Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MACIEJA SZPUNARA
od 2. veljače 2016.[1]

Predmet C-47/15

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Cour de cassation (Francuska))

„Područje slobode, sigurnosti i pravde – Direktiva 2008/115/EZ – Vraćanje državljanina treće zemlje s nezakonitim boravkom – Nezakonit ulazak – Situacija tranzita – Kazna zatvora – Policijsko zadržavanje"

I – Uvod

1. U okviru ovog zahtjeva za prethodnu odluku koji je uputio Cour de cassation (kasacijski sud), Sud je ponovno pozvan odlučiti, je li s Direktivom 2008/115/EZ[2] usklađena odredba nacionalnog prava kojom se omogućava izricanje kazne zatvora protiv državljana treće zemlje, samo zbog njegove nezakonite situacije.

2. U odnosu na prethodne postupke koji su se odnosili na to pitanje[3], ovaj predmet se razlikuje zbog dviju posebnosti. Prvo, on se tiče državljanina treće zemlje koji je ušao na područje države članice samo radi tranzita te je bio zadržan kod izlaska iz te države članice. Stoga se postavlja pitanje, radi li se o boravku u smislu Direktive 2008/115. Drugo, predmetna država članica ne namjerava donijeti odluku o vraćanju na temelju članka 6. stavka 1. Direktive 2008/115, već želi predati dotičnog državljanina tijelima druge države članice, na temelju sporazuma sklopljenog prije stupanja na snagu Direktive 2008/115.

3. Ovim predmetom dat će se Sudu prilika da podsjeti da se Direktiva 2008/115 primjenjuje na sve državljane trećih zemalja s nezakonitom situacijom, neovisno o razlogu nezakonitosti njihova boravka i mjestu njihova uhićenja, te da je izricanje kazne zatvora državljaninu treće zemlje moguće samo u točno određenim situacijama koje se ne primjenjuju u ovom slučaju.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom (SL L 348, str. 98.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 8., str. 188.)

3 — Vidjeti presude El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268); Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), i Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Vidjeti također presudu Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), koja je, među ostalim, imala za predmet kaznu kućnog pritvora.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

1. Direktiva 2008/115

4. Predmet Direktive 2008/115 opisan je u njezinu članku 1. kako slijedi:

„Ovom se Direktivom utvrđuju zajednički standardi i postupci koji se imaju primjenjivati u državama članicama za vraćanje državljana trećih zemalja koji nemaju zakonit boravak u skladu s temeljnim pravima kao općim načelima prava Zajednice kao i međunarodnog prava, uključujući zaštitu izbjeglica i ljudskih prava."

5. Članak 2. Direktive 2008/115, naslovljen „Područje primjene", propisuje:

„1. Ova se Direktiva primjenjuje na državljane trećih zemalja koji nezakonito borave na državnom području države članice.

2. Države članice mogu odlučiti da neće primjenjivati ovu Direktivu na državljane trećih zemalja:

(a) kojima je odbijen ulazak u skladu s člankom 13. Zakonika o schengenskim granicama ili koji su uhićeni ili zadržani od strane nadležnih tijela zbog nezakonitog prelaska kopnene, morske ili zračne vanjske granice države članice i koji potom nisu dobili dozvolu ili im nije priznato pravo boravka u toj državi članici;

(b) koji se moraju u skladu s nacionalnim pravom vratiti radi kaznene sankcije ili posljedice kaznene sankcije ili je u pogledu njih pokrenut postupak izručenja.

[...]"

6. U članku 3. te direktive, naslovljenom „Definicije", navodi se:

„U smislu ove Direktive primjenjuju se sljedeće definicije:

[...]

2. ‚nezakonit boravak' znači nazočnost u području države članice državljanina treće zemlje koji ne ispunjava ili više ne ispunjava uvjete za ulazak iz članka 5. Zakonika o schengenskim granicama ili druge uvjete za ulazak, boravak ili boravište u toj državi članici.

3. ‚vraćanje' znači postupak vraćanja državljanina treće zemlje – bilo kao dobrovoljno prihvaćanje obveze na povratak ili prisilno – u:

— njegovu ili njezinu državu podrijetla, ili

— državu tranzita u skladu sa sporazumima Zajednice ili bilateralnim sporazumima o ponovnom primitku ili drugim sporazumima, ili

— drugu treću zemlju u koju se konkretni državljanin treće zemlje dobrovoljno odluči vratiti i u kojoj će on ili ona biti prihvaćeni;

4. ‚odluka o vraćanju' znači upravna ili sudska odluka ili akt u kojem se navodi ili određuje da je boravak državljanina treće zemlje nezakonit i kojom se određuje ili utvrđuje obveza vraćanja;

5. ‚udaljavanje' znači izvršenje obveze vraćanja, posebno fizički prijevoz iz države članice;

[...]"

7. U članku 4. navedene direktive, naslovljenom „Povoljnije odredbe", navodi se:

„1. Ova Direktiva ne dovodi u pitanje povoljnije odredbe:

(a) bilateralnih i multilateralnih sporazuma između Zajednice ili Zajednice i njezinih država članica i jedne ili više trećih zemalja;

(b) bilateralnih i multilateralnih sporazuma između jedne ili više država članica i jedne ili više trećih zemalja.

[...]

4. U pogledu državljana trećih zemalja koji su izuzeti iz područja primjene ove Direktive u skladu s člankom 2. stavkom 2. točkom (a), države članice:

(a) osiguravaju da njihov položaj i razina zaštite ne budu manje povoljni nego što je to u članku 8. stavku 4. i 5. (ograničenja primjene prisilnih mjera), članku 9. stavku 2 točki (a) (odgoda udaljavanja), članku 14. stavku 1. točki (b) i (d) (hitna zdravstvena zaštita i uzimanje u obzir potreba ranjivih osoba), te članka 16. i 17. (uvjeti zadržavanja), te

(b) poštuju načelo *non refoulement*."

8. Članci 6. do 8. Direktive 2008/115 određuju:

„Članak 6.

Odluka o vraćanju

1. Države članice izdaju odluku o vraćanju u pogledu svakog državljanina treće zemlje koji nezakonito boravi na njihovu državnom području, ne dovodeći u pitanje iznimke iz stavaka od 2. do 5.

[...]

3. Države članice mogu se suzdržati od izdavanja odluke o vraćanju državljanina treće zemlje koji nezakonito boravi na njihovu državnom području, ako konkretnog državljanina treće zemlje preuzme druga država članica prema bilateralnom sporazumu ili dogovorima koji važe na dan stupanja na snagu ove Direktive. U tom slučaju država članica koja je preuzela konkretnog državljanina treće zemlje primjenjuje stavak 1.

[...]

Članak 7.

Dobrovoljni odlazak

1. U odluci o vraćanju naznačuje se vrijeme potrebno za dobrovoljni odlazak koje iznosi između sedam i trideset dana, ne dovodeći u pitanje iznimke iz stavaka 2. i 4. [...]

[...]

Članak 8.

Udaljavanje

1. Države članice poduzimaju potrebne mjere za izvršenje odluke o vraćanju, ako nije odobreno vrijeme za dobrovoljni odlazak u skladu s člankom 7. stavkom 4. ili ako obveza vraćanja nije izvršena u vremenu za dobrovoljni odlazak, odobren u skladu s člankom 7.

[...]"

9. Članak 15. Direktive 2008/115, naslovljen „Zadržavanje", propisuje:

„1. Ako u konkretnom slučaju nije moguće primijeniti dostatne a manje prisilne mjere, države članice mogu samo zadržati državljanina treće zemlje u pogledu kojeg se provodi postupak vraćanja kako bi pripremile povratak i/ili provele postupak vraćanja, posebno kada:

(a) postoji opasnost od bijega; ili

(b) konkretni državljanin treće zemlje izbjegava ili ometa pripreme postupka za vraćanje ili udaljavanje.

Svako zadržavanje može trajati ono vrijeme koje je najmanje potrebno, a trajati tako dugo koliko traje postupak udaljavanja, a treba se provesti uz dužnu pozornost.

[...]"

2. CISA i Zakonik o schengenskim granicama

10. Konvencija o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. između vlada država Gospodarske unije Beneluksa, Savezne Republike Njemačke i Francuske Republike o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama (SL 2000., L 239, str. 19.), potpisana u Schengenu 19. lipnja 1990. (u daljnjem tekstu: CISA), dio je schengenske pravne stečevine.

11. U glavi II. CISA-e, poglavljem 4. pod naslovom „Uvjeti koji uređuju kretanje stranaca", utvrđuju se u njezinu članku 19. stavcima 1. i 2., članku 20. stavku 1. i članku 21. Stavcima 1. i 2. uvjeti pod kojima se stranci nositelji jedinstvene vize ili vize koju je izdala jedna od stranaka ugovornica, stranci koji ne podliježu zahtjevu za vizu kao i stranci koji imaju boravišnu dozvolu ili privremenu boravišnu dozvolu koju je izdala jedna od tih stranaka mogu slobodno kretati na državnom području stranaka ugovornica. Te odredbe osobito se odnose na određene uvjete ulaska na to područje utvrđene u članku 5. stavku 1. CISA-e.

12. Uredba (EZ) br. 562/2006 [4] ujednačila je i razvila schengensku pravnu stečevinu.

13. U skladu s uvodnom izjavom 27. Zakonika o schengenskim granicama, on „predstavlja razvoj odredaba schengenske pravne stečevine u kojima Ujedinjena Kraljevina [Velike Britanije i Sjeverne Irske] ne sudjeluje [...]. Ujedinjena Kraljevina stoga ne sudjeluje u donošenju ove Uredbe te je ona ne obvezuje niti se na nju primjenjuje".

4 — Uredba Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o Zakoniku Zajednice o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama) (SL 2006., L 105, str. 1., SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 10., str. 61.) kako je izmijenjena Uredbom (EU) br. 265/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. ožujka 2010. (SL L 85, str. 1., posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 10., str. 199., u daljnjem tekstu: Zakonik o schengenskim granicama)

14. U skladu s člankom 1. tog zakonika, njime se „ukidaju [...] granične kontrole osoba koje prelaze unutarnje granice država članica Europske unije” i „utvrđuju pravila granične kontrole osoba koje prelaze vanjske granice država članica Europske unije”.

15. U članku 2. točkama 1. i 2. istog zakonika nalaze se sljedeće definicije:

„1. ‚unutarnje granice’ znači:

(a) zajedničke kopnene granice, uključujući granice na rijekama i jezerima država članica;

(b) zračne luke država članica za unutarnje letove;

(c) pomorske, riječne i luke na jezerima država članica za redovne trajektne linije;

2. ‚vanjske granice’ znači kopnene granice država članica, uključujući granice na rijekama i jezerima, granice na moru i njihove zračne, riječne, pomorske i luke na jezerima, ako se ne radi o unutarnjim granicama.”

16. Poglavlje I. glave II. Zakonika o schengenskim granicama, pod naslovom „Prelazak vanjskih granica i uvjeti za ulazak”, u člancima 4. i 5. propisuje:

„Članak 4.

Prelazak vanjskih granica

1. Vanjske se granice mogu prijeći samo na graničnim prijelazima i tijekom utvrđenog radnog vremena. Radno vrijeme je jasno naznačeno na graničnim prijelazima koji nisu otvoreni 24 sata dnevno.

[...]

3. Ne dovodeći u pitanje iznimke iz stavka 2. ili njihove obveze u pogledu međunarodne zaštite, države članice, u skladu sa svojim nacionalnim pravom, uvode kazne za neovlašteno prelaženje vanjskih granica na mjestima izvan graničnih prijelaza ili izvan utvrđenog radnog vremena. Te kazne su učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće.

Članak 5.

Uvjeti ulaska državljana trećih zemalja

1. Za boravke od najviše tri mjeseca tijekom razdoblja od šest mjeseci, uvjeti ulaska za državljane trećih zemalja su sljedeći:

(a) da posjeduju važeću putnu ispravu ili isprave na temelju kojih im se odobrava prelazak granice;

(b) da imaju važeću vizu ako je ona obvezna [...], osim ako imaju valjanu boravišnu dozvolu;

(c) da opravdavaju svrhu i uvjete namjeravanog boravka te imaju dovoljno sredstava za uzdržavanje, kako za vrijeme trajanja namjeravanog boravka tako i za povratak u njihovu matičnu državu ili tranzit do treće zemlje za koju su sigurni da će ih prihvatiti ili su takva sredstva u mogućnosti zakonito pribaviti;

(d) da nisu osobe za koje je u Schengenskom informacijskom sustavu (SIS) izdano upozorenje u svrhu zabrane ulaska;

(e) da ne predstavljaju prijetnju za javni poredak, [unutarnju] sigurnost, javno zdravlje ili međunarodne odnose bilo koje od država članica [...]

[...]

4. Odstupajući od stavka 1.:

(a) državljani trećih zemalja koji ne ispunjavaju sve uvjete iz stavka 1., ali posjeduju boravišnu dozvolu ili vizu za ponovni ulazak koju je izdala jedna od država članica ili, ako se to zahtijeva, obje isprave, mogu ući na državna područja drugih država članica u svrhu tranzita do državnog područja države članice koja je izdala boravišnu dozvolu ili vizu za ponovni ulazak [...];

[...]

(c) državljanima trećih zemalja koji ne ispunjavaju jedan ili više uvjeta iz stavka 1. država članica može dopustiti ulazak na svoje državno područje iz humanitarnih razloga, zbog nacionalnog interesa ili zbog međunarodnih obveza. [...]"

17. Glava II. poglavlje II. Zakonika o schengenskim granicama, naslovljeno „Nadzor vanjskih granica i zabrana ulaska", u svojem članku 7., koji se odnosi na graničnu kontrolu osoba, propisuje:

„Članak 7.

Granična kontrola osoba

1. Kretanje preko vanjskih granica podliježe kontrolama službenika. Kontrole se provode u skladu s ovim poglavljem.

[...]

3. Državljani trećih zemalja prilikom ulaska i izlaska podliježu temeljitim kontrolama.

(a) Temeljite kontrole prilikom ulaska uključuju provjeru uvjeta ulaska utvrđenih člankom 5. stavkom 1. te, prema potrebi, provjeru isprava na temelju kojih se odobrava boravak i obavljanje profesionalne djelatnosti. To uključuje detaljnu provjeru koja obuhvaća sljedeće aspekte:

[...]

(b) Temeljite kontrole prilikom izlaska obuhvaćaju:

i. provjeru posjeduje li državljanin treće zemlje valjanu ispravu za prelazak granice;

ii. provjeru putne isprave radi otkrivanja znakova krivotvorenja;

iii. uvijek kada je to moguće, provjeru radi utvrđenja da državljanin treće zemlje ne predstavlja opasnost za javni poredak, unutarnju sigurnost ili međunarodne odnose bilo koje države članice;

(c) Osim kontrola iz točke (b), temeljite kontrole prilikom izlaska mogu obuhvaćati i:

i. provjeru posjeduje li osoba valjanu vizu, ako je to potrebno [...], osim u slučaju kad on ili ona imaju valjanu boravišnu dozvolu [...]

ii. provjeru je li osoba prekoračila najdulje dopušteno trajanje boravka na državnom području država članica;

iii. provjeru upozorenja o osobama i predmetima uključenim u SIS i izvješća u nacionalnim bazama podataka;

[...]”

18. Prema članku 20. Zakonika o schengenskim granicama, koji se nalazi u poglavlju I. glave III. tog zakonika, pod naslovom „Ukidanje nadzora državne granice na unutarnjim granicama”, „unutarnje granice mogu se prijeći na bilo kojem mjestu bez provođenja granične kontrole osoba bez obzira na njihovo državljanstvo”.

19. U skladu s člankom 39. stavkom 1. Zakonika o schengenskim granicama, koji se nalazi u njegovoj glavi IV., pod naslovom „Završne odredbe”, odredbe članaka 2. do 8. CISA-e stavljaju se izvan snage s učinkom od 13. listopada 2006. Osobito su uvjeti ulaska, koji su se ranije nalazili u članku 5. stavku 1. CISA-e, zamijenjeni onima iz članka 5. tog zakonika.

B – *Francuski propisi*

1. Zakonik o ulasku i boravku stranaca i o pravu na azil

20. Članak L. 621-2 Zakonika o ulasku i boravku stranaca i o pravu na azil, kako je izmijenjen Zakonom br. 2012-1560 od 31. prosinca 2012. o zadržavanju radi provjere prava boravka i izmjeni kaznenog djela pomaganja prilikom nezakonitog boravka iz isključivo humanitarnih i altruističnih razloga (JORF od 1. siječnja 2013., str. 48., u daljnjem tekstu: Ceseda), propisuje:

„Stranac koji nije državljanin države članice Europske unije kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od godine dana i novčanom kaznom od 3750 eura:

1. ako uđe na francusko državno područje a da nije ispunio uvjete iz točaka (a), (b) ili (c) stavka 1. članka 5. [Zakonika o schengenskim granicama] i ako nije primljen na to područje u skladu s točkama (a) i (c) stavka 4. članka 5. istog zakonika; isto se primjenjuje u slučaju kada je za stranca izdano upozorenje u svrhu zabrane ulaska na temelju izvršne odluke druge države članice [CISA-e];

2. ili ako je, stigavši izravno s državnog područja države članice tog ugovora, ušao na francusko državno područje a da nije ispunio uvjete iz članka 19. stavaka 1. ili 2., članka 20. stavka 1. i članka 21. stavka 1. ili 2., uz iznimku uvjeta navedenih u točki (e) stavka 1. članka 5. [Zakonika o schengenskim granicama] i u točki (d) kada upozorenje u svrhu zabrane ulaska nije rezultat izvršne odluke koju je donijela druga država članica [CISA-e];

[...]

Za potrebe ovog članka, kazneni postupci mogu se pokrenuti tek kada se utvrde činjenice iz slučajeva predviđenih člankom 53. Zakonika o kaznenom postupku.”

2. Zakonik o kaznenom postupku

21. Članak 53. Zakonika o kaznenom postupku, u verziji koja je bila na snazi u vrijeme činjenica u glavnom postupku, određuje:

„Kaznenim djelom *in flagranti* smatrat će se kazneno djelo pri čijem je izvršenju počinitelj zatečen ili je upravo izvršeno. Također će se smatrati kaznenim djelom *in flagranti* kada su u vrijeme netom nakon izvršenja djela kod osumnjičenika za kojim je pokrenuta potjera pronađeni predmeti ili tragovi ili indicije koje upućuju na to da je sudjelovao u počinjenju kaznenog djela.

Nakon što se utvrdi postojanje kaznenog djela *in flagranti*, bez prekida se može nastaviti istraga koju vodi državni odvjetnik pod uvjetima predviđenima u ovom poglavlju u trajanju od osam dana.

[...]"

22. Članak 62-2 Zakonika o kaznenom postupku utvrđuje:

„Policijsko zadržavanje je prisilna mjera o kojoj odlučuje policijski službenik s istražnim ovlastima pod sudskim nadzorom kojom se osoba za koju se opravdano sumnja po jednoj ili više osnova da je počinila ili pokušala počiniti kazneno djelo kažnjivo kaznom zatvora drži na raspolaganju istražiteljima.

[...]"

III – Činjenično stanje u glavnom postupku, postupak pred Sudom i prethodna pitanja

23. Francuski policajci provjerili su 22. ožujka 2013. u Coquellesu (Francuska), na ulazu u tunel ispod La Manchea, S. Affum, gansku državljanku koja se nalazila u autobusu koji je vozio iz Genta (Belgija) za London (Ujedinjena Kraljevina).

24. Nakon što je pokazala belgijsku putovnicu s fotografijom i imenom treće osobe i s obzirom na to da nije imala nikakvu osobnu ili putnu ispravu na svoje ime, zadržana je kod policije zbog nezakonitog ulaska na francusko državno područje na temelju članka L. 621-2 točke 2. Cesede.

25. Drugi dan, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (državni odvjetnik na prvostupanjskom sudu u Boulogne-sur-Mer) odlučio je obustaviti kazneni postupak protiv S. Affum. Slijedom navedenog, mjera policijskog zadržavanja protiv nje bila je ukinuta istog dana.

26. Međutim, usporedno s kaznenim postupkom pokrenutim protiv S. Affum, préfet du Pas-de-Calais vodio je postupak u vezi s upravnom situacijom S. Affum u svrhu odlučivanja o njezinu mogućem udaljavanju s francuskog državnog područja.

27. Odlukom od 23. ožujka 2013. odlučio je predati S. Affum belgijskim vlastima radi njezina ponovnog primitka na temelju Sporazuma između vlade Francuske Republike, s jedne strane, i vlada Kraljevine Belgije, Velikog Vojvodstva Luksemburga i Kraljevine Nizozemske, s druge strane, o postupanju s osobama na zajedničkim granicama između Francuske i područja država Beneluksa, potpisanog 16. travnja 1964. u Parizu.

28. Tom istom odlukom préfet du Pas-de-Calais odredio je upravno zadržavanje S. Affum u prostorijama kojima ne upravljaju zatvorske vlasti u trajanju od pet dana računajući od završetka njezina policijskog zadržavanja u očekivanju njezina udaljavanja. U izvršenju te odluke, S. Affum je stoga 23. ožujka 2013. stavljena u upravno zadržavanje u trajanju od pet dana radi predaje belgijskim tijelima.

29. Dana 27. ožujka 2013. préfet du Pas-de-Calais tražio je od suca nadležnog za određivanje pritvora pred tribunalom de grande instance de Lille produljenje tog zadržavanja u očekivanju odgovora belgijskih vlasti na njegov zahtjev o ponovnom primitku.

30. S. Affum u svoju je obranu tvrdila, pozivajući se osobito na presudu Achughbabian [5], da zahtjev préfet du Pas-de-Calais treba odbiti, jer je njezino policijsko zadržavanje bilo nezakonito, jer je zbog takve nezakonitosti prema nacionalnom pravu cijeli postupak nevaljan te se sankcionira odbijanjem produljenja zadržavanja i puštanjem predmetne osobe na slobodu.

31. Rješenjem od 28. ožujka 2013. sudac nadležan za određivanje pritvora na tribunalu de grande instance de Lille smatrao je, međutim, da je mjera policijskog zadržavanja izrečena protiv S. Affum bila zakonita i da je upravna mjera zadržavanja određena nakon zakonitog postupka. Posljedično, on je prihvatio zahtjev préfeta du Pas-de-Calais i naložio produljenje upravnog zadržavanja S. Affum u najduljem trajanju od dvadeset dana računajući od tog datuma.

32. Rješenje suca nadležnog za određivanje pritvora na tribunalu de grande instance de Lille, protiv kojeg je S. Affum uložila žalbu, potvrđeno je rješenjem prvog predsjednika coura d'appel de Douai od 29. ožujka 2013.

33. S. Affum podnijela je kasacijsku žalbu protiv potonjeg rješenja Couru de cassation te je on odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li članak 3. [točku] 2. Direktive 2008/115/EZ tumačiti na način da se smatra da državljanin treće zemlje nezakonito boravi na području države članice te u skladu s tim – sukladno njezinu članku 2. stavku 1. – potpada pod područje primjene te direktive, ako se jednostavno nalazi u tranzitu kao putnik u autobusu koji prometuje na području te države članice, s polazištem iz druge države članice koja je dio schengenskog prostora i s odredištem u jednoj drugoj državi članici?

2. Treba li članak 6. stavak 3. navedene direktive tumačiti na način da mu se ne protivi nacionalni propis koji za nezakonit ulazak državljanina treće zemlje određuje kaznu zatvora, ako predmetnog stranca može preuzeti neka druga država članica, u skladu sa sporazumom ili dogovorom koji je s njom zaključen prije stupanja na snagu [navedene] Direktive?

3. Ovisno o odgovoru na prethodno pitanje, treba li tu direktivu tumačiti na način da joj se protivi nacionalni propis koji za nezakonit ulazak državljanina treće zemlje određuje kaznu zatvora, sukladno istim uvjetima kakve je odredio [Sud Europske unije] u presudi od 6. prosinca 2011., Achughbabian (C-329/11) u području nezakonitog boravka, a koji ovise o prethodnom nepodvrgavanju dotične osobe prisilnim mjerama iz članka 8. [navedene] Direktive i trajanju njezina zadržavanja?"

34. S. Affum podnijela je pisano očitovanje, kao i francuska, češka, grčka, mađarska i švicarska vlada te Europska komisija. Na raspravi od 10. studenog 2015. saslušani su S. Affum, francuska i grčka vlada te Komisija.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807

IV – Analiza

35. Svojim trima pitanjima, koja zaslužuju da ih se zajedno obradi, sud koji je uputio zahtjev želi u bitnom znati, protivi li se Direktiva 2008/115 propisu države članice kojim se nezakonit ulazak državljanina treće zemlje kažnjava kaznom zatvora kada je ta osoba zadržana kod svojeg izlaska iz schengenskog područja [6] na vanjskoj granici te države članice u slučaju tranzita s polazištem iz druge države članice te je može preuzeti druga država članica na temelju sporazuma sklopljenog s ovom potonjom državom članicom prije stupanja na snagu Direktive 2008/115.

36. Radi davanja korisnog odgovora na postavljena pitanja, valja prije svega ukratko izložiti sustav uspostavljen Direktivom 2008/115, s jedne strane, te Zakonom o schengenskim granicama, s druge strane, analizirajući pri tome razgraničenje između tih dvaju instrumenata, a potom ukratko podsjetiti na sudsku praksu Suda o oduzimanju slobode osobi u situacijama različitim od situacija predviđenih Direktivom 2008/115, te naposljetku analizirati predmetne nacionalne propise.

A – *Direktiva 2008/115 i njezino područje primjene*

37. Predmet Direktive 2008/115, kako je utvrđen u njezinu članku 1., jest utvrđivanje zajedničkih standarda i postupaka koji se imaju primjenjivati u državama članicama za vraćanje državljana trećih zemalja koji nemaju zakonit boravak u skladu s temeljnim pravima i međunarodnim pravom. Iz njezine uvodne izjave 4. proizlazi da je ta direktiva namijenjena donošenju jasnih, preglednih i pravičnih pravila radi učinkovite politike povratka kao sastavnog dijela dobro vođene migracijske politike. Direktiva 2008/115 bila je donesena na temelju prijašnjeg članka 63 prvog stavka točke 3. podtočke (b), UEZ-a [7], prema postupku suodlučivanja na temelju članka 251. UEZ-a [8]. Radi se, naime, o prvom pravnom instrumentu na području imigracija koji je donesen po tom postupku [9].

38. Područje primjene *ratione personae* Direktive 2008/115 kako je određeno njezinim člankom 2., vrlo je široko. Na temelju stavka 1. te odredbe, Direktiva 2008/115 primjenjuje se na državljane trećih zemalja koji nezakonito borave na državnom području države članice. Nezakonit boravak predstavlja nazočnost u području države članice državljanina treće zemlje koji ne ispunjava ili više ne ispunjava uvjete za ulazak iz članka 5. Zakonika o schengenskim granicama ili druge uvjete za ulazak, boravak ili boravište u toj državi članici [10].

39. Zbog toga što upućuje samo na nezakonit boravak, članak 2. stavak 1. Direktive 2008/115 ne pravi razliku između nezakonitog ulaska i nezakonitog boravka.

40. Na temelju članka 2. stavka 2. Direktive 2008/115 države članice imaju mogućnost da ne primjenjuju tu direktivu u određenim dobro opisanim okolnostima. Naime, na temelju članka 2. stavka 2. točke (a) te iste direktive, država članica može odlučiti da neće primjenjivati Direktivu 2008/115 na državljane trećih zemalja kojima je odbijen ulazak u skladu s člankom 13. Zakonika o schengenskim granicama ili koji su uhićeni ili zadržani od strane nadležnih tijela zbog nezakonitog prelaska vanjske granice države članice i koji potom nisu dobili dozvolu ili im nije priznato pravo boravka u toj državi članici.

6 — Čak i ako se izraz „schengensko područje” ne koristi u Zakoniku o schengenskim granicama, on je postao uobičajen za označavanje država članica na koje se taj zakonik odnosi. U tom kontekstu primjećujem da sam Sud koristi taj izraz. Vidjeti, na primjer, presude ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, različite točke i izreka); Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, t. 67.), kao i T. (C-373/13, EU:C:2015:413, t. 52.).

7 — Nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, taj je članak postao 79. stavak 2. točka (c) UFEU-a.

8 — Taj se postupak počeo primjenjivati nakon donošenja Odluke Vijeća 2004/927/EZ od 22. prosinca 2004. o primjeni postupka utvrđenog u članku 251. Ugovora o osnivanju Europske zajednice na određena područja iz glave IV. dijela tri tog Ugovora (SL L 396, str. 45.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 17., str. 82.).

9 — Vidjeti 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., str. 1. do 17., a osobito str. 1.

10 — Vidjeti članak 3. točku 2. Direktive 2008/115.

41. Zadržavanje u skladu gore navedenom odredbom mora uslijediti zbog nezakonitog prelaska vanjske granice što prema mojem mišljenju znači usku vremensku i prostornu vezu s prelaskom granice.

42. Sama Direktiva 2008/115 ne sadržava definiciju izraza „unutarnja granica" ili izraza „vanjska granica". Međutim, s obzirom na to da je Zakonik o schengenskim granicama u njoj spomenut više puta, izgleda mi jasnim da se primjenjuje definicija iz tog zakonika. Iz članka 2. točke 1. podtočke (a) i članka 2. točke 2. Zakonika o schengenskim granicama proizlazi da „unutarnje granice" čine zajedničke kopnene granice [11] država članica, a da „vanjske granice" čine kopnene granice [12] i granice na moru [13] država članica ako se ne radi o unutarnjim granicama. Podrazumijeva se da izraz „države članice" uključuje samo države članice Unije koje sudjeluju u schengenskoj pravnoj stečevini kao i treće države koje sudjeluju u njoj [14].

43. Direktiva 2008/115 primjenjuje se samo na države koje su dio schengenskog prostora. Prema članku 21. Direktive 2008/115, ona zamjenjuje članke 23. i 24. CISA-e. Što se preciznije tiče Ujedinjene Kraljevine, uvodnom izjavom 26. Direktive 2008/115 pojašnjava se da ona „ne sudjeluje u donošenju ove Direktive, ona je ne obvezuje i na nju se ne primjenjuje".

B – *Zakonik o schengenskim granicama*

44. Zakonikom o schengenskim granicama uređuje se kretanje osoba preko granica.

45. Uvjeti za prelazak vanjskih granica i kontrole za provjeru je li se oni poštuju, utvrđeni su u glavi II. Zakonika o schengenskim granicama [15]. Te kontrole obuhvaćaju, s jedne strane, kontrole na graničnim prijelazima, koje su države članice označile, te, s druge strane, zaštitu državne granice između graničnih prijelaza.

46. Nasuprot tomu, Direktiva 2008/115 primjenjuje se kada osoba nezakonito uđe u schengensko područje, a nema pravo boravka u njemu.

47. Zakonik o schengenskim granicama sada [16] izričito uspostavlja vezu između tog zakonika i Direktive 2008/115. Naime, prema drugoj rečenici članka 12. stavka 1. tog zakonika, osoba koja je nezakonito prešla granicu i koja nema pravo boravka na državnom području dotične države članice mora se uhititi i podvrgnuti procedurama u skladu s Direktivom 2008/115/EZ.

C – *Oduzimanje slobode na temelju Direktive 2008/115*

48. Na temelju poglavlja IV. Direktive 2008/115, pod naslovom „Zadržavanje u svrhu udaljavanja", zadržavanje se može poduzeti samo kao krajnje sredstvo, samo ako je nužno potrebno i dok se čeka udaljavanje [17]. Razlog na kojemu se temelje ove odredbe o zadržavanju jest taj da samo postupci vraćanja i udaljavanja opravdaju oduzimanje slobode i da ako se ti postupci ne vode s dužnom

11 — Uključujući granice na rijekama i jezerima

12 — Uključujući granice na rijekama i jezerima

13 — I njihove zračne, riječne, pomorske i luke na jezerima

14 — Vidjeti uvodne izjave 21. do 28. Zakonika o schengenskim granicama.

15 — Članci 4. do 19. Zakonika o schengenskim granicama. Ta je glava podijeljena u pet poglavlja, to jest prelazak vanjskih granica i uvjeti za ulazak (poglavlje I.), nadzor vanjskih granica i zabrana ulaska (poglavlje II.), osoblje i sredstva za nadzor državne granice te suradnja između država članica (poglavlje III.), posebna pravila za graničnu kontrolu (poglavlje IV.) i posebne mjere u slučaju ozbiljnih nedostataka povezanih s kontrolom vanjskih granica (poglavlje IV.a).

16 — Valja ukazati na to da je nekoliko mjeseci nakon nastanka činjenica iz glavnog postupka, članak 12. stavak 1. Zakonika o schengenskim granicama bio izmijenjen upravo kako bi se pojasnila veza s Direktivom 2008/115. Vidjeti članak 1. točku 11. Uredbe (EU) br. 610/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 562/2006, Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma, uredaba Vijeća (EZ) br. 1683/95 i (EZ) br. 539/2001 i uredaba (EZ) br. 767/2008 i (EZ) br. 810/2009 Europskog parlamenta i Vijeća (SL L 182, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 12., str. 285.).

17 — Članci 15. do 18. Direktive 2008/115

pozornošću, zadržavanje prestaje biti opravdano u smislu tih odredbi [18]. Zadržavanje u svrhu udaljavanja nema ni represivni ni kazneni karakter i ne predstavlja zatvorsku kaznu [19]. Štoviše, članak 15. stavak 1. Direktive 2008/115 zahtijeva usko tumačenje, jer prisilno zadržavanje kao lišenje slobode predstavlja iznimku od temeljnog prava na osobnu slobodu [20].

49. Što se tiče zadržavanja ili zatvora izvan situacija na koje se odnosi Direktiva 2008/115, ona ne sadržava niti jednu odredbu o mogućnosti država članica da koriste zadržavanje ili oduzimanje slobode kao kaznenopravnu sankciju u pogledu nezakonitog boravka. Razlog za to je prema mojem mišljenju očit, jer nema mjesta za takvu sankciju ako je cilj Direktive 2008/115 predvidjeti brzo vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom. Svaka mjera zadržavanja ili kazne zatvora koja nije izrečena u okviru postupka vraćanja u konačnici će oduljiti postupak.

50. U predmetu povodom kojeg je donesena presuda El Dridi [21], od Suda je zatraženo da ocijeni, protivi li se Direktiva 2008/115 propisu države članice, kao što je talijanski propis o kojemu je bila riječ u glavnom postupku, a koji je predviđao izricanje kazne zatvora državljaninu treće zemlje s nezakonitim boravkom samo iz razloga što je kršeći nalog da napusti državno područje te države članice u određenom roku, on ostao na navedenom državnom području bez opravdanog razloga. Sud je utvrdio da se Direktiva 2008/115, a osobito njezini članci 15. i 16. protive takvom propisu [22].

51. U predmetu povodom kojeg je donesena presuda Achughbabian [23], Sud je bio ponovno pozvan utvrditi, protivi li se Direktiva 2008/115 nacionalnom propisu, kao što je francuski propis o kojem je bila riječ u glavnom postupku [24], a koji predviđa izricanje kazne zatvora državljaninu treće zemlje samo iz razloga nezakonitosti njegova ulaska ili boravka na francuskom državnom području. Sud je ponovno ustvrdio da se Direktivi 2008/115 protivi takav propis „koji dopušta oduzimanje slobode državljaninu treće zemlje koji, iako nezakonito boravi na području odnosne države članice te ga ne želi dobrovoljno napustiti, nije bio podvrgnut prisilnim mjerama navedenima u članku 8. te direktive te nije proveo najdulje predviđeno vrijeme zadržavanja koje mu je određeno radi pripreme i provedbe njegova udaljavanja” [25]. U glavnom postupku situacija A. Achughbabiana bila je obuhvaćena tim slučajem.

52. U skladu s rasuđivanjem koje je Sud slijedio u tim dvama predmetima, oduzimanjem se slobode riskiralo da se ugrozi ostvarivanje cilja Direktive 2008/115 te se mogla onemogućiti primjena mjera iz članka 8. stavka. 1. te iste direktive i odgoditi izvršenje odluke u vraćanju [26].

18 — Za više pojedinosti vidjeti t. 46. do 55. mojeg stajališta u predmetu Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

19 — Vidjeti t. 47. mojeg stajališta u predmetu Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Vidjeti također t. 35. stajališta nezavisnog odvjetnika J. Mazáka u predmetu El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205); t. 54. stajališta nezavisnog odvjetnika M. Watheleta u predmetu G. i R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553), kao i t. 91. mišljenja nezavisnog odvjetnika Y. Bota u predmetima Bero i Bouzalmate (C-473/13 i C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — Vidjeti t. 47. mojeg stajališta u predmetu Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Što se tiče članka 5. stavka 1. točke (f) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenog 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP) Europski sud za ljudska prava zaključuje u istom smislu (vidjeti osobito presudu ESLJP-a Quinn protiv Francuske od 22. ožujka 1995., serija A, br. 311, t. 42., i presudu ESLJP-a Kaya protiv Rumunjske od 12. listopada 2006., br. 33970/05, t. 16.).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268

22 — Presuda El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 62. i izreka)

23 — C-329/11, EU:C:2011:807

24 — Prijašnji članak 621-1 Cesede

25 — Presuda Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 50. i prva alineja izreke)

26 — Vidjeti presude El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 59.) i Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 45.). Za analizu posljedica tih dvaju predmeta za nacionalnog zakonodavca na kaznenopravnom području vidjeti Mitsilegas, V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015., str. 57. do 76.

53. No, u presudi Achughbabian [27], Sud je dodao da se Direktiva 2008/115 ne protivi propisu države članice kojim se predviđaju kaznene sankcije za nezakonite boravke u dijelu u kojem on „dopušta izricanje kazne zatvora državljaninu treće zemlje na kojeg je primijenjen postupak vraćanja uspostavljen [Direktivom 2008/115] te koji nezakonito boravi na tom području bez opravdanog razloga za nevraćanje” [28].

54. Nakon toga, u presudi Sagor [29], Sud je istaknuo da kućni pritvor, određen i proveden tijekom postupka vraćanja, „može oduljiti – te time omesti – mjere kao što su deportacija i prisilno vraćanje zračnim putem, koje se mogu upotrijebiti da bi se udaljavanje izvršilo”. Nasuprot tomu, u pogledu kaznenog progona koji je doveo do izricanja novčane kazne, Sud je zaključio da takva kazna ne može omesti postupak vraćanja uspostavljen Direktivom 2008/115 [30]. Dalje je istaknuo da „izricanje novčane kazne ni na koji način ne sprečava donošenje i provedbu odluke o vraćanju uz puno poštovanje uvjeta iz članaka 6. do 8. Direktive 2008/115, niti potkopava zajedničke standarde u vezi oduzimanja slobode iz članaka 15. i 16. te direktive” [31].

55. Naposljetku, u predmetu povodom kojeg je donesena presuda Celaj [32], u kojem je Talijanska Republika željela primijeniti kaznene sankcije u odnosu na državljanina treće zemlje s nezakonitim boravkom na kojeg su primijenjeni zajednički standardi i postupci utvrđeni Direktivom 2008/115 kako bi se okončao njegov prvi nezakoniti boravak na području države članice te koji je ponovno ušao na područje navedene države članice uz povredu zabrane ulaska, Sud je smatrao da se „okolnosti glavnog predmeta jasno [...] razlikuju od onih u predmetima koji su doveli do presuda El Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] [...] i Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]” [33] i da se Direktiva 2008/115 „u načelu ne protivi propisu države članice koji predviđa izricanje zatvorske kazne državljaninu treće zemlje u slučaju nezakonitog boravka koji, nakon što je vraćen u svoju zemlju podrijetla u okviru ranijeg postupka vraćanja, ponovno nezakonito uđe na područje navedene države uz povredu zabrane ulaska” [34].

56. Zaključno, sudskom praksom Suda priznate su dvije situacije u kojima se Direktiva 2008/115 ne protivi izricanju kazne zatvora državljaninu treće zemlje zbog nezakonitosti njegova boravka, to jest kada je postupak vraćanja uspostavljen Direktivom 2008/115 bio primijenjen, a državljanin nezakonito boravi na navedenom državnom području bez opravdanog razloga za nevraćanje (situacija „Achughbabian”) i kada je postupak vraćanja bio primijenjen, a dotična osoba ponovno uđe na područje te države članice uz povredu zabrane ulaska (situacija „Celaj”).

57. Slučaj S. Affum nije obuhvaćen niti jednom od ove dvije situacije, jer nikakav postupak vraćanja nije bio primijenjen protiv nje (situacija „Achughbabian”) a nije bilo niti novog ulaska na francusko državno područje (situacija „Celaj”).

58. Međutim, francuska tijela smatraju da je moguće izreći joj kaznu zatvora zbog nezakonitog ulaska u Francusku.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807

28 — T. 48. i 50. te druga alineja izreke. Smatram da iako taj odlomak također predstavlja dio izreke presude, on očito ima obilježje *obiter dictuma*, s obzirom na to da nema nikakvu vezu s činjenicama odnosnog predmeta te se odnosi na hipotetsku situaciju.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, t. 45

30 — Točka 36.

31 — Točka 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640

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

34 — Točka 33. i izreka

D – *Nezakoniti ulazak prema Direktivi 2008/115*

1. Francuski propisi

59. Nakon presude Suda Achughbabian [35] i presude Europskog suda za ljudska prava Mallah protiv Francuske [36], francuska vlada je Zakonom br. 2012-1560 [37], uredila svoj sustav udaljavanja stranaca s nezakonitom situacijom. Među ostalim, ona je izmijenila svoje zakonodavstvo kako bi ukinula kazneno djelo nezakonitog boravka i uvela postupak zadržavanja stranaca radi provjere njihova prava boravka. Međutim, francuska tijela zadržala su kazneno djelo nezakonitog ulaska u slučaju nezakonitog prelaska vanjskih granica (članak L. 621-2 točke 1. Cesede) i u slučaju kretanja državljanina treće zemlje uz povredu uvjeta za kretanje stranaca utvrđenih CISA-om (članak L. 621-2 točke 2. Cesede).

60. U obrazloženju nacrta zakona, francuska tijela smatraju da „pravila o prelasku vanjskih granica i o kretanju državljana trećih zemalja između država članica ne ulaze u područje primjene Direktive [2008/115]” [38].

61. Naime, francuska tijela smatraju da navedena pravila „potječu u pogledu prelaska vanjskih granica od [...] Zakonika o schengenskim granicama [...] kojim je predviđena obveza država članica da uvedu odvraćajuće sankcije u slučaju povrede utvrđene na granicama, to jest u slučaju odbijanja ulaska na državno područje ili kod uhićenja ili zadržavanja zbog nezakonitog prelaska granice. Što se tiče povrede pravila koja su predviđena [CISA-om] i koja se odnose na kretanje između država članica, Direktiva [2008/115] izričito predviđa mogućnost za države članice da ne koriste mjeru udaljavanja, nego da provode mehanizme ponovnog primitka između država članica na koje se Direktiva [2008/115] ne primjenjuje kako je na to podsjetio sudac Conseil d’État koji odlučuje o zahtjevu za privremenu pravnu zaštitu (CE, 27. lipnja 2011., ministère de l’intérieur c/Lassoued, br. 350207)” [39].

62. Francuska tijela zaključuju da su „ti slučajevi, uistinu, izvan područja tumačenja Suda Europske unije na koje se Cour de cassation oslanja te bi se ukidanje sustava sankcija protivilo europskim pravilima” [40].

2. Situacija S. Affum

63. Radi opravdanja svojeg propisa francuska tijela pozivaju se na više odredaba Direktive 2008/115 i Zakonika o schengenskim granicama, a koje odredbe ću analizirati prije nego što pozovem Sud da potvrdi primjenjivost Direktive 2008/115. Naime, prema mojem mišljenju, niti jedna iznimka niti ograničenje predviđeno tim instrumentima nije relevantno u ovom slučaju.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807

36 — Vidjeti presudu ESLJP-a Mallah protiv Francuske od 10. studenog 2011., br. 29681/08. U tom predmetu, marokanski državljanin, osuđen za davanje smještaja svojem zetu, sunarodnjaku u nezakonitoj situaciji, istaknuo je da je njegova osuda predstavljala s obzirom na okolnosti slučaja, neproporcionalno zadiranje u ostvarivanje prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života u smislu članka 8. EKLJP-a. Samo zato što je zainteresirana osoba oslobođena kazne Sud u Strasbourgu je zaključio da odredbe članka 8. EKLJP-a nisu bile prekršene. Slijedom navedenog, francuski zakonodavac je proširio područje primjene kaznenih imuniteta predviđenih člankom L. 662-4 za kazneno djelo pomaganja kod nezakonitog ulaska i nezakonitog boravka. Vidjeti točku 2.2. studije utjecaja od 21. rujna 2012. za nacrt Zakona o uređenju zakonodavnih odredaba o udaljavanju stranaca s nezakonitom situacijom, koja je dostupna na sljedećoj internetskoj adresi http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Zakon je dostupan na internetskoj adresi: http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

38 — Nacrt Zakona o zadržavanju radi provjere prava boravka i izmjeni kaznenog djela pomaganja prilikom nezakonitog boravka iz isključivo humanitarnih i altruističnih razloga, registriran u predsjedništvu Senata 28. rujna 2012., dostupan na sljedećoj internetskoj adresi http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (str. 6.)

39 — *Ibidem* (t. 6.)

40 — *Ibidem* (t. 6.)

a) Članak 2. stavak 2. točka (a) Direktive 2008/115.

64. Francuska Republika poziva se na članak 2. stavak 2. točku (a) Direktive 2008/115 i ukazuje na to da slučaj kao što je onaj iz glavnog postupka ostaje izvan područja primjene te direktive.

65. Kao prvo, valja podsjetiti da se članak 2. stavak 2. točka (a) Direktive primjenjuje samo na vanjske granice, da granica između Belgije i Francuske predstavlja unutarnju granicu i da je S. Affum bila zadržana kod svojeg izlaska iz Francuske na vanjskoj granici između Francuske i Ujedinjene Kraljevine.

66. U tom kontekstu, Francuska Republika smatra da se članak 2. stavak 2. točka (a) Direktive 2008/115 primjenjuje na nezakonit prelazak vanjske granice države članice kako u trenutku ulaska tako i u trenutku izlaska iz schengenskog područja.

67. Ne mogu se složiti sa stajalištem Francuske Republike u dijelu u kojem stoga iz njega izgleda proizlazi da je situacija osobe koja je nezakonito ušla na područje države članice preko unutarnje granice, ali je zadržana tek kod izlaska na vanjskoj granici države članice, obuhvaćena člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2008/115.

68. Prema mojem mišljenju, iz teksta te odredbe jasno proizlazi da se ona odnosi samo na nezakonit ulazak, jer bi inače zadnji dio rečenice („i koji potom nisu dobili dozvolu ili im nije priznato pravo boravka u toj državi članici”) bio lišen smisla [41].

69. Stoga se u ovom slučaju Francuska Republika ne može pozivati na članak 2. stavak 2. točku (a) Direktive 2008/115.

b) Članak 3. točka 2. Direktive 2008/115: obični tranzit kao „boravak”

70. Sud koji je uputio zahtjev izgleda da gaji sumnje u pogledu pitanja, potpada li nazočnost državljanina treće zemlje na državnom područje države članice koja jest dio schengenskog područja u situaciji običnog tranzita prema drugoj državi članici koja nije dio schengenskog područja, u područje primjene Direktive 2008/115.

71. Takve sumnje nisu osnovane.

72. Na temelju članka 2. stavka 1. Direktive 2008/115, ta se direktiva primjenjuje na državljane trećih zemalja koji nezakonito borave na državnom području države članice. „Nezakonit boravak” definiran je člankom 3. točkom 2. navedene direktive kao „nazočnost u području države članice državljanina treće zemlje koji ne ispunjava ili više ne ispunjava uvjete za ulazak iz članka 5. Zakonika o schengenskim granicama ili druge uvjete za ulazak, boravak ili boravište u toj državi članici”.

73. Iz tih odredaba proizlazi da državljanin treće zemlje koji se nađe u autobusu, a da ne ispunjava uvjete za ulazak jest nazočan na državnom području predmetne države članice te se nalazi u nezakonitom boravku. Nalazi li se u tranzitu ili ne, nije odlučno u svrhu utvrđenja nezakonitosti boravka.

41 — Usto, ako bi se razlaganje Francuske Republike slijedilo do njegova logičnog kraja, situacija osobe koja je nezakonito ušla na državno područje države članice preko unutarnje granice te je zadržana od strane tijela te države članice, ne na vanjskoj granici, nego drugdje na njezinu državnom području, spadala bi u područje primjene Direktive 2008/115, jer ona nije prešla vanjsku granicu. Ne čini mi se dosljednim da se s osobom u situaciji S. Affum postupa drukčije.

c) Članak 6. stavak 3. Direktive 2008/115.

74. Na temelju članka 6. Stavka 3. Direktive 2008/115 Države članice mogu se suzdržati od izdavanja odluke o vraćanju, ako dotičnu osobu preuzme druga država članica „prema bilateralnom sporazumu ili dogovorima" koji važe na dan stupanja na snagu te direktive.

75. Valja istaknuti da iz teksta te odredbe odmah proizlazi da se njome samo utvrđuje mogućnost države članice da se suzdrži od izdavanja odluke o vraćanju, ali se njome, nasuprot članku 2. Direktive 2008/115, ni na koji način ne definira njezino područje primjene. Članak 6. stavak 3. te direktive ne može, kao što se čini da sugerira francuska vlada, dovesti do neprimjenjivosti svih odredaba Direktive 2008/115 na glavni postupak. Naprotiv, država članica koja se poziva na članak 6. stavak 3. Direktive 2008/115 ostaje vezana drugim odredbama te direktive te je dužna osigurati njezin puni korisni učinak. Sudska praksa Suda o odredbama te direktive, a osobito o oduzimanju slobode osoba, ostaje primjenjiva.

76. Stoga se člankom 6. stavkom 3. Direktive 2008/115 samo dotičnu državu članicu izuzima od obveze izdavanja odluke o vraćanju u smislu članka 6. stavka 1. te direktive. Međutim, odluka o vraćanju na temelju sporazuma predstavlja jednu od mjera predviđenih navedenom direktivom kao i pripremni stadij za povratak s državnog područja države članice iz Direktive 2008/115.

77. Što se tiče tumačenja izraza „bilateralni" predlažem Sudu da se odluči za tumačenje članka 6. stavka 3. Direktive 2008/115 koje uključuje dogovor kao što je onaj u ovom slučaju [42]. Iako su ga sklopile četiri države članice, on s područjem Beneluksa postupa kao s jedinstvenim područjem. On se stoga može izjednačiti s bilateralnim sporazumom.

78. Takvo bi tumačenje prema mojem mišljenju bilo, osim toga, u skladu s načelom iz članka 350. UFEU-a prema kojem odredbe Ugovorâ ne isključuju postojanje ili ostvarenje regionalnih unija između Kraljevine Belgije i Velikog Vojvodstva Luksemburga, kao i između Kraljevine Belgije, Velikog Vojvodstva Luksemburga i Kraljevine Nizozemske, u mjeri u kojoj se ciljevi tih regionalnih unija ne postižu primjenom Ugovorâ.

79. Ako putem te odredbe UFEU već vodi računa o posebnoj situaciji Beneluksa, Sud bi morao isto učiniti u svojem tumačenju članka 6. stavka 3. Direktive 2008/115.

d) Članak 4. stavak 3. Zakonika o schengenskim granicama

80. Francuska Republika također se poziva na članak 4. stavak 3. Zakonika o schengenskim granicama, na temelju kojeg države članice uvode kazne za neovlašteno prelaženje vanjskih granica na mjestima izvan graničnih prijelaza ili izvan utvrđenog radnog vremena.

81. Ta odredba nije primjenjiva u ovom slučaju, jer S. Affum uopće nije pokušavala prijeći granicu na mjestima izvan graničnih prijelaza ili izvan utvrđenog radnog vremena.

82. Ne vidim razloga, kao što to sugerira Francuska Republika, da se tu odredbu ne protumači doslovno i da se ne uključe također granični prijelazi s obzirom na to da je člankom 4. Zakonika o schengenskim granicama uspostavljeno upravo različito postupanje između prelaska granice na graničnim prijelazima i tijekom utvrđenog radnog vremena (stavak 1.) i prelaska granice izvan tih prijelaza ili izvan tog vremena (stavak 2.). Drugim riječima, ne vidim teleološki razlog koji bi se mogao protiviti doslovnom i sustavnom tumačenju članka 4. Zakonika o schengenskim granicama.

42 — Sporazum između vlada Kraljevine Nizozemske, Kraljevine Belgije i Velikog Vojvodstva Luksemburga, s jedne strane, i vlade Francuske Republike, s druge strane, o postupanju s osobama na zajedničkim granicama između područja država Beneluksa i Francuske. Tekst tog sporazuma dostupan je na sljedećoj internetskoj adresi: http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

83. U tom kontekstu moram podsjetiti da osoba koja je nezakonito prešla granicu i koja nema pravo boravka na državnom području dotične države članice podliježe stoga Direktivi 2008/115 [43].

84. Stoga je Direktiva 2008/115 primjenjiva na situaciju S. Affum. Kao što sam već istaknuo u točki 57. ovog mišljenja, njezin slučaj nije obuhvaćen niti jednom od situacija u kojima je Sud ustvrdio da se Direktiva 2008/115 ne protivi oduzimanju slobode državljaninu treće zemlje. Slijedom navedenog, osobi koja se nađe u situaciji S. Affum ne može se oduzeti sloboda samo zbog nezakonitosti njezina boravka na francuskom državnom području.

V – Zaključak

85. S obzirom na iznesena razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je postavio Cour de cassation odgovori na sljedeći način:

Direktivu 2008/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom, a osobito njezin članak 6. stavak 3. te članke 15. i 16. treba tumačiti na način da im je protivan propis države članice kojim se nezakonit ulazak državljanina treće zemlje kažnjava kaznom zatvora kada je ta osoba zadržana kod svojeg izlaska iz schengenskog područja na vanjskoj granici te države članice, u slučaju tranzita s polazištem iz druge države članice, te je može preuzeti druga država članica na temelju sporazuma sklopljenog s potonjom državom članicom prije stupanja na snagu Direktive 2008/115.

43 — Vidjeti također t. 46. ovog mišljenja.