Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. SZPUNAR
представено на 2 февруари 2016 година [1]

Дело C-47/15

Sélina Affum, по съпруг Amissah
срещу
Préfet du Pas-de-Calais
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

(Преюдициално запитване, отправено от Cour de cassation (Франция)

„Пространство на свобода, сигурност и правосъдие — Директива 2008/115/ЕО — Връщане на незаконно пребиваващ гражданин на трета страна — Незаконно влизане — Транзитно преминаване — Наказание лишаване от свобода — Задържане"

I – **Въведение**

1. С понастоящем разглежданото преюдициално запитване, отправено от Касационен съд (Cour de cassation), Съдът отново е сезиран да се произнесе относно съвместимостта с Директива 2008/115/ЕО [2] на национална правна разпоредба, която допуска налагането на наказание лишаване от свобода на гражданин на трета страна само поради незаконното му пребиваване.

2. В сравнение с предходните дела във връзка с този въпрос [3] настоящото дело се отличава с две особености. Първо — то се отнася до гражданка на трета страна, влязла на територията на засегнатата държава членка единствено с цел транзитно преминаване през нея и задържана на излизане от тази държава членка. Поставя се въпросът дали става дума за престой от гледна точка на Директива 2008/115. Второ, въпросната държава членка не възнамерява да издаде решение за връщане по силата на член 6, параграф 1 от Директива 2008/115, а да предаде гражданката на властите на друга държава членка на основание на договореност, сключена преди влизането в сила на Директива 2008/115.

3. Настоящото дело е повод за Съда да припомни, че Директива 2008/115 се прилага по отношение на всеки незаконно пребиваващ гражданин на трета страна независимо от причината за незаконния му престой и от мястото на неговото задържане, както и че налагането на наказание лишаване от свобода на гражданин на трета страна е възможно само в точно определени случаи, които не са налице по настоящото дело.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 г. относно общите стандарти и процедури, приложими в държавите членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни (ОВ L 348, стр. 98).

3 — Вж. решения El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807) и Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Вж. и решение Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), в което, наред с друго, се разглежда наказанието домашен арест.

II – **Правна уредба**

A– *Правото на Съюза*

1. Директива 2008/115

4. Предметът на Директива 2008/115 е описан в член 1 от нея, както следва:

„Настоящата директива определя общите стандарти и процедури, които се прилагат в държавите членки по отношение на връщането на граждани на трети страни, които са в незаконен престой, в съответствие с основните права, които се явяват общи принципи на правото на Общността, както и на международното право, включително задълженията в областта на защитата на бежанците и правата на човека“.

5. Член 2 от Директива 2008/115, озаглавен „Приложно поле“, гласи:

„1. Настоящата директива се прилага по отношение на граждани на трети страни, които са в незаконен престой на територията на държава членка.

2. Държавите членки могат да решат да не прилагат настоящата директива за граждани на трети страни:

а) по отношение на които има отказ за влизане в съответствие с член 13 от Кодекса на шенгенските граници или които са задържани или засечени от компетентните органи във връзка с незаконно прекосяване по суша, море или въздух на външната граница на държава членка и които впоследствие не са получили разрешение или право на престой в тази държава членка;

б) които подлежат на връщане като наказателноправна санкция или като последствие от наказателноправна санкция съгласно националното законодателство или по отношение на които са образувани процедури за екстрадиция.

[…]“.

6. Член 3 от тази директива, озаглавен „Определения“, предвижда:

„По смисъла на настоящата директива:

[…]

2) „незаконен престой“ е всяко присъствие на територията на държава членка на гражданин на трета страна, който не отговаря или е престанал да отговаря на условията за влизане, изложени в член 5 от Кодекса на шенгенските граници, или на други условия за влизане, престой или пребиваване в тази държава членка;

3) „връщане“ е процесът на връщане на гражданин на трета страна — при доброволно или принудително изпълнение на задължение за връщане — в:

— неговата страна на произход, или

— страна на транзитно преминаване в съответствие със споразумения на Общността или двустранни споразумения за обратно приемане или други договорености, или

— трета страна, в която гражданинът на трета страна доброволно решава да се върне и в която ще бъде приет;

4) „решение за връщане“ е административно или съдебно решение или друг акт, което определя или обявява за незаконен престоя на гражданин на трета страна и налага или постановява задължение за връщане;

5) „извеждане“ е принудителното изпълнение на задължението за връщане и по-специално физическото транспортиране извън държавата членка;

[…]“.

7. Член 4 от Директивата, озаглавен „По-благоприятни разпоредби“, указва:

„1. Настоящата директива се прилага, без да се засягат по-благоприятните разпоредби на:

а) двустранните или многостранните споразумения между Общността или Общността и нейните държави членки, от една страна, и една или повече трети страни, от друга страна;

б) двустранните или многостранните споразумения между една или повече държави членки и една или повече трети страни.

[…]

4. По отношение на граждани на трети страни, които са изключени от приложното поле на настоящата директива, в съответствие с член 2, параграф 2, буква а) държавите членки:

а) гарантират, че отношението им и равнището на защита не са по-малко благоприятни от посочените в член 8, параграфи 4 и 5 (ограничения на използването на принудителни мерки), член 9, параграф 2, буква а) (отлагане на извеждането), член 14, параграф 1, букви б) и г) (спешни медицински грижи и отчитане на потребностите на уязвимите лица) и членове 16 и 17 (условия за задържане), както и

б) спазват принципа на забрана за връщане“.

8. Членове 6—8 от Директива 2008/115 гласят:

„*Член 6*

Решение за връщане

1. Държавите членки издават решение за връщане на всеки гражданин на трета страна, който е в незаконен престой на тяхна територия, без да се засягат изключенията, посочени в параграфи 2—5.

[…]

3. Държавата членка може да се въздържи от издаване на решение за връщане на гражданин на трета страна, който е в незаконен престой на нейна територия, ако засегнатият гражданин на трета страна бъде приет обратно от друга държава членка въз основа на двустранни споразумения или договорености, които са действащи към датата на влизане в сила на настоящата директива. В този случай държавата членка, която е приела обратно засегнатия гражданин на трета страна, прилага параграф 1.

[…]

Член 7

Доброволно напускане

1. В решението за връщане се предвижда подходящ срок за доброволно напускане с продължителност от седем до тридесет дни, без да се засягат изключенията, посочени в параграфи 2 и 4. […]

Член 8

Извеждане

1. Държавите членки предприемат всички необходими мерки, за да изпълнят принудително решението за връщане, ако не е бил предоставен срок за доброволно напускане съгласно член 7, параграф 4 или ако задължението за връщане не е било изпълнено в рамките на предоставения съгласно член 7 срок за доброволно напускане.

[…]“.

9. Член 15 от Директива 2008/115, озаглавен „Задържане“, предвижда следното:

„1. Освен ако в конкретния случай не могат да се приложат ефективно други достатъчни, но по-леки принудителни мерки, държавите членки могат да задържат гражданин на трета страна, по отношение на когото са образувани процедури за връщане, само за да се подготви връщането и/или да се извърши процес[ът] на извеждане, и по-специално когато:

а) е налице опасност от укриване; или

б) засегнатият гражданин на трета страна избягва или възпрепятства подготовката на връщането или процеса по извеждането.

Всяко едно задържане е за възможно най-кратък срок и продължава единствено по време на процедурите по извеждане и при надлежно изпълнение на тези процедури.

[…]“.

2. Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген и Кодекс на шенгенските граници

10. Конвенцията за прилагане на споразумението от Шенген от 14 юни 1985 година между правителствата на държавите от Икономическия съюз на страните от Бенелюкс, Федерална република Германия и Френската република за постепенното премахване на проверките по общите граници (ОВ L 239, 2000 г., стр. 19; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 1, стр. 183), подписана в Шенген на 19 юни 1990 г. (наричана по-нататък „КПСШ“), е част от достиженията на правото от Шенген.

11. Член 19, параграфи 1 и 2, член 20, параграф 1 и член 21, параграфи 1 и 2 от дял II, глава 4 от КПСШ, озаглавена „Условия за движение на чужденци“, установяват условията, при които чуждите граждани, които притежават единна виза или виза, издадена от една от договарящите страни, чуждите граждани, за които няма изискване за притежаване на виза, както и чуждите

граждани, които притежават валидно разрешение за пребиваване или временни разрешения за пребиваване, издадени от една от договарящите страни, могат да се движат свободно на територията на другите договарящи страни. Тези разпоредби препращат по-специално към някои от условията за влизане, установени в член 5, параграф 1 от КПСШ.

12. Регламент (ЕО) № 562/2006[4] консолидира и развива достиженията на правото от Шенген.

13. По смисъла на съображение 27 от Кодекса на шенгенските граници същият „представлява развитие на разпоредбите на достиженията на правото от Шенген, в което Обединеното кралство [Великобритания и Северна Ирландия] не участва […]. Обединеното кралство следователно не участва в приемането на настоящия регламент и не се задължава с него, нито попада в обхвата на неговото приложение“.

14. Съгласно член 1 от този кодекс същият „предвижда премахването на граничен контрол на лица, които пресичат вътрешните граници между държавите — членки на Европейския съюз“ и „установява правила за граничния контрол на лица, които пресичат външните граници на държавите — членки на Европейския съюз“.

15. В член 2, точки 1) и 2) от този кодекс се съдържат следните определения:

„1) „вътрешни граници“ са:

а) общите сухопътни граници, включително реки и езера, на държавите членки;

б) летищата на държавите членки за вътрешни полети;

в) морски, речни и езерни пристанища на държавите членки за редовни фериботни превози;

2) „външни граници“ са сухопътните граници на държавите членки, включително реки и езера, морски граници и техните пристанища, речни пристанища и езерни пристанища, доколкото те не представляват вътрешни граници“.

16. Членове 4 и 5 от дял II, глава I от Кодекса на шенгенските граници, озаглавена „Преминаване на външни граници и условия за влизане“, гласят:

„*Член 4*

Преминаване на външни граници

1. Външните граници могат да се преминават единствено на гранично-пропускателни пунктове, и то в рамките на определеното работно време. Работното време ясно се обозначава на гранично-пропускателните пунктове, които не са отворени 24 часа в денонощието.

[…]

3. Без да се засягат изключенията, предвидени в параграф 2 или задълженията на държавите членки за международна закрила, те въвеждат санкции в съответствие с вътрешното си право за незаконно преминаване на външните граници извън контролно-пропускателните пунктове и извън определеното работно време. Санкциите са ефективни, съразмерни и възпиращи.

4 — Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 15 март 2006 година за създаване на Кодекс на Общността за режима на движение на лица през границите (Кодекс на шенгенските граници) (ОВ L 105, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 8, стр. 5), изменен с Регламент (ЕС) № 265/2010 на Европейски парламент и Съвета от 25 март 2010 г. (ОВ L 85, стр. 1, наричан по-нататък „Кодекс на шенгенските граници“).

Член 5

Условия за влизане на граждани на трети страни

1. За престой, който не надвишава три месеца за период от шест месеца, условията за влизане на граждани на трети страни са следните:

а) да притежават валидни пътни документи или документи, които дават право за преминаване на границата;

б) да притежават валидна виза, ако такава се изисква […], с изключение на случаите, когато те притежават валидно разрешение за престой;

в) да обосноват целта и условията на планирания престой и това, че разполагат с достатъчно средства за издръжка, както за срока на планирания престой, така и за завръщането си в страната на произход или за транзита към трета страна, в която е гарантирано тяхното приемане или че са в състояние законно да придобият тези средства;

г) да не са регистрирани в [Шенгенската информационна система (ШИС)] като лица, за които е подаден сигнал за отказ за влизане;

д) не се смятат за лица, които могат да бъдат заплаха за обществения ред, националната сигурност, здравеопазването или международните отношения на някоя от държавите членки […]

[…]

4. Чрез дерогация от параграф 1,

а) на граждани на трети страни, които не отговарят на условията, посочени в параграф 1, но притежават разрешение за пребиваване, виза за дългосрочно пребиваване или виза за повторно влизане, издадени от някоя от държавите членки, или — когато това се изисква, разрешение за пребиваване или виза за дългосрочно пребиваване и виза за повторно влизане, се разрешава влизане на териториите на другите държави членки за транзитно преминаване с цел достигане територията на тази държава членка, която е издала разрешението за пребиваване, визата за дългосрочно пребиваване или визата за повторно влизане […];

[…]

с) държава членка може да разреши влизане на граждани на трети страни, които не отговарят на едно или повече условия по параграф 1, по хуманитарни причини или такива, свързани с национален интерес или поради международни задължения. […]“.

17. Отнасящият се до граничните проверки на лица член 7 от дял II, глава II от Кодекса на шенгенските граници, озаглавена „Контрол на външни граници и отказ за влизане“, гласи следното:

„*Член 7*

Гранични проверки на лица

1. При преминаване на външни граници се извършват проверки от граничната охрана. Проверките се извършват в съответствие с настоящата глава.

[…]

3. При влизане и излизане гражданите на трети страни подлежат на цялостни проверки.

а) обстойната проверка при влизане включва проверка на условията за влизане, постановени в член 5, параграф 1 и при необходимост на документите, които удостоверяват пребиваване и преследване на професионална дейност. Това включва подробна проверка, обхващаща следните аспекти:

[…]

б) обстойната проверка на излизане се състои във:

i) проверка дали гражданинът на трета страна притежава валиден документ за преминаване на границата;

ii) проверка на пътните документи за знаци за фалшификация или преправяне;

iii) при възможност проверка дали гражданинът на трета страна не се счита за заплаха за обществения ред, вътрешната сигурност или международните отношения на някоя от държавите членки.

в) допълнително към проверките, посочени в буква б), цялостните проверки на излизане могат също така да включват:

i) проверка дали лицето притежава валидна виза, ако се изисква […], с изключение на случаите, когато притежава валидно разрешение за пребиваване; […]

ii) проверка дали лицето не е надвишило срока на разрешен престой на територията на държавите членки;

iii) справка за сигнали за лица и предмети, включени в ШИС и доклади в национални масиви с данни.

[…]“.

18. Съгласно член 20, включен в глава I от този кодекс, озаглавена „Премахване на граничния контрол на вътрешните граници“, „вътрешните граници могат да се преминават на всяко място, без да се извършва гранична проверка на лицата независимо от тяхната националност“.

19. По силата на член 39, параграф 1 от Кодекса на шенгенските граници, включен в дял IV, озаглавен „Заключителни разпоредби“, членове 2—8 от КПСШ се отменят, считано от 13 октомври 2006 г. Така по-специално установените преди това в член 5, параграф 1 от КПСШ условия за влизане са заменени с установените в член 5 от този кодекс.

Б– *Френската правна уредба*

1. Кодекс за влизането и пребиваването на чужденците и за правото на убежище

20. Член L. 621-2 от Кодекса за влизането и пребиваването на чужденците и за правото на убежище в редакцията след измененията, направени със Закон № 2012-1560 от 31 декември 2012 г., за задържането за проверка на правото на престой и за изменение на квалификацията на престъплението подпомагане на незаконен престой, за да се изключат от неговия състав хуманитарните и безкористните дейности (Официален вестник на Френската република от 1 януари 2013 г., стр. 48, наричан по-нататък „CESEDA“), гласи следното:

„Чужденец, който не е гражданин на държава членка на Европейския съюз, се наказва с една година лишаване от свобода и с глоба в размер на 3 750 EUR:

1.° ако е влязъл на континенталната територия, без да отговаря на условията, посочени в член 5, параграф 1, буква а), б) или в) от [Кодекса на шенгенските граници] и без да му е разрешено влизане на територията на основание член 5, параграф 4, букви а) и в) от [същия кодекс]; същото важи и когато за чужденеца е подаден сигнал за отказ за влизане въз основа на подлежащо на изпълнение решение, издадено от друга държава — страна по [КПСШ];

2.° или ако е влязъл на континенталната територия направо от територията на държава — страна по [КПСШ] в нарушение на разпоредбите на член 19, параграф 1 или 2, член 20, параграф 1 и член 21, параграф 1 или 2 от нея, с изключение на условията, посочени в член 5, параграф 1, буква д) от [Кодекса на шенгенските граници] и в буква г), когато сигналът за отказ за влизане не е подаден въз основа на подлежащо на изпълнение решение, издадено от друга държава — страна по [КПСШ];

[…]

За целите на прилагането на настоящия член наказателно производство може да се образува само когато деянията са установени при уредените в член 53 от Наказателно-процесуалния кодекс обстоятелства“.

2. Наказателно-процесуален кодекс

21. Член 53 от Наказателно-процесуалния кодекс в редакцията му към периода, в който са се осъществили фактите в главното производство, гласи:

„Заварено е престъплението, което се извършва в момента или е току-що извършено. Заварено е и престъплението, при което непосредствено след извършеното деяние заподозряното лице е преследвано от обществеността или носи предмети или следи или улики, които дават основание да се предположи, че е участвало в престъплението.

След установяването на заварено престъпление досъдебното производство, водено под надзора на прокурора на Републиката при предвидените в настоящата глава условия, може да продължи за срок от осем дни.

[…]“.

22. Член 62-2 от Наказателно-процесуалния кодекс гласи следното:

„Задържането е принудителна мярка, приета по решение на длъжностно лице на криминалната полиция, под контрола на съдебния орган, с която лице, по отношение на което са налице една или няколко основателни причини да се предположи, че е извършило престъпление, което се наказва с лишаване от свобода, се държи на разположение на разследващите органи.

[…]“.

III – **Фактическа обстановка по спора в главното производство, производство пред Съда и преюдициални въпроси**

23. На 22 март 2013 г. г-жа Affum, гражданка на Гана, е подложена на проверка от служители на френската полиция в Coquelles (Франция), входен пункт на тунела под Ламанш, в автобус, идващ от Гент (Белгия) и пътуващ за Лондон (Обединеното кралство).

24. След като представя белгийски паспорт със снимката и името на трето лице и тъй като няма никакъв друг документ за самоличност или пътнически документ на свое име, тя е задържана за незаконно влизане на френска територия на основание член L. 621-2, 2° от CESEDA.

25. На следващия ден прокурорът на Републиката към tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (Окръжен съд, Булон-сюр-Мер) решава да прекрати наказателното производство, образувано срещу г-жа Affum. В резултат на това наложената ѝ мярка за задържане е отменена същия ден.

26. Наред с образуваното срещу г-жа Affum наказателно производство обаче префектът на Pas-de-Calais е сезиран да разгледа административното положение на г-жа Affum с цел взимането на решение за извеждането ѝ от френската територия.

27. Със заповед от 23 март 2013 г. той решава г-жа Affum да бъде предадена на белгийските органи с цел обратно приемане на основание на споразумението между правителството на Френската република, от една страна, и правителствата на Кралство Белгия, Великото Херцогство Люксембург и Кралство Нидерландия, от друга страна, за поемане на лицата на общите граници между Франция и държавите от Бенелюкс, подписано в Париж на 16 април 1964 г.

28. Със същата заповед префектът на Pas-de-Calais разпорежда по отношение на г-жа Affum да се приложи административна мярка задържане в места, които не попадат в обхвата на управлението на местата за лишаване от свобода, за срок от пет дни от отмяната на мярката за задържане до извеждането ѝ. В изпълнение на посочената заповед на 23 март 2013 г. на г-жа Affum е наложена административната мярка задържане за срок от пет дни с цел предаването ѝ на белгийските органи.

29. На 27 март 2013 г. префектът на Pas-de-Calais иска от съдията по мерките за неотклонение към tribunal de grande instance de Lille (Окръжен съд, Лил) да продължи срока на тази мярка за задържане в очакване на отговора на белгийските органи по искането му за обратно приемане.

30. Като се позовава по-специално на решението Achughbabian[5], г-жа Affum твърди в своя защита, че искането на префекта на Pas-de-Calais трябва да бъде отхвърлено, доколкото налагането на мярката за задържане било незаконно, като съгласно националното право тази незаконосъобразност е опорочила цялото производство, поради което следва да се отхвърли продължаването на задържането и да се освободи засегнатото лице.

31. С определение от 28 март 2013 г. съдията по мерките за неотклонение към tribunal de grande instance de Lille обаче приема, че мярката задържане, наложена на г-жа Affum, е законосъобразна и че следователно административната мярка задържане е наложена вследствие на законосъобразна процедура. Съответно той уважава искането на префекта на Pas-de-Calais и разпорежда да се продължи действието на административната мярка задържане за максимален срок от двадесет дни, считано от същия ден.

32. Сезираният с въззивна жалба на г-жа Affum председател на cour d'appel de Douai (Апелативен съд, Дуе) потвърждава с определение от 29 март 2013 г. определението на съдията по мерките за неотклонение от tribunal de grande instance de Lille.

33. Сезираният с подадена от г-жа Affum срещу това определение касационна жалба Cour de cassation (Касационен съд) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли член 3, [точка] 2 от Директива 2008/115/ЕО да се тълкува в смисъл, че гражданин на трета държава пребивава незаконно на територията на държава членка и че на това основание по силата на член 2, параграф 1 от тази директива тя се прилага по отношение на него, когато този чужденец само преминава транзит като пътник в автобус, пътуващ на територията на тази държава членка, идващ от друга държава членка, част от Шенгенското пространство, и пътуващ към друга държава членка?

2) Трябва ли член 6, параграф 3 от тази директива да се тълкува в смисъл, че тя допуска национална правна уредба, съгласно която незаконното влизане на гражданин на трета държава се наказва с лишаване от свобода, когато този чужденец може да бъде приет обратно от друга държава членка въз основа на споразумение или договореност, сключено/а с нея преди влизането в сила на Директивата?

3) Според отговора на предходния въпрос, трябва ли тази директива да се тълкува в смисъл, че не допуска национална правна уредба, съгласно която незаконното влизане на гражданин на трета държава се наказва с лишаване от свобода при същите условия както установените от [Съда на Европейския съюз] в решение [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)] във връзка с незаконния престой, които се отнасят до липсата на предварително наложени на заинтересованото лице принудителни мерки по член 8 от тази директива и до продължителността на неговото задържане?“.

34. Г-жа Affum, френското, чешкото, гръцкото, унгарското и швейцарското правителство, както и Европейската комисия представят писмени становища. В проведеното на 10 ноември 2015 г. съдебно заседание са изслушани г-жа Affum, френското и гръцкото правителство, както и Комисията.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

IV – **Анализ**

35. С трите въпроса, които заслужават да бъдат разгледани заедно, запитващата юрисдикция иска по същество да установи дали Директива 2008/115 не допуска правна уредба на държава членка, съгласно която незаконното влизане на гражданин на трета държава се наказва с лишаване от свобода, когато това лице е било задържано на излизане от Шенгенското пространство[6] на външната граница на тази държава членка, преминавайки транзитно на идване от друга държава членка, и може да бъде прието обратно от другата държава членка въз основа на договореност, сключена с последната преди влизането в сила на Директива 2008/115.

36. За да се дадат полезни отговори на поставените въпроси, е необходимо, най-напред, накратко да се представи системата, въведена с Директива 2008/115, от една страна, и с Кодекса на шенгенските граници, от друга страна, като същевременно се разгледа разделителната линия между тези два инструмента, след което, да се припомни накратко практиката на Съда относно лишаването от свобода на лице в случаи, различни от предвидените в Директива 2008/115, и накрая, да се разгледа въпросната национална правна уредба.

A– *Директива 2008/115 и приложното ѝ поле*

37. Както е посочено в член 1 от Директива 2008/115, тя има за цел да определи общите стандарти и процедури, които се прилагат в държавите членки по отношение на връщането на граждани на трети страни, които са в незаконен престой, в съответствие с основните права и международното право. От съображение 4 от тази директива следва, че с нея се цели установяването на ясни, прозрачни и справедливи правила с цел установяване на ефективна политика на връщане като необходим елемент на една добре ръководена миграционна политика. Директива 2008/115 е приета на основание на предишния член 63, първа алинея, точка 3, буква б) ЕО[7] в съответствие с процедурата по съвместно вземане на решение по реда на член 251 ЕО[8]. Всъщност това е първият правен акт в областта на имиграцията, приет по реда на тази процедура[9].

38. Определеният в член 2 от Директива 2008/115 персонален обхват е много широк. Съгласно параграф 1 от тази разпоредба Директива 2008/115 се прилага по отношение на граждани на трети страни, които са в незаконен престой на територията на държава членка. Такъв незаконен престой е всяко присъствие на територията на държава членка на гражданин на трета страна, който не отговаря или е престанал да отговаря на условията за влизане, изложени в член 5 от Кодекса на шенгенските граници, или на други условия за влизане, престой или пребиваване в тази държава членка[10].

39. Доколкото член 2, параграф 1 от Директива 2008/115 се отнася само до незаконния престой, тази разпоредба не прави разлика между незаконно влизане и незаконен престой.

6 — Въпреки че понятието „Шенгенско пространство“ не се използва в Кодекса на шенгенските граници, с него вече обичайно се означават държавите членки, които участват в този кодекс. В този констекст установявам, че самият Съд използва този термин. Вж. например решения ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, различни точки от мотивите и диспозитива), Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, т. 67) и T. (C-373/13, EU:C:2015:413, т. 52).

7 — Понастоящем член 79, параграф 2, буква в) ДФЕС след влизането в сила на Лисабонския договор.

8 — Тази процедура се прилага след приемането на Решение 2004/927/ЕО на Съвета от 22 декември 2004 година относно определяне на някои области, обхванати от дял IV на трета част от Договора за създаване на Европейската общност, за които е приложима процедурата, предвидена в член 251 от посочения Договор (ОВ L 396, стр. 45; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 5, стр. 163).

9 — Вж. *Baldaccini*, A. The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive. — European Journal of Migration and Law, 2001, p. 1—17, и по-специално p. 1.

10 — Вж. член 3, точка 2 от Директива 2008/115.

40. Съгласно член 2, параграф 2 от Директива 2008/115 държавите членки могат да решат да не прилагат тази директива в някои точно определени случаи. Всъщност по силата на член 2, параграф 2, буква а) от тази директива държава членка може да реши да не прилага Директива 2008/115 спрямо граждани на трети страни, по отношение на които има отказ за влизане, издаден в съответствие с член 13 от Кодекса на шенгенските граници, или които са задържани или засечени от компетентните органи във връзка с незаконно прекосяване на външната граница на държава членка и които впоследствие не са получили разрешение или право на престой в тази държава членка.

41. Съгласно текста на цитираната по-горе разпоредба задържането трябва да е осъществено при незаконно прекосяване на външната граница, което предполага по мое мнение тясна времева и пространствена връзка с прекосяването на границата.

42. В самата Директива 2008/115 не се съдържа определение на понятията „вътрешна граница“ или „външна граница“. Доколкото обаче тази директива многократно препраща към Кодекса на шенгенските граници, според мен е ясно, че е приложимо даденото в Кодекса определение. Така от член 2, параграф 1, буква а) и параграф 2 от Кодекса на шенгенските граници следва, че „вътрешни граници“ са общите сухопътни граници[11] на държавите членки и че „външни граници“ са сухопътните граници[12] и морските граници[13] на държавите членки, доколкото те не представляват вътрешни граници. Очевидно понятието „държави членки“ обхваща само държавите — членки на Съюза, които участват в системата на достиженията на правото от Шенген, както и трети държави, които участват тях[14].

43. Директива 2008/115 се прилага само по отношение на държави, които са част от Шенгенското пространство. Съгласно член 21 от Директива 2008/115 тя заменя разпоредбите на членове 23 и 24 от КПСШ. По отношение по-конкретно на Обединеното кралство, в съображение 26 от Директива 2008/115 се уточнява, че то „не участва в приемането на настоящата директива и не е обвързано от нея, нито от нейното прилагане“.

Б– *Кодекс на шенгенските граници*

44. Кодексът на шенгенските граници създава режим на движение на лица през границите.

45. Условията за преминаване на външни граници и контролът по спазването им са определени в дял II от Кодекса на шенгенските граници[15]. Граничният контрол включва, от една страна, проверки на гранично-пропускателни пунктове, определени от държавите членки, и от друга страна, наблюдение на зоната между тези пунктове.

46. В замяна, Директива 2008/115 се прилага, когато дадено лице е влязло незаконно в Шенгенското пространство и когато това лице няма право на престой в него.

11 — Включително реки и езера.

12 — Включително реки и езера.

13 — Както и техните летища, речни, морски и езерни пристанища.

14 — Вж. съображения 21—28 от Кодекса на шенгенските граници.

15 — Членове 4—19a от Кодекса на шенгенските граници. Този дял е разделен на пет глави: преминаване на външните граници и условия за влизане (глава I), контрол на външни граници и отказ за влизане (глава II), персонал и ресурси на гранично-пропускателните пунктове и сътрудничество между държавите членки (глава III), специфични правила за гранични проверки (глава IV) и специални мерки в случай на сериозни недостатъци, свързани с граничния контрол на външните граници (глава IV a).

47. Кодексът на шенгенските граници понастоящем [16] изрично установява връзка между Кодекса и Директива 2008/115. Всъщност съгласно член 12, параграф 1, второ изречение от този кодекс лице, което незаконно е преминало граница и което няма право на престой на територията на съответната държава членка, се задържа и спрямо него се прилагат процедурите, които са в съответствие с Директива 2008/115/ЕО.

B– *Лишаването от свобода от гледна точка на Директива 2008/115*

48. По силата на глава IV от Директива 2008/115, озаглавена „Задържане с цел извеждане“, може да се прибегне до задържане като крайна мярка само ако това е абсолютно необходимо и в очакване на извеждане [17]. В основата на тези разпоредби е съображението, че само процедурите по връщане и извеждане обосновават лишаването от свобода и че ако процедурите не се изпълняват надлежно, задържането престава да бъде обосновано от гледна точка на тези разпоредби [18]. Задържането с цел извеждане не е наказателна мярка, нито има наказателноправен характер и не представлява наказание лишаване от свобода [19]. Освен това е необходимо член 15, параграф 1 от Директива 2008/115 да се тълкува тясно, тъй като принудителното задържане като форма на лишаване от свобода представлява изключение от основното право на лична свобода [20].

49. По отношение на задържането или лишаването от свобода извън посочените в Директива 2008/115 случаи тази директива не съдържа нито една разпоредба, която да се отнася до възможността за държавите членки да прибягнат до задържане или до лишаване от свобода като наказателна санкция във връзка с незаконен престой. Според мен причината е очевидна: няма място за такава санкция, сред като целта на Директива 2008/115 е да се предвижда бързото връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни. Всяка мярка за задържане или наказание лишаване от свобода, която не е наложена в рамките на процедура за връщане, ще забави в крайна сметка тази процедура.

50. По дело El Dridi [21] Съдът е бил сезиран да прецени дали Директива 2008/115 допуска правна уредба на държава членка като разглежданата в главното производство по това дело италианска правна уредба, която предвижда налагане на наказание лишаване от свобода на гражданин на трета страна, който е в незаконен престой, само поради това че в нарушение на заповед за напускане на територията на тази държава в определен срок той остава в нея без основателна причина. Съдът приема, че Директива 2008/115, и по-специално членове 15 и 16 от нея, всъщност не допускат такава уредба [22].

16 — Следва да се отбележи, че няколко месеца след настъпването на фактите по спора в главното производство член 12, параграф 1 от Кодекса на шенгенските граници бе изменен именно с цел да се изясни връзката с Директива 2008/115. Вж. член 1, точка 11 от Регламент (ЕС) № 610/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година за изменение на Регламент (ЕО) № 562/2006, Конвенцията за прилагане на Споразумението от Шенген, регламенти (ЕО) № 1683/95 и (ЕО) № 539/2001 на Съвета и регламенти (ЕО) № 767/2008 и (ЕО) № 810/2009 на Европейския парламент и на Съвета (ОВ L 182, стр. 1).

17 — Членове 15—18 от Директива 2008/115.

18 — Вж. за повече подробности точки 46—55 от представеното от мен становище по дело Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

19 — Вж. точка 47 от представеното от мен становище по дело Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Вж. също точка 35 от становището на генералния адвокат Mazák по дело El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205), точка 54 от становището на генералния адвокат Wathelet по дело G. и R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553), както и точка 91 от заключението на генералния адвокат Bot, представено по съединени дела Bero и Bouzalmate (C-473/13 и C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — Вж. точка 47 от представеното от мен становище по дело Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Европейският съд по правата на човека се произнася в същия смисъл по отношение на член 5, параграф 1, буква е) от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (наричана по-нататък ЕКПЧ) (вж. по-специално Quinn с/у Франция, 22 март 1995 г., серия A, № 311, § 42 и Kaya с/у Румъния № 33970/05, § 16, 12 октомври 2006 г).

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

22 — Решение El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, т. 62 и диспозитива).

51. По дело Achughbabian [23] Съдът отново е бил сезиран да прецени дали Директива 2008/115 допуска национална правна уредба като разглежданата в главното производство по това дело френска правна уредба [24], която предвижда налагане на наказание лишаване от свобода на гражданин на трета страна само поради това че е влязъл или пребивава незаконно на френска територия. Съдът отново приема, че Директива 2008/115 не допуска такава правна уредба, „доколкото същата позволява лишаването от свобода на гражданин на трета страна, който, като пребивава незаконно на територията на посочената държава членка и не желае да напусне доброволно тази територия, не е бил подложен на принудителните мерки, визирани в член 8 от тази директива, и в случай на задържане с оглед на подготвянето и извършването на неговото извеждане максималният срок на това задържане не е изтекъл“ [25]. В делото по главното производство положението на г-н Achughbabian попада в същата хипотеза.

52. Съгласно мотивите, към които се придържа Съдът по тези две дела, е налице опасност лишаването от свобода да осуети постигането на преследваната с Директива 2008/115 цел и може да попречи на прилагането на мерките, посочени в член 8, параграф 1 от тази директива, и да забави изпълнението на решението за връщане [26].

53. В решение Achughbabian [27] обаче Съдът добавя, че Директива 2008/115 допуска правна уредба на държава членка, която предвижда наказателноправни санкции за незаконно пребиваване, „доколкото същата позволява лишаването от свобода на гражданин на трета страна, към когото е приложена процедурата за връщане, установена от директива[та], и който пребивава незаконно на посочената територия без основателна причина за невръщане“ [28].

54. Впоследствие в решение Sagor [29] Съдът потвърждава, че наложено и изпълнено в хода на процедура за връщане наказание домашен арест „можело да забави и следователно да възпрепятства мерки като принудителното отвеждане до границата и принудителното връщане по въздушен път, които от своя страна допринасят за осъществяването на извеждането“. Що се отнася обаче до наказателно преследване, довело до налагането на глоба, Съдът постановява, че такава глоба не може да възпрепятства установената в Директива 2008/115 процедура за връщане [30]. Освен това Съдът посочва, че „налагането на имуществено наказание по никакъв начин не възпрепятства вземането и прилагането на решение за връщане при пълно спазване на условията, установени в членове 6—8 от Директива 2008/115, както и не засяга общите стандарти в областта на лишаването от свобода, предвидени в членове 15 и 16 от същата директива“ [31].

55. И накрая, по дело Celaj [32], при което Италианската република е искала да наложи наказателноправни санкции на незаконно пребиваващ гражданин на трета държава, към когото са били приложени общностните стандарти и процедури, установени с Директива 2008/115, за да се прекрати първото му незаконно пребиваване на територията на държава членка, и който отново е влязъл на територията на посочената държава членка в нарушение на забрана за влизане, Съдът е преценил, че „фактите по делото в главното производство ясно се

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Предишният член 621-1 от Ceseda.

25 — Решение Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, т. 50 и първо тире на диспозитива).

26 — Вж. решение El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, т. 59) и решение Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, т. 45). Вж. анализ на последиците от тези две дела за дейността на националния законодател в областта на наказателното право в *Mitsilegas*, V. The Criminalisation of Migration in Europe. Springer, 2015, p. 57 et 76

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Точки 48 и 50 и второто тире от диспозитива. Въпреки че този пасаж също е част от диспозитива на решението, според мен той явно представлява obiter dictum, тъй като няма връзка с фактите по разглежданото дело и се отнася до хипотетична ситуация.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, т. 45.

30 — Точка 36.

31 — Точка 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

отличава[ли] от тези по делата, по които са постановени решения El Dridi [(C 61/11 PPU, EU:C:2011:268)] и Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]“[33], и че Директива 2008/115 „допуска по принцип правна уредба на държава членка, която предвижда налагане на наказание лишаване от свобода на незаконно пребиваващ гражданин на трета страна, който след връщането му в страната му по произход в рамките на предходно производство за връщане, отново влиза незаконно на територията на тази държава в нарушение на забрана за влизане“[34].

56. Накратко, практиката на Съда приема, че Директива 2008/115 допуска налагането на наказание лишаване от свобода на гражданин на трета страна поради незаконен престой в два случая, а именно когато установената с Директива 2008/115 процедура на връщане е била приложена и гражданинът пребивава незаконно на посочената територия без основателна причина за невръщане (казус „Achughbabian“) и когато процедурата за връщане е била приложена и съответното лице влиза отново на територията на тази държава членка в нарушение на забрана за влизане (казус „Celaj“).

57. Случаят на г-жа Affum не попада в обхвата на нито един от тези два казуса, тъй като към нея не е била прилагана процедура за връщане (казус „Achughbabian“) и не е имало ново влизане на френска територия (казус „Celaj“).

58. Френските органи обаче считат, че е възможно да ѝ наложат наказание лишаване от свобода поради незаконното влизане във Франция.

Г– *Незаконното влизане от гледна точка на Директива 2008/115*

1. Френската правна уредба

59. В резултат на решението Achughbabian на Съда[35] и на решението Mallah с/у Франция на Европейския съд по правата на човека[36] със закон № 2012-1560[37] френското правителство привежда в съответствие режима си на извеждане на незаконно пребиваващи чужденци. По-специално то променя законодателството си, като заличава престъплението незаконен престой и въвежда процедура за задържане на чужденци с цел проверка на правото им на пребиваване. Френските органи обаче запазват състава на престъплението незаконно влизане в случай на незаконно преминаване на външните граници (член L 621-2, 1° от Ceseda) и в случай на движение на гражданин на трета страна в нарушение на условията за движение на чужденците, установени в КПСШ (член L 621-2, 2° от Ceseda).

33 — Решение Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, т. 28).

34 — Точка 33 и диспозитивът.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Вж. Европейски съд по правата на човека, Mallah с/у Франция, № 29681/08, 10 ноември 2011 г.). По това дело марокански гражданин, осъден за приютяването на своя зет, незаконно пребиваващ негов сънародник, твърди, че предвид обстоятелствата по случая осъждането му е представлявало непропорционална намеса в упражняването на правото на защита на личен и семеен живот по смисъла на член 8 от ЕКПЧ. Само обстоятелството, че заинтересованото лице е било освободено от изпълнение на наказанието, е било достатъчно Съдът в Страсбург да приеме, че разпоредбите на член 8 не са били нарушени. Вследствие на това френският законодател е разширил обхвата на предвидените в член L. 622-4 случаи на освобождаване от наказателно преследване за престъпление по подпомагане на незаконно влизане и престой. Вж. т. 2.2 от изготвената на 21 септември 2012 г. оценка на въздействието на законопроекта за привеждане в съответствие на законодателните разпоредби относно извеждането на незаконно пребиваващи чужденци, която е на разположение на адрес: http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Законът се намира на адрес: http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

60. В мотивите към законопроекта френските органи приемат, че „правилата, свързани с преминаването на външните граници и с движението на граждани на трети страни между държавите членки, не попадат в обхвата на Директива [2008/115]“ [38].

61. Всъщност, френските органи приемат, че посочените правила „във връзка с преминаването на външните граници произтичат от […] Кодекса на шенгенските граници[…], който предвижда задължението за въвеждане от държавите членки на възпиращи санкции в случай на установено на границата нарушение, тоест в случай на отказ на влизане или на задържане или засичане при незаконно преминаване на границата. По отношение на нарушенията на правилата, предвидени в [КПСШ] и свързани с движението между държавите членки, Директивата [2008/115] предвижда изрично възможността държавите членки да не прилагат мярка за извеждане, а да въведат механизми за обратно приемане между държавите членки, към които Директивата [2008/115] не се прилага, както това бе припомнено от съдията по обезпечителното производство от Conseil d'État (CE, 27 юни 2011 г., Министерство на вътрешните работи с/у Lassoued, № 350207)“ [39].

62. Френските органи стигат до заключението, че „[т]ези хипотези всъщност не попадат в обхвата на тълкуването на Съда на Европейския съюз, на което се основава Cour de cassation (Касационния съд), и премахването на системата на санкции не би било допустимо според европейските правила“ [40].

2. Положението на г-жа Affum

63. За да обосноват правната си уредба, френските органи се позовават на редица разпоредби от Директива 2008/115 и от Кодекса на шенгенските граници, които ще разгледам по-долу, преди да предложа на Съда да потвърди приложимостта на Директива 2008/115. Всъщност по мое мнение нито едно от предвидените в тези два акта изключения или ограничения не е релевантно в настоящия случай.

а) По член 2, параграф 2, буква а) от Директива 2008/115

64. Френската република се позовава на член 2, параграф 2, буква а) от Директива 2008/115 и счита, че случай като този по делото в главното производство е извън обхвата на тази директива.

65. На първо място, следва да припомним, че член 2, параграф 2, буква а) от Директива 2008/115 се прилага само по отношение на външните граници, че границата между Белгия и Франция представлява вътрешна граница и че г-жа Affum е била задържана на излизане от Франция на външната граница между Франция и Обединеното кралство.

66. В този контекст Френската република счита, че член 2, параграф 2, буква а) от Директива 2008/115 се прилага по отношение на незаконното прекосяване на външна граница на държава членка както в момента на влизане, така и в момента на излизане от Шенгенското пространство.

38 — Законопроект за задържането за проверка на правото на престой и за изменение на квалификацията на престъплението подпомагане на незаконен престой, с цел изключване на хуманитарни и безкористни дейности, регистриран при председателя на Сената на 28 септември 2012 г., на разположение на адрес http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf, стр. 6.

39 — Пак там (стр. 6).

40 — Пак там (стр. 6).

67. В тази връзка не бих могъл да споделя гледната точка на Френската република, доколкото, както изглежда, тя предполага, че положението на незаконно влязло лице на територията на държава членка през вътрешна граница, но което е задържано само на излизане на външната граница на държавата членка, попада в обхвата на член 2, параграф 2, буква а) от Директива 2008/115.

68. Според мен от формулировката на тази разпоредба ясно следва, че се има предвид само незаконното влизане, тъй като в противен случай последната част от изречението („и които впоследствие не са получили разрешение или право на престой в тази държава членка“) би била лишена от смисъл [41].

69. Следователно в настоящия случай Френската република не би могла да се позове на член 2, параграф 2, буква а) от Директива 2008/115.

б) По член 3, точка 2 от Директива 2008/115: обикновено транзитно преминаване като „престой“

70. Запитващата юрисдикция изглежда има съмнения по въпроса дали когато транзитно преминаващ гражданин на трета страна се намира на територията на държава членка, която е част от Шенгенското пространство, на път за друга държава членка, която не е част от Шенгенското пространство, този случай попада в обхвата на Директива 2008/115.

71. Подобни съмнения не са основателни.

72. Съгласно член 2, параграф 1 от Директива 2008/115 тя се прилага по отношение на незаконно пребиваващи на територията на държава членка граждани на трети страни. В член 3, параграф 2 от тази Директива „незаконен престой“ се определя като „всяко присъствие на територията на държава членка на гражданин на трета страна, който не отговаря или е престанал да отговаря на условията за влизане, изложени в член 5 от Кодекса на шенгенските граници, или на други условия за влизане, престой или пребиваване в тази държава членка“.

73. От тези разпоредби е видно, че гражданин на трета страна, който се намира в автобус и не отговаря на условията за влизане, се намира на територията на въпросната държава членка и е в положение на незаконен престой. Въпросът дали лицето преминава транзитно или не, не е от определящо значение за установяване на незаконния характер на престоя.

в) По член 6, параграф 3 от Директива 2008/115

74. По силата на член 6, параграф 3 от Директива 2008/115 държавите членки могат да се въздържат от издаване на решение за връщане, ако засегнатото лице бъде прието обратно от друга държава членка въз основа на „двустранни споразумения или договорености“, които са в сила към датата на влизане в сила на тази директива.

75. Следва да се отбележи, че както пряко следва от формулировката на тази разпоредба, тя установява само възможността дадена държава членка да се въздържи от издаване на решение за връщане, но за разлика от член 2 на Директива 2008/115 изобщо не определя обхвата на това решение. Член 6, параграф 3 от тази директива не би могъл, както изглежда счита френското правителство, да има за последица неприложимостта на всички разпоредби на Директива 2008/115 по отношение на делото по главното производство. Напротив, държава членка, която

41 — Освен това, ако следваме до края логиката на тълкуване на Френската република, положението на лице, незаконно влязло на територията на държава членка през вътрешна граница и засечено от органите на тази държава членка не на външна граница, а на друго място на територията, би попаднало в обхвата на Директива 2008/115, тъй като същото няма да е прекосило външната граница. Не мисля, че е логично да подхождаме по друг начин към лице в положението на г-жа Affum.

се позовава на член 6, параграф 3 от Директива 2008/115, продължава да е обвързана от другите разпоредби на тази директива и е длъжна да гарантира в пълна степен полезното действие на Директивата. Практиката на Съда във връзка с разпоредбите на Директивата, и по-специално с лишаването от свобода на лица, остава приложима.

76. Член 6, параграф 3 от Директива 2008/115 освобождава само засегнатата държава членка от задължението за издаване на решение за връщане по смисъла на член 6, параграф 1 от тази директива. Решението за предаване по силата на договорността представлява обаче една от предвидените от посочената директива мерки, както и подготвителен етап за връщане от територията на държавите членки, за които се прилага Директива 2008/115.

77. Що се отнася до тълкуването на понятието „двустранни“, предлагам на Съда да се спре на тълкуване на член 6, параграф 3 от Директива 2008/115, което обхваща договорност като тази в настоящия случай [42]. Макар да е сключена между четири държави членки, тази договорност разглежда Бенелюкс като единна територия. Следователно може да се определи като двустранно споразумение.

78. Освен това по мое мнение такова тълкуване би било в съответствие с принципа, установен в член 350 ДФЕС, съгласно който разпоредбите на договорите не изключват съществуването и осъществяването на регионални съюзи между Кралство Белгия и Великото херцогство Люксембург, както и между Кралство Белгия, Великото херцогство Люксембург и Кралство Нидерландия, доколкото целите на тези регионални съюзи не са постигнати посредством прилагането на Договорите.

79. След като посредством посочената разпоредба ДФЕС вече отчита специфичното положение на Бенелюкс, то и Съдът би следвало да постъпи по същия начин в рамките на своето тълкуване на член 6, параграф 3 от Директива 2008/115.

г) По член 4, параграф 3 от Кодекса на шенгенските граници

80. Френската република се позовава също така на член 4, параграф 3 от Кодекса на шенгенските граници, по силата на който държавите членки въвеждат санкции в съответствие с вътрешното си право за незаконното преминаване на външните граници извън контролно-пропускателните пунктове и извън определеното работно време.

81. Тази разпоредба не е приложима в настоящия случай, тъй като г-жа Affum по никакъв начин не се е опитвала да прекоси границата извън контролно-пропускателните пунктове и извън определеното работно време.

82. Обратно на становището на Френската република, не виждам основание тази разпоредба да не се тълкува стриктно и да се включат също така и контролно-пропускателните пунктове, след като член 4 от Кодекса на шенгенските граници установява именно разлика в третирането на преминаването на границата на контролно-пропускателните пунктове и в рамките на определеното работно време (параграф 1) и на преминаването извън тези пунктове и извън определеното работно време (параграф 2). С други думи, не виждам причина от телеологичен характер, която да е пречка за стриктното и систематично тълкуване на член 4 от Кодекса на шенгенските граници.

42 — Договорност между правителствата на Кралство Нидерландия, на Кралство Белгия и на Великото Херцогство Люксембург, от една страна, и правителството на Френската република, от друга, относно полагане на грижа за лица на общите граници между държавите от Бенелюкс и Франция. Текстът на тази договорност е на разположение на адрес: http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

83. В този контекст държа да припомня, че лице, което е преминало незаконно граница и няма право на престой на територията на съответната държава членка, следователно попада в обхвата на Директива 2008/115 [43].

84. Следователно Директива 2008/115 е приложима към положението на г-жа Affum. Както вече отбелязах в точка 57 от настоящото заключение, нейният случай не попада в обхвата на нито едно от положенията, в които Съдът приема, че Директива 2008/115 допуска лишаването от свобода на гражданин на трета страна. Следователно лице, което се намира в положението на г-жа Affum, не може да бъде лишено от свобода само поради незаконния си престой на френска територия.

V – **Заключение**

85. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Cour de cassation преюдициални въпроси, както следва:

„Директива 2008/115/ЕО на Европейския парламент и Съвета от 16 декември 2008 г. относно общите стандарти и процедури, приложими в държавите членки за връщане на незаконно пребиваващи граждани на трети страни, и по-специално член 6, параграф 3 и членове 15 и 16 от нея, трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска правна уредба на държава членка, съгласно която незаконното влизане на гражданин на трета страна се наказва с лишаване от свобода, когато това лице е било задържано на излизане от Шенгенското пространство на външна граница на същата държава членка, преминавайки транзитно на идване от друга държава членка, и може да бъде прието обратно от другата държава членка въз основа на договореност, сключена с последната преди влизането в сила на Директива 2008/115“.

43 — Вж. също точка 46 от настоящото заключение.