



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MACIJEJA SZPUNARJA,
predstavljeni 28. aprila 2015¹

Zadeva C-290/14

Skerdjan Celaj(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Tribunale di Firenze (Italija))

„Območje svobode, varnosti in pravice — Direktiva 2008/115/ES — Vrnitev nezakonito prebivajočega državljana tretje države — Člena 15 in 16 — Nacionalna zakonodaja, v kateri je določena zaporna kazen za nezakonito prebivajočega državljana tretje države v primeru ponovnega vstopa — Združljivost“

Uvod

1. „Je zločin, če si tujec? Mislim, da ne.“
2. Tako se konča skupno delno odklonilno ločeno mnenje šestih sodnikov Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) v ključni zadevi Sadi proti Združenemu kraljestvu.²
3. V istem smislu Agencija Evropske unije za temeljne pravice meni, da „[z]golj dejstva, da je nekdo nezakonit migrant, ne bi nikoli smeli šteti za zadosten razlog za pridržanje“.³
4. Pregon in kaznovanje državljanov tretjih držav, ki nezakonito prebivajo na ozemlju države članice, je predmet burnih razprav. Celo organi, ki so ob upoštevanju pravnih pravil odgovorni za presojo, se pogosto ne morejo upreti skušnjavi in jih v argumentaciji zanese v pravno *politiko*, kot se skuša prikazati z gornjima navedbama.
5. Obravnavana zadeva se nanaša na državljana tretje države, ki nezakonito prebiva na ozemlju države članice, po tem ko je ponovno vstopil na ozemlje te države članice kljub prepovedi vstopa, ki je bila izdana hkrati z odločbo o vrnitvi na podlagi Direktive 2008/115/ES.⁴ Sodišče mora odločiti o vprašanju, ali Direktiva 2008/115 nasprotuje zaporni kazni za to osebo.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

2 — Glej skupno delno odklonilno ločeno mnenje sodnika Rozakisa, sodnice Tulkens, sodnikov Kovlerja, Hajiyeva in Spielmanna ter sodnice Hirvelä v sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 28. januarja 2008 v zadevi Sadi proti Združenemu kraljestvu (veliki senat) (pritožba št. 13229/03, točka 65).

3 — Glej *Pridržanje državljana tretje države v postopkih vrnitve*, poročilo Agencije Evropske unije za temeljne pravice, 2011, str. 19, dostopno na: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf. Ta navedba je podana zgolj v kontekstu upravnega pridržanja, zaradi česar menim, da se mora toliko bolj uporabljati v zvezi s kazenskimi sankcijami.

4 — 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 2008 L 348, str. 98).

6. Predlagam,⁵ naj Sodišče precizira in pojasni sodno prakso, ki se je začela z zadevo El Dridi⁶ ter nadaljevala z zadevama Achughbabian⁷ in Sagor⁸, tako da si pomaga s glavnim ciljem Direktive, ki je vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav. Sodišče bi moralo razsoditi, da Direktiva 2008/115 nasprotuje taki kazenski sankciji, ne zaradi političnih premislekov, kakršni so navedeni zgoraj, ampak v interesu učinkovitosti Direktive 2008/115.

Pravni okvir

Pravo Evropske unije

7. Namen Direktive 2008/115 je določen v členu 1, naslovljenem „Predmet urejanja“:

„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.“

8. Člen 2 Direktive 2008/115, naslovljen „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 zavržen 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.

[...]“

9. Člen 3 te direktive, naslovljen „Opredelitev pojmov“, določa:

„Za namene te direktive [...]:

[...]

- 2. ‚nezakonito prebivanje‘ pomeni prisotnost državljan tretje države na ozemlju države članice, ki ne izpolnjuje ali ne izpolnjuje več pogojev [...] vstop, bivanje ali stalno prebivališče v tej državi članici;

5 — Pri tem bom naredil vse, da se bom osredotočil na pravne argumente, povezane z Direktivo 2008/115, ne pa na politične premisleke, kakršni so navedeni v točkah 1 in 2 teh sklepnih predlogov.

6 — Sodba El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

7 — Sodba Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

8 — Sodba Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777).

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;
6. ‚prepoved vstopa‘ pomeni upravno ali sodno odločbo ali akt, ki prepoveduje vstop in prebivanje na ozemlju držav članic za določeno obdobje, skupaj z odločbo o vrnitvi;

[...]“

10. Člen 6(1) Direktive 2008/115, naslovljen „Odločba o vrnitvi“, določa:

„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.“

11. Člen 8(1) Direktive 2008/115 določa, da „[d]ržave 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.“

12. Člen 11 te direktive, naslovljen „Prepoved vstopa“, določa:

„1. Odločbam o vrnitvi se priloži prepoved vstopa, če:

- (a) obdobje za prostovoljni odhod ni bilo odobreno, ali
- (b) obveznost vrnitve ni bila spoštovana.

V drugih primerih se odločbam o vrnitvi lahko priloži prepoved vstopa.

2. Trajanje prepovedi vstopa se določi ob upoštevanju vseh ustreznih okoliščin posameznega primera in načeloma ne traja več kot pet let. Pet let se lahko prekorači, če državljan tretje države predstavlja resno grožnjo javnemu redu, javni varnosti ali državni varnosti.

3. Države članice preučijo preklic ali začasen odlog prepovedi vstopa, če lahko državljan tretje države, za katerega je bila izdana prepoved vstopa v skladu z drugim pododstavkom odstavka 1, dokaže, da je zapustil ozemlje države članice v celoti v skladu z odločbo o vrnitvi.

Za žrtve nedovoljene trgovine z ljudmi, katerim je bilo odobreno dovoljenje za prebivanje po Direktivi Sveta 2004/81/ES z dne 29. aprila 2004 o dovoljenju za prebivanje, izdanem prebivalcem tretjih držav, ki so žrtve nedovoljene trgovine z ljudmi ali so bili predmet dejanj omogočanja nezakonitega priseljevanja, ki sodelujejo s pristojnimi organi,⁹ ne velja prepoved vstopa, brez poseganja v točko (b) prvega pododstavka odstavka 1 in pod pogojem, da zadevni državljani tretje države ne predstavljajo grožnje za javni red, javno varnost ali nacionalno varnost.

Države članice se lahko v posameznih primerih vzdržijo izdaje prepovedi vstopa, jo prekličijo ali začasno odložijo iz humanitarnih razlogov.

Države članice lahko v posameznih primerih ali določenih vrstah primerov prekličijo ali začasno odložijo prepoved vstopa iz drugih razlogov.

4. Kadar država članica obravnava izdajo dovoljenja za prebivanje ali drugo dovoljenje, ki zagotavlja pravico do prebivanja državljanu tretje države, za katerega je druga država članica izdala prepoved vstopa, se najprej posvetuje z državo članico, ki je prepoved vstopa izdala, in upošteva njene interese v skladu s členom 25 Konvencije o izvajanju schengenskega sporazuma.¹⁰

5. Odstavki 1 do 4 se uporabljajo brez poseganja v pravico do mednarodne zaščite v državah članicah v skladu s členom 2(a) Direktive Sveta 2004/83/ES z dne 29. aprila 2004 o minimalnih standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca ali osebe, ki iz drugih razlogov potrebuje mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite.¹¹

13. Člen 15(1) Direktive 2008/115 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 državljani 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.“

Italijansko pravo

14. Člen 13(13) zakonske uredbe št. 286 z dne 25. julija 1998 določa, da „se tujec, ki mu je bil izrečen ukrep izгона, ne more ponovno vrniti na ozemlje države brez posebnega dovoljenja ministrstva za notranje zadeve. V primeru kršitve je tujec kaznovan z zaporno kaznijo od enega do štirih let in izgnan s takojšnjim spremstvom do meje.“

Dejansko stanje, postopek in vprašanje za predhodno odločanje

15. S. Celaj, albanski državljani, je neznanega dne vstopil na ozemlje Italije. Italijanski organi so ga 26. avgusta 2011 aretirali zaradi poskusa ropa, zaradi katerega je bil obsojen na enoletno zaporno kazen (pogojna obsodba) in denarno kazen 400 EUR. Ta sodba je postala pravnomočna 15. marca 2012.

9 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 7, str. 69.

10 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 2, str. 9.

11 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 7, str. 96.

16. 17. aprila 2012 je prefekt Firenc izdal odredbo o odstranitvi, kvestor Firenc pa odločbo o odstranitvi s prepovedjo ponovnega vstopa za obdobje treh let. Prefekt Firenc je v odredbi navedel, da je bilo treba izključiti možnost prostovoljne vrnitve, saj so okoliščine zadeve S. Celaja narekovale takojšnjo odstranitev. Slednji namreč ni zaprosil za odobritev obdobja za prostovoljni odhod, v katerem bi prostovoljno zapustil državo, obstajala pa je nevarnost pobega, ker ni bilo dokumentacije o tem, da ima preskrbljeno prebivališče.

17. Ker ni bilo na voljo letalskega prevoznika in ker S. Celaja ni bilo možno namestiti v centru za začasno namestitvev, ni bil odstranjen, kvestor Firenc pa mu je odredil, naj zapusti nacionalno ozemlje, saj mu bodo v nasprotnem primeru naložene zakonsko predpisane sankcije.

18. S. Celaj je nato ostal v Italiji. Med 27. julijem 2012 in 30. avgustom 2012 so ga trikrat identificirali na treh različnih krajih in ob teh priložnostih ovadili v zvezi s statusom nezakonitega priseljenca in zaradi gojenja narkotičnih drog.

19. S. Celaj se je 4. septembra 2012 prijavil na mejni policijski postaji v Brindisiju in prostovoljno zapustil nacionalno ozemlje.

20. Nato je ponovno vstopil na ozemlje Italije. 14. februarja 2014 so ga karabinjerji s postaje San Piero a Sieve, ki so opravljali kontrolo na lokalni železniški postaji, aretirali zaradi kršitve člena 13(13) zakonske uredbe št. 286/1998.

21. Državni tožilec je proti njemu sprožil kazenski postopek pred Tribunale di Firenze (okrožno sodišče v Firencah) in na podlagi člena 13(13) zakonske uredbe št. 286/1998 predlagal izrek zaporne kazni osem mesecev.

22. V okviru tega postopka je Tribunale di Firenze z odločbo z dne 22. maja 2014, ki je na Sodišče prispela 12. junija 2014, temu v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali določbe Direktive 2008/115 nasprotujejo obstoju nacionalnih predpisov držav članic, ki določajo izrek zaporne kazni do štirih let za državljana tretje države, ki je po vrnitvi, in sicer ne zaradi kazenske sankcije niti zaradi posledice kazenske sankcije, ponovno vstopil na ozemlje države in s tem kršil zakonito prepoved ponovnega vstopa, ne da bi bili proti njemu predhodno izrečeni prisilni ukrepi iz člena 8 Direktive 2008/115 za njegovo hitro in učinkovito odstranitev?“

23. Vlade Češke republike, Nemčije, Grčije, Italije, Norveške in Švice ter Evropska komisija so predložile pisna stališča.

Presoja

24. Sodišče je ponovno pozvano, naj odloči o skladnosti nacionalne kazenske sankcije z določbami Direktive 2008/115. Tokrat gre za nacionalno kazensko sankcijo v obliki zaporne kazni, ki se izreče državljanu tretje države samo zato, ker je, potem ko se je v prejšnjem postopku vrnitve iz države članice vrnil v svojo izvorno državo, ponovno vstopil na ozemlje zadevne države članice.

25. Sodišče je večkrat razsodilo, da kazenska zakonodaja in predpisi kazenskega postopka načeloma spadajo v pristojnost držav članic, in čeprav ne Direktiva 2008/115 ne njena pravna podlaga¹² ne izključujeta kazenske pristojnosti držav članic na področju nezakonitega priseljevanja in prebivanja, države članice ne smejo uporabiti kazenske zakonodaje, ki lahko ogroža uresničitev ciljev Direktive 2008/115, in tej odvzame polni učinek.¹³

26. Preden preuči vlogo nacionalnega prava, ki je sporno v postopku v glavni stvari, bi za namene te zadeve na kratko spomnil na sistem, vzpostavljen z Direktivo 2008/115, in sodno prakso Sodišča v zvezi s kazenskimi sankcijami v okviru te direktive.

Sistem vrnitve, odstranitve in pridržanja, vzpostavljen z Direktivo 2008/115

27. Postopek vrnitve, vzpostavljen z Direktivo 2008/115, je Sodišče že obširno opisalo v številnih zadevah, o katerih je odločalo.¹⁴ Zato sem lahko v tej fazi kratek in se za namen obravnavane zadeve omejim na ključne elemente.

28. V skladu z njeno uvodno izjavo 2 je cilj Direktive 2008/115 ustanovitev učinkovite politike odstranitve in repatriacije, ki temelji na skupnih standardih, da se osebe vrnejo na human način in ob polnem spoštovanju njihovih temeljnih pravic in dostojanstva.¹⁵ V ta namen je z njo vzpostavljen postopek vrnitve, ki se osredotoča na odločbo o vrnitvi, ki pomeni njegov začetek in ki jo morajo države članice na podlagi člena 6(1) Direktive 2008/115¹⁶ izdati vsakemu državljanu tretje države, ki nezakonito prebiva na njihovem ozemlju.¹⁷ Ta določba pomeni temeljni element Direktive.¹⁸

29. Postopek, ki sledi, temelji na načelu sorazmernosti:¹⁹ v ta namen je odstranitev, torej izvršitev obveznosti vrnitve s fizičnim prevozom iz države članice²⁰ mogoča, le če prostovoljni odhod ni mogoč ali ni uspešen,²¹ k pridržanju pa se je mogoče zateči samo izjemoma – le če je nujno potrebno in le pred odstranitvijo.²² Temeljni namen določb o pridržanju je, da samo postopki za vrnitev in odstranitev upravičujejo odvzem prostosti, ter da, če ti postopki niso vodeni s potrebno skrbnostjo,

12 — Člen 63, točka (3)(b), ES, povzet v členu 79(2)(c) PDEU. Glede zakonodajnega predloga glej moje stališče v zadevi Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, točka 45 in opomba 12).

13 — Glej zlasti sodbo Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 33).

14 — Glej na primer sodbo El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, točka 34 in naslednje).

15 — Za več podrobnosti o virih navdiha za direktivo, kakršna sta sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice in „Dvajset vodilnih načel o prisilnem vračanju“, ki jih je 4. maja 2005 sprejel Odbor ministrov Sveta Evrope, glej moje stališče v zadevi Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, točka 45).

16 — Glej sodbo Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 31). V angleškem besedilu Direktive je uporabljen opisni izraz „shall“. O obveznem značaju člena 6 Direktive 2008/115 glej tudi Slama, S., *La transposition de la directive „retour“: vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers?*, v: L. Dubin, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant 2012, str. 289–345, na str. 330.

17 — Ta dolžnost ne posega v številne izjeme, našteje v odstavkih od 2 do 5 istega člena. Poleg tega je s členom 6(6) državam članicam dovoljeno sprejeti odločbo prenehanju zakonitega prebivanja skupaj z odločbo o vrnitvi.

18 — Glej tudi Hörich, D., *Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme*, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2011, str. 281–286, na str. 283.

19 — Glej uvodni izjavi 13 in 16 Direktive 2008/115. Glej tudi sodbo El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, točka 41).

20 — Člena 3(5) in 8 Direktive 2008/115.

21 — Glej člen 7 Direktive 2008/115.

22 — Glej Poglavlje IV: Pridržanje z namenom odstranitve, členi od 15 do 18 Direktive 2008/115.

pridrzanje v skladu s temi določbami ni več upravičeno.²³ Kot sem že poudaril v svojem stališču v zadevi Mahdi,²⁴ pridržanje z namenom odstranitve ni niti kaznovalne niti kazenske narave niti ni zaporna kazen.²⁵ Poleg tega je treba člen 15(1) Direktive 2008/115 razlagati ozko, saj je prisilno pridržanje kot odvzem prostosti izjema od temeljne pravice do osebne svobode.²⁶

Dovoljeno pridržanje ali zaporna kazen izven položajev iz Direktive 2008/115

30. Tako v Direktivi niso vsebovane določbe, ki bi državam članicam omogočale, da se v zvezi z nezakonitim prebivanjem zatečejo k pridržanju ali zaporni kazni kot kazenski sankciji. Menim, da je jasno, zakaj je tako: če je cilj Direktive zagotoviti hitro vrnitev nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, ni prostora za tako sankcijo. Kakršno koli pridržanje ali zaporna kazen, ki ni določena kot del postopka vrnitve, bo v končni fazi privedla do zamude v takem postopku.

31. Kot je dobro znano in je bilo že navedeno v uvodu teh sklepnih predlogov, glede tega obstaja tudi sodna praksa Sodišča. Vendar do zdaj še ni bilo zadeve, v kateri bi Sodišče na podlagi dejanskega stanja v postopku v glavni stvari razsodilo, da je pridržanje ali zaporna kazen kot kazenska sankcija v skladu z Direktivo 2008/115.

Dosedanja sodna praksa: od sodbe El Dridi prek sodbe Achughbabian do sodbe Sagor

32. V zadevi El Dridi²⁷ je bilo Sodišče pozvano, naj presodi, ali Direktiva 2008/115 nasprotuje nacionalni zakonodaji, kakršna je bila italijanska zakonodaja v postopku v glavni stvari v tisti zadevi,²⁸ ki je določala, da se nezakonito prebivajočemu državljanu tretje države izreče zaporna kazen samo zato, ker ta brez utemeljenega razloga ostane na ozemlju Italije in tako krši odredbo o zapustitvi tega ozemlja v predpisanem roku. Sodišče je razsodilo, da Direktiva, zlasti njena člena 15 in 16, zares nasprotuje taki zakonodaji.²⁹

33. V zadevi Achughbabian³⁰ je bilo Sodišče ponovno pozvano, naj odloči, ali Direktiva 2008/115 nasprotuje nacionalni zakonodaji, kakršna je bila francoska zakonodaja v postopku v glavni stvari v tisti zadevi,³¹ ki je določala izrek zaporne kazni za državljana tretje države samo zato, ker je nezakonito vstopil na ozemlje Francije ali tam prebival. Sodišče je ponovno razsodilo, da Direktiva nasprotuje taki zakonodaji „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“.³² Položaj A. Achughbabiana v postopku v glavni stvari je spadal v to kategorijo.

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

24 — C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936.

25 — Prav tam (točka 47) in sklepní predlogi generalnega pravobranilca Y. Bota v združenih zadevah Bero in Bouzalmate (C-473/13 in C-514/13, EU:C:2014:295, točka 91); stališče generalnega pravobranilca J. Mazáka v zadevi El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205, točka 35) in stališče generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi G. in R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553, točka 54).

26 — Glej moje stališče v zadevi Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, točka 47) in stališče generalnega pravobranilca J. Mazáka v zadevi Kadzoev (C-357/09 PPU, EU:C:2009:691, točka 70). V zvezi s členom 5(1)(f) EKČP je ESČP razsodilo enako (glej na primer sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 22. marca 1995 v zadevi Quinn proti Franciji, Series A št. 311, točka 42, in z dne 12. oktobra 2006 v zadevi Kaya proti Romuniji, pritožba št. 33970/05, točka 16).

27 — Sodba El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

28 — Sporne so bile druge določbe iste uredbe kot v obravnavani zadevi.

29 — Prav tam, točka 62 in izrek.

30 — Sodba Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

31 — Člen francoskega Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda).

32 — Prav tam, točka 50 in prva alineja izreka.

34. Obrazložitev Sodišča v teh dveh zadevah je bila, da lahko zaporna kazen ogroža uresničitev cilja Direktive, ter onemogoči uporabo ukrepov iz člena 8(1) Direktive 2008/115 in zavleče izvršitev odločbe o vrnitvi.³³

35. Poleg tega je Sodišče v zadevi Achughbabian nekoliko širše ubesedilo svoje razmišljanje kot v zadevi El Dridi: navedlo je, da se ta ugotovitev nanaša tudi na *sprejetje* odločbe o vrnitvi. Rzsodilo je, da „mora biti [...] obveznost držav članic iz člena 8 te direktive, da v primerih iz odstavka 1 tega člena izvedejo odstranitev[, čim hitreje izpolnjena]. Tako pa gotovo ne bi bilo, če bi zadevna država članica, potem ko bi ugotovila nezakonito prebivanje državljana tretje države, pred izvršitvijo odločbe o vrnitvi *ali celo pred sprejetjem te odločbe*³⁴ uvedla kazenski pregon in nato po potrebi izrekla zaporno kazen“.³⁵

36. Ta razvoj od zadeve El Dridi do zadeve Achughbabian je pomemben in se bom k njemu vrnil spodaj.³⁶

37. Poleg tega je zanimivo ugotoviti – ni pa mi jasno, zakaj je tako – zakaj se Sodišče v obrazložitvi in prvi alineji izreka ni več sklicevalo na člena 15 in 16 Direktive 2008/115, medtem ko je v zadevi El Dridi to storilo.³⁷ Tudi k tej točki se bom vrnil spodaj.³⁸

38. V zadevi Sagor je Sodišče potrdilo, da kazen hišnega zavora, ki je bila izrečena in izvršena med postopkom vračanja, „lahko [...] zavleče in s tem ovira ukrepe, kot sta spremstvo do državne meje in prisilno vračanje z letalskim prevozom, ki pa prispevajo k odstranitvi“.³⁹

39. Vendar se zadeva Achughbabian⁴⁰ ni končala z zgoraj navedeno trditvijo. Čeprav ni bilo povezave z dejanskim stanjem v postopku v glavni stvari, je Sodišče v nadaljevanju ugotovilo, da Direktiva 2008/115 ne nasprotuje zakonodaji države članice, s katero so določene 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“.⁴¹

40. Še enkrat je treba poudariti, da je bilo v zadevah El Dridi⁴² in Achughbabian⁴³ dejansko stanje tako, da se postopek vrnitve *ni* v celoti izvedel.⁴⁴

33 — 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). Številni avtorji v akademski sferi omenjajo paradoks v takem razmišljanju. Glej na primer Spitaleri, F., *Il rimpatrio dell'immigrato in condizione irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione europea*, v: S. Amadeo (ur.), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015 (pred izidom), str. 17: „ricostruzioni abbastanza paradossali“; Leboeuf, L., *La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt El Dridi*, v: *Revue du droit des étrangers*, 2011, str. 181–191, na str. 191: „Paradoxalement, l'objectif de gestion efficace des flux migratoires permet à la Cour de justice de s'opposer à la pénalisation du séjour irrégulier“. Drugi opažajo celo nekaj cinizma; glej Kauff-Gazin, F., *La directive «retour» au secours des étrangers?: de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011*, v: *Europe* št. 6, junij 2011, str. 1–13, na str. 12: „Cet argumentaire suscite la critique à la fois par son cynisme et par son manque d'audace“. Menim, da je tak paradoks res mogoče zaznati, če se osredotočimo na domnevne interese zadevnih posameznikov, ne pa na pravne obveznosti držav članic, ki izhajajo iz Direktive. Vendar so edini interesi zadevnih posameznikov, ki jih štiti Direktiva, jamstva njihovih temeljnih pravic v postopku, za katera velja načelo sorazmernosti.

34 — Moj poudarek.

35 — Glej sodbo Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 45).

36 — V točki 51 teh sklepnih predlogov.

37 — Sodba El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268). Vendar se je Sodišče pozneje v sodbi Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, točka 36) in ponovno v sklepu Mbaye (C-522/11, EU:C:2013:190, točka 28) sklicevalo na člena 15 in 16 Direktive 2008/115 kot del svoje obrazložitve.

38 — V točki 60 teh sklepnih predlogov.

39 — Sodba Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, točka 45).

40 — Sodba Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

41 — Prav tam (točki 48 in 50 ter druga alineja izreka). Čeprav je ta del tudi del izreka v zadevi, zame vsekakor pomeni *obiter dictum*, saj ni povezan z dejanskim stanjem sporne zadeve in se nanaša na hipotetičen položaj.

42 — Sodba El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

43 — Sodba Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

44 — Na to opozarja tudi Picciché, F., *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato alla luce della Direttiva 2008/115/CE*, v: *Rivista penale* 7-8-2012, str. 712–715, na str. 715.

41. Pozneje je Sodišče v zadevi Sagor v zvezi s kazenskim pregonom, ki je privedel do denarne kazni, rzsodilo, da taka kazen ne more ovirati postopka vračanja, določenega z Direktivo 2008/115.⁴⁵ V nadaljevanju je navedlo, 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“.⁴⁶

42. Uporaba izraza „sprejetje“⁴⁷ je pomenljiva, saj kaže, da je obveznost sprejetja odločbe o vrnitvi trajna. Prav tako kaže, da je razlikovanje med tem, ali postopek vračanja poteka ali ne, umetno. Tudi če postopek vrnitve ne poteka, so pa izpolnjene zahteve iz člena 6, bi ga bilo treba začeti.

Zaporna kazen kot posledica ponovnega vstopa

43. Vrnimo se zdaj k sporni zadevi.

44. Predložitveno sodišče je ugotovilo, da S. Celaj nezakonito prebiva na ozemlju Italije. Na podlagi člena 2(1) Direktive 2008/115 se torej Direktiva uporabi. Ne uporabi se nobena od izjem iz člena 2(2) in (3). Zlasti nič ne kaže, da za S. Celaja velja zavrnitev vstopa v skladu s členom 13 Zakonika o schengenskih mejah.⁴⁸

45. S tem se v obravnavani zadevi poraja vprašanje, ali lahko italijanski organi S. Celaju izrečejo zaporno kazen.

46. Po mnenju italijanske, češke, nemške, grške, norveške in švicarske vlade ter Komisije je to mogoče. Menijo, da se dejansko stanje v tej zadevi razlikuje od tistega v zadevah El Dridi in Achughbadian. Čeprav se njihove trditve v nekaterih podrobnostih razhajajo, menijo, da je treba razlikovati med državljanom tretje države, ko prvič vstopi na ozemlje države članice in ko ponovno vstopi po tem, ko je bil izveden postopek vrnitve. V prvem primeru država članica mora uporabiti Direktivo 2008/115, v drugem primeru pa bi lahko poskušala izreči zaporno kazen, da bi državljana tretje države odvrnila od ponovnega nezakonitega vstopa na svoje ozemlje.

47. Po drugi strani pa predložitveno sodišče meni, da vrednostna sodba o konceptualnih in strukturnih razlikah med različnimi položaji, v katerih se lahko znajde tuji državljan glede na to, ali je njegova prisotnost na nacionalnem ozemlju posledica nezakonitega vstopa ali ponovnega vstopa po prejšnji odločbi o odstranitvi, ni pomembna.

48. Strinjam se s pristopom predložitvenega sodišča in Sodišče opozarjam, da je tak pristop popolnoma v skladu z njegovo dosedanjo sodno prakso.

49. Namen Direktive 2008/115, ki je izrecno in nedvoumno naveden v njenem členu 1, je vrnitev nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav. Države članice imajo stalno dolžnost, da uvedejo postopek vrnitve, izdajo odločbo o vrnitvi in nato nadaljujejo tak postopek v skladu z načelom sorazmernosti.

45 — Sodba Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, točka 36).

46 — Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, točka 36).

47 — (Zadeva le angleško različico teh sklepnih predlogov.)

48 — Uredba (ES) št. 562/2006 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).

50. V Direktivi ni razlikovanja glede na to, kolikokrat poskuša državljan tretje države vstopiti na ozemlje države članice, za kar obstaja dober razlog: vprašanja, povezana z nezakonitim vstopom, so v prvi vrsti in zlasti predmet zakonodaje Unije o vstopu, kakršna je Zakonik o schengenskih mejah. Vendar ko je državljan tretje države na ozemlju države članice in se ugotovi, da je tam nezakonito, ga je treba vrniti.⁴⁹ Obveznosti držav članic kot posledica člena 6 in naslednjih Direktive 2008/115 so nenehne, trajne in se uporabljajo neprekinjeno v tem smislu, da do njih pride avtomatično, takoj ko so izpolnjeni pogoji iz teh členov. Če bi, ko se ugotovi, da državljan tretje države nezakonito prebiva na ozemlju države članice, ta država članica ne sprejela odločbe o vrnitvi, ampak bi zadevno osebo zaprla, bi dejansko ne izpolnjevala svojih obveznosti na podlagi Direktive.

51. Zdi se, da se Sodišče tega popolnoma zaveda, kot je razvidno iz obrazložitve v zadevi Achughbadian,⁵⁰ v kateri je navedlo, da pred sprejetjem odločbe o vrnitvi ne bi smela biti izrečena kazenska sankcija.

52. Izrek zaporne kazni državljanu tretje države iz drugih razlogov, kot so navedeni v Direktivi, v bistvu pomeni enostransko začasno neizvrševanje Direktive zadevne države članice. Sodišče opozarjam, da tako neizvrševanje Direktive ni sprejemljivo.

Prepoved vstopa

53. Kako je treba v teh okoliščinah oceniti prepoved vstopa?

54. Sodna praksa o tem vprašanju je redka in daje le malo usmeritev za to zadevo.⁵¹

55. Prepoved vstopa je z Direktivo opredeljena kot upravna ali sodna odločba ali akt, ki prepoveduje vstop in prebivanje na ozemlju držav članic za določeno obdobje.⁵² Iz člena 11 Direktive 2008/115 je jasno razvidno, da prepoved vstopa spremlja odločbo o vrnitvi. Zato odločbo o vrnitvi zgolj dopolnjuje.⁵³

56. Kot je navedeno zgoraj, se Direktiva 2008/115 nanaša na vrnitev nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav. Vprašanja vstopa na ozemlje Evropske unije so v prvi vrsti in zlasti predmet zakonodaje schengenskega *pravnega reda*⁵⁴ in zlasti Zakonika o schengenskih mejah.⁵⁵ Zato čeprav sta politiki Unije o vstopu in vračanju nerazdružljivo povezani, ne bi smeli pozabiti, da sta urejeni z ločenima pravnima aktoma. To je jasno navedeno tudi v členu 2(2)(a) Direktive, v skladu s katerim se lahko države članice odločijo, da Direktive ne uporabljajo za državljane tretjih držav, ki jim je bil

49 — Seveda brez poseganja v izjeme iz člena 6, od (2) do (5), Direktive 2008/115.

50 — Glej sodbo Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 45), navedeno zgoraj v točki 34.

51 — Vprašanja, na katera je Sodišče do zdaj moralo odgovoriti, so bila osredotočena na omejitve trajanja prepovedi vstopa in na datum prenosa direktive; glej sodbo Filev in Osmani (C-297/12, EU:C:2013:569).

52 — Glej člen 3, točka 6, Direktive 2008/115. Poudariti je treba, da to velja samo za države članice, ki so del schengenskega sistema; glej tudi uvodni izjavi 25 in 26 Direktive 2008/115.

53 — Glej tudi Martucci, F., *La directive "retour": la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes*, v: Revue trimestrielle du droit européen, 2009, str. 47–67, na str. 50.

54 — Za zgoščen pregled glej sklepne predloge generalne pravobranilke E. Sharpston v zadevi Zh. in O (C-554/13, EU:C:2015:94, točka 3 in naslednje). Glej tudi Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 3. izdaja., Oxford, OUP 2011, str. 136 in naslednje.

55 — V tem zakoniku so našteve kategorije oseb, ki jim je treba zavrniti vstop, in naložena dolžnost mejnim policistom, da preprečijo nezakonit vstop državljanov tretjih držav: glej člen 13 Zakonika. Dalje je treba opozoriti, da se ta Zakonik večkrat sklicuje na tako imenovani „razpis ukrepov SIS“ (SIS = schengenski informacijski sistem). Pravno razmerje med zavrnitvijo vstopa na podlagi takega razpisa ukrepov in prepovedjo vstopa na podlagi Direktive 2008/115 ni zelo jasno; glej tudi Boeles, P., *Entry Bans and SIS-alerts*, v: K. Zwaan (ur.), *The Returns Directive: central themes, problem issues and implementation in selected Member States*, WLP, Nijmegen, 2011, str. 39–45, na str. 44.

završen vstop v skladu s členom 13 Zakonika o schengenskih mejah. Poleg tega je to pojasnjeno z dejstvom, da zgolj uvodna izjava⁵⁶ Direktive 2008/115, ne pa normativna določba te direktive, države članice vzpodbuja k hitremu dostopu do informacij o prepovedih vstopa v druge države članice in določa, da bi morale do te izmenjave informacij priti v skladu z Uredbo SIS II.⁵⁷

57. Poglavitni cilj Direktive 2008/115 ni preprečiti nezakonito prebivanje, ampak doseči, da se konča.⁵⁸ Ob upoštevanju postranske narave prepovedi vstopa ukrepi, s katerimi se kaznuje neskladnost z njim, ne morejo ogroziti tega poglavitnega cilja. Povedano drugače, pridržanje ali zaporna kazen za namene izvršitve prepovedi vstopa ne sme ogroziti prihodnjega postopka vrnitve.

58. To nikakor ne pomeni, da obstoj prepovedi vstopa s stališča države članice ne služi nobenemu namenu: s preprečitvijo osebi, da v prihodnosti zakonito vstopi na ozemlje države članice, lahko odvrne državljan tretje države, da na to ozemlje ponovno vstopi nezakonito. Tako Direktiva državam članicam zagotavlja sredstva za odvrnitev državljanov tretjih držav od ponovnega nezakonitega vstopa na njihovo ozemlje.

59. Vendar, ko državljan tretje države (nezakonito) (ponovno) vstopi na ozemlje države članice, za države članice veljajo obveznosti v skladu z Direktivo.

Končne ugotovitve

60. Kakor koli se na to že gleda: če se posamezniku izreče zaporna kazen, to v končni fazi odloži njegovo prihodnjo vrnitev. V tem kontekstu je treba videti enostavno trditev, da Direktiva 2008/115 ne nasprotuje temu, da bi bilo nezakonito prebivanje z zakonom države članice opredeljeno kot kaznivo dejanje in določene kazenske sankcije za odvrnitev in preprečitev take kršitve nacionalnih pravil o prebivanju.⁵⁹ Zato bi bilo treba pridržanje ali zaporno kazen omejiti na pridržanje zaradi kaznivih dejanj, ki niso povezana z nezakonitim prebivanjem,⁶⁰ na pridržanje v upravnih položajih, za katere velja Poglavlje IV Direktive, in na pridržanje zaradi ugotovitve, ali je prebivanje zakonito ali ne.⁶¹ Določbe v Poglavlju IV so izčrpne glede pridržanja ali zaporne kazni, povezane s prebivanjem, za katero se ugotovi, da je nezakonita. Zato je učinek teh določb, zlasti členov 15 in 16 Direktive, da Direktiva nasprotuje drugim položajem pridržanja ali zaporne kazni.

61. Popolnoma se zavedam, da moje razumevanje določb Direktive 2008/115 vodi do ozke razlage druge alineje izreka sodbe Achughbabian.⁶² Vendar je to edina mogoča razlaga, ki je v skladu z določbami te direktive.⁶³ Zato drugo alinejo izreka sodbe Achughbabian razumem tako, da obsega samo položaje, v katerih je bil postopek vrnitve izveden neuspešno in zadevna oseba brez upravičenega razloga za nevrnitev še vedno nezakonito prebiva na ozemlju zadevne države članice.⁶⁴

56 — Glej uvodno izjavo 18 Direktive 2008/115.

57 — Uredba (ES) št. 1987/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. decembra 2006 o vzpostavitvi, delovanju in uporabi druge generacije schengenskega informacijskega sistema (SIS II) (UL L 381, str. 4).

58 — Glej tudi Brunessen, B., *La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau*, v: *Revue des affaires européennes*, 2011/4, str. 845–858, na str. 854.

59 — Glej sodbo Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 28).

60 — Taka kazniva dejanja očitno ne spadajo v področje uporabe Direktive.

61 — Glej sodbo Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 29). Podobno glej v zvezi s prvim delom člena 5(1)(f) EKČP sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 29. januarja 2008 v zadevi Sadi proti Združenemu kraljestvu (veliki senat) (pritožba št. 13229/03, točka 65).

62 — Sodba Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

63 — Vedno je težje določiti natančen obseg obrazložitve sodbe, če ni neposredno povezana z dejanskim stanjem zadeve.

64 — Če je na primer zadevna oseba aktivno, s pobegom ali kako drugače, ovirala postopek vrnitve, da bi preprečila njegovo uspešnost, in še vedno nezakonito prebiva, pa lahko država članica to osebo kazensko preganja in ji naloži kazenske sankcije.

62. Nazadnje je treba opozoriti na ustaljeno sodno prakso Sodišča, v skladu s katero mora nacionalno sodišče v okviru svoje pristojnosti uporabiti določbe prava Unije in zagotoviti njihov polni učinek, ne sme pa uporabiti določb nacionalnega zakona, če so v nasprotju z določbami Direktive 2008/115.⁶⁵ Predložitveno sodišče zato ne sme uporabiti člena 13(13) zakonske uredbe št. 286/1998 v delu, v katerem je z njim določen izrek zaporne kazni S. Celaju samo zato, ker je, potem ko se je vrnil v svojo izvirno državo, ponovno vstopil na ozemlje Italije.

Predlog

63. Ob upoštevanju zgoraj navedenih preudarkov Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je predložilo Tribunale di Firenze (Italija), 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 njena člena 15 in 16, je treba razlagati tako, da nasprotuje zakonodaji države članice, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, s katero je določeno, da se nezakonito prebivajočemu državljanu tretje države izreče zaporna kazen samo zato, ker je, potem ko se je v prejšnjem postopku vrnitve vrnil v svojo izvirno državo, ponovno vstopil na ozemlje zadevne države članice.

65 — Glej sodbo El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, točka 61 in navedena sodna praksa).