



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANICA
MACIEJA SZPUNARJA,
predstavljeni 17. oktobra 2018¹

Zadeva C-444/17

**Préfet des Pyrénées-Orientales
proti
Abdelazizu Aribu,
Procureur de la République in
Procureur général près la cour d'appel de Montpellier**

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

„Predhodno odločanje – Območje svobode, varnosti in pravice – Zakonik o schengenskih mejah – Člen 32 – Nadzor na notranjih mejah – Direktiva 2008/115/ES – Področje uporabe – Člen 2(2)(a) – Nezakonit vstop državljana tretje države – Izključitev izenačitve notranjih meja z zunanjimi mejami“

Uvod

1. V skladu z zdaj ustaljeno sodno prakso Sodišča določbe Direktive 2008/115/ES² načeloma nasprotujejo temu, da se državljanu tretje države naloži zaporna kazen samo zaradi nezakonitega prebivanja v državi članici. Edini izjemi, ki izhajata iz sodne prakse, sta položaj, v katerem je bil uporabljen postopek vračanja iz Direktive 2008/115 in državljan brez upravičenega razloga za nevrnitev nezakonito prebiva na ozemlju te države članice,³ ter položaj, v katerem je bil uporabljen postopek vračanja in zadevna oseba ponovno vstopi na zadevno ozemlje, s čimer krši prepoved vstopa.⁴

2. V tem predlogu za sprejetje predhodne odločbe Cour de cassation (kasacijsko sodišče, Francija) postavlja vprašanje, ali bi bilo treba dopustiti tretjo izjemo v položaju, v katerem je bil nezakonito prebivajoč državljan tretje države prestrežen blizu notranje meje. Ni torej treba ugotoviti zakonitosti ponovne uvedbe nadzora na notranjih mejah, temveč le posledice te ponovne uvedbe.

3. V okviru obravnavane zadeve je bilo Sodišče ponovno pozvano, naj se izreče o skladnosti določbe nacionalnega prava, v skladu s katero se lahko državljanu tretje države naloži zaporna kazen samo zaradi njegovega nezakonitega prebivanja, z Direktivo 2008/115.

¹ Jezik izvornika: francoščina.

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

³ Glej sodbo z dne 6. decembra 2011, Achughabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 50 in druga alineja izreka).

⁴ Glej sodbo z dne 1. oktobra 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, točka 28 in izrek).

4. Glede na svojo analizo Sodišču predlagam, naj na to vprašanje odgovori nikalno. V skladu z določbami Direktive 2008/115 ni razlike med prestrezanjem blizu francosko-španske meje in prestrezanjem na Elizejskih poljanah. V zvezi s tem je pomembno poudariti, da začasna ponovna uvedba nadzora na notranjih mejah na podlagi Zakonika o schengenskih mejah⁵ te ugotovitve v ničemer ne spremeni.

Pravni okvir

Pravo Unije

Zakonik o schengenskih mejah

5. Člen 5 Zakonika o schengenskih mejah določa:

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

Države članice v skladu s členom 39 uradno obvestijo Komisijo o seznamu svojih mejnih prehodov.

[...]

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

6. Člen 13(1) tega zakonika določa:

„Glavni namen varovanja meja je preprečevanje nezakonitih prehodov meja, odvracanje čezmejne kriminalitete in izvedba ukrepov proti osebam, ki so mejo prestopile nezakonito. Oseba, ki je nezakonito prestopila mejo in nima pravice do bivanja na ozemlju zadevne države članice, se pridrži in se zanjo uporabi postopek, ki je v skladu z Direktivo 2008/115/ES.“

7. Člen 14 navedenega zakonika določa:

„1. Državljanu tretje države, ki ne izpolnjuje vseh pogojev za vstop, določenih v členu 6(1), in ne spada v kategorije oseb iz člena 6(5), se zavrne vstop na ozemlja držav članic. To pa ne posega v uporabo posebnih določb, ki se nanašajo na pravico do azila, in mednarodne zaščite ali izdaje vizuma za daljše bivanje.

2. Vstop se lahko zavrne le z utemeljeno odločitvijo, ki določa natančne razloge za zavrnitev. Odločitev sprejme organ, ki je za to pooblaščen v nacionalnem pravu. Učinkovati začne takoj.

Utemeljena odločitev, ki določa natančne razloge za zavrnitev, se izda v obliki standardnega obrazca, kakor je določeno v delu B Priloge V, ki ga izpolni organ, ki je v nacionalnem pravu pooblaščen za zavrnitev vstopa. Izpolnjen standardni obrazec se izda državljanu tretje države, ki s tem obrazcem potrdi prejem odločitve o zavrnitvi vstopa.

⁵ Uredba (EU) 2016/399 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o Zakoniku Unije o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah) (UL 2016, L 77, str. 1).

3. Osebe, ki jim je bil vstop zavrjen, imajo pravico do pritožbe. Postopek pritožbe se izvede v skladu z nacionalno zakonodajo. Državljanu tretje države se zagotovi tudi pisna navedba kontaktnih točk, ki omogočajo zagotovitev informacij o zastopnikih, pooblaščenih za zastopanje državljana tretje države v njegovem imenu v skladu z nacionalnim pravom.

Postopek pritožbe ne zadrži izvršitve odločitve o zavrnitvi vstopa.

Brez poseganja v odškodnino, izplačano v skladu z nacionalnim pravom, je državljan tretje države upravičen do popravka preklica vstopnega žiga ter katerih koli preklicev ali dodatkov, izvedenih s strani države članice, ki je zavrnila vstop, če se s pritožbo ugotovi, da je bila odločitev o zavrnitvi vstopa neutemeljena.

4. Mejni policisti zagotovijo, da državljan tretje države, ki mu je bil vstop zavrjen, ne vstopi na ozemlje zadevne države članice.

5. Države članice zbirajo statistične podatke o številu oseb, ki jim je bil zavrjen vstop, razlogih za zavrnitev, državljanstvu oseb, ki jim je bil zavrjen vstop, in vrsti meje (kopenska, zračna, morska), na kateri jim je bil zavrjen vstop, ter jih vsako leto predložijo Komisiji (Eurostat) v skladu z Uredbo (ES) št. 862/2007⁶.

6. Podrobna pravila, ki urejajo zavrnitev vstopa, so določena v delu A Priloge V.“

8. Člen 23 Zakonika o schengenskih mejah z naslovom „Kontrola znotraj ozemlja“ določa:

„Odsotnost nadzora na notranjih mejah ne vpliva na:

(a) izvrševanje policijskih pooblastil s strani pristojnih organov držav članic v skladu z nacionalno zakonodajo, če izvajanje teh pooblastil nima enakovrednega učinka kot mejna kontrola; to velja tudi za obmejna območja. V smislu prvega stavka se izvrševanje policijskih pooblastil zlasti ne more obravnavati kot enakovredno izvrševanju mejnih kontrol, kadar policijski ukrepi:

(i) nimajo cilja opravljanja nadzora meje;

(ii) temeljijo na splošnih policijskih informacijah in izkušnjah glede možnih groženj javni varnosti ter stremijo zlasti k boju proti čezmejnemu kriminalu;

(iii) glede načrtovanja in izvrševanja jasno odstopajo od sistematičnih kontrol oseb na zunanjih mejah;

(iv) pomenijo izvajanje naključnih kontrol;

[...]“.

9. Člen 25 tega zakonika določa:

„1. Kadar se na območju brez nadzora na notranjih mejah pojavi resna grožnja javnemu redu ali notranji varnosti v državi članici, lahko ta država članica izjemoma ponovno uvede nadzor meje na vseh ali določenih delih svoje notranje meje za določeno obdobje do največ 30 dni ali za čas predvidenega trajanja resne grožnje, če ta traja več kot 30 dni. Obseg in trajanječasne ponovne uvedbe nadzora na notranjih mejah ne presejata tega, kar je nujno potrebno glede na resnost grožnje.

⁶ Uredba Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o statistikah Skupnosti o selitvah in mednarodni zaščiti ter o razveljavitvi Uredbe Sveta (EGS) št. 311/76 o zbiranju statističnih podatkov o tujih delavcih (UL 2007, L 199, str. 23).

2. Nadzor na notranjih mejah se ponovno uvede le v skrajnem primeru ter v skladu s členi 27, 28 in 29. V vsakem primeru, ko se odloča o ponovni uvedbi nadzora na notranjih mejah na podlagi člena 27, 28 oziroma 29, se upoštevajo merila iz člena 26 oziroma 30.

3. Če resna grožnja javnemu redu ali notranji varnosti v zadevni državi članici traja dlje kot obdobje iz odstavka 1 tega člena, lahko ta država članica večkrat za obdobje do 30 dni podaljša nadzor na svojih notranjih mejah, ob upoštevanju meril iz člena 26 in v skladu s postopkom iz člena 27, in sicer iz istih razlogov, kot so navedeni v odstavku 1 tega člena, in ob upoštevanju morebitnih novih elementov.

4. Celotno trajanje ponovno uvedenega nadzora na notranjih mejah, vključno s podaljšanji iz odstavka 3 tega člena, ni daljše od šestih mesecev. V primeru izrednih okoliščin iz člena 29 se lahko to celotno obdobje podaljša na največ dve leti v skladu z odstavkom 1 navedenega člena.“

10. Člen 32 navedenega zakonika določa:

„Ob ponovni uvedbi nadzora na notranjih mejah se smiselno uporabljajo ustrezne določbe naslova II.“

11. Členi 5, 13 in 14 navedenega zakonika spadajo pod njegov naslov II „Zunanje meje“, členi 23, 25 in 32 pa pod njegov naslov III „Notranje meje“.

Direktiva 2008/115

12. Namen Direktive 2008/115 je opisan v njenem členu 1:

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

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

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

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

(a) jim je bil 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.

[...]“.

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

„Za namene te direktive se uporabljajo naslednje opredelitve pojmov:

[...]

2. „nezakonito prebivanje“ pomeni prisotnost državljan tretje države na ozemlju države članice, ki ne izpolnjuje ali ne izpolnjuje več pogojev za vstop iz člena 5 Zakonika o schengenskih mejah ali drugih pogojev za vstop, bivanje ali stalno prebivališče v tej državi članici;
 3. „vrnitev“ pomeni proces vračanja državljan 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 državljan tretje države nezakonito, ter nalaga ali navaja obveznost vrnitve;
 5. „odstranitev“ pomeni izvršitev obveznosti vrnitve, in sicer fizični prevoz iz države članice;
- [...]“.

15. Člen 4(4) navedene direktive določa:

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

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

16. V skladu s členom 6(1) („Odločba o vrnitvi“) te direktive „[države članice b]rez poseganja v izjeme iz odstavkov 2 do 5 [...] izdajo odločbo o vrnitvi vsakemu državljanu tretje države, ki nezakonito prebiva na njihovem ozemlju“.

17. Člen 16 iste direktive določa:

„1. Pridržanje se praviloma izvaja v posebnih centrih za pridržanje. Če država članica ne more zagotoviti nastanitve v posebnem centru za pridržanje in mora za to uporabiti nastanitev v zaporu, so državljan tretjih držav v pridržanju ločeni od navadnih zapornikov.“

2. Državljanom tretjih držav v pridržanju se na zahtevo dovoli, da pravočasno vzpostavijo stik z zakonitimi zastopniki, družinskimi člani in pristojnimi konzularnimi organi.

3. Posebna pozornost se posveti razmeram ranljivih oseb. Zagotovita se nujna zdravstvena oskrba in osnovno zdravljenje.

4. Ustrezne in pristojne nacionalne, mednarodne in nevladne organizacije ter organi imajo možnost obiskati centre za pridržanje iz odstavka 1, če so ti uporabljeni za pridržanje državljanov tretjih držav v skladu v tem poglavju. Za take obiske se lahko zahteva dovoljenje.

5. Pridržanim državljanom tretjih držav se redno zagotavljajo informacije, ki pojasnjujejo pravila v centru ter določajo njihove pravice in obveznosti. Te informacije vključujejo tudi informacije o pravici – v skladu z nacionalno zakonodajo – do stikov z organizacijami in organi iz odstavka 4.“

Francosko pravo

18. Člen L. 621-2 code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (zakonik o vstopu in bivanju tujcev ter pravici do azila), kakor je bil spremenjen z loi n° 2012-1560, du 31 décembre 2012, relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées⁷ (zakon št. 2012-1560 z dne 31. decembra 2012 o pridržanju zaradi preveritve pravice do prebivanja in o spremembi kaznivega dejanja pomoči pri nezakonitem prebivanju zaradi izključitve humanitarnih in nesebičnih dejanj) (v nadaljevanju: Cesda), določa:

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

1. če je vstopil na ozemlje celinske Francije, ne da bi izpolnjeval pogoje iz člena 5(1)(a), (b) ali (c) Uredbe (ES) št. 562/2006^[8] Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah)^[9], in ne da bi mu bil dovoljen vstop na ozemlje na podlagi člena 5(4)(a) in (c) istega zakonika^[10]; enako velja, kadar je za tujca razpisan ukrep zavrnitve vstopa na podlagi izvršljive odločbe, ki jo je sprejela druga država pogodbenica konvencije, podpisane v Schengnu 19. junija 1990;
2. ali če je neposredno z ozemlja države pogodbenice te konvencije vstopil na ozemlje celinske Francije, ne da bi izpolnjeval pogoje iz njenih členov 19(1) ali (2), 20(1) in 21(1) ali (2), razen pogojev iz točke (e) člena 5(1) zgoraj navedene Uredbe [št. 562/2006] in točke (d), kadar razpis ukrepa zavrnitve vstopa ne izhaja iz izvršljive odločbe, ki jo je sprejela druga država pogodbenica konvencije;

[...]

Za uporabo tega člena se lahko kazenski postopek začne šele, ko je ugotovljeno dejansko stanje v okoliščinah iz člena 53 zakonika o kazenskem postopku.“

19. Člen 53 zakonika o kazenskem postopku določa:

„Za kaznivo dejanje, pri katerem je oseba zalotena, se šteje kaznivo dejanje, ki še poteka ali ki je bilo ravnokar storjeno. Kaznivo dejanje, pri katerem je oseba zalotena, obstaja tudi, če zelo kmalu po dejanju osumljeno osebo spremlja ogorčeno vpitje javnosti ali je bilo odkrito, da poseduje predmete, ali obstajajo sledi ali znaki, ki kažejo na to, da je oseba sodelovala pri kaznivem dejanju.

Po ugotovitvi, da obstaja kaznivo dejanje, pri katerem je oseba zalotena, lahko preiskava, ki se izvaja pod nadzorom državnega tožilca v razmerah, določenih v tem poglavju, traja neprekinjeno osem dni.

Če preiskav za ugotavljanje resničnosti kaznivega dejanja, ki se kaznuje z najmanj petletno zaporno kaznijo, ni mogoče odložiti, lahko državni tožilec odloči, da se pod istimi pogoji preiskava podaljša za največ osem dni.“

⁷ JORF z dne 1. januarja 2013, str. 48.

⁸ Ki ustreza členu 6(1)(a), (b) in (c) Zakonika o schengenskih mejah.

⁹ UL 2006, L 105, str. 1.

¹⁰ Ki ustreza členu 6(5)(a) in (c) Zakonika o schengenskih mejah.

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

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

[...]“.

21. Člen 78-2 zakonika o kazenskem postopku določa:

„Kriminalistični inšpektorji ter po njihovih navodilih in pod njihovo odgovornostjo kriminalisti in njihovi pomočniki, navedeni v členih 20 in 21-1, lahko pozovejo vsako osebo, da se s katerim koli sredstvom identificira, če obstaja eden ali več utemeljenih razlogov za sum:

- da je ta oseba storila ali poskušala storiti prekršek ali kaznivo dejanje;
- da se ta oseba pripravlja na storitev kaznivega dejanja;
- da bi ta oseba lahko sporočila informacije, ki bi bile koristne v okviru preiskave kaznivega dejanja;
- da je ta oseba kršila obveznosti ali prepovedi, ki so ji bile naložene v okviru sodnega nadzora, ukrepa hišnega pripora z elektronskim nadzorom, kazni, ki jo je naložilo, ali ukrepa, ki ga je izdalo sodišče, pristojno za izvršitev kazni;
- ali da je sodni organ zoper to osebo izdal nalog za preiskavo.

Na pisno zahtevo državnega tožilca se zaradi preiskave in pregona prekrška ali kaznivega dejanja, ki ga navede, lahko opravi kontrola identitete pod enakimi pogoji in na kraju ter v obdobju, ki jih določi ta državni tožilec. Če se ob kontroli identitete ugotovi obstoj prekrškov ali kaznivih dejanj, ki niso zajeti v zahtevi državnega tožilca, to ne povzroči ničnosti s tem povezanih postopkov.

Ne glede na vedenje osebe se lahko kontrola identitete opravi v skladu s pogoji iz prvega odstavka tudi zato, da se prepreči kršitev javnega reda, zlasti v zvezi z varnostjo ljudi in premoženja.

Na območju med kopensko mejo Francije z državami podpisnicami konvencije, podpisane 19. junija 1990 v Schengnu, in črto, ki poteka 20 km od te meje, kot tudi na območjih, dostopnih javnosti, v pristaniščih, na letališčih ter železniških in avtobusnih postajah, odprtih za mednarodni promet in določenih z odlokom, je za preprečevanje in preiskovanje kršitev, povezanih s čezmejnimi kriminalom, mogoče zaradi preverjanja spoštovanja obveznosti v zvezi z imetništvom, posedovanjem in predložitvijo z zakonom določenih listin in dokumentov ugotavljati tudi identiteto vsake osebe na način, določen v prvem odstavku. Če gre za kontrolo na mednarodnem vlaku, se lahko opravi na delu poti med mejo in prvo postajo po 20 km od meje. Vendar se lahko v primeru mednarodnih železniških linij, ki so posebne z vidika prometnih povezav, kontrola opravi tudi med to postajo in postajo, ki od te ni oddaljena več kot 50 km. Te linije in te postaje so določene z ministrskim odlokom. Če obstaja avtocestna povezava, ki se začne na območju iz prvega stavka tega odstavka, prva cestninska postaja pa je oddaljena več kot 20 km, se lahko kontrola poleg tega opravi do te prve cestninske postaje, in sicer na postajališčih ter na tej cestninski postaji in postajališčih zraven nje. Cestninske postaje, na katere se nanaša ta določba, so določene z odlokom. Če se ob kontroli identitete ugotovi obstoj prekrškov ali kaznivih dejanj, ki se ne nanašajo na nespoštovanje zgoraj navedenih obveznosti, to ne povzroči ničnosti s tem povezanih postopkov. Za uporabo tega odstavka je mogoče nadzor nad izpolnjevanjem obveznosti v zvezi z imetništvom, posedovanjem in predložitvijo z zakonom določenih listin in dokumentov izvajati največ šest zaporednih ur na istem mestu ter ne more vključevati sistematičnega nadzora nad osebami, ki so navzoče ali krožijo po območjih ali mestih, navedenih v istem odstavku.

[...]“

Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

22. Po tem ko je Abdelaziz Arib, maroški državlján, vstopil na francosko ozemlje, je zaradi ukrepa odstranitve, ki mu je bil vročen 10. avgusta 2013, odšel iz Francije.

23. Pri A. Aribu, ki je bil na avtobusu, ki je pripeljal iz Maroka, je bila 15. junija 2016 v občini Boulou (departma Pyrénées-Orientales, Francija) na območju med francosko-špansko kopensko mejo in črto, ki poteka 20 km od te meje, opravljena kontrola v skladu s členom 78-2, deveti odstavek, code de procédure pénale (zakonik o kazenskem postopku). Tega ni upravičil z imetništvom vizuma ali druge listine, na podlagi katerih bi smel prebivati na francoskem ozemlju.

24. Zaradi suma, da je nezakonito vstopil na francosko ozemlje, kar je kaznivo dejanje, opisano v členu L. 621-2 Ceseda, je bil pridržán.

25. Prefekt departmaja Pyrénées-Orientales (Francija) je 16. junija 2016 zoper njega izdal odlok o obveznosti zapustitve francoskega ozemlja in zanj odredil upravno pridržanje.

26. S sklepom z dne 21. junija 2016 je juge des libertés et de la détention (sodišče, pristojno za odreditev pripora), ki deluje pod okriljem tribunal de grande instance de Perpignan (okrožno sodišče v Perpignanu, Francija), razglasilo ničnost pridržanja A. Ariba in vseh nadaljnjih postopkov, vključno z upravnim priporom, ker navedenega pripora ni bilo mogoče izvesti. A. Arib, nezakonito prebivajoč tujec, je namreč ravno prestopil notranjo mejo med Francijo in Španijo, kar po mnenju tega sodišča pomeni, da bi bilo treba uporabiti Direktivo 2008/115, v skladu s katero v okoliščinah, kakršne so obravnavane, zaporne kazni ne bi bilo mogoče izreči.

27. Prefekt departmaja Pyrénées-Orientales je vložil pritožbo.

28. Prvi predsednik cour d'appel de Montpellier (pritožbeno sodišče v Montpellierju, Francija) je s sklepom z dne 22. junija 2016 potrdil odločbo, ki jo je na prvi stopnji izdalo juge des libertés et de la détention (sodišče, pristojno za odreditev pripora), ki deluje pod okriljem tribunal de grande instance de Perpignan (okrožno sodišče v Perpignanu).

29. Prefekt departmaja Pyrénées-Orientales je zoper ta sklep vložil kasacijsko pritožbo pri predložitvenem sodišču. V utemeljitev pritožbe je navedel kršitev členov 2, 14, 25, 27 in 32 Zakonika o schengenskih mejah ter kršitev člena 2(2)(a), člena 8 in člena 15 Direktive 2008/115. Navesti je treba zlasti, da lahko država članica v primeru resnih groženj javnemu redu ali notranji varnosti izjemoma ponovno uvede nadzor na svojih notranjih mejah, s čimer delno prepreči uporabo Direktive 2008/115, ter da se lahko v teh okoliščinah – ker varovalni ukrepi iz Direktive 2008/115 niso veljali – pri osebi, ki je nezakonito vstopila v Francijo, opravi kontrola v skladu z določbami člena 78-2, deveti odstavek, zakonika o kazenskem postopku in lahko torej ta oseba zaradi nezakonitega prebivanja dobi zaporno kazen in se pridrži.

30. Predložitveno sodišče se sprašuje, ali se lahko ponovna uvedba nadzora na notranji meji države članice izenači z nadzorom zunanje meje, kadar jo prestopi državlján tretje države, ki nima pravice do vstopa in pri katerem se kontrola opravi, ko je zaloten pri tem dejanju. Sprašuje se torej, ali se lahko država, ki je ponovno uvedla nadzor na notranjih mejah, sklicuje na člen 2(2)(a) Direktive 2008/115, da navedenega državljana tretje države izključi s področja uporabe te direktive. Če je odgovor pritrdilen, se nazadnje postavlja vprašanje, ali je treba člen 4(4) Direktive 2008/115 razlagati tako, da v okoliščinah obravnavanega primera ne preprečuje zaporne kazni za državljane tretje države.

31. V teh okoliščinah je Cour de cassation (kasacijsko sodišče, Francija) odločanje prekinilo in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali je treba člen 32 [Zakonika o schengenskih mejah], ki določa, da se ob ponovni uvedbi nadzora na notranjih mejah *mutatis mutandis* uporabljajo ustrezne določbe naslova II (o zunanjih mejah), razlagati tako, da se ponovna uvedba nadzora na notranji meji države članice lahko izenači z nadzorom zunanje meje, kadar jo prestopi državljan tretje države, ki nima pravice do vstopa?
2. Ali v istih okoliščinah ponovne uvedbe nadzora na notranjih mejah naveden[i zakonik] in Direktiva [2008/115/ES] državam članicam omogočata, da za položaj državljana tretje države, ki je prestopil mejo, na kateri je ponovno uveden nadzor, uporabijo možnost iz člena 2(2)(a) Direktive [2008/115/ES], da na svojih zunanjih mejah še naprej uporabljajo poenostavljene nacionalne postopke vračanja?
3. Če je odgovor na zadnje vprašanje pritrdilen, ali določbe členov 2(2)(a) in 4(4) Direktive [2008/115] nasprotujejo nacionalni zakonodaji, kot je člen L. 621-2 [Ceseda], ki državljana tretje države, ki je nezakonito vstopil na nacionalno ozemlje in v zvezi s katerim postopek vračanja, določen s to direktivo, še ni bil končan, kaznuje z zaporno kaznijo?“

32. Stališča so predložili prefekt departmaja Pyrénées-Orientales, francoska in nemška vlada ter Evropska komisija. Francoska in nemška vlada ter Komisija so na obravnavi 12. junija 2018 podale ustne navedbe.

Analiza

33. Čeprav je obravnavani primer zdaj tretja zadeva, katere predmet je v okviru spora o glavni stvari skladnost člena L. 621 Ceseda z določbami Direktive 2008/115,¹¹ je njegoa posebnost v povezavi določb te direktive z določbami Zakonika o schengenskih mejah.

Prvo in drugo vprašanje

34. Predložitveno sodišče želi s prvim in drugim vprašanjem, ki ju je treba obravnavati skupaj, v bistvu izvedeti, ali iz člena 2(2)(a) Direktive 2008/115 in člena 32 Zakonika o schengenskih mejah izhaja, da se lahko organi držav članic odločijo, da ne bodo uporabili Direktive 2008/115 za položaj državljana tretje države, ki je bil prijeto ali prestrežen pri nezakonitem prestopu notranje meje, na kateri je bil v skladu s členom 25 Zakonika o schengenskih mejah ponovno vzpostavljen nadzor.¹²

35. Postavlja se torej vprašanje, ali se določbe Direktive 2008/115 obvezno uporabljajo v položaju, v katerem je država članica v skladu s členom 25 Zakonika o schengenskih mejah začasno ponovno uvedla nadzor na notranjih mejah.

36. V skladu s členom 2(2)(a), drugi primer¹³, Direktive 2008/115 se lahko države članice odločijo, da te direktive ne uporabljajo za državljane tretjih držav, 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.

11 Glej sodbi z dne 6. decembra 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), in z dne 7. junija 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408).

12 Dejansko se mi zdi, da prvo vprašanje samo po sebi presega spor o glavni stvari, saj se nanaša na številne hipotetične položaje.

13 Prvi primer, ki se nanaša na državljane tretjih držav, ki jim je bil zavržen vstop v skladu s členom 13 Zakonika o schengenskih mejah, se v obravnavanem primeru ne uporablja, ker ni bila sprejeta taka odločitev.

Prestop meje

37. A. Arib je bil prijet med kontrolo, opravljeno v Boulouju (Pyrénées-Orientales), to je manj kot dvajset kilometrov od francosko-španske meje.¹⁴ Ker je bila ta kontrola fizično opravljena znotraj francoskega ozemlja, se je treba vprašati, ali je bil A. Arib prijet pri prestopu *meje*.

38. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča „nezakonit prestop“ (zunanje) meje pomeni neposredno časovno in prostorsko povezavo s prestopom meje ter vključuje domnevo, da gre torej za državljane tretjih držav, ki so jih pristojni organi prijeli ali prestregli v samem trenutku nezakonitega prestopa zunanje meje ali po tem prestopu v bližini te meje.¹⁵

39. V obravnavani zadevi po mojem mnenju vsekakor obstaja neposredna časovna in prostorska povezava s prestopom francosko-španske meje.¹⁶

40. Postavlja se torej vprašanje, ali gre v obravnavanem primeru za *zunanjo* mejo tudi za namene Direktive 2008/115 in natančneje njenega člena 2(2)(a).

Člen 2(2)(a) Direktive 2008/115: zunanja meja?

41. Direktiva 2008/115 sama ne vsebuje opredelitve izrazov „notranja meja“ ali „zunanja meja“. Ker pa je v njej večkrat naveden Zakonik o schengenskih mejah, se mi zdi jasno, da se uporablja opredelitev iz navedenega zakonika.¹⁷

42. Iz člena 2(1) Zakonika o schengenskih mejah tako izhaja, da so za namene tega zakonika „notranje meje“ skupne meje držav članic [točka (a)] na kopnem¹⁸, letališča držav članic, namenjena notranjim letom [točka (b)], ter morska, rečna in jezerska pristanišča držav članic, namenjena rednim trajektnim povezavam. „Zunanje meje“ so opredeljene kot meje držav članic na kopnem¹⁹ in morju ter njihova letališča, rečna, morska in jezerska pristanišča, če ne gre za notranje meje.

43. Pojasniti je treba, da izraz „države članice“ vključuje samo države članice Unije, ki sodelujejo v schengenskem pravnem redu, in tretje države, ki v njem sodelujejo.²⁰

44. Zadevna francosko-španska meja je glede na navedene opredelitve vsekakor notranja meja.

45. V skladu z besedilom člena 2(2)(a) Direktive 2008/115 bi se morala analiza na tej točki končati. Francoska republika ne more odločiti, da ne bo uporabila Direktive 2008/115 za A. Ariba.

¹⁴ Na podlagi prejšnjega člena 78-2, četrti odstavek, zakonika o kazenskem postopku, postal člen 78-2, deveti odstavek, navedenega zakonika.

¹⁵ Glej sodbo z dne 7. junija 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, točka 72), in moje sklepne predloge v tej zadevi (C-47/15, EU:C:2016:68, točka 71).

¹⁶ Sodišče je poleg tega v okviru prejšnjega Zakonika o schengenskih mejah (Uredba št. 562/2006) razsodilo, da so imele lahko kontrole identitete, opravljene na podlagi člena 78-2, četrti odstavek, code de procédure pénale (zakonik o kazenskem postopku) (postal člen 78-2, deveti odstavek, tega zakonika), enakovreden učinek kot mejne kontrole (glej sodbo z dne 22. junija 2010, Melki in Abdeli, C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točke od 71 do 75). Vendar ker je Sodišče že razložilo navedbo „nezakonitega prestopa“ meje v okviru Direktive 2008/115, ni več treba uporabiti te sodne prakse v okviru člena 23 Zakonika o schengenskih mejah (prejšnji člen 21 Uredbe št. 562/2006).

¹⁷ Glej moje sklepne predloge v zadevi Affum (C-47/15, EU:C:2016:68, točka 42).

¹⁸ Vključno z mejami na rekah in jezerih.

¹⁹ Vključno z mejami na rekah in jezerih.

²⁰ Glej uvodne izjave od 37 do 44 Zakonika o schengenskih mejah.

46. To jasno izhaja tudi iz razlage člena 2(2) Direktive 2008/115, ki jo je dalo Sodišče v sodbi *Affum*²¹. V tej sodbi je namreč Sodišče poudarilo, da položaja, na katera se nanaša člen 2(2)(a) navedene direktive, zadevata izključno prestop zunanje meje države članice, kot je opredeljena v členu 2, točka 2, Zakonika o schengenskih mejah, ter se ne nanašata na prestop skupne meje držav članic, ki so del schengenskega območja. Sodišče je menilo, da navedena določba državam članicam ne dovoljuje, da državljane tretjih držav, ki v njih nezakonito prebivajo, zaradi nezakonitega vstopa prek notranje meje izključijo s področja uporabe Direktive 2008/115.²²

Ponovna uvedba nadzora na notranjih mejah

47. Določiti je treba morebitne posledice ponovne uvedbe nadzora na notranjih mejah za možnost uporabe Direktive 2008/115.

48. V zvezi s tem po mnenju Francoske republike in Zvezne republike Nemčije iz člena 32 Zakonika o schengenskih mejah izhaja, da je treba francosko-špansko mejo v obravnavanem primeru obravnavati kot zunanjo mejo.

49. S tem stališčem se ne morem strinjati.

50. Čeprav se takrat, kadar se v skladu s členom 32 Zakonika o schengenskih mejah ponovno uvede nadzor na notranjih mejah, *mutatis mutandis* uporabljajo upoštevne določbe iz naslova II tega zakonika (zunanje meje), to še ne pomeni, da izraz „zunanja meja“ v celoti nadomesti izraz „notranja meja“ (za namene Zakonika o schengenskih mejah ali drugih pravnih instrumentov, kot je Direktiva 2008/15).

51. Naslov III Zakonika o schengenskih mejah ureja notranje meje. Splošno pravilo, ki temu zakoniku daje smisel in namen ter je njegova ključna določba, je opredeljeno v členu 22 naslova III tega zakonika: notranje meje se lahko prehajajo na kateri koli točki brez opravljanja mejne kontrole oseb²³. Naslov III Zakonika o schengenskih mejah (poglavje I – členi od 22 do 24) se poleg neobstoja mejne kontrole nanaša na začasno ponovno uvedbo nadzora na notranjih mejah (poglavje II – členi od 25 do 35).

52. Prav v zvezi s tem člen 32 Zakonika o schengenskih mejah določa, da kadar se ponovno uvede nadzor na notranjih mejah, se *mutatis mutandis* uporabljajo upoštevne določbe iz naslova II. Ta določba se torej jasno nanaša na druge določbe Zakonika o schengenskih mejah. V njej ni nikjer omenjena Direktiva 2008/115.

53. Besedilo člena 2(2)(a) Direktive 2008/115 je jasno: ta določba se vsekakor nanaša na *zunanjo* mejo.

54. Menim, da je to besedilo podprto z namenom in ciljem te določbe. Tudi izjema, navedena v členu 2(2)(a) Direktive 2008/115, je del splošnega namena Direktive 2008/115, in sicer je ta v skladu z njenim členom 1 določiti skupne standarde in postopke, ki se uporabljajo v državah članicah za *vračanje* nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav.²⁴ Čeprav se torej države članice lahko odločijo, da Direktive 2008/115 ne uporabijo, je to za to, da bi se državljani tretjih držav (še) učinkoviteje vračali.

21 Sodba z dne 7. junija 2016 (C-47/15, EU:C:2016:408).

22 Glej sodbo z dne 7. junija 2016, *Affum* (C-47/15, EU:C:2016:408, točka 69).

23 „[N]e glede na njihovo državljanstvo“, kot je pojasnjeno v tej določbi z neizprosno logiko. Prestop meja brez nadzora je namreč mogoč le, če se nanaša na vse osebe. Odprava nadzora na notranjih mejah, ki je namen te določbe, nujno vključuje tudi državljane tretjih držav zaradi narave neobstoja kontrol. Glej v zvezi s tem Hoppe, M., v: Lenz, C. O., in Borchardt, K.-D., (ur.), *EU-Verträge Kommentar*, Bundeanzeiger Verlag, 6. izdaja, Köln, 2013, člen 77 PDEU, točka 5, in Müller-Graff, P.-Chr., v: Pechstein, M., Nowak, C., Häde, U., (ur.), *Frankfurter Kommentar zur EUV, GRC und AEUV, Band II*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, člen 77 PDEU, točka 1.

24 V skladu s temeljnimi pravicami in mednarodnim pravom, vključno z obveznostmi, ki se nanašajo na zaščito beguncev in človekove pravice.

55. Če države uporabijo to možnost²⁵, določeno v členu 2(2)(a) Direktive 2008/115, in sicer da te direktive ne uporabijo za državljane tretjih držav, ki nezakonito prebivajo na ozemlju države članice, je to zato, ker je državljana tretje države veliko lažje vrniti z zunanje meje.

56. Kot namreč poudarja predložitveno sodišče in kot je že potrdilo Sodišče,²⁶ člen 2(2)(a) Direktive 2008/115 državam članicam omogoča, da na svojih zunanjih mejah še naprej uporabljajo poenostavljene nacionalne postopke vračanja, ne da bi jim bilo treba upoštevati vse postopkovne etape, določene z navedeno direktivo, da bi lahko čim hitreje poskrbele za odstranitev državljanov tretjih držav, prestreženih ob prestopu teh meja.

57. Vendar se položaj državljana tretje države, ki je že v schengenskem prostoru, jasno razlikuje od položaja, na katerega se nanaša člen 2(2)(a) Direktive 2008/115.

58. Poleg tega države članice na zunanjih in notranjih mejah ne ščitijo istih pravnih interesov.

59. Država, ki mora v skladu z Zakonikom o schengenskih mejah nadzirati zunanje meje tega območja, deluje v interesu vseh držav članic schengenskega območja. Država članica, ki se odloči, da ponovno vzpostavi nadzor na notranjih mejah, to naredi v lastnem interesu.

60. Zato Sodišču predlagam, naj na prvo in drugo vprašanje odgovori, da je treba člen 2(2)(a) Direktive 2008/115 in člen 32 Zakonika o schengenskih mejah razlagati tako, da organi držav članic ne morejo odločiti, da ne bodo uporabili Direktive 2008/115 za položaj državljana tretje države, ki je bil prijeto ali prestrežen pri nezakonitem prestopu notranje meje, na kateri je bil v skladu s členom 25 Zakonika o schengenskih mejah ponovno vzpostavljen nadzor.

Tretje vprašanje

61. Predložitveno sodišče želi s tretjim vprašanjem izvedeti, ali v primeru pritrdilnega odgovora na zadnje vprašanje določbe členov 2(2)(a) in 4(4) Direktive 2008/115 nasprotujejo nacionalni zakonodaji, kot je člen L. 621-2 Ceseda, ki državljana tretje države, ki je nezakonito vstopil na nacionalno ozemlje in v zvezi s katerim postopek vračanja, določen s to direktivo, še ni bil končan, kaznuje z zaporno kaznijo.

62. Glede na moj odgovor na prvo in drugo vprašanje je to vprašanje hipotetično. Zato ga bom preučil le, če se Sodišče ne bi strinjalo z mano glede odgovora, ki ga je treba dati na prvi dve vprašanji predložitvenega sodišča.

63. Najprej je treba poudariti, da se Direktiva 2008/115 v skladu z njenim členom 2(2)(a) načeloma v primeru, kakor je opisan v tem vprašanju, *ne uporablja* za državljana tretje države. Kljub temu pa morajo države članice v skladu s členom 4(4) Direktive 2008/115 zagotoviti, da obravnava in raven varstva državljanov tretjih držav nista manj ugodni, kot je določeno med drugim v členih 16 in 17 (pogoji pridržanja)²⁷.

64. Kot je poudarilo Sodišče v sodbi Affum, je namen člena 2(2)(a) Direktive 2008/115, kot izhaja iz zgodovine nastanka te direktive, državam članicam omogočiti, da na svojih zunanjih mejah še naprej uporabljajo poenostavljene nacionalne postopke vračanja, ne da bi jim bilo treba upoštevati vse postopkovne etape, določene z navedeno direktivo, da bi lahko čim hitreje poskrbele za odstranitev

²⁵ Sodišče seveda govori o „izjemi“ (glej sodbo z dne 7. junija 2016, Affum, C-47/15, EU:C:2016:408, točka 73), kar po mojem mnenju pomeni, da je treba zadevno določbo razlagati ozko. Glej v tem smislu tudi Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law (Volume I: EU Justice and Home Affairs Law)*, 4. izdaja, OUP, Oxford, 2016, str. 504.

²⁶ Glej sodbo z dne 7. junija 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, točka 74).

²⁷ Kot tudi v členu 8(4) in (5) (omejitve glede uporabe prisilnih ukrepov), členu 9(2)(a) (odložitev odstranitve) in členu 14(1)(b) in (d) (nujna zdravstvena oskrba in upoštevanje potreb ranljivih oseb).

državljanov tretjih držav, prestreženih ob prestopu teh meja.²⁸ To poleg tega pojasnjuje smisel in namen člena 4(4) Direktive 2008/115²⁹, ki po navedbah Sodišča „podrobno ureja izvrševanje možnosti iz njenega člena 2(2)(a) [...]“²⁹ in katerega „[n]amen [...] je v tem okviru zagotoviti, da ti poenostavljeni nacionalni postopki spoštujejo minimalna jamstva, določena z Direktivo 2008/115“³⁰.

65. Menim, da glede na to analizo s stališča zakonodajalca Unije to, da država članica uporabi *možnost*, določeno s členom 2(2)(a) Direktive 2008/15, logično vključuje, da ta država članica uporabi poenostavljen nacionalni postopek vračanja.

66. Zdi se torej mikavno, da bi se sodna praksa, izhajajoča iz sodbe Affum, uporabila za položaj, na katerega se nanaša člen 2(2)(a) 2008/115, in da bi se štelo, da državljanu tretje države ni mogoče odvzeti prostosti.

67. Vendar mislim, da ta razlaga ne more uspeti, ker presega besedilo člena 2(2)(a) Direktive 2008/115, s tem ko vključuje dodaten pogoj. Sodna praksa sodišča v zvezi z odvzemom prostosti nezakonito prebivajočemu državljanu tretje države,³¹ ki temelji zlasti na premislekih glede polnega učinka Direktive 2008/115³², zlasti člena 6(1)³³ in člena 8(1)³⁴, se nanaša prav na področje uporabe te direktive. Čim država članica uporabi člen 2(2)(a) Direktive 2008/115, položaja navedenega državljana ne ureja več ta direktiva in se ni več mogoče sklicevati na premisleke glede njenega polnega učinka.

68. Zato, čeprav je mogoče upravičeno podvomiti, da lahko pridržanje pospeši odstranitev zadevne osebe, se to vprašanje ne postavlja, ker ni bilo odprto področje uporabe Direktive 2008/115.

69. Zato bom na tretje (hipotetično) vprašanje odgovoril, da določbe členov 2(2)(a) in 4(4) Direktive 2008/115 ne nasprotujejo nacionalni zakonodaji, kot je člen L. 621-2 Ceseda, ki državljana tretje države, ki je nezakonito vstopil na nacionalno ozemlje in v zvezi s katerim postopek vračanja, določen s to direktivo, še ni bil končan, kaznuje z zaporno kaznijo.

Predlog

70. Ob upoštevanju vseh navedenih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Cour de cassation (kasacijsko sodišče, Francija), odgovori:

Člen 2(2)(a) Direktive 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 ter člen 32 Uredbe (EU) 2016/399 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o Zakoniku Unije o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah), je treba razlagati tako, da organi držav članic ne morejo odločiti, da ne bodo uporabili Direktive 2008/115 za položaj državljana tretje države, ki je bil prijeto ali prestrežen pri nezakonitem prestopu notranje meje, na kateri je bil v skladu s členom 25 Zakonika o schengenskih mejah ponovno vzpostavljen nadzor.

28 Glej sodbo z dne 7. junija 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, točka 74).

29 Glej sodbo z dne 7. junija 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, točka 74).

30 *Ibidem*.

31 Za pregled sodne prakse Sodišča glej moje sklepne predloge v zadevi (C-47/15, EU:C:2016:68, točke od 48 do 56).

32 Glej zlasti sodbo Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 33). Glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Celaj (C-290/14, EU:C:2015:285, točka 60). Glej tudi Bartolini, S., Bombois, Th., „Immigration Detention before the CJEU: The Interrelationship between the Returns Directive and the Recast Reception Conditions Directive and their Impact on the Rights of Third Country Nationals“, *European Human Rights Law Review*, 2016, str. od 518 do 529 in zlasti str. 523.

33 V skladu s katerim brez poseganja v nekatere izjeme države članice izdajo odločbo o vrnitvi vsakemu državljanu tretje države, ki nezakonito prebiva na njihovem ozemlju.

34 V skladu s katerim države članice sprejmejo vse potrebne ukrepe za izvršitev odločbe o vrnitvi (če v skladu s členom 7(4) Direktive 2008/115 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 te direktive).