 namreč uporablja za osebe, ki prehajajo zunanje ali notranje meje. Njegov predmet je predvsem kontrola zunanjih meja in načelna odprava kontrol na notranjih mejah.

34. To ustreza navedenim pravnim podlagam: člen 62, točka 1, ES dopušča ukrepe, ki v skladu s členom 14 ES zagotavljajo, da se osebe, bodisi državljani Unije ali državljani tretjih držav, pri prehajanju notra-

10 – Glej sodbi z dne 20. marca 1986 v zadevi Tissier (35/85, Recueil, str. 1207, točka 9) in z dne 10. januarja 2006 v zadevi De Groot en Slot Allium in Bejo Zaden (C-147/04, ZOdl., str. I-245, točka 68 in nadaljnje sklicevanje).

njih meja ne kontrolirajo. Člen 62, točka 2(a), pooblašča za sprejetje ukrepov glede prehajanja zunanjih meja držav članic, ki določajo standarde in postopke, po katerih se morajo ravnati države članice pri izvajanju osebne kontrole na teh mejah.

35. V tej zvezi člen 5 določa pogoje za vstop državljanov tretjih držav v schengenski prostor, člen 13 pa zavrnitev vstopa, če državljani tretje države ne izpolnjujejo vseh pogojev.

36. Položaj pa je drugačen v zadevah v glavni stvari, saj prizadeti osebi po navedbah predložitvenega sodišča nista bili zavrnjeni ob vstopu, ampak se ju preganja zaradi nezakonitega bivanja na španskem ozemlju. Razlog za to je domnevno, do so bolivijski državljani do 1. aprila 2007 lahko potovali v schengenski prostor brez vizuma, da bi tam bivali največ tri mesece. [11] Morda sta Z. García in C. Cabrera ta rok prekoračila.

11 – Glej člen 20(1) KISS in k temu sodbo z dne 3. oktobra 2006 v zadevi Bot (C-241/05, ZOdl., str. I-9627). Oprostitev od zahteve po pridobitvi vizuma je izhajala iz Uredbe Sveta (ES) št. 539/2001 z dne 15. marca 2001 o seznamu tretjih držav, katerih državljani morajo pri prehodu zunanjih meja imeti vizume, in držav, katerih državljani so oproščeni te zahteve (UL L 81, str. 1), kot je bila spremenjena z Uredbo Sveta (ES) št. 851/2005 z dne 2. junija 2005 (UL L 141, str. 3). Oprostitev je bila ukinjena z Uredbo Sveta (ES) št. 1932/2006 z dne 21. decembra 2006 o spremembi Uredbe (ES) št. 539/2001 (UL L 405, str. 23).

2. Člen 11 Zakonika o schengenskih mejah in člen 66 KISS

37. Dejstvo, da se zadevi v glavni stvari ne nanašata neposredno na prehod meje, pa ne izključuje uporabe Zakonika o schengenskih mejah. Zakonik namreč vsebuje določbe, ki se navezujejo na prehod meje, vendar zadevajo bivanje. [12]

38. Člen 11 Zakonika o schengenskih mejah je v toliko povezan s prehodom meje, kolikor zadeva vstopni žig. Mejni policisti v skladu s členom 10 načeloma žigosajo potne listine državljanov tretjih držav pri prehodu zunanjih meja. Žigosanje potne listine omogoča z gotovostjo določiti datum in kraj prehoda meje. [13] Tako je iz vstopnega žiga mogoče razbrati, ali so državljani tretjih držav prekoračili dovoljeno trajanje bivanja.

39. Člen 11(1) Zakonika o schengenskih mejah na tem utemeljuje ovrgljivo domnevo, da državljani tretjih držav ne izpolnjujejo oziroma ne izpolnjujejo več pogojev glede

12 – Poleg člena 11 Zakonika o schengenskih mejah je treba opozoriti predvsem na člen 7(3)(c), ki zadeva preverjanje državljanov tretjih držav ob izstopu glede tega, ali so izpolnjevali pogoje za bivanje.

13 – Sedma uvodna izjava Uredbe št. 2133/2004, navedena v opombi 9.

trajanja bivanja, če v njihovih potnih listinah ni vstopnega žiga.

40. Na to domnevo se nanaša določba člena 11(3) Zakonika o schengenskih mejah o odstranitvi. Ta je predvidena za primer, če ni ovržena domneva, da je državljan tretje države prekoračil dovoljeno trajanje bivanja. Ni mogoče izključiti, da zadevi v glavni stvari temeljita na tej domnevi.

41. Jezikovne različice člena 11(3) Zakonika o schengenskih mejah pa se ne ujemajo. V skladu s špansko različico se državljana tretje države odstrani. To bi bilo mogoče razumeti kot brezpogojno. Kot pa navaja Komisija, preostale jezikovne različice nasprotno določajo, da se državljana tretje države lahko odstrani. To naj ne bi bila obveznost, ampak zgolj možnost.

42. Različne jezikovne različice Skupnostnega besedila je treba razlagati enotno. Ob razhajanjih med njimi je treba zadevno določbo načeloma razlagati glede na splošno sistematiko in namen ureditve, katere del je. [14] V obravnavanem primeru pa ni potrebno, da bi se to podrobno preučilo. Določbo, ki se razlikuje glede na jezikovne različice, je namreč treba razlagati tudi na podlagi resnične volje njenega avtorja. [15] Iz predzgodovine člena 11(3) Zakonika o schengenskih mejah izhaja, da španska različica ne ustreza resnični volji zakonodajalca, ampak da gre za napako pri prevodu.

43. Kot je bilo že ugotovljeno, [16] je bil že obstoječi člen 6b KISS v Zakonik o schengenskih mejah prevzet s členom 11 Zakonika o schengenskih mejah. Španska različica člena 6b(3) KISS se glede fakultativnosti odstranitve ni razlikovala od preostalih jezikovnih različic. [17] V skladu s to špansko različico lahko države članice državljane tretjih držav odstranijo, vendar pa k temu niso zavezane.

44. Očitno je bila ta starejša različica pri pripravi španske različice Zakonika o schengenskih mejah spregledana. Vzrok za to bi lahko bil v tem, da niti iz uvodnih izjav niti iz javno dostopnih dokumentov o nastajanju

14 – Sodbe z dne 5. decembra 1967 v zadevi van der Vecht (19/67, Recueil, str. 462, 473); z dne 27. oktobra 1977 v zadevi Bouchereau (30/77, Recueil, str. 1999, točki 13 in 14); z dne 14. junija 2007 v zadevi Euro Tex (C-56/06, ZOdl., str. I-4859, točka 27) in z dne 21. februarja 2008 v zadevi Tele2 Telecommunication (C-426/05, ZOdl., str. I-685, točka 25).

15 – Sodbe z dne 12. novembra 1969 v zadevi Stauder (29/69, Recueil, str. 419, točka 3); z dne 7. julija 1988 v zadevi Moksel Import und Export (55/87, Recueil, str. 3845, točka 49); z dne 20. novembra 2001 v zadevi Jany in drugi (C-268/99, Recueil, str. I-8615, točka 47) in z dne 27. januarja 2005 v zadevi Junk (C-188/03, ZOdl., str. I-885, točka 33).

16 – Glej zgoraj točko 27.

17 – Člen 6b(3) KISS se v španščini glasi: „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.“

Zakonika o schengenskih mejah ni mogoče razbrati tega prevzema obstoječe določbe. [18]

45. Vmesni rezultata je torej, da člen 6b(3) KISS in istovetni člen 11(3) Zakonika o schengenskih mejah ne zahtevata, da se tujce odstrani na podlagi domneve o neizpolnjevanju pogojev za bivanje.

3. Člen 23 KISS

46. Zlasti Avstrija pa iz člena 23 KISS izpeljuje obveznost, da je treba zaključiti nezakonito bivanje državljanov tretjih držav. V skladu s to določbo morajo tujci, ki ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več pogojev za bivanje, zapustiti ozemlje schengenske države. Če do tega ne pride prostovoljno ali če obstajajo posebno nujni razlogi, jih je treba v skladu s členom 23(3) KISS prisilno odstraniti z ozemlja pogodbenice, v kateri so bili prijeti, v skladu z nacionalno zakonodajo.

47. Če obravnavamo vsakokratno nemško različico samo zase, se zdi, da členi 6b(3) KISS oziroma 11(3) Zakonika o schengenskih mejah in 23(3) KISS zadevajo različne primere, saj po eni strani govorijo o odstranitvi in po drugi strani o prisilni odstranitvi. V skladu z nemškim razumevanjem je prvo odločba o zaključku bivanja in zadnje izvršitev takšne odločbe.

48. Zgrešeno pa bi bilo, če bi se tem pojmovnim razlikam pripisoval prevelik pomen. Že v drugih jezikovnih različicah to razlikovanje ni tako jasno. Angleški jezikovni različici v obeh predpisih uporabljata pojem „to expell“, španski različici pojem „expulsar“, v francoščini pa se na eni strani uporablja „expulser“ in na drugi strani „eloigner“.

49. Poleg tega člena 6b(3) KISS oziroma 11(3) Zakonika o schengenskih mejah ne vsebujeta določb o izvršitvi odstranitve, v členu 23 KISS pa ni mogoče razpoznati nobene izrecne določbe o odločbi o odstranitvi, ki bi jo bilo mogoče izvršiti s prisilno odstranitvijo. Šele

18 – Določba, ki ustreza členu 6b KISS, se je najprej pojavila v osnutku Zakonika o schengenskih mejah z dne 23. marca 2005: člen 9a v različici dokumenta Sveta 9630/05, http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/05/st09/st09630.es05.pdf. V skladu s starejšimi osnutki Zakonika o schengenskih mejah bi bil člen 6b KISS črtan brez nadomestitve. V dostopnih dokumentih nista bila obrazložena niti to črtanje niti prevzem v Zakonik o schengenskih mejah. Razlog za to je verjetno ta, da je bil člen 6b KISS oblikovan šele med postopkom za sprejetje Zakonika o schengenskih mejah in da je Komisija v tem drugem zakonodajnem postopku prvotno predlagala, naj se domneva o prekoračitvi trajanja bivanja uvrsti v neki drug sklop KISS. Na ta sklop Zakonik o schengenskih mejah ne vpliva, tako da ne bi bilo potrebno, da bi se pri Zakoniku o schengenskih mejah upoštevala določba o domnevi.

sedaj sprejeta Direktiva 2008/115 jasno loči med odločbo o vrnitvi [19] in odstranitvijo [20] kot njeno izvršitvijo.

50. Zato je treba izhajati iz tega, da je tako cilj člena 6b(3) KISS oziroma člena 11(3) Zakonika o schengenskih mejah kot tudi člena 23(3) KISS odstranitev državljana tretje države, ne da bi natančno razlikovali med upravno odločbo in njeno izvršitvijo.

51. Člen 23 KISS, prav tako kot zavrnitev vstopa na podlagi člena 13 Zakonika o schengenskih mejah, ki jo poudarja Avstrija, temelji na skupnem interesu schengenskih držav, da preprečijo ali vsaj zaključijo nezakonito bivanje državljanov tretjih držav v schengenskem prostoru. Ker kontrole na notranjih mejah ni več, obstaja nevarnost, da se tujci, ki nezakonito bivajo v eni državi članici, preselijo v druge države članice, kjer potem nezakonito bivajo. Italija pravilno poudarja, da je cilj Direktive 2008/115 podoben.

52. Člen 23 KISS obsega načelno vse tujce, ki bivajo v schengenskem prostoru, čeprav ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več vseh pogojev za bivanje. Vprašali bi se kvečjemu lahko, ali domnevno prekoračitev trajanja bivanja v skladu s členom 6b KISS oziroma členom 11 Zakonika o schengenskih mejah urejajo druga pravila.

53. Predvsem glede na predzgodovino člena 11 Zakonika o schengenskih mejah, to pomeni zlasti glede na nastanek člena 6b KISS, pa besedilo ne daje nikakršnega povoda za takšno razlago. Komisija je še predlagala, da pristojni organi ob domnevni prekoračitvi trajanja bivanja *smejo* uporabiti člen 23(3) KISS. [21] V tem primeru bi imele države članice možnost uporabiti člen 23(3). Španija je nasprotno predlagala, naj se države članice izrecno zaveže k uporabi člena 23(3) KISS. [22]

19 – Člen 3(4) Direktive 2008/115.

20 – Člen 3(5) Direktive 2008/115.

21 – Predlog uredbe Sveta z dne 6. novembra 2003 o zahtevi, da pristojni organi držav članic sistematično žigosajo potne listine državljanov tretjih držav pri njihovem prehodu zunanjih meja držav članic, ter o spremembi Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma in Skupnega priročnika v ta namen, COM(2003) 664 konč., očitno ni objavljeno v UL.

22 – Dokument Sveta 7858/04 z dne 30. marca 2004, http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07858.en04.pdf, str. 4, opomba 10.

Ta predlog sicer ni bil upoštevan, vendar pa se nazadnje sprejeta različica člena 6b(3) KISS sploh ne sklicuje na člen 23(3) KISS.

54. Zato je treba možnost uporabe člena 23 KISS v primerih domneve na podlagi člena 6b KISS oziroma člena 11 Zakonika o schengenskih mejah določiti v skladu s splošnimi pravili razlage. Vsakokratni odstavek 3 obeh zadnjenavedenih določb v zvezi s tem ne določa odstopanja od člena 23 KISS, ampak le razjasnjuje, da lahko domneva o prekoračitvi trajanja bivanja upraviči odstranitev. [23]

55. V nasprotju z mnenjem Avstrije pa iz člena 23(3) KISS ne izhaja, da so države članice na podlagi prava Skupnosti zavezane k prisilni odstranitvi. Komisija nasprotno upravičeno poudarja omejitve, ki jih določa člen 23 KISS.

56. Prvič, prisilna odstranitev ni pravilo, ampak izjema. Odstavka 1 in 2 namreč izhajata iz tega, da tujec prostovoljno zapusti državo. To je v primerjavi s prisilno odstranitvijo milejše sredstvo in v skladu z navedbami Španije tudi ustreza nacionalnemu pravnemu položaju.

57. Predvsem pa člen 23(3) ne vsebuje pravne podlage za prisilno odstranitev, ampak napotuje na nacionalno zakonodajo. Določenih zahtev glede vsebine nacionalne zakonodaje ni mogoče razbrati. Namesto tega člen 23(3), druga poved, KISS državam članicam izrecno dopušča, da tujcu dovolijo, da ostane na njihovem ozemlju, če nacionalna zakonodaja ne dopušča prisilne odstranitve. To pravilo nujno predpostavlja, da države članice lahko sprejmejo izjeme od prisilne odstranitve, ne vsebuje pa omejitev glede svobode oblikovanja pri opredelitvi takšnih izjem, ki jo imajo države članice. Torej obveznosti glede prisilne odstranitve ne more biti.

58. Tudi omejeni obseg urejanja člena 23 KISS govori proti temu, da bi se razumel kot brezpogojne določbe o odstranitvi ali prisilni odstranitvi. Določba vsebuje le temeljna

23 – Ta razlaga med drugim tudi zagotavlja, da člen 11 Zakonika o schengenskih mejah v razmerju do Direktive 2008/115 ne določa nepotrebnih posebnih pravil. Nasprotno se morajo v prihodnje tudi pri odstranitvi na podlagi domneve o prekoračitvi trajanja bivanja upoštevati zahteve Direktive.

načela in minimalne standarde, ki jih mora v bistvenem oblikovati nacionalno pravo.

59. To ponazarja predvsem primerjava med členom 23 KISS in sedaj sprejeto Direktivo 2008/115. Ta vsebuje mnogo natančnejše določbe o ravnanju s tujci, ki bivajo v schengenskem prostoru, čeprav ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več pogojev za bivanje. Kljub temu člen 4 direktive državam članicam izrecno dopušča, da uporabijo še ugodnejše določbe.

60. Temu, da ni obveznosti prisilne odstranitve, niti ni mogoče ugovarjati s skupnim interesom vseh schengenskih držav glede zaključka nezakonitega bivanja državljanov tretjih držav. Treba je namreč izhajati iz tega, da napotilo člena 23 KISS na nacionalno zakonodajo temelji na visoki stopnji zaupanja in solidarnosti med državami članicami. Ta tudi na drugih področjih upravičuje vzajemno priznavanje pomembnih odločitev [24] in govori proti temu, da bi moralo pravo Skupnosti določati obveznost glede zaključka nezakonitih bivanj. Nasprotno je treba izhajati iz tega, da države članice tudi brez takšne obveznosti sprejemajo potrebne ukrepe.

61. Poleg tega iz ničesar ne izhaja, da Španija ne bi izpolnila tega zaupanja. Španska vlada navaja, da z denarno kaznijo namreč ni povezano dopuščanje nezakonitega bivanja. Tujec mora namreč na podlagi zakona v petnajstih dneh zapustiti državo. Če tega ne stori, se uvede nov sankcijski postopek zaradi nadaljevanja bivanja brez izpolnjevanja pogojev za bivanje. Ker je bila že naložena denarna kazen, to potem sproži postopek prisilne odstranitve.

62. Člen 23(3) KISS zato ne nasprotuje nacionalnim določbam, kot so te v obravnavanem primeru, v skladu s katerimi je mogoče odstranitev državljana tretje države, ki biva v Evropski uniji brez dokumenta, ki bi mu dovoljeval vstop in/ali bivanje, nadomestiti z naložitvijo denarne kazni.

24 – Glej sodbi z dne 11. februarja 2003 v združenih zadevah Gözütok in Brügge (C-187/01 in C-385/01, Recueil, str. I-1345, točka 33) o vzajemnem priznavanju kazenskih sodb kot podlagi načela *ne bis in idem* in z dne 3. maja 2007 v zadevi Advocaten voor de Wereld (C-303/05, ZOdl., str. I-3633, točka 57) o opustitvi ugotavljanja dvojne kaznivosti pri izročitvi.

V – Predlog

63. Sodišču zato predlagam, naj odloči:

1. Člen 6b(3) Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma in istovetni člen 11(3) Uredbe (ES) št. 562/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja, ne zavezujeta k temu, da se tujce odstrani na podlagi domneve o neizpolnjevanju pogojev za bivanje, ki jo določata člen 6b(1) izvedbene konvencije oziroma člen 11(1) Uredbe.

2. Člen 23(3) Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma ne nasprotuje nacionalnim določbam, kot so te v obravnavanem primeru, v skladu s katerimi je mogoče odstranitev državljana tretje države, ki biva v Evropski uniji brez dokumenta, ki bi mu dovoljeval vstop in/ali bivanje, nadomestiti z naložitvijo denarne kazni.