



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
YVESA BOTA
od 26. svibnja 2016.¹

Predmet C-218/15

**Kazneni postupak
protiv
Gianpaola Paolettija i dr.**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Tribunale ordinario di Campobasso (Redovni sud u Campobassu, Italija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Temeljna prava – Retroaktivna primjena povoljnijeg kaznenog zakona – Učinak pristupanja Rumunjske Europskoj uniji na kazneno djelo pomaganja nezakonitoj imigraciji na talijanskom teritoriju počinjeno prije pristupanja“

1. U ovom predmetu od Suda se traži da ispita učinak koji pristupanje Rumunjske Europskoj uniji ima na kazneno djelo koje se sastoji u olakšavanju neovlaštenog ulaska i boravka rumunjskim državljanima na talijanskom državnom području, kada je takvo kazneno djelo počinjeno prije tog pristupanja. Tribunale ordinario di Campobasso (Redovni sud u Campobassu) osobito se pita dovodi li navedeno pristupanje, nakon počinjenja tog kaznenog djela i prije nego što je osuđen njegov počinitelj, do prestanka postojanja kaznenog djela olakšavanja neovlaštenog ulaska i boravka na talijanskom teritoriju.
2. U ovom mišljenju objasniti ću razloge zbog kojih smatram da pristupanje države Europskoj uniji, nakon počinjenja kaznenog djela olakšavanja neovlaštenog ulaska i boravka državljana te države na državnom području države članice i prije nego što je osuđen počinitelj tog kaznenog djela, ne dovodi do prestanka njegova postojanja.

I – Pravni okvir

A – Pravo Unije

3. Članak 49. stavak 1. Povelje Europske unije o temeljnim pravima² propisuje:

„Nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koje, u času počinjenja, po unutrašnjem ili po međunarodnom pravu nije bilo predviđeno kao kazneno djelo. Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenljiva u času kad je kazneno djelo počinjeno. Ako je, nakon počinjenja kaznenog djela, zakonom propisana blaža kazna, primjenjuje se takva kazna.“

1 – Izvorni jezik: francuski

2 – U daljnjem tekstu: Povelja

4. Članak 1. stavak 1. Direktive Vijeća 2002/90/EZ od 28. studenoga 2002., u kojem se daje definicija olakšavanja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka³, propisuje da svaka država članica donosi odgovarajuće sankcije za „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” kao i za „svaku osobu koja, zbog financijske koristi, namjerno pomaže osobi koja nije državljanin neke države članice da boravi na državnom području te države članice i pritom krši zakone te države o boravku stranaca”.

5. Okvirna odluka Vijeća 2002/946/PUP od 28. studenoga 2002. o jačanju kaznenopravnog okvira za sprečavanje pomaganja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka⁴ u članku 1. stavku 1. propisuje da „[s]vaka država članica donosi potrebne mjere kako bi osigurala da povrede utvrđene u člancima 1. i 2. Direktive 2002/90 [...] budu kažnjive učinkovitim i razmjernim kaznama koje odvraćaju od njihova počinjenja, a mogu dovesti i do izručenja”. U članku 1. stavku 2. te okvirne odluke propisano je također da se, po potrebi, uz kazne može odrediti i mjera izгона.

B – *Talijansko pravo*

6. Članak 25. stavak 2. Ustava navodi da se nikoga ne može kazniti osim ako se to čini na temelju zakona koji je stupio na snagu prije nego što je djelo počinjeno.

7. Članak 2. stavak 1. codice penale (Kaznenog zakona) propisuje da se nikoga ne može kazniti za djelo koje, prema zakonu koji je u trenutku počinjenja bio na snazi, nije činilo kazneno djelo. Prema članku 2. drugom stavku tog zakona nikoga se ne može kazniti za djelo koje, prema kasnijem zakonu, ne čini kazneno djelo. U slučaju osude, obustavlja se izvršenje i ukidaju kaznenopravni učinci presude.

8. Članak 12. stavak 3. točke (a) i (d) decreta legislativa br. 286 – Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (Zakonodavna uredba br. 286 o konsolidaciji odredaba kojima se uređuje imigracija i pravila koja se odnose na status stranaca) od 25. srpnja 1998.⁵, kako je izmijenjena Zakonom br. 94 od 15. srpnja 2009.⁶, propisuje da, osim u slučaju da djelo predstavlja teže kazneno djelo, tko uz povredu tih konsolidiranih odredbi promiče, upravlja, organizira, financira ili izvršava prijevoz stranaca u Italiju ili poduzima druga djela s ciljem da im se dopusti nezakonit ulazak u Italiju ili na državno područje druge države čiji nisu državljani ili u kojoj nemaju dozvolu za trajni boravak može se kazniti kaznom do petnaest godina zatvora i novčanom kaznom od 15 000 eura za svaku osobu, kada se djelo odnosi na neovlašten ulazak ili boravak u Italiji pet ili više osoba ili kada su djelo počinile tri ili više osoba koje djeluju zajedno, ili koristeći usluge međunarodnog prijevoza ili krivotvorene ili izmijenjene dokumente ili koji su, u svakom slučaju, pribavljeni na nezakonit način.

9. Članak 12. stavak 3.a Zakonodavne uredbe br. 286/1998 upućuje na to da se kazna povećava ako djelo iz stavka 3. tog članka obuhvaća dva ili više slučaja iz njegovih točaka (a) do (e).

3 — SL 2002., L 328, str. 17. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 101.)

4 — SL 2002., L 328, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 12., str. 26.)

5 — Redovni dodatak GURI-ju br. 191 od 18. kolovoza 1998.

6 — GURI br. 170, od 24. srpnja 2009., u daljnjem tekstu: Zakonodavna uredba br. 286/1998

II – Činjenični okvir

10. Protiv Gianpaola Paolettija kao i protiv više drugih osoba vodi se postupak jer im se pripisuje prije svega da su dopustili nezakonit ulazak 30 rumunjskih državljana u razdoblju prije pristupanja Rumunjske Uniji. Osobito im se pripisuje da su s namjerom i prijevarno zaobišli odredbe kojima se uređuje priljev stranih radnika da bi ostvarili dobit od intenzivnog i trajnog korištenja strane radne snage po niskoj cijeni, djela koja čine kazneno djelo iz članka 12. stavaka 3. i 3.a Zakonodavne uredbe br. 286/1998.

11. Sud koji je uputio zahtjev stoga precizira da su optuženici u Pescari (Italija) osnovali Oma Srl, fiktivnu podružnicu društva Api Construction SRL, čije se sjedište nalazi u Bukureštu (Rumunjska). Zatražili su i ishodili od Direzione Provinciale del Lavoro di Pescara (Područni ured za radne odnose u Pescari, Italija) radne dozvole i, nastavno na to, odgovarajuće boravišne dozvole za talijansko državno područje za 30 rumunjskih radnika na temelju članka 27. stavka 1. točke (g) Zakonodavne uredbe br. 286/1998, kojom se privremeno dopušta primanje, na zahtjev poslodavca i izvan kvota stranih radnika predviđenih zakonom, radnika koje zapošljavaju organizacije ili poduzetnici aktivni na talijanskom području, za obavljanje poslova ili posebnih zadataka na ograničeno ili određeno vrijeme.

III – Prethodna pitanja

12. Tribunale ordinario di Campobasso (Redovni sud u Campobassu), dvojeći oko tumačenja koje treba dati pravu Unije, odlučio je prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

- „1. Treba li članak 7. [Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenoga 1950.⁷], članak 49. Povelje [...] te članak 6. UEU-a tumačiti na način da je pristupanjem Rumunjske Europskoj uniji [...], 1. siječnja 2007., ukinuto kazneno djelo predviđeno i kažnjivo na temelju članka 12. Zakonodavne uredbe br. 286/1998 [...] u odnosu na pomaganje u nezakonitoj imigraciji i na zadržavanje rumunjskih građana na području Italije?
2. Treba li navedene članke tumačiti na način da je državi članici zabranjeno primjenjivati načelo retroaktivnosti *in mitius* u odnosu na osobe koje su prije 1. siječnja 2007. (ili kasnijeg datuma kada je Ugovor u cijelosti primjenjiv), datuma pristupanja Rumunjske Europskoj uniji, počinile povredu članka 12. Zakonodavne uredbe br. 286/1998 [...] time što su pomagale u nezakonitoj imigraciji rumunjskih državljana, što od 1. siječnja 2007. nije više predviđeno kao kazneno djelo?”

IV – Moja analiza

13. Sud koji je uputio zahtjev postavljenim pitanjima u biti želi saznati treba li članak 7. EKLJP-a, članak 49. Povelje i članak 6. UEU-a tumačiti na način da pristupanje Rumunjske Europskoj uniji dovodi do prestanka postojanja kaznenog djela neovlaštenog ulaska i boravka rumunjskih državljana na talijanskom državnom području ako su, nakon počinjenja tog djela i prije nego što je osuđen njegov počinitelj, ti državljani stekli državljanstvo Unije.

14. Talijanska vlada smatra da su ta pitanja nedopuštena jer predmetne odredbe talijanskog kaznenog prava odnosno kriminalizacija pomaganja nezakonitog ulaska stranih državljana na talijanski teritorij ne pripada u područje primjene prava Unije. Smatra da kaznenopravni progon rezerviran za postupanja kojima je cilj pomaganje nezakonite imigracije stranih državljana nije uređen pravom Unije. Stoga s obzirom na to da talijansko zakonodavstvo relevantno u ovom predmetu nije provedba prava Unije od strane Talijanke Republike, Povelja se ne primjenjuje.

7 — U daljnjem tekstu: EKLJP

15. Kako pravilno navodi Europska komisija, članak 1. stavak 1. Direktive Vijeća 2002/90 propisuje da svaka država članica donosi odgovarajuće sankcije za 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, kao i svaku osobu koja, zbog financijske koristi, namjerno pomaže osobi koja nije državljanin neke države članice da boravi na državnom području te države članice i pritom krši zakone te države o boravku stranaca. Osim toga, u skladu s člankom 1. stavkom 1. Okvirne odluke 2002/946 svaka država članica donosi potrebne mjere kako bi osigurala da povrede utvrđene u člancima 1. i 2. Direktive 2002/90 budu kažnjive učinkovitim i razmjernim kaznama koje odvraćaju od njihova počinjenja, a mogu dovesti i do izručenja.

16. Treba stoga utvrditi da je cilj talijanskog zakonodavstva relevantnog u ovom predmetu upravo ispunjavanje obveza koje proizlaze iz prava Unije i stoga – njihova primjena.

17. Stoga nema sumnje da se Povelja primjenjuje u glavnom postupku.

18. Prema mojem mišljenju do odgovora na pitanje suda koji je uputio zahtjev dolazi se analizom konstitutivnih elemenata kaznenog djela, i osobito, u ovom slučaju, dvaju od njih, odnosno analizom pravnog i činjeničnog elementa.

19. Kada je riječ o pravnom elementu, prema općepriznatom načelu kazneno djelo svoju legitimnost izvodi iz potrebe. Nakon što je ispunjen taj prethodni uvjet, kazneno djelo, da bi se kvalificiralo kao takvo, očito mora ispuniti druge, također bitne uvjete, ali koji slijede tek nakon prvoga. Isto vrijedi i za uvjet koji proizlazi iz načela zakonitosti, kako ga opisuje Beccaria, i uvjet proporcionalnosti propisane kazne. Međutim, nije potrebno ispitati nijedan od tih uvjeta osim u slučaju kada treba izraditi zakonodavstvo.

20. Javnoj vlasti, koja ima ovlast donošenja zakona, pripada ovlast kažnjavanja. Ona ju ima da bi zabranila postupanja koja čine, prema njezinu mišljenju, povrede instituta koje smatra bitnima bilo u vezi s moralom društva bilo njezinim osnovnim načelima funkcioniranja, odnosno djela koja nanose štetu onomu što se obično naziva javnim poretkom.

21. S obzirom na navedeno, vodeći računa o prirodi kaznenih djela koja su počinile optužene osobe treba utvrditi koji javni poredak je ponajprije bio povrijeđen počinjenim kaznenim djelom. Radi li se o vlastitom javnom poretku Talijanske države ili o javnom poretku Unije?

22. Prema našem mišljenju nije upitno da se ovdje radi o javnom poretku Unije. Naime, talijansko kazneno zakonodavstvo postoji samo za primjenu odredbi članka 1. stavka 1. Direktive 2002/90 koja propisuje da svaka država članica donosi odgovarajuće sankcije za 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, dopunjene člankom 1. stavkom 1. Okvirne odluke 2002/946 koja obvezuje države članice da donesu mjere koje sadrže kaznu koja dopušta primjenu mjere izručenja.

23. S obzirom na to, kazneno zakonodavstvo država članica ovdje služi samo u potporu prisilnoj odredbi pravnog pravila koja sama po sebi propisuje pravila zajednička državama članicama i osigurava njihovu primjenu.

24. Međutim, koja je svrha tog pravnog pravila? Zaštita, u okviru unutarnjeg tržišta, posebnih vlastitih pravila Unije koja se primjenjuju na same građane Unije, odnosno zaštita funkcioniranja kojim se uvode, njihovom zajedničkom primjenom, slobode i temeljni pojmovi poput slobode kretanja, slobode poslovnog nastana i građanstva, odnosno samih temelja na kojima je izgrađena Unija. Bez sumnje vjerujem u nužnost tog represivnog zakonodavstva.

25. Bit pravnog elementa kaznenog djela kako ga trebaju odrediti države članice, kojim se također omogućuje odmjerenje težine koju ta povreda javnog poretka ima prema mišljenju zakonodavca Unije, može se temeljiti na okolnosti da, u Okvirnoj odluci 2002/946, kaznena sankcija propisana za države članice treba dopustiti izručenje počinitelja kaznenog djela i da se uz nju može, po potrebi, odrediti mjera izгона. Briga da se osigura ovlast, ovisno o situaciji, ili suditi osobi u inozemstvu za probleme uzrokovane javnom poretku Unije, ili za protjerivanje te osobe pokazuje do koje mjere je ta vrsta kaznenog djela narušavala taj javni poredak.

26. Stoga se zasigurno radi o javnom poretku Unije. Međutim ne vidim nijednu odredbu u Direktivi 2002/90 ni, osim toga, u bilo kojem drugom tekstu koja omogućuje zaključak da pristupanje „punopravnom” državljanstvu Unije mora, ili čak samo može, dovesti do prestanka postojanja štete nanosene tom višem javnom poretku i, stoga, kaznenog djela koje su počinili optuženi koji su se bavili djelatnošću koja se u svakodnevnom govoru naziva trgovinom ljudima.

27. Suprotna odluka bi u stvarnosti potaknula tu vrstu trgovine čim bi određena država pokrenula konačni postupak pristupanja Uniji jer bi se trgovcima ljudima u konačnici zajamčila mogućnost korištenja imunitetom. Cilj koji bi se postigao bio bi izravno suprotan cilju zakonodavca Unije.

28. Također je svrsishodno na kraju napomenuti da se tekst talijanskog kaznenog zakona, koji je u cijelosti u skladu s obvezama propisanim odredbama Direktive 2002/90 i odredbama Okvirne odluke 2002/946 za koju osigurava učinkovitu primjenu, odnosi samo na krijumčare ljudima, a ne na osobe koje su se koristile tom djelatnošću.

29. Stoga u tom pogledu nije važno što su te osobe nakon svojeg nezakonitog ulaska na teritorij Unije stekle status građanina Unije ili sva prava koja iz njega proizlaze.

30. Uz to se pitam koje bi bilo teorijsko opravdanje takvog učinka.

31. Smatram da nije sporno da se ne radi o situaciji u kojoj bi izmjena prava Unije paralizirala povredu nacionalnog prava, zbog jednostavnog i očitog, već naglašenog, razloga što nacionalni tekst proizlazi iz prava Unije i što se samo njegova izmjena može odraziti na nacionalno pravo o kojem je riječ. Međutim, članak 1. stavak 1. Direktive 2002/90 nije ni na koji način izmijenjen i, kao što smo vidjeli, ne sadrži stav u odnosu na stjecanje građanstva Unije nakon počinjena kaznenog djela.

32. Čini mi se također bezuspješnim pozivanje na načelo retroaktivnosti *in mitiuus* do kojeg nas naizgled dovodi članak 49. Povelje. To načelo u stvarnosti je način sukcesivne primjene zakona u vremenu, kako se napominje u samom tekstu članka 49. stavka 1. Povelje. Treba doći do još jedne izmjene u slijedu zakona u odnosu na isto kazneno djelo, o čemu se ovdje ne radi jer nije došlo ni do kakve izmjene u vezi s kriminalizacijom ili kaznom za kazneno djelo.

33. Naime, do takvog ishoda moglo bi doći samo u slučaju kada kazneno djelo više ne bi bilo potrebno. Prethodno smo dokazali da to nikako ne bi bio slučaj kada je riječ o krijumčarima ljudi.

34. Neovisno o razmatranjima u vezi s javnim poretkom, drugi analizirani elementi u vezi s pravnom strukturom kaznenog djela govore također u prilog odbijanju zaključaka tužitelja u glavnom postupku.

35. Tako dolazimo do analize drugog konstitutivnog elementa kaznenog djela, odnosno činjeničnog elementa.

36. Način ostvarivanja činjeničnog elementa kaznenog djela zahtijeva da se navedeno razvrsta među kaznena djela stanja. Naime, pomaganje pri ulasku materijalno je dovršeno kada je osoba koja se obratila „krijumčarima ljudi” prešla vanjsku granicu Unije, a pomaganje pri ostvarivanju boravka kada su joj pribavljeni dokumenti, stečeni prijevarno, koji joj omogućavaju da ostavlja dojam da ima pravo koristiti se pogodnostima u vezi s građanstvom Unije ili statusom stranog radnika u uobičajenim uvjetima.

37. S obzirom na datume iz odluke o prethodnom pitanju, kaznena djela koja se tužiteljima u glavnom postupku stavljaju na teret su u cijelosti i konačno dovršena na dan stupanja na snagu akta o pristupanju Rumunjske Uniji, što nije podrazumijevalo nikakvu izmjenu teksta članka 1. stavka 1. Direktive 2002/90, teksta opće primjene.

38. Prema mojem mišljenju to obrazloženje podupire usporedba između vlastite situacije rumunjskih državljana koji su i sami činili kazneno djelo u trenutku kada je došlo do bitne promjene statusa, a radi se o kaznenom djelu nezakonitog boravka. Razlika je, naime, velika.

39. U tom slučaju, kazneno djelo koje su počinili državljani bivše treće zemlje trajno je kazneno djelo čiji činjenični element, odnosno okolnost da se osoba nalazi na državnom području na kojem se ne bi trebala nalaziti, nije dovršen dok god se ta situacija nastavlja. Jedna od najočitijih posljedica trajnog kaznenog djela jest da zastara ne počinje teći dok god djelo nije dovršeno.

40. Stjecanjem građanstva do kojeg dolazi za trajanja kaznenog djela prestaje postojati jedan od posebnih elemenata kriminalizacije nezakonitog boravka koji se primjenjuje samo na uključeni subjekt jer izravno utječe na činjenični element kaznenog djela koji još uvijek traje i koji je neodvojiv. Naime, na dan stjecanja punih prava koja proizlaze iz građanstva Unije prestaje postojati jedan od konstitutivnih elemenata trajnog kaznenog djela, odnosno činjenica da subjekt nije punopravni građanin Unije.

41. Istim događajem, konačno, u odnosu na rumunjske državljane prestaje potreba za postojanjem kaznenog djela koje je obuhvaćalo osobe koje su državljani treće zemlje, što opravdava obustavu postupaka u odnosu na one koji su se, na primjer, vratili u svoju državu podrijetla, ali u odnosu na koje se zastara još uvijek nije navršila.

42. S obzirom na sva prethodna razmišljanja, smatram da članak 1. stavak 1. Direktive 2002/90, članak 1. stavak 1. Okvirne odluke 2002/946 i članak 49. Povelje treba tumačiti na način da pristupanje države Uniji, nakon počinjenja kaznenog djela olakšavanja neovlaštenog ulaska i boravka državljana te države na državnom području države članice i prije nego što je osuđen počinitelj tog kaznenog djela, ne dovodi do prestanka postojanja tog kaznenog djela.

V – Zaključak

43. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da Tribunaleu ordinario di Campobasso (Redovni sud u Campobassu) odgovori na sljedeći način:

Članak 1. stavak 1. Direktive Vijeća 2002/90/EZ od 28. studenoga 2002. o definiranju olakšavanja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka, članak 1. stavak 1. Okvirne odluke Vijeća 2002/946/PUP od 28. studenoga 2002. o jačanju kaznenopravnog okvira za sprečavanje pomaganja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka, i članak 49. Povelje Europske unije o temeljnim pravima treba tumačiti na način da pristupanje države Europskoj uniji, nakon počinjenja kaznenog djela olakšavanja neovlaštenog ulaska i boravka državljana te države na državnom području države članice i prije nego što je osuđen počinitelj tog kaznenog djela, ne dovodi do prestanka njegova postojanja.