Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 2 lutego 2016 r.[1]

Sprawa C-47/15

Sélina Affum (po mężu Amissah)
przeciwko
Préfet du Pas-de-Calais
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Cour de cassation (Francja)]

Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości — Dyrektywa 2008/115/WE — Powrót nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego — Nielegalny wjazd — Tranzyt — Kara pozbawienia wolności — Zatrzymanie

Wprowadzenie

1. W ramach niniejszego odesłania prejudycjalnego przedstawionego przez Cour de cassation (Francja) Trybunał zostaje ponownie poproszony o zajęcie stanowiska w przedmiocie zgodności z dyrektywą 2008/115/WE[2] przepisu prawa krajowego, który zezwala na orzeczenie kary pozbawienia wolności wobec obywatela państwa trzeciego wyłącznie ze względu na nielegalność jego pobytu.

2. Od wcześniejszych spraw dotyczących tej kwestii[3] niniejsza sprawa różni się w dwóch aspektach. Po pierwsze, dotyczy ona obywatelki państwa trzeciego, która wjechała na terytorium danego państwa członkowskiego jedynie w celu tranzytu i została ujęta w momencie wyjazdu z tego państwa członkowskiego. Powstaje zatem pytanie, czy mamy do czynienia z pobytem w rozumieniu dyrektywy 2008/115. Po drugie, rzeczone państwo członkowskie nie zamierza wydać decyzji nakazującej powrót na mocy art. 6 ust. 1 dyrektywy 2008/115, lecz zamierza przekazać ujętą obywatelkę państwa trzeciego organom innego państwa członkowskiego na podstawie porozumienia zawartego przed wejściem w życie dyrektywy 2008/115.

3. Niniejsza sprawa da Trybunałowi sposobność przypomnienia, że dyrektywa 2008/115 znajduje zastosowanie do każdego nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego, bez względu na przyczynę nielegalności jego pobytu i miejsce jego zatrzymania, oraz że wymierzenie kary pozbawienia wolności wobec obywatela państwa trzeciego jest możliwe jedynie w ściśle określonych przypadkach, które nie zachodzą w niniejszej sprawie.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.U. L 348, s. 98).

3 — Zobacz wyroki: El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268; Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807; Celaj, C-290/14, EU:C:2015:640. Zobacz również wyrok Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, który dotyczył m.in. kary aresztu domowego.

I – Ramy prawne

A – *Prawo Unii*

1. Dyrektywa 2008/115

4. Cel dyrektywy 2008/115 jest opisany w jej art. 1 w następujący sposób:

„Niniejsza dyrektywa określa wspólne normy i procedury, które mają być stosowane przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, zgodnie z prawami podstawowymi jako zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego oraz prawa międzynarodowego, w tym z obowiązkami w zakresie ochrony uchodźców oraz praw człowieka”.

5. Artykuł 2 dyrektywy 2008/115, zatytułowany „Zakres zastosowania”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państwa członkowskiego.

2. Państwa członkowskie mogą postanowić, że nie będą stosować niniejszej dyrektywy do obywateli państw trzecich, którzy:

a) podlegają zakazowi wjazdu zgodnie z art. 13 kodeksu granicznego Schengen lub którzy zostali zatrzymani lub ujęci przez właściwe organy w związku z nielegalnym przekraczaniem lądowej, morskiej lub powietrznej zewnętrznej granicy tego państwa członkowskiego oraz którzy nie otrzymali następnie zezwolenia na pobyt lub prawa do pobytu w tym państwie członkowskim;

b) podlegają sankcji karnej, która przewiduje lub której skutkiem jest zobowiązanie do powrotu, zgodnie z prawem krajowym, lub podlegają ekstradycji.

[…]”.

6. Artykuł 3 tej dyrektywy, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy stosuje się następujące definicje:

[…]

2) »nielegalny pobyt« oznacza obecność na terytorium państwa członkowskiego obywatela państwa trzeciego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki wjazdu do państwa członkowskiego określone w art. 5 kodeksu granicznego Schengen albo inne warunki wjazdu, pobytu lub zamieszkania w tym państwie członkowskim;

3) »powrót« oznacza powrót obywatela państwa trzeciego – wynikający z dobrowolnego lub przymusowego wykonania zobowiązania do powrotu – do:

— jego […] państwa pochodzenia lub

— kraju tranzytu, zgodnie ze wspólnotowymi lub dwustronnymi umowami o readmisji lub z innymi porozumieniami, lub

— innego państwa trzeciego, do którego dany obywatel państwa trzeciego zdecyduje się dobrowolnie powrócić i przez które zostanie przyjęty;

4) »decyzja nakazująca powrót« oznacza decyzję administracyjną lub orzeczenie sądowe, w których stwierdza się lub uznaje, że obywatel państwa trzeciego przebywa w państwie członkowskim nielegalnie, oraz nakłada się lub stwierdza zobowiązanie do powrotu;

5) »wydalenie« oznacza wykonanie zobowiązania do powrotu, czyli fizyczny przewóz osoby poza terytorium państwa członkowskiego;

[…]".

7. Artykuł 4, zatytułowany „Korzystniejsze postanowienia", stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa nie narusza korzystniejszych postanowień zawartych w:

a) dwu- lub wielostronnych umowach między Wspólnotą lub Wspólnotą i jej państwami członkowskimi i co najmniej jednym państwem trzecim;

b) dwu- lub wielostronnych umowach między jednym lub większą liczbą państw członkowskich i jednym lub większą liczbą państw trzecich.

[…]

4. W odniesieniu do obywateli państw trzecich wyłączonych z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. a) państwa członkowskie:

a) zapewniają, by ich traktowanie oraz poziom ochrony były nie mniej korzystne niż przewidziano w art. 8 ust. 4 i 5 (ograniczenia w stosowaniu środków przymusu), art. 9 ust. 2 lit. a (wstrzymanie wydalenia), art. 14 ust. 1 lit. b) i d) (opieka zdrowotna w nagłych wypadkach i uwzględnianie potrzeb osób wymagających szczególnego traktowania) oraz w art. 16 i 17 (warunki pobytu w ośrodku detencyjnym), oraz

b) przestrzegają zasady non-refoulement".

8. Artykuły 6–8 dyrektywy 2008/115 mają następujące brzmienie:

„Artykuł 6

Decyzja o zobowiązaniu do powrotu [Decyzja nakazująca powrót]

1. Bez uszczerbku dla wyjątków, o których mowa w ust. 2–5, państwa członkowskie wydają decyzję nakazującą powrót każdemu obywatelowi państwa trzeciego nielegalnie przebywającemu na ich terytorium.

[…]

3. Państwa członkowskie mogą wstrzymać się od wydania decyzji nakazującej powrót wobec obywatela państwa trzeciego nielegalnie przebywającego na nich terytorium, jeżeli dany obywatel państwa trzeciego zostanie przyjęty przez inne państwo członkowskie na podstawie dwustronnych umów lub porozumień obowiązujących w chwili wejścia w życie niniejszej dyrektywy. W takim przypadku państwo członkowskie, które przyjęło danego obywatela państwa trzeciego, stosuje ust. 1.

[…]

Artykuł 7

Dobrowolny wyjazd

1. Bez uszczerbku dla wyjątków, o których mowa w ust. 2 i 4, w decyzji nakazującej powrót wyznacza się odpowiedni termin dobrowolnego wyjazdu, który wynosi od siedmiu do trzydziestu dni.

[…]

Artykuł 8

Wydalenie

1. Państwa członkowskie podejmują wszelkie środki niezbędne do wykonania decyzji nakazującej powrót, jeżeli żaden termin dobrowolnego wyjazdu nie został wyznaczony zgodnie z art. 7 ust. 4 lub jeżeli zobowiązanie do powrotu nie zostało wykonane w terminie dobrowolnego wyjazdu zgodnie z art. 7.

[…]".

9. Artykuł 15 dyrektywy 2008/115, zatytułowany „Środek detencyjny", stanowi:

„1. O ile [jeżeli] w danej sprawie nie mogą zostać zastosowane wystarczające, lecz mniej represyjne środki, państwa członkowskie mogą umieścić w ośrodku detencyjnym obywatela państwa trzeciego podlegającego procedurze powrotu tylko w celu przygotowania powrotu lub przeprowadzenia procesu wydalenia, w szczególności jeżeli:

a) istnieje ryzyko ucieczki, lub

b) dany obywatel państwa trzeciego unika lub utrudnia przygotowania do powrotu lub proces wydalenia.

Jakikolwiek środek detencyjny stosowany jest przez możliwie najkrótszy okres i tylko dopóki trwają przygotowania do wydalenia oraz podlega wykonaniu z należytą starannością.

[…]".

2. KWUS i kodeks graniczny Schengen

10. Konwencja wykonawcza do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. między rządami państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (Dz.U. 2000, L 239, s. 19), podpisana w Schengen w dniu 19 czerwca 1990 r. (zwana dalej „KWUS"), stanowi część dorobku Schengen.

11. Rozdział 4 tytułu II KWUS, zatytułowany „Zasady regulujące przemieszczanie się cudzoziemców", określa w art. 19 ust. 1 i 2, art. 20 ust. 1 i art. 21 ust. 1 i 2 warunki, na jakich cudzoziemcy posiadający wizę jednolitą lub wizę wydaną przez jedną z umawiających się stron, cudzoziemcy, którzy nie podlegają obowiązkowi wizowemu, a także cudzoziemcy posiadający dokument pobytowy lub zezwolenie na pobyt tymczasowy wydany przez jedną z umawiających się stron mogą swobodnie przemieszczać się na terytorium tych stron. Przepisy te odnoszą się w szczególności do niektórych warunków wjazdu ustanowionych w art. 5 ust. 1 KWUS.

12. Rozporządzenie (WE) nr 562/2006 [4] skonsolidowało i rozwinęło dorobek Schengen.

13. Zgodnie z motywem 27 kodeksu granicznego Schengen rozporządzenie to „stanowi rozwinięcie postanowień dorobku Schengen, w którym nie uczestniczy Zjednoczone Królestwo [Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej] […]. W związku z tym Wielka Brytania nie uczestniczy w jego przyjmowaniu, nie jest ono dla niej wiążące i nie jest zobowiązana do jego stosowania”.

14. Zgodnie z art. 1 kodeksu rozporządzenie to „przewiduje brak kontroli granicznej osób przekraczających granice wewnętrzne pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej” i „ustanawia ono zasady regulujące kontrolę graniczną osób przekraczających granice zewnętrzne państw członkowskich Unii Europejskiej”.

15. Artykuł 2 pkt 1 i 2 tego kodeksu zawiera następujące definicje:

„1) »granice wewnętrzne« oznaczają:

a) wspólne granice lądowe państw członkowskich, w tym granice na rzekach i jeziorach;

b) porty lotnicze państw członkowskich przeznaczone do lotów wewnętrznych;

c) porty morskie, rzeczne i porty na jeziorach państw członkowskich służące do regularnych połączeń promowych;

2) »granice zewnętrzne« oznaczają granice lądowe, w tym granice na rzekach i jeziorach, oraz granice morskie państw członkowskich, a także ich porty lotnicze, porty rzeczne, porty morskie i porty na jeziorach, pod warunkiem że nie stanowią one granic wewnętrznych”.

16. Tytuł II rozdział I kodeksu granicznego Schengen, zatytułowany „Przekraczanie granic zewnętrznych i warunki wjazdu”, stanowi w art. 4 i 5:

„Artykuł 4

Przekraczanie granic zewnętrznych

1. Przekraczanie granic zewnętrznych dozwolone jest jedynie na przejściach granicznych i w ustalonych godzinach ich otwarcia. Na przejściach granicznych, które nie są czynne całą dobę, udostępnia się widoczne informacje o godzinach ich otwarcia.

[…]

3. Bez uszczerbku dla wyjątków, o których mowa w ust. 2, lub dla swoich zobowiązań w zakresie ochrony międzynarodowej państwa członkowskie wprowadzają sankcje, zgodnie z ich prawem krajowym, za niedozwolone przekraczanie granic zewnętrznych w miejscach innych niż przejścia graniczne lub w godzinach innych niż ustalone godziny otwarcia. Sankcje te są skuteczne, proporcjonalne i odstraszające.

4 — Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (Dz.U. L 105, s. 1), zmienione rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 265/2010 z dnia 25 marca 2010 r. (Dz.U. L 85, s. 1) (zwane dalej „kodeksem granicznym Schengen”).

Artykuł 5

Warunki wjazdu obywateli państw trzecich

1. W przypadku pobytu nieprzekraczającego trzech miesięcy w okresie sześciomiesięcznym warunki wjazdu obywateli państw trzecich są następujące:

a) posiadają oni ważny dokument podróży lub dokumenty uprawniające do przekroczenia granicy;

b) posiadają oni ważną wizę, jeżeli jest wymagana […], z wyjątkiem przypadku gdy posiadają oni ważny dokument pobytowy;

c) uzasadnią cel i warunki planowanego pobytu oraz posiadają wystarczające środki utrzymania, zarówno na czas trwania planowanego pobytu, jak i na powrót do ich państwa pochodzenia lub na tranzyt do państwa trzeciego, co do którego istnieje pewność, że uzyskają zezwolenie na wjazd na jego terytorium, lub jeżeli mają możliwość uzyskania takich środków zgodnie z prawem;

d) nie są osobami, wobec których dokonano wpisu do celów odmowy wjazdu w SIS [Systemu Informacyjnego Schengen];

e) nie są uważani za stanowiących zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa wewnętrznego, zdrowia publicznego lub stosunków międzynarodowych żadnego z państw członkowskich […].

[…]

4. Na zasadzie odstępstwa od ust. 1:

a) obywatelom państw trzecich, którzy nie spełniają wszystkich warunków ustanowionych w ust. 1, jednakże posiadają dokument pobytowy lub wizę uprawniającą do ponownego wjazdu wydane przez jedno z państw członkowskich, lub, jeśli jest to wymagane, oba te dokumenty, zezwala się na wjazd na terytorium innych państw członkowskich w celu tranzytu, tak aby mogli oni dotrzeć na terytorium tego państwa członkowskiego, które wydało dokument pobytowy lub wizę uprawniającą do ponownego wjazdu […];

[…]

c) obywatele państw trzecich, którzy nie spełniają jednego lub więcej warunków ustanowionych w ust. 1, mogą uzyskać zezwolenie państwa członkowskiego na wjazd na jego terytorium ze względów humanitarnych, ze względu na interes narodowy lub zobowiązania międzynarodowe […]".

17. Rozdział II tytułu II kodeksu granicznego Schengen, zatytułowany „Kontrola granic zewnętrznych i odmowa wjazdu", stanowi w art. 7, dotyczącym odprawy granicznej osób:

„Artykuł 7

Odprawa graniczna osób

1. Ruch graniczny na granicach zewnętrznych podlega odprawom dokonywanym przez straż graniczną. Odprawy dokonywane są zgodnie z niniejszym rozdziałem.

[…]

3. Obywatele państw trzecich podlegają szczegółowej odprawie przy wjeździe i wyjeździe:

a) szczegółowa odprawa przy wjeździe obejmuje weryfikację warunków regulujących wjazd, określonych w art. 5 ust. 1, oraz, w stosownych przypadkach, dokumentów zezwalających na pobyt i prowadzenie działalności zawodowej. Weryfikacja dokonywana jest poprzez szczegółowe sprawdzenie następujących elementów:

[…]

b) szczegółowa odprawa przy wyjeździe obejmuje:

   i) weryfikację posiadania przez obywatela państwa trzeciego dokumentu uprawniającego do przekroczenia granicy;

   ii) weryfikację dokumentu pod kątem śladów sfałszowania lub podrobienia;

   iii) weryfikację, jeżeli jest to możliwe, czy obywatel państwa trzeciego nie jest uznawany za stanowiącego zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa wewnętrznego lub stosunków międzynarodowych któregokolwiek z państw członkowskich;

c) obok odprawy, o której mowa w lit. b), szczegółowa odprawa przy wyjeździe może również obejmować:

   i) weryfikację, czy dana osoba posiada ważną wizę, jeżeli jest ona wymagana […], z wyjątkiem przypadku gdy posiada ona ważny dokument pobytowy;

   ii) weryfikację, czy dana osoba nie przekroczyła maksymalnego czasu dozwolonego pobytu na terytorium państw członkowskich;

   iii) sprawdzenie wpisów w SIS wobec osób i podmiotów oraz informacji w krajowych bazach danych.

[…]”.

18. Zgodnie z art. 20 tego kodeksu, zawartym w rozdziale I tytułu III, zatytułowanym „Zniesienie kontroli granicznej na granicach wewnętrznych”, „[g]ranice wewnętrzne mogą być przekraczane w każdym miejscu bez dokonywania odprawy granicznej osób niezależnie od ich obywatelstwa”.

19. Na mocy art. 39 ust. 1 kodeksu granicznego Schengen, znajdującego się w tytule IV, zatytułowanym „Postanowienia końcowe”, art. 2–8 KWUS zostały uchylone z dniem 13 października 2006 r. W szczególności warunki wjazdu, które znajdowały się wcześniej w art. 5 ust. 1 KWUS, zostały zastąpione przez warunki określone w art. 5 kodeksu.

B – *Uregulowanie francuskie*

1. Kodeks dotyczący wjazdu i pobytu cudzoziemców oraz prawa azylu

20. Artykuł L. 621-2 code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (kodeksu dotyczącego wjazdu i pobytu cudzoziemców oraz prawa azylu, zwanego dalej „Ceseda"), w brzmieniu zmienionym przez ustawę nr 2012-1560 z dnia 31 grudnia 2012 r. dotyczącą zatrzymania w celu weryfikacji prawa pobytu oraz zmieniającą unormowanie występku pomocy w nielegalnym pobycie w celu wykluczenia czynów z pobudek humanitarnych i bezinteresownych (JORF z dnia 1 stycznia 2013 r., s. 48), stanowi:

„Cudzoziemiec niebędący obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej podlega karze pozbawienia wolności w wymiarze roku oraz karze grzywny w wysokości 3750 EUR:

1° Jeżeli wjechał na terytorium Francji metropolitalnej mimo braku spełnienia warunków, o których mowa w art. 5 ust. 1 lit. a), b) lub c) [kodeksu granicznego Schengen] i zezwolenia na wjazd na terytorium na podstawie art. 5 ust. 4 lit. a) i c) tego samego [kodeksu]; podobnie jeżeli cudzoziemiec jest objęty wpisem do celów odmowy wjazdu na podstawie wykonalnego orzeczenia wydanego w innym państwie będącym stroną [KWUS];

2° Lub jeżeli wjechał na terytorium Francji metropolitalnej bezpośrednio z terytorium państwa będącego stroną [KWUS] bez zastosowania się do postanowień art. 19 ust. 1 lub 2, art. 20 ust. 1 i art. 21 ust. 1 lub 2 tej konwencji, z wyjątkiem warunków określonych w art. 5 ust. 1 lit. e) [kodeksu granicznego Schengen] oraz art. 5 ust. 1 lit. d), w przypadku gdy wpis do celów odmowy wjazdu nie wynika z decyzji wykonawczej wydanej w innym państwie będącym stroną [KWUS];

[…]

Aby niniejszy przepis mógł zostać zastosowany, postępowanie karne może być wszczęte wyłącznie wówczas, gdy stan faktyczny został stwierdzony w okolicznościach opisanych w art. 53 code de procédure pénale [kodeksu postępowania karnego]".

2. Kodeks postępowania karnego

21. Artykuł 53 kodeksu postępowania karnego, w brzmieniu obowiązującym w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych stanowiących przedmiot postępowania głównego, stanowi:

„Za wykryte na gorącym uczynku zbrodnię lub występek uważa się zbrodnię lub występek popełnione w momencie ich wykrycia lub bezpośrednio przed ich wykryciem. Zbrodnia lub występek wykryte na gorącym uczynku zachodzą również wtedy, gdy w wyniku pościgu prowadzonego w czasie następującym bezpośrednio po popełnieniu przestępstwa stwierdza się, że osoba ta jest w posiadaniu przedmiotów pozwalających sądzić, że uczestniczyła ona w popełnieniu danej zbrodni lub występku lub znaleźć można na niej ślady lub poszlaki pozwalające sądzić, że uczestniczyła ona w popełnieniu danej zbrodni lub występku.

W następstwie wykrycia zbrodni lub występku na gorącym uczynku postępowanie przygotowawcze pod kontrolą prokuratora na warunkach określonych w niniejszym rozdziale może być prowadzone w sposób nieprzerwany przez okres ośmiu dni.

[…]".

22. Artykuł 62-2 kodeksu postępowania karnego stanowi:

„Zatrzymanie stanowi środek przymusu, o którego zastosowaniu decyduje oficer policji, pod kontrolą sądu, stosowany w stosunku do osoby, wobec której istnieją uzasadnione powody, by podejrzewać, że popełniła ona lub zamierzała popełnić zbrodnię lub występek zagrożone karą pozbawienia wolności, która to osoba pozostaje do dyspozycji organów prowadzących dochodzenie.

[…]”.

II – Okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym, postępowanie przed Trybunałem i pytania prejudycjalne

23. W dniu 22 marca 2013 r. S. Affum, obywatelka Ghany, została poddana kontroli przez funkcjonariuszy policji francuskiej w Coquelles (Francja) przy wjeździe do tunelu pod kanałem La Manche, gdy znajdowała się na pokładzie autobusu jadącego z Gandawy (Belgia) do Londynu (Zjednoczone Królestwo).

24. Po tym, jak wylegitymowała się paszportem belgijskim zawierającym nazwisko i zdjęcie innej osoby, nie będąc w posiadaniu żadnego innego dokumentu tożsamości, została zatrzymana z powodu nielegalnego wjazdu na terytorium Francji na podstawie art. L. 621-2 pkt 2 Ceseda.

25. Następnego dnia prokurator przy tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer postanowił umorzyć postępowanie karne wszczęte przeciwko S. Affum. W konsekwencji w tym samym dniu ustało zatrzymanie tej osoby.

26. Jednakże równolegle do postępowania karnego wszczętego przeciwko S. Affum préfet du Pas-de-Calais (prefekt Pas-de-Calais) wszczął wobec S. Affum postępowanie administracyjne mające na celu podjęcie decyzji o jej ewentualnym wydaleniu z terytorium francuskiego.

27. Na mocy zarządzenia z dnia 23 marca 2013 r. postanowiono przekazać S. Affum władzom belgijskim, w celu jej readmisji, na podstawie porozumienia zawartego między rządem Republiki Francuskiej z jednej strony a rządami Królestwa Belgii, Wielkiego Księstwa Luksemburga i Królestwa Niderlandów z drugiej strony, dotyczącego przejęcia osób na wspólnych granicach pomiędzy Francją i terytorium państw Beneluksu, podpisanego w Paryżu w dniu 16 kwietnia 1964 r.

28. Tym samym zarządzeniem prefekt Pas-de-Calais zarządził umieszczenie S. Affum w ośrodku detencyjnym, w pomieszczeniach nienależących do administracji więziennej, na okres pięciu dni następujących po upływie okresu jej zatrzymania, w oczekiwaniu na jej wydalenie. W wykonaniu tego zarządzenia S. Affum została zatem umieszczona w ośrodku detencyjnym w dniu 23 marca 2013 r. na okres pięciu dni w celu jej przekazania władzom belgijskim.

29. W dniu 27 marca 2013 r. prefekt Pas-de-Calais zwrócił się do sędziego właściwego w zakresie stosowania środków ograniczających i pozbawienia wolności – tribunal de grande instance de Lille – o przedłużenie okresu stosowania tego środka w oczekiwaniu na odpowiedź władz belgijskich na jego wniosek o readmisję.

30. W odpowiedzi na ten wniosek S. Affum podniosła, powołując się w szczególności na wyrok Achughbabian [5], że wniosek złożony przez prefekta Pas-de-Calais powinien zostać oddalony, ponieważ jej zatrzymanie było niezgodne z prawem, a taka niezgodność z prawem powoduje w myśl przepisów prawa krajowego niezgodność z prawem całego postępowania, czego wynikiem jest odmowa przedłużenia okresu stosowania środka detencyjnego i zwolnienie osoby, której on dotyczy.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

31. Postanowieniem z dnia 28 marca 2013 r. sędzia właściwy w zakresie stosowania środków ograniczających i pozbawienia wolności tribunal de grande instance de Lille uznał jednak, że zatrzymanie S. Affum było zgodne z prawem, a zatem jej umieszczenie w ośrodku detencyjnym nastąpiło w wyniku postępowania zgodnego z prawem. W konsekwencji sędzia ów uwzględnił wniosek złożony przez prefekta Pas-de-Calais i nakazał przedłużenie okresu stosowania wobec S. Affum środka detencyjnego na okres maksymalny 20 dni, liczony od dnia wydania owego postanowienia.

32. W postępowaniu apelacyjnym wszczętym przez S. Affum pierwszy prezes cour d'appel de Douai utrzymał – postanowieniem z dnia 29 marca 2013 r. – w mocy postanowienie sędziego właściwego w zakresie stosowania środków ograniczających i pozbawienia wolności tribunal de grande instance de Lille.

33. S. Affum wniosła od tego ostatniego postanowienia skargę kasacyjną do Cour de cassation, który postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 3 pkt 2 dyrektywy 2008/115 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku gdy obywatel państwa trzeciego znajduje się w sytuacji zwykłego tranzytu jako pasażer przejeżdżającego przez terytorium tego państwa członkowskiego autobusu, który przyjechał z innego państwa członkowskiego należącego do strefy Schengen i udaje się do jeszcze innego państwa członkowskiego, pobyt tego obywatela na terytorium państwa członkowskiego jest nielegalny i w związku z tym obywatel ten jest objęty zakresem stosowania tej dyrektywy na podstawie jej art. 2 ust. 1?

2) Czy art. 6 ust. 3 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu przewidującemu sankcję w postaci kary pozbawienia wolności za nielegalny wjazd obywatela państwa trzeciego, w przypadku gdy cudzoziemiec ten może zostać przyjęty w innym państwie członkowskim zgodnie z umową lub porozumieniem zawartym z tym państwem przed wejściem w życie rzeczonej dyrektywy?

3) W zależności od odpowiedzi, która zostanie udzielona na poprzednie pytanie – czy rzeczona dyrektywa powinna być interpretowana w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu przewidującemu sankcję w postaci kary pozbawienia wolności za nielegalny wjazd obywatela państwa trzeciego zgodnie z tymi samymi przesłankami co te określone przez [Trybunał Sprawiedliwości] w wyroku [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)] w odniesieniu do nielegalnego pobytu, które są związane z brakiem wcześniejszego poddania cudzoziemca środkom przymusu w rozumieniu art. 8 dyrektywy oraz z okresem stosowania wobec niego środka detencyjnego?".

34. Uwagi zostały przedstawione przez S. Affum, a także przez rządy francuski, czeski, grecki, węgierski i szwajcarski oraz Komisję Europejską. Na rozprawie w dniu 10 listopada 2015 r. została wysłuchana S. Affum, a także rządy francuski i grecki oraz Komisja.

III – Analiza

35. Za pomocą swoich trzech pytań, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 2008/115 stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisów państwa członkowskiego, które przewidują karę pozbawienia wolności w przypadku nielegalnego wjazdu obywatelki państwa trzeciego na terytorium owego państwa, w sytuacji gdy osoba ta została ujęta

w momencie wyjazdu z obszaru Schengen [6] na zewnętrznej granicy tego państwa członkowskiego, będąc w sytuacji tranzytu z innego państwa członkowskiego, i gdy może ona zostać przejęta przez to inne państwo członkowskie na podstawie porozumienia zawartego z nim przed wejściem w życie dyrektywy 2008/115.

36. W celu udzielenia użytecznej odpowiedzi na zadane pytania należy przede wszystkim pokrótce przedstawić system wprowadzony przez dyrektywę 2008/115 z jednej strony i przez kodeks graniczny Schengen z drugiej strony, dokonując jednocześnie analizy linii rozdziału pomiędzy tymi dwoma instrumentami, a następnie pokrótce przypomnieć orzecznictwo Trybunału dotyczące pozbawienia wolności osoby w przypadkach innych niż przewidziane w dyrektywie 2008/115, by wreszcie poddać analizie przepisy krajowe będące przedmiotem postępowania.

A – *Dyrektywa 2008/115 i jej zakres stosowania*

37. Dyrektywa 2008/115 ma na celu, jak stanowi jej art. 1, określenie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, zgodnie z prawami podstawowymi i prawem międzynarodowym. Jak wynika z motywu 4 tej dyrektywy, jej celem jest ustalenie jasnych, przejrzystych i sprawiedliwych zasad, aby określić skuteczną politykę powrotów stanowiącą integralną część dobrze zarządzanej polityki migracyjnej. Dyrektywa 2008/115 została przyjęta na podstawie dawnego art. 63 akapit pierwszy pkt 3 lit. b) WE [7], w ramach procedury współdecydowania, zgodnie z art. 251 WE [8]. Jest ona w istocie pierwszym instrumentem prawnym w dziedzinie imigracji przyjętym w ramach tej procedury [9].

38. Zakres stosowania ratione personae dyrektywy 2008/115, określony w jej art. 2, jest bardzo szeroki. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu dyrektywa 2008/115 ma zastosowanie do obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państwa członkowskiego. Taki nielegalny pobyt stanowi obecność na terytorium państwa członkowskiego obywatela państwa trzeciego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki wjazdu do państwa członkowskiego określone w art. 5 kodeksu granicznego Schengen albo inne warunki wjazdu, pobytu lub zamieszkania w tym państwie członkowskim [10].

39. Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy 2008/115, w zakresie, w jakim odnosi się wyłącznie do nielegalnego pobytu, nie wprowadza rozróżnienia pomiędzy nielegalnym wjazdem i nielegalnym pobytem.

40. Na podstawie art. 2 ust. 2 dyrektywy 2008/115 w pewnych określonych sytuacjach państwa członkowskie mogą nie stosować tej dyrektywy. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy państwo członkowskie może zadecydować o niestosowaniu dyrektywy 2008/115 do obywateli państw trzecich, którzy podlegają zakazowi wjazdu zgodnie z art. 13 kodeksu granicznego Schengen lub którzy zostali zatrzymani lub ujęci przez właściwe organy w związku z nielegalnym przekraczaniem zewnętrznej granicy tego państwa członkowskiego oraz którzy nie otrzymali następnie zezwolenia na pobyt lub prawa do pobytu w tym państwie członkowskim.

6 — Nawet jeśli termin „obszar Schengen” nie jest stosowany w kodeksie granicznym Schengen, jest on obecnie powszechnie stosowany do określenia państw członkowskich, które są objęte tym kodeksem. W tym kontekście zwracam uwagę, że nawet Trybunał używa tego terminu. Zobacz tytułem przykładu wyroki: ANAFE, C-606/10, EU:C:2012:348, różne punkty i sentencja; Air Baltic Corporation, C-575/12, EU:C:2014:2155, pkt 67; a także T., C-373/13, EU:C:2015:413, pkt 52.

7 — Artykuł ten, w wyniku wejścia w życie traktatu z Lizbony, to obecnie art. 79 ust. 2 lit. c) TFUE.

8 — Procedura ta znajduje zastosowanie w następstwie wydania decyzji 2004/927/WE z dnia 22 grudnia 2004 r. przewidującej stosowanie procedury określonej w art. 251 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w odniesieniu do niektórych obszarów objętych tytułem IV części trzeciej traktatu (Dz.U. L 396, s. 45).

9 — Zobacz 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, s. 1–17, zwłaszcza s. 1.

10 — Zobacz art. 3 pkt 2 dyrektywy 2008/115.

41. Zgodnie z brzmieniem rzeczonego przepisu takie ujęcie musi nastąpić *w związku z nielegalnym przekraczaniem* granicy zewnętrznej, co oznacza moim zdaniem istnienie związku czasowego i przestrzennego z przekroczeniem granicy.

42. Dyrektywa 2008/115 nie zawiera definicji wyrażeń „granica wewnętrzna" ani „granica zewnętrzna". Jednak w związku z tym, iż w jej treści istnieje szereg odesłań do kodeksu granicznego Schengen, wydaje mi się jasne, że zastosowanie znajduje definicja przyjęta w tym właśnie kodeksie. Jak wynika z art. 2 pkt 1 lit. a) i art. 2 pkt 2 kodeksu granicznego Schengen, „granice wewnętrzne" stanowią granice lądowe [11] wspólne dla państw członkowskich, a „granice zewnętrzne" stanowią granice lądowe [12] i granice morskie [13] państw członkowskich, pod warunkiem że nie są one granicami wewnętrznymi. Oczywiście wyrażenie „państwa członkowskie" obejmuje wyłącznie państwa członkowskie Unii, które należą do obszaru Schengen, jak również uczestniczące w nim państwa trzecie [14].

43. Dyrektywa 2008/115 ma zastosowanie wyłącznie do państw wchodzących w skład obszaru Schengen. Zgodnie z art. 21 dyrektywy 2008/115 zastępuje on przepisy art. 23 i 24 KWUS. Co się tyczy dokładniej Zjednoczonego Królestwa, motyw 26 dyrektywy 2008/115 stanowi, że Zjednoczone Królestwo „nie uczestniczy w przyjęciu niniejszej dyrektywy, nie jest nią zatem w całości [w żadnej części] związane ani nie podlega jej stosowaniu".

B – *Kodeks graniczny Schengen*

44. Kodeks graniczny Schengen ustanawia system zasad regulujących przepływ osób przez granice.

45. Warunki przekraczania granic zewnętrznych i kontrole mające na celu sprawdzenie ich przestrzegania są określone w tytule II kodeksu granicznego Schengen [15]. Kontrole te obejmują, po pierwsze, kontrole na przejściach granicznych wyznaczonych przez państwa członkowskie, a po drugie, ochronę granicy pomiędzy tymi przejściami granicznymi.

46. Natomiast dyrektywa 2008/115 ma zastosowanie w przypadku, gdy dana osoba nielegalnie wjechała do obszaru Schengen i nie ma prawa pobytu na tym obszarze.

47. Kodeks graniczny Schengen wskazuje obecnie [16] w sposób wyraźny na związek między wspomnianym kodeksem i dyrektywą 2008/115. W istocie, zgodnie z art. 12 ust. 1 zdanie drugie tego kodeksu, osoba, która nielegalnie przekroczyła granicę i która nie ma prawa przebywać na terytorium danego państwa członkowskiego, zostaje zatrzymana i poddana procedurom odpowiadającym wymogom dyrektywy 2008/115.

11 — W tym granice na rzekach i jeziorach.

12 — W tym granice na rzekach i jeziorach.

13 — A także porty lotnicze, porty rzeczne, porty morskie i porty na jeziorach.

14 — Zobacz motywy 21–28 kodeksu granicznego Schengen.

15 — Artykuły 4–19a kodeksu granicznego Schengen. Tytuł ten składa się z pięciu części: przekraczanie granic zewnętrznych i warunki wjazdu (I), kontrola granic zewnętrznych i odmowa wjazdu (II), personel i zasoby do celów kontroli granicznej i współpraca pomiędzy państwami członkowskimi (III), szczegółowe zasady odprawy granicznej (IV) i środki szczególne w przypadku poważnych niedociągnięć związanych z kontrolą granic zewnętrznych (IVa).

16 — Należy zauważyć, że kilka miesięcy po zajściu okoliczności faktycznych sporu rozstrzyganego w postępowaniu głównym art. 12 ust. 1 kodeksu granicznego Schengen został zmieniony właśnie w celu wyjaśnienia związku z dyrektywą 2008/115. Zobacz art. 1 ust. 11 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 610/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. zmieniającego rozporządzenie nr 562/2006, konwencja wykonawcza do układu z Schengen, rozporządzenia Rady (WE) nr 1683/95 i (WE) nr 539/2001 oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 767/2008 i (WE) nr 810/2009 (Dz.U. L 182, s. 1).

C – *Pozbawienie wolności w świetle dyrektywy 2008/115*

48. Zgodnie z rozdziałem IV dyrektywy 2008/115, zatytułowanym „Środek detencyjny w celu wydalenia", środek detencyjny można zastosować jedynie jako środek ostateczny, wyłącznie w zakresie, w jakim jest to ściśle niezbędne i tylko do czasu wydalenia [17]. Ratio legis owych przepisów dotyczących środka detencyjnego jest takie, że jedynie postępowania w sprawie powrotu i wydalenia uzasadniają pozbawienie wolności i że jeśli te postępowania nie są prowadzone z należytą starannością, środek detencyjny przestaje być zasadny w świetle tych przepisów [18]. Zastosowanie środka detencyjnego w celu wydalenia nie ma charakteru represyjnego ani charakteru karnego i nie stanowi kary pozbawienia wolności [19]. Ponadto art. 15 ust. 1 dyrektywy 2008/115 wymaga wykładni ścisłej, ponieważ przymusowe zastosowanie środka detencyjnego stanowi, jako pozbawienie wolności, wyjątek od prawa podstawowego do wolności osobistej [20].

49. Jeśli chodzi o zastosowanie środka detencyjnego lub pozbawienie wolności poza sytuacjami określonymi w dyrektywie 2008/115, nie zawiera ona żadnego przepisu dotyczącego możliwości zastosowania przez państwa członkowskie środka detencyjnego lub pozbawienia wolności jako sankcji karnej w związku z nielegalnym pobytem. Uzasadnienie jest moim zdaniem oczywiste: nie ma miejsca na takie kary, zważywszy, że celem dyrektywy 2008/115 jest zapewnienie niezwłocznego powrotu przebywających nielegalnie obywateli państw trzecich. Każdy środek detencyjny lub kara pozbawienia wolności, które nie zostały nałożone w ramach tej procedury, zdecydowanie ją opóźniają.

50. W sprawie, w której zapadł wyrok El Dridi [21], zwrócono się do Trybunału o dokonanie oceny, czy dyrektywa 2008/115 stoi na przeszkodzie stosowaniu uregulowania państwa członkowskiego takiego jak uregulowanie włoskie, które było przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które przewiduje zastosowanie wobec przebywającego nielegalnie obywatela państwa trzeciego kary pozbawienia wolności wyłącznie z tego względu, że przebywa on bez uzasadnionego powodu na terytorium tego państwa, z naruszeniem nakazu opuszczenia tego terytorium w określonym terminie. Trybunał stwierdził, że dyrektywa 2008/115, a w szczególności jej art. 15 i 16, stoją na przeszkodzie stosowaniu takiego uregulowania [22].

51. W sprawie, w której wydano wyrok Achughbabian [23], Trybunał został ponownie poproszony o ustalenie, czy dyrektywa 2008/115 stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak francuskie przepisy, które były przedmiotem sporu w postępowaniu głównym [24], które przewidują wymierzenie kary pozbawienia wolności obywatelowi państwa trzeciego wyłącznie ze względu na jego nielegalny wjazd i pobyt na terytorium francuskim. Trybunał ponownie orzekł, że dyrektywa 2008/115 stoi na przeszkodzie stosowaniu takiego uregulowania, „jeśli uregulowanie to zezwala na poddanie karze pozbawienia wolności obywatela państwa trzeciego, który przebywając nielegalnie na terytorium tego państwa członkowskiego i nie chcąc dobrowolnie opuścić tego terytorium, nie został poddany

17 — Artykuły 15–18 dyrektywy 2008/115.

18 — W celu szczegółowego zapoznania się z tym zagadnieniem zob. pkt 46–55 mojego stanowiska w sprawie Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936.

19 — Ibidem, pkt 47. Zobacz również pkt 35 stanowiska rzecznika generalnego J. Mazáka przedstawionego w sprawie El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:205; pkt 54 stanowiska rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie G. i R., C-383/13 PPU, EU:C:2013:553; a także pkt 91 opinii rzecznika generalnego Y. Bota w sprawach połączonych Bero i Bouzalmate, C-473/13 i C-514/13, EU:C:2014:295.

20 — Zobacz pkt 47 mojego stanowiska w sprawie Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936. W odniesieniu do art. 5 ust. 1 lit. f) konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC), podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., ETPC wypowiedział się w ten sam sposób (zob. w szczególności wyroki: Quinn przeciwko Francji z dnia 22 marca 1995 r., seria A, nr 311, § 42; Kaya przeciwko Rumunii nr 33970/05 z dnia 12 października 2006 r., pkt 16).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Wyrok El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, pkt 62 i sentencja.

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Dawny art. L.621-1 Ceseda.

środkom przymusu w rozumieniu art. 8 tej dyrektywy i wobec którego, zakładając, że został umieszczony w ośrodku detencyjnym celem przygotowania i realizacji wydalenia, nie upłynął maksymalny termin stosowania tego środka detencyjnego”[25]. W sprawie rozstrzyganej w postępowaniu głównym sytuacja A. Achughbabiana odzwierciedlała właśnie taki przypadek.

52. Zgodnie z rozumowaniem Trybunału w tych dwóch sprawach pozbawienie wolności może zagrozić realizacji celu, do którego dąży dyrektywa 2008/115, i może przyczynić się do bezskutecznego zastosowania środków określonych w art. 8 ust. 1 tej dyrektywy, a także opóźnić wykonanie decyzji nakazującej powrót[26].

53. Jednakże w wyroku Achughbabian[27] Trybunał dodał, że dyrektywa 2008/115 nie stoi na przeszkodzie stosowaniu uregulowaniu państwa członkowskiego przewidującego sankcje karne za nielegalny pobyt, „jeśli zezwala ono na poddanie karze pozbawienia wolności obywatela państwa trzeciego, wobec którego zastosowano postępowanie w sprawie powrotu określone w dyrektywie [2008/115] i który nielegalnie przebywa na omawianym terytorium i bez uzasadnionego powodu nie podejmuje działań zmierzających do powrotu”[28].

54. Następnie w wyroku Sagor[29] Trybunał uznał, że kara aresztu domowego, nałożona i wykonana w trakcie postępowania w sprawie powrotu, „może opóźnić, a zatem utrudnić wykonanie środków takich jak doprowadzenie do granicy i przymusowy powrót drogą powietrzną, które z kolei przyczyniają się do przeprowadzenia wydalenia”. Natomiast w odniesieniu do ścigania karnego prowadzącego do wymierzenia kary grzywny Trybunał uznał, że rzeczona grzywna nie może utrudniać procedury powrotu ustanowionej w dyrektywie 2008/115[30]. Dodał, że „nałożenie kary grzywny nie stoi w żaden sposób na przeszkodzie wydaniu i wykonaniu decyzji nakazującej powrót w pełnym poszanowaniu warunków określonych w art. 6–8 dyrektywy 2008/115 i nie narusza także ustanowionych w art. 15 i 16 tej dyrektywy wspólnych norm obowiązujących w zakresie pozbawienia wolności”[31].

55. Wreszcie w sprawie, w której wydano wyrok Celaj[32], w której Republika Włoska chciała zastosować sankcje karne wobec nielegalnie przebywającego tam obywatela państwa trzeciego, do którego wspólne normy i procedury ustanowione w dyrektywie 2008/115 zostały zastosowane w celu zakończenia jego pierwszego nielegalnego pobytu na terytorium państwa członkowskiego i który ponownie wjechał na terytorium tego państwa z naruszeniem zakazu wjazdu, Trybunał uznał, że „okoliczności postępowania głównego różnią się wyraźnie od okoliczności spraw zakończonych wyrokami El Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] i Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]”[33] i że dyrektywa 2008/115 „co do zasady nie stoi na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego, które przewiduje wymierzenie kary pozbawienia wolności przebywającemu nielegalnie obywatelowi państwa trzeciego, który – po powrocie do państwa pochodzenia w ramach wcześniejszego postępowania w sprawie powrotu – ponownie nielegalnie wjeżdża na terytorium tego państwa z naruszeniem zakazu wjazdu”[34].

25 — Wyrok Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, pkt 50 i tiret pierwsze sentencji.

26 — Zobacz wyroki: El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, pkt 59; Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, pkt 45. W przedmiocie analizy konsekwencji tych dwóch spraw dla ustawodawcy krajowego w dziedzinie prawa karnego zob. V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, s. 57–76.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Ibidem, pkt 48, 50 i tiret drugie sentencji. Moim zdaniem, chociaż cytat ten stanowi również część sentencji wyroku, wyraźnie ma on charakter obiter dictum, zważywszy, że nie ma żadnego związku z okolicznościami faktycznymi danej sprawy i dotyczy sytuacji hipotetycznej.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, pkt 45.

30 — Ibidem, pkt 36.

31 — Ibidem, pkt 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

33 — Wyrok Celaj, C-290/14, EU:C:2015:640, pkt 28.

34 — Ibidem, pkt 33 i sentencja.

56. Reasumując – orzecznictwo Trybunału dopuściło dwie sytuacje, w których dyrektywa 2008/115 nie stoi na przeszkodzie wymierzeniu kary pozbawienia wolności obywatelowi państwa trzeciego ze względu na nielegalność jego pobytu – wtedy, gdy została zastosowana procedura powrotu ustanowiona w dyrektywie 2008/115, a obywatel ów nielegalnie przebywa na omawianym terytorium i bez uzasadnionego powodu nie podejmuje działań zmierzających do powrotu (sytuacja „Achughbabian") oraz wtedy, gdy procedura powrotu została zastosowana, a dana osoba ponownie wjechała na terytorium tego państwa członkowskiego z naruszeniem zakazu wjazdu (sytuacja „Celaj").

57. Przypadek S. Affum nie kwalifikuje się jako żadna z tych dwóch sytuacji, ponieważ wobec S. Affum ani nie została zastosowana procedura powrotu (sytuacja „Achughbabian"), ani nie nastąpił nowy wjazdu na terytorium francuskie (sytuacja „Celaj").

58. Niemniej jednak władze francuskie uważają, że możliwe jest nałożenie na nią kary pozbawienia wolności z powodu nielegalnego wjazdu na terytorium Francji.

D – *Nielegalny wjazd w świetle dyrektywy 2008/115*

1. Uregulowania francuskie

59. W następstwie wydanego przez Trybunał Sprawiedliwości wyroku Achughbabian [35] i wydanego przez Europejski Trybunału Praw Człowieka wyroku Mallah przeciwko Francji [36] ustawą nr 2012-1560 z dnia 31 grudnia 2012 r. [37] rząd francuski zmienił uregulowanie systemu wydalania przebywających nielegalnie cudzoziemców. Między innymi zmienił on przepisy, znosząc występek nielegalnego pobytu oraz ustanawiając procedury zatrzymywania cudzoziemców w celu weryfikacji ich prawa pobytu. Władze francuskie utrzymały jednak penalizację nielegalnego wjazdu w przypadku nielegalnego przekroczenia granic zewnętrznych (art. L 621-2 pkt 1 Ceseda) i w przypadku przemieszczania się obywatela państwa trzeciego z naruszeniem warunków przepływu cudzoziemców określonych w KWUS (art. L 621-2 pkt 2 Ceseda).

60. W uzasadnieniu projektu ustawy władze francuskie stwierdzają, że „zasady dotyczące przekraczania granic zewnętrznych i przemieszczania się obywateli państw trzecich między państwami członkowskimi nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy [2008/115]" [38].

61. Zdaniem bowiem władz francuskich wspomniane zasady „wynikają, w odniesieniu do przekraczania granic zewnętrznych, z […] kodeksu granicznego Schengen […], który przewiduje obowiązek ustanowienia przez państwa członkowskie sankcji odstraszających w przypadku stwierdzenia naruszenia prawa na granicy, to znaczy w przypadku odmowy wjazdu na terytorium albo w trakcie zatrzymania lub ujęcia w związku z nielegalnym przekroczeniem granicy. Co się tyczy naruszenia uregulowań [KWUS] dotyczących przepływu pomiędzy państwami członkowskimi, dyrektywa [2008/115] wyraźnie przewiduje możliwość niestosowania przez państwa członkowskie środka

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Zobacz wyrok ETPC Mallah przeciwko Francji z dnia 10 listopada 2011 r., nr 29681/08. W tej sprawie obywatel marokański, skazany za udzielenie schronienia swojemu zięciowi, rodakowi przebywającemu nielegalnie w danym państwie, podniósł, że ze względu na okoliczności sprawy skazanie go stanowi nieproporcjonalną ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w rozumieniu art. 8 EKPC. Tylko dlatego, że zainteresowany został zwolniony z odbycia kary, Trybunał w Strasburgu uznał, że postanowienia art. 8 nie zostały naruszone. W konsekwencji ustawodawca francuski rozszerzył katalog kontratypów zawarty w art. L. 622-4 w odniesieniu do występku pomocy w nielegalnym wjeździe i pobycie. Zobacz pkt 2.2 oceny wpływu z dnia 21 września 2012 r. towarzyszącej projektowi ustawy dotyczącej zmian w przepisach ustawowych dotyczących wydalenia nielegalnie przebywających cudzoziemców, dostępny pod adresem http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Ustawa dostępna pod adresem: http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

38 — Projekt ustawy dotyczącej zatrzymania w celu weryfikacji prawa pobytu oraz zmieniającej unormowanie występku pomocy w nielegalnym pobycie w celu wykluczenia czynów z pobudek humanitarnych i bezinteresownych, zarejestrowany w prezydium Senatu w dniu 28 września 2012 r., dostępny pod adresem: http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf, s. 6.

w postaci wydalenia, a zamiast tego wprowadzenia w życie mechanizmów readmisji między państwami członkowskimi, do których dyrektywa [2008/115] nie ma zastosowania, jak przypomniał sędzia orzekający w przedmiocie środków tymczasowych Conseil d'État (CE, 27 czerwca 2011 r., minister spraw wewnętrznych przeciwko Lassouedowi, nr 350207)" [39].

62. Władze francuskie uważają, że „[p]rzypadki te nie podlegają bowiem wykładni Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na której oparł się Cour de cassation, i zniesienie systemu sankcji byłoby niezgodne z prawodawstwem europejskim" [40].

2. Sytuacja S. Affum

63. W celu uzasadnienia swojego uregulowania władze francuskie powołują się na szereg przepisów dyrektywy 2008/115 i kodeksu granicznego Schengen, które przeanalizuję poniżej, by następnie zaproponować Trybunałowi potwierdzenie zastosowania dyrektywy 2008/115. Żaden bowiem z wyjątków lub ograniczeń przewidzianych w tych dwóch instrumentach nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie.

a) W przedmiocie art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2008/115

64. Republika Francuska powołuje się na art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2008/115 i sugeruje, że przypadek taki jak będący przedmiotem postępowania przed sądem odsyłającym pozostaje poza zakresem stosowania tej dyrektywy.

65. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2008/115 ma zastosowanie wyłącznie do granic zewnętrznych, że granica między Belgią i Francją stanowi granicę wewnętrzną i że S. Affum została ujęta podczas wyjazdu z terytorium Francji na granicy zewnętrznej między Francją i Zjednoczonym Królestwem.

66. W tym kontekście Republika Francuska uważa, że art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2008/115 ma zastosowanie do nielegalnego przekroczenia granicy zewnętrznej państw członkowskich, zarówno w momencie wjazdu, jak i w momencie wyjazdu z obszaru Schengen.

67. W zakresie, w jakim punkt widzenia Republiki Francuskiej wydaje się zatem oznaczać, że sytuacja osoby, która wjechała w sposób niezgodny z prawem na terytorium państwa członkowskiego przez granicę *wewnętrzną*, lecz została ujęta dopiero podczas wyjazdu przez granicę *zewnętrzną* państwa członkowskiego, jest objęta zakresem stosowania art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2008/115, nie mogę się z nim zgodzić.

68. Moim zdaniem z brzmienia tego przepisu jasno wynika, że dotyczy on tylko nielegalnego wjazdu, ponieważ w przeciwnym razie ostatnia część tego zdania („oraz którzy nie otrzymali następnie zezwolenia na pobyt lub prawa do pobytu w tym państwie członkowskim") byłaby pozbawiona sensu [41].

69. W niniejszej sprawie Republika Francuska nie może zatem powoływać się na art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2008/115.

39 — Ibidem, s. 6.

40 — Ibidem, s. 6.

41 — Ponadto gdyby doprowadzić rozumowanie Republiki Francuskiej do jego logicznego końca, sytuacja osoby, która wjechała nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego przez granicę *wewnętrzną* i została ujęta przez władze tego państwa członkowskiego nie na granicy zewnętrznej, ale na jego terytorium, wchodziłaby w zakres stosowania dyrektywy 2008/115, ponieważ osoba ta nie przekroczyła granicy zewnętrznej. Traktowanie osoby będącej w sytuacji S. Affum w odmienny sposób wydaje mi się niespójne.

b) W przedmiocie art. 3 pkt 2 dyrektywy 2008/115: zwykły tranzyt jako „pobyt”

70. Sąd odsyłający wydaje się żywić wątpliwości w kwestii tego, czy obecność na terytorium państwa członkowskiego obywatela państwa trzeciego znajdującego się w sytuacji zwykłego tranzytu do innego państwa członkowskiego nienależącego do obszaru Schengen wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2008/115.

71. Takie wątpliwości nie są zasadne.

72. Zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy 2008/115 dyrektywa ta ma zastosowanie do obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium państwa członkowskiego. Zgodnie z art. 3 ust. 2 rzeczonej dyrektywy „nielegalny pobyt” definiuje się jako „obecność na terytorium państwa członkowskiego obywatela państwa trzeciego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki wjazdu do państwa członkowskiego określone w art. 5 kodeksu granicznego Schengen albo inne warunki wjazdu, pobytu lub zamieszkania w tym państwie członkowskim”.

73. Z przepisów tych wynika, że niespełniający warunków wjazdu obywatel państwa trzeciego, który znajduje się na pokładzie autobusu, jest obecny na terytorium danego państwa członkowskiego i przebywa tam nielegalnie. To, czy jest w trakcie tranzytu, czy nie, nie jest decydujące dla stwierdzenia nielegalności pobytu.

c) W przedmiocie art. 6 ust. 3 dyrektywy 2008/115

74. Na mocy art. 6 ust. 3 dyrektywy 2008/115 państwa członkowskie mogą odstąpić od wydania decyzji nakazującej powrót, jeżeli dana osoba zostaje przyjęta przez inne państwo członkowskie na podstawie „dwustronnych umów lub porozumień” obowiązujących w chwili wejścia w życie rzeczonej dyrektywy.

75. Należy stwierdzić, że jak wynika z brzmienia tego przepisu, ustanawia on wyłącznie uprawnienie państwa członkowskiego do odstąpienia od wydania decyzji nakazującej powrót, ale nie definiuje w żaden sposób, w przeciwieństwie do art. 2 dyrektywy 2008/115, zakresu jego stosowania. Artykuł 6 ust. 3 tej dyrektywy nie może, jak wydaje się sugerować rząd francuski, prowadzić w efekcie do tego, że przepisy dyrektywy 2008/115, jako całość, nie miałyby zastosowania do sprawy rozstrzyganej w postępowaniu głównym. Przeciwnie, państwo członkowskie, które powołuje się na art. 6 ust. 3 dyrektywy 2008/115, pozostaje związane pozostałymi przepisami tej dyrektywy i ma obowiązek zapewnienia pełnej skuteczności (effet utile) dyrektywy. Orzecznictwo Trybunału dotyczące przepisów tej dyrektywy, a w szczególności pozbawienia wolności osób, nadal ma zastosowanie.

76. Artykuł 6 ust. 3 dyrektywy 2008/115 zwalnia więc dane państwo członkowskie wyłącznie z obowiązku wydania decyzji nakazującej powrót w rozumieniu art. 6 ust. 1 tej dyrektywy. Tymczasem decyzja o przekazaniu na podstawie porozumienia stanowi jeden ze środków przewidzianych przez dyrektywę, a także etap przygotowawczy do powrotu z terytorium państw członkowskich objętych dyrektywą 2008/115.

77. Jeśli chodzi o interpretację określenia „dwustronne”, proponuję, aby Trybunał opowiedział się za taką wykładnią art. 6 ust. 3 dyrektywy 2008/115, która obejmuje porozumienie znajdujące zastosowanie w niniejszej sprawie [42]. Mimo że zostało ono zawarte przez cztery państwa członkowskie, porozumienie to dotyczy terytorium Beneluksu jako jednego terytorium. Jest zatem tożsame z umową dwustronną.

42 — Porozumienie między rządami Królestwa Niderlandów, Królestwa Belgii i Wielkiego Księstwa Luksemburga a rządem Republiki Francuskiej dotyczące przejmowania osób na wspólnych granicach pomiędzy terytorium państw Beneluksu i Francją. Tekst tego porozumienia jest dostępny pod adresem: http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

78. Taka wykładnia będzie poza tym, moim zdaniem, zgodna z zasadą wyrażoną w art. 350 TFUE, zgodnie z którą postanowienia traktatów nie wykluczają istnienia lub powstania związków regionalnych między Królestwem Belgii i Wielkim Księstwem Luksemburga, jak również między Królestwem Belgii, Wielkim Księstwem Luksemburga i Królestwem Niderlandów, w zakresie, w jakim cele tych związków regionalnych nie są osiągnięte w wyniku zastosowania traktatów.

79. Jeżeli za pomocą tego postanowienia traktat FUE bierze już pod uwagę szczególną sytuację Beneluksu, Trybunał powinien uczynić to samo, dokonując wykładni art. 6 ust. 3 dyrektywy 2008/115.

d) W przedmiocie art. 4 ust. 3 kodeksu granicznego Schengen

80. Republika Francuska powołuje się również na art. 4 ust. 3 kodeksu granicznego Schengen, zgodnie z którym państwa członkowskie wprowadzają sankcje za niedozwolone przekraczanie granic zewnętrznych w miejscach innych niż przejścia graniczne lub w godzinach innych niż ustalone godziny otwarcia.

81. Przepis ten nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ S. Affum w żaden sposób nie próbowała przekroczyć granicy w miejscu innym niż przejście graniczne lub poza ustalonymi godzinami jego otwarcia.

82. Nie widzę powodu, aby – jak sugeruje Republika Francuska – nie interpretować tego przepisu w sposób literalny i uwzględnić także przejścia graniczne, zważywszy, że art. 4 kodeksu granicznego Schengen ustanawia właśnie odmienne traktowanie przekroczenia granicy na przejściu granicznym i w ustalonych godzinach jego otwarcia (ust. 1) niż przekroczenia granicy w miejscu innym niż takie przejście i poza ustalonymi godzinami (ust. 2). Innymi słowy, nie dostrzegam argumentu celowościowego, który przemawiałby za wykładnią sprzeczną z wykładnią językową i systemową art. 4 kodeksu granicznego Schengen.

83. W tym kontekście należy przypomnieć, że osoba, która nielegalnie przekroczyła granicę i nie ma prawa przebywać na terytorium danego państwa członkowskiego, jest w konsekwencji objęta zakresem dyrektywy 2008/115 [43].

84. Dyrektywa 2008/115 ma zatem zastosowanie do sytuacji S. Affum. Jak już wskazałem w pkt 57 niniejszej opinii, jej przypadek nie kwalifikuje się jako żadna z sytuacji, w których, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, dyrektywa 2008/115 nie stoi na przeszkodzie pozbawieniu wolności obywatela państwa trzeciego. W konsekwencji osoba, która znajduje się w sytuacji S. Affum, nie może zostać pozbawiona wolności wyłącznie ze względu na nielegalność jej pobytu na terytorium francuskim.

IV – Wnioski

85. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne zadane przez Cour de cassation w następujący sposób:

Dyrektywę 2008/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, w szczególności jej art. 6 ust. 3 oraz art. 15 i 16, należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie stosowaniu przepisów państwa członkowskiego, które przewidują sankcję w postaci kary pozbawienia wolności w przypadku nielegalnego wjazdu obywatela państwa trzeciego na terytorium tego państwa, w sytuacji gdy osoba ta została ujęta w momencie wyjazdu z obszaru Schengen na zewnętrznej granicy tego państwa

43 — Zobacz również pkt 46 niniejszej opinii.

członkowskiego, w sytuacji tranzytu z innego państwa członkowskiego, i gdy może ona zostać przejęta przez to inne państwo członkowskie na podstawie porozumienia zawartego z owym państwem przed wejściem w życie dyrektywy 2008/115.