



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEJA,
predstavljeni 14. decembra 2017¹

Združeni zadevi C-331/16 in C-366/16

K.

proti

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg, Nizozemska))

in

H. F.

proti

Belgische Staat

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce, Belgija)

„Predhodno odločanje – Državljanstvo Unije – Direktiva 2004/38/ES – Člen 27(2) – Omejitev prostega gibanja in prebivanja zaradi javnega reda in javne varnosti – Resnična, sedanja in dovolj resna grožnja, ki prizadene osnovne interese družbe – Oseba, ki se ji ne prizna status begunca iz razlogov iz člena 1(F)(a) Ženevske konvencije in člena 12(2)(a) Direktive 2011/95/EU – Sorazmernost – Člen 28(1) in (3)(a) Direktive 2004/38/ES – Člen 7 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah – Pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja“

I. Uvod

1. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg, Nizozemska), in Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce, Belgija) Sodišče sprašujeta o razlagi člena 27(2) ter člena 28(1) in (3)(a) Direktive 2004/38/ES² v povezavi s členom 7 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina) in členom 8 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane v Rimu 4. novembra 1950 (v nadaljevanju: EKČP).

¹ Jezik izvirnika: francoščina.

² Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 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/EGS (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 5, str. 46).

2. Ta predloga za sprejetje predhodne odločbe se umeščata v okvir sporov, ki se nanašata na vprašanje, ali so ukrepi, s katerimi se omejujeta prosto gibanje in prebivanje, zagotovljeni z Direktivo 2004/38, ter ki so bili sprejeti v zvezi s posamezniki, ki jim je bil pred pridobitvijo statusa državljan Unije ali družinskega člana državljan Unije zavržen status begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije o statusu beguncev (v nadaljevanju: Ženevska konvencija),³ v skladu s temi določbami.

3. Na podlagi te določbe – katere besedilo je povzeto v členu 12(2)(a) Direktive 2011/95/EU –⁴ se zaščita, ki izhaja iz Ženevske konvencije, ne prizna prosilcem za azil, v zvezi s katerimi obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da so storili kaznivo dejanje proti miru, vojno hudodelstvo ali hudodelstvo zoper človečnost.

4. Predložitveni sodišči v bistvu zanima, ali – in pod katerimi pogoji – je mogoče z dejstvom, da se je za osebo v preteklosti uporabljala določba o zavrnitvi statusa begunca iz člena 1(F)(a) te konvencije, utemeljiti omejitev prostega gibanja in prebivanja, do katerih je ta oseba upravičena na podlagi Direktive 2004/38.

II. Pravni okvir

A. Mednarodno pravo

5. Člen 1 Ženevske konvencije po natančni opredelitvi pojma „begunec“ v oddelku A v oddelku F določa:

„Določbe te konvencije se ne uporabljajo za katerokoli osebo, pri kateri obstajajo resni razlogi za sum:

- (a) da je storila kaznivo dejanje proti miru, vojni zločin ali zločin proti človečnosti, kot jih določajo mednarodni instrumenti, ki sankcionirajo ta kazniva dejanja;
- (b) da je storila hudo nepolitično kaznivo dejanje izven države pribežališča, preden je bila sprejeta vanjo kot begunec;
- (c) da je kriva dejanj, ki so v nasprotju s cilji in načeli Združenih narodov.“

B. Pravo Unije

1. Direktiva 2004/38

6. Člen 27(1) in (2) Direktive 2004/38 določa:

„1. Ob upoštevanju določb tega poglavja lahko države članice omejijo svobodo gibanja in prebivanja državljanov Unije in njihovih družinskih članov ne glede na državljanstvo, in sicer zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja. Na te razloge se ne da sklicevati iz ekonomskih ciljev.

³ Ta konvencija je bila podpisana 28. julija 1951 v Ženevi (*Recueil des traités des Nations unies*, zvezek 189, str. 150, št. 2545 (1954)) in je začela veljati 22. aprila 1954. Dopolnjena je bila s Protokolom o statusu beguncev, sklenjenim 31. januarja 1967 v New Yorku, ki je začel veljati 4. oktobra 1967.

⁴ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. decembra 2011 o standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da so upravičeni do mednarodne zaščite, glede enotnega statusa beguncev ali oseb, upravičenih do subsidiarne zaščite, in glede vsebine te zaščite (UL 2011, L 337, str. 9). Ta določba povzema člen 12(2)(a) Direktive Sveta 2004/83/ES z dne 29. aprila 2004 o minimalnih standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca ali osebe, ki iz drugih razlogov potrebuje mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 7, str. 96), ki se je uporabljala v času nastanka upoštevnih dejstev in je bila nadomeščena z Direktivo 2011/95.

2. Ukrepi, sprejeti zaradi javnega reda ali javne varnosti, so v skladu z načelom sorazmernosti in temeljijo izključno na osebnem obnašanju zadevnega posameznika. Predhodne kazenske obsodbe same po sebi še ne predstavljajo razlogov za sprejetje takšnih ukrepov.

Osebnostno obnašanje zadevnega posameznika mora predstavljati resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe. Utemeljitev, ki niso neposredno povezane s podrobnostmi posameznega primera ali ki se nanašajo na splošno preventivo, niso dovoljene.“

7. Člen 28 te direktive določa:

„1. Pred sprejetjem odločbe o izgonu zaradi javnega reda ali javne varnosti, država članica gostiteljica upošteva še zlasti, koliko časa je zadevna oseba bivala na njenem ozemlju, njegovo/njeno starost, zdravstveno stanje, družinske in ekonomske razmere, socialno in kulturno vključenost v državo članico gostiteljico ter obseg njegovih/njenih vezi z izvirno državo.

2. Država članica gostiteljica ne sme sprejeti odločbe o izgonu proti državljanom Unije ali njihovim družinskim članom, ne glede na državljanstvo, ki imajo pravico do stalnega prebivališča na njenem ozemlju, razen iz resnih razlogov v zvezi z javnim redom ali javno varnostjo.

3. 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

[...]“

2. Direktiva 2011/95

8. Člen 12(2) Direktive 2011/95 določa:

„Državljan tretje države ali oseba brez državljanstva ne more biti begunec, če obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da:

(a) je storil(-a) kaznivo dejanje proti miru, vojni zločin ali zločin proti človeštvu, kot opredeljeno v mednarodnih instrumentih, ki določajo takšna kazniva dejanja;

[...]“

C. Nacionalno pravo

1. Nizozemsko pravo

9. Člen 67 Vreemdelingenwet (zakon o tujcih) z dne 23. novembra 2000 (v nadaljevanju: nizozemski zakon o tujcih) določa:

„1. „Ob upoštevanju določb oddelka 3 lahko [Minister van Veiligheid en Justitie (minister za varnost in pravosodje, Nizozemska)] tujca razglasi za nezaželenega:

[...]

(e) v interesu mednarodnih odnosov Nizozemske.

[...]

3. Z odstopanjem od člena 8 tujec, ki je bil razglašen za nezaželenega, na Nizozemskem ne prebiva zakonito.“

2. Belgijsko pravo

10. Člen 40a(2) wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (zakon o vstopu na ozemlje države, prebivanju, nastanitvi in odstranitvi tujcev) z dne 15. decembra 1980 (v nadaljevanju: belgijski zakon o tujcih) v različici, ki je veljala v času nastanka upoštevni dejstev v zadevi C-366/16, določa, da se za družinske člane državljana Unije med drugim štejejo njegovi ali zakončevi predniki, ki jih z zakoncem vzdržujeta.

11. S členom 43 tega zakona je v belgijsko pravo prenesen člen 27 Direktive 2004/38.

III. Spora o glavni stvari, vprašanja za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

A. Zadeva C-331/16

12. K. ima dvojno državljanstvo – Bosne in Hercegovine in hrvaško. Na Nizozemsko je prišel leta 2001 skupaj z ženo in starejšim sinom. Po navedbah predložitvenega sodišča je odtlej neprekinjeno prebival v tej državi članici. Leta 2006 se je tam rodil njegov mlajši sin.

13. K. je prvo prošnjo za azil vložil kmalu po prihodu na Nizozemsko leta 2001. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (državni sekretar za varnost in pravosodje, Nizozemska, v nadaljevanju: nizozemski Staatssecretaris) je to prošnjo zavrnil z odločbo z dne 15. maja 2003. Ta odločba je temeljila na obstoju tehtnih razlogov za domnevo, da je K. na ozemlju nekdanje Jugoslavije v obdobju med aprilom 1992 in februarjem 1994 storil kazniva dejanja iz kategorij, na katere se nanaša člen 1(F)(a) in (b) Ženevske konvencije. Navedena odločba je postala pravnomočna po izreku sodbe Raad van State (državni svet, Nizozemska) z dne 21. februarja 2005, s katero je bila potrjena.

14. Leta 2011 je K. vložil drugo prošnjo za azil, ki jo je nizozemski Staatssecretaris prav tako zavrnil z odločbo z dne 16. januarja 2013 na podlagi določb o zavrnitvi statusa begunca iz člena 1(F)(a) in (b) Ženevske konvencije. Ta odločba je bila dopolnjena z desetletno prepovedjo vstopa na nizozemsko ozemlje. Raad van State (državni svet) je navedeno odločbo potrdilo s sodbo z dne 10. februarja 2014, po izreku katere je odločba postala pravnomočna.

15. Poleg tega je K. pri nizozemskem Staatssecretaris vložil predlog za razveljavitev prepovedi vstopa na nizozemsko ozemlje, sprejete zoper njega. Ta organ je z odločbo z dne 22. julija 2015 navedeno prepoved razveljavil in jo nadomestil z razglasitvijo zadevne osebe za nezaželeno na podlagi člena 67(1)(e) nizozemskega zakona o tujcih. Ta odločba je bila sprejeta, ker je K. s pristopom Republike Hrvaške k Uniji 1. julija 2013 pridobil status državljana Unije. V nasprotju s prepovedjo vstopa, ki se lahko izda le državljanom tretjih držav, je mogoče razglasitev nezaželenosti sprejeti v zvezi z državljanom Unije.

16. K. je zoper navedeno razglasitev nezaželenosti vložil ugovor pri nizozemskem Staatssecretaris. Ta ugovor je bil zavrnen z odločbo z dne 9. decembra 2015 (v nadaljevanju: sporna odločba v zadevi C-331/16).

17. V tej odločbi je nizozemski Staatssecretaris napotil na svoji odločbi z dne 15. maja 2003 in 16. januarja 2013, s katerima je zavrnil prošnji za azil, ki ju je vložil K. Ta organ je ob sklicevanju na prvo od teh odločb in osnutek, na podlagi katerega je bila sprejeta, ugotovil, da je K. moral vedeti za vojna hudodelstva in hudodelstva zoper človečnost, ki so jih storile posebne enote bosanske vojske, v katere je bil vključen („knowing participation“), in da je tudi sam sodeloval pri teh dejanjih („personal participation“).

18. Zgolj na podlagi teh predhodnih ugotovitev je nizozemski Staatssecretaris menil, da K. z navzočnostjo na Nizozemskem škoduje mednarodnim odnosom te države članice. Po mnenju tega organa je treba preprečiti, da bi ta država postala država gostiteljica za osebe, v zvezi s katerimi obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da so storile katero od vrst dejanj, na katere se nanaša člen 1(F) Ženevske konvencije. Poleg tega bi bilo treba zaradi varstva javnega reda in javne varnosti sprejeti vse potrebno za to, da se prepreči, da bi nizozemski državljani prišli v stik s takimi osebami, še zlasti pa bi bilo treba preprečiti, da bi se s K. na Nizozemskem srečale žrtve kaznivih dejanj, ki se mu očitajo, ali njihovi družinski člani.

19. Na podlagi navedenega je ta organ menil, da K. predstavlja resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadeva osnovne interese nizozemske družbe, v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38.

20. V podporo takemu sklepu je nizozemski Staatssecretaris napotil na sodbe Raad van State (državni svet) z dne 12. septembra 2008,⁵ 16. junija 2015⁶ in 21. avgusta 2015.⁷ V navedenih sodbah je to sodišče menilo, da je zaradi izjemne teže kaznivih dejanj, na katera se nanaša člen 1(F)(a) Ženevske konvencije, grožnja, ki prizadene osnovne interese družbe in ki jo predstavlja navzočnost osebe, ki ji je bil zavrnen status begunca na podlagi te določbe, po svojem bistvu stalno prisotna in torej sedanja. Po mnenju navedenega sodišča za ugotovitev take grožnje ni treba oceniti, kako se bo zadevni posameznik verjetno obnašal v prihodnje.

21. Nizozemski Staatssecretaris je k temu še dodal, da pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, določena s členom 8 EKČP, ni ovira za to, da se K. razglasi za nezaželenega.

22. K. je zoper sporno odločbo v zadevi C-331/16 vložil tožbo pri Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg).

23. V takih okoliščinah se navedeno sodišče *na prvem mestu* sprašuje o združljivosti te odločbe s členom 27(2), drugi pododstavek, Direktive 2004/38. Zlasti glede na čas, ki je pretekel od obdobja, v katerem naj bi K. storil kazniva dejanja, ki spadajo v kategorije iz člena 1(F)(a) in (b) Ženevske konvencije, se navedeno sodišče v bistvu sprašuje, ali je mogoče zgolj zaradi obstoja tehtnih razlogov za domnevo, da je K. storil taka kazniva dejanja, utemeljiti to, da je njegova navzočnost na nizozemskem ozemlju „resnična, sedanja in dovolj resna grožnja, ki prizadene osnovne interese družbe“, v smislu člena 27(2), drugi pododstavek, te direktive. Navedeno sodišče še navaja, da K. ni bil nikoli obsojen.

24. V zvezi s tem ima predložitveno sodišče pomisleke o skladnosti te določbe s sodno prakso Raad van State (državni svet), navedeno v točki 19 teh sklepnih predlogov, na katero se opira sporna odločba v zadevi C-331/16. Ti pomisleki temeljijo tako na besedilu navedene določbe kot na sodni praksi Sodišča, še zlasti sodbah Bouchereau,⁸ B in D,⁹ I¹⁰ ter H. T.¹¹

⁵ NL:RVS:2008:BF1415.

⁶ NL:RVS:2015:2008.

⁷ NL:RVS:2015:2737.

⁸ Sodba z dne 27. oktobra 1977 (30/77, EU:C:1977:172, točke od 27 do 29).

⁹ Sodba z dne 9. novembra 2010 (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točke od 103 do 105).

¹⁰ Sodba z dne 22. maja 2012 (C-348/09, EU:C:2012:300, točka 30).

¹¹ Sodba z dne 24. junija 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, točka 92).

25. Predložitveno sodišče poleg tega navaja še sodbo, ki jo je 27. marca 2013 v Belgiji izreklo Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce),¹² s katero je bil zavrnen kakršen koli avtomatizem med tem, da nizozemski organi uporabijo člen 1(F)(a) Ženevske konvencije zaradi preteklih dejanj družinskega člana državljana Unije, ter obstojem grožnje, s katero se utemelji zavrnitev pravice do prostega gibanja in prebivanja temu družinskemu članu.

26. Ob tem K. v okviru tožbe zoper sporno odločbo v zadevi C-331/16 zlasti trdi, da mednarodni odnosi ne spadajo na področje uporabe pojma „javni red“ v smislu člena 27(2), drugi pododstavek, Direktive 2004/38. Dalje, s pristopom, po katerem bi vsak njegov morebitni stik z eno od njegovih žrtev sam po sebi ustvaril grožnjo za javni red, bi se ta pojem preveč razširil. Vsekakor pa naj nizozemski Staatssecretaris ne bi dovolj obrazložil, zakaj naj bi njegova navzočnost na Nizozemskem škodovala mednarodnim odnosom te države članice. Bilo naj ne bi niti obrazloženih indicov za to, da so na Nizozemskem žrtve dejanj, ki jih je storil K.

27. Na drugem mestu ima Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg) pomisleke glede skladnosti te odločbe z zahtevo iz člena 27(2), prvi pododstavek, Direktive 2004/38, da mora biti vsaka omejitev prostega gibanja in prebivanja državljana Unije v skladu z načelom sorazmernosti. To sodišče se sprašuje tudi o združljivosti navedene odločbe s členom 28(1) in (3)(a) te direktive. V zvezi s tem se sklicuje na točko 3.3 Sporočila Komisije o smernicah za boljši prenos [Direktive 2004/38] ter njeno učinkovitejšo uporabo (v nadaljevanju: Smernice Komisije).¹³

28. V zvezi s tem predložitveno sodišče navaja, da so K. in njegovi družinski člani popolnoma vključeni v nizozemsko družbo, saj od leta 2001 prebivajo na Nizozemskem, kjer se je drugi sin K. tudi rodil in kjer se oba njegova sinova šolata. K. je k temu še dodal, da je njegova družina dobila hrvaško državljanstvo iz povsem tehničnih razlogov, vendar jim je ta država povsem tuja, saj niso tam nikoli prebivali niti tam ne živi noben njihov družinski član. Poleg tega ta še trdi, da si Hrvati, ki so katoliške veroizpovedi, ne morejo več ustvariti življenja v Bosni in Hercegovini, torej državi, s katero njegovih otrok nič ne povezuje.

29. V teh okoliščinah je Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg) prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali je mogoče državljana Unije, pri katerem je bilo, kot v obravnavani zadevi, s pravnomočno odločbo ugotovljeno, da zanj velja člen 1(F)(a) in (b) Ženevske konvencije, v skladu s členom 27(2) Direktive 2004/38 razglasiti za nezaželenega, ker je treba zaradi posebne teže kaznivih dejanj, na katera se nanaša ta določba Ženevske konvencije, domnevati, da je grožnja, ki prizadene osnovne interese družbe, po svojem bistvu stalno prisotna?
2. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen: kako je treba preveriti – če se zgoraj navedenega državljana Unije, pri katerem je bilo ugotovljeno, da zanj velja člen 1(F)(a) in (b) Konvencije o statusu beguncev, namerava razglasiti za nezaželenega – ali je treba njegovo vedenje obravnavati kot resnično, sedanje in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe? Kako pomembno je pri tem, da so bila kazniva dejanja iz člena 1(F), kot v obravnavanem primeru, storjena daleč v preteklosti – v obravnavanem primeru v letih od 1992 do 1994?
3. Kako upošteveno je načelo sorazmernosti pri presoji vprašanja, ali se lahko državljan Unije, pri katerem je bilo – kot v obravnavani zadevi – ugotovljeno, da zanj velja člen 1(F)(a) in (b) Konvencije o statusu beguncev, razglasi za nezaželenega? Ali je treba pri tem – ali ne glede na

¹² Sodba št. 99921.

¹³ Sporočilo Evropskemu parlamentu in Svetu z dne 2. julija 2009 (COM(2009) 313 final). V tej točki so navedeni elementi, povezani z osebnim in družinskim položajem zadevne osebe, ki jih je treba uravnovesiti z osnovnimi interesi družbe, da bi se preverila sorazmernost ukrepa javnega reda ali javne varnosti, katerega namen je zavarovati te interese.

to – upoštevati dejavnike iz člena 28(1) Direktive 2004/38? Ali je treba pri tem – ali ne glede na to – upoštevati tudi desetletno prebivanje v državi članici gostiteljici iz člena 28(3)(a) te direktive? Ali je treba brez omejitev upoštevati dejavnike, ki so navedeni v poglavju 3.3 [Smernic Komisije]?”

B. Zadeva C-366/16

30. H. F. je navedel, da je afganistanski državlján. Leta 2000 je prišel na nizozemsko ozemlje in vložil prošnjo za azil.

31. Immigratie- en Naturalisatiedienst (urad za priseljevanje in naturalizacijo, Nizozemska, v nadaljevanju: pristojni nizozemski organ na področju azila) je z odločbo z dne 26. maja 2003 H. F. zavrnil status begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije. Z odločbo z dne 9. januarja 2006 mu je ta organ zavrnil izdajo dovoljenja za začasno prebivanje na podlagi člena 3 EKČP. Ti odločbi sta bili potrjeni s sodno odločbo in sta postali pravnomočni.

32. Nato je nizozemski Staatssecretaris v zvezi s H. F. sprejel odločbo o prepovedi prebivanja na ozemlju. Na podlagi te odločbe je bil za H. F. v letih 2013 in 2014 izdan razpis ukrepa za zavrnitev vstopa ali prepovedi prebivanja na schengenskem območju za nedoločen čas v skladu s členom 24 Uredbe (ES) št. 1987/2006.¹⁴

33. Iz predložitvene odločbe izhaja, da H. F. v Belgiji ali na Nizozemskem ni bil nikoli obsojen. Predložil je tudi izpis iz kazenske evidence v Afganistanu, v katerem ni vpisov.

34. Polnoletna hči H. F. je nizozemska državljanka. Leta 2011 sta se H. F. in njegova hči nastanila v Belgiji, kjer je zadnjenavedena ekonomsko aktivna.

35. H. F. je pri pooblaščenču Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding (državni sekretar za azil in migracije, socialno vključevanje in boj proti revščini, Belgija, v nadaljevanju: belgijski Staatssecretaris) vložil štiri zaporedne vloge za dovoljenje za prebivanje. Zadnje tri od teh vlog so se nanašale na podelitev dovoljenja za prebivanje kot družinskemu članu državljaná Unije v smislu člena 2(2)(d) Direktive 2004/38, natančneje predniku polnoletne hčere, ki je nizozemska državljanka s prebivališčem v Belgiji. V zvezi z vsemi štirimi prošnjami je bila sprejeta odločba o zavrnitvi pravice do prebivanja skupaj z odločbo, s katero mu je bila naložena obveznost zapustiti belgijsko ozemlje.

36. Odločba o zavrnitvi pravice do prebivanja, dopolnjena z odločbo o naložitvi obveznosti zapustiti belgijsko ozemlje, ki je bila sprejeta v odgovor na četrto vlogo H. F. za dovoljenje za prebivanje, je bila razglašena za nično s sodbo Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce) z dne 17. junija 2015. Po izreku te sodbe je pooblaščenec belgijskega Staatssecretaris 8. oktobra 2015 v zvezi s H. F. sprejel novo odločbo o zavrnitvi več kot trimesečnega prebivanja brez odločbe o naložitvi obveznosti zapustiti ozemlje (v nadaljevanju: sporna odločba v zadevi C-366/16). Pravna podlaga te odločbe je člen 43 belgijskega zakona o tujcih, s katerim je v belgijsko pravo prenesen člen 27 Direktive 2004/38.

¹⁴ Uredba Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 20. decembra 2006 o vzpostavitvi, delovanju in uporabi druge generacije schengenskega informacijskega sistema (SIS II) (UL 2006, L 381, str. 4). Člen 24(1) te uredbe določa, da se „[p]odatki o državljanih tretjih držav, za katere je bil izdan razpis ukrepa za zavrnitev vstopa ali prepovedi prebivanja, [...] vnesejo na podlagi nacionalnega razpisa, ki temelji na odločitvi pristojnih upravnih organov ali sodišč v skladu s poslovnikom, ki je določen v okviru nacionalne zakonodaje“. Odstavek 2 tega člena določa, da se „[r]azpis ukrepa [...] vnese, kadar odločitev iz odstavka 1 temelji na nevarnosti za javni red in varnost ali za nacionalno varnost, ki jo predstavlja prisotnost državljaná tretje države na ozemlju države članice“. Odstavek 3 navedenega člena določa, da se „[r]azpis ukrepa [...] lahko vnese tudi, kadar odločitev iz odstavka 1 temelji na dejstvu, da je bil za državljaná tretje države sprejet ukrep izгона, zavrnitve vstopa ali prisilne odstranitve, pri čemer ukrep ne sme biti razveljavljen ali zadržán in mora vsebovati ali biti dopolnjen s prepovedjo vstopa ali po potrebi prebivanja in mora temeljiti na neupoštevanju nacionalnih predpisov o vstopu ali prebivanju državljanov tretjih držav“.

37. Pooblaščenec belgijskega Staatssecretaris je navedeno odločbo sprejel na podlagi informacij iz spisa azilnega postopka v zvezi s H. F. na Nizozemskem, ki ga je pridobil s sodelovanjem zadnjenavedenega. Iz tega spisa je razvidno, da po mnenju pristojnega nizozemskega organa na področju azila obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da je H. F. storil kazniva dejanja iz kategorij, na katere se nanaša člen 1(F)(a) Ženevske konvencije. H. F. naj bi bil zaradi funkcij, ki jih je opravljal v Afganistanu, udeležen pri vojnih hudodelstvih ali hudodelstvih zoper človečnost ali naj bi dajal ukaze, naj se taka kazniva dejanja storijo. Kot politični sekretar naj bi bil v stiku s KhAD, afganistansko obveščevalno službo v nekdanjem komunističnem režimu, in naj bi v okviru te funkcije poročal o nelojalnih članih. S tem naj bi jih izpostavil tveganju, da bo KhAD kršila njihove temeljne pravice.

38. Pooblaščenec belgijskega Staatssecretaris je menil, da je grožnja, ki prizadene osnovne interese družbe in jo predstavlja navzočnost osebe, v zvezi s katero obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da je storila taka kazniva dejanja, po svojem bistvu stalno prisotna. Ocena prihodnjega obnašanja te osebe naj v takem primeru – ob upoštevanju narave in teže zadevnih kaznivih dejanj ter časa, kraja in okoliščin njihove storitve – ne bi bila pomembna. Zato naj ne bi bilo treba dokazati, da obnašanje navedene osebe pomeni sedanjo grožnjo in da obstaja ponovitvena nevarnost.

39. Ta organ je pojasnil, da je namen zavrnitve pravice do prebivanja v takem primeru zaščititi žrtve teh kaznivih dejanj ter s tem belgijsko družbo in mednarodni pravni red. Iz teh razlogov naj bi bilo to, da je bila H. F. zavrnjena podelitev pravice do prebivanja, v skladu z načelom sorazmernosti.

40. H. F. je zoper to odločbo vložil predlog za zadržanje izvršitve in razglasitev ničnosti pri Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce).

41. To sodišče ima pomisleke v zvezi s skladnostjo predpostavke, na kateri temelji sporna odločba v zadevi C-366/16 in ki je navedena zgoraj v točki 38, s členom 27(2) Direktive 2004/38. Pri tem poudarja, da se ta predpostavka ujema s pristopom nizozemskega Raad van State (državni svet) v sodbi z dne 16. junija 2015.¹⁵

42. Predložitveno sodišče se predvsem sprašuje, ali zaradi obstoja odločbe o zavrnitvi statusa begunca, ki jo je pred približno desetimi leti sprejela druga država članica, organom države članice gostiteljice ni treba preučiti, ali obnašanje zadevne osebe pomeni sedanjo in resnično grožnjo. V zvezi s tem navaja, da se taka odločba že po naravi nanaša na dejstva, ki so se zgodila v preteklosti v državi izvora te osebe.

43. To sodišče pojasnjuje, da H. F. v tožbi zoper sporno odločbo v zadevi C-366/16 zlasti trdi, da je odločba o zavrnitvi statusa begunca, ki jo je sprejel pristojni nizozemski organ na področju azila, temeljila na netočnih informacijah v zvezi z Afganistanom.

44. Navedeno sodišče se sprašuje še o skladnosti sporne odločbe v zadevi C-366/16 s pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, določeno v členu 7 Listine in členu 8 EKČP.

45. V teh okoliščinah je Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce) prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba pravo Unije, zlasti člen 27(2) Direktive 2004/38/ES, po potrebi v povezavi s členom 7 [Listine], razlagati tako, da lahko država članica zavrne vlogo za izdajo dovoljenja za prebivanje, ki jo vложи družinski član, ki je državlján tretje države, v okviru združitve družine z državljanom Unije, ki je izkoristil svojo pravico do prostega gibanja in svobode bivanja, ker naj bi ta družinski član – ki mu je bil v drugi državi članici na podlagi dejstev, ki se nanj nanašajo v posebnem zgodovinsko-družbenem kontekstu njegove izvirne države, na podlagi člena 1(F) Ženevske konvencije in člena 12(2) Direktive

¹⁵ NL:RVS:2015:2008. Glej točko 21 teh sklepnih predlogov.

2011/95/EU zavrnen status begunca – zgolj s svojo navzočnostjo pomenil grožnjo za družbo, če se o obstoju resnične in sedanje grožnje na podlagi vedenja tega družinskega člana v državi članici gostiteljici sklepa izključno na podlagi odločbe o zavrnitvi statusa begunca, ne da bi se ocenila ponovitvena nevarnost v tej državi članici?“

C. Postopek pred Sodiščem

46. Predloga za sprejetje predhodne odločbe v zadevah C-331/16 in C-366/16 sta bila v sodnem tajništvu Sodišča evidentirana 13. junija 2016 oziroma 5. julija 2016. S sklepom predsednika Sodišča z dne 21. julija 2016 sta bili za namene pisnega in ustnega postopka in izdaje sodbe ti zadevi združeni.

47. Pisna stališča so predložili K, belgijska, grška, francoska in nizozemska vlada ter vlada Združenega kraljestva ter Evropska komisija.

48. Obravnave 10. julija 2017 so se udeležili K. in H. F., belgijska, francoska in nizozemska vlada ter vlada Združenega kraljestva ter Komisija.

IV. Analiza

A. Uvodne ugotovitve

49. Ko sta K. in H. F., ki takrat nista spadala na področje uporabe Direktive 2004/38, vstopila na ozemlje Unije, sta želela pridobiti status begunca. Ta status jima je bil zavrnen na podlagi člena 1(F)(a) – samostojno, kar zadeva H. F., oziroma v povezavi s točko (b) te določbe, kar zadeva K. – Ženevske konvencije.

50. K. je pozneje s pristopom Republike Hrvaške k Uniji pridobil status državljana Unije. Kar zadeva H. F., je ta po navedbah Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce) pridobil status družinskega člana državljana Unije, ko se je na belgijskem ozemlju pridružil hčeri, ki je nizozemska državljanka.¹⁶ Zaradi teh sprememb položaja se je za K. in H. F. začela uporabljati Direktiva 2004/38.

51. Člen 1(F) Ženevske konvencije sicer zahteva, da se posameznikom, za katere se uporablja ta določba, zavrne status begunca v smislu navedene konvencije, ne nasprotuje pa temu, da se takim osebam podeli pravica do prebivanja, ločena od tiste, ki temelji na navedenem statusu, če ni tveganja, da bi se ta pravica do prebivanja pomešala z navedenim statusom.¹⁷ Ni sporno, da to, da se osebi, ki ji je zavrnen status begunca, pravica do prebivanja podeli kot državljanu Unije ali družinskemu članu državljana Unije, izpolnjuje ta pogoj.

¹⁶ Člen 3(1) Direktive 2004/38 določa, da se ta direktiva „uporablja za vse državljane Unije, ki se preselijo ali prebivajo v državi članici razen v tisti državi, katere državljani so, in za njihove družinske člane, kot [so] opredeljen[i] v členu 2(2), ki jih spremljajo ali se jim pridružijo“. V skladu s členom 2(2)(d) te direktive predniki državljana Unije v ravni črti pomenijo njegove „družinske člane“, le če jih ta vzdržuje. V predložitveni odločbi ni pojasnjeno, ali H. F. – kot je ta trdil med obravnavo – vzdržuje njegova hči. Je pa v tej odločbi navedeno, da se zanj uporablja člen 2(2)(d) Direktive 2004/38 (glej točko 35 teh sklepnih predlogov), kar pomeni, da je ta pogoj izpolnjen. Sodišče se mora načeloma opreti na dejanske predpostavke, za katere predložitveno sodišče meni, da so dokazane (glej sodbo z dne 28. januarja 1999, van der Kooy (C-181/97, EU:C:1999:32, točka 30), in v tem smislu sodbo z dne 12. februarja 2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82, točka 23)). Zgolj predložitveno sodišče je pristojno za to, da v obravnavani zadevi presodi, ali ima H. F. status družinskega člana državljana Unije.

¹⁷ Glej sodbo z dne 9. novembra 2010, B in D (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točke od 115 do 120). Sodišče je v tej sodbi navedlo, da Direktiva 2011/95 – podobno kot Ženevska konvencija – izhaja iz načela, da lahko države članice v skladu z nacionalnim pravom odobrijo drugo vrsto zaščite, ki je ločena od zaščite, podeljene na podlagi navedenih direktive in konvencije, ter s katero se osebam, ki jim je zavrnen status begunca, prizna pravica do prebivanja na ozemlju teh držav.

52. V obravnavani zadevi je bila pravica do prebivanja, ki jo imata K. in H. F. na podlagi Direktive 2004/38, omejena z ukrepi javnega reda ali javne varnosti v smislu člena 27(2) te direktive (v nadaljevanju: omejevalni ukrepi).¹⁸ Ti ukrepi so temeljili na dejstvu, da sta bili v zvezi z navedenima osebama v preteklosti sprejeti odločbi o zavrnitvi statusa begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije, ki so ju sprejeli azilni organi države članice gostiteljice (kar zadeva K.) ali druge države članice (kar zadeva H. F.).

53. Predložitveni sodišči želita v bistvu izvedeti, ali so bili z navedenimi ukrepi izpolnjeni pogoji iz člena 27(2) Direktive 2004/38 – ki ga je treba, ker omogoča odstopanje od temeljnih svoboščin, podeljenih s PDEU, razlagati ozko.¹⁹

54. Sodišče sprašujeta tudi o združljivosti omejevalnih ukrepov iz postopkov v glavni stvari s pravico do zasebnega in družinskega življenja, določeno s členom 7 Listine in členom 8 EKČP. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg) poleg tega še sprašuje, ali se določbe o varstvu pred izgonom iz člena 28(1) in (3)(a) navedene direktive uporabljajo v položaju, v kakršnem je K.

B. Ugotovitev resnične, sedanje in dovolj resne grožnje, ki prizadene osnovne interese družbe

55. S prvim in drugim vprašanjem, postavljenima v zadevi C-331/16, in vprašanjem, predloženim v zadevi C-366/16, predložitveni sodišči v bistvu sprašujeta, ali – in, če je to primerno, pod katerimi pogoji – lahko država članica šteje, da navzočnost državljana Unije ali njegovega družinskega člana na njenem ozemlju pomeni „resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe“, v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38 z obrazložitvijo, da je bila v zvezi s tem posameznikom v preteklosti sprejeta odločba o zavrnitvi statusa begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije.

56. Natančneje, Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg), Sodišče sprašuje, ali je v tem okviru mogoče upoštevati dolgo časovno obdobje (v obravnavani zadevi več kot 20 let), ki je minilo med domnevno storitvijo kaznivih dejanj, na katerih je temeljila zavrnitev statusa begunca, in sprejetjem zadevnega omejevalnega ukrepa. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce) sprašuje, ali je treba oceniti nevarnost ponovitve dejanj, na katera se nanaša člen 1(F)(a) Ženevske konvencije, v državi članici gostiteljici, pri čemer je treba upoštevati, da so bila ta dejanja storjena v državi izvora zadevne osebe v posebnih zgodovinskih in družbenih okoliščinah.

57. Ta vprašanja kažejo na pomisleke predložitvenih sodišč v zvezi s tem, ali je obrazložitev spornih odločb – po kateri uporaba člen 1(F)(a) Ženevske konvencije v preteklosti pomeni, da je zaradi posebne teže kaznivih dejanj, na katera se nanaša ta določba, navzočnost zadevne osebe na ozemlju države članice gostiteljice grožnja, ki je „po svojem bistvu stalno prisotna“ – v skladu s členom 27(2) Direktive 2004/38.²⁰

58. Za oceno grožnje v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38 je treba najprej opredeliti „osnovni interes družbe“, katerega varstvo lahko pripomore k javnemu redu ali javni varnosti. V obravnavani zadevi K. trdi, da ohranjanje interesov, navedenih v podporo spornima odločbama, ne spada na področje uporabe pojmov „javni red“ ali „javna varnost“ v smislu te določbe. Analizo bom začel z zavrnitvijo te trditve (oddelek 1).

¹⁸ Glej po analogiji sodbo z dne 27. oktobra 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, točka 21).

¹⁹ Glej zlasti sodbo z dne 13. septembra 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, točka 58 in navedena sodna praksa). V sodbi z dne 29. aprila 2004, Orfanopoulos in Oliveri (C-482/01 in C-493/01, EU:C:2004:262, točka 65), je Sodišče menilo, da je treba odstopanja od pravic, povezanih s statusom državljana Unije, razlagati „posebej ozko“.

²⁰ Kar zadeva sporno odločbo v zadevi C-331/16, taka obrazložitev temelji na nekaterih sodbah Raad van State (državni svet), na katere je napoteno v tej odločbi (glej točko 20 teh sklepnih predlogov).

59. V drugi fazi mora zadevna država članica, ki ugotovi tako grožnjo, utemeljiti, v katerem smislu je grožnja, ki jo tem interesom v točno določenem primeru predstavlja osebno obnašanje zadevnega posameznika, resnična, sedanja in dovolj resna. V nadaljevanju bom pojasnil, kaj pomeni ta zahteva v okoliščinah, kot so tiste iz postopkov v glavni stvari (oddelek 2).

1. Opredelevitev „osnovnega interesa družbe“, katerega varstvo je v domeni javnega reda ali javne varnosti

60. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba pojma „javni red“ in „javna varnost“ kot utemeljitev za odstopanje od pravice do prostega gibanja in prebivanja državljanov Unije ali njihovih družinskih članov, razlagati ozko, tako da njunega obsega ne more enostransko določiti vsaka od držav članic brez nadzora institucij Unije. Vendar pravo Unije ne nalaga enotne lestvice vrednot in priznava, da so lahko zahteve javnega reda in javne varnosti različne glede na državo in obdobje. Države članice lahko v glavnem prosto določajo vsebino teh zahtev v skladu s svojimi nacionalnimi potrebami.²¹

61. Ob upoštevanju teh načel je Sodišče že priznalo, da zahteve javnega reda in javne varnosti v smislu določb, ki omogočajo omejitev navedenih svoboščin, niso nujno omejene na varovanje miru in neposredne fizične varnosti prebivalstva zoper tveganje storitve kaznivih dejanj.

62. Tako je presodilo, da pojem javne varnosti, ki vključuje notranjo in zunanjo varnost zadevne države članice, vključuje zlasti „ogrožanje delovanja institucij in temeljnih javnih služb ter preživetje prebivalstva pa tudi tveganje resnih motenj v zunanjih odnosih ali mirnem sožitju med narodi ali ogrožanje vojaških interesov“.²²

63. Zahteve javnega reda sicer ne morejo vključevati ekonomskih interesov²³ niti zgolj preprečevanja družbenih motenj, ki jih pomeni vsaka kršitev zakona,²⁴ lahko pa vključujejo varstvo različnih interesov, za katere zadevna država članica meni, da so osnovni na podlagi njenega sistema vrednot. Konkretno je Sodišče priznalo možnost, da se država članica v nekaterih okoliščinah v okviru javnega reda sklicuje na varstvo osnovnega interesa, tako nepovezanega z mirom in neposredno fizično varnostjo prebivalstva, kot je potreba po zagotovitvi izterjave davčnih terjatev.²⁵

64. V obravnavani zadevi – kot izhaja iz predložitvene odločbe v zadevi C-331/16 – je omejevalni ukrep, sprejet zoper K., prvič, temeljil na nizozemski zakonski določbi, na podlagi katere je mogoče tujca razglasiti za nezaželenega „v interesu mednarodnih odnosov Nizozemske“. Nizozemski Staatssecretaris je v tem okviru navedel, da je treba preprečiti, da bi ta država članica postala država gostiteljica za posameznike, osumljene, da so storili kazniva dejanja proti miru, vojna hudodelstva ali hudodelstva zoper človečnost. V istem smislu je v predložitveni odločbi v zadevi C-366/16 navedeno, da je bil namen omejevalnega ukrepa, sprejetega zoper H. F., zlasti zavarovati mednarodni pravni red.

21 Glej zlasti sodbe z dne 28. oktobra 1975, Rutili (36/75, EU:C:1975:137, točki 26 in 27); z dne 27. oktobra 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, točki 33 in 34), in z dne 22. maja 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, točka 23 in navedena sodna praksa).

22 Glej zlasti sodbo z dne 13. septembra 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, točka 39 in navedena sodna praksa).

23 Kot izhaja iz besedila člena 27(1) Direktive 2004/38.

24 Sodba z dne 13. septembra 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, točka 83 in navedena sodna praksa).

25 Sodba z dne 17. novembra 2011, Aladzhov (C-434/10, EU:C:2011:750, točka 37).

65. V zvezi s tem je francoska vlada trdila, da lahko podobni ukrepi ustrezajo tudi interesu za določitev strogih pravil za varstvo temeljnih vrednot francoske družbe in mednarodnega pravnega reda, navedenih zlasti v členu 21(1) PEU. Ti ukrepi naj bi bili potrebni kot prispevek k ohranjanju socialne kohezije in – kot trdi tudi vlada Združenega kraljestva – zaupanja javnosti v sodne sisteme in sisteme priseljevanja. Zadnjenavedena vlada se poleg tega sklicuje še na interes za ohranitev verodostojnosti pri prizadevanjih Unije in njenih držav članic, kar zadeva varstvo temeljnih vrednot, navedenih v členih 2 in 3 PEU.²⁶

66. *Drugič*, nizozemski Staatssecretaris je omejevalni ukrep iz te zadeve utemeljil s potrebo po tem, da se prepreči, da bi prebivalci Nizozemske prišli v stik s takimi osebami, še zlasti pa to, da bi se z njimi srečale morebitne žrtve ali njihovi družinski člani. Podobno je v predložitveni odločbi v zadevi C-366/16 navedeno, da je bil namen sporne odločbe v tej zadevi zaščititi žrtve oseb, ki jim je bil zavrnen status begunca, in belgijsko družbo.

67. Nizozemska vlada in vlada Združenega kraljestva v zvezi s tem še dodajata, da je sprejetje omejevalnih ukrepov zoper državljane Unije ali njihove družinske člane, ki jim je bil zavrnen status begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije, odgovor na potrebo po tem, da se prepreči nastanek družbene škode, povezane s škandalom, ki bi ga lahko povzročila navzočnost povsem nekaznovanega domnevnega vojnega zločinca na ozemlju zadevne države članice.

68. Menim, da lahko države članice, ne da bi presegle diskrecijsko pravico, ki jo imajo pri opredelitvi vsebine zahtev javnega reda, štejejo, da je varstvo zgoraj opisanih interesov odvisno od teh zahtev. Ob upoštevanju načel, navedenih v točkah 60 in 63 teh sklepnih predlogov, ne vidim nobenega razloga za to, da države članice ne bi smele imeti možnosti, da v skladu s svojimi lestvicami vrednot štejejo, da so navedeni interesi osnovni interesi družbe v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38, katerih varstvo spada na področje javnega reda.

69. Kljub temu pa je možnost omejitve pravice do prostega gibanja in prebivanja, ki izhaja iz Direktive 2004/38, v imenu osnovnih interesov, na katere se država sklicuje, opredeljena s pogoji iz člena 27(2) te direktive.

2. Ugotovitev grožnje za osnovne interese, na katere se država sklicuje, zaradi osebnega obnašanja zadevne osebe

70. V skladu s členom 27(2) Direktive 2004/38 mora „resnična, sedanja in dovolj resna grožnja, ki prizadene osnovne interese družbe“, v smislu te določbe temeljiti izključno na osebnem obnašanju zadevnega posameznika. Utemeljitev, ki niso neposredno povezane s podrobnostmi posameznega primera ali ki se nanašajo na splošno preventivo, niso dovoljene. Poleg tega sprejetja omejevalnega ukrepa ni mogoče utemeljiti samo z obstojem predhodnih kazenskih obsodb.

²⁶ Vlada Združenega kraljestva se poleg tega sklicuje še na to, da morajo države članice izpolniti svoje obveznosti na področju boja proti terorizmu, določene z več resolucijami Varnostnega sveta Združenih narodov, v skladu s katerimi ne smejo dati zatočišča osebam, ki storijo teroristična dejanja ali pomagajo pri njihovi storitvi. Vendar moram k temu pripomniti, da so teroristična dejanja vključena v določbo o zavrnitvi statusa begunca iz člena 1(F)(c) Ženevske konvencije. Ta se v obravnavanih zadevah ne obravnava.

71. V zvezi s tem je Sodišče že večkrat menilo, da zgolj predhodna obsodba zaradi točno določenih kaznivih dejanj ne zadostuje za to, da bi se samodejno ugotovila grožnja, ki prizadene osnovne interese družbe.²⁷ Vendar pa se okoliščine, ki so privedle do te obsodbe, lahko upoštevajo za utemeljitev take ugotovitve, če se na podlagi preučitve vsakega posameznega primera zakrije osebno obnašanje, ki pomeni resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe gostiteljice.²⁸

72. Čeprav v tem okviru ugotovitev take grožnje „na splošno pomeni, da pri zadevnem posamezniku obstaja težnja k [obnašanju, za katero je bila izrečena kazenska sankcija,] tudi v prihodnje“, ²⁹ so lahko v nekaterih okoliščinah pogoji za tako grožnjo izpolnjeni že samo zaradi preteklega obnašanja.³⁰

73. V nadaljevanju (podnaslovom (a)) bom pojasnil, zakaj menim, da je mogoče načela, navedena v točki 71 teh sklepnih predlogov, uporabiti po analogiji, če zoper zadevnega posameznika v preteklosti ni bila izrečena kazenska obsodba, ampak je bila v zvezi z njim sprejeta odločba o zavrnitvi statusa begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije.

74. Potem bom ob upoštevanju sodne prakse, navedene v točki 72 teh sklepnih predlogov, navedel razloge, iz katerih menim, da lahko preteklo obnašanje tega posameznika, kot izhaja iz ugotovitev, na katerih temelji ta odločba, zadostuje za utemeljitev ugotovitve „sedanje“ grožnje, čeprav je od domnevne storitve kaznivih dejanj, ki se zadevnemu posamezniku očitajo, minilo veliko časa in čeprav ne obstaja nagnjenje k ponovni storitvi takih kaznivih dejanj v državi članici gostiteljici (podnaslov (b)).³¹

a) Upoštevnost predhodne uporabe člena 1(F)(a) Ženevske konvencije

1) Upoštevana načela

75. Da bi se opredelilo, ali je mogoče z načeli, navedenimi v točki 71 teh sklepnih predlogov, ustrezno urejati položaj osebe, ki ji je bil v preteklosti zavrnilen status begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije, je treba upoštevati dvoje.

76. Po eni strani bi lahko izjemna teža kaznivih dejanj, na katere se nanaša ta določba, govorila v prid prožnejšemu pristopu z vidika držav članic, ki bi lahko ugotovile grožnjo v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38 samo zato, ker ja bila za zadevno osebo uporabljena določba o zavrnitvi statusa begunca iz člena 1(F)(a) Ženevske konvencije. V njem navedena kazniva dejanja namreč pomenijo kršitev najbolj temeljnih vrednot, ki so osnova tako mednarodnega pravnega reda kot človekovih pravic³² in zadevajo celotno mednarodno skupnost.³³

27 Glej zlasti sodbe z dne 29. aprila 2004, Orfanopoulos in Oliveri (C-482/01 in C-493/01, EU:C:2004:262, točki 68 in 93); z dne 17. novembra 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, točka 38), in z dne 13. septembra 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, točke od 64 do 67). Glej po analogiji tudi sodbo z dne 19. januarja 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, točka 25).

28 Glej zlasti sodbe z dne 27. oktobra 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, točka 28); z dne 29. aprila 2004, Orfanopoulos in Oliveri (C-482/01 in C-493/01, EU:C:2004:262, točka 77), in z dne 7. junija 2007, Komisija/Nizozemska (C-50/06, EU:C:2007:325, točka 41). V tem smislu glej tudi sodbo z dne 13. septembra 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, točka 46).

29 Sodbi z dne 27. oktobra 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, točka 29), in z dne 22. maja 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, točka 30). Glej v tem smislu tudi sodbo z dne 23. novembra 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, točka 50).

30 Sodba z dne 27. oktobra 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, točka 29).

31 Bolj mi je všeč taka formulacija kot pa tista v zvezi z neobstojem „ponovitvene nevarnosti“. Kot je navedla belgijska vlada, pojem „ponovitvena nevarnost“, kot je v splošni rabi, predpostavlja obstoj kazenske obsodbe. Iz predložitvenih odločb pa izhaja, da K. in H. F. nista bila obsojena zaradi obnašanja, ki se jima očita v skladu s členom 1(F)(a) Ženevske konvencije.

32 V zvezi s tem je Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) v sodbi z dne 21. oktobra 2013, Janowiec in drugi proti Rusiji (CE:ECHR:2013:1021JUD005550807, točka 150), na katero je napotila francoska vlada med obravnavo, presodilo, da imajo huda kazniva dejanja po mednarodnem pravu, kot so vojna hudodelstva, genocid ali hudodelstva zoper človečnost, širšo razsežnost kot običajne kazenskopravne kršitve in pomenijo „zanikanje samih temeljev [EKČP]“.

33 Glej člen 5 Statuta Mednarodnega kazenskega sodišča, podpisanega 17. julija 1998 v Rimu (*Recueil des traités des Nations unies*, zvezek 2187, št. 38544), ki je začel veljati 1. julija 2002.

77. Po drugi strani dejstvo, da za uporabo te določbe ni predvidena niti obsodba za kazniva dejanja³⁴ niti dokaz zanje v kazenskopравnem smislu, bolj napeljuje na povečano previdnost v zvezi z upoštevanjem okoliščin, ki so privedle do odločbe o zavrnitvi statusa begunca, kakršne izhajajo iz presoje azilnih organov, za namene utemeljitve ugotovitve take grožnje.

78. Po mojem mnenju navedeno ni ovira za uporabo zgoraj navedenih načel.

79. *Na prvem mestu* menim, da grožnje v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38 ni mogoče ugotoviti samodejno, torej brez širše preučitve, zgolj zato, ker so azilni organi pred tem zadevni osebi zavrnili status begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije. Zdi se mi, da zahteva po preučitvi osebnega obnašanja, ki izhaja iz besedila člena 27(2) Direktive 2004/38, ne dopušča nobenega odstopanja, niti če so dejanja, ki se očitajo zadevni osebi, izjemno huda.

80. Ta pristop je utemeljen tudi z dejstvom, da sta s členom 1(F) Ženevske konvencije in členom 27 Direktive 2004/38 zastavljena različna cilja.³⁵

81. Kot je Sodišče ugotovilo v sodbi B in D,³⁶ je namen določb o zavrnitvi statusa begunca iz člena 12(2) Direktive 2011/95, ki se ujema s členom 1(F) Ženevske konvencije, ta, „da bi bile iz statusa begunca izključene osebe, nevredne ustrezne zaščite, in da bi se preprečilo, da bi dodelitev tega statusa omogočala storilcem nekaterih težjih kaznivih dejanj, da se izognejo kazenski odgovornosti“.

82. Nasprotno pa namen navedenih določb o zavrnitvi statusa begunca ni zavarovati družbo gostiteljico pred morebitno nevarnostjo, ki bi jo lahko predstavljala navzočnost zadevnega prosilca za azil v tej družbi – to je namreč cilj drugih določb Direktive 2011/95.³⁷ Tako je Sodišče presodilo, da uporaba člena 12(2) te direktive ni pogojena s tem, da navedena oseba pomeni sedanjo nevarnost za družbo gostiteljico.³⁸

83. Ob upoštevanju različnih ciljev, zastavljenih s temi določbami, presoje, ki se opravijo za uporabo člena 1(F)(a) Ženevske konvencije – enako kot tiste, na katerih temelji kazenska obsodba –³⁹ ne sovpadajo nujno s presojami, ki jih je treba opraviti z vidika interesov, neločljivo povezanih z varstvom javnega reda in javne varnosti, v skladu s členom 27(2) Direktive 2004/38.⁴⁰

34 Vendar se lahko po navedbah Visokega komisariata Združenih narodov za begunce (v nadaljevanju: UNHCR) člen 1(F)(a) Ženevske konvencije v nekaterih primerih – če so hudodelstva še posebej grozljiva – uporabi, čeprav je bila zadevna oseba obsojena in je odslužila kazen. Glej UNHCR, „Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion: article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés“ (Pojasnilo o uporabi določb o zavrnitvi statusa begunca: člen 1(F) Konvencije o statusu beguncev iz leta 1951) z dne 4. septembra 2003 (v nadaljevanju: Pojasnilo UNHCR), točki 72 in 73. V skladu z uvodno izjavo 22 Direktive 2011/95 lahko „[p]osvetovanja z [UNHCR] prinesejo dragocene napotke državam članicam pri določanju statusa begunca skladno s členom 1 Ženevske konvencije“.

35 Glej v tem smislu sodbo z dne 24. junija 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, točka 77).

36 Sodba z dne 9. novembra 2010 (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točka 104).

37 V skladu s sodbo z dne 9. novembra 2010, B in D (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točka 101), „dejanska nevarnost, ki jo za zadevno državo članico lahko predstavlja begunec, ni upoštevana v okviru člena 12(2), temveč v okviru, po eni strani, člena 14(4)(a), v skladu s katerim lahko ta država članica prekliče podeljen status begunca, kadar obstajajo utemeljeni razlogi, da je obravnavan kot nevaren za varnost, in po drugi strani, njenega člena 21(2), ki določa, da lahko država članica gostiteljica, kot dovoljuje tudi člen 33(2) Ženevske konvencije, vrne begunca, če obstajajo utemeljeni razlogi, da je obravnavan kot nevaren za varnost te države članice“.

38 Sodba z dne 9. novembra 2010, B in D (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točka 105).

39 Glej sodbi z dne 27. oktobra 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, točka 27), in, po analogiji, z dne 11. junija 2015, Zh. in O. (C-554/13, EU:C:2015:377, točka 59).

40 Na ta sklep ne vpliva dejstvo, da sta bili v zvezi s H. F. po sprejetju odločbe o zavrnitvi statusa begunca sprejeta odločba o prepovedi prebivanja na Nizozemskem in razpisana izdaja ukrepa, vnesenega v SIS, kar pomeni, da je država članica, ki je izdala razpis ukrepa, v skladu s členom 24(2) Uredbe št. 1987/2006 menila, da navzočnost zadevnega državljanja tretje države na njenem ozemlju pomeni nevarnost za javni red ali javno varnost (glej opombo 14 k tem sklepnim predlogom). Kot namreč izhaja iz sodbe z dne 10. julija 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, točka 25), omejevalni ukrep ne more temeljiti izključno na razlogih, ki jih navede druga država članica za utemeljitev sprejetja takega ukrepa. Omejevalni ukrep „je treba [...] obravnavati glede na ugotovitve o varstvu javnega reda in javne varnosti države članice, ki [ga] sprejme“. Še toliko manj lahko tak ukrep temelji zgolj na razlogih, ki jih navede druga država članica za sprejetje odločbe o zavrnitvi vstopa ali prepovedi prebivanja v zvezi z državljanom tretje države, ki ne spada na področje uporabe Direktive 2004/38.

84. *Na drugem mestu* pa je mogoče kljub temu upoštevati razloge, na katerih temelji odločba o zavrnitvi statusa begunca, če ob upoštevanju posebnih okoliščin vsakega posameznega primera razkrivajo osebno obnašanje, ki pomeni resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe.⁴¹ V takem primeru je mogoče z okoliščinami, zaradi katerih je bil uporabljen člen 1(F)(a) Ženevske konvencije, utemeljiti tudi ugotovitev grožnje v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38.⁴²

85. Tega načela ni mogoče omajati z dejstvom, da za zavrnitev statusa begunca ni potrebna kazenska obsodba niti ni potrebno, da so kazniva dejanja, ki se očitajo zadevni osebi, dokazana v skladu z dokaznimi standardi, ki se na splošno uporabljajo v kazenskem pravu v pravnih redih držav članic in v mednarodnem kazenskem pravu („onstran razumnega dvoma“).⁴³

86. Iz sodne prakse namreč izhaja, da obstoj kazenske obsodbe po eni strani ne zadostuje, vendar po drugi strani ni niti potreben za podkrepitev ugotovitve resnične, sedanje in dovolj resne grožnje, ki prizadene osnovne interese družbe. Če je to primerno, je mogoče že zgolj s sumom storitve kaznivega dejanja, v povezavi z drugimi elementi v zvezi s posameznim primerom utemeljiti ugotovitev grožnje za javni red ali javno varnost.⁴⁴

87. Še toliko bolj je mogoče za utemeljitev take ugotovitve upoštevati „tehtne razloge za domnevo“, da je zadevna oseba storila eno od vrst kaznivih dejanj, na katere se nanaša člen 1(F)(a) Ženevske konvencije – ki bolj kot zgolj sume vključujejo jasne, zanesljive, verodostojne in prepričljive dokaze –⁴⁵ in sicer skupaj z vsemi drugimi elementi.⁴⁶

88. Poleg tega je mogoče to, da je bil v členu 1(F) te konvencije izoblikovan navedeni dokazni standard, ki je nižji od tistega, ki prevlada v kazenskem pravu, pojasniti z dejstvom, da se ta določba najpogosteje nanaša na osebe, ki jim ni bilo sojeno – in so bile torej še toliko manj obsojene – za kazniva dejanja, ki se jim očitajo.⁴⁷ Eden od ciljev določb o zavrnitvi statusa begunca je namreč prav boj proti

41 V praksi se morajo nacionalni organi, preden sprejmejo omejevalni ukrep, seznaniti s spisom azilnega postopka zadevne osebe. V primeru odločbe o zavrnitvi statusa begunca, ki jo je sprejela druga država članica in na podlagi katere je bil razpisan ukrep, vnesen v SIS, mora ta država v skladu z načelom lojalnega sodelovanja državi članici gostiteljici osebe, za katero je bil izdan razpis ukrepa, dati na voljo dodatne podatke, ki ji omogočajo, da konkretno presodi pomembnost grožnje, ki bi jo lahko predstavljala ta oseba (glej sodbo z dne 31. januarja 2006, Komisija/Španija (C-503/03, EU:C:2006:74, točka 56)).

42 Elemente, ki jih je treba upoštevati v tem okviru, bom podrobno opredelil v točkah od 91 do 100 teh sklepnih predlogov.

43 Glej zlasti člen 66(3) Statuta Mednarodnega kazenskega sodišča ter člen 87(A) Pravil o postopku in dokazih Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo, sprejetih 11. februarja 1994, kakor so bila nazadnje spremenjena 8. julija 2015.

44 Sodišče se je v tem smislu izreklo v sodbi z dne 11. junija 2015, Zh. in O. (C-554/13, EU:C:2015:377, točka 52), kar zadeva razlago člena 7(4) Direktive 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav (UL 2008, L 348, str. 98). Države članice lahko na podlagi te določbe odstopijo od obveznosti odobritve obdobja za prostovoljni odhod v primeru izгона državljana tretje države, ki ogroža javni red ali javno varnost. Sodišče je ta sklep obrazložilo z ugotovitvijo, da „so države članice pretežno proste, da v skladu s svojimi nacionalnimi potrebami opredelijo pojem javnega reda, in [da iz nobene določbe Direktive 2008/115] ni mogoče sklepati, da je v zvezi s tem nujna kazenska obsodba“. Menim, da je mogoče to razlogovanje in sklep, ki izhaja iz njega, prenesti na razlago člena 27(2) Direktive 2004/38. Države članice imajo namreč široko diskrecijsko pravico pri opredelitvi zahtev javnega reda tudi v okviru te določbe, Direktiva 2004/38 pa nič bolj ne določa potrebe po kazenski obsodbi.

45 Glej UNHCR, *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 5: application des clauses d'exclusion, article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (Smernice v zvezi z mednarodno zaščito št. 5: uporaba določb o zavrnitvi statusa begunca, člen 1(F) Konvencije iz leta 1951) z dne 4. septembra 2003 (točki 34 in 35), priložene Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés (Vodnik in smernice v zvezi s postopki in merili, ki se uporabijo za določitev statusa begunca), Ženeva, december 2011; Pojasnilo UNHCR, točke od 107 do 109, in Statement on Article 1F of the 1951 Convention, julij 2009, str. 10.

46 Glej točke od 91 do 100 teh sklepnih predlogov.

47 Glej kljub temu opombo 34 teh sklepnih predlogov.

nekaznovanosti, tako da se prepreči, da bi se institut azila uporabil za izogibanje kazenskemu pregonu.⁴⁸ Dalje, azilni organi nimajo niti pristojnosti niti sredstev, da bi lahko dokazali kazniva dejanja, ki so se poleg tega domnevno zgodila v dejanskih okoliščinah, ki jih je še posebej težko razjasniti.⁴⁹

89. V obravnavani zadevi iz predložitvenih odločb izhaja, da je bil namen omejevalnih ukrepov, sprejetih zoper K. in H. F., predvsem preprečiti motnje, ki bi jih lahko njuna navzočnost na ozemlju države članice gostiteljice povzročila v družbi, še zlasti za njune morebitne žrtve. Po navedbah nizozemske vlade te motnje zajemajo šok, ki bi ga lahko povzročila navzočnost povsem nekaznovanih oseb, osumljenih storitve najhujših kaznivih dejanj po mednarodnem pravu, na tem ozemlju.

90. Ob upoštevanju vsega navedenega menim, da je mogoče dejstvo, da je bil posamezniku zavrnen status begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije – čeprav z njim ni mogoče samodejno utemeljiti ugotovitve resnične, sedanje in dovolj resne grožnje, ki prizadene osnovne interese družbe – upoštevati v ta namen, če okoliščine, zaradi katerih je bila ta določba uporabljena, kot izhajajo iz presoje, ki so jih opravili azilni organi, kažejo na osebno obnašanje, ki pomeni tako grožnjo.

2) Elementi, ki omogočajo presojo, ali okoliščine, na katerih temelji zavrnitev statusa begunca, razkrivajo osebno obnašanje, ki pomeni resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe

91. Kot je Sodišče poudarilo v sodbah B in D⁵⁰ ter Lounani⁵¹, je treba pred zavrnitvijo statusa begunca celostno preučiti natančne okoliščine vsakega posameznega primera. V skladu z različnimi stališči UNHCR te poleg narave kaznivih dejanj, katerih storitve je zadevna oseba osumljena, vključujejo raven osebne vpletenosti te osebe v kazniva dejanja ter morebitni obstoj razlogov za izključitev kazenske odgovornosti, kot sta prisila ali samoobramba.⁵²

92. Vse te okoliščine, kot so jih ugotovili azilni organi, je treba po mojem mnenju upoštevati tudi pri oceni, ali osebno obnašanje zadevne osebe pomeni grožnjo v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38. V tem okviru je mogoče velik pomen pripisati izjemni teži kaznivih dejanj, na katere se nanaša člen 1(F)(a) Ženevske konvencije, ki se ji očitajo. Je pa treba kljub temu preučiti tudi preostale upoštevne dejavnike.

93. Naj zlasti v zvezi z ravno osebne vpletenosti pripomnim, da se na podlagi člena 12(3) Direktive 2011/95 šteje, da je prosilec za azil „storil“ kaznivo dejanje v smislu odstavka 2 tega člena, če je napeljeval k izvrševanju tega kaznivega dejanja ali je pri njem kako drugače sodeloval.⁵³

⁴⁸ Glej točko 81 teh sklepnih predlogov.

⁴⁹ Glej v zvezi s tem sodbo Bundesverwaltungsgericht (zvezno upravno sodišče, Švica) z dne 11. maja 2010, Y. in družina proti Office fédéral des migrations (ODM) (E-5538/2006, BVGE, točka 5.3.2.2). To sodišče v navedeni sodbi poudarja, da je mogoče dokazni standard, določen s členom 1(F) Ženevske konvencije, utemeljiti tako s ciljem odločb, ki temeljijo na tej določbi – s katerimi ne glede na njihovo težo niso naložene kazenske sankcije – kot tudi z omejenimi preiskovalnimi sredstvi, ki so na voljo azilnim organom za zbiranje dokazov o dejstvih, ki so se zgodila v okoliščinah, ki jih je pogosto težko razjasniti.

⁵⁰ Sodba z dne 9. novembra 2010 (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točka 87).

⁵¹ Sodba z dne 31. januarja 2017 (C-573/14, EU:C:2017:71, točka 72).

⁵² Glej zlasti Smernice UNHCR (točke od 10 do 13 in od 18 do 23) ter Pojasnilo UNHCR (točke od 50 do 75).

⁵³ Glej tudi Pojasnilo UNHCR (točke od 50 do 56).

94. V zvezi s tem je Sodišče v sodbi B in D⁵⁴ presodilo, da azilni organi osebi ne morejo zavrniti statusa begunca zgolj zato, ker je v preteklosti pripadala organizaciji, ki je sodelovala pri eni od vrst kaznivih dejanj, na katere se nanaša člen 1(F) Ženevske konvencije, ne da bi preverili, ali ji je mogoče ob upoštevanju vseh okoliščin pripisati del odgovornosti za kazniva dejanja, ki se očitajo tej organizaciji. Te okoliščine zajemajo „vlogo, ki jo je dejansko imela zadevna oseba pri izvršitvi zadevnih dejanj, njen položaj v organizaciji, stopnjo poznavanja, ki jo je imela ali naj bi jo imela o dejavnostih organizacije, morebiten pritisk, ki mu je bila podvržena, ali druge dejavnike, ki lahko vplivajo na njeno vedenje“.⁵⁵

95. V obravnavani zadevi K. trdi, da mu je bil status begunca zavrnilen na podlagi obvezne funkcije, ki jo je opravljal v bosanski vojski. Po njegovih navedbah praksa nizozemskih azilnih organov ne izpolnjuje zahteve po posamični preučitvi ravni osebne vpletenosti zadevnega prosilca za azil.

96. Kar zadeva H. F., ta trdi, da so nizozemski organi zanj uporabili določbo o zavrnitvi statusa begunca zgolj zato, ker je pri KhAD opravljal preprosto logistično funkcijo.⁵⁶

97. Naj v zvezi s tem opozorim, da organi države članice gostiteljice pri sprejetju omejevalnega ukrepa sicer nimajo pooblastila za izpodbijanje utemeljenosti odločbe o zavrnitvi statusa begunca,⁵⁷ morajo pa kljub temu preveriti, ali je mogoče z elementi, na podlagi katerih so azilni organi sprejeli to odločbo, utemeljiti tudi ugotovitev grožnje v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38.

98. Z vidika te določbe je mogoče z okoliščino, da zadevna oseba pripada ali je v preteklosti pripadala organizaciji, vpleteni v kazniva dejanja, utemeljiti ugotovitev take grožnje, le če ta okoliščina kaže na osebno obnašanje, ki škoduje javnemu redu ali javni varnosti.⁵⁸

99. V sodbi H. T.⁵⁹ je Sodišče po analogiji uporabilo razlogovanje, ki ga je razvilo v sodbi B in D⁶⁰ (predstavljeno v točki 94 teh sklepnih predlogov) pri razlagi člena 24(1) Direktive 2011/95. V skladu s to določbo je mogoče begunca zavrniti izdajo dovoljenja za prebivanje iz „nujnih razlogov nacionalne varnosti ali javnega reda“. Po mnenju Sodišča pojem „javni red“ v smislu navedene določbe predpostavlja – podobno kot to določa člen 27(2) Direktive 2004/38 – „resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe“.⁶¹ Vendar je Sodišče presodilo, da takšna grožnja ne more temeljiti zgolj na preteklih dejanjih podpore organizaciji, vpleteni v kazniva dejanja, ne da bi se preučila osebna odgovornost zadevnega begunca pri izvajanju teh dejanj ob upoštevanju natančnih dejstev.⁶² Takšen sklep se mi zdi ustrezen tako glede razlage člena 24(1) Direktive 2011/95 kot člena 27 Direktive 2004/38, saj je Sodišče v sodbi H. T.⁶³ presodilo, da je treba pojem „javni red“ v smislu teh dveh določb razlagati podobno.

54 Sodba z dne 9. novembra 2010 (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točke od 88 do 99). Čeprav se ta sodba nanaša na uporabo določb o zavrnitvi statusa begunca iz člena 12(2)(b) in (c) Direktive 2011/95 – ki se ujema s členom 1(F)(b) in (c) Ženevske konvencije – razlogovanje Sodišča in sklep, ki izhaja iz njega, po mojem mnenju veljata tudi za določbo o zavrnitvi iz točke (a) teh določb.

55 Sodba z dne 9. novembra 2010, B in D (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točka 97).

56 H. F. napotuje na dokument, vложен v spis, ki ga je Sodišču predložilo predložitveno sodišče v zadevi C-366/16, v katerem je UNHCR javno podvomil o tem, ali je nizozemska praksa, v skladu s katero se predpostavi upoštevnost določb o zavrnitvi statusa begunca za afganistanske prosilce za azil, ki so delali na položajih uradnikov ali nepooblaščenih uradnikov pri KhAD, v skladu z Ženevsko konvencijo. Glej tudi UNHCR, Note on the Structure and Operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978–1992, maj 2008.

57 Če je odločbo o zavrnitvi statusa begunca sprejela druga država članica, tako izpodbijanje poleg tega ne bi bilo združljivo z vzajemnim zaupanjem, na katerem temelji sistem, vzpostavljen z Uredbo (EU) št. 604/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, ki jo v eni od držav članic vložijo državljani tretje države ali oseba brez državljanstva (UL 2013, L 180, str. 31), kakor je to poudarjeno v uvodni izjavi 22 te uredbe.

58 Glej v zvezi s tem sodbo z dne 4. decembra 1974, van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, točka 17), navedeno v točki 3.2 smernic Komisije.

59 Sodba z dne 24. junija 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413).

60 Sodba z dne 9. novembra 2010 (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točke od 88 do 99).

61 Sodba z dne 24. junija 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, točki 77 in 79).

62 Sodba z dne 24. junija 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, točke od 86 do 90).

63 Sodba z dne 24. junija 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, točka 77).

100. Predložitveni sodišči bosta morali presoditi, ali so bili omejevalni ukrepi iz postopkov v glavni stvari sprejeti na podlagi posamične preučitve – opravljene na podlagi ugotovitev, s katerimi je bila utemeljena zavrnitev statusa begunca K. in H. F. – vseh zgoraj navedenih elementov ali ne.

b) Upoštevnost časa, ki je pretekel od domnevne storitve kaznivih dejanj, in neobstoj nagnjenja k ponovni storitvi takih dejanj

101. Kazniva dejanja proti miru, vojna hudodelstva in hudodelstva zoper človečnost, na katera se nanaša člen 1(F)(a) Ženevske konvencije, na splošno pomenijo dejanja, storjena v tretji državi pred prihodom zadevnega prosilca za azil na ozemlje države članice gostiteljice. Kot so navedli K., nizozemska in francoska vlada ter vlada Združenega kraljestva, je zelo malo verjetno, da bi bila taka kazniva dejanja ponovno storjena v tej državi članici, potem ko navedena oseba prispe vanjo.⁶⁴ Ta dejanja so namreč že po opredelitvi – kot je pripomnilo Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce) – povezana s posebnimi geografskimi, zgodovinskimi in družbenimi okoliščinami v tej tretji državi, še zlasti s položajem konflikta v tej državi.

102. Menim, da navedeno ni nujno odločilno v položajih, kot sta tista iz postopkov v glavni stvari.

103. *Na prvem mestu*, kot izhaja iz sodne prakse, navedene v točki 72 teh sklepnih predlogov, sedanost grožnje ne pomeni nujno, da obstaja tveganje, da se bo obnašanje, ki škoduje javnemu redu ali javni varnosti, ponovilo. V nekaterih okoliščinah je mogoče že samo s preteklim obnašanjem utemeljiti ugotovitev, da osebno obnašanje zadevnega posameznika predstavlja grožnjo, zaradi katere so izpolnjeni pogoji iz člena 27(2) Direktive 2004/38.

104. Menim, da te okoliščine zajemajo položaje, v katerih se država članica v podporo omejevalnemu ukrepu sklicuje na grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe in ni odvisna od tveganja, da se bo obnašanje, ki je privedlo do storitve kaznivega dejanja, ponovilo.⁶⁵

105. V obravnavani zadevi sporni odločbi nista bili sprejeti zaradi preprečitve tveganja, da bi K. in H. F. v prihodnje na ozemlju države članice gostiteljice storila kazniva dejanja proti miru, vojna hudodelstva ali hudodelstva zoper človečnost. Nasprotno, ti odločbi sta se nanašali na preprečitev družbenih motenj in motenj v mednarodnih odnosih, ki bi jih lahko povzročila njuna navzočnost na tem ozemlju zaradi izjemne teže preteklih ravnanj, katerih storitve sta osumljena, in sicer neodvisno od njunega sedanjega in prihodnjega obnašanja. Ob upoštevanju navedenih osnovnih interesov torej zadevno grožnjo pomeni navzočnost oseb, osumljenih, da so nekoč storile taka kazniva dejanja, ne pa njihovo sedanje ali prihodnje obnašanje v državi članici gostiteljici. Taka grožnja lahko izpolni pogoj glede sedanjosti iz člena 27(2) Direktive 2004/38, saj – kot sta poudarili nizozemska vlada in vlada Združenega kraljestva – mora biti sedanja grožnja, ne pa obnašanje zadevne osebe.

⁶⁴ Poleg tega je Sodišče že pojasnilo, da uporaba določbe o zavrnitvi statusa begunca ni nujno odvisna od obstoja „sedanje nevarnosti“ za zadevno državo članico (glej točko 82 teh sklepnih predlogov).

⁶⁵ Menim, da je treba prav tako s tega vidika razumeti trditev iz točke 3.2 Smernic Komisije, da „je nevarnost ponovitve kaznivega dejanja upoštevanja vredna“. To trditev je mogoče upoštevati zgolj v zvezi z omejevalnimi ukrepi, katerih namen je varovanje miru in fizične varnosti prebivalstva zoper tveganje ponovitve kaznivih dejanj. Ni je mogoče upoštevati pri omejevalnih ukrepih, katerih namen je ohraniti osnovne interese drugačne vrste.

106. Na *drugem mestu* je treba čas, ki je pretekel od domnevne storitve zadevnih kaznivih dejanj, sicer upoštevati pri preverjanju, ali je zatrjevana grožnja sedanja,⁶⁶ ni pa nujno, da ji je zato taka narava odvzeta. Tveganje družbenih motenj in motenj v mednarodnih odnosih, ki bi jih lahko povzročilo to, da je na ozemlju države članice navzoča oseba, osumljena storitve kaznivih dejanj proti miru, vojnih hudodelstev ali hudodelstev zoper človečnost, lahko obstaja še naprej – ali včasih še bolj – če ta oseba dolgo ni bila kaznovana. Poleg tega kazniva dejanja, za katera se uporablja člen 1(F)(a) Ženevske konvencije, v skladu z različnimi akti mednarodnega kazenskega prava ne zastarajo.⁶⁷

107. Če bi bila na podlagi preučitve osebnega obnašanja zadevnih oseb, opravljene ob upoštevanju zgoraj navedenega, ugotovljena grožnja v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38, bi bilo treba še preveriti, ali se s sprejetjem omejevalnih ukrepov iz postopkov v glavni stvari upošteva načelo sorazmernosti in ali se spoštujejo temeljne človekove pravice teh oseb.

C. Preučitev sorazmernosti omejevalnih ukrepov ter njihove skladnosti s pravico do zasebnega in družinskega življenja

108. S tretjim vprašanje *Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg* (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg) Sodišče sprašuje o pravilih za presojo sorazmernosti, ki se zahteva pri sprejetju omejevalnega ukrepa zoper posameznika, ki mu je bil pred tem zavržen status begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije.

109. Natančneje, to sodišče sprašuje, ali je treba v tem okviru upoštevati dejavnike, navedene v členu 28(1) Direktive 2004/38 in povzete v točki 3.3 Smernic Komisije. Poleg tega ga v bistvu zanima, ali se za položaj K. uporablja okrepljeno varstvo, ki ga na podlagi člena 28(3)(a) te direktive uživajo državljani Unije, ki so prebivali v državi članici gostiteljici preteklih deset let.

110. Tudi *Raad voor Vreemdelingenbetwistingen* (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce) je Sodišču postavilo vprašanje glede združljivosti omejevalnega ukrepa, kot je sporna odločba v zadevi C-366/16, s členom 7 Listine. Kot bom pojasnil v nadaljevanju, je preučitev sorazmernosti omejevalnega ukrepa neločljivo povezana s preverjanjem njegove skladnosti s temeljnimi pravicami. Da bi se temu sodišču koristno odgovorilo, mu je treba torej predložiti tudi nekaj smernic v zvezi s pravili te preučitve v okviru zadeve, ki mu je predložena v odločanje.

1. Zahteva po ustreznosti in potrebnosti omejevalnih ukrepov

111. Načelo sorazmernosti, ki ga je treba upoštevati na podlagi člena 27(2) Direktive 2004/38, pomeni, da mora biti vsak omejevalni ukrep „primeren za zagotovitev uresničitve zastavljenega cilja“ in ne sme iti „preko tega, kar je potrebno za doseg tega cilja“.⁶⁸

112. Za izpolnitev teh zahtev mora država članica gostiteljica zlasti preveriti, ali je mogoče sprejeti alternativne ukrepe, ki manj posegajo v pravico do prostega gibanja in prebivanja zadevne osebe, bi bili pa enako učinkoviti za varstvo navedenih osnovnih interesov.⁶⁹

⁶⁶ Glej po analogiji sodbo z dne 11. junija 2015, Zh. in O. (C-554/13, EU:C:2015:377, točka 62). V skladu s sodno prakso je treba namreč obstoj grožnje v smislu člena 27(2) Direktive 2004/38 oceniti v obdobju, ko je zadevni omejevalni ukrep sprejet (sodba z dne 29. aprila 2004, Orfanopoulos in Oliveri (C-482/01 in C-493/01, EU:C:2004:262, točke od 77 do 79)).

⁶⁷ Glej zlasti člen 29 Statuta Mednarodnega kazenskega sodišča ter Evropsko konvencijo o nezastaranju vojnih hudodelstev in hudodelstev zoper človečnost, podpisano 25. januarja 1974 (*Série des traités européens*, št. 82).

⁶⁸ Glej zlasti sodbe z dne 26. novembra 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, EU:C:2002:712, točka 43); z dne 10. julija 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, točka 29), in z dne 17. novembra 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, točka 40).

⁶⁹ Sodbi z dne 17. novembra 2011, Aladzhov (C-434/10, EU:C:2011:750, točka 47), in, po analogiji, z dne 23. novembra 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, točka 49).

113. V zvezi s tem bi se lahko kdo vprašal – kot je K. navedel na obravnavi – ali ne bi bili osnovni interesi, na katere se sklicuje v obravnavani zadevi, bolje zagotovljeni, če bi država članica gostiteljica zadevno osebo kazensko preganjala,⁷⁰ kadar ima za to ekstrateritorialno pristojnost.⁷¹ Izgon zadevne osebe v drugo državo članico (kot v položaju K.) ali tretjo državo brez zagotovil, da bo tam postavljena pred sodišče, namreč ne more rešiti težav, povezanih z nekaznovanostjo domnevnih storilcev kaznivih dejanj, na katera se nanaša člen 1(F)(a) Ženevske konvencije.⁷²

114. Vendar pa menim, da je v zvezi s tem potrebne nekaj zadržanosti in da je treba priznati, da se lahko države članice ne glede na obveznosti izvajanja ekstrateritorialne pristojnosti, ki so jim naložene z mednarodnim kazenskim pravom,⁷³ z grožnjo, ki jo lahko predstavlja navzočnost osebe, ki ji je bil zavrnen status begunca, spoprimejo tako, da tej osebi – namesto da bi jo postavile pred sodišče – zavrnejo prebivanje. Kot trdi vlada Združenega kraljestva, lahko država članica v nekaterih primerih oceni, da ni zmožna izvesti kazenskega pregona zoper tako osebo, pa čeprav zgolj zaradi težavnosti zbiranja dokazov in dokazovanja upoštevni dejstev.⁷⁴ Zdi se mi, da ti izzivi presegajo okvir obravnavanih zadev.

2. Tehtanje legitimnih interesov iz obravnavanih zadev

a) Upoštevena načela

115. Zahteva po sorazmernosti omejevalnega ukrepa na podlagi člena 27(2) Direktive 2004/38 vključuje tudi prizadevanje za zagotovitev pravičnega ravnotežja med varstvom pravic, ki jih imajo državljani Unije in njihovi družinski člani na podlagi te direktive, na eni strani ter varstvom osnovnih interesov družbe gostiteljice na drugi.⁷⁵

⁷⁰ V zvezi s tem je v točki 7 obrazložitve Sklepa Sveta 2003/335/PNZ z dne 8. maja 2003 o preiskavi in sodnem pregonu genocida, hudodelstev zoper človečnost in vojnih zločinov (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 154) navedeno, da morajo „[p]ristojni organi držav članic [...] zagotoviti, da se v primeru, ko so obveščeni, da je oseba, ki je zaprosila za dovoljenje za bivanje, osumljena storitve ali sodelovanja pri genocidu, hudodelstvu zoper človečnost ali vojnemu zločinu, uvede preiskava takšnih dejanj in, kadar je to utemeljeno, tudi sodni pregon v skladu z notranjim pravom države“. V obravnavani zadevi je nizozemska vlada med obravnavo navedla, da je bil v zvezi z nekaterimi osebami, ki jim je bil zavrnen status begunca, nato uveden kazenski pregon na Nizozemskem.

⁷¹ Če je to primerno, je mogoče kazenski pregon uvesti na podlagi univerzalne odgovornosti. Zlasti je z vsemi štirimi ženevskimi konvencijami z dne 12. avgusta 1949 o zaščiti žrtev mednarodnih oboroženih spopadov državam pogodbenicam naloženo, da izvajajo to pristojnost v zvezi s kaznivimi dejanji, ki spadajo na njihovo področje uporabe (glej člen 49 Ženevske konvencije (I) o izboljšanju usode ranjenih in bolnih pripadnikov oboroženih sil na bojišču; člen 50 Ženevske konvencije (II) o izboljšanju usode ranjenih in bolnih pripadnikov oboroženih sil na morju; člen 129 Ženevske konvencije (III) o ravnanju z vojnimi ujetniki in člen 146 Ženevske konvencije (IV) o zaščiti civilnih oseb v času vojne). Glej tudi točki 3 in 7 obrazložitve Sklepa Sveta 2002/494/PNZ z dne 13. junija 2002 o vzpostavitvi evropske mreže kontaktnih točk v zvezi z osebami, odgovornimi za genocid, hudodelstva zoper človečnost in vojna hudodelstva (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 23).

⁷² Glej v tem smislu Pojasnilo UNHCR, točka 4, v katerem je navedeno, da se „z razvojem univerzalne pristojnosti in ustanovitvijo mednarodnih kazenskih sodišč zmanjšuje vloga zavrnitve statusa begunca kot sredstva za zagotovitev, da bodo ubežniki postavljeni pred sodišče, kar je dodaten razlog za ozko razlago“.

⁷³ Glej opombo 71 teh sklepnih predlogov.

⁷⁴ Za pregled izzivov, povezanih s kazenskim pregonom domnevnih storilcev hudih kaznivih dejanj po mednarodnem pravu pred nacionalnimi sodišči, glej Mreža za preiskavo in sodni pregon genocida, hudodelstev zoper človečnost in vojnih hudodelstev, „Strategija mreže EU za področje genocida za boj proti nekaznovanosti za genocid, hudodelstva zoper človečnost in vojna hudodelstva v Evropski uniji in njenih državah članicah“, Haag, november 2014, str. od 15 do 23.

⁷⁵ Glej zlasti sodbo z dne 29. aprila 2004, Orfanopoulos in Oliveri (C-482/01 in C-493/01, EU:C:2004:262, točka 95).

116. Tako tehtanje interesov je neločljivo povezano s preučitvijo omejevalnega ukrepa z vidika temeljnih pravic, katerih spoštovanje zagotavlja Sodišče, zlasti pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja v smislu člena 7 Listine in člena 8 EKČP.⁷⁶ Te določbe namreč pomenijo, da si je treba prizadevati za ravnotežje med kolektivnimi interesi, s katerimi se utemeljuje vmešavanje v to pravico, in individualnimi interesi zadevne osebe. Če je to primerno, jih je treba razlagati v povezavi z obveznostjo upoštevanja koristi otroka, ki je priznana s členom 24(2) Listine.⁷⁷

117. Člen 27 Direktive 2004/38, naslovljen „Splošna načela“, se nanaša na vse omejevalne ukrepe. V tej določbi niso natančno opredeljena merila, ki jih je treba upoštevati pri presoji sorazmernosti teh ukrepov in njihove skladnosti s temeljnimi pravicami oseb, v zvezi s katerimi so sprejeti. Po drugi strani pa se odstavek 1 člena 28 te direktive, naslovljenega „Varstvo pred izgonom“, uporablja za „odločbe o izgonu“ in vsebuje netaksativni seznam dejavnikov, ki jih morajo države članice upoštevati pri sprejetju takih odločb. Ti dejavniki so to, koliko časa je zadevna oseba bivala na ozemlju države članice gostiteljice, njena starost, zdravstveno stanje, družinske in ekonomske razmere, socialna in kulturna vključenost v to državo članico ter obseg njenih vezi z izvirno državo.

118. Ti dejavniki, ki so bili povzeti tudi v točki 3.3 Smernic Komisije, v veliki meri odražajo dejavnike, ki v skladu s sodno prakso ESČP, razvito zlasti v sodbah Boultif proti Švici⁷⁸ in Üner proti Nizozemski⁷⁹, omogočajo preverjanje skladnosti ukrepa izгона s členom 8 EKČP.

119. Naj vendarle poudarim, da ni nujno, da analiza sorazmernosti omejitve prostega gibanja in prebivanja državljanov Unije in njihovih družinskih članov sovпада z analizo sorazmernosti, ki se opravi z vidika te določbe. Sodna praksa ESČP namreč izhaja iz tega, da člen 8 EKČP tujcu ne zagotavlja pravice do vstopa in prebivanja v določeni državi.⁸⁰ Nasprotno pa imajo državljani Unije in njihovi družinski člani pravico do vstopa in prebivanja v državi članici gostiteljici pod pogoji, določenimi z Direktivo 2004/38, pri čemer mora ta država utemeljiti kakršno koli omejitev te pravice.⁸¹ Sorazmerna teža meril, ki se tehtajo, se lahko torej spreminja tudi ob upoštevanju posebnih ciljev te direktive, med katerimi je – kot izhaja iz uvodnih izjav 23 in 24 te direktive – krepitev vključevanja teh oseb v družbo gostiteljico

b) Upoštevnost meril iz člena 28(1) Direktive 2004/38 v položajih, kakršna sta tista iz postopkov v glavni stvari

1) Položaji, v kakršnem je K.

120. Kot je razvidno iz spisa, ki ga je Sodišču predložilo predložitveno sodišče, je ukrep, s katerim je bil K. na Nizozemskem razglašen za nezaželenega, zajemal odločbo o naložitvi obveznosti zapustiti nizozemsko ozemlje. Nizozemska vlada je med obravnavo navedla, da je v zvezi z njim mogoče izdati ukrep odstranitve, če te obveznosti ne izpolni v predpisanem roku.

⁷⁶ Glej zlasti sodbe z dne 23. novembra 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, točka 52); z dne 13. septembra 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, točka 81), in z dne 13. septembra 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, točka 41). Člen 52(3) Listine določa, da če ta listina vsebuje pravice, ki ustrezajo pravicam, zagotovljenim z EKČP, sta vsebina in obseg teh pravic enaka kot vsebina in obseg pravic, ki ju določa navedena konvencija, vendar ta določba ne preprečuje širšega varstva po pravu Unije. Ker torej člen 7 Listine vsebuje pravice, ki se ujemajo s tistimi, zagotovljenimi s členom 8 EKČP, jim je treba dati enak pomen in obseg kot pravicam, podeljenim s členom 8 EKČP, kakor se razlaga v sodni praksi ESČP (glej sodbo z dne 5. oktobra 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, točka 53)).

⁷⁷ Sodbi z dne 13. septembra 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, točka 81), in z dne 13. septembra 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, točka 36). Glej tudi sodbo ESČP z dne 3. oktobra 2014, Jeunesse proti Nizozemski (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, točka 109 in navedena sodna praksa).

⁷⁸ Sodba ESČP, 2. avgust 2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, točka 48).

⁷⁹ Sodba ESČP, 18. oktober 2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, točki 57 in 58).

⁸⁰ Glej zlasti sodbo ESČP z dne 2. avgusta 2001, Boultif proti Švici (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, točka 39).

⁸¹ Glej v zvezi s tem tudi Guild, E., Peers, S., in Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, str. 267.

121. Torej sporna odločba v zadevi C-331/16 spada na področje uporabe člena 28(1) Direktive 2004/38, kot je potrdila tudi navedena vlada.

122. *Prvič*, v zvezi s tem ni pomembno, da – kot je navedena vlada pojasnila med obravnavo – v zvezi s K. ni bil izdan ukrep odstranitve. Kot namreč izhaja iz sodne prakse,⁸² se ta določba uporablja za vsak ukrep, v katerem je zajet izgon, torej prostovoljna vrnitev ali odstranitev, državljana Unije ali enega od njegovih družinskih članov. Ne nanaša se zgolj na ukrepe prisilne vrnitve v domovino, s katerimi se, če je to primerno, izvedejo nekatere odločbe o izgonu, če jih njihovi naslovniki ne izvršijo prostovoljno.⁸³

123. *Drugič*, dejavnike, navedene v členu 28(1) Direktive 2004/38, je treba upoštevati kljub dejstvu, da je imel K. – kot to izhaja iz predložitvene odločbe, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče – na Nizozemskem samo začasno pravico do prebivanja, na podlagi katere mu je bilo dovoljeno ostati v tej državi članici do sprejetja odločbe v zvezi z njegovimi prošnjami za azil in morebitnimi vloženimi pravnimi sredstvi. Zdi se, da je K. ostal na Nizozemskem, ne da bi imel pravico do prebivanja, še po tem, ko sta odločbi o zavrnitvi statusa begunca in prepovedi vstopa na ozemlje, ki sta bili sprejeti v zvezi z njim, postali pravnomočni.⁸⁴

124. ESČP je v zvezi s tem že presodilo, da se zahteva tehtanje kolektivnih in individualnih interesov ob upoštevanju vseh dejavnikov, navedenih zlasti v sodbah Boultif proti Švici⁸⁵ in Üner proti Nizozemski⁸⁶, tudi če je zadevna oseba integracijske vezi v državi članici gostiteljici izoblikovala, ne da bi imela pravico do prebivanja. Je pa mogoče to okoliščino upoštevati v okviru tega tehtanja,⁸⁷ ki ga bo moralo opraviti nacionalno sodišče.

2) Položaji, v kakršnem je H. F.

125. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce) je poudarilo, da odločba o zavrnitvi pravice do prebivanja, ki je bila sprejeta v zvezi s H. F., ni bila dopolnjena z odločbo o naložitvi obveznosti zapustiti ozemlje. Navzočnost zadevne osebe na belgijskem ozemlju je bila na neki način „tolerirana“, ne da bi ta imela pravico do prebivanja in poseben status.⁸⁸

82 Natančneje, Sodišče je v sodbah z dne 23. novembra 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, točka 2); z dne 22. maja 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, točka 2), in z dne 17. marca 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, točka 2), kot odločbe o izgonu v smislu člena 28(1) Direktive 2004/38 obravnavalo ukrepe, v katerih je bila zajeta izguba pravice do vstopa in prebivanja na ozemlju države članice ter s katerimi je bila zadevnim osebam naložena obveznost zapustiti to ozemlje, sicer jim je grozil izgon, čeprav se ta grožnja ni uresničila.

83 V tem smislu je po mojem mnenju mogoče razbrati določeno analogijo med pojmom „odločba o izgonu“ v smislu člena 28(1) Direktive 2004/38 in pojmom „odločba o vrnitvi“, ki se sprejme v zvezi z državljanom tretje države, v smislu člena 3(4) Direktive 2008/115. Zadjnjenavedeni pojem označuje „upravno ali sodno odločbo ali akt, ki navaja ali opredeljuje, da je prebivanje državljana tretje države nezakonito, ter nalaga ali navaja obveznost vrnitve“. Člen 8(3) te direktive v povezavi z njenim členom 3(5) določa, da lahko država članica za izvršitev odločbe o vrnitvi sprejme ločeno odločbo ali akt, ki odreja izvršitev obveznosti vrnitve, torej fizični prevoz z njenega ozemlja.

84 Iz predložitvene odločbe najprej izhaja, da je K. v obdobju med prihodom na Nizozemsko leta 2001 in potrditvijo zavrnitve njegove prošnje za azil, ki jo je leta 2005 izdalo Raad van State (državni svet), v tej državi članici zakonito začasno prebival do sprejetja dokončne odločbe o tej prošnji. Dalje, K. je ostal na Nizozemskem kljub prvi odločbi o zavrnitvi statusa begunca z dne 15. maja 2003. V predložitveni odločbi ni pojasnjeno, ali je imel takrat dovoljenje, da tam ostane na podlagi drugega statusa. Nazadnje ni Nizozemske zapustil niti po tem, ko je bila 16. januarja 2013 sprejeta druga odločba o zavrnitvi statusa begunca, ki jo je dopolnjevala prepoved vstopa na ozemlje.

85 Sodba ESČP, 2. avgust 2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, točka 48).

86 Sodba ESČP, 18. oktober 2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, točki 57 in 58).

87 Glej zlasti sodbi ESČP z dne 3. novembra 2011, Arvelo Aponte proti Nizozemski (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, točki 55 in 59), in z dne 3. oktobra 2014, Jeunesse proti Nizozemski (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, točke 108 in od 113 do 123). V sodbah z dne 23. novembra 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, točka 53); z dne 13. septembra 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, točka 86), in z dne 13. septembra 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, točka 42), je Sodišče med dejavniki, ki jih je treba upoštevati pri preverjanju sorazmernosti omejevalnega ukrepa in njegove skladnosti s temeljnimi pravicami, navedlo tudi zakonitost prebivanja.

88 Kot je Sodišče poudarilo v sodbi z dne 9. novembra 2010, B in D (C-57/09 in C-101/09, EU:C:2010:661, točka 110), zavrnitev statusa begunca ne zajema zavzetja stališča glede vprašanja, ali je zadevno osebo mogoče izgnati v državo izvora. Položaji, ko se prošnji osebe ne ugotovi niti je ni mogoče izgnati, lahko nastanejo, ko člen 4 Listine in člen 3 EKČP – ki ne dopuščata nobenega odstopanja – nasprotujeta izgonu v državo, v kateri obstaja dejanska nevarnost, da bo podvržena mučenju ali nečloveškemu in ponižujočemu ravnanju. V predložitveni odločbi ni pojasnjeno, ali nemogućnost izгона H. F. izhaja iz teh določb.

126. Torej se postavlja vprašanje, ali je treba ob sprejetju takega omejevalnega ukrepa – čeprav v njem ni zajet izgon osebe, v zvezi s katero je bil sprejet – kljub temu upoštevati merila, navedena v členu 28(1) Direktive 2004/38.

127. Naj v zvezi s tem pripomnim, da lahko zavrnitev pravice do prebivanja – podobno kot odločba o izgonu, čeprav v manjšem obsegu – ogrozi vključevanje zadevne osebe v državo članico gostiteljico ter škoduje njenemu zasebnemu in družinskemu življenju.

128. Vendar je več dejavnikov, navedenih v členu 28(1) Direktive 2004/38, kot so trajanje prebivanja in obseg vezi z državo članico gostiteljico, neločljivo povezanih z vključevanjem po pridobitvi pravice do prebivanja v tej državi. S tega vidika je mogoče te dejavnike upoštevati pri preverjanju sorazmernosti omejevalnega ukrepa, v katerem ni zajet izgon zadevne osebe, če se je ta že lahko vključila v navedeno državo članico ter si je v njej zgradila zasebno in družinsko življenje, ker je tam prebivala, in skladnosti takega ukrepa s členom 7 Listine.⁸⁹ Kot sta navedli belgijska vlada in vlada Združenega kraljestva, so po drugi strani ti dejavniki neumestni v primeru odločb, katerih glavni namen je zavrnitev vstopa v državo članico. Njihovi naslovniki namreč že po opredelitvi niso imeli priložnosti, da bi se vključili niti da bi si tam zgradili zasebno in družinsko življenje.

129. Prav ob upoštevanju zgoraj navedenega razumem točko 3.3 Smernic Komisije, v skladu s katero je treba dejavnike, navedene v členu 28(1) Direktive 2004/38, upoštevati pri sprejetju kakršnega koli omejevalnega ukrepa v smislu člena 27 te direktive. Po mojem mnenju ta točka pomeni, da je treba te dejavnike upoštevati, če se v določenem primeru izkažejo za upoštevne.

130. Pristop, ki ga predlagam, je hkrati tudi odraz sodne prakse ESČP, v skladu s katero se preizkus „pravičnega ravnotežja“ med interesi javnega reda in individualnimi interesi uporablja pri preverjanju, ali je država pogodbenica izpolnila svoje „negativne obveznosti“, da torej ni posegla v pravico do zasebnega in družinskega življenja posameznika z izgonom s svojega ozemlja, ter svoje „pozitivne obveznosti“, da mu je torej omogočila dejansko izvajanje te pravice, zlasti s podelitvijo pravice do prebivanja. Kot izhaja iz te sodne prakse, razlikovanja med tema kategorijama obveznosti sicer ni mogoče natančno opredeliti.⁹⁰

131. Poleg tega je ESČP že preučilo zadevo, v kateri je bilo dejansko stanje podobno tistemu iz zadeve C-366/16. Odločba K. proti Nizozemski⁹¹ se je nanašala na vprašanje, ali je ukrep izгона, ki ga je Nizozemska sprejela zoper afganistanskega državljan, ki mu je bil status begunca zavrtnjen na podlagi člena 1(F) Ženevske konvencije, v skladu s členom 8 EKČP, pri čemer je bila izvršitev tega ukrepa zadržana. Kot izhaja iz te odločbe, se zgoraj opisani preizkus „pravičnega ravnotežja“ v takih okoliščinah še naprej uporablja.

⁸⁹ Nekaj vzporednic je mogoče povleči s sklepom iz sodbe z dne 9. novembra 2000, Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:604, točka 43), v skladu s katerim odločbe o zavrnitvi pravice do prebivanja, sprejete v zvezi z državljanom Unije po tem, ko je ta do sprejetja odločbe o svoji prošnji več mesecev prebival na ozemlju zadevne države članice, ni mogoče izenačiti z zavrnitvijo vstopa v smislu člena 8 Direktive Sveta 64/221/EGS z dne 25. februarja 1964 o usklajevanju posebnih ukrepov, ki zadevajo gibanje in prebivanje tujih državljanov, utemeljenih z javno politiko, javno varnostjo ali zdravjem prebivalstva (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 1, str. 11), ki je bila medtem razveljavljena. Tako odločbo je bilo treba obravnavati kot „odločbo, ki ukazuje izgon“ v smislu člena 9 te direktive in mora biti kot taka dopolnjena s širšimi postopkovnimi jamstvi. Generalni pravobranilec P. Léger (sklepni predlogi v zadevi Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:174)) je v podporo takemu pristopu navedel, da ima „oseba, navzoča na nacionalnem ozemlju, tudi če čaka na ureditev svojega statusa, objektivno več priložnosti za izoblikovanje družbenih, osebnih ali poklicnih vezi kot pa oseba, ki še ni prestopila državnih meja. Skratka, taka oseba je bolj vključena v državo gostiteljico“.

⁹⁰ Glej med drugim sodbe ESČP z dne 28. junija 2011, Nunez proti Norveški (CE:ECHR:2011:0628JUD005559709, točka 68); z dne 3. novembra 2011, Arvelo Aponte proti Nizozemski (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, točka 53), in z dne 3. oktobra 2014, Jeunesse proti Nizozemski (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, točka 106).

⁹¹ Odločitev ESČP z dne 25. septembra 2012 (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, točka 42). V teh okoliščinah je ESČP podvomilo o tem, da ima tožeča stranka status „žrtve“ v smislu člena 34 EKČP, pri čemer je menilo, da nizozemski organi – tudi če bi imela ta status – niso storili napake, ko so si prizadevali za zagotovitev ravnotežja med zadevnimi kolektivnimi in individualnimi interesi.

132. Vendar je ESČP med dejavniki, ki jih je treba v ta namen upoštevati, navedlo obseg, v katerem zadevni državni ukrep dejansko poseže v družinsko življenje. V zvezi s tem je pojasnilo, da ima lahko precejšnje težo dejstvo, da zadevna oseba ne tvega izгона z ozemlja države gostiteljice in torej niti ločitve od družine.⁹²

133. Menim, da je treba ta element upoštevati tudi pri preučitvi sorazmernosti omejevalnega ukrepa z vidika člena 27(2) Direktive 2004/38, to preučitev pa bo moralo opraviti predložitveno sodišče. Naj kljub temu dodam, da imajo pri uporabi te določbe – ob upoštevanju ciljev, zastavljenih z Direktivo 2004/38 –⁹³ posebno težo elementi, povezani z vključevanjem zadevne osebe.

3. Upoštevnost člena 28(3)(a) v položaju, v kakršnem je K.

134. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg) je navedlo, da je K. v času sprejetja sporne odločbe v zadevi C-331/16 več kot deset let neprekinjeno živel na Nizozemskem.⁹⁴ To sodišče zato zanima, ali se zanj uporabljajo okrepljena jamstva zoper izgon, določena s členom 28(3)(a) Direktive 2004/38, ki je tudi izraz načela sorazmernosti.⁹⁵

135. Kot je navedeno v uvodnih izjavah 23 in 24 te direktive, je z njo vzpostavljen stopnjevani sistem varstva pred izgonom, ki je odvisen od stopnje vključitve v državo članico gostiteljico. Navedena stopnja vključitve se na neki način objektivno predpostavi glede na trajanja prebivanja v tej državi članici. Daljše kot je to trajanje, tesnejše so po predpostavki integracijske vezi, izoblikovane z družbo gostiteljico, zato je tudi varstvo pred izgonom celovitejše.⁹⁶

136. Prav iz tega razloga ne samo odstavek 1 člena 28 te direktive vsebuje zahtevo, da se pri preverjanju sorazmernosti ukrepa izгона upošteva trajanje prebivanja, ampak tudi odstavek 2 in 3 tega člena določata, da je lahko oseba iz države članice gostiteljice izgnana le „iz resnih razlogov v zvezi z javnim redom ali javno varnostjo“, če je tam pridobila pravico do stalnega prebivališča, oziroma iz „nujnih razlogov javne varnosti“, če je tam prebivala deset let pred sprejetjem takega ukrepa.

137. Položaj, v katerem je K., je poseben v tem smislu, da je ta prebival na Nizozemskem, preden je s pristopom Republike Hrvaške k Uniji pridobil status državljan Unije. Poleg tega – kot je bilo poudarjeno v točki 123 teh sklepnih predlogov – se zdi, da iz predložitvene odločbe izhaja, da je K. na Nizozemskem prebival, ne da bi imel pravico do prebivanja, kar mora prav tako preveriti predložitveno sodišče.

138. V zvezi s tem *na prvem mestu* menim, da dejstvo, da se navedeno obdobje prebivanja umešča v čas pred pristopom Republike Hrvaške k Uniji, samo po sebi ne preprečuje tega, da bi se upoštevalo za izračun trajanja prebivanja K. na Nizozemskem za namene uporabe člena 28(3)(a) Direktive 2004/38.

⁹² Odločitev ESČP z dne 25. septembra 2012, K. proti Nizozemski (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, točka 47).

⁹³ Glej točko 119 teh sklepnih predlogov.

⁹⁴ Nizozemska vlada izpodbija predstavitev dejstev, ki jo je podalo predložitveno sodišče, kar zadeva neprekinjenost prebivanja K. na Nizozemskem. Navedeno sodišče bo moralo to vprašanje razjasniti. Kljub temu pa se mora Sodišče opreti na dejansko predpostavko, na kateri temelji predložitvena odločba (glej opombo 16 k tem sklepnim predlogom).

⁹⁵ Glej v zvezi s tem uvodno izjavo 23 Direktive 2004/38 in Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu z dne 10. decembra 2008 o uporabi Direktive 2004/38/ES o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic (COM(2008) 840 final, str. 9).

⁹⁶ Glej sklepane predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:322, točka 45).

139. Sodišče je namreč v sodbi Ziolkowski in Szeja⁹⁷ presodilo, da je treba – ob upoštevanju morebitnih prehodnih določb v aktu o pristopu te države članice k Uniji –⁹⁸ obdobja prebivanja državljanov države članice na ozemlju druge države članice pred pristopom prvonavedene države članice k Uniji, v zvezi s katerimi so izpolnjeni pogoji iz Direktive 2004/38, upoštevati za pridobitev pravice do stalnega prebivališča v drugonavedeni državi članici na podlagi člena 16(1) te direktive.

140. Po mnenju Sodišča to velja, ker je treba določbe Direktive 2004/38 uporabiti za sedanje in prihodnje učinke položajev, ki so nastali pred datumom pristopa države članice, katere državljanstvo ima zadevna oseba, k Uniji, in torej pred datumom prenosa te direktive v pravo te države. Menim, da je mogoče to razlogovanje uporabiti tudi pri razlagi člena 28(3)(a) navedene direktive.

141. *Na drugem mestu*, kot sta navedli nizozemska vlada in Komisija, bi po drugi strani okoliščina, da K. ni imel pravice do prebivanja, ki bi mu omogočila zakonito prebivanje na Nizozemskem v skladu z nacionalnim pravom te države članice, če bi se izkazala za resnično, po mojem mnenju preprečevala uživanje varstva, podeljenega s to določbo.

142. V zvezi s tem v besedilu člena 28(3)(a) Direktive 2004/38 ni pojasnjeno, ali obdobje prebivanja, ki se upošteva pri podelitvi pravice do varstva pred izgonom na podlagi te določbe, vključuje zgolj obdobja zakonitega prebivanja. To besedilo se razlikuje od besedila člena 16(1) te direktive, ki določa, da zgolj „zakonito prebivanje“, ki nepretrgano traja pet let, omogoča pridobitev pravice do stalnega prebivališča – in s tem povezanega varstva pred izgonom, določenega s členom 28(2) navedene direktive. Kot izhaja iz uvodne izjave 17 Direktive 2004/38, zahteva po zakonitosti prebivanja iz člena 16(1) te direktive ne pomeni zgolj tega, da zoper zadevno osebo ni bila sprejeta odločba o izgonu, ampak tudi to, da je to prebivanje v skladu s pogoji, določenimi v tej direktivi.⁹⁹ Sodišče še ni odločilo, ali morajo biti v zvezi z obdobjem prebivanja, ki se zahteva za upravičenost do varstva iz člena 28(3)(a) Direktive 2004/38, prav tako izpolnjeni ti pogoji.¹⁰⁰

143. Ne bom se na splošno izrekel o tem vprašanju, saj je treba za obravnavo zadeve C-331/16 zgolj bolj ciljno opredeliti, ali to obdobje prebivanja vključuje obdobja prebivanja, ki jih je zadevna oseba dopolnila pred pristopom države članice, katere državljanstvo ima, k Uniji, pri čemer ni imela pravice do prebivanja, ki bi ji omogočila zakonito prebivanje v državi članici gostiteljici v skladu z nacionalnim pravom te države članice.

144. Menim, da je treba na to vprašanje odgovoriti nikalno.

145. Naj v zvezi s tem pripomnim – kot je navedeno v uvodnih izjavah 23 in 24 Direktive 2004/38 – da je namen člena 28(3)(a) te direktive pred izgonom zavarovati osebe, ki so se resnično vključile v državo članico gostiteljico. Ta določba ima lasten cilj, ki se nanaša na spodbujanje vključevanja državljanov Unije znotraj nje¹⁰¹ ter presega jamstva, ki izhajajo iz člena 7 Listine in člena 8 EKČP.

⁹⁷ Sodba z dne 21. decembra 2011 (C-424/10 in C-425/10, EU:C:2011:866, točke od 60 do 62). Sodišče je ta sklep ponovilo v sodbi z dne 6. septembra 2012, Czop in Punakova (C-147/11 in C-148/11, EU:C:2012:538, točka 35).

⁹⁸ V skladu s Prilogo V k Aktu o pogojih pristopa Republike Hrvaške in prilagoditvah [PEU], [PDEU] in [Pogodbe Euratom] (UL 2012, L 112, str. 21) lahko države članice prehodno odstopijo od nekaterih določb Direktive 2004/38.

⁹⁹ Ti pogoji zajemajo zlasti tiste iz člena 7(1) Direktive 2004/38 v zvezi s tem, da ima zadevna oseba dovolj sredstev, da ne bo postala breme sistema socialne pomoči v državi članici gostiteljici. Glej sodbo z dne 21. decembra 2011, Ziolkowski in Szeja (C-424/10 in C-425/10, EU:C:2011:866, točka 47).

¹⁰⁰ V zadevi C-424/16 (UL 2016, C 350, str. 19), ki je trenutno v obravnavi, je bilo Sodišču postavljeno povezano vprašanje za predhodno odločanje, s katerim ga Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče, Združeno kraljestvo) sprašuje, ali je pridobitev pravice do stalnega prebivališča v smislu členov 16 in 28(2) Direktive 2004/38 pogoj, ki ga je treba izpolniti, da je lahko oseba upravičena do varstva, določenega z odstavkom 3(a) zadnjenavedenega člena. Generalni pravobranilec M. Szpunar v sklepnih predlogih v združenih zadevah B in Secretary of State for the Home Department (C-316/16 in C-424/16, EU:C:2017:797, točka 59) predlaga, naj Sodišče na to vprašanje odgovori pritrdilno.

¹⁰¹ Sodišče je v sodbi z dne 23. novembra 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, točka 50), navedlo, da izzivi v zvezi z vključitvijo državljanov Unije poleg njegovega individualnega interesa zadevajo tudi interese Unije na splošno.

146. V skladu s sodno prakso Sodišča je za presojo, ali so integracijske vezi zadevne osebe v državi članici gostiteljici dovolj močne, da je ta lahko upravičena do varstva, vzpostavljenega s členom 28(3)(a) Direktive 2004/38, odločilno merilo vprašanje, ali je ta oseba v tej državi prebivala deset let pred sprejetjem odločbe o izgonu.¹⁰²

147. Vendar Sodišče ni izključilo upoštevanja katerega koli kakovostnega dejavnika pri taki oceni. Tako je v sodbi G.¹⁰³ presodilo, da obdobja prestajanja zaporne kazni niso vključena v izračun desetletnega obdobja, potrebnega za pridobitev pravice do varstva iz člena 28(3)(a) Direktive 2004/38. Drži sicer, da neupoštevanja pravil nacionalnega prava v zvezi z vstopom in prebivanjem tujcev nikakor ni mogoče izenačiti s storitvijo kaznivega dejanja. Vendar pa navedeni pristop Sodišča kljub temu pomeni, da se lahko upoštevajo – čeprav zelo omejeno – nekateri kakovostni elementi, povezani z vključitvijo, ki se zahteva za upravičenost do tega varstva, podobno kot to velja v primeru pridobitve pravice do stalnega prebivališča na podlagi člena 16(1) te direktive.¹⁰⁴

148. V zvezi s tem je Sodišče v sodbi Dias¹⁰⁵ presodilo, da postane v primeru navzočnosti na ozemlju države članice gostiteljice, dopolnjene pred začetkom veljavnosti Direktive 2004/38 brez kakršne koli pravice do prebivanja, integracijska vez s to državo članico vprašljiva. Tako obdobje se torej ne sme upoštevati za pridobitev pravice do stalnega prebivališča.

149. Menim, da se po isti logiki oseba, ki je, preden je pridobila status državljana Unije, na dvomljiv način prebivala v državi članici gostiteljici, čeprav ji to v skladu z nacionalnim pravom te države ni bilo dovoljeno, ne more sklicevati na resnično vključitev, zaradi katere bi bila upravičena do najvišje stopnje varstva pred izgonom, določene z Direktivo 2004/38. To še toliko bolj drži, če je zadevni posameznik – kot v obravnavani zadevi – na datum sprejetja zadevne odločbe o izgonu prebival v državi članici gostiteljici, čeprav je s tem kršil ukrep prepovedi vstopa na njeno ozemlje, ki je bil pred tem sprejet v zvezi z njim.

V. Predlog

150. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki sta jih postavili Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (sodišče v Haagu, kraj zasedanja Middelburg, Nizozemska) in Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (upravno sodišče za pravdne zadeve za tujce, Belgija), odgovori:

1. Člen 27(2) 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/EGS je treba razlagati tako, da je mogoče dejstvo, da je bil državljanu Unije ali njegovemu družinskemu članu v preteklosti zavrnen status begunca na podlagi člena 1(F)(a) Ženevske konvencije o statusu beguncev – čeprav z njim ni mogoče samodejno utemeljiti ugotovitve resnične, sedanje in dovolj resne grožnje, ki prizadene osnovne interese družbe – upoštevati v ta namen, če okoliščine, zaradi katerih je bila ta določba uporabljena, kažejo na osebno obnašanje, ki pomeni tako grožnjo.

¹⁰² Sodbi z dne 23. novembra 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, točka 31), in z dne 16. januarja 2014, G. (C-400/12, EU:C:2014:9, točka 23).

¹⁰³ Sodba z dne 16. januarja 2014 (C-400/12, EU:C:2014:9, točki 32 in 33).

¹⁰⁴ Glej sodbi z dne 21. julija 2011, Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, točka 64), in z dne 16. januarja 2014, Onuekwere (C-378/12, EU:C:2014:13, točka 25).

¹⁰⁵ Sodba z dne 21. julija 2011 (C-325/09, EU:C:2011:498, točki 55 in 63).

V zvezi s tem mora država članica gostiteljica posamično preučiti osebno obnašanje zadevnega posameznika, in sicer zlasti ob upoštevanju ugotovitev azilnih organov v zvezi s težo kaznivih dejanj, ki se mu očitajo, ravno njegove osebne vpletenosti v storitev teh kaznivih dejanj ter morebitnim obstojem razlogov za izključitev kazenske odgovornosti.

Dejstvi, da ne obstaja tveganje, da bi zadevni posameznik v državi članici gostiteljici ponovno storil eno od vrst kaznivih dejanj, na katere se nanaša člen 1(F)(a) Ženevske konvencije, ter da je od domnevne storitve takih kaznivih dejanj preteklo precej časa, ne nasprotujeta ugotovitvi resnične, sedanje in dovolj resne grožnje, ki prizadene osnovne interese družbe.

2. Člen 27(2) Direktive 2004/38 v povezavi s členom 7 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah je treba razlagati tako, da mora kakršna koli omejitev prostega gibanja in prebivanja državljana Unije ali njegovega družinskega člana, ki jo sprejme država članica, biti v skladu z načelom sorazmernosti, ob njenem sprejetju pa je treba spoštovati tudi pravico do zasebnega in družinskega življenja tega posameznika. V tem okviru mora država članica uravnovesiti varstvo osnovnih interesov, navedenih v podporo taki omejitvi, na eni strani ter interese navedenega posameznika, povezane z izvajanjem njegovih svoboščin in uživanjem zasebnega in družinskega življenja, na drugi. Ta država članica mora upoštevati zlasti dejavnike, navedene v členu 28(1) te direktive, če jih je v posebnih okoliščinah zadevnega primera mogoče upoštevati.
3. Člen 28(3)(a) Direktive 2004/38 je treba razlagati tako, da desetletno prebivanje v državi članici gostiteljici, potrebno za pridobitev pravice do varstva pred izgonom na podlagi te določbe, ne vključuje obdobja, v katerih je državljan Unije – pred pristopom države članice, katere državljanstvo ima, k Uniji – prebival v državi članici gostiteljici, ne da bi imel za to dovoljenje v skladu z nacionalnim pravom te države članice.