



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
YVESA BOTA,
predstavljeni 6. marca 2012¹

Zadeva C-348/09

**P. I.
proti
Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Nemčija))

„Direktiva 2004/38/ES — Pravica državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic — Varstvo pred izgonom — Pojma ‚javni red‘ in ‚javna varnost‘ — Pojem ‚nujni razlogi javne varnosti‘ — Kazenska obsodba za spolno zlorabo mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolni napad in posilstvo“

1. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Nemčija) s tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe Sodišče prosi, naj z vidika sodbe Sodišča z dne 23. novembra 2010 v zadevi Tsakouridis² pojasni pogoje za odobritev varstva pred izgonom iz člena 28(3)(a) Direktive 2004/38/ES³.
2. V skladu z navedeno določbo se odločbo o izgonu državljana Unije, ki je prebival v državi članici gostiteljici preteklih deset let, lahko sprejme izključno iz nujnih razlogov javne varnosti.
3. Sodišču je postavljeno vprašanje, ali je pravilna razlaga navedene določbe taka, da spolna zloraba mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolni napad in posilstvo spadajo pod pojem nujnih razlogov javne varnosti. Natančneje, ker je Sodišče v zgoraj navedeni sodbi Tsakouridis sprejelo, da lahko boj proti nedovoljeni trgovini s prepovedanimi drogami v hudodelski združbi spada pod ta pojem, se tukaj zastavlja vprašanje, ali lahko samostojno izvršeno dejanje, ki ga je v postopku v glavni stvari storil P. I., to so spolna zloraba mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolni napad in posilstvo, tudi spada pod navedeni pojem.
4. V teh sklepnih predlogih bom razložil, zakaj menim, da je treba člen 28(3)(a) Direktive 2004/38 razlagati tako, da spolna zloraba mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolni napad in posilstvo ne spadajo pod pojem nujnih razlogov javne varnosti, če se s temi dejanji neposredno ne ogroža miru in fizične varnosti prebivalstva kot celote ali njegovega velikega dela.
5. Nato bom navedel, zakaj je treba člen 28(2) in (3) iste direktive razlagati tako, da državljan Unije na podlagi te določbe ne more uveljaviti pravice do povečane stopnje varstva pred izgonom, če je dokazano, da navedeni državljan izpeljuje to pravico iz kršitvenega ravnanja, ki pomeni resno motnjo za javni red države članice gostiteljice.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — C-145/09, ZOdl., str. I-11979.

3 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 5, str. 46, in popravka, ki ne zadevata slovenske različice, UL L 229, str. 35, in UL 2005, L 197, str. 34).

I – Pravni okvir

A – Direktiva 2004/38

6. Pred začetkom veljavnosti Direktive 2004/38 je obstajalo več direktiv in uredb s področja prostega gibanja oseb in pravice do prebivanja evropskih državljanov. Z navedeno direktivo je bila zakonodaja Unije s tega področja zbrana in poenostavljena.

7. Z njo je bila namreč odpravljena obveznost državljanov Unije, da pridobijo dovoljenje za prebivanje, uvedena je bila pravica do stalnega prebivanja državljanov in določena je bila možnost držav članic, da omejijo prebivanje državljanov drugih držav članic na svojem ozemlju.

8. Glede na merila, ki so bila razvita v sodni praksi Sodišča, Direktiva 2004/38 daje državljanom Unije zlasti varstvo pred izgonom.

9. Države članice lahko zato v skladu s členom 27(1) te direktive pravico do prostega gibanja in prebivanja državljanov Unije omejijo zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja, pri čemer pa so izključeni razlogi na podlagi ekonomskih ciljev.

10. Člen 27(2) navedene direktive določa, da morajo biti ukrepi, sprejeti zaradi javnega reda ali javne varnosti, v skladu z načelom sorazmernosti⁴ in morajo temeljiti izključno na osebnem obnašanju zadevnega posameznika, ki ga zadeva odločba o izgonu⁵. Predhodne kazenske obsodbe same po sebi še ne pomenijo razlogov za sprejetje takšnih ukrepov. Poleg tega mora osebno obnašanje zadevnega posameznika pomeniti resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe⁶.

11. Člen 28(3)(a) Direktive 2004/38, ki se nanaša na varstvo pred izgonom, določa:

„Odločba o izgonu državljanov Unije ne sme biti sprejeta v naslednjih primerih, razen če odločba temelji na nujnih razlogih javne varnosti, ki jih države članice opredelijo:

(a) če so državljani Unije prebivali v državi članici gostiteljici preteklih deset let.“

B – Nemško pravo

12. Določbe Direktive 2004/38 so bile v nemški pravni red prenesene z zakonom o prostem gibanju državljanov Unije (Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern) z dne 30. julija 2004⁷. Člen 6(1) FreizügG/EU med drugim določa, da lahko državljan Unije pravico do gibanja in prebivanja na nemškem ozemlju izgubi samo iz razlogov javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja. Po členu 6(2) FreizügG/EU se kazenske obsodbe, ki še niso bile izbrisane iz osrednjega registra, lahko upoštevajo pri utemeljitvi odločbe o izgonu, če je iz okoliščin, ki so bile podlaga za obsodbe, razvidno osebno obnašanje, ki pomeni resno grožnjo javnemu redu, pri tem pa gre za dejansko in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe.

13. Člen 6(3) FreizügG/EU določa, da je treba pri sprejemanju odločbe o izgonu še posebej upoštevati trajanje prebivanja zadevne osebe na nemškem ozemlju, njeno starost, zdravstveno stanje, družinske in ekonomske razmere, socialno in kulturno vključenost v državo članico gostiteljico ter obseg njenih vezi z izvirno državo.

4 — Glej sodbo z dne 18. maja 1982 v združenih zadevah Adoui in Cornuaille (115/81 in 116/81, Recueil, str. 1665).

5 — Glej sodbo z dne 26. februarja 1975 v zadevi Bonsignore (67/74, Recueil, str. 297).

6 — Glej sodbo z dne 27. oktobra 1977 v zadevi Bouchereau (30/77, Recueil, str. 1999).

7 — BGBl. 2004 I, str. 1950, zakon, kakor je bil spremenjen z zakonom o spremembi zakona o zvezni policiji in drugih zakonov (Gesetz zur Änderung des Bundespolizeigesetzes und anderer Gesetze) z dne 26. februarja 2008 (BGBl. 2008 I, str. 215, v nadaljevanju: FreizügG/EU).

14. V skladu s členom 6(4) FreizügG/EU se lahko izguba pravice do prebivanja in gibanja na nemškem ozemlju po pridobitvi pravice do stalnega prebivanja ugotovi samo iz resnih razlogov.

15. V skladu s členom 6(5) FreizügG/EU se ugotovitev iz člena 6(1) v zvezi z državljani Unije in s člani njihovih družin, ki so na nemškem ozemlju prebivali zadnjih deset let, lahko sprejme samo zaradi nujnih razlogov javne varnosti. Navedeno pravilo ne velja za mladoletnike, če je izguba pravice do prebivanja potrebna v interesu otroka. Nujni razlogi javne varnosti obstajajo le, če je bila zadevna oseba zaradi enega ali več naklepnih kaznivih dejanj pravnomočno obsojena na kazen zavora oziroma kazen mladoletniškega zavora za najmanj pet let ali če je bil z zadnjo pravnomočno obsodbo odrejen varnostni ukrep, če je prizadeta varnost Zvezne republike Nemčije ali če zadevna oseba pomeni teroristično nevarnost.

II – Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

16. P. I., italijanski državljani, je rojen 3. septembra 1965 v kraju Licata (Italija). Od leta 1987 živi na nemškem ozemlju. Njegovo dovoljenje za prebivanje je bilo izdano aprila 1987 in se je redno podaljševalo. Je samski in brez otrok. Nikoli ni končal šolskega oziroma poklicnega izobraževanja, poklicno dejavnost pa je v Nemčiji opravljal le občasno kot nespecializiran delavec. Pred odvzemom prostosti je nazadnje delal kot pomočnik nekdanje partnerice, ki je bila čistilka. Ima pet bratov in sester, od katerih jih nekaj živi v Nemčiji in nekaj v Italiji. Odkar mu je bila odvzeta prostost, njegova mati živi deloma v Nemčiji in deloma v Italiji.

17. Landgericht Köln je 16. maja 2006 P. I. obsodil na zaporno kazen sedem let in šest mesecev zaradi spolne zlorabe mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolnega nasilja in posilstva. Ta sodba je postala pravnomočna 28. oktobra 2006. Dogodki so se odvili med letoma 1990 in 2001. Na začetku teh dogodkov je bila žrtev, hči nekdanje partnerice P. I., stara 8 let. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da jo je P. I. od leta 1992 dalje redno, skoraj tedensko, prisilil k spolnemu občevanju z njim ali drugim spolnim dejanjem, tako da ji med drugim grozil s smrtjo matere ali brata.

18. P. I. je v zaporu od 10. januarja 2006, konec zaporne kazni je določen za 9. julij 2013.

19. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid je z odločbo z dne 6. maja 2008 v skladu s členom 6(1) FreizügG/EU ugotovila izgubo pravice P. I. do vstopa in prebivanja z obrazložitvijo, da na podlagi obsodbe izpolnjuje pogoje iz člena 6(5) FreizügG/EU in da je poleg tega v svoje dejanje vložil veliko moči in svoji žrtvi z dolgoletnim zlorabljanjem povzročil neskončno trpljenje. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid je poleg tega menila, da ni mogoče izključiti ponovitve, ker je dolgo obdobje redno posiljeval svojo žrtev in izvajal spolno nasilje nad njo in ker še vedno ni razvil občutka krivde. V skladu s sporočilom zavoda za prestajanje kazni se P. I. dojema kot dejansko žrtev in še vedno ni pripravljen spoznati, da je protipravnost njegovih dejanj velika. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid je odredila takojšnjo izvršitev odločbe z dne 6. maja 2008 in zagrozila P. I. s prisilno odstranitvijo v Italijo.

20. P. I. je 12. junija 2008 vložil tožbo zoper to odločbo z obrazložitvijo, da ne obstajajo nujni razlogi javne varnosti, zaradi katerih bi bilo mogoče ugotoviti izgubo njegove pravice do vstopa in prebivanja.

21. To tožbo je Verwaltungsgericht s sodbo z dne 14. julija 2008 zavrnilo in v njej menilo, da obstajajo nujni razlogi javne varnosti in da obsodba P. I. kaže na osebno obnašanje, zaradi katerega se je mogoče bati, da bo za osnovni interes družbe, in sicer varstvo deklic in žensk pred spolnimi napadi in posilstvi, nastala sedanja, resnična in dovolj resna grožnja.

22. P. I. je zoper to sodbo vložil pritožbo pri Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, ki je prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali pojem nujni razlogi javne varnosti iz člena 28(3) Direktive 2004/38 obsega le grožnje notranji in zunanji varnosti države v smislu nadaljnjega obstoja države s svojimi institucijami in pomembnimi javnimi službami, preživetja prebivalstva in zunanjih odnosov ter mirnega sožitja med narodi?“

III – Presoja

23. Predložitveno sodišče s svojim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali so dejanja spolne zlorabe mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolni napadi in posilstvo, storjeni v okviru družinskega življenja, nujni razlogi javne varnosti, s katerimi je mogoče utemeljiti izgon državljanu Unije, ki je že več kot deset let na ozemlju države članice gostiteljice.

24. Najprej bom razložil, zakaj menim, da kršitev, kakršno je storil P. I., ne spada pod pojem „nujni razlogi javne varnosti“ v smislu člena 28(3) Direktive 2004/38. Nato bom razložil, zakaj menim, da P. I. kljub temu ne more uveljaviti pravice do povečane stopnje varstva, ki jo podeljujeta ta določba in člen 28(2) iste direktive.

A – Pojem nujni razlogi javne varnosti

25. V zgoraj navedeni sodbi Tsakouridis je Sodišče razsodilo, da je treba člen 28(3) Direktive 2004/38 razlagati tako, da boj proti kriminaliteti, povezani z nedovoljeno trgovino s prepovedanimi drogami v hudodelski združbi, lahko spada pod pojem nujnih razlogov javne varnosti, s katerimi se lahko upraviči izgon državljanu Unije, ki je v državi članici gostiteljici prebival zadnjih deset let.

26. Najprej je namreč navedlo, da nedovoljena trgovina s prepovedanimi drogami v hudodelski združbi pomeni difuzno kriminaliteto, ki je podprta z impresivnimi finančnimi in operativnimi sredstvi in ki ima pogosto mednarodne povezave⁸. Glede uničujočih učinkov kriminalitete, povezane s to trgovino, je v prvi uvodni izjavi Okvirnega sklepa 2004/757/PNZ⁹ navedeno, da nedovoljen promet s prepovedanimi drogami ogroža zdravje, varnost in kakovost življenja državljanov Unije ter zakonito gospodarstvo, stabilnost in varnost držav članic¹⁰. Sodišče je nato ugotovilo, da zasvojenost z drogami pomeni hudo zlo za posameznika ter gospodarsko in socialno nevarnost za človeštvo, in pojasnilo, da bi tovrstna trgovina lahko dosegla takšno raven intenzivnosti, da bi lahko neposredno ogrozila mir in fizično varnost prebivalstva kot celote ali pa njegovega velikega dela¹¹.

27. Vprašanje v obravnavani zadevi je, ali lahko delikt, kakršnega je storil P. I., in sicer spolna zloraba mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolni napad in posilstvo v okviru družinskega življenja, tudi spada pod pojem nujnih razlogov javne varnosti, čeprav gre za samostojno izvršeno dejanje, neodvisno od kakršnega koli sodelovanja storilca v kateri koli mreži.

28. Čeprav ni sporno, da so spolna zloraba mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolni napad in posilstvo zelo resen poseg v temeljno vrednoto družbe, menim, da ta vrsta dejanja ne spada pod pojem „javna varnost“ v smislu člena 28(3) Direktive 2004/38.

29. V zvezi s tem menim, da je koristno opozoriti na filozofijo Direktive 2004/38, ki vsebuje pojme, ki jih je treba primerjati z resničnostjo in posebno naravo kazenskega prava.

30. Cilj te direktive je olajšati vsakemu državljanu Unije temeljno pravico do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic. Ta temeljna pravica izhaja iz državljanstva Unije in se uresničuje pod omejitvami in pogoji, določenimi v tej direktivi¹².

⁸ — Glej točko 46.

⁹ — Okvirni sklep Sveta 2004/757/PNZ z dne 25. oktobra 2004 o opredelitvi minimalnih določb glede elementov kaznivih dejanj in kazni na področju nedovoljenega prometa s prepovedanimi drogami (UL L 335, str. 8)

¹⁰ — Zgoraj navedena sodba Tsakouridis (točka 46).

¹¹ — Ibidem (točka 47).

¹² — Sodba z dne 21. decembra 2011 v združenih zadevah Ziolkowski in Szeja (C-424/10 in C-425/10, ZOdl., str. I-14035, točka 35 in navedena sodna praksa).

31. Ker se s trajanjem prebivanja domneva vključenost državljana Unije v državo članico gostiteljico, Direktiva 2004/38 določa, da se po nepretrganem prebivanju petih let pridobi pravica do stalnega prebivanja v tej državi¹³.

32. Ta pravica do stalnega prebivanja upravičencu podeljuje varstvo pred ukrepom izгона, ki ga je mogoče proti njemu sprejeti le iz resnih razlogov, povezanih z javnim redom ali javno varnostjo¹⁴.

33. Daljše trajanje prebivanja, to je vsaj deset let, podeljuje zadevnemu državljanu Unije povečano stopnjo varstva v zvezi z enakimi ukrepi, ki jih je mogoče sprejeti le iz nujnih razlogov javne varnosti¹⁵. Z razlikovanjem med pojmom „resni razlogi“ in „nujni razlogi“ se že pomembno kaže namen zakonodajalca Unije¹⁶.

34. Dalje, primerjava med odstavkoma 2 in 3 člena 28 Direktive 2004/38 jasno kaže, da se z njenim besedilom uvaja jasno razlikovanje med pojmom javnega reda in javne varnosti, pri čemer je drugi resnejši od prvega in prepreči povečano stopnjo varstva, do katerega je upravičen državljan Unije.

35. Če se ta pojma uporabita na kazenskem področju, ustrezata različnima kriminološkima resničnostma.

36. Vsaka država članica s svojim kazenskim pravom določi okvir javnega reda, saj opredeli prepovedana ravnanja, ki jih kaznuje s sankcijami. V zvezi s tem je jasno, da ker so pravila kazenskega prava v bistvu imperativna, gre pri vseh teh pravilih za javni red v smislu, da jih z željo posameznika ni mogoče izključiti. Oblikovana so ravno za nasprotovanje želji posameznika, ki bi imela posledice, ki bi se šteje za škodljive vrednotam družbe.

37. Kršitev teh pravil zato povzroči motnjo za javni red, ki ga je vzpostavila država članica, to je večjo ali manjšo motnjo glede na naravo storjenega dejanja, motnja, nastala v javnem redu, pa se običajno kaže v tem, kako stroga je kazen, ki jo je za sankcioniranje prepovedenega ravnanja predvidel nacionalni zakonodajalec. Ta presoja se v vsakem posameznem primeru odraža, po potrebi tudi tehta, s kaznijo, ki je dejansko izrečena in ki glede na okoliščine posameznega primera kaže stopnjo motnje, ki je v resnici nastala.

38. Sklicevanje na pojem javne varnosti očitno ne izhaja le avtomatično iz dejstva, da je bila storjena kršitev, temveč iz kršitvenega ravnanja, ki je posebej resno v svojem temelju, posebej resne pa so tudi njegove posledice, ki so večje od škode, povzročene posamezni žrtvi ali žrtvam. Pojma torej nista enaka, in čeprav vsako ravnanje, ki povzroči nevarnost za javno varnost, po definiciji moti javni red, nasprotno ne velja, čeprav bi lahko storjeno dejanje, ko postane znano, v javnem mnenju sprožilo čustvo, ki izraža motnjo, ki jo je povzročila kršitev.

39. Na tem mestu je pomembno navesti, da dejstvo, ali storilec kaznivega dejanja s svojim ravnanjem pomeni nevarnost za javno varnost, ni odvisno torej le od teže storjene kršitve, o čemer daje predstavbo predpisana ali izrečena kazen, temveč zlasti od narave te kršitve.

40. Na tej stopnji splošne analize upoštevanje ponovitvene nevarnosti ni odločilno. Pri kateri kršitvi ne obstaja ponovitvena nevarnost? Kršitev brez ponovitvene nevarnosti ne obstaja. Tudi glede nevarnosti za javno varnost je upoštevna narava te nevarnosti. Če narava ravnanja povzroči tako nevarnost, da za odvrnitev te nevarnosti torej obstajajo nujni razlogi za izgon, so pogoji iz člena 28(3) Direktive 2004/38 izpolnjeni. Sicer lahko pri presoji, ali je treba ta izgon dejansko izvršiti, pristojno sodišče oziroma organ upošteva možnost ponovitve, vendar skupaj z drugimi pogoji ali elementi, ki jih določa ta direktiva ali sodna praksa Sodišča, oziroma ob njihovem tehtanju¹⁷.

13 — Glej člen 16(1) te direktive.

14 — Glej člen 28(2) te direktive.

15 — Glej člen 28(3)(a) Direktive 2004/38.

16 — Zgoraj navedena sodba Tsakouridis (točka 40).

17 — Ibidem (točke od 49 do 53).

41. Katera kršitvena ravnanja torej lahko pomenijo take nevarnosti za javno varnost? Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Tsakouridis podalo opredelitev.

42. Kot sem navedel v točki 26 teh sklepnih predlogov, je Sodišče menilo, da nedovoljena trgovina s prepovedanimi drogami v hudodelski združbi pomeni difuzno kriminaliteto in bi lahko dosegla takšno raven intenzivnosti, da bi lahko neposredno ogrozila mir in fizično varnost prebivalstva kot celote ali pa njegovega velikega dela.

43. Ali spadajo dejanja, ki jih je storil P. I., v opredelitev, ki jo je podalo Sodišče? Ne glede na željo, ki bi jo imeli, da bi na to vprašanje odgovorili pritrdilno, saj z moralnega vidika storjena dejanja vzbujajo spontano neodobravanje in odpor, me pravna analiza vodi do nikalnega odgovora.

44. S kriminološkega vidika namreč ni sporno, da tovrstnega ravnanja, ki se je zgodilo izključno v družinskem okviru, ni mogoče enačiti z ravnanjem „spolnih predatorjev“¹⁸. P. I. sicer neizpodbitno pomeni nevarnost v družinskem okviru, vendar na podlagi narave storjenega dejanja ni dokazano, da pomeni grožnjo za varnost državljanov Unije, ki je izraz, uporabljen v zgoraj navedeni sodbi Tsakouridis. Menim, da dejanje incesta, čeprav je odbijajoče, v zvezi z javno varnostjo ne povzroči enake vrste nevarnosti, kot je tista, ki jo je opredelilo Sodišče v tej sodbi.

45. Če bi se odločilo drugače, bi se s tem priznalo, da je mogoče le z objektivno težo kaznivega dejanja, določeno s kaznijo, predpisano ali izrečeno, upravičiti ukrep izгона iz nujnih razlogov javne varnosti.

46. Vendar moram ugotoviti, da ta pristop po mojem mnenju ni v skladu s filozofijo Direktive 2004/38. Poleg tega je z vzpostavitvijo skupnega območja življenja in gibanja naloženo tudi, da se v globalnem interesu tega skupnega območja, to je socialne kohezije Unije, upošteva pojav kaznivosti, tudi če bi to pomenilo, da se razvijejo skupni načini za njegovo preprečevanje in boj z njim. Menim, da je v tem naloga in ambicija območja svobode, varnosti in pravice. Tega območja ne bi bilo mogoče vzpostaviti na tem, da se vsakega težje kaznovanega storilca kaznivega dejanja le na podlagi sankcije pošlje v izvirno državo članico. To stališče je po mojem mnenju izraženo tudi s to direktivo, saj so države članice, preden izvršijo izgon, zavezane k previdnosti¹⁹.

47. Mogoče bi bilo šteti, da bi lahko navzočnost P. I. v državi članici gostiteljici v zvezi z nekdanjo žrtvijo ustvarila razmere za ponovitev in da bi ga torej bilo treba izgnati zaradi varstva žrtve. Taka možnost, ki je ni mogoče vnaprej izključiti, bi lahko spadala zgolj v besedilo glede območja svobode, varnosti in pravice v okviru ukrepov nadzora po obsodbi, katerih pravna podlaga bi bila drugače kot v Direktivi 2004/38. Glede na to, da o tem vidiku ni bilo kontradiktorne razprave, o njem na tem mestu ne bom razpravljaj, ker bi bilo sicer po mojem mnenju treba ponovno odpreti razpravo.

48. Vendar je treba preučiti vprašanje, ali je P. I. upravičen do povečane stopnje varstva iz člena 28 Direktive 2004/38, to je vprašanje, o katerem so stranke razpravljale.

B – Upravičenost do povečane stopnje varstva na podlagi člena 28(2) in (3) Direktive 2004/38

49. Tako kot nizozemska vlada²⁰ menim, da se člen 28(3) Direktive 2004/38 ne uporabi v primeru P. I., ker njegovo obnašanje in način, kako so bila dejanja storjena, v resnici dokazujeta, da ni bil resnično vključen v družbo in da zato ne more biti upravičen do povečane stopnje varstva, določene v tej določbi.

18 — Kategorija posebej nevarnih kriminalcev, za katere so značilna ravnanja, kot so bila razkrita v zadevah Dutroux in Fourniret.

19 — Glej zlasti člen 27(2) navedene direktive.

20 — Glej točko 37 in naslednje stališč.

50. Menim, da je vzporednost z zadevo Kol²¹, ki jo navaja nizozemska vlada, upoštevna, ker je Sodišče v tem popolnoma drugačnem primeru sprejelo, da je mogoče storilcu zaradi njegovega goljufivega ravnanja odvzeti pravico do dovoljenja za prebivanje.

51. Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Kol navedlo, da opravljanje zaposlitve v okviru dovoljenja za prebivanje, izdanega kot posledica goljufivega ravnanja, ki je privedlo do obsodbe, ne more v korist turškega delavca ustvariti pravic ali utemeljiti njegovega legitimnega pričakovanja²².

52. Menim, da je mogoče to razlogovanje prenesti na to zadevo.

53. Iz uvodne izjave 23 Direktive 2004/38 namreč izhaja, da lahko izgon državljanov Unije in njihovih družinskih članov zaradi javnega reda ali javne varnosti resno prizadene osebe, ki so uveljavile pravice in svoboščine, ki so jim podeljene po Pogodbi ES, in so se *resnično vključile*²³ v državo članico gostiteljico²⁴.

54. Iz tega razloga je, kot je izraženo v uvodni izjavi 24 te direktive, vzpostavljena ureditev varstva pred izgonom, ki temelji na stopnji vključenosti državljanov Unije v državo članico gostiteljico, tako da večja ko je stopnja vključenosti tega državljanov in njihovih družinskih članov v državi gostiteljici, večje je njegovo varstvo pred izgonom²⁵.

55. Člen 28(3) Direktive 2004/38 je, kot sem navedel, najvišja in najpomembnejša stopnja varstva pred izgonom, saj je do te stopnje varstva upravičen državljan Unije, ki je pred ukrepom izгона prebival na ozemlju države članice gostiteljice preteklih deset let.

56. Menim, da ta določba vsebuje le domnevo vključenosti v družbo, ki je v tej zadevi z dejanskim stanjem ovržena.

57. Zakonodajalec Unije namreč izhaja iz načela, da trajanje prebivanja kaže na določeno stopnjo vključenosti v državi članici gostiteljici²⁶. Po obdobju desetih let, preživetem na ozemlju države članice gostiteljice, se domneva, da so vezi med državljanom Unije, ki je uveljavil svoboščino gibanja, in navedeno državo tesne, in sicer tako, da ima ta državljan občutek, da je sestavni del družbe te države, pri čemer gre, opozarjam, za spodbujanje socialne kohezije, ki je eden od temeljnih ciljev Unije²⁷.

58. Menim, da v tej zadevi ni sporno, da bi bil P. I., če bi bilo dejansko stanje ob upoštevanju njegovega datuma znano že, ko je nastalo, preganjan, obsojen in po potrebi izgnan, ne da bi seveda imel možnost sklicevati se na uveljavitev člena 28(3) Direktive 2004/38.

59. P. I. je namreč v tretjem letu prebivanja na ozemlju države članice gostiteljice, torej pred iztekom petih let zakonitega prebivanja, na katerih temelji pravica do stalnega prebivanja, začel zlorabljati mladoletnega otroka svoje partnerice in je to nadaljeval do leta 2001, torej je to trajalo deset let pred ukrepom izгона, sprejetega zoper njega²⁸.

21 — Zadeva, v kateri je bila izdana sodba z dne 5. junija 1997 (C-285/95, Recueil str. I-3069).

22 — Točka 28.

23 — Moj poudarek.

24 — Zgoraj navedena sodba Tsakouridis (točka 24).

25 — Ibidem (točka 25).

26 — Glej predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic (COM(2001) 257 konč.).

27 — Uvodna izjava 17 Direktive 2004/38.

28 — Glej točki 31 in 32 predložitvene odločbe.

60. Vključitev državljana Unije sicer dejansko temelji na krajevnih in časovnih okoliščinah, temelji pa tudi na kvalitativnih dejavnikih²⁹. Menim, da ravnanje P. I., ki je resna motnja za javni red, kaže na popoln neobstoj želje po vključitvi v družbo, v kateri živi in v kateri dolga leta zavestno ni upošteval nekaterih njenih temeljnih vrednot. Danes se sklicuje na posledice izpolnitve desetletnega obdobja, ki ni bilo prekinjeno, ker je njegovo ravnanje zaradi fizičnega in psihološkega nasilja, ki ga je več let podlo izvajal nad svojo žrtvijo, ostalo skrito.

61. Tak položaj, ki pomeni kršitev, pod pretvezo, da je trajal dolgo, ne more ustvariti pravice. Poleg tega člen 35 Direktive 2004/38 določa, da lahko države članice sprejmejo potrebne ukrepe za zavrnitev, prenehanje ali preklic katere koli pravice, dodeljene s to direktivo, v primeru zlorabe pravic ali prevare. Tukaj mora Sodišče določiti posledice take prevare.

62. Če bi se dopustilo, da lahko P. I. iz svojega kršitvenega ravnanja izpelje pravico do povečane stopnje varstva iz člena 28(2) in (3) te direktive, bi to po mojem mnenju škodilo vrednotam, na katerih temelji državljanstvo Unije.

63. P. I. bo seveda moral biti ob tem upravičen do jamstva svojih pravic glede na člen 28(1) te direktive in načela sodne prakse Sodišča o jamstvu temeljnih pravic, to so načela, navedena zlasti v točki 52 zgoraj navedene sodbe Tsakouridis.

64. Glede na zgornje preudarke menim, da je treba člen 28(2) in (3) Direktive 2004/38 razlagati tako, da se državljan Unije na podlagi te določbe ne more sklicevati na pravico do povečane stopnje varstva pred izgonom, če je dokazano, da navedeni državljan izpeljuje to pravico iz kršitvenega ravnanja, ki pomeni resno motnjo za javni red države članice gostiteljice.

IV – Predlog

65. Glede na vse navedeno predlagam, da Sodišče Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen odgovori tako:

Člen 28(3) Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravicah državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC je treba razlagati tako, da spolna zloraba mladoletnika, mlajšega od štirinajst let, spolni napad in posilstvo ne spadajo pod pojem 'nujni razlogi javne varnosti', če se s temi dejanji neposredno ne ogroža miru in fizične varnosti prebivalstva kot celote ali njegovega velikega dela.

Člen 28(2) in (3) Direktive 2004/38 je treba razlagati tako, da se državljan Unije na podlagi te določbe ne more sklicevati na pravico do povečane stopnje varstva pred izgonom, če je dokazano, da navedeni državljan izpeljuje to pravico iz kršitvenega ravnanja, ki pomeni resno motnjo za javni red države članice gostiteljice.

29 — Glej sodbo z dne 21. julija 2011 v zadevi Dias (C-325/09, ZOdl., str. I-6387, točka 64).