Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 28 april 2015 [1]

Mål C-290/14

Skerdjan Celaj

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale di Firenze (Italien))

”Område med frihet, säkerhet och rättvisa — Direktiv 2008/115/EG — Återvändande av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat — Artiklarna 15 och 16 — Nationell lagstiftning enligt vilken en tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig kan dömas till fängelsestraff i händelse av återinresa — Förenlighet”

Inledning

1. ”Är det ett brott att vara utlänning? Vi anser inte det.”

2. Detta är de avslutande orden i en gemensam delvis skiljaktig mening av sex domare i Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) i det viktiga målet Saadi mot Förenade kungariket. [2]

3. I en liknande anda har Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter ansett att ”[e]nbart den omständigheten att någon är en illegal invandare … aldrig [bör] betraktas som en tillräcklig grund för att ta någon i förvar.” [3]

4. Frågan om åtal och straff för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat är föremål för en upphettad debatt. Ofta kan inte ens de organ vars bedömningar ska grundas på lagbestämmelser motstå frestelsen att dra in *rättspolitiska* frågor i sin argumentation, vilket jag ville illustrera med de båda uttalandena ovan.

5. Förevarande mål avser en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat efter återinresa till medlemsstaten i strid med ett inreseförbud, vilket utfärdats tillsammans med ett beslut om återvändande enligt direktiv 2008/115/EG. [4] Den fråga som domstolen har att avgöra är huruvida direktiv 2008/115 utgör hinder för att personen i fråga döms till fängelsestraff.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Se domarna Rozakis, Tulkens, Kovlers, Hajiyevs, Spielmanns och Hirveläs gemensamma delvis skiljaktiga mening i domen i målet Saadi mot Förenade kungariket (stora avdelningen), nr 13229/03, § 65, 29 januari 2008.

3 — Se *Detention of third-country nationals in return procedures*, rapport från Europeiska unionens byrå för de grundläggande rättigheterna, 2011, s. 19, vilken är tillgänglig på http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf. Detta uttalande avsåg enbart administrativt förvar, men jag anser att det i ännu högre grad bör gälla avseende straffrättsliga påföljder.

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

6. Jag föreslår [5] att domstolen ska finslipa och förtydliga den rättspraxis som fick sin början med domen i målet El Dridi [6] och fortsatte med domen i målet Achughbabian [7] och domen i målet Sagor [8], och att den därvid ska utgå från direktivets huvudsakliga syfte, vilket är återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i unionen. Domstolen bör slå fast att direktiv 2008/115 utgör hinder för denna straffrättsliga påföljd, inte på grund av politiska hänsyn av det slag som citeras ovan, utan för att direktiv 2008/115 ska kunna genomföras effektivt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

7. Syftet med direktiv 2008/115 anges på följande sätt i artikel 1 i direktivet, vilken har rubriken ”Syfte”:

”I detta direktiv föreskrivs gemensamma normer och förfaranden som ska tillämpas i medlemsstaterna för återvändande av tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig, i överensstämmelse med grundläggande rättigheter som allmänna principer för gemenskapsrätten och internationell rätt, inklusive flyktingskydd och förpliktelser i fråga om mänskliga rättigheter.”

8. Artikel 2 i direktiv 2008/115, vilken har rubriken ”Tillämpningsområde”, har följande lydelse:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium.

2. Medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa detta direktiv på tredjelandsmedborgare som

a) har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengengränserna eller som grips eller hejdas av de behöriga myndigheterna i samband med att de olagligen passerar en medlemsstats yttre gräns landvägen, sjövägen eller luftvägen och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten,

b) har ådömts att återvända som en straffrättslig påföljd, eller som en följd av en straffrättslig påföljd, i enlighet med den nationella lagstiftningen, eller som är föremål för utlämningsförfaranden.

…”

9. Artikel 3 i direktivet, vilken har rubriken ”Definitioner”, har följande lydelse:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

…

2. *olaglig vistelse*: vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för … att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten.

5 — Jag kommer härvid att göra mitt bästa för att fokusera på rättsliga argument som grundar sig på direktiv 2008/115 i stället för på politiska hänsyn såsom de som anges ovan i punkterna 1 och 3.

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. *återvändande*: en tredjelandsmedborgares återresa – oavsett om den sker frivilligt i överensstämmelse med en skyldighet att återvända eller med tvång – till

— ursprungslandet, eller

— ett transitland i enlighet med återtagandeavtal med gemenskapen eller bilaterala återtagandeavtal eller andra arrangemang, eller

— ett annat tredjeland till vilket den berörda tredjelandsmedborgaren frivilligt väljer att återvända och där han eller hon kommer att tas emot.

4. *beslut om återvändande*: ett administrativt eller rättsligt beslut enligt vilket en tredjelandsmedborgares vistelse är olaglig och som ålägger eller fastställer en skyldighet att återvända.

5. *avlägsnande*: verkställigheten av skyldigheten att återvända, det vill säga den faktiska transporten ut ur medlemsstaten.

6. *inreseförbud*: ett administrativt eller rättsligt beslut om förbud mot inresa och vistelse på medlemsstaternas territorium under en viss period, som åtföljer ett beslut om återvändande.

…”

10. Artikel 6.1 i direktiv 2008/115, vilken har rubriken ”Beslut om återvändande”, har följande lydelse:

”Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2–5 ska medlemsstaterna utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända.”

11. I artikel 8.1 i direktiv 2008/115 föreskrivs att ”[m]edlemsstaterna ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa beslutet om återvändande om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats i enlighet med artikel 7.4, eller om åläggandet att återvända inte har hörsammats inom den tid för frivilligt återvändande som beviljats i enlighet med artikel 7.”

12. Artikel 11 i samma direktiv, vilken har rubriken ”Inreseförbud”, har följande lydelse:

”1. Beslut om återvändande ska åtföljas av ett inreseförbud

a) om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats, eller

b) om åläggandet att återvända inte har hörsammats.

I andra fall får beslut om återvändande åtföljas av ett inreseförbud.

2. Inreseförbudets varaktighet ska fastställas med vederbörlig hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet och ska i princip inte överstiga fem år. Det får emellertid överstiga fem år om tredjelandsmedborgaren utgör ett allvarligt hot mot allmän ordning, allmän säkerhet eller nationell säkerhet.

3. Medlemsstaterna ska överväga att upphäva ett inreseförbud, eller besluta att det tills vidare inte ska gälla, om en tredjelandsmedborgare som är föremål för ett inreseförbud utfärdat i enlighet med punkt 1 andra stycket kan visa att han eller hon har lämnat en medlemsstats territorium i full överensstämmelse med ett beslut om återvändande.

Utan att det påverkar tillämpningen av punkt 1 första stycket b, ska beslut om inreseförbud inte fattas avseende offer för människohandel som har beviljats uppehållstillstånd i enlighet med rådets direktiv 2004/81/EG av den 29 april 2004 om uppehållstillstånd till tredjelandsmedborgare som har fallit offer för människohandel eller som har fått hjälp till olaglig invandring och vilka samarbetar med de behöriga myndigheterna,[9] förutsatt att den berörda tredjelandsmedborgaren inte utgör något hot mot allmän ordning, allmän säkerhet eller nationell säkerhet.

Medlemsstaterna får i enskilda fall av humanitära skäl avstå från att utfärda eller upphäva ett inreseförbud, eller besluta att det tills vidare inte ska gälla.

Medlemsstaterna får i enskilda fall eller i vissa kategorier av fall av andra skäl återkalla ett inreseförbud, eller besluta att det tills vidare inte ska gälla.

4. När en medlemsstat överväger att utfärda ett uppehållstillstånd eller något annat tillstånd som ger rätt att stanna i landet för en tredjelandsmedborgare för vilken ett inreseförbud har utfärdats av en annan medlemsstat, ska den först rådfråga den medlemsstat som utfärdat inreseförbudet och ta hänsyn till den statens intressen i enlighet med artikel 25 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet.[10]

5. Tillämpningen av punkterna 1–4 ska inte påverka rätten till internationellt skydd enligt definitionen i artikel 2 a i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet[11] i medlemsstaterna.”

13. Artikel 15.1 i direktiv 2008/115 har följande lydelse:

”1. Om inte andra tillräckliga, men mindre ingripande, åtgärder kan tillämpas verkningsfullt i det konkreta fallet, får medlemsstaterna endast hålla i förvar en tredjelandsmedborgare som är föremål för förfaranden för återvändande för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet, särskilt när

a) det finns risk för avvikande, eller

b) den berörda tredjelandsmedborgaren håller sig undan eller förhindrar förberedelserna inför återvändandet eller avlägsnandet.

Förvar ska vara under så kort tid som möjligt och får endast fortgå under den tid som förfarandena inför avlägsnandet pågår och genomförs med rimliga ansträngningar.”

Italiensk rätt

14. I artikel 13.13 i lagstiftningsdekret nr 286 av den 25 juli 1998 föreskrivs att ”en utländsk medborgare mot vilken ett beslut om avlägsnande har fattats får inte åter resa in i landet utan särskilt tillstånd utfärdat av inrikesministeriet. I händelse av en överträdelse ska den utländska medborgaren dömas till lägst ett och högst fyra års fängelse och ska utvisas och omedelbart avlägsnas från landet”.

9 — EUT L 261, s. 19.

10 — EGT L 239, s. 19.

11 — EUT L 304, s. 12.

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

15. Skerdjan Celaj, som är albansk medborgare, reste in i Italien vid okänt datum. Den 26 augusti 2011 greps han av de italienska myndigheterna för rånförsök, för vilket han dömdes till ett års fängelse (villkorlig dom) och böter på 400 euro. Domen vann laga kraft den 15 mars 2012.

16. Den 17 april 2012 fattade Prefetto di Firenze beslut om utvisning och Questore di Firenze fattade beslut om avlägsnande, vilket åtföljdes av ett förbud mot inresa till Italien under tre år. Prefetto di Firenze angav i sitt beslut att möjligheten till frivillig avresa måste uteslutas, eftersom omständigheterna i fallet krävde att Skerdjan Celaj omedelbart avlägsnades. Han hade de facto inte begärt att beviljas en tidsfrist för frivillig avresa och det fanns en risk för att han skulle avvika, eftersom det inte fanns några handlingar som visade att han hade någonstans att bo.

17. Eftersom det inte fanns något flygbolag som kunde befordra Skerdjan Celaj och det var omöjligt att placera honom på en förvarsanläggning, skedde inte tvångsvis verkställighet av utvisningsbeslutet, utan Questore di Firenze ålade honom att lämna landet vid äventyr av att han annars skulle dömas till den påföljd som föreskrivs i lagen.

18. Skerdjan Celaj stannade därefter kvar i Italien. Han identifierades vid tre tillfällen på tre olika platser under perioden 27 juli 2012–30 augusti 2012 och vid dessa tre tillfällen gjordes anmälan mot honom för olaglig invandring och narkotikaodling.

19. Den 4 september 2012 infann sig Skerdjan Celaj på eget initiativ på gränspolisens kontor i Brindisi och lämnade frivilligt landet.

20. Senare reste Skerdjan Celaj åter in i Italien. Den 14 februari 2014 greps han för överträdelse av artikel 13.13 i lagstiftningsdekret nr 286 från 1998 av karabinjärerna i San Piero a Sieve när dessa genomförde kontroller på den lokala järnvägsstationen.

21. Allmänna åklagaren väckte åtal mot honom vid Tribunale di Firenze (domstol i första instans i Florens) och yrkade att han skulle dömas till åtta månaders fängelse på grundval av artikel 13.13 i lagstiftningsdekret nr 286 från 1998.

22. I ovannämnda brottmål har Tribunale di Firenze genom beslut av den 22 maj 2014, vilket inkom till domstolen den 12 juni 2014, ställt följande fråga till domstolen för förhandsavgörande:

”Utgör bestämmelserna i direktiv 2008/115 hinder för nationella bestämmelser i medlemsstaterna som föreskriver fängelsestraff på upp till fyra år för en tredjelandsmedborgare som – efter det att vederbörande har blivit föremål för beslut om återvändande, dock inte som en straffrättslig påföljd eller till följd av en straffrättslig påföljd – åter har rest in i landet i strid med ett lagenligt återreseförbud, utan att de tvångsmedel som avses i artikel 8 i direktiv 2008/115 dessförinnan har använts mot vederbörande i syfte att genomföra ett snabbt och effektivt avlägsnande av honom eller henne?

23. Den tjeckiska, den tyska, den grekiska, den italienska, den norska och den schweiziska regeringen samt Europeiska kommissionen har kommit in med skriftliga yttranden.

Bedömning

24. Än en gång har domstolen anmodats att uttala sig om huruvida en nationell straffrättslig påföljd är förenlig med bestämmelserna i direktiv 2008/115. Denna gång utgörs den nationella straffrättsliga påföljden av ett fängelsestraff som ska utdömas för en tredjelandsmedborgare enbart på den grunden att han, efter att ha återvänt från en medlemsstat till sitt ursprungsland inom ramen för ett tidigare återvändandeförfarande, åter har rest in i den berörda medlemsstaten.

25. Domstolen har upprepade gånger slagit fast att även om strafflagstiftningen och de straffprocessuella bestämmelserna i princip omfattas av medlemsstaternas behörighet, och även om varken direktiv 2008/115 eller dess rättsliga grund [12] utesluter medlemsstaternas behörighet på straffrättsområdet vad gäller olaglig invandring och olaglig vistelse i landet, får medlemsstaterna inte tillämpa straffrättslig lagstiftning som kan äventyra fullgörandet av målen med direktiv 2008/115 och därmed frånta direktivet dess ändamålsenliga verkan. [13]

26. Innan jag går in på den nationella lagstiftning som är tillämplig i det nationella målet vill jag med avseende på förevarande mål kortfattat erinra om det system som inrättats genom direktiv 2008/115 och domstolens rättspraxis avseende straffrättsliga påföljder i samband med detta direktiv.

Det system för återvändande, avlägsnande och förvar som föreskrivs i direktiv 2008/115

27. Det återvändandeförfarande som fastställs i direktiv 2008/115 har redan ingående beskrivits av domstolen i olika mål som den har haft att avgöra. [14] Jag kan därför fatta mig kort i detta avseende och begränsa mig till de delar som är avgörande i förevarande mål.

28. Syftet med direktiv 2008/115 är, enligt vad som anges i skäl 2 i direktivet, att upprätta en effektiv politik för avlägsnande och återsändande som grundar sig på gemensamma standarder för personers återsändande på ett humant sätt och med fullständig respekt för deras mänskliga rättigheter och värdighet. [15] För att uppnå detta fastställs i direktivet ett återvändandeförfarande som är centrerat kring och inleds med ett beslut om återvändande, vilket medlemsstaterna enligt artikel 6.1 i direktiv 2008/115 är skyldiga [16] att utfärda avseende tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium. [17] Detta är den centrala bestämmelsen i direktivet. [18]

29. Vid återvändandeförfarandet ska proportionalitetsprincipen iakttas [19] och därför kan avlägsnande, det vill säga verkställighet av ett beslut om återvändande genom faktisk transport ut ur medlemsstaten, [20] som regel tillämpas endast om frivillig avresa inte är möjlig eller inte har skett [21] och förvar kan användas endast som en sista utväg om det är strikt nödvändigt och endast i väntan på

12 — Artikel 63.3 b EG, som återges i artikel 79.2 c FEUF. Beträffande lagstiftningsförfarandet, se mitt ställningstagande i målet Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 45 och fotnot 12).

13 — Se, särskilt, dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 33).

14 — Se, exempelvis, dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 34 och följande punkter).

15 — För närmare uppgifter om inspirationskällorna till direktivet, såsom rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna och de ”20 principer för påtvingat återvändande” som Europarådets ministerkommitté antog den 4 maj 2005, se mitt ställningstagande i målet Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 45).

16 — Se domen Achughbabian (C–329/11, EU:C:2011:807, punkt 31). I den engelska versionen av direktivet används det föreskrivande *shall*. Beträffande den bindande karaktären hos artikel 6 i direktiv 2008/115, se även Slama, S., ”La transposition de la directive ‘aretour’: vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers?”, L. Dubin, *La légalité de la lutte contre l’immigration irrégulière par l’Union européenne*, Bruylant 2012, s. 289–345, se s. 330.

17 — Denna skyldighet påverkar inte de undantag som anges i punkterna 2–5 i samma artikel. Enligt artikel 6.6 får medlemsstaterna dessutom anta beslut om att avsluta en laglig vistelse tillsammans med ett beslut om återvändande.

18 — Se även Hörich, D., ”Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme”, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2011, s. 281–286, se s. 283.

19 — Se skälen 13 och 16 i direktiv 2008/115. Se även dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 41).

20 — Artiklarna 3.5 och 8 i direktiv 2008/115.

21 — Se artikel 7 i direktiv 2008/115.

avlägsnande.[22] Bestämmelserna om förvar grundar sig på att ett frihetsberövande är berättigat endast för att förfarandena för återvändande och avlägsnande ska kunna genomföras och att det, om nämnda förfaranden inte genomförs med erforderliga ansträngningar, inte längre är berättigat att hålla en person i förvar enligt dessa bestämmelser.[23] Som jag tidigare har betonat i mitt ställningstagande i målet Mahdi[24] är förvar inför avlägsnande inte en bestraffning och har inte en straffrättslig karaktär och utgör inte heller en fängelsedom.[25] Vidare ska artikel 15.1 i direktiv 2008/115 tolkas restriktivt, eftersom förvar är en frihetsberövande åtgärd och således utgör ett undantag från den grundläggande rättigheten till personlig frihet.[26]

Förvar eller fängelsestraff i andra situationer än de som anges i direktiv 2008/115

30. Själva direktivet innehåller inga bestämmelser om medlemsstaternas möjlighet att använda sig av förvar eller fängelse som en straffrättslig påföljd i samband med en olaglig vistelse. För mig är det klart varför det är så: det finns inget utrymme för en sådan påföljd, om direktivets syfte är att möjliggöra ett smidigt återvändande för tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig. Ett förvarstagande eller fängelsestraff som inte föreskrivs som en del av återvändandeförfarandet försenar oundvikligen förfarandet.

31. Som bekant och som jag redan nämnde ovan i inledningen finns det också rättspraxis från domstolen i denna fråga. Domstolen har dock inte i något mål hittills, utifrån omständigheterna i det nationella målet, funnit att förvar eller fängelse som en straffrättslig påföljd är förenligt med direktiv 2008/115.

Rättspraxis hittills: från målet El Dridi via målet Achughbabian till målet Sagor

32. I målet El Dridi[27] hade domstolen anmodats att bedöma huruvida direktiv 2008/115 utgjorde hinder för nationell lagstiftning, såsom den italienska lagstiftning som var i fråga i det nationella målet,[28] enligt vilken en tredjelandsmedborgare som vistades olagligt i Italien skulle dömas till fängelse enbart på den grunden att denne utan berättigade skäl hade kvarstannat i landet i strid mot en order att lämna landet inom viss tid. Domstolen slog fast att direktiv 2008/115, särskilt artiklarna 15 och 16, utgjorde hinder för sådan lagstiftning.[29]

33. I målet Achughbabian[30] hade domstolen ännu en gång anmodats att avgöra huruvida direktiv 2008/115 utgjorde hinder för nationell lagstiftning, såsom den franska lagstiftning som avsågs i det nationella målet,[31] enligt vilken en tredjelandsmedborgare kunde dömas till fängelsestraff enbart med anledning av att dennes inresa till eller vistelse i Frankrike var olaglig. Återigen slog domstolen fast att direktivet utgjorde hinder för sådan lagstiftning ”i den mån som en tredjelandsmedborgare som uppehåller sig olagligt i en medlemsstat och inte är beredd att lämna territoriet frivilligt, kan

22 — Se kapitel IV: Förvar inför avlägsnande, artiklarna 15–18 i direktiv 2008/115.

23 — Se närmare mitt ställningstagande i målet Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkterna 46–55).

24 — C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936.

25 — Ibidem, punkt 47, samt generaladvokaten Bots förslag till avgörande i målet Bero och Bouzalmate (C-473/13 och C-514/13, EU:C:2014:295, punkt 91), generaladvokaten Mazáks ställningstagande i målet El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205, punkt 35) och generaladvokaten Wathelets ställningstagande i målet G. och R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553, punkt 54).

26 — Se mitt ställningstagande i målet Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 47) och generaladvokaten Mazáks ställningstagande i målet Kadzoev (C-357/09 PPU, EU:C:2009:691, punkt 70). Europadomstolen har gjort samma konstaterande med avseende på artikel 5.1 f i Europakonventionen (se, exempelvis, dom av den 22 mars 1995 i målet Quinn mot Frankrike, Serie A nr 311, § 42, och dom av den 12 oktober 2006 i målet Kaya mot Rumänien, nr 33970/05, § 16).

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

28 — Det rörde sig om samma dekret som i förevarande mål, men andra bestämmelser.

29 — Ibidem, punkt 62 och domslutet.

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

31 — En artikel i den franska lagen om utlänningars inresa och vistelse samt rätt till asyl (code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile) (Ceseda).

dömas till fängelse, när inga sådana tvångsmedel som avses i artikel 8 i direktivet har använts mot honom eller henne och, för det fall han eller hon hålls i förvar för att förbereda eller genomföra avlägsnandet, maxtiden för hållande i förvar inte har löpt ut”. [32] Alexandre Achughbabians situation i det nationella målet föll inom denna kategori.

34. Enligt domstolens resonemang i de båda ovannämnda målen riskerar ett fängelsestraff att äventyra fullgörandet av målet med direktivet och det kan hindra tillämpningen av de åtgärder som avses i artikel 8.1 i direktiv 2008/115 och försena verkställigheten av återvändandebeslutet. [33]

35. Domstolen använde en vidare formulering i domen Achughbabian än i domen El Dridi. Den specificerade att detta konstaterande även gällde *antagandet* av ett återvändandebeslut. Domstolen konstaterade att ”den skyldighet som medlemsstaterna har enligt artikel 8 i direktivet, att i de fall som anges i punkt 1 i artikeln avlägsna personen i fråga, ska fullgöras snarast möjligt. Det är uppenbart att det inte skulle vara fallet om den berörda medlemsstaten efter att ha konstaterat att en tredjelandsmedborgare uppehöll sig olagligt i landet lät verkställigheten av återvändandebeslutet – *eller till och med själva antagandet av beslutet* [34] – föregås av åtal, i förekommande fall följt av ett fängelsestraff.” [35]

36. Denna utveckling från domen i målet El Dridi till domen i målet Achughbabian är värd att notera, och jag återkommer till den nedan. [36]

37. Det är även intressant att notera att domstolen – vilket jag inte kan se anledningen till – i sitt resonemang och i den första strecksatsen i domslutet inte hänvisade till artiklarna 15 och 16 i direktiv 2008/115, såsom den hade gjort i domen i målet El Dridi. [37] Även detta återkommer jag till nedan. [38]

38. I domen Sagor bekräftade domstolen att beslut om och verkställighet av husarrest under ett återvändandeförfarande kan ”försena och därigenom hindra sådana åtgärder för verkställighet av avlägsnandebeslutet som att utlänningen förs till gränsen eller tvångsåtersänds med flyg.” [39]

32 — Ibidem, punkt 50 och första strecksatsen i domslutet.

33 — Se dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 59) och dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 45). I doktrinen har ett antal författare ansett att det finns en viss paradox i detta resonemang. Se, exempelvis, Spitaleri, F., ”Il rimpatrio dell’immigrato in condizione irregolare: il difficile equilibro tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell’Unione europea”, S. Amadeo (red.), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Torino, 2015 (ännu inte utgiven), 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”, *Revue du droit des étrangers*, 2011, s. 181–191, se 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”. Andra finner till och med resonemanget ganska cyniskt, se Kauff-Gazin, F., ”La directive àretour’ au secours des étrangers?: de quelques ambiguïtés de l’affaire El Dridi du 28 avril 2011”, *Europe* nr 6, juni 2011, s. 1–13, se s. 12: ”Cet argumentaire suscite la critique à la fois par son cynisme et par son manque d’audace”. Enligt min mening kan en sådan paradox märkas, om man sätter fokus på de berörda personernas förmodade intressen i stället för på medlemsstaternas rättsliga skyldigheter enligt direktivet. De berörda personernas enda intresse som skyddas av direktivet utgörs emellertid av det grundläggande skydd som föreskrivs under hela förfarandet i enlighet med proportionalitetsprincipen.

34 — Min kursivering.

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

36 — Punkt 51 i detta förslag.

37 — Dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268). I den senare domen i målet Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, punkt 36) och återigen i beslutet i målet Mbaye (C-522/11, EU:C:2013:190, punkt 28) hänvisade emellertid domstolen i sitt resonemang till artiklarna 15 och 16 i direktiv 2008/115.

38 — Punkt 60 i detta förslag.

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

39. Men domen i målet Achughbabian [40] avslutades inte med detta konstaterande. Domstolen konstaterade vidare, trots att det inte fanns någon koppling till omständigheterna i det nationella målet, att direktiv 2008/115 inte utgör hinder för att medlemsstaterna i lagstiftning föreskriver straffrättsliga påföljder för olagliga vistelser, i den mån denna lagstiftning ”tillåter att fängelsestraff döms ut för en tredjelandsmedborgare på vilken återvändandeförfarandet enligt [direktiv 2008/115] har tillämpats och som uppehåller sig på nämnda territorium olagligen utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända.” [41]

40. Det bör än en gång betonas att omständigheterna i målet El Dridi [42], såväl som i målet Achughbabian [43], var sådana att respektive återvändandeförfarande *inte* hade följts fullt ut. [44]

41. Senare konstaterade domstolen, i domen Sagor, avseende ett brottmål som hade lett till ett bötesstraff, att ett bötesstraff inte utgör hinder för förfarandet för återvändande enligt direktiv 2008/115. [45] Domstolen konstaterade vidare att ”ett beslut om att ålägga böter utgör nämligen inte på något sätt hinder för att ett beslut om återvändande *antas* och verkställs, med iakttagande av de villkor som anges i artiklarna 6–8 i direktiv 2008/115. Ett beslut att ålägga böter har inte heller skadlig inverkan på de gemensamma normerna avseende frihetsberövande i artiklarna 15 och 16 i samma direktiv.” [46]

42. Användningen av ordet ”antas” [47] är talande, eftersom det visar att skyldigheten att anta (eller utfärda) ett återvändandebeslut är permanent. Det visar också att åtskillnaden beroende på om ett återvändandeförfarande pågår eller inte egentligen är konstlad. Även om ett återvändandeförfarande inte pågår men kraven i artikel 6 är uppfyllda bör ett sådant förfarande inledas.

Fängelsestraff till följd av återinresa

43. Låt oss återvända till förevarande mål.

44. Den hänskjutande domstolen har konstaterat att Skerdjan Celaj vistas olagligt i Italien. Enligt artikel 2.1 i direktiv 2008/115 är direktivet således tillämpligt. Inget av undantagen i artikel 2.2 eller 2.3 är tillämpliga. Framför allt finns det inget som tyder på att Skerdjan Celaj har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengengränserna. [48]

45. Frågan är således huruvida de italienska myndigheterna i förevarande fall kan döma Skerdjan Celaj till fängelse.

46. Den italienska, den tjeckiska, den tyska, den grekiska, den norska och den schweiziska regeringen samt kommissionen anser att detta är möjligt. De anser att omständigheterna i förevarande mål kan särskiljas från dem i målet El Dridi och målet Achughbabian. Även om deras argument skiljer sig åt i vissa detaljer, anser de att åtskillnad måste göras mellan en tredjelandsmedborgare som reser in till en

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

41 — Ibidem, punkterna 48 och 50 samt andra strecksatsen i domslutet. Även om detta stycke även återfinns i domslutet utgör det enligt min mening ett tydligt *obiter dictum*, eftersom det inte har någon koppling till omständigheterna i målet i fråga och avser en hypotetisk situation.

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

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

44 — Detta har också påpekats av Piccichè, F., ”Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato alla luce della Direttiva 2008/115/CE”, *Rivista penale* 7-8-2012, s. 712–715, se s. 715.

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

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

47 — [Avser endast den engelska versionen av detta förslag till avgörande]

48 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) (EUT L 105, s. 1).

medlemsstat för första gången och en som reser in på nytt efter det att ett återvändandeförfarande har genomförts. I den förstnämnda situationen har medlemsstaterna inget annat val än att tillämpa direktiv 2008/115, medan de i den andra situationen kan försöka få utdömt ett fängelsestraff för att avskräcka tredjelandsmedborgaren från att på nytt resa in i landet olagligt.

47. Den hänskjutande domstolen anser, å sin sida, att det är irrelevant med en värdering av de begreppsmässiga och strukturella skillnaderna mellan olika situationer som en utländsk medborgare kan befinna sig i beroende på om denne vistas i en medlemsstat till följd av olaglig inresa eller olaglig återinresa efter ett tidigare återvändandebeslut.

48. Jag delar detta synsätt och påminner domstolen om att detta synsätt är helt i linje med dess hittillsvarande praxis.

49. Syftet med direktiv 2008/115, vilket uttryckligen och otvetydigt anges i artikel 1 i direktivet, är att tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig ska återvända till ursprungslandet. Medlemsstaterna har alltid en skyldighet att inleda ett återvändandeförfarande genom att utfärda ett beslut om återvändande och därefter genomföra förfarandet med iakttagande av proportionalitetsprincipen.

50. I direktivet görs ingen åtskillnad beroende på hur många gånger en tredjelandsmedborgare försöker resa in i en medlemsstat, och till detta finns det ett gott skäl: frågor som rör olaglig inresa omfattas först och främst av EU:s lagstiftning om inresa, såsom kodexen om Schengengränserna. När en tredjelandsmedborgare väl befinner sig på en medlemsstats territorium och det har konstaterats att han vistas där olagligt, måste han emellertid återvända. [49] De skyldigheter som åligger medlemsstaterna enligt artikel 6 och följande artiklar i direktiv 2008/115 är orubbliga, fortlöpande och tillämpliga utan avbrott i den meningen att de uppkommer automatiskt så snart som villkoren i dessa artiklar är uppfyllda. Om en medlemsstat, när det väl har konstaterats att en tredjelandsmedborgare vistas olagligt i denna stat, inte skulle anta ett beslut om återvändande utan i stället skulle utdöma ett fängelsestraff för personen i fråga, skulle detta de facto innebära att den sköt upp fullgörandet av sina skyldigheter enligt direktivet.

51. Domstolen förefaller fullständigt medveten om detta, såsom det framgår av dess resonemang i domen Achughbabian, [50] i vilken den konstaterade att antagandet av ett återvändandebeslut inte heller bör föregås av en straffrättslig påföljd.

52. Att fängsla en tredjelandsmedborgare av andra skäl än de som anges i direktivet innebär de facto att den berörda medlemsstaten, unilateralt, tillfälligt skjuter upp genomförandet av direktivet. Jag påminner domstolen om att det inte finns något utrymme för att skjuta upp genomförandet av direktivet på detta sätt.

Inreseförbud

53. Hur ska förekomsten av ett inreseförbud bedömas i detta sammanhang?

54. Det finns knappt någon rättspraxis på området och den som finns ger liten vägledning i förevarande mål. [51]

49 — Detta påverkar naturligtvis inte undantagen i artikel 6.2–6.5 i direktiv 2008/115.

50 — Se dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 45), vilken nämnts i punkt 34 i detta förslag.

51 — De frågor som domstolen hittills har anmodats att besvara har rört begränsningen av ett inreseförbuds varaktighet och dagen för införlivande av direktivet, se dom Filev och Osmani (C-297/12, EU:C:2013:569).

55. I direktivet definieras ett inreseförbud som ett administrativt eller rättsligt beslut om förbud mot inresa och vistelse i medlemsstaterna under en viss period.[52] Såsom framgår av artikel 11 i direktiv 2008/115 åtföljer ett inreseförbud ett beslut om återvändande. Det är således endast accessoriskt i förhållande till ett beslut om återvändande.[53]

56. Direktiv 2008/115 rör, som har angetts ovan, återvändande av tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig. Frågor som rör inresa till Europeiska unionen omfattas först och främst av lagstiftningen i Schengenregelverket,[54] särskilt kodexen om Schengengränserna.[55] Även om unionens inrese- och återvändandepolitik är oupplösligen förbundna med varandra, bör man inte glömma bort att de regleras av separata rättsakter. Detta framgår också tydligt av artikel 2.2 a i direktivet, där det anges att medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa direktivet på tredjelandsmedborgare som har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengengränserna. Det framgår även av den omständigheten att det är i ett av skälen[56] i direktiv 2008/115, och inte i en av direktivets bestämmelser, som det anges att medlemsstaterna snabbt bör få tillgång till uppgifter om inreseförbud som utfärdats av andra medlemsstater och att detta informationsutbyte bör genomföras i enlighet med SIS II-förordningen.[57]

57. Det övergripande syftet med direktiv 2008/115 är inte att förhindra en olaglig vistelse, utan att avsluta den.[58] Med hänsyn till att ett inreseförbud är accessoriskt, får åtgärder som vidtas för att bestraffa underlåtenhet att iaktta ett inreseförbud inte äventyra direktivets övergripande syfte. Med andra ord får förvar eller fängelsestraff i syfte att verkställa ett inreseförbud inte äventyra ett framtida återvändandeförfarande.

58. Detta innebär inte på något sätt att ett inreseförbud inte tjänar något syfte ur medlemsstaternas synvinkel: genom att hindra en person från att i framtiden på laglig väg åter resa in i en medlemsstat kan förbudet avskräcka en tredjelandsmedborgare från att åter resa in i denna stat på olaglig väg. Direktivet ger således en medlemsstat möjlighet att avskräcka tredjelandsmedborgare från att åter resa in i denna stat på olaglig väg.

59. När en tredjelandsmedborgare väl (åter) har rest in i en medlemsstat (på olaglig väg) gäller emellertid de skyldigheter som åligger medlemsstaterna enligt direktivet.

52 — Se artikel 3.6 i direktiv 2008/115. Det bör påpekas att detta endast gäller de medlemsstater som deltar i Schengensystemet, se även skälen 25 och 26 i direktiv 2008/115.

53 — Se även Martucci, F., ”La directive ’retour’: la politique européenne d’immigration face à ses paradoxes”, *Revue trimestrielle du droit européen*, 2009, s. 47–67, se s. 50.

54 — För en kortfattad översikt, se generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet Zh. och O. (C-554/13, EU:C:2015:94, punkt 3 och följande punkter). Se även Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, tredje utgåvan, Oxford, OUP 2011, s. 136 och följande sidor.

55 — I denna kodex anges de kategorier av personer som ska nekas inresa och åläggs gränskontrolltjänstemännen en skyldighet att förhindra att tredjelandsmedborgare olagligen reser in i medlemsstaterna, se artikel 13 i kodexen. Det bör även påpekas att i denna kodex hänvisas ett antal gånger till registrering i SIS (SIS = Schengens informationssystem). Det rättsliga förhållandet mellan en nekad inresa till följd av sådan registrering och ett inreseförbud enligt direktiv 2008/115 är inte helt tydligt, se även Boeles, P., ”Entry Bans and SIS-alerts”, K. Zwaan (red.), *The Returns Directive: central themes, problem issues and implementation in selected Member States*, WLP, Nijmegen, 2011, s. 39–45, se s. 44.

56 — Se skäl 18 i direktiv 2008/115.

57 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1987/2006 av den 20 december 2006 om inrättande, drift och användning av andra generationen av Schengens informationssystem (SIS II) (EUT L 381, s. 4).

58 — Se även Brunessen, B., ”La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau”, *Revue des affaires européennes*, 2011/4, s. 845–858, se s. 854.

Avslutande överväganden

60. Hur man än ser på det försenar ett fängslande av en person dennes framtida återvändande. Det enkla konstaterandet att direktiv 2008/115 inte utgör något hinder för att i den nationella rätten i en medlemsstat kvalificera olaglig vistelse som ett brott och föreskriva straffrättsliga påföljder för att avskräcka och motverka sådana överträdelser av de nationella reglerna angående vistelse [59] ska ses i detta sammanhang. Förvar eller fängelsestraff bör därför begränsas till frihetsberövande för brott som inte har något samband med en vistelses olaglighet, [60] förvar i de administrativa situationer som regleras genom kapitel IV i direktivet och frihetsberövande i syfte att fastställa huruvida en vistelse är laglig eller olaglig. [61] Bestämmelserna i kapitel IV är uttömmande vad gäller förvar eller fängelsestraff kopplat till en vistelse som har konstaterats vara olaglig. Verkningarna av dessa bestämmelser, särskilt artiklarna 15 och 16 i direktivet, är därför att direktivet utgör hinder för förvar eller fängelsestraff i andra situationer.

61. Jag är fullständigt medveten om att min tolkning av bestämmelserna i direktiv 2008/115 leder till en restriktiv tolkning av den andra strecksatsen i domslutet i domen Achughbabian. [62] Men detta är den enda möjliga tolkning som är förenlig med bestämmelserna i direktivet. [63] Jag tolkar därför den andra strecksatsen i domslutet i domen Achughbabian så, att den endast avser situationer där ett återvändandeförfarande har genomförts utan framgång och personen i fråga *fortsätter* att vistas olagligt i den berörda medlemsstaten utan något giltigt skäl till att inte återvända. [64]

62. Det bör avslutningsvis erinras om EU-domstolens fasta praxis, enligt vilken en nationell domstol inom ramen för utövandet av sin behörighet måste tillämpa de unionsrättsliga bestämmelserna och säkerställa att de ges full verkan och måste avstå från att tillämpa bestämmelser i nationell rätt i den mån de strider mot bestämmelserna i direktiv 2008/115. [65] Den hänskjutande domstolen måste därför avstå från att tillämpa artikel 13.13 i lagstiftningsdekret nr 286/1998 i den mån Skerdjan Celaj ska dömas till fängelse enligt denna artikel enbart på den grunden att han åter har rest in i Italien efter att ha återvänt till sitt ursprungsland.

Förslag till avgörande

63. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar frågan från Tribunale di Firenze (Italien) på följande sätt:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna, särskilt artiklarna 15 och 16, ska tolkas så, att det utgör hinder för lagstiftning i en medlemsstat, såsom den lagstiftning som är i fråga i det nationella målet, enligt vilken en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten ska dömas till fängelse enbart på den grunden att denne åter har rest in i medlemsstaten efter att ha återvänt till sitt ursprungsland till följd av ett tidigare återvändandeförfarande.

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

60 — Sådana brott omfattas naturligtvis inte av direktivets tillämpningsområde.

61 — Se dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 29). Se likaså, när det gäller den första delen av artikel 5.1 f i Europakonventionen, dom Saadi mot Förenade kungariket (stora avdelningen), nr 13229/03, § 65, 29 januari 2008.

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

63 — Det är alltid svårare att avgöra ett domskäls exakta räckvidd när det inte har någon direkt förbindelse med omständigheterna i målet.

64 — Till exempel om personen i fråga genom att avvika eller på annat sätt aktivt har hindrat återvändandeförfarandet så att det inte kan genomföras och *fortsätter* att vistas olagligt i medlemsstaten, kan medlemsstaten se till att denna person åtalas och åläggs en straffrättslig påföljd.

65 — Se dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 61 och där angiven rättspraxis).