GENERALINIO ADVOKATO
MACIEJ SZPUNAR IŠVADA,
pateikta 2016 m. vasario 2 d.[1]

Byla C-47/15

Sélina Affum, santuokinė pavardė Amissah,
prieš
Préfet du Pas-de-Calais,
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

(Cour de cassation (Prancūzija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Laisvės, saugumo ir teisingumo erdvė — Direktyva 2008/115/EB — Neteisėtai esančio trečiosios šalies piliečio grąžinimas — Neteisėtas atvykimas — Vykimo tranzitu padėtis — Laisvės atėmimo bausmė — Laikinas sulaikymas"

I – Įžanga

1. *Cour de cassation* teikiant šį prašymą priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismo ir vėl prašoma priimti sprendimą dėl nacionalinės teisės nuostatos, pagal kurią laisvės atėmimo bausmę trečiosios šalies piliečiui leidžiama paskirti remiantis vien tuo, kad jo padėtis yra neteisėta, atitikties Direktyvai 2008/115/EB[2].

2. Palyginti su ankstesnėmis bylomis šiuo klausimu[3], ši byla skiriasi dviem aspektais. Pirma, ji susijusi su trečiosios šalies piliete, kuri atvyko į atitinkamos valstybės narės teritoriją tik tranzito tikslu ir buvo sulaikyta išvykstanti iš šios valstybės narės. Taigi kyla klausimas, ar pagal Direktyvą 2008/115 tai yra buvimas. Antra, nagrinėjama valstybė narė neketina priimti sprendimo grąžinti pagal Direktyvos 2008/115 6 straipsnio 1 dalį, tačiau nori perduoti nagrinėjamą pilietę kitos valstybės narės valdžios institucijoms remdamasi susitarimu, sudarytu prieš įsigaliojant Direktyvai 2008/115.

3. Šioje byloje Teisingumo Teismas turės progą priminti, kad Direktyva 2008/115 taikoma visiems trečiosios šalies piliečiams, kurių padėtis yra neteisėta, nepaisant jų buvimo neteisėtumo motyvo ir jų sulaikymo vietos, ir kad skirti laisvės atėmimo bausmę trečiosios šalies piliečiui galima tik tiksliai apibrėžtais atvejais, kurie šioje byloje netaikomi.

1 — Originalo kalba: prancūzų.

2 — 2008 m. gruodžio 16 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl bendrų nelegaliai esančių trečiųjų šalių piliečių grąžinimo standartų ir tvarkos valstybėse narėse (OL L 348, p. 98).

3 — Žr. sprendimus *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807) ir *Celaj* (C-290/14, EU:C:2015:640). Taip pat žr. Sprendimą *Sagor* (C-430/11, EU:C:2012:777), kurio dalykas buvo, be kita ko, namų arešto bausmė.

II – **Teisinis pagrindas**

A – *Sąjungos teisė*

1. Direktyva 2008/115

4. Direktyvos 2008/115 dalykas jos 1 straipsnyje apibrėžtas taip:

„Šia direktyva nustatomi bendri standartai ir tvarka, taikomi valstybėse narėse, grąžinant neteisėtai esančius trečiųjų šalių piliečius, remiantis pagrindinėmis teisėmis kaip Bendrijos ir tarptautinės teisės bendraisiais principais, įskaitant pabėgėlių apsaugos ir žmogaus teisių reikalavimus.“

5. Direktyvos 2008/115 2 straipsnyje „Taikymo sritis“ nustatyta:

„1. Ši direktyva taikoma trečiųjų šalių piliečiams, neteisėtai esantiems valstybės narės teritorijoje.

2. Valstybės narės gali nuspręsti netaikyti šios direktyvos trečiųjų šalių piliečiams:

a) kuriems atsisakyta leisti atvykti pagal Šengeno sienų kodekso 13 straipsnį arba kuriuos kompetentingos institucijos sulaikė ar suėmė dėl neteisėto valstybės narės išorės sienos kirtimo sausuma, jūra ar oru, ir kurie po to nėra gavę leidimo ar teisės būti toje valstybėje narėje;

b) kurie grąžinami pagal nacionalinę teisę vykdant baudžiamosios teisės sankciją arba tai yra baudžiamosios teisės sankcijos taikymo pasekmė, arba kuriems taikomos ekstradicijos procedūros.

<…>“

6. Šios direktyvos 3 straipsnyje „Sąvokų apibrėžtys“ nustatyta:

„Šioje direktyvoje vartojamos šios sąvokų apibrėžtys:

<...>

2) „neteisėtas buvimas“ – trečiosios šalies piliečio, kuris, neatitinka arba nebeatitinka Šengeno sienų kodekso 5 straipsnyje nustatytų atvykimo sąlygų ar kitų atvykimo, buvimo ar gyvenimo toje valstybėje narėje sąlygų, buvimas valstybės narės teritorijoje;

3) „grąžinimas“ – trečiosios šalies piliečio grįžimo procesas – savanoriškai vykdant prievolę grįžti arba priverstinai – į:

— asmens kilmės šalį, arba

— tranzito šalį pagal Bendrijos ar dvišalius readmisijos susitarimus ar kitas nuostatas, arba

— kitą trečiąją šalį, į kurią atitinkamas trečiosios šalies pilietis savanoriškai nusprendžia grįžti ir į kurią jis būtų priimtas;

4) „sprendimas grąžinti“ – administracinis ar teismo sprendimas ar aktas, kuriuo konstatuojama arba paskelbiama, kad trečiosios šalies piliečio buvimas yra neteisėtas, ir nustatoma ar nurodoma prievolė grįžti;

5) „išsiuntimas“ – priverstinis prievolės grįžti įvykdymas, tai yra fizinis išvežimas iš valstybės narės;

<...>“

7. Minėtos direktyvos 4 straipsnyje „Palankesnės nuostatos“ nurodyta:

„1. Ši direktyva nepažeidžia palankesnių nuostatų, įtvirtintų šiuose dokumentuose:

a) dvišaliuose ar daugiašaliuose Bendrijos ar Bendrijos ir jos valstybių narių bei vienos ar daugiau trečiųjų šalių susitarimuose;

b) dvišaliuose ar daugiašaliuose vienos ar daugiau valstybių narių ir vienos ar daugiau trečiųjų šalių susitarimuose.

<…>

4. Į šios direktyvos taikymo sritį nepatenkančių trečiosios šalies piliečių atžvilgiu pagal 2 straipsnio 2 dalies a punktą valstybės narės:

a) užtikrina, kad elgesys ir apsaugos lygis nebūtų mažiau palankūs negu nustatyta 8 straipsnio 4 ir 5 dalyse (priverstinių priemonių naudojimo apribojimai), 9 straipsnio 2 dalies a punkte (išsiuntimo atidėjimas), 14 straipsnio 1 dalies b ir d punktuose (neatidėliotina medicinos pagalba ir pažeidžiamų asmenų poreikių užtikrinimas) ir 16 bei 17 straipsniuose (sulaikymo sąlygos) ir

b) laikosi negrąžinimo principo.“

8. Direktyvos 2008/115 6–8 straipsniuose nustatyta:

„6 straipsnis

Sprendimas grąžinti

1. Valstybės narės priima sprendimą grąžinti kiekvieno trečiosios šalies piliečio, neteisėtai esančio jų teritorijoje, atžvilgiu, nepažeisdamos 2–5 dalyse nurodytų išimčių.

<…>

3. Valstybės narės gali nepriimti sprendimo grąžinti jų teritorijoje neteisėtai esantį trečiosios šalies pilietį, jei atitinkamą trečiosios šalies pilietį priima atgal kita valstybė narė pagal šios direktyvos įsigaliojimo dieną galiojančius dvišalius susitarimus ar nuostatas. Tuo atveju valstybė narė, kuri priima atgal atitinkamą trečiosios šalies pilietį, taiko 1 dalį.

<...>

7 straipsnis

Savanoriškas išvykimas

1. Sprendime grąžinti numatomas atitinkamas laikotarpis savanoriškai išvykti, trunkantis nuo septynių iki trisdešimties dienų, nepažeidžiant 2 ir 4 dalyse nurodytų išimčių. <...>

<...>

8 straipsnis

Išsiuntimas

1. Valstybės narės imasi visų būtinų priemonių, kad įvykdytų sprendimą grąžinti, jei nebuvo suteiktas laikotarpis savanoriškai išvykti pagal 7 straipsnio 4 dalį arba jei nebuvo laikomasi įpareigojimo grįžti per savanoriško išvykimo laikotarpį, numatytą pagal 7 straipsnį.

<…>“

9. Direktyvos 2008/115 15 straipsnyje „Sulaikymas“ numatyta:

„1. Valstybės narės gali sulaikyti trečiosios šalies pilietį, kuriam taikoma grąžinimo tvarka tik tam, kad parengtų grąžinimą ir (arba) įvykdytų išsiuntimo procesą (nebent konkrečiu atveju gali būti veiksmingai taikomos kitos pakankamos, tačiau švelnesnės priverstinės priemonės), visų pirma, kai:

a) esama pasislėpimo pavojaus, arba

b) atitinkamas trečiosios šalies pilietis vengia pasirengimo grąžinimui ar išsiuntimo proces[ui], arba jiems trukdo.

Sulaikymas turi trukti kuo trumpiau ir būti taikomas tik tol, kol tinkamai vykdomas pasiruošimas išsiuntimui.

<...>“

2. Šengeno konvencija ir Šengeno sienų kodeksas

10. Konvencija dėl 1985 m. birželio 14 d. Šengeno susitarimo, sudaryto tarp Beniliukso ekonominės sąjungos valstybių, Vokietijos Federacinės Respublikos ir Prancūzijos Respublikos vyriausybių dėl laipsniško jų bendrų sienų kontrolės panaikinimo įgyvendinimo (OL L 239, 2000, p. 19; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 19 sk., 2 t., p. 9), pasirašyta 1990 m. birželio 19 d. Šengene (toliau – Šengeno konvencija), yra Šengeno *acquis* dalis.

11. Šengeno konvencijos II antraštinės dalies 4 skyriuje „Užsieniečių judėjimą reglamentuojančios sąlygos“ esančio 19 straipsnio 1 ir 2 dalyse, 20 straipsnio 1 dalyje ir 21 straipsnio 1 ir 2 dalyse nustatytos sąlygos, kuriomis užsieniečiai, turintys vienodas vizas arba vienos iš susitariančiųjų šalių išduotą vizą, užsieniečiai, kuriems netaikomas įpareigojimas turėti vizą, taip pat užsieniečiai, turintys leidimą gyventi arba laikiną leidimą gyventi, išduotą vienos iš šių šalių, gali laisvai judėti susitariančiųjų šalių teritorijoje. Šiose nuostatose, be kita ko, daroma nuoroda į kai kurias atvykimo sąlygas, nustatytas Šengeno konvencijos 5 straipsnio 1 dalyje.

12. Reglamentu (EB) Nr. 562/2006 [4] buvo konsoliduotas ir išplėtotas Šengeno *acquis*.

13. Pagal Šengeno sienų kodekso 27 konstatuojamąją dalį šiuo kodeksu „plėtojamos Šengeno *acquis* nuostatos, kuriose Jungtinė [Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos] Karalystė nedalyvauja <…> Todėl Jungtinė Karalystė nedalyvauja šį reglamentą priimant, jis nėra jai privalomas ir ji neprivalo jo taikyti.“

4 — 2006 m. kovo 15 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas, nustatantis taisyklių, reglamentuojančių asmenų judėjimą per sienas, Bendrijos kodeksą (Šengeno sienų kodeksas) (OL L 105, p. 1), su pakeitimais, padarytais 2010 m. kovo 25 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentu (ES) Nr. 265/2010 (OL L 85, p. 1, toliau – Šengeno sienų kodeksas).

14. Pagal minėto kodekso 1 straipsnį šiame reglamente „numatoma, kad nebus asmenų kontrolės jiems kertant Europos Sąjungos valstybių narių vidaus sienas“, ir „nustatomos taisyklės, reglamentuojančios asmenų kontrolę jiems kertant Europos Sąjungos valstybių narių išorės sienas“.

15. To paties kodekso 2 straipsnio 1 ir 2 punktuose pateikiamos tokios sąvokų apibrėžtys:

„1) „vidaus sienos“:

a) valstybių narių bendros sausumos sienos, įskaitant upių ir ežerų sienas;

b) valstybių narių oro uostai vidaus skrydžiams;

c) valstybių narių jūrų, upių ir ežerų uostai reguliariam susisiekimui keltais;

2) „išorės sienos“ – valstybių narių sausumos sienos, įskaitant upių, ežerų bei jūrų sienas ir jų oro uostus, upių uostus, jūrų uostus bei ežerų uostus, jei tai nėra vidaus sienos“.

16. Šengeno sienų kodekso II antraštinės dalies I skyriuje „Išorės sienų kirtimas ir atvykimo sąlygos“ esančiuose 4 ir 5 straipsniuose nustatyta:

„4 straipsnis

Išorės sienų kirtimas

1. Išorės sienas galima kirsti tik sienos perėjimo punktuose ir nustatytomis jų darbo valandomis. Sienos perėjimo punktuose, kurie neveikia visą parą, turi būti aiškiai nurodytos darbo valandos.

<…>

3. Nepažeidžiant šio straipsnio 2 dalyje numatytų išimčių ar savo tarptautinių įsipareigojimų apsaugos srityje, valstybės narės pagal savo nacionalinę teisę įveda sankcijas už neleistiną išorės sienų kirtimą ne nustatytuose sienos perėjimo punktuose ir ne nustatytomis jų darbo valandomis. Sankcijos yra veiksmingos, proporcingos ir atgrasančios.

5 straipsnis

Trečiųjų šalių piliečių atvykimo sąlygos

1. Ne ilgiau kaip tris mėnesius per šešių mėnesių laikotarpį trunkančiam buvimui trečiųjų šalių piliečiams nustatomos tokios atvykimo sąlygos:

a) jie turi galiojantį kelionės dokumentą ar dokumentus, leidžiančius jiems kirsti sieną;

b) jie turi galiojančią vizą, jeigu reikalaujama <...>, išskyrus atvejus, kai jie turi galiojantį leidimą gyventi;

c) jie pagrindžia numatomo buvimo tikslą bei sąlygas ir turi pakankamai pragyvenimo lėšų numatomo buvimo laikotarpiui ir grįžimui į kilmės šalį arba vykimui tranzitu į trečiąją šalį, į kurią jie tikrai būtų įleisti, arba gali teisėtai gauti tokių lėšų;

d) jie nėra asmenys, dėl kurių į [Šengeno informacinę sistemą (SIS)] yra įtrauktas įspėjimas neįsileisti;

e) jie nelaikomi keliančiais grėsmę nei vienos iš valstybių narių viešajai tvarkai, vidaus saugumui, visuomenės sveikatai ar tarptautiniams santykiams <…>

<…>

4. Nukrypstant nuo 1 dalies:

a) trečiųjų šalių piliečiams, kurie atitinka ne visas 1 dalyje nustatytas sąlygas, bet turi vienos iš valstybių narių išduotą leidimą gyventi, ilgalaikę vizą ar pakartotinio atvykimo vizą, arba, jei to reikalaujama, leidimą gyventi arba ilgalaikę vizą ir pakartotinio atvykimo vizą, leidžiama vykti per kitų valstybių narių teritorijas tranzitu, kad jie galėtų pasiekti leidimą gyventi, ilgalaikę vizą ar pakartotinio atvykimo vizą išdavusios valstybės narės teritoriją <...>;

<…>

c) trečiųjų šalių piliečiams, kurie neatitinka vienos ar kelių 1 dalyje nurodytų sąlygų, valstybė narė gali leisti atvykti į savo teritoriją dėl humanitarinių motyvų, nacionalinių interesų arba tarptautinių įsipareigojimų. <…>“

17. Šengeno sienų kodekso II antraštinės dalies II skyriuje „Išorės sienų kontrolė ir atsisakymas leisti atvykti“ esančiame 7 straipsnyje, susijusiame su asmenų patikrinimu kertant sienas, nustatyta:

„7 straipsnis

Asmenų patikrinimas kertant sienas

1. Išorės sienų kirtimą tikrina sienos apsaugos pareigūnai. Patikrinimai atliekami pagal šį skyrių.

<…>

3. Atvykstant ir išvykstant trečiųjų šalių piliečiai nuodugniai patikrinami.

a) nuodugnius patikrinimus atvykstant sudaro atitikimo 5 straipsnio 1 dalyje nustatytoms atvykimą reglamentuojančioms sąlygoms patikrinimas, ir tam tikrais atvejais – dokumentų, leidžiančių gyventi ir verstis profesine veikla, patikrinimas. Tai apima išsamų šių aspektų nagrinėjimą:

<…>

b) nuodugnius patikrinimus išvykstant sudaro:

   i) patikrinimas, ar trečiosios šalies pilietis turi galiojantį dokumentą, kuris yra tinkamas kirsti sieną;

   ii) kelionės dokumento patikrinimas ieškant klastojimo ar padirbimo požymių;

   iii) kai įmanoma, patikrinimas, ar trečiosios šalies pilietis nėra laikomas grėsme bet kurios iš valstybių narių viešajai tvarkai, vidaus saugumui ar tarptautiniams santykiams.

c) Be b punkte nurodomų patikrinimų nuodugnius patikrinimus išvykstant taip pat gali sudaryti:

   i) patikrinimas, ar asmuo turi galiojančią vizą, jei to reikalaujama <…>, išskyrus atvejus, kai jis turi galiojantį leidimą gyventi; <...>

   ii) patikrinimas, ar asmuo neviršijo maksimalios leidžiamo buvimo valstybės narės teritorijoje trukmės;

iii) informacijos apie asmenis ir daiktus, dėl kurių į SIS ir nacionalines duomenų rinkmenas įtrauktas įspėjimas, patikrinimas.

<…>“

18. Šio kodekso 20 straipsnyje, esančiame III antraštinės dalies I skyriuje „Kontrolės kertant vidaus sienas panaikinimas“, nurodyta, kad „vidaus sienas galima kirsti bet kurioje vietoje, ir jas kertantys asmenys, nepaisant jų pilietybės, kertant sieną netikrinami“.

19. Pagal Šengeno sienų kodekso 39 straipsnio, kuris yra IV antraštinėje dalyje „Baigiamosios nuostatos“, 1 dalį Šengeno konvencijos 2–8 straipsniai nuo 2006 m. spalio 13 d. panaikinami. Be kita ko, atvykimo sąlygos, kurios anksčiau buvo nustatytos Šengeno konvencijos 5 straipsnio 1 dalyje, buvo pakeistos šio kodekso 5 straipsnyje nustatytomis sąlygomis.

B – *Prancūzijos teisės aktai*

1. Užsieniečių atvykimo į šalį, buvimo joje ir prieglobsčio teisės kodeksas

20. Užsieniečių atvykimo į šalį, buvimo joje ir prieglobsčio teisės kodekso su pakeitimais, padarytais 2012 m. gruodžio 31 d. Įstatymu Nr. 2012-1560 dėl sulaikymo siekiant patikrinti teisę gyventi šalyje ir nusikaltimo, pasireiškiančio pagalba neteisėtam buvimui šalyje, požymių pakeitimo, nustatant išimtį humanitariniams ir neatlygintiniems veiksmams (JORF, 2013 m. sausio 1 d., p. 48, toliau – CESEDA), L. 621-2 straipsnyje nustatyta:

„Užsienietis, kuris nėra vienos iš Europos Sąjungos valstybių narių pilietis, yra baudžiamas vienų metų laisvės atėmimo bausme ir 3 750 eurų bauda:

1° jeigu jis atvyko į metropolijos teritoriją nesilaikydamas [Šengeno sienų kodekso] 5 straipsnio 1 dalies a, b arba c punktuose nurodytų sąlygų ir nebuvo įleistas į teritoriją pagal to paties [kodekso] 5 straipsnio 4 dalies a ir c punktus; tas pats taikoma, jeigu užsieniečiui pagal kitos valstybės [Šengeno konvencijos] šalies priimtą vykdomąjį sprendimą buvo pateiktas perspėjimas dėl draudimo atvykti; arba

2° jeigu minėtas užsienietis, vykdamas tiesiogiai iš valstybės, kuri yra [Šengeno konvencijos] šalis, teritorijos, atvyko į metropolijos teritoriją nesilaikydamas minėto kodekso 19 straipsnio 1 arba 2 dalies, 20 straipsnio 1 dalies ir 21 straipsnio 1 arba 2 dalių, išskyrus [Šengeno sienų kodekso] 5 straipsnio 1 dalies e ir d punktuose nurodytas sąlygas, jeigu perspėjimas dėl draudimo atvykti pateiktas ne pagal kitos valstybės [Šengeno konvencijos] šalies vykdomąjį sprendimą;

<…>

Pagal šį straipsnį kaltinimas gali būti pareikštas tik jeigu faktinės aplinkybės buvo konstatuotos laikantis Baudžiamojo proceso kodekso 53 straipsnio nuostatų.“

2. Baudžiamojo proceso kodeksas

21. Klostantis pagrindinės bylos faktinėms aplinkybėms galiojusios Baudžiamojo proceso kodekso redakcijos 53 straipsnyje buvo nustatyta:

„Akivaizdžiu laikomas toks nusikaltimas, kuris daromas tuo metu arba buvo ką tik padarytas. Akivaizdžiu laikomas ir toks nusikaltimas, jeigu visai netrukus po veikos padarymo įtariamasis yra viešai persekiojamas arba aptikti jo turimi daiktai ar išaiškinti pėdsakai arba įrodymai leidžia manyti, kad jis dalyvavo darant nusikaltimą.

Konstatavus akivaizdų nusikaltimą, Respublikos prokuroro kontroliuojamas tyrimas šiame skyriuje nustatytomis sąlygomis gali būti nepertraukiamai atliekamas aštuonias dienas.

<…>“

22. Baudžiamojo proceso kodekso 62-2 straipsnyje nustatyta:

„Laikinas sulaikymas yra kardomoji priemonė, kurią, prižiūrimas teismo, savo sprendimu skiria kriminalinės policijos pareigūnas ir kuria užtikrinama, kad laikinai sulaikytas asmuo, dėl kurio yra vienas ar daugiau pagrindų įtarti, jog jis padarė ar bandė padaryti nusikaltimą ar baudžiamąjį nusižengimą, už kurį baudžiama laisvės atėmimo bausme, būtų laikomas tyrėjų žinioje.

<…>“

III – **Pagrindinės bylos faktinės aplinkybės, procesas Teisingumo Teisme ir prejudiciniai klausimai**

23. 2013 m. kovo 22 d. Ganos pilietė S. Affum buvo patikrinta Prancūzijos policijos pareigūnų Coquelles (Prancūzija) prie įvažiavimo į Lamanšo tunelį, kai važiavo autobusu iš Gento (Belgija) į Londoną (Jungtinė Karalystė).

24. Pateikusi Belgijos pasą su trečiojo asmens nuotrauka ir vardu ir neturėdama jokio kito jos vardu išduoto asmens tapatybės ar kelionės dokumento, ji buvo sulaikyta už neteisėtą atvykimą į Prancūzijos teritoriją remiantis CESEDA L. 621-2 straipsnio 2 dalimi.

25. Kitą dieną Respublikos prokuroras prie Pajūrio Bulonės *Tribunal de grande instance* nusprendė nutraukti S. Affum iškeltą baudžiamąją bylą. Todėl jai pritaikytas laikinasis sulaikymas tą pačią dieną buvo panaikintas.

26. Tačiau tuo pačiu metu, kai S. Affum buvo iškelta baudžiamoji byla, Pa de Kalė prefektui buvo perduota išnagrinėti S. Affum administracinę padėtį ir nuspręsti dėl galimo jos išsiuntimo iš Prancūzijos teritorijos.

27. 2013 m. kovo 23 d. įsakymu jis nusprendė perduoti S. Affum Belgijos valdžios institucijoms, kad pagal 1964 m. balandžio 16 d. Paryžiuje pasirašytą Prancūzijos Respublikos ir Belgijos Karalystės, Liuksemburgo Didžiosios Hercogystės, Nyderlandų Karalystės vyriausybių sudarytą susitarimą dėl Prancūzijos ir Beniliukso valstybių teritorijos bendrame pasienyje sulaikytų asmenų perėmimo būtų taikoma jos readmisija.

28. Tuo pačiu įsakymu Pa de Kalė prefektas nurodė skirti S. Affum penkių dienų administracinį sulaikymą ne penitencinėje įstaigoje, skaičiuojant nuo jos laikino sulaikymo pabaigos, kol ji bus išsiųsta. Taigi vykdant minėtą įsakymą S. Affum 2013 m. kovo 23 d. buvo pritaikytas penkių dienų administracinis sulaikymas, siekiant perduoti ją Belgijos valdžios institucijoms.

29. 2013 m. kovo 27 d. Pa de Kalė prefektas kreipėsi į Lilio *Tribunal de grande instance* laisvių ir sulaikymo klausimus sprendžiantį teisėją, kad šis pratęstų minėtą administracinį sulaikymą, kol bus gautas Belgijos valdžios institucijų atsakymas į prefekto prašymą dėl readmisijos.

30. Gindamasi S. Affum teigė, visų pirma remdamasi Sprendimu *Achughbabian*[5], kad Pa de Kalė prefekto kreipimąsi reikia atmesti, nes laikinasis sulaikymas jai pritaikytas neteisėtai, o dėl tokio pažeidimo pagal nacionalinę teisę tampa niekinė visa procedūra, todėl turi būti atsisakyta pratęsti sulaikymą, o atitinkamas asmuo turi būti paleistas į laisvę.

31. Tačiau 2013 m. kovo 28 d. nutartyje Lilio *Tribunal de grande instance* laisvių ir sulaikymo klausimus sprendžiantis teisėjas konstatavo, kad S. Affum pritaikyta laikino sulaikymo priemonė teisėta ir dėl to jos administracinis sulaikymas vyko laikantis teisėtos procedūros. Todėl jis patenkino Pa de Kalė prefekto kreipimąsi ir įpareigojo pratęsti S. Affum administracinį sulaikymą ne ilgiau kaip 20 dienų, skaičiuojant nuo tos pačios dienos.

32. Gavęs S. Affum apeliacinį skundą, pirmasis Duė apeliacinio teismo pirmininkas 2013 m. kovo 29 d. nutartimi patvirtino Lilio *Tribunal de grande instance* laisvių ir sulaikymo klausimus sprendžiančio teisėjo nutartį.

33. Gavęs S. Affum kasacinį skundą dėl pastarosios nutarties, *Cour de cassation* nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui tokius prejudicinius klausimus:

„1. Ar Direktyvos 2008/115 3 straipsnio 2 punktas turi būti aiškinamas taip, kad trečiosios šalies pilietis laikomas neteisėtai esančiu valstybės narės teritorijoje ir todėl pagal šios direktyvos 2 straipsnio 1 dalį patenka į jos taikymo sritį, jei šis užsienietis tik vyksta tranzitu kaip autobuso, vykstančio per šios valstybės narės teritoriją iš kitos valstybės narės, priklausančios Šengeno erdvei, į dar kitą valstybę narę, keleivis?

2. Ar šios direktyvos 6 straipsnio 3 dalis turi būti aiškinama taip, kad ja nedraudžiama nacionalinės teisės nuostata, pagal kurią už trečiosios šalies piliečio neteisėtą atvykimą į šalį yra numatyta laisvės atėmimo bausmė, jei šį užsienietį pagal sutartį arba susitarimą, sudarytą iki [minėtos] direktyvos įsigaliojimo, gali priimti atgal kita valstybė narė?

3. Atsižvelgiant į atsakymą į pirmesnį klausimą, ar ši direktyva turi būti aiškinama taip, kad ja draudžiama nacionalinės teisės nuostata, pagal kurią už trečiosios šalies piliečio neteisėtą atvykimą į šalį yra numatyta laisvės atėmimo bausmė, taikoma tokiomis pat kaip nustatytosios [Teisingumo Teismo] <...> Sprendime [*Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807)] dėl neteisėto buvimo šalyje sąlygomis, kurios siejamos su [minėtos] direktyvos 8 straipsnyje nustatytų priverstinių priemonių taikymo nebuvimu ir jo sulaikymo trukme?“

34. Pastabas pateikė S. Affum, Prancūzijos, Čekijos, Graikijos, Vengrijos, Šveicarijos vyriausybės ir Europos Komisija. 2015 m. lapkričio 10 d. posėdyje buvo išklausytos S. Affum, Prancūzijos, Graikijos vyriausybės ir Komisija.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

IV – **Analizė**

35. Trimis klausimais, kuriuos reikėtų nagrinėti kartu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia sužinoti, ar Direktyva 2008/115 draudžiami tokie valstybės narės teisės aktai, pagal kuriuos už trečiosios šalies pilietės neteisėtą atvykimą numatyta laisvės atėmimo bausmė, jeigu ji buvo sulaikyta išvykstanti iš Šengeno erdvės [6] prie išorinės šios valstybės narės sienos, vykdama tranzitu iš kitos valstybės narės, ir ar ta kita valstybė narė gali minėtą pilietę priimti atgal pagal susitarimą, sudarytą su šia valstybe nare prieš įsigaliojant Direktyvai 2008/115.

36. Norint naudingai atsakyti į pateiktus klausimus, pirmiausia reikia trumpai apibūdinti, pirma, Direktyva 2008/115 ir, antra, Šengeno sienų kodeksu nustatytą sistemą, kartu išanalizuoti, kaip šios dvi priemonės atribojamos, tuomet trumpai priminti Teisingumo Teismo praktiką dėl asmens laisvės atėmimo kitais atvejais nei numatytieji Direktyvoje 2008/115 ir galiausiai išanalizuoti nagrinėjamus nacionalinės teisės aktus.

A – *Direktyva 2008/115 ir jos taikymo sritis*

37. Direktyvos 2008/115 tikslas, kaip nurodyta jos 1 straipsnyje, nustatyti bendrus standartus ir tvarką, taikomą valstybėse narėse, grąžinant neteisėtai esančius trečiųjų šalių piliečius, remiantis pagrindinėmis teisėmis ir tarptautine teise. Iš direktyvos 4 konstatuojamosios dalies matyti, kad jos tikslas - nustatyti aiškias, skaidrias ir sąžiningas taisykles, kurios būtinos veiksmingai grąžinimo politikai, kaip būtinam gerai valdomos migracijos politikos elementui, nustatyti. Direktyva 2008/115 buvo priimta remiantis buvusio EB 63 straipsnio pirmos pastraipos 3 punkto b papunkčiu [7] pagal EB 251 straipsnyje numatytą bendro sprendimo procedūrą [8]. Iš tiesų tai yra pirmasis teisės aktas, priimtas imigracijos srityje laikantis šios procedūros [9].

38. Direktyvos 2008/115 taikymo sritis *ratione personae*, apibrėžta jos 2 straipsnyje, yra labai plati. Pagal šio straipsnio 1 dalį Direktyva 2008/115 taikoma trečiųjų šalių piliečiams, neteisėtai esantiems valstybės narės teritorijoje. Neteisėtu buvimu laikomas trečiosios šalies piliečio, kuris neatitinka arba nebeatitinka Šengeno sienų kodekso 5 straipsnyje nustatytų atvykimo sąlygų ar kitų atvykimo į tą valstybę narę, buvimo ar gyvenimo joje sąlygų, buvimas valstybės narės teritorijoje [10].

39. Kadangi Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 1 dalyje kalbama tik apie neteisėtą buvimą, jame nedaroma skirtumo tarp neteisėto atvykimo ir neteisėto buvimo.

40. Pagal Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 2 dalį valstybės narės turi teisę netaikyti šios direktyvos kai kuriais tiksliai apibrėžtais atvejais. Iš tiesų pagal šios direktyvos 2 straipsnio 2 dalies a punktą valstybė narė gali nuspręsti netaikyti Direktyvos 2008/115 trečiųjų šalių piliečiams, kuriems atsisakyta leisti atvykti pagal Šengeno sienų kodekso 13 straipsnį arba kuriuos kompetentingos institucijos sulaikė ar suėmė dėl neteisėto valstybės narės išorės sienos kirtimo ir kurie vėliau nėra gavę leidimo ar teisės būti toje valstybėje narėje.

6 — Nors Šengeno sienų kodekse sąvoka „Šengeno erdvė“ nevartojama, ji tapo įprasta apibrėžiant valstybes nares, kurioms taikomas šis kodeksas. Šiomis aplinkybėmis pažymiu, kad pats Teisingumo Teismas vartoja šią sąvoką. Pavyzdžiui, žr. sprendimus *ANAFE* (C-606/10, EU:C:2012:348, įvairūs punktai ir rezoliucinė dalis), *Air Baltic Corporation* (C-575/12, EU:C:2014:2155, 67 punktas) ir *T.* (C-373/13, EU:C:2015:413, 52 punktas).

7 — Įsigaliojus Lisabonos sutarčiai, šis straipsnis tapo SESV 79 straipsnio 2 dalies c punktu.

8 — Ši procedūra pradėta taikyti priėmus 2004 m. gruodžio 22 d. Tarybos sprendimą 2004/927/EB, numatantį reglamentuoti tam tikras sritis, kurioms taikoma Europos bendrijos steigimo sutarties trečiosios dalies IV antraštinė dalis, tos sutarties 251 straipsnyje nurodyta tvarka (OL L 396, p. 45).

9 — Žr. A. Baldaccini „The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive“, *European Journal of Migration and Law*, 2001, p. 1–17, visų pirma p. 1.

10 — Žr. Direktyvos 2008/115 3 straipsnio 2 punktą.

41. Pagal minėtą nuostatą sulaikymas turi būti vykdomas dėl neteisėto išorės sienos kirtimo, o tai, mano supratimu, rodo, kad sienos kirtimas yra glaudžiai susijęs su laiku ir erdve.

42. Pačioje Direktyvoje 2008/115 sąvokos „vidaus siena“ ar „išorės siena“ neapibrėžtos. Tačiau kadangi joje yra ne kartą paminėtas Šengeno sienų kodeksas, man atrodo aišku, kad taikytina šiame kodekse pateikta apibrėžtis. Taigi iš Šengeno sienų kodekso 2 straipsnio 1 punkto a papunkčio ir 2 punkto matyti, kad „vidaus sienos“ – tai valstybių narių bendros sausumos sienos [11], o „išorės sienos“ – tai valstybių narių sausumos sienos [12] ir jūrų sienos [13], jeigu tai nėra vidaus sienos. Akivaizdu, kad sąvoka „valstybės narės“ apima tik Sąjungos valstybes nares, kurios prisijungusios prie Šengeno *acquis*, ir prie jo prisijungusias trečiąsias valstybes [14].

43. Direktyva 2008/115 taikoma tik Sąjungos valstybėms narėms, kurios įeina į Šengeno erdvę. Pagal Direktyvos 2008/115 21 straipsnį šia direktyva pakeičiami Šengeno konvencijos 23 ir 24 straipsniai. Konkrečiai kalbant apie Jungtinę Karalystę, Direktyvos 2008/115 26 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad ji „nedalyvauja priimant šią direktyvą, taigi visiškai nėra jos saistoma ir neprivalo jos taikyti“.

B – *Šengeno sienų kodeksas*

44. Šengeno sienų kodekse nustatyta tvarka, taikoma asmenims kertant sienas.

45. Išorės sienų kirtimo sąlygos ir patikros priemonės, kuriomis siekiama patikrinti, ar šių sąlygų laikomasi, yra apibrėžtos Šengeno sienų kodekso II antraštinėje dalyje [15]. Šios kontrolės priemonės apima, pirma, patikrinimus valstybių narių nustatytuose sienos perėjimo punktuose ir, antra, teritorijos tarp šių sienos perėjimo punktų stebėjimą.

46. Tačiau Direktyva 2008/115 taikoma tada, kai asmuo neteisėtai atvyksta į Šengeno erdvę ir jeigu šis asmuo neturi teisės būti šioje erdvėje.

47. Šengeno sienų kodekse dabar nustatytas [16] aiškus šio kodekso ir Direktyvos 2008/115 ryšys. Iš tiesų pagal šio kodekso 12 straipsnio 1 dalies antrą sakinį asmuo, kuris neteisėtai kirto sieną ir kuris neturi teisės būti atitinkamos valstybės narės teritorijoje, sulaikomas ir jam taikomos procedūros, atitinkančios Direktyvą 2008/115.

C – *Laisvės atėmimas atsižvelgiant į Direktyvą 2008/115*

48. Pagal Direktyvos 2008/115 IV skyrių „Sulaikymas siekiant išsiųsti“ asmuo gali būti sulaikomas tik kraštutiniu atveju (*ultima ratio*), tik jeigu tai griežtai būtina ir kol laukiama išsiuntimo [17]. Nuostatų dėl sulaikymo loginis pagrindas susijęs su tuo, kad laisvės atėmimas pateisinamas tik grąžinimo ir išsiuntimo procedūrų vykdymu ir kad jeigu šios procedūros nėra vykdomos taip greitai, kaip

11 — Įskaitant upes ir ežerus.

12 — Įskaitant upes ir ežerus.

13 — Taip pat jų oro uostai, upių, jūrų ir ežerų uostai.

14 — Žr. Šengeno sienų kodekso 21–28 konstatuojamąsias dalis.

15 — Šengeno sienų kodekso 4–19a straipsniai. Ši antraštinė dalis padalyta į penkis skyrius: Išorės sienų kirtimas ir atvykimo sąlygos (I skyrius), Išorės sienų kontrolė ir atsisakymas leisti atvykti (II skyrius), Sienų kontrolės personalas ir skiriami ištekliai bei valstybių narių bendradarbiavimas (III skyrius), Specialios patikrinimų kertant sienas taisyklės (IV skyrius) ir Specialios priemonės rimtų trūkumų, susijusių su išorės sienų kontrole, atveju (IV a skyrius).

16 — Reikia pažymėti, kad, praėjus keliems mėnesiams nuo tada, kai susiklostė pagrindinės bylos faktinės aplinkybės, Šengeno sienų kodekso 12 straipsnio 1 dalis buvo iš dalies pakeista būtent siekiant patikslinti ryšį su Direktyva 2008/115. Žr. 2013 m. birželio 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamento (ES) Nr. 610/2013, kuriuo iš dalies keičiami Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (EB) Nr. 562/2006, Konvencija dėl Šengeno susitarimo įgyvendinimo, Tarybos reglamentai (EB) Nr. 1683/95 ir (EB) Nr. 539/2001 bei Europos Parlamento ir Tarybos reglamentai (EB) Nr. 767/2008 ir (EB) Nr. 810/2009 (OL L 182, p. 1), 1 straipsnio 11 punktą.

17 — Direktyvos 2008/115 15–18 straipsniai.

reikalaujama atsižvelgiant į šias nuostatas, sulaikymas nebėra pateisinamas [18]. Sulaikymas siekiant išsiųsti nėra baudžiamojo pobūdžio ir nereiškia laisvės atėmimo bausmės [19]. Be to, Direktyvos 2008/115 15 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama siaurai, nes priverstinis sulaikymas, kaip laisvės atėmimas, yra pagrindinės teisės į asmens laisvę išimtis [20].

49. Kalbant apie sulaikymą arba laisvės atėmimą Direktyvoje 2008/115 nenumatytais atvejais pažymėtina, kad joje nėra jokios nuostatos, susijusios su valstybių narių galimybe taikyti sulaikymą arba laisvės atėmimą kaip baudžiamąją sankciją, siejamą su neteisėtu buvimu. Manau, to priežastis yra akivaizdi: tokia sankcija negali būti taikoma, nes Direktyvos 2008/115 tikslas yra numatyti greitą neteisėtai šalyje esančių trečiųjų valstybių piliečių grąžinimą. Kiekviena sulaikymo arba laisvės atėmimo priemonė, kuri nėra paskiriama vykdant grąžinimo procedūrą, galiausiai pavėlins šią procedūrą.

50. Byloje, kurioje buvo priimtas Sprendimas *El Dridi* [21], Teisingumo Teismo buvo prašoma įvertinti, ar Direktyva 2008/115 draudžiami valstybės narės teisės aktai, kaip antai pagrindinėje byloje nagrinėtas Italijos teisės aktas, kuriuo laisvės atėmimo bausmę neteisėtai šalyje esančiam trečiosios šalies piliečiui buvo numatyta skirti vien dėl tos priežasties, kad jis Italijos teritorijoje be pateisinamos priežasties gyveno pažeisdamas įpareigojimą per nustatytą terminą iš jos išvykti. Teisingumo Teismas pripažino, kad Direktyva 2008/115, be kita ko, jos 15 ir 16 straipsniais, toks teisės aktas iš tiesų yra draudžiamas [22].

51. Byloje, kurioje buvo priimtas Sprendimas *Achughbabian* [23], Teisingumo Teismo buvo vėl prašoma nustatyti, ar Direktyva 2008/115 draudžiami tokie nacionalinės teisės aktai, kaip pagrindinėje byloje nagrinėti Prancūzijos teisės aktai [24], kuriuose laisvės atėmimo bausmės paskyrimas trečiosios valstybės piliečiui buvo numatytas vien dėl jo neteisėto atvykimo į Prancūzijos teritoriją arba buvimo jos teritorijoje. Teisingumo Teismas ir vėl pripažino, kad Direktyva 2008/115 draudžia valstybės narės teisės nuostatą, „pagal kurią neteisėtas buvimas šalyje užkardomas baudžiamosios teisės sankcijomis ir pagal kurią leidžiama trečiosios šalies piliečiui skirti laisvės atėmimo bausmę, nors šiam piliečiui, kuris minėtos valstybės narės teritorijoje yra neteisėtai ir nesutinka savanoriškai išvykti iš šios šalies teritorijos, nebuvo taikytos direktyvos 8 straipsnyje nustatytos priverstinės priemonės ir jo, jei jis yra sulaikytas, kad būtų parengtas ir įvykdytas išsiuntimas, maksimalus sulaikymo terminas dar nėra pasibaigęs“ [25]. Pagrindinėje byloje A. Achughbabian situacija buvo priskirta tokiam atvejui.

52. Vadovaujantis Teisingumo Teismo minėtose abiejose bylose nurodytais motyvais, laisvės atėmimas galėjo sutrukdyti pasiekti Direktyva 2008/115 numatytą tikslą ir sukliudyti taikyti šios direktyvos 8 straipsnio 1 dalyje numatytas priemones, o sprendimo grąžinti vykdymas galėjo užsitęsti [26].

18 — Išsamiau žr. mano nuomonės byloje *Mahdi* (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936) 46–55 punktus.

19 — Žr. mano nuomonės byloje *Mahdi* (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936) 47 punktą. Taip pat žr. generalinio advokato J. Mazák nuomonės byloje *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205) 35 punktą, generalinio advokato M. Wathelet nuomonės byloje *G. ir R.* (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553) 54 punktą ir generalinio advokato Y. Bot išvados bylose *Bero ir Bouzalmate* (C-473/13 ir C-514/13, EU:C:2014:295) 91 punktą.

20 — Žr. mano nuomonės byloje *Mahdi* (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936) 47 punktą. Dėl 1950 m. lapkričio 4 d. Romoje pasirašytos Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos (toliau – EŽTK) 5 straipsnio 1 dalies f punkto Europos Žmogaus Teisių Teismo pozicija tokia pati (žr., be kita ko, 1995 m. kovo 22 d. EŽTT sprendimą *Quinn prieš Prancūziją*, A serija, Nr. 311, § 42, ir 2006 m. spalio 12 d. EŽTT sprendimą *Kaya prieš Rumuniją*, Nr. 33970/05, § 16).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Sprendimas *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, 62 punktas ir rezoliucinė dalis).

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Buvęs CESEDA 621-1 straipsnis.

25 — Sprendimas *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807, 50 punktas ir pirmoji rezoliucinės dalies įtrauka).

26 — Žr. sprendimus *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, 59 punktas) ir *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807, 45 punktas). Šių dviejų bylų padarinių nacionalinės teisės aktų leidėjui baudžiamosios teisės srityje analizę žr. V. Mitsilegas „The Criminalisation of Migration in Europe“, Springer, 2015, p. 57–76.

53. Vis dėlto Sprendime *Achughbabian*[27] Teisingumo Teismas pridūrė, kad Direktyva 2008/115 nedraudžiami valstybės narės teisės aktai, kuriuose numatytos baudžiamosios sankcijos už neteisėtą buvimą šalyje, „jei jais leidžiama trečiosios šalies piliečiui, kuriam taikyta [Direktyvoje 2008/115] nustatyta grąžinimo procedūra ir kuris be pateisinamos priežasties negrįžti neteisėtai gyvena šios valstybės narės teritorijoje, skirti laisvės atėmimo bausmę“[28].

54. Vėliau Sprendime *Sagor*[29] Teisingumo Teismas patvirtino, kad per grąžinimo procedūrą paskirta ir vykdoma namų arešto bausmė „gali lemti tokių priemonių, kaip palydėjimas iki sienos ir priverstinis grąžinimas oro transportu, kurios padeda įgyvendinti išsiuntimą, atidėjimą ir kliudyti jas taikyti“. Tačiau, kiek tai susiję su baudžiamuoju persekiojimu, kurį užbaigus paskiriama piniginė bauda, Teisingumo Teismas pripažino, kad tokia bauda negalėjo trukdyti vykdyti Direktyvoje 2008/115 nustatytos grąžinimo procedūros[30]. Jis pridūrė, kad „piniginės bausmės skyrimas niekaip netrukdo priimti ir įgyvendinti sprendimo dėl grąžinimo visiškai laikantis Direktyvos 2008/115 6–8 straipsniuose įtvirtintų sąlygų ir neturi neigiamo poveikio šios direktyvos 15 ir 16 straipsniuose nustatytiems bendriems laisvės atėmimo standartams“[31].

55. Galiausiai byloje, kurioje buvo priimtas Sprendimas *Celaj*[32] ir kurioje Italijos Respublika norėjo taikyti baudžiamąsias sankcijas neteisėtai šalyje esančiam trečiosios šalies piliečiui, kuriam buvo taikomos Direktyvoje 2008/115 nustatytos bendros normos ir procedūros, kad būtų nutrauktas pirmas jo neteisėtas buvimas valstybės narės teritorijoje, ir kuris vėl atvyko į šios valstybės narės teritoriją pažeisdamas draudimą atvykti, Teisingumo Teismas laikėsi nuomonės, „kad pagrindinėje byloje susiklosčiusios aplinkybės aiškiai skiriasi nuo susiklosčiusiųjų bylose, kuriose buvo priimti sprendimai *El Dridi* [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] <...> ir *Achughbabian* [(C-329/11, EU:C:2011:807)]“[33], ir kad Direktyva 2008/115 „iš principo nedraudžia valstybės narės teisės aktų, kuriuose numatoma laisvės atėmimo bausmė trečiosios šalies piliečiui, neteisėtai esančiam šalies teritorijoje, kuris po to, kai buvo sugrąžintas į savo kilmės šalį pagal ankstesnę grąžinimo procedūrą, neteisėtai grįžta į minėtos valstybės teritoriją pažeisdamas draudimą atvykti“[34].

56. Apibendrinant pažymėtina, kad Teisingumo Teismo praktikoje pripažinti du atvejai, kai Direktyva 2008/115 nedraudžiama paskirti laisvės atėmimo bausmės trečiosios šalies piliečiui dėl jo neteisėto buvimo šalyje, t. y. jeigu taikyta Direktyvoje 2008/115 nustatyta grąžinimo procedūra ir jeigu pilietis neteisėtai būna šalies teritorijoje be pateisinamos priežasties negrįžti (Sprendimo *Achughbabian* atvejis) ir jeigu taikyta grąžinimo procedūra, o atitinkamas asmuo vėl atvyksta į šios valstybės narės teritoriją pažeisdamas draudimą atvykti (Sprendimo *Celaj* atvejis).

57. S. Affum atvejis nepriskiriamas nė prie vieno iš minėtų dviejų atvejų, nes jai netaikyta jokia grąžinimo procedūra (Sprendimo *Achughbabian* atvejis) ir nebuvo jokio pakartotinio atvykimo į Prancūzijos teritoriją (Sprendimo *Celaj* atvejis).

58. Vis dėlto Prancūzijos institucijos mano, kad S. Affum galima paskirti laisvės atėmimo bausmę, nes ji neteisėtai atvyko į Prancūziją.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — 48, 50 punktai ir rezoliucinės dalies antra įtrauka. Manau, kad nors ši ištrauka yra ir dalis sprendimo rezoliucinės dalies, ji akivaizdžiai yra *obiter dictum*, nes nesusijusi su nagrinėjamos bylos faktinėmis aplinkybėmis ir joje kalbama apie hipotetinę situaciją.

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

30 — 36 punktas.

31 — 36 punktas.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

33 — Sprendimas *Celaj* (C-290/14, EU:C:2015:640, 28 punktas).

34 — 33 punktas ir rezoliucinė dalis.

D – *Neteisėtas atvykimas atsižvelgiant į Direktyvą 2008/115*

1. Prancūzijos teisės aktai

59. Teisingumo Teismui priėmus Sprendimą *Achughbabian*[35], o Europos Žmogaus Teisių Teismui – Sprendimą *Mallah prieš Prancūziją*[36], Prancūzijos vyriausybė Įstatymu Nr. 2012-1560[37] pakeitė savo sistemą, taikomą išsiunčiant užsieniečius, kurių padėtis neteisėta. Be kita ko, ji iš dalies pakeitė savo teisės aktus, siekdama panaikinti neteisėto buvimo nusikaltimą ir nustatyti užsieniečių sulaikymo procedūrą, kad būtų patikrina jų teisė būti šalyje. Tačiau Prancūzijos valdžios institucijos nepanaikino neteisėto atvykimo nusikaltimo, jeigu neteisėtai kirstos išorės sienos (CESEDA L.621-2 straipsnio 1 dalis) ir jeigu trečiosios šalies pilietis persikelia pažeisdamas Šengeno konvencijoje nustatytas užsieniečių judėjimo taisykles (CESEDA L.621-2 straipsnio 2 dalis).

60. Įstatymo projekto aiškinamajame rašte Prancūzijos valdžios institucijos laikosi nuomonės, kad „taisyklės, susijusios su išorės sienų kirtimu ir trečiųjų šalių piliečių judėjimu tarp valstybių narių, nepatenka į direktyvos [2008/115] taikymo sritį“[38].

61. Iš tiesų, Prancūzijos valdžios institucijų teigimu, minėtos taisyklės, „kiek tai susiję su <...> išorės sienų kirtimu, kyla iš Šengeno sienų kodekso <...>, kuriame valstybėms narėms numatytas įpareigojimas nustatyti atgrasomąsias sankcijas, jeigu pažeidimas konstatuojamas pasienyje, t. y. jeigu atsisakoma leisti atvykti į teritoriją, suėmus arba sulaikius neteisėtai sieną kirtusį asmenį. Kalbant apie Šengeno konvencijoje numatytų taisyklių, susijusių su judėjimu tarp valstybių narių, pažeidimus, direktyvoje [2008/115] valstybėms narėms aiškiai numatyta galimybė netaikyti išsiuntimo priemonės ir tarp valstybių narių įgyvendinti readmisijos mechanizmus, kuriems direktyva [2008/115] netaikytina, kaip yra priminęs *Conseil d'État* (Valstybės tarybos) laikinąsias apsaugos priemones taikantis teisėjas (CE, 2011 m. birželio 27 d., *Vidaus reikalų ministerija prieš Lassoued*, Nr. 350207)“[39].

62. Prancūzijos valdžios institucijos iš to daro išvadą, kad „iš tiesų tokie atvejai nepriklauso Europos Sąjungos Teisingumo Teismo aiškinimo, kuriuo rėmėsi *Cour de cassation*, sričiai, o sankcijų sistemos panaikinimas prieštarautų europinėms taisyklėms“[40].

2. S. Affum atvejis

63. Siekdamos pateisinti savo teisės aktus, Prancūzijos valdžios institucijos remiasi keliomis Direktyvos 2008/115 ir Šengeno sienų kodekso nuostatomis, kurias išanalizuosiu toliau, prieš siūlydamas Teisingumo Teismui patvirtinti Direktyvos 2008/115 taikytinumą. Iš tiesų, mano supratimu, šioje byloje nėra aktuali nė viena iš šiuose dviejuose teisės aktuose numatytų išimčių ar apribojimų.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Žr. 2011 m. lapkričio 10 d. EŽTT sprendimą *Mallah prieš Prancūziją*, Nr. 29681/08. Toje byloje Maroko pilietis, nuteistas už tai, kad slėpė savo žentą, savo tėvynainį, kurio padėtis neteisėta, tvirtino, kad, atsižvelgiant į bylos aplinkybes, jo nuteisimas reiškia neproporcingą teisės į privataus ir šeimos gyvenimo gerbimą, kaip tai suprantama pagal EŽTK 8 straipsnį, įgyvendinimo ribojimą. Tik todėl, kad suinteresuotasis asmuo buvo atleistas nuo bausmės, Strasbūro teismas laikėsi nuomonės, kad EŽTK 8 straipsnio nuostatos nebuvo pažeistos. Tuomet Prancūzijos teisės aktų leidėjas išplėtė L. 622-4 straipsnyje numatytų imuniteto nuo baudžiamosios atsakomybės atvejų taikymo sritį ir įtraukė pagalbos atvykti ir pagalbos neteisėtai būti šalyje nusikaltimą. Žr. įstatymo projekto, susijusio su teisės aktų nuostatų dėl neteisėtoje padėtyje esančių užsieniečių išsiuntimo pakeitimu, 2012 m. rugsėjo 21 d. poveikio tyrimo, pateikiamo internete adresu http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html, 2.2 punktą.

37 — Įstatymas pateikiamas internete adresu http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

38 — Įstatymo dėl sulaikymo siekiant patikrinti teisę būti šalyje ir nusikaltimo, pasireiškiančio pagalba neteisėtam buvimui šalyje, požymių pakeitimo, nustatant išimtį humanitariniams ir neatlygintiniems veiksmams, projektas, 2012 m. rugsėjo 28 d. įregistruotas Senato prezidiume, pateikiamas internete adresu http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (p. 6).

39 — Ten pat (p. 6).

40 — Ten pat (p. 6).

a) Dėl Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 2 dalies a punkto

64. Prancūzijos Respublika remiasi Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 2 dalies a punktu ir teigia, kad toks atvejis, kuris nagrinėjamas pagrindinėje byloje, nepatenka į šios direktyvos taikymo sritį.

65. Pirma, reikia priminti, kad Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 2 dalies a punktas taikomas tik išorės sienoms, kad Belgijos ir Prancūzijos siena yra vidaus siena ir kad S. Affum buvo sulaikyta išvykstanti iš Prancūzijos prie išorės sienos tarp Prancūzijos ir Jungtinės Karalystės.

66. Šiomis aplinkybėmis Prancūzijos Respublika laikosi nuomonės, kad Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 2 dalies a punktas taikomas, kai valstybės narės išorės sienos neteisėtai kertamos ir atvykstant į Šengeno erdvę, ir išvykstant iš jos.

67. Tad, kiek remiantis Prancūzijos Respublikos pozicija, atrodo, galima manyti, kad asmens, neteisėtai atvykusio į valstybės narės teritoriją per vidaus sieną, tačiau sulaikyto tik išvykstančio per valstybės narės išorės sieną, atvejui taikomas Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 2 dalies a punktas, negaliu tam pritarti.

68. Mano supratimu, iš minėtos nuostatos teksto aiškiai matyti, kad joje numatytas tik neteisėtas atvykimas, nes kitaip antra dalis sakinio („ir kurie vėliau nėra gavę leidimo ar teisės būti toje valstybėje narėje“) netektų prasmės [41].

69. Taigi šioje byloje Prancūzijos Respublika negali remtis Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 2 dalies a punktu.

b) Dėl Direktyvos 2008/115 3 straipsnio 2 dalies: paprastas vykimas tranzitu kaip „buvimas“

70. Atrodo, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas abejoja dėl to, ar trečiosios šalies piliečio, tiesiog vykstančio tranzitu į kitą valstybę narę, nepriklausančią Šengeno erdvei, buvimas valstybės narės, priklausančios Šengeno erdvei, teritorijoje patenka į Direktyvos 2008/115 taikymo sritį.

71. Šios abejonės nepagrįstos.

72. Vadovaujantis Direktyvos 2008/115 2 straipsnio 1 dalimi, ši direktyva taikoma trečiųjų šalių piliečiams, neteisėtai esantiems valstybės narės teritorijoje. Šios direktyvos 3 straipsnio 2 punkte „neteisėtas buvimas“ apibrėžiamas kaip „trečiosios šalies piliečio, kuris, neatitinka arba nebeatitinka Šengeno sienų kodekso 5 straipsnyje nustatytų atvykimo sąlygų ar kitų atvykimo, buvimo ar gyvenimo toje valstybėje narėje sąlygų, buvimas valstybės narės teritorijoje“.

73. Iš šių nuostatų matyti, kad trečiosios šalies pilietis, kuris yra autobuse ir netenkina atvykimo sąlygų, būna nagrinėjamos valstybės narės teritorijoje ir jo buvimas yra neteisėtas. Konstatuojant buvimo neteisėtumą nėra lemiama tai, ar jis vyksta tranzitu, ar ne.

c) Dėl Direktyvos 2008/115 6 straipsnio 3 dalies

74. Pagal Direktyvos 2008/115 6 straipsnio 3 dalį valstybės narės gali nepriimti sprendimo grąžinti, jeigu atitinkamą asmenį priima atgal kita valstybė narė pagal šios direktyvos įsigaliojimo dieną galiojančius „dvišalius susitarimus ar nuostatas“.

41 — Be to, vadovaujantis Prancūzijos Respublikos logika, atvejis, kai asmuo neteisėtai atvyko į valstybės narės teritoriją per vidaus sieną ir buvo sulaikytas šios valstybės narės institucijų ne prie išorės sienos, bet kitoje jos teritorijos vietoje, patektų į Direktyvos 2008/115 taikymo sritį, nes jis nebūtų kirtęs išorės sienos. Man neatrodo nuoseklu tokį asmenį, kurio padėtis yra kaip S. Affum, vertinti kitaip.

75. Reikėtų pažymėti, ir tai, be to, matyti iš šios nuostatos teksto, kad joje numatyta tik valstybės narės teisė nepriimti sprendimo grąžinti, tačiau, priešingai nei Direktyvos 2008/115 2 straipsnyje, šioje nuostatoje niekaip neapibrėžiama jos taikymo sritis. Šios direktyvos 6 straipsnio 3 dalis, kaip, atrodo, siūlo manyti Prancūzijos vyriausybė, negali turėti tokio poveikio, kad pagrindinei bylai nebūtų taikomos visos Direktyvos 2008/115 nuostatos. Priešingai, valstybei narei, kuri remiasi Direktyvos 2008/115 6 straipsnio 3 dalimi, privalomos kitos šios direktyvos nuostatos ir ji turi užtikrinti visišką direktyvos veiksmingumą. Taikytina ir Teisingumo Teismo praktika, susijusi su šios direktyvos nuostatomis, visų pirma su asmenų laisvės atėmimu.

76. Taigi Direktyvos 2008/115 6 straipsnio 3 dalyje atitinkama valstybė narė atleidžiama tik nuo įpareigojimo priimti sprendimą grąžinti, kaip tai suprantama pagal šios direktyvos 6 straipsnio 1 dalį. Tačiau sprendimas grąžinti pagal susitarimą yra viena iš šioje direktyvoje numatytų priemonių ir parengiamasis etapas prieš grąžinant iš valstybių narių, kurioms taikoma Direktyva 2008/115, teritorijos.

77. Dėl sąvokos „dvišalis“ aiškinimo siūlau Teisingumo Teismui pasirinkti tokį Direktyvos 2008/115 6 straipsnio 3 dalies aiškinimą, kuris apimtų tokį susitarimą kaip nagrinėjamasis šioje byloje [42]. Nors jį sudarė keturios valstybės narės, pagal šį susitarimą Beniliukso teritorija laikoma viena teritorija. Taigi jį galima prilyginti dvišaliam susitarimui.

78. Be to, mano supratimu, toks aiškinimas atitiktų SESV 350 straipsnyje įtvirtintą principą, pagal kurį Sutarčių nuostatos nekliudo egzistuoti regioninėms sąjungoms tarp Belgijos Karalystės ir Liuksemburgo Didžiosios Hercogystės ar tarp Belgijos Karalystės, Liuksemburgo Didžiosios Hercogystės ir Nyderlandų Karalystės arba jų kurti, jei šių regioninių sąjungų tikslų negalima pasiekti taikant Sutartis.

79. Nors pagal minėtą nuostatą ESV sutartimi jau atsižvelgta į specifinę Beniliukso padėtį, Teisingumo Teismas turėtų padaryti tą patį, aiškindamas Direktyvos 2008/115 6 straipsnio 3 dalį.

d) Dėl Šengeno sienų kodekso 4 straipsnio 3 dalies

80. Prancūzijos Respublika taip pat remiasi Šengeno sienų kodekso 4 straipsnio 3 dalimi, pagal kurią valstybės narės įveda sankcijas už neleistiną išorės sienų kirtimą ne nustatytuose sienos perėjimo punktuose ir ne nustatytomis jų darbo valandomis.

81. Ši nuostata šioje byloje netaikytina, nes S. Affum niekaip nemėgino kirsti sienos ne nustatytuose sienos perėjimo punktuose ir ne nustatytomis jų darbo valandomis.

82. Nesuprantu, kodėl, kaip siūlo Prancūzijos vyriausybė, šios nuostatos negalima aiškinti pažodžiui ir įtraukti ir sienos perėjimo punktų, atsižvelgiant į tai, kad Šengeno sienų kodekso 4 straipsnyje nustatytas būtent skirtingas sienos kirtimo sienos perėjimo punktuose ir nustatytomis jų darbo valandomis (1 dalis) ir sienos kirtimo ne sienos perėjimo punktuose ir ne nustatytomis jų darbo valandomis (2 dalis) vertinimas. Kitaip tariant, nematau jokios teleologiškai pagrįstos priežasties, kuri galėtų neleisti pažodžiui ir sistemiškai aiškinti Šengeno sienų kodekso 4 straipsnio.

83. Šiomis aplinkybėmis reikėtų priminti, kad Direktyva 2008/115 taikoma asmeniui, neteisėtai kirtusiam sieną ir neturinčiam teisės būti atitinkamos valstybės narės teritorijoje [43].

42 — Nyderlandų Karalystės, Belgijos Karalystės ir Liuksemburgo Didžiosios Hercogystės vyriausybių, vienos šalies, ir Prancūzijos Respublikos vyriausybės, kitos šalies, susitarimas dėl asmenų kontrolės prie Beniliukso valstybių ir Prancūzijos teritorijos bendrų sienų. Šio susitarimo tekstas pateikiamas internete adresu http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

43 — Taip pat žr. šios išvados 46 punktą.

84. Taigi Direktyva 2008/115 taikytina S. Affum atvejui. Kaip jau pažymėjau šios išvados 57 punkte, jos atvejis nepriskiriamas nė prie vieno iš atvejų, kai Teisingumo Teismas konstatavo, kad Direktyva 2008/115 nedraudžiama skirti laisvės atėmimo bausmės trečiosios šalies piliečiui. Todėl tokio asmens, kurio padėtis kaip S. Affum, laisvė negali būti atimta vien dėl jo neteisėto buvimo Prancūzijos teritorijoje.

V – **Išvada**

85. Atsižvelgdamas į pateiktus argumentus, siūlau Teisingumo Teismui į *Cour de cassation* pateiktus prejudicinius klausimus atsakyti taip:

2008 m. gruodžio 16 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvą 2008/115/EB dėl bendrų nelegaliai esančių trečiųjų šalių piliečių grąžinimo standartų ir tvarkos valstybėse narėse, visų pirma jos 6 straipsnio 3 dalį, 15 ir 16 straipsnius, reikia aiškinti taip, kad ja draudžiami tokie valstybės narės teisės aktai, kuriais už trečiosios šalies piliečio neteisėtą atvykimą baudžiama laisvės atėmimo bausme, jeigu šis asmuo buvo sulaikytas išvykstantis iš Šengeno erdvės prie šios valstybės narės išorės sienos, kai vyko tranzitu iš kitos valstybės narės, ir kad ta kita valstybė narė gali jį priimti atgal pagal susitarimą, sudarytą su ja prieš įsigaliojant Direktyvai 2008/115.