Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MACIEJA SZPUNARJA,
predstavljeni 2. februarja 2016 [1]

**Zadeva C-47/15**

**Sélina Affum, poročena Amissah,**
**proti**
**Préfet du Pas-de-Calais,**
**Procureur général de la Cour d'appel de Douai**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Cour de cassation (Francija))

„Območje svobode, varnosti in pravice — Direktiva 2008/115/ES — Vračanje nezakonito prebivajočega državljana tretje države — Nezakonit vstop — Tranzit — Zaporna kazen — Pridržanje"

## I – **Uvod**

1. V okviru tega predloga za sprejetje predhodne odločbe Cour de cassation (kasacijsko sodišče) se od Sodišča ponovno zahteva, naj se izreče o združljivosti določbe nacionalnega prava, ki omogoča, da se državljanu tretje države naloži zaporna kazen samo zaradi njegovega nezakonitega prebivanja, z Direktivo 2008/115/ES. [2]

2. Obravnavana zadeva se od prejšnjih zadev v zvezi s tem vprašanjem [3] razlikuje v dveh stvareh. Prvič, nanaša se na državljana tretje države, ki je prišel na ozemlje zadevne države članice samo z namenom tranzita in je bil prestrežen pri odhodu iz te države članice. Postavlja se torej vprašanje, ali gre za prebivanje v skladu z direktivo 2008/115. Drugič, zadevna država članica ne izdaja odločbe o vrnitvi v skladu s členom 6(1) Direktive 2008/115, temveč zadevno državljanko predaja organom druge države članice na podlagi dogovora, sklenjenega pred začetkom veljavnosti Direktive 2008/115.

3. V obravnavani zadevi bo imelo Sodišče priložnost opozoriti, da se Direktiva 2008/115 uporablja za vse nezakonito prebivajoče državljane tretje države, ne glede na razlog za nezakonitost njihovega prebivanja in kraj prijetja, ter da je izrek zaporne kazni za državljana tretje države mogoč samo v natančno določenih primerih, ki jih v obravnavani zadevi ni.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav (UL L 348, str 98).

3 — Glej sodbe El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807) in Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Glej tudi sodbo Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), katere predmet je bila med drugim kazen hišnega pripora.

## II – **Pravni okvir**

### A – *Pravo Unije*

#### 1. Direktiva 2008/115

4. Predmet Direktive 2008/115 je opisan v njenem členu 1:

„Ta direktiva določa skupne standarde in postopke, ki se uporabljajo v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, v skladu s temeljnimi pravicami kot splošnimi načeli prava Skupnosti in mednarodnega prava, vključno z obveznostmi, ki se nanašajo na zaščito beguncev in človekove pravice.“

5. Člen 2 Direktive 2008/115 z naslovom „Področje uporabe“ določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za državljane tretjih držav, ki nezakonito prebivajo na ozemlju države članice.

2. Države članice se lahko odločijo, da te direktive ne uporabljajo za državljane tretjih držav, ki:

(a) jim je bil zavrnjen vstop v skladu s členom 13 Zakonika o schengenskih mejah ali ki so jih pristojni organi prijeli ali prestregli pri nezakonitem prestopu kopenske, morske ali zračne zunanje meje države članice in po tem niso pridobili dovoljenja ali pravice do prebivanja v tej državi članici;

(b) se morajo v skladu z nacionalno zakonodajo vrniti zaradi kazenske sankcije ali zaradi posledice kazenske sankcije ali pa so v postopku izročitve.

[…]“

6. Člen 3 navedene direktive, naslovljen „Opredelitev pojmov“, določa:

„Za namene te direktive se uporabljajo naslednje opredelitve pojmov:

[…]

2. ‚nezakonito prebivanje‘ pomeni prisotnost državljana tretje države na ozemlju države članice, ki ne izpolnjuje ali ne izpolnjuje več pogojev za vstop iz člena 5 Zakonika o schengenskih mejah ali drugih pogojev za vstop, bivanje ali stalno prebivališče v tej državi članici;

3. ‚vrnitev‘ pomeni proces vračanja državljana tretje države – bodisi prostovoljno izpolnitev obveznosti vrnitve ali prisilno vrnitev – v:

— državo izvora, ali

— državo tranzita, v skladu s sporazumi Skupnosti ali dvostranskimi sporazumi o ponovnem sprejemu ali drugimi sporazumi, ali

— drugo tretjo državo, v katero se zadevni državljan tretje države vrne prostovoljno, pod pogojem, da ga ta država sprejme;

4. ‚odločba o vrnitvi‘ pomeni upravno ali sodno odločbo ali akt, ki navaja ali opredeljuje, da je prebivanje državljana tretje države nezakonito, ter nalaga ali navaja obveznost vrnitve;

5. ‚odstranitev' pomeni izvršitev obveznosti vrnitve, in sicer fizični prevoz iz države članice;

[…]"

7. Člen 4 navedene direktive, naslovljen „Ugodnejše določbe", določa:

„1. Ta direktiva ne posega v ugodnejše določbe:

(a) dvostranskih ali večstranskih sporazumov med Skupnostjo ali Skupnostjo in njenimi državami članicami ter eno ali več tretjimi državami;

(b) dvostranskih ali večstranskih sporazumov med eno ali več državami članicami ter eno ali več tretjimi državami.

[…]

4. V zvezi z državljani tretjih držav, ki so izvzeti s področja uporabe te direktive v skladu s členom 2(2)(a), države članice:

(a) zagotovijo, da njihova obravnava in raven varstva nista manj ugodni, kot je določeno v členu 8(4) in (5) (omejitve glede uporabe prisilnih ukrepov), členu 9(2)(a) (odložitev odstranitve), členu 14(1)(b) in (d) (nujna zdravstvena oskrba in upoštevanje potreb ranljivih oseb) ter členih 16 in 17 (pogoji pridržanja), ter

(b) spoštujejo načelo nevračanja."

8. Členi od 6 do 8 Direktive 2008/115 določajo:

*„Člen 6*

Odločba o vrnitvi

1. Brez poseganja v izjeme iz odstavkov 2 do 5 države članice izdajo odločbo o vrnitvi vsakemu državljanu tretje države, ki nezakonito prebiva na njihovem ozemlju.

[…]

3. Države članice se lahko vzdržijo izdaje odločbe o vrnitvi državljanu tretje države, ki nezakonito prebiva na njihovem ozemlju, če zadevnega državljana tretje države na podlagi dvostranskih sporazumov ali ureditev, ki veljajo na dan začetka veljavnosti te direktive, sprejme druga država članica. V tem primeru država članica, ki je sprejela zadevnega državljana tretje države, uporabi odstavek 1.

[…]

*Člen 7*

Prostovoljni odhod

1. V odločbi o vrnitvi se določi ustrezno obdobje za prostovoljni odhod, in sicer od sedem do trideset dni, brez poseganja v izjeme iz odstavkov 2 in 4. […]

[…]

*Člen 8*

Odstranitev

1. Države članice sprejmejo vse potrebne ukrepe za izvršitev odločbe o vrnitvi, če v skladu s členom 7(4) ni bilo odobreno obdobje za prostovoljni odhod ali če obveznost vrnitve ni bila izpolnjena v obdobju za prostovoljni odhod, odobrenem v skladu s členom 7.

[…]“

9. Člen 15 Direktive 2008/115, naslovljen „Pridržanje“, določa:

„1. Razen če v določenem primeru ni možno učinkovito uporabiti drugih zadostnih, vendar manj prisilnih ukrepov, lahko države članice pridržijo državljana tretje države, ki je v postopku vračanja, le, da pripravijo vrnitev in/ali izvedejo postopek odstranitve, zlasti če:

(a) obstaja nevarnost pobega, ali

(b) se zadevni državljan tretje države izogiba ali ovira pripravo vrnitve ali postopek odstranitve.

Obdobje pridržanja je kar se da kratko in traja le toliko časa, kolikor trajajo postopki za ureditev odstranitve, ti pa se izvedejo skrbno.

[…]“

2. KISS in Zakonik o schengenskih mejah

10. Konvencija o izvajanju schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985 med vladami držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah (UL posebna izdaja v slovenščini: poglavje 19, zvezek 2, str. 9), podpisana v Schengnu 19. junija 1990 (v nadaljevanju: KISS), je del schengenskega pravnega reda.

11. Poglavje 4 naslova II KISS, naslovljeno „Pogoji, ki veljajo za gibanje tujcev“, v členih 19(1) in (2), 20(1) ter 21(1) in (2) določa pogoje, pod katerimi se lahko tujci, ki so imetniki enotnega vizuma ali vizuma, ki ga je izdala ena od pogodbenic, tujci, za katere se ne zahteva vizum, in tujci, ki imajo dovoljenje za prebivanje ali dovoljenje za začasno prebivanje, ki ga je izdala ena od pogodbenic, prosto gibljejo na ozemlju pogodbenic. Te določbe se med drugim nanašajo na določene pogoje za vstop iz člena 5(1) KISS.

12. Z Uredbo (ES) št. 562/2006 [4] je bil schengenski pravni red konsolidiran in razvit.

13. V skladu z uvodno izjavo 27 Zakonika o schengenskih mejah ta „predstavlja razvoj določb schengenskega pravnega reda, v katerem Združeno kraljestvo [Velika Britanija in Severna Irska] […] ne sodeluje. Združeno kraljestvo zato ne sodeluje pri sprejetju te uredbe, ki zanj ni zavezujoča in se zanj ne uporablja.“

14. V skladu s členom 1 navedenega zakonika ta „določa, da se osebe pri prehajanju notranjih meja držav članic Evropske unije ne kontrolirajo[,]“ in „[d]oloča tudi pravila za izvajanje kontrole oseb pri prehajanju zunanjih meja držav članic Evropske unije“.

4 — Uredba (ES) Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah) (UL L 105, str. 1), kakor je bila spremenjena z Uredbo (EU) št. 256/2010 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. marca 2010 (UL L 85, str. 1) (v nadaljevanju: Zakonik o schengenskih mejah).

15. Člen 2(1) in (2) istega zakonika vsebuje naslednje opredelitve:

„1. ‚notranje meje' pomenijo:

(a) skupne meje na kopnem, vključno z mejami na rekah in jezerih držav članic;

(b) letališča držav članic, namenjena notranjim letom;

(c) morska, rečna in jezerska pristanišča držav članic, namenjena rednim trajektnim povezavam;

2. ‚zunanje meje' pomenijo meje držav članic na kopnem, vključno z mejami na rekah in jezerih, meje na morju in letališčih, rečnih, morskih in jezerskih pristaniščih, pod pogojem, da ne gre za notranje meje".

16. Poglavje I naslova II Zakonika o schengenskih mejah, naslovljeno „Prehajanje zunanjih meja in pogoji za vstop", v členih 4 in 5 določa:

„*Člen 4*

Prehod zunanjih meja

1. Zunanje meje se lahko prehajajo le na mejnih prehodih in med določenim delovnim časom. Na mejnih prehodih, ki niso odprti 24 ur na dan, se delovni čas jasno označi.

[…]

3. Države članice ne glede na izjeme iz odstavka 2 ali njihove obveznosti mednarodne zaščite za nezakonit prehod zunanjih meja izven mejnih prehodov ali izven določenega delovnega časa uvedejo kazni v skladu s svojo nacionalno zakonodajo. Kazni morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne.

*Člen 5*

Pogoji za vstop državljanov tretjih držav

1. Za bivanje, ki ni daljše od treh mesecev v obdobju šestih mesecev, veljajo za državljane tretjih držav naslednji pogoji za vstop:

(a) posedovati morajo veljavno potno listino ali listine, ki jim dovoljujejo prehod meje;

(b) posedovati morajo veljaven vizum, če se to zahteva […], razen če imajo veljavno dovoljenje za prebivanje;

(c) upravičujejo namen in pogoje nameravanega bivanja in imajo zadostna sredstva za preživljanje, tako za čas nameravanega bivanja kot tudi za vrnitev v svojo matično državo ali tranzit v tretjo državo, kjer bodo zagotovo sprejeti, ali bodo lahko ta sredstva zakonito pridobili;

(d) ne gre za osebe, za katere je bil razpisan ukrep v [schengenskem informacijskem sistemu] (SIS) zaradi zavrnitve vstopa;

(e) ne predstavljajo grožnje javnemu redu, notranji varnosti, javnemu zdravju ali mednarodnim odnosom katere koli države članice […]

[…]

4. Ne glede na odstavek 1:

(a) državljanom tretjih držav, ki ne izpolnjujejo vseh pogojev iz odstavka 1, imajo pa dovoljenje za prebivanje ali vizum za ponovni vstop, ki ga je izdala ena od držav članic ali, kjer se to zahteva, obe listini, se dovoli vstop na ozemlja drugih držav članic za namene tranzita, zato da lahko vstopijo na ozemlje države članice, ki je izdala dovoljenje za prebivanje ali vizum za ponovni vstop […];

[…]

(c) državljanom tretjih držav, ki ne izpolnjujejo enega ali več pogojev iz odstavka 1, lahko država članica dovoli vstop na svoje ozemlje iz humanitarnih razlogov, na podlagi nacionalnega interesa ali zaradi mednarodnih obveznosti. […]“

17. Poglavje II naslova II Zakonika o schengenskih mejah, naslovljeno „Nadzor zunanjih meja in zavrnitev vstopa“, v členu 7 o mejni kontroli oseb določa:

„*Člen 7*

Mejna kontrola oseb

1. Prehod čez zunanje meje je predmet kontrole mejnih policistov. Kontrola se opravlja v skladu s tem poglavjem.

[…]

3. Pri državljanih tretjih držav se pri vstopu in izstopu opravi temeljita kontrola.

(a) Temeljita kontrola pri vstopu obsega preverjanje pogojev, ki urejajo vstop po členu 5(1) in, kjer je primerno, listin, ki dovoljujejo prebivanje in opravljanje poklicnih dejavnosti. To vključuje podroben pregled, ki obsega naslednje vidike:

[…]

(b) Temeljita kontrola pri izstopu obsega:

(i) preverjanje, ali državljan tretje države poseduje ustrezno veljavno listino za prehod meje;

(ii) preverjanje potne listine zaradi iskanja znakov ponarejanja ali prenarejanja;

(iii) kadar koli je to mogoče, preverjanje, ali državljan tretje države ne predstavlja grožnje javnemu redu, notranji varnosti ali mednarodnim odnosom katere koli države članice.

(c) Poleg kontrole iz točke (b), lahko temeljita kontrola pri izstopu obsega tudi:

(i) preverjanje, ali poseduje oseba veljaven vizum […], razen če poseduje veljavno dovoljenje za prebivanje;

(ii) preverjanje, ali oseba ni prekoračila najdaljšega dovoljenega trajanja bivanja na ozemlju države članice;

(iii) preverjanje razpisanih ukrepov za osebe in predmete, vključene v SIS in poročila v nacionalnih zbirkah podatkov.

[…]“

18. V skladu s členom 20 tega zakonika, ki je v poglavju I, naslovljenem „Odprava nadzora na notranjih mejah“, naslova III navedenega zakonika, se lahko „[n]otranje meje […] prehajajo na kateri koli točki brez opravljanja mejne kontrole oseb, ne glede na njihovo državljanstvo“.

19. V skladu s členom 39(1) Zakonika o schengenskih mejah, ki je del naslova IV z naslovom „Končne določbe“, so členi od 2 do 8 KISS razveljavljeni od 13. oktobra 2006. Med drugim so bili pogoji za vstop, ki so bili prej določeni v členu 5(1) KISS, zamenjani s pogoji iz člena 5 navedenega zakonika.

B – *Francoska ureditev*

1. Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile (zakonik o vstopu in bivanju tujcev ter pravici do azila)

20. Člen L. 621-2 code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile (zakonik o vstopu in bivanju tujcev ter pravici do azila), kakor je bil spremenjen z loi n° 2012-1560, du 31 décembre 2012, relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d’aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées (JORF z dne 1. januarja 2013, str. 48) (zakon št. 2012-1560 z dne 31. decembra 2012 o pridržanju zaradi preveritve pravice do prebivanja in o spremembi kaznivega dejanja pomoči pri nezakonitem prebivanju zaradi izključitve humanitarnih in nesebičnih dejanj) (v nadaljevanju: Ceseda), določa:

„Z zaporom enega leta in globo v višini 3750 EUR se kaznuje tujec, ki ni državljan države članice Evropske unije:

1. če je vstopil na ozemlje celinske Francije, ne da bi izpolnjeval pogoje iz člena 5(1)(a), (b) ali (c) [Zakonika o schengenskih mejah] in ne da bi mu bil dovoljen vstop na ozemlje na podlagi člena 5(4)(a) in (c) [istega zakonika]; enako velja, kadar je za tujca razpisan ukrep zavrnitve vstopa na podlagi izvršljive odločbe, ki jo je sprejela druga država pogodbenica [KISS];

2. ali če je neposredno z ozemlja države pogodbenice [KISS] vstopil na ozemlje celinske Francije, ne da bi izpolnjeval pogoje iz členov 19(1) ali (2), 20(1) in 21(1) ali (2) navedene konvencije, razen pogojev iz točke (e) člena 5(1) [Zakonika o schengenskih mejah] in točke (d) tega člena, kadar razpis ukrepa zavrnitve vstopa ne izhaja iz izvršljive odločbe, ki jo je sprejela druga država pogodbenica [KISS];

[…]

Za uporabo tega člena se lahko kazenski pregon začne šele, ko so ugotovljena dejstva v okoliščinah iz člena 53 zakonika o kazenskem postopku.“

2. Code de procédure pénale (zakonik o kazenskem postopku)

21. Člen 53 Code de procédure pénale (v nadaljevanju: zakonik o kazenskem postopku) v različici, ki je veljala v času dejanskega stanja, določa:

„Za *in flagrante delicto* se šteje kaznivo dejanje, ki še poteka ali ki je bilo ravnokar storjeno. *In flagrante delicto* je podano tudi, če zelo kmalu po dejanju osumljeno osebo spremlja ogorčeno vpitje javnosti ali se pri njej odkrijejo predmeti, ali ima na sebi sledi ali znake, ki kažejo na to, da je sodelovala pri kaznivem dejanju.

Po ugotovitvi, da je podano *in flagrante delicto*, lahko preiskava, ki se izvaja pod nadzorom državnega tožilca pod pogoji, določenimi v tem poglavju, traja neprekinjeno osem dni.

[…]“

22. Člen 62-2 zakonika o kazenskem postopku določa:

„Policijsko pridržanje je prisilni ukrep, o katerem odloči uradnik sodne policije pod nadzorom sodnega organa in s katerim se oseba, za katero obstaja eden ali več utemeljenih razlogov za sum, da je storila ali poskusila storiti kaznivo dejanje, ki se kaznuje z zaporno kaznijo, zadrži na razpolago preiskovalcem.

[…]“

## III – **Dejansko stanje v sporu o glavni stvari, postopek pred Sodiščem in vprašanja za predhodno odločanje**

23. S. Affum, gansko državljanko, je 22. marca 2013 v Coquellesu (Francija), pri vhodu v predor pod Rokavskim prelivom, na avtobusu, ki je prihajal iz Genta (Belgija) in je bil namenjen v London (Združeno kraljestvo), preverila francoska policija.

24. Potem ko je predložila belgijski potni list s fotografijo in imenom tretje osebe in ko je bilo ugotovljeno, da nima pri sebi nobenega drugega identifikacijskega ali potnega dokumenta, ki bi se glasil na njeno ime, je bila policijsko pridržana zaradi nezakonitega vstopa na francosko ozemlje na podlagi člena L. 621-2(2) Ceseda.

25. Naslednji dan je procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (državni tožilec na sodišču prve stopnje v Boulogne-sur-Mer) odločil, da se kazenski postopek zoper S. Affum ustavi. Zato je bil ukrep njenega pridržanja istega dne končan.

26. Vendar je hkrati s kazenskim postopkom zoper S. Affum préfet du Pas-de-Calais (prefekt departmaja Pas-de-Calais) vodil postopek glede pravnega statusa S. Affum, da bi odločil o njeni morebitni odstranitvi s francoskega ozemlja.

27. Z odločbo z dne 23. marca 2013 je odločil o predaji S. Affum belgijskim organom za njen ponovni sprejem na podlagi sporazuma med vlado Francoske republike na eni strani in vladami Kraljevine Belgije, Velikega vojvodstva Luksemburga in Kraljevine Nizozemske na drugi strani o obravnavi oseb na skupnih mejah med Francijo in ozemljem držav Beneluksa, podpisanega v Parizu 16. aprila 1964.

28. Z isto odločbo je préfet du Pas-de-Calais za S. Affum odredil omejitev gibanja na prostore, ki niso namenjeni prestajanju kazni, za pet dni od konca policijskega pridržanja v pričakovanju njene odstranitve. Z izvršitvijo te odločbe je bilo torej gibanje S. Affum 23. marca 2013 omejeno za pet dni v pričakovanju njene predaje belgijskim organom.

29. Préfet du Pas-de-Calais je 27. marca 2013 juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance de Lille (sodnik, pristojen za odreditev pripora, na sodišču prve stopnje v Lillu) predlagal podaljšanje te omejitve gibanja v pričakovanju odgovora belgijskih organov na njegovo zahtevo po ponovnem sprejemu.

30. S. Affum je v obrambo, med drugim s sklicevanjem na sodbo Achughbabian,[5] trdila, da je treba zahtevo préfet du Pas-de-Calais zavrniti, ker njeno policijsko pridržanje ni bilo zakonito, zaradi take nezakonitosti pa celoten postopek v skladu z nacionalnim pravom ni veljaven, podaljšanje omejitve gibanja se zavrne in zadevna oseba se izpusti na prostost.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

31. Juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille je s sklepom z dne 28. marca 2013 vseeno presodil, da je bil ukrep policijskega pridržanja zoper S. Affum zakonit in da je njena omejitev gibanja posledica zakonitega postopka. Zato je ugodil zahtevi préfet du Pas-de-Calais in odredil podaljšanje omejitve gibanja S. Affum za največ dvajset dni, šteto od tistega dne.

32. Premier président de la cour d'appel de Douai (prvi predsednik pritožbenega sodišča v Douaiju), pri katerem se je S. Affum pritožila, je s sklepom z dne 29. marca 2013 potrdil sklep juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille.

33. Cour de cassation (kasacijsko sodišče), pri katerem je S. Affum vložila kasacijsko pritožbo, je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba člen 3(2) Direktive št. 2008/115/ES razlagati tako, da državljan tretje države nezakonito biva na ozemlju države članice in zaradi tega spada na področje uporabe navedene direktive v skladu z njenim členom 2(1), če je ta tujec samo v tranzitu kot potnik na avtobusu, ki vozi po ozemlju te države članice in prihaja iz druge države članice, ki je del schengenskega območja, in je namenjen v tretjo državo članico?

2. Ali je treba člen 6(3) navedene direktive razlagati tako, da ta ne nasprotuje nacionalni ureditvi, ki nezakonit vstop državljana tretje države kaznuje z zaporno kaznijo, če lahko tega tujca sprejme druga država članica v skladu s sporazumom ali dogovorom, sklenjenim s to državo članico pred začetkom veljavnosti Direktive?

3. Ali je treba navedeno direktivo, odvisno od odgovora na prejšnje vprašanje, razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki nezakonit vstop državljana tretje države kaznuje z zaporno kaznijo pod enakimi pogoji, kot so tisti, ki jih je postavilo [Sodišče] v sodbi [Achughbabian] v zvezi z nezakonitim bivanjem in se nanašajo na odsotnost predhodne uporabe prisilnih ukrepov iz člena 8 Direktive za zadevno osebo in na trajanje njenega pridržanja?“

34. S. Affum je predložila svoja stališča, prav tako pa francoska, češka, grška, madžarska in švicarska vlada ter Evropska komisija. S. Affum, francoska in grška vlada ter Komisija so bile zaslišane na obravnavi 10. novembra 2015.

## IV – **Analiza**

35. Predložitveno sodišče želi s tremi vprašanji, ki jih je treba obravnavati skupaj, v bistvu izvedeti, ali Direktiva 2008/115 nasprotuje ureditvi države članice, ki nezakonit vstop državljanke tretje države kaznuje z zaporno kaznijo, če je ta oseba prestrežena pri odhodu s schengenskega območja[6] na zunanji meji te države članice pri tranzitu iz druge države članice in ko naj bi bila vrnjena tej drugi državi članici na podlagi sporazuma, sklenjenega s to drugo državo pred začetkom veljavnosti Direktive 2008/115.

36. Da bi ustrezno odgovorili na zastavljena vprašanja, je treba najprej na kratko predstaviti sistem, vzpostavljen z Direktivo 2008/115 na eni strani in Zakonik o schengenskih mejah na drugi, ob analizi razmejitve med tema dvema instrumentoma, nato na kratko pregledati sodno prakso Sodišča v zvezi z odvzemom svobode osebi v primerih, ki jih ne določa Direktiva 2008/115, in nazadnje analizirati zadevno nacionalno ureditev.

6 — Čeprav izraz „schengensko območje“ v Zakoniku o schengenskih mejah ni uporabljen, je postal običajen za opredelitev držav članic, na katere se ta zakonik nanaša. V tem okviru ugotavljam, da tudi Sodišče uporablja ta izraz. Glej na primer sodbe ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, različne točke in izrek), Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, točka 67) in T. (C-373/13, EU:C:2015:413, točka 52).

A – *Direktiva 2008/115 in njeno področje uporabe*

37. Predmet Direktive 2008/115 so, kot je navedeno v njenem členu 1, skupni standardi in postopki, ki se uporabljajo v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, v skladu s temeljnimi pravicami in mednarodnim pravom. Iz njene uvodne izjave 4 izhaja, da je namen te direktive določiti jasna, pregledna in poštena pravila za učinkovito politiko vračanja kot nujen sestavni del dobro vodene migracijske politike. Direktiva 2008/115 je bila sprejeta na podlagi prejšnjega člena 63(1)(3)(b) ES[7] po postopku soodločanja v skladu s členom 251 ES.[8] Gre namreč za prvi pravni instrument na področju priseljevanja, sprejet po tem postopku.[9]

38. Področje uporabe *ratione personae* Direktive 2008/115, kot je opredeljeno v njenem členu 2, je zelo široko. V skladu z odstavkom 1 navedene določbe se Direktiva 2008/115 uporablja za državljane tretjih držav, ki nezakonito prebivajo na ozemlju države članice. Tako nezakonito prebivanje pomeni prisotnost državljana tretje države na ozemlju države članice, ki ne izpolnjuje ali ne izpolnjuje več pogojev za vstop iz člena 5 Zakonika o schengenskih mejah ali drugih pogojev za vstop, bivanje ali stalno prebivališče v tej državi članici.[10]

39. Ker se člen 2(1) Direktive 2008/115 nanaša samo na nezakonito prebivanje, ne razlikuje med nezakonitim vstopom in nezakonitim prebivanjem.

40. V skladu s členom 2(2) Direktive 2008/115 imajo države članice možnost, da navedene direktive ne uporabijo v določenih zelo omejenih primerih. V skladu s členom 2(2)(a) iste direktive se namreč država članica lahko odloči, da Direktive 2008/155 ne bo uporabila za državljane tretjih držav, ki jim je bil zavrnjen vstop v skladu s členom 13 Zakonika o schengenskih mejah ali ki so jih pristojni organi prijeli ali prestregli pri nezakonitem prestopu zunanje meje države članice in po tem niso pridobili dovoljenja ali pravice do prebivanja v tej državi članici.

41. V skladu z zgoraj navedeno določbo mora biti oseba prestrežena pri nezakonitem prestopu zunanje meje, kar po mojem mnenju pomeni ozko časovno in krajevno povezavo s prestopom meje.

42. Direktiva 2008/115 ne vsebuje opredelitve izrazov „notranja meja“ ali „zunanja meja“. Ker pa je v njej večkrat naveden Zakonik o schengenskih mejah, se mi zdi jasno, da se uporablja opredelitev iz navedenega zakonika. Iz člena 2(1)(a) in (2) Zakonika o schengenskih mejah tako izhaja, da so „notranje meje“ skupne meje držav članic na kopnem[11] in da so „zunanje meje“ meje držav članic na kopnem[12] in na morju,[13] ki niso notranje meje. Seveda izraz „države članice“ vključuje samo države članice Unije, ki sodelujejo v schengenskem pravnem redu, in tretje države, ki v njem sodelujejo.[14]

43. Direktiva 2008/115 se uporablja samo za države, ki so del schengenskega območja. V skladu s členom 21 Direktive 2008/115 ta nadomešča določbe členov 23 in 24 KISS. Kar zadeva, natančneje, Združeno kraljestvo je v uvodni izjavi 26 Direktive 2008/115 navedeno, da to „ne sodeluje pri sprejetju te direktive, ki zato zanj ni zavezujoča niti se v njem ne uporablja“.

7 — Navedeni člen je postal člen 79(2)(c) PDEU z začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe.

8 — Ta postopek se je začel uporabljati po sprejetju Sklepa Sveta z dne 22. decembra 2004 o uporabi postopka iz člena 251 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti za določena področja iz Naslova IV tretjega dela te pogodbe (2004/927/ES) (UL L 396, str. 45).

9 — Glej Baldaccini, A., „The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive“, *European Journal of Migration and Law*, 2001, str. Od 1 do 17, in zlasti str. 1.

10 — Glej člen 3(2) Direktive 2008/115.

11 — Vključno z mejami na rekah in jezerih.

12 — Vključno z mejami na rekah in jezerih.

13 — Vključno z mejami na letališčih ter rečnih, morskih in jezerskih pristaniščih.

14 — Glej uvodne izjave od 21 do 28 Zakonika o schengenskih mejah.

B – *Zakonik o schengenskih mejah*

44. Zakonik o schengenskih mejah vzpostavlja pravila, ki urejajo gibanje oseb prek meja.

45. Pogoji za prehajanje zunanjih meja in nadzor za preverjanje njihovega izpolnjevanja so opredeljeni v naslovu II Zakonika o schengenskih mejah.[15] Ta nadzor vključuje kontrole na mejnih prehodih, ki jih določijo države članice, na eni strani in varovanje med temi mejnimi prehodi na drugi.

46. Nasprotno se Direktiva 2008/115 uporablja, kadar oseba ni zakonito vstopila na schengensko območje in tam nima pravice prebivati.

47. V Zakoniku o schengenskih mejah je zdaj[16] izrecno navedena povezava med tem zakonikom in Direktivo 2008/115. V skladu s členom 12(1), drugi stavek, navedenega zakonika se namreč oseba, ki ni zakonito prestopila meje in nima pravice do bivanja na ozemlju zadevne države članice, pridrži in se zanjo uporabi postopek, ki je v skladu z Direktivo 2008/115.

C – *Odvzem prostosti v skladu z Direktivo 2008/115*

48. V skladu s poglavjem IV Direktive 2008/115, naslovljenim „Pridržanje z namenom odstranitve“, se lahko pridržanje uporabi samo kot skrajni ukrep, samo če je to nujno potrebno in v času čakanja na odstranitev.[17] Razlog za te določbe o pridržanju je ta, da samo postopki vračanja in odstranjevanja upravičujejo odvzem prostosti in da pridržanje preneha biti upravičeno v skladu s temi določbami, če postopki niso vodeni z dolžno skrbnostjo.[18] Pridržanje z namenom odstranitve nima niti kaznovalne niti kazenskopravne narave in ni zaporna kazen.[19] Poleg tega člen 15(1) Direktive 2008/115 zahteva ozko razlago, saj je prisilno pridržanje kot odvzem prostosti izjema glede na temeljno pravico osebne svobode.[20]

49. Kar zadeva pridržanje ali kazen zapora v primerih, ki niso določeni v Direktivi 2008/115, ta ne vsebuje nobene določbe o možnosti, da bi države članice uporabile pridržanje ali kazen zapora kot kazensko sankcijo v zvezi z nezakonitim prebivanjem. Po mojem mnenju je razlog za to očiten, za tako sankcijo ni prostora, če je cilj Direktive 2008/115 poskrbeti za hitro vrnitev nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav. Kakršno koli pridržanje ali kazen zapora, ki se ne odredi v okviru postopka vračanja, zagotovo podaljša ta postopek.

15 — Členi od 4 do 19a Zakonika o schengenskih mejah. Ta naslov je razdeljen na pet poglavij: prehajanje zunanjih meja in pogoji za vstop (poglavje I), nadzor zunanjih meja in zavrnitev vstopa (poglavje II), osebje in sredstva za nadzor meje in sodelovanje med državami članicami (poglavje III), posebna pravila za mejno kontrolo (poglavje IV) in posebni ukrepi v primeru resnih pomanjkljivosti v zvezi z nadzorom na zunanjih mejah (poglavje IVa).

16 — Opozoriti je treba, da je bil nekaj mesecev po dejanskem stanju iz postopka v glavni stvari člen 12(1) Zakonika o schengenskih mejah spremenjen ravno za to, da bi razjasnili povezavo z Direktivo 2008/115. Glej člen 1(11) Uredbe (EU) št. 610/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o spremembi Uredbe (ES) št. 562/2006, Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma, uredb Sveta (ES) št. 1683/95 in (ES) št. 539/2001 ter uredb (ES) št. 767/2008 in (ES) št. 810/2009 Evropskega parlamenta in Sveta (UL L 182, str. 1).

17 — Členi od 15 do 18 Direktive 2008/115.

18 — Za več podrobnosti glej točke od 46 do 55 mojega stališča v zadevi Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

19 — Glej točko 47 mojega stališča v zadevi Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Glej tudi točko 35 stališča generalnega pravobranilca J. Mazáka v zadevi El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205), točko 54 stališča generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi G. in R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553) ter točko 91 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca A. Bota v združenih zadevah Bero in Bouzalmate (C-473/13 in C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — Glej točko 47 mojega stališča v zadevi Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Kar zadeva člen 5(1)(f) Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane v Rimu 4. novembra 1950 (v nadaljevanju: EKČP), Evropsko sodišče za človekove pravice razsoja v istem smislu (glej med drugim sodbi z dne 22. marca 1995 v zadevi Quinn proti Franciji, série A št. 311, točka 42, in z dne 12. oktobra 2006 v zadevi Kaya proti Romuniji št. 33970/05, točka 16).

50. V zadevi, v kateri je bila izrečena sodba El Dridi,[21] je moralo Sodišče presoditi, ali Direktiva 2008/115 nasprotuje ureditvi države članice, kot je bila italijanska ureditev iz postopka v glavni stvari, ki je določala izrek zaporne kazni za nezakonito prebivajočega državljana tretje države, samo zato, ker ta – ob kršitvi odredbe o zapustitvi ozemlja te države članice v določenem roku – ni upravičeno ostal na tem ozemlju. Sodišče je odločilo, da Direktiva 2008/115, zlasti njena člena 15 in 16, dejansko nasprotuje taki ureditvi.[22]

51. V zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Achughbabian,[23] je moralo Sodišče ponovno presoditi, ali Direktiva 2008/115 nasprotuje nacionalni ureditvi, kot je bila francoska ureditev iz postopka v glavni stvari,[24] ki je določala izrek zaporne kazni za državljana tretje države samo zaradi njegovega nezakonitega vstopa na francosko ozemlje ali prebivanja na tem ozemlju. Sodišče je ponovno razsodilo, da Direktiva 2008/115 nasprotuje taki ureditvi „v delu, v katerem ta zakonodaja omogoča zaporno kazen za državljana tretje države, ki sicer nezakonito prebiva na ozemlju navedene države članice in tega ozemlja ni pripravljen zapustiti prostovoljno, vendar zanj niso bili odrejeni prisilni ukrepi iz člena 8 te direktive ter se v primeru pridržanja zaradi priprave in izvedbe njegove odstranitve še ni izteklo najdaljše mogoče obdobje tega pridržanja“.[25] V postopku v glavni stvari je bil položaj A. Achughbabiana tak primer.

52. Glede na sklepanje Sodišča v navedenih zadevah bi zaporna kazen ogrozila uresničevanje cilja Direktive 2008/115 in bi lahko ovirala uporabo ukrepov iz člena 8(1) iste direktive ter upočasnila izvajanje odločbe o vrnitvi.[26]

53. Vseeno je Sodišče v sodbi Achughbabian[27] dodalo, da Direktiva 2008/115 ne nasprotuje ureditvi države članice, ki določa kazenske sankcije za nezakonito prebivanje „v delu, v katerem omogoča zaporno kazen za državljana tretje države, za katerega se je uporabil postopek vračanja, uveden z [Direktivo 2008/115], in ki brez upravičenega razloga za nevrnitev nezakonito prebiva na navedenem ozemlju“.[28]

54. Nadalje je Sodišče v sodbi Sagor[29] potrdilo, da lahko kazen hišnega zapora, izrečena in izvršena med postopkom vračanja, „zavleče in s tem ovira ukrepe, kot sta spremstvo do državne meje in prisilno vračanje z letalskim prevozom, ki pa prispevajo k odstranitvi“. Nasprotno je Sodišče v zvezi s kazenskim pregonom, ki privede do denarne kazni, razsodilo, da taka denarna kazen ne more ovirati postopka vračanja, določenega z Direktivo 2008/115.[30] Dodalo je, da „[n]aložitev denarne kazni […] nikakor ne preprečuje sprejetja in izvršitve odločbe o vrnitvi ob popolnem spoštovanju zahtev iz členov od 6 do 8 Direktive 2008/115 in prav tako ne ogroža skupnih standardov s področja odvzema prostosti, ki so določeni v členih 15 in 16 te direktive“.[31]

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Sodba El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, točka 62 in izrek).

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Prejšnji člen 621-1 Ceseda.

25 — Sodba Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 50 in prva alinea izreka).

26 — Glej sodbi El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, točka 59) in Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 45). Za analizo posledic teh dveh zadev za nacionalnega zakonodajalca na kazenskem področju glej Mitsilegas, V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, str. Od 57 do 76.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Točki 48 in 60 ter druga alinea izreka. Čeprav je ta odlomek tudi del izreka sodbe, ima po mojem mnenju jasen značaj *obiter dictum*, saj nima nobene povezave z dejanskim stanjem iz zadevnega postopka in se nanaša na hipotetični primer.

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

30 — Točka 36.

31 — Točka 36.

55. Nazadnje, Sodišče je v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Celaj,[32] v kateri je Italijanska republika želela uporabiti kazenske sankcije za nezakonito prebivajočega državljana tretje države, za katerega so bili uporabljeni skupni standardi in postopki iz Direktive 2008/115 za končanje njegovega prvega nezakonitega prebivanja na ozemlju države članice in ki je ponovno vstopil na ozemlje navedene države članice, s čimer je kršil prepoved vstopa, presodilo, da „se okoliščine zadeve iz postopka v glavni stvari nekoliko razlikujejo od tistih iz zadev, v katerih sta bili izrečeni sodbi El Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] […] in Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]“,[33] in da Direktiva 2008/115 „načeloma ne nasprotuje zakonodaji države članice, ki določa izrek zaporne kazni državljanu tretje države, ki prebiva nezakonito in ki po tem, ko je bil v okviru predhodnega postopka vračanja vrnjen v svojo državo izvora, v nasprotju s prepovedjo vstopa ponovno nezakonito vstopi na ozemlje navedene države“.[34]

56. Skratka, sodna praksa Sodišča priznava primera, v katerih Direktiva 2008/115 ne nasprotuje naložitvi kazni zapora za državljana tretje države zaradi nezakonitosti njegovega prebivanja, in sicer, kadar je bil uporabljen postopek vračanja iz Direktive 2008/115 in državljan brez upravičenega razloga za nevrnitev nezakonito prebiva na zadevnem ozemlju (primer „Achughbabian“) ter kadar je bil uporabljen postopek vračanja in zadevna oseba ponovno vstopi na ozemlje zadevne države članice, s čimer krši prepoved vstopa (primer „Celaj“).

57. Pri S. Affum ne gre za nobenega od teh dveh primerov, saj zanjo ni bil uporabljen noben postopek vračanja (primer „Achughbabian“) in ni prišlo do nobenega ponovnega vstopa na francosko ozemlje (primer „Celaj“).

58. Vseeno francoski organi menijo, da ji je mogoče izreči kazen zapora zaradi nezakonitega vstopa v Francijo.

## D – *Nezakonit vstop v skladu z Direktivo 2008/115*

### 1. Francoska ureditev

59. Po sodbi Achughbabian Sodišča[35] in sodbi Mallah proti Franciji Evropskega sodišča za človekove pravice[36] je francoska vlada z zakonom št. 2012-1560[37] uredila svoja pravila za odstranjevanje nezakonito prebivajočih tujcev. Med drugim je spremenila zakonodajo tako, da je odpravila kaznivo dejanje nezakonitega prebivanja in uvedla postopek pridržanja tujcev za preverjanje njihove pravice do prebivanja. Vendar so francoski organi obdržali kaznivo dejanje nezakonitega vstopa v primeru nezakonitega prestopa zunanjih meja (člen L. 621-2(1) Ceseda) in v primeru takega gibanja državljana tretje države, s katerim so kršeni pogoji gibanja tujcev iz KISS (člen L. 621-2(2) Ceseda).

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

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

34 — Točka 33 in izrek.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Glej sodbo ESČP z dne 10. novembra 2011 v zadevi Mallah proti Franciji (št. 29681/08). V navedeni zadevi je maroški državljan, obsojen zaradi nastanitve svojega zeta, ki prav tako ni zakonito prebival, trdil, da njegova obsodba – glede na okoliščine zadeve – ni sorazmeren poseg v uresničevanje pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja v smislu člena 8 EKČP. Sodišče v Strasbourgu je samo zato, ker je bila zadevna oseba oproščena kazni, menilo, da določbe člena 8 niso bile kršene. Zato je francoski zakonodajalec področje uporabe kazenskih imunitet iz člena L. 622-4 razširil na kaznivo dejanje pomoči pri nezakonitem vstopu in prebivanju. Glej točko 2.2 étude d'impact du 21 septembre 2012 du projet de loi relatif à l'aménagement des dispositions législatives relatives à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière (študija vpliva z dne 21. septembra 2012 osnutka zakona o ureditvi zakonodajnih določb o odstranjevanju nezakonito prebivajočih tujcev), na voljo na spletnem naslovu http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Zakon na voljo na spletnem naslovu http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

60. V obrazložitvi osnutka zakona francoski organi menijo, da „pravila o prehajanju zunanjih meja in gibanju državljanov tretjih držav med državami članicami ne spadajo na področje uporabe direktive [2008/115]“. [38]

61. Po mnenju francoskih organov navedena pravila namreč „kar zadeva prehajanje zunanjih meja izhajajo iz […] Zakonika o schengenskih mejah […], ki določa obveznost držav članic, da uvedejo odvračilne kazni v primeru neizpolnjevanja obveznosti, ugotovljenega na meji, se pravi v primeru zavrnitve vstopa na ozemlje ali v primeru prijetja ali prestrežbe pri nezakonitem prestopu meje. Kar zadeva kršenje pravil [KISS] o gibanju med državami članicami, Direktiva [2008/115] izrecno določa možnost, da države članice ne uporabijo ukrepa odstranitve, temveč uporabijo mehanizme ponovnega sprejema med državami članicami, za katere se Direktiva [2008/115] ne uporablja, kot je opozoril juge des référés du Conseil d'État (sodnik za začasne odredbe na vrhovnem upravnem sodišču) (CE, 27. junij 2011, ministère de l'intérieur/Lassoued, št. 350207)“. [39]

62. Francoski organi na podlagi tega sklepajo, da „ti primeri ne spadajo na področje razlage Sodišča Evropske unije, na katero se je oprlo Cour de cassation (kasacijsko sodišče), in da odprava sankcijske ureditve nasprotuje evropskim pravilom“. [40]

## 2. Položaj S. Affum

63. Francoski organi se za utemeljitev svoje ureditve sklicujejo na več določb Direktive 2008/115 in Zakonika o schengenskih mejah, določb, ki jih bom v nadaljevanju analiziral, preden bom pozval Sodišče, naj potrdi uporabo Direktive 2008/115. Po mojem mnenju namreč v obravnavanem primeru ni upoštevna nobena izjema ali omejitev iz teh dveh instrumentov.

### a) Člen 2(2)(a) Direktive 2008/115

64. Francoska republika se sklicuje na člen 2(2)(a) Direktive 2008/115 in trdi, da primer, kot je obravnavani v postopku v glavni stvari, ne spada na področje uporabe te direktive.

65. Najprej je treba spomniti, da se člen 2(2)(a) Direktive 2008/115 ne uporablja za zunanje meje, da je meja med Belgijo in Francijo notranja meja in da je bila S. Affum prestrežena pri odhodu iz Francije na zunanji meji med Francijo in Združenim kraljestvom.

66. V tem okviru Francoska republika meni, da se člen 2(2)(a) Direktive 2008/115 uporablja za nezakonit prestop zunanje meje države članice tako ob vstopu kot ob odhodu iz schengenskega območja.

67. V delu, v katerem se zdi, da Francoska republika torej pravi, da za položaj osebe, ki ni zakonito vstopila na ozemlje države članice prek notranje meje, vendar je bila prestrežena samo pri odhodu prek zunanje meje države članice, velja člen 2(2)(a) Direktive 2008/115, se s tem ne strinjam.

38 — Projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, enregistré à la Présidence du Sénat le 28 septembre 2012, na voljo na spletnem naslovu http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (str. 6).

39 — Prav tam (str. 6).

40 — Prav tam (str. 6).

68. Iz besedila navedene določbe po mojem mnenju jasno izhaja, da je mišljen samo nezakonit vstop, saj drugače zadnji del stavka („in po tem niso pridobili dovoljenja ali pravice do prebivanja v tej državi članici“) ne bi imel smisla. [41]

69. V obravnavanem primeru se Francoska republika torej ne more sklicevati na člen 2(2)(a) Direktive 2008/115.

b) Člen 3(2) Direktive 2008/115: samo tranzit kot „prebivanje“

70. Zdi se, da predložitveno sodišče dvomi glede tega, ali prisotnost državljana tretje države na ozemlju države članice – ki je del schengenskega območja – ki je samo v tranzitu na poti do druge države članice – ki ni del schengenskega območja – spada na področje uporabe Direktive 2008/115.

71. Taki dvomi niso utemeljeni.

72. V skladu z odstavkom 2(1) Direktive 2008/115 se ta uporablja za državljane tretjih držav, ki nezakonito prebivajo na ozemlju države članice. V členu 3(2) navedene direktive je „nezakonito prebivanje“ opredeljeno kot „prisotnost državljana tretje države na ozemlju države članice, ki ne izpolnjuje ali ne izpolnjuje več pogojev za vstop iz člena 5 Zakonika o schengenskih mejah ali drugih pogojev za vstop, bivanje ali stalno prebivališče v tej državi članici.“

73. Iz teh določb izhaja, da je državljan tretje države, ki je na avtobusu, ne da bi izpolnjeval pogoje za vstop, prisoten na ozemlju zadevne države članice in tam nezakonito prebiva. To, ali je v tranzitu ali ne, ni odločilno za namen ugotovitve nezakonitosti njegovega prebivanja.

c) Člen 6(3) Direktive 2008/115

74. V skladu s členom 6(3) Direktive 2008/115 se lahko države članice vzdržijo izdaje odločbe o vrnitvi, če zadevno osebo na podlagi „dvostranskih sporazumov ali ureditev“, ki veljajo na dan začetka veljavnosti navedene direktive, sprejme druga država članica.

75. Opozoriti je treba na to, kar že na začetku izhaja iz navedene določbe, in sicer, da ta določa samo možnost države članice, da se vzdrži izdaje odločbe o vrnitvi, vendar v nasprotju s členom 2 Direktive 2008/115 nikakor ne opredeljuje njenega področja uporabe. Posledica člena 6(3) navedene direktive ne more biti, kot se zdi, da nakazuje francoska vlada, da se nobena določba Direktive 2008/115 ne uporablja za postopek v glavni stvari. Nasprotno, državo članico, ki uporabi člen 6(3) Direktive 2008/115, še vedno obvezujejo druge določbe te direktive in mora zagotoviti polni učinek Direktive. Sodna praksa Sodišča v zvezi z določbami te direktive, zlasti glede odvzema prostosti oseb, se še naprej uporablja.

76. Člen 6(3) Direktive 2008/115 zadevno državo članico torej odvezuje samo obveznosti, da izda odločbo o vrnitvi v smislu člena 6(1) te direktive. Odločba o predaji v skladu z dogovorom pa je eden od ukrepov, ki jih navedena direktiva določa, in faza priprave na vrnitev na ozemlje držav članic iz Direktive 2008/115.

41 — Poleg tega bi, če bi sledili logiki Francoske republike do konca, položaj osebe, ki ni zakonito vstopila na ozemlje države članice prek notranje meje in je organi te države članice niso prestregli na zunanji meji njenega ozemlja, temveč drugje na njenem ozemlju, spadal na področje uporabe Direktive 2008/115, saj oseba ne bi prestopila zunanje meje. Ne zdi se mi skladno, da bi osebo, v položaju S. Affum, obravnavali različno.

77. Glede razlage izraza „dvostranski“ Sodišču predlagam, naj se odloči za razlago iz člena 6(3) Direktive 2008/115, ki vključuje dogovor, kot je obravnavan v tej zadevi.[42] Čeprav so ga sklenile štiri države članice, se ta dogovor nanaša na ozemlje Beneluksa kot enotnega ozemlja. Zato je podoben dvostranskemu sporazumu.

78. Taka razlaga bi bila po mojem mnenju tudi v skladu z načelom iz člena 350 PDEU, v skladu s katerim določbe Pogodb ne izključujejo obstoja ali uresničitve regionalnih povezav med Kraljevino Belgijo in Velikim vojvodstvom Luksemburgom ali med Kraljevino Belgijo, Velikim vojvodstvom Luksemburgom in Kraljevino Nizozemsko, kolikor cilji teh regionalnih povezav niso doseženi z uporabo Pogodb.

79. Če s to določbo Pogodba DEU že upošteva posebni položaj Beneluksa, bi moralo tako storiti tudi Sodišče pri razlagi člena 6(3) Direktive 2008/115.

d) Člen 4(3) Zakonika o schengenskih mejah

80. Francoska republika se sklicuje tudi na člen 4(3) Zakonika o schengenskih mejah, v skladu s katerim države članice za nezakonit prehod zunanjih meja izven mejnih prehodov ali izven določenega delovnega časa uvedejo kazni.

81. Ta določba se ne uporablja za primer S. Affum, saj ta ni nikakor poskušala prestopiti meje izven mejnih prehodov ali izven določenega delovnega časa.

82. Ne vidim razloga, kot nakazuje Francoska republika, da te določbe ne bi razlagali dobesedno in da bi vključili tudi mejne prehode, saj člen 4 Zakonika o schengenskih mejah vzpostavlja ravno različno obravnavo med prestopom meje na mejnih prehodih in v določenem delovnem času (odstavek 1) in prestopom meje izven teh prehodov in delovnega časa (odstavek 2). Drugače povedano, ne vidim razloga na teleološki ravni, ki bi lahko nasprotoval dobesedni in sistematični razlagi člena 4 Zakonika o schengenskih mejah.

83. V tem okviru moram spomniti, da za osebo, ki ni zakonito prestopila meje in nima pravice do prebivanja na ozemlju zadevne države članice, velja Direktiva 2008/115.[43]

84. Direktiva 2008/115 se torej uporablja za primer S. Affum. Kot sem že poudaril v točki 57 teh sklepnih predlogov, njen primer ni noben od položajev, v katerih je Sodišče ugotovilo, da Direktiva 2008/115 ne nasprotuje kazni zapora za državljana tretje države. Zato oseba, ki je v položaju S. Affum, ne more biti v zaporu samo zaradi nezakonitosti njenega prebivanja na francoskem ozemlju.

## V – **Predlog**

85. Na podlagi navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Cour de cassation, odgovori:

Direktivo 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, zlasti njene člene 6(3), 15 in 16, je treba razlagati tako, da nasprotuje ureditvi države članice, ki nezakonit vstop državljana tretje države kaznuje z zaporno kaznijo, če je bila ta oseba prestrežena pri odhodu

42 — Sporazum med vladami Kraljevine Nizozemske, Kraljevine Belgije in Velikega vojvodstva Luksemburga na eni strani ter vlado Francoske republike na drugi strani o obravnavi oseb na skupnih mejah med ozemljem držav Beneluksa in Francijo. Besedilo tega sporazuma je na voljo na spletnem naslovu http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

43 — Glej tudi točko 46 teh sklepnih predlogov.

s schengenskega območja na zunanji meji te države članice pri tranzitu iz druge države članice in ko naj bi bila vrnjena tej drugi državi članici na podlagi sporazuma, sklenjenega s to drugo državo pred začetkom veljavnosti Direktive 2008/115.