Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 2 februari 2016 [1]

Mål C-47/15

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

(begäran om förhandsavgörande från Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike))

”Område med frihet, säkerhet och rättvisa — Direktiv 2008/115/EG — Återvändande av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna — Olaglig inresa — Genomresa — Fängelsestraff — Anhållande”

I – **Inledning**

1. Inom ramen för denna begäran om förhandsavgörande från Cour de cassation, har domstolen på nytt anmodats att ta ställning till frågan huruvida en bestämmelse i nationell rätt som gör det möjligt att döma en tredjelandsmedborgare till fängelse, enbart på grund av att tredjelandsmedborgaren vistas olagligt i landet, är förenlig med direktiv 2008/115/EG [2].

2. Jämfört med de tidigare målen rörande denna fråga, [3] utmärker sig förevarande mål genom två särdrag. För det första avser målet en tredjelandsmedborgare som reste in i den berörda medlemsstaten enbart i transitsyfte och som hejdades vid utresan från denna medlemsstat. Frågan uppkommer därför huruvida det rör sig om en vistelse med hänsyn till direktiv 2008/115. För det andra ämnar den aktuella medlemsstaten inte att fatta ett beslut om återvändande enligt artikel 6.1 i direktiv 2008/115, utan att överlämna den berörda tredjelandsmedborgaren till myndigheterna i en annan medlemsstat, med stöd av ett arrangemang som ingicks före ikraftträdandet av direktiv 2008/115.

3. Förevarande mål kommer att ge domstolen tillfälle att erinra om att direktiv 2008/115 är tillämpligt på alla tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna, oavsett av vilket skäl personen vistas olagligt i landet och var gripandet sker, och att det är möjligt att döma en tredjelandsmedborgare till fängelse endast i noga angivna situationer som inte föreligger i detta fall.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (EUT L 348, 2008, s. 98).

3 — Se dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807) och dom Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Se även dom Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), som bland annat avsåg husarrest.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

1. Direktiv 2008/115

4. Syftet med direktiv 2008/115 beskrivs på följande sätt i artikel 1 i direktivet:

”I detta direktiv föreskrivs gemensamma normer och förfaranden som ska tillämpas i medlemsstaterna för återvändande av tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig, i överensstämmelse med grundläggande rättigheter som allmänna principer för gemenskapsrätten och internationell rätt, inklusive flykting[s]kydd och förpliktelser i fråga om mänskliga rättigheter.”

5. Artikel 2 i direktiv 2008/115 har rubriken ”Tillämpningsområde”, däri föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium.

2. Medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa detta direktiv på tredjelandsmedborgare som

a) har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengengränserna eller som grips eller hejdas av de behöriga myndigheterna i samband med att de olagligen passerar en medlemsstats yttre gräns landvägen, sjövägen eller luftvägen och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten,

b) har ådömts att återvända som en straffrättslig påföljd, eller som en följd av en straffrättslig påföljd, i enlighet med den nationella lagstiftningen, eller som är föremål för utlämningsförfaranden.

…”

6. Artikel 3 i direktivet har rubriken ”Definitioner”, däri anges följande:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

…

2) *olaglig vistelse*: vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa enligt artikel 5 i kodexen om Schengengränserna eller andra villkor för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten.

3) *återvändande*: en tredjelandsmedborgares återresa – oavsett om den sker frivilligt i överensstämmelse med en skyldighet att återvända eller med tvång – till

— ursprungslandet, eller

— ett transitland i enlighet med återtagandeavtal med gemenskapen eller bilaterala återtagandeavtal eller andra arrangemang, eller

— ett annat tredjeland till vilket den berörda tredjelandsmedborgaren frivilligt väljer att återvända och där han eller hon kommer att tas emot.

4) *beslut om återvändande*: ett administrativt eller rättsligt beslut enligt vilket en tredjelandsmedborgares vistelse är olaglig och som ålägger eller fastställer en skyldighet att återvända.

5) *avlägsnande*: verkställigheten av skyldigheten att återvända, det vill säga den faktiska transporten ut ur medlemsstaten.

…”

7. Artikel 4 i direktivet har rubriken ”Förmånligare bestämmelser”, däri anges följande:

”1. Detta direktiv ska inte påverka tillämpningen av förmånligare bestämmelser i

a) bilaterala eller multilaterala avtal mellan gemenskapen, eller gemenskapen och dess medlemsstater, och ett eller flera tredjeländer,

b) bilaterala eller multilaterala avtal mellan en eller flera medlemsstater och ett eller flera tredjeländer.

…

4. När det gäller tredjelandsmedborgare som undantas från direktivets räckvidd i enlighet med artikel 2.2 a ska medlemsstaterna

a) se till att deras behandling och skyddsnivån inte är mindre förmånliga än vad som föreskrivs i artikel 8.4 och 8.5 (begränsad användning av tvångsmedel), artikel 9.2 a (uppskov med avlägsnande), artikel 14.1 b och 14.1 d (akutsjukvård och beaktande av utsatta personers behov) samt artiklarna 16 och 17 (förhållanden i samband med förvar) och

b) respektera principen om ’non-refoulement’.”

8. I artiklarna 6–8 i direktiv 2008/115 föreskrivs följande:

”Artikel 6

Beslut om återvändande

1. Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2–5 ska medlemsstaterna utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända.

…

3. Medlemsstaterna får avstå från att utfärda ett beslut om återvändande till en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium om den berörda tredjelandsmedborgaren återtas av en annan medlemsstat enligt bilaterala avtal eller arrangemang som gäller den dag detta direktiv träder i kraft. Den medlemsstat som har återtagit den berörda tredjelandsmedborgaren ska i så fall tillämpa punkt 1.

…

Artikel 7

Frivillig avresa

1. Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2 och 4 ska det i återvändandebeslutet fastställas en lämplig tidsfrist på mellan sju och trettio dagar för frivillig avresa. …

…

Artikel 8

Avlägsnande

1. Medlemsstaterna ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa beslutet om återvändande om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats i enlighet med artikel 7.4, eller om åläggandet att återvända inte har hörsammats inom den tid för frivilligt återvändande som beviljats i enlighet med artikel 7.

…”

9. Artikel 15 i direktiv 2008/115 har rubriken ”Förvar”, däri föreskrivs följande:

”1. Om inte andra tillräckliga, men mindre ingripande, åtgärder kan tillämpas verkningsfullt i det konkreta fallet, får medlemsstaterna endast hålla i förvar en tredjelandsmedborgare som är föremål för förfaranden för återvändande för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet, särskilt när

a) det finns risk för avvikande, eller

b) den berörda tredjelandsmedborgaren håller sig undan eller förhindrar förberedelserna inför återvändandet eller avlägsnandet.

Förvar ska vara under så kort tid som möjligt och får endast fortgå under den tid som förfarandena inför avlägsnandet pågår och genomförs med rimliga ansträngningar.

…”

2. Tillämpningskonventionen och kodexen om Schengengränserna

10. Konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna (EGT L 239, 2000, s. 19), som undertecknades i Schengen den 19 juni 1990 (nedan kallad tillämpningskonventionen), ingår i Schengenregelverket.

11. I kapitel 4, med rubriken ”Villkor för utlänningars rörelsefrihet”, i avdelning II i tillämpningskonventionen fastställs i artiklarna 19.1, 19.2, 20.1 21.1 och 21.2 villkoren för när utlänningar som har en enhetlig visering eller som är innehavare av visering utfärdad av någon av de avtalsslutande parterna, utlänningar utan skyldighet att inneha visering och utlänningar med uppehållstillstånd eller tidsbegränsat uppehållstillstånd som utfärdats av någon av dessa parter, får röra sig fritt på de avtalsslutande parternas territorier. Dessa bestämmelser hänvisar bland annat till vissa inresevillkor som fastställs i artikel 5.1 i tillämpningskonventionen.

12. Genom förordning (EG) nr 562/2006 [4] har Schengenregelverket konsoliderats och utvecklats.

13. I skäl 27 i kodexen om Schengengränserna anges att denna kodex ”innebär en utveckling av bestämmelser i Schengenregelverket, i vilka Förenade [konungariket Storbritannien och Nordirland] inte deltar … Förenade kungariket deltar därför inte i antagandet av denna förordning, som inte är bindande för eller tillämplig i Förenade kungariket”.

14. I artikel 1 i kodexen föreskrivs att enligt denna kodex ”skall ingen gränskontroll ske av personer vid passage av de inre gränserna mellan Europeiska unionens medlemsstater” och genom denna kodex ”införs regler för gränskontroll av personers passage av EU-medlemsstaternas yttre gränser”.

15. Artikel 2 leden 1 och 2 i kodexen innehåller följande definitioner:

”1) *inre gränser:*

a) medlemsstaternas gemensamma landgränser, inklusive flod- och insjögränser,

b) medlemsstaternas flygplatser för inrikesflyg,

c) medlemsstaternas kust-, flod- och insjöhamnar för reguljära färjeförbindelser.

2) *yttre gränser*: medlemsstaternas landgränser, inklusive flod- och insjögränser, sjögränser samt flygplatser och flod-, kust- och insjöhamnar, såvida de inte räknas som inre gränser.”

16. I kapitel I, med rubriken ”Passage av yttre gränser och inresevillkor”, i avdelning II i kodexen om Schengengränserna föreskrivs följande i artiklarna 4 och 5:

”Artikel 4

Passage av yttre gränser

1. De yttre gränserna får passeras endast vid gränsövergångsställen och under fastställda öppethållandetider. Öppethållandetiderna skall tydligt anges vid gränsövergångsställen som inte är öppna dygnet runt.

…

3. Utan att det påverkar undantagen i punkt 2 eller medlemsstaternas skyldigheter i fråga om internationellt skydd, skall medlemsstaterna införa sanktioner, i enlighet med sin nationella lagstiftning, för passage utan tillstånd av de yttre gränserna utanför gränsövergångsställena och de fasta öppethållandetiderna. Sanktionerna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande.

Artikel 5

Inresevillkor för tredjelandsmedborgare

1. För vistelse som inte överstiger tre månader under en sexmånadersperiod skall följande villkor gälla för inresa för tredjelandsmedborgare:

a) De är innehavare av en eller flera giltiga resehandlingar som tillåter passage av gränsen.

4 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) (EUT L 105, 2006, s. 1), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 265/2010 av den 25 mars 2010 (EUT L 85, 2010, s. 1) (nedan kallad kodexen om Schengengränserna).

b) De innehar giltig visering, om sådan krävs …, utom när de innehar ett giltigt uppehållstillstånd.

c) De kan styrka syftet med och villkoren för den avsedda vistelsen och de har tillräckliga medel för sitt uppehälle för såväl den planerade vistelsens längd som återresan till ursprungslandet eller transitresa till ett tredjeland som med säkerhet tillåter inresa eller är i stånd att på laglig väg anskaffa sådana medel.

d) De finns inte registrerade i [Schengens informationssystem (SIS)] i syfte att nekas inresa.

e) De anses inte utgöra en risk för någon av medlemsstaternas allmänna ordning, inre säkerhet, folkhälsa eller internationella förbindelser …

…

4. Med undantag från punkt 1 gäller följande:

a) Tredjelandsmedborgare som inte uppfyller alla villkor i punkt 1 men som innehar uppehållstillstånd, visering för längre vistelse eller visering för förnyad inresa utfärdad av någon av medlemsstaterna eller, om så erfordras, uppehållstillstånd eller en visering för längre vistelse och visering för förnyad inresa, ska tillåtas inresa till de övriga medlemsstaternas territorier i transiteringssyfte, så att de kan nå den medlemsstat som har utfärdat uppehållstillståndet, viseringen för längre vistelse eller viseringen för förnyad inresa …

…

c) Tredjelandsmedborgare som inte uppfyller ett eller flera av villkoren i punkt 1 får av en medlemsstat beviljas tillstånd till inresa på dess territorium av humanitära skäl, av nationellt intresse eller på grund av internationella förpliktelser. …”

17. I kapitel II, med rubriken ”Kontroll av yttre gränser och nekad inresa”, i avdelning II i kodexen om Schengengränserna föreskrivs följande i artikel 7 beträffande in- och utresekontroll av personer:

”Artikel 7

In- och utresekontroll av personer

1. Gränstrafiken vid de yttre gränserna skall underkastas kontroll av gränskontrolltjänstemän. Kontrollerna skall utföras i enlighet med detta kapitel.

…

3. Vid inresa och utresa skall tredjelandsmedborgare underkastas noggranna kontroller.

a) Den noggranna kontrollen vid inresa skall omfatta kontroll av de villkor för inresa som fastställs i artikel 5.1 samt, i förekommande fall, av handlingar som ger tillstånd till vistelse och utövande av yrkesverksamhet. Detta skall innefatta en ingående undersökning av följande aspekter:

…

b) Den noggranna kontrollen vid utresa skall omfatta följande:

i) Kontroll av att tredjelandsmedborgaren är i besittning av en giltig resehandling för gränsövergång.

ii) Kontroll av resehandlingen för att upptäcka tecken på del- eller helförfalskning.

iii) Om möjligt, kontroll av att tredjelandsmedborgaren inte anses vara ett hot mot allmän ordning, inre säkerhet eller någon av medlemsstaternas internationella förbindelser.

c) Förutom kontrollerna i punkt b får den noggranna kontrollen vid utresa också omfatta följande:

i) Kontroll av att personen innehar en giltig visering, om detta krävs …, utom när personen i fråga innehar ett giltigt uppehållstillstånd. …

ii) Kontroll av att personen inte har överskridit den maximalt tillåtna längden för vistelse på medlemsstaternas territorium.

iii) Slagning på personer och föremål som registrerats i SIS och i nationella dataregister.

…”

18. I artikel 20 i kodexen, vilken återfinns i kapitel I, med rubriken ”Avskaffande av gränskontroll vid de inre gränserna”, i avdelning III i nämnda kodex, föreskrivs att de ”inre gränserna får passeras överallt utan att någon in- och utresekontroll genomförs, oavsett personens nationalitet”.

19. Enligt artikel 39.1 i kodexen om Schengengränserna, vilken ingår i avdelning IV med rubriken ”Slutbestämmelser”, upphörde artiklarna 2–8 i tillämpningskonventionen att gälla från och med den 13 oktober 2006. Bland annat inresevillkoren, vilka tidigare fanns i artikel 5.1 i tillämpningskonventionen, har således ersatts av de villkor som fastställs i artikel 5 i kodexen.

B – *Fransk lagstiftning*

1. Lagen om utlänningars inresa och vistelse och om asylrätt

20. I artikel L. 621-2 i lagen om utlänningars inresa och vistelse och om asylrätt (code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile), i dess lydelse enligt lag nr 2012-1560 av den 31 december 2012 om kvarhållande för kontroll av uppehållsrätt och om ändring av reglerna för medhjälp till olaglig vistelse för att därifrån undanta humanitära och oegennyttiga åtgärder (loi no 2012-1560, du 31 décembre 2012, relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d’aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées) (JORF av den 1 januari 2013, s. 48) (nedan kallad lagen om inresa, vistelse och asylrätt), föreskrivs följande:

”En utlänning som inte är medborgare i en medlemsstat i Europeiska unionen döms till fängelse i ett år och 3 750 euro i böter i följande fall:

1° Om utlänningen reser in i Frankrikes europeiska territorium utan att uppfylla de villkor som anges i artikel 5.1 a, b eller c i [kodexen om Schengengränserna] och utan att ha fått tillstånd att resa in i landet enligt artikel 5.4 a och c i samma [kodex]; detsamma gäller när utlänningen är föremål för en registrering i syfte att neka inresa enligt ett verkställbart beslut som antagits av en annan stat som är part i [tillämpningskonventionen], eller

2° om utlänningen reser in i Frankrikes europeiska territorium direkt från en stat som är part i [tillämpningskonventionen] utan att följa bestämmelserna i artiklarna 19.1, 19.2, 20.l, 21.1 eller 21.2 i nämnda konvention, med undantag av de villkor som omnämns i artikel 5.1 e i

[kodexen om Schengengränserna] och i artikel 5.1 d, när registreringen i syfte att neka inresa inte följer av ett verkställbart beslut som antagits av en annan stat som är part i [tillämpningskonventionen].

…

Vid tillämpningen av denna artikel får allmänt åtal väckas först när sakförhållandena har fastställts under de omständigheter som anges i artikel 53 i code de procédure pénale [(straffprocesslagen)]."

2. Straffprocesslagen

21. I artikel 53 i straffprocesslagen, i den lydelse som var gällande vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, föreskrivs följande:

"Med gripande på bar gärning avses det förhållandet att en person påträffas och grips när brottet begås eller omedelbart därefter. Det är även fråga om gripande på bar gärning när den misstänkte i mycket nära anslutning till gärningen åtföljs av offentliga protester eller påträffas med att inneha föremål eller lämnar spår eller indicier som tyder på att vederbörande har deltagit i brottet.

När en person har gripits på bar gärning kan utredningen, som sker under överinseende av allmän åklagare på de villkor som föreskrivs i detta kapitel, fortsätta utan avbrott i åtta dagar.

…"

22. I artikel 62-2 i straffprocesslagen anges följande:

"Anhållande är en tvångsåtgärd som vidtas av behörig tjänsteman vid kriminalpolisen, under en domstols överinseende, genom vilken en person som är skäligen misstänkt för ett brott på vilket fängelse kan följa eller för försök till sådant brott, hålls kvar för att stå till förfogande för utredningen.

…"

III – **Bakgrund till det nationella målet, förfarandet vid domstolen och tolkningsfrågorna**

23. Sélina Affum, som är ghanansk medborgare, blev den 22 mars 2013 kontrollerad av fransk polis i Coquelles (Frankrike), som är den plats där tunneln under Engelska kanalen börjar, då hon var ombord på en buss som avgått från Gent (Belgien) på väg till London (Förenade kungariket).

24. Efter att ha uppvisat ett belgiskt pass, som innehöll ett foto av och namnet på en tredjeman, och då hon inte innehade några andra identitets- eller resehandlingar i hennes eget namn, anhölls hon för olaglig inresa i Frankrike med stöd av artikel L. 621-2 punkt 2º i lagen om inresa, vistelse och asylrätt.

25. Dagen därpå beslutade allmänna åklagaren vid Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (domstol i första instans i Boulogne-sur-Mer) att inte väcka åtal mot Sélina Affum. Anhållandet av henne hävdes följaktligen samma dag.

26. Parallellt med brottmålet mot Sélina Affum, skulle dock Préfet du Pas-de-Calais (prefekten i departementet Pas-de-Calais) ta ställning till det förvaltningsrättsliga ärendet rörande Sélina Affum för att besluta huruvida hon eventuellt skulle avlägsnas från Frankrike.

27. Genom beslut av den 23 mars 2013 beslutade Préfet du Pas-de-Calais (prefekten i departementet Pas-de-Calais) att Sélina Affum skulle överlämnas till de belgiska myndigheterna för återtagande, på grundval av arrangemanget mellan Republiken Frankrikes regering, å ena sidan, och regeringarna i Konungariket Belgien, Storhertigdömet Luxemburg och Konungariket Nederländerna, å andra sidan, beträffande ansvaret för personer som påträffas vid de gemensamma gränserna mellan Frankrike och Beneluxländerna, vilket undertecknades i Paris den 16 april 1964.

28. I samma beslut förordnade Préfet du Pas-de-Calais (prefekten i departementet Pas-de-Calais) att Sélina Affum skulle hållas i administrativt förvar i lokaler som inte tillhörde kriminalvården under fem dagars tid, från och med den tidpunkt då anhållandet av henne hävdes, i avvaktan på att hon skulle avlägsnas från landet. För att verkställa detta beslut, togs således Sélina Affum, den 23 mars 2013, i administrativt förvar under fem dagar, i syfte att hon skulle överlämnas till de belgiska myndigheterna.

29. Den 27 mars 2013 begärde Préfet du Pas-de-Calais (prefekten i departementet Pas-de-Calais) att Juge des libertés et de la détention (domare med behörighet att pröva frihetsberövanden) vid Tribunal de grande instance de Lille (domstol i första instans i Lille) skulle förlänga detta förvar, i avvaktan på ett svar från de belgiska myndigheterna angående begäran om återtagande.

30. Till sitt försvar gjorde Sélina Affum gällande, med åberopande av bland annat domen Achughbabian [5], att begäran från Préfet du Pas-de-Calais (prefekten i departementet Pas-de-Calais) borde avslås, eftersom anhållandet av henne hade varit olagligt. Enligt nationell rätt medför en sådan olaglighet att hela förfarandet är ogiltigt och att begäran om förlängning av förvaret ska avslås och att den berörda personen ska friges.

31. Genom beslut av den 28 mars 2013 slog dock Juge des libertés et de la détention vid Tribunal de grande instance de Lille (domstol i första instans i Lille) fast att åtgärden att anhålla Sélina Affum var lagenlig och att hon således hade tagits i administrativt förvar efter ett lagenligt förfarande. Nämnda domare biföll följaktligen begäran från Préfet du Pas-de-Calais (prefekten i departementet Pas-de-Calais) och förordnade att det administrativa förvaret av Sélina Affum skulle förlängas med högst 20 dagar från och med samma dag.

32. Sélina Affum överklagade beslutet till förste ordföranden vid Cour d'appel de Douai (domstol i andra instans i Douai), vilken, genom beslut av den 29 mars 2013, fastställde det beslut som hade fattats av Juge des libertés et de la détention vid Tribunal de grande instance de Lille (domstol i första instans i Lille).

33. Sélina Affum överklagade sistnämnda beslut till Cour de cassation, vilken beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska artikel 3 [led] 2 i direktiv 2008/115 tolkas så, att en tredjelandsmedborgare vistas olagligen på en medlemsstats territorium och därmed omfattas av direktivets tillämpningsområde i enlighet med direktivets artikel 2.1 när utlänningen endast är på genomresa såsom passagerare på en buss som har färdats från en annan medlemsstat, inom Schengenområdet, till denna medlemsstats territorium, och som har sin slutdestination i en annan medlemsstat?

2) Ska artikel 6.3 i detta direktiv tolkas så, att direktivet inte utgör hinder för en nationell lagstiftning vilken föreskriver fängelsestraff för en tredjelandsmedborgare som gör sig skyldig till olaglig inresa, när den berörda utlänningen kan återtas av en annan medlemsstat med tillämpning av ett avtal eller ett arrangemang som ingåtts med sistnämnda medlemsstat före direktivets ikraftträdande?

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

3) Beroende på det svar som lämnas på föregående fråga, ska direktivet tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver fängelsestraff för en tredjelandsmedborgare som gör sig skyldig till olaglig inresa, på samma villkor som de som uppställdes av [EU-domstolen] i dom [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)], beträffande olaglig vistelse, vilka berör det förhållandet att sådana tvångsmedel som anges i artikel 8 i direktivet inte har tillgripits mot den berörda personen och vilka berör den tid utlänningen får vara placerad i förvar?”

34. Sélina Affum liksom den franska, den tjeckiska, den grekiska, den ungerska och den schweiziska regeringen samt Europeiska kommissionen har inkommit med yttranden. Vid förhandlingen den 10 november 2015 yttrade sig Sélina Affum liksom den franska och den grekiska regeringen samt kommissionen.

IV – **Bedömning**

35. Den hänskjutande domstolen har ställt sina tre frågor, vilka bör prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida direktiv 2008/115 utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som föreskriver fängelsestraff för en tredjelandsmedborgare som gör sig skyldig till olaglig inresa, när denna person har hejdats i samband med sin utresa från Schengenområdet [6] vid medlemsstatens yttre gräns då vederbörande var på genomresa från en annan medlemsstat, och när personen kan återtas av denna andra medlemsstat med tillämpning av ett arrangemang som ingåtts med sistnämnda medlemsstat före ikraftträdandet av direktiv 2008/115.

36. För att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts, är det lämpligt att först kortfattat redogöra för det system som införts dels genom direktiv 2008/115, dels genom kodexen om Schengengränserna, och samtidigt analysera skiljelinjen mellan dessa två rättsakter, och därefter kort erinra om domstolens praxis vad gäller frihetsberövande av personer i andra situationer än dem som avses i direktiv 2008/115, och slutligen göra en analys av den aktuella nationella lagstiftningen.

A – *Direktiv 2008/115 och dess tillämpningsområde*

37. Såsom anges i artikel 1 i direktiv 2008/115 har detta direktiv till syfte att föreskriva gemensamma normer och förfaranden som ska tillämpas i medlemsstaterna för återvändande av tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig, i överensstämmelse med grundläggande rättigheter och internationell rätt. Det framgår av skäl 4 i direktivet att detta direktiv syftar till att fastställa tydliga, öppna och rättvisa regler för tillhandahållandet av en effektiv återvändandepolitik, vilket är en nödvändig del av en väl förvaltad migrationspolitik. Direktiv 2008/115 antogs på grundval av före detta artikel 63 första stycket led 3 b EG, [7] enligt medbeslutandeförfarandet i artikel 251 EG. [8] Det rör sig nämligen om det första rättsliga instrument på området för invandring som antogs i enlighet med detta förfarande. [9]

6 — Även om uttrycket Schengenområdet inte används i kodexen om Schengengränserna, har det blivit ett vanligt uttryck för att definiera de medlemsstater som är parter till denna kodex. I det sammanhanget noterar jag att domstolen själv använder detta uttryck. Se, exempelvis, dom ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, olika punkter och domslutet), dom Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, punkt 67) och dom T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punkt 52).

7 — Denna artikel är nu artikel 79.2 c FEUF, efter ikraftträdandet av Lissabonfördraget.

8 — Detta förfarande blev tillämpligt efter antagandet av rådets beslut 2004/927/EG av den 22 december 2004 om att låta delar av de områden som omfattas av avdelning IV i tredje delen av fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen regleras av förfarandet i artikel 251 i det fördraget (EUT L 396, 2004, s. 45).

9 — Se Baldaccini, A., ”The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive”, *European Journal of Migration and Law*, 2001, s. 1–17, särskilt s. 1.

38. Den personkrets på vilken direktiv 2008/115 är tillämpligt (*ratione personae*), såsom denna definieras i artikel 2 i direktivet, är mycket omfattande. Enligt artikel 2.1 ska direktiv 2008/115 tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium. Med en sådan olaglig vistelse avses vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa enligt artikel 5 i kodexen om Schengengränserna eller andra villkor för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten. [10]

39. Eftersom artikel 2.1 i direktiv 2008/115 endast hänvisar till olaglig vistelse, görs det i denna bestämmelse inte någon åtskillnad mellan olaglig inresa och olaglig vistelse.

40. Enligt artikel 2.2 i direktiv 2008/115 har medlemsstaterna möjlighet att inte tillämpa direktivet i vissa väl avgränsade situationer. Enligt artikel 2.2 a i direktivet får nämligen en medlemsstat besluta att inte tillämpa direktiv 2008/115 på tredjelandsmedborgare som har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengengränserna eller som grips eller hejdas av de behöriga myndigheterna i samband med att de olagligen passerar en medlemsstats yttre gräns och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten.

41. Enligt lydelsen i ovannämnda bestämmelse ska tredjelandsmedborgare hejdas i samband med att de olagligen passerar en yttre gräns, vilket enligt min mening förutsätter ett nära samband i tid och rum med att gränsen passeras.

42. Direktiv 2008/115 innehåller inte i sig någon definition av uttrycken ”inre gräns” eller ”yttre gräns”. Eftersom kodexen om Schengengränserna omnämns flera gånger i direktivet, står det dock enligt min mening klart att den definition som ges i denna kodex är tillämplig. Det framgår således av artikel 2 leden 1 a och 2 i kodexen om Schengengränserna att med ”inre gränser” avses medlemsstaternas gemensamma landgränser [11] och att med ”yttre gränser” avses medlemsstaternas landgränser [12] och sjögränser, [13] såvida de inte räknas som inre gränser. Uttrycket ”medlemsstater” innefattar naturligtvis endast de medlemsstater i unionen som deltar i Schengenregelverket och de tredjeländer som deltar däri. [14]

43. Direktiv 2008/115 är endast tillämpligt på de stater som ingår i Schengenområdet. Enligt artikel 21 i direktiv 2008/115 ersätter direktivet bestämmelserna i artiklarna 23 och 24 i tillämpningskonventionen. Vad närmare bestämt beträffar Förenade kungariket, anges det i skäl 26 i direktiv 2008/115 att Förenade kungariket ” [inte] deltar … i detta beslut och [inte] är … bundet av det i dess helhet och omfattas inte av dess tillämpning”.

B – *Kodexen om Schengengränserna*

44. Genom kodexen om Schengengränserna införs regler om gränspassage för personer.

45. Villkoren för passage av yttre gränser och kontrollerna i syfte att kontrollera efterlevnaden av dessa fastställs i avdelning II i kodexen om Schengengränserna. [15] Dessa kontroller innefattar dels kontroller vid de gränsövergångsställen som utsetts av medlemmarna, dels övervakning mellan dessa gränsövergångsställen.

10 — Se artikel 3 led 2 i direktiv 2008/115.

11 — Inklusive flod- och insjögränser.

12 — Inklusive flod- och insjögränser.

13 — Samt flygplatser och flod-, kust- och insjöhamnar.

14 — Se skälen 21–28 i kodexen om Schengengränserna.

15 — Artiklarna 4–19a i kodexen om Schengengränserna. Denna avdelning är uppdelad i fem kapitel, nämligen passage av yttre gränser och inresevillkor (kapitel I), kontroll av yttre gränser och nekad inresa (kapitel II), personal och resurser för gränskontroll och samarbete mellan medlemsstater (kapitel III), särskilda bestämmelser angående in- och utresekontroller (kapitel IV) och särskilda åtgärder i fall av allvarliga brister vad avser kontrollen av yttre gräns (kapitel IVa).

46. Direktiv 2008/115 är däremot tillämpligt när en person olagligen har rest in i Schengenområdet och denna person inte har rätt att vistas där.

47. I kodexen om Schengengränserna anges det numera [16] uttryckligen ett samband mellan denna kodex och direktiv 2008/115. Enligt artikel 12.1 andra meningen i kodexen ska nämligen en person som har passerat en gräns på olagligt sätt och som inte har rätt att vistas på den berörda medlemsstatens territorium gripas och bli föremål för förfaranden som respekterar direktiv 2008/115.

C – *Frihetsberövande med hänsyn till direktiv 2008/115*

48. Enligt kapitel IV, med rubriken ”Förvar inför avlägsnande”, i direktiv 2008/115 får förvar användas endast som en sista utväg, endast om det är absolut nödvändigt och i avvaktan på avlägsnande. [17] Bestämmelserna om förvar grundar sig på att ett frihetsberövande är berättigat endast för att förfarandena för återvändande och avlägsnande ska kunna genomföras och att det, om nämnda förfaranden inte genomförs med erforderlig omsorg, inte längre är berättigat att hålla en person i förvar enligt dessa bestämmelser. [18] Förvar inför avlägsnande utgör inte en bestraffning och har inte en straffrättslig karaktär och utgör inte heller ett fängelsestraff. [19] Vidare ska artikel 15.1 i direktiv 2008/115 tolkas restriktivt, eftersom förvar är en frihetsberövande åtgärd och således utgör ett undantag från den grundläggande rätten till personlig frihet. [20]

49. Vad beträffar förvar eller fängelse i situationer som inte avses i direktiv 2008/115, innehåller direktivet inte någon bestämmelse om medlemsstaternas möjlighet att använda förvar eller fängelse som straffrättslig påföljd i samband med en olaglig vistelse. Skälet till detta är enligt min mening uppenbart: Det finns inte något utrymme för en sådan påföljd om syftet med direktiv 2008/115 är att föreskriva regler för ett snabbt återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna. Varje förvarsåtgärd som inte vidtas eller fängelsestraff som inte döms ut inom ramen för ett återvändandeförfarande kommer till slut att försena förfarandet.

50. I målet El Dridi [21] anmodades domstolen att bedöma huruvida direktiv 2008/115 utgjorde hinder för lagstiftning i en medlemsstat, såsom den italienska lagstiftning som var i fråga i det nationella målet, enligt vilken en tredjelandsmedborgare som vistades olagligt i landet skulle dömas till fängelse enbart på den grunden att denne utan berättigade skäl hade stannat kvar i landet i strid mot en order att lämna denna medlemsstat inom viss tid. Domstolen slog fast att direktiv 2008/115, särskilt artiklarna 15 och 16 i nämnda direktiv, utgjorde hinder för sådan lagstiftning. [22]

16 — Det ska påpekas att några månader efter det att de faktiska omständigheterna i det nationella målet hade ägt rum, ändrades artikel 12.1 i kodexen om Schengengränserna just för att klargöra sambandet med direktiv 2008/115. Se artikel 1 led 11 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 610/2013 av den 26 juni 2013 om ändring av förordning nr 562/2006, Schengenavtalets tillämpningskonvention, rådets förordningar (EG) nr 1683/95 och (EG) nr 539/2001 och Europaparlamentets och rådets förordningar (EG) nr 767/2008 och (EG) nr 810/2009 (EUT L 182, 2013, s. 1).

17 — Artiklarna 15–18 i direktiv 2008/115.

18 — Se, för fler detaljer, punkterna 46–55 i mitt ställningstagande i målet Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

19 — Se punkt 47 i mitt ställningstagande i målet Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Se även punkt 35 i generaladvokaten Mazáks ställningstagande i målet El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205), punkt 54 i generaladvokaten Wathelets ställningstagande i målet G. och R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553), och punkt 91 i generaladvokaten Bots förslag till avgörande i målen Bero och Bouzalmate (C-473/13 och C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — Se punkt 47 i mitt ställningstagande i målet Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Vad beträffar artikel 5.1 f i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), har Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna gjort samma konstateranden (se, bland annat, Europadomstolens dom av den 22 mars 1995 i målet Quinn mot Frankrike, serie A, nr 311, § 42, och Europadomstolens dom av den 12 oktober 2006 i målet Kaya mot Rumänien, nr 33970/05, § 16).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 62 och domslutet).

51. I målet Achughbabian [23] ombads domstolen på nytt att avgöra huruvida direktiv 2008/115 utgjorde hinder för en sådan nationell lagstiftning som den franska lagstiftning som var aktuell i det nationella målet, [24] enligt vilken en tredjelandsmedborgare kunde dömas till fängelsestraff enbart med anledning av att dennes inresa till eller vistelse i Frankrike var olaglig. Domstolen slog på nytt fast att direktiv 2008/115 utgjorde hinder för en sådan lagstiftning, ”i den mån som en tredjelandsmedborgare som uppehåller sig olagligt i en medlemsstat och inte är beredd att lämna territoriet frivilligt, kan dömas till fängelse, när inga sådana tvångsmedel som avses i artikel 8 i direktivet har använts mot honom eller henne och, för det fall han eller hon hålls i förvar för att förbereda eller genomföra avlägsnandet, maxtiden för hållande i förvar inte har löpt ut”. [25] I det nationella målet hörde Alexandre Achughbabians situation till detta typfall.

52. Enligt domstolens resonemang i dessa båda mål, kunde fängelse äventyra fullgörandet av målet med direktiv 2008/115 och riskerade att hindra tillämpningen av de åtgärder som avses i artikel 8.1 i direktivet och att försena verkställigheten av återvändandebeslutet. [26]

53. I domen Achughbabian [27] tillade dock domstolen att direktiv 2008/115 inte utgjorde hinder för en medlemsstats lagstiftning, i vilken det föreskrivs straffrättsliga påföljder för olaglig vistelse, ”i den mån den tillåter att fängelsestraff döms ut för en tredjelandsmedborgare på vilken återvändandeförfarandet enligt [direktiv 2008/115] har tillämpats och som uppehåller sig på nämnda territorium olagligen utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända”. [28]

54. I domen Sagor [29] bekräftade därefter domstolen att beslut om och verkställighet av husarrest under ett återvändandeförfarande kunde ”försena och därigenom hindra sådana åtgärder för verkställighet av avlägsnandebeslutet som att utlänningen förs till gränsen eller tvångsåtersänds med flyg”. Vad beträffar åtal som följs av böter slog domstolen däremot fast att sådana böter inte utgjorde hinder för förfarandet för återvändande enligt direktiv 2008/115. [30] Domstolen konstaterade vidare att ”[e]tt beslut om att ålägga böter utgör … inte på något sätt hinder för att ett beslut om återvändande antas och verkställs, med iakttagande av de villkor som anges i artiklarna 6–8 i direktiv 2008/115. Ett beslut att ålägga böter har inte heller skadlig inverkan på de gemensamma normerna avseende frihetsberövande i artiklarna 15 och 16 i samma direktiv”. [31]

55. Nyligen, i målet Celaj [32], där Republiken Italien ville tillämpa straffrättsliga påföljder gentemot en tredjelandsmedborgare som vistades olagligt i medlemsstaten och på vilken de gemensamma normerna och förfarandena enligt direktiv 2008/115 redan hade tillämpats för att avsluta hans första olagliga vistelse där, och som sedan på nytt hade inrest i den medlemsstaten i strid med ett inreseförbud, slog domstolen fast att ”[o]mständigheterna i det aktuella målet skil[de] sig … klart från dem i målen El Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] och Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]” [33] och att direktiv 2008/115 ”i princip inte utg[jorde] hinder för lagstiftning i en

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Tidigare artikel 621-1 i lagen om inresa, vistelse och asylrätt.

25 — Dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 50 och första strecksatsen i domslutet).

26 — Se dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 59) och dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 45). För en analys av följderna av dessa båda mål för den nationella lagstiftaren på straffrättens område, se Mitsilegas, V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, s. 57–76.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Punkterna 48 och 50 samt andra strecksatsen i domslutet. Även om detta stycke även återfinns i domslutet utgör det enligt min mening ett tydligt *obiter dictum*, eftersom det inte har någon koppling till de faktiska omständigheterna i målet i fråga och avser en hypotetisk situation.

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

30 — Punkt 36.

31 — Punkt 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

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

medlemsstat enligt vilken det föreskrivs att en tredjelandsmedborgare som olagligt uppehåller sig i landet ska ådömas ett fängelsestraff, när vederbörande, efter att ha återvänt till sitt ursprungsland inom ramen för ett tidigare återvändandeförfarande, åter olagligen reser in i nämnda medlemsstat i strid med ett inreseförbud”. [34]

56. För att sammanfatta det ovanstående, har domstolen i sin praxis erkänt två situationer i vilka direktiv 2008/115 inte utgör hinder för att en tredjelandsmedborgare döms till fängelse på grund av att vederbörande vistas olagligt i landet, nämligen när återvändandeförfarandet enligt direktiv 2008/115 har tillämpats och tredjelandsmedborgaren uppehåller sig i landet olagligen utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända (”Achughbabian-situationen”) och när återvändandeförfarandet har tillämpats och den berörda personen åter reser in i denna medlemsstat i strid med ett inreseförbud (”Celaj-situationen”).

57. Sélina Affums fall hör inte till någon av dessa två situationer, eftersom det inte har tillämpats något återvändandeförfarande i hennes fall (”Achughbabian-situationen”) och eftersom det inte har skett någon ny inresa till Frankrike (”Celaj-situationen”).

58. De franska myndigheterna anser likväl att det är möjligt att döma henne till fängelse på grund av hennes olagliga inresa till Frankrike.

D – *Olaglig inresa med hänsyn till direktiv 2008/115*

1. Den franska lagstiftningen

59. Efter domstolens dom i målet Achughbabian [35] och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheternas dom i målet Mallah mot Frankrike, [36] har den franska regeringen genom lag nr 2012-1560 [37] anpassat sitt regelverk för avlägsnande av utlänningar som vistas olagligt i landet. Den har bland annat ändrat sin lagstiftning för att avskaffa brottet olaglig vistelse och inrätta ett förfarande för kvarhållande av utlänningar för att kontrollera deras uppehållsrätt. De franska myndigheterna har emellertid behållit brottet olaglig inresa vid olaglig passage av yttre gränser (artikel L. 621-2 punkt 1º i lagen om inresa, vistelse och asylrätt) och när en tredjelandsmedborgare rör sig i landet i strid med de villkor för utlänningars rörelsefrihet som fastställs i tillämpningskonventionen (artikel L. 621-2 punkt 2º i lagen om inresa, vistelse och asylrätt).

60. I förarbetena till lagförslaget har de franska myndigheterna uppgett att ”reglerna om passage av yttre gränser och om tredjelandsmedborgares rörelsefrihet mellan medlemsstaterna omfattas inte av tillämpningsområdet för direktiv [2008/115]”. [38]

34 — Punkt 33 och domslutet.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Se Europadomstolens dom av den 10 november 2011 i målet Mallah mot Frankrike, nr 29681/08. I det målet hade en marockansk medborgare, som dömdes för att ha inhyst sin svärson, som var en landsman som vistades olagligt i landet, gjort gällande att den fällande domen mot honom, med hänsyn till omständigheterna i det fallet, utgjorde en oproportionerlig inskränkning av utövandet av rätten till skydd för privat- och familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen. Det var enbart på grund av att den berörda personen hade medgetts påföljdseftergift som domstolen i Strasbourg fann att bestämmelserna i artikel 8 i Europakonventionen inte hade åsidosatts. Den franska lagstiftaren utvidgade följaktligen tillämpningsområdet för den straffrättsliga immunitet som föreskrivs i artikel L. 622-4 för medhjälp till olaglig inresa eller olaglig vistelse. Se punkt 2.2 i konsekvensbedömningen av den 21 september 2012 av lagförslaget om anpassning av bestämmelserna om avlägsnande av utlänningar som vistas olagligt i landet, vilken finns tillgänglig på följande webbadress: http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Lagen finns tillgänglig på följande webbadress: http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

38 — Förslag till lag om kvarhållande för att kontrollera uppehållsrätt och om ändring av reglerna för medhjälp till olaglig vistelse för att därifrån undanta humanitära och oegennyttiga åtgärder, registrerat vid senatens presidium den 28 september 2012, som finns tillgängligt på följande webbadress: http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (s. 6).

61. De franska myndigheterna anser nämligen att dessa regler ”vad beträffar passage av de yttre gränserna följer av … kodexen om Schengengränserna … i vilken det föreskrivs en skyldighet för medlemsstaterna att införa avskräckande sanktioner vid fastställda åsidosättanden vid gränsen, det vill säga vid nekad inresa till landet eller när en person grips eller hejdas i samband med olaglig gränspassage. Vad beträffar åsidosättanden av de regler som föreskrivs i [tillämpningskonventionen] om rörelsefrihet mellan medlemsstaterna, föreskrivs det i direktiv [2008/115] uttryckligen en möjlighet för medlemsstaterna att inte vidta en åtgärd för avlägsnande utan att använda mekanismerna för återtagande mellan de medlemsstater på vilka direktiv [2008/115] inte är tillämpligt, såsom anfördes av juge des référés du Conseil d’État [(domaren vid högsta domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder)] (EG, den 27 juni 2011, inrikesministeriet mot Lassoued, nr 350207)”. [39]

62. De franska myndigheterna har därav dragit slutsatsen att ”[d]essa fall omfattas faktiskt inte av den tolkning som Europeiska unionens domstol har gjort och som Cour de cassation (Högsta domstolen) stöder sig på och avskaffandet av sanktionsbestämmelserna strider mot unionsrättsliga bestämmelser”. [40]

2. Sélina Affums situation

63. För att motivera sin lagstiftning har de franska myndigheterna åberopat flera bestämmelser i direktiv 2008/115 och i kodexen om Schengengränserna, bestämmelser som jag kommer att analysera nedan innan jag anmodar domstolen att bekräfta att direktiv 2008/115 är tillämpligt. Enligt min mening är nämligen inga av de undantag eller begränsningar som föreskrivs i dessa två rättsakter relevanta i förevarande fall.

a) Artikel 2.2 a i direktiv 2008/115

64. Republiken Frankrike har åberopat artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 och gjort gällande att ett sådant fall som det nu aktuella faller utanför direktivets tillämpningsområde.

65. För det första ska det erinras om att artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 endast är tillämplig på yttre gränser, att gränsen mellan Belgien och Frankrike utgör en inre gräns och att Sélina Affum hejdades vid sin utresa från Frankrike vid den yttre gränsen mellan Frankrike och Förenade kungariket.

66. I det sammanhanget anser Republiken Frankrike att artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 är tillämplig vid olaglig passage av en medlemsstats yttre gräns, både vid inresa i och vid utresa från Schengenområdet.

67. I den mån som Republiken Frankrikes ståndpunkt tycks innebära att artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 omfattar den situation i vilken en person olagligt reser in i en medlemsstat via en inre gräns, men hejdas först i samband med sin utresa vid medlemsstatens yttre gräns, kan jag inte instämma i denna ståndpunkt.

68. Enligt min mening framgår det klart av ordalydelsen i denna bestämmelse att endast en olaglig inresa avses, eftersom den sista delen av meningen (”och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten”) i annat fall skulle sakna mening. [41]

39 — Ibidem (s. 6).

40 — Ibidem (s. 6).

41 — Om Republiken Frankrikes resonemang drevs till sin spets, skulle dessutom den situation i vilken en person olagligen har rest in i en medlemsstat via en inre gräns och hejdas av myndigheterna i denna medlemsstat, inte vid en yttre gräns, utan någon annanstans i landet, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115, eftersom personen inte har passerat någon yttre gräns. Enligt min mening är det inte konsekvent att behandla en person som befinner sig i Sélina Affums situation annorlunda.

69. I förevarande fall kan således Republiken Frankrike inte åberopa artikel 2.2 a i direktiv 2008/115.

b) Artikel 3 led 2 i direktiv 2008/115: den blotta genomresans karaktär av ”vistelse”

70. Den hänskjutande domstolen tycks vara osäker på huruvida den omständigheten att en tredjelandsmedborgare befinner sig i en medlemsstat som ingår i Schengenområdet endast i samband med en genomresa på väg till en annan medlemsstat, som inte ingår i Schengenområdet, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115.

71. Denna osäkerhet är inte befogad.

72. Enligt artikel 2.1 i direktiv 2008/115 ska detta direktiv tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium. ”Olaglig vistelse” definieras i artikel 3 led 2 i direktivet som ”vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa enligt artikel 5 i kodexen om Schengengränserna eller andra villkor för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten”.

73. Det framgår av dessa bestämmelser att en tredjelandsmedborgare, som befinner sig ombord på en buss utan att uppfylla villkoren för inresa, faktiskt befinner sig på den aktuella medlemsstatens territorium och vistas där olagligt. Huruvida tredjelandsmedborgaren befinner sig på genomresa är inte avgörande för konstaterandet att vistelsen är olaglig.

c) Artikel 6.3 i direktiv 2008/115

74. Enligt artikel 6.3 i direktiv 2008/115 får medlemsstaterna avstå från att utfärda ett beslut om återvändande om den berörda personen återtas av en annan medlemsstat enligt ”bilaterala avtal eller arrangemang” som gäller den dag direktivet träder i kraft.

75. Det ska påpekas, vilket direkt framgår av ordalydelsen i denna bestämmelse, att det i bestämmelsen endast anges att medlemsstaterna har möjlighet att avstå från att utfärda ett beslut om återvändande, men till skillnad från artikel 2 i direktiv 2008/115 definierar den inte på något sätt sitt tillämpningsområde. Artikel 6.3 i direktivet kan inte, såsom den franska regeringen tycks hävda, leda till att ingen av bestämmelserna i direktiv 2008/115 är tillämpliga på det nationella målet. En medlemsstat som åberopar artikel 6.3 i direktiv 2008/115 är tvärtom bunden av de övriga bestämmelserna i direktivet och är skyldig att säkerställa direktivets ändamålsenliga verkan fullt ut. Domstolens praxis rörande bestämmelserna i detta direktiv, särskilt rörande frihetsberövande av personer, fortsätter att vara tillämplig.

76. Artikel 6.3 i direktiv 2008/115 befriar således endast den berörda medlemsstaten från skyldigheten att utfärda ett beslut om återvändande enligt artikel 6.1 i direktivet. Beslut om överlämnande enligt arrangemanget utgör dock en av de åtgärder som föreskrivs i nämnda direktiv och ett förberedande steg inför ett återsändande från medlemsstaternas territorium i direktiv 2008/115.

77. Vad beträffar tolkningen av uttrycket bilaterala, föreslår jag att domstolen ska välja en tolkning av artikel 6.3 i direktiv 2008/115 som omfattar ett sådant arrangemang som det nu aktuella.[42] Trots att arrangemanget ingicks av fyra medlemsstater, behandlar det Beneluxområdet som ett enda territorium. Det kan således likställas med ett bilateralt avtal.

42 — Arrangemang mellan regeringarna i Konungariket Nederländerna, Konungariket Belgien och Storhertigdömet Luxemburg, å ena sidan, och Republiken Frankrikes regering, å andra sidan, beträffande ansvaret för personer som påträffas vid de gemensamma gränserna mellan Beneluxländerna och Frankrike. Texten till detta arrangemang finns tillgänglig på följande webbadress: http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

78. Enligt min mening är en sådan tolkning dessutom förenlig med principen i artikel 350 FEUF, enligt vilken bestämmelserna i fördragen inte ska hindra förekomsten och genomförandet av de regionala unionerna mellan Konungariket Belgien och Storhertigdömet Luxemburg samt mellan Konungariket Belgien, Storhertigdömet Luxemburg och Konungariket Nederländerna, i den mån syftena med dessa regionala unioner inte uppnås genom tillämpning av fördragen.

79. Om EUF-fördraget, genom denna bestämmelse, redan tar hänsyn till Benelux specifika situation, bör domstolen göra detsamma i sin tolkning av artikel 6.3 i direktiv 2008/115.

d) Artikel 4.3 i kodexen om Schengengränserna

80. Republiken Frankrike har även åberopat artikel 4.3 i kodexen om Schengengränserna, enligt vilken medlemsstaterna ska införa sanktioner för passage utan tillstånd av de yttre gränserna utanför gränsövergångsställena och de fasta öppethållandetiderna.

81. Denna bestämmelse är inte tillämplig i förevarande fall, eftersom Sélina Affum inte på något sätt har försökt att passera gränsen utanför gränsövergångsställena eller de fasta öppethållandetiderna.

82. Det finns enligt min mening ingen anledning att, såsom Republiken Frankrike har föreslagit, inte tolka denna bestämmelse ordagrant och inbegripa även gränsövergångsställen, eftersom det i artikel 4 i kodexen om Schengengränserna just föreskrivs en skillnad i behandling mellan gränspassage vid gränsövergångsställen och under fastställda öppethållandetider (artikel 4.1) och gränspassage utanför dessa gränsövergångsställen och dessa öppethållandetider (artikel 4.2). Med andra ord anser jag inte att det föreligger något teleologiskt skäl som skulle kunna tala mot en bokstavlig och systematisk tolkning av artikel 4 i kodexen om Schengengränserna.

83. I det sammanhanget vill jag erinra om att en person som olagligen har passerat en gräns och som inte har rätt att vistas i den berörda medlemsstaten således omfattas av direktiv 2008/115.[43]

84. Direktiv 2008/115 är följaktligen tillämpligt på Sélina Affums situation. Som jag redan har påpekat i punkt 57 i detta förslag till avgörande, hör hennes fall inte till någon av de situationer i vilka domstolen har slagit fast att direktiv 2008/115 inte utgör hinder för att sätta en tredjelandsmedborgare i fängelse. En person som befinner sig i Sélina Affums situation får följaktligen inte sättas i fängelse enbart på grund av att personen vistas olagligt i Frankrike.

V – **Förslag till avgörande**

85. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som Cour de cassation ( ) har ställt enligt följande:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna, särskilt artiklarna 6.3, 15 och 16 i direktivet, ska tolkas så, att det utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som föreskriver fängelsestraff för en tredjelandsmedborgare som gör sig skyldig till olaglig inresa, när denna person har hejdats i samband med sin utresa från Schengenområdet vid medlemsstatens yttre gräns då vederbörande var på genomresa från en annan medlemsstat, och när personen kan återtas av denna andra medlemsstat med tillämpning av ett arrangemang som ingåtts med sistnämnda medlemsstat före ikraftträdandet av direktiv 2008/115.

43 — Se även punkt 46 i detta förslag till avgörande.