



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØE
przedstawiona w dniu 14 grudnia 2017 r.¹

Sprawy połączone C-331/16 i C-366/16

K.

przeciwko

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sąd rejonowy w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg, Niderlandy)]

i

H.F.

przeciwko

Belgische Staat

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców, Belgia)]

Odesłanie prejudycjalne – Obywatelstwo Unii – Dyrektywa 2004/38/WE – Artykuł 27 ust. 2 – Ograniczenie swobody przemieszczania się i pobytu uzasadnione względami porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego – Rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych – Osoba wykluczona z możliwości uzyskania statusu uchodźcy z powodów, o których mowa w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej i w art. 12 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2011/95/UE – Proporcjonalność – Artykuł 28 ust. 1 i art. 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38/WE – Artykuł 7 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego

I. Wprowadzenie

1. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sąd rejonowy w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg, Niderlandy) i Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców, Belgia) zwracają się do Trybunału o dokonanie wykładni art. 27 ust. 2 oraz art. 28 ust. 1 i art. 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38/WE² w związku z art. 7 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”) i art. 8 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC”).

¹ Język oryginału: francuski.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii oraz członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 oraz uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz.U. 2004, L 158, s. 77 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 5, t. 5, s. 46).

2. Owe wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpisują się w kontekst sporów dotyczących zgodności ze wspomnianymi przepisami środków ograniczających swobody przemieszczania się i pobytu oparte na dyrektywie 2004/38, przyjętych wobec osób, które zanim stały się obywatelami Unii lub członkami rodziny obywatela Unii, zostały wykluczone z możliwości uzyskania statusu uchodźcy na podstawie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców (zwanej dalej „konwencją genewską”) ³.

3. Postanowienie to – którego sformułowania zostały przejęte w art. 12 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2011/95/UE ⁴ – pozbawia możliwości ochrony wynikającej z konwencji genewskiej osoby ubiegające się o azyl, co do których istnieją poważne podstawy pozwalające sądzić, że popełniły one zbrodnię przeciwko pokojowi, zbrodnię wojenną lub zbrodnię przeciwko ludzkości.

4. Sądy odsyłające zmierzają zasadniczo do ustalenia, czy i na jakich warunkach fakt, iż wobec danej osoby zastosowano w przeszłości klauzulę wykluczenia przewidzianą w art. 1F lit. a) tej konwencji, może uzasadniać ograniczenie swobody przemieszczania się i pobytu, które osoba ta wywodzi z dyrektywy 2004/38.

II. Ramy prawne

A. Prawo międzynarodowe

5. W art. 1A konwencji zdefiniowano pojęcie „uchodźcy”, po czym w art. 1F postanowiono, co następuje:

„Postanowienia niniejszej konwencji nie mają zastosowania do osoby, w stosunku do której istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że:

- a) dokonała zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej lub zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu aktów międzynarodowych opracowanych dla ustanowienia przepisów odnoszących się do tych zbrodni;
- b) dokonała poważnej zbrodni o charakterze niepolitycznym poza państwem, które ją przyjęło, przed uznaniem jej za uchodźcę;
- c) jest winną czynów sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych”.

3 Konwencja ta została podpisana w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r. [*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 189, s. 150, nr 2545 (1954)], a weszła w życie w dniu 22 kwietnia 1954 r. Została ona uzupełniona Protokołem dotyczącym statusu uchodźców, zawartym w Nowym Jorku w dniu 31 stycznia 1967 r., który z kolei wszedł w życie w dniu 4 października 1967 r.

4 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (Dz.U. 2011, L 337, s. 9). Przepis ten powtarza treść art. 12 ust. 2 lit. a) dyrektywy Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony, oraz zawartości przyznawanej ochrony (Dz.U. 2004, L 304, s. 12), mającej zastosowanie w czasie zajścia okoliczności sprawy i zastąpionej przez dyrektywę 2011/95.

B. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2004/38

6. Artykuł 27 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/38 stanowi, co następuje:

„1. Z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozdziału państwa członkowskie mogą ograniczyć swobodę przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i członków ich rodziny, bez względu na przynależność państwową, kierując się względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Na względy te nie można się powoływać do celów gospodarczych.

2. Środki podjęte ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności i opierać się wyłącznie na indywidualnym zachowaniu danej osoby. Wcześniejsza karalność nie może sama w sobie stanowić podstaw do podjęcia takich środków.

Indywidualne zachowanie danej osoby musi stanowić rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych. Nie są dopuszczalne uzasadnienia, które nie są bezpośrednio związane z danym indywidualnym przypadkiem lub opierają się na względach ogólnej prewencji”.

7. W myśl art. 28 omawianej dyrektywy:

„1. Przed podjęciem decyzji o wydaleniu ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, przyjmujące państwo członkowskie uwzględnia informacje dotyczące długości pobytu danej osoby na jego terytorium, jego/jej wieku, stanu zdrowia, sytuacji rodzinnej i ekonomicznej, integracji społecznej i kulturalnej w przyjmującym państwie członkowskim oraz stopień jego więzi z krajem pochodzenia.

2. Przyjmujące państwo członkowskie nie może podjąć decyzji o wydaleniu wobec obywateli Unii lub członków ich rodzin, bez względu na przynależność państwową, którzy posiadają prawo stałego pobytu na jego terytorium, z wyjątkiem poważnych względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego.

3. Decyzja o wydaleniu nie może zostać podjęta wobec obywateli Unii, z wyjątkiem decyzji uzasadnionej nadrzędnymi względami bezpieczeństwa publicznego określonymi przez państwa członkowskie, jeżeli:

a) zamieszkiwali oni w przyjmującym państwie członkowskim przez poprzednie dziesięć lat,

[...]”.

2. Dyrektywa 2011/95

8. Artykuł 12 ust. 2 dyrektywy 2011/95 stanowi:

„Obywatel państwa trzeciego lub bezpaństwowiec zostaje wykluczony z możliwości otrzymania statusu uchodźcy, jeżeli istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że:

a) dokonał zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej, zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu aktów międzynarodowych opracowanych w celu ustanowienia przepisów odnoszących się do tych zbrodni;

[...]”.

C. Prawo krajowe

1. Prawo niderlandzkie

9. Zgodnie z art. 67 Vreemdelingenwet (ustawy o cudzoziemcach) z dnia 23 listopada 2000 r. (zwanej dalej „ustawą o cudzoziemcach”):

„1. Z zastrzeżeniem przepisów sekcji 3, [Minister van Veiligheid en Justitie (minister bezpieczeństwa i sprawiedliwości, Niderlandy)] może uznać cudzoziemca za osobę niepożądaną:

[...]

e. w interesie stosunków międzynarodowych Niderlandów.

[...]

3. Na zasadzie odstępstwa od art. 8 cudzoziemiec uznany za niepożądanego nie przybywa legalnie w Niderlandach”.

2. Prawo belgijskie

10. Zgodnie z art. 40 bis ust. 2 wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (ustawy o wjeździe na terytorium, pobycie, osiedlaniu się i wydalaniu cudzoziemców) z dnia 15 grudnia 1980 r. (zwanej dalej „belgijską ustawą o cudzoziemcach”), w brzmieniu obowiązującym w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych będących przedmiotem sprawy C-366/16, za członków rodziny obywatela Unii są uważani w szczególności wstępni jego lub jego współmałżonka pozostający na ich utrzymaniu.

11. Artykuł 43 tej ustawy stanowi transpozycję do prawa belgijskiego art. 27 dyrektywy 2004/38.

III. Postępowania główne, pytania prejudycjalne oraz postępowanie przed Trybunałem

A. Sprawa C-331/16

12. K. posiada podwójne obywatelstwo: bośniacko-hercegowińskie i chorwackie. Przybył on do Niderlandów w 2001 r. razem z małżonką i swoim najstarszym synem. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez sąd odsyłający od tego momentu K. przebywał w tym państwie członkowskim nieprzerwanie. Jego młodszy syn w urodził się w Niderlandach w 2006 r.

13. K. złożył pierwszy wniosek o udzielenie azylu niedługo po przyjeździe do Niderlandów w 2001 r. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (sekretarz stanu ds. bezpieczeństwa i sprawiedliwości, Niderlandy, zwany dalej „niderlandzkim Staatssecretaris”) oddalił ten wniosek decyzją z dnia 15 maja 2003 r. Decyzję tę wydano w oparciu o to, że istniały poważne powody, by sądzić, że K. dopuścił się na terytorium byłej Jugosławii zbrodni należących do kategorii wymienionych w art. 1F lit. a) i b) konwencji genewskiej w okresie między kwietniem 1992 r. a lutym 1994 r. Decyzja ta stała się ostateczna w następstwie utrzymującego ją w mocy wyroku Raad van State (rady stanu, Niderlandy) z dnia 21 lutego 2005 r.

14. W 2011 r. K. złożył drugi wniosek o udzielenie azylu, który również został oddalony decyzją niderlandzkiego Staatssecretaris w dniu 16 stycznia 2013 r., poprzez zastosowanie klauzul wyłączających określonych w art. 1F lit. a) i b) konwencji genewskiej. Wraz z tą decyzją wydano wobec K. zakaz wjazdu na terytorium Niderlandów na okres dziesięciu lat. Raad van State (rada stanu) utrzymała tę decyzję w mocy wyrokiem z dnia 10 lutego 2014 r., w następstwie którego stała się ona prawomocna.

15. Ponadto K. wystąpił do niderlandzkiego Staatssecretaris o uchylenie wydanego wobec niego zakazu wjazdu na terytorium Niderlandów. Decyzją z dnia 22 lipca 2015 r. organ ten uchylił ów zakaz i zastąpił go decyzją o uznaniu za osobę niepożądaną na podstawie art. 67 ust. 1 lit. e) niderlandzkiej ustawy o cudzoziemcach. Decyzja ta została wydana z powodu uzyskania przez K. statusu obywatela Unii po przystąpieniu Republiki Chorwacji do Unii w dniu 1 lipca 2013 r. W przeciwieństwie do zakazu wjazdu, który może jedynie dotyczyć obywateli państw trzecich, decyzja o uznaniu za osobę niepożądaną może zostać wydana wobec obywatela Unii.

16. K. wniósł do niderlandzkiego Staatssecretaris zażalenie na rzeczoną decyzję o uznaniu za osobę niepożądaną. Zażalenie to zostało oddalone decyzją z dnia 9 grudnia 2015 r. (zwaną dalej „sporną decyzją w sprawie C-331/16”).

17. W decyzji tej niderlandzki Staatssecretaris odnosi się do swoich decyzji z dnia 15 maja 2003 r. i 16 stycznia 2013 r., w których oddalił złożone przez K. wnioski o udzielenie azylu. Powołując się na pierwszą z tych decyzji i na projekt, który doprowadził do jej wydania, organ ów zajął stanowisko, iż K. powinien mieć wiedzę („knowing participation”) na temat zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, popełnionych przez oddziały specjalne armii bośniackiej, do których należał, oraz że osobiście je popełniał („personal participation”).

18. W oparciu o te wcześniejsze ustalenia niderlandzki Staatssecretaris stwierdził, że przez swą obecność w Niderlandach K. szkodzi stosunkom międzynarodowym tego państwa członkowskiego. Zdaniem tego organu należy unikać sytuacji, w której państwo to stanie się państwem przyjmującym dla osób, w odniesieniu do których istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że są one winne takiego zachowania, o którym mowa w art. 1F konwencji genewskiej. Ponadto ochrona porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego wymaga, aby zostały podjęte wszelkie niezbędne kroki w celu zapobieżenia kontaktowi obywateli niderlandzkich z takimi osobami oraz, w szczególności, w celu zapobieżenia kontaktowi ofiar zbrodni zarzucanych K. lub członków ich rodzin z K. w Niderlandach.

19. Mając na uwadze powyższe rozważania, wspomniany organ stwierdził, że K. stanowi rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38.

20. Na poparcie takiego wniosku niderlandzki Staatssecretaris powołał się na wyroki Raad van State (rady stanu) z dnia 12 września 2008 r.⁵, z dnia 16 czerwca 2015 r.⁶ i z dnia 21 sierpnia 2015 r.⁷. W wyrokach tych sąd ów uznał, że w świetle wyjątkowej wagi charakteru zbrodni, o których mowa w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, zagrożenie dla jednego z podstawowych interesów społecznych, jaki stanowią osoby wykluczone z możliwości uzyskania statusu uchodźcy na podstawie tego postanowienia, jest z uwagi na swój charakter stale aktualne. Zdaniem tego sądu ustalenie takiego zagrożenia nie wymaga oceny prawdopodobnego przyszłego zachowania danej osoby.

21. Niderlandzki Staatssecretaris dodał, że gwarantowane w art. 8 EKPC prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego nie stoi na przeszkodzie temu, aby K. został uznany za osobę niepożądaną.

5 NL:RVS:2008:BF1415.

6 NL:RVS:2015:2008.

7 NL:RVS:2015:2737.

22. K. wniósł do Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sądu rejonowego w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg) skargę o uchylenie spornej decyzji w sprawie C-331/16.

23. W tym kontekście sąd ten stawia pytanie, w *pierwszej kolejności*, na temat zgodności tej decyzji z art. 27 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/38. Zważywszy w szczególności na czas, jaki upłynął od okresu, w którym K. popełnił zbrodnie należące do kategorii wymienionych w art. 1F lit. a) i b) konwencji genewskiej, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy to, że istnieją poważne powody, by sądzić, że K. popełnił takie zbrodnie, wystarcza do uzasadnienia stwierdzenia, że jego obecność na terytorium Niderlandów stanowi „rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych” w rozumieniu art. 27 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy. Wspomniany sąd wskazuje także, że wobec K. nie wydano żadnego wyroku skazującego.

24. W tym względzie sąd odsyłający powziął wątpliwości co do zgodności z tym przepisem przytoczonego w pkt 19 niniejszej opinii orzecznictwa Raad van State (rady stanu), na którym opiera się sporna decyzja w sprawie C-331/16. Wątpliwości te opierają się zarówno na treści tego przepisu, jak i na orzecznictwie Trybunału, a w szczególności na jego wyrokach Bouchereau⁸, B i D⁹, I¹⁰ oraz H.T.¹¹.

25. Sąd odsyłający wskazuje ponadto na wyrok wydany w Belgii w dniu 27 marca 2013 r. przez Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców)¹², w którym odrzucono jakiegokolwiek automatyczne powiązanie pomiędzy zastosowaniem przez organy niderlandzkie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej z powodu przeszłych czynów członka rodziny obywatela Unii a istnieniem zagrożenia, które to powiązanie uzasadniałoby odmowę przyznania mu prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu.

26. Ponadto w ramach skargi na sporną decyzję w sprawie C-331/16 K. zwraca w szczególności uwagę na to, że stosunki międzynarodowe nie należą do zakresu pojęcia „porządku publicznego” w rozumieniu art. 27 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/38. Co więcej, podejście, zgodnie z którym jakikolwiek ewentualny kontakt K. z jedną z jego ofiar stanowiłby sam w sobie zagrożenie dla porządku publicznego, nadmiernie rozszerza to pojęcie. W każdym razie niderlandzki Staatssecretaris nie przedstawił w sposób wystarczający powodów, dla których jego obecność w Niderlandach mogłaby szkodzić stosunkom międzynarodowym tego państwa członkowskiego. Organ ten nie wykazał również w sposób wiarygodny, że ofiary K. znajdują się na terytorium Niderlandów.

27. W *drugiej kolejności* Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sąd rejonowy w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg) powziął wątpliwości co do zgodności tej decyzji z wymogiem, o którym mowa w art. 27 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/38, zgodnie z którym każde ograniczenie prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu obywateli Unii musi być zgodne z zasadą proporcjonalności. Sąd ten zastanawia się również nad zgodnością tej decyzji z art. 28 ust. 1 i art. 28 ust. 3 lit. a) tej dyrektywy. Powołuje się on w tym względzie na pkt 3.3 komunikatu Komisji dotyczącego wytycznych zmierzających do skuteczniejszej transpozycji i stosowania [dyrektywy 2004/38] (zwanego dalej „wytycznymi Komisji”)¹³.

8 Wyrok z dnia 27 października 1977 r. (30/77, EU:C:1977:172, pkt 27–29).

9 Wyrok z dnia 9 listopada 2010 r. (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 103–105).

10 Wyrok z dnia 22 maja 2012 r. (C-348/09, EU:C:2012:300, pkt 30).

11 Wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r. (C-373/13, EU:C:2015:413, pkt 92).

12 Wyrok nr 99921.

13 Komunikat do Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 2 lipca 2009 r. [COM(2009) 313 wersja ostateczna]. Punkt ten wylicza elementy dotyczące sytuacji osobistej i rodzinnej zainteresowanego, które powinny zostać wyważone z podstawowymi interesami społeczeństwa w celu zbadania proporcjonalności danego środka porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego zmierzającego do ochrony tych interesów.

28. W tym względzie sąd odsyłający wskazuje, że K. i członkowie jego rodziny w pełni zintegrowali się z niderlandzkim społeczeństwem, ponieważ mieszkają w Niderlandach od 2001 r., drugi syn K. urodził się w tym kraju, a obaj jego synowie uczęszczają tam do szkoły. K. ponadto oświadczył, że jego rodzina otrzymała obywatelstwo chorwackie ze względów czysto technicznych, a państwo to jest dla nich całkowicie obce, ponieważ nigdy w nim nie mieszkali ani nie mają tam żadnej rodziny. Ponadto K. utrzymuje, że Chorwaci, wyznający religię katolicką, nie mogą już budować swojego życia w Bośni i Hercegowinie, z którym to państwem jego dzieci nie mają zresztą żadnego związku.

29. W tych okolicznościach Rechtbank Den Haag, zittingplaats Middelburg (sąd w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy na podstawie art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 możliwe jest wydanie decyzji o uznaniu za osobę niepożądaną obywatela Unii, w przypadku którego, tak jak w niniejszej sprawie, jest bezsporne, iż znajduje wobec niego zastosowanie art. 1F lit. a) i b) konwencji genewskiej, ponieważ wobec szczególnie poważnego charakteru przestępstw, których dotyczy to postanowienie konwencji genewskiej, należy stwierdzić, że zagrożenie dla jednego z podstawowych interesów społecznych – ze względu na swój charakter – jest ciągle aktualne?
- 2) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: w jaki sposób w związku z planowanym wydaniem decyzji o uznaniu za osobę niepożądaną należy dokonywać oceny, czy zachowanie wyżej wymienionego obywatela Unii, w przypadku którego uznano, iż znajduje zastosowanie art. 1F lit. a) i b) konwencji genewskiej, należy uważać za rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla jednego z podstawowych interesów społecznych? Jak dalece należy przy tym uwzględnić fakt, że zachowania w rozumieniu art. 1F konwencji genewskiej – tak jak w niniejszym przypadku – miały miejsce w dalekiej przeszłości, czyli, tak jak w niniejszej sprawie, w okresie między 1992 a 1994 r.?
- 3) Jaką rolę odgrywa zasada proporcjonalności przy ocenie kwestii, czy wobec obywatela Unii, w przypadku którego – jak w niniejszej sprawie – uznano, iż znajduje zastosowanie art. 1F lit. a) i b) konwencji genewskiej, może zostać wydana decyzja o uznaniu za osobę niepożądaną? Czy należy w związku z tym – lub niezależnie od tego – uwzględnić czynniki wymienione w art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38? Czy należy w związku z tym – lub niezależnie od tego – uwzględnić także wymieniony w art. 28 ust. 3 initio i lit. a) tej dyrektywy dziesięcioletni okres zamieszkiwania w przyjmującym państwie członkowskim? Czy czynniki zawarte w pkt 3.3 [wytycznych Komisji] należy uwzględniać bez wyjątku?”.

B. Sprawa C-366/16

30. H.F. oświadczył, że jest obywatelem afgańskim. W 2000 r. przybył na terytorium Niderlandów i złożył w tym państwie wniosek o udzielenie azylu.

31. Decyzją z dnia 26 maja 2003 r. Immigratie- en Naturalisatiedienst (urząd ds. imigracji i naturalizacji, Niderlandy, zwany dalej „niderlandzkim organem właściwym w dziedzinie azylu”) wykluczył H.F. z możliwości uzyskania statusu uchodźcy na podstawie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej. Decyzją z dnia 9 stycznia 2006 r. wspomniany organ odmówił mu wydania zezwolenia na pobyt czasowy na podstawie art. 3 EKPC. Obie te decyzje zostały utrzymane w mocy przez sądy i stały się ostateczne.

32. Następnie niderlandzki Staatssecretaris wydał przeciwko H.F. zakaz wjazdu i pobytu. Na podstawie tej decyzji w odniesieniu do H.F. dokonano w latach 2013 i 2014 wpisu bezterminowej odmowy wjazdu lub pobytu na terytorium Schengen na podstawie art. 24 rozporządzenia (WE) nr 1987/2006¹⁴.

33. Z postanowienia odsyłającego wynika, że wobec H.F. nie wydano żadnego wyroku skazującego ani w Belgii, ani w Niderlandach. Przedstawił on również wyciąg z rejestru karnego w Afganistanie, który nie zawiera żadnego wpisu.

34. Dorosła córka H.F. posiada obywatelstwo niderlandzkie. W 2011 r. H.F. i jego córka zamieszkali w Belgii, gdzie córka ta prowadzi działalność zarobkową.

35. H.F. wniosł do przedstawiciela Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding (sekretarza stanu ds. azylu i migracji, integracji społecznej i zwalczania biedy, Belgia, zwanego dalej „belgijskim Staatssecretaris”) cztery kolejne wnioski o wydanie zezwolenia na pobyt. Trzy ostatnie z tych żądań odnosiły się do wydania dokumentu pobytowego dla niego jako członka rodziny obywatela Unii w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/38, w szczególności jako wstępnego swojej pełnoletniej córki mającej obywatelstwo niderlandzkie, zamieszkałej w Belgii. W odniesieniu do rzeczonych czterech wniosków wydano decyzje w sprawie odmowy pobytu wraz z nakazem opuszczenia terytorium Belgii.

36. Decyzja w sprawie odmowy pobytu wraz z nakazem opuszczenia terytorium belgijskiego przyjęta w odpowiedzi na czwarty wniosek o zezwolenie na pobyt złożony przez H.F. została uchylona przez wyrok Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sądu do spraw cudzoziemców) z dnia 17 czerwca 2015 r. W następstwie tego wyroku w dniu 8 października 2015 r. przedstawiciel belgijskiego Staatssecretaris wydał w odniesieniu do H.F. nową decyzję w sprawie odmowy wydania zezwolenia na pobyt trwający ponad trzy miesiące bez nakazu opuszczenia terytorium kraju (zwaną dalej „sporną decyzją w sprawie C-366/16”). Decyzja ta ma za podstawę prawną art. 43 belgijskiej ustawy o cudzoziemcach, który transponuje do prawa belgijskiego art. 27 dyrektywy 2004/38.

37. Na poparcie tej decyzji przedstawiciel belgijskiego Staatssecretaris powołał się na informacje zawarte w aktach niderlandzkiej procedury azylowej dotyczącej H.F., uzyskane dzięki współpracy z tym ostatnim. Z akt tych wynika, że zgodnie z ustaleniami niderlandzkiego organu właściwego w dziedzinie azylu istnieją poważne powody, by sądzić, że H.F. popełnił zbrodnie należące do kategorii wymienionych w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej. H.F. uczestniczył w tych zbrodniach wojennych lub zbrodniach przeciw ludzkości lub wydał rozkaz popełnienia takich zbrodni, ze względu na rodzaj funkcji, jakie pełnił w Afganistanie. Jako sekretarz polityczny pozostawał w kontakcie z KhAD, afgańskimi służbami wywiadowczymi dawnego reżimu komunistycznego, i w związku z tym informował o nielojalności członków. W ten sposób H.F. narażał tych członków na naruszenia ich praw podstawowych przez KhAD.

14 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie utworzenia, funkcjonowania i użytkowania Systemu Informacyjnego Schengen drugiej generacji (SIS II) (Dz.U. 2006, L 381, s. 4). Artykuł 24 ust. 1 tego rozporządzenia stanowi: „[d]ane dotyczące obywateli państw trzecich, w odniesieniu do których został dokonany wpis w celu odmowy pozwolenia na wjazd lub pobyt, wprowadza się na podstawie krajowego wpisu wynikającego z decyzji podjętej na podstawie indywidualnej oceny przez właściwe organy administracyjne lub sądy zgodnie z zasadami proceduralnymi określonymi w prawie krajowym”. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu „[w]pisu dokonuje się, jeżeli decyzja, o której mowa w ust. 1, jest uzasadniona zagrożeniem dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub bezpieczeństwa narodowego, jakie może stwarzać obecność danego obywatela państwa trzeciego na terytorium państwa członkowskiego”. Zgodnie z ust. 3 tego artykułu „[w]pisu można również dokonać, jeżeli decyzja, o której mowa w ust. 1, jest uzasadniona tym, że obywatel państwa trzeciego został poddany środkom obejmującym deportację, odmowę pozwolenia na wjazd lub wydalenie, które nie zostały unieważnione ani zawieszone i w których zawarte są lub którym towarzyszą zakaz wjazdu lub, stosownie do sytuacji, zakaz pobytu, z uwagi na naruszenie krajowych przepisów dotyczących wjazdu lub pobytu obywateli państw trzecich”.

38. Przedstawiciel belgijskiego Staatssecretaris uznał, że zagrożenie podstawowych interesów społecznych, wynikające z obecności w społeczeństwie belgijskim osoby, w stosunku do której istnieją poważne podstawy, aby sądzić, iż popełniła ona takie zbrodnie, jest ze względu na swój charakter stale aktualne. W takim przypadku ocena przyszłego zachowania tej osoby nie jest istotna, gdy weźmie się pod uwagę charakter i wagę rozpatrywanych zbrodni oraz czas, miejsce i okoliczności ich popełnienia. W związku z tym aktualność zagrożenia wynikającego z zachowania wspomnianej osoby, tak samo jak ryzyko powrotu do przestępstwa, nie muszą zostać uprawdopodobnione.

39. Organ ten stwierdził, że odmowa prawa pobytu w takim przypadku służy ochronie ofiar tych zbrodni i tym samym ochronie społeczeństwa belgijskiego oraz międzynarodowego porządku prawnego. Z tych względów odmowa przyznania prawa pobytu H.F. jest zgodna z zasadą proporcjonalności.

40. Na decyzję tę H.F. wniósł do Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sądu do spraw cudzoziemców) skargę o zawieszenie i stwierdzenie nieważności.

41. Sąd ten powziął wątpliwości co do zgodności z art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 tezy przyjętej w spornej decyzji w sprawie C-366/16, opisanej w pkt 38 niniejszej opinii. Podkreślił on, że takie podejście odpowiada podejściu przyjętemu w Niderlandach przez Raad van State (radę stanu) w wyroku z dnia 16 czerwca 2015 r.¹⁵.

42. Sąd odsyłający zastanawia się w szczególności, czy decyzja o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy przyjęta około dziesięciu lat wcześniej przez inne państwo członkowskie zwalnia władze przyjmującego państwa członkowskiego z obowiązku zbadania aktualnego i rzeczywistego charakteru zagrożenia wynikającego z zachowania zainteresowanego. Podnosi on w tym względzie, że taka decyzja dotyczy, ze względu na swój charakter, okoliczności faktycznych, które miały miejsce w przeszłości w jego kraju pochodzenia.

43. Sąd ten wyjaśnia, że H.F. podnosi w szczególności, w ramach skargi na sporną decyzję w sprawie C-366/16, iż decyzja o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy przyjęta przez niderlandzki organ właściwy w dziedzinie azylu była oparta na nieprawdziwych informacjach odnośnie do Afganistanu.

44. Sąd ten podnosi również kwestię zgodności spornej decyzji w sprawie C-366/16 z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, ustanowionym w art. 7 karty i art. 8 EKPC.

45. W tych okolicznościach Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców, Belgia) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy prawo Unii Europejskiej, w szczególności art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, ewentualnie w związku z art. 7 [karty], należy interpretować w ten sposób, że wniosek o udzielenie zezwolenia na pobyt, jaki obywatel państwa trzeciego, będący członkiem rodziny obywatela Unii, złożył w ramach połączenia rodziny z tym obywatelem, który skorzystał z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się i swobody przedsiębiorczości, może zostać odrzucony w państwie członkowskim z powodu zagrożenia, jakie miałyby wynikać z samej obecności w społeczeństwie tego członka rodziny, który na mocy art. 1F konwencji genewskiej i art. 12 ust. 2 dyrektywy 2011/95 został wykluczony z możliwości uzyskania statusu uchodźcy w innym państwie członkowskim z powodu swojego udziału w zdarzeniach, które miały miejsce w szczególnym historyczno-społecznym kontekście

¹⁵ NL:RVS:2015:2008. Zobacz pkt 21 niniejszej opinii.

w jego państwie pochodzenia, jeśli istnienie rzeczywistego i aktualnego zagrożenia z racji zachowania członka rodziny w państwie członkowskim miejsca pobytu zostaje wywiedzione wyłącznie z decyzji o wykluczeniu, bez przeprowadzenia oceny ryzyka powrotu do przestępstwa w państwie członkowskim miejsca pobytu?”.

C. Postępowanie przed Trybunałem

46. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawach C-331/16 i C-366/16 zostały zarejestrowane w sekretariacie Trybunału, odpowiednio, w dniach 13 czerwca i 5 lipca 2016 r. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 21 lipca 2016 r. obie te sprawy zostały połączone do celów etapów pisemnego i ustnego postępowania oraz wydania wyroku.

47. Uwagi na piśmie zostały przedłożone przez K., rządy belgijski, grecki, francuski, niderlandzki i Zjednoczonego Królestwa oraz przez Komisję Europejską.

48. Na rozprawie w dniu 10 lipca 2017 r. stawili się K. i H.F., rządy belgijski, francuski, niderlandzki i Zjednoczonego Królestwa oraz Komisja.

IV. Analiza

A. Uwagi wstępne

49. W chwili ich wjazdu na terytorium Unii K. i H.F., którzy nie byli wówczas objęci podmiotowym zakresem stosowania dyrektywy 2004/38, próbowali uzyskać uznanie wobec nich statusu uchodźcy. Owego statusu odmówiono im na podstawie art. 1F lit. a) – wyłącznie jeśli chodzi o H.F. albo w związku z lit. b) tego postanowienia w odniesieniu do K. – konwencji genewskiej.

50. K. otrzymał następnie status obywatela Unii w związku z przystąpieniem Republiki Chorwacji do Unii. Według informacji dostarczonych przez Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców) sam H.F. uzyskał status członka rodziny obywatela Unii po dołączeniu na terytorium belgijskim do swojej córki, będącej obywatelką niderlandzką¹⁶. Te zmiany sytuacji spowodowały, że do K. i H.F. zaczęła stosować się dyrektywa 2004/38.

51. Chociaż art. 1F konwencji genewskiej wymaga, by osoby, o których mowa w tym postanowieniu, zostały wykluczone z możliwości otrzymania statusu uchodźcy w rozumieniu tej konwencji, nie stoi on na przeszkodzie przyznaniu im prawa pobytu odrębnego od tego, które wynika z tego statusu, pod warunkiem że owo prawo pobytu nie może być mylone z tymże statusem¹⁷. Bezsporne jest, że przyznanie osobie wykluczonej z możliwości uzyskania statusu uchodźcy prawa pobytu jako obywatelowi Unii lub członkowi rodziny obywatela Unii spełnia tę przesłankę.

¹⁶ Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38 stanowi, że dyrektywa ta „stosuje się [...] do wszystkich obywateli Unii, którzy przemieszczają się do innego państwa członkowskiego lub przebywają w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie, którego są obywatelami, oraz do członków ich rodziny, jak zdefiniowano w art. 2 [pkt 2] dyrektywy, którzy im towarzyszą lub do nich dołączają”. Zgodnie z art. 2 pkt 2 lit. d) tej dyrektywy bezpośredni wstępni obywatela Unii stanowią „członków rodziny” jedynie wtedy, gdy są na jego utrzymaniu. Postanowienie odsyłające nie wyjaśnia, czy H.F. jest, jak podniósł na rozprawie, na utrzymaniu swojej córki. Jednak postanowienie to wskazuje, że art. 2 pkt 2 lit. d) dyrektywy 2004/38 ma zastosowanie do H.F. (zob. pkt 35 powyżej), co pozwala założyć, że przesłanka ta została spełniona. Tymczasem Trybunał jest co do zasady zobowiązany do tego, aby oprzeć się na założeniach faktycznych, które sąd odsyłający uważa za wykazane (zob. wyroki: z dnia 28 stycznia 1999 r., van der Kooy, C-181/97, EU:C:1999:32, pkt 30; a także podobnie wyrok z dnia 12 lutego 2009 r., Cobelfret, C-138/07, EU:C:2009:82, pkt 23). Do sądu odsyłającego należy w niniejszym przypadku ocena, czy H.F. posiada rzeczywiście status członka rodziny obywatela Unii.

¹⁷ Zobacz wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., B i D (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 115–120). W wyroku tym Trybunał podniósł, że dyrektywa 2011/95, podobnie jak konwencja genewska, zbudowana jest na założeniu, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą przyznać, na podstawie swojego prawa krajowego, inny rodzaj ochrony, odrębny od przewidzianych w tej dyrektywie i tej konwencji, dając jednostkom wykluczonym z możliwości bycia uchodźcą prawo pobytu na ich terytorium.

52. W niniejszym przypadku prawa pobytu, które K. i H.F. wywodzą z dyrektywy 2004/38, zostały ograniczone przez środki uzasadnione względami porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego w rozumieniu art. 27 ust. 2 tej dyrektywy (zwane dalej „środkami ograniczającymi”)¹⁸. Środki te były oparte na fakcie, że wobec tych ostatnich zostały w przeszłości wydane przez organy azylowe przyjmującego państwa członkowskiego (w sytuacji K.) lub innego państwa członkowskiego (w przypadku H.F.) decyzje o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy w rozumieniu art. 1F lit. a) konwencji genewskiej.

53. Sądy odsyłające zmierzają zasadniczo do ustalenia, czy środki te zostały podjęte zgodnie z warunkami określonymi w art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 – który, w zakresie, w jakim umożliwia odstępstwo od podstawowych swobód przyznanych przez traktat FUE, należy interpretować w sposób zawężający¹⁹.

54. Zwracają się one również do Trybunału z pytaniem na temat zgodności środków ograniczających rozpatrywanych w postępowaniu głównym z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego na gruncie art. 7 karty i art. 8 EKPC. Ponadto Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sąd rejonowy w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg) zmierza do ustalenia, czy w sytuacji takiej jak sytuacja K. stosuje się ochronę przed wydaleniem przewidzianą w art. 28 ust. 1 i art. 28 ust. 3 lit. a) tej dyrektywy.

B. W przedmiocie ustalenia rzeczywistego, aktualnego i dostatecznie poważnego zagrożenia narażającego jeden z podstawowych interesów społecznych

55. Przez pytania pierwsze i drugie przedstawione w sprawie C-331/16 i przez pytanie przedstawione w sprawie C-366/16 sądy odsyłające zmierzają zasadniczo do ustalenia, czy, a jeśli tak, to w jakich okolicznościach, państwo członkowskie może uznać, że obecność na jego terytorium obywatela Unii lub członka jego rodziny stanowi „rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych” w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, ze względu na to, że wobec osoby tej została w przeszłości wydana decyzja o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy w rozumieniu art. 1F lit. a) konwencji genewskiej.

56. W szczególności Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sąd rejonowy w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg) zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie znaczenia w tym kontekście faktu, że zarzucane popełnienie zbrodni uzasadniającej wykluczenie z możliwości uzyskania statusu uchodźcy i wydanie środka ograniczającego dzieli znaczny odstęp czasu (w niniejszym przypadku ponad 20 lat). Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców) zastanawia się, czy należy zbadać ryzyko recydywy zachowań, o których mowa w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, w przyjmującym państwie członkowskim, przy czym zachowania te wystąpiły w kraju pochodzenia danej osoby w określonym kontekście historycznym i społecznym.

57. Pytania te odzwierciedlają wątpliwości, jakie żywią sądy odsyłające w odniesieniu do zgodności z art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 uzasadnienia spornych decyzji, zgodnie z którym zastosowanie w przeszłości art. 1F lit. a) konwencji genewskiej oznacza, w świetle szczególnej wagi zbrodni, o których mowa w tym postanowieniu, że obecność tego cudzoziemca na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego stanowi „z uwagi na swój charakter [zagrożenie] stale aktualne”²⁰.

18 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 27 października 1977 r., Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, pkt 21).

19 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 13 września 2016 r., Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo). W wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r., Orfanopoulos i Oliveri (C-482/01 i C-493/01, EU:C:2004:262, pkt 65), Trybunał orzekł, że odstępstwa od praw związanych ze statusem obywatela Unii powinny być interpretowane w sposób „szczególnie restrykcyjny”.

20 Co się tyczy spornej decyzji w sprawie C-331/16, uzasadnienie to jest zakorzenione w niektórych wyrokach wydanych przez Raad van State (radę stanu), do których odnosi się ta decyzja (zob. pkt 20 niniejszej opinii).

58. Ocena zagrożenia w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 wymaga w pierwszej kolejności zidentyfikowania „podstawowego interesu społecznego”, którego ochrona może być częścią porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. W niniejszym przypadku K. podnosi, że ochrona interesów podnoszonych w uzasadnieniu spornych decyzji nie wchodzi w zakres pojęć „porządku publicznego” lub „bezpieczeństwa publicznego” w rozumieniu tego przepisu. Swoją wywód rozpocznie od oddalenia tego argumentu (część 1).

59. W drugiej kolejności stwierdzenie takiego zagrożenia wymaga od zainteresowanego państwa członkowskiego uzasadnienia, w jaki sposób interesy te są w danym przypadku zagrożone w sposób rzeczywisty, aktualny i dostatecznie poważny przez indywidualne zachowanie danej osoby. Następnie przedstawię skutki takiego wymogu w sytuacjach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym (część 2).

1. W przedmiocie określenia „podstawowego interesu społecznego”, którego ochrona jest objęta porządkiem publicznym lub bezpieczeństwem publicznym

60. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem pojęcia „porządku publicznego” i „bezpieczeństwa publicznego”, jako względy uzasadniające odstępstwo od swobód przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i członków ich rodzin, należy interpretować ściśle, w związku z czym ich zakres nie może być ustalany jednostronnie przez każde państwo członkowskie bez kontroli instytucji Unii. Jednakże prawo Unii nie nakłada jednolitej skali wartości i przyznaje, że wymogi porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego mogą różnić się w poszczególnych państwach lub w określonych okresach. Państwa członkowskie co do zasady nadal mogą określać, zgodnie z krajowymi potrzebami, treść tych wymogów²¹.

61. W świetle tych zasad Trybunał przyznał już, iż wymogi porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego w rozumieniu przepisów umożliwiających ograniczenie wspomnianych swobód nie ograniczają się do ochrony spokoju i bezpośredniego fizycznego bezpieczeństwa ludności przed ryzykiem popełnienia przestępstw.

62. I tak, Trybunał orzekł, że pojęcie „bezpieczeństwa publicznego”, które obejmuje zarówno wewnętrzne, jak i zewnętrzne bezpieczeństwo państwa członkowskiego, obejmuje w szczególności „zagrożenie dla funkcjonowania głównych instytucji i służb publicznych oraz życia ludności, podobnie jak ryzyko poważnego zakłócenia stosunków zagranicznych lub pokojowego współistnienia narodów bądź zagrożenie interesów wojskowych”²².

63. Wymogi porządku publicznego, chociaż nie mogą obejmować interesów gospodarczych²³ ani samego tylko zapobiegania naruszeniom porządku społecznego, jakim jest każde naruszenie prawa²⁴, mogą obejmować ochronę różnych interesów, które zainteresowane państwo członkowskie uważa za podstawowe według własnego systemu wartości. W szczególności Trybunał uznał możliwość, aby państwo członkowskie powołało się, w pewnych okolicznościach, na podstawie porządku publicznego, na ochronę podstawowego interesu tak dalekiego od spokoju i bezpośredniego fizycznego bezpieczeństwa ludności, jak konieczność zapewnienia egzekucji należności podatkowych²⁵.

21 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 28 października 1975 r., Rutili (36/75, EU:C:1975:137, pkt 26, 27); z dnia 27 października 1977 r., Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, pkt 33, 34); a także z dnia 22 maja 2012 r., I (C-348/09, EU:C:2012:300, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

22 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 13 września 2016 r., CS (C-304/14, EU:C:2016:674, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

23 Jak wynika z brzmienia z art. 27 ust. 1 dyrektywy 2004/38.

24 Wyrok z dnia 13 września 2016 r., Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, pkt 83 i przytoczone tam orzecznictwo).

25 Wyrok z dnia 17 listopada 2011 r., Aładżow (C-434/10, EU:C:2011:750, pkt 37).

64. W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego w sprawie C-331/16, środek ograniczający przyjęty wobec K. opierał się, *po pierwsze*, na niderlandzkim przepisie prawa pozwalającym na uznanie cudzoziemca za osobę niepożądaną „w interesie stosunków międzynarodowych Niderlandów”. Niderlandzki Staatssecretaris powołał się w tym kontekście na potrzebę uniknięcia sytuacji, w której owo państwo członkowskie staje się schronieniem dla osób podejrzanych o popełnienie zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennych lub zbrodni przeciwko ludzkości. Idąc tym samym tokiem rozumowania, postanowienie odsyłające w sprawie C-366/16 wskazuje, że środek ograniczający wobec H.F. miał w szczególności na celu ochronę międzynarodowego porządku prawnego.

65. W tym względzie rząd francuski podniósł, że takie środki mogą również być zgodne z interesem ustanowienia rygorystycznych zasad ochrony fundamentalnych wartości społeczeństwa francuskiego i międzynarodowego porządku prawnego, wymienionych w szczególności w art. 21 ust. 1 TUE. Przepisy te są niezbędne w celu przyczynienia się do zachowania spójności społecznej i, jak utrzymuje także rząd Zjednoczonego Królestwa, zaufania publicznego do systemów wymiaru sprawiedliwości i imigracji. Ten ostatni rząd podnosi ponadto konieczność zachowania wiarygodności zobowiązania Unii i jej państw członkowskich w zakresie ochrony fundamentalnych wartości, określonych w art. 2 i 3²⁶ TUE.

66. *Po drugie*, niderlandzki Staatssecretaris uzasadnił rozważany w tej sprawie środek ograniczający koniecznością uniknięcia sytuacji, w której ludność niderlandzka miałaby kontakt z takimi osobami oraz, w szczególności, w której ich potencjalne ofiary lub członkowie ich rodzin spotkaliby się z nimi twarzą w twarz. W podobny sposób postanowienie odsyłające w sprawie C-366/16 wskazuje, że sporna decyzja w tej sprawie miała na celu ochronę ofiar przed osobami wykluczonymi z możliwości uzyskania statusu uchodźcy oraz ochronę społeczeństwa belgijskiego.

67. Rządy niderlandzki i Zjednoczonego Królestwa dodały w tym względzie, że przyjęcie środków ograniczających w odniesieniu do obywateli Unii lub członków ich rodzin, którzy zostali wyłączeni z możliwości otrzymania statusu uchodźcy zgodnie z art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, odpowiada potrzebie zapobiegania wystąpienia szkody społecznej związanej ze skandalem, do którego mogłaby doprowadzić bezkarna obecność domniemanego zbrodniarza wojennego na terytorium danego państwa członkowskiego.

68. Moim zdaniem państwa członkowskie mogą, nie przekraczając zakresu swobodnej oceny, jakim dysponują w celu zdefiniowania treści wymogów porządku publicznego, uznać, że ochrona wyżej opisanych interesów spełnia te wymogi. Mając na względzie zasady zawarte w pkt 60 i 63 niniejszej opinii, nie widzę żadnego powodu, aby wykluczyć, żeby państwa członkowskie mogły uznać, że zgodnie ze ich własnymi systemami wartości interesy te stanowią podstawowe interesy społeczeństwa w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, których ochrona podlega porządkowi publicznemu.

69. Niemniej jednak możliwość ograniczenia prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu opartego na dyrektywie 2004/38 w imieniu podstawowych interesów podniesionych w tym zakresie jest ograniczona warunkami określonymi w art. 27 ust. 2 tej dyrektywy.

26 Rząd Zjednoczonego Królestwa podkreśla ponadto konieczność wypełnienia przez państwa członkowskie zobowiązań w zakresie walki z terroryzmem na podstawie różnych rezolucji Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych, które narzucają odmowę udzielania azylu osobom dokonującym lub ułatwiającym popełnianie aktów terrorystycznych. Pragnę jednak zauważyć, że akty terrorystyczne podlegają klauzuli wykluczenia znajdującej się w art. 1F lit. c) konwencji genewskiej. Konwencja ta nie jest przedmiotem niniejszych spraw.

2. W przedmiocie stwierdzenia zagrożenia dla podstawowych interesów ze względu na zachowanie danego cudzoziemca

70. Zgodnie z art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 „rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych” w rozumieniu tego przepisu musi wynikać wyłącznie z zachowania danej osoby. Kwestie niemające związku z konkretnym przypadkiem lub dotyczące aspektów prewencji ogólnej nie mogą uzasadniać wydania decyzji. Ponadto wcześniejsze skazania nie mogą uzasadniać wydania środka ograniczającego.

71. W tym względzie Trybunał wielokrotnie orzekał, że zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych nie może zostać stwierdzone w sposób automatyczny jedynie w oparciu o wcześniejsze skazania za szczególne przestępstwa²⁷. Jednakże okoliczności, które doprowadziły do wydania wyroku skazującego, mogą być brane pod uwagę w celu uzasadnienia takiego stwierdzenia, o ile świadczą, w ramach rozpatrywania każdego konkretnego przypadku, o zachowaniu danej osoby stanowiącemu rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społeczeństwa przyjmującego²⁸.

72. W tym kontekście, mimo że stwierdzenie takiego zagrożenia „na ogół oznacza, że osoba, której sprawa dotyczy, ma skłonności do kontynuowania [zachowania będącego przedmiotem sankcji karnej] w przyszłości”²⁹, sam fakt określonego zachowania w przeszłości może w pewnych okolicznościach spełniać warunki takiego zagrożenia³⁰.

73. Poniżej pragnę przedstawić powody, dla których uważam, że zasady określone w pkt 71 niniejszej opinii mają zastosowanie w drodze analogii, w przypadku gdy wobec danej osoby wydano wcześniej nie wyrok skazujący, lecz decyzję o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy na podstawie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej [zob. w tym względzie część a)].

74. Przedstawię zatem powody, które w świetle orzecznictwa przypomnianego w pkt 72 niniejszej opinii skłaniają mnie do stwierdzenia, że wcześniejsze zachowanie takiej osoby, jak wynika z ustaleń, na których opiera się ta decyzja, może wystarczyć do uzasadnienia stwierdzenia „aktualnego” zagrożenia, pomimo upływu długiego okresu od momentu domniemanego popełnienia zarzucanych zbrodni i braku skłonności do powtórzenia takich zbrodni w przyjmującym państwie członkowskim [zob. w tym względzie część b)]³¹.

a) W przedmiocie znaczenia wcześniejszego zastosowania art. 1F lit. a) konwencji genewskiej

1) W przedmiocie zasad, które znajdują zastosowanie

75. W celu ustalenia, czy zasady zawarte w pkt 71 niniejszej opinii mogą mieć zastosowanie odpowiednio do sytuacji osoby, która w przeszłości została wykluczona z możliwości uzyskania statutu uchodźcy na podstawie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, należy uwzględnić dwa szczególne aspekty.

27 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., Orfanopoulos i Oliveri (C-482/01 i C-493/01, EU:C:2004:262, pkt 68, 93); z dnia 17 listopada 2011 r., Gajdarow (C-430/10, EU:C:2011:749, pkt 38); a także z dnia 13 września 2016 r., Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, pkt 64–67). Zobacz także analogicznie wyrok z dnia 19 stycznia 1999 r., Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, pkt 25).

28 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 27 października 1977 r., Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, pkt 28); z dnia 29 kwietnia 2004 r., Orfanopoulos i Oliveri (C-482/01 i C-493/01, EU:C:2004:262, pkt 77); z dnia 7 czerwca 2007 r., Komisja/Niderlandy (C-50/06, EU:C:2007:325, pkt 41). Zobacz także podobnie wyrok z dnia 13 września 2016 r., CS (C-304/14, EU:C:2016:674, pkt 46).

29 Wyroki: z dnia 27 października 1977 r., Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, pkt 29); z dnia 22 maja 2012 r., I (C-348/09, EU:C:2012:300, pkt 30). Zobacz także podobnie wyrok z dnia 23 listopada 2010 r., Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, pkt 50).

30 Wyrok z dnia 27 października 1977 r., Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, pkt 29).

31 Wolę to sformułowanie niż sformułowanie dotyczące braku ryzyka „powrotu do przestępstwa”. Jak podnosi rząd belgijski, pojęcie „powrotu do przestępstwa” zakłada, zgodnie z powszechnym użyciem tego terminu, istnienie wyroku skazującego. Tymczasem z postanowień odsyłających wynika, że K. i H.F. nie zostali skazani za zachowania zarzucane im na podstawie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej.

76. Po pierwsze, należy stwierdzić, że wyjątkowo poważny charakter zbrodni, o których mowa w tym przepisie, może przemawiać na rzecz bardziej elastycznego podejścia z punktu widzenia państw członkowskich, umożliwiającego tym państwom stwierdzenie zagrożenia w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 z tego tylko względu, że wobec zainteresowanego zastosowano klauzulę wykluczenia przewidzianą w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej. Zbrodnie określone w tym przepisie naruszają bowiem najbardziej podstawowe wartości, które leżą u podstaw zarówno międzynarodowego porządku prawnego, jak i praw człowieka³², oraz dotyczą całej wspólnoty międzynarodowej³³.

77. Po drugie, fakt, że zastosowanie tego przepisu nie wymaga skazania³⁴ ani dowodów w rozumieniu prawa karnego na popełnienie przedmiotowych zbrodni, przemawia raczej na rzecz większej ostrożności w zakresie uwzględnienia okoliczności, które doprowadziły do wydania decyzji o wykluczeniu, jakie wynikają z oceny organów ds. azylu, w celu uzasadnienia stwierdzenia takiego zagrożenia.

78. Moim zdaniem rozważania te nie stanowią przeszkody dla stosowania wyżej wymienionych zasad.

79. *W pierwszej kolejności* uważam, że nie można automatycznie stwierdzić zagrożenia w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 bez przeprowadzenia głębszej analizy, tylko na tej podstawie, że organy ds. azylu wykluczyły wcześniej zainteresowanego z możliwości uzyskania statusu uchodźcy na podstawie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej. Wymóg badania indywidualnego zachowania, który wynika z brzmienia art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, nie dopuszcza, jak mi się wydaje, zastosowania odstępstwa, nawet w przypadku, gdy czyny zarzucane zainteresowanemu są wyjątkowo poważne.

80. Podejście to jest również uzasadnione faktem, że art. 1F konwencji genewskiej i art. 27 dyrektywy 2004/38 mają różne cele³⁵.

81. Jak Trybunał stwierdził w wyroku w sprawie B i D³⁶, klauzule wyłączające przewidziane w art. 12 ust. 2 dyrektywy 2011/95, który odpowiada art. 1F konwencji genewskiej, mają na celu „wyłączeni[e] statusu uchodźcy w stosunku do osób uznanych za niegodne związanej z tym statusem ochrony oraz niedoprowadzenia do sytuacji, w której status ten pozwoliłby sprawcom niektórych poważnych przestępstw na uniknięcie odpowiedzialności karnej”.

32 W tym względzie Europejski Trybunał Praw Człowieka (zwany dalej „ETPC”) orzekł w wyroku z dnia 21 października 2013 r. w sprawie Janowiec i in. przeciwko Rosji (CE:ECHR:2013:1021JUD005550807, § 150), na który powołuje się rząd francuski na rozprawie, że poważne zbrodnie prawa międzynarodowego, takie jak zbrodnie wojenne, ludobójstwo lub zbrodnie przeciwko ludzkości, mają szerszy wymiar niż zwykłe czyny zagrożone karą i stanowią „zaprzeczenie samych fundamentów [EKPC]” [tłumaczenie nieoficjalne].

33 Zobacz art. 5 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, podpisanego w Rzymie w dniu 17 lipca 1998 r. (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 2187, nr 38544), który wszedł w życie w dniu 1 lipca 2002 r.

34 Jednakże według Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (UNHCR) art. 1F lit. a) konwencji genewskiej może – w niektórych przypadkach, gdy przedmiotem sporu są zbrodnie szczególnie okrutne – zostać zastosowany, nawet jeżeli zainteresowany został skazany i odbył karę. Zobacz UNHCR, Memorandum informacyjne w sprawie zastosowania klauzul wyłączenia: art. 1F konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r. z dnia 4 września 2003 r. (zwane dalej „memorandum informacyjnym UNHCR”), pkt 72 i 73 [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak tłumaczenie dalszych cytatów z tego dokumentu]. Zgodnie z motywem 22 dyrektywy 2011/95 „[k]onsultacje z [UNHCR] mogą dostarczyć państwom członkowskim cennych wskazówek podczas określania statusu uchodźcy zgodnie z art. 1 konwencji genewskiej”.

35 Zobacz podobnie wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r., H.T. (C-373/13, EU:C:2015:413, pkt 77).

36 Wyrok z dnia 9 listopada 2010 r. (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 104).

82. Natomiast rzeczony klauzule wykluczające nie mają na celu ochrony społeczeństwa kraju przyjmującego przed ewentualnym zagrożeniem, jakie może stanowić obecność w tym społeczeństwie danej osoby ubiegającej się o azyl – cel ten jest realizowany przez inne przepisy dyrektywy 2011/95³⁷. Trybunał orzekł również, że zastosowanie art. 12 ust. 2 tej dyrektywy nie musi oznaczać, że dana osoba stanowi aktualne zagrożenie dla społeczeństwa przyjmującego³⁸.

83. Biorąc pod uwagę różne cele tych przepisów, oceny, którym podlega zastosowanie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, podobnie jak te, które leżą u podstaw wyroku skazującego³⁹, nie są konieczne zbieżne z ocenami, których należy dokonać z perspektywy interesów nieodłącznie związanych z ochroną porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego zgodnie z art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38⁴⁰.

84. W drugiej kolejności jednakże podstawy, na których opiera się decyzja o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy, mogą zostać uwzględnione, jeżeli wskazują, w zależności od okoliczności danego przypadku, na zachowanie stanowiące rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych⁴¹. W takim przypadku względy uzasadniające zastosowanie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej mogą również uzasadnić stwierdzenie zagrożenia w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38⁴².

85. Zasada ta nie została podważona przez okoliczność, że wykluczenie z możliwości uzyskania statusu uchodźcy nie wymaga wyroku skazującego ani nie wymaga, aby zbrodnie zarzucane zainteresowanemu zostały udowodnione zgodnie z normami stosowanymi ogólnie w prawie karnym w porządkach prawnych państw członkowskich i w międzynarodowym prawie karnym („ponad wszelką wątpliwość”⁴³).

37 Zgodnie z wyrokiem z dnia 9 listopada 2010 r., B i D (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 101), „aktualne zagrożenie, jakie ewentualnie stanowi uchodźca dla zainteresowanego państwa członkowskiego, jest oceniane nie w ramach jej art. 12 ust. 2, lecz z jednej strony w ramach art. 14 ust. 4 lit. a), zgodnie z którym państwo członkowskie może cofnąć status przyznany uchodźcy, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do uznania, że stanowi on zagrożenie dla bezpieczeństwa, a z drugiej strony w ramach art. 21 ust. 2, który stanowi, że państwo członkowskie może – do czego upoważnia je także art. 33 ust. 2 konwencji genewskiej – wydaląc uchodźcę wtedy, gdy istnieją uzasadnione podstawy do uznania, że stanowi on zagrożenie dla bezpieczeństwa lub społeczności tego państwa członkowskiego”.

38 Wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., B i D (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 105).

39 Zobacz wyroki: z dnia 27 października 1977 r., Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, pkt 27); a także analogicznie z dnia 11 czerwca 2015 r., Zh i O. (C-554/13, EU:C:2015:377, pkt 59).

40 Wniosku tego nie podważa fakt, że w następstwie wydania wobec H.F. decyzji o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy, w Niderlandach została wydana przeciwko niemu decyzja o zakazie wjazdu i pobytu na terytorium i o wpisie do SIS, która zakłada zgodnie z art. 24 ust. 2 rozporządzenia nr 1987/2006, że państwo członkowskie, które dokonało wpisu, uznało, że obecność obywatela państwa trzeciego na jego terytorium zagraża porządkowi publicznemu lub bezpieczeństwu publicznemu (zob. przypis 14 do niniejszej opinii). Jak bowiem wynika z wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, pkt 25), środek ograniczający nie może opierać się wyłącznie na podstawach podnoszonych przez inne państwo członkowskie w celu przyjęcia danego środka. Środek ograniczający „powinien zostać zastosowany w świetle okoliczności właściwych ochronie porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego państwa członkowskiego, które go stosuje”. A fortiori, środek ten nie może opierać się wyłącznie na podstawach podnoszonych przez inne państwo członkowskie w celu przyjęcia decyzji o odmowie wjazdu lub zakazie pobytu wobec obywatela państwa trzeciego, który nie jest objęty zakresem stosowania dyrektywy 2004/38.

41 W praktyce przed przyjęciem środka ograniczającego krajowe organy powinny zapoznać się z aktami sprawy o udzielenie azylu zainteresowanej osobie. Jeżeli chodzi o decyzję o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy w innym państwie członkowskim, która była podstawą wpisu do SIS, państwo to powinno, na podstawie zasady lojalnej współpracy, udostępnić państwu członkowskiemu przyjmującemu osobę, wobec której dokonano wpisu, informacje uzupełniające umożliwiające mu dokonanie konkretnej oceny znaczenia zagrożenia, jakie ta osoba może stanowić (zob. wyrok z dnia 31 stycznia 2006 r., Komisja/Hiszpania, C-503/03, EU:C:2006:74, pkt 56).

42 Czynniki, jakie należy wziąć pod uwagę w tym kontekście, wyszczególnię w pkt 91–100 niniejszej opinii.

43 Zobacz w szczególności art. 66 ust. 3 statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz art. 87A reguł procesowych i dowodowych Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii przyjętego w dniu 11 lutego 1994 r., zmienionego ostatnio w dniu 8 lipca 2015 r.

86. Z orzecznictwa wynika bowiem, że okoliczność, iż cudzoziemiec ten został skazany, o ile nie jest wystarczająca, nie jest również nieodzowna dla poparcia stwierdzenia rzeczywistego, aktualnego i dostatecznie poważnego zagrożenia narażającego jeden z podstawowych interesów społecznych. W stosownych przypadkach nawet zwykłe podejrzenie popełnienia zbrodni może, w związku z innymi elementami związanymi z konkretnym przypadkiem, uzasadnić stwierdzenie zagrożenia dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego⁴⁴.

87. A fortiori, „poważne podstawy, aby sądzić”, że osoba popełniła zbrodnię danego rodzaju, o którym mowa w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej – implikujące, ponad zwykłe podejrzenia, dowody oczywiste, rzetelne, wiarygodne i przekonujące⁴⁵ – mogą zostać uwzględnione wraz z innymi okolicznościami⁴⁶, w celu uzasadnienia takiego stwierdzenia.

88. Ponadto wprowadzenie w art. 1F tej konwencji tego standardu dowodu niższego niż standard dowodu, który przeważa w prawie karnym, tłumaczy się faktem, że przepis ten odnosi się najczęściej do osób, które nie były ani sądzone, ani tym bardziej nie zostały skazane za zbrodnie, które są im zarzucane⁴⁷. Jeden z celów klauzul wykluczających z możliwości uzyskania statusu uchodźcy polega właśnie na zwalczaniu bezkarności poprzez zapobieganie, aby instytucja azylu nie była wykorzystywana w celu uniknięcia ścigania karnego⁴⁸. Co więcej, organy ds. azylu nie dysponują ani kompetencjami, ani zasobami w celu przeprowadzenia dowodu przestępstw, które zostały, jak się zarzuca, popełnione w okolicznościach faktycznych szczególnie trudnych do wyjaśnienia⁴⁹.

89. W niniejszej sprawie z postanowień odsyłających wynika, że środki ograniczające przyjęte w odniesieniu do K. i H.F. miały na celu przede wszystkim uniknięcie zakłóceń, które ich obecność na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego mogłaby spowodować w społeczeństwie, w szczególności względem ich potencjalnych ofiar. Zdaniem rządu niderlandzkiego podnoszone zakłócenia polegają na szoku, jaki mogłaby spowodować obecność na tym terytorium, w całkowitej bezkarności, osób podejrzanych o popełnienie najcięższych zbrodni prawa międzynarodowego.

90. Mając na względzie powyższe rozważania, uważam, że okoliczność, iż dana osoba została wykluczona z możliwości otrzymania statusu uchodźcy zgodnie z art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, mimo że nie można było automatycznie uzasadnić ustalenia rzeczywistego, aktualnego i dostatecznie poważnego zagrożenia narażającego jeden z podstawowych interesów społecznych, może być brana pod uwagę w tym celu, pod warunkiem że okoliczności, które doprowadziły do zastosowania tego postanowienia, jak wynika z ustaleń dokonanych przez organy ds. azylu, wskazują na to, że osobiste zachowanie danej osoby stanowi takie zagrożenie.

44 Trybunał wypowiedział się podobnie w wyroku z dnia 11 czerwca 2015 r., Zh. i O. (C-554/13, EU:C:2015:377, pkt 52), w odniesieniu do wykładni art. 7 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (Dz.U. 2008, L 348, s. 98). Przepis ten pozwala państwu członkowskiemu na odstępstwo od obowiązku przyznania terminu dobrowolnego wyjazdu w przypadku wydalenia obywatela państwa trzeciego, który stanowi zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Trybunał uzasadnił ten wniosek tym, że „zasadniczo państwa członkowskie posiadają swobodę w określaniu – zgodnie z krajowymi potrzebami – wymogów pojęcia bezpieczeństwa publicznego oraz dlatego, że [żaden z przepisów dyrektywy 2008/115 nie pozwala] na uznanie, że skazanie w procesie karnym jest w tej kwestii niezbędne”. Moim zdaniem rozumowanie to i wynikający z niego wniosek można zastosować do wykładni art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38. W rzeczywistości bowiem państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uznania, aby określić wymogi porządku publicznego również w kontekście tego przepisu, a dyrektywa 2004/38 nie przewiduje wcale konieczności istnienia wyroku skazującego.

45 Zobacz UNHCR, zasady przewodnie w zakresie ochrony międzynarodowej nr 5: zastosowanie klauzul wykluczających, art. 1F konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r., z dnia 4 września 2003 r. [tłumaczenie nieoficjalne] (pkt 34, 35), załączone do wytycznych oraz zasad przewodnich dotyczących procedur i kryteriów ustalania statusu uchodźców, sporządzone w Genewie w grudniu 2011 r.; memorandum informacyjne UNHCR, pkt 107–109; a także Statement on Article 1F of the 1951 Convention, lipiec 2009 r., s. 10.

46 Zobacz pkt 91–100 niniejszej opinii.

47 Zobacz jednak przypis 34 do niniejszej opinii.

48 Zobacz pkt 81 niniejszej opinii.

49 Zobacz w tym względzie wyrok Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego, Szwajcaria) z dnia 11 maja 2010 r., Y. z rodziną przeciwko Federalnemu Urzędowi ds. Cudzoziemców (ODM) (E-5538/2006, BVGE, § 5.3.2.2). Sąd ten w podkreśla w tym wyroku, że standard dowodu przewidziany w art. 1F konwencji genewskiej jest uzasadniony zarówno przez przedmiot decyzji wydawanych na podstawie tego postanowienia – które, niezależnie od ich wagi, nie nakładają kar – jak i przez ograniczone środki dochodzeniowe, którymi dysponują organy ds. azylu w celu zebrania dowodów na okoliczności, które wystąpiły w warunkach często trudnych do wyjaśnienia.

2) W przedmiocie elementów pozwalających ocenić, czy okoliczności leżące u podstaw wykluczenia z możliwości uzyskania statusu uchodźcy wynikają z osobistego zachowania stanowiącego rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych

91. Jak Trybunał wyjaśnił w wyrokach B i D⁵⁰ i Lounani⁵¹, wykluczenie z możliwości uzyskania statusu uchodźcy wymaga pełnego zbadania konkretnych okoliczności każdego indywidualnego przypadku. Różne stanowiska UNHCR wskazują w tym względzie, oprócz charakteru zbrodni, o które dana osoba jest podejrzewana, również stopień indywidualnego udziału owej osoby w tych zbrodniach oraz ewentualnego występowania okoliczności uzasadniających zwolnienie z odpowiedzialności karnej, takich jak przymus lub obrona konieczna⁵².

92. Wszystkie te okoliczności, które zostały stwierdzone przez organy ds. azylu, należy moim zdaniem również uwzględnić w celu dokonania oceny, czy indywidualne zachowanie danej osoby stanowi zagrożenie w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38. W tym kontekście istotne znaczenie można przypisać szczególnej wadze zbrodni, o których mowa w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, a które są tej osobie zarzucane. Ponadto należy jednak rozważyć także wszystkie inne istotne czynniki.

93. Co się tyczy w szczególności stopnia osobistego udziału, pragnę zauważyć, że zgodnie z art. 12 ust. 3 dyrektywy 2011/95 uznaje się, że osoba ubiegająca się o udzielenie azylu „dokonała” zbrodni w rozumieniu ust. 2 tego artykułu, o ile podlegała do tej zbrodni lub uczestniczyła w niej w inny sposób⁵³.

94. W tym względzie Trybunał orzekł w wyroku B i D⁵⁴, że organ ds. azylu nie może wykluczyć możliwości uzyskania przez daną osobę statusu uchodźcy na podstawie samej przynależności w przeszłości do organizacji zaangażowanej w popełnianie zbrodni tego rodzaju, o którym mowa w art. 1F konwencji genewskiej, bez zbadania, czy owej osobie można przypisać część odpowiedzialności za zbrodnie zarzucane tej organizacji w świetle wszystkich okoliczności. Okoliczności te obejmują „rolę, jaką taka osoba w rzeczywistości odgrywała w popełnieniu takich czynów, jej pozycję wewnątrz organizacji, stopień znajomości działalności organizacji, jaki miała ona lub powinna była mieć, ewentualne naciski, jakim mogła być poddana, lub inne czynniki, jakie były w stanie wpłynąć na jej zachowanie”⁵⁵.

95. W niniejszym przypadku K. twierdzi, że został wykluczony z możliwości otrzymania statusu uchodźcy na podstawie obowiązkowej funkcji, którą pełnił w bośniackiej armii. Według niego praktyka niderlandzkiego organu ds. azylu nie spełnia wymogu indywidualnego badania poziomu osobistego udziału danej osoby ubiegającej się o azyl.

96. H.F. twierdzi natomiast, że niderlandzki organ ds. azylu zastosował wobec niego klauzulę wykluczenia jedynie na tej podstawie, że H.F. pełnił zwykłą funkcję logistyczną w KhAD⁵⁶.

⁵⁰ Wyrok z dnia 9 listopada 2010 r. (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 87).

⁵¹ Wyrok z dnia 31 stycznia 2017 r. (C-573/14, EU:C:2017:71, pkt 72).

⁵² Zobacz w szczególności zasady przewodnie UNHCR, pkt 10–13, 18–23; a także memorandum informacyjne UNHCR, pkt 50–75.

⁵³ Zobacz także memorandum informacyjne UNHCR, pkt 50–56.

⁵⁴ Wyrok z dnia 9 listopada 2010 r. (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 88–99). Mimo że wyrok ten dotyczył zastosowania klauzul wykluczenia, o których mowa w art. 12 ust. 2 lit. b) i c) dyrektywy 2011/95, odpowiadającym art. 1F lit. b) i c) konwencji genewskiej, rozumowanie Trybunału i wnioski, który z niego wynika, mają moim zdaniem zastosowanie również do klauzuli wyłączenia przewidzianej w lit. a) tych przepisów.

⁵⁵ Wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., B i D (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 97).

⁵⁶ H.F. wspomina o dokumencie, dołączonym do akt sprawy przekazanych Trybunałowi przez sąd odsyłający w sprawie C-366/16, w którym UNHCR publicznie podał w wątpliwość zgodność z konwencją genewską praktyki niderlandzkiej polegającej na domniemaniu zastosowania klauzul wykluczających wobec obywateli Afganistanu ubiegających się o azyl, którzy zajmowali stanowiska oficerskie i podoficerskie w KhAD. Zobacz także UNHCR, Note on the Structure and Operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978–1992, maj 2008 r.

97. W tym względzie należy przypomnieć, że o ile organy przyjmującego państwa członkowskiego nie są, w ramach zastosowania środka ograniczającego, uprawnione do zakwestionowania zasadności decyzji o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy⁵⁷, o tyle jednak mają obowiązek zbadać, czy elementy, na których organy ds. azylu oparły tę decyzję, mogą również uzasadniać stwierdzenie zagrożenia w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38.

98. Tymczasem w świetle tego przepisu okoliczność, że zainteresowany bierze lub brał w przeszłości udział w organizacji zaangażowanej w czyny przestępcze, nie może uzasadniać stwierdzenia takiego zagrożenia, o ile taka okoliczność nie świadczy o indywidualnym zachowaniu naruszającym porządek publiczny lub bezpieczeństwo publiczne⁵⁸.

99. W wyroku H.T.⁵⁹ Trybunał zastosował rozumowanie przedstawione w wyroku B i D⁶⁰ (przedstawione w pkt 94 niniejszej opinii), w drodze analogii, w ramach wykładni art. 24 ust. 1 dyrektywy 2011/95. Przepis ten zezwala na odmowę wydania uchodźcy dokumentu pobytowego z „ważnych względów bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego”. Zdaniem Trybunału pojęcie „porządku publicznego” w rozumieniu tego przepisu zakłada, podobnie jak w przypadku art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, „rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społeczeństwa”⁶¹. Tymczasem Trybunał orzekł, że takie zagrożenie nie może być oparte wyłącznie na działaniach wspierających w przeszłości organizację zaangażowaną w czyny przestępcze, bez zbadania indywidualnej odpowiedzialności danego uchodźcy za prowadzenie tych działań w świetle konkretnych okoliczności faktycznych⁶². Moim zdaniem wniosek ten jest ważny w odniesieniu do zarówno art. 24 ust. 1 dyrektywy 2011/95, jak i art. 27 dyrektywy 2004/38, w zakresie, w jakim Trybunał orzekł w wyroku H.T.⁶³, że pojęcie „porządku publicznego” w rozumieniu tych dwóch przepisów powinno być interpretowane podobnie.

100. To do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny, czy środki ograniczające rozpatrywane w postępowaniu głównym zostały przyjęte w następstwie indywidualnego badania – przeprowadzonego na podstawie ustaleń leżących u podstaw wykluczenia z możliwości uzyskania statusu uchodźcy K. i H.F. – wszystkich wskazanych istotnych okoliczności, w świetle powyższych rozważań.

b) W przedmiocie znaczenia czasu, jaki upłynął od momentu zarzucanego popełnienia zbrodni, i braku skłonności do ich powtórzenia

101. Zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości, o których mowa w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, odnoszą się zazwyczaj do czynów popełnionych w państwie trzecim przed przybyciem danej osoby ubiegającej się o azyl na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego. Jak zauważyli K. oraz rządy francuski, niderlandzki i Zjednoczonego Królestwa, jest wysoce nieprawdopodobne, aby takie zbrodnie zostały powtórzone w tym państwie członkowskim po

57 Jeżeli decyzja o wykluczeniu została wydana przez inne państwo członkowskie, podważenie takie jest ponadto nie do pogodzenia z wzajemnym zaufaniem, na którym, jak podkreślono w motywie 22 tego rozporządzenia, oparty jest system ustanowiony przez rozporządzenie nr 604/2013 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (Dz.U. 2013, L 180, s. 31).

58 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 4 grudnia 1974 r., van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, pkt 17), przytoczony w pkt 3.2 wytycznych Komisji.

59 Wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r. (C-373/13, EU:C:2015:413).

60 Wyrok z dnia 9 listopada 2010 r. (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 88–99).

61 Wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r., H.T. (C-373/13, EU:C:2015:413, pkt 77, 79).

62 Wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r., H.T. (C-373/13, EU:C:2015:413, pkt 86–90).

63 Wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r. (C-373/13, EU:C:2015:413, pkt 77).

przyjeździe takiej osoby⁶⁴. Jest tak dlatego, że z założenia, jak zauważył Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców), okoliczności te są związane z kontekstem geograficznym, historycznym i społecznym tego państwa trzeciego, a w szczególności z konfliktem w tym państwie.

102. Moim zdaniem rozważania te niekoniecznie muszą być rozstrzygające w sytuacjach takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym.

103. W *pierwszej kolejności*, jak wynika z orzecznictwa przytoczonego w pkt 72 niniejszej opinii, aktualne zagrożenie nie wymaga istnienia ryzyka powtórzenia zachowania szkodliwego dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. W pewnych okolicznościach sam fakt określonego zachowania w przeszłości wystarcza, aby uzasadnić stwierdzenie, zgodnie z którym indywidualne zachowanie danej osoby stanowi zagrożenie spełniające warunki wymienione w art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38.

104. Okoliczności te obejmują moim zdaniem sytuacje, w których państwo członkowskie powołuje się w uzasadnieniu danego środka ograniczającego na zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych, które nie zależy od prawdopodobieństwa powtórzenia zachowania przestępczego⁶⁵.

105. W niniejszym przypadku sporne decyzje nie zostały wydane w celu uniknięcia ryzyka, że K. i H.F. popełnią w przyszłości na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości. Decyzje te służyły natomiast zapobieganiu zakłóceniom porządku społecznego i stosunków międzynarodowych, które mogłyby wynikać z obecności skarżących na tym terytorium, ze względu na wyjątkową wagę czynów popełnionych w przeszłości, o które skarżący byli podejrzewani, i to niezależnie od ich aktualnego i przyszłego zachowania. Mając na względzie przytoczone podstawowe interesy, zagrożenie stanowiła zatem sama obecność osób podejrzanych o popełnienie takich zbrodni, a nie ich aktualne lub przyszłe zachowanie w przyjmującym państwie członkowskim. Takie zagrożenie może spełniać warunek aktualności przewidziany w art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, ponieważ, jak to podkreśliły rządy niderlandzki i Zjednoczonego Królestwa, to zagrożenie, a nie zachowanie zainteresowanego musi być aktualne.

106. W *drugiej kolejności* czas, jaki upłynął od momentu popełnienia przedmiotowych zbrodni, o ile musi zostać uwzględniony w celu sprawdzenia, czy zarzucane zagrożenie ma charakter aktualny⁶⁶, nie pozbawia tego zagrożenia koniecznie takiego charakteru. W istocie bowiem, ryzyko zakłócenia porządku społecznego oraz stosunków międzynarodowych, które mogłoby zostać spowodowane obecnością na terytorium państwa członkowskiego osoby podejrzanej o zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości, może nadal istnieć także – i często tym bardziej – jeśli osoba ta korzystała z długiego okresu bezkarności. Zbrodnie określone w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej mają ponadto charakter niepodlegający przedawnieniu na mocy różnych instrumentów międzynarodowego prawa karnego⁶⁷.

64 Trybunał stwierdził już zresztą, że zastosowanie klauzuli wykluczenia z możliwości uzyskania statusu uchodźcy nie zależy od istnienia „aktualnego zagrożenia” dla danego państwa członkowskiego (zob. pkt 82 niniejszej opinii).

65 To właśnie moim zdaniem również w tym kontekście należy rozumieć stwierdzenie zawarte w pkt 3.2 wytycznych Komisji, zgodnie z którym „[i]stotne znaczenie ma [...] prawdopodobieństwo ponownego popełnienia czynu karalnego”. Twierdzenie to ma znaczenie wyłącznie w odniesieniu do środków ograniczających mających na celu ochronę spokoju i fizycznego bezpieczeństwa ludności przed ryzykiem powrotu do zachowania przestępczego. Nie ma ono zastosowania do środków ograniczających, których celem jest ochrona podstawowych interesów innego rodzaju.

66 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 11 czerwca 2015 r., Zh. i O. (C-554/13, EU:C:2015:377, pkt 62). Zgodnie bowiem z orzecznictwem, istnienie zagrożenia w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 należy oceniać w momencie, w którym zostaje wydany rozpatrywany środek ograniczający (wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., Orfanopoulos i Oliveri, C-482/01 i C-493/01, EU:C:2004:262, pkt 77–79).

67 Zobacz w szczególności art. 29 statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz europejska konwencja o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych, podpisana w dniu 25 stycznia 1974 r. (*Série des traités européens*, nr 82).

107. W przypadku gdyby badanie indywidualnego zachowania zainteresowanych przeprowadzone w świetle powyższych rozważań doprowadziło do stwierdzenia zagrożenia w rozumieniu art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, należałoby jeszcze zbadać, czy przyjęcie środków ograniczających rozpatrywanych w postępowaniu głównym jest zgodne z zasadą proporcjonalności oraz z prawami podstawowymi tych osób.

C. W przedmiocie badania proporcjonalności środków ograniczających i ich zgodności z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego

108. Poprzez trzecie pytanie Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sąd rejonowy w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg) zwraca się do Trybunału w zakresie metod oceny proporcjonalności wymaganej w ramach zastosowania środka ograniczającego wobec jednostki, która wcześniej była wykluczona z możliwości bycia uchodźcą na podstawie art. 1F lit. a) konwencji genewskiej.

109. Sąd ten zastanawia się w szczególności, czy należy uwzględnić w tym kontekście czynniki wymienione w art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38 i przedstawione w pkt 3.3 wytycznych Komisji. Sąd odsyłający zmierza ponadto do ustalenia, czy zasadniczo zwiększona ochrona, przyznana na mocy art. 28 ust. 3 lit. a) tej dyrektywy obywatelom Unii, którzy zamieszkiwali w ciągu ostatnich dziesięciu lat w przyjmującym państwie członkowskim, znajduje zastosowanie do sytuacji K.

110. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców) skierował również do Trybunału pytanie co do zgodności środka ograniczającego, takiego jak sporna decyzja w sprawie C-366/16, z art. 7 karty. Tymczasem, jak wyjaśnię poniżej, badanie proporcjonalności środka ograniczającego jest nieodłącznie związane z weryfikacją jego zgodności z prawami podstawowymi. W tych okolicznościach, w celu udzielenia użytecznej odpowiedzi temu sądowi, należy dostarczyć mu również pewnych wskazówek dotyczących sposobów tej oceny w kontekście rozpatrywanej sprawy.

1. W przedmiocie wymogu odpowiedniości i niezbędności środków ograniczających

111. Zasada proporcjonalności, której obowiązek przestrzegania nakłada art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, oznacza, że każdy środek ograniczający musi być „właściwy do zagwarantowania realizacji zamierzonego przezeń celu” i nie może „wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia”⁶⁸.

112. W celu spełnienia tych wymogów przyjmujące państwo członkowskie musi w szczególności sprawdzić możliwość przyjęcia alternatywnych środków, w mniejszym stopniu naruszających swobodę przemieszczania się i pobytu danej osoby, które są tak samo skuteczne dla zapewnienia ochrony podstawowych interesów⁶⁹.

113. W tym względzie zdaniem niektórych można by zadać sobie pytanie, czy – jak twierdził K. podczas rozprawy – podstawowe interesy podniesione w niniejszej sprawie nie byłyby lepiej chronione poprzez przeprowadzenie w przyjmującym państwie członkowskim postępowania sądowego przeciwko zainteresowanemu⁷⁰ w sytuacji, w której to państwo członkowskie posiada jurysdykcję eksterytorialną

68 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 26 listopada 2002 r., Oteiza Olazabal (C-100/01, EU:C:2002:712, pkt 43); z dnia 10 lipca 2008 r., Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, pkt 29); z dnia 17 listopada 2011 r., Gajdarow (C-430/10, EU:C:2011:749, pkt 40).

69 Wyroki: z dnia 17 listopada 2011 r., Aładżow (C-434/10, EU:C:2011:750, pkt 47); a także analogicznie z dnia 23 listopada 2010 r., Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, pkt 49).

70 W tym względzie motyw 7 decyzji Rady 2003/335/WSiSW z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie wykrywania i karania ludobójstwa, zbrodni przeciw ludzkości i zbrodni wojennych (Dz.U. 2003, L 118, s. 12) stanowi, że „[w]łaściwe organy państw członkowskich mają zapewnić, że w przypadku gdy otrzymają informacje, że osoba, która złożyła wniosek o zezwolenie na pobyt jest podejrzana o dopuszczenie się lub branie udziału w popełnieniu ludobójstwa, zbrodni przeciw ludzkości i zbrodni wojennych, stosowne czyny mogą być ścigane i, jeżeli to uzasadnione, karane zgodnie z [ich] prawem krajowym”. W niniejszej sprawie rząd niderlandzki wskazał na rozprawie, że wobec kilku osób, które zostały wykluczone z możliwości uzyskania statusu uchodźcy, zostało następnie przeprowadzone w Niderlandach postępowanie karne.

w tym zakresie⁷¹. Wydalenie danej osoby do innego państwa członkowskiego (jak w sytuacji K.) lub do państwa trzeciego w braku gwarancji, że przeciwko osobie tej zostanie wszczęte postępowanie sądowe, nie jest bowiem w stanie zaradzić problemom związanym z bezkarnością sprawców zarzuczanych zbrodni, o których mowa w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej⁷².

114. Należy jednak moim zdaniem zachować ostrożność w tym względzie i przyznać, że bez uszczerbku dla obowiązków wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej ciążących na państwach członkowskich na mocy międzynarodowego prawa karnego⁷³ państwa te mogą swobodnie stawiać czoła zagrożeniu, jakie może stwarzać obecność osoby wykluczonej z możliwości uzyskania statusu uchodźcy, odmawiając jej pobytu, zamiast stawiać ją przed sądem. Jak wskazał również rząd Zjednoczonego Królestwa, państwo członkowskie może w niektórych przypadkach uważać, że nie jest w stanie – choćby tylko z racji trudności związanych z zebraniem dowodów i ustaleniem istotnych okoliczności – przeprowadzić postępowania wobec takiej osoby⁷⁴. Problemy te przekraczają, jak mi się wydaje, ramy niniejszych spraw.

2. W przedmiocie wyważenia wchodzących w grę uzasadnionych interesów

a) W przedmiocie zasad, które znajdują zastosowanie

115. Wymóg proporcjonalności środka ograniczającego, o którym mowa w art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, zakłada również poszukiwanie właściwej równowagi między z jednej strony ochroną praw, jakie obywatele Unii i członkowie ich rodzin wywodzą z tej dyrektywy, a z drugiej strony podstawowymi interesami społeczeństwa przyjmującego⁷⁵.

71 W stosownych przypadkach ściganie może być wszczynane na podstawie jurysdykcji uniwersalnej. W szczególności cztery konwencje genewskie z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczące ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych nakładają na państwa członkowskie wykonywanie tej kompetencji w przedmiocie zbrodni podlegających zakresowi ich stosowania [zob. art. 49 konwencji genewskiej (I) o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych na lądzie; art. 50 konwencji genewskiej (II) o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu; art. 129 konwencji genewskiej (III) o traktowaniu jeńców i art. 146 konwencji genewskiej (IV) w sprawie ochrony osób cywilnych podczas wojny]. Zobacz także motywy 3 i 7 decyzji Rady 2002/494/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. ustanawiającej europejską sieć punktów kontaktowych dotyczących osób odpowiedzialnych za ludobójstwo, zbrodnie przeciw ludzkości oraz zbrodnie wojenne (Dz.U. 2002, L 167, s. 1).

72 Zobacz podobnie memorandum informacyjne UNHCR, pkt 4, zgodnie z którym „rozwój uniwersalnej jurysdykcji i utworzenie międzynarodowych trybunałów karnych zmniejszają rolę wykluczenia jako środka zapewnienia, że uciekinierzy staną przed sądem, co wzmacnia argumenty na rzecz restrykcyjnego podejścia”.

73 Zobacz przypis 71 do niniejszej opinii.

74 W kwestii przedstawienia wyzwań, jakie wynikają z przeprowadzenia postępowania przez sądy krajowe wobec domniemyanych sprawców poważnych zbrodni prawa międzynarodowego, zob. Sieć wykrywania i karania ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych, „Stratégie du Réseau génocide de l'UE pour lutter contre l'impunité du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre au sein de l'Union européenne et de ses États membres”, Haga, listopad 2014, s. 15–23.

75 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., Orfanopoulos i Oliveri (C-482/01 i C-493/01, EU:C:2004:262, pkt 95).

116. Takie wyważenie jest nierozzerwalnie związane z badaniem środka ograniczającego pod kątem praw podstawowych, których poszanowanie zapewnia Trybunał, w szczególności gwarantowanego w art. 7 karty i art. 8 EKPC prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego⁷⁶. Przepisy te zakładają bowiem dążenie do równowagi między interesami grupowymi przywołanymi na poparcie ingerencji w to prawo a indywidualnymi interesami danej osoby. Muszą być odczytywane w związku z obowiązkiem uwzględnienia nadrzędnego interesu dziecka, uznanego w prawie Unii w art. 24 ust. 2 karty⁷⁷.

117. Artykuł 27 dyrektywy 2004/38, zatytułowany „Zasady ogólne”, obejmuje wszystkie środki ograniczające. Przepis ten nie precyzuje kryteriów, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny proporcjonalności tych środków i ich zgodności z prawami podstawowymi ich adresatów. Natomiast art. 28 ust. 1 tej dyrektywy, zatytułowany „Ochrona przed wydaleniem”, ma zastosowanie do „decyzji o wydaleniu” i wymienia w sposób niewyczerpujący czynniki, jakie państwa członkowskie powinny uwzględnić przed wydaniem tego rodzaju decyzji. Obejmują one długość pobytu danej osoby na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego, jej wiek, stan zdrowia, sytuację rodzinną i ekonomiczną, integrację społeczną i kulturalną w tym państwie członkowskim oraz stopień jej więzi z krajem pochodzenia.

118. Czynniki te, przytoczone również w pkt 3.3 wytycznych Komisji, odzwierciedlają w znacznej mierze te, które zgodnie z orzecznictwem ETPC, przytoczonym w szczególności w wyrokach w sprawie Boultif przeciwko Szwajcarii⁷⁸ i Üner przeciwko Niderlandom⁷⁹, pozwalają na sprawdzenie zgodności środka wydalenia z art. 8 EKPC.

119. Podkreślam jednak, że analiza proporcjonalności ograniczenia swobód przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i członków ich rodzin niekoniecznie pokrywa się z analizą przeprowadzoną w świetle tego przepisu. Orzecznictwo ETPC przyjmuje bowiem za punkt wyjścia, że art. 8 EKPC nie gwarantuje cudzoziemcowi prawa do wjazdu i pobytu w danym kraju⁸⁰. Natomiast obywatele Unii i członkowie ich rodzin mają prawo wjazdu i pobytu w przyjmującym państwie członkowskim na warunkach określonych w dyrektywie 2004/38, a państwo to jest zobowiązane do uzasadnienia każdego ograniczenia tego prawa⁸¹. Względne znaczenie wyważonych kryteriów może w związku z tym się różnić, zważywszy również na szczególne cele tej dyrektywy, wśród których znajduje się, jak wynika z jej motywów 23 i 24, wzmocnienie integracji tych osób w społeczeństwach przyjmujących.

76 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 23 listopada 2010 r., Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, pkt 52); z dnia 13 września 2016 r., Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, pkt 81); z dnia 13 września 2016 r., CS (C-304/14, EU:C:2016:674, pkt 41). Zgodnie z art. 52 ust. 3 karty, w zakresie, w jakim karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w EKPC, ich znaczenie i zakres są takie same jak znaczenie i zakres praw przyznanych przez EKPC. Postanowienie to nie stanowi jednak przeszkody, aby prawo Unii przyznawało szerszą ochronę. W związku z tym, ponieważ art. 7 karty zawiera prawa odpowiadające prawom zagwarantowanym przez art. 8 EKPC, należy nadać im takie samo znaczenie i zakres, jakie przyznaje się prawom w art. 8 EKPC, zgodnie z jego wykładnią zawartą w orzecznictwie ETPC (zob. wyrok z dnia 5 października 2010 r., McB., C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, pkt 53).

77 Wyrok z dnia 13 września 2016 r., Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, pkt 81); z dnia 13 września 2016 r., CS (C-304/14, EU:C:2016:674, pkt 36). Zobacz także wyrok ETPC z dnia 3 października 2014 r. w sprawie Jeunesse przeciwko Niderlandom (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 109 i przytoczone tam orzecznictwo).

78 Wyrok ETPC z dnia 2 sierpnia 2001 r. (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 48).

79 Wyrok ETPC z dnia 18 października 2006 r. (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, §§ 57, 58).

80 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 2 sierpnia 2001 r. w sprawie Boultif przeciwko Szwajcarii (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 39).

81 Zobacz także w tym względzie E. Guild, S. Peers, J. Tomkin, *The EU Citizenship Directive, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 267.

b) W przedmiocie możliwości zastosowania kryteriów ustanowionych w art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38 w sytuacjach takich jak rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym

1) W przedmiocie sytuacji takich jak sytuacja K.

120. Jak wynika z przedłożonych Trybunałowi przez sąd odsyłający akt sprawy, deklaracja uznania K. za osobę niepożądaną w Niderlandach zawierała nakaz opuszczenia terytorium Niderlandów. Rząd niderlandzki stwierdził na rozprawie, że wobec K. można było zastosować środek przymusowego wydalenia, jeżeli nie zastosuje się on do tego nakazu w wyznaczonym terminie.

121. W konsekwencji sporna decyzja w sprawie C-331/16 wchodzi w zakres stosowania art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38, jak zresztą przyznał ten rząd.

122. W tym względzie nie ma znaczenia, *po pierwsze*, że jak rząd ten wyjaśnił podczas rozprawy, wobec K. nie został wydany środek przymusowego wydalenia. Jak bowiem wynika z orzecznictwa⁸², przepis ten ma zastosowanie do wszelkich środków powodujących wydalenie obywatela Unii lub członka jego rodziny. Nie ogranicza się on do wskazania środków repatriacji przymusowej, za pomocą których wdrażane są, o ile zaistnieje taka potrzeba, pewne decyzje o wydaleniu w braku dobrowolnego wykonania przez ich adresatów⁸³.

123. *Po drugie*, należy wziąć pod uwagę czynniki wymienione w art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38, pomimo faktu, że jak to wynika z postanowienia odsyłającego, i z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji przez sąd odsyłający, K. nie posiadał w Niderlandach prawa pobytu innego niż tymczasowe, pozwalającego mu na pobyt w tym państwie członkowskim w oczekiwaniu na decyzję co do jego wniosków o udzielenie azylu i ewentualnych odwołań. Wydaje się, że K. pozostawał w Niderlandach, nie posiadając prawa pobytu, po tym, jak wydane przeciwko niemu decyzje o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy i o zakazie wjazdu na terytorium stały się prawomocne⁸⁴.

⁸² W szczególności w wyrokach: z dnia 23 listopada 2010 r., Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, pkt 2); z dnia 22 maja 2012 r., I (C-348/09, EU:C:2012:300, pkt 2); z dnia 17 marca 2016 r., Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, pkt 2), Trybunał uznał za decyzje o wydaleniu w rozumieniu art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38 środki powodujące utratę prawa do wjazdu i pobytu na terytorium państwa członkowskiego i nakazujące zainteresowanemu opuszczenie terytorium pod rygorem wydalenia, przy czym zagrożenie to nie uległo konkretyzacji.

⁸³ Pragnę zauważyć podobnie pewną analogię pomiędzy pojęciem „decyzji o wydaleniu” w rozumieniu art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38 a pojęciem „decyzji nakazującej powrót” wydanej wobec obywatela państwa trzeciego w rozumieniu art. 3 pkt 4 dyrektywy 2008/115. To ostatnie pojęcie oznacza „decyzję administracyjną lub orzeczenie sądowe, w których stwierdza się lub uznaje, że obywatel państwa trzeciego przebywa w państwie członkowskim nielegalnie, oraz nakłada się lub stwierdza zobowiązanie do powrotu”. Zgodnie z art. 8 ust. 3 tej dyrektywy w związku z art. 3 ust. 5 tej dyrektywy państwo członkowskie może w celu wykonania decyzji nakazującej powrót przyjąć odrębną decyzję lub odrębny akt o wszczęciu egzekucji zobowiązania do powrotu, czyli fizyczne przekazanie osoby poza terytorium tego państwa.

⁸⁴ Z postanowienia odsyłającego wynika, że K. początkowo, w okresie pomiędzy jego przyjazdem do Niderlandów w 2001 r. a potwierdzeniem przez Raad van State (radę stanu) oddalenia jego wniosku o udzielenie azylu w 2005 r., legalnie mieszkał w tym państwie członkowskim tymczasowo, czekając na wydanie ostatecznej decyzji w przedmiocie tego wniosku. Następnie K. pozostawał w Niderlandach pomimo pierwszej decyzji o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy z dnia 15 maja 2003 r. Postanowienie odsyłające nie wyjaśnia, czy był wtedy uprawniony do pozostania tam na innej podstawie. Wreszcie, K. nie opuścił Niderlandów w następstwie drugiej decyzji o wykluczeniu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy, wydanej wraz z towarzyszącym jej zakazem wjazdu na terytorium, która została przyjęta w dniu 16 stycznia 2013 r.

124. ETPC orzekł już w tym względzie, że wyważenie interesów zbiorowych i indywidualnych w świetle wszystkich istotnych czynników ustalonych w szczególności w wyrokach w sprawie Boultif przeciwko Szwajcarii⁸⁵ i Üner przeciwko Niderlandom⁸⁶ jest wymagane nawet wtedy, gdy więzy integracji w przyjmującym państwie członkowskim zostały stworzone przez daną osobę, której nie przysługuje prawo pobytu. Okoliczność ta może jednak zostać wzięta pod uwagę w ramach tego wyważenia⁸⁷, którego dokonanie należy do sądu krajowego.

2) W przedmiocie sytuacji takich jak sytuacja H.F.

125. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców) podkreślił, że wydana wobec H.F. decyzja odmawiająca prawa pobytu nie była związana z nakazem opuszczenia terytorium. Obecność tego cudzoziemca na terytorium Belgii była w pewnym sensie „tolerowana”, przy czym ów cudzoziemiec nie miał prawa pobytu ani szczególnego statusu⁸⁸.

126. Powstaje zatem pytanie, czy przyjęcie takiego środka ograniczającego, mimo iż nie oznacza ono wydalenia jego adresata, wymaga jednak uwzględnienia kryteriów wymienionych w art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38.

127. W tym względzie pragnę zauważyć, że utrata prawa pobytu może – w taki sam sposób, jak decyzja o wydaleniu, choć w mniejszym stopniu – zagrozić integracji zainteresowanego w przyjmującym państwie członkowskim i faktycznie zaszkodzić jego życiu prywatnemu i rodzinnemu.

128. Tymczasem kilka czynników określonych w art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38, takich jak długość pobytu i siła więzi z przyjmującym państwem członkowskim, jest nierozzerwalnie związanych z integracją w wyniku pobytu w tym państwie członkowskim. W tym kontekście czynniki te mogą być istotne dla celów zbadania proporcjonalności i zgodności z art. 7 karty środka ograniczającego, który nie powoduje wydalenia zainteresowanego, pod warunkiem że ten ostatni był już w stanie zintegrować się i rozwijać życie prywatne i rodzinne w tym państwie członkowskim z uwagi na to, że w nim przebywał⁸⁹. Jak wskazały rządy belgijski i Zjednoczonego Królestwa, wspomniane czynniki są natomiast bez znaczenia w odniesieniu do decyzji, z których w pierwszej kolejności wynika odmowa wjazdu do państwa członkowskiego. Z założenia ich adresaci nie mieli przecież okazji zintegrowania się ani zbudowania życia prywatnego i rodzinnego.

85 Wyrok ETPC z dnia 2 sierpnia 2001 r. (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 48).

86 Wyrok ETPC z dnia 18 października 2006 r. (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, §§ 57, 58).

87 Zobacz w szczególności wyroki ETPC: z dnia 3 listopada 2011 r. w sprawie Arvelo Aponte przeciwko Niderlandom (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, §§ 55, 59); z dnia 3 października 2014 r. w sprawie Jeunesse przeciwko Niderlandom (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, §§ 108, 113–123). W wyrokach z dnia 23 listopada 2010 r., Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, pkt 53), z dnia 13 września 2016 r., Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, pkt 86), a także z dnia 13 września 2016 r., CS (C-304/14, EU:C:2016:674, pkt 42), Trybunał wspominał również o legalności pobytu jako jednym z czynników, jakie należy wziąć pod uwagę w celu zbadania proporcjonalności środka ograniczającego i jego zgodności z prawami podstawowymi.

88 Jak Trybunał wyjaśnił w wyroku z dnia 9 listopada 2010 r., B i D (C-57/09 i C-101/09, EU:C:2010:661, pkt 110), wykluczenie z możliwości uzyskania statusu uchodźcy nie pociąga za sobą konieczności zajęcia stanowiska co do tego, czy dana osoba może zostać wydalona do kraju pochodzenia. Sytuacje, w których dana osoba ani nie jest przyjęta, ani nie podlega wydaleniu, mogą wystąpić wówczas, gdy art. 4 karty oraz art. 3 EKPC – które nie przewidują żadnych odstępstw – sprzeciwiają się wydaleniu tej osoby do państwa, w którym ponosi ona rzeczywiste ryzyko poddania torturom czy inhumannemu lub poniżającemu traktowaniu. Postanowienie odsyłające nie wyjaśnia, czy niemożność wydalenia H.F. wynika z tych przepisów.

89 Można dokonać pewnego porównania z wnioskiem przyjętym w wyroku z dnia 9 listopada 2000 r., Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:604, pkt 43), zgodnie z którym decyzja w sprawie odmowy wydania zezwolenia na pobyt obywatela Unii po tym, jak ten ostatni pozostawał kilka miesięcy na terytorium danego państwa członkowskiego, czekając na wydanie decyzji w przedmiocie wniosku, nie może zostać zrównana z odmową wjazdu w rozumieniu art. 8 dyrektywy Rady 64/221/EWG z dnia 25 lutego 1964 r. w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego (Dz.U. 1964, 56, s. 850), obecnie nieobowiązującej. Taka decyzja powinna być traktowana jako „decyzja o wydaleniu” w rozumieniu art. 9 tej dyrektywy i towarzyszyć jej powinny z tego względu szersze gwarancje proceduralne. Na poparcie takiego podejścia rzecznik generalny P. Léger (opinia w sprawie Yiadom, C-357/98, EU:C:2000:174) stwierdził, że „osoba obecna na terytorium krajowym, w tym w okresie oczekiwania na uregulowanie swojej sytuacji, posiada obiektywnie więcej okazji do stworzenia więzów społecznych, osobistych lub zawodowych niż osoba, która jeszcze nie przekroczyła granic. Jest ona w istocie bardziej zintegrowana w przyjmującym państwie członkowskim”.

129. To właśnie w świetle tych rozważań rozumiem pkt 3.3 wytycznych Komisji, zgodnie z którym czynniki wymienione w art. 28 ust. 1 dyrektywy 2004/38 powinny być brane pod uwagę przy przyjmowaniu wszelkich środków ograniczających w rozumieniu art. 27 tej dyrektywy. Punkt ten oznacza moim zdaniem, że czynniki te powinny zostać wzięte pod uwagę w zakresie, w jakim są one właściwe w danym przypadku.

130. Podejście, które proponuję, znajduje odzwierciedlenie również w orzecznictwie ETPC, zgodnie z którym test „właściwej równowagi” między interesami porządku publicznego a indywidualnymi interesami znajduje zastosowanie w ramach weryfikacji przestrzegania przez umawiające się państwo zarówno jego „obowiązków negatywnych”, polegających na nieograniczaniu prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego jednostki poprzez wydalenie jej ze swojego terytorium, jak i „obowiązków pozytywnych”, polegających na umożliwieniu skutecznego wykonywania tego prawa, w szczególności poprzez przyznanie prawa pobytu. Jak wynika z tego orzecznictwa, rozgraniczenia na te dwie kategorie zobowiązań nie da się precyzyjnie zdefiniować⁹⁰.

131. ETPC rozpatrywał już zresztą sprawę, której okoliczności faktyczne były analogiczne do tych w sprawie C-366/16. Orzeczenie K. przeciwko Niderlandom⁹¹ dotyczyło zgodności z art. 8 EKPC środka wydalenia z terytorium wydanego przez Niderlandy przeciwko obywatelowi Afganistanu wykluczonemu z możliwości uzyskania statusu uchodźcy na podstawie z art. 1F konwencji genewskiej, którego wykonanie zostało zawieszone. Jak wynika z tego orzeczenia, opisany powyżej test „właściwej równowagi” nadal ma zastosowanie w takim kontekście.

132. Jednakże pośród czynników, które należy uwzględnić w tym celu, ETPC wymienił stopień, w jakim życie rodzinne jest rzeczywiście utrudnione przez omawiany środek państwowy. ETPC uściślił w tym względzie, że dużą wagę można przyznać okoliczności, iż zainteresowany nie ryzykuje wydaleniem z terytorium kraju przyjmującego ani w konsekwencji rozdzieleniem ze swoją rodziną⁹².

133. Element ten jest moim zdaniem również istotny w ramach badania proporcjonalności środka ograniczającego pod kątem art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38, które sąd odsyłający powinien przeprowadzić. Dodam jednak, że okoliczności dotyczące integracji zainteresowanego mają szczególne znaczenie w ramach stosowania tego przepisu w świetle celów realizowanych przez dyrektywę 2004/38⁹³.

3. W przedmiocie zastosowania art. 28 ust. 3 lit. a) w sytuacji takiej jak sytuacja K.

134. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sąd rejonowy w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg) zauważył, że w chwili wydania spornej decyzji w sprawie C-331/16 K. zamieszkiwał nieprzerwanie w Niderlandach od ponad dziesięciu lat⁹⁴. Sąd ten zmierza zatem do ustalenia, czy może on skorzystać ze wzmocnionych gwarancji przed wydaleniem, przewidzianych w art. 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38 – który to przepis stanowi również wyraz zasady proporcjonalności⁹⁵.

⁹⁰ Zobacz w szczególności wyroki ETPC: z dnia 28 czerwca 2011 r. w sprawie Nunez przeciwko Norwegii (CE:ECHR:2011:0628JUD005559709, § 68); z dnia 3 listopada 2011 r. w sprawie Arvelo Aponte przeciwko Niderlandom (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, § 53); a także z dnia 3 października 2014 r. w sprawie Jeunesse przeciwko Niderlandom (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 106).

⁹¹ Wyrok ETPC z dnia 25 września 2012 r. (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, § 42). W tych okolicznościach ETPC podał w wątpliwość status „ofiary” skarżącego w rozumieniu art. 34 EKPC i uznał, że nawet gdyby ów miał taki status, organy niderlandzkie nie popełniły żadnego błędu przy poszukiwaniu równowagi między interesami zbiorowymi a indywidualnymi.

⁹² Wyrok ETPC z dnia 25 września 2012 r. w sprawie K. przeciwko Niderlandom (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, § 47).

⁹³ Zobacz pkt 119 niniejszej opinii.

⁹⁴ Rząd niderlandzki kwestionuje przedstawienie okoliczności faktycznych dokonane przez sąd odsyłający w odniesieniu do ciągłości pobytu K. w Niderlandach. Wyjaśnienie tej kwestii należy do sądu odsyłającego. Pomimo tego Trybunał musi opierać się na przesłance faktycznej, na której opiera się postanowienie odsyłające (zob. przypis 16 do niniejszej opinii).

⁹⁵ Zobacz w tym względzie motyw 23 dyrektywy 2004/38; a także sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 grudnia 2008 r. ze stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich [COM(2008) 840 wersja ostateczna, s. 9].

135. Jak wskazują motywy 23 i 24 tej dyrektywy, ustanawia ona stopniowany system ochrony przed wydaleniem, która to ochrona zależy od stopnia integracji w przyjmującym państwie członkowskim. Ten stopień integracji jest w pewnym sensie domniemany w sposób obiektywny w oparciu o długość pobytu w tym państwie członkowskim. Im dłuższy jest ten okres, tym za ściślejsze uznaje się więzi integracyjne ze społeczeństwem państwa przyjmującego, a zatem ochrona przed wydaleniem jest bardziej kompletna⁹⁶.

136. W takim właśnie kontekście art. 28 tej dyrektywy nie tylko wymaga, w ust. 1, wzięcia pod uwagę długości pobytu w celu zbadania proporcjonalności środka wydalenia, lecz także, w ust. 2 i 3, przewiduje, odpowiednio, że dana osoba może zostać wydalona z przyjmującego państwa członkowskiego jedynie w przypadku „poważnych względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego”, jeżeli nabyła prawo stałego pobytu, i w przypadku „nadrzędnych względów bezpieczeństwa publicznego”, jeżeli mieszka w tym państwie przez dziesięć lat poprzedzających przyjęcie takiego środka.

137. Sytuacja K. jest szczególna, ponieważ mieszkał on w Niderlandach przed uzyskaniem statusu obywatela Unii po przystąpieniu Republiki Chorwacji do Unii. Ponadto, jak podkreśliłem w pkt 123 niniejszej opinii, postanowienie odsyłające zdaje się wskazywać, również z zastrzeżeniem dokonania weryfikacji przez sąd odsyłający, że K. zamieszkiwał w Niderlandach, nie posiadając prawa pobytu.

138. W tym względzie uważam w *pierwszej kolejności*, że fakt, iż ten okres pobytu poprzedzał przystąpienie Republiki Chorwacji do Unii, nie wyklucza jako tako uwzględnienia go przy obliczaniu długości pobytu K. w Niderlandach do celów stosowania art. 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38.

139. W istocie Trybunał orzekł w wyroku w sprawach połączonych Ziolkowski i Szeja⁹⁷, że bez uszczerbku dla ewentualnych przepisów przejściowych w akcie przystąpienia tego państwa członkowskiego do Unii⁹⁸ okresy pobytu obywatela państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego, ukończone przed przystąpieniem pierwszego państwa członkowskiego do Unii i dokonywane z poszanowaniem warunków przewidzianych w dyrektywie 2004/38, powinny zostać uwzględnione do celów nabycia prawa stałego pobytu w drugim państwie członkowskim na podstawie art. 16 ust. 1 tej dyrektywy.

140. Zdaniem Trybunału dzieje się tak, ponieważ przepisy dyrektywy 2004/38 powinny mieć zastosowanie do obecnych i przyszłych skutków sytuacji zaistniałych przed przystąpieniem do Unii państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiada dana osoba, a tym samym do terminu transpozycji tej dyrektywy w tym państwie. Rozumowanie to stosuje się moim zdaniem również w ramach wykładni art. 28 ust. 3 lit. a) tej dyrektywy.

141. Jednak w *drugiej kolejności*, jak podniosły rząd niderlandzki i Komisja, okoliczność, że K. nie posiadał prawa pobytu umożliwiającego mu legalne przebywanie w Niderlandach zgodnie z prawem krajowym tego państwa członkowskiego, przy założeniu, że zostanie wykazana, stanowiłaby moim zdaniem przeszkodę dla korzystania z ochrony, jaką zapewnia ten przepis.

142. W tym względzie treść art. 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38 nie określa, czy okres pobytu dający prawo do ochrony przed wydaleniem na podstawie tego przepisu obejmuje wyłącznie okresy legalnego zamieszkiwania. Sformułowanie to różni się w tym względzie od treści art. 16 ust. 1 tej dyrektywy, który stanowi, że jedynie „legalne zamieszkanie” przez nieprzerwany okres pięciu lat pozwala na

⁹⁶ Zobacz opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:322, pkt 45).

⁹⁷ Wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r. (C-424/10 i C-425/10, EU:C:2011:866, pkt 60–62). Trybunał powtórzył ten wniosek w wyroku z dnia 6 września 2012 r., Czop i Punakova (C-147/11 i C-148/11, EU:C:2012:538, pkt 35).

⁹⁸ Załącznik V do aktu dotyczącego warunków przystąpienia do Unii Europejskiej Republiki Chorwacji i dostosowań [TUE], [TFUE] i [traktatu Euratom] (Dz.U. 2012, L 112, s. 21) pozwala państwom członkowskim na odstępstwo, na okres przejściowy, od niektórych przepisów dyrektywy 2004/38.

nabycie prawa stałego pobytu i na odpowiednią ochronę przed wydaleniem z terytorium określoną w art. 28 ust. 2 tej dyrektywy. Jak wynika z motywu 17 dyrektywy 2004/38, wymóg legalności pobytu, o którym mowa w art. 16 ust. 1 tej dyrektywy, wymaga nie tylko, aby wobec zainteresowanego nie została wydana decyzja o wydaleniu, lecz również aby pobyt był zgodny z wymogami wynikającymi z tej dyrektywy⁹⁹. Trybunał nie rozstrzygnął jeszcze kwestii, czy okres pobytu wymagany w celu skorzystania z ochrony przewidzianej w art. 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38 zakłada również spełnienie tych warunków¹⁰⁰.

143. Powstrzymam się od wypowiedzenia się w tej kwestii w sposób ogólny, ponieważ postępowanie w sprawie C-331/16 wymaga jedynie określenia w sposób bardziej szczegółowy, czy ten okres pobytu obejmuje okresy pobytu zainteresowanego przed przystąpieniem do Unii państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiada, nie mając prawa pobytu umożliwiającego legalne przebywanie w przyjmującym państwie członkowskim zgodnie z prawem krajowym tego państwa.

144. Na pytanie to należy moim zdaniem udzielić odpowiedzi przeczącej.

145. Stwierdzam w tym względzie, że jak wynika z motywów 23 i 24 dyrektywy 2004/38, art. 28 ust. 3 lit. a) tej dyrektywy ma na celu ochronę przed wydaleniem osób, które rzeczywiście się zintegrowały w przyjmującym państwie członkowskim. Przepis ten realizuje własny cel dotyczący promowania integracji obywateli Unii w jej obrębie i wykracza poza gwarancje, które wynikają z art. 7 karty i art. 8 EKPC¹⁰¹.

146. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału decydujące znaczenie dla oceny, czy więzi integracyjne zainteresowanego w przyjmującym państwie członkowskim są wystarczająco solidne, aby uzyskać on ochronę ustanowioną przez art. 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38, ma kwestia, czy osoba ta przebywała w owym państwie przez dziesięć lat poprzedzających decyzję o wydaleniu¹⁰².

147. Trybunał nie wykluczył jednak uwzględnienia wszelkich czynników jakościowych w ramach takiej oceny. I tak, w wyroku G.¹⁰³ Trybunał uznał, że okresy odbywania kary pozbawienia wolności nie są uwzględniane przy obliczaniu dziesięcioletniego okresu pobytu dającego prawo do ochrony przewidzianej w art. 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38. Prawdą jest, że nieprzestrzeganie przepisów prawa krajowego dotyczących wjazdu i pobytu cudzoziemców nie jest utożsamiane z popełnieniem przestępstwa. Podejście przyjęte przez Trybunał wymaga jednak zgody na uwzględnienie, choć w sposób bardzo restrykcyjny, niektórych elementów jakościowych związanych z wymaganą integracją w celu skorzystania z takiej ochrony, na wzór sytuacji nabycia prawa stałego pobytu określonego w art. 16 ust. 1 tej dyrektywy¹⁰⁴.

99 Warunki te obejmują w szczególności warunki określone w art. 7 ust. 1 dyrektywy 2004/38, dotyczące posiadania wystarczających środków, aby nie stanowić obciążenia dla systemu pomocy społecznej przyjmującego państwa członkowskiego. Zobacz wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., Ziolkowski i Szeja (C-424/10 i C-425/10, EU:C:2011:866, pkt 47).

100 W sprawie C-424/16 (Dz.U. 2016, C 350, s. 19) Trybunał otrzymał powiązane pytanie prejudycjalne, w którym Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy, Zjednoczone Królestwo) zmierza do ustalenia, czy nabycie prawa stałego pobytu w rozumieniu art. 16 i art. 28 ust. 2 dyrektywy 2004/38 stanowi wstępny warunek skorzystania z ochrony przewidzianej w ust. 3 lit. a) tego artykułu. W opinii w sprawach połączonych B i Secretary of State for the Home Department (C-316/16 i C-424/16, EU:C:2017:797, pkt 59) rzecznik generalny M. Szpunar zaproponował Trybunałowi udzielenie odpowiedzi twierdzącej na to pytanie.

101 W wyroku z dnia 23 listopada 2010 r., Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, pkt 50), Trybunał stwierdził, że zagadnienia dotyczące integracji obywatela Unii dotyczą, poza interesem indywidualnym tego obywatela, interesów Unii ogólnie.

102 Wyroki: z dnia 23 listopada 2010 r., Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, pkt 31); z dnia 16 stycznia 2014 r., G. (C-400/12, EU:C:2014:9, pkt 23).

103 Wyrok z dnia 16 stycznia 2014 r. (C-400/12, EU:C:2014:9, pkt 32, 33).

104 Zobacz wyroki: z dnia 21 lipca 2011 r., Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, pkt 64); z dnia 16 stycznia 2014 r., Onuekwere (C-378/12, EU:C:2014:13, pkt 25).

148. W tym względzie Trybunał stwierdził w wyroku Dias¹⁰⁵, że okres, w którym osoba nieposiadająca jakiegokolwiek prawa pobytu przebywa na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego przed wejściem w życie dyrektywy 2004/38, kwestionuje więź integracyjną z tym państwem członkowskim. Taki okres nie może zatem zostać wzięty pod uwagę dla celów nabycia prawa stałego pobytu.

149. Ta sama logika zakłada moim zdaniem, że dana osoba, w przypadku gdy przed uzyskaniem statusu obywatela Unii przebywała w sposób nielegalny w przyjmującym państwie członkowskim, pomimo że prawo krajowe nie zezwalało na to, nie może powołać się na rzeczywistą integrację dającą prawo do zwiększonej ochrony przed wydaleniem z terytorium, którą przewiduje dyrektywa 2004/38. Ma to zastosowanie tym bardziej wówczas, gdy, jak w niniejszej sprawie, osoba, której sprawa dotyczy, w dniu wydania przedmiotowej decyzji o wydaleniu przebywała w przyjmującym państwie członkowskim, naruszając uprzednio wydany wobec niej zakaz wjazdu na terytorium.

V. Wnioski

150. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytania przedłożone przez Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sąd rejonowy w Hadze, miejsce posiedzeń: Middelburg, Niderlandy) i przez Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (sąd do spraw cudzoziemców, Belgia):

- 1) Artykuł 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 oraz uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, należy interpretować w ten sposób, że okoliczność, iż obywatel Unii lub członek jego rodziny w przeszłości wykluczony z możliwości otrzymania statusu uchodźcy zgodnie z art. 1F lit. a) konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców, chociaż nie może automatycznie uzasadnić stwierdzenia rzeczywistego, aktualnego i dostatecznie poważnego zagrożenia narażającego jeden z podstawowych interesów społecznych, może być brany pod uwagę w tym celu, pod warunkiem że okoliczności, które doprowadziły do zastosowania tego postanowienia, wykazują istnienie indywidualnego zachowania stanowiącego takie zagrożenie.

W tym zakresie przyjmujące państwo członkowskie ma obowiązek przeprowadzenia indywidualnej oceny zachowania danej osoby, w szczególności w świetle uwag organów ds. azylu w zakresie wagi zarzucanych jej zbrodni, poziomu jej osobistego zaangażowania w popełnienie tych zbrodni oraz ewentualnego występowania okoliczności uzasadniających zwolnienie z odpowiedzialności karnej.

Brak ryzyka, że dana osoba powtórzy zbrodnie tego rodzaju, o którym mowa w art. 1F lit. a) konwencji genewskiej, w przyjmującym państwie członkowskim, jak również istotny wpływ czasu od momentu zarzucanego popełnienia takich zbrodni nie sprzeciwiają się same w sobie stwierdzeniu rzeczywistego, aktualnego i dostatecznie poważnego zagrożenia narażającego jeden z podstawowych interesów społecznych.

- 2) Artykuł 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38 w związku z art. 7 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że jakiegokolwiek ograniczenie przez państwo członkowskie swobody przemieszczania się i pobytu obywateli Unii lub członków ich rodzin musi być zgodne z zasadą proporcjonalności i musi respektować prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego tej osoby. W tych okolicznościach wspomniane państwo członkowskie powinno wyważyć z jednej strony ochronę podstawowych interesów przywołanych na poparcie takiego ograniczenia, a z drugiej strony interesów tej osoby dotyczących korzystania z tych

¹⁰⁵ Wyrok z dnia 21 lipca 2011 r. (C-325/09, EU:C:2011:498, pkt 55, 63).

swobód, jak również jej życia prywatnego i rodzinnego. Wspomniane państwo członkowskie musi uwzględnić między innymi czynniki wymienione w art. 28 ust. 1 tej dyrektywy w zakresie, w jakim są one istotne w rozpatrywanej szczególnej sytuacji.

- 3) Artykuł 28 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/38 należy interpretować w ten sposób, że okres dziesięciu lat pobytu w przyjmującym państwie członkowskim, z którym wiąże się prawo do ochrony przed wydaleniem ustanowione przez ten przepis, nie obejmuje okresów, w których obywatel Unii zamieszkiwał, przed przystąpieniem do Unii państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiada, w przyjmującym państwie członkowskim bez pozwolenia na mocy prawa krajowego tego państwa członkowskiego.