



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA  
MACIEJA SZPUNARA  
od 28. travnja 2015.<sup>1</sup>

**Predmet C-290/14**

**Skerdjan Celaj**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Tribunale di Firenze (Italija))

„Područje slobode, sigurnosti i pravde – Direktiva 2008/115/EZ – Vraćanje državljanina treće zemlje s nezakonitim boravkom – Članci 15. i 16. – Nacionalno zakonodavstvo koje predviđa kaznu zatvora za državljanina treće zemlje s nezakonitim boravkom u slučaju ponovnog ulaska – Usklađenost“

### Uvod

1. „Je li zločin biti stranac? Smatramo da nije.“
2. To su završne riječi „Zajedničkog djelomično izdvojenog mišljenja“ šestorice sudaca Europskog suda za ljudska prava (ESLJP) u ključnom predmetu Saadi protiv Ujedinjene Kraljevine<sup>2</sup>.
3. Slično tomu, Agencija Europske unije za temeljna prava smatra da se „sama činjenica da je određena osoba nezakoniti migrant nikada ne smije smatrati dostatnim razlogom za zadržavanje“<sup>3</sup>.
4. Progon i kažnjavanje državljanina trećih zemalja koji nezakonito borave na području države članice predmet su užarene rasprave. Čak i tijela koja donose odluke na temelju pravnih pravila često se u svojim razmatranjima ne mogu oduprijeti iskušenju skretanja na pitanja pravne *politike*, što dva gore navedena navoda pokušavaju ilustrirati.
5. Ovaj se predmet odnosi na državljanina treće zemlje koji nezakonito boravi na području države članice nakon ponovnog ulaska na područje te države članice, protivno zabrani ulaska koja je izdana zajedno s odlukom o vraćanju na temelju Direktive 2008/115/EZ<sup>4</sup>. Sud je suočen s pitanjem protivi li se Direktiva 2008/115 izricanju kazne zatvora toj osobi.

1 — Izvorni jezik: engleski

2 — Vidjeti zajedničko djelomično izdvojeno mišljenje suca Rozakisa, sutkinje Tulkens, sudaca Kovlera, Hajiyeva, Spielmanna i sutkinje Hirvelä u predmetu Saadi protiv Ujedinjene Kraljevine [GC], br. 13229/03, t. 65., 29. siječnja 2008.

3 — Vidjeti *Zadržavanje državljanina trećih zemalja u postupcima o vraćanju*, Izvješće Agencije Europske unije za temeljna prava, 2011., str. 19., dostupno na: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010\\_EN.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf). To je stajalište izneseno samo u kontekstu upravnog zadržavanja zbog čega smatram da se primjenjuje *a fortiori* u pogledu kaznenopravnih sankcija.

4 — Direktiva 2008/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljanina trećih zemalja s nezakonitim boravkom (SL 2008. L 348, str. 98.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 8., str. 188.).

6. Predlažem<sup>5</sup> da Sud precizira i pojasni relevantnu sudsku praksu počevši od predmeta El Dridi<sup>6</sup> pa do predmeta Achughbadian<sup>7</sup> i Sagor<sup>8</sup> uzimajući u obzir glavni cilj Direktive, a to je vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom. Sud treba donijeti odluku protiv li se Direktiva 2008/115 takvoj kaznenopravnoj sankciji, ne zbog političkih razloga poput onih koji su navedeni gore, već u interesu učinkovitosti Direktive 2008/115.

## Pravni okvir

### *Pravo Europske unije*

7. Svrha Direktive 2008/115 na sljedeći je način definirana u njezinu članku 1. naslovljenom „Predmet“:

„Ovom se direktivom utvrđuju zajednički standardi i postupci koji se imaju primjenjivati u državama članicama za vraćanje državljana trećih zemalja koji nemaju zakonit boravak u skladu s temeljnim pravima kao općim načelima prava Zajednice kao i međunarodnog prava, uključujući zaštitu izbjeglica i ljudskih prava.“

8. U članku 2. Direktive 2008/115 naslovljenom „Područje primjene“ stoji:

„1. Ova se direktiva primjenjuje na državljane trećih zemalja koji nezakonito borave na državnom području države članice.

2. Države članice mogu odlučiti da neće primjenjivati ovu direktivu na državljane trećih zemalja:

- (a) kojima je odbijen ulazak u skladu s člankom 13. Zakonika o schengenskim granicama ili koji su uhićeni ili zadržani od strane nadležnih tijela zbog nezakonitog prelaska kopnene, morske ili zračne vanjske granice države članice i koji potom nisu dobili dozvolu ili im nije priznato pravo boravka u toj državi članici;
- (b) koji se moraju u skladu s nacionalnim pravom vratiti radi kaznene sankcije ili posljedice kaznene sankcije ili je u pogledu njih pokrenut postupak izručenja.

[...]“

9. U članku 3. navedene direktive naslovljenom „Definicije“ stoji:

„U smislu ove direktive [...]:

[...]

2. „nezakonit boravak“ znači nazočnost na području države članice državljanina treće zemlje koji ne ispunjava ili više ne ispunjava uvjete za [...] ulazak, boravak ili boravište u toj državi članici;

5 — Pritom ću dati sve od sebe da se koncentriram na pravne argumente povezane s Direktivom 2008/115, a ne na političke stavove poput onih iz točaka 1. i 3. ovog mišljenja.

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

7 — Presuda u predmetu Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807).

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

3. „vraćanje“ znači postupak vraćanja državljanina treće zemlje – bilo kao dobrovoljno prihvaćanje obveze na povratak ili prisilno – u:
  - njegovu ili njezinu državu podrijetla, ili
  - državu tranzita u skladu sa sporazumima Zajednice ili bilateralnim sporazumima o ponovnom primitku ili drugim sporazumima, ili
  - drugu treću zemlju u koju se konkretni državljanin treće zemlje dobrovoljno odluči vratiti i u kojoj će on ili ona biti prihvaćeni;
4. „odluka o vraćanju“ znači upravna ili sudska odluka ili akt u kojem se navodi ili određuje da je boravak državljanina treće zemlje nezakonit i kojom se određuje ili utvrđuje obveza vraćanja;
5. „udaljavanje“ znači izvršenje obveze vraćanja, posebno fizički prijevoz iz države članice;
6. „zabrana ulaska“ znači upravna ili sudska odluka ili akt kojim se zabranjuju ulazak i boravak na državnom području države članice za određeno vrijeme, zajedno s odlukom o vraćanju;

[...]“

10. U članku 6. stavku 1. Direktive 2008/115 naslovljenom „Odluka o vraćanju“ stoji:

„Države članice izdaju odluku o vraćanju u pogledu svakog državljanina treće zemlje koji nezakonito boravi na njihovom državnom području, ne dovodeći u pitanje iznimke iz stavaka od 2. do 5.“

11. U članku 8. stavku 1. Direktive 2008/115 predviđeno je da „države članice poduzimaju potrebne mjere za izvršenje odluke o vraćanju ako nije odobreno vrijeme za dobrovoljni odlazak u skladu s člankom 7. stavkom 4. ili ako obveza vraćanja nije izvršena u vremenu za dobrovoljni odlazak, odobrenom u skladu s člankom 7.“

12. Članak 11. navedene direktive nosi naslov „Zabrana ulaska“ te u njemu stoji sljedeće:

„1. Odlukama o vraćanju pridodaje se zabrana ulaska:

- (a) ako nije odobreno vrijeme za dobrovoljni odlazak; ili
- (b) ako nije poštovana obveza vraćanja.

U drugim se slučajevima odlukama o vraćanju može pridodati zabrana ulaska.

2. Trajanje zabrane ulaska utvrđuje se u pogledu svih relevantnih okolnosti pojedinačnog slučaja i u pravilu ne prelazi pet godina. Međutim, može biti duža od pet godina, ako državljanin treće zemlje predstavlja ozbiljnu opasnost za javni poredak, javnu sigurnost ili nacionalnu sigurnost.

3. Države članice razmatraju ukidanje ili suspenziju zabrane ulaska kada državljanin treće zemlje na kojega se zabrana ulaska odnosi u skladu sa stavkom 1. podstavkom 2. može dokazati da je on ili ona napustio državno područje države članice u potpunosti poštujući odluku o vraćanju.

Na žrtve trgovine ljudima koji imaju boravišnu dozvolu prema Direktivi Vijeća 2004/81/EZ od 29. travnja 2004. o boravišnoj dozvoli izdanoj državljanima trećih zemalja koji su žrtve trgovine ljudima ili koji su korišteni za djelovanja kojima se omogućuje nezakonita imigracija, koji surađuju s nadležnim tijelima<sup>9</sup>, zabrana ulaska se ne primjenjuje, ne dovodeći u pitanje stavak 1. podstavak 1. točku (b), ako konkretni državljanin treće zemlje ne predstavlja opasnost za javni poredak, javnu sigurnost ili nacionalnu sigurnost.

Države članice mogu se suzdržati od izdavanja, ukidanja ili suspenzije zabrane ulaska u pojedinačnim slučajevima iz humanitarnih razloga.

Države članice mogu ukinuti ili suspendirati zabranu ulaska u pojedinačnom slučaju ili nekim vrstama slučajeva iz drugih razloga.

4. Kada država članica razmatra izdavanje boravišne dozvole ili drugog odobrenja koje omogućuje pravo na boravak državljaninu treće zemlje na kojeg se odnosi zabrana ulaska koja je izdana u drugoj državi članici, ona se najprije savjetuje s državom članicom koja je izdala zabranu ulaska te uzima u obzir njezine interese u skladu s člankom 25. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma<sup>10</sup>.

5. Stavci od 1. do 4. primjenjuju se ne dovodeći u pitanje pravo na međunarodnu zaštitu, kako je definirana člankom 2. točkom (a) Direktive Vijeća 2004/83/EZ od 29. travnja 2004. o minimalnim normama za kvalifikaciju i status državljanina treće zemlje ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica ili osoba kojima je na drugi način potrebna međunarodna zaštita te o sadržaju odobrene zaštite<sup>11</sup> u državama članicama.”

13. U članku 15. stavku 1. Direktive 2008/115 stoji sljedeće:

„1. Ako u konkretnom slučaju nije moguće primijeniti dostatne, a manje prisilne mjere, države članice mogu samo zadržati državljanina treće zemlje u pogledu kojeg se provodi postupak vraćanja kako bi pripremile povratak i/ili provele postupak vraćanja, posebno kada:

- (a) postoji opasnost od bijega; ili
- (b) konkretni državljanin treće zemlje izbjegava ili ometa pripreme postupka za vraćanje ili udaljavanje.

Svako zadržavanje može trajati ono vrijeme koje je najmanje potrebno, a trajati tako dugo koliko traje postupak udaljavanja, a treba se provesti uz dužnu pozornost.”

### *Talijansko pravo*

14. U članku 13. stavku 13. Zakonske uredbe br. 286 od 25. srpnja 1998. stoji da „državljanin treće zemlje protiv kojeg je donesena odluka o udaljavanju ne smije ponovno ući na državno područje bez posebnog odobrenja ministarstva za unutarnje poslove. U slučaju povrede, stranom državljaninu izreći će se kazna zatvora u trajanju od jedne do četiri godine te će se isti protjerati uz trenutnu deportaciju”.

9 — SL 2004., L 261, str. 19. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 12., str. 59.)

10 — SL 2000., L 239, str. 19. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 9., str. 12.)

11 — SL 2004., L 304, str. 12. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 12., str. 64.)

## Činjenično stanje, postupak i upućena pitanja

15. S. Celaj, albanski državljanin, nepoznatog je datuma ušao na talijansko državno područje. Talijanske su ga vlasti dana 26. kolovoza 2011. uhitile zbog pokušaja razbojništva, nakon čega je osuđen na kaznu zatvora od jedne godine (uz odgodu primjene te kazne) te na novčanu kaznu u iznosu od 400 eura. Ta je presuda postala pravomoćna 15. ožujka 2012.

16. Prefekt Firence je dana 17. travnja 2012. donio odluku o deportaciji, a kvestor Firence odluku o udaljavanju kojoj je pridodana zabrana ponovnog ulaska u Italiju u trajanju od tri godine. Prefekt Firence je u svojoj odluci istaknuo da se mogućnost dobrovoljne repatrijacije mora isključiti, jer je zbog okolnosti slučaja bila potrebna trenutna deportacija S. Celaja. Štoviše, potonji nije zatražio da mu se odobri vrijeme za dobrovoljni odlazak te je postojala opasnost od njegova bijega, jer nije bilo isprava koje bi upućivale na to da ima gdje boraviti.

17. Budući da nijedan zračni prijevoznik nije bio dostupan te da S. Celaja nije bilo moguće smjestiti u ustanovu za zadržavanje, potonji nije prisilno deportiran te mu je kvestor Firence naredio da napusti državno područje, pod prijetnjom zakonom predviđenih sankcija.

18. S. Celaj je potom ostao u Italiji. U tri je zasebne prilike identificiran na tri različite lokacije između 27. srpnja 2012. i 30. kolovoza 2012. te je pritom optužen kao nezakoniti migrant te za uzgoj opojnih droga.

19. S. Celaj je dana 4. rujna 2012. na vlastitu inicijativu otišao do pogranične policijske postaje u Brindisiju te dobrovoljno napustio državno područje.

20. S. Celaj je nakon toga ponovno ušao na talijansko državno područje. Karabinjeri postaje San Piero a Sieve koji su vršili provjere na lokalnoj željezničkoj stanici uhitili su ga dana 14. veljače 2014.

21. Državni je odvjetnik protiv njega pokrenuo kazneni postupak pred Tribunale di Firenze (okružni sud, Firenca) zahtijevajući kaznu zatvora od 8 mjeseci na temelju članka 13. stavka 13. Zakonske uredbe br. 286. iz 1998.

22. U okviru tog postupka, Tribunale di Firenze je odlukom od 22. svibnja 2014., koju je Sud zaprimio 12. lipnja 2014., uputio sljedeće pitanje radi donošenja prethodne odluke:

„Jesu li u suprotnosti s Direktivom 2008/115/EZ nacionalne odredbe država članica koje propisuju kaznu zatvora do četiri godine za državljanina treće zemlje s nezakonitim boravkom koji je, nakon što je vraćen u svoju zemlju na temelju koji nije ni kaznena sankcija niti posljedica kaznene sankcije, ponovno ušao na područje države članice uz povredu zakonite zabrane ponovnog ulaska, bez da su se na takvog državljanina prethodno primijenile prisilne mjere iz članka 8. Direktive 2008/115/EZ u svrhu njegova brzog i učinkovitog udaljavanja?”

23. Vlade Češke, Njemačke, Grčke, Italije, Norveške i Švicarske podnijele su pisana očitovanja, kao i Europska komisija.

## Ocjena

24. Od Suda se ponovno traži da odluči o usklađenosti nacionalne kaznenopravne sankcije s odredbama Direktive 2008/115. Ovog se puta radi o nacionalnoj kaznenopravnoj sankciji u obliku kazne zatvora koja se treba izreći državljaninu treće zemlje isključivo iz razloga što je, nakon što se u okviru prethodnog postupka vraćanja iz države članice vratio u državu svojeg podrijetla, ponovno ušao na područje odnosne države članice.

25. Sud je više puta zaključio da unatoč tomu što kazneno zakonodavstvo i pravila kaznenog postupka načelno spadaju pod nadležnost država članica te što ni Direktiva 2008/115 ni njezina pravna osnova<sup>12</sup> ne isključuju državama članicama nadležnost u kaznenim pitanjima iz područja nezakonite imigracije te nezakonitih boravaka, države članice ne mogu primjenjivati kazneno zakonodavstvo koje može ugroziti ciljeve Direktive 2008/115, te je time lišiti njezine učinkovitosti<sup>13</sup>.

26. Prije razmatranja nacionalnog prava koje je predmet glavnog postupka, htio bih, za potrebe ovog predmeta, kratko podsjetiti na sustav uspostavljen Direktivom 2008/115 te na sudsku praksu Suda u pogledu kaznenopravnih sankcija u kontekstu ove direktive.

#### *Sustav vraćanja, udaljavanja i zadržavanja uspostavljen Direktivom 2008/115*

27. Sud je postupak vraćanja uspostavljen Direktivom 2008/115 već opširno opisao u brojnim predmetima koje je razmatrao<sup>14</sup>. Stoga ću ovdje biti kratak te se osvrnuti samo na ključne elemente za potrebe predmeta o kojem je riječ.

28. Cilj je Direktive 2008/115, prema njezinoj uvodnoj izjavi 2., stvaranje učinkovite politike vraćanja i repatrijacije, koja se temelji na zajedničkim standardima, da se osobe vraćaju na human način uz puno poštovanje njihovih temeljnih prava i dostojanstva<sup>15</sup>. U tu je svrhu njome uspostavljen postupak vraćanja čiji je temelj te koji započinje odlukom o vraćanju koju, sukladno članku 6. stavku 1. Direktive 2008/115, države članice imaju obvezu<sup>16</sup> izdati u pogledu svakog državljanina treće zemlje koji nezakonito boravi na njihovom državnom području<sup>17</sup>. Ta odredba predstavlja ključni element Direktive<sup>18</sup>.

29. Postupak koji slijedi počiva na načelu proporcionalnosti<sup>19</sup>: u tu svrhu, kao pravilo, udaljavanje, odnosno izvršenje obveze vraćanja putem fizičkog prijevoza iz države članice<sup>20</sup>, moguće je samo ako dobrovoljni odlazak nije moguć ili je neuspješan<sup>21</sup>, a zadržavanje se može koristiti samo kao *ultima ratio*, samo u trajanju koje je nužno potrebno te samo do udaljavanja<sup>22</sup>. Smisao odredaba o zadržavanju je taj da samo postupci radi vraćanja i udaljavanja mogu opravdati oduzimanje slobode te da, ako se ti postupci ne vode s potrebnom pažnjom, zadržavanje gubi opravdanje na temelju tih

12 — Članak 63., točka (3)(b) UEZ-a, preuzet u članku 79. stavku 2. točki (c) UFEU-a. U vezi zakonodavnog postupka, vidjeti moje stajalište u predmetu Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, t. 45. i bilješka 12.).

13 — Osobito vidjeti presudu u predmetu Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 33.).

14 — Vidjeti, primjerice, presudu u predmetu El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 34. i prateće članke).

15 — Za više detalja o izvorima nadahnuća za Direktivu, kao što je sudska praksa Europskog suda za ljudska prava te „Dvadeset smjernica o prisilnom vraćanju”, koje je usvojio Odbor ministara Vijeća Europe 4. svibnja 2005., vidjeti moje stajalište u predmetu Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, t. 45.).

16 — Vidjeti presudu u predmetu Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 31.). U engleskom se tekstu Direktive koristi izraz za propisivanje „shall”. U pogledu obvezujuće naravi članka 6. Direktive 2008/115, također vidjeti Slama, S., „La transposition de la directive „retour”: vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers?”, u: 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 obveza ne dovodi u pitanje iznimke navedene u stavicama 2. do 5. istog članka. Osim toga, člankom 6. stavkom 6. državama članicama dopušta se donošenje odluke o prestanku zakonitog boravka zajedno s odlukom o vraćanju.

18 — Također vidjeti Hörich, D., „Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme”, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2011., str. 281.-286., na str. 283.

19 — Vidjeti uvodne izjave 13. i 16. Direktive 2008/115. Također vidjeti presudu u predmetu El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 41.).

20 — Članak 3. točka 5. i članak 8. Direktive 2008/115.

21 — Vidjeti članak 7. Direktive 2008/115.

22 — Vidjeti poglavlje IV.: Zadržavanje u svrhu udaljavanja, članci 15.-18. Direktive 2008/115.

odredaba<sup>23</sup>. Kako sam već naglasio u svojem stajalištu u predmetu Mahdi<sup>24</sup>, zadržavanje u svrhu udaljavanja nema ni prisilnu ni kaznenu narav i ne znači zatvorsku kaznu<sup>25</sup>. Osim toga, članak 15. stavak 1. treba usko tumačiti jer prisilno zadržavanje, kao oduzimanje slobode, predstavlja iznimku od temeljnog prava na osobnu slobodu<sup>26</sup>.

#### *Dopušteno zadržavanje i kazna zatvora izvan situacija predviđenih Direktivom 2008/115*

30. Dakle, sama direktiva ne sadržava nikakve odredbe o mogućnosti država članica da primijene zadržavanje ili kaznu zatvora kao kaznenopravnu sankciju u vezi nezakonitog boravka. Smatram da je jasno zašto je to tako: nema mjesta takvoj sankciji ako je cilj Direktive omogućiti brz povratak državljanina trećih zemalja s nezakonitim boravkom. Bilo koje zadržavanje ili kazna zatvora koji nisu određeni u sklopu postupka vraćanja će u konačnici oduljiti takav postupak.

31. Kao što je dobro poznato te je već spomenuto u uvodu ovog mišljenja, u pogledu toga postoji i sudska praksa Suda. Ipak, do danas nije bilo predmeta u kojem je Sud, na temelju činjeničnog stanja predmeta iz glavnog postupka, zaključio da su zadržavanje ili kazna zatvora kao kaznenopravna sankcija u skladu s Direktivom 2008/115.

Dosadašnja sudska praksa: od predmeta El Dridi preko predmeta Achughbabian do predmeta Sagor

32. U predmetu El Dridi<sup>27</sup> od Suda se tražilo da ocijeni protivi li se Direktiva 2008/115 nacionalnom propisu, poput talijanskog propisa iz glavnog postupka u tom predmetu<sup>28</sup> kojim se za državljanina treće zemlje s nezakonitim boravkom predviđala kazna zatvora zbog same činjenice da, bez valjanog razloga, boravi na talijanskom državnom području, suprotno nalogu da napusti to područje unutar određenog razdoblja. Sud je zaključio da se Direktiva 2008/115, osobito njezini članci 15. i 16., doista protivi takvom propisu<sup>29</sup>.

33. U predmetu Achughbabian<sup>30</sup> od Suda se ponovno tražilo da utvrdi protivi li se Direktiva 2008/115 nacionalnom propisu, poput francuskog propisa iz glavnog postupka u tom predmetu<sup>31</sup> kojim se za državljanina treće zemlje predviđala kazna zatvora zbog same činjenice da je nezakonito ušao ili da nezakonito boravi na francuskom državnom području. Sud je ponovno zaključio da se Direktiva protivi takvom propisu „u dijelu u kojem taj propis dopušta izricanje kazne zatvora državljaninu treće zemlje koji, iako nezakonito boravi na području odnosne države članice te ga ne želi dobrovoljno napustiti, nije podvrgnut prisilnim mjerama navedenima u članku 8. te direktive te nije proveo najdulje predviđeno vrijeme zadržavanja koje mu je određeno radi pripreme i provedbe njegova udaljavanja”<sup>32</sup>. U predmetu iz glavnog postupka, slučaj A. Achughbabiana spadao je u tu kategoriju.

23 — Za više detalja vidjeti moje stajalište u predmetu Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, t. 46.-55.).

24 — C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936.

25 — *Ibid.*, t. 47, kao i mišljenje nezavisnog odvjetnika Bota u predmetu Bero i Bouzalmate (C-473/13 i C-514/13, EU:C:2014:295, t. 91.), stajalište nezavisnog odvjetnika Mazáka u predmetu El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205, t. 35.) te stajalište nezavisnog odvjetnika Watheleta u predmetu G. i R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553, t. 54.).

26 — Vidjeti moje stajalište u predmetu Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, t. 47.), kao i stajalište nezavisnog odvjetnika Mazáka u predmetu Kadzoev (C-357/09 PPU, EU:C:2009:691, t. 70.). U pogledu članka 5. stavka 1. točke (f) EKLJP-a, ESLJP je donio jednake zaključke (vidjeti, primjerice, presude u predmetima Quinn protiv Francuske, t. 42., 22. ožujka 1995., Serija A br. 311, i Kaya protiv Rumunjske, br. 33970/05, t. 16., 12. listopada 2006.).

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

28 — Razmatrale su se druge odredbe uredbe o kojoj je riječ u ovom predmetu.

29 — *Ibid.*, t. 62. i izreka.

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

31 — Razmatrale su se druge odredbe Uredbe iste onoj iz dotičnog predmeta.

32 — *Ibid.*, t. 50. i prva alineja izreke.

34. Sud je u ta dva predmeta obrazložio da kazna zatvora može ugroziti ostvarivanje cilja Direktive te da može otežati primjenu mjera iz članka 8. stavka 1. Direktive 2008/115 te odgoditi provedbu odluke o vraćanju<sup>33</sup>.

35. Osim toga, sud je u presudi u predmetu Achughbabian upotrijebio nešto širu formulaciju nego u presudi u predmetu El Dridi: precizirao je da se taj zaključak odnosi i na donošenje odluke o vraćanju. Sud je zaključio da se „obveza država članica da provedu udaljavanje propisana člankom 8. te direktive, u slučajevima predviđenima u članku 8. stavku 1., mora ispuniti što je prije moguće. To očito ne bi bio slučaj ako bi država članica, nakon što se utvrdi da državljanin treće zemlje nezakonito boravi, pred provedbu odluke o vraćanju, *ili čak i prije donošenja te odluke*<sup>34</sup>, pokrenula kazneni progon nakon kojeg bi se, u odgovarajućim slučajevima, izrekla kazna zatvora<sup>35</sup>“.

36. Taj razvoj od predmeta El Dridi do predmeta Achughbabian je značajan te ću mu se vratiti u nastavku<sup>36</sup>.

37. Osim toga, zanimljivo je istaknuti, te je meni nejasno, zašto se Sud u svojem obrazloženju te u prvoj alineji izreke više nije pozivao na članke 15. i 16. Direktive 2008/115, protivno onomu što je učinio u presudi u predmetu El Dridi<sup>37</sup>. I ovom ću se pitanju vratiti u nastavku<sup>38</sup>.

38. Sud je u presudi u predmetu Sagor istaknuo da kućno zadržavanje, određeno i provedeno tijekom postupka vraćanja, „može oduljiti – te time omesti – mjere kao što su deportacija i prisilno vraćanje zračnim putem, koje se mogu upotrijebiti da bi se udaljavanje izvršilo“<sup>39</sup>.

39. Presuda u predmetu Achughbabian<sup>40</sup> ipak nije završena gore navedenom tvrdnjom. Iako nije bilo povezanosti s činjeničnim stanjem iz glavnog postupka, Sud je dalje istaknuo da se Direktiva 2008/115 ne protivi propisu države članice kojim se predviđaju kaznene sankcije za nezakonite boravke u dijelu u kojem on „dopušta izricanje kazne zatvora državljaninu treće zemlje na kojeg je primijenjen postupak vraćanja uspostavljen [Direktivom 2008/115] te koji nezakonito boravi na tom području bez opravdanog razloga za nevraćanje“<sup>41</sup>.

33 — Vidjeti presude u predmetima El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 59.) i Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 45.). Nekoliko je akademskih autora govorilo o postojanju određenog paradoksa u takvom razmišljanju. Vidjeti, primjerice, 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“, u: S. Amadeo (ur.), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015. (predstojeće), 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“, u: *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“. Neki primjećuju i određeni cinizam, vidjeti Kauff-Gazin, F., „La directive «retour» au secours des étrangers?: de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011“, u: *Europe* br. 6, lipanj 2011., str. 1.-13., na str. 12.: „Cet argumentaire suscite la critique à la fois par son cynisme et par son manque d'audace“. Smatram da se takav paradoks doista može uvidjeti ako se pažnju usmjeri na pretpostavljene interese odnosnih pojedinaca, umjesto na pravne obveze država članica koje proizlaze iz Direktive. Ipak, jedini interesi odnosnih pojedinaca koji su zaštićeni Direktivom su jamstva zaštite njihovih temeljnih prava tijekom čitavog postupka, podložna načelu proporcionalnosti.

34 — Moj kurziv.

35 — Vidjeti presudu u predmetu Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 45.).

36 — U točki 51. ovog mišljenja.

37 — Presuda u predmetu El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268). Međutim, Sud se kasnije u presudi u predmetu Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, t. 36.), što je ponovio u svojem rješenju u predmetu Mbaye (C-522/11, EU:C:2013:190, t. 28.), ipak pozvao na članke 15. i 16. Direktive 2008/115 u sklopu svojeg obrazloženja.

38 — U točki 60. ovog mišljenja.

39 — Presuda u predmetu Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, t. 45.).

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

41 — *Ibid.*, t. 48., 50. i druga alineja izreke. Prema mojem mišljenju, iako je taj odjeljak također i dio izreke presude, isti očito predstavlja *obiter dictum*, s obzirom na to da ni na koji način nije povezan s činjeničnim stanjem ovog predmeta te se odnosi na situaciju hipotetske naravi.



40. Još jednom treba naglasiti da je i u predmetu *El Dridi*<sup>42</sup> i u predmetu *Achughbabian*<sup>43</sup> činjenično stanje bilo takvo da odnosi postupci vraćanja *nisu* bili u potpunosti primijenjeni<sup>44</sup>.

41. Sud je nakon toga, u presudi u predmetu *Sagor*, u pogledu kaznog progona koji je doveo do izricanja novčane kazne, zaključio da takva kazna ne može omesti postupak vraćanja uspostavljen Direktivom 2008/115<sup>45</sup>. Dalje je istaknuo da „izricanje novčane kazne ni na koji način ne sprečava donošenje i provedbu odluke o vraćanju uz puno poštovanje uvjeta iz članaka 6. do 8. Direktive 2008/115, niti potkopava zajedničke standarde u vezi oduzimanja slobode iz članaka 15. i 16. te direktive”<sup>46</sup>.

42. Uporaba izraza „donijeti”<sup>47</sup> je znakovita, jer pokazuje da je obveza donošenja naloga za vraćanje stalna. Također pokazuje da je razlika u okolnosti je li postupak vraćanja u tijeku ili nije, u stvarnosti, umjetna. Čak i ako postupak vraćanja nije u tijeku te su uvjeti iz članka 6. ispunjeni, isti se treba pokrenuti.

Kazna zatvora zbog ponovnog ulaska

43. Vratimo se predmetu o kojem je riječ.

44. Sud koji je uputio zahtjev utvrdio je da S. Celaj nezakonito boravi na talijanskom državnom području. Direktiva je, stoga, na temelju članka 2. stavka 1. Direktive 2008/115, primjenjiva. Nijedna se od iznimki iz članka 2. stavaka 2. i 3. ne može primijeniti. Osobito, nema naznaka da se na S. Celaja primjenjuje odbijanje ulaska u skladu s člankom 13. Zakonika o schengenskim granicama<sup>48</sup>.

45. Time se postavlja pitanje mogu li, u ovom slučaju, talijanske vlasti S. Celaju izreći kaznu zatvora.

46. Talijanska, češka, njemačka, grčka, norveška i švicarska vlada, zajedno s Komisijom, smatraju da je to moguće. Ističu da se činjenično stanje ovog predmeta razlikuje od onoga u predmetima *El Dridi* i *Achughbabian*. Iako se njihova stajališta razlikuju u pogledu nekih detalja, mišljenja su da se između državljanina treće zemlje koji prvi put ulazi na područje države članice i njegova kasnijeg ponovnog ulaska, nakon što je postupak vraćanja proveden, mora praviti razlika. U prvoj situaciji, država članica nema izbora te mora primijeniti Direktivu 2008/115, dok u drugoj situaciji država članica može nastojati izreći kaznu zatvora kako bi odvrtila državljanina treće zemlje od ponovnog ulaska na njezino državno područje.

47. S druge strane, sud koji je uputio zahtjev smatra da vrijednosna odluka u pogledu konceptualnih i strukturnih razlika između različitih situacija u kojima se strani državljanin može naći, prema tome je li njegova prisutnost na državnom području posljedica nezakonitog ulaska ili ponovnog ulaska nakon ranije odluke o udaljavanju, nije relevantna.

42 — Presuda u predmetu *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

43 — Presuda u predmetu *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807).

44 — To ističe i Piccichè, F., „Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato alla luce della Direttiva 2008/115/CE”, u: *Rivista penale* 7-8-2012, str. 712.-715., na str. 715.

45 — Presuda u predmetu *Sagor* (C-430/11, EU:C:2012:777, t. 36.).

46 — Presuda u predmetu *Sagor* (C-430/11, EU:C:2012:777, t. 36.).

47 — Treba podsjetiti da se u Direktivi, u njezinu članku 6. stavku 1., ne koristi izraz „donijeti”, već izraz „izdati”. U drugim se jezičnim verzijama t. 36. presude u predmetu *Sagor* koristi isti izraz kao u članku 6. stavku 1. Vidjeti, primjerice, verziju na talijanskom jeziku, odnosno jeziku tog postupka („che una decisione di rimpatrio sia *adottata*”) kao i verzije na francuskom („qu’une décision de retour soit *prise*”), poljskom („*wydaniu* [...] decyzji nakazującej powrót”) i njemačkom jeziku („dem *Erlass* [...] einer Rückkehrenscheidung”). Sav tekst u kurzivu iz ove bilješke je moj vlastiti. Činjenica da se u t. 36. engleske verzije presude u predmetu *Sagor* koristi izraz „donijeti” umjesto „izdati”, ne utječe na moje stajalište u ovom predmetu.

48 — Uredba (EZ) br. 562/2006 Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o Zakoniku Zajednice o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o Schengenskim granicama) (SL 2006., L 105, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 10., str. 61.).

48. Slažem se s pristupom suda koji je uputio zahtjev te ističem Sudu da je takav pristup u potpunosti u skladu s dosadašnjom sudskom praksom.

49. Cilj Direktive 2008/115, izričito i nedvosmisleno naveden u njezinu članku 1., jest vraćanje državljana trećih zemalja koji nemaju zakonit boravak. Države članice imaju stalnu obvezu pokrenuti postupak vraćanja izdavanjem odluke o vraćanju te potom pratiti tijek tog postupka, u skladu s načelom proporcionalnosti.

50. Direktiva ne pravi nikakvu razliku u pogledu toga koliko puta državljanin treće zemlje pokuša ući na područje države članice, i to iz dobrog razloga: pitanja povezana s nezakonitim ulaskom su prije svega stvar zakonodavstva Unije o ulasku, kao što je Zakonik o schengenskim granicama. Međutim, nakon što državljanin treće zemlje uđe na područje države članice te se ustanovi da tamo nezakonito boravi, mora biti vraćen<sup>49</sup>. Obveze država članica na temelju članka 6. i pratećih članaka Direktive 2008/115 su stalne, trajne te se primjenjuju bez prekida u smislu da nastaju automatski čim se uvjeti iz tih članaka ispune. Ako, nakon što se ustanovi da državljanin treće zemlje nezakonito boravi na području države članice, ta država ne usvoji odluku o vraćanju, ali izrekne kaznu zatvora toj osobi, zapravo ne bi ispunila svoje obveze iz Direktive.

51. Čini se da je Sud u potpunosti toga svjestan, što pokazuje njegovo obrazloženje u presudi u predmetu Achughbadian<sup>50</sup>, gdje je naveo da donošenju odluke o vraćanju također ne bi smjela prethoditi kaznenopravna sankcija.

52. Izricanje kazne zatvora državljaninu treće zemlje iz razloga koji ne spada u one predviđene Direktivom u suštini predstavlja jednostranu privremenu obustavu primjene Direktive od strane odnosne države članice. Potvrđujem da nema mjesta takvoj obustavi primjene Direktive.

#### Zabrana ulaska

53. Kako se postojanje zabrane ulaska treba ocijeniti u tom kontekstu?

54. Sudska je praksa o tom pitanju oskudna te ne pruža mnogo smjernica za ovaj predmet<sup>51</sup>.

55. U Direktivi se zabrana ulaska definira kao upravna ili sudska odluka ili akt kojim se zabranjuju ulazak i boravak na državnom području države članice za određeno vrijeme<sup>52</sup>. Kako je jasno iz članka 11. Direktive 2008/115, zabrana ulaska se pridodaje odluci o vraćanju. Ona je, stoga, samo sporedna u odnosu na odluku o vraćanju<sup>53</sup>.

49 — Naravno, ne dovodeći u pitanje iznimke iz članka 6. stavaka 2.-5. Direktive 2008/115.

50 — Vidjeti presudu u predmetu Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 45.), navedenu u točki 34. ovog mišljenja.

51 — Pitanja na koja je Sud do sada trebao odgovoriti odnosila su se prije svega na ograničenje trajanja zabrane ulaska te na datum provedbe Direktive: vidjeti presudu u predmetu Filev i Osmani (C-297/12, EU:C:2013:569).

52 — Vidjeti članak 3. točku 6. Direktive 2008/115. Treba istaknuti da to obuhvaća samo države članice koje sudjeluju u schengenskom sustavu, također vidjeti uvodne izjave 25. i 26. Direktive 2008/115.

53 — Također vidjeti Martucci, F., „La directive „retour” : la politique européenne d’immigration face à ses paradoxes”, u: *Revue trimestrielle du droit européen*, 2009., str.. 47.-67., na str. 50.

56. Kako je gore navedeno, Direktiva 2008/115 odnosi se na vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom. Pitanja ulaska na područje Europske unije prije svega su stvar zakonodavstva schengenske pravne stečevine<sup>54</sup> te osobito Zakonika o schengenskim granicama<sup>55</sup>. Stoga, iako su politike Unije u pogledu ulaska i vraćanja neraskidivo povezane, mora se imati na umu činjenica da su uređene različitim pravnim instrumentima. To je jasno istaknuto i člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive, prema kojem države članice mogu odlučiti da neće primjenjivati Direktivu na državljane trećih zemalja kojima je odbijen ulazak u skladu s člankom 13. Zakonika o schengenskim granicama. Na to dodatno ukazuje i činjenica da se samo uvodnom izjavom<sup>56</sup> Direktive 2008/115, a ne njezinom obvezujućom odredbom, države članice potiče da imaju brz pristup informacijama o zabranama ulaska koje su izdale druge države članice te se u njoj navodi da bi se ta razmjena podataka trebala obavljati u skladu s Uredbom SIS II<sup>57</sup>.

57. Glavni cilj Direktive 2008/115 nije spriječiti nezakoniti boravak, nego ga okončati<sup>58</sup>. S obzirom na sporednu narav zabrane ulaska, mjere kojima se sankcionira nepoštovanje te zabrane ne mogu ugrožavati taj najvažniji cilj. Drugim riječima, zadržavanje ili izricanje kazne zatvora radi provedbe zabrane ulaska ne smije ugrožavati budući postupak vraćanja.

58. To nikako ne znači da postojanje zabrane ulaska nema nikakvu svrhu iz perspektive države članice: sprečavanjem osobe da u budućnosti zakonito ponovno uđe na područje države članice može državljanina treće zemlje odvratiti od ponovnog nezakonitog ulaska. Dakle, sama direktiva pruža državama članicama sredstvo da odvrate državljane trećih zemalja od ponovnog ulaska na njihovo državno područje.

59. Međutim, obveze koje države članice imaju na temelju Direktive primjenjuju se ako državljanin treće zemlje (nezakonito) (ponovno) uđe na područje države članice.

#### Završna zapažanja

60. Na koji god način na to gledali: izricanje kazne zatvora osobi u konačnici odgađa budući povratak. U tom se kontekstu mora promatrati jednostavna tvrdnja da se Direktiva 2008/115 ne protivi tomu da se zakonom države članice nezakonit boravak klasificira kao kazneno djelo te da se predvide kaznenopravne sankcije kako bi se onemogućila i spriječila takva povreda nacionalnih pravila o boravku<sup>59</sup>. Stoga se zadržavanje ili izricanje kazne zatvora treba ograničiti na zadržavanje zbog kaznenih djela koja nisu povezana s nezakonitošću boravka<sup>60</sup>, zadržavanje u upravnim situacijama

54 — Za sažeti pregled, vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu Zh. i O. (C-554/13, EU:C:2015:94, t. 3. et seq.). Također vidjeti Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 3. izdanje, Oxford, OUP, 2011., str. 136. i prateće stranice.

55 — Upravo su tim zakonikom određene kategorije osoba kojima se zabranjuje ulazak te je službenicima graničnog nadzora povjerena dužnost sprečavanja nezakonitog ulaska državljana trećih zemalja: vidjeti članak 13. tog zakonika. Također treba istaknuti da se u tom zakoniku više puta upućuje na takozvano „upozorenje u SIS-u“ (SIS = schengenski informacijski sustav). Pravna veza između odbijanja ulaska nastavnog na takvo upozorenje i zabrane ulaska na temelju Direktive 2008/115 nije suviše jasna, također vidjeti Boeles, P., „Entry Bans and SIS-alerts“, u: 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.

56 — Vidjeti uvodnu izjavu 18. Direktive 2008/115.

57 — Uredba (EZ) br. 1987/2006 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. prosinca 2006. o uspostavi, djelovanju i korištenju druge generacije Schengenskog informacijskog sustava (SIS II) (SL 2006. L 381, str. 4.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 7., str. 74.).

58 — Također vidjeti Brunessen, B., „La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau“, u: *Revue des affaires européennes*, 2011/4, str. 845.-858., na str. 854.

59 — Vidjeti presudu u predmetu Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 28.).

60 — Takva kaznena djela, jasno, ne spadaju u područje primjene Direktive.

uređenima poglavljem IV. Direktive te zadržavanje radi utvrđivanja je li boravak zakonit ili nije<sup>61</sup>. Odredbe poglavlja IV. iscrpne su kada je riječ o zadržavanju ili izricanju kazne zatvora u vezi s boravkom za kojeg se utvrdilo da je nezakonit. Zato je učinak tih odredbi, osobito članaka 15. i 16. Direktive, takav da su drugi slučajevi zadržavanja ili izricanja kazne zatvora zabranjeni Direktivom.

61. Potpuno sam svjestan da moje shvaćanje odredaba Direktive 2008/115 vodi uskom tumačenju druge alineje izreke presude u predmetu Achughbadian<sup>62</sup>. Ipak, to je jedino moguće tumačenje koje se može pomiriti s odredbama te direktive<sup>63</sup>. Stoga, drugu alineju izreke presude u predmetu Achughbadian tumačim na način da obuhvaća situacije u kojima je postupak vraćanja bio neuspješan te gdje odnosna osoba *nastavlja* nezakonito boraviti na području odnosne države članice, a da nema opravdanje za nevraćanje<sup>64</sup>.

62. Naposlijetku, treba se osvrnuti na ustaljenu sudsku praksu Suda prema kojoj nacionalni sud mora, u okviru obavljanja svoje nadležnosti, primijeniti odredbe prava Unije i osigurati njihovu punu učinkovitost, te odbiti primjenu odredaba nacionalnog prava u dijelu u kojem su suprotne odredbama Direktive 2008/115<sup>65</sup>. Stoga, sud koji je uputio zahtjev mora odbiti primjenu članka 13. stavka 13. Zakonske uredbe br. 286/1998 u dijelu u kojem se njome predviđa izricanje kazne zatvora S. Celaju isključivo iz razloga što je, nakon što se vratio u državu svojeg podrijetla, ponovno ušao na talijansko državno područje.

## Zaključak

63. S obzirom na sva navedena razmatranja, predlažem da Sud na pitanje koje je uputio Tribunale di Firenze (Italija) odgovori na sljedeći način:

Direktiva 2008/115/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom, osobito njezini članci 15. i 16., moraju se tumačiti na način da se protive propisu države članice, poput onog koji je predmet glavnog postupka, kojim se predviđa kazna zatvora za državljanina treće zemlje s nezakonitim boravkom isključivo iz razloga što je, nakon što se u okviru prethodnog postupka vraćanja vratio u državu svojeg podrijetla, ponovno ušao na područje države članice.

61 — Vidjeti presudu u predmetu Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, t. 29.). Slično tomu, u pogledu prvog dijela članka 5. stavka 1. točke (f) EKLJP-a, vidjeti presudu u predmetu Saadi protiv Ujedinjene Kraljevine [GC], br. 13229/03, t. 65., 29. siječnja 2008.

62 — Presuda u predmetu Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807).

63 — Uvijek je teže utvrditi točan opseg obrazloženja presude ako ono nije izravno povezano s činjeničnim stanjem predmeta.

64 — Primjerice, ako je odnosna osoba aktivno ometala postupak vraćanja kako bi isti bio neuspješan, tako što je pobjegla ili na drugi način, te *nastavlja* nezakonito boraviti, tada država članica doista može kazneno progoniti tu osobu te je kazniti kaznenopravnom sankcijom.

65 — Vidjeti presudu u predmetu El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 61. i navedenu sudsku praksu).