



Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (peto vijeće)

17. rujna 2020.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Područje slobode, sigurnosti i pravde – Vraćanje državljanina trećih zemalja s nezakonitim boravkom – Direktiva 2008/115/EZ – Članak 11. – Zabrana ulaska – Državljanin treće zemlje kojem je izrečena takva zabrana, ali koji nikad nije napustio državu članicu o kojoj je riječ – Nacionalni propis kojim se predviđa kazna zatvora za boravak tog državljanina u toj državi članici, unatoč tomu što je bio svjestan da mu je izrečena zabrana ulaska”

U predmetu C-806/18,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud, Nizozemska), odlukom od 27. studenoga 2018., koju je Sud zaprimio 20. prosinca 2018., u kaznenom postupku protiv osobe

JZ

SUD (peto vijeće),

u sastavu: E. Regan, predsjednik vijeća, I. Jarukaitis, E. Juhász, M. Ilešič (izvjestitelj) i C. Lycourgos, suci, nezavisni odvjetnik: M. Szpunar,

tajnik: M. Ferreira, glavna administratorica,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 6. veljače 2020.,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

- za osobu JZ, S. J. van der Woude i J. P. W. Temminck Tuinstra, *advocaten*,
- za nizozemsku vladu, M. K. Bulterman, M. H. S. Gijzen i J. Langer, u svojstvu agenata,
- za češku vladu, M. Smolek, J. Vlácil, A. Brabcová i A. Pagáčová, u svojstvu agenata,
- za njemačku vladu, R. Kanitz, u svojstvu agenta,
- za Europsku komisiju, C. Cattabriga i R. Troosters, u svojstvu agenata,

saslušavši mišljenje nezavisnog odvjetnika na raspravi održanoj 23. travnja 2020.,

donosi sljedeću

* Jezik postupka: nizozemski

Presudu

- 1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje Direktive 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 (SL 2008., L 348, str. 98.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 8., str. 188.).
- 2 Zahtjev je upućen u okviru kaznenog postupka pokrenutog protiv osobe JZ, koja je rođena u Alžiru 1969. i ima državljanstvo te treće zemlje, zbog toga što je 21. listopada 2015. boravila u Nizozemskoj, unatoč tomu što je bila svjesna da joj je odlukom od 19. ožujka 2013. izrečena zabrana ulaska.

Pravni okvir

Pravo Unije

- 3 Uvodne izjave 2., 4. i 14. Direktive 2008/115 glase:
 - „(2) Europsko je vijeće u Bruxellesu 4. i 5. studenoga 2004. pozvalo na 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.
 - [...]
 - (4) Potrebno je donijeti jasna, pregledna i pravična pravila radi učinkovite politike povratka kao sastavnog dijela dobro vođene migracijske politike.
 - [...]
 - (14) Učinci nacionalnih mjera za vraćanje trebali bi imati europsku dimenziju ustanovljavanjem zabrana ulaska i boravka na području svih država članica. Trajanje zabrane ulaska utvrđuje se s obzirom na sve relevantne okolnosti pojedinačnog slučaja i u pravilu ne bi trebalo biti dulje od pet godina. U tom smislu, posebno bi se trebala uzeti u obzir činjenica da je u pogledu državljanina treće zemlje već doneseno više od jedne odluke ili naloga za udaljavanje ili da je ušao u područje neke države članice za vrijeme trajanja zabrane ulaska.”
- 4 Člankom 1. Direktive 2008/115, naslovljenim „Predmet”, predviđa se:

„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.”
- 5 U članku 3. te direktive, naslovljenom „Definicije”, navodi se:

„Za potrebe ove Direktive:

[...]

 2. „nezakonit boravak” znači nazočnost u području države članice državljanina treće zemlje koji ne ispunjava ili više ne ispunjava uvjete za ulazak iz članka 5. [Uredbe (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.) ili druge uvjete za ulazak, boravak ili boravište u toj državi članici;

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 [Unije] 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;

[...]

8. ‚dobrovoljni odlazak‘ znači izvršavanje obveze vraćanja u roku koji je određen u tu svrhu u odluci o vraćanju;

[...]”

- 6 U članku 6. iste direktive, naslovljenom „Odluka o vraćanju”, navodi se:

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

[...]

6. Ova Direktiva ne sprječava države članice od donošenja odluke o prestanku zakonitog boravka zajedno s odlukom o vraćanju i/ili odlukom o udaljavanju i/ili zabrani ulaska u jedinstvenoj upravnoj ili sudskoj odluci ili aktu, kako je predviđeno nacionalnim zakonodavstvom, ne dovodeći u pitanje postupovne sigurnosne mjere iz poglavlja III. i prema drugim mjerodavnim odredbama prava [Unije] i nacionalnog prava.”

- 7 U članku 7. iste direktive, naslovljenom „Dobrovoljni odlazak”, određuje se:

„1. U odluci o vraćanju naznačuje se vrijeme potrebno za dobrovoljni odlazak koje iznosi između sedam i trideset dana, ne dovodeći u pitanje iznimke iz stavaka 2. i 4. [...]

[...]

4. Ako postoji opasnost od bijega ili ako je zahtjev za zakonit boravak odbijen kao očigledno neutemeljen ili lažan, ili ako konkretna osoba predstavlja opasnost za javni poredak, javnu sigurnost ili nacionalnu sigurnost, države članice mogu se suzdržati od odobravanja vremena za dobrovoljni odlazak ili mogu odobriti vrijeme kraće od sedam dana.”

8 Članak 8. Direktive 2008/115, naslovljen „Udaljavanje”, predviđa:

„1. 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, odobren u skladu s člankom 7.

[...]

3. Države članice mogu donijeti posebne upravne ili sudske odluke ili akte u kojima se nalaže udaljavanje.

[...]”

9 Članak 11. navedene direktive, naslovljen „Zabrana ulaska”, propisuje:

„1. Odlukama o vraćanju pridodaje se zabrana ulaska:

(a) ako nije odobreno vrijeme [z]a 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 duže 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.

[...]”

10 U skladu s člankom 20. te direktive, države članice bile su dužne donijeti zakone i druge propise potrebne za usklađivanje s tom direktivom najkasnije do 24. prosinca 2010.

Nizozemsko pravo

Vw

11 Wet tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet (Vreemdelingenwet 2000) (Zakon o strancima iz 2000.) od 23. studenoga 2000. (Stb. 2000., br. 495), kako je izmijenjen s učinkom od 31. prosinca 2011., radi prenošenja Direktive 2008/115 u nizozemsko pravo (u daljnjem tekstu: Vw), u svojem članku 61. stavku 1. predviđa da državljanin treće zemlje čiji boravak nije zakonit ili je takvim prestao biti mora samoinicijativno napustiti državno područje Kraljevine Nizozemske u roku određenom člankom 62. Vw-a, čijim se stavicima 1. i 2. prenosi članak 7. stavci 1. i 4. Direktive 2008/115.

12 Članak 66. Vw-a, kojim se članak 11. stavak 2. Direktive 2008/115 prenosi u nizozemsko pravo, u stavku 1. predviđa da se odluka o zabrani ulaska donosi u odnosu na državljanina treće zemlje koji nije samoinicijativno napustio državno područje Kraljevine Nizozemske u za to određenom roku.

- 13 Na temelju članka 66.a stavka 4. Vw-a, zabrana ulaska izriče se na određeno razdoblje, a najviše pet godina, osim ako državljanin treće zemlje predstavlja ozbiljnu prijetnju za javni poredak, javnu sigurnost ili nacionalnu sigurnost. To se razdoblje računa od dana kada je državljanin treće zemlje stvarno napustio državno područje Kraljevine Nizozemske.
- 14 U skladu s člankom 66.a stavkom 7. Vw-a, državljanin treće zemlje kojem je zabranjen ulazak ni u kojem slučaju ne može zakonito boraviti na državnom području Kraljevine Nizozemske u jednom od sljedećih slučajeva:
- „(a) ako je pravomoćnom presudom osuđen za kazneno djelo za koje je zapriječena kazna zatvora u trajanju od tri ili više godina;
 - (b) ako predstavlja opasnost za javni poredak ili nacionalnu sigurnost;
 - (c) ako predstavlja ozbiljnu prijetnju u smislu stavka 4.; ili
 - (d) ako mu se na temelju međunarodnog ugovora ili u interesu međunarodnih odnosa Nizozemske mora odbiti bilo kakav boravak.”

Kazneni zakonik

- 15 U skladu s člankom 197. Wetboek van Strafrecht (Kazneni zakonik), u verziji koja proizlazi iz Zakona od 15. prosinca 2011. Stb. 2011., br. 663 (u daljnjem tekstu: Kazneni zakonik), državljaninu treće zemlje koji boravi na državnom području Nizozemske, iako zna ili ima ozbiljnih razloga vjerovati da je, na temelju zakonske odredbe, proglašen „nepoželjnim”, ili da mu je izrečena zabrana ulaska na temelju članka 66.a stavka 7. Vw-a, može se izreći, među ostalim, kazna zatvora od najviše šest mjeseci.

Glavni postupak i prethodno pitanje

- 16 Odlukom od 14. travnja 2000. JZ proglašen je „nepoželjnim”, na temelju tada važećeg nacionalnog zakonodavstva.
- 17 Odlukom Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (državni tajnik za sigurnost i pravosuđe, Nizozemska) od 19. ožujka 2013. spomenuta odluka o proglašenju donesena protiv osobe JZ ukinuta je na njezin zahtjev, nakon stupanja na snagu odredaba o prenošenju Direktive 2008/115 u nizozemsko pravo. Međutim, u toj se odluci navodi da je dotična osoba dužna odmah napustiti državno područje Kraljevine Nizozemske, pri čemu se pojašnjava da se, na temelju nizozemskog prava, dostava navedene odluke smatra „odlukom o vraćanju” u smislu članka 6. te direktive. Osim toga, istom se odlukom osobi JZ izriče zabrana ulaska u trajanju od pet godina jer je protiv nje doneseno nekoliko osuđujućih kaznenih presuda.
- 18 Dana 21. listopada 2015. utvrđeno je da je JZ, protivno odluci od 19. ožujka 2013., boravio u Amsterdamu (Nizozemska).
- 19 Nakon što je, na temelju članka 197. Kaznenog zakonika, osuđen za to kazneno djelo, JZ je u žalbenom postupku pred Gerechtshofom Amsterdam (Žalbeni sud u Amsterdamu, Nizozemska) istaknuo da je cilj tog članka samo inkriminirati boravak protivan zabrani ulaska, koja, međutim, proizvodi pravne učinke tek od trenutka kada osoba o kojoj je riječ napusti državno područje država članica. Međutim, budući da JZ nakon što mu je izrečena zabrana ulaska nije napustio državno područje Kraljevine Nizozemske, nisu ispunjeni konstitutivni elementi navedenog kaznenog djela, slijedom čega mu se na temelju navedenog članka Kaznenog zakonika ne može izreći kazna.

- 20 Presudom od 4. svibnja 2017. *Gerechtshof Amsterdam* (Žalbeni sud u Amsterdamu) ipak je na temelju tog članka Kaznenog zakonika osudio osobu JZ na kaznu zatvora u trajanju od dva mjeseca.
- 21 JZ je protiv te presude podnio žalbu u kasacijskom postupku sudu koji je uputio zahtjev, *Hoge Raad der Nederlanden* (Vrhovni sud Nizozemske). Potonji sud napominje da je Sud presudom od 26. srpnja 2017., *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590), presudio, među ostalim, da zabrana ulaska proizvodi pravne učinke tek od dana kad se državljanin treće zemlje stvarno vratio u svoju državu podrijetla ili drugu treću zemlju. Jedan dio teoretičara smatra da iz toga proizlazi da na temelju članka 197. Kaznenog zakonika nije moguće voditi postupak protiv državljanina treće zemlje koji se još nije stvarno vratio u svoju državu podrijetla ili drugu treću zemlju. S druge strane, drugi dio teoretičara smatra da se ta presuda ne može tumačiti na taj način jer taj članak Kaznenog zakonika upućuje samo na datum donošenja zabrane ulaska i na činjenicu da je državljanin treće zemlje te zabrane bio svjestan.
- 22 U tim je okolnostima *Hoge Raad der Nederlanden* (Vrhovni sud Nizozemske) odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Ako je nesporno, s jedne strane, da državljanin treće zemlje, u skladu s nizozemskim pravom, u Nizozemskoj ne boravi zakonito i, s druge strane, da unatoč provedenim fazama postupka vraćanja, utvrđenima Direktivom [2008/115], do stvarnog vraćanja nije došlo, je li nacionalno pravno pravilo kojim se inkriminira boravak državljanina treće zemlje na državnom području Nizozemske nakon što mu je na temelju članka 66.a stavka 7. [Vw-a] izrečena zabrana ulaska, u skladu s pravom Unije i, osobito, s ocjenom Suda [...] iz presude od 26. srpnja 2017., *Ouhrami* (C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, t. 49.) u skladu s kojom zabrana ulaska o kojoj je riječ u članku 11. te direktive proizvodi ‚pravne učinke‘ tek od trenutka vraćanja državljanina treće zemlje u njegovu državu podrijetla ili drugu treću zemlju?“

O prethodnom pitanju

- 23 Svojim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti nastoji doznati treba li Direktivu 2008/115, a osobito njezin članak 11., tumačiti na način da joj se protivi propis države članice kojim je predviđeno da se kazna zatvora može izreći državljaninu treće zemlje s nezakonitim boravkom, u odnosu na kojega je postupak vraćanja utvrđen tom direktivom završen, a da osoba o kojoj je riječ nije stvarno napustila državno područje država članica, ako je inkriminirano ponašanje definirano na način da obuhvaća nezakonit boravak unatoč svijesti o zabrani ulaska izrečenoj, osobito, zbog ranije kaznene osuđivanosti osobe o kojoj je riječ ili opasnosti za javni poredak ili nacionalnu sigurnost koju ona predstavlja. U tom kontekstu, sud koji je uputio zahtjev nastoji osobito doznati koje učinke presude od 26. srpnja 2017., *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590) valja primijeniti.
- 24 U tom pogledu, kao prvo, valja podsjetiti na to da je, u skladu s uvodnom izjavom 2. Direktive 2008/115, njezin cilj stvaranje učinkovite politike vraćanja i repatrijacije, koja se temelji na zajedničkim standardima, kako bi se vraćanje osoba o kojima je riječ provodilo na human način uz puno poštovanje njihovih temeljnih prava i dostojanstva. Uvodnom izjavom 4. te direktive u tom je pogledu pojašnjeno da je takva učinkovita politika vraćanja neophodan element dobro vođene migracijske politike. Kako proizlazi iz naslova i članka 1. Direktive 2008/115, tom se direktivom u tu svrhu utvrđuju „zajednički standardi i postupci“ koje moraju primjenjivati sve države članice kod vraćanja državljanina trećih zemalja s nezakonitim boravkom (presude od 28. travnja 2011., *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 31. i 32. kao i od 30. svibnja 2013. *Arslan*, C-534/11, EU:C:2013:343, t. 42.).
- 25 Međutim, budući da Direktiva 2008/115 uređuje samo vraćanje državljanina trećih zemalja s nezakonitim boravkom ona nema za cilj u potpunosti uskladiti pravila država članica o boravku stranaca. Stoga se toj direktivi ne protivi to da se u pravu države članice nezakonit boravak kvalificira kao kazneno djelo

i predvide kaznene sankcije s ciljem sprečavanja i kažnjavanja počinjenja takvog kaznenog djela (presude od 6. prosinca 2011., Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, t. 28. i od 6. prosinca 2012., Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, t. 31.).

- 26 Međutim, prema ustaljenoj sudskoj praksi, država članica ne može primijeniti kazneni propis koji bi mogao ugroziti ostvarenje ciljeva Direktive 2008/115 i stoga je lišiti njezina korisnog učinka. Naime, iako su, u načelu, kazneno zakonodavstvo i pravila kaznenog postupka u nadležnosti država članica, pravo Unije ipak može utjecati na to područje prava. Slijedom navedenog, unatoč tomu što niti članak 63. prvi stavak točka 3. podtočka (b) UEZ-a, koji je preuzet u članku 79. stavku 2. točki (c) UFEU-a, ni Direktiva 2008/115, koja je donesena, osobito, na temelju te odredbe UEZ-a, ne isključuju kaznenu nadležnost država članica u području nezakonitog useljavanja i nezakonitog boravka, te države trebaju urediti svoje zakonodavstvo u tom području na način da osiguraju poštovanje prava Unije (vidjeti u tom smislu presude od 28. travnja 2011., El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 53. do 55.; od 6. prosinca 2011., Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, t. 33. i od 6. prosinca 2012., Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, t. 32.).
- 27 Sud je tako presudio da se Direktivi 2008/115 protivi propis države članice kojim su propisane kaznene sankcije za nezakoniti boravak, ako se njime predviđa kazna zatvora za državljanina treće zemlje koji, iako nezakonito boravi na državnom području države članice o kojoj je riječ te ga ne želi dobrovoljno napustiti, nije bio podvrgnut prisilnim mjerama iz članka 8. te direktive te mu nije, u slučaju zadržavanja s ciljem pripreme i ostvarenja njegova udaljavanja, isteklo najdulje predviđeno vrijeme tog zadržavanja (presuda od 6. prosinca 2011., Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, t. 50.).
- 28 Međutim, Sud je pojasnio da to ne isključuje mogućnost država članica da donesu ili zadrže odredbe, koje mogu biti i kaznenopravne, kojima se, poštujući načela Direktive 2008/115 i njezin cilj, uređuje situacija u kojoj prisilne mjere nisu omogućile postizanje udaljavanja državljanina treće zemlje s nezakonitim boravkom. Stoga se toj direktivi ne protivi nacionalni propis koji dopušta oduzimanje slobode državljaninu treće zemlje na kojeg je primijenjen postupak vraćanja utvrđen navedenom direktivom i koji nezakonito boravi na području predmetne države članice, bez opravdanog razloga za nevraćanje (presuda od 6. prosinca 2011., Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, t. 46., 48. i 50.).
- 29 Stoga valja utvrditi da, u skladu s tom sudskom praksom, Kraljevina Nizozemska načelno može u svojem pravu predvidjeti mogućnost izricanja kazne zatvora državljaninu treće zemlje, u situaciji poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku, u kojoj je, prema podacima iz zahtjeva za prethodnu odluku, postupak vraćanja utvrđen Direktivom 2008/115 završen, ali osoba i dalje nezakonito boravi na njezinu državnom području bez opravdanog razloga za nevraćanje.
- 30 Kao drugo, valja ispitati je li u skladu s Direktivom 2008/115 definirati ponašanje koje čini kažnjivim takav nezakonit boravak državljanina treće zemlje nakon neuspješnog izvršenja postupka vraćanja, upućivanjem na svijest tog državljanina o zabrani ulaska koja mu je izrečena, osobito, zbog ranije kaznene osuđivanosti ili opasnosti koju on predstavlja za javni poredak ili nacionalnu sigurnost.
- 31 U tom pogledu valja istaknuti da se, u skladu s člankom 11. stavkom 1. Direktive 2008/115, odlukama o vraćanju pridodaje zabrana ulaska ako nije odobreno vrijeme za dobrovoljni odlazak ili ako nije poštovana obveza vraćanja. U drugim se slučajevima odlukama o vraćanju može pridodati zabrana ulaska.
- 32 U točkama 45. do 51. presude od 26. srpnja 2017., Ouhrani (C-225/16, EU:C:2017:590), na čiji se doseg odnosi pitanje suda koji je uputio zahtjev, Sud je u biti istaknuo da iz izraza „zabrana ulaska”, teksta članka 3. točaka 4. i 6. Direktive 2008/115, teksta i svrhe spomenutog članka 11. stavka 1. te strukture te direktive, kojom se uspostavlja jasna razlika između, s jedne strane, odluke o vraćanju i eventualne odluke o udaljavanju i, s druge strane, zabrane ulaska, proizlazi da je svrha takve zabrane dopuniti odluku o vraćanju, zabranom osobi o kojoj je riječ da određeno vrijeme nakon njezina „vraćanja”, odnosno odlaska s državnog područja država članica, ponovno uđe na to državno područje

i ondje boravi. Slijedom navedenog, eventualna zabrana ulaska je sredstvo namijenjeno povećanju učinkovitosti politike Unije u području vraćanja, osiguravanjem da se državljanin treće zemlje s nezakonitim boravkom ne može zakonito vratiti na područje država članica tijekom određenog razdoblja nakon udaljavanja. Stupanje na snagu takve zabrane pretpostavlja stoga da je osoba o kojoj je riječ prethodno napustila navedeno državno područje.

- 33 Iz toga proizlazi da je do trenutka dobrovoljnog ili prisilnog izvršenja obveze vraćanja nezakonit boravak državljanina treće zemlje uređen odlukom o vraćanju, a ne zabranom ulaska, koja proizvodi učinke tek od trenutka u kojem taj državljanin stvarno napusti državno područje država članica.
- 34 Stoga valja utvrditi da se u situaciji poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku, u kojoj dotična osoba nije napustila Nizozemsku nakon donošenja odluke o vraćanju i u kojoj obveza vraćanja, propisana tom odlukom, stoga nikad nije izvršena, ta osoba nalazi u nezakonitom položaju koji proizlazi iz prvotnog nezakonitog boravka, a ne iz kasnijeg nezakonitog boravka koji je posljedica povrede zabrane ulaska u smislu članka 11. Direktive 2008/115 (vidjeti u tom smislu presudu od 26. srpnja 2017., *Ouhrami*, C-225/16, EU:C:2017:590, t. 55.).
- 35 U takvoj situaciji, dotičnu se osobu ne može kazniti zbog povrede zabrane ulaska jer takva povreda ne postoji.
- 36 Prema navodima osobe JZ, iz, među ostalim, geneze članka 197. Kaznenog zakonika proizlazi da je cilj te odredbe sankcionirati samo povredu zabrane ulaska, a ne prvotni nezakonit boravak. Ako bi to doista bio slučaj, a što je na sudu koji je uputio zahtjev da utvrdi, Direktivi 2008/115 i osobito njezinu članku 11. protivi se to da se navedena nacionalna odredba primijeni u situaciji poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku, u kojoj osoba o kojoj je riječ nikada nije napustila državno područje država članica.
- 37 Suprotno tomu, prema mišljenju nizozemske vlade, članak 197. Kaznenog zakonika ima za cilj sankcionirati svaki nezakoniti boravak državljanina treće zemlje koji je svjestan da mu je izrečena zabrana ulaska, neovisno o tome je li dotični državljanin tu zabranu stvarno povrijedio. Naime, nizozemski je zakonodavac tom odredbom odlučio inkriminirati „kvalificirani nezakonit boravak”, odnosno svaki nezakonit boravak državljanina treće zemlje koji zna ili ima ozbiljan razlog vjerovati da mu je izrečena zabrana ulaska, na temelju članka 66.a stavka 7. Vw-a, dok se „običan nezakonit boravak” nizozemskim pravom ne inkriminira. Taj članak 66.a stavak 7. primjenjuje se kad je protiv dotične osobe donesena osuđujuća presuda koja je postala pravomoćna, zbog počinjenja kaznenog djela za koje je zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje tri godine, ako predstavlja opasnost za javni poredak ili nacionalnu sigurnost ili ozbiljnu prijetnju u smislu tog članka 66.a stavka 4. ili kada joj se svaki boravak mora odbiti na temelju ugovora ili u interesu međunarodnih odnosa Kraljevine Nizozemske.
- 38 Ako bi se sud koji je uputio zahtjev odlučio za potonje tumačenje članka 197. Kaznenog zakonika, važno je istaknuti da, s obzirom na to da je, u skladu sa sudskom praksom navedenom u točki 28. ove presude, državama članicama u načelu dopušteno predvidjeti kaznu zatvora za svakog državljanina treće zemlje na kojeg se primjenjuje postupak vraćanja i koji i dalje nezakonito boravi na njihovu državnom području bez opravdanog razloga za nevraćanje, one tim više mogu predvidjeti takvu kaznu samo za one državljane koji su, primjerice, ranije kazneno osuđivani ili predstavljaju opasnost za javni poredak ili nacionalnu sigurnost.
- 39 Osim toga, načelno nije nespojivo s Direktivom 2008/115, a osobito s njezinim člankom 11., da se nacionalnim pravom inkriminirano ponašanje državljanina treće zemlje definira upućivanjem na činjenicu da on nezakonito boravi u predmetnoj državi članici unatoč svijesti o tome da mu je izrečena zabrana ulaska zbog takvog ponašanja ili takve opasnosti.

- 40 Međutim, kao što je to istaknuto u točkama 32. do 36. ove presude, zabrana ulaska ne proizvodi učinke bez izvršenja obveze vraćanja pa se stoga ne može smatrati da je bila povrijeđena u situaciji poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku, u kojoj osoba o kojoj je riječ nikada nije napustila državno područje država članica. Prema tome, da bi se moglo primijeniti u takvoj situaciji, inkriminirano ponašanje ne može se definirati upućivanjem na takvu povredu.
- 41 Naposljetku, važno je podsjetiti da se pri izricanju kaznenih sankcija državljanima trećih zemalja na koje se primjenjuje postupak vraćanja i koji nezakonito borave na državnom području države članice, bez opravdanog razloga za nevraćanje, u potpunosti trebaju poštovati temeljna prava, a osobito ona zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisanom u Rimu 4. studenoga 1950. (presuda od 6. prosinca 2011., Achughabian, C-329/11, EU:C:2011:807, t. 49.). Prema sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava, zakon koji sucu omogućuje da osobi oduzme slobodu mora u svojoj primjeni biti dovoljno dostupan, jasan i predvidljiv, kako bi se izbjegao svaki rizik arbitrarnosti (ESLJP, 21. listopada 2013., Del Río Prada protiv Španjolske, CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, t. 125.).
- 42 Na sudu koji je uputio zahtjev je da provjeri udovoljava li primjena članka 197. Kaznenog zakonika u situaciji poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku tim zahtjevima.
- 43 S obzirom na sva prethodna razmatranja, na postavljeno pitanje valja odgovoriti da Direktivu 2008/115, a osobito njezin članak 11., treba tumačiti na način da joj se ne protivi propis države članice kojim se predviđa da se kazna zatvora može izreći državljaninu treće zemlje s nezakonitim boravkom, u odnosu na kojega je postupak vraćanja utvrđen tom direktivom završen, a da osoba o kojoj je riječ nije stvarno napustila državno područje država članica, ako je inkriminirano ponašanje definirano na način da obuhvaća nezakonit boravak unatoč svijesti o zabrani ulaska izrečenoj, osobito, zbog ranije kaznene osuđivanosti osobe o kojoj je riječ ili opasnosti za javni poredak ili nacionalnu sigurnost koju ona predstavlja, pod uvjetom da definicija inkriminiranog ponašanja ne upućuje na povredu te zabrane ulaska i da je propis o kojem je riječ u svojoj primjeni dovoljno dostupan, jasan i predvidljiv, kako bi se izbjegao svaki rizik arbitrarnosti, a što je na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri.

Troškovi

- 44 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenoga, Sud (peto vijeće) odlučuje:

Direktivu 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, a osobito njezin članak 11., treba tumačiti na način da joj se ne protivi propis države članice kojim se predviđa da se kazna zatvora može izreći državljaninu treće zemlje s nezakonitim boravkom, u odnosu na kojega je postupak vraćanja utvrđen tom direktivom završen, a da osoba o kojoj je riječ nije stvarno napustila državno područje država članica, ako je inkriminirano ponašanje definirano na način da obuhvaća nezakonit boravak unatoč svijesti o zabrani ulaska izrečenoj, osobito, zbog ranije kaznene osuđivanosti osobe o kojoj je riječ ili opasnosti za javni poredak ili nacionalnu sigurnost koju ona predstavlja, pod uvjetom da definicija inkriminiranog ponašanja ne upućuje na povredu te zabrane ulaska i da je propis o kojem je riječ u svojoj primjeni dovoljno dostupan, jasan i predvidljiv, kako bi se izbjegao svaki rizik arbitrarnosti, a što je na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri.

Potpisi