



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
MACIEJA SZPUNARJA,  
predstavljeni 23. aprila 2020<sup>1</sup>

### Zadeva C-806/18

JZ

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske))

„Predhodno odločanje – Območje svobode, varnosti in pravice – Direktiva 2008/115/ES – Člen 11 – Prepoved vstopa – Državljan tretje države, ki mu je bila izrečena taka prepoved vstopa, ki pa sploh ni zapustil zadevne države članice – Kazen zapora“

1. S tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), je Sodišče ponovno zaproseno, naj oceni, ali določbe Direktive 2008/115/ES<sup>2</sup> nasprotujejo določbi nacionalnega kazenskega prava, s katero se nezakonito prebivanje kaznuje s kaznijo zapora.

2. Medtem ko v obravnavani zadevi zadevna država članica načeloma lahko določi tako kazensko sankcijo, je zadevno vprašanje – in specifičnost – ali je to storila na pravi način.

#### Pravni okvir

#### *Pravo Unije*

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

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

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

„Za namene te direktive [...]:

[...]

<sup>1</sup> Jezik izvornika: angleščina.

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

2. „nezakonito prebivanje“ pomeni prisotnost državljan tretje države na ozemlju države članice, ki ne izpolnjuje ali ne izpolnjuje več pogojev [...] za vstop, bivanje ali stalno prebivališče v tej državi članici;
3. „vrnitev“ pomeni proces vračanja državljan tretje države – bodisi prostovoljno izpolnitev obveznosti vrnitve ali prisilno vrnitev – v:
  - državo izvora, ali
  - državo tranzita, v skladu s sporazumi Skupnosti ali dvostranskimi sporazumi o ponovnem sprejemu ali drugimi sporazumi, ali
  - drugo tretjo državo, v katero se zadevni državljan tretje države vrne prostovoljno, pod pogojem, da ga ta država sprejme;
4. „odločba o vrnitvi“ pomeni upravno ali sodno odločbo ali akt, ki navaja ali opredeljuje, da je prebivanje državljan tretje države nezakonito, ter nalaga ali navaja obveznost vrnitve;
5. „odstranitev“ pomeni izvršitev obveznosti vrnitve, in sicer fizični prevoz iz države članice;
6. „prepoved vstopa“ pomeni upravno ali sodno odločbo ali akt, ki prepoveduje vstop in prebivanje na ozemlju držav članic za določeno obdobje, skupaj z odločbo o vrnitvi;

[...]

8. „prostovoljni odhod“ pomeni izpolnitev obveznosti vrnitve v roku, ki je bil za to določen v odločbi o vrnitvi;

[...]“

5. Člen 6 Direktive 2008/115, naslovljen „Odločba o vrnitvi“, določa:

„1. Brez poseganja v izjeme iz odstavkov 2 do 5 države članice izdajo odločbo o vrnitvi vsakemu državljanu tretje države, ki nezakonito prebiva na njihovem ozemlju.

[...]

6. Ta direktiva državam članicam ne preprečuje sprejetja odločitve o prenehanju zakonitega prebivanja skupaj z odločbo o vrnitvi in/ali odločbo o odstranitvi in/ali prepovedjo vstopa v enotni upravni ali sodni odločbi ali aktu, kakor je predvideno v njihovi nacionalni zakonodaji, brez poseganja v postopkovne varovalne ukrepe iz poglavja III in iz drugih ustreznih določb zakonodaje Skupnosti in nacionalne zakonodaje.“

6. Člen 8 te direktive, naslovljen „Odstranitev“, določa:

„1. Države članice sprejmejo vse potrebne ukrepe za izvršitev odločbe o vrnitvi, če v skladu s členom 7(4) ni bilo odobreno obdobje za prostovoljni odhod ali če obveznost vrnitve ni bila izpolnjena v obdobju za prostovoljni odhod, odobrenem v skladu s členom 7.

[...]

3. Države članice lahko sprejmejo ločeno upravno ali sodno odločbo ali akt, ki odreja odstranitev.“

7. Člen 11 te direktive je naslovljen „Prepoved vstopa“ in določa:

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

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

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

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

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

[...]“

8. V skladu s členom 12(1), prvi pododstavek, iste direktive se „[o]dločbe o vrnitvi in, če so bile izdane, odločbe o prepovedi vstopa in odločbe o odstranitvi [...] izdajo v pisni obliki ter navajajo dejanske in pravne razloge ter informacije o razpoložljivih pravnih sredstvih“.

### *Nizozemsko pravo*

9. Vreemdelingenwet 2000 (zakon o tujcih iz leta 2000) z dne 23. novembra 2000 (Stb 2000, št. 495), kakor je bil z učinkom od 31. decembra 2011 spremenjen zaradi prenosa Direktive 2008/115 (v nadaljevanju: Vw 2000), v členu 61(1) določa, da mora tujec, ki na Nizozemskem ne prebiva zakonito ali ne prebiva več zakonito, prostovoljno zapustiti to državo v roku iz člena 62 tega zakona, katerega odstavka 1 in 2 prenašata člen 7(1) in (4) Direktive 2008/115.

10. Člen 66a Vw 2000, katerega namen je prenos člena 11(2) Direktive 2008/115, v odstavku 1 določa, da se tujcu, ki Nizozemske ni prostovoljno zapustil v roku, določenem za to, izda prepoved vstopa.

11. V skladu s členom 66a(4) Vw 2000 se prepoved vstopa izda za določeno obdobje največ petih let, razen če tujec pomeni resno grožnjo javnemu redu, javni varnosti ali državni varnosti. To obdobje je treba izračunati od datuma, ko je tujec dejansko zapustil Nizozemsko.

12. Na podlagi člena 66a(7) Vw 2000 tujec, za katerega velja prepoved vstopa, ne more nikakor prebivati zakonito:

- „(a) če je bil pravnomočno obsojen za kaznivo dejanje, za katero je zagrožena zaporna kazen treh let ali več;
- (b) če pomeni grožnjo za javni red ali državno varnost;
- (c) če pomeni resno grožnjo v smislu odstavka 4; ali
- (d) če mu je treba na podlagi mednarodne pogodbe ali v interesu mednarodnih odnosov Nizozemske prepovedati vsakršno prebivanje“.

13. V skladu s členom 197 Wetboek van Strafrecht (kazenski zakonik), ki izhaja iz zakona z dne 15. decembra 2011 (Stb. 2011, št. 663), se lahko tujcu, ki prebiva na Nizozemskem, čeprav ve oziroma ima resne razloge za domnevanje, da je bil v skladu z zakonsko določbo razglašen za nezaželenega ali da mu je bila izrečena prepoved vstopa v skladu s členom 66a(7) Vw 2000, med drugim izreče kazen zapora največ šest mesecev.

### **Dejansko stanje, postopek in vprašanje za predhodno odločanje**

14. JZ je bil z odločbo z dne 14. aprila 2000 izrečen izgon v smislu tedaj veljavnega zakona.<sup>3</sup>

15. Z odločbo Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (državni sekretar za varnost in pravosodje, Nizozemska) z dne 19. marca 2013 je bil na predlog JZ v povezavi s spremembo Vw 2000 z dne 31. decembra 2011, ki je bila posledica prenosa Direktive 2008/115, ta izgon preklican. S to odločbo je bila JZ na podlagi člena 66a(7) Vw 2000 izrečena tudi prepoved vstopa za obdobje petih let, pri čemer je bil izgon preklican s trenutkom začetka veljavnosti prepovedi vstopa. Ta preklic ni po navedbah iz odločbe v ničemer vplival na dolžnost JZ, da zapusti državo. JZ je bil torej dolžan takoj prostovoljno zapustiti Nizozemsko in mogoče ga je bilo odstraniti. Na podlagi člena 62a(2) Vw 2000 ta odločba velja kot odločba o vrnitvi.

16. V obrazložitvi odločbe je med drugim navedeno, da je bil JZ večkrat obsojen zaradi storitve različnih kaznivih dejanj. V skladu s točko A4/3.3 Vreemdelingencirculaire 2000 (okrožnica o tujcih iz leta 2000) se vsak sum storitve kaznivega dejanja ali obsodba zaradi kaznivega dejanja šteje za ogrožanje javnega reda. Ker naj bi JZ pomenil grožnjo za javni red, je bil dolžan v skladu s členom 62(2)(c) Vw 2000 takoj zapustiti Nizozemsko. Zato mu je bila na podlagi člena 66a(1)(a) Vw 2000 izrečena prepoved vstopa. Posledično naj prebivanje JZ glede na člen 66a(7)(b) Vw 2000 zaradi prepovedi vstopa ne bi moglo biti zakonito.

17. Gerechtshof Amsterdam (pritožbeno sodišče v Amsterdamu, Nizozemska) je ugotovilo, da so bile izpeljane faze postopka vračanja. Vendar JZ po odločbi z dne 19. marca 2013 ni zapustil Nizozemske. Ni sporno, da je bil v nasprotju s to odločbo 21. oktobra 2015 v Amsterdamu. V skladu s členom 197 nizozemskega kazenskega zakonika stori kaznivo dejanje državljan tretje države, ki prebiva na Nizozemskem, čeprav ve ali ima resne razloge za domnevanje, da mu je bila na podlagi člena 66a(7) Vw 2000 izrečena prepoved vstopa. JZ je bil s sodbo Gerechtshof Amsterdam (pritožbeno sodišče v Amsterdamu) obsojen na kazen zapora dveh mesecev.

18. JZ je pri Hoge Raad (vrhovno sodišče Nizozemske) vložil kasacijsko pritožbo zoper to sodbo.

19. V teh okoliščinah je Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske) prekinilo odločanje in s sklepom z dne 27. novembra 2018, ki je na Sodišču prispel 20. decembra 2018, Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je inkriminacija v nacionalni zakonodaji, v skladu s katero je prebivanje državljana tretje države na ozemlju Nizozemske, potem ko mu je bila na podlagi člena 66a(7) Vw 2000 izrečena prepoved vstopa, kaznivo – pri čemer na podlagi nacionalnega prava ni sporno, da ta tujec na Nizozemskem ne prebiva zakonito, in dalje tudi ni sporno, da so bile izpeljane faze postopka vračanja, določene z [Direktivo 2008/115], vendar pa do dejanske vrnitve ni prišlo – združljiva s pravom Unije, zlasti s presojo Sodišča Evropske unije v sodbi z dne 26. julija 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590, točka 49), da nastopi ‚pravni učinek‘ prepovedi vstopa iz člena 11 [Direktive 2008/115] šele s trenutkom vrnitve tujca v njegovo državo izvora ali tretjo državo?“

<sup>3</sup> Člen 21 Vreemdelingenwet 1994 (zakon o tujcih iz leta 1994). Posledica tega izrečenega izгона je bila, povedano na kratko, da so nadaljnje prebivanje na Nizozemskem ter vrnitev na Nizozemsko in prebivanje v tej državi po odhodu iz nje, če so izpolnjeni tudi drugi elementi člena 197 kazenskega zakonika, kaznivi.

20. Pisna stališča so predložili JZ, češka, nemška in nizozemska vlada ter Evropska komisija. Vse te stranke so bile zastopane na obravnavi, ki je bila opravljena 6. februarja 2020.

## Presoja

21. Predložitveno sodišče želi z vprašanjem v bistvu ugotoviti, ali določbe Direktive 2008/115 nasprotujejo nacionalni zakonodaji, s katero je določeno, da se nezakonito prebivajočemu državljanu tretje države izreče kazen zavora, kadar je ravnanje, ki se šteje za kaznivo dejanje, opredeljeno s sklicevanjem na izrečeno prepoved vstopa, ki zato, ker zadevna oseba ni zapustila države, še ni začela učinkovati.

## *Odvzem prostosti na podlagi Direktive 2008/115*

22. Sodišče je bilo v številnih primerih zaproseno, naj presodi nacionalno zakonodajo glede na Direktivo 2008/115, kar zadeva odvzem prostosti državljanom tretjih držav zaradi nezakonitosti njihovega prebivanja.

23. Odvzem prostosti posamezniku v obliki kazni zavora zaradi svoje narave načeloma preprečuje doseganje cilja Direktive 2008/115, ki je zagotoviti urejeno vračanje zadevnih oseb. Zato je Sodišče večkrat razsodilo, da države članice ne smejo uporabiti kazenske zakonodaje, ki bi lahko ogrozila uresničitev ciljev, ki jim sledi navedena direktiva, in tej direktivi odvzeti polnega učinka.<sup>4</sup>

24. Do trenutka prostovoljne ali prisilne izvršitve obveznosti vrnitve in trenutka dejanske vrnitve zadevne osebe v državo izvora ali državo tranzita ali drugo tretjo državo v smislu člena 3, točka 3, Direktive 2008/115 nezakonitost prebivanja zadevne osebe ureja odločba o vrnitvi.<sup>5</sup> Šele od tega trenutka začne učinkovati prepoved vstopa, in sicer s prepovedjo zadevni osebi, da se v določenem obdobju po njeni vrnitvi vrne na ozemlje držav članic in tam ponovno prebiva.<sup>6</sup>

25. Kot sem predhodno pojasnil,<sup>7</sup> sta s sodno prakso Sodišča priznana dva položaja, v katerih Direktiva 2008/115 ne nasprotuje izreku kazni zavora državljanu tretje države zaradi nezakonitosti njegovega prebivanja, in sicer kadar je bil opravljen postopek vračanja iz Direktive 2008/115 in državljan brez upravičenega razloga za nevrnitev nezakonito prebiva na zadevnem ozemlju (primer „Achughbabian“)<sup>8</sup> ter kadar je bil opravljen postopek vračanja in zadevna oseba ponovno vstopi na ozemlje zadevne države članice, s čimer krši prepoved vstopa (primer „Celaj“)<sup>9</sup>.

26. Zato je z Direktivo 2008/115 vzpostavljen popoln sistem za zagotovitev, da nezakonito prebivajoči državljan tretje države zapusti ozemlje Unije. Kadar (i) državljan tretje države spada na področje uporabe te direktive, torej če nezakonito prebiva na ozemlju države članice,<sup>10</sup> (ii) se ta država članica ni odločila, da ne bo uporabljala te direktive iz razlogov, ki so v njej taksativno naštetih,<sup>11</sup> in (iii) ta državljan ne uživa pravice do prostega gibanja,<sup>12</sup> kot je opredeljena v členu 2(5) Uredbe (EU)

4 Glej sodbe z dne 28. aprila 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, točke od 53 do 55); z dne 6. decembra 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, točka 33); z dne 6. decembra 2012, Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, točka 32); z dne 1. oktobra 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, točka 21), in z dne 7. junija 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, točka 63).

5 Glej sodbo z dne 26. julija 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590, točka 49).

6 Prav tam.

7 Glej natančneje moje sklepne predloge v zadevi Affum (C-47/15, EU:C:2016:68, točke 48 do 56).

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

9 Glej v tem smislu sodbo z dne 1. oktobra 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, točka 33 in izrek).

10 Glej člen 2(1) Direktive 2008/115.

11 Glej člen 2(2) Direktive 2008/115.

12 Glej člen 2(3) Direktive 2008/115.

2016/399,<sup>13</sup> je treba državljana tretje države vrniti.<sup>14</sup> Obveznosti držav članic kot posledica člena 6 in naslednjih Direktive 2008/115 so stalne, trajne in se uporabljajo neprekinjeno v tem smislu, da do njih pride avtomatično, takoj ko so izpolnjeni pogoji iz teh členov. Če država članica, ko bi ugotovila, da državljan tretje države nezakonito prebiva na njenem ozemlju, ne bi sprejela odločbe o vrnitvi, ampak bi zadevno osebo zaprla, dejansko ne bi izpolnjevala svojih obveznosti na podlagi Direktive 2008/115.<sup>15</sup>

27. Z novejšo zadevo *Ouhrami*, v kateri je bila obravnavana pravna narava prepovedi vstopa,<sup>16</sup> je ta slika dopolnjena. Do trenutka prostovoljne ali prisilne izvršitve obveznosti vrnitve in trenutka dejanske vrnitve zadevne osebe v državo izvora ali državo tranzita ali drugo tretjo državo v smislu člena 3, točka 3, Direktive 2008/115 nezakonitost prebivanja zadevne osebe ureja odločba o vrnitvi.<sup>17</sup> Šele od tega trenutka začne učinkovati prepoved vstopa, in sicer s prepovedjo zadevni osebi, da se v določenem obdobju po njeni vrnitvi vrne na ozemlje držav članic in tam ponovno prebiva.<sup>18</sup>

### ***Položaj JZ***

28. Na podlagi te sodne prakse je mogoče za obravnavano zadevo skleniti troje.

29. Prvič, ne gre za „primer *Celaj*“,<sup>19</sup> ker ni prišlo do ponovnega vstopa na ozemlje Nizozemske. JZ namreč nikoli ni zapustil Nizozemske.

30. Drugič, obravnavana zadeva se nanaša na prvotno nezakonito prebivanje, glede katerega je bila izdana odločba o vrnitvi, in ne, kot v zadevi *Ouhrami*<sup>20</sup>, na naknadno nezakonito prebivanje, ki je posledica kršitve prepovedi vstopa v smislu člena 11 Direktive 2008/115.

31. Tretjič, kar zadeva „primer iz sodbe *Achughbaban*“,<sup>21</sup> Nizozemska načeloma lahko določi, da se JZ izreče kazen zavora zaradi njegovega nezakonitega prebivanja, ker je bil uporabljen postopek vračanja iz Direktive 2008/115 in državljan brez upravičenega razloga za nevrnitev nezakonito prebiva na zadevnem ozemlju.

32. Vendar Nizozemska ni storila tega. Sicer je res, da je bil zoper JZ neuspešno uporabljen postopek vračanja in JZ še vedno nezakonito prebiva na ozemlju Nizozemske, vendar razlog, *zakaj* je bila JZ izrečena kazenska sankcija in *zakaj* mu je bila posledično odvzeta prostost, ni neuspešen postopek vračanja, ampak dejstvo, da je bila JZ izrečena prepoved vstopa. Zato v tej zadevi ne gre za „primer *Achughbaban*“.

33. Tako se obravnavana zadeva ne nanaša na vprašanje, *ali* sme država članica v položaju, kot je ta iz postopka v glavni stvari, določiti, da se izreče kazen zavora (da, sme), ampak na dejansko *uporabo* te možnosti s strani nizozemskega zakonodajalca, ker se s členom 197 kazenskega zakonika kaznuje nezakonito prebivanje osebe, ki se zaveda prepovedi vstopa, ki v primerih, kot je ta iz postopka v glavni stvari, še ni začela učinkovati, ker ni bilo prvotne vrnitve.

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

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

15 Glej moje sklepne predloge v zadevi *Celaj* (C-290/14, EU:C:2015:285, točka 50).

16 Glej člen 3, točka 6, in člen 11 Direktive 2008/115.

17 Glej sodbo z dne 26. julija 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590, točka 49).

18 Prav tam.

19 Glej točko 25 teh sklepnih predlogov.

20 Sodba z dne 26. julija 2017 (C-225/16, EU:C:2017:590).

21 Glej točko 25 teh sklepnih predlogov.



34. Po mnenju JZ je iz obrazložitvenega memoranduma k predlogu spremembe člena 197 kazenskega zakonika razvidno, da je nizozemska vlada zgolj nameravala uvesti kazensko sankcijo za kršitev prepovedi vstopa, ne pa inkriminirati nezakonitega prebivanja, v zvezi s katerim je nameravala vložiti ločen zakonodajni predlog. JZ trdi, da je bil tak predlog dejansko vložen 7. januarja 2013, da pa je bil nato 14. maja 2014 iz političnih razlogov umaknjen.

35. Nasprotno nizozemska vlada trdi, da se je nizozemski zakonodajalec odločil kot kaznivo dejanje v členu 197 kazenskega zakonika opredeliti „kvalificirano nezakonito prebivanje“ (torej nezakonito prebivanje tujega državljana, ki ve ali ima resne razloge za domnevanje, da mu je na podlagi člena 66a(7) Vw 2000 prepovedan vstop na Nizozemsko), medtem ko „temeljno nezakonito prebivanje“ po nizozemskem pravu ni kaznivo.

36. Sodišče seveda ni pristojno za odločitev o razpravi, kako je treba razlagati člena 197 kazenskega zakonika, ki je očitno sporen na nacionalni ravni.

37. Kljub temu bi moralo Sodišče, da bi usmerilo predložitveno sodišče in koristno odgovorilo na njegovo vprašanje, preučiti, ali je razlaga člena 197 kazenskega zakonika – v skladu s katero je kaznivo ravnanje lahko opredeljeno s sklicevanjem na izrečeno prepoved vstopa, ki zato, ker zadevna oseba ni zapustila države, še ni začela učinkovati – združljiva s pravom Unije.

38. Nizozemska in nemška vlada trdita, da če smejo države članice v „primeru, na kakršnega se nanaša sodba Achughbadian“, kazensko sankcionirati nezakonito prebivanje po neuspešnem postopku vračanja, lahko *a fortiori* omejijo naložitev kazenske sankcije na tiste „primere, na kakršne se nanaša sodba Achughbadian“, v katerih zadevna oseba pomeni grožnjo za javni red, ki je dokazana z izrekom prepovedi vstopa. V zvezi s tem ti vladi poudarjata razliko med izrekom prepovedi vstopa in učinkovanjem te prepovedi. V zvezi s tem se zatrjuje, da bi se lahko z nacionalnim kazenskim pravom izpolnitev znakov kaznivega dejanja pogojevala z obstojem prepovedi vstopa.

39. Po mojem mnenju nikakor ni sporno, da je treba razlikovati med trenutkom izreka prepovedi vstopa in trenutkom, ko prepoved vstopa začne učinkovati. Poleg tega, kot je že bilo navedeno zgoraj, Nizozemska pod določenimi pogoji sme kazensko sankcionirati nezakonito prebivanje. To spada v njeno pristojnost na področju kazenskega prava.

40. V zvezi s tem navajam, da je besedilo člena 197 kazenskega zakonika nerodno oblikovano v primerjavi z določbami Direktive 2008/115, saj zabriše jasno razlikovanje, ki v tej direktivi obstaja med odločbo o vrnitvi in prepovedjo vstopa. Tudi dobrohotno razumevanje te določbe zahteva intelektualne piruete. JZ pravilno trdi, da je določba v zvezi s tem vse prej kot jasna. Vendar čeprav v tej določbi nacionalnega kazenskega prava ni istega terminološkega razlikovanja kot v Direktivi 2008/115, se mi ne zdi, da bi bilo to v nasprotju z določbami ali cilji te direktive. Člen 197 kazenskega zakonika je sicer res ubeseden nekoliko zavajajoče, vendar ni mogoče zanikati, da nič ne kaže, da bi njegova uporaba – tudi v obravnavani zadevi – spremenila medsebojni odnos med odločbo o vrnitvi in prepovedjo vstopa, kot je določen v Direktivi 2008/115. Poleg tega, čeprav ta direktiva ne nasprotuje izreku kazenske sankcije, z njo ni zahtevano, da nacionalno kazensko pravo v celoti odraža njeno ubeseditev.

41. Da se odstranijo vsakršni morebitni dvomi,<sup>22</sup> je treba navesti, da položaj v obravnavani zadevi jasno spada na področje uporabe Direktive 2008/115.<sup>23</sup> Ker ima Kraljevina Nizozemska na podlagi člena 6(1) te direktive nenehno in stalno obveznost, da izda in izvede odločbo o vrnitvi – obveznost, ki velja brez prekinitve – spada (začasen) odvzem prostosti osebi v okvir tega postopka. Posledično nacionalno pravo, kot je to iz postopka v glavni stvari, ne sme nasprotovati določbam Direktive 2008/115.

42. Češka vlada sicer v zvezi s tem trdi, da obravnavana zadeva ne spada na področje uporabe Direktive 2008/115, in to argumentira s tem, da ta direktiva ne harmonizira nacionalnih določb o sankcioniranju nezakonnosti prebivanja, vendar lahko navedem, da ta vlada s pravilnega izhodišča prispe do napačnega sklepa. Ni sporno, da Direktiva 2008/115 ne harmonizira nacionalnih določb o sankcioniranju nezakonnosti prebivanja. Vendar lahko Direktiva 2008/115 take določbe prepoveduje, ker te ne smejo biti v nasprotju z določbami ali ciljem te direktive. Navsezadnje je to bistvo sodne prakse Sodišča, povzete zgoraj, ki se je začela s sodbo El Dridi<sup>24</sup>. V zvezi s tem želim najprej spomniti, da je Sodišče večkrat razsodilo, da čeprav pristojnost držav članic v kazenskem pravu na področju nezakonitega preseljevanja in nezakonitega prebivanja z Direktivo 2008/115 načeloma ni omejena, pa države članice ne smejo sprejeti ureditve s kazenskega področja, ki lahko nasprotuje uresničitvi ciljev, ki jim sledi direktiva, in tej odvzame polni učinek.<sup>25</sup>

43. Zato lahko trenutno sklenem, da določbe Direktive 2008/115 ne nasprotujejo določbi nacionalnega kazenskega prava, kakršna je člen 197 kazenskega zakonika.

44. Tako se ob očitni nejasnosti te določbe postavlja vprašanje združljivosti zadevne določbe s temeljnimi pravicami Evropske unije.

45. Nacionalna določba v obravnavani zadevi spada v okvir Direktive 2008/115 in zato izvajanja prava Unije v smislu člena 51(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). Spoštovati mora splošna načela prava Unije, vključno s temeljnimi pravicami iz Listine. V zvezi s tem je mogoče šteti, da nacionalne določbe koristijo učinkovitosti Direktive 2008/115 s tem, da spodbujajo državljane tretjih držav k spoštovanju odločbe o vrnitvi in poznejše prepovedi vstopa. Povedano drugače, države članice z uvedbo prepovedi vstopa zagotavljajo skladnost s ciljem te direktive. Po drugi strani bi bilo mogoče šteti, da zadevno nacionalno pravo potencialno posega v učinkovitost Direktive 2008/115, zaradi česar bi bil zadevni položaj podoben odstopanju od prava Unije.<sup>26</sup> V skladu s to logiko je treba razumeti položaje, v katerih je državam članicam z Direktivo 2008/115 dovoljeno, da posamezniku, za katerega se ta direktiva uporablja, odvzamejo prostost v obliki kazni zapora, kot izjemo od temeljnega cilja te direktive. Zato se Listina v obravnavani zadevi uporablja ne glede na to, kako se lotimo zadevnega nacionalnega prava.

46. V zvezi s tem člen 52(1) Listine določa, da mora biti kakršno koli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava Listina, predpisano z zakonom, spoštovati mora bistveno vsebino teh pravic in svoboščin ter temeljiti na načelu sorazmernosti. Kolikor Listina vsebuje pravice, ki ustrezajo pravicam, zagotovljenim z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisano v Rimu 4. novembra 1950 (v nadaljevanju: EKČP), člen 52(3) Listine določa, da sta vsebina in obseg teh pravic enaka kot vsebina in obseg pravic, ki jih določa navedena konvencija, pri tem pa je pojasnjeno, da je lahko s pravom Unije zagotovljeno širše varstvo. Pri razlagi člena 6 Listine je treba torej upoštevati člen 5 EKČP kot minimalno raven varstva.

22 Na obravnavi se je zdelo, da Komisija namiguje, da položaj, kot je ta v obravnavani zadevi, ne spada na področje uporabe Direktive 2008/115. Isto velja za nemško in češko vlado.

23 Kot v stališčih pravilno poudarja Komisija, Nizozemska ni dolžna sprejeti kazenske zakonodaje, s katero bi bilo sankcionirano nezakonito prebivanje. Če pa to stori, mora biti ta zakonodaja v skladu z Direktivo in tudi s sodno prakso Sodišča, povzeto zgoraj.

24 Sodba z dne 28. aprila 2011 (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

25 Glej v bistvu sodbo z dne 28. aprila 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, točka 54 in naslednje.)

26 V zvezi s slednjim je Sodišče že razsodilo, da se uporabljajo temeljne pravice Unije; glej sodbo z dne 30. aprila 2014, Pflieger in drugi (C-390/12, EU:C:2014:281).



47. Po mnenju Evropskega sodišča za človekove pravice pa mora biti vsak odvzem prostosti zakonit ne le v smislu, da mora imeti zakonsko podlago v nacionalnem pravu, temveč se ta zakonitost nanaša tudi na kakovost zakona in pomeni, da mora biti nacionalni zakon, ki omogoča odvzem prostosti, dovolj dostopen in natančen, njegova uporaba pa predvidljiva, da se prepreči kakršna koli nevarnost samovoljnega ravnanja.<sup>27</sup>

48. Poleg tega bi rad opozoril na člen 49(1) Listine, v skladu s katerim nihče ne sme biti obsojen za dejanje, izvršeno s storitvijo ali opustitvijo, ki v času, ko je bilo storjeno, po nacionalnem ali mednarodnem pravu ni bilo določeno kot kaznivo dejanje. Zame to vsebuje obvezo za države članice, da oblikujejo določbe kazenskega prava tako, da so dovolj določne, da je mogoče prepoznati in razložiti obseg in uporabo kaznivega dejanja. Določba kazenskega prava mora biti dostopna, njen pomen pa lahko razumljiv. Izogniti se je treba vsem dvomom.

49. Poudarjam, da je glede skladnosti z Listino manj prostora za dobrohotno razumevanje nacionalne določbe, kot je bilo mogoče glede skladnosti z Direktivo 2008/115. Predložitveno sodišče mora analizirati skladnost zadevne določbe s temeljnimi pravicami na podlagi Listine v povezavi z EKPČ, vključno s sodno prakso, navedeno zgoraj. Če želi predložitveno sodišče uporabiti člen 197 kazenskega zakonika za zadevo iz postopka v glavni stvari, mora na podlagi svoje analize priti do sklepa, da iz te določbe jasno izhaja, katero konkretno ravnanje je opredeljeno kot kaznivo dejanje. Povedano drugače, jasno mora biti, da kršitev obveznosti o zapustitvi ozemlja Nizozemske sama po sebi pomeni kaznivo dejanje. Če to ni ugotovljeno, ni izpolnjeno načelo zakonitosti.

## **Predlog**

50. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), odgovori:

Direktivo 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav je treba razlagati tako, da ne nasprotuje zakonodaji države članice, kot je ta iz postopka v glavni stvari, s katero je določeno, da se nezakonito prebivajočemu državljanu tretje države izreče kazen zapor, kadar je kaznivo ravnanje opredeljeno s sklicevanjem na izrečeno prepoved vstopa, ki zato, ker zadevna oseba ni zapustila države, še ni začela učinkovati, če je ta zakonodaja dovolj določna, da je mogoče prepoznati in razložiti obseg in uporabo kaznivega dejanja, kar mora preveriti nacionalno sodišče.

<sup>27</sup> Glej v tem smislu sodbo ESČP z dne 21. oktobra 2013, Del Río Prada proti Španiji (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, točka 125).