Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MACIEJ SZPUNAR
esitatud 2. veebruaril 2016[1]

Kohtuasi C-47/15

Sélina Affum, abielunimega Amissah,
versus
Préfet du Pas-de-Calais,
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Cour de cassation (kassatsioonikohus, Prantsusmaa))

Vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajanev ala — Direktiiv 2008/115/EÜ — Ebaseaduslikult riigis viibiva kolmanda riigi kodaniku tagasisaatmine — Ebaseaduslik riiki sisenemine — Läbisõidul olemine — Vangistus — Kinnipidamine

I. **Sissejuhatus**

1. Cour de cassation (kassatsioonikohus, Prantsusmaa) palub käesoleva eelotsusetaotluse raames Euroopa Kohtul võtta taas seisukoha küsimuses, kas direktiiviga 2008/115/EÜ[2] on kooskõlas liikmesriigi õigusnormid, mis lubavad mõista vangistuse kolmanda riigi kodanikule juba ainuüksi sel alusel, et see isik viibib riigis ebaseaduslikult.

2. Võrreldes seda küsimust käsitlevate varasemate kohtuasjadega[3] on käesoleval kohtuasjal kaks erijoont. Esiteks on tegemist kolmanda riigi kodanikuga, kes sisenes asjaomase liikmesriigi territooriumile ainult läbisõidu eesmärgil ning tabati sellest liikmesriigist lahkumisel. Sellega seoses kerkib küsimus, kas tegemist on viibimisega direktiivi 2008/115 tähenduses. Teiseks ei ole asjaomasel liikmesriigil kavas teha direktiivi 2008/115 artikli 6 lõike 1 alusel tagasisaatmisotsust, vaid ta mõtleb anda asjaomase kolmanda riigi kodaniku enne direktiivi 2008/115 jõustumist sõlmitud kokkuleppe alusel tagasi ühe teise liikmesriigi ametivõimudele.

3. Käesolev kohtuasi annab Euroopa Kohtule võimaluse meenutada, et direktiiv 2008/115 on kohaldatav kõigi ebaseaduslikult riigis viibivate kolmandate riikide kodanike suhtes olenemata sellest, miks nende riigis viibimine on ebaseaduslik ning sellest, kus nad kinni peetakse; samuti avaneb võimalus tuletada meelde, et kolmanda riigi kodanikule saab vangistuse mõista ainult teatavates olukordades, millega käesoleval juhul tegu ei ole.

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. detsembri 2008. aasta direktiiv ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel (ELT L 348, lk 98).

3 — Vt kohtuotsused, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807) ja Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Vt ka kohtuotsus Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), mille ese oli muu hulgas elukohast lahkumise keeld.

II. **Õiguslik raamistik**

A. *Liidu õigus*

1. Direktiiv 2008/115

4. Direktiivi 2008/115 eesmärki on selle artiklis 1 kirjeldatud järgmiselt:

„Käesolevas direktiivis sätestatakse ühised nõuded ja kord, mida tuleb kohaldada liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel, kooskõlas ühenduse õiguse üldpõhimõtete hulka kuuluvate põhiõigustega ja rahvusvahelise õigusega, kaasa arvatud pagulaste kaitse ja inimõigustega seotud kohustustega.”

5. Direktiivi 2008/115 artikkel 2 „Reguleerimisala” näeb ette:

„1. Käesolevat direktiivi kohaldatakse liikmesriigi territooriumil ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike suhtes.

2. Liikmesriigid võivad otsustada mitte kohalda käesolevat direktiivi kolmandate riikide kodanike suhtes:

a) kelle suhtes rakendatakse sisenemiskeeldu vastavalt Schengeni piirieeskirjade artiklile 13 või kelle pädevad asutused on tabanud või kinni pidanud seoses liikmesriigi maismaa-, mere- või õhuvälispiiri ebaseadusliku ületamisega ning kes ei ole hiljem saanud luba või õigust kõnealuses liikmesriigis viibimiseks;

b) kelle suhtes rakendatakse tagasisaatmist kriminaalkaristusena või kriminaalkaristuse tagajärjena vastavalt siseriiklikule õigusele või kelle suhtes rakendatakse väljaandmismenetlust.

[…]”

6. Direktiivi artiklis 3 „Mõisted” on sätestatud:

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

[...]

2) „ebaseaduslik riigis viibimine” – kolmanda riigi kodaniku viibimine liikmesriigi territooriumil, kui ta ei vasta või enam ei vasta Schengeni piirieeskirjade artiklis 5 sätestatud sisenemise tingimustele või muudele asjaomasesse liikmesriiki sisenemise, selles viibimise või elamise tingimustele;

3) „tagasisaatmine” – kolmanda riigi kodaniku naasmine kas vabatahtlikult tagasipöördumiskohustust täites või sunniviisiliselt:

— tema päritoluriiki või

— transiidiriiki vastavalt ühenduse või kahepoolsetele tagasivõtulepingutele või muudele kokkulepetele või

— muusse kolmandasse riiki, millesse asjaomane kolmanda riigi kodanik otsustab vabatahtlikult tagasi pöörduda ning milles ta vastu võetakse;

4) „tagasisaatmisotsus” – haldus- või kohtuotsus või -akt, millega sätestatakse, et kolmanda riigi kodaniku riigisviibimine on ebaseaduslik ja kehtestatakse või sätestatakse tagasipöördumiskohustus;

5) „väljasaatmine” – tagasipöördumiskohustuse täitmine, eelkõige füüsiline transport liikmesriigist välja;

[...]”

7. Direktiivi artiklis 4 „Soodsamad sätted” on sätestatud:

„1. Käesolev direktiiv ei piira järgmiste õigusaktide soodsamate sätete kohaldamist:

a) kahe- või mitmepoolsed kokkulepped ühenduse või ühenduse ja tema liikmesriikide ning ühe või mitme kolmanda riigi vahel;

b) kahe- või mitmepoolsed kokkulepped ühe või mitme liikmesriigi ning ühe või mitme kolmanda riigi vahel.

[…]

4. Seoses kolmandate riikide kodanikega, kes artikli 2 lõike 2 punkti a kohaselt jäetakse käesoleva direktiivi reguleerimisalast välja, liikmesriigid:

a) tagavad, et nende kohtlemine ja kaitsetase ei oleks ebasoodsam artikli 8 lõigetes 4 ja 5 (sunnimeetmete kasutamise piiramine), artikli 9 lõike 2 punktis a (väljasaatmise edasilükkamine), artikli 14 lõike 1 punktides b ja d (esmaabi ja haavatavate isikute vajaduste arvessevõtmine) ning artiklites 16 ja 17 (kinnipidamistingimused) sätestatust, ning

b) järgivad mittetagasisaatmise põhimõtet.”

8. Direktiivi 2008/115 artiklid 6–8 näevad ette järgmist:

„Artikkel 6

Tagasisaatmisotsus

1. Ilma et see piiraks lõigetes 2–5 sätestatud erandite kohaldamist, väljastavad liikmesriigid tagasisaatmisotsuse iga kolmanda riigi kodaniku kohta, kes viibib nende territooriumil ebaseaduslikult.

[…]

3. Liikmesriigid võivad loobuda tagasisaatmisotsuse väljastamisest nende territooriumil ebaseaduslikult viibiva kolmanda riigi kodaniku suhtes, kui mõni teine liikmesriik võtab kõnealuse kolmanda riigi kodaniku tagasi käesoleva direktiivi jõustumise päeval kehtivate kahepoolsete lepingute või kokkulepete kohaselt. Sellisel juhul kohaldab asjaomase kolmanda riigi kodaniku tagasi võtnud liikmesriik lõiget 1.

[...]

Artikkel 7

Vabatahtlik lahkumine

1. Tagasisaatmisotsusega nähakse ette sobiv, seitsme kuni kolmekümne päeva pikkune tähtaeg vabatahtlikuks lahkumiseks, ilma et see piiraks lõigetes 2 ja 4 osutatud erandite tegemist. […]

[...]

Artikkel 8

Väljasaatmine

1. Liikmesriigid võtavad kõik vajalikud meetmed tagasisaatmisotsuse täitmiseks juhul, kui artikli 7 lõike 4 kohast tähtaega vabatahtlikuks lahkumiseks ei ole määratud või kui tagasipöördumiskohustust ei ole artikli 7 kohaselt vabatahtlikuks lahkumiseks määratud tähtaja jooksul täidetud.

[…]”

9. Direktiivi 2008/115 artikkel 15 „Kinnipidamine” sätestab:

„1. Kui muid piisavaid, kuid leebemaid sunnimeetmeid ei ole konkreetsel juhul võimalik tulemuslikult kohaldada, võivad liikmesriigid kinni pidada ainult kolmanda riigi kodaniku, kelle suhtes kohaldatakse tagasisaatmismenetlust tagasisaatmise ettevalmistamiseks ja/või väljasaatmise läbiviimiseks, eelkõige kui:

a) on olemas põgenemise oht või

b) asjaomane kolmanda riigi kodanik hoiab kõrvale tagasisaatmise ettevalmistamisest või väljasaatmisest või takistab neid.

Iga kinnipidamine on võimalikult lühike ja see kestab ainult seni, kuni kestab väljasaatmise korraldamine, ning see viiakse ellu nõuetekohase hoolsusega.

[...]”

2. Schengeni lepingu rakendamise konventsioon ja Schengeni piirieeskirjad

10. Schengenis 19. juunil 1990 allkirjastatud konventsioon, millega rakendatakse 14. juunil 1985. aastal Beneluxi Majandusliidu riikide, Saksamaa Liitvabariigi ja Prantsuse Vabariigi valitsuste vahel sõlmitud Schengeni lepingut kontrolli järkjärgulise kaotamise kohta nende ühispiiridel (EÜT 2000, L 239, lk 19; ELT eriväljaanne 19/02, lk 9; edaspidi „Schengeni lepingu rakendamise konventsioon”), on osaks Schengeni *acquis*'t.

11. Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni II jaotise 4. peatüki „Välismaalaste liikumist käsitlevad nõuded” artikli 19 lõigetes 1 ja 2, artikli 20 lõikes 1 ja artikli 21 lõigetes 1 ja 2 on sätestatud tingimused, mille täitmisel välismaalased, kellel on ühtne viisa või ühe konventsiooniosalise antud viisa, viisanõudest vabastatud välismaalased ja välismaalased, kellel on konventsiooniosalise antud elamisluba või ajutine elamisluba, võivad liikuda vabalt teiste konventsiooniosaliste territooriumil. Nendes sätetes viidatakse eeskätt Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni artikli 5 lõikes 1 sätestatud teatavatele sisenemise nõuetele.

12. Määrusega (EÜ) nr 562/2006 [4] konsolideeriti ja arendati Schengeni *acquis*'d.

13. Schengeni piirieeskirjade põhjenduse 27 kohaselt on see määrus „nende Schengeni *acquis*' sätete edasiarendus, milles [Suurbritannia ja Põhja-Iiri] Ühendkuningriik ei osale […]. Ühendkuningriik ei osale seetõttu selle vastuvõtmises ja see ei mõjuta teda".

14. Piirieeskirjade artikli 1 kohaselt „sätestatakse [sellega] kontrolli puudumine isikute suhtes, kes ületavad Euroopa Liidu liikmesriikide vahelisi sisepiire" ja „[s]ellega kehtestatakse Euroopa Liidu liikmesriikide välispiire ületavate isikute piirikontrolli reguleerivad eeskirjad".

15. Nende eeskirjade artikli 2 punktides 1 ja 2 on esitatud järgmised määratlused:

„*1) sisepiirid:*

a) liikmesriikide ühised maismaapiirid, sealhulgas jõe- ja järvepiirid;

b) liikmesriikide vaheliste siselendude lennujaamad;

c) liikmesriikide mere-, jõe- ja järvesadamad, mille kaudu toimub regulaarne parvlaevaühendus;

2) välispiirid – liikmesriikide maismaapiirid, sealhulgas jõe- ja järvepiirid, merepiirid ning liikmesriikide lennujaamad, jõe-, mere- ja järvesadamad, kui need ei ole sisepiirid".

16. Schengeni piirieeskirjade II jaotise I peatükk „Välispiiride ületamine ja sisenemise nõuded" näeb artiklites 4 ja 5 ette järgmist:

„Artikkel 4

Välispiiride ületamine

1. Välispiire võib ületada ainult piiripunktide kaudu nende kindlaksmääratud lahtiolekuajal. Piiripunktides, mis ei ole avatud 24 tundi ööpäevas, tuleks lahtiolekuajad selgelt ära märkida.

[…]

3. Ilma et see piiraks lõikes 2 sätestatud erandeid ega liikmesriikide rahvusvahelise kaitsega seotud kohustusi, kehtestavad liikmesriigid vastavalt oma siseriiklikule õigusele karistused välispiiride ebaseadusliku ületamise eest väljaspool piiripunkte ja väljaspool nende kindlaksmääratud lahtiolekuaega. Nimetatud karistused peavad olema tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad.

Artikkel 5

Sisenemise nõuded kolmandate riikide kodanikele

1. Kuni kolmekuuliseks riigis viibimiseks kuue kuu jooksul kehtivad kolmandate riikide kodanikele järgmised territooriumile sisenemise tingimused:

a) neil on kehtiv reisidokument või -dokumendid, mis lubavad neil piiri ületada;

b) neil on kehtiv viisa, kui see on nõutav […] välja arvatud juhul, kui neil on kehtiv elamisluba […];

4 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 15. märtsi 2006. aasta määrus, millega kehtestatakse isikute üle piiri liikumist reguleerivad ühenduse eeskirjad (Schengeni piirieeskirjad) (ELT L 105, lk 1), mida on muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. märtsi 2010. aasta määrusega (EL) nr 265/2010 (ELT L 85, lk 1), (edaspidi „Schengeni piirieeskirjad").

c) nad tõendavad kavatsetava viibimise eesmärki ja tingimusi ning neil on piisavalt elatusvahendeid nii kavatsetava viibimise ajaks kui ka tagasipöördumiseks oma päritolumaale või sõiduks kolmandasse riiki, kus nende vastuvõtmine on tagatud, või nad on võimelised omandama need vahendid seaduslikul teel;

d) nende kohta ei ole Schengeni infosüsteemi (SIS) kantud hoiatust sisenemise keelamise eesmärgil;

e) nad ei ohusta ühegi liikmesriigi avalikku korda, sisejulgeolekut, rahvatervist või rahvusvahelisi suhteid […]

[…]

4. Erandina lõikest 1:

a) kolmanda riigi kodanikul, kes ei täida kõiki lõikes 1 sätestatud tingimusi, kuid kellel on ühe liikmesriigi antud elamisluba, pikaajaline viisa või mitmekordne viisa või vajaduse korral elamisluba või pikaajaline viisa ja mitmekordne viisa, on lubatud elamisloa, pikaajalise viisa või mitmekordse viisa andnud liikmesriigi territooriumile jõudmiseks sõita läbi teiste liikmesriikide territooriumi […];

[…]

c) kolmanda riigi kodanikel, kes ei täida ühte või mitut lõikes 1 sätestatud tingimust, võib liikmesriik lubada siseneda oma territooriumile humanitaarsetel kaalutlustel, riiklikes huvides või rahvusvaheliste kohustuste tõttu. […]”

17. Schengeni piirieeskirjade II jaotise II peatükk „Välispiirikontroll ja sisenemiskeeld” näeb artiklis 7, mis käsitleb isikute piiril kontrollimist, ette järgmist:

„Artikkel 7

Isikute kontrollimine piiril

1. Välispiiri ületamist kontrollivad piirivalveametnikud. Kontrollimine toimub käesoleva peatüki kohaselt.

[…]

3. Kolmandate riikide kodanikke kontrollitakse riiki sisenemisel ja riigist lahkumisel põhjalikult.

a) Riiki sisenemisel hõlmab põhjalik kontroll järgmist: artikli 5 lõikes 1 riiki sisenemise kohta sätestatud tingimuste kontrollimist ning vajaduse korral riigis elamist ja kutsealaga tegelemist lubavate dokumentide kontrollimist. See hõlmab järgmiste aspektide üksikasjalikku kontrollimist:

[…]

b) Riigist lahkumisel hõlmavad põhjalikud kontrollid järgmist:

   i) kolmanda riigi kodanikul piiriületuseks vajaliku kehtiva dokumendi olemasolu kontrollimist;

   ii) dokumendi kontrollimist võltsimis- ja järeletegemise tunnuste avastamiseks;

   iii) võimalusel selle kontrollimist, et kolmanda riigi kodanik ei ohusta ühegi liikmesriigi avalikku korda, sisejulgeolekut ega rahvusvahelisi suhteid.

c) Lisaks punktis b nimetatud kontrollidele võivad põhjalikud kontrollid riigist lahkumisel hõlmata ka järgmist:

   i) isikul kehtiva viisa olemasolu kontrollimist, kui viisa on nõutav […], välja arvatud juhul, kui isikul on kehtiv elamisluba; […]

   ii) liikmesriikide territooriumil lubatud viibimise maksimumkestvuse mitteületamise kontrollimist;

   iii) isikute ja esemete kohta SISi ja siseriiklikesse andmebaasidesse kantud hoiatuste kontrollimist.

[…]”

18. Nende eeskirjade III jaotise I peatükis „Piirikontrolli kaotamine sisepiiridel” paikneva artikli 20 kohaselt võib „sisepiire […] ületada igas kohas, ilma et isikuid, olenemata nende kodakondsusest, piiril kontrollitakse”.

19. Schengeni piirieeskirjade IV jaotise „Lõppsätted” alla kuuluva artikli 39 lõike 1 kohaselt tunnistati Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni artiklid 2–8 kehtetuks alates 13. oktoobrist 2006. Eeskätt asendati nii varem Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni artikli 5 lõikes 1 sätestatud sisenemise nõuded Schengeni piirieeskirjade artiklis 5 sätestatutega.

B. *Prantsuse õigusnormid*

1. Välismaalaste riiki sisenemise ja riigis viibimise ning varjupaigaõiguse seadustik

20. Välismaalaste riiki sisenemise ja riigis viibimise ning varjupaigaõiguse seadustiku (code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile), mida on muudetud 31. detsembri 2012. aasta seadusega nr 2012-1560, mis käsitleb kinnipidamist riigis elamise õiguse kontrollimise eesmärgil ja millega muudetakse ebaseaduslikule riigis viibimisele kaasaaitamise süüteo koosseisu humaansete ja omakasupüüdmatute tegude väljajätmise eesmärgil (loi nº 2012-1560 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d’aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, *Journal officiel de la République française*, 1.1.2013, lk 48), (edaspidi „Ceseda”), artikkel L. 621-2 näeb ette:

„Välismaalast, kes ei ole Euroopa Liidu liikmesriigi kodanik, karistatakse üheaastase vangistuse ning rahalise karistusega summas 3750 eurot järgmistel juhtudel:

1° kui ta ei vasta [Schengeni piirieeskirjade] artikli 5 lõike 1 punktide a, b või c nõuetele ja siseneb emamaale, ilma et talle oleks antud luba siseneda territooriumile vastavalt nende [eeskirjade] artikli 5 lõike 4 punktidele a ja c; sama kehtib juhul, kui välismaalase kohta on [Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni] muu osalisriigi täitmisele pööratava otsuse alusel antud hoiatusteade riiki sisenemise keelamiseks;

2° kui ta siseneb emamaale, tulles otse [Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni] osalisriigi territooriumilt, järgimata selle konventsiooni artikli 19 lõiget 1 või 2, artikli 20 lõiget 1 ja artikli 21 lõiget 1 või 2, välja arvatud [Schengeni piirieeskirjade] artikli 5 lõike 1 punktis e ja punktis d nimetatud nõuded, kui hoiatusteadet riiki sisenemise keelamiseks ei ole antud [Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni] muu osalisriigi täitmisele pööratava otsuse alusel;

[…]

Käesoleva artikli kohaldamiseks võib kriminaalasja algatada üksnes juhul, kui faktilised asjaolud tuvastatakse kriminaalmenetluse seadustiku [(code de procédure pénale)] artiklis 53 ette nähtud asjaoludel”.

2. Kriminaalmenetluse seadustik

21. Põhikohtuasja asjaolude ilmnemise hetkel kehtinud redaktsioonis nägi kriminaalmenetluse seadustiku artikkel 53 ette järgmist:

„Värskelt toimepandud esimese või teise astme kuritegu on esimese või teise astme kuritegu, mida parasjagu pannakse toime või on just toime pandud. Värskelt toimepandud esimese või teise astme kuriteoga on tegemist ka siis, kui vahetult pärast tegu on kahtlustatavat avalikult jälitatud, tema valduses on esemed või temalt leitakse jälgi või tõendeid, mille alusel võib arvata, et ta osales esimese või teise astme kuriteos.

Värskelt toimepandud esimese või teise astme kuriteo tuvastamise järel võib vabariigi prokuröri järelevalve all toimuv ning käesoleva peatüki tingimustele vastav juurdlus kesta katkematult kaheksa päeva.

[…]”

22. Kriminaalmenetluse seadustiku artikkel 62-2 näeb ette:

„Kinnipidamine on sunnimeede, mille kohaldamise otsustab kriminaalpolitseinik kohtu järelevalve all ning millega jäetakse uurijate käsutusse isik, keda on ühel või mitmel tõsiseltvõetaval põhjusel alust kahtlustada sellise esimese või teise astme kuriteo toimepanemises või katses, mille eest on ette nähtud vangistus.

[…]”

III. **Põhikohtuasja asjaolud, menetlus Euroopa Kohtus ja eelotsuse küsimused**

23. Prantsuse politseiametnikud kontrollisid 22. märtsil 2013 Ghana kodanikku S. Affumi Coquelles’is (Prantsusmaa), kus asub La Manche’i väina aluse tunneli sissepääs; S. Affum reisis sel hetkel bussiga, mis sõitis Gentist (Belgia) Londonisse (Ühendkuningriik).

24. S. Affum esitas kolmanda isiku foto ja nimega Belgia passi ja tal ei olnud ühtegi tema nimelist isikut tuvastavat või reisidokumenti; seetõttu peeti ta kinni Ceseda artikli L. 621-2 alusel Prantsusmaa territooriumile ebaseadusliku sisenemise tõttu.

25. Järgmisel päeval otsustas Vabariigi prokurör, kelle tööpiirkonda kuulub Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (Boulogne-sur-Mer’i esimese astme kohus), lõpetada S. Affumi vastu algatatud kriminaalmenetluse. Sellest tulenevalt lõpetati samal päeval ka tema kinnipidamine.

26. Kuid S. Affumi vastu kriminaalmenetluse algatamisega samal ajal oli Pas-de-Calais prefekt alustanud seoses S. Affumi olukorraga haldusmenetlust, et otsustada, kas ta tuleb Prantsusmaa territooriumilt välja saata.

27. Pas-de-Calais prefekt otsustas 23. märtsi 2013. aasta otsusega anda S. Affumi tagasi Belgia ametivõimudele tema tagasivõtuks ühelt poolt Prantsuse Vabariigi valitsuse ja teiselt poolt Belgia Kuningriigi, Luksemburgi Suurhertsogiriigi ja Madalmaade Kuningriigi valitsuse vahel sõlmitud kokkuleppele, mis käsitleb isikute enda hoolde võtmist Prantsusmaa ja Beneluxi riikide territooriumi vahelistel ühispiiridel (kokkulepe allkirjastati 16. aprillil 1964 Pariisis).

28. Samas otsuses määras Pas-de-Calais prefekt S. Affumi kinnipidamise ruumides, mille haldaja ei ole vanglaamet, viieks päevaks alates tema kinnipidamise lõpust, et oodata ära tema väljasaatmine. S. Affumi peeti prefekti otsuse alusel kinni viis päeva alates 23. märtsist 2013, et anda ta tagasi Belgia ametivõimudele.

29. Pas-de-Calais prefekt taotles 27. märtsil 2013 Tribunal de grande instance de Lille'i (Lille'i esimese astme kohus) vabaduse ja kinnipidamise asju lahendavalt kohtunikult luba kinnipidamist pikendada, et oodata ära Belgia ametivõimude vastus tagasivõtmise taotlusele.

30. S. Affum väitis eeskätt kohtuotsusele Achughbabian[5] tuginedes oma kaitseks, et Pas-de-Calais prefekti taotlus tuleb jätta rahuldamata, sest tema kinnipidamine oli õigusvastane, ning et sellisest õigusvastasusest tulenevalt on liikmesriigi õiguse kohaselt kogu menetlus ebaseaduslik ning tingib kinnipidamise pikendamise taotluse rahuldamata jätmise ja asjaomase isiku vabastamise.

31. Tribunal de grande instance de Lille'i (Lille'i esimese astme kohus) vabaduse ja kinnipidamise asju lahendav kohtunik asus 28. märtsi 2013. aasta kohtumääruses siiski seisukohale, et S. Affumi kinnipidamine oli õiguspärane ning et tema sellele järgnenud halduslik kinnipidamine oli seega aset leidnud õiguspärase menetluse järel. Ta rahuldas seega Pas-de-Calais prefekti taotluse ning määras S. Affumi halduskiku kinnipidamise pikendamise maksimaalselt 20 päeva võrra alates kohtumääruse tegemise päevast.

32. S. Affum kaebas selle kohtumääruse peale edasi Cour d'appel de Douai'le (Douai apellatsioonikohus), kes kinnitas 29. märtsi 2013. aasta kohtumäärusega Tribunal de grande instance de Lille'i (Lille'i esimese astme kohus) vabaduse ja kinnipidamise asju lahendava kohtuniku kohtumäärust.

33. S. Affum kaebas selle kohtumääruse peale edasi Cour de cassation'ile (kassatsioonikohus), kes otsustas menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiivi 2008/115 artikli 3 punkti 2 tuleb tõlgendada nii, et kolmanda riigi kodanik viibib liikmesriigi territooriumil ebaseaduslikult ja kuulub seetõttu selle direktiivi artikli 2 lõike 1 kohaselt direktiivi kohaldamisalasse, kui see välismaalane on lihtsalt läbisõidul olev reisija selle liikmesriigi territooriumil sõitvas bussis, mis tuleb ühest teisest Schengeni ala liikmesriigist ja suundub mõnda erinevasse liikmesriiki?

2. Kas direktiivi 2008/115 artikli 6 lõiget 3 tuleb tõlgendada nii, et selle direktiiviga ei ole vastuolus riigisisesed õigusnormid, mis näevad kolmanda riigi kodanikule ebaseadusliku riiki sisenemise eest ette vangistuse, kui selle välismaalase võib tagasi võtta teine liikmesriik vastavalt viimati nimetatud liikmesriigiga enne direktiivi jõustumist sõlmitud lepingule või kokkuleppele?

3. Olenevalt eelmisele küsimusele antavast vastusest: kas direktiivi 2008/115 tuleb tõlgendada nii, et riigisisesed õigusnormid, mis näevad kolmanda riigi kodanikule ebaseadusliku riiki sisenemise eest ette vangistuse, on sellega vastuolus samadel tingimustel, nagu on ette nähtud [Euroopa Kohtu

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

otsuses Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)] seoses riigis ebaseadusliku viibimisega (need tingimused seonduvad asjaoluga, et huvitatud isiku suhtes ei ole eelnevalt kohaldatud direktiivi artiklis 8 sätestatud sunnimeetmeid, ja tema kinnipidamise kestusega)?

34. S. Affum esitas oma seisukohad; sama tegid Prantsuse, Tšehhi, Kreeka, Ungari ja Šveitsi valitsus ning Euroopa Komisjon. S. Affum, Prantsuse ja Kreeka valitsus ning komisjon kuulati ära 10. novembri 2015. aasta kohtuistungil.

IV. **Analüüs**

35. Oma kolme küsimusega, mida on otstarbekas analüüsida koos, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada saada, kas direktiiviga 2008/115 on vastuolus liikmesriigi õigusnormid, mis näevad kolmanda riigi kodanikule ebaseadusliku riiki sisenemise eest ette vangistuse, kui see isik tabati Schengeni alalt[6] lahkumisel selle liikmesriigi välispiiril teises liikmesriigis alanud läbisõidul ning kui selle isiku võib tagasi võtta see teine liikmesriik vastavalt temaga enne direktiivi 2008/115 jõustumist sõlmitud kokkuleppele.

36. Esitatud küsimustele tarviliku vastuse andmiseks tuleb kõigepealt anda lühiülevaade esiteks direktiiviga 2008/115 ja teiseks Schengeni piirieeskirjadega kehtestatud süsteemist, analüüsides seejuures neid kaht instrumenti üksteisest eraldavat piirjoont; seejärel tuleb lühidalt meenutada Euroopa Kohtu praktikat isikult vabaduse võtmise kohta direktiivis 2008/115 ettenähtutest erinevates olukordades ja lõpetuseks tuleb analüüsida kõnealuseid liikmesriigi õigusnorme.

A. *Direktiiv 2008/115 ja selle kohaldamisala*

37. Direktiivi 2008/115 eesmärk on selle artikli 1 kohaselt sätestada ühised nõuded ja kord, mida tuleb kohaldada liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel, kooskõlas põhiõiguste ja rahvusvahelise õigusega. Direktiivi põhjendusest 4 nähtub, et sellega soovitakse kehtestada selged, läbipaistvad ja õiglased eeskirjad, millega nähakse ette tõhus tagasisaatmispoliitika, mis on hästihallatava rändepoliitika vajalik osa. Direktiiv 2008/115 võeti vastu endise EÜ artikli 63 esimese lõigu punkti 3 alapunkti b[7] alusel EÜ artikli 251[8] kohase kaasotsustusmenetluse kaudu. Tegemist on esimese sisserände valdkonna õigusaktiga, mis võeti vastu selle menetluse kaudu.[9]

38. Direktiivi 2008/115 isikuline kohaldamisala (nagu see on määratletud direktiivi artiklis 2) on väga lai. Selle artikli lõike 1 kohaselt kohaldatakse direktiivi 2008/115 liikmesriigi territooriumil ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike suhtes. Sellist ebaseaduslikku riigisviibimist kujutab endast sellise kolmanda riigi kodaniku viibimine liikmesriigi territooriumil, kes ei vasta või enam ei vasta Schengeni piirieeskirjade artiklis 5 sätestatud sisenemise tingimustele või muudele asjaomasesse liikmesriiki sisenemise, selles viibimise või elamise tingimustele.[10]

6 — Ehkki Schengeni piirieeskirjad ei kasuta mõistet „Schengeni ala”, kasutatakse seda tavapäraselt neid eeskirju kohaldavate liikmesriikide tähistamiseks. Märgin selles kontekstis, et ka Euroopa Kohus ise kasutab seda mõistet. Vt näiteks kohtuotsused, ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, eri punktid ja resolutsioon), Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, punkt 67) ja T (C-373/13, EU:C:2015:413, punkt 52).

7 — Pärast Lissaboni lepingu jõustumist sai sellest sättest ELTL artikli 79 lõike 2 punkt c.

8 — Selle menetluse kasutamise võimaluse andis nõukogu 22. detsembri 2004. aasta otsus 2004/927/EÜ, mis näeb ette Euroopa Ühenduse asutamislepingu artiklis 251 osutatud menetluse kohaldamise kõnealuse asutamislepingu kolmanda osa IV jaotisega hõlmatud teatud valdkondade suhtes (ELT L 396, lk 45).

9 — Vt 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, lk 1–17, eeskätt lk 1.

10 — Vt direktiivi 2008/115 artikli 3 punkt 2.

39. Kuivõrd direktiivi 2008/115 artikli 2 lõige 1 räägib üksnes ebaseaduslikust riigis viibimisest, ei tee direktiiv vahet ebaseaduslikul riiki sisenemisel ja ebaseaduslikul riigis viibimisel.

40. Direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 2 kohaselt võivad liikmesriigid otsustada jätta direktiivi kohaldamata teatavates väga täpselt piiritletud olukordades. Nimelt võib liikmesriik direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 2 punkti a alusel otsustada jätta selle direktiivi kohaldamata kolmandate riikide kodanikele, kelle suhtes rakendatakse sisenemiskeeldu vastavalt Schengeni piirieeskirjade artiklile 13 või kelle pädevad asutused on kinni pidanud või tabanud seoses liikmesriigi välispiiri ebaseadusliku ületamisega ning kes ei ole hiljem saanud luba või õigust kõnealuses liikmesriigis viibimiseks.

41. Selle sätte kohaselt peab kolmanda riigi kodaniku tabama seoses välispiiri ebaseadusliku ületamisega; minu arvates nõuab see ajaliselt ja ruumiliselt lähedast seost piiriületamisega.

42. Direktiivis 2008/115 endas ei ole määratletud mõisteid „sisepiir” ja „välispiir”. Kuid kuivõrd selles direktiivis on korduvalt viidatud Schengeni piirieeskirjadele, on minu arvates selge, et nendes eeskirjades antud määratlused on kohaldatavad. Nii nähtub Schengeni piirieeskirjade artikli 2 punkti 1 alapunktist a ja punktist 2, et „sisepiirid” on liikmesriikide ühised maismaapiirid[11], ning et „välispiirid” on liikmesriikide maismaapiirid[12] ja merepiirid[13], kui need ei ole sisepiirid. Loomulikult peetakse mõistega „liikmesriigid” silmas üksnes neid liidu liikmesriike, kes kohaldavad Schengeni *acquis*'d, ja seda kohaldavaid kolmandaid riike.[14]

43. Direktiivi 2008/115 kohaldatakse ainult nende riikide suhtes, kes kuuluvad Schengeni alasse. Direktiivi 2008/115 artikli 21 kohaselt asendatakse direktiiviga Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni artiklid 23 ja 24. Täpsemalt Ühendkuningriiki puudutavas on direktiivi 2008/115 põhjenduses 26 täpsustatud, et Ühendkuningriik „ei osale […] käesoleva direktiivi vastuvõtmisel, mistõttu see ei ole tema suhtes siduv ega kohaldatav”.

B. *Schengeni piirieeskirjad*

44. Schengeni piirieeskirjadega on kehtestatud isikute üle piiri liikumist reguleerivad eeskirjad.

45. Välispiiri ületamise nõudeid ja nende täidetuse kontrollimist reguleerib Schengeni piirieeskirjade II jaotis[15]. Kontrollid hõlmavad esiteks liikmesriikide määratletud piiripunktides toimuvat kontrolli ja teiseks piiripunktide vahelist patrull- ja vaatlustegevust.

46. Seevastu on direktiiv 2008/115 kohaldatav niipea, kui isik siseneb ebaseaduslikult Schengeni alale, ilma et tal oleks õigust seal viibida.

47. Schengeni piirieeskirjades on nüüd[16] sõnaselgelt seostatud need eeskirjad direktiiviga 2008/115. Nimelt näeb nende eeskirjade artikli 12 lõike 1 teine lause ette, et isik, kes on ületanud ebaseaduslikult piiri ning kellel ei ole õigust viibida asjaomase liikmesriigi territooriumil, peetakse kinni ning tema suhtes rakendatakse menetlusi, järgides direktiivi 2008/115.

11 — Sealhulgas jõe- ja järvepiirid.

12 — Sealhulgas jõe- ja järvepiirid.

13 — Sealhulgas lennujaamad, jõe-, mere- ja järvesadamad.

14 — Vt Schengeni piirieeskirjade põhjendused 21–28.

15 — Schengeni piirieeskirjade artiklid 4–19a. Sellel jaotisel on viis peatükki: välispiiride ületamine ja sisenemise nõuded (I peatükk), välispiirikontroll ja sisenemiskeeld (II peatükk), töötajad ja vahendid piirikontrolli teostamiseks ja liikmesriikide vaheline koostöö (III peatükk), piiril teostatavate kontrollide erieeskirjad (IV peatükk) ja erimeetmed välispiiride kontrolliga seotud tõsiste puuduste korral (IVa peatükk).

16 — Tuleb märkida, et mõni kuu pärast põhikohtuasja asjaolude ilmnemist muudeti Schengeni piirieeskirjade artikli 12 lõiget 1 just nimelt selleks, et selgitada seost direktiiviga 2008/115. Vt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. juuni 2013. aasta määruse (EL) nr 610/2013, millega muudetakse määrust nr 562/2006, Schengeni lepingu rakendamise konventsiooni, nõukogu määrusi (EÜ) nr 1683/95 ja (EÜ) nr 539/2001 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrusi (EÜ) nr 767/2008 ja (EÜ) nr 810/2009 (ELT L 182, lk 1), artikli 1 punkt 11.

C. *Vabaduse võtmine arvestades direktiiviga 2008/115*

48. Direktiivi 2008/115 IV peatüki „Kinnipidamine väljasaatmise eesmärgil” kohaselt saab kinnipidamist kohaldada *ultima ratio* ainult siis, kui see on väljasaatmist oodates tingimata vajalik.[17] Nende kinnipidamist käsitlevate sätete mõte on see, et vabaduse võtmine on põhjendatud ainult tagasi- ja väljasaatmismenetluste läbiviimisel ning kui neid menetlusi ei viida läbi nõuetekohase hoolsusega, ei ole kinnipidamine enam nende sätete alusel õigustatud.[18] Kinnipidamine väljasaatmise eesmärgil ei ole karistav ega kriminaalõiguslik ja ei kujuta endast vangistust.[19] Lisaks on direktiivi 2008/115 artikli 15 lõiget 1 vaja tõlgendada kitsalt, sest sunniviisiline kinnipidamine kui vabaduse võtmine kujutab endast erandit individuaalse vabaduse põhiõigusest.[20]

49. Seoses kinnipidamise või vangistusega väljaspool direktiivis 2008/115 nimetatud olukordi ei leia sellest direktiivist ühtegi sätet, mis näeks ette liikmesriikide võimaluse kasutada kinnipidamist või vangistust kriminaalkaristusena ebaseadusliku riigis viibimise korral. Selle põhjus on minu arvates ilmselge: selliseks karistuseks ei ole aega arvestades sellega, direktiivi 2008/115 eesmärk on tagada ebaseaduslikult riigis viibivate kolmanda riigi kodanike kiire tagasipöördumine. Mis tahes kinnipidamine või vangistus, mida ei kohaldata tagasisaatmismenetluse raames, pikendaks lõppkokkuvõttes seda menetlust.

50. Kohtuasjas, milles tehti kohtuotsus El Dridi[21], paluti Euroopa Kohtul hinnata, kas direktiiviga 2008/115 on vastuolus sellised liikmesriigi õigusnormid, nagu põhikohtuasjas kõne all olnud Itaalia õigusnormid, mis näevad ette vangistuse mõistmise ebaseaduslikult riigis viibivale kolmanda riigi kodanikule ainuüksi seetõttu, et viimane on vaatamata sellele, et talle on tehtud ettekirjutus kindlaksmääratud aja jooksul selle liikmesriigi territooriumilt lahkuda, sinna mõjuva põhjuseta edasi jäänud. Euroopa Kohus sedastas, et sellised õigusnormid on tõepoolest vastuolus direktiiviga 2008/115 ja eeskätt selle artiklitega 15 ja 16.[22]

51. Kohtuasjas, milles tehti kohtuotsus Achughbabian[23], paluti Euroopa Kohtul taas välja selgitada, kas direktiiviga 2008/115 on vastuolus sellised liikmesriigi õigusnormid, nagu põhikohtuasjas kõne all olnud Prantsuse õigusnormid[24], mis näevad ette vangistuse mõistmise kolmanda riigi kodanikule ainuüksi seetõttu, et ta sisenes ebaseaduslikult Prantsuse territooriumile või viibis seal ebaseaduslikult. Euroopa Kohus sedastas taas, et sellised õigusnormid on direktiiviga 2008/115 vastuolus, „kuivõrd need õigusnormid lubavad vangistada kolmanda riigi kodaniku, kes küll viibib asjaomase liikmesriigi territooriumil ebaseaduslikult ega ole valmis sellelt territooriumilt vabatahtlikult lahkuma, kuid kelle suhtes ei ole kohaldatud selle direktiivi artiklis 8 osutatud sunnimeetmeid ning kelle puhul ei ole tema väljasaatmise ettevalmistamise ja läbiviimise eesmärgil kinnipidamise korral sellise kinnipidamise maksimaalne kestus ületatud”[25]. Selles põhikohtuasjas vastas A. Achughbabiani olukord sellele kirjeldusele.

17 — Direktiivi 2008/115 artiklid 15–18.

18 — Üksikasjalikuma analüüsi leiab minu seisukohast kohtuasjas Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punktid 46–55).

19 — Vt minu seisukoht kohtuasjas Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 47). Vt ka kohtujurist Mazáki seisukoht kohtuasjas El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205, punkt 35), kohtujurist Wathelet’ seisukoht kohtuasjas G ja R (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553, punkt 54) ja kohtujurist Bot’i ettepanek kohtuasjades Bero ja Bouzalmate (C-473/13 ja C-514/13, EU:C:2014:295, punkt 91).

20 — Vt minu seisukoht kohtuasjas Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 47). Euroopa Inimõiguste Kohus on asunud samale seisukohale seoses Roomas 4. novembril 1950 allkirjastatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 5 lõike 1 punktiga f (vt eelkõige Euroopa Inimõiguste Kohtu otsused, Quinn *vs.* Prantsusmaa, 22.3.1995, A-seeria, nr 311, punkt 42, ja Kaya *vs.* Rumeenia, nr 33970/05, 12.10.2006, punkt 16).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Kohtuotsus El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 62 ja resolutsioon).

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Endine Ceseda artikkel 621-1.

25 — Kohtuotsus Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 50 ja resolutsiooni esimene taane).

52. Arutluskäigu kohaselt, mida Euroopa Kohus neis kahes kohtuasjas järgis, võib vangistus takistada direktiiviga 2008/115 taotletava eesmärgi saavutamist, direktiivi artikli 8 lõikes 1 sätestatud meetmete kohaldamist ning tingida tagasisaatmisotsuse täitmise viibimise.[26]

53. Kohtuotsuses Achughbabian[27] märkis Euroopa Kohus siiski, et direktiiviga 2008/115 ei ole vastuolus liikmesriigi õigusnormid, mis näevad ette kriminaalkaristuse ebaseadusliku riigis viibimise eest, „kuivõrd need lubavad vangistada kolmanda riigi kodaniku, kelle suhtes kohaldati [direktiiviga 2008/115] kehtestatud tagasisaatmismenetlust ning kes viibib nimetatud territooriumil ilma mõjuva põhjuseta tagasipöördumisest keeldumiseks”[28].

54. Kohtuotsuses Sagor[29] kinnitas Euroopa Kohus hiljem, et tagasisaatmismenetluse raames määratud ja rakendatud elukohast lahkumise keeld võib „edasi [lükata] ja seega takista[da] selliste meetmete kohaldamist, nagu on piiripunkti toimetamine või sunniviisiline tagasisaatmine õhuteed pidi, mis aitavad kaasa riigist väljasaatmise täideviimisele”. Seevastu sedastas Euroopa Kohus seoses kriminaalmenetlusega, mille tulemusel mõistetakse rahaline karistus, et selline karistus ei takista direktiiviga 2008/115 ette nähtud tagasisaatmismenetlust.[30] Euroopa Kohus lisas, et „rahalise karistuse määramine [ei takista] mingil moel tagasisaatmisotsuse vastuvõtmist ja täideviimist direktiivi 2008/115 artiklites 6–8 toodud tingimusi täielikult arvestades ja see ei riku ka direktiivi artiklites 15 ja 16 sätestatud vabaduse võtmise ühiseid nõudeid”[31].

55. Hiljuti asus Euroopa Kohus kohtuasjas, milles tehti kohtuotsus Celaj[32] ning kus Itaalia Vabariik soovis kohaldada kriminaalkaristusi sellise riigis ebaseaduslikult viibiva kolmanda riigi kodaniku suhtes, kelle suhtes oli kohaldatud tema esimest korda ühes liikmesriigis ebaseaduslikult viibimise lõpetamiseks direktiivis 2008/115 ette nähtud ühiseid nõudeid ja korda ning kes oli uuesti sisenenud selle liikmesriigi territooriumile sisenemiskeeldu rikkudes, seisukohale, et „põhikohtuasja asjaolud [erinevad] selgelt asjaoludest kohtuasjades, mille põhjal tehti kohtuotsused El Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] […] ja Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]”[33] ning et „üldjuhul ei ole [direktiiviga 2008/115] vastuolus liikmesriigi õigusnormid, millega nähakse ette vangistus ebaseaduslikult riigis viibivale kolmanda riigi kodanikule, kes pärast seda, kui ta varasemas tagasisaatmismenetluses päritoluriiki tagasi saadeti, sisenes uuesti ebaseaduslikult esimesena nimetatud riigi territooriumile, rikkudes sisenemiskeeldu”.[34]

56. Kokkuvõtlikult öeldes on Euroopa Kohtu praktikas mööndud kahte sellist olukorda, kus direktiiviga 2008/115 ei ole vastuolus kolmanda riigi kodanikule vangistuse mõistmine riigis ebaseadusliku viibimise alusel, st olukord, kus direktiivis 2008/115 ette nähtud tagasisaatmismenetlust kohaldati ja kolmanda riigi kodanik viibib ebaseaduslikult asjaomasel territooriumil ilma mõjuva põhjuseta tagasipöördumisest keeldumiseks (kohtuasjas Achughbabian esinenud olukord), ja olukord, kus tagasisaatmismenetlust kohaldati ning asjaomane isik siseneb uuesti sama liikmesriigi territooriumile sisenemiskeeldu rikkudes (kohtuasjas Celaj esinenud olukord).

26 — Vt kohtuotsused El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 59) ja Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 45). Analüüs nende kahe kohtuasja tagajärgede kohta liikmesriigi seadusandjale kriminaalõiguse valdkonnas: Mitsilegas, V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, lk 57–76.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Punktid 48, 50 ja resolutsiooni teine taane. Kuigi see tekst sisaldub ka kohtuotsuse resolutsioonis, on see minu arvates selgelt *obiter dictum*, kuna sel ei ole mingit seost kõne all olnud asja asjaoludega ja see puudutab hüpoteetilist olukorda.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, punkt 45.

30 — Punkt 36.

31 — Punkt 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

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

34 — Punkt 33 ja resolutsioon.

57. S. Affumi puhul ei ole tegemist kummagagi neist kahest olukorrast, sest tema suhtes ei kohaldatud tagasisaatmismenetlust (kohtuasjas Achughbabian esinenud olukord) ja tegemist ei ole Prantsuse territooriumile uuesti sisenemisega (kohtuasjas Celaj esinenud olukord).

58. Prantsuse ametivõimud on siiski seisukohal, et talle on võimalik mõista vangistus ebaseadusliku sisenemise tõttu Prantsusmaale.

D. *Ebaseaduslik territooriumile sisenemine arvestades direktiiviga 2008/115*

1. Prantsuse õigusnormid

59. Pärast Euroopa Kohtu otsust Achughbabian [35] ja Euroopa Inimõiguste Kohtu otsust Mallah *vs*. Prantsusmaa [36] kohandas Prantsuse valitsus seadusega nr 2012-1560 [37] riigis ebaseaduslikult viibivate välismaalaste väljasaatmise korda. Ta muutis muu hulgas oma õigusnorme, et kaotada riigis ebaseadusliku viibimise süütegu ja kehtestada välismaalaste kinnipidamise menetlus nende riigis elamise õiguse kontrollimise eesmärgil. Prantsuse ametivõimud jätsid aga alles riiki ebaseadusliku sisenemise süüteo, mis seisneb välispiiri ebaseaduslikus ületamises (Ceseda artikkel L. 621-2, lõige 1) ja kolmanda riigi kodaniku liikumises Schengeni lepingu rakendamise konventsioonis välismaalaste liikumist käsitlevaid nõudeid rikkudes (Ceseda artikkel L. 612-2, lõige 2).

60. Seaduse eelnõu seletuskirjas on Prantsuse ametivõimud seisukohal, et „välispiiride ületamist ja kolmandate riikide kodanike liikumist liikmesriikide vahel käsitlevad eeskirjad ei kuulu direktiivi [2008/115] kohaldamisalasse” [38].

61. Prantsuse ametivõimud on nimelt seisukohal, et need eeskirjad „tulenevad välispiiride ületamist puudutavas […] Schengeni piirieeskirjadest […], mis näevad ette liikmesriikide kohustuse kehtestada hoiatavad karistused piiril tuvastatud rikkumise korral, st sisenemiskeelu korral või juhul, kui piiri ebaseadusliku ületamise korral isik kinni peetakse või tabatakse. Seoses [Schengeni lepingu rakendamise konventsioonis] ette nähtud selliste eeskirjade rikkumisega, mis käsitlevad liikumist liikmesriikide vahel, näeb direktiiv [2008/115] sõnaselgelt ette võimaluse, et liikmesriigid ei kohalda mitte väljasaatmismeedet, vaid rakendavad liikmesriikidevahelisi tagasivõtumehhanisme, mille suhtes direktiiv [2008/115] ei ole kohaldatav, nagu tuletas meelde Conseil d’État (kõrgeim halduskohus) esialgse õiguskaitse kohaldamise üle otsustav kohtunik (Conseil d’État otsus, 27.6.2011, Ministère de l’intérieur *vs*. Lassoued, nr 350207)” [39].

62. Prantsuse ametivõimud järeldavad sellest, et „[n]eed hüpoteesid jäävad tõepoolest välja Euroopa Liidu Kohtu antud tõlgenduse kohaldamisalast, millele Cour de cassation [(kassatsioonikohus)] tugines, ja karistuste kaotamine oleks vastuolus Euroopa eeskirjadega” [40].

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Vt Euroopa Kohtu otsus Mallah *vs*. Prantsusmaa, nr 29681/08, 10.11.2011. Selles kohtuasjas tugines Maroko kodanik, kes oli süüdi mõistetud oma kaasmaalasest väimehe, kes viibis riigis ebaseaduslikult, majutamise eest, asjaolule, et tema süüdimõistmine kujutas kohtuasja asjaolusid arvestades endast ebaproportsionaalset sekkumist õiguse era- ja perekonnaelu austamisele (Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikkel 8) teostamisse. Strasbourg’i kohus asus seisukohale, et Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 8 sätteid ei olnud rikutud, ainult sel põhjusel, et asjaomane isik vabastati karistusest. Sellest tulenevalt laiendas Prantsuse seadusandja artiklis L. 622-4 ette nähtud kriminaalvastutusest vabastamise ulatust nii, et see katab ka ebaseaduslikult riiki sisenemisele ja riigis ebaseaduslikult viibimisele kaasaaitamise süütegu. Vt 21. septembri 2012. aasta riigis ebaseaduslikult viibivate välismaalaste väljasaatmist käsitlevate õigusnormide kohaldamise seaduse eelnõu mõju analüüs, mis on kättesaadav järgmisel internetiaadressil: http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Seadus on kättesaadav järgmisel internetiaadressil: http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

38 — Eelnõu: seadus, mis käsitleb kinnipidamist riigis elamise õiguse kontrollimise eesmärgil ja millega muudetakse riigis ebaseaduslikule viibimisele kaasaaitamise süüteo koosseisu humaansete ja omakasupüüdmatute tegude väljajätmise eesmärgil; eelnõu registreeriti senati esimehe juures 28. septembril 2012 ja on kättesaadav järgmisel internetiaadressil: http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf, (lk 6).

39 — *Ibidem* (lk 6).

40 — *Ibidem* (lk 6).

2. S. Affumi olukord

63. Prantsuse ametivõimud tuginevad oma õigusnormide põhjendamiseks direktiivi 2008/115 ja Schengeni piirieeskirjade mitmele sättele; ma analüüsin neid sätteid kohe allpool, enne kui teen Euroopa Kohtule ettepaneku, kinnitada direktiivi 2008/115 kohaldatavust. Nimelt ei ole minu arvates ükski nende kahe instrumendiga ette nähtud eranditest ega piirangutest käesolevas kohtuasjas kohaldatav.

a) Direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 2 punkt a

64. Prantsuse Vabariik viitab direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 2 punktile a ja väidab, et selline juhtum nagu põhikohtuasjas kõne all olev jääb direktiivi kohaldamisalast välja.

65. Esiteks tuleb meenutada, et direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 2 punkt a on kohaldatav ainult välispiiride puhul, samas kui piir Belgia ja Prantsusmaa vahel kujutab endast sisepiiri, ja S. Affum tabati hetkel, mil ta väljus Prantsusmaalt välispiiril, mis eraldab Prantsusmaad Ühendkuningriigist.

66. Selles kontekstis on Prantsuse Vabariik seisukohal, et direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 2 punkt a on kohaldatav liikmesriigi välispiiri ebaseadusliku ületamise korral nii Schengeni alale sisenemise kui ka sealt väljumise korral.

67. Prantsuse Vabariigi seisukoht näib seega olevat, et sellise isiku olukord, kes on sisenenud ebaseaduslikult ühe liikmesriigi territooriumile sisepiiri ületades, kuid kes tabatakse alles siis, kui ta väljub selle liikmesriigi territooriumilt välispiiril, kuulub direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 2 punkti a kohaldamisalasse; ma ei saa sellise seisukohaga nõustuda.

68. Selle sätte sõnastusest nähtub minu arvates selgelt, et silmas peetakse ainult ebaseaduslikku sisenemist, sest vastasel juhul oleks sisutühi lause viimane osa („ning kes ei ole hiljem saanud luba või õigust kõnealuses liikmesriigis viibimiseks”). [41]

69. Prantsuse Vabariik ei saa seega käesolevas kohtuasjas tugineda direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 2 punktile a.

b) Direktiivi 2008/115 artikli 3 punkt 2: lihtne läbisõit kui „viibimine”

70. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul näib olevat kahtlusi seoses sellega, kas sellise kolmanda riigi kodaniku viibimine Schengeni alasse kuuluva liikmesriigi territooriumil, kes lihtsalt sõidab sellest riigist läbi teise liikmesriiki, mis ei kuulu Schengeni alasse, kuulub ikka direktiivi 2008/115 kohaldamisalasse.

71. Sellised kahtlused on alusetud.

72. Direktiivi 2008/115 artikli 2 lõike 1 kohaselt kohaldatakse direktiivi liikmesriigi territooriumil ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike suhtes. „Ebaseaduslik riigisviibimine” on direktiivi artikli 3 punktis 2 määratletud kui „kolmanda riigi kodaniku viibimine liikmesriigi territooriumil, kui ta ei vasta või enam ei vasta Schengeni piirieeskirjade artiklis 5 sätestatud sisenemise tingimustele või muudele asjaomasesse liikmesriiki sisenemise, selles viibimise või elamise tingimustele”.

41 — Pealegi, kui jätkata Prantsuse Vabariigi arutluskäiku selle loogilise lõppjärelduseni, kuuluks direktiivi 2008/115 kohaldamisalasse sellise isiku olukord, kes siseneb ebaseaduslikult liikmesriigi territooriumile sisepiiri ületades ja kelle selle liikmesriigi ametivõimud tabavad mitte välispiiril, vaid mujal oma territooriumil; seda seetõttu, et see isik ei ole ületanud välispiiri. Mulle tundub, et S. Affumi olukorras oleva isiku erinev kohtlemine ei oleks järjekindel.

73. Neist sätetest nähtub, et kolmanda riigi kodanik, kes on bussis ja ei vasta sisenemise nõuetele, viibib tegelikult selle liikmesriigi territooriumil ja pealegi ebaseaduslikult. See, kas ta on parasjagu läbisõidul või mitte, ei ole viibimise ebaseaduslikkuse tuvastamise seisukohast otsustava tähtsusega.

c) Direktiivi 2008/115 artikli 6 lõige 3

74. Direktiivi 2008/115 artikli 6 lõike 3 kohaselt võivad liikmesriigid loobuda tagasisaatmisotsuse väljastamisest, kui mõni teine liikmesriik võtab asjaomase isiku tagasi direktiivi jõustumise päeval kehtivate „kahepoolsete lepingute või kokkulepete kohaselt”.

75. Tuleb märkida, et nagu tuleneb selgelt selle sätte sõnastusest, on sellega ette nähtud ainult liikmesriigi õigus loobuda tagasisaatmisotsuse tegemisest, kuid erinevalt direktiivi 2008/115 artiklist 2 ei määratleta sellega kuidagi direktiivi kohaldamisala. Direktiivi artikli 6 lõike 3 tagajärg ei saa – vastupidi sellele, mida näib väitvat Prantsuse valitsus – olla kõigi direktiivi 2008/115 sätete kohaldamatus põhikohtuasja suhtes. Vastupidi: liikmesriik, kes kasutab direktiivi 2008/115 artikli 6 lõikes 3 ette nähtud võimalust, jääb seotuks direktiivi teiste sätetega ning peab tagama direktiivi täieliku kasuliku mõju. Selle direktiivi sätteid ja eeskätt isikutelt vabaduse võtmist käsitlev Euroopa Kohtu praktika jääb kohaldatavaks.

76. Direktiivi 2008/115 artikli 6 lõige 3 vabastab seega asjaomase liikmesriigi üksnes kohustusest teha tagasisaatmisotsus direktiivi artikli 6 lõike 1 tähenduses. Kuid otsus anda isik tagasi kokkuleppe alusel kujutab endast üht direktiivis ette nähtud meetmetest ning ühtlasi ettevalmistavat etappi liikmesriikide territooriumilt tagasisaatmiseks direktiivi 2008/115 tähenduses.

77. Seoses mõiste „kahepoolsete” tõlgendamisega teen ma Euroopa Kohtule ettepaneku otsustada direktiivi 2008/115 artikli 6 lõike 3 sellise tõlgenduse kasuks, mis hõlmab ka sellist kokkulepet, nagu on kõne all põhikohtuasjas.[42] Ehkki selle on sõlminud neli liikmesriiki, käsitatakse kokkuleppes Beneluxi territooriumi üheainsa territooriumina. Seega on see samastatav kahepoolse lepinguga.

78. Selline tõlgendus oleks minu arvates pealegi kooskõlas ELTL artiklis 350 sätestatud põhimõttega, mille kohaselt aluslepingute sätted ei välista regionaalliitude olemasolu või süvendamist Belgia Kuningriigi ja Luksemburgi Suurhertsogiriigi vahel või Belgia Kuningriigi, Luksemburgi Suurhertsogiriigi ja Madalmaade Kuningriigi vahel niivõrd, kuivõrd nende regionaalliitude eesmärgid ei ole saavutatavad aluslepingute kohaldamise kaudu.

79. Kui juba EL toimimise leping võtab selle sätte abil arvesse Beneluxi erilist olukorda, peaks ka Euroopa Kohus seda tegema, kui ta tõlgendab direktiivi 2008/115 artikli 6 lõiget 3.

d) Schengeni piirieeskirjade artikli 4 lõige 3

80. Prantsuse Vabariik tugineb ka Schengeni piirieeskirjade artikli 4 lõikele 3, mille kohaselt liikmesriigid kehtestavad karistused välispiiride ebaseadusliku ületamise eest väljaspool piiripunkte ja väljaspool nende kindlaksmääratud lahtiolekuaega.

81. See säte ei ole käesoleval juhul kohaldatav, sest S. Affum ei üritanud kindlasti ületada piiri väljaspool piiripunkte ja väljaspool nende kindlaksmääratud lahtiolekuaega.

42 — Ühelt poolt Madalmaade Kuningriigi, Belgia Kuningriigi ja Luksemburgi Suurhertsogiriigi valitsuse ja teiselt poolt Prantsuse Vabariigi valitsuse vahel sõlmitud kokkulepe, mis käsitleb isikute enda hoolde võtmist Beneluxi riikide territooriumi ja Prantsusmaa vahelistel ühispiiridel. Selle kokkuleppe tekst on kättesaadav järgmisel internetiaadressil: http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

82. Ma ei pea vajalikuks – nagu soovitab Prantsuse Vabariik – vältida selle sätte grammatilist tõlgendamist ja hõlmata sellega ka piiripunktid, arvestades sellega, et Schengeni piirieeskirjade artikkel 4 kehtestab just nimelt erineva kohtlemise juhuks, kui piir ületatakse piiripunktis kindlaksmääratud lahtiolekuajal, (lõige 1) ja juhuks, kui piir ületatakse väljaspool piiripunkte ja lahtiolekuaega (lõige 2). Teisisõnu, ma ei leia ühtegi teleoloogilist põhjust, mis võiks lükata ümber Schengeni piirieeskirjade artikli 4 grammatilise ja süstemaatilise tõlgenduse.

83. Pean selles kontekstis vajalikuks meenutada, et isik, kes on ületanud ebaseaduslikult piiri ja kellel ei ole õigust viibida asjaomase liikmesriigi territooriumil, kuulub seega direktiivi 2008/115 kohaldamisalasse.[43]

84. Direktiiv 2008/115 on seega S. Affumi olukorra suhtes kohaldatav. Nagu ma juba märkisin käesoleva ettepaneku punktis 57, ei ole tema juhtum hõlmatud ühegagi nendest juhtudest, mille puhul Euroopa Kohus on tuvastanud, et kolmanda riigi kodaniku vangistamine ei ole direktiiviga 2008/115 vastuolus. Seetõttu ei tohi isikut, kes on S. Affumi olukorras, vangistada ainuüksi põhjusel, et tema viibimine Prantsuse territooriumil on ebaseaduslik.

V. **Ettepanek**

85. Esitatud kaalutlustest tulenevalt teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Cour de cassation'i (kassatsioonikohus) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. detsembri 2008. aasta direktiivi 2008/115/EÜ (ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel) ja eeskätt selle artikli 6 lõiget 3 ning artikleid 15 ja 16 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus liikmesriigi õigusnormid, mis näevad kolmanda riigi kodaniku ebaseadusliku riiki sisenemise eest ette vangistuse, kui selline teises liikmesriigis alanud läbisõidul olev isik tabatakse Schengeni alalt väljumisel esimese liikmesriigi välispiiril ja kui selle isiku võib tagasi võtta teine liikmesriik temaga enne direktiivi 2008/115 jõustumist sõlmitud kokkuleppe alusel.

43 — Vt ka käesoleva ettepaneku punkt 46.