



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 23 kwietnia 2020 r.¹

Sprawa C-806/18

JZ

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów)]

Odesłanie prejudycjalne – Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości – Dyrektywa 2008/115/WE – Artykuł 11 – Zakaz wjazdu – Obywatel państwa trzeciego, wobec którego przyjęto taki zakaz wjazdu, lecz który nigdy nie wyjechał z danego państwa członkowskiego – Orzeczenie pozbawienia wolności

1. W niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożonym przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów) Trybunał ma ponownie za zadanie ocenić, czy przepisy dyrektywy 2008/115/WE² stoją na przeszkodzie przepisowi krajowego prawa karnego sankcjonującemu nielegalny pobyt karą pozbawienia wolności.
2. Podczas gdy w niniejszej sprawie zainteresowane państwo członkowskie może co do zasady wydać takie orzeczenie, rozpatrywane pytanie – i jego szczególny charakter – jest związane z kwestią, czy uczyniło to ono prawidłowo.

Ramy prawne

Prawo Unii

3. Cel dyrektywy 2008/115 został zdefiniowany w jej art. 1, zatytułowanym „Przedmiot”, w następujący sposób:

„Niniejsza dyrektywa określa wspólne normy i procedury, które mają być stosowane przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, zgodnie z prawami podstawowymi jako zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego oraz prawa międzynarodowego, w tym z obowiązkami w zakresie ochrony uchodźców oraz praw człowieka”.

4. Artykuł 3 dyrektywy, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy [...]:

[...]

¹ Język oryginału: angielski.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.U. 2008, L 348, s. 98).

- 2) »nielegalny pobyt« oznacza obecność na terytorium państwa członkowskiego obywatela państwa trzeciego, który nie spełnia lub przestał spełniać warunki wjazdu do państwa członkowskiego [...] albo [...] pobytu lub zamieszkania w tym państwie członkowskim;
 - 3) »powrót« oznacza powrót obywatela państwa trzeciego – wynikający z dobrowolnego lub przymusowego wykonania zobowiązania do powrotu – do:
 - jego/jej państwa pochodzenia, lub
 - kraju tranzytu, zgodnie ze wspólnotowymi lub dwustronnymi umowami o readmisji lub z innymi porozumieniami, lub
 - innego państwa trzeciego, do którego dany obywatel państwa trzeciego zdecyduje się dobrowolnie powrócić i przez które zostanie przyjęty;
 - 4) »decyzja nakazująca powrót« oznacza decyzję administracyjną lub orzeczenie sądowe, w których stwierdza się lub uznaje, że obywatel państwa trzeciego przebywa w państwie członkowskim nielegalnie, oraz nakłada się lub stwierdza zobowiązanie do powrotu;
 - 5) »wydalenie« oznacza wykonanie zobowiązania do powrotu, czyli fizyczny przewóz osoby poza terytorium państwa członkowskiego;
 - 6) »zakaz wjazdu« oznacza decyzję administracyjną lub orzeczenie sądowe, które zakazują na określony czas wjazdu i pobytu na terytorium państw członkowskich oraz którym towarzyszy decyzja nakazująca powrót;
- [...]
- 8) »dobrowolny wyjazd« oznacza zastosowanie się do zobowiązania do powrotu w terminie, który został w tym celu określony w decyzji o zobowiązaniu do powrotu;
- [...]”.

5. Artykuł 6 dyrektywy 2008/115, zatytułowany „Decyzja o zobowiązaniu do powrotu”, stanowi:

„1. Bez uszczerbku dla wyjątków, o których mowa w ust. 2–5, państwa członkowskie wydają decyzję nakazującą powrót każdemu obywatelowi państwa trzeciego nielegalnie przebywającemu na ich terytorium.

[...]

6. Niniejsza dyrektywa nie wyklucza podejmowania przez państwa członkowskie decyzji o zakończeniu legalnego pobytu wraz z decyzją nakazującą powrót lub decyzją o wykonaniu wydalenia lub zakazem wjazdu, w ramach jednej decyzji administracyjnej lub orzeczenia sądowego, zgodnie z ich prawem krajowym, bez uszczerbku dla gwarancji proceduralnych przewidzianych w rozdziale III i w innych odpowiednich przepisach prawa wspólnotowego i krajowego”.

6. Artykuł 8 tej dyrektywy, zatytułowany „Wydalenie”, stanowi, co następuje:

„1. Państwa członkowskie podejmują wszelkie środki niezbędne do wykonania decyzji nakazującej powrót, jeżeli żaden termin dobrowolnego wjazdu nie został wyznaczony zgodnie z art. 7 ust. 4 lub jeżeli zobowiązanie do powrotu nie zostało wykonane w terminie dobrowolnego wjazdu, zgodnie z art. 7.

[...]

3. Państwo członkowskie może wydawać odrębne decyzje administracyjne lub orzeczenia sądowe nakazujące wydalenie”.

7. Artykuł 11 dyrektywy, zatytułowany „Zakaz wjazdu”, ma następujące brzmienie:

„1. Decyzji nakazującej powrót towarzyszy zakaz wjazdu:

- a) jeżeli nie wyznaczono terminu dobrowolnego wyjazdu, lub
- b) jeżeli zobowiązanie do powrotu nie zostało wykonane.

W innych przypadkach decyzjom nakazującym powrót może towarzyszyć zakaz wjazdu.

2. Czas trwania zakazu wjazdu jest określany z należyтым uwzględnieniem wszystkich istotnych dla danego przypadku okoliczności i co do zasady nie przekracza pięciu lat. Może on być jednak dłuższy niż pięć lat, jeżeli obywatel państwa trzeciego stanowi poważne zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego.

3. Państwa członkowskie rozważają cofnięcie lub zawieszenie zakazu wjazdu, jeżeli obywatel państwa trzeciego, który podlega zakazowi wjazdu wydanemu zgodnie z ust. 1 akapit drugi, jest w stanie wykazać, że opuścił terytorium państwa członkowskiego, w pełni przestrzegając decyzji nakazującej powrót.

[...]”.

8. Zgodnie z art. 12 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy „[d]ecyzje nakazujące powrót oraz, w stosownych przypadkach, decyzje o zakazie wjazdu lub o wykonaniu wydalenia wydawane są w formie pisemnej i zawierają uzasadnienie faktyczne i prawne, a także informacje o dostępnych środkach odwoławczych”.

Prawo niderlandzkie

9. Vreemdelingenwet 2000 (ustawa o cudzoziemcach z dnia 23 listopada 2000 r., Stb 2000, nr 495, zwana dalej „Vw 2000”), ze zmianami, które weszły w życie w dniu 31 grudnia 2011 r., w celu transpozycji dyrektywy 2008/115, stanowi w art. 61 ust. 1, że cudzoziemiec, który nie przebywa lub przestał przebywać zgodnie z prawem w Niderlandach, musi wyjechać dobrowolnie w czasie określonym w art. 62 tej ustawy, w którym to artykule w ust. 1 i 2 dokonano transpozycji art. 7 ust. 1 i 4 dyrektywy 2008/115.

10. Artykuł 66a ust. 1 Vw 2000, który ma na celu transpozycję art. 11 ust. 2 dyrektywy 2008/115, stanowi, że wobec cudzoziemca, który nie wyjechał z Niderlandów dobrowolnie w określonym czasie, wydaje się zakaz wjazdu.

11. Zgodnie z art. 66a ust. 4 Vw 2000 zakaz wjazdu wydaje się na czas oznaczony, nieprzekraczający pięciu lat, chyba że cudzoziemiec stanowi poważne zagrożenie dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego. Okres ten liczy się od dnia, w którym cudzoziemiec faktycznie wyjechał z Niderlandów.

12. Zgodnie z art. 66a ust. 7 Vw 2000 cudzoziemiec podlegający zakazowi wjazdu nie może, w żadnych okolicznościach, przebywać zgodnie z prawem w Niderlandach, gdy:

- „a) został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo, za które podlega karze pozbawienia wolności w wysokości co najmniej trzech lat;
- b) stanowi zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa narodowego;
- c) stanowi poważne zagrożenie w rozumieniu ust. 4; lub
- d) zgodnie z traktatem lub w interesie stosunków międzynarodowych Niderlandów należy odmówić mu jakiejkolwiek formy pobytu”.

13. Zgodnie z art. 197 Wetboek van Strafrecht (kodeksu karnego), w brzmieniu wynikającym z ustawy z dnia 15 grudnia 2011 r. (Stb. 2011, nr 663), przebywający w Niderlandach cudzoziemiec, który wie lub ma poważne powody, by przypuszczać, że został uznany za osobę niepożądaną zgodnie z przepisem prawa lub że wydano względem niego zakaz wjazdu na podstawie art. 66a ust. 7 Vw 2000, podlega, między innymi, karze pozbawienia wolności nieprzekraczającej sześciu miesięcy.

Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

14. Postanowieniem z dnia 14 kwietnia 2000 r. JZ został uznany za niepożądanego cudzoziemca w rozumieniu obowiązującego wówczas prawa³.

15. Postanowieniem Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (sekretarza stanu ds. bezpieczeństwa i sprawiedliwości, Niderlandy) z dnia 19 marca 2013 r. przyjętym na wniosek JZ uchylono wspomniane uznanie za osobę niepożądaną, w związku z nowelizacją Vw 2000 z dnia 31 grudnia 2011 r. dokonaną w celu transpozycji dyrektywy 2008/115. W postanowieniu tym przyjęto również wobec JZ pięcioletni zakaz wjazdu zgodnie z art. 66a ust. 7 Vw 2000, uchylając uznanie za osobę niepożądaną z chwilą wejścia w życie zakazu wjazdu. Zgodnie z tym postanowieniem wspomniane uchylene nie skutkowało jednak zmianą ciężącego na JZ obowiązku wyjazdu. W konsekwencji JZ miał bezzwłocznie wyjechać z Niderlandów z własnej inicjatywy i podlegać wydaleni. Zgodnie z art. 62a ust. 2 Vw 2000 postanowienie to jest decyzją nakazującą powrót.

16. W uzasadnieniu postanowienia wskazano między innymi, że JZ był wielokrotnie skazywany za różne przestępstwa. Zgodnie z sekcją A4/3.3 Vreemdelingencirculaire 2000 (okólnika dotyczącego cudzoziemców z 2000 r.) wszelkie podejrzenie popełnienia przestępstwa lub skazanie za przestępstwo stanowi zagrożenie dla porządku publicznego. Ze względu na to, że JZ stanowił zagrożenie dla porządku publicznego, miał on obowiązek bezzwłocznego wyjazdu z Niderlandów zgodnie z art. 62 ust. 2 lit. c) Vw 2000. W związku z powyższym przyjęto wobec niego zakaz wjazdu zgodnie z art. 66a ust. 1 lit. a) Vw 2000. W świetle art. 66a ust. 7 lit. b) Vw 2000 JZ nie może, w następstwie przyjęcia zakazu wjazdu, przebywać zgodnie z prawem w Niderlandach.

17. Gerechtshof Amsterdam (sąd apelacyjny w Amsterdamie, Niderlandy) stwierdził, że przeprowadzono wszystkie etapy procedury powrotu. JZ nie wyjechał jednak z Niderlandów po przyjęciu postanowienia z dnia 19 marca 2013 r. Jest bezsporne, że w dniu 21 października 2015 r. był on w Amsterdamie z naruszeniem tego postanowienia. Zgodnie z art. 197 kodeksu karnego

³ Artykuł 21 Vreemdelingenwet 1994 (ustawy o cudzoziemcach z 1994 r.). Takie uznanie za osobę niepożądaną oznacza w istocie, że zarówno stałe zamieszkanie w Niderlandach, jak również powrót do Niderlandów i pobyt w nich po wyjeździe podlegają karze, gdy są spełnione pozostałe przesłanki określone w art. 197 kodeksu karnego.

cudzoziemiec, który pozostaje w Niderlandach, pomimo że wie lub ma poważne powody, by przypuszczać, że wydano względem niego zakaz wjazdu na podstawie art. 66a ust. 7 Vw 2000, podlega ściganiu. W konsekwencji wyrokiem *Gerechtshof Amsterdam* (sądu apelacyjnego w Amsterdamie) skazano JZ na karę dwóch miesięcy pozbawienia wolności.

18. JZ wniósł skargę kasacyjną od tego wyroku przed *Hoge Raad der Nederlanden* (sąd najwyższy Niderlandów).

19. W tych okolicznościach postanowieniem z dnia 27 listopada 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 20 grudnia 2018 r., *Hoge Raad der Nederlanden* (sąd najwyższy Niderlandów) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy jest zgodny z prawem Unii – a w szczególności z rozstrzygnięciem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zawartym w wyroku z dnia 26 lipca 2017 r., *Ouhrami/Niderlandy* (C-225/16, EU:C:2017:590, pkt 49) w myśl którego zakaz wjazdu, o którym mowa w art. 11 dyrektywy [2008/115], wywołuje »skutki [prawne]« z chwilą powrotu cudzoziemca do kraju pochodzenia lub innego państwa trzeciego – przepis prawa krajowego, na mocy którego karze podlega pobyt na terytorium Niderlandów obywatela państwa trzeciego po tym, jak wydano względem niego zakaz wjazdu na podstawie art. 66a ust. 7 [Vw 2000], w sytuacji gdy jednocześnie w świetle prawa krajowego ustalono, że cudzoziemiec ten nie może legalnie przebywać na terytorium Niderlandów oraz że przeprowadzone zostały etapy procedury powrotu przewidziane w dyrektywie [2008/115], lecz rzeczywisty powrót nie miał miejsca?».

20. Uwagi na piśmie przedłożyli JZ, rządy czeski, niemiecki i niderlandzki, a także Komisja Europejska. Wszystkie te strony były reprezentowane na rozprawie, która odbyła się w dniu 6 lutego 2020 r.

Ocena

21. Poprzez zadane pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2008/115 stoją na przeszkodzie ustawodawstwu krajowemu, w którym przewidziano orzeczenie kary pozbawienia wolności wobec nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego, w sytuacji gdy zarzucane zachowanie zdefiniowano w odniesieniu do orzeczenia zakazu wjazdu, który nie wywołał jeszcze skutku ze względu na brak wjazdu zainteresowanej osoby.

Pozbawienie wolności w świetle dyrektywy 2008/115

22. Trybunał wielokrotnie już przeprowadzał ocenę ustawodawstwa krajowego w świetle dyrektywy 2008/115 w odniesieniu do kwestii dotyczącej pozbawienia wolności obywateli państw trzecich ze względu na niezgodność ich pobytu z prawem.

23. Pozbawienie jednostki wolności w formie kary pozbawienia wolności z samej swej natury, co do zasady, podważa cel dyrektywy 2008/115, jakim jest zapewnienie prawidłowego powrotu zainteresowanej osoby. Właśnie z tego względu Trybunał stale orzekał, że państwa członkowskie nie mogą stosować uregulowań z zakresu prawa karnego mogących zagrażać realizacji celów wytyczonych przez tę dyrektywę, a tym samym pozbawić ją skuteczności⁴.

⁴ Zobacz wyroki: z dnia 28 kwietnia 2011 r., *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, pkt 53–55); z dnia 6 grudnia 2011 r., *Achughbadian* (C-329/11, EU:C:2011:807, pkt 33); z dnia 6 grudnia 2012 r., *Sagor* (C-430/11, EU:C:2012:777, pkt 32); z dnia 1 października 2015 r., *Celaj* (C-290/14, EU:C:2015:640, pkt 21); a także z dnia 7 czerwca 2016 r., *Affum* (C-47/15, EU:C:2016:408, pkt 63).

24. Do chwili, w której obowiązek powrotu został dobrowolnie spełniony lub wykonany przymusowo, a zainteresowana osoba faktycznie powróciła do swojego państwa pochodzenia, do państwa tranzytu lub do innego państwa trzeciego w rozumieniu art. 3 pkt 3 dyrektywy 2008/115, nielegalny pobyt zainteresowanej osoby podlega decyzji nakazującej powrót⁵. Jedynie od tej chwili zakaz wjazdu wywołuje skutki, zakazując zainteresowanej osobie przez określony okres od dnia powrotu ponownego wjazdu i pobytu na terytorium państw członkowskich⁶.

25. Jak wyjaśniłem powyżej⁷, w orzecznictwie Trybunału zaakceptowano dwie sytuacje, w których dyrektywa 2008/115 nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu kary pozbawienia wolności wobec obywatela państwa trzeciego ze względu na nielegalny pobyt, a mianowicie w sytuacji gdy ma zastosowanie ustanowiona w dyrektywie 2008/115 procedura powrotu, a obywatel państwa trzeciego przebywa nielegalnie na tym terytorium bez uzasadnionego powodu niepodjęcia działań zmierzających do powrotu („sytuacja Achughbabiana”)⁸, a także w sytuacji gdy zastosowano procedurę powrotu, a zainteresowana osoba ponownie wjechała na terytorium tego państwa członkowskiego z naruszeniem zakazu wjazdu („sytuacja Celaja”)⁹.

26. W konsekwencji w dyrektywie 2008/115 ustanowiono kompletny system w celu zapewnienia, by nielegalnie przebywający obywatel państwa trzeciego wyjechał z terytorium Unii. Gdy obywatel państwa trzeciego jest objęty zakresem stosowania tej dyrektywy, to jest przebywa nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego¹⁰, a to państwo członkowskie nie postanowiło o niestosowaniu tej dyrektywy w oparciu o wyczerpująco wyliczone w tej dyrektywie podstawy¹¹ i nie może on skorzystać z prawa do swobodnego przemieszczania się¹² zdefiniowanego w art. 2 pkt 5 rozporządzenia (UE) 2016/399¹³, podlega on wówczas procedurze powrotu¹⁴. Zobowiązania, jakie ciążyą na państwach członkowskich na mocy art. 6 i nast. dyrektywy 2008/115, są stałe, ciągłe i mają zastosowanie bez przerwy w tym sensie, że powstają automatycznie, gdy tylko spełnione zostają przesłanki określone w tych artykułach. Gdyby, mimo ustalenia, że obywatel państwa trzeciego przebywa nielegalnie na terytorium danego państwa członkowskiego, owo państwo członkowskie nie wydało decyzji nakazującej powrót, ale zamiast tego wymierzyło tej osobie karę pozbawienia wolności, oznaczałoby to w istocie, że zawiesza ono swoje zobowiązania wynikające z dyrektywy 2008/115¹⁵.

27. Nowsza sprawa Ouhrami, w której rozpatrywano prawny charakter zakazu wjazdu¹⁶, uzupełnia powyższy obraz. Do chwili dobrowolnego lub przymusowego wykonania zobowiązania do powrotu i, w rezultacie, rzeczywistego powrotu zainteresowanego do państwa pochodzenia, państwa tranzytowego lub innego państwa trzeciego w rozumieniu art. 3 pkt 3 dyrektywy 2008/115 nielegalny pobyt zainteresowanego podlega decyzji nakazującej powrót¹⁷. Jedynie od tej chwili zakaz wjazdu wywołuje skutki, zakazując zainteresowanej osobie przez pewien okres po powrocie ponownego wjazdu i pobytu na terytorium państw członkowskich¹⁸.

5 Zobacz wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590, pkt 49).

6 Ibidem.

7 Zobacz moja bardziej szczegółowa opinia w sprawie Affum (C-47/15, EU:C:2016:68, pkt 48–56).

8 Zobacz wyrok z dnia 6 grudnia 2011 r., Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, pkt 50 i tiret pierwsze sentencji).

9 Zobacz wyrok z dnia 1 października 2015 r., Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, pkt 33 i sentencja).

10 Zobacz art. 2 ust. 1 dyrektywy 2008/115.

11 Zobacz art. 2 ust. 2 dyrektywy 2008/115.

12 Zobacz art. 2 ust. 3 dyrektywy 2008/115.

13 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (Dz.U. 2016, L 77, s. 1).

14 Oczywiście bez uszczerbku dla wyjątków, o których mowa w art. 6 ust. 2–5 dyrektywy 2008/115.

15 Zobacz moja opinia w sprawie Celaj (C-290/14, EU:C:2015:285, pkt 50).

16 Zobacz art. 3 pkt 6 i art. 11 dyrektywy 2008/115.

17 Zobacz wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590, pkt 49).

18 Ibidem.

Sytuacja JZ

28. W oparciu o wspomniane orzecznictwo w rozpatrywanej sprawie można wywieść trzy tymczasowe wnioski.

29. Po pierwsze, nie zaistniała „sytuacja Celaja”¹⁹, ponieważ nie miał miejsca ponowny wjazd na terytorium niderlandzkie. W rzeczywistości JZ nigdy nie wyjechał z Niderlandów.

30. Po drugie, niniejsza sprawa dotyczy pierwotnego nielegalnego pobytu podlegającego decyzji nakazującej powrót, a nie – tak jak w sprawie *Ouhrami*²⁰ – kolejnego nielegalnego pobytu, który stanowi konsekwencję naruszenia zakazu wjazdu w rozumieniu art. 11 dyrektywy 2008/115.

31. Po trzecie, co się tyczy „sytuacji Achughbabiana”²¹, Królestwo Niderlandów może co do zasady przewidzieć orzeczenie kary pozbawienia wolności wobec JZ przy uwzględnieniu jego nielegalnego pobytu, ponieważ zastosowano procedurę powrotu ustanowioną w dyrektywie 2008/115, a obywatel państwa trzeciego przebywa nielegalnie na tym terytorium bez żadnego uzasadnienia braku powrotu.

32. Nie jest to jednak to, co uczyniły Niderlandy. Podczas gdy procedura powrotu została zastosowana bez skutku do JZ, a JZ przebywa nadal nielegalnie na terytorium niderlandzkim bez żadnego uzasadnienia braku powrotu, powodem, *dla którego* JZ podlega sankcji karnej i został, w konsekwencji, pozbawiony wolności, jest nie bezskuteczna procedura powrotu, lecz fakt, że orzeczono wobec JZ zakaz wjazdu. W konsekwencji w rozpatrywanej sprawie nie zaistniała „sytuacja Achughbabiana”.

33. A zatem niniejsza sprawa nie dotyczy kwestii, czy państwo członkowskie może w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym przewidzieć orzeczenie kary pozbawienia wolności (oczywiście, może), lecz raczej faktycznej *implementacji* tej możliwości w niderlandzkim ustawodawstwie w zakresie, w jakim art. 197 kodeksu karnego sankcjonuje nielegalny pobyt w wypadku posiadania wiedzy o zakazie wjazdu, który – w sprawach takich jak rozpatrywana w postępowaniu głównym – nie wywołał jeszcze skutku ze względu na brak pierwotnego powrotu.

34. Według JZ z uzasadnienia projektu propozycji nowelizacji art. 197 kodeksu karnego wynika jasno, że w ramach tej propozycji rząd niderlandzki zamierzał jedynie ustanowić karę za naruszenie zakazu wjazdu, a nie penalizować nielegalny pobyt, w odniesieniu do którego zamierzał przedstawić odrębną propozycję ustawodawczą. JZ twierdzi, że taka propozycja została faktycznie przedstawiona w dniu 7 stycznia 2013 r., lecz została następnie cofnięta w dniu 14 maja 2014 r. ze względów politycznych.

35. Natomiast według rządu niderlandzkiego w niderlandzkim ustawodawstwie zdecydowano się na określenie „kwalifikowanego niezgodnego z prawem pobytu” (to jest wszelkiego niezgodnego z prawem pobytu cudzoziemca, który wie lub ma poważne podstawy, by przypuszczać, że nie wolno mu wjeżdżać na terytorium Niderlandów, zgodnie z art. 66a ust. 7 Vw 2000) jako przestępstwa objętego art. 197 kodeksu karnego, podczas gdy w świetle prawa niderlandzkiego „zwykły niezgodny z prawem pobyt” nie podlega karze.

36. Z pewnością do właściwości Trybunału nie należy rozstrzygnięcie sporu związanego ze sposobem rozumienia art. 197 kodeksu karnego, który wydaje się być nierozstrzygnięty na poziomie krajowym.

¹⁹ Zobacz pkt 25 niniejszej opinii.

²⁰ Wyrok z dnia 26 lipca 2017 r. (C-225/16, EU:C:2017:590).

²¹ Zobacz pkt 25 niniejszej opinii.

37. Niemniej w celu zorientowania sądu odsyłającego i udzielenia mu użytecznej odpowiedzi na zadane pytanie Trybunał powinien rozpatrzyć, czy rozumienie art. 197 kodeksu karnego – zgodnie z którym zarzucane zachowanie można zdefiniować w odniesieniu do orzeczenia zakazu wjazdu, który nie wywołał jeszcze skutku ze względu na brak wjazdu zainteresowanej osoby – jest zgodne z prawem Unii.

38. Rządy niderlandzki i niemiecki podnoszą, że jeśli w „sytuacji Achughbabiana” państwa członkowskie mogą sankcjonować nielegalny pobyt na gruncie prawa karnego po bezskutecznej procedurze powrotu, wówczas a fortiori mogą one ograniczyć nałożenie kary do takich „sytuacji Achughbabiana”, w których zainteresowana osoba stanowi zagrożenie dla porządku publicznego, na co dowodem jest orzeczenie zakazu wjazdu. W tym względzie rządy te wskazują na różnicę między orzeczeniem zakazu wjazdu a wywołaniem skutku przez ten zakaz. Podniesiono, że w krajowym prawie karnym można określić obowiązywanie zakazu wjazdu jako przesłankę popełnienia przestępstwa.

39. Moim zdaniem całkowicie bezsporna jest konieczność dokonania rozróżnienia między momentem orzeczenia zakazu wjazdu a momentem, w którym zakaz wjazdu wywarł skutek. Co więcej, jak już wspomniałem powyżej, w określonych okolicznościach Niderlandy mogą sankcjonować nielegalny pobyt na gruncie prawa karnego. Jest to objęte ich właściwością w dziedzinie prawa karnego.

40. W tym względzie chciałbym podkreślić, że sformułowanie art. 197 kodeksu karnego jest niefortunne, biorąc pod uwagę brzmienie dyrektywy 2008/115, ponieważ zaciera dokonane w tej dyrektywie wyraźne rozróżnienie między decyzją nakazującą powrót a zakazem wjazdu. Nawet przy najlepszej chęci zrozumienie tego przepisu wymaga intelektualnych piruetów. JZ ma rację, twierdząc, że przepis ten trudno uznać za jasny w tym względzie. Jednakże, nawet jeśli w tym przepisie należącym do krajowego prawa karnego nie dokonano takiego samego rozróżnienia terminologicznego jak określone w dyrektywie 2008/115, nie wydaje mi się to sprzeczne z brzmieniem lub celami tej dyrektywy. Nie można zaprzeczyć, że pomimo sformułowania art. 197 kodeksu karnego w nieco mylący sposób brak jest jakiegokolwiek wskazówki, iż jego stosowanie, w tym w rozpatrywanej sprawie, wywiera wpływ na wzajemne oddziaływanie między decyzją nakazującą powrót a zakazem wjazdu, określonymi w dyrektywie 2008/115. Co więcej, dyrektywa ta nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu sankcji karnej, a ponadto nie wymaga, by krajowe prawo karne dosłownie powtarzało jej brzmienie.

41. W celu rozwiania wszelkich możliwych wątpliwości²² należy stwierdzić, że sytuacja w niniejszej sprawie wchodzi wprost w zakres stosowania dyrektywy 2008/115²³. Mając na względzie okoliczność, że Królestwo Niderlandów podlega, zgodnie z art. 6 ust. 1 tej dyrektywy, stałemu i ciągłemu obowiązkowi wydania i wdrożenia decyzji nakazującej powrót, który to obowiązek ma zastosowanie bez przerw, pozbawienie danej osoby wolności – tymczasowe – jest objęte zakresem tej procedury. W konsekwencji prawo krajowe takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym nie powinno być sprzeczne z brzmieniem dyrektywy 2008/115.

42. O ile w tym względzie rząd czeski podnosi, że niniejsza sprawa nie jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2008/115, argumentując, że dyrektywa ta nie harmonizuje krajowych przepisów sankcjonujących niezgodność pobytu z prawem, o tyle podkreślam, że rząd ten dochodzi do błędnego wniosku, wychodząc z prawidłowego punktu wyjścia. Jest bezsporne, że dyrektywa 2008/115 nie harmonizuje krajowych przepisów sankcjonujących niezgodność pobytu z prawem. Niemniej dyrektywa 2008/115 może stać na przeszkodzie takim przepisom, ponieważ nie mogą one być sprzeczne z brzmieniem lub celem tej dyrektywy. Ostatecznie jest to sama istota streszczonego powyżej

²² Na rozprawie Komisja sugerowała, że sytuacja taka jak rozpatrywana w niniejszej sprawie nie jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2008/115. Podobnie uczyniły to rządy niemiecki i czeski.

²³ Jak słusznie w przedstawionych uwagach podkreśliła Komisja, Królestwo Niderlandów nie ma obowiązku przyjęcia przepisów prawa karnego sankcjonujących nielegalny pobyt. Jednakże, jeśli przyjmie takie przepisy, przepisy te powinny być zgodne z tą dyrektywą, w tym ze streszczonym powyżej orzecznictwem Trybunału.

orzecznictwa Trybunału, zapoczątkowanego wyrokiem El Dridi²⁴. W związku z powyższym chciałbym przede wszystkim przypomnieć, iż Trybunał stale orzekał, że o ile właściwość państw członkowskich w zakresie prawa karnego w obszarze nielegalnej imigracji i nielegalnego pobytu nie jest co do zasady ograniczona dyrektywą 2008/115, o tyle nie mogą one przyjmować przepisów prawa karnego, które mogłyby uniemożliwić realizację celów zamierzonych w tej dyrektywie i, w konsekwencji, pozbawić ją skuteczności²⁵.

43. Wnioskuje zatem tymczasowo, że przepisy dyrektywy 2008/115 nie stoją na przeszkodzie przepisowi krajowego prawa karnego takiemu jak art. 197 kodeksu karnego.

44. Wobec powyższego nierozstrzygnięta pozostaje jeszcze kwestia zgodności rozpatrywanego przepisu z prawami podstawowymi Unii Europejskiej w zakresie, w jakim chodzi o widoczny brak jasności tego przepisu.

45. Rozpatrywany w niniejszej sprawie przepis krajowy jest objęty zakresem dyrektywy 2008/115 i, w konsekwencji, zakresem stosowania prawa Unii przez państwa członkowskie w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”). Powinien on być zgodny z ogólnymi zasadami prawa Unii, w tym z prawami podstawowymi zapisanymi w karcie. W tym kontekście można by rozpatrywać przepis krajowy jako wspierający skuteczność dyrektywy 2008/115 poprzez zachęcenie obywateli państw trzecich do przestrzegania decyzji nakazującej powrót i dalszego zakazu wjazdu. Innymi słowy, ustanawiając zakaz wjazdu, państwa członkowskie zapewniają zgodność z celem tej dyrektywy. Alternatywnie można by również uznać, że rozpatrywane prawo krajowe potencjalnie narusza skuteczność dyrektywy 2008/115, a przedmiotowa sytuacja jest podobna do odstępstwa od prawa Unii²⁶. Zgodnie z tą logiką sytuacje, w których dyrektywa 2008/115 umożliwia państwom członkowskim pozbawienie jednostki, do której dyrektywa ta ma zastosowanie, wolności w formie kary pozbawienia wolności, muszą być rozumiane jako wyjątki od ogólnego celu zamierzonego w tej dyrektywie. W konsekwencji karta ma zastosowanie w niniejszej sprawie – bez względu na sposób rozpatrzenia spornych przepisów krajowych.

46. W tym względzie art. 52 ust. 1 karty stanowi, że wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w karcie muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności, a także uwzględniać zasadę proporcjonalności. W zakresie, w jakim w karcie zawarto prawa odpowiadające prawom zagwarantowanym na mocy europejskiej Konwencji o ochronie prawa człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC”), art. 52 ust. 3 karty stanowi, że ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę konwencję, uściślając, że prawo Unii może przyznawać szerszą ochronę. Dla celów wykładni art. 6 karty należy w konsekwencji uwzględnić art. 5 EKPC jako minimalny poziom ochrony.

47. Według Europejskiego Trybunału Praw Człowieka każde pozbawienie wolności musi być zgodne z prawem nie tylko w tym rozumieniu, że musi mieć podstawę prawną w prawie krajowym, lecz ta zgodność z prawem odnosi się również do jakości prawa i wymaga, by prawo krajowe umożliwiające pozbawienie wolności było wystarczająco zrozumiałe, precyzyjne i przewidywalne przy jego stosowaniu, tak aby uniknąć wszelkiego ryzyka arbitralności²⁷.

24 Wyrok z dnia 28 kwietnia 2011 r. (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

25 Zobacz zasadniczo wyrok z dnia 28 kwietnia 2011 r., El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, pkt 54 i nast.).

26 W odniesieniu do tej ostatniej kwestii Trybunał orzekł już, że określone w prawie Unii prawa podstawowe mają zastosowanie, zob. wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., Pflieger i in. (C-390/12, EU:C:2014:281).

27 Zobacz w tym względzie wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 października 2013 r. w sprawie Del Río Prada przeciwko Hiszpanii (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125).

48. Co więcej, pragnę przypomnieć art. 49 ust. 1 karty, zgodnie z którym nikt nie może zostać skazany za popełnienie czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu, który według prawa krajowego lub prawa międzynarodowego nie stanowił czynu zabronionego pod groźbą kary w czasie jego popełnienia. Moim zdaniem powyższe obejmuje ciążący na państwach członkowskich obowiązek sformułowania przepisów prawa karnego w taki sposób, by były one wystarczająco szczegółowe, tak aby umożliwić określenie i wykładnię zakresu oraz trybu stosowania tego przestępstwa. Przepis prawa karnego musi być dostępny, a jego znaczenie powinno być łatwo zrozumiałe. Należy unikać wszelkich wątpliwości.

49. Podkreślam, że jeśli chodzi o zgodność z kartą, dozwolony margines życzliwego rozumienia przepisu prawa krajowego jest węższy niż w wypadku rozpatrywania zgodności z dyrektywą 2008/115. Do sądu odsyłającego należy dokonanie analizy zgodności spornego przepisu z prawami podstawowymi, w oparciu o postanowienia karty rozpatrywane w związku z postanowieniami EKPC, w tym przy uwzględnieniu przywołanego powyżej orzecznictwa. Jeśli sąd odsyłający zamierza zastosować art. 197 kodeksu karnego w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym, sąd ten musi, w następstwie przeprowadzonej analizy, stwierdzić, że z przepisu tego jasno wynika, jakie zachowanie jest faktycznie objęte oskarżeniem. Innymi słowy, musi być jasne, że naruszenie obowiązku wyjazdu z terytorium Niderlandów samo w sobie stanowi przestępstwo. W wypadku braku takiego ustalenia zasada legalności zostanie naruszona.

Wnioski

50. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytanie prejudycjalne przedstawione przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów) w następujący sposób:

Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie ustawodawstwu państwa członkowskiego takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, w którym przewidziano orzeczenie kary pozbawienia wolności wobec nielegalnie przebywającego obywatela państwa trzeciego, w sytuacji gdy zarzucane zachowanie zdefiniowano w odniesieniu do orzeczenia zakazu wjazdu, który nie wywołał jeszcze skutku ze względu na brak wyjazdu zainteresowanej osoby, pod warunkiem że ustawodawstwo to jest wystarczająco szczegółowe, by umożliwić określenie i wykładnię zakresu oraz sposobu stosowania przepisów dotyczących tego przestępstwa, co powinien ustalić sąd krajowy.