Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
YVESA BOTA
od 6. rujna 2018.[1]

Spojeni predmeti C-412/17 i C-474/17

Bundesprepublik Deutshland
protiv
Touring Tours und Travel GmbH (C-412/17),
Sociedad de Transportes SA (C-474/17)

(zahtjevi za prethodnu odluku koje je uputio Bundesverwaltungsgericht (Savezni upravni sud, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Područje slobode, sigurnosti i pravde – Uredba (EZ) br. 562/2006 – Zakonik Zajednice o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama) – Članci 20. i 21. – Ukidanje nadzora državnih granica na unutarnjim granicama schengenskog područja – Propis države članice kojim se autobusnim prijevoznicima koji prelaze unutarnje granice schengenskog područja nalaže da provjeravaju putovnice i boravišne dozvole putnika – Direktiva 2002/90/EZ – Okvirna odluka 2002/946/PUP – Pomaganje neovlaštenog ulaska”

I. Uvod

1. Iako međunarodni cestovni prijevoz autobusom građanima Europske unije i državljanima trećih zemalja sa zakonitim boravkom omogućuje da se slobodno kreću unutar Unije, on je također prilika državljanima trećih zemalja s nezakonitim boravkom da iskoriste mogućnosti koje nudi to područje slobodnog kretanja i stoga predstavlja put za nezakonito useljavanje.

2. Osim privremenog ponovnog uvođenja unutarnjih graničnih kontrola, kako se unutar područja slobode, sigurnosti i pravde koji obuhvaća schengensko područje boriti protiv tog nezakonitog useljavanja bez narušavanja slobode kretanja koja je zajamčena građanima Unije i državljanima trećih zemalja koji u Uniji zakonito borave?

3. Može li država članica od autobusnih prijevoznika[2] koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice zahtijevati da prije prelaska unutarnje granice provjeravaju da putnici posjeduju putne isprave koje su potrebne za ulazak na državno područje i da kažnjavaju svaku povredu te obveze a da pritom ne uvede ponovno granice ondje gdje su načelno ukinute?

1 Izvorni jezik: francuski

2 Pojam „prijevoznik” ovdje treba shvatiti kao „bilo koj[u] fizičk[u] ili pravn[u] osob[u] koja se profesionalno bavi pružanjem usluga prijevoza osoba”, kao što ga je zakonodavac Unije definirao u članku 2. točki 14. Uredbe (EZ) br. 562/2006 Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o Zakoniku Zajednice o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (SL 2006., L 105., str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 10., str. 61.), kako je izmijenjena Uredbom (EU) br. 610/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. (SL 2013., L 182, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 12., str. 285.) (u daljnjem tekstu: Zakonik o schengenskim granicama). Uredba br. 562/2006 stavljena je izvan snage i zamijenjena Uredbom (EU) 2016/399 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o Zakoniku Unije o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama) (SL 2016., L 77, str. 1.). Uredba br. 562/2006 bila je primjenjiva na dan nastanka činjenica u glavnom postupku.

4. Ta su pitanja upućena u okviru sporova između, s jedne strane, Touring Tours und Travel GmbH i Sociedad de Transportes SA, dvaju autobusnih prijevoznika sa sjedištem u Njemačkoj odnosno Španjolskoj, i Bundesrepublik Deutschland (Savezna Republika Njemačka) povodom odluka kojima im je zabranjeno da na njemačko državno područje prevoze strance bez putovnice ili boravišne dozvole koja se zahtijeva člankom 13. stavkom 1. Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Zakon o boravku, radu i integraciji stranaca na saveznom području)[3] od 30. srpnja 2004. i kojima im se prijeti novčanom kaznom u iznosu od 1000 eura po strancu u slučaju povrede te zabrane.

5. Naime, kako bi zajamčio da stranci ispunjavaju uvjete koji se tom odredbom zahtijevaju za prelazak granice, njemački zakonodavac zahtijeva od zračnih, pomorskih i kopnenih prijevoznika, ne uključujući prekogranični željeznički promet, da provjeravaju da ti stranci posjeduju potrebne putne isprave.

6. Tako se člankom 63. AufenthG-a, naslovljenim „Obveze prijevoznika”[4], čiju zakonitost s obzirom na pravo Unije ovdje treba ocijeniti, određuje:

„1. Prijevoznik može prevoziti strance na državnom području Savezne Republike Njemačke samo ako imaju potrebnu putovnicu i boravišnu dozvolu.

2. Bundesministerium des Innern (Savezno ministarstvo unutarnjih poslova, Njemačka) ili tijelo koje je on odredio može, u suglasnosti s Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Savezno ministarstvo prijevoza i digitalnih infrastruktura, Njemačka), prijevozniku zabraniti prijevoz stranaca na državnom području Savezne Republike Njemačke protivno stavku 1. pod prijetnjom izricanja novčanih kazni tom poduzetniku u slučaju povrede. […]

3. Novčane kazne koje se izriču prijevozniku iznose od najmanje 1000 eura do najviše 5000 eura po strancu kojeg navedeni prijevoznik preveze protivno odluci donesenoj u skladu sa stavkom 2. […]

4. Savezno ministarstvo unutarnjih poslova ili tijelo koje je ono odredilo može s prijevoznicima dogovoriti pravila za provedbu obveze iz stavka 1.”

7. Tim se zakonodavstvom prenose, u obliku obveze koju uvodi i kazne koju utvrđuje, obveze donesene u članku 26. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma[5], kako su dopunjene Direktivom 2001/51/EZ[6]. Stoga se ne radi o izoliranom zakonodavstvu[7]. U skladu s člankom 26. CISA-e, to se zakonodavstvo mora primjenjivati na prijevoznike iz države u kojoj se ne primjenjuje schengenska pravna stečevina.

8. Stoga se članak 63. AufenthG-a ne može kritizirati ako je primijenjen na prijevoznike koji prevoze stranca preko vanjske granice države članice.

3 BGBl. 2004. I, str. 1950., u verziji primjenjivoj na činjenice u glavnom postupku (u daljnjem tekstu: AufenthG)

4 Provedba tog članka pojašnjuje se u točkama63.1 i 63.2 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz (Opća upravna odredba o Zakonu o boravku stranaca) od 26. listopada 2009. (GMBl. 2009., str. 878., u daljnjem tekstu: Opća upravna odredba o AufenthG-u).

5 Konvencija o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. između vlada država Gospodarske unije Beneluksa, Savezne Republike Njemačke i Francuske Republike o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama, potpisana u Schengenu (Luksemburg) 19. lipnja 1990. (SL 2000., L 239, str. 19.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 9., str. 12., u daljnjem tekstu: CISA)

6 Direktiva Vijeća od 28. lipnja 2001. o dopuni odredaba članka 26. Konvencije o primjeni Sporazuma iz Schengena (SL 2001., L 187, str. 45.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 60.)

7 Vidjeti u tom pogledu komparativnu analizu de Bruycker, P., „Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l’article 26 de la Convention d’Application de l’Accord de Schengen du 14 juin 1985”, *Actualité du droit européen de l’immigration et de l’asile*, Bruylant, Bruxelles, 2005., str. 417. do 424., kao i komparativnu analizu Europske migracijske mreže naslovljenu „Ad-Hoc Query on implementing Council Directive 2001/51/EC” od 13. prosinca 2012. dostupnu na sljedećoj internetskoj adresi: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/eu-acquis/436_emn_ad-hoc_query_on_implementing_council_directive_200151ec_5november2012_wider_dissemination_en.pdf.

9. Suprotno tomu, ono što se može kritizirati ili što u svakom slučaju predstavlja poteškoću jest primjena te odredbe na autobusne prijevoznike koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice i koji stoga dovode stranca do unutarnje granice države članice [8]. Naime, nepostojanje kontrola na unutarnjim granicama sama je bit schengenskog područja [9].

10. U tom je kontekstu Bundesverwaltungsgericht (Savezni upravni sud, Njemačka) odlučio prekinuti postupak u sporovima koji su pred njime pokrenuti kako bi Sudu postavio prethodna pitanja.

11. Taj sud svojim dvama prethodnim pitanjima pita Sud protivi li se članku 67. stavku 2. UFEU-a, kao i člancima 20. i 21. Zakonika o schengenskim granicama, to da država članica na autobusne prijevoznike koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice primjenjuje nacionalno zakonodavstvo kojim se, s jedne strane, od prijevoznika zahtijeva da prije prelaska granice provjeravaju da njihovi putnici posjeduju putovnicu i boravišnu dozvolu potrebne za zakonit ulazak na državno područje i, s druge strane, kažnjava svaka povreda te obveze kontrole.

12. Pitanja koja postavlja Bundesverwaltungsgericht (Savezni upravni sud) nova su.

13. Naime, u predmetima u kojima su donesene presude od 22. lipnja 2010., Melki i Abdeli [10], od 19. srpnja 2012., Adil [11] i od 21. lipnja 2017., A [12], Sud je ispitao sukladnost kontrola koje izvršavaju tijela javne vlasti i koje se provode na samom državnom području države članice, na njezinoj granici ili na njezinom pograničnom području s odredbama Zakonika o schengenskim granicama. Međutim, kontrole provedene u skladu s člankom 63. AufenthG-a u ovom su slučaju obavili zaposlenici privatnih prijevoznika koji nemaju policijske ovlasti te ih treba izvršiti prije prelaska unutarnje granice i stoga izvan državnog područja države članice.

14. Jasan je značaj odgovora na prethodna pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev.

15. Treba utvrditi u kojoj je mjeri zakonodavstvo kao što je ono u ovom slučaju, kojim se državljanima trećih zemalja s nezakonitim boravkom uskraćuje mogućnost da se kreću od jedne države članice do druge prijevoznim sredstvom, u ovom slučaju, korištenjem redovnih autobusnih linija, u smislu članka 3. UEU-a, „odgovarajuća mjera” u pogledu useljavanja na području slobode, sigurnosti i pravde bez unutarnjih granica, ali u vrijeme kada terorizam, prekogranični kriminalitet i rizici od sekundarnih kretanja osoba koje su nezakonito prešle vanjske granice prijete javnom poretku i unutarnjoj sigurnosti država članica.

16. Danas mnogi traže ponovno uvođenje unutarnjih granica, pozivajući se na nedostatke i manjkavosti kontrola na vanjskim granicama schengenskog područja, te mijenjaju svoja zakonodavstva [13]. U svojoj odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku Bundesverwaltungsgericht (Savezni upravni sud) tako ističe da predmetno zakonodavstvo može biti „učinkovita protumjera” tim sekundarnim kretanjima, čime se sprječava propusnost ili poroznost vanjskih granica schengenskog područja tamo gdje nisu privremeno ponovno uvedene kontrole na unutarnjim granicama.

8 Kao što to proizlazi iz studije Europske migracijske mreže, koja se citira u bilješci 7. ovoga mišljenja predmetno nacionalno zakonodavstvo, kao i, čini se, mnoga druga zakonodavstva, ne razlikuje prevoze li prijevoznici putnike iz države članice schengenskog područja ili iz treće države.

9 Vidjeti Labayle, H., „La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union”, *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013., str. 19. do 53. Autor ističe da je „taj pokret ukidanja osnova jednog od najizuzetnijih pothvata Unije […], a to je ‚prostor' otvoren slobodnom kretanju osoba” (str. 19.).

10 C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363

11 C-278/12 PPU, EU:C:2012:508

12 C-9/16, EU:C:2017:483

13 Određene države članice tako oslobađaju autobusne prijevoznike novčane kazne predviđene u slučaju da povrijede svoju obvezu kontrole tijekom prelaska vanjskih granica ako to opravdaju kontrolom na ulasku na državno područje država u kojima se primjenjuje schengenska pravna stečevina ili kontrolom koju su nadležne službe provele na ulasku na državno područje.

17. Kao prvo, ispitat ću predmetne kontrole s obzirom na odredbe Zakonika o schengenskim granicama na kojima sud koji je uputio zahtjev temelji svoj zahtjev za prethodnu odluku.

18. U tom pogledu, iznijet ću razloge zbog kojih te kontrole treba, prema mojem mišljenju, izjednačiti s „graničnim kontrolama" koje su zabranjene u skladu s člankom 20. Zakonika o schengenskim granicama. Naime, iznijet ću da se država članica uvođenjem takve obveze kontrole koristi zakonodavstvom koje je prvotno bilo namijenjeno kontrolama na vanjskim granicama, prikriveno ponovno uvodi granice ondje gdje su one načelno ukinute i zaobilazi načelnu zabranu iz članaka 1. i 20. Zakonika o schengenskim granicama.

19. Iako države članice imaju posve legitiman interes da kontroliraju nezakonito useljavanje, smatram da se protiv toga ne treba boriti uspostavljanjem mehanizma izvan okvira i granica Zakonika o schengenskim granicama kojim se od prijevoznika zahtijeva da na državnom području druge države članice provode kontrole i ocjene koje su uobičajeno samo u policijskoj ovlasti.

20. Takav je mehanizam neučinkovit te ga se može kritizirati u pogledu zaštite određenih temeljnih prava kao što su pravo na azil iz članka 18. Povelje Europske unije o temeljnim pravima [14].

21. Prema mojem mišljenju, odobrenjem takvog sustava naštetilo bi se ne samo načelima na kojima se temelji schengensko područje, nego i njegovu postojanju jer danas to područje građanima Unije i državljanima trećih zemalja sa zakonitim boravkom omogućuje da u potpunosti iskoriste pogodnosti slobodnog kretanja koje se njime jamče. Time se također ne bi uzele u obzir policijske ovlasti kojima države članice raspolažu kako bi na svojem državnom području zajamčile javni poredak i unutarnju sigurnost ni instrumenti suradnje koji su im također dostupni. Naposljetku, time bi se zanemarili brojni zakonodavni instrumenti doneseni u okviru Unije kako bi se bolje reguliralo migracijske tokove i, osobito, mjere donesene u području upravljanja i kontrole vanjskih granica te suzbijanja krijumčarenja migranata.

22. Kao drugo, kako bi sudu koji je uputio zahtjev dao koristan odgovor koji mu omogućuje da odluči o sporovima koji su pred njime pokrenuti, predlažem Sudu da predmetni propis ispita s obzirom na odredbe prava Unije čiji je cilj osobito suzbijanje nezakonitog useljavanja i, konkretno, odredbe Direktive 2002/90/EZ [15] i Okvirne odluke 2002/946/PUP [16] u svrhu sprječavanja pomaganja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka.

23. U tom ću pogledu navesti da, ako su nadležna nacionalna tijela utvrdila da su prijevoznici, kao što su oni u glavnom postupku, zapravo u okviru svojih djelatnosti državljanima trećih zemalja namjerno pomagali da nezakonito uđu na državno područje te smatrali da su ispunjeni materijalni i intelektualni elementi povrede koja se odnosi na pomaganje neovlaštenog ulaska, tada je na njima da poduzmu potrebne mjere kojima osiguravaju da se to kazneno djelo kazni sankcijama koje su učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće od počinjenja kaznenog djela, u skladu s načelima navedenima u Direktivi 2002/90 i Okvirnoj odluci 2002/946.

14 Smatram da se takav mehanizam može kritizirati jer se njime ne razlikuje je li državljanin treće zemlje koji nema potrebne putne isprave nezakoniti imigrant ili tražitelj azila. Međutim, sekundarna migracijska kretanja obuhvaćaju osobe koje imaju pravo na međunarodnu zaštitu. Iako u trenutačnom stanju prava Unije tražitelji azila trebaju podnijeti zahtjev u prvoj državi članici ulaska, brojni su oni koji se nezakonito kreću na schengenskom području jer smatraju da imaju više izgleda dobiti status izbjeglice u određenoj državi članici u odnosu na neku drugu s obzirom na to da se, unatoč provedenom usklađivanju, i dalje primjenjuje nacionalni sustav azila.

15 Direktiva Vijeća od 28. studenoga 2002. o definiranju olakšavanja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka (SL 2002., L 328, str. 17.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 101.)

16 Okvirna odluka Vijeća od 28. studenoga 2002. o jačanju kaznenopravnog okvira za sprečavanje pomaganja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka (SL 2002., L 328, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 12., str. 26.)

II. Činjenično stanje u glavnim postupcima

24. Predmetni prijevoznici nude putovanja autobusom i, među ostalim, upravljaju redovnim linijama iz Njemačke preko njemačko-nizozemske i njemačko-belgijske granice.

25. Budući da je smatrao da su ti prijevoznici u Njemačku prevezli velik broj stranaca bez potrebnih putnih isprava protivno članku 63. stavku 1. AufenthG-a, Bundespolizeipräsidium (Savezna policijska uprava, Njemačka) uputio im je, u studenome 2013. odnosno ožujku 2014., „upozorenje" u kojem navodi primjere neovlaštenog prijevoza te, na temelju članka 63. stavka 2. AufenthG-a, izjavljuje da će im, ako nastave s kaznenim djelom, biti zabranjen prijevoz stranaca na državnom području ako ne posjeduju potrebne putne isprave.

26. Zatim, budući da je Savezna policijska uprava utvrdila nastavak kaznenog djela, donijela je 26. rujna odnosno 18. studenoga 2014. odluke o zabrani kojima je zaprijetila novčanim kaznama u iznosu od 1000 eura za svako novo kazneno djelo.

27. U tim je odlukama obrazložila da su predmetni prijevoznici bili obvezni, na temelju članka 63. stavka 1. AufenthG-a, uložiti dovoljne napore kako bi spriječili prijevoz na njemačkom državnom području svih stranaca bez potrebnih putnih isprava, pri čemu su te obveze mogli ispuniti činjenično i pravno. U tu svrhu, ti su prijevoznici bili dužni provjeravati te dokumente tijekom kontrole karata pri ulasku u autobus te su mogli odbiti strancima bez potrebnih putnih isprava da uđu u autobus.

28. Verwaltungsgericht (Upravni sud, Njemačka), kojem su predmetni prijevoznici podnijeli tužbe protiv tih oduka, poništio ih je, pri čemu je u biti smatrao da, s obzirom na prednost prava Unije, članak 63. stavak 2. AufenthG-a treba ostati neprimijenjen jer je njegova primjena na poduzetnike koji prevoze strance u Njemačku preko unutarnje granice na schengenskom području protivna članku 67. stavku 2. UFEU-a, kao i člancima 20. i 21. Zakonika o schengenskim granicama. Naime, kontrole naložene navedenim poduzetnicima treba kvalificirati kao „[mjere s] učin[kom] istovjet[nim] graničnoj kontroli", u smislu članka 21. tog zakonika, osobito s obzirom na njihovu sustavnu narav i činjenicu da se provode prije samog prelaska granice.

29. Savezna Republika Njemačka podnijela je sudu koji je uputio zahtjev reviziju protiv te presude, pri čemu je osobito tvrdila da je pravom Unije i, konkretno, Direktivom 2002/90 i Okvirnom odlukom 2002/946, koje su posebne odredbe u odnosu na one predviđene Zakonikom o schengenskim granicama, naloženo kažnjavanje povreda zabrana prijevoza, kao što je predviđeno člankom 63. AufenthG-a.

30. U svakom slučaju, kontrola putnih isprava koja se zahtijeva tom odredbom nacionalnog prava ne može se kvalificirati kao „[mjera s] učin[kom] istovjet[nim] graničnoj kontroli", u smislu članka 21. točke (a) Zakonika o schengenskim granicama. Naime, cilj koji se nastoji postići nije kontrolirati prelazak granice, nego poštovati odredbe koje se odnose na ulazak na državno područje. Nadalje, budući da te kontrole ne provode javni službenici, nego privatni zaposlenici, njihov opseg i intenzitet manji su od onih graničnih kontrola. Stoga u slučaju da osoba odbije podvrgnuti se kontroli nije moguće poduzeti mjere prisile ili pretrage.

III. Prethodna pitanja

31. U tim je okolnostima Bundesverwaltungsgericht (Savezni upravni sud) odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Protivi li se članku 67. stavku 2. UFEU-a kao i člancima [20. i 21. Zakonika o schengenskim granicama], odredba nacionalnog prava države članice, kojom se autobusnim prijevoznicima koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice nalaže obveza da kontroliraju putne isprave svojih putnika prije prelaska unutarnje granice, kako bi se spriječio prijevoz stranaca bez putovnice i boravišne dozvole na državno područje Savezne Republike Njemačke?

Posebno:

(a) Predstavlja li opća zakonska obveza ili upravna obveza usmjerena na pojedine prijevoznike, prema kojoj se strance ne smije prevoziti na državno područje Savezne Republike Njemačke bez putovnice ili boravišne dozvole, koja se može ispuniti samo kontrolom putnih isprava svih putnika prije prelaska unutarnjih granica, kontrolu osoba na unutarnjim granicama, u smislu članka [20.] Zakonika o schengenskim granicama, odnosno valja li je izjednačiti s njome?

(b) Treba li nametanje obveza navedenih u točki 1. ocjenjivati s obzirom na članak [21.] točku (a) Zakonika o schengenskim granicama, iako prijevoznici ne raspolažu „policijskim ovlastima" u smislu te odredbe, te se na iste – time što im država nameće obvezu provođenja kontrola – niti formalno ne prenose javne ovlasti?

(c) U slučaju potvrdnog odgovora na pitanje 1.b: krije li se iza kontrola koje se zahtijevaju od prijevoznika s obzirom na kriterije iz članka [21.] točke (a) druge rečenice Zakonika o schengenskim granicama, nedopuštena mjera s učinkom istovjetnim graničnoj kontroli?

(d) Treba li nametanje obveza navedenih u točki 1., u dijelu u kojem se odnose na autobusne prijevoznike koji obavljaju linijski promet, ocjenjivati u skladu s člankom [21.] točkom (b) Zakonika o schengenskim granicama, prema kojemu ovlaštenje prijevoznika da provode sigurnosne provjere u lukama i zračnim lukama ne utječe na zabranu graničnih kontrola na unutarnjim granicama? Proizlazi li iz toga nedopuštenost kontrola u smislu prvog pitanja i izvan luka i zračnih luka, ako iste ne predstavljaju sigurnosne provjere i ne provode se i nad osobama koje putuju unutar države članice?

2. Protive li se člancima [20. i 21.] Zakonika o schengenskim granicama nacionalne odredbe prema kojima se u svrhu poštovanja obveze [kontrole iz točke 1.] protiv autobusnog prijevoznika mogu izreći zabrana i novčana kazna ako su se zbog neprovedenih kontrola na državno područje Savezne Republike Njemačke prevozili stranci bez putovnice i boravišne dozvole?"

32. Savezna Republika Njemačka, koju zastupa Bundespolizeipräsidium (Savezna policijska uprava), njemačka vlada i Europska komisija iznijeli su pisana i usmena očitovanja.

IV. Uvodne napomene

33. Prije nego što ispitam prethodna pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev čini mi se važnim uvodno se osvrnuti na obveze koje države članice imaju u situaciji kao što je ona u ovom slučaju.

34. U skladu s člankom 3. stavkom 2. UEU-a, „Unija svojim građanima nudi područje slobode, sigurnosti i pravde bez unutarnjih granica, na kojem je osigurano slobodno kretanje osoba zajedno s odgovarajućim mjerama u pogledu nadzora vanjskih granica, azila, useljavanja te sprečavanja i suzbijanja kriminala”.

35. Na tom području slobode, sigurnosti i pravde bez unutarnjih granica države članice moraju, s jedne strane, osigurati slobodno kretanje osoba i, s druge strane, regulirati migracijske tokove, što podrazumijeva suzbijanje nezakonitog useljavanja.

36. Kao prvo, države članice stoga su dužne da kontrolama na svojim unutarnjim granicama ne ometaju slobodno kretanje građana Unije i državljana trećih zemalja koji su zakonito ušli ili zakonito borave u Uniji, i to bez obzira na njihovo državljanstvo.

37. To proizlazi, s jedne strane, iz „[o]pćih odredbi” članka 67. stavka 2. UFEU-a, kojim se predviđa da Unija osigurava da se osobe pri prijelazu unutarnjih granica ne provjeravaju, s druge strane, iz članka 77. stavka 1. točke (a) UFEU-a, kojim se na ime „[p]olitik[a] koje se odnose na graničnu kontrolu, azil i useljavanje”, propisuje da Unija razvija politiku čiji je cilj osigurati da se osobe pri prijelazu tih granica bez obzira na njihovo državljanstvo ne provjeravaju.

38. Za građane Unije, pravo slobodno i neometano kretati se na državnom području država članica temeljno je pravo u skladu s člankom 3. stavkom 2. UEU-a, kao i člankom 20. stavkom 2. i člankom 21. UFEU-a.

39. Državljani trećih zemalja s nezakonitim boravkom zbog ukidanja klauzule o državljanstvu koja je uvedena člankom 20. Zakonika o schengenskim granicama i člankom 67. UFEU-a također imaju pravo na slobodno kretanje bez kontrole na unutarnjim granicama tijekom razdoblja koje im je određeno propisom.

40. Države članice tako su dužne ukinuti kontrole na unutarnjim granicama u skladu s člankom 20. Zakonika o schengenskim granicama i sve druge mjere s učinkom istovjetnim provođenju tih kontrola u smislu članka 21. tog zakonika.

41. Ipak, u skladu s člankom 72. UFEU-a, ukidanje kontrola na unutarnjim granicama ne utječe na izvršavanje odgovornosti koju države članice imaju u pogledu očuvanja javnog poretka i zaštite unutarnje sigurnosti.

42. U skladu s člankom 21. točkom (a) Zakonika o schengenskim granicama zakonodavac Unije tako ovlašćuje nadležna nacionalna tijela da izvršavaju policijske ovlasti prema nacionalnom pravu, u mjeri u kojoj izvršavanje tih ovlasti nema učinak istovjetan graničnoj kontroli, to se također primjenjuje u pograničnim područjima. U smislu te odredbe, izvršavanje tih ovlasti ne može se „smatrati istovjetnim provođenju granične kontrole kada policijske mjere:

i. za cilj nemaju nadzor državne granice;

ii. temelje se na općim policijskim informacijama i iskustvu vezanom za moguće prijetnje javnoj sigurnosti te posebno kada im je cilj suzbijanje prekograničnog kriminaliteta;

iii. osmišljene su i provode se na razvidno drugačiji način od sustavnih kontrola osoba na vanjskim granicama;

iv. provode se na temelju provjera na licu mjesta […]”

43. U skladu s člankom 21. točkom (b) Zakonika o schengenskim granicama zakonodavac Unije nadalje ovlašćuje nadležna nacionalna tijela da izvršavaju sigurnosne provjere nad osobama u lukama i zračnim lukama.

44. Kao drugo, države članice također su dužne donijeti odgovarajuće mjere radi suzbijanja nezakonitog useljavanja kako državljani trećih zemalja koji su nezakonito ušli ili nezakonito borave u Uniji ne bi mogli ostvariti prava dodijeljena Ugovorima [17].

45. Zakonodavac Unije tako je uspostavio više mjera.

46. Prvonavedenim mjerama uvode se, kao mehanizmom predviđenim predmetnim nacionalnim zakonodavstvom, obveze kontrole prijevoznicima koji državljane trećih zemalja prevoze do vanjske granice schengenskog područja, i to kako bi se spriječilo nezakonito useljavanje.

47. Te su mjere donesene u okviru CISA-e. To su „[p]rateće mjere" čiji je sadržaj definiran u članku 26. te konvencije. Tim se člankom određuje:

„1. Ugovorne stranke se obvezuju, podložno obvezama koje proizlaze iz njihovog pristupanja Ženevskoj konvenciji o statusu izbjeglica od 28. srpnja 1951., kako je izmijenjena Njujorškim protokolom od 31. siječnja 1967., unijeti sljedeća pravila u njihovo nacionalno pravo:

(a) ako se strancima zabrani ulazak na državno područje jedne od ugovornih stranaka, prijevoznik koji ih je doveo do vanjske granice zračnim, morskim ili kopnenim putem, dužan je za njih odmah ponovno preuzeti odgovornost. […];

(b) prijevoznik je dužan poduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurao da stranac, koji se prevozi zračnim ili morskim putem, posjeduje putne isprave koje su potrebne za ulazak na državna područja ugovornih stranaka.

2. Ugovorne stranke se obvezuju, podložno obvezama koje proizlaze iz njihovog pristupanja Ženevskoj konvenciji o statusu izbjeglica od 28. srpnja 1951., kako je izmijenjena Njujorškim protokolom od 31. siječnja 1967. te u skladu s njihovim ustavnim pravom, odrediti kazne prijevoznicima koji prevoze strance, koji ne posjeduju potrebne putne isprave, zračnim ili morskim putem iz treće države na njihova državna područja.

3. Stavak 1. točka (b) i stavak 2. primjenjuju se također na međunarodne prijevoznike koji prevoze skupine autobusom kopnenim putem, izuzimajući pogranični promet."

48. Te su odredbe dopunjene Direktivom 2001/51.

49. Uvodne izjave 1., 2. i 4. te direktive glase:

„(1) S ciljem učinkovitog suzbijanja ilegalne imigracije, ključno je da sve države članice uvedu odredbe kojima se utvrđuju obveze prijevoznika koji prevoze strane državljane na državno područje država članica. Osim toga, radi osiguravanja veće učinkovitosti pri postizanju ovoga cilja, novčane kazne koje države članice trenutačno propisuju za slučajeve u kojima prijevoznici ne ispunjavaju svoje obveze kontrole trebale bi biti usklađene u što većoj mjeri […].

(2) Ova je mjera jedna od općih odredaba čiji je cilj reguliranje migracijskih tokova i suzbijanje ilegalne imigracije.

17 Te se mjere primjenjuju ne dovodeći u pitanje zaštitu koja se dodjeljuje izbjeglicama i tražiteljima azila.

[…]

(4) Države članice mogu slobodno zadržati ili uvesti dodatne mjere ili sankcije za prijevoznike, bez obzira na to jesu li spomenute u ovoj Direktivi ili nisu."

50. U člancima 2. i 3. te direktive pojašnjavaju se uvjeti primjene obveze povratka, a u člancima 4. i 5. narav i iznos sankcija primjenjivih u slučajevima u kojima prijevoznici ne ispunjavaju svoje obveze kontrole.

51. Države članice tako moraju zajamčiti, u skladu s člankom 4. Direktive 2001/51, da sankcije primjenjive na prijevoznike u skladu s odredbama članka 26. stavaka 2. i 3. CISA-e budu odvraćajuće, učinkovite i proporcionalne, pri čemu je zakonodavac Unije utvrdio najviši i najniži iznos navedenih sankcija. K tomu, na temelju članka 5. te direktive, države članice mogu donijeti ili zadržati sankcije druge vrste, poput privremenog ili trajnog oduzimanja dozvole za obavljanje djelatnosti.

52. Drugonavedene mjere suzbijanja nezakonitog useljavanja donesene su u okviru Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946 te je njihov cilj sankcionirati pomaganje nezakonitog useljavanja [18].

53. U skladu s člankom 5. Direktive 2002/90 i člankom 10. Okvirne odluke 2002/946, mehanizam koji je prvotno uspostavljen člankom 27. CISA-e stavlja se izvan snage [19].

54. Na temelju uvodne izjave 2. Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946, one se primjenjuju prilikom neovlaštenog prelaska unutarnjih granica države članice [20].

55. Dok se u Direktivi 2002/90 definiraju povrede koje se odnose na olakšavanje neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka, Okvirnom odlukom 2002/946 utvrđuju se minimalna pravila u pogledu naravi sankcija koje se mogu izreći, odgovornosti pravnih osoba i sudske nadležnosti između država članica.

56. Člankom 1. Direktive 2002/90, naslovljenim „Opća povreda", u stavku 1. predviđa se:

„Svaka država članica donosi odgovarajuće sankcije za:

(a) svaku osobu koja namjerno pomaže osobi koja nije državljanin države članice da uđe ili prijeđe preko državnog područja države članice i pritom krši zakone te države o ulasku i tranzitu stranaca;

[…]"

57. Na temelju članka 2. te direktive, te sankcije treba primijeniti na svaku osobu koja je poticatelj, suučesnik ili je pokušala počiniti tu povredu.

58. Člankom 1. Okvirne odluke 2002/946 zahtijeva se da povreda koja se odnosi na pomaganje neovlaštenog ulaska na državno područje bude kažnjiva učinkovitim i razmjernim kaznama koje odvraćaju od njihova počinjenja. Počinjena povreda tako može dovesti do „izručenja", zapljene prijevoznih sredstava korištenih pri njezinu počinjenju, zabrane obavljanja profesionalne djelatnosti u okviru koje je povreda počinjena te do kazne zatvora kada je povreda počinjena kao djelatnost zločinačke organizacije ili uz ugrožavanje života osoba nad kojima je počinjena.

18 U skladu s člankom 6. Okvirne odluke 2002/946, taj se mehanizam primjenjuje bez utjecaja na zaštitu izbjeglica i tražitelja azila.

19 U poglavlju 6., naslovljenom „Prateće mjere", člankom 27. stavkom 1. CISA-e zahtijeva se da se „[u]govorne stranke […] obvezuju odrediti primjerene kazne svakoj osobi koja, radi financijskog probitka, pomaže ili pokušava pomoći strancu da uđe ili boravi na državnom području jedne od ugovornih stranaka, kršenjem zakona o ulasku i boravku stranaca te ugovorne stranke".

20 Naime, u uvodnoj izjavi 2. Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946, zakonodavac Unije naveo je da bi trebalo „poduzeti mjere za borbu protiv pomaganja ilegalne imigracije, kako u vezi s neovlaštenim prelaskom *granice u najužem smislu*, tako i u vezi s održavanjem mreža koje izrabljuju ljude" (moje isticanje).

59. Budući da se te mjere primjenjuju na prelaske unutarnjih granica države članice, mogu biti relevantne u okviru ispitivanja predmetnog nacionalnog propisa.

V. Moja analiza

60. Svojim prvim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita Sud protivi li se članku 67. stavku 2. UFEU-a, kao i člancima 20. i 21. Zakonika o schengenskim granicama to da država članica na autobusne prijevoznike koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice primjenjuje nacionalno zakonodavstvo kojim se od prijevoznika zahtijeva da prije prelaska granice kontroliraju da njihovi putnici posjeduju putovnicu i boravišnu dozvolu potrebne za zakonit ulazak na državno područje.

61. Konkretno, sud koji je uputio zahtjev pita jesu li kontrole provedene u skladu s tim zakonodavstvom „granične kontrole" u smislu članka 20. Zakonika o schengenskim granicama ili mogu li se s njima izjednačiti ili jesu li to „kontrole unutar državnog područja" u smislu članka 21. točke (a) tog zakonika. U tom posljednjem slučaju, sud koji je uputio zahtjev pita Sud mogu li te kontrole, s obzirom na kriterije iz te odredbe, imati učinak istovjetan graničnoj kontroli.

62. Svojim drugim prethodnim pitanjem, sud koji je uputio zahtjev zatim pita Sud treba li članke 20. i 21. Zakonika o schengenskim granicama tumačiti na način da im se protivi nacionalno zakonodavstvo kao što je ono u ovom slučaju na temelju kojeg se protiv autobusnih prijevoznika koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice može donijeti odluka kojom im se zabranjuje da na državno područje prevoze državljane trećih zemalja s nezakonitim boravkom te im se usto može zaprijetiti novčanom kaznom ako nastave tu povredu.

63. U svojoj odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku Bundesverwaltungsgericht (Savezni upravni sud) svoju analizu usredotočuje na odredbe predviđene člancima 20. i 21. Zakonika o schengenskim granicama kojima se ukidaju nadzori državne granice na unutarnjim granicama schengenskog područja.

64. Pitanja koja upućuje Sudu, kao što sam naveo, nova su.

65. Naime, u okviru spora koji je pred njime bio pokrenut, Sud je ispitao sukladnost kontrola koje izvršavaju tijela javne vlasti i koje se provode na samom državnom području države članice, na njezinoj granici ili na njezinom pograničnom području s odredbama Zakonika o schengenskim granicama.

66. Najprije, u predmetu u kojem je donesena presuda od 22. lipnja 2010., Melki i Abdeli [21], dotične je osobe, naime, kontrolirala francuska policija, u skladu s člankom 78-2 četvrtim stavkom Zakonika o kaznenom postupku, na području između kopnene granice Francuske s Belgijom i crte povučene 20 kilometara od te granice. Cilj je te kontrole bio provjeriti poštovanje obveza posjedovanja, nošenja i predočavanja dozvola i isprava predviđenih zakonom.

67. Zatim, u predmetu u kojem je donesena presuda od 19. srpnja 2012., Adil [22], dotična osoba privedena je u okviru kontrole koju je proveo Koninklijke Marechaussee (Kraljevsko vojno redarstvo, Nizozemska) u skladu s člankom 4.17 (a) Vreemdelingenbesluit 2000. (Odluka o strancima iz 2000.) dok je putovala u autobusu društva Eurolines. Privedena je na autocesti iz Njemačke na području općine koja je pogranična s tom državom članicom. U skladu s nacionalnim propisom o kojem je riječ

21 C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363
22 C-278/12 PPU, EU:C:2012:508

u tom predmetu, to je privođenje trebalo omogućiti utvrđivanje identiteta, državljanstva i prava boravka osobe, u okviru suzbijanja nezakonitog boravka nakon prelaska granice i, što se tiče kopnenog prijevoza, isključivo se provodilo u okviru kontrole stranaca na cestama na području 20 km od zajedničke granice s Belgijom i Njemačkom.

68. Naposljetku, u predmetu u kojem je donesena presuda od 21. lipnja 2017., A [23], dotična osoba podvrgnuta je provjeri identiteta u ophodnji Bundespolizeia (savezna policija, Njemačka) dok je pješice prelazila Europski most iz smjera Strasbourga (Francuska) prema Kehlu (Njemačka) i uputila se na željeznički kolodvor udaljen oko 500 metara. Naime, člankom 23. stavkom 1. točkom 3. Gesetz über die Bundespolizei (Zakon o saveznoj policiji) [24] od 19. listopada 1994. saveznu policiju ovlašćuje se da provjerava identitet osobe na području do 30 kilometara od granice radi ometanja odnosno zaustavljanja nezakonitih ulazaka na savezno područje ili radi sprečavanja kaznenih djela.

69. Stoga se kontrole provedene u skladu s člankom 63. AufenthG-a vrlo jasno razlikuju od onih o kojima je Sud dosad odlučivao i čiji je opseg bio ograničen na pogranična područja unutar države članice. Naime, predmetne kontrole proveli su zaposlenici privatnih prijevoznika, koji ne raspolažu policijskim ovlastima, te ih treba izvršiti prije prelaska unutarnje granice i stoga izvan državnog područja države članice.

70. Savezna Republika Njemačka pak čvrsto tvrdi da se predmetnim nacionalnim zakonodavstvom nikako ne uspostavljaju granične kontrole koje su zabranjene člankom 20. Zakonika o schengenskim granicama, nego se zapravo nastoje provesti mjere suzbijanja nezakonitog useljavanja koje su donesene na međunarodnoj i europskoj razini.

71. Stoga u svojim očitovanjima tvrdi da je predmetno zakonodavstvo predviđeno člankom 11. Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta [25], da je usto odobreno s obzirom na tekst Direktive 2001/51, kojim se pojašnjavaju obveze kontrole koje su prijevoznicima propisane člankom 26. CISA-e i, naposljetku, da je doneseno „primjenom i u skladu s" odredbama Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946, kojima se sprječava pomaganje neovlaštenog ulaska na državno područje države članice.

72. U okviru ovog mišljenja ispitat ću predmetne kontrole s obzirom na odredbe Zakonika o schengenskim granicama na kojima sud koji je uputio zahtjev temelji svoj zahtjev za prethodnu odluku prije nego što provedem analizu odredbi prava Unije čiji je cilj osobito suzbijanje nezakonitog useljavanja i, konkretno, sprječavanje pomaganja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka na koje se usredotočuje Savezna Republika Njemačka.

A. Tumačenje odredbi Zakonika o schengenskim granicama

73. Iz razloga koje ću sada iznijeti smatram da predmetne kontrole treba izjednačiti s „graničnim kontrolama" koje su zabranjene na temelju članka 20. Zakonika o schengenskim granicama.

23 C-9/16, EU:C:2017:483

24 BGBl. 1994. I, str. 2978

25 Taj je protokol, u ime Europske zajednice, odobren Odlukom Vijeća 2006/616/EZ od 24. srpnja 2006. o sklapanju u ime Europske zajednice Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, u vezi s odredbama ovog Protokola koje potpadaju pod područje primjene članka 179. i članka 181.a Ugovora o osnivanju Europske zajednice (SL 2006., L 262, str. 24.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 126., str. 131.) i Odlukom Vijeća 2006/617/EZ od 24. srpnja 2006. o sklapanju u ime Europske zajednice Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, u vezi s odredbama Protokola koje su obuhvaćene dijelom III. glavom IV. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (SL 2006., L 262, str. 34.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 123., str. 100.) (u daljnjem tekstu: Dopunski protokol Ujedinjenih naroda).

74. U skladu s njegovim člankom 1., Zakonikom o schengenskim granicama „ukidaju [se] granične kontrole osoba koje prelaze unutarnje granice država članica [Unije] […]”.

75. U skladu s člankom 2. točkom 9. tog zakonika, nadzori državne granice odnose se na „aktivnost koja se provodi na granici […] isključivo kao odgovor na pokušaj prelaska ili na čin prelaska granice, neovisno o svim drugim okolnostima, a sastoji se od granične kontrole i zaštite državne granice”.

76. Granična kontrola odnosi se, u skladu s člankom 2. točkom 10. navedenog zakonika, na „kontrol[u] koja se provodi na graničnim prijelazima[26] kako bi se osobama i njihovim prijevoznim sredstvima te predmetima koje posjeduju odobrio ulazak u ili izlazak iz državnog područja država članica”.

77. Člankom 20. Zakonika o schengenskim granicama konkretizira se načelo navedeno u njegovu članku 1., pri čemu se određuje da se „[u]nutarnje […] granice mogu prijeći na bilo kojem mjestu bez provođenja granične kontrole osoba bez obzira na njihovo državljanstvo”.

78. Stoga je cilj te odredbe zabraniti granične kontrole kada se provode „na granicama” ili u trenutku njihova prelaska[27].

79. Člankom 21. Zakonika o schengenskim granicama, koji je naslovljen „Kontrole unutar državnog područja”, zabranjuju se kontrole koje se provode na cijelom državnom području države članice ili na njezinim pograničnim područjima i koje bi, u okviru izvršavanja policijskih ovlasti, imale učinak istovjetan graničnoj kontroli[28].

80. S kojeg stajališta treba shvatiti kontrole provedene u skladu s člankom 63. AufenthG-a?

81. Najprije, čini mi se da su te kontrole isključene iz područja primjene članka 21. Zakonika o schengenskim granicama. Naime, ne provode se unutar državnog područja države članice, nego izvan njega jer prijevoznici moraju kontrolirati putnike tijekom provjere karata pri njihovu ulasku u autobus.

82. Suprotno tomu, te se kontrole mogu shvatiti sa stajališta članka 20. Zakonika o schengenskim granicama jer ih se, prema mojem mišljenju, treba izjednačiti s „graničnim kontrolama”.

83. Točno je da se kontrole provedene u skladu s člankom 63. AufenthG-a ne odvijaju prilikom prelaska granice, nego prije njezina prelaska. Stoga, u smislu sudske prakse Suda u pogledu Direktive 2008/115/EZ[29], ne postoji „izravna vremenska i prostorna veza” s prelaskom granice[30].

84. Ipak, te se kontrole, po samoj njihovoj naravi, mogu izjednačiti s graničnim kontrolama.

26 Člankom 2. točkom 8. tog zakonika granični prijelaz definira se kao granični prijelaz koji su nadležna tijela odobrila za prelazak vanjskih granica.

27 Vidjeti u tom pogledu presude od 19. srpnja 2012., Adil (C-278/12 PPU, EU:C:2012:508, t. 56., kao i navedena sudska praksa) i od 21. lipnja 2017., A (C-9/16, EU:C:2017:483, t. 42.).

28 Vidjeti u tom pogledu uvodnu izjavu 5. i preporuku 1. Preporuke Komisije od 12. svibnja 2017. o razmjernim policijskim kontrolama i policijskoj suradnji u schengenskom prostoru [C(2017) 3349 *final*].

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

30 Taj je kriterij Sud upotrijebio u točki 72. presude od 7. lipnja 2016., Affum (C-47/15, EU:C:2016:408), u pogledu tumačenja članka 2. stavka 2. točke (a) Direktive 2008/115. Tom se odredbom pojašnjava da se dotični državljani trećih zemalja mogu uhititi ili zadržati „zbog nezakonitog prelaska” vanjske granice. Prema mišljenju Suda, taj tekst podrazumijeva izravnu vremensku i prostornu vezu s prelaskom granice, što se odnosi na državljane trećih zemalja koje su nadležne vlasti uhitile ili zadržale u trenutku nezakonitog prelaska vanjske granice ili nakon tog prelaska u blizini te granice.

85. To vrlo jasno proizlazi iz teksta točke 63.1.1. Opće upravne odredbe o AufenthG-u, u kojoj se navodi da se „[o]bvezom kontrole [predviđenom člankom 63. AufenthG-a] nastoji osigurati da stranac ispunjava uvjete predviđene u članku 13. stavku 1. [AufenthG-a] za *prelazak granice*” [31]. Osim toga, Savezna Republika Njemačka na raspravi je u potpunosti priznala da se te kontrole provode zbog prelaska granice. Stoga je jedini cilj tih kontrola zajamčiti da se osobama u autobusu, koje namjeravaju prijeći granicu države članice odredišta, stvarno može odobriti ulazak na njezino državno područje. K tomu, njihov je učinak spriječiti putnike da uđu na državno područje te države ako ne raspolažu potrebnim putnim ispravama jednako kao kontrole koje službenici graničnog nadzora provode prilikom prelaska unutarnjih granica. Odbijanje prijevoza stranca s nezakonitim boravkom ovdje je slično udaljenju ili vraćanju („refoulement”).

86. Zapravo, mehanizam koji se ispituje ima za učinak da prekida izravnu prostornu i vremensku vezu s prelaskom granice, čime se ponovno uvode teritorijalne granice te se uspostavlja ono što komentatori nazivaju „kontrola na daljinu” ili „delokalizirana” kontrola [32]. Udaljenje ili vraćanje ne provodi se na granicama, nego prije njihova prelaska.

87. K tomu, od trenutka kada se prijevoznicima zakonom zabranjuje da na državno područje prevoze državljane trećih zemalja s putnim ispravama potrebnim za zakonit ulazak te im se zaprijeti novčanom kaznom ako povrijede tu zabranu, možemo smatrati da je riječ o obvezi sustavne kontrole čije je poštovanje bezuvjetno i čija povreda dovodi do izricanja novčane kazne. Uostalom, iz teksta točke 63.2.0. Opće upravne odredbe o AufenthG-u jasno proizlazi da su te kontrole osmišljene i da se moraju izvršavati „u svim slučajevima”.

88. Činjenica da te kontrole provode zaposlenici prijevoznika, prema mojem mišljenju, nije dovoljna da ih se isključi iz područja primjene članka 20. Zakonika o schengenskim granicama. Da je to slučaj, bilo bi jednostavno zaobići navedene zabrane.

89. S jedne strane, to ovlaštenje, osim što narušava učinkovitost provedenih kontrola, ne mijenja ni predmet ni ključna obilježja tih kontrola.

90. S druge strane, s obzirom na doseg obveza koje imaju i rizik od kazni koje snose, prijevoznici danas imaju ulogu službenika graničnog nadzora ili granične policije koja se ne može osporiti [33] i u pogledu koje još uvijek postoje načelna pitanja o kojima redovito raspravljaju pravni teoretičari.

91. Davanje odgovornosti prijevoznicima i njihovo sankcioniranje instrumenti su migracijske politike koji nisu novi [34].

92. Člankom 26. CISA-e, koji je dopunjen Direktivom 2001/51, prijevoznicima koji državljane trećih zemalja prevoze zračnim, morskim ili kopnenim putem preko vanjskih granica schengenskog područja propisuju se obveze kontrole i povratka, čijom povredom ti prijevoznici podliježu sankcijama.

31 Moje isticanje

32 Vidjeti u tom pogledu Lantero, C., „La politique de sanction des transporteurs”, *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017., str. 265. do 281., u kojem se spominju „mehanizmi za sprječavanje ulaska” (str. 265.), Cuttitta, P., „Le monde frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé”, *Cultures et conflits*, OpenEdition, Marseille, 2007., br. 68, str. 61. do 84., u kojem se pak navodi da „granice postaju fleksibilnije putem delokalizacije kontrola” (str. 69.), Guiraudon, V., „Logiques et pratiques de l'État délégateur: les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance, parties 1 et 2”, *Cultures et conflits*, OpenEdition, Marseille, 2002., br. 45, str. 51. do 79. i Rossetto, J., „Le contrôle de l'immigration”, *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013., str. 111. do 129., osobito str. 121.

33 Vidjeti Cruz, A., *Nouveaux contrôleurs d'immigration: transporteurs menacés de sanctions*, L'Harmattan, Pariz, 1995.

34 Vidjeti u tom pogledu, osim već navedenih djela i članaka, Carlier, J.-Y., „Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales? À propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination”, *Liber amicorum Jacques Putzeys, études de droit des transports*, Bruylant, Bruxelles, 1996., str. 15. do 35., Dumas, P., *L'accès des ressortissants de pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne*, doktorska disertacija u području javnog prava obranjena 2010., Bruylant, Bruxelles, 2013., str. 220. i slj. i Le Bourhis, K., *Les transporteurs et le contrôle des flux migratoires*, L'Harmattan, Pariz, 2001., str. 61.

93. Direktivom 2004/82/EZ[35] obvezama tih prijevoznika dodaje se obveza da na zahtjev tijela odgovornih za kontrolu osoba na vanjskim granicama dostave podatke o putnicima čijom povredom prijevoznici jednako tako podliježu sankcijama. U skladu s člankom 1. te direktive, ovdje je riječ o poboljšanju kontrola na granici i sprječavanju ilegalne imigracije tako da prijevoznici unaprijed prenesu podatke o putnicima nadležnim nacionalnim tijelima. Tom je direktivom dopunjena Direktiva 2001/51 u dijelu u kojem nastoji postići iste ciljeve na drukčiji način.

94. Nedavno su prijevoznicima propisane dodatne obveze.

95. Članak 13. stavak 3. Uredbe (EU) 2017/2226[36] dopunjuje obveze kontrole iz članka 26. stavka 1. točke (b) CISA-e. U okviru te kontrole prijevoznici su sada dužni putem mrežne usluge uspostavljene u okviru integriranog upravljanja vanjskim granicama, priopćiti prezime, ime, datum rođenja, državljanstvo i spol državljana trećih zemalja koji su nositelji vize za kratkotrajni boravak, ali i vrstu, broj i datum isteka putne isprave te troslovnu oznaku zemlje koja je izdala ispravu kako bi provjerili jesu li ti državljani već iskoristili broj ulazaka dopuštenih njihovom vizom[37]. Osim prikaza lica, ovdje je riječ o podacima na temelju kojih granična tijela otvaraju osobni dosje dotičnih državljana.

96. K tomu, na nacionalnoj razini određene su države članice, kao što je Francuska Republika, zahtijevale da prijevoznici provjeravaju vjerodostojnost i valjanost putnih isprava, što je moralo uključivati procjenu nezakonitosti kao što su lažno predstavljanje, krivotvorenje ili istek roka važenja[38]. Uostalom, određene države članice, kao što je Kraljevina Španjolska, izričito su predvidjele obvezu prijevoznika da svoje zaposlenike obuče za prepoznavanje krivotvorenih dokumenata, čime se postavlja pitanje o ulozi tih prijevoznika kada provode provjere[39].

97. Prema mišljenju Conseil constitutionnel (Ustavno vijeće, Francuska), odredbe o sankcioniranju prijevoznika „ne [mogu se] shvatiti kao da prijevozniku daju policijske ovlasti i položaj javne vlasti" jer kada provjerava zakonitost putnih isprava putnika, prijevoznik mora samo „razmotriti situaciju dotične osobe bez ikakve pretrage"[40]. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, na prijevoznike se ne prenose ni ovlasti javne vlasti. Provjera putnih isprava putnika dio je prijevoznog procesa koji se odvija u okviru ugovora o prijevozu koji je obuhvaćen privatnim pravom. Zakonodavac je usto prijevozniku prepustio izbor načina i sredstava koje će primijeniti kako bi ispunio svoje obveze.

98. Ipak, prijevoznici ovdje moraju provoditi ocjene i donositi mjere koje su, po samoj svojoj naravi, u nadležnosti graničnih ili policijskih tijela, i to unatoč tomu što nisu te struke niti nužno raspolažu sredstvima[41].

35 Direktiva od 29. travnja 2004. o obvezi prijevoznika na dostavljanje podataka o putnicima (SL 2004., L 261, str. 24.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 8., str. 77.)

36 Uredba Europskog parlamenta i Vijeća od 30. studenoga 2017. o uspostavi sustava ulaska/izlaska (EES) za registraciju podataka o ulasku i izlasku te podataka o odbijanju ulaska za državljane trećih zemalja koji prelaze vanjske granice država članica i određivanju uvjeta za pristup EES-u za potrebe izvršavanja zakonodavstva te o izmjeni Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma i uredbi (EZ) br. 767/2008 i (EU) br. 1077/2011 (SL 2017., L 327, str. 20.)

37 Na temelju toga prijevoznici putem mrežne usluge dobivaju odgovor OK/NOT OK. Prijevoznici mogu pohraniti poslane informacije i odgovor te moraju uspostaviti program autentifikacije kako bi osigurali da samo ovlašteno osoblje ima pristup mrežnoj usluzi.

38 Ministarstvo unutarnjih poslova, „Rapport au Parlement: responsabilité des transporteurs. L'application de la loi n° 92-190 du 26 février 1992 du 1er mars 1993 au 31 décembre 1995", Direction des Libertés publiques et de l'action judiciaire, Pariz, 1996.

39 Garcia Coso, E., „Spain – Report on the transposition of the Directive supplementing Article 26 of the Schengen Convention", *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruylant, Bruxelles, 2005., str. 481. do 485., osobito str. 484.

40 Vidjeti décision n° 92-307 du Conseil constitutionnel (France), du 25 février 1992, sur la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France (Odluka br. 92-307 Conseil constitutionnel (Ustavno vijeće, Francuska) od 25. veljače 1992. o Zakonu o izmjeni izmijenjenog Rješenja br. 45-2658 od 2. studenoga 1945. o uvjetima ulaska i boravka stranaca u Francuskoj) (uvodna izjava 32.).

41 Vidjeti u tom pogledu Lochak, D., „Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers)", *Journal du droit international (Clunet)*, LexisNexis, Pariz, srpanj 1992., str. 669. do 692., osobito str. 690. i Dumas, P., *op. cit.*, osobito str. 224.

99. Time se narušava učinkovitost tog mehanizma. Naime, prijevoznici mogu samo odbiti osobama s nezakonitim boravkom, koje ostaju na državnom području države članice polazišta, da uđu u autobus a da pritom ne mogu, u skladu s člankom 13. Zakonika o schengenskim granicama [42], donijeti „odluku o zabrani ulaska" na državno područje s jamstvima koja ona sadržava ni primijeniti dodatne odredbe o pravu na azil i međunarodnu zaštitu.

100. Država članica uvođenjem takve obveze kontrole zapravo se koristi zakonodavstvom koje je prvotno bilo namijenjeno kontrolama na vanjskim granicama, prikriveno i očito manje učinkovito ponovno uvodi granice ondje gdje su one načelno ukinute i zaobilazi načelnu zabranu iz članaka 1. i 20. Zakonika o schengenskim granicama. Država članica tako od privatnih prijevoznika zahtijeva da provode kontrole koje nadležna nacionalna tijela više nisu ovlaštena provoditi na unutarnjim granicama, u skladu s tim odredbama, te više nisu ni ovlaštena provoditi na državnom području druge države članice.

101. S obzirom na te elemente i kako se ne bi ugrozila provedba cilja ukidanja kontrola na unutarnjim granicama koji je naveden u članku 3. stavku 2. UEU-a, članku 26. stavku 2. i članku 67. stavku 2. UFEU-a te predviđen u člancima 1. i 20. Zakonika o schengenskim granicama, čini mi se da je ključno da se kontrole provedene u skladu s člankom 63. AufenthG-a izjednače s „graničnim kontrolama" u smislu članka 20. Zakonika o schengenskim granicama.

102. Uzimajući u obzir te elemente, smatram da se kontrole koje moraju provoditi autobusni prijevoznici koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice i u okviru kojih su dužni provjeriti, prije prelaska unutarnje granice, da putnici posjeduju putne isprave potrebne za ulazak na državno područje mogu izjednačiti s „graničnim kontrolama" koje su zabranjene u skladu s člankom 20. Zakonika o schengenskim granicama [43].

103. Budući da smatram da su predmetne obveze kontrole protivne pravu Unije, sankcije izrečene na temelju povrede tih obveza, koje su, s obzirom na njihovu svrhu (odvraćanje i kažnjavanje), novčane kazne, ne mogu se opravdati.

104. S obzirom na sva ta razmatranja, smatram da se članku 67. stavku 2. UFEU-a i članku 20. Zakonika o schengenskim granicama protivi nacionalno zakonodavstvo, kao što je ono u glavnom postupku, kojim se od prijevoznika zahtijeva da prije prelaska granice provjere da putnici posjeduju putovnicu i boravišnu dozvolu potrebne za zakonit ulazak na državno područje te se tim prijevoznicima prijeti novčanom kaznom u slučaju povrede te obveze, kada se to zakonodavstvo primjenjuje na autobusne prijevoznike koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice.

105. U pogledu tog zaključka treba iznijeti dvije napomene.

106. Kao prvo, to tumačenje pravila iz Zakonika o schengenskim granicama ipak ne znači da su državama članicama uskraćena sredstva kojima mogu legitimno suzbijati nezakonito useljavanje na svojem državnom području.

42 Ako ga ovdje po analogiji primijenim na unutarnje granice.

43 S obzirom na tumačenje koje predlažem Sudu, neću odgovoriti na potpitanja koja je sud koji je uputio zahtjev postavio u pogledu tumačenja članka 21. točaka (a) i (b) Zakonika o schengenskim granicama.

107. Naime, na prvom mjestu, u okolnostima kao što su one u ovom slučaju u kojima, kao što je Savezna Republika Njemačka iznijela u svojim pisanim i usmenim očitovanjima, nadležna nacionalna tijela raspolažu preciznim elementima koji im omogućuju da utvrde cestovne linije koje su najizloženije opasnosti od nezakonitog useljavanja, ništa se ne protivi tomu da država članica polazišta i država članica odredišta upotrebljavaju postojeće instrumente operativne suradnje kako bi zajedno suzbile to nezakonito useljavanje izvršavanjem svojih policijskih ovlasti na vlastitom državnom području i osobito na autobusnim stanicama i u njihovoj okolici.

108. Operativna suradnja temelji se, u skladu sa zaključcima Europskog vijeća iz Tamperea od 15. i 16. listopada 1999. o solidarnosti među državama članicama i podjeli odgovornosti. Riječ je o obvezi propisanoj u članku 16. Zakonika o schengenskim granicama prema kojoj su države članice dužne razmjenjivati sve relevantne informacije, uzajamno se pomagati te blisko surađivati s ciljem učinkovite provedbe nadzora na vanjskim granicama. U okolnostima kao što su one u ovom slučaju u kojima države članice ističu nedostatke nadzora na vanjskim granicama, prema mojem mišljenju, ništa se ne protivi tomu da te instrumente upotrebljavaju kako bi zajedno koordinirale mjere suzbijanja nezakonitog useljavanja na samom schengenskom području.

109. Tako bi se mogla osigurati učinkovitija kontrola od one koja je uspostavljena u okviru predmetnog zakonodavstva, koja je, osim toga, itekako u nadležnosti koja je člankom 21. točkom (a) Zakonika o schengenskim granicama namijenjena samo državama članicama.

110. Podsjećam da se tom odredbom državama članicama omogućuje da provode provjere identiteta i dozvola na svojem državnom području i pograničnim područjima kako bi spriječile ili onemogućile nezakonit ulazak na državno područje ili kako bi spriječile počinjenje povreda pod uvjetom da te kontrole u praksi nemaju učinak istovjetan graničnoj kontroli.

111. Stoga, kao što sam već naveo, u presudi od 21. lipnja 2017., A [44], Sud je odlučivao o mjerama kontrole koje je u tu svrhu predvidjela Savezna Republika Njemačka u Zakonu o saveznoj policiji, pri čemu je dotična osoba podvrgnuta provjeri identiteta u ophodnji njemačke savezne policije dok je pješice prelazila Europski most iz smjera Strasbourga prema Kehlu i uputila se na željeznički kolodvor udaljen oko 500 metara.

112. Također podsjećam da su države članice danas ovlaštene pojačati policijski nadzor na svojem cijelom državnom području. Naime, Komisija nije uzela u obzir samo pritiske koje masovni priljev migranata s nezakonitim boravkom i rastući broj terorističkih napada imaju na javni poredak i unutarnju sigurnost država članica, nego i nedostatke koji narušavaju učinkovitost strukture schengenskog područja.

113. Stoga je Komisija u svojoj Preporuci od 12. svibnja 2017. [45] istaknula način na koji države članice trebaju izvršavati policijske ovlasti na cijelom državnom području te u pograničnim područjima. Budući da je smatrala da se „[p]ravilno funkcioniranje tog područja temelji […] ne samo na jedinstvenoj primjeni pravne stečevine Unije nego i na primjeni nacionalnih nadležnosti u pogledu očuvanja javnog poretka i zaštite unutarnje sigurnosti u skladu s ciljevima schengenske pravne stečevine” [46], Komisija je ustrajala na činjenici da se može smatrati potrebnim i opravdanim pojačati policijske kontrole na cijelom državnom području država članica jer su te kontrole učinkovitije od nadzora unutarnjih granica te su prilagođenije sve većim rizicima [47].

44 C-9/16, EU:C:2017:483

45 Preporuka navedena u bilješci 28. ovog mišljenja

46 Vidjeti uvodnu izjavu 1. te preporuke.

47 Vidjeti uvodnu izjavu 6. navedene preporuke.

114. Na drugom mjestu, ako nadležna nacionalna tijela, nadalje, utvrde da su određeni autobusni prijevoznici povrijedili svoju dužnost kontrole u svrhu sudjelovanja u krijumčarenju migranata, tada im mogu izreći novčanu kaznu na temelju pravila predviđenih Direktivom 2002/90 i Okvirnom odlukom 2002/946, pri čemu je pomaganje neovlaštenog ulaska kazneno djelo čije ću sastavne elemente iznijeti u nastavku. Uostalom, Savezna Republika Njemačka prenijela je te odredbe u okviru članaka 95. do 97. AufenthG-a.

115. Na trećem mjestu, ako nacionalna tijela smatraju da postoji ozbiljna prijetnja za javni poredak ili unutarnju sigurnost, ta tijela mogu, u skladu s člankom 23. stavkom 1. Zakonika o schengenskim granicama, privremeno ponovno uvesti nadzor državne granice na unutarnjim granicama [48]. Zanimljivo je istaknuti da, s obzirom na porast sekundarnih kretanja migranata s nezakonitim boravkom i povećanje prekograničnih terorističkih prijetnji, Komisija predlaže preinaku postojećeg okvira radi boljeg suočavanja s tim događajima [49].

116. Kao drugo, to tumačenje pravila iz Zakonika o schengenskim granicama mora upućivati države članice na njihove odgovornosti kako bi se provele sve mjere za pojačanje kontrola i upravljanje vanjskim granicama [50]. Ističem da su, u skladu s člankom 14. Zakonika o schengenskim granicama [51], države članice dužne rasporediti dovoljan broj odgovarajućeg osoblja i sredstava za provođenje nadzora državne granice na vanjskim granicama kako bi osigurale učinkovit, visok i jedinstven stupanj nadzora na njihovim vanjskim granicama.

B. Tumačenje odredbi prava Unije čiji je cilj suzbijanje nezakonitog useljavanja

117. Sada valja ispitati može li se, kao što u svojim očitovanjima čvrsto tvrdi Savezna Republika Njemačka, smatrati da su te kontrole propisane odredbama međunarodnog i europskog prava koje su donesene radi suzbijanja nezakonitog useljavanja.

1. Sprječavanje pomaganja neovlaštenog ulaska na temelju Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946

118. Kao prvo, Savezna Republika Njemačka u svojim očitavanjima tvrdi da je predmetno zakonodavstvo doneseno „primjenom i u skladu s” [52] odredbama Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946 kojima se sprječava pomaganje neovlaštenog ulaska na državno područje države članice.

119. S jedne strane, „u skladu s” znači da je zakonodavstvo kao što je ono u ovom slučaju važna mjera suzbijanja nezakonitog useljavanja na schengenskom području te omogućuje prijevoznicima da ih se ne kazni zbog pomaganja neovlaštenog ulaska.

48 U Prijedlogu uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o izmjeni Uredbe (EU) 2016/399 u pogledu pravila koja se primjenjuju na privremeno ponovno uvođenje nadzora državne granice na unutarnjim granicama [COM(2017) 571 *final*], Komisija u točki 1. podsjeća da je, zbog migracijske krize i terorističkih napada, nadzor državne granice na unutarnjim granicama, čije je načelo postavljeno te su pravila utvrđena u Zakoniku o schengenskim granicama, ponovno uveden i produljen oko 50 puta od rujna 2015., što je prouzročeno ozbiljnom prijetnjom javnom poretku ili unutarnjoj sigurnosti (članak 25. tog zakonika) ili izvanrednim okolnostima zbog kojih je ugroženo sveukupno funkcioniranje schengenskog područja (članak 26. navedenog zakonika).

49 Vidjeti Prijedlog naveden u prethodnoj bilješki.

50 Među tim mjerama, koje Komisija navodi u svojoj Komunikaciji Europskom parlamentu i Vijeću o očuvanju i jačanju schengenskog područja [COM(2017) 570 *final*], navodi se, među ostalim, novi propis o europskoj graničnoj i obalnoj straži (Frontex), uvođenje žarišnih područja i uspostavljanje, kao odgovor na teroristička prijetnje, sustavnih provjera u relevantnim bazama podataka na vanjskim granicama za sve putnike, uključujući građane Unije (str. 5. do 7.).

51 Isti tekst te odredbe preuzet je u članku 15. Uredbe 2016/399, kojim je zamijenjen Zakonik o schengenskim granicama koji je primjenjiv na glavni postupak.

52 Na jeziku postupka: „in Übereinstimmung und in Umsetzung”

120. S druge strane, „primjenom" znači da se Direktivom 2002/90 i Okvirnom odlukom 2002/946 države članice ovlašćuju i obvezuju na izricanje sankcija svakoj osobi koja pomaže neovlašteni ulazak preko unutarnjih granica, uključujući kaznenopravne sankcije za odgovorne pojedince i upravne sankcije za pravne osobe.

121. Međutim, Savezna Republika Njemačka tvrdi da svaki prijevoznik koji je preuzeo odgovornost za stranca bez potrebnih putnih isprava i koji ga preveze na državno područje države članice i pritom krši zakone te države nužno dotičnoj osobi pomaže da nezakonito uđe u smislu članka 1. stavka 1. točke (a) Direktive 2002/90. Treba smatrati da je takav poduzetnik, kojeg su nadležna tijela obavijestila da su njegove usluge već korištene u svrhu neovlaštenih ulazaka i koji je stoga posve svjestan svojih nezakonitih radnji, ali ipak ne provodi potrebne kontrole, iako su one provedive i prihvatljive, pristao, barem djelomično, omogućiti nove neovlaštene ulaske i djelovao s neizravnom namjerom (*dolus eventualis*).

122. Ne slažem se s mišljenjem koje je Savezna Republika Njemačka izrazila u svojim očitovanjima.

123. Na prvom mjestu, Savezna Republika Njemačka nije priopćila da je povreda koja se odnosi na pomaganje neovlaštenog ulaska, koja je definirana i sankcionirana člankom 1. Direktive 2002/90 prenesena u njemački pravni poredak člancima 95. do 97. AufenthG-a koji se odnose na pomaganje nezakonitog ulaska [53].

124. Na drugom mjestu, ako predmetno zakonodavstvo stvarno pridonosi suzbijanju nezakonitog useljavanja, s obzirom na to da je njegov cilj propisati prijevoznicima obvezu kontrole osoba radi sprječavanja neovlaštenog ulaska na državno područje, to ipak nije dovoljno kako bi se smatralo da je doneseno „primjenom u skladu s" odredbama Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946.

125. Naime, time se povrjeđuje cilj i područje primjene Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946.

126. Također se zanemaruje kaznena narav odredbi donesenih u okviru tog paketa mjera, kojim se, u skladu s načelom zakonitosti kaznenih djela i kazni, zahtijeva strogo tumačenje materijalnih i intelektualnih elemenata koji su sastavni dio te povrede.

127. Direktiva 2002/90 i Okvirna odluka 2002/946 zajedno čine neodvojive mjere namijenjene nadopunjavanju instrumenata za borbu protiv ilegalne imigracije [54]. Budući da se te mjere smatraju „nizom mjera protiv krijumčara" [55], one se odnose na kanale nezakonitog useljavanja i, osobito, prijevoza ilegalnih imigranata.

128. To jasno proizlazi iz uvodne izjave 2. Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946, u kojoj zakonodavac Unije pod tim mjerama podrazumijeva „poduz[imanje] mjer[a] za borbu protiv pomaganja ilegalne imigracije, kako u vezi s neovlaštenim prelaskom granice u najužem smislu, *tako i u vezi s održavanjem mreža koje izrabljuju ljude*" [56]. U stvarnosti, u toj se uvodnoj izjavi jasno i nedvosmisleno odražava razlog uvođenja tog paketa mjera, koji je donesen nakon tragičnog pronalaska 2000. u Doveru (Velika Britanija) beživotnih tijela 58 Kineza, potencijalnih nezakonitih useljenika, u zatvorenom kontejneru kamiona registriranog u Nizozemskoj, pri čemu su države članice zadužile Francusku Republiku, koja je tada predsjedala Unijom, da predloži mjere za suzbijanje tih zločina i brzog razvoja kanala nezakonitog useljavanja u Uniji.

53 Te je odredbe Sud ispitao u okviru presude od 10. travnja 2012., Vo (C-83/12 PPU, EU:C:2012:202).

54 Vidjeti njihovu uvodnu izjavu 5.

55 Vidjeti Obavijest Europskog parlamenta naslovljenu „Suzbijanje krijumčarenja migranata u Europsku uniju, glavni instrumenti", travanj 2016., dostupna na sljedećoj internetskoj adresi: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581391/EPRS_BRI%282016 %29581391_FR.pdf (str. 2., 6. i 14.).

56 Moje isticanje

129. U svrhu izbjegavanja da zločinačke mreže profitiraju od nedostatka kriminalizacije i sankcioniranja u određenim državama članicama kako bi razvile svoje aktivnosti i odabrale svoj put ulaska kroz *forum shopping*[57], tim se paketom mjera nastoje uskladiti nacionalna zakonodavstva utvrđivanjem, s jedne strane, u Direktivi 2002/90, zajedničke definicije povrede koja se odnosi na pomaganje neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka te, s druge strane, u Okvirnoj odluci 2002/946, minimalnih pravila u pogledu naravi sankcija koje se mogu izreći, kao i primjenjivih pravila u pogledu odgovornosti pravnih osoba i pravila u pogledu sudske nadležnosti između država članica[58].

130. U pogledu njegovih materijalnih i intelektualnih elemenata, pomaganje neovlaštenog ulaska je u članku 1. stavku 1. točki (a) Direktive 2002/90 definirano na sljedeći način:

„Svaka država članica donosi odgovarajuće sankcije za:

(a) svaku osobu koja namjerno pomaže osobi koja nije državljanin države članice da uđe […] na državno područj[e] države članice i pritom krši zakone te države o ulasku i tranzitu stranaca”[59].

131. Povreda koja se odnosi na pomaganje neovlaštenog ulaska uvedena je u pravo Unije kao „[o]opća povreda”, kao što to proizlazi iz naslova članka 1. Direktive 2002/90, ali i iz općenitih riječi koje upotrebljava zakonodavac Unije. Područje primjene te povrede stoga je osobito široko te je objašnjeno zahtjevom suzbijanja kanala nezakonitog useljavanja. Pojam „pomaganje”, koji je ipak jedan od sastavnih elemenata povrede, ovdje nije strogo definiran, zbog čega može obuhvaćati različite oblike pomaganja nezakonitog useljavanja i stoga *modus operandi* krijumčara, od prijevoza *stricto sensu* do upravljanja tim prijevozom, izrade ili dostave krivotvorenih dokumenata, organizacije fiktivnih brakova ili bilo kojeg drugog sredstva namijenjenog pomaganju ulasku, tranzitu ili boravku[60].

132. K tomu, sankcioniranjem pomaganja od strane „svake osobe” zakonodavac Unije uzeo je u obzir broj i raznolikost profila osoba koje mogu biti uključene, zbog financijske ili nefinancijske koristi[61], čime je obuhvatio sve članove krijumčarske mreže, kao što su, krijumčari, vođe, regruti ili pak vozači ili skiperi, glasnici, stražari, krivotvoritelji putovnica, opskrbljivači sredstvima (vlasnici brodova, vozila, autobusa) te korumpirani službenici i pružatelji usluga[62].

133. Nadalje, povreda postoji neovisno o tome obuhvaća li pomaganje nezakonitog useljavanja neovlašteni prelazak unutarnje ili vanjske granice schengenskog područja. Naime, zakonodavac Unije propisuje kažnjavanje za pomaganje nezakonitom useljavanju kad se ono odnosi na ulazak na „državno područje države članice”, dok prethodno u uvodnoj izjavi 2. Direktive 2002/90 navodi da treba poduzeti mjere za borbu protiv tog useljavanja u vezi s neovlaštenim prelaskom granice „u najstrožem smislu”.

134. Naposljetku, ne čini mi se da pojam „novčana kazna” kojim je definirana mjera koja je stvarno primijenjena na prijevoznika odgovara njezinoj pravnoj stvarnosti.

57 Tržište krijumčarenja iznimno je fleksibilno jer sudionici prilagođavaju svoje strategije prema jačanju nacionalnih zakonodavstava i graničnih kontrola.

58 Vidjeti uvodnu izjavu 3. te direktive i te okvirne odluke.

59 Na temelju članka 3. te direktive, ta povreda mora se kazniti sankcijama koje su učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće od počinjenja kaznenog djela, i čija su narav i iznos utvrđeni u članku 1. Okvirne odluke 2002/946.

60 „Krijumčarenje migranata složen je problem te je *modus operandi* krijumčara vrlo često prilagodljiv i promjenjiv. Stoga je važno tom fenomenu pristupiti globalno”, Obavijest Europskog parlamenta , koja se citira u bilješci 55. ovoga mišljenja (str. 14.).

61 Sankcioniranjem povrede definirane u članku 1. stavku 1. točki (b) Direktive 2002/90, kao i u njezinu predniku članku 27. CISA-e, nastoji se spriječiti krijumčarske mreže koje od toga imaju financijsku korist.

62 Europska migracijska mreža istaknula je da se ti sudionici nalaze u trećim zemljama, kao i u državama članicama Unije, gdje pomažu sekundarna kretanja. U Uniji su pomagači najčešće državljani zemlje tranzita ili odredišta; vidjeti „Étude sur le trafic illicite de migrants, caractéristiques, réponses et coopération avec les pays tiers, synthèse générale, septembre 2015” (Studija o krijumčarenju migranata, obilježjima, odgovorima i suradnji s trećim zemljama, opći sažetak, rujan 2015.), dostupnu na sljedećoj internetskoj adresi: https://emnbelgium.be/sites/default/files/publications/study_on_smuggling_of_migrants_executive_summary_french_091115_pdf.pdf (t. 1.3.2.).

135. Kao što je to izričito navedeno na raspravi, sankcija iz članka 63. stavka 3. AufenthG-a novčana je kazna nezanemarivog iznosa (od najmanje 1000 eura i najviše 5000 eura) koja se prijevozniku izriče za svakog putnika koji povrjeđuje odredbe kojima se uređuju uvjeti ulaska stranaca na njemačko državno područje. Cilj tog zakonodavstva, koji je također jasno izražen, jest odvratiti prijevoznika od neprovođenja potrebne kontrole i sankcionirati ga svaki puta kada se utvrdi da kontrola nije provedena.

136. Svrha te sankcije, odnosno istodobno sprječavanje i sankcioniranje, upravo je svrha kazne kojom se sankcionira povreda. Stoga se postavlja nezaobilazno pitanje namjere zbog načela zakonitosti kaznenih djela i kazni, kojim se određuje da se zakonom definiraju svi sastavni elementi povrede i, osobito, njezini materijalni i psihološki elementi.

137. Međutim, uvjeren sam da je zakonodavac člankom 1. stavkom 1. točkom (a) Direktive 2002/90 želio kazniti ne samo osobu koja poduzima rizik pomaganjem osobi s nezakonitim boravkom da uđe na državno područje (neizravna namjera), nego i osobu koja ima kriminalnu namjeru počiniti djelo koje je izričito zabranjeno zakonom (izravna namjera).

138. U svojem očitovanju Savezna Republika Njemačka upravo upućuje na oblik namjere koju naziva „*dolus eventualis*" te ga definira kao „djelomično hotimičnu namjeru". Taj oblik namjere odnosi se na osobu koja nije htjela počiniti povredu u cijelosti. U ovom slučaju dotična osoba nije imala dokazanu kriminalnu namjeru počiniti tešku povredu koja obuhvaća suradnju s krijumčarskom mrežom, nego je djelovala nepromišljeno, nesmotreno ili nemarno. Točno je da zakonodavac Unije može propisati kažnjavanje za nemar u pogledu zakonodavstva, ali to mora u tekstu kojim se propisuje kažnjavanje biti i jasno izraženo i definirano te sankcionirano na način da to nije neproporcionalno.

139. Treba utvrditi da ta definicija pojma „*dolus eventualis*" i represivni sustav koji je njegova posljedica nisu u skladu s tekstom članka 1. Direktive 2002/90 koji je pravni temelj represivnog sustava te čiji su tekst, cilj i struktura nedvosmisleni.

140. U verziji na francuskom jeziku zakonodavac Unije zahtijeva da fizička ili pravna osoba djeluje „sciemment" („namjerno"), u verziji na njemačkom jeziku upotrebljava se pojam „vorsätzlich", na engleskom jeziku „intentionally", na talijanskom jeziku, „intenzionalmente", na nizozemskom jeziku „opzettelijk", na rumunjskom jeziku „în mod conștient" i, naposljetku, na slovačkom jeziku „úmyselne".

141. Te pojmove treba autonomno i ujednačeno tumačiti u cijeloj Uniji te njihov smisao ovdje treba prije svega shvatiti s obzirom na načelo autonomije kaznenog prava i njegovih općih načela.

142. Međutim, pojam „namjerno", koji je jednako preveden u drugim jezičnim verzijama direktive pojmovima „hotimično", „svjesno" ili pak „svojevoljno", sam po sebi isključuje pojam „neizravna namjera". Treba utvrditi da osoba koja „namjerno" ili „hotimično" pomaže državljaninu treće zemlje da neovlašteno uđe na državno područje nema istu kriminalnu namjeru kao i osoba koja taj rizik preuzima samo nemarom.

143. K tomu, struktura u koju ulazi članak 1. Direktive 2002/90 prilično očito upućuje na to da se zakonodavac Unije želi suprotstaviti osobama koje promišljeno i namjerno provode zabranjeno djelo. Naime, ovdje se u kaznenopravnom smislu ne kažnjavaju samo počinitelji povrede, nego i, u skladu s člankom 2. te direktive, osobe koji su je pokušale počiniti, poticatelje ili suučesnike. U pogledu primjenjivih kazni, utvrđenih u članku 1. Okvirne odluke 2002/946, one moraju biti odvraćajuće. Međutim, odvratiti je moguće samo osobe koje imaju namjeru počiniti ili ponoviti djelo koje je kažnjivo zakonom. Nadalje, ozbiljnost sankcija, koje mogu dovesti do mjere „izručenja" ili do kazni oduzimanja slobode, isključuje, prema mojem mišljenju, da se te sankcije izriču osobama koje preuzimaju samo rizik za počinjenje povrede.

144. Naposljetku, cilj koji jasno proizlazi iz Direktive 2002/90 jest upravo borba protiv osoba koje su dio krijumčarskih mreža i ostvaruju korist od nezakonitog useljavanja.

145. S obzirom na ta razmatranja, ne slažem se stoga sa stajalištem Savezne Republike Njemačke, prema kojem svaki autobusni prijevoznik koji obavlja linijski promet preko unutarnje schengenske granice i koji dopusti ulazak u autobus strancima bez potrebnih putnih isprava nužno pomaže njihov neovlašteni ulazak u smislu članka 1. stavka 1. točke (a) Direktive 2002/90. Stoga se proširenjem značenja pojma „neizravna namjera" ne može osobe koje su djelovale „djelomično namjerno" izjednačiti sa suučesnicima ili supočiniteljima.

146. Iako pomaganje nezakonitog useljavanja stvarno obuhvaća prijevozne djelatnosti i može uključivati pružatelje usluga kao što su prijevoznici koji svoje djelatnosti obavljaju na području Unije, ipak treba dokazati da su ispunjeni materijalni i intelektualni elementi povrede. To je u nadležnosti nacionalnog suda koji stoga u svakom slučaju zasebno mora ocijeniti je li prijevoznik, time što je prevezao stranca na državno područje, namjerno sudjelovao u kriminalnoj djelatnosti kako bi osobe s nezakonitim boravkom ušle na državno područje, pri čemu je tim osobama pomogao u sekundarnim kretanjima na schengenskom području.

147. S obzirom na te elemente, smatram da, ako nadležna nacionalna tijela utvrde da autobusni prijevoznik koji obavlja linijski promet preko unutarnje schengenske granice u okviru svoje djelatnosti državljanima trećih zemalja namjerno pomaže da nezakonito uđu na državno područje države članice odredišta i smatraju da su, u smislu članka 1. stavka 1. točke (a) Direktive 2002/90, ispunjeni materijalni i intelektualni elementi povrede koja se odnosi na pomaganje neovlaštenog ulaska, na njima je da poduzmu potrebne mjere kako bi osigurala da ta povreda bude kažnjiva učinkovitom, razmjernom i odvraćajućom kaznenom sankcijom u skladu s načelima iz Okvirne odluke 2002/946.

2. Sprječavanje krijumčarenja migranata na temelju Dopunskog protokola Ujedinjenih naroda

148. Kao drugo, Savezna Republika Njemačka tvrdi da je predmetno nacionalno zakonodavstvo u skladu s odredbama koje su predviđene u okviru Dopunskog protokola Ujedinjenih naroda koji je obvezujući za Uniju i države članice.

149. Točno je da, u skladu s člankom 11. tog protokola, države koje su ugovorne strane moraju pojačati granične kontrole potrebne za sprječavanje i otkrivanje krijumčarenja migranata i, u tom okviru, moraju donijeti odgovarajuće mjere na granicama kako bi se spriječilo da se prijevozna sredstva komercijalnih prijevoznika koriste za počinjenje tog kaznenog djela [63]. Kada je to potrebno države koje su ugovorne strane tako su osobito dužne predvidjeti obvezu komercijalnih prijevoznika, uključujući sve prijevoznike ili sve operatere bilo kakvog prijevoznog sredstva, da provjeravaju, pod prijetnjom sankcija, posjeduju li svi putnici putne isprave potrebne za ulazak u državu domaćina.

150. Ipak, treba uzeti u obzir zadršku navedenu u članku 11. stavku 1. Dopunskog protokola Ujedinjenih naroda i ponovljenu u stavku 3. te odredbe, prema kojoj se te obveze primjenjuju „[b]ez utjecaja na međunarodne obveze u svezi slobodnog kretanja ljudi" koje imaju te države.

63 Krijumčarenje migranata kazneno je djelo u smislu članka 6. stavka 1. točke (a) Dopunskog protokola Ujedinjenih naroda. U skladu s člankom 3. točkom (a) tog protokola, u okviru svojih materijalnih i intelektualnih elemenata to je kazneno djelo definirano kao namjerno osiguravanje nezakonitog ulaska u državu ugovornicu osobe koja nije državljanin te države niti u njoj trajno boravi u cilju izravnog ili neizravnog stjecanja financijske ili druge materijalne koristi.

151. Također treba uzeti u obzir izjavu koju je Unija dala pri svojem pristupanju Dopunskom protokolu Ujedinjenih naroda 6. rujna 2006., u kojoj je istaknula „da ima nadležnost [za donošenje mjera] u vezi s prelaskom vanjskih granica država članica, propisivanjem normi i postupaka za provedbu kontrole osoba na tim granicama […], [kao i] mjer[a] koje se odnose na imigracijsku politiku u vezi s uvjetima za ulazak i boravak, te mjer[a] protiv nezakonitog useljavanja i nezakonitog boravka […]”.

152. Budući da je Savezna Republika Njemačka država članica CISA-e i država članica Unije, obveze utvrđene u članku 11. stavcima 2. do 4. tog protokola može provoditi samo ako su one u skladu s relevantnim odredbama prava Unije i, osobito, s odredbama donesenima u okviru CISA-e, Direktive 2002/90 i Okvirne odluke 2002/946.

153. U tim okolnostima smatram da se Savezna Republika Njemačka u ovom slučaju ne može pozvati na tekst Dopunskog protokola Ujedinjenih naroda kako bi utvrdila zakonitost tih kontrola.

3. Obveze koje prijevoznici imaju na temelju Direktive 2001/51

154. Kao treće i posljednje, Savezna Republika Njemačka tvrdi da se tekstom Direktive 2001/51 i, osobito, njezinom uvodnom izjavom 4. državama članicama odobrava da zadrže ili uvedu kontrole kao što su one provedene na temelju članka 63. AufenthG-a.

155. Savezna Republika Njemačka ovdje pogrešno shvaća doseg te direktive i, konkretno, njezine uvodne izjave 4.

156. U skladu s njezinim naslovom, Direktiva 2001/51 odnosi se na „dopun[u] odredaba članka 26. [CISA-e]”.

157. U skladu s tim člankom 26., ugovorne stranke moraju međunarodnim prijevoznicima koji prevoze skupine autobusom kopnenim putem i koji, u okviru te usluge, dovode stranca do „*vanjske granice*” [64], propisati obvezu kontrole putnih isprava i obvezu povratka čija se povreda mora sankcionirati [65]. Te su obveze, kao što to proizlazi iz naslova poglavlja 6. čiji su dio, „[p]rateće mjere” ukidanja kontrole osoba na unutarnjim granicama čije se načelo navodi u članku 2. CISA-e.

158. U uvodnoj izjavi 4. Direktive 2001/51, na koju se oslanja Savezna Republika Njemačka, zakonodavac Unije pojašnjava da ta direktiva ne utječe na slobodu država članica da zadrže ili uvedu dodatne mjere ili sankcije „za prijevoznike, bez obzira na to jesu li spomenute u ovoj Direktivi ili nisu”. Prema mišljenju Savezne Republike Njemačke, takvom se uvodnom izjavom državama članicama dopušta da zadrže ili uvedu obveze kontrole za prijevoznike koji državljane trećih zemalja autobusom prevoze do unutarnjih granica države članice.

159. Izraz „bez obzira na to jesu li spomenute u ovoj Direktivi ili nisu” koji je zakonodavac Unije upotrijebio u uvodnoj izjavi 4. Direktive 2001/51 nespretan je jer zbog svoje općenitosti uvodi element nesigurnosti u tekst namijenjen izricanju kaznenopravnih ili administrativnih sankcija prijevoznicima. Stoga ga treba usko tumačiti, uzimajući u obzir cilj i strukturu te direktive čiji je ta uvodna izjava dio.

64 Vidjeti stavak 1. točku (a) tog članka (moje isticanje).

65 Vidjeti nove odredbe predviđene u okviru Uredbe 2017/2226, osobito njezinu uvodnu izjavu 16. i članak 13. stavak 3.

160. Što se tiče cilja navedene direktive, očito je da njezina svrha nije izmijeniti ili proširiti doseg obveza kontrole koje se nameću prijevoznicima izvan područja primjene tih obveza utvrđenih u članku 26. CISA-e. Cilj Direktive 2001/51, kao što je izričito naveden u njezinu naslovu i u članku 1., jest dopuniti te odredbe. Dok se u člancima 2. i 3. te direktive pojašnjavaju uvjeti primjene obveze povratka, u člancima 4. i 5. navedene direktive samo se pojašnjavaju narav i iznos sankcija primjenjivih u slučajevima u kojima prijevoznici povređuju svoju obvezu kontrole.

161. Stoga se uvodnu izjavu 4. Direktive 2001/51 ne može tumačiti na način da ona sama ima takav učinak, a da se pritom jasno ne povrijedi smisao i doseg teksta čiji je dio i ne liši svakog korisnog učinka načelo ukidanja kontrola na unutarnjim granicama navedeno u članku 3. stavku 2. UEU-a, članku 26. stavku 2. UFEU-a i članku 67. stavku 2. UFEU-a te predviđeno u članku 20. Zakonika o schengenskim granicama na kojem se ta direktiva temelji.

162. Što se tiče strukture Direktive 2001/51, treba utvrditi da je načelo utvrđeno u njezinoj uvodnoj izjavi 4., prema kojoj države članice raspolažu marginom prosudbe pri uvođenju i zadržavanju dodatnih mjera ili sankcija za prijevoznike, samo djelomično konkretizirano u članku 5. te direktive jer zakonodavac samo upućuje na „prijevoznike” te pritom uopće ne navodi izraz „bez obzira na to jesu li spomenute u ovoj Direktivi ili nisu”.

163. S obzirom na te elemente, smatram da se tekst Direktive 2001/51 i, konkretno, njezine uvodne izjave 4. ne mogu tumačiti na način da se na temelju njih državama članicama dopušta da zadrže ili uvedu obveze kontrole za međunarodne prijevoznike koji, u okviru osiguravanja autobusnog prijevoza u skupinama kopnenim putem, državljane trećih zemalja prevoze do unutarnjih granica države članice a da jasno ne povrijede cilj članka 26. CISA-e i načela na kojima se ta konvencija temelji.

164. Mjere donesene u okviru članka 26. CISA-e, čija su pravila primjene pojašnjena u Direktivi 2001/51, primjenjuju se samo prilikom prelaska vanjskih granica.

VI. Zaključak

165. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Bundesverwaltungsgericht (Savezni upravni sud, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

1. Kontrole koje moraju provoditi autobusni prijevoznici koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice i u okviru kojih su dužni provjeriti, prije prelaska unutarnje granice, da putnici posjeduju putne isprave potrebne za ulazak na državno područje mogu izjednačiti s „graničnim kontrolama” u smislu članka 20. Uredbe (EZ) br. 562/2006 Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o Zakoniku Zajednice o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica, kako je izmijenjena Uredbom (EU) br. 610/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013.

2. Članku 67. stavku 2. UFEU-a i članku 20. Uredbe br. 562/2006 protivi se nacionalno zakonodavstvo, kao što je ono u glavnom postupku, kojim se od prijevoznika zahtijeva da prije prelaska granice provjere da putnici posjeduju putovnicu i boravišnu dozvolu potrebne za zakonit ulazak na državno područje te se tim prijevoznicima prijeti novčanom kaznom u slučaju povrede te obveze, kada se to zakonodavstvo primjenjuje na autobusne prijevoznike koji obavljaju linijski promet preko unutarnje schengenske granice.

3. Ako nadležna nacionalna tijela utvrde da autobusni prijevoznik koji obavlja linijski promet preko unutarnje schengenske granice u okviru svoje djelatnosti državljanima trećih zemalja namjerno pomaže da nezakonito uđu na državno područje države članice odredišta te smatraju da su, u smislu članka 1. stavka 1. točke (a) Direktive Vijeća 2002/90/EZ od 28. studenoga 2002. o definiranju olakšavanja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka, ispunjeni materijalni i intelektualni elementi povrede koja se odnosi na pomaganje neovlaštenog ulaska, na njima je da poduzmu

potrebne mjere kako bi osigurala da ta povreda bude kažnjiva učinkovitim, razmjernom i odvraćajućom kaznenom sankcijom u skladu s načelima iz Okvirne odluke Vijeća 2002/946/PUP od 28. studenoga 2002. o jačanju kaznenopravnog okvira za sprečavanje pomaganja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka.