Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 28. april 2015 [1]

Sag C-290/14

Skerdjan Celaj

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunale di Firenze (Italien))

»Område for frihed, sikkerhed og retfærdighed — direktiv 2008/115/EF — tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold — artikel 15 og 16 — national lovgivning, som foreskriver en fængselsstraf for tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold ved genindrejse — forenelighed«

Indledning

1. »Er det en forbrydelse at være udlænding? Det mener vi ikke.«

2. Det var de afsluttende ord i den fælles delvise dissens fra seks dommere i dommen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »EMRD«) i den skelsættende sag Saadi mod Det Forenede Kongerige [2].

3. Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder mener tilsvarende, at »[d]et simple forhold, at en person er illegal migrant, bør aldrig betragtes som tilstrækkelig grund til frihedsberøvelse« [3].

4. Strafforfølgning af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold på en medlemsstats område er genstand for ophedet debat. Selv organer med ansvar for juridiske vurderinger kan ofte ikke modstå fristelsen til at indflette rets*politiske* betragtninger i deres argumenter, som de to ovennævnte erklæringer illustrerer.

5. Nærværende sag vedrører en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold på en medlemsstats område efter genindrejse til den pågældende medlemsstats område i strid med et indrejseforbud udstedt sammen med en afgørelse om tilbagesendelse efter direktiv 2008/115/EF [4]. Domstolen skal afgøre, om direktiv 2008/115 er til hinder for fængsling af vedkommende.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Jf. den fælles delvise dissens fra dommerne Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann og Hirvelä i sagen Saadi mod Det Forenede Kongerige [GC], nr. 13229/03, § 65, 29.1.2008.

3 — Se »Detention of third-country nationals in return procedures«, rapport udarbejdet af Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder, 2011, s. 19 (http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf). Denne udtalelse er alene fremsat i forbindelse med administrativ frihedsberøvelse, og derfor er den efter min vurdering så meget desto mere relevant for strafferetlige sanktioner.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 16.12.2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold (EUT L 348, s. 98).

6. Jeg foreslår[5], at Domstolen uddyber og præciserer sin praksis, som blev indledt med El Dridi-dommen[6] og fortsatte med Achughbabian-dommen[7] og Sagor-dommen[8], med udgangspunkt i direktivets hovedformål, nemlig tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold. Domstolen bør fastslå, at direktiv 2008/115 er til hinder for en sådan strafferetlig sanktion – ikke på grundlag af politiske betragtninger som dem, der er anført i citaterne ovenfor, men af hensyn til effektiviteten af direktiv 2008/115.

Retsforskrifter

EU-retten

7. Formålet med direktiv 2008/115 defineres som følger i direktivets artikel 1, der har overskriften »Genstand«:

»I dette direktiv fastsættes der fælles standarder og procedurer, som skal anvendes i medlemsstaterne ved tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold, i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder som er generelle principper i fællesskabsretten og folkeretten, herunder beskyttelse af flygtninge og menneskeretlige forpligtelser.«

8. Artikel 2 i direktiv 2008/115, der har overskriften »Anvendelsesområde«, bestemmer:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold på en medlemsstats område.

2. Medlemsstaterne kan beslutte ikke at anvende dette direktiv på tredjelandsstatsborgere, som:

a) er genstand for nægtelse af indrejse i medfør af artikel 13 i Schengengrænsekodeksen, eller som pågribes eller standses af de kompetente myndigheder i forbindelse med ulovlig overskridelse af en medlemsstats ydre grænse ad land-, sø- eller luftvejen, og som ikke efterfølgende har opnået tilladelse eller ret til ophold i den pågældende medlemsstat

b) er genstand for tilbagesendelse som en strafferetlig sanktion eller som følge af en strafferetlig sanktion i henhold til national ret, eller som er genstand for udleveringsprocedurer.

[…]«

9. Direktivets artikel 3, der har overskriften »Definitioner«, bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

2. »ulovligt ophold«: tilstedeværelsen på en medlemsstats område af en tredjelandsstatsborger, som ikke opfylder eller ikke længere opfylder [betingelserne] for […] indrejse, ophold eller bopæl i den pågældende medlemsstat

5 — Jeg vil i den forbindelse gøre mit bedste for at fokusere på retlige argumenter vedrørende direktiv 2008/115 i stedet for politiske betragtninger som dem, der er citeret i punkt 1 og 3 i dette forslag til afgørelse.

6 — Dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

7 — Dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

8 — Dom Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777).

3. »tilbagesendelse«: processen i forbindelse med en tredjelandsstatsborgers tilbagevenden – enten frivilligt i overensstemmelse med en forpligtelse til at vende tilbage eller tvangsmæssigt – til:

   — vedkommende tredjelandsstatsborgers oprindelsesland eller

   — et transitland i henhold til tilbagetagelsesaftaler på fællesskabsplan eller bilateralt plan eller i henhold til andre ordninger eller

   — et andet tredjeland, som den pågældende tredjelandsstatsborger frivilligt beslutter at vende tilbage til, og hvor vedkommende vil blive modtaget

4. »afgørelse om tilbagesendelse«: en administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt, der fastslår eller erklærer, at en tredjelandsstatsborgers ophold er ulovligt, og som pålægger eller fastslår en forpligtelse for den pågældende til at vende tilbage

5. »udsendelse«: håndhævelse af forpligtelsen til at vende tilbage, dvs. den fysiske transport ud af medlemsstaten

6. »indrejseforbud«: en administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt, som forbyder indrejse i og ophold på en medlemsstats område i en nærmere angivet periode, og som ledsager en afgørelse om tilbagesendelse

[…]«

10. Artikel 6, stk. 1, i direktiv 2008/115, der har overskriften »Afgørelse om tilbagesendelse«, bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer afgørelse om tilbagesendelse vedrørende enhver tredjelandsstatsborger, som opholder sig ulovligt på deres område, jf. dog de undtagelser, der er anført i stk. 2-5.«

11. Artikel 8, stk. 1, i direktiv 2008/115 bestemmer, at »[m]edlemsstaterne træffer alle nødvendige foranstaltninger til at fuldbyrde afgørelsen om tilbagesendelse, hvis der ikke er indrømmet en frist for frivillig udrejse i henhold til artikel 7, stk. 4, eller hvis forpligtelsen til at vende tilbage ikke er blevet opfyldt inden for den frist for frivillig udrejse, som er indrømmet i henhold til artikel 7«.

12. Direktivets artikel 11 har overskriften »Indrejseforbud« og har følgende ordlyd:

»1. Afgørelser om tilbagesendelse ledsages af et indrejseforbud:

a) hvis der ikke er indrømmet en frist for frivillig udrejse, eller

b) hvis forpligtelsen til at vende tilbage ikke er efterkommet.

I andre tilfælde kan afgørelser om tilbagesendelse ledsages af et indrejseforbud.

2. Varigheden af indrejseforbuddet fastsættes under behørig hensyntagen til alle relevante forhold i den enkelte sag og må i princippet ikke overstige fem år. Den kan dog overstige fem år, hvis tredjelandsstatsborgeren udgør en alvorlig trussel mod den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den nationale sikkerhed.

3. Medlemsstaterne overvejer at ophæve eller suspendere et indrejseforbud, når en tredjelandsstatsborger, der er genstand for et indrejseforbud udstedt i overensstemmelse med stk. 1, andet afsnit, kan påvise, at vedkommende har forladt en medlemsstats område i fuld overensstemmelse med en afgørelse om tilbagesendelse.

Ofre for menneskehandel, der har fået opholdstilladelse i henhold til Rådets direktiv 2004/81/EF af 29. april 2004 om udstedelse af opholdstilladelser til tredjelandsstatsborgere, der har været ofre for menneskehandel, eller som er indrejst som led i ulovlig indvandring, og som samarbejder med de kompetente myndigheder [9], gøres ikke til genstand for et indrejseforbud, jf. dog stk. 1, første afsnit, litra b), forudsat at den pågældende tredjelandsstatsborger ikke udgør en trussel mod den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den nationale sikkerhed.

Medlemsstaterne kan undlade at udstede eller kan ophæve eller suspendere et indrejseforbud i individuelle tilfælde af humanitære grunde.

Medlemsstaterne kan ophæve eller suspendere et indrejseforbud i individuelle tilfælde eller i visse kategorier af tilfælde af andre grunde.

4. Når en medlemsstat påtænker at udstede en opholdstilladelse eller anden tilladelse, som giver ret til ophold, til en tredjelandsstatsborger, der er genstand for et indrejseforbud udstedt af en anden medlemsstat, konsulterer den først den medlemsstat, der har udstedt indrejseforbuddet, og tager hensyn til dennes interesser i overensstemmelse med artikel 25 i konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen [10].

5. Stk. 1-4 berører ikke retten til international beskyttelse i medlemsstaterne som defineret i artikel 2, litra a), i Rådets direktiv 2004/83/EF af 29. april 2004 om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandsstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse [11].«

13. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2008/115 bestemmer:

»Medmindre andre tilstrækkelige og mindre indgribende foranstaltninger kan anvendes effektivt i det konkrete tilfælde, må medlemsstaterne kun frihedsberøve en tredjelandsstatsborger, der er genstand for tilbagesendelsesprocedurer, for at forberede en tilbagesendelse og/eller gennemføre en udsendelse, navnlig når:

a) der er risiko for, at den pågældende vil forsvinde, eller

b) den pågældende tredjelandsborger undviger eller lægger hindringer i vejen for forberedelsen af tilbagesendelses- eller udsendelsesprocessen.

Enhver frihedsberøvelse skal være af så kort varighed som muligt og må kun opretholdes, så længe udsendelsen er under forberedelse og gennemføres med nødvendig omhu.«

Italiensk ret

14. Artikel 13, stk. 13, i lovdekret nr. 286 af 25. juli 1998 fastlægger, at »en tredjelandsstatsborger, der er genstand for en afgørelse om at skulle forlade landet, ikke [må] rejse ind i landet igen uden en særlig tilladelse fra indenrigsministeren. I tilfælde af overtrædelse straffes tredjelandsstatsborgeren med fængsel fra et til fire år, udvises på ny og tilbageføres omgående til grænsen«.

9 — EUT L 261, s. 19.

10 — EUT L 239, s. 19.

11 — EUT L 304, s. 12.

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og det forelagte spørgsmål

15. Skerdjan Celaj, en albansk statsborger, rejste ind i Italiens område på en ukendt dato. Den 26. august 2011 blev han anholdt af det italienske politi for røveriforsøg, hvorefter han blev idømt et års betinget fængsel og en bøde på 400 EUR. Dommen blev endelig den 15. marts 2012.

16. Den 17. april 2012 udstedte Prefetto i Firenze en udvisningsafgørelse, og Questore i Firenze udstedte en udsendelsesafgørelse, som blev ledsaget af et forbud mod genindrejse i Italien i tre år. I sin afgørelse præciserede Prefetto i Firenze, at muligheden for frivillig tilbagevenden skulle udelukkes, idet betingelserne for straks at tilbageføre Skerdjan Celaj til grænsen forelå. Skerdjan Celaj havde faktisk ikke anmodet om indrømmelse af en frist for frivillig udrejse, og der var risiko for, at han ville forsvinde, da han ikke havde fremlagt dokumentation for boligforhold.

17. Da der ikke var nogen ledig flyafgang, og det ikke var muligt at anbringe Skerdjan Celaj i en facilitet for frihedsberøvede, fandt den tvungne tilbageførsel til grænsen reelt ikke sted, og Questore i Firenze påbød Skerdjan Celaj at forlade Italien og advarede ham om, at han i modsat fald ville blive idømt straf.

18. Skerdjan Celaj forblev efterfølgende i Italien. Han blev i perioden mellem den 27. juli 2012 og den 30. august 2012 identificeret ved tre lejligheder på tre forskellige steder og blev ved disse lejligheder sigtet for ulovlig indvandring og dyrkning af narkotika.

19. Den 4. september 2012 meldte Skerdjan Celaj sig frivilligt ved grænsepolitiet i Brindisi og udrejste frivilligt fra Italien.

20. Efterfølgende rejste Skerdjan Celaj tilbage til Italiens område. Den 14. februar 2014 blev han anholdt for overtrædelse af artikel 13, stk. 13, i lovdekret nr. 286/1998 af carabinieri (gendarmeriet) i San Piero a Sieve, der foretog kontrol på den lokale jernbanestation.

21. Den offentlige anklager anlagde en straffesag mod ham ved Tribunale di Firenze med krav om en fængselsdom på otte måneder på grundlag af artikel 13, stk. 13, i lovdekret nr. 286/1998.

22. I forbindelse med denne sag har Tribunale di Firenze ved afgørelse om præjudiciel forelæggelse af 22. maj 2014, modtaget af Domstolen den 12. juni 2014, forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Er bestemmelserne i direktiv 2008/115 til hinder for nationale bestemmelser i medlemsstaterne, hvorefter der foreskrives en fængselsstraf på op til fire år for en tredjelandsstatsborger, som efter tilbagesendelse, men ikke som en strafferetlig sanktion eller som følge af en strafferetlig sanktion, atter er indrejst i medlemsstaten i strid med et lovligt indrejseforbud, uden at de i artikel 8 i direktiv 2008/115 fastsatte tvangsforanstaltninger har været anvendt mod den pågældende tredjelandsstatsborger med henblik på en hurtig og effektiv gennemførelse af udsendelsen?«

23. Der er blevet indgivet skriftlige indlæg af den tjekkiske, den tyske, den græske, den italienske, den norske og den schweiziske regering samt af Europa-Kommissionen.

Bedømmelse

24. Domstolen anmodes igen om at træffe afgørelse om foreneligheden af en national strafferetlig sanktion med bestemmelserne i direktiv 2008/115. Denne sag omhandler en national strafferetlig sanktion, der foreskriver fængselsstraf for en tredjelandsstatsborger alene med den begrundelse, at han efter at være vendt tilbage fra en medlemsstat til sit oprindelsesland i forbindelse en tidligere tilbagesendelsesprocedure er genindrejst i den pågældende medlemsstats område.

25. Domstolen har gentagne gange fastslået, at medlemsstaterne ikke kan anvende en straffelovgivning, som kan bringe virkeliggørelsen af de mål, som forfølges med direktiv 2008/115, i fare, og som derfor kan fratage direktivet dets effektive virkning, selv om straffelovgivningen og reglerne om behandlingen af straffesager principielt henhører under medlemsstaternes kompetence, og selv om hverken direktiv 2008/115 eller dets retsgrundlag [12] udelukker medlemsstaternes strafferetlige kompetence på området for ulovlig indvandring og ulovligt ophold [13].

26. Inden jeg behandler de nationale bestemmelser, der er genstand for hovedsagen, vil jeg med henblik på denne sag kort beskrive det system, der er etableret ved direktiv 2008/115 og Domstolens praksis vedrørende strafferetlige sanktioner i forbindelse med dette direktiv.

Systemet for tilbagesendelse, udsendelse og frihedsberøvelse etableret ved direktiv 2008/115

27. Den tilbagesendelsesprocedure, der er etableret ved direktiv 2008/115, er allerede udførligt beskrevet af Domstolen i flere sager, som den har behandlet [14]. Jeg kan derfor fatte mig i korthed i denne fase og begrænse mig til de elementer, der er væsentlige for den omhandlede sag.

28. Direktiv 2008/115 sigter ifølge anden betragtning til direktivet mod at udforme en effektiv udsendelses- og repatrieringspolitik, der bygger på fælles standarder, så personer tilbagesendes på en human måde og med fuld respekt for deres grundlæggende rettigheder og værdighed [15]. I direktivet fastsættes følgelig en tilbagesendelsesprocedure, som er centreret omkring og indledes med en afgørelse om tilbagesendelse, som medlemsstaterne i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2008/115 har pligt [16] til at træffe vedrørende enhver tredjelandsstatsborger, som opholder sig ulovligt på deres område [17]. Denne bestemmelse er det centrale element i direktivet [18].

29. Den procedure, der følger heraf, skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet [19]: En udsendelse, dvs. håndhævelse af forpligtelsen til at vende tilbage, dvs. den fysiske transport ud af medlemsstaten [20], er derfor kun mulig, hvis frivillig udrejse ikke er mulig eller ikke gennemføres [21], og frihedsberøvelse kan kun anvendes som en sidste udvej, og kun såfremt det er strengt nødvendigt og kun indtil udsendelse [22]. Rationalet bag bestemmelserne om frihedsberøvelse er, at kun procedurer for tilbagesendelse og udsendelse kan begrunde frihedsberøvelse, og at frihedsberøvelse ikke er berettiget på grundlag af disse bestemmelser, hvis disse procedurer ikke gennemføres med den fornødne omhu [23]. Som jeg allerede har understreget i min stillingtagen i sag Mahdi [24], er frihedsberøvelse med

12 — Artikel, stk. 3, litra b), EF, gengivet i artikel 79, stk. 2, litra c), TEUF. Jf. min stillingtagen i sag Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 45 og fodnote 12) vedrørende lovgivningsproceduren.

13 — Jf. navnlig dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 33).

14 — Jf. eksempelvis dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 34 ff.).

15 — Jf. min stillingtagen i sag Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 45) for flere oplysninger om inspirationskilderne for direktivet, såsom EMRD's praksis og de 20 retningslinjer om tvangsmæssig tilbagesendelse (»Twenty guidelines on forced return«), som Europarådets Ministerudvalg vedtog den 4.5.2005.

16 — Jf. dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 31). I direktivets engelske tekst bruges det præskriptive udtryk »shall«. Med hensyn til den obligatoriske karakter af artikel 6 i direktiv 2008/115, jf. også Slama, S., *La transposition de la directive »retour«: vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers*?, i: L. Dubin, La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruylant 2012, s. 289-345, på s. 330.

17 — Denne pligt gælder uanset en række undtagelser, der er anført i samme artikels stk. 2-5. Medlemsstaterne kan endvidere i henhold til artikel 6, stk. 6, træffe en afgørelse om ophør af lovligt ophold sammen med en afgørelse om tilbagesendelse.

18 — Jf. også Hörich, D., *Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme*, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 2011, s. 281-286, på s. 283.

19 — Jf. 13. og 16. betragtning til direktiv 2008/115. Jf. også dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 41).

20 — Artikel 3, stk. 5 og 8, i direktiv 2008/115.

21 — Jf. artikel 7 i direktiv 2008/115.

22 — Jf. kapitel IV: Frihedsberøvelse med henblik på udsendelse og artikel 15-18 i direktiv 2008/115.

23 — Jf. min stillingtagen Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 46-55).

24 — C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936.

henblik på udsendelse hverken en sanktion eller en straf, og der er heller ikke tale om en fængselsstraf[25]. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2008/115 kræver endvidere en snæver fortolkning, eftersom tvangsmæssig tilbageholdelse indebærer frihedsberøvelse og dermed udgør en undtagelse til den grundlæggende ret til individuel frihed[26].

Tilladt frihedsberøvelse eller fængsling ud over situationer omhandlet i direktiv 2008/115

30. Selve direktivet indeholder således ingen bestemmelser om medlemsstaternes mulighed for at benytte frihedsberøvelse eller fængsling som en strafferetlig sanktion i forbindelse med ulovligt ophold. Det er der efter min mening en klar grund til: Der er ikke plads til en sådan sanktion, hvis direktivets formål er at sikre hurtig tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold. Enhver frihedsberøvelse eller fængsling, der ikke er påkrævet som et led i en tilbagesendelsesprocedure, vil i sidste ende forsinke en sådan procedure.

31. Som det er velkendt og nævnt i indledningen til dette forslag til afgørelse, har Domstolen også fastsat praksis på dette område. Indtil dato har der dog ikke været en sag, hvor Domstolen på grundlag af omstændighederne i hovedsagen har fastslået, at frihedsberøvelse eller fængsling som en strafferetlig sanktion er forenelig med direktiv 2008/115.

Retspraksis til dato: fra El Dridi-dommen via Achughbabian-dommen til Sagor-dommen

32. I El Dridi-dommen[27] blev Domstolen anmodet om at vurdere, om direktiv 2008/115 er til hinder for national lovgivning, såsom Italiens lovgivning i nævnte hovedsag[28], der foreskrev pålæggelse af en fængselsstraf for en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold, alene fordi han i strid med et påbud om at forlade denne stats område inden for en bestemt frist forbliver på nævnte område uden gyldig grund. Domstolen fastslog, at direktiv 2008/115, navnlig dets artikel 15 og 16, bestemt var til hinder for sådan lovgivning[29].

33. I Achughbabian-dommen[30] blev Domstolen igen anmodet om at afgøre, om direktiv 2008/115 er til hinder for national lovgivning, såsom Frankrigs lovgivning i nævnte hovedsag[31], der foreskrev pålæggelse af en fængselsstraf for en tredjelandsstatsborger, alene fordi han er indrejst eller opholder sig ulovligt på Frankrigs område. Domstolen fastslog igen, at direktivet var til hinder for sådan lovgivning, »for så vidt som disse sanktioner tillader fængsling af en tredjelandsstatsborger, som ikke, mens han opholdt sig ulovligt på nævnte medlemsstats område og ikke var indstillet på at forlade dette område frivilligt, har været undergivet tvangsforanstaltninger i henhold til direktivets artikel 8, og som ikke i tilfælde af frihedsberøvelse med henblik på udsendelsens forberedelse og gennemførelse har været frihedsberøvet i den maksimale periode«[32]. I hovedsagen var Alexandre Achughbabians situation omfattet af denne kategori.

25 — Ibidem, punkt 47, og forslag til afgørelse fra generaladvokat Bot Bero og Bouzalmate (C-473/13 og C-514/13, EU:C:2014:295, punkt 91), generaladvokat Mazáks stillingtagen El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205, punkt 35) og generaladvokat Wathelets stillingtagen G. og R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553, punkt 54).

26 — Jf. min stillingtagen Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 47) og generaladvokat Mazáks stillingtagen Kadzoev, (C-357/09 PPU, EU:C:2009:691, punkt 70). EMRD har fastslået det samme i forbindelse med EMRK's artikel 5, stk. 1, litra f) (jf. eksempelvis EMRD's dom af 22.3.1995 i sag 18580/91, Quinn mod Frankrig, § 42, og af 12.10.2006 i sag 33970/05, Kaya mod Rumænien, § 16).

27 — Dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

28 — Sagen omhandlede forskellige bestemmelser i det samme dekret som i nærværende sag.

29 — Ibidem, præmis 62 og domskonklusionen.

30 — Dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

31 — En artikel i code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda).

32 — Ibidem, præmis 50 og første led af domskonklusionen.

34. Domstolens begrundelse i disse to sager var, at fængsling kunne bringe virkeliggørelsen af direktivets mål i fare og kompromittere anvendelsen af de foranstaltninger, der er omhandlet i artikel 8, stk. 1, i direktiv 2008/115 og forsinke håndhævelsen af afgørelsen om tilbagesendelse [33].

35. Domstolen benyttede en bredere formulering i Achughbabian-dommen end i El Dridi-dommen: Den fastslog, at dette også gjorde sig gældende for *vedtagelsen* af en afgørelse om tilbagesendelse. Domstolen fastslog, at »den forpligtelse, som medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 8 er pålagt til at foretage udsendelse i de tilfælde, der er omhandlet i artiklens stk. 1, skal opfyldes hurtigst muligt. Dette er åbenbart ikke tilfældet, når den omhandlede medlemsstat efter at have konstateret tredjelandsstatsborgerens ulovlige ophold indleder fuldbyrdelsen af afgørelsen om tilbagesendelse *eller endog inden selve vedtagelsen af denne* [34] indleder strafforfølgning, der i givet fald følges af en fængselsstraf [35].

36. Denne udvikling fra El Dridi-dommen til Achughbabian-dommen er bemærkelsesværdig, og jeg vil komme tilbage til den nedenfor [36].

37. Det er endvidere interessant og ikke klart for mig, hvorfor Domstolen i sin begrundelse og i det første led af domskonklusionen ikke henviser til artikel 15 og 16 i direktiv 2008/115, som den gjorde i El Dridi-dommen [37]. Jeg vil også komme tilbage til dette punkt nedenfor [38].

38. I Sagor-dommen bekræftede Domstolen, at pålæggelse og fuldbyrdelse af en sanktion i form af husarrest under en tilbagesendelsesprocedure kan »forsinke, og dermed hindre, de foranstaltninger – såsom tilbageførsel til grænsen og tvangsmæssig tilbagesendelse med fly – som medvirker til at gennemføre udsendelsen« [39].

39. Achughbabian-dommen [40] sluttede dog ikke med den udtalelse, der er citeret ovenfor. Selv om der ikke var nogen sammenhæng med omstændighederne i hovedsagen, fastslog Domstolen videre, at direktiv 2008/115 ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter ulovligt ophold straffes med strafferetlige sanktioner, for så vidt som denne lovgivning »tillader fængsling af en tredjelandsstatsborger, med hensyn til hvilken den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i [direktiv 2008/115], er blevet anvendt, og som opholder sig ulovligt på medlemsstatens område uden gyldig begrundelse for den manglende tilbagevenden« [41].

33 — Jf. domme El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 59) og Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 45). En række forfattere har påpeget et vist paradoks i forbindelse med denne begrundelse. Jf. eksempelvis Spitaleri, F., *Il rimpatrio dell'imigrato in condizione irregolare: il difficile equilibro tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione europea*, i: S. Amadeo (ed.), Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa, Torino, 2015 (i trykken), s. 17: »ricostruzioni abbastanza paradossli«; Leboeuf, L., *La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt* El Dridi, i: Revue du droit des étrangers, 2011, s. 181-191, på s. 191: »Paradoxalement, l'objectif de gestion efficace des flux migratoires permet à la Cour de justice de s'opposer à la pénalisation du séjour irrégulier«. Andre kan endda se en vis kynisme, jf. Kauff-Gazin, F., *La directive »retour« au secours des étrangers?: de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011*, i: Europe nr. 6, juni 2011, s. 1-13, på s. 12: »Cet argumentaire suscite la critique à la fois par son cynisme et par son manque d'audace«. Et sådant paradoks kan efter min mening ses, hvis man fokuserer på de berørte personers formodede interesser i stedet for på de retlige forpligtelser, som medlemsstaterne pålægges i medfør af direktivet. De eneste interesser for de berørte personer, som beskyttes ved direktivet, er deres grundlæggende rettigheder gennem hele proceduren, idet proportionalitetsprincippet skal overholdes.

34 — Min fremhævelse.

35 — Jf. dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 45).

36 — I punkt 51 i dette forslag til afgørelse.

37 — Dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268). Domstolen henviser dog efterfølgende i sin begrundelse i dom Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, præmis 36) og i kendelse Mbaye (C-522/11, EU:C:2013:190, præmis 28) igen til artikel 15 og 16 i direktiv 2008/115.

38 — I punkt 60 i dette forslag til afgørelse.

39 — Dom Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, præmis 45).

40 — Dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

41 — Ibidem, præmis 48 og 50 samt andet led af domskonklusionen. Selv om denne passage også er den del af domskonklusionen i sagen, er den efter min mening et klart obiter dictum, da den ikke har direkte sammenhæng med omstændighederne i den omhandlede sag og vedrører en hypotetisk situation.

40. Det bør igen understreges, at omstændighederne i både El Dridi-dommen [42] og Achughbabian-dommen [43] var af en sådan karakter, at de respektive tilbagesendelsesprocedurer ikke var blevet gennemført fuldt ud [44].

41. Med hensyn til strafforfølgning, som kan føre til en bødestraf, fastslog Domstolen efterfølgende i Sagor-dommen, at en sådan bøde ikke kan hindre den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i direktiv 2008/115 [45]. Den fastslog videre: »Pålæggelse af en bødestraf forhindrer nemlig på ingen måde, at der træffes afgørelse […], eller at denne gennemføres under fuld overholdelse af de betingelser, der opregnet i artikel 6-8 i direktiv 2008/115, ligesom en sådan pålæggelse ikke gør indgreb i de fælles standarder på området for frihedsberøvelse, der er opregnet i direktivets artikel 15 og 16« [46].

42. Anvendelsen af udtrykket »træffes« [47] er sigende, fordi det viser, at forpligtelsen til at træffe (dvs. udstede) en afgørelse om tilbagesendelse er permanent. Det viser også, at det i realiteten er kunstigt at sondre mellem igangværende og ikke-igangværende tilbagesendelsesprocedurer. Selv om en tilbagesendelsesprocedure ikke er igangværende, og kravene i artikel 6 er opfyldt, skal den indledes.

Fængsling som følge af genindrejse

43. Jeg vil nu vende tilbage til nærværende sag.

44. Den forelæggende ret har fastslået, at Skerdjan Celaj opholder sig ulovligt på Italiens område. I medfør af artikel 2, stk. 1, i direktiv 2008/115 finder direktivet derfor anvendelse. Ingen af undtagelserne i artikel 2, stk. 2 og 3, finder anvendelse. Der er navnlig intet, der viser, at Skerdjan Celaj er genstand for nægtelse af indrejse i medfør af artikel 13 i Schengengrænsekodeksen [48].

45. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt de italienske myndigheder i nærværende sag kan pålægge Skerdjan Celaj en fængselsstraf.

46. Den italienske, tjekkiske, tyske, græske, norske og schweiziske regering mener ligesom Kommissionen, at det er muligt. De finder, at omstændighederne i nærværende sag adskiller sig fra omstændighederne i El Dridi-dommen og Achughbabian-dommen. Selv om deres argumenter varierer på visse punkter, mener de, at der skal sondres mellem en tredjelandsstatsborger, som indrejser i en medlemsstats område første gang, og en tredjelandsstatsborger, som foretager genindrejse efter gennemførelsen af en tilbagesendelsesprocedure. I den første situation har en medlemsstat ikke andre muligheder end at anvende direktiv 2008/115, mens en medlemsstat i den anden situation kan pålægge tredjelandsstatsborgeren en fængselsstraf med henblik på at afskrække vedkommende fra ulovlig genindrejse i området.

47. Den forelæggende ret finder omvendt, at det er irrelevant at bedømme de begrebsmæssige og strukturelle forskelle mellem de situationer, hvori tredjelandsstatsborgeren kan befinde sig afhængigt af, om vedkommendes ophold på medlemsstatens område følger af ulovlig indrejse eller ulovlig genindrejse efter en tidligere afgørelse om tilbagesendelse.

42 — Dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

43 — Dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

44 — Dette påpeges også af Piccichè, F., *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato alla luce della Direttiva 2008/115/CE*, i: Rivista penale 7-8-2012, s. 712-715, på s. 715.

45 — Dom Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, præmis 36).

46 — Dom Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, præmis 36).

47 — [Vedrører udelukkende den engelske sprogudgave af dette forslag til afgørelse].

48 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 af 15.3.2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengen-grænsekodeks) (EUT L 105, s. 1).

48. Jeg er enig med den forelæggende ret, og jeg vil fremhæve over for Domstolen, at en sådan tilgang er i fuld overensstemmelse med dens hidtidige praksis.

49. Direktiv 2008/115 sigter, som det udtrykkeligt og entydigt er anført i direktivets artikel 1, mod at sende tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold tilbage. Medlemsstaterne har altid pligt til at indlede en tilbagesendelsesprocedure ved at udstede en afgørelse om tilbagesendelse og derefter følge denne procedure under iagttagelse af proportionalitetsprincippet.

50. I direktivet foretages der med god grund ingen sondring med hensyn til det antal gange, en tredjelandsstatsborger forsøger at rejse ind i et medlemsstats område: Spørgsmål vedrørende ulovlig indrejse er først og fremmest omfattet af EU's bestemmelser om indrejse, eksempelvis Schengengrænsekodeksen. Når en tredjelandsstatsborger befinder sig i en medlemsstats område, og det er blevet fastslået, at han opholder sig der ulovligt, skal han imidlertid sendes tilbage [49]. De forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i medfør af artikel 6 ff., i direktiv 2008/115, er varige og kontinuerlige, og de finder anvendelse uden afbrydelse i den forstand, at de opstår automatisk, så snart betingelserne i disse artikler er opfyldt. Hvis en medlemsstat, når det er blevet fastslået, at en tredjelandsstatsborger opholder sig ulovligt på dens område, ikke træffer en afgørelse om tilbagesendelse, men i stedet udvirker, at den pågældende fængsles, er det i realiteten en tilsidesættelse af medlemsstatens forpligtelser i henhold til direktivet.

51. Domstolen er øjensynligt bekendt med dette, som det fremgår af dens begrundelse i Achughbabian-dommen [50], hvor det anføres, at en strafferetlig sanktion ikke må pålægges forud for vedtagelsen af en afgørelse om tilbagesendelse.

52. Fængsling af en tredjelandsstatsborger af andre grunde end dem, der er omhandlet i direktivet, udgør i realiteten en ensidig midlertidig suspension af direktivet fra den berørte medlemsstats side. Jeg mener ikke, at der er mulighed for en sådan suspension af direktivet.

Indrejseforbud

53. Hvordan skal eksistensen af et indrejseforbud vurderes i denne forbindelse?

54. Der er kun begrænset retspraksis på dette område, og den er ikke til megen hjælp for nærværende sag [51].

55. Et indrejseforbud defineres i direktivet som en administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt, som forbyder indrejse i og ophold på en medlemsstats område i en nærmere angivet periode [52]. Som det fremgår af artikel 11 i direktiv 2008/115 ledsager et indrejseforbud en afgørelse om tilbagesendelse. Det er derfor blot et accessorium til en afgørelse om tilbagesendelse [53].

49 — Jf. dog naturligvis de undtagelser, der er nævnt i artikel 6, stk. 2-5, i direktiv 2008/115.

50 — Jf. dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 45), nævnt ovenfor i punkt 34 i dette forslag til afgørelse.

51 — De spørgsmål, som Domstolen er blevet forelagt indtil videre, har omhandlet begrænsning af varigheden af et indrejseforbud og gennemførelsesdatoen for direktivet (jf. dom Filev og Osmani, C-297/12, EU:C:2013:569).

52 — Jf. artikel 3, stk. 6, i direktiv 2008/115. Det bemærkes, at dette kun omfatter de medlemsstater, der deltager i Schengen-systemet, jf. også 25. og 26. betragtning til direktiv 2008/115.

53 — Jf. også Martucci, F., *La directive »retour«: la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes*, i: Revue trimestrielle du droit européen, 2009, s. 47-67, på s. 50.

56. Direktiv 2008/115 vedrører som anført ovenfor tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold. Spørgsmål vedrørende ulovlig indrejse er først og fremmest omfattet af Schengen-reglerne [54] og navnlig Schengen-grænsekodeksen [55]. Selv om Unionens indrejse- og tilbagesendelsespolitikker hænger uløseligt sammen, skal det erindres, at de er underlagt særskilte retsakter. Det understreges også af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2008/115, hvorefter medlemsstater kan beslutte ikke at anvende direktivet på tredjelandsstatsborgere, som er genstand for nægtelse af indrejse i medfør af artikel 13 i Schengen-grænsekodeksen. Det understreges videre af det forhold, at det kun er en betragtning [56] til direktiv 2008/115 og ikke en præskriptiv bestemmelse, som opfordrer medlemsstaterne til at have hurtig adgang til oplysninger om andre medlemsstaters afgørelser om indrejseforbud, og som anfører, at denne udveksling af oplysninger bør finde sted i overensstemmelse med SIS II-forordningen [57].

57. Det overordnede formål med direktiv 2008/115 er ikke at forhindre ulovligt ophold, men at bringe ulovligt ophold til ophør [58]. I medfør af den accessoriske karakter af et indrejseforbud må foranstaltninger, der straffer manglende overholdelse, ikke bringe dette overordnede mål i fare. Frihedsberøvelse eller fængsling med henblik på at håndhæve et indrejseforbud må med andre ord ikke bringe en fremtidig tilbagesendelsesprocedure i fare.

58. Dette betyder ikke, at eksistensen af et indrejseforbud ikke tjener noget formål set fra medlemsstatens side: Ved at forhindre, at en person lovligt genindrejser i medlemsstatens område i fremtiden, kan det afskrække en tredjelandsstatsborger fra ulovligt at rejse ind i det pågældende område. Direktivet giver således i sig selv medlemsstaterne mulighed for at afskrække tredjelandsstatsborgere fra ulovligt at genindrejse i deres område.

59. Når en tredjelandsstatsborger (ulovligt) er (gen)indrejst i en medlemsstats område, finder de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i medfør af direktivet, imidlertid anvendelse.

Afsluttende betragtninger

60. Uanset hvordan det anskues, vil fængsling af en person i sidste ende forsinke en fremtidig tilbagesendelse. Den simple påstand, at direktiv 2008/115 ikke er til hinder for, at en medlemsstats lovgivning kvalificerer ulovligt ophold som en lovovertrædelse og foreskriver strafferetlige sanktioner for at afskrække fra og bekæmpe, at der begås en sådan overtrædelse af de nationale regler om ophold [59], skal ses i denne sammenhæng. Frihedsberøvelse eller fængsling bør derfor begrænses til frihedsberøvelse på grund af strafferetlige forseelser, der ikke vedrører ulovligheden af et ophold [60], frihedsberøvelse i de administrative situationer, der er omhandlet i direktivets kapitel IV, og

54 — For en kortfattet oversigt, se forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston i sag Zh. og O (C-554/13, EU:C:2015:94, punkt 3 ff.). Jf. også Peers, S., EU Justice and Home Affairs Law, 3rd ed., Oxford, OUP 2011, s. 136 ff.

55 — I denne kodeks anføres de kategorier af personer, der skal nægtes indrejse, og grænsevagter pålægges en pligt til at forhindre tredjelandsstatsborgeres ulovlige indrejse (jf. artikel 13 i kodeksen). Det påpeges videre, at der med denne kodeks flere gange henvises til såkaldte »SIS-underretninger« (SIS = Schengeninformationssystemet). Det retlige forhold mellem nægtelse af indrejse i forlængelse af en sådan underretning og et indrejseforbud efter direktiv 2008/115 er ikke særligt klart, jf. også Boeles, P., Entry Bans and SIS-alerts, i: K. Zwaan (ed), The Returns Directive: central themes, problem issues and implementation in selected Member States, WLP, Nijmegen, 2011, s. 39-45, på s. 44.

56 — Jf. 18. betragtning til direktiv 2008/115.

57 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1987/2006 af 20.12.2006 om oprettelse, drift og brug af anden generation af Schengen-informationssystemet (SIS II) (EUT L 381, s. 4).

58 — Jf. også Brunessen, B., *La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau*, i: Revue des affaires européennes, 2011/4, s. 845-858, på s. 854.

59 — Jf. dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 28).

60 — Sådanne forseelser er naturligvis uden for direktivets anvendelsesområde.

frihedsberøvelse med henblik på at afgøre, om et ophold er ulovligt [61]. Bestemmelserne i kapitel IV er udtømmende med hensyn til frihedsberøvelse eller fængsling i forbindelse med et ophold, når det er fastlagt, at opholdet er ulovligt. Derfor er virkningen af disse bestemmelser, navnlig artikel 15 og 16 i direktivet, i andre tilfælde af frihedsberøvelse eller fængsling ikke i overensstemmelse med direktivet.

61. Jeg er fuldt ud opmærksom på, at min opfattelse af bestemmelserne i direktiv 2008/115 fører til en snævrere fortolkning af andet led af konklusionen i Achughbabian-dommen [62] . Det er dog den eneste fortolkning, der kan forenes med det pågældende direktivs bestemmelser [63]. Som jeg læser andet led af konklusionen i Achughbabian-dommen, omhandler det kun situationer, hvor en tilbagesendelsesprocedure er blevet gennemført forgæves, og den omhandlede person *stadig* opholder sig ulovligt på den pågældende medlemsstats område uden gyldig begrundelse for den manglende tilbagevenden [64].

62. Endelig henledes opmærksomheden på Domstolens faste praksis, hvorefter en national ret inden for rammerne af sin kompetence skal anvende bestemmelserne i EU-retten og sikre den fulde virkning heraf og skal undlade at anvende enhver national bestemmelse, som er i strid med, hvad der følger af direktiv 2008/115 [65]. Den forelæggende ret skal derfor undlade at anvende artikel 13, stk. 13, i lovdekret nr. 286/1998, for så vidt som den foreskriver pålæggelse af en fængselsstraf for Skerdjan Celaj alene med den begrundelse, at han efter at være vendt tilbage til sit oprindelsesland er genindrejst i Italiens område.

Forslag til afgørelse

63. I lyset af alle de foregående betragtninger mener jeg, at Domstolen bør besvare anmodningen om en præjudiciel afgørelse Tribunale di Firenze (Italien) som følger:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16. december 2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold, navnlig artikel 15 og 16, skal fortolkes således, at det er til hinder for en medlemsstats lovgivning såsom den i hovedsagen omhandlede, hvorefter der foreskrives en fængselsstraf for en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold alene med den begrundelse, at han efter at være vendt tilbage til sit oprindelsesland i forbindelse med en tidligere tilbagesendelsesprocedure er genindrejst i den pågældende medlemsstats område.«

61 — Jf. dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 29). Jf. ligeledes Saadi mod Det Forenede Kongerige [GC], nr. 13229/03, § 65, 29.1.2008, med hensyn til artikel 5, stk. 1, litra f), første led, i EMRD.

62 — Dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

63 — Det er altid vanskeligere at afgøre det præcise anvendelsesområde for en domspræmis, når den ikke hænger direkte sammen med sagens omstændigheder.

64 — Hvis den pågældende person eksempelvis aktivt har forstyrret tilbagesendelsesproceduren med henblik på at undgå, at den kunne gennemføres, ved at forsvinde eller på anden måde og *stadig* opholder sig ulovligt på medlemsstatens område, kan denne medlemsstat udvirke, at vedkommende retsforfølges og pålægges en strafferetlig sanktion.

65 — Jf. dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 61 og den deri nævnte praksis).