



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 23 april 2020¹

Mål C-806/18

JZ

(begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna))

”Begäran om förhandsavgörande – Område med frihet, säkerhet och rättvisa – Direktiv 2008/115/EG – Artikel 11 – Inreseförbud – Tredjelandsmedborgare mot vilken sådant inreseförbud har utfärdats men som aldrig har lämnat den berörda medlemsstaten – Fängelsestraff”

1. Inom ramen för förevarande begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna) har domstolen ännu en gång ombetts att pröva huruvida bestämmelserna i direktiv 2008/115/EG² utgör hinder för en nationell straffrättslig bestämmelse om fängelsestraff vid olaglig vistelse.

2. Även om den berörda medlemsstaten i förevarande fall i princip får föreskriva ett sådant straff, är frågan – och den specifika tolkningsfrågan – huruvida den har gjort det på ett rättsenligt sätt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3. Syftet med direktiv 2008/115 anges på följande sätt i artikel 1 i direktivet, vilken har rubriken ”Syfte”:

”I detta direktiv föreskrivs gemensamma normer och förfaranden som ska tillämpas i medlemsstaterna för återvändande av tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig, i överensstämmelse med grundläggande rättigheter som allmänna principer för gemenskapsrätten och internationell rätt, inklusive flyktingskydd och förpliktelser i fråga om mänskliga rättigheter.”

4. I artikel 3 i direktivet, som har rubriken ”Definitioner”, anges följande:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

...

2. *olaglig vistelse*: vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren ... för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten.

¹ Originalspråk: engelska.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (EUT L 348, 2008, s. 98).

3. *återvändande*: en tredjelandsmedborgares återresa – oavsett om den sker frivilligt i överensstämmelse med en skyldighet att återvända eller med tvång – till
 - ursprungslandet, eller
 - ett transitland i enlighet med återtagandeavtal med gemenskapen eller bilaterala återtagandeavtal eller andra arrangemang, eller
 - ett annat tredjeland till vilket den berörda tredjelandsmedborgaren frivilligt väljer att återvända och där han eller hon kommer att tas emot.
4. *beslut om återvändande*: ett administrativt eller rättsligt beslut enligt vilket en tredjelandsmedborgares vistelse är olaglig och som ålägger eller fastställer en skyldighet att återvända.
5. *avlägsnande*: verkställigheten av skyldigheten att återvända, det vill säga den faktiska transporten ut ur medlemsstaten.
6. *inreseförbud*: ett administrativt eller rättsligt beslut om förbud mot inresa och vistelse på medlemsstaternas territorium under en viss period, som åtföljer ett beslut om återvändande.
- ...
8. *frivillig avresa*: fullgörande av skyldigheten att återvända inom den tidsram som fastställts i beslutet om återvändande.

...”

5. I artikel 6, med rubriken ”Beslut om återvändande”, i direktiv 2008/115 föreskrivs följande:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2–5 ska medlemsstaterna utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända.

...

6. Detta direktiv ska inte hindra medlemsstaterna från att anta ett beslut om att avsluta en laglig vistelse tillsammans med ett beslut om återvändande och/eller ett beslut om avlägsnande och/eller inreseförbud inom ramen för ett enda administrativt eller rättsligt beslut i enlighet med deras nationella lagstiftning, utan att det påverkar tillämpningen av rättssäkerhetsgarantierna enligt kapitel III och andra relevanta bestämmelser i gemenskapslagstiftningen och nationell lagstiftning.”

6. I artikel 8 i direktivet, vilken har rubriken ”Avlägsnande” föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa beslutet om återvändande om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats i enlighet med artikel 7.4, eller om åläggandet att återvända inte har hörtsammats inom den tid för frivilligt återvändande som beviljats i enlighet med artikel 7.

...

3. Medlemsstaterna får anta ett separat administrativt eller rättsligt beslut om avlägsnande.”

7. Artikel 11 i samma direktiv, vilken har rubriken ”Inreseförbud”, har följande lydelse:

”1. Beslut om återvändande ska åtföljas av ett inreseförbud

- (a) om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats, eller
- (b) om åläggandet att återvända inte har hörtsammats.

I andra fall får beslut om återvändande åtföljas av ett inreseförbud.

2. Inreseförbudets varaktighet ska fastställas med vederbörlig hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet och ska i princip inte överstiga fem år. Det får emellertid överstiga fem år om tredjelandsmedborgaren utgör ett allvarligt hot mot allmän ordning, allmän säkerhet eller nationell säkerhet.

3. Medlemsstaterna ska överväga att upphäva ett inreseförbud, eller besluta att det tills vidare inte ska gälla, om en tredjelandsmedborgare som är föremål för ett inreseförbud utfärdat i enlighet med punkt 1 andra stycket kan visa att han eller hon har lämnat en medlemsstats territorium i full överensstämmelse med ett beslut om återvändande.

...”

8. I artikel 12.1 första stycket i samma direktiv föreskrivs att ”[b]eslut om återvändande och, i tillämpliga fall, beslut om inreseförbud och beslut om avlägsnande ska utfärdas skriftligt och innehålla en motivering avseende de faktiska och rättsliga omständigheterna samt information om tillgängliga rättsmedel”.

Nederländsk rätt

9. I artikel 61.1 i Vreemdelingenwet 2000 (2000 års utlänningslag), (nedan kallad Vw), i dess lydelse med verkan från den 31 december 2011 för att genomföra direktiv 2008/115, föreskrivs att en utlänning som inte, eller inte längre, vistas lagligt i landet på eget initiativ ska lämna Nederländerna inom den frist som föreskrivs i artikel 62 i denna lag. Genom punkterna 1 och 2 i denna artikel genomförs artikel 7.1 och 7.4 i direktiv 2008/115.

10. Enligt artikel 66 a.1 Vw, som har till syfte att införliva artikel 11.2 i direktiv 2008/115 med nederländsk rätt, ska ett inreseförbud utfärdas gentemot en utlänning som inte självmant har lämnat Nederländerna inom den föreskrivna tidsfristen.

11. Enligt artikel 66 a.4 Vw ska inreseförbudet utfärdas för en viss tidsperiod, som inte får överstiga fem år, såvida inte tredjelandsmedborgaren utgör ett allvarligt hot mot allmän ordning, allmän säkerhet eller nationell säkerhet. Denna tidsperiod ska beräknas från den tidpunkt då tredjelandsmedborgaren faktiskt lämnade Nederländerna.

12. Enligt artikel 66 a.7 Vw kan en utlänning som omfattas av ett inreseförbud, inte vistas lagligt i Nederländerna:

- ”(a) om utlänningen genom en lagakraftvunnen dom har dömts för brott som är belagt med fängelsestraff på minst tre år,
- (b) om utlänningen utgör hot mot den allmänna ordningen eller den allmänna säkerheten,
- (c) om utlänningen utgör ett allvarligt hot i den mening som avses i punkt 4, eller

(d) om utlännings ska nekats att vistas där enligt ett fördrag, eller i syfte att värna Nederländernas internationella relationer.”

13. I artikel 197 i Wetboek van Strafrecht (strafflagen), i dess lydelse enligt lag av den 15 december 2011 (Stb. 2011, nr 663), kan en utlänning som vistas i Nederländerna, trots att utlännings är medveten om eller har rimliga skäl att anta att den med stöd av en lagbestämmelse har förklarats vara icke önskvärd, eller att ett inreseförbud har utfärdats gentemot denne i enlighet med artikel 66 a.7 Vw, bland annat dömas till fängelse i högst sex månader.

Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågorna

14. Genom beslut av den 14 april 2000 förklarades JZ vara en icke önskvärd utländsk medborgare i den mening som avsågs i då gällande rätt.³

15. Genom beslut av Staatssecretaris van Veiligheid and Justitie (statssekreterare med ministerlika befogenheter med ansvar för säkerhets- och justitiefrågor, Nederländerna) av den 19 mars 2013 upphävdes förklaringen som icke önskvärd på JZ:s begäran i samband med ändringen av den 31 december 2011 av Vw 2000 till följd av genomförandet av direktiv 2008/115. Genom beslutet utfärdades även ett femårigt inreseförbud gentemot JZ i enlighet med artikel 66a.7 Vw 2000, vilket innebar att förklaringen som icke önskvärd upphävdes från och med den tidpunkt då inreseförbudet trädde i kraft. Detta upphävande medförde enligt beslutet ingen ändring av JZ:s skyldighet att lämna landet. JZ var således tvungen att självant lämna Nederländerna och kunde avlägsnas. Enligt artikel 62a.2 Vw 2000 gäller detta beslut som beslut om återvändande.

16. Som motivering anförts i beslutet bland annat att JZ flera gånger har fällts för olika brott. Enligt punkt A4/3.3 i Vreemdelingencirculaire 2000 (2000 års cirkulär om utlännings) utgör varje misstanke om eller fällande dom för brott en fara för den allmänna ordningen. Eftersom JZ utgjorde en fara för den allmänna ordningen, var han enligt artikel 62.2 c Vw 2000 skyldig att omedelbart lämna Nederländerna. Därför utfärdades ett inreseförbud gentemot honom i enlighet med artikel 66a.1 a Vw 2000. Enligt artikel 66a.7 b Vw 2000 har JZ till följd av inreseförbudet inte laglig rätt att vistas i Nederländerna.

17. Gerechtshof Amsterdam (Appellationsdomstolen i Amsterdam, Nederländerna) fann att återvändandeförfarandet hade följts. JZ lämnade emellertid inte Nederländerna efter beslutet av den 19 mars 2013. Det är utrett att han i strid med beslutet av den 21 oktober 2015 fortsatte att vistas i Amsterdam. Enligt artikel 197 i den nederländska strafflagen är det straffbart för en utlänning att vistas i Nederländerna, om utlännings är medveten om eller har rimliga skäl att anta att ett inreseförbud har utfärdats gentemot honom eller henne i enlighet med artikel 66 a.7 Vw 2000. Genom dom av Gerechtshof Amsterdam (Appellationsdomstolen i Amsterdam) dömdes JZ således till två månaders fängelse.

18. JZ överklagade domen till Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna).

³ Artikel 21 i 1994 års utlänningslag. Denna förklaring om icke-önskvärdhet innebar i korthet att såväl fortsatt vistelse i Nederländerna som återvändande till och vistelse i Nederländerna är straffbart, om övriga villkor i artikel 197 i strafflagen är uppfyllda.

19. Mot denna bakgrund beslutade Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna) att vilandeförklara målet och att genom beslut av den 27 november 2018, som inkom till domstolen den 20 december 2018, ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Är nationella bestämmelser som gör det straffbart för en tredjelandsmedborgare att vistas i Nederländerna efter att ett inreseförbud har utfärdats mot denne i enlighet med artikel 66a.7 i 2000 års utlänningslag – trots att utlänningsen enligt nationell rätt inte har laglig rätt att vistas i Nederländerna och det vidare är utrett att de i återvändandedirektivet (direktiv 2008/115) fastställda stegen i återvändandeförfarandet har genomförts men det faktiska återvändandet inte har ägt rum – förenligt med unionsrätten, i synnerhet med EU-domstolens bedömning i domen av den 26 juli 2017, *Ouhrami/Nederländerna* (C-225/16, EU:C:2017:590, punkt 49), att det inreseförbud som avses i artikel 11 i återvändandedirektivet inte ger upphov till rättsverkningar förrän vid den tidpunkt då utlänningsen återvänder till sitt hemland eller till ett annat tredjeland?”

20. Skriftliga yttranden har inkommit från JZ, den nederländska, den tjeckiska och den tyska regeringen samt Europeiska kommissionen. Samtliga dessa parter var företrädare vid förhandlingen den 6 februari 2020.

Bedömning

21. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 2008/115 utgör hinder för en nationell lagstiftning i vilken det föreskrivs att en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat ska dömas till fängelse när det påtalade beteendet fastställs med hänvisning till ett inreseförbud som ännu inte har medfört verkningar då den berörda personen inte har lämnat landet.

Frihetsberövande enligt direktiv 2008/115

22. Domstolen har i många fall haft anledning att bedöma nationell lagstiftning mot bakgrund av direktiv 2008/115 när det rör sig om fängelsestraff för tredjelandsmedborgare på grund av deras olagliga vistelse.

23. Den omständigheten att en person döms till fängelsestraff innebär nämligen i princip ett åsidosättande av syftet med direktiv 2008/115, vilket är att möjliggöra ett villkorat återvändande av den berörda personen. Detta är skälet till att domstolen vid upprepade tillfällen har slagit fast att medlemsstaterna inte får tillämpa straffrättslig lagstiftning som kan äventyra fullgörandet av de mål som eftersträvas med direktivet och på så sätt frånta direktivet dess ändamålsenliga verkan.⁴

24. Fram till den tidpunkt då skyldigheten att återvända har verkställts på frivillig eller ofrivillig väg, och den berörda personen därmed faktiskt har återvänt till sitt ursprungsland, ett transitland eller ett annat tredjeland i den mening som avses i artikel 3 led 3 i direktiv 2008/115, regleras den berörda personens olagliga vistelse av beslutet om återvändande.⁵ Det är först från denna tidpunkt som inreseförbudet ger upphov till rättsverkningar och innebär ett förbud för den berörda personen att under en viss tidsperiod efter dennes återvändande ånyo resa in och vistas inom medlemsstaternas territorium.⁶

⁴ Se dom av den 28 april 2011, *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkterna 53–55), dom av den 6 december 2011, *Achughbadian* (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 33), dom av den 6 december 2012, *Sagor* (C-430/11, EU:C:2012:777, punkt 32), dom av den 1 oktober 2015, *Celaj* (C-290/14, EU:C:2015:640, punkt 21), och dom av den 7 juni 2016, *Affum* (C-47/15, EU:C:2016:408, punkt 63).

⁵ Se dom av den 26 juli 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590, punkt 49).

⁶ Idem.

25. Som jag tidigare har sammanfattat rättsläget,⁷ har domstolen i sin praxis erkänt två situationer i vilka direktiv 2008/115 inte utgör hinder för att en tredjelandsmedborgare döms till fängelse på grund av att vederbörande vistas olagligt i landet, nämligen när återvändandeförfarandet enligt direktiv 2008/115 har tillämpats och tredjelandsmedborgaren uppehåller sig i landet olagligen utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända ("Achughbabian-situationen")⁸ och när återvändandeförfarandet har tillämpats och den berörda personen åter reser in i denna medlemsstat i strid med ett inreseförbud ("Celaj-situationen").⁹

26. Genom direktiv 2008/115 inrättas således ett fullständigt system för att säkerställa att en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna lämnar unionens territorium. När en tredjelandsmedborgare omfattas av detta direktivs tillämpningsområde, det vill säga när han eller hon vistas olagligt på en medlemsstats territorium,¹⁰ har denna medlemsstat inte beslutat att inte tillämpa direktivet på de grunder som anges i den uttömmande uppräkningsen i detta¹¹ och¹² han eller hon inte åtnjuter rätten till fri rörlighet, såsom den definieras i artikel 2.5 i förordning (EU) 2016/399,¹³ ska tredjelandsmedborgaren återvända.¹⁴ De skyldigheter som åligger medlemsstaterna enligt artikel 6 och följande artiklar i direktiv 2008/115 är orubbliga, fortlöpande och tillämpliga utan avbrott i den meningen att de uppkommer automatiskt så snart som villkoren i dessa artiklar är uppfyllda. Om en medlemsstat, när det väl har konstaterats att en tredjelandsmedborgare vistas olagligt i denna stat, inte skulle anta ett beslut om återvändande utan i stället skulle utdöma ett fängelsestraff för personen i fråga, skulle detta de facto innebära att den sköt upp fullgörandet av sina skyldigheter enligt direktivet.¹⁵

27. Det nyligen avkunnade målet *Ouhrami*, som rörde den rättsliga arten av ett inreseförbud,¹⁶ kompletterar denna uppfattning. Till och med den tidpunkt då skyldigheten att återvända har verkställts på frivillig eller ofrivillig väg, och den berörda personen därmed faktiskt har återvänt till sitt ursprungsland, ett transitland eller ett annat tredjeland i den mening som avses i artikel 3 led 3 i direktiv 2008/115, regleras den berörda personens olagliga vistelse av beslutet om återvändande.¹⁷ Det är inte förrän vid nämnda tidpunkt som inreseförbudet ger rättsverkningar, genom att det innebär ett förbud för den berörda personen att under en viss tidsperiod efter dennes återvändande ånyo resa in och vistas inom medlemsstaternas territorium.¹⁸

JZ:s situation

28. På grundval av denna rättspraxis kan tre mellanliggande slutsatser dras med avseende på det aktuella målet.

29. För det första föreligger det inte någon "Celaj-situation",¹⁹ eftersom det inte har skett någon ny inresa i Nederländerna. JZ har nämligen aldrig lämnat Nederländerna.

7 Se närmare mitt förslag till avgörande *Affum* (C-47/15, EU:C:2016:68, punkterna 48–56).

8 Se dom av den 6 december 2011, *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 50 och första strecksatsen i domslutet).

9 Se dom av den 1 oktober 2015, *Celaj* (C-290/14, EU:C:2015:640, punkt 33 och domslutet).

10 Se artikel 2.1 i direktiv 2008/115.

11 Se artikel 2.2 i direktiv 2008/115.

12 Se artikel 2.3 i direktiv 2008/115.

13 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/399 av den 9 mars 2016 om en unionskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna), (EUT L 77, 2016, s. 1).

14 Detta påverkar naturligtvis inte undantagen i artikel 6.2–6.5 i direktiv 2008/115.

15 Se mitt förslag till avgörande i målet *Celaj* (C-290/14, EU:C:2015:285, punkt 50).

16 Se artikel 3.6 och artikel 11 i direktiv 2008/115.

17 Se dom av den 26 juli 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590, punkt 49).

18 *Ibid.*

19 Se punkt 25 i detta förslag till avgörande.

30. För det andra rör förevarande mål en ursprunglig olaglig vistelse, som regleras av beslutet om återvändande, och inte en senare olaglig vistelse som följer av ett åsidosättande av ett inreseförbud i den mening som avses i artikel 11 i direktiv 2008/115, såsom i målet *Ouhrami*.²⁰

31. Vad för det tredje gäller situationen ”*Achughbabian*”²¹ kan Nederländerna i princip föreskriva att JZ ska dömas till fängelse för olaglig vistelse, om förfarandet för återvändande enligt direktiv 2008/115 har tillämpats och tredjelandsmedborgaren vistas olagligt i landet utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända.

32. Detta är emellertid inte vad Nederländerna har gjort. Trots att ett förfarande för återvändande har tillämpats på JZ och JZ fortsätter att vistas olagligt i Nederländerna utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända, ligger skälet till *varför* JZ är föremål för en straffrättslig påföljd och följaktligen frihetsberövande inte i det resultatlösa förfarandet för återvändande, utan i den omständigheten att JZ är föremål för ett inreseförbud. Det föreligger följaktligen inte någon ”*Achughbabian*-situation” i det aktuella målet.

33. Förevarande mål avser således inte frågan *huruvida* en medlemsstat, i en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet, kan föreskriva att ett fängelsestraff ska utdömas (ja, det kan den), utan *huruvida* den nederländska lagstiftaren har *genomfört* denna möjlighet på ett effektivt sätt, eftersom artikel 197 i strafflagen föreskriver påföljder för olaglig vistelse med kännedom om ett inreseförbud som, i sådana mål som det nationella målet, ännu inte har medfört verkningar då något återvändande inte har skett till att börja med.

34. Enligt JZ framgår det av motiveringen till förslaget till ändring av artikel 197 i strafflagen att den nederländska regeringen genom detta förslag endast avsåg att införa en påföljd för åsidosättande av ett inreseförbud och inte för den olagliga vistelsen, för vilken den avsåg att lägga fram ett separat lagförslag. JZ har gjort gällande att ett sådant förslag faktiskt gavs in den 7 januari 2013, men återkallades den 14 maj 2014 av politiska skäl.

35. Enligt den nederländska regeringen har den nederländska lagstiftaren däremot beslutat att ”kvalificerad olaglig vistelse” (det vill säga varje olaglig vistelse av en utlänning som vet eller har grundad anledning att tro att han har varit föremål för ett förbud mot inresa i Nederländerna med tillämpning av artikel 66a.7 Vw) är straffbar enligt artikel 197 i strafflagen, medan ”enbart olaglig vistelse” inte är straffbar enligt nederländsk rätt.

36. Det omfattas säkerligen inte av domstolens behörighet att avgöra diskussionen om tolkningen av artikel 197 i strafflagen, vilken förefaller vara kontroversiell på det nationella planet.

37. För att vägleda den hänskjutande domstolen och ge ett användbart svar på dess fråga måste domstolen emellertid pröva *huruvida* en tolkning av artikel 197 i strafflagen, enligt vilken det klandrade beteendet kan fastställas med hänvisning till ett inreseförbud som ännu inte har medfört verkningar då den berörda personen inte har lämnat landet, är förenlig med unionsrätten.

38. Den nederländska och den tyska regeringen har gjort gällande att även om medlemsstaterna visserligen, i en ”*Achughbabian*-situation”, kan straffbelägga olaglig vistelse efter ett resultatlöst förfarande för återvändande, kan de av desto större anledning endast göra det om den berörda personen utgör ett hot mot den allmänna ordningen, vilket ett inreseförbud vittnar om. Dessa regeringar har i detta avseende understrukit skillnaden mellan ett inreseförbud och dess verkningar. I detta avseende kan en nationell strafflag göra förekomsten av ett brott villkorad av att det föreligger ett inreseförbud.

²⁰ Dom av den 26 juli 2017 (C-225/16, EU:C:2017:590).

²¹ Se punkt 25 i detta förslag till avgörande.

39. Enligt min mening står det klart att det måste göras en åtskillnad mellan tidpunkten för utfärdandet av ett inreseförbud och den tidpunkt då detta förbud medför verkningar. Dessutom kan Nederländerna, såsom redan har påpekats ovan, under vissa förutsättningar straffbelägga olaglig vistelse. Detta omfattas av deras behörighet på det straffrättsliga området.

40. I detta avseende vill jag understryka att ordalydelsen i artikel 197 i strafflagen är beklaglig mot bakgrund av ordalydelsen i direktiv 2008/115, eftersom den suddar ut den tydliga åtskillnad som i direktivet görs mellan ett beslut om återvändande och ett inreseförbud. Även en välvillig tolkning av denna bestämmelse kräver intellektuella piruetter. JZ har med rätta gjort gällande att denna bestämmelse är långt ifrån klar i detta avseende. Även om det i denna nationella straffrättsliga bestämmelse inte görs samma terminologiska åtskillnad som den som föreskrivs i direktiv 2008/115, strider detta enligt min mening inte mot direktivets lydelse eller syfte. Det kan inte förnekas att det, trots den något oklara formuleringen av artikel 197 i strafflagen, inte finns något som tyder på att dess tillämpning, inbegripet i förevarande fall, ändrar samspelet mellan ett beslut om återvändande och ett inreseförbud som föreskrivs i direktiv 2008/115. Även om direktivet inte utgör hinder för att utdöma en straffrättslig påföljd, krävs det vidare inte att den nationella straffrätten helt och hållet återspeglar samma lydelse.

41. För att skingra eventuella tvivel²² ska det konstateras att situationen i förevarande mål omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115.²³ Eftersom Nederländerna enligt artikel 6.1 i direktivet har en varaktig och fortsatt skyldighet att utfärda och verkställa ett beslut om återvändande, en skyldighet som gäller utan avbrott, omfattas en tillfällig fängelsevistelse av detta förfarande. En sådan nationell lagstiftning som den som är aktuell i det nationella målet får följaktligen inte strida mot direktiv 2008/115.

42. Om den tjeckiska regeringen i detta avseende har gjort gällande att förevarande mål inte omfattas av direktiv 2008/115 på grund av att direktivet inte harmoniserar de nationella bestämmelserna om påföljder för olaglig vistelse, anser jag att denna regering, trots rätt utgångspunkt, har kommit fram till en felaktig slutsats. Det är ostridigt att direktiv 2008/115 inte innebär någon harmonisering av de nationella bestämmelserna om påföljder för olaglig vistelse. Direktiv 2008/115 kan emellertid utgöra hinder för sådana bestämmelser, eftersom de inte får strida mot direktivets lydelse eller syfte. Detta är nämligen själva kärnan i domstolens rättspraxis, som sammanfattats ovan, från och med domen i målet *El Dridi*.²⁴ I detta avseende vill jag först erinra om att det följer av domstolens fasta praxis att även om medlemsstaternas straffrättsliga behörighet på området för olaglig invandring och olaglig vistelse i princip inte begränsas av direktiv 2008/115, får de inte anta straffrättsliga bestämmelser som kan äventyra fullgörandet av de mål som eftersträvas med ett direktiv och förta direktivet dess ändamålsenliga verkan.²⁵

43. Jag drar således preliminärt slutsatsen att bestämmelserna i direktiv 2008/115 inte utgör hinder för en sådan nationell straffbestämmelse som artikel 197 i strafflagen.

44. Därefter återstår frågan huruvida de berörda bestämmelserna är förenade med Europeiska unionens grundläggande rättigheter när det gäller denna bestämmelses uppenbara brist på klarhet.

22 Vid förhandlingen föreföll kommissionen ange att en sådan situation som den i förevarande fall inte omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115. Detsamma gäller för den tyska och den tjeckiska regeringen.

23 Såsom kommissionen med rätta har understrukit i sitt yttrande är Nederländerna inte skyldigt att anta straffrättsliga bestämmelser om påföljder för illegal vistelse. Men om de gör det ska de rätta sig efter direktivet, inklusive domstolens ovan sammanfattade rättspraxis.

24 Dom av den 28 april 2011 (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

25 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 april 2011, *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkt 54 och följande punkter).

45. De nationella bestämmelserna i förevarande mål omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115 och omfattas således av tillämpningen av unionsrätten i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan. De måste iakttas de allmänna principerna i unionsrätten, inklusive de grundläggande rättigheterna i stadgan. Här kan man tänka sig att de nationella bestämmelserna är avsedda att förstärka den ändamålsenliga verkan av direktiv 2008/115 genom att uppmuntra tredjelandsmedborgare att rätta sig efter ett beslut om återvändande och ett senare inreseförbud. Genom att införa inreseförbudet säkerställer medlemsstaterna med andra ord att direktivets syfte iakttas. Alternativt skulle man även kunna anse att den aktuella nationella lagstiftningen potentiellt undergräver den ändamålsenliga verkan av direktiv 2008/115, eftersom den aktuella situationen liknar en situation där det föreligger ett undantag från unionsrätten.²⁶ Enligt denna logik ska de situationer där direktiv 2008/115 tillåter medlemsstaterna att frihetsberöva en person på vilken direktivet är tillämpligt i form av ett fängelsestraff förstås som undantag från det huvudsakliga syftet med detta direktiv. Stadgan är följaktligen tillämplig i förevarande fall, oavsett hur den aktuella nationella rätten ska tolkas.

46. Det framgår i detta hänseende av lydelsen i artikel 52.1 i stadgan att varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och iakttas proportionalitetsprincipen. I den mån stadgan omfattar rättigheter som motsvarar rättigheter som garanteras av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna vilken undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen) föreskrivs i artikel 52.3 i stadgan att de ska ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Denna bestämmelse hindrar emellertid inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd. Tolkningen av artikel 6 i stadgan ska följaktligen ske mot bakgrund av artikel 5 i Europakonventionen såsom lägsta tillåtna skyddsnivå.

47. Enligt Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna ska varje frihetsberövande vara lagenligt, inte bara i den meningen att det ska ha en rättslig grund enligt nationell rätt, utan även att denna laglighet avser lagens kvalitet och innebär att en nationell lag som tillåter frihetsberövande ska vara tillräckligt tillgänglig, precis och förutsebar vad gäller dess tillämpning för att undvika varje risk för godtycke.²⁷

48. Vidare ska det erinras om artikel 49.1 i stadgan, enligt vilken ingen får fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks inte utgjorde en lagöverträdelse enligt nationell eller internationell rätt. Detta innebär enligt min mening att medlemsstaterna är skyldiga att konkretisera sina straffrättsliga bestämmelser på ett sådant sätt att brottets tillämpningsområde och tillämpning kan identifieras och tolkas. En straffrättslig bestämmelse ska vara tillgänglig och ha lättförståelig innebörd. Allt tvivel bör undvikas.

49. När det gäller frågan huruvida den nationella bestämmelsen är förenlig med stadgan, vill jag understryka att det framstår som mindre viktigt att göra en välvillig tolkning av den nationella bestämmelsen än att tolka den utifrån vad som är möjligt när det gäller förenligheten med direktiv 2008/115. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den aktuella bestämmelsen är förenlig med de grundläggande rättigheterna på grundval av stadgan, jämförd med Europakonventionen, inklusive ovannämnda rättspraxis. För det fall den hänskjutande domstolen önskar tillämpa artikel 197 i strafflagen i det nationella målet, borde den hänskjutande domstolen efter sin bedömning komma fram till att det tydligt framgår av denna bestämmelse vilken konkret handling som har ifrågasatts. Med andra ord måste det framgå att ett åsidosättande av skyldigheten att lämna Nederländerna i sig utgör ett brott. I avsaknad av ett sådant konstaterande har legalitetsprincipen inte iakttagits.

²⁶ Domstolen har, i detta hänseende, redan slagit fast att unionens grundläggande rättigheter är tillämpliga, se dom av den 30 april 2014, Pflieger m.fl. (C-390/12, EU:C:2014:281).

²⁷ Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 21 oktober 2013, Del Río Prada mot Spanien (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125).

Förslag till avgörande

50. Mot bakgrund av det ovan angivna förslår jag att den fråga som ställts av Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna) besvaras enligt följande:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna ska tolkas så, att det inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning, såsom den som är aktuell i det nationella målet, i vilken det föreskrivs att en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna ska dömas till fängelsestraff när det påtalade beteendet definieras med hänvisning till ett inreseförbud som ännu inte har medfört verkningar då den berörda personen inte har lämnat landet, under förutsättning att denna lagstiftning är tillräckligt precis för att brottets räckvidd och tillämpning ska kunna identifieras och tolkas, vilket det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera.