Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MACIEJ SZPUNAR
2 päivänä helmikuuta 2016[1]

Asia C-47/15

Sélina Affum, puolison nimi Amissah,
vastaan
Préfet du Pas-de-Calais ja
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

(Ennakkoratkaisupyyntö – Cour de cassation (ylin yleinen tuomioistuin, Ranska))

Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alue — Direktiivi 2008/115/EY — Laittomasti oleskelevan kolmannen maan kansalaisen palauttaminen — Laiton maahantulo — Kauttakulkumatka — Vankeusrangaistus — Pidätys

I Johdanto

1. Käsiteltävässä ennakkoratkaisupyynnössä unionin tuomioistuinta pyydetään jälleen lausumaan siitä, onko kansallisen oikeuden säännös, jonka nojalla kolmannen maan kansalaiselle voidaan määrätä vankeusrangaistus pelkästään laittoman oleskelun perusteella, sopusoinnussa direktiivin 2008/115/EY[2] kanssa.

2. Käsiteltävä asia poikkeaa tähän seikkaan liittyneistä aiemmista asioista[3] kahdella tapaa. Ensinnäkin se koskee kolmannen maan kansalaista, joka on tullut kyseisen jäsenvaltion alueelle ainoastaan kauttakulkutarkoituksessa ja joka on otettu kiinni hänen poistuessaan tästä jäsenvaltiosta. On siis selvitettävä, onko kyseessä direktiivissä 2008/115 tarkoitettu oleskelu. Toiseksi kyseinen jäsenvaltio ei aio tehdä direktiivin 2008/115 6 artiklan 1 kohdan mukaista palauttamispäätöstä, vaan se aikoo siirtää kyseisen henkilön takaisin toisen jäsenvaltion viranomaisille sellaisen järjestelyn mukaisesti, josta on sovittu ennen direktiivin 2008/115 voimaantuloa.

3. Käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuimella on tilaisuus muistuttaa, että direktiiviä 2008/115 sovelletaan kaikkiin laittomasti oleskeleviin kolmannen maan kansalaisiin riippumatta siitä, mikä on oleskelun laittomuuden syy ja missä hänet on pidätetty, ja että kolmannen maan kansalaiselle voidaan määrätä vankeusrangaistus ainoastaan erittäin tarkkaan rajatuissa tilanteissa, joista ei ole kyse käsiteltävässä asiassa.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

2 — Jäsenvaltioissa sovellettavista yhteisistä vaatimuksista ja menettelyistä laittomasti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten palauttamiseksi 16.12.2008 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 348, s. 98).

3 — Ks. tuomio El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268); tuomio Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807) ja tuomio Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Ks. myös tuomio Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), jossa oli kyse muun muassa kotiarestista.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Unionin oikeus*

1. Direktiivi 2008/115

4. Direktiivin 2008/115 tavoite kuvataan sen 1 artiklassa seuraavasti:

”Tässä direktiivissä säädetään yhteisistä vaatimuksista ja menettelyistä, joita jäsenvaltioiden on yhteisön oikeuden yleisperiaatteisiin kuuluvien perusoikeuksien sekä kansainvälisen oikeuden mukaisesti sovellettava palauttaessaan laittomasti oleskelevia kolmansien maiden kansalaisia, mukaan luettuina pakolaisten suojeluun ja ihmisoikeuksiin liittyvät velvoitteet.”

5. Direktiivin 2008/115 2 artiklassa, jonka otsikko on ”Soveltamisala”, säädetään seuraavaa:

”1. Tätä direktiiviä sovelletaan jäsenvaltion alueella laittomasti oleskeleviin kolmansien maiden kansalaisiin.

2. Jäsenvaltiot voivat päättää, että ne eivät sovella tätä direktiiviä kolmansien maiden kansalaisiin,

a) joita koskee maahantulokielto Schengenin rajasäännöstön 13 artiklan mukaisesti tai jotka toimivaltaiset viranomaiset ovat pysäyttäneet tai ottaneet kiinni heidän ylittäessään laittomasti jäsenvaltion ulkorajan maa-, meri- tai ilmateitse ja joille ei ole sen jälkeen myönnetty lupaa tai oikeutta oleskella tuossa jäsenvaltiossa;

b) jotka on rikosoikeudellisena seuraamuksena tai rikosoikeudellisen seuraamuksen johdosta määrätty palautettavaksi kansallisen lainsäädännön mukaisesti tai jotka ovat luovuttamismenettelyn kohteena.

_ _”

6. Direktiivin 3 artiklassa, jonka otsikko on ”Määritelmät”, säädetään seuraavaa:

”Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

_ _

2) ’laittomalla oleskelulla’ sellaisen kolmannen maan kansalaisen oleskelua jäsenvaltion alueella, joka ei täytä tai ei enää täytä Schengenin rajasäännöstön 5 artiklassa määrättyjä maahantulon edellytyksiä tai muita maahantulon, maassa oleskelun tai asumisen edellytyksiä kyseisessä jäsenvaltiossa;

3) ’palauttamisella’ prosessia, jonka aikana kolmannen maan kansalainen palaa joko vapaaehtoisesti paluuvelvoitetta noudattaen tai pakotettuna

— alkuperämaahan, tai

— kauttakulkumaahan yhteisön tai kahdenvälisten takaisinottosopimusten tai muiden järjestelyjen mukaisesti, tai

— muuhun kolmanteen maahan, johon kyseinen kolmannen maan kansalainen päättää vapaaehtoisesti palata ja johon hänet hyväksytään;

4) ’palauttamispäätöksellä’ hallinnollista tai oikeudellista päätöstä tai muuta toimenpidettä, jolla kolmannen maan kansalaisen oleskelu todetaan laittomaksi ja jolla asetetaan tai todetaan velvoite poistua maasta;

5) ’maastapoistamisella’ paluuvelvoitteen täytäntöönpanoa eli varsinaista kuljetusta pois asianomaisesta jäsenvaltiosta;

– –”

7. Direktiivin 4 artiklassa, jonka otsikko on ”Suotuisammat säännökset”, säädetään seuraavaa:

”1. Tämä direktiivi ei estä soveltamasta suotuisampia säännöksiä, joita voi sisältyä

a) kahden- tai monenvälisiin sopimuksiin, joita yhteisö tai yhteisö ja sen jäsenvaltiot ovat tehneet yhden tai useamman kolmannen maan kanssa;

b) kahden- tai monenvälisiin sopimuksiin, joita yksi tai useampi jäsenvaltio on tehnyt yhden tai useamman kolmannen maan kanssa.

– –

4. Niiden kolmansien maiden kansalaisten osalta, joihin ei sovelleta tätä direktiiviä 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisesti, jäsenvaltioiden on

a) varmistettava, että heidän kohtelunsa ja suojelun taso ovat vähintään yhtä suotuisat kuin ne, joista säädetään 8 artiklan 4 ja 5 kohdassa (pakkokeinojen käytön rajoitukset), 9 artiklan 2 kohdan a alakohdassa (maastapoistamisen lykkääminen), 14 artiklan 1 kohdan b ja d alakohdassa (ensiapu ja heikossa asemassa olevien henkilöiden tarpeet) sekä 16 ja 17 artiklassa (säilöönoton edellytykset); ja

b) noudatettava palauttamiskiellon periaatetta.”

8. Direktiivin 2008/115 6–8 artiklassa säädetään seuraavaa:

”6 artikla

Palauttamispäätös

1. Jäsenvaltion on tehtävä palauttamispäätös sen alueella laittomasti oleskelevista kolmansien maiden kansalaisista, sanotun kuitenkaan rajoittamatta 2–5 kohdassa tarkoitettujen poikkeusten soveltamista.

– –

3. Jäsenvaltio voi olla tekemättä palauttamispäätöksen alueellaan laittomasti oleskelevasta kolmannen maan kansalaisesta, jos toinen jäsenvaltio ottaa asianomaisen kolmannen maan kansalaisen takaisin tämän direktiivin voimaantulopäivänä voimassa olevien kahdenvälisten sopimusten tai järjestelyjen nojalla. Tässä tapauksessa asianomaisen kolmannen maan kansalaisen takaisin ottaneen jäsenvaltion on sovellettava 1 kohtaa.

– –

7 artikla

Vapaaehtoinen paluu

1. Palauttamispäätöksessä on määrättävä vapaaehtoista paluuta varten asianmukaisesta ajasta, jonka pituus on seitsemästä päivästä kolmeenkymmeneen päivään, sanotun kuitenkaan rajoittamatta 2 ja 4 kohdassa tarkoitettujen poikkeusten soveltamista. – –

– –

8 artikla

Maastapoistaminen

1. Jäsenvaltioiden on toteutettava kaikki tarvittavat toimenpiteet pannakseen täytäntöön palauttamispäätöksen, jos vapaaehtoista poistumista varten ei ole myönnetty aikaa 7 artiklan 4 kohdan mukaisesti tai jos paluuvelvoitetta ei ole noudatettu 7 artiklan mukaisesti myönnetyn ajan kuluessa.

– –”

9. Direktiivin 2008/115 15 artiklassa, jonka otsikko on ”Säilöönotto”, säädetään seuraavaa:

”1. Jäsenvaltiot voivat ottaa säilöön palauttamismenettelyjen kohteena olevan kolmannen maan kansalaisen palauttamisen valmistelemiseksi ja/tai henkilön poistamiseksi maasta vain, jos muita riittäviä mutta lievempiä keinoja ei voida soveltaa tehokkaasti tietyssä tapauksessa, erityisesti kun

a) on olemassa pakenemisen vaara; tai

b) asianomainen kolmannen maan kansalainen välttelee tai vaikeuttaa palauttamisen valmisteluja tai maastapoistamista.

Säilöönoton on oltava mahdollisimman lyhytaikainen, ja sitä saa jatkaa vain niin kauan kuin asianmukaisella ripeydellä hoidettavat maastapoistamisjärjestelyt ovat kesken.

– –”

2. Schengenin sopimuksen soveltamisesta tehty yleissopimus ja Schengenin rajasäännöstö

10. Schengenin säännöstöön kuuluu tarkastusten asteittaisesta lakkauttamisesta yhteisillä rajoilla 14.6.1985 Benelux-talousliiton valtioiden, Saksan liittotasavallan ja Ranskan tasavallan hallitusten välillä tehdyn Schengenin sopimuksen soveltamisesta tehty yleissopimus (EYVL 2000, L 239, s. 19), joka allekirjoitettiin Schengenissä 19.6.1990 (jäljempänä yleissopimus).

11. Yleissopimuksen II osaston 4 luvussa, jonka otsikko on ”Ulkomaalaisten liikkumista koskevat edellytykset”, olevissa 19 artiklan 1 ja 2 kohdassa, 20 artiklan 1 kohdassa ja 21 artiklan 1 ja 2 kohdassa määrätään niistä edellytyksistä, jotka koskevat ulkomaalaisten, joilla on yhdenmukainen viisumi tai jonkin sopimuspuolen myöntämä viisumi, ulkomaalaisten, joilta ei vaadita viisumia, ja ulkomaalaisten, joilla on sopimuspuolen myöntämä oleskelulupa tai väliaikainen oleskelulupa, vapaata liikkumista sopimuspuolten alueella. Näissä määräyksissä tarkoitetaan erityisesti tiettyjä yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohdassa vahvistettuja maahanpääsyn edellytyksiä.

12. Schengenin säännöstö konsolidoitiin ja sitä kehitettiin asetuksella (EY) N:o 562/2006. [4]

13. Schengenin rajasäännöstön johdanto-osan 27 perustelukappaleen mukaan rajasäännöstöllä ”kehitetään sellaisia Schengenin säännöstön määräyksiä, joihin [Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin] yhdistynyt kuningaskunta ei osallistu – –. Sen vuoksi Yhdistynyt kuningaskunta ei osallistu [rajasäännöstön] antamiseen, [rajasäännöstö] ei sido sitä eikä [rajasäännöstöä] sovelleta siihen”.

14. Rajasäännöstön 1 artiklan mukaan rajasäännöstössä ”säädetään siitä, ettei Euroopan unionin jäsenvaltioiden välisiä sisärajoja ylittäviin henkilöihin kohdisteta rajavalvontaa”, ja ”vahvistetaan säännöt Euroopan unionin jäsenvaltioiden ulkorajoja ylittäviin henkilöihin kohdistuvasta rajavalvonnasta”.

15. Rajasäännöstön 2 artiklan 1 ja 2 alakohdassa esitetään seuraavat määritelmät:

”1) ’sisärajoilla’ [tarkoitetaan]

a) jäsenvaltioiden yhteisiä maarajoja, joki- ja järvirajat mukaan luettuina;

b) jäsenvaltioiden lentoasemia sisäisten lentojen osalta;

c) jäsenvaltioiden meri-, joki ja järviliikenteen satamia säännöllisen lauttaliikenteen osalta;

2) ’ulkorajoilla’ [tarkoitetaan] jäsenvaltioiden maarajoja, joki- ja järvirajat mukaan luettuina, merirajoja, lentoasemia ja joki-, meri- ja järviliikenteen satamia edellyttäen, että ne eivät ole sisärajoja”.

16. Schengenin rajasäännöstön II osaston I luvussa, jonka otsikko on ”Ulkorajojen ylittäminen ja maahantuloedellytykset”, olevissa 4 ja 5 artiklassa säädetään seuraavaa:

”4 artikla

Ulkorajojen ylittäminen

1. Ulkorajat voidaan ylittää ainoastaan rajanylityspaikkojen kautta niiden vahvistettuina aukioloaikoina. Aukioloajat on ilmoitettava selkeästi niillä rajanylityspaikoilla, jotka eivät ole auki 24 tuntia vuorokaudessa.

– –

3. Edellä olevassa 2 kohdassa säädettyjä poikkeuksia ja kansainvälistä suojelua koskevia jäsenvaltioiden velvollisuuksia rajoittamatta jäsenvaltiot ottavat kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti käyttöön seuraamuksia, joita sovelletaan, jos ulkorajat ylitetään luvattomasti rajanylityspaikkojen ulkopuolella ja muulloin kuin niiden vahvistettuina aukioloaikoina. Seuraamusten on oltava tehokkaita, oikeasuhteisia ja varoittavia.

4 — Henkilöiden liikkumista rajojen yli koskevasta yhteisön säännöstöstä (Schengenin rajasäännöstö) 15.3.2006 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EUVL L 105, s. 1), sellaisena kuin se on muutettuna 25.3.2010 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EU) N:o 265/2010 (EUVL L 85, s. 1; jäljempänä Schengenin rajasäännöstö).

5 artikla

Kolmansien maiden kansalaisten maahantuloedellytykset

1. Kolmannen maan kansalaisen maahantuloedellytykset enintään kolmen kuukauden pituista oleskelua varten kuuden kuukauden ajanjaksoa kohden ovat seuraavat:

a) hänellä on hallussaan voimassa oleva matkustusasiakirja tai rajanylitykseen oikeuttavat asiakirjat;

b) hänellä on voimassa oleva viisumi, jos se vaaditaan – –, paitsi jos hänellä on voimassa oleva oleskelulupa tai pitkäaikaiseen oleskeluun tarkoitettu viisumi;

c) hän näyttää toteen suunnitellun oleskelun tarkoituksen ja edellytykset ja hänellä on toimeentuloon tarvittavat varat ottaen huomioon sekä suunnitellun oleskelun kesto että lähtömaahan paluu tai kauttakulkumatka sellaiseen kolmanteen maahan, jonne hänen pääsynsä on varma, tai hän kykenee hankkimaan laillisesti tällaiset varat;

d) häntä ei ole määrätty maahantulokieltoon Schengenin tietojärjestelmässä (SIS);

e) hänen ei katsota voivan vaarantaa minkään jäsenvaltion yleistä järjestystä, sisäistä turvallisuutta, kansanterveyttä eikä kansainvälisiä suhteita – –

– –

4. Edellä 1 kohdasta poiketen:

a) Maahantulo toisten jäsenvaltioiden alueelle kauttakulkua varten sallitaan kolmannen maan kansalaiselle, joka ei täytä 1 kohdassa säädettyjä edellytyksiä mutta jolla on jonkin jäsenvaltion myöntämä oleskelulupa, pitkäaikaiseen oleskeluun tarkoitettu viisumi tai paluuviisumi tai, kun se on vaatimuksena, oleskelulupa tai pitkäaikaiseen oleskeluun tarkoitettu viisumi ja paluuviisumi, jotta hän voi matkustaa oleskeluluvan, pitkäaikaiseen oleskeluun tarkoitetun viisumin tai paluuviisumin myöntäneen jäsenvaltion alueelle – –.

– –

c) Kolmannen maan kansalaiselle, joka ei täytä yhtä tai useampaa 1 kohdassa säädetyistä edellytyksistä, voidaan sallia maahantulo jäsenvaltion alueelle humanitaarisesta syystä, kansallisen edun vuoksi tai kansainvälisten velvoitteiden perusteella. – –”

17. Schengenin rajasäännöstön II osaston II luvun, jonka otsikko on ”Ulkorajojen valvonta ja pääsyn epääminen”, 7 artiklassa, joka koskee henkiöiden rajatarkastuksia, säädetään seuraavaa:

”7 artikla

Henkilöiden rajatarkastukset

1. Rajavartijat valvovat rajanylitysliikennettä ulkorajoilla tarkastuksin. Tarkastukset suoritetaan tämän luvun säännösten mukaisesti.

– –

3. Kolmansien maiden kansalaisille tehdään perusteellinen tarkastus heidän saapuessaan maahan ja poistuessaan maasta.

a) Perusteelliseen maahantulotarkastukseen kuuluu 5 artiklan 1 kohdassa säädettyjen maahantuloedellytysten ja soveltuvin osin oleskeluun ja ammattitoiminnan harjoittamiseen oikeuttavien asiakirjojen tarkistaminen. Tätä varten on tarkistettava yksityiskohtaisesti seuraavat seikat:

– –

b) Perusteelliseen maastalähtötarkastukseen kuuluu

   i) sen tarkastaminen, että kolmannen maan kansalaisella on rajanylitykseen oikeuttava asiakirja;

   ii) matkustusasiakirjan tutkiminen väärentämiseen tai väärennökseen viittaavien merkkien etsimiseksi;

   iii) mahdollisuuksien mukaan sen tarkistaminen, että kolmannen maan kansalaisen ei katsota muodostavan uhkaa minkään jäsenvaltion yleiselle järjestykselle, sisäiselle turvallisuudelle tai kansainvälisille suhteille.

c) Perusteelliseen maastalähtötarkastukseen voivat b [ala]kohdassa tarkoitettujen tarkastusten lisäksi kuulua

   i) sen tarkistaminen, että henkilöllä on voimassa oleva viisumi, jos se vaaditaan – –, paitsi jos hänellä on voimassa oleva oleskelulupa; – –

   ii) sen selvittäminen, että henkilö ei ole ylittänyt luvalliselle oleskelulle jäsenvaltioiden alueella asetettua enimmäiskestoa;

   iii) hakujen tekeminen Schengenin tietojärjestelmään ja kansallisiin tietokantoihin tallennettuihin henkilöitä ja esineitä koskeviin ilmoituksiin.

– –”

18. Rajasäännöstön III osaston I luvussa, jonka otsikko on ”Rajavalvonnan poistaminen sisärajoilta”, olevan 20 artiklan mukaan ”sisärajat voidaan ylittää kaikkialta ilman, että henkilöihin heidän kansalaisuudestaan riippumatta kohdistettaisiin rajatarkastuksia.”

19. Schengenin rajasäännöstön IV luvussa, jonka otsikko on ”Loppusäännökset”, olevan 39 artiklan 1 kohdan mukaan yleissopimuksen 2–8 artiklan määräykset on kumottu 13.10.2006 alkaen. Yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohdassa aiemmin vahvistetut maahantulon edellytykset on siten korvattu rajasäännöstön 5 artiklassa vahvistetuilla edellytyksillä.

B *Ranskan oikeus*

1. Laki ulkomaalaisten maahantulosta ja maassa oleskelusta sekä turvapaikkaoikeudesta

20. Ulkomaalaisten maahantulosta ja maassa oleskelusta sekä turvapaikkaoikeudesta annetun lain (code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile), sellaisena kuin se on muutettuna oleskeluoikeuden tarkistamiseen liittyvästä säilöönotosta ja laittoman oleskelun avustamisrikoksen muuttamisesta siten, että rikosnimikkeen ulkopuolelle jätetään humanitaariset ja epäitsekkäät toimet,

31.12.2012 annetulla lailla nro 2012-1560 (loi nº 2012-1560, du 31 décembre 2012, 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; JORF 1.1.2013, s. 48; jäljempänä ulkomaalaislaki), L. 621-2 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Ulkomaalaiselle, joka ei ole Euroopan unionin jäsenvaltion kansalainen, määrätään yhden vuoden vankeusrangaistus ja 3 750 euron suuruinen sakko,

1° jos hän on saapunut Ranskan eurooppalaiselle alueelle täyttämättä [Schengenin rajasäännöstön] 5 artiklan 1 kohdan a, b tai c alakohdassa mainittuja edellytyksiä ja hänen maahantuloaan ei ole sallittu [rajasäännöstön] 5 artiklan 4 kohdan a ja c alakohdan mukaisesti; sama koskee tilannetta, jossa ulkomaalaisesta on tehty ilmoitus maahantulon kieltämiseksi [yleissopimuksen] sopimusvaltion antaman täytäntöönpanokelpoisen päätöksen mukaisesti; tai

2° jos hän on saapunut [yleissopimuksen] sopimusvaltion alueelta suoraan Ranskan eurooppalaiselle alueelle yleissopimuksen 19 artiklan 1 tai 2 kohdan, 20 artiklan 1 kohdan ja 21 artiklan 1 tai 2 kohdan määräysten vastaisesti, lukuun ottamatta [Schengenin rajasäännöstön] 5 artiklan 1 kohdan e alakohdassa mainittuja edellytyksiä tai sen d alakohdassa mainittuja edellytyksiä silloin, kun ilmoitus maahantulon kieltämiseksi ei perustu [yleissopimuksen] jonkin toisen sopimusvaltion antamaan täytäntöönpanokelpoiseen päätökseen.

– –

Tätä pykälää sovellettaessa syyte voidaan nostaa vasta sen jälkeen, kun asiaa koskevat tosiseikat on todettu rikosprosessilain 53 §:ssä säädetyllä tavalla.”

2. Rikosprosessilaki

21. Rikosprosessilain (code de procédure pénale), sellaisena kuin se oli voimassa pääasian tosiseikkojen tapahtuma-aikaan, 53 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Verekseltään tehtynä rikoksena pidetään rikosta, josta tekijä saadaan kiinni hänen sitä tehdessään tai juuri sen jälkeen. Verekseltään tehdystä rikoksesta on kyse myös silloin, kun rikoksesta epäiltyä henkilöä tavoitellaan julkisen avunpyynnön perusteella pian teon jälkeen tai kun hänen hallustaan löydetään tuolloin sellaisia tavaroita tai havaitaan sellaisia jälkiä tai merkkejä, jotka viittaavat siihen, että kyseinen henkilö on osallistunut rikoksen tekemiseen.

Verekseltään tehdyn rikoksen toteamisen jälkeen virallisen syyttäjän valvonnassa ja tässä luvussa tarkoitetuissa olosuhteissa suoritettu tutkinta voi jatkua keskeytyksettä kahdeksan päivän ajan.

– –”

22. Rikosprosessilain 62-2 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Pidättäminen on päällystötason poliisimiehen tuomioistuinten valvonnan alaisena päättämä pakkokeino, jolla henkilö, jota epäillään yhdestä tai useammasta uskottavasta syystä siitä, että hän on tehnyt tai yrittänyt tehdä sellaisen rikoksen, josta voidaan seuraamukseksi määrätä vankeusrangaistus, pidetään tutkintaviranomaisten käytettävissä.

– –”

III Pääasian tosiseikat, asian käsittely unionin tuomioistuimessa ja ennakkoratkaisukysymykset

23. Ranskan poliisiviranomaiset tarkastivat 22.3.2013 Sélina Affumin, joka on Ghanan kansalainen, henkilöllisyyden Coquellesissa (Ranska) Englannin kanaalin alittavan tunnelin sisääntulon kohdalla, kun hän oli linja-autossa matkalla Gentistä (Belgia) Lontooseen (Yhdistynyt kuningaskunta).

24. Affum esitti belgialaisen passin, jossa oli kolmannen henkilön valokuva ja nimi, eikä hänellä ollut hallussaan omalla nimellään olevaa henkilöllisyystodistusta tai matkustusasiakirjaa, minkä jälkeen hänet pidätettiin laittoman Ranskan alueelle saapumisen vuoksi ulkomaalaislain L.621-2 §:n 2 kohdan nojalla.

25. Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Merin (Boulogne-sur-Merin alioikeus) syyttäjä päätti seuraavana päivänä lopettaa Affumia vastaan vireille pannun rikosoikeudellisen menettelyn. Näin ollen hänet myös vapautettiin samana päivänä.

26. Samalla kun Affumia vastaan aloitettiin rikosoikeudellinen menettely, hänen hallinnollinen tilanteensa saatettiin Pas-de-Calais'n prefektin käsiteltäväksi, jotta päätettäisiin hänen mahdollisesta maastapoistamisestaan Ranskasta.

27. Pas-de-Calais'n prefekti päätti 23.3.2013 tekemällään päätöksellä siirtää Affumin Belgian viranomaisille hänen takaisinottamisekseen Belgiaan henkilöiden vastaanottamisesta Ranskan ja Benelux-maiden yhteisillä rajoilla Ranskan tasavallan sekä Belgian kuningaskunnan, Luxemburgin suurherttuakunnan ja Alankomaiden kuningaskunnan välillä Pariisissa 16.4.1964 allekirjoitetun järjestelyn nojalla.

28. Pas-de-Calais'n prefekti päätti samalla päätöksellä Affumin hallinnollisesta säilöönotosta tiloihin, jotka eivät olleet vankeinhoidon tiloja, hänen pidätysaikansa päättymistä seuraavien viiden päivän ajaksi maastapoistamisen valmistelemiseksi. Tällä päätöksellä Affum siis sijoitettiin 23.3.2013 hallinnolliseen säilöönottolaitokseen viiden päivän ajaksi ennen kuin hänet siirrettäisiin takaisin Belgian viranomaisille.

29. Pas-de-Calais'n prefekti pyysi 27.3.2013 tribunal de grande instance de Lillen (Lillen alioikeus) säilössäpitoasioissa toimivaltaista tuomaria jatkamaan säilöönottoa siihen asti, että Belgian viranomaisilta saataisiin vastaus takaisinottopyyntöön.

30. Affum vetosi puolustuksessaan tuomioon Achughbabian[5] ja väitti, että Pas-de-Calais'n prefektin pyyntö oli hylättävä, koska hänet oli pidätetty laittomasti, mikä tekee kansallisen oikeuden mukaan koko menettelystä laittoman siten, ettei säilöönottoa voida jatkaa ja kyseinen henkilö on päästettävä vapaaksi.

31. Tribunal de grande instance de Lillen (Lillen alioikeus) säilössäpitoasioissa toimivaltainen tuomari totesi kuitenkin 28.3.2013 antamallaan määräyksellä, että Affumin pidätys oli lainmukainen ja että hänen hallinnollinen säilöönottonsa oli tapahtunut lainmukaisen menettelyn päätteeksi. Näin ollen hän hyväksyi Pas-de-Calais'n prefektin pyynnön ja määräsi jatkamaan Affumin hallinnollista säilöönottoa enintään 20 päivällä kyseisestä päivästä alkaen.

32. Affum valitti määräyksestä cour d'appel de Douaihin (Douain ylioikeus), jonka ensimmäinen puheenjohtaja vahvisti 29.3.2013 antamallaan määräyksellä tribunal de grande instance de Lillen (Lillen alioikeus) säilöönottoasioissa toimivaltaisen tuomarin määräyksen.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

33. Affum teki vahvistavasta määräyksestä kassaatiovalituksen Cour de cassationiin (ylin yleinen tuomioistuin), joka päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko direktiivin 2008/115 3 artiklan 2 alakohtaa tulkittava siten, että kolmannen maan kansalainen oleskelee jäsenvaltion alueella laittomasti ja hän kuuluu tällä perusteella direktiivin soveltamisalaan sen 2 artiklan 1 kohdan nojalla, kun tämä ulkomaalainen on pelkässä kauttakulkutilanteessa matkustajana Schengen-alueeseen kuuluvasta toisesta jäsenvaltiosta tulevassa linja-autossa, joka kulkee tämän jäsenvaltion alueella ja joka on menossa eri jäsenvaltioon?

2) Onko saman direktiivin 6 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, ettei se ole esteenä kansalliselle säännöstölle, jossa määrätään kolmannen maan kansalaiselle laittomasta maahantulosta vankeusrangaistus, jos toinen jäsenvaltio voi ottaa takaisin kyseisen ulkomaalaisen ennen [mainitun] direktiivin voimaantuloa tämän jäsenvaltion kanssa tehdyn sopimuksen tai järjestelyn perusteella?

3) Kun otetaan huomioon edeltävään kysymykseen annettava vastaus, onko tätä direktiiviä tulkittava siten, että se on esteenä kansalliselle sääntelylle, jossa määrätään kolmannen maan kansalaiselle laittomasta maahantulosta vankeusrangaistus, niillä edellytyksillä, jotka – – unionin tuomioistuin on vahvistanut laittoman oleskelun osalta – – tuomiossa Achughbabian [C-329/11, EU:C:2011:807] ja jotka perustuvat siihen, ettei ulkomaalaiseen ole tätä ennen kohdistettu direktiivin 2008/115 8 artiklassa tarkoitettuja pakkokeinoja, ja säilöönoton pituuteen?”

34. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Affum, Ranskan, Tšekin, Kreikan, Unkarin ja Sveitsin hallitukset sekä Euroopan komissio. Affum sekä Ranskan ja Kreikan hallitus ja komissio esittivät suullisia huomautuksia 10.11.2015 pidetyssä istunnossa.

IV Asian tarkastelu

35. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kolmella kysymyksellään, joita on aiheellista tarkastella yhdessä, onko direktiivi 2008/115 esteenä jäsenvaltion lainsäädännölle, jossa kolmannen maan kansalaiselle määrätään laittomasta maahantulosta vankeusrangaistus, kun tämä henkilö on otettu kiinni hänen poistuessaan Schengen-alueelta [6] kyseisen jäsenvaltion ulkorajalla, kun hän on kauttakulkumatkalla tulossa toisesta jäsenvaltiosta ja kun tämä toinen jäsenvaltio voi ottaa hänet takaisin ensin mainitun jäsenvaltion kanssa ennen direktiivin 2008/115 voimaantuloa sovitun järjestelyn perusteella.

36. Jotta kysymyksiin voidaan antaa hyödyllinen vastaus, on aivan aluksi tarkasteltava lyhyesti direktiivillä 2008/115 ja Schengenin rajasäännöstöllä käyttöön otettua järjestelmää samalla, kun analysoidaan näiden kahden välineen eroja, minkä jälkeen palautetaan lyhyesti mieleen unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö, joka koskee sellaisen henkilön vapauden riistoa, joka on jossakin muussa kuin direktiivissä 2008/115 tarkoitetussa tilanteessa, ja lopuksi kuvataan riidanalaista kansallista lainsäädäntöä.

6 — Vaikka Schengenin rajasäännöstössä ei käytetä Schengen-alueen käsitettä, sillä tarkoitetaan yleisesti rajasäännöstöön kuuluvia jäsenvaltioita. Huomautan tässä yhteydessä, että myös unionin tuomioistuin on käyttänyt tätä käsitettä. Ks. esimerkiksi tuomio ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, eri kohdat ja tuomiolauselma); tuomio Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, 67 kohta) ja tuomio T. (C-373/13, EU:C:2015:413, 52 kohta).

A *Direktiivi 2008/115 ja sen soveltamisala*

37. Kuten direktiivin 2008/115 1 artiklassa todetaan, direktiivin tavoitteena on säätää yhteisistä vaatimuksista ja menettelyistä, joita jäsenvaltioiden on perusoikeuksien sekä kansainvälisen oikeuden mukaisesti sovellettava palauttaessaan laittomasti oleskelevia kolmansien maiden kansalaisia. Direktiivin johdanto-osan neljännen perustelukappaleen mukaan direktiivillä pyritään sopimaan selkeistä, avoimista ja oikeudenmukaisista säännöistä, joilla luodaan tehokas palauttamispolitiikka välttämättömänä osana hallittua maahanmuuttopolitiikkaa. Direktiivi 2008/115 annettiin aiemman EY 63 artiklan ensimmäisen kohdan 3 alakohdan b alakohdan [7] perusteella EY 251 artiklassa tarkoitetussa yhteispäätösmenettelyssä. [8] Se on ensimmäinen maahanmuuton alan oikeudellinen väline, joka on annettu yhteispäätösmenettelyssä. [9]

38. Direktiivin 2008/115 henkilöllinen soveltamisala, sellaisena kuin se on määritelty direktiivin 2 artiklassa, on varsin laaja. Tämän säännöksen 1 kohdan mukaan direktiiviä 2008/115 sovelletaan jäsenvaltion alueella laittomasti oleskeleviin kolmansien maiden kansalaisiin. Laittomalla oleskelulla tarkoitetaan sellaisen kolmannen maan kansalaisen oleskelua jäsenvaltion alueella, joka ei täytä tai ei enää täytä Schengenin rajasäännöstön 5 artiklassa säädettyjä maahantulon edellytyksiä tai muita maahantulon, maassa oleskelun tai asumisen edellytyksiä kyseisessä jäsenvaltiossa. [10]

39. Direktiivin 2008/115 2 artiklan 1 kohdassa viitataan ainoastaan laittomaan oleskeluun, eikä siinä siis eroteta toisistaan laitonta maahantuloa ja laitonta oleskelua.

40. Direktiivin 2008/115 2 artiklan 2 kohdan nojalla jäsenvaltiot voivat päättää, että ne eivät sovella tätä direktiiviä tietyissä tarkkaan rajatuissa tilanteissa. Kyseisen artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaan jäsenvaltiot nimittäin voivat päättää, että ne eivät sovella direktiiviä 2008/115 kolmansien maiden kansalaisiin, joita koskee maahantulokielto Schengenin rajasäännöstön 13 artiklan mukaisesti tai jotka toimivaltaiset viranomaiset ovat pysäyttäneet tai ottaneet kiinni heidän ylittäessään laittomasti jäsenvaltion ulkorajan ja joille ei ole sen jälkeen myönnetty lupaa tai oikeutta oleskella tuossa jäsenvaltiossa.

41. Mainitun säännöksen sanamuodon mukaan kiinni ottamisen on tapahduttava heidän ylittäessään laittomasti ulkorajan, mikä mielestäni edellyttää tiivistä ajallista ja alueellista yhteyttä rajan ylittämiseen.

42. Direktiivissä 2008/115 ei ole määritelty sisärajan ja ulkorajan käsitteitä. Siinä kuitenkin mainitaan useaan otteeseen Schengenin rajasäännöstö, joten on selvää, että on sovellettava rajasäännöstössä esitettyä määritelmää. Schengenin rajasäännöstön 2 artiklan 1 alakohdan a alakohdasta ja 2 alakohdasta ilmenee, että sisärajoja ovat jäsenvaltioiden yhteiset maarajat [11] ja ulkorajoja ovat jäsenvaltioiden maarajat [12] ja merirajat [13] edellyttäen, että ne eivät ole sisärajoja. On selvää, että jäsenvaltioiden käsite kattaa ainoastaan ne unionin jäsenvaltiot ja ne kolmannet maat, jotka osallistuvat Schengenin säännöstöön. [14]

7 — Josta tuli Lissabonin sopimuksen voimaantulon jälkeen SEUT 79 artiklan 2 kohdan c alakohta.

8 — Yhteispäätösmenettelyä ryhdyttiin soveltamaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 251 artiklassa määrätyn menettelyn soveltamisesta tietyillä kyseisen perustamissopimuksen kolmannen osan IV osastoon kuuluvilla aloilla 22.12.2004 tehdyn neuvoston päätöksen 2004/927/EY (EUVL L 396, s. 45) tultua voimaan.

9 — Ks. 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, s. 1–17, erityisesti s. 1.

10 — Ks. direktiivin 2008/115 3 artiklan 2 kohta.

11 — Joki- ja järvirajat mukaan luettuina.

12 — Joki- ja järvirajat mukaan luettuina.

13 — Sekä lentoasemat ja joki-, meri- ja järviliikenteen satamat.

14 — Ks. Schengenin rajasäännöstön johdanto-osan 21–28 perustelukappale.

43. Direktiiviä 2008/115 sovelletaan ainoastaan Schengen-alueeseen kuuluviin valtioihin. Direktiivin 2008/115 21 artiklan mukaan direktiivi korvaa yleissopimuksen 23 ja 24 artiklan määräykset. Direktiivin 2008/115 johdanto-osan 26 perustelukappaleessa täsmennetään Yhdistyneestä kuningaskunnasta, että se ”ei osallistu tämän direktiivin antamiseen, eikä direktiivi sido Yhdistynyttä kuningaskuntaa eikä sitä sovelleta siihen”.

B *Schengenin rajasäännöstö*

44. Schengenin rajasäännöstöllä otetaan käyttöön henkilöiden liikkumista rajojen yli koskeva järjestelmä.

45. Ulkorajojen ylittämisen edellytykset ja edellytysten täyttymisen valvonta määritellään Schengenin rajasäännöstön II osastossa.[15] Tähän valvontaan kuuluvat jäsenvaltioiden määrittelemillä rajanylityspaikoilla tehtävät tarkastukset ja rajanylityspaikkojen välinen valvonta.

46. Direktiiviä 2008/115 sovelletaan sen sijaan silloin, kun henkilö on tullut laittomasti Schengen-alueelle ja kun hänellä ei ole oikeutta oleskella siellä.

47. Schengenin rajasäännöstössä on nykyisin[16] luotu nimenomainen yhteys rajasäännöstön ja direktiivin 2008/115 välille. Rajasäännöstön 12 artiklan 1 kohdan toisen virkkeen mukaan henkilö, joka on ylittänyt laittomasti rajan ja jolla ei ole oikeutta oleskella asianomaisen jäsenvaltion alueella, on nimittäin otettava kiinni ja häneen on sovellettava direktiivin 2008/115 mukaisia menettelyjä.

C *Vapaudenriisto direktiivin 2008/115 näkökulmasta*

48. Direktiivin 2008/115 IV luvun, jonka otsikko on ”Säilöönotto maastapoistamista varten”, mukaan säilöönottoon voidaan turvautua vain viimeisenä keinona, jos se on täysin välttämätöntä ja se tehdään maasta poistamista varten.[17] Säilöönottoa koskevien säännösten taustalla on periaate, jonka mukaan ainoastaan palauttamis- ja maastapoistamismenettelyt oikeuttavat vapaudenriiston ja säilöönotto ei enää ole tämän säännöksen kannalta perusteltu, jos näitä menettelyjä ei toteuteta riittävän nopeasti.[18] Säilöönotto maastapoistamista varten ei ole luonteeltaan rangaistus eikä rikosoikeudellinen toimenpide, eikä siinä ole kyse vankeusrangaistuksesta.[19] Direktiivin 2008/115 15 artiklan 1 kohtaa on lisäksi tulkittava suppeasti, koska pakkokeinona toteutetussa säilöönotossa on kyseessä vapaudenriisto ja siten poikkeus yksilön vapautta koskevasta perusoikeudesta.[20]

15 — Schengenin rajasäännöstön 4–19 a artikla. Kyseinen osasto on jaettu viiteen lukuun: ulkorajojen ylittäminen ja maahantuloedellytykset (I luku), ulkorajojen valvonta ja pääsyn epääminen (II luku), rajavalvonnan ja jäsenvaltioiden välisen yhteistyön voimavarat ja henkilöstö (III luku), erityissäännöt rajatarkastuksia varten (IV luku) ja erityistoimenpiteet ulkorajojen valvontaan liittyvien vakavien puutteiden osalta (IV a luku).

16 — On huomattava, että joitakin kuukausia pääasian tosiseikkojen tapahtuma-ajan jälkeen Schengenin rajasäännöstön 12 artiklan 1 alakohtaa muutettiin tarkoituksena selkeyttää yhteyttä direktiiviin 2008/115. Ks. asetuksen (EY) N:o 562/2006, Schengenin sopimuksen soveltamisesta tehdyn yleissopimuksen, neuvoston asetusten (EY) N:o 1683/95 ja (EY) N:o 539/2001 sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusten (EY) N:o 767/2008 ja (EY) N:o 810/2009 muuttamisesta 26.6.2013 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 610/2013 (EUVL L 182, s. 1) 1 artiklan 11 alakohta.

17 — Direktiivin 2008/115 15–18 artikla.

18 — Yksityiskohtaisemmin ks. ratkaisuehdotukseni Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, 46–55 kohta).

19 — Ks. ratkaisuehdotukseni Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, 47 kohta). Ks. myös julkisasiamies Mazákin ratkaisuehdotus El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205, 35 kohta); julkisasiamies Wathelet’n ratkaisuehdotus G. ja R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553, 54 kohta) ja julkisasiamies Botin ratkaisuehdotus Bero ja Bouzalmate (C-473/13 ja C-514/13, EU:C:2014:295, 91 kohta).

20 — Ks. ratkaisuehdotukseni Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, 47 kohta). Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on todennut samansuuntaisesti Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn eurooppalaisen yleissopimuksen (jäljempänä ihmisoikeussopimus) 5 artiklan 1 kappaleen f kohdasta (ks. erityisesti asia Quinn v. Ranska, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 22.3.1995, A-sarja nro 311, 42 kohta ja asia Kaya v. Romania, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 12.10.2006, valitus nro 33970/05, 16 kohta).

49. Kun tarkastellaan säilöönottoa ja vangitsemista muissa kuin direktiivissä 2008/115 tarkoitetuissa tilanteissa, direktiivissä ei säädetä jäsenvaltioiden mahdollisuudesta käyttää säilöönottoa tai vankeusrangaistusta laittomasta maahanmuutosta määrättävänä rikosoikeudellisena seuraamuksena. Mielestäni tähän on ilmeinen syy: tällaiselle seuraamukselle ei ole aihetta, jos direktiivin 2008/115 tavoitteena on varmistaa laittomasti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten nopea palauttaminen. Säilöönotto tai vankeusrangaistus, jota ei toteuteta palauttamismenettelyn yhteydessä, viivästyttää lopulta aina tätä menettelyä.

50. Tuomion El Dridi [21] taustalla olleessa asiassa unionin tuomioistuinta pyydettiin arvioimaan, oliko direktiivi 2008/115 esteenä kyseisessä pääasian oikeudenkäynnissä tarkastellun Italian lainsäädännön kaltaiselle lainsäädännölle, jossa säädettiin vankeusrangaistuksen määräämisestä maassa laittomasti oleskelevalle kolmannen maan kansalaiselle ainoastaan sillä perusteella, että vastoin hänelle annettua määräystä poistua tämän valtion alueelta määräajassa hän jatkoi oleskeluaan kyseisellä alueella ilman hyväksyttävää syytä. Unionin tuomioistuin totesi, että direktiivi 2008/115 ja erityisesti sen 15 ja 16 artikla olivat esteenä tällaiselle lainsäädännölle. [22]

51. Tuomion Achughbabian [23] taustalla olleessa asiassa unionin tuomioistuinta pyydettiin jälleen toteamaan, oliko direktiivi 2008/115 esteenä kyseisessä pääasian oikeudenkäynnissä tarkastellun Ranskan lainsäädännön kaltaiselle lainsäädännölle, [24] jossa säädettiin vankeusrangaistuksen määräämisestä kolmannen maan kansalaiselle pelkästään sillä perusteella, että hän oli saapunut Ranskaan laittomasti tai oleskellut siellä laittomasti. Unionin tuomioistuin totesi jälleen, että direktiivi 2008/115 oli esteenä tällaiselle lainsäädännölle ”siltä osin kuin tällaisessa lainsäädännössä sallitaan vankeusrangaistuksen määrääminen sellaiselle kolmannen maan kansalaiselle, johon siitä huolimatta, että hän oleskelee laittomasti kyseisen jäsenvaltion alueella eikä suostu poistumaan sieltä vapaaehtoisesti, ei ole kohdistettu direktiivin 8 artiklassa tarkoitettuja pakkokeinoja ja jonka osalta – siinä tapauksessa, että hänet on otettu säilöön hänen maastapoistamisensa valmistelua ja täytäntöönpanoa varten – kyseisen säilöönoton enimmäisaika ei ole päättynyt”. [25] Kyseisessä asiassa Achughbabian oli tällainen henkilö.

52. Unionin tuomioistuimen näissä kahdessa asiassa noudattaman päättelyn mukaan vankeusrangaistus vaarantaisi direktiivin 2008/115 tavoitteen saavuttamisen ja voisi estää sen 8 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen toimenpiteiden toteuttamisen ja hidastaa palauttamispäätöksen täytäntöönpanoa. [26]

53. Tuomiossa Achughbabian [27] unionin tuomioistuin lisäsi kuitenkin, ettei direktiivi 2008/115 ollut esteenä jäsenvaltion lainsäädännölle, jossa sallitaan rikosoikeudellisten seuraamusten määrääminen laittomasta oleskelusta, ”siltä osin kuin siinä sallitaan vankeusrangaistuksen määrääminen sellaiselle kolmannen maan kansalaiselle, jonka osalta on noudatettu direktiivissä [2008/115] vahvistettua palautusmenettelyä ja joka oleskelee laittomasti jäsenvaltion alueella ilman, että on olemassa perusteltu syy olla palauttamatta häntä”. [28]

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Tuomio El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, 62 kohta ja tuomiolauselma).

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Ulkomaalaislain entinen 621-1 §.

25 — Tuomio Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, 50 kohta ja tuomiolauselman ensimmäinen luetelmakohta).

26 — Ks. tuomio El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, 59 kohta) ja tuomio Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, 45 kohta). Näiden kahden tuomion vaikutuksista rikosoikeuden alalla kansallisen lainsäätäjän näkökulmasta ks. Mitsilegas. V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, s. 57–76.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Tuomion 48 ja 50 kohta sekä tuomiolauselman toinen luetelmakohta. Vaikka tämä kohta on myös osa tuomiolauselmaa, se mielestäni edustaa selvästi ns. obiter dictum -lausumaa, koska sillä ei ole yhteyttä käsiteltävänä olleen tapauksen tosiseikkoihin ja se koskee hypoteettista tilannetta.

54. Tämän jälkeen unionin tuomioistuin vahvisti tuomiossa Sagor,[29] että kotiarestia koskeva määräys, joka annettiin ja toimeenpantiin palauttamismenettelyn yhteydessä, oli ”omiaan viivästyttämään ja siis haittaamaan maastapoistamisen toteuttamisessa käytettäviä toimenpiteitä, kuten rajalle saattamista ja pakolla täytäntöönpantavaa palauttamista lentoteitse”. Sakkorangaistukseen johtavasta rikossyytteestä unionin tuomioistuin katsoi sen sijaan, ettei tällainen sakkorangaistus ollut omiaan estämään direktiivin 2008/115 mukaista palauttamismenettelyä.[30] Se lisäsi, että ”sakkorangaistuksen määrääminen ei millään tavoin estä palauttamispäätöksen tekemistä ja täytäntöönpanoa direktiivin 2008/115 6–8 artiklassa vahvistettuja edellytyksiä täysimääräisesti noudattaen eikä sillä myöskään loukata direktiivin 15 ja 16 artiklassa vahvistettuja vapaudenmenetystä koskevia yhteisiä normeja”.[31]

55. Tuomion Celaj[32] taustalla olleessa asiassa, jossa Italian tasavalta halusi soveltaa rikosoikeudellisia seuraamuksia sellaiseen laittomasti oleskelevaan kolmannen maan kansalaiseen, johon oli sovellettu direktiivissä 2008/115 vahvistettuja yhteisiä vaatimuksia ja menettelyjä hänen ensimmäisen laittoman oleskelunsa lopettamiseksi jäsenvaltion alueella ja joka tuli uudelleen tämän valtion alueelle maahantulokiellon vastaisesti, unionin tuomioistuin katsoi, että ”pääasian olosuhteet poikkeavat selvästi olosuhteista, jotka olivat kyseessä tuomioihin El Dridi [C-61/11 PPU, EU:C:2011:268] ja Achughbabian [C-329/11, EU:C:2011:807] johtaneissa asioissa”[33] ja ettei direktiivi 2008/115 ”lähtökohtaisesti ole esteenä jäsenvaltion säännöstölle, jossa säädetään vankeusrangaistuksen määräämisestä sellaiselle laittomasti oleskelevalle kolmannen maan kansalaiselle, joka aikaisemman palauttamismenettelyn yhteydessä alkuperämaahansa palattuaan tulee uudelleen laittomasti kyseisen jäsenvaltion alueelle vastoin maahantulokieltoa”.[34]

56. Lyhyesti sanottuna unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on hyväksytty kaksi tilannetta, joissa direktiivi 2008/115 ei estä kolmannen maan kansalaisen vankeusrangaistusta laittoman oleskelun vuoksi, eli kun on noudatettu direktiivissä 2008/115 vahvistettua palauttamismenettelyä ja kun kolmannen maan kansalainen oleskelee laittomasti kyseisen jäsenvaltion alueella ilman, että on olemassa perusteltu syy olla palauttamatta häntä (tuomiossa Achughbabian tarkoitettu tilanne), tai kun palauttamismenettelyä on noudatettu ja kun kyseinen henkilö tulee uudelleen laittomasti mainitun jäsenvaltion alueelle vastoin maahantulokieltoa (tuomiossa Celaj tarkoitettu tilanne).

57. Affumin tilanne ei ole kumpikaan näistä, sillä hänen osaltaan ei ole noudatettu palauttamismenettelyä (tuomiossa Achughbabian tarkoitettu tilanne) eikä hän ole tullut uudelleen Ranskan alueelle (tuomiossa Celaj tarkoitettu tilanne).

58. Ranskan viranomaisten mielestä hänelle voidaan kuitenkin määrätä vankeusrangaistus laittoman maahantulon vuoksi.

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

30 — Tuomion 36 kohta.

31 — Tuomion 36 kohta.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

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

34 — Tuomion 33 kohta ja tuomiolauselma.

D *Laiton maahantulo direktiivin 2008/115 näkökulmasta*

1. Ranskan lainsäädäntö

59. Ranskan hallitus muutti laittomasti oleskelevien ulkomaalaisten maastapoistamisjärjestelmäänsä lailla nro 2012-1560 [35] unionin tuomioistuimen antaman tuomion Achughbabian [36] ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen asiassa Mallah v. Ranska antaman tuomion [37] johdosta. Se muutti maan lainsäädäntöä muun muassa poistaakseen laitonta oleskelua koskevan rikoksen ja ottaakseen käyttöön oleskeluoikeuden tarkistamiseen liittyvän säilöönottomenettelyn. Ranskan viranomaiset säilyttivät kuitenkin laitonta maahantuloa koskevan rikoksen, kun henkilö ylittää ulkorajan laittomasti (ulkomaalaislain L. 621-2 §:n 1 momentti) ja kun kolmannen maan kansalainen liikkuu yleissopimuksessa vahvistettujen, ulkomaalaisten liikkumista koskevien edellytysten vastaisesti (ulkomaalaislain L. 621-2 §:n 2 momentti).

60. Lakiehdotuksen perusteluissa Ranskan viranomaiset totesivat, että ”kolmansien maiden kansalaisten ulkorajojen ylittämistä ja jäsenvaltioissa liikkumista koskevat säännöt eivät kuulu direktiivin [2008/115] soveltamisalaan”. [38]

61. Ranskan viranomaisten mukaan mainitut säännöt ”perustuvat ulkorajojen ylittämisen osalta Schengenin rajasäännöstöön – –, jossa säädetään jäsenvaltioiden velvollisuudesta ottaa käyttöön varoittavia seuraamuksia tilanteissa, joissa rajalla todetaan laiminlyönti eli maahantulokieltoa rikotaan tai joissa henkilö pysäytetään tai otetaan kiinni rajan laittoman ylittämisen vuoksi. Kun tarkastellaan – – yleissopimuksessa vahvistettujen jäsenvaltioiden välistä liikkuvuutta koskevien sääntöjen rikkomista, direktiivissä [2008/115] säädetään nimenomaisesti jäsenvaltioiden mahdollisuudesta soveltaa maastapoistamista koskevan toimenpiteen sijasta jäsenvaltioiden välisiä takaisinottomekanismeja, joihin direktiiviä [2008/115] ei sovelleta, kuten Conseil d’État’n [ylin hallintotuomioistuin, Ranska] välitoimista päättävä tuomari on muistuttanut (CE, 27.6.2011, ministère de l’intérieur v. Lassoued, nro 350207)”. [39]

62. Ranskan viranomaiset päättelivät tästä, että ”nämä esimerkkitilanteet jäävät niiden unionin tuomioistuimen tulkintojen ulkopuolelle, joihin Cour de cassation [ylin yleinen tuomioistuin] on ratkaisuissaan tukeutunut, ja seuraamusjärjestelmän lakkauttaminen olisi eurooppalaisten sääntöjen vastaista”. [40]

35 — – Laki saatavilla osoitteessa http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

36 — C-329/11, EU:C:2011:807.

37 — Ks. asia Mallah v. Ranska, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 10.11.2011, valitus nro 29681/08. Kyseisessä asiassa Marokon kansalainen, joka oli tuomittu laittomasti oleskelevan marokkolaisen vävynsä majoittamisesta, väitti, että hänen tuomitsemisellaan puututtiin käsiteltävän asian olosuhteiden näkökulmasta suhteettomasti hänen ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa tarkoitettuun yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamista koskevaan oikeuteensa. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi, ettei ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan määräyksiä ollut rikottu, ainoastaan siksi, että asianomaista henkilöä ei ollut tuomittu vankeusrangaistukseen. Tämän johdosta Ranskan lainsäätäjä laajensi laittoman maahantulon ja oleskelun avustamisrikokseen liittyvän, L. 622-4 §:ssä säädetyn rikosoikeudellisen immuniteetin ulottuvuutta. Ks. laittomasti oleskelevien ulkomaalaisten maastapoistamisesta annetun lainsäädännön mukauttamista koskevasta lakiehdotuksesta 21.9.2012 laaditun vaikutustenarvioinnin 2.2 kohta, saatavilla osoitteessa http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

38 — Lakiehdotus oleskeluoikeuden tarkistamiseen liittyvästä säilöönotosta ja laittoman oleskelun avustamisrikoksen muuttamisesta siten, että rikosnimikkeen ulkopuolelle jätetään humanitaariset ja epäitsekkäät toimet, kirjattu senaatin puheenjohtajistossa 28.9.2012, saatavilla osoitteessa http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (s. 6).

39 — Ibidem (s. 6).

40 — Ibidem (s. 6).

2. Affumin tilanne

63. Ranskan viranomaiset perustelevat sääntelyään vetoamalla useisiin direktiivin 2008/115 ja Schengenin rajasäännöstön säännöksiin, joita tarkastelen jäljempänä, minkä jälkeen kehotan unionin tuomioistuinta vahvistamaan direktiivin 2008/115 sovellettavuuden. Mielestäni mikään näissä kahdessa säädöksessä säädetyistä poikkeuksista tai rajoituksista ei nimittäin ole merkityksellinen käsiteltävässä asiassa.

a) Direktiivin 2008/115 2 artiklan 2 kohdan a alakohta

64. Ranskan tasavalta vetoaa direktiivin 2008/115 2 artiklan 2 kohdan a alakohtaan ja ehdottaa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen tapaus jää direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

65. Ensinnäkin on muistettava, että direktiivin 2008/115 2 artiklan 2 kohdan a alakohtaa sovelletaan ainoastaan ulkorajoihin, että Belgian ja Ranskan välinen raja on sisäraja ja että Affum otettiin kiinni hänen poistuessaan Ranskasta Ranskan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välisellä ulkorajalla.

66. Ranskan tasavalta katsoo tässä yhteydessä, että direktiivin 2008/115 2 artiklan 2 kohdan a alakohtaa sovelletaan jäsenvaltion ulkorajan laittomaan ylittämiseen sekä Schengen-alueelle tulon että sieltä poistumisen ajankohtana.

67. En voi siis hyväksyä tätä näkemystä, koska Ranskan tasavallan näkemys merkitsee ilmeisesti sitä, että direktiivin 2008/115 2 artiklan 2 kohdan a alakohtaa sovelletaan sellaisen henkilön tilanteeseen, joka on saapunut laittomasti jäsenvaltion alueelle sisärajan kautta mutta joka otetaan kiinni vasta hänen poistuessaan jäsenvaltiosta sen ulkorajan kautta.

68. Mielestäni tämän säännöksen sanamuodosta seuraa selvästi, että siinä tarkoitetaan ainoastaan lainvastaista maahantuloa, sillä muuten virkkeen jälkimmäinen osa (”joille ei ole sen jälkeen myönnetty lupaa tai oikeutta oleskella tuossa jäsenvaltiossa”) menettäisi merkityksensä. [41]

69. Ranskan tasavalta ei siis voi käsiteltävässä asiassa vedota direktiivin 2008/115 2 artiklan 2 kohdan a alakohtaan.

b) Direktiivin 2008/115 3 artiklan 2 kohta: kauttakulku oleskeluna

70. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin vaikuttaa olevan epävarma siitä, kuuluuko kauttakulkumatkalla Schengen-alueen ulkopuoliseen jäsenvaltioon olevan kolmannen maan kansalaisen läsnäolo Schengen-alueeseen kuuluvassa jäsenvaltiossa direktiivin 2008/115 soveltamisalaan.

71. Tällaiselle epäilykselle ei ole perusteita.

72. Direktiivin 2008/115 2 artiklan 1 kohdan mukaan kyseistä direktiiviä sovelletaan jäsenvaltion alueella laittomasti oleskeleviin kolmansien maiden kansalaisiin. Direktiivin 3 artiklan 2 alakohdan mukaan laittomalla oleskelulla tarkoitetaan ”sellaisen kolmannen maan kansalaisen oleskelua jäsenvaltion alueella, joka ei täytä tai ei enää täytä Schengenin rajasäännöstön 5 artiklassa määrättyjä maahantulon edellytyksiä tai muita maahantulon, maassa oleskelun tai asumisen edellytyksiä kyseisessä jäsenvaltiossa”.

41 — Jos Ranskan tasavallan päättelyketjua seurataan loppuun saakka, jäsenvaltion alueelle laittomasti sisärajan kautta saapuneen sellaisen henkilön tilanne, jonka tämän jäsenvaltion viranomaiset ottavat kiinni ulkorajan sijasta muualla tämän jäsenvaltion alueella, kuuluisi direktiivin 2008/115 soveltamisalaan, sillä henkilö ei ole ylittänyt ulkorajaa. Mielestäni Affumin tilanteessa olevaa henkilöä ei ole johdonmukaista kohdella eri tavalla.

73. Näistä säännöksistä seuraa, että linja-auton kyydissä oleva kolmannen maan kansalainen, joka ei täytä maahantulon edellytyksiä, oleskelee kyseisen jäsenvaltion alueella laittomasti. Oleskelun laittomuuden toteamisen kannalta merkitystä ei ole sillä, onko hän kauttakulkumatkalla vai ei.

c) Direktiivin 2008/115 6 artiklan 3 kohta

74. Direktiivin 2008/115 6 artiklan 3 kohdan mukaan jäsenvaltio voi olla tekemättä palauttamispäätöksen, jos toinen jäsenvaltio ottaa asianomaisen kolmannen maan kansalaisen takaisin tämän direktiivin voimaantulopäivänä voimassa olleiden ”kahdenvälisten sopimusten tai järjestelyjen nojalla”.

75. Kuten säännöksen sanamuodosta ilmenee välittömästi, siinä ainoastaan annetaan jäsenvaltiolle mahdollisuus olla tekemättä palauttamispäätöstä muttei direktiivin 2008/115 2 artiklasta poiketen määritellä mahdollisuuden soveltamisedellytyksiä. Direktiivin 6 artiklan 3 kohdan vaikutuksena ei voi olla se, ettei mitään direktiivin 2008/115 säännöksiä sovellettaisi pääasiassa, kuten Ranskan hallitus tuntuu ehdottavan. Direktiivin 2008/115 6 artiklan 3 kohtaan vetoavaa jäsenvaltiota päinvastoin sitovat muut direktiivin säännökset, ja se on velvollinen varmistamaan direktiivin täyden tehokkaan vaikutuksen. Kyseisen direktiivin säännöksistä ja etenkin henkilöiden vapaudenriistosta annettua unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä on sovellettava edelleen.

76. Direktiivin 2008/115 6 artiklan 3 kohdassa asianomainen jäsenvaltio siis ainoastaan vapautetaan velvollisuudesta tehdä direktiivin 6 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu palauttamispäätös. Järjestelyyn perustuva takaisinsiirtopäätös on kuitenkin direktiivissä vahvistettu toimenpide, jolla valmistellaan jäsenvaltioiden alueelta palauttamista direktiivin 2008/115 mukaisesti.

77. Käsitteen ”kahdenvälinen” tulkinnasta ehdotan, että unionin tuomioistuin tulkitsee direktiivin 2008/115 6 artiklan 3 kohtaa sisällyttämällä siihen käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisen järjestelyn.[42] Vaikka järjestelystä on sovittu neljän jäsenvaltion kesken, Benelux-maat katsotaan siinä yhdeksi alueeksi. Se on siis rinnastettavissa kahdenväliseen sopimukseen.

78. Tällainen tulkinta noudattaisi nähdäkseni lisäksi SEUT 350 artiklassa vahvistettua periaatetta, jonka mukaan perussopimusten määräykset eivät ole esteenä Belgian kuningaskunnan ja Luxemburgin suurherttuakunnan eikä Belgian kuningaskunnan, Luxemburgin suurherttuakunnan ja Alankomaiden kuningaskunnan välisen alueellisen liiton olemassaololle ja toteuttamiselle siltä osin kuin näiden alueellisten liittojen tavoitteita ei saavuteta perussopimuksia soveltamalla.

79. Koska EUT-sopimuksessa otetaan tässä määräyksessä huomioon Benelux-maiden erityistilanne, unionin tuomioistuimen olisi tehtävä samoin direktiivin 2008/115 6 artiklan 3 kohtaa tulkitessaan.

d) Schengenin rajasäännöstön 4 artiklan 3 kohta

80. Ranskan tasavalta vetoaa myös Schengenin rajasäännöstön 4 artiklan 3 kohtaan, jonka nojalla jäsenvaltion on otettava käyttöön seuraamuksia, joita sovelletaan, jos ulkoraja ylitetään luvattomasti muualta kuin rajanylityspaikan kautta tai muulloin kuin sen vahvistettuina aukioloaikoina.

81. Tätä säännöstä ei voida soveltaa käsiteltävässä asiassa, koska Affum ei yrittänyt ylittää rajaa muualta kuin rajanylityspaikan kautta tai muulloin kuin sen vahvistettuina aukioloaikoina.

42 — Henkilöiden vastaanottamisesta Ranskan ja Benelux-maiden yhteisillä rajoilla Ranskan tasavallan sekä Belgian kuningaskunnan, Luxemburgin suurherttuakunnan ja Alankomaiden kuningaskunnan hallitusten välillä sovittu järjestely. Järjestelyn teksti on saatavilla osoitteessa http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

82. Toisin kuin Ranskan tasavalta ehdottaa, tätä säännöstä ei mielestäni ole syytä tulkita sen sanamuodon vastaisesti siten, että mukaan luetaan myös rajanylityspaikat, sillä Schengenin rajasäännöstön 4 artiklassa otetaan perustellusti käyttöön erilainen kohtelu rajanylityspaikkojen kautta niiden vahvistettuina aukioloaikoina tapahtuvan rajan ylittämisen (1 kohta) ja muualta kuin rajanylityspaikkojen kautta muina kuin niiden vahvistettuina aukioloaikoina tapahtuvan rajan ylittämisen (2 kohta) välillä. Toisin sanoen mikään teleologinen syy ei mielestäni voi estää Schengenin rajasäännöstön 4 artiklan sanamuodon ja systematiikan mukaista tulkintaa.

83. Tässä yhteydessä haluan muistuttaa, että henkilöön, joka on ylittänyt rajan laittomasti ja jolla ei ole oikeutta oleskella kyseisen jäsenvaltion alueella, sovelletaan siis direktiiviä 2008/115. [43]

84. Direktiiviä 2008/115 sovelletaan näin ollen Affumin tilanteeseen. Kuten jo totesin tämän ratkaisuehdotuksen 57 kohdassa, hänen tilanteensa ei ole rinnastettavissa sellaiseen tilanteeseen, jossa unionin tuomioistuin on todennut, ettei direktiivi 2008/115 estä kolmannen maan kansalaisen vangitsemista. Affumin tilanteessa olevaa henkilöä ei siis voida vangita ainoastaan siksi, että hän oleskelee Ranskan alueella laittomasti.

V Ratkaisuehdotus

85. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Cour de cassationin (ylin yleinen tuomioistuin, Ranska) ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Jäsenvaltioissa sovellettavista yhteisistä vaatimuksista ja menettelyistä laittomasti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten palauttamiseksi 16.12.2008 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2008/115/EY, ja erityisesti sen 6 artiklan 3 kohtaa ja 15 ja 16 artiklaa, on tulkittava siten, että se on esteenä jäsenvaltion lainsäädännölle, jonka mukaan kolmannen maan kansalaiselle määrätään laittomasta maahantulosta vankeusrangaistus, kun tämä henkilö on otettu kiinni hänen poistuessaan Schengen-alueelta kyseisen jäsenvaltion ulkorajalla, kun hän on kauttakulkumatkalla tulossa toisesta jäsenvaltiosta ja kun tämä toinen jäsenvaltio voi ottaa hänet takaisin ensin mainitun jäsenvaltion kanssa ennen direktiivin 2008/115 voimaantuloa sovitun järjestelyn perusteella.

43 — Ks. myös edellä tämän ratkaisuehdotuksen 46 kohta.