



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
esitatud 14. detsembril 2017¹

Liidetud kohtuasjad C-331/16 ja C-366/16

K.

versus

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja, Madalmaad))

ja

H. F.

versus

Belgische Staat

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus, Belgia))

Eelotsusetaotlus – Liidu kodakondsus – Direktiiv 2004/38/EÜ – Artikli 27 lõige 2 – Liikumis- ja elamisvabaduste piiramine avaliku korra või avaliku julgeoleku huvides – Tõeline, vahetu ja piisavalt tõsine oht, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi – Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a ja direktiivi 2011/95/EL artikli 12 lõike 2 punktis a osutatud põhjustel pagulasseisundist ilma jäetud isik – Proportsionaalsus – Direktiivi 2004/38/EÜ artikli 28 lõige 1 ja lõike 3 punkt a – Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikkel 7 – Õigus era- ja perekonnaelu austamisele

I. Sissejuhatus

1. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja, Madalmaad) ja Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus, Belgia) pöörduvad Euroopa Kohtu poole küsimusega, kuidas tõlgendada direktiivi 2004/38/EÜ² artikli 27 lõike 2 ja artikli 28 lõike 1 ja lõike 3 punkti a koostoimes Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikliga 7 (edaspidi „harta“) ja 4. novembril 1950 Roomas allkirjastatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste konventsiooni (edaspidi „EIÕK“) artikliga 8.

¹ Algeel: prantsuse.

² Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiiv, mis käsitleb Euroopa Liidu kodanike ja nende pereliikmete õigust liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil ning millega muudetakse määrust (EMÜ) nr 1612/68 ja tunnistatakse kehtetuks direktiivid 64/221/EMÜ, 68/360/EMÜ, 72/194/EMÜ, 73/148/EMÜ, 75/34/EMÜ, 75/35/EMÜ, 90/364/EMÜ, 90/365/EMÜ ja 93/96/EMÜ (ELT 2004, L 158, lk 77; ELT eriväljaanne 05/04, lk 46).

2. Need eelotsusetaotlused on esitatud kohtuvaidlustes, milles arutatakse, kas nende õigusnormidega on kooskõlas direktiivist 2004/38 tulenevaid liikumis- ja elamisvabadusi piiravad meetmed, mis on võetud isikute vastu, kes on enne liidu kodakondsuse või liidu kodaniku pereliikme staatuse saamist Genfi pagulasseisundi konventsiooni (edaspidi „Genfi konventsioon“)³ artikli 1 punkti F alapunkti a kohaselt jäetud pagulaseks tunnistamata.

3. See õigusnorm – mille sõnastus on üle võetud direktiivi 2011/95/EL⁴ artikli 12 lõike 2 punktis a – jätab varjupaigataotlejad, kelle puhul on kaalukaid põhjuseid arvata, et nad on toime pannud rahuvastase kuriteo, sõjakuriteo või inimsusevastase kuriteo, Genfi konventsioonist tulenevast kaitsest ilma.

4. Eelotsusetaotluse esitanud kohtud soovivad sisuliselt teada, kas ja millistel tingimustel võib asjaolu, et isiku suhtes on varem kohaldatud selle konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a ette nähtud välistamisklauslit, õigustada sellele isikule direktiivist 2004/38 tulenevate liikumis- ja elamisvabaduste piiramist.

II. Õiguslik raamistik

A. Rahvusvaheline õigus

5. Genfi konventsiooni artiklis 1 on pärast punktis A mõiste „pagulane“ määratlemist seejärel punktis F sedastatud:

„Konventsiooni ei kohaldata isikule, kelle osas on kaalukaid põhjusi arvata, et:

- a) ta on pannud toime rahvusvahelistes õigusaktides määratletud rahuvastase kuriteo, sõjakuriteo või inimsusevastase kuriteo;
- b) ta on enne varjupaigamaale pagulasena sisselaskmist pannud toime raske mittepoliitilise kuriteo; või
- c) ta on süüdi ÜRO eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevate tegude toimepanemises.“

B. Liidu õigus

1. Direktiiv 2004/38

6. Direktiivi 2004/38 artikli 27 lõigetes 1 ja 2 on sätestatud:

„1. Kui käesoleva peatüki sätetest ei tulene teisiti, võivad liikmesriigid piirata avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides liidu kodanike ja nende pereliikmete liikumis- ja elamisvabadust, sõltumata nende kodakondsusest. Kõnealuseid põhjendusi ei tohi rakendada majanduslikel eesmärkidel.

3 See konventsioon allkirjastati Genfis 28. juulil 1951 [*ÜRO, lepingute sari*, kd 189, lk 150, nr 2545 (1954)] ja see jõustus 22. aprillil 1954. Seda täiendati pagulasseisundi protokolliga, mis sõlmiti New Yorgis 31. jaanuaril 1967, ja see jõustus 4. oktoobril 1967.

4 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. detsembri 2011. aasta direktiiv, mis käsitleb nõudeid, millele kolmandate riikide kodanikud ja kodakondsuseta isikud peavad vastama, et kvalifitseeruda rahvusvahelise kaitse saajaks, ning nõudeid pagulaste või täiendava kaitse saamise kriteeriumidele vastavate isikute ühetaolisele seisundile ja antava kaitse sisule (uuesti sõnastamine) (ELT 2011, L 337, lk 9). See õigusnorm võtab üle asjasse puutuvate faktiliste asjaolude ajal kohaldatava ja direktiivi 2011/95 artikli 12 lõike 2 punktiga a asendatud nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/83/EÜ miinimumnõuete kohta, mida kolmandate riikide kodanikud ja kodakondsuseta isikud peavad täitma, et saada pagulase või muul põhjusel rahvusvahelist kaitset vajava isiku staatus, ja antava kaitse sisu kohta (ELT 2004, L 304, lk 12; ELT eriväljaanne 19/07, lk 96).

2. Avaliku korra või julgeoleku huvides võetud meetmed on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega ja põhinevad eranditult asjaomase isiku isiklikul käitumisel. Varasemate süüdimõistvate kohtuotsustega ei saa selliste meetmete võtmist iseenesest põhjendada.

Asjaomase isiku käitumine peab kujutama endast tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi. Põhjendused, mis ei ole juhtumi üksikasjadega seotud või mis rajanevad üldise preventsiiooni kaalutlustel, ei ole vastuvõetavad.“

7. Selle direktiivi artiklis 28 on ette nähtud:

„1. Enne avaliku korra või julgeoleku huvides väljasaatmise otsuse tegemist võtab vastuvõttev liikmesriik arvesse teatavaid asjaolusid, näiteks kui kaua on asjaomane isik tema territooriumil elanud, tema vanust, tervislikku seisundit, perekondlikku ja majanduslikku olukorda, sotsiaalset ja kultuurilist integratsiooni vastuvõtvasse liikmesriiki ning sidemeid päritoluriigiga.

2. Vastuvõttev liikmesriik ei või sõltumata kodakondsusest teha väljasaatmisotsust liidu kodanike või nende pereliikmete suhtes, kellel on tema territooriumil alaline elamisõigus, välja arvatud avaliku korra või julgeoleku huvides.

3. Välja arvatud juhul, kui see on liikmesriikide arvates avaliku julgeoleku huvides hädavajalik, ei või liidu kodanike väljasaatmise otsust teha, kui nad:

a) on elanud vastuvõtvas liikmesriigis eelnevad kümme aastat

[...]“

2. Direktiiv 2011/95

8. Direktiivi 2011/95 artikli 12 lõikes 2 on ette nähtud:

„Kolmanda riigi kodanikku või kodakondsuseta isikut ei tunnustata pagulasena, kui on mõjuv põhjus arvata, et:

a) ta on pannud toime rahuvastase kuriteo, sõjakuriteo või inimsusevastase kuriteo, nagu need on määratletud rahvusvahelistes õigusaktides, millega nähakse ette selliseid kuritegusid käsitlevad sätted;

[...]“

C. Liikmesriikide õigus

1. Madalmaade õigus

9. 23. novembri 2000. aasta välismaalaste seaduse (Vreemdelingenwet; edaspidi „Madalmaade välismaalaste seadus“) artiklis 67 on ette nähtud:

„1. Ilma et see piiraks 3. jao kohaldamist, võib minister kuulutada välismaalase ebasoovitavaks isikuks:

[...]

e. Madalmaade rahvusvaheliste suhete huvides.

[...]

3. Erandina artiklist 8 ei ela ebasoovitavaks isikuks kuulutatud välismaalane Madalmaades seaduslikult.“

2. Belgia õigus

10. 15. detsembri 1980. aasta seaduse välismaalaste riigi territooriumile sisenemise, elama asumise, viibimise ja väljasaatmise kohta (*wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen*, edaspidi „Belgia välismaalaste seadus“) artikli 40a lõikes 2 on selle kohtuasjas C-366/16 asjasse puutuvate faktiliste asjaolude toimumise ajal kehtivas redaktsioonis käsitatud liidu kodaniku pereliikmetena eelkõige selle kodaniku või tema abikaasa ülenejaid sugulasi, kes on nende ülalpidamisel.

11. Selle seaduse artikliga 43 on Belgia õigusesse üle võetud direktiivi 2004/38 artikkel 27.

III. Põhikohtuasjad, eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

A. Kohtuasi C-331/16

12. K.-l on Bosnia ja Hertsegoviina ja Horvaatia topeltkodakondsus. Ta saabus Madalmaadesse 2001. aastal koos abikaasa ja vanema pojaga. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu esitatud andmetel on K. sellest ajast alates viibinud katkematult selles liikmesriigis. Tema noorem poeg sündis 2006. aastal Madalmaades.

13. K. esitas esimese varjupaigataotluse mõnda aega pärast Madalmaadesse saabumist 2001. aastal. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (Madalmaade julgeoleku- ja justiitsasjade riigisekretär, edaspidi „Madalmaade Staatssecretaris“) jättis selle taotluse 15. mai 2003. aasta otsusega rahuldamata. Seda otsust põhjendati asjaoluga, et on kaalukaid põhjuseid arvata, et K. oli ajavahemikul 1992. aasta aprillist 1994. aasta veebruarini endise Jugoslaavia territooriumil toime pannud Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktides a ja b osutatud kategooriate kuritegusid. Nimetatud otsus jõustus lõplikult pärast Raad van State (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu, Madalmaad) 21. veebruari 2005. aasta kohtuotsust, millega jäeti esimesena nimetatud otsus jõusse.

14. K. esitas 2011. aastal teise varjupaigataotluse, mis jäeti Madalmaade Staatssecretarise 16. jaanuari 2013. aasta otsusega samuti rahuldamata Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktide a ja b välistamisklauslite kohaldamise tõttu. Selle otsusega kehtestati ka kümneaastane Madalmaade territooriumile sisenemise keeld. Raad van State (riiginõukogu) jättis nimetatud otsuse jõusse 10. veebruari 2014. aasta kohtuotsusega, mille järel see jõustus.

15. K. taotles lisaks Madalmaade Staatssecretarisilt talle kehtestatud Madalmaadesse sisenemise keelu tühistamist. Nimetatud võimuorgan tühistas keelu 22. juuli 2015. aasta otsusega ja asendas selle Madalmaade välismaalaste seaduse artikli 67 lõike 1 punkti e alusel ebasoovitavaks kuulutamiseiga. Niisugune otsus võeti vastu seetõttu, et K. oli alates Horvaatia Vabariigi ühinemisest Euroopa Liiduga 1. juulil 2013 saanud liidu kodaniku staatuse. Vastupidi sisenemiskeelule, mida saab kehtestada ainult kolmandate riikide kodanikele, võib ebasoovitavaks kuulutamise otsust vastu võtta liidu kodaniku suhtes.

16. K. esitas selle ebasoovitavaks kuulutamise peale Madalmaade Staatssecretarisele vaide. See vaie jäeti 9. detsembri 2015. aasta otsusega (edaspidi „kohtuasjas C-331/16 vaidlusalune otsus“) rahuldamata.

17. Selles otsuses viitas Madalmaade Staatssecretaris oma 15. mai 2003. aasta ja 16. jaanuari 2013. aasta otsusele, millega ta jättis K. esitatud varjupaigataotlused rahuldamata. Esimesele nendest otsustest ja selle vastuvõtmiseni viinud eelnõule viidates täheldas see võimuorgan, et K. oleks pidanud olema teadlik („*knowing participation*“) sõjakuritegudest ja inimsusevastastest kuritegudest, mille panid toime Bosnia sõjaväe eriüksused, kuhu ta kuulus, ja et ta oli nendes osalenud isiklikult („*personal participation*“).

18. Ainult nende eespool tuvastatud asjaolude põhjal oli Madalmaade Staatssecretaris seisukohal, et oma viibimisega Madalmaades kahjustab K. selle liikmesriigi rahvusvahelisi suhteid. Selle võimuorgani sõnul tuleks vältida, et see liikmesriik saaks niisuguste isikute varjupaigamaaks, kelle puhul on kaalukaid põhjuseid arvata, et nad on süüdi Genfi konventsiooni artikli 1 punktis F osutatud tüüpi tegudes. Peale selle nõuab tema sõnul avaliku korra ja avaliku julgeoleku kaitse, et võetaks kõik vajalikud sammud, et takistada Madalmaade kodanike kokkupuudet niisuguste isikutega ja eelkõige seda, et K.-le süüks pandud kuritegude ohvritel või nende pereliikmetel tuleks temaga Madalmaades silmitsi sattuda.

19. Eespool öeldut arvestades järeltas nimetatud võimuorgan, et K. kujutab tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu mõnele ühiskonna põhihuvile direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses.

20. Niisuguse järeltase põhjenduseks viitas Madalmaade Staatssecretaris Raad van State (riiginõukogu) 12. septembri 2008. aasta⁵, 16. juuni 2015. aasta⁶ ja 21. augusti 2015. aasta⁷ kohtuotsustele. Nendes kohtuotsustes oli see kohus olnud seisukohal, et Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a osutatud kuritegude erakordset raskusastet arvestades on oht, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvit, mida kujutab niisuguse isiku kohalolu, kes on selle õigusnormi alusel jäetud pagulaseks tunnistamata, oma olemuselt püsivalt vahetu. Nimetatud kohtu hinnangul ei eelda niisuguse ohu tuvastamine asjaomase isiku tulevase tõenäolise käitumise hindamist.

21. Madalmaade Staatssecretaris lisas, et EIÕK artiklis 8 sätestatud õigus era- ja perekonnaelu austamisele ei takista kuulutada K.-d ebasoovitavaks.

22. K. esitas kohtuasjas C-331/16 vaidlusaluse otsuse peale kaebuse Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburgile (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja).

23. Selles kontekstis tekib sellel kohtul *esiteks* küsimus selle otsuse koostöla kohta direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 teise lõiguga. Arvestades eelkõige sellest ajavahemikust, millal K. pani eeldatavalt toime Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktide a ja b kategooriate kuriteod, möödunud aega, tekib nimetatud kohtul sisuliselt küsimus, kas asjaolust, et on kaalukaid põhjuseid arvata, et K. pani niisugused kuriteod toime, piisab selleks, et õigustada, et tema viibimine Madalmaades kujutab „tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu mõnele ühiskonna põhihuvile“ selle direktiivi artikli 27 lõike 2 teise lõigu tähenduses. See kohus märgib ühtlasi, et K.-d ei ole kriminaalkorras süüdi mõistetud.

24. Sellega seoses on eelotsusetaotluse esitanud kohtul kahtlusi, kas käesoleva ettepaneku punktis 19 viidatud Raad van State (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kohtupraktika, mille kohtuasjas C-331/16 vaidlusalune otsus põhineb, on selle õigusnormiga kooskõlas. Kahtlused tuginevad nii selle õigusnormi sõnastusele kui ka Euroopa Kohtu kohtupraktikale, eriti kohtuotsustele Bouchereau⁸, B ja D⁹, I¹⁰ ning H. T.¹¹.

5 NL:RVS:2008:BF1415.

6 NL:RVS:2015:2008.

7 NL:RVS:2015:2737.

8 Kohtuotsus, 27.10.1977 (30/77, EU:C:1977:172, punktid 27–29).

9 Kohtuotsus, 9.11.2010 (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punktid 103–105).

10 Kohtuotsus, 22.5.2012 (C-348/09, EU:C:2012:300, punkt 30).

11 Kohtuotsus, 24.6.2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, punkt 92).

25. Eelotsusetaotluse esitanud kohus nimetab lisaks ühte Belgias 27. märtsil 2013 Raad voor Vreemdelingebetwistingeni (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus) tehtud kohtuotsust¹², milles välistati, et Madalmaade ametivõimude poolt Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a kohaldamine liidu kodaniku pereliikme tegude pärast minevikus tähendaks automaatselt, et esineb oht, mille tõttu on õigustatud isikule vaba liikumis- ja elamisõiguse andmisest keelduda.

26. Pealegi väidab oma kaebuses K. kohtuasjas C-331/16 vaidlusaluse otsuse peale nimelt, et rahvusvahelised suhted ei kuulu mõiste „avalik kord“ alla direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 teise lõigu tähenduses. Pealegi laiendab käsitusviisi, mille kohaselt tema võimalik kokkupuude mõnega tema ohvritest kujutaks iseenesest ohtu avaliku korra jaoks, seda mõistet ülemääraselt. Igal juhul ei selgitanud Madalmaade Staatssecretaris tema sõnul piisavalt põhjuseid, mille pärast tema viibimine Madalmaades kahjustaks selle liikmesriigi rahvusvahelisi suhteid. Väidetavalt ei tõendanud see võimuorgan ka usutavalt, et Madalmaades on K. ohvreid.

27. Teiseks kahtleb Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja), kas see otsus vastab direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 esimese lõigu nõudele, mille kohaselt igasugune liidu kodaniku liikumis- ja elamisõiguste piiramine peab vastama proportsionaalsuse põhimõttele. Sellel kohtul on samuti tekkinud küsimus, kas nimetatud otsus on kooskõlas selle direktiivi artikli 28 lõikega 1 ja lõike 3 punktiga a. Ta viitab sellega seoses [direktiivi 2004/38] ülevõtmise ja kohaldamise parandamise suuniseid käsitleva komisjoni teatise punktidele 3.3 (edaspidi „komisjoni suunised“)¹³.

28. Siinkohal märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et K. ja tema pereliikmed on täielikult Madalmaade ühiskonda sisse elanud, kuna nad elavad alates 2001. aastast Madalmaades, kus on sündinud K. teine poeg ja kus on tema mõlemad pojad koolitatud. K. teatas peale selle, et tema perekond sai Horvaatia kodakondsuse puhttehnilistel põhjustel, kuid et see riik on neile täiesti võõras, kuna nad ei ole seal kunagi elanud ja neil ei ole seal ühtegi sugulast. Peale selle väidab ta, et horvaadid, kes on katoliku usku, ei saa enam oma elu üles ehitada Bosnias ja Hertsegoviinas – selle riigiga ei ole tema lastel pealegi mingeid sidemeid.

29. Nendel tingimustel otsustas Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 lubab kuulutada liidu kodaniku, kelle puhul on – nagu käesolevas asjas – tuvastatud, et tema suhtes on kohaldatavad Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktid a ja b, ebasoovitavaks isikuks seetõttu, et selles Genfi konventsiooni sättes osutatud kuritegude erilise raskuse tõttu tuleb järeldada, et oht, mida ta kujutab ühiskonna põhihuvile, on oma olemuselt püsivalt vahetu?
2. Kui esimesele küsimusele vastatakse eitavalt, siis kuidas tuleb kavandatava ebasoovitavaks isikuks kuulutamise raames kindlaks määrata, kas liidu kodaniku eespool määratletud tegevus, mille suhtes on tunnistatud kohaldatavaks Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktid a ja b, tuleb pidada tõeliseks, vahetuks ja piisavalt tõsiseks ohuks, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvit? Mil määral tuleb seejuures arvesse võtta asjaolu, et Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F kohased karistatavad teod pandi – nagu käesolevas asjas – toime kaua aega tagasi, käesoleval juhul nimelt ajavahemikul 1992–1994?

¹² Kohtuotsus nr 99921.

¹³ 2. juuli 2009. aasta teatis Euroopa Parlamendile ja nõukogule (KOM(2009) 313 (lõplik)). Selles punktis on loetletud asjaomase isiku isikliku ja perekondliku olukorra tegurid, mida tuleb kaaluda ühiskonna põhihuvidega, et kontrollida nende huvide kaitseks võetava avaliku korra või avaliku julgeoleku meetme proportsionaalsust.

3. Kuidas mõjutab proportsionaalsuse põhimõte selle hindamist, kas liidu kodanikku, kelle suhtes on – nagu käesoleval juhul – tunnistatud kohaldatavaks Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktid a ja b, võib kuulutada ebasoovitavaks? Kas seejuures – või olenemata sellest – tuleb arvesse võtta direktiivi 2004/38/EÜ artikli 28 lõikes 1 nimetatud tegureid? Kas seejuures – või olenemata sellest – tuleb arvesse võtta ka viidatud direktiivi artikli 28 lõike 3 punktis a nimetatud eelneva kümne aasta vältel elamist vastuvõtvast liikmesriigis? Kas arvesse tuleb võtta piiranguteta ka [komisjoni suuniste] punktis 3.3 sätestatud tegureid?“

B. Kohtuasi C-366/16

30. H.F. teatas, et tal on Afganistani kodakondsus. 2000. aastal saabus ta Madalmaade territooriumile ja esitas seal varjupaigataotluse.

31. Immigratie- en Naturalisatiediensti (Madalmaade migratsiooni- ja naturalisatsiooniamet, edaspidi „Madalmaade pädev varjupaigaasutus“) 26. mai 2003. aasta otsusega jäeti H.F. Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel pagulaseks tunnistamata. See asutus keeldus 9. jaanuari 2006. aasta otsusega EIÖK artikli 3 alusel talle ajutist elamisluba andmast. Neid kahte otsust kinnitati kohtulikult ja need jõustusid.

32. Seejärel tegi Staatssecretaris van Justitie (Madalmaade justiitsasjade riigisekretär) H.F-i suhtes territooriumile sisenemise keelu otsuse. Selle otsuse põhjal saadeti 2013. ja 2014. aastal määruse (EÜ) nr 1987/2006¹⁴ artikli 24 alusel H.F.-ile Schengeni territooriumile sisenemise või sellel territooriumil elamise tähtajatu keelu hoiatusteateid.

33. Eelotsusetaotlusest nähtub, et H.F.-i ei ole Belgias või Madalmaades kriminaalkorras süüdi mõistetud. Viimane esitas ka enda kohta väljavõtte Afganistani karistusregistrist, milles kanded puuduvad.

34. H.F.-i täisealisel tütrele on Madalmaade kodakondsus. 2011. aastal asusid H.F. ja tema tütar elama Belgiasse, kus viimane tegeleb majandustegevusega.

35. H.F. esitas Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijdingi (Belgia varjupaiga ja migratsiooni, sotsiaalse integratsiooni ja vaesuse vastu võitlemise riigisekretär, edaspidi „Belgia Staatssecretaris“) volitatud esindajale järjest neli elamisloataotlust. Kolmes viimases nendest taotlustest avaldati soovi saada elamisluba liidu kodaniku pereliikmena direktiivi 2004/38 artikli 2 lõike 2 punkti d tähenduses, täpsemalt Belgias elava Madalmaade kodanikust täisealise tütre üleneja sugulasena. Need neli taotlust lahendati elamisloa andmisest keeldumise otsustega, millega koos anti korraldus Belgia territooriumilt lahkuda.

14 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. detsembri 2006. aasta määrus, mis käsitleb teise põlvkonna Schengeni infosüsteemi (SIS II) loomist, toimimist ja kasutamist (ELT 2006, L 381, lk 4). Selle määruse artikli 24 lõikes 1 on sätestatud, et „[a]ndmed selliste kolmandate riikide kodanike kohta, kelle suhtes on sisestatud hoiatusteade riiki sisenemise või riigis viibimise keelamise eesmärgil, sisestatakse siseriikliku hoiatusteate alusel, mis põhineb pädeva haldusasutuse või kohtu poolt vastavalt siseriiklikes õigusaktides sätestatud korrale tehtud otsusel, mis on tehtud üksikjuhtumi hindamise alusel“. Selle artikli lõikes 2 on sätestatud, et „[h]oiatusteade sisestatakse, kui lõikes 1 osutatud otsus põhineb avalikku korda ja julgeolekut või riigi julgeolekut ähvardaval ohul, mida kolmanda riigi kodaniku viibimine liikmesriigi territooriumil võib endast kujutada“. Selle artikli lõike 3 kohaselt võib „[h]oiatusteate [...] samuti sisestada, kui lõikes 1 osutatud otsus põhines asjaolul, et kolmanda riigi kodaniku suhtes on kohaldatud väljasaatmist, sisenemisest keeldumist või tagasisaatmist hõlmavat meedet, mida ei ole tühistatud või mille täitmist ei ole peatatud ja milles sisaldub või millega kaasneb sisenemiskeeld või vajaduse korral riigis elamise keeld ning mis põhineb kolmandate riikide kodanike sisenemise või riigis elamisega seotud siseriiklike eeskirjade eiramisel“.

36. H.F.-i esitatud neljanda elamisloataotluse peale tehtud otsus riigi territooriumil elamise keelu kohta, millega kaasnes Belgiast lahkumise korraldus, tühistati Raad voor Vreemdelingenbetwistingeni (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus, Belgia) 17. juuni 2015. aasta kohtuotsusega. Pärast seda kohtuotsust tegi Belgia Staatssecretarise volitatud esindaja 8. oktoobril 2015 H.F.-i kohta otsuse, millega H.F.-i keelati üle kolme kuu riigis elada; korraldust riigist lahkuda samas ei antud (edaspidi „kohtuasjas C-366/16 vaidlusalune otsus“). Selle otsuse õiguslik alus on Belgia välismaalaste seaduse artikkel 43, millega on Belgia õigusesse üle võetud direktiivi 2004/38 artikkel 27.

37. Nimetatud otsuse põhjenduseks tugines Belgia Staatssecretarise volitatud esindaja H.F.-i kohta algatatud Madalmaade varjupaigamenetluse toimiku andmetele, mille ta sai viimasega koostööd tehes. Sellest toimikust nähtub, et Madalmaade pädeva varjupaigaasutuse järelduste kohaselt on kaalukaid põhjuseid arvata, et H.F. on pannud toime Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a sätestatud kategooria kuritegusid. H.F. oli väidetavalt osalenud sõjakuritegudes või inimsusevastastes kuritegudes või andnud oma tööülesannete tõttu, mida ta Afganistanis täitis, korralduse niisuguseid kuritegusid toime panna. Ta oli poliitilise sekretärina väidetavalt olnud endise kommunistliku režiimi ajal ühenduses Afganistani teabeteenistusega KhAD ja selle raames kandnud ette ebaloojalsete liikmete kohta. H.F. seadis selliselt need liikmed väidetavalt ohtu, et KhAD rikub nende põhiõigusi.

38. Belgia Staatssecretarise volitatud esindaja leidis, et mõnd ühiskonna põhihuvi ähvardav oht, mis on tingitud niisuguse isiku viibimisest Belgia ühiskonnas, kelle puhul on kaalukaid põhjuseid arvata, et ta on nimetatud kuritegusid toime pannud, on oma olemuselt püsivalt vahetu. Selle isiku tulevase käitumise hindamine ei ole sellises olukorras väidetavalt oluline, arvestades asjaomaste kuritegude laadi ja raskust, nagu ka nende toimepanemise aega, kohta ja asjaolusid. Järelikult ei pea selle isiku käitumisest tingitud ohu vahetu olemus, nagu ka korduvuse oht muutuma tõenäoliseks.

39. See võimuorgan täpsustas, et taolises olukorras on riigis elamise keeld mõeldud nende kuritegude ohvrite kaitseks ja seega ka Belgia ühiskonna ja rahvusvahelise õiguskorra kaitseks. Nendel põhjustel on H.F.-ile elamisõiguse andmisest keeldumine tema sõnul proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas.

40. H.F. esitas selle otsuse peale täitmise peatamise ja tühistamishagi Raad voor Vreemdelingenbetwistingenile (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus).

41. See kohus kahtleb, kas kohtuasjas C-366/16 vaidlusaluses otsuses õigeks peetud põhiseisukoht, mis on esitatud käesoleva ettepaneku punktis 38, on kooskõlas direktiivi 2004/38 artikli 27 lõikega 2. Ta rõhutas, et niisugune põhiseisukoht vastab käsitusviisile, mida järgis Madalmaades Raad van State (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) oma 16. juuni 2015. aasta kohtuotsuses¹⁵.

42. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul tekib eelkõige küsimus, kas umbes kümme aastat tagasi teises liikmesriigis tehtud otsus pagulasseisundit mitte tunnustada vabastab vastuvõtva liikmesriigi ametiasutused kohustusest analüüsida asjaomase isiku käitumisest tingitud ohu vahetust ja tõelisust. Ta märgib selle kohta, et niisugune otsus puudutab oma olemuselt isiku päritoluriigis minevikus aset leidnud faktilisi asjaolusid.

43. See kohus täpsustab, et H.F. väidab nimelt oma kaebuses, millega ta kohtuasjas C-366/16 vaidlusaluse otsuse vaidlustas, et Madalmaade pädeva varjupaigaasutuse otsus pagulasseisundit mitte tunnustada põhines ebatäpsetel andmetel Afganistani kohta.

44. Nimetatud kohus tõstatab ka küsimuse, kas kohtuasjas C-366/16 vaidlusalune otsus on kooskõlas harta artiklis 7 ja EIÕK artiklis 8 sätestatud õigusega era- ja perekonnaelu austamisele.

¹⁵ NL:RVS:2015:2008. Vt käesoleva ettepaneku punkt 21.

45. Neil tingimustel otsustas Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus, Belgia) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas liidu õigust, eelkõige direktiivi 2004/38 artikli 27 lõiget 2 eraldi või koostoimes [harta] artikliga 7 tuleb tõlgendada nii, et elamisloataotluse, mille esitab kolmanda riigi kodanik, kes on liidu kodaniku pereliige, selle kodaniku perekonnaga taasühinemise raames, kes on omalt poolt kasutanud liikumis- ja asutamisvabadust, võib jätta liikmesriigis rahuldamata ohu tõttu, mida kujutab lihtsalt selle pereliikme viibimine ühiskonnas, kes on Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F ja direktiivi 2011/95 artikli 12 lõike 2 kohaselt jäetud teises liikmesriigis pagulaseks tunnistamata tema seotuse tõttu asjaoludega, mis leidsid aset spetsiifilistes ajaloolistes ja ühiskondlikes oludes tema päritoluriigis, kusjuures selle ohu vahetus ja tõelisus, mida selle pereliikme tegevus viibimiskohajärgses liikmesriigis kujutab, põhineb üksnes viitel välistamisotsusele, ilma et sel juhul oleks hinnatud kuritegude korduvuse ohtu viibimiskohajärgses liikmesriigis?“

C. Menetlus Euroopa Kohtus

46. Eelotsusetaotlused kohtuasjades C-331/16 ja C-366/16 registreeriti Euroopa Kohtu kantseleis vastavalt 13. juunil 2016 ja 5. juulil 2016. Euroopa Kohtu 21. juuli 2016. aasta otsusega need kaks kohtuasja liideti kirjalikuks ja suuliseks menetlemiseks ja kohtuotsuse tegemiseks.

47. Kirjalikud seisukohad esitasid K., Belgia, Kreeka, Prantsuse, Madalmaade ja Ühendkuningriigi valitsus ning Euroopa Komisjon.

48. 10. juuli 2017. aasta kohtuistungil osalesid K. ja H.F., Belgia, Prantsuse, Madalmaade ja Ühendkuningriigi valitsus ning komisjon.

IV. Õiguslik analüüs

A. Sissejuhatavad märkused

49. Liidu territooriumile sisenemise ajal taotlesid K. ja H.F., kes ei kuulunud sel ajal direktiivi 2004/38 isikulisesse kohaldamisalasse, et nende puhul tunnustatakse liidus pagulasseisundit. Selle seisundi tunnustamisest keelduti H.F.-i puhul ainult Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel ning K. puhul sama sätte alusel koostoimes nimetatud õigusnormi punktiga b.

50. K. sai hiljem liidu kodaniku staatuse pärast Horvaatia Vabariigi ühinemist liiduga. Raad voor Vreemdelingenbetwistingeni (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus) esitatud andmete kohaselt sai H.F. omakorda liidu kodaniku pereliikme staatuse, kui ta oli Belgia territooriumil taaskohtunud oma tütrega, kel on Madalmaade kodakondsus¹⁶. Nende muutuste tõttu muutus K.-le ja H.F.-ile kohaldatavaks direktiiv 2004/38.

¹⁶ Direktiivi 2004/38 artikli 3 lõikes 1 on ette nähtud, et direktiivi „kohaldatakse kõikide liidu kodanike suhtes, kes liiguvad liikmesriiki või elavad liikmesriigis, mille kodanikud nad ei ole, ja nende artikli 2 [lõikes] 2 määratletud pereliikmete suhtes, kes on nendega kaasas või ühinevad nendega“. Selle direktiivi artikli 2 lõike 2 punkti d kohaselt on liidu kodaniku otseliinis ülenejad sugulased „tema pereliikmed“ ainult siis, kui nad on tema ülalpeetavad. Eelotsusetaotluses ei ole täpsustatud, kas H.F. on, nagu ta kohtuistungil väitis, oma tütre ülalpidamisel. Selles taotluses on aga märgitud, et direktiivi 2004/38 artikli 2 lõike 2 punkt d on H.F.-ile kohaldatav (vt käesoleva ettepaneku punkt 35), mis eeldab, et see tingimus on täidetud. Euroopa Kohus on põhimõtteliselt kohustatud lähtuma faktilistest eeldustest, mida eelotsusetaotluse esitanud kohus loeb tõendatuks (vt kohtuotsused, 28.1.1999, van der Kooy (C-181/97, EU:C:1999:32, punkt 30), ning selle kohta 12.2.2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82, punkt 23)). Käesoleval juhul on ainult eelotsusetaotluse esitanud kohus pädev hindama, kas H.F. on tõepoolest liidu kodaniku pereliikme staatuses.

51. Kuigi Genfi konventsiooni artikli 1 punkt F nõuab, et selles sättes osutatud isikutele konventsiooni tähenduses pagulasseisundit ei anta, ei ole nimetatud normiga vastuolus anda viimastele sellest seisundist tulenevaga võrreldes erinevat elamisõigust, tingimusel et puudub oht seda elamisõigust pagulasseisundist tuleneva elamisõigusega segi ajada¹⁷. Ei ole vaidlust küsimuses, et isikule, kes on jäetud pagulaseks tunnistamata, liidu kodanikuna või liidu kodaniku pereliikmena elamisõiguse andmine vastab sellele tingimusele.

52. Käesolevas olukorras piirati K. ja H.F.-i direktiivist 2004/38 tulenevaid õigusi avaliku korra või avaliku julgeoleku meetmetega selle direktiivi artikli 27 lõike 2 tähenduses (edaspidi „piiravad meetmed“)¹⁸. Need meetmed põhinesid asjaolul, et viimaste kohta oli minevikus tehtud Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel pagulaseks tunnistamata jätmise otsused, mille olid vastu võtnud vastuvõtva liikmesriigi instantsid (K. olukord) ja teise liikmesriigi varjupaigainstantsid (H.F.-i olukord).

53. Eelotsusetaotluse esitanud kohtud soovivad sisuliselt teada, kas need meetmed on võetud vastavuses tingimustega, mis on sätestatud direktiivi 2004/38 artikli 27 lõikes 2 – mida tuleb seetõttu, et sellega on lubatud teha erand EL toimimise lepinguga antud põhivabadustest, tõlgendada kitsalt¹⁹.

54. Nad küsivad Euroopa Kohtult ka põhikohtuasjas kõne all olevate piiravate meetmete kooskõla kohta harta artiklist 7 ja EIÕK artiklist 8 tuleneva õigusega era- ja perekonnaelu austamisele. Lisaks küsib Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja), kas niisuguses olukorras nagu K. oma on kohaldatav nimetatud direktiivi artikli 28 lõikes 1 ja lõike 3 punktis a ette nähtud kaitse väljasaatmise vastu.

B. Mõnd ühiskonna põhihuvi kahjustava tõelise, vahetu ja piisavalt tõsise ohu tuvastamine

55. Kohtuasjas C-331/16 esitatud esimese ja teise küsimusega ja kohtuasjas C-366/16 esitatud küsimusega soovivad eelotsusetaotluse esitanud kohtud sisuliselt teada, kas ja kui jah, siis millistel tingimustel võib liikmesriik arvestada, et liidu kodaniku või tema pereliikme viibimine tema territooriumil kujutab „tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi“ direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses põhjusel, et selle isiku kohta on minevikus tehtud Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel pagulaseks tunnistamata jätmise otsus.

56. Konkreetselt küsib Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja) Euroopa Kohtult, kas selles kontekstis on oluline, et eeldatavast kuriteo toimepanemisest, mis õigustas pagulaseks tunnistamata jätmist, on kõnealuse piirava meetme võtmiseni möödunud palju aega (käesoleval juhul rohkem kui kakskümmend aastat). Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus) küsib, kas on vaja hinnata Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a osutatud tegude vastuvõttas liikmesriigis uuesti toimepanemise ohtu, arvestades, et need teod pandi toime asjaomase isiku päritoluriigis spetsiifilistes ajaloolistes ja ühiskondlikes oludes.

17 Vt kohtuotsus, 9.11.2010, B ja D (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punktid 115–120). Euroopa Kohus märkis seal, et direktiiv 2011/95 lähtub samamoodi nagu Genfi konventsioon põhimõttest, et liikmesriigid võivad oma siseriikliku õiguse alusel anda selle direktiiviga ja selle konventsiooniga antavast kaitsest teistsuguse muud liiki kaitse, mis annab isikutele, kes jäetakse pagulaseks tunnistamata, nende territooriumil elamise õiguse.

18 Vt analoogia alusel kohtuotsus, 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 21).

19 Vt eelkõige kohtuotsus, 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 58 ja seal viidatud kohtupraktika). Kohtuotsuses, 29.4.2004, Orfanopoulos ja Oliveri (C-482/01 ja C-493/01, EU:C:2004:262, punkt 65), Euroopa Kohus otsustas, et erandeid liidu kodaniku staatusega seotud õigustest tuleb tõlgendada „eriti kitsalt“.

57. Need küsimused kajastavad eelotsusetaotluse esitanud kohtute kahtlusi seoses sellega, kas direktiivi 2004/38 artikli 27 lõikega 2 on kooskõlas vaidlusaluste otsuste põhjendus, mille kohaselt tähendab asjaolu, et minevikus on kohaldatud Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a, selles õigusnormis osutatud kuritegude erilist raskust arvestades, et asjaomase isiku viibimine vastuvõtva liikmesriigi territooriumil kujutab endast „oma olemuselt püsivalt vahetut“ ohtu²⁰.

58. Direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses ohu hindamine eeldab esiteks, et tehakse kindlaks „ühiskonna põhihuvi“, mille kaitse moodustab osa avaliku korra või avaliku julgeoleku tagamisest. Käesoleval juhul väidab K., et vaidlusaluste otsuste põhjenduseks toodud huvide kaitse ei kuulu mõistete „avalik kord“ või „avalik julgeolek“ alla selle õigusnormi tähenduses. Alustan oma ettepanekut selle argumendi ümberlükkamisest (punkt 1).

59. Teiseks tähendab niisuguse ohu tuvastamine, et asjaomane liikmesriik põhjendab, mil viisil ohustab asjaomane isik oma isikliku käitumisega neid huve tõeliselt, vahetult ja piisavalt tõsiselt. Esitan alljärgnevas arutluskäigus selle nõudega kaasnevad mõjud niisuguses olukorras, nagu on kõne all põhikohtuasjas (punkt 2).

1. Niisuguse „ühiskonna põhihuvi“ kindlaks tegemine, mille kaitse on avaliku korra või avaliku julgeoleku küsimus

60. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb mõisteid „avalik kord“ ja „avalik julgeolek“ liidu kodanike või nende pereliikmete liikumis- ja elamisvabadustest tehtavate erandite õigustusena mõista kitsalt, nii et nende ulatust ei saaks määrata iga liikmesriik ühepoolset, ilma liidu institutsioonide kontrollita. Liidu õiguses ei ole siiski ühtlustatud väärtuste skaalat ja tunnustatakse, et avaliku korra ja avaliku julgeoleku nõuded võivad nii liikmesriigiti kui ka sõltuvalt ajajärgust varieeruda. Liikmesriikidele jääb sisuliselt vabadus määrata nende nõuete sisu kindlaks lähtuvalt oma siseriiklikest vajadustest²¹.

61. Neid põhimõtteid silmas pidades on Euroopa Kohus juba tunnistanud, et avaliku korra ja avaliku julgeoleku nõuded nende õigusnormide tähenduses, millega on lubatud neid vabadusi piirata, ei piirdu elanikkonna rahu ja otsese füüsilise julgeoleku kaitsega kuritegelike aktide toimepanemise ohu eest.

62. Nii on ta otsustanud, et mõistet „avalik julgeolek“, mis hõlmab asjaomase liikmesriigi nii sise- kui ka välisjulgeolekut, võib eelkõige mõjutada „oluliste institutsioonide ja avalike teenuste toimimise kahjustamine ning oht rahvastiku säilimisele, samuti välissuhete raske häirimise oht või oht rahvaste rahumeelsele koosseksiteerimisele või militaarhuvide kahjustamine“²².

63. Kuigi avaliku korra nõuded ei hõlma majanduslikke huvisid²³ ega lihtsalt avaliku korra häirete, milleks on igasugune seaduserikkumine, ennetamist²⁴, võivad need hõlmata mitmesuguste niisuguste huvide kaitset, mida asjaomane liikmesriik peab põhihuvideks oma enda väärtuste süsteemi järgi. Konkreetset on Euroopa Kohus tunnistanud, et liikmesriigil on teatud asjaoludel võimalik tugineda avaliku korra kaalutlustele, et kaitsta oma elanikkonna rahust ja otsesest füüsilisest julgeolekust nii kauget põhihuvi nagu seda on vajadus tagada maksuvõlgade sissenõudmine²⁵.

20 Kohtuasjas C-331/16 vaidlusaluse otsuse puhul põhineb see põhjendus teatavatel Raad van State (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kohtuotsustel, millele on selles otsuses viidatud (vt käesoleva ettepaneku punkt 20).

21 Vt eelkõige kohtuotsused, 28.10.1975, Rutili (36/75, EU:C:1975:137, punktid 26 ja 27); 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punktid 33 ja 34), ja 22.5.2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, punkt 23 ja seal viidatud kohtupraktika).

22 Vt eelkõige kohtuotsus, 13.9.2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 39 ja seal viidatud kohtupraktika).

23 Nagu nähtub direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 1 sõnastusest.

24 Kohtuotsus, 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 83 ja seal viidatud kohtupraktika).

25 Kohtuotsus, 17.11.2011, Aladzhov (C-434/10, EU:C:2011:750, punkt 37).

64. Käesoleval juhul, nagu nähtub eelotsusetaotlusest kohtuasjas C-331/16, põhines K. vastu võetud piirav meede *esiteks* Madalmaade õigusnormil, millega on lubatud kuulutada välismaalane ebasoovitavaks „Madalmaade rahvusvaheliste suhete huvides“. Madalmaade Staatssecretaris tugines selles kontekstis vajadusele vältida, et see liikmesriik saab vastuvõtvaks riigiks isikutele, keda kahtlustatakse rühvastastes või inimsusevastastes kuritegudes. Samas liinis on eelotsusetaotluse kohtuasjas C-366/16 märgitud, et H.F.-i vastu võetud piirav meede oli mõeldud nimelt rahvusvahelise õiguskorra kaitsmiseks.

65. Selles suhtes väitis Prantsuse valitsus, et niisugused meetmed võivad vastata ka huvile sätestada range Prantsuse ühiskonna ja nimelt EL artikli 21 lõikes 1 sätestatud rahvusvahelise õiguskorra põhiväärtuste kaitse kord. Need on väidetavalt vajalikud selleks, et aidata säilitada sotsiaalne ühtekuuluvus ja, nagu väidab ka Ühendkuningriigi valitsus, üldsuse usaldus õigus- ja immigratsioonisüsteemide vastu. See valitsus tugineb lisaks huvile säilitada liidu ja selle liikmesriikide pühendumuse usutavus, mis puutub EL artiklites 2 ja 3 sätestatud põhiväärtuste kaitsesse²⁶.

66. *Teiseks* õigustas Madalmaade Staatssecretaris selles kohtuasjas kõne all olevat piiravat meetet vajadusega takistada Madalmaade elanikkonna kokkupuutumist niisuguste isikutega ja eelkõige nende võimalike ohvrite või ohvrite pereliikmete silmitsisattumist nende isikutega. Samamoodi on eelotsusetaotluses kohtuasjas C-366/16 märgitud, et selles kohtuasjas vaidlusaluse otsuse eesmärk oli kaitsta nende isikute, kellele pagulasseisundit ei anta, ohvreid ja Belgia ühiskonda.

67. Madalmaade ja Ühendkuningriigi valitsus lisavad selle kohta, et piiravate meetmete võtmine liidu kodanike või nende pereliikmete suhtes, kellele ei ole Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel pagulasseisundit antud, vastab vajadusele ennetada ühiskonna kahjustamist seoses skandaaliga, mida võib põhjustada eeldatava sõjakurjategija täiesti karistamatult asjaomase liikmesriigi territooriumil viibimine.

68. Minu arvates võivad liikmesriigid neile avaliku korra nõuete sisu kindlaksmääramiseks jäetud kaalutlusruumi ületamata arvestada, et kõikide eespool kirjeldatud huvide kaitse on nende nõuete osa. Käesoleva ettepaneku punktides 60 ja 63 sätestatud põhimõtteid arvestades ei näe ma põhjust, miks liikmesriigid ei võiks arvestada, et nende oma väärtusteskaala järgi on need huvid direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses ühiskonna põhihuvid, mille kaitse on avaliku korra küsimus.

69. Samas raamistavad võimalust piirata direktiivist 2004/38 tulenevaid liikumis- ja elamisõigusi põhihuvide nimel, millele selleks tuginetakse, selle direktiivi artikli 27 lõikes 2 sätestatud tingimused.

2. Asjaomase isiku isikliku käitumise tõttu viidatud põhihuvisid ähvardava ohu tuvastamine

70. Vastavalt direktiivi 2004/38 artikli 27 lõikele 2 peab selle õigusnormi tähenduses „tõeline, vahetu ja piisavalt tõsine oht, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvit“, olema tingitud ainult asjaomase isiku isiklikust käitumisest. Õigustused, mis ei ole otseselt seotud individuaalse juhtumiga või seonduvad üldise preventsiiooni kaalutlustega, ei ole vastuvõetavad. Peale selle ei saa piirava meetme võtmist põhjendada ainult varasemate süüdimõistvate kohtuotsustega.

²⁶ Ühendkuningriigi valitsus tugineb lisaks liikmesriikide vajadusele täita nende kohustusi terrorismi vastu võitlemisel mitmete ÜRO Julgeolekunõukogu resolutsioonide alusel, mis kohustavad neid keelduma varjupaika andmast isikutele, kes panevad toime terrorismiakte või aitavad neile kaasa. Märkin siiski, et terrorismiaktide suhtes kohaldatakse Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti c sätestatud välistamisklauslit. Selles ei ole käesolevates kohtuasjades küsimust.

71. Selle kohta on Euroopa Kohus korduvalt leidnud, et mõnd ühiskonna põhihuvi ähvardavat ohtu ei saa tuvastada automaatselt, lähtudes ainuüksi asjaomase isiku suhtes varem tehtud spetsiifilise süüdimõistva kohtuotsuse olemasolust²⁷. Selle süüdimõistmiseni viinud asjaolusid võidakse niisuguse ohu tuvastamiseks siiski arvesse võtta, tingimusel et need annavad iga juhtumi puhul eraldi kontrollimise teel tunnistust isiklikust käitumisest, mis kujutab tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd vastuvõtva ühiskonna põhihuvi²⁸.

72. Kuigi selles kontekstis niisuguse ohu tuvastamine „eeldab üldjuhul asjaomase isiku kalduvust sellist [kriminaalkorras karistatud] käitumist tulevikus jätkata“²⁹, võivad niisuguse ohu tingimused ainuüksi mineviku käitumise fakti tõttu teatud asjaoludel täidetud olla³⁰.

73. Esitan alljärgnevalt põhjused, mille pärast ma leian, et käesoleva ettepaneku punktis 71 sedastatud põhimõtted on analoogia alusel kohaldatavad, kui asjaomane isik ei ole varem mitte kriminaalkorras süüdi mõistetud, vaid tema kohta on Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel tehtud pagulaseks tunnistamata jätmise otsus (punkt a).

74. Seejärel arutan käesoleva ettepaneku punktis 72 meelde tuletatud kohtupraktika seisukohast põhjuseid, mille põhjal ma järeldan, et selle isiku käitumine minevikus, nagu nähtub tuvastatud asjaoludest, mille põhjal see otsus tehti, võib olla piisav selleks, et on õigustatud tuvastada „vahetut“ ohtu, vaatamata sellele, et talle süüks pandavate kuritegude eeldatavast toimepanemisest on möödunud palju aega ja et tal ei ole kalduvust niisuguseid kuritegusid vastuvõtvas liikmesriigis korrata (punkt b)³¹.

a) Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a varasema kohaldamise asjasse puutuvus

1) Kohaldatavad põhimõtted

75. Selleks et kindlaks määrata, kas käesoleva ettepaneku punktis 71 sedastatud põhimõtted võivad adekvaatselt reguleerida niisuguse isiku olukorda, kes on minevikus jäetud Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel pagulaseks tunnistamata, tuleb arvesse võtta kahte erilist kaalutlust.

76. Ühelt poolt võiks selles õigusnormis osutatud kuritegude erakordselt raske iseloom rääkida liikmesriikide seisukohast paindlikuma lähenemisviisi kasuks, mis võimaldaks neil tuvastada ohtu direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses ainuüksi põhjusel, et asjaomase isiku vastu on kasutatud Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a ette nähtud välistamisklauslit. Seal nimetatud kuriteod rikuvad nimelt kõige põhilisemaid väärtusi, mis on nii rahvusvahelise õiguskorra kui ka inimõiguste aluseks,³² ja puudutavad kogu rahvusvahelist üldsust³³.

27 Vt eelkõige kohtuotsused, 29.4.2004, Orfanopoulos ja Oliveri (C-482/01 ja C-493/01, EU:C:2004:262, punktid 68 ja 93); 17.11.2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, punkt 38), ja 13.9.2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punktid 64–67). Vt analoogia alusel ka kohtuotsus, 19.1.1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, punkt 25).

28 Vt eelkõige kohtuotsused, 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 28); 29.4.2004, Orfanopoulos ja Oliveri (C-482/01 ja C-493/01, EU:C:2004:262, punkt 77), ja 7.6.2007, komisjon vs. Madalmaad (C-50/06, EU:C:2007:325, punkt 41). Vt selle kohta ka kohtuotsus, 13.9.2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 46).

29 Kohtuotsused, 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 29), ja 22.5.2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, punkt 30). Vt selle kohta ka kohtuotsus, 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 50).

30 Kohtuotsus, 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 29).

31 Ma eelistan seda sõnastust väljendusele, et puudub „korduvuse“ oht. Nagu väitis Belgia valitsus, eeldab mõiste „korduvus“ selle termini hariliku kasutuse järgi kriminaalkorras süüdimõistmise olemasolu. Eelotsusetaotlusest aga nähtub, et K.-d ja H.F.-i ei ole neid Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel süüks pandavates tegudes süüdi mõistetud.

32 Selle kohta otsustas Euroopa Inimõiguste Kohus (edaspidi „EIK“) kohtuotsuses, 21.10.2013, Janowiec jt vs. Venemaa (CE:ECHR:2013:1021JUD005550807, punkt 150), millele viitas kohtuistungil Prantsuse valitsus, et rasked rahvusvahelise õiguse kuriteod, nagu sõjakuriteod, genotsiidid või inimsusevastased kuriteod on palju laiemas mõõtmega kui tavalised kuriteod ning on „[EIÖK] aluste endi eitamine“.

33 Vt Roomas 17. juulil 1998 allkirjastatud ja 1. juulil 2002 jõustunud Rahvusvahelise Kriminaalkohtu statuudi artikkel 5 (ÜRO, *lepingute sari*, kd 2187, nr 38544).

77. Teiselt poolt räägib asjaolu, et selle õigusnormi kohaldamine ei eelda kõnealustes kuritegudes kriminaalkorras süüdimõistmist³⁴ ega nende tõendamist, pigem suurema ettevaatlikkuse kasuks seoses pagulaseks tunnistamata jätmise otsuseni viinud asjaolude arvesse võtmisega, nagu need nähtuvad varjupaigaasutuste hinnangutest, et põhjendada niisuguse ohu tuvastamist.

78. Minu arvates ei takista need kaalutlused eespool nimetatud põhimõtete kohaldamist.

79. *Esiteks* leian, et direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses ohtu ei saa tuvastada automaatselt, ilma laiemal analüüsita, ainuüksi asjaolust, et varjupaigaasutused on jätnud asjaomase isiku varem Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel pagulaseks tunnistamata. Individuaalse käitumise kontrollimise nõudest, mis tuleneb direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 sõnastusest, ei ole minu arvates lubatud erandit teha, isegi kui asjaomasele isikule süüks pandud teod on äärmiselt rasked.

80. Seda lähenemisviisi õigustab ka asjaolu, et Genfi konventsiooni artikli 1 punktil F ja direktiivi 2004/38 artiklil 27 on erinevad eesmärgid³⁵.

81. Nagu Euroopa Kohus tuvastas kohtuotsuses B ja D³⁶, on direktiivi 2011/95 artikli 12 lõikes 2, mis vastab Genfi konventsiooni artikli 1 punktile F, ette nähtud välistamisklauslite eesmärk „jätta pagulaseks tunnistamata isikud, kes sellega kaasnevad kaitset ei vääri, ja vältida seda, et selle seisundi andmine võimaldaks isikutel, kes on teatud raskeid kuritegusid toime pannud, hoiduda kriminaalvastutusest“.

82. Seevastu ei ole nende välistamisklauslite eesmärk kaitsta vastuvõtvat ühiskonda võimaliku ohu eest, mida võiks kujutada asjaomase varjupaigataotleja viibimine selles ühiskonnas – kuna niisugune eesmärk on teistel direktiivi 2011/95 sätetel³⁷. Euroopa Kohus on samuti otsustanud, et selle direktiivi artikli 12 lõike 2 kohaldamine ei eelda, et see isik kujutab vastuvõtvale ühiskonnale vahetut ohtu³⁸.

83. Nende õigusnormide erinevaid eesmäärke arvestades ei lange hindamised, mis tuleb teha Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a kohaldamiseks, nagu ka need, mis on kriminaalkorras süüdimõistmise aluseks³⁹, tingimata kokku hindamistega, mida tuleb teha avaliku korra ja avaliku julgeoleku kaitsele omaste huvide seisukohast direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 alusel⁴⁰.

34 ÜRO pagulaste ülemvoliniku (edaspidi „pagulaste ülemvolinik“) sõnul võib Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a teatavatel juhtudel, kui küsimus on eriti julmades kuritegudes, kohaldada isegi siis, kui asjaomane isik on süüdi mõistetud ja oma karistuse ära kandnud. Vt pagulaste ülemvoliniku 4. septembri 2003. aasta teabenoot välistamisklauslite kohaldamise kohta: 1951. aasta pagulasseisundi konventsiooni artikli 1 punkt F (edaspidi „pagulaste ülemvoliniku teabenoot“), punktid 72 ja 73. Direktiivi 2011/95 põhjenduses 22 on ette nähtud, et „[k]onsultatsioonid [pagulaste ülemvolinikuga] võivad anda liikmesriikidele väärtuslikke suuniseid pagulasseisundi määramisel vastavalt Genfi konventsiooni artiklile 1“.

35 Vt selle kohta kohtuotsus, 24.6.2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punkt 77).

36 Kohtuotsus, 9.11.2010 (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 104).

37 Vastavalt kohtuotsusele, 9.11.2010, B ja D (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 101), „võetakse pagulase poolt kujutatavat võimalikku käesolevat ohtu arvesse mitte selle artikli 12 lõike 2 alusel, vaid esiteks selle artikli 14 lõike 4 punkti a alusel, mille kohaselt võib liikmesriik tühistada pagulasseisundi eelkõige siis, kui on mõistlik põhjus käsitada teda ohuna oma julgeolekule, ja teiseks selle artikli 21 lõike 2 alusel, mis näeb ette, et vastuvõttev liikmesriik võib, nagu lubab ka Genfi konventsiooni artikli 33 lõige 2, pagulase tagasi saata, kui on mõistlik põhjus arvata, et ta on ohuks selle liikmesriigi julgeolekule või ühiskonnale“.

38 Kohtuotsus, 9.11.2010, B ja D (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 105).

39 Vt kohtuotsused, 27.10.1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 27), ja analoogia alusel, 11.6.2015, Zh. ja O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkt 59).

40 Seda järeldust ei mõjuta asjaolu, et pärast pagulaseks tunnistamata jätmise otsust Madalmaades tehti H.F.-i kohta väljasaatmisotsus ja saadeti hoiatusteade SIS-is, mis eeldab vastavalt määruse nr 1987/2006 artikli 24 lõikele 2, et hoiatusteade saatnud liikmesriik on seisukohal, et asjaomase kolmanda riigi kodaniku viibimine tema territooriumil ohustab avalikku korda või avalikku julgeolekut (vt käesoleva ettepaneku joonealune märkus 14). Nagu nimelt nähtub kohtuotsusest, 10.7.2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 25), ei või piirav meede põhineda ainult põhjustel, millele tugines teine liikmesriik niisuguse meetme võtmiseks. Piirava meetme võtmisel „tuleb arvestada [selle meetme] võtva liikmesriigi enda avaliku korra või julgeoleku kaalutlust“. *A fortiori* ei või niisugune meede põhineda ainult põhjustel, millele tugineb teine liikmesriik direktiivi 2004/38 kohaldamisalasse mitte kuuluva kolmanda riigi kodaniku vastu riiki sisenemise keelu või riigis elamise keelu otsuse vastuvõtmiseks.

84. Teiseks võib põhjuseid, millel pagulaseks tunnistamata jätmise otsus põhineb, arvesse võtta, kui need on iga üksikjuhtumi eriasjaolusid arvestades tingitud isiklikust käitumisest, mis kujutab tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi⁴¹. Niisugusel juhul võivad kaalutlused, mis õigustavad Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a kohaldamist, olla ka direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses ohu tuvastamisel aluseks⁴².

85. Seda põhimõtet ei sea kahtluse alla asjaolu, et pagulaseks tunnistamata jätmise ei eelda kriminaalkorras süüdimõistmist ega nõua, et asjaomasele isikule süüks pandavad kuriteod oleksid tõendatud vastavalt üldjuhul liikmesriikide õiguskordades karistusõiguses ja rahvusvahelises karistusõiguses kohaldatavatele tõendamisstandarditele („väljaspool igasugust mõistlikku kahtlust“⁴³).

86. Kohtupraktikast tuleneb nimelt, et kriminaalkorras süüdimõistmine ei ole mõnd ühiskonna põhihuvi kahjustava tõelise, vahetu ja piisavalt tõsise ohu tõendamiseks ei piisav ega samuti mitte vajalik eeldus. Sõltuvalt asjaoludest võib ka lihtsalt kahtlus, et asjaomane isik on toime pannud kuriteo, koostoimes teiste andmetega konkreetse juhtumi kohta olla piisav alus selleks, et tuvastada avalikku korda või avalikku julgeolekut ähvardav oht⁴⁴.

87. Eriti võib niisuguseks tuvastamiseks lisaks muudele andmetele⁴⁵ arvesse võtta „kaalukaid põhjuseid arvata“, et asjaomane isik on toime pannud Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a osutatud tüüpi kuriteo, mis tähendab, et ei piisa pelgast kahtlusest, vaid vaja on selgeid, usaldusväärseid, usutavaid ja veenvaid tõendeid⁴⁶.

88. Pealegi on karistusõiguses kehtivast vähem range tõendamisstandardi kehtestamine kõnesoleva konventsiooni artikli 1 punktis F seletatav asjaoluga, et see õigusnorm puudutab enamikul juhtudel isikuid, kelle üle ei ole kohut mõistetud ega seda enam neid ka süüdi mõistetud kuritegudes, mida neile süüks pannakse⁴⁷. Üks pagulasseisundi välistamise klauslite eesmärkidest on just nimelt võidelda karistamatuse vastu, vältides, et varjupaiga institutsiooni kasutataks kriminaalvastutusest kõrvalehoidmiseks⁴⁸. Veelgi enam, varjupaigaasutustel ei ole pädevust ega ressursse, et tõendada kuritegelikke akte, mis on lisaks väidetavalt toimunud faktilistel asjaoludel, millele on eriliselt raske valgust heita⁴⁹.

41 Praktikas on liikmesriikide ametiasutuste kohus enne piirava meetme võtmist tutvuda asjaomase isiku varjupaigatoimikuga. Kui tegu on teise liikmesriigi tehtud otsusega pagulaseks tunnistamata jätmise kohta, mille kohta on esitatud hoiatusteade SIS-is, tuleb sellel riigil lojaalse koostöö põhimõtte alusel teha seda isikut vastu võtvale liikmesriigile, kelle kohta on teade edastatud, kättesaadavaks täiendav teave, mille põhjal ta saab konkreetselt hinnata, kui suurt ohtu viimane võib kujutada (vt kohtuotsus, 31.1.2006, komisjon vs. Hispaania (C-503/03, EU:C:2006:74, punkt 56)).

42 Käsitletlen üksikasjalikult asjaolusid, mida tuleb selles kontekstis arvesse võtta, käesoleva ettepaneku punktides 91–100.

43 Vt eelkõige Rahvusvahelise Kriminaalkohtu statuudi artikli 66 lõige 3 ning endise Jugoslaavia asjade rahvusvahelise kriminaalkohtu 11. veebruaril 1994 vastu võetud ja 8. juulil 2015 viimati muudetud kodu- ja tõendamiskorra artikli 87 punkt A.

44 Euroopa Kohus on teinud niisuguse otsuse kohtuotsuses, 11.6.2015, Zh. ja O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkt 52), mis puudutab Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. detsembri 2008. aasta direktiivi 2008/115/EÜ ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel (ELT 2008, L 348, lk 98) artikli 7 lõike 4 tõlgendamist. Selle õigusnormiga on liikmesriikidel lubatud teha erandit oma kohustusest anda kolmanda riigi kodaniku väljasaatmise korral, kui see kodanik kujutab ohtu avalikule korrale või avalikule julgeolekule, talle tähtaeg vabatahtlikult lahkumiseks. Euroopa Kohus põhjendas seda järeldust põhjusega, et „liikmesriikidele [jääb] põhimõtteliselt vabadus määrata avaliku korra nõuded kindlaks lähtuvalt oma riigisisestest vajadustest [...] [et direktiivi 2008/115 ühegi] sätte kohaselt ei saa järeldada, et selleks on nõutav süüdimõistmine“. Minu arvates on see arutluskäik ja sellest tulenev järeldus ülekantavad direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tõlgendamisele. Liikmesriikidel on nimelt suur kaalutusõigus määrata kindlaks avaliku korra nõuded ka selle õigusnormi kontekstis ja ka direktiiv 2004/38 ei näe ette kriminaalkorras süüdimõistmise vajalikkust.

45 Vt pagulaste ülemvolinik, Rahvusvahelise kaitse juhtpõhimõtted nr 5: välistamisklauslite kohaldamine, 1951. aasta pagulasseisundi konventsiooni artikli 1 punkt F, 4.9.2003 (punktid 34 ja 35), lisatud Pagulasseisundi kindlaksmääramiseks kohaldatavate menetluste ja kriteeriumide juhend ja juhtpõhimõtted, Genf, detsember 2011 (edaspidi „pagulaste ülemvoliniku juhtpõhimõtted“); pagulaste ülemvoliniku teabenoot, punktid 107–109, ning Statement on Article 1F of the 1951 Convention, juuli 2009, lk 10.

46 Vt käesoleva ettepaneku punktid 91–100.

47 Vt siiski käesoleva ettepaneku joonealune märkus 34.

48 Vt käesoleva ettepaneku punkt 81.

49 Vt selle kohta kohtuotsus, Bundesverwaltungsgericht (Šveitsi föderaalne halduskohus), 11.5.2010, Y. ja perekond vs. Office fédéral des migrations (föderaalne migratsiooniamet, ODM) (E-5538/2006, BVGE, p 5.3.2.2). See kohus rõhutas selles kohtuotsuses, et Genfi konventsiooni artikli 1 lõikes F ette nähtud tõendamisstandard on õigustatud samal ajal sellel õigusnormil põhinevate otsuste esemega – millega ei määrata nende raskusest olenemata karistusi – ja piiratud uurimisvahenditega, mis on varjupaigaasutustel faktiliste tõendite kogumiseks, mida esitatakse tingimustes, millele on sageli raske valgust heita.

89. Käesoleval juhul nähtub eelotsusetaotlustest, et K. ja H.F.-i vastu võetud piiravate meetmetega püüti eelkõige vältida rahutust, mida võiks ühiskonnas tekitada nende isikute viibimine vastuvõtva liikmesriigi territooriumil, eriti nende võimalike ohvrite jaoks. Madalmaade valitsuse sõnul seisneb väidetav rahutus šokis, mida võiks tekitada rahvusvahelise õiguse kõige raskemate kuritegude toimepanemises kahtlustatavate isikute täiesti karistamatu viibimine sellel territooriumil.

90. Eespool öeldut arvestades leian, et kuigi tõik, et isikut ei ole Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel pagulaseks tunnistanud, ei anna automaatselt alust tuvastada tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi, võib seda tõsiasja niisuguse ohu tuvastamiseks arvesse võtta, tingimusel et selle õigusnormi kohaldamiseni viinud asjaoludest, nagu need nähtuvad varjupaigaasutuste tehtud hindamistest, ilmneb niisugust ohtu kujutav isiklik käitumine.

2) Andmed, mille põhjal on võimalik hinnata, kas pagulaseks tunnistamata jätmise aluseks olevad asjaolud on isiklik käitumine, mis kujutab tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi

91. Nagu Euroopa Kohus rõhutas kohtuotsustes B ja D⁵⁰ ja Lounani⁵¹, eeldab pagulaseks tunnistamata jätmise igale konkreetsele juhule omaste täpsete asjaolude täielikku kontrollimist. Pagulaste ülemvoliniku eri seisukohavõttude kohaselt hõlmavad need lisaks nende kuritegude laadile, milles asjaomast isikut kahtlustatakse, viimase isiklikku nendes kuritegudes asjasse segatust ning võimalikku kriminaalvastutusest vabastavate põhjuste olemasolu, nagu sund või õigustatud enesekaitse⁵².

92. Kõiki neid asjaolusid, nagu varjupaigaasutused on need tuvastanud, tuleb minu arvates samuti arvesse võtta, et hinnata, kas asjaomase isiku isiklik käitumine kujutab ohtu direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses. Selles kontekstis võib märkimisväärset kaalu omistada isikule süüks pandavate Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a osutatud kuritegude erilisele raskusele. Veel tuleks siiski kontrollida ka kõiki teisi asjasse puutuvaid tegureid.

93. Konkreetset isikliku asjasse segatuse kohta märkin, et direktiivi 2011/95 artikli 12 lõike 3 alusel loetakse, et varjupaigataotleja on kuriteo „toime pannud“ selle artikli lõike 2 tähenduses, kui ta on sellele õhutanud või selles muul viisil osalenud⁵³.

94. Selle kohta otsustas Euroopa Kohus kohtuotsuses B ja D⁵⁴, et varjupaigaasutused ei või isikut pagulaseks tunnistamata jätta ainuüksi selle alusel, et isik on minevikus kuulunud Genfi konventsiooni artikli 1 punktis F osutatud kuritegudesse segatud organisatsiooni, kontrollimata, kas osa vastutusest organisatsioonile süüks pandavates kuritegudes on omistatav sellele isikule, arvestades kõiki asjaolusid. Need asjaolud hõlmavad seda, „millist rolli kõnealune isik nende tegude toimepanemises tegelikult täitis; milline oli tema positsioon organisatsioonis; milline oli teadlikkuse aste, mis tal organisatsiooni tegevusest oli või oleks pidanud olema; võimalik surve, mis talle avaldati; või teised tegurid, mis võisid tema käitumist mõjutada“⁵⁵.

50 Kohtuotsus, 9.11.2010 (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 87).

51 Kohtuotsus, 31.1.2017 (C-573/14, EU:C:2017:71, punkt 72).

52 Vt eelkõige pagulaste ülemvoliniku juhtpõhimõtted, punktid 10–13 ja 18–23, ning pagulaste ülemvoliniku teabenoot, punktid 50–75.

53 Vt ka pagulaste ülemvoliniku teabenoot, punktid 50–56.

54 Kohtuotsus, 9.11.2010 (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punktid 88–99). Kuigi see kohtuotsus puudutas direktiivi 2011/95 artikli 12 lõike 2 punktides b ja c – mis vastavad Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktidele b ja c – ette nähtud välitamisklauslite kohaldamist, on Euroopa Kohtu arutluskäik ja sellest tulenev järeldus minu arvates kohaldatavad ka nende õigusnormide punktis a ette nähtud välitamisklauslile.

55 Kohtuotsus, 9.11.2010, B ja D (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 97).

95. Käesoleval juhul väidab K., et teda ei tunnistanud pagulaseks kohustuslike ülesannete tõttu, mida ta täitis Bosnia sõjaväes. Tema sõnul ei vasta Madalmaade varjupaigaasutuste praktika nõudele, et tuleb kontrollida asjaomase varjupaigataotleja isiklikku asjasse segatust.

96. H.F. omakorda väidab, et Madalmaade varjupaigaasutus kasutas tema vastu välistamisklauslit ainuüksi põhjusel, et ta täitis KhAD-is lihtsalt logistikaülesannet⁵⁶.

97. Tuletan siinkohal meelde, et kuigi vastuvõtva liikmesriigi ametiasutustel ei ole piirava meetme võtmise raames õigust seada kahtluse alla pagulaseks tunnistamata jätmise otsuse põhjendatust⁵⁷, on nende kohus siiski kontrollida, kas asjaolud, millega varjupaigaasutused seda otsust põhjendasid, võivad õigustada ka direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses ohu tuvastamist.

98. Selle õigusnormi seisukohast võib asjaolu põhjal, et asjaomane isik kuulub või kuulus minevikus kuritegelikesse aktidesse segatud organisatsiooni, niisugust ohtu tuvastada ainult sel määral, kuivõrd see asjaolu annab tunnistust avalikku korda või avalikku julgeolekut kahjustavast isiklikust käitumisest⁵⁸.

99. Kohtuotsuses H. T.⁵⁹ kohaldas Euroopa Kohus analoogia alusel kohtuotsuses B ja D⁶⁰ arendatud arutluskäiku (esitatud käesoleva ettepaneku punktis 94) direktiivi 2011/95 artikli 24 lõike 1 tõlgendamise raames. See õigusnorm lubab keelduda pagulasele elamisloa andmisest „riigi julgeoleku või avaliku korraga seotud kaalukatel põhjustel“. Euroopa Kohtu hinnangul eeldab mõiste „avalik kord“ nimetatud õigusnormi tähenduses samamoodi, nagu on ette nähtud direktiivi 2004/38 artikli 27 lõikes 2, et esineb „tõeline, vahetu ja piisavalt tõsine oht, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi“⁶¹. Euroopa Kohus on otsustanud, et niisugune oht ei saa põhineda ainult tegudel, millega minevikus toetati kuritegelikesse aktidesse segatud organisatsiooni, ilma et kontrollitaks kõnealuse pagulase individuaalset vastutust nende tegude toimepanemises täpsete faktide seisukohast⁶². Niisugune järeldus tundub mulle põhjendatud nii direktiivi 2011/95 artikli 24 lõike 1 tõlgendamise kui ka direktiivi 2004/38 artikli 27 tõlgendamise osas, kuivõrd Euroopa Kohus tõdes kohtuotsuses H.T.⁶³, et mõistet „avalik kord“ nende sätete tähenduses tuleb tõlgendada sarnaselt.

100. Eelotsusetaotlused esitanud kohtute ülesanne on hinnata, kas põhikohtuasjas kõne all olevad piiravad meetmed võeti või mitte kõikide eespool nimetatud asjaolude individuaalse hindamise tulemusel – mis on ise tehtud tuvastatud asjaolude põhjal, mille tõttu jäeti K. ja H.F. pagulaseks tunnistamata.

56 H.F. nimetab eelotsusetaotluse esitanud kohtu poolt kohtuasjas C-366/16 Euroopa Kohtule esitatud toimikusse lisatud dokumenti, milles pagulaste ülemvolinik kahtleb avalikult, kas Madalmaade praktika, mis seisneb selles, et Afganistani varjupaigataotlejate puhul, kes on töötanud KhAD-i teenistuses ohvitseri või atesteerimata ohvitseri ametikohtadel, eeldatakse, et neile on kohaldatavad välistamisklauslid, on kooskõlas Genfi konventsiooniga. Vt ka pagulaste ülemvolinik, Note on the structure and operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978-1992, mai 2008.

57 Kui pagulaseks tunnistamata jätmise otsuse on teinud teine liikmesriik, oleks niisugune kahtluse alla seadmine muu hulgas vastuolus vastastikuse usaldusega, millel – nagu on rõhutatud selle määruse põhjenduses 22 – põhineb süsteem, mis kehtestati Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. juuni 2013. aasta määrusega (EL) nr 604/2013, millega kehtestatakse kriteeriumid ja mehhanismid selle liikmesriigi määramiseks, kes vastutab mõnes liikmesriigis kolmanda riigi kodaniku või kodakondsuseta isiku esitatud rahvusvahelise kaitse taotluse läbivaatamise eest (uuesti sõnastatud) (ELT 2013, L 180, lk 31).

58 Vt selle kohta kohtuotsus, 4.12.1974, van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, punkt 17), viidatud komisjoni suuniste punktis 3.2.

59 Kohtuotsus, 24.6.2015 (C-373/13, EU:C:2015:413).

60 Kohtuotsus, 9.11.2010 (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punktid 88–99).

61 Kohtuotsus, 24.6.2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punktid 77 ja 79).

62 Kohtuotsus, 24.6.2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punktid 86–90).

63 Kohtuotsus, 24.6.2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, punkt 77).

b) Eeldatavast kuritegude toimepanemisest möödunud aja ja nende korduvusele kaldumise asjasse puutuvus

101. Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a osutatud rahuvastased kuriteod, sõjakuriteod ja inimsusevastased kuriteod tähistavad üldiselt enne asjaomase varjupaigataotleja vastuvõtva liikmesriigi territooriumile saabumist kolmandas riigis toime pandud tegusid. Nagu märkisid K. ning Prantsuse, Madalmaade ja Ühendkuningriigi valitsus, on väga ebatõenäoline, et niisuguseid kuritegusid pärast sellesse liikmesriiki saabumist seal korratakse⁶⁴. See on nii, kuna teoreetiliselt – nagu märkis Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus) – on need teod seotud selle kolmanda riigi spetsiifiliste geograafiliste, ajalooliste ja ühiskondlike oludega ja eelkõige konfliktiolukorraga selles riigis.

102. Minu arvates ei ole need kaalutlused niisugustes olukordades, nagu on kõne all põhikohtuasjas, tingimata määravad.

103. *Esiteks*, nagu nähtub käesoleva ettepaneku punktis 72 viidatud kohtupraktikast, ei eelda vahetu ohu olemasolu tingimata, et esineb avalikku korda või avalikku julgeolekut kahjustava käitumise korduvuse oht. Teatud asjaoludel võib ainuüksi minevikus aset leidnud käitumise fakt iseenesest olla piisav selleks, et oleks õigustatud tuvastada, et asjaomase isiku isiklik käitumine kujutab ohtu, mis vastab direktiivi 2004/38 artikli 27 lõikes 2 sätestatud tingimustele.

104. Need asjaolud hõlmavad minu arvates olukordi, kus liikmesriik tugineb piirava meetme põhjendamiseks mõnd ühiskonna põhihuvi ähvardavale ohule, mis ei sõltu kuritegeliku käitumise korduvuse ohust⁶⁵.

105. Käesoleval juhul ei võetud vaidlusaluseid otsuseid vastu selleks, et ennetada ohtu, et K. ja H.F. panevad edaspidi vastuvõtva liikmesriigi territooriumil toime rahuvastaseid kuritegusid, sõjakuritegusid või inimsusevastaseid kuritegusid. Nende otsustega püüti hoopis ennetada avaliku korra ja rahvusvaheliste suhete häireid, mida võib tekitada nende isikute viibimine sellel territooriumil, arvestades nende varasemate tegude erakordset raskust, milles neid isikuid kahtlustatakse, ja seda sõltumata nende isikute praegusest või tulevase käitumisest. Arvestades põhihuvisid, millele tuginetakse, kujutab just nende isikute, keda kahtlustatakse selles, et nad millalgi vastavad kuriteod toime panid, kohalviibimine ise, mitte nende praegune või tulevane käitumine vastuvõetavas liikmesriigis, endast kõnealust ohtu. Niisugune oht võib vastata direktiivi 2004/38 artikli 27 lõikes 2 ette nähtud vahetu ohu tingimusele, sest – nagu rõhutasid Madalmaade ja Ühendkuningriigi valitsus – vahetu peab olema oht, mitte asjaomase isiku käitumine.

106. *Teiseks*, ehkki kõnealuste kuritegude eeldatavast toimepanemisest möödunud aega tuleb arvestada kontrollimisel, kas väidetav oht on vahetu⁶⁶, ei võta see tingimata ohult tema vahetut laadi. Nimelt võib ühiskondliku korra ja rahvusvaheliste suhete häirimise oht, mida võib rahuvastaste kuritegude, sõjakuritegude või inimsusevastaste kuritegude toimepanemises kahtlustatava isiku viibimine liikmesriigi territooriumil tekitada, püsida, kui – ja vahel seda enam et – see isik on saanud pikka aega karistamatult olla. Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alla kuuluvad kuriteod on muide mitmesuguste rahvusvahelise karistusõiguse instrumentide alusel aegumatud⁶⁷.

⁶⁴ Euroopa Kohus on muide juba täpsustanud, et pagulasseisundi tunnustamist välistava klausli kohaldamine ei sõltu asjaomase liikmesriigi jaoks „vahetu ohu“ olemasolust (vt käesoleva ettepaneku punkt 82).

⁶⁵ Minu arvates tuleks sellest perspektiivist mõista ka komisjoni suuniste punkti 3.2 kinnitust, et „õigusrikkumise uuesti toimepanemise oht on äärmiselt oluline“. See kinnitus on asjasse puutuv ainult piiravate meetmete puhul, mis võetakse elanike rahu ja füüsilise julgeoleku kaitsmiseks kuritegeliku käitumise kordumise ohu vastu. See ei ole kohaldatav piiravatele meetmetele, mille eesmärk on kaitsta teist tüüpi põhihuve.

⁶⁶ Vt analoogia alusel kohtuotsus, 11.6.2015, Zh. ja O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkt 62). Kohtupraktika kohaselt tuleb seda, kas esineb oht direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses, hinnata nimelt kõnealuse piirava meetme võtmise ajal (kohtuotsus, 29.4.2004, Orfanopoulos ja Oliveri (C-482/01 ja C-493/01, EU:C:2004:262, punktid 77–79)).

⁶⁷ Vt eelkõige Rahvusvahelise Kriminaalkohtu statuudi artikkel 29 ning 25. jaanuaril 1974. aastal allkirjastatud konventsioon sõjakuritegude ja inimsusevastaste kuritegude aegumatuse kohta (*Euroopa lepingute seeria*, nr 82).

107. Juhul kui asjaomaste isikute isikliku käitumise kontrollimise tulemusel tuvastatakse eespool nimetatud kaalutluste seisukohast oht direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 tähenduses, tuleks veel kontrollida, kas põhikohtuasjas kõnealuste piiravate meetmete võtmine vastab proportsionaalsuse põhimõttele ning austab nende isikute põhiõigusi.

C. Analüüs piiravate meetmete proportsionaalsuse ja nende kooskõla kohta õigusega era- ja perekonnaelu austamisele

108. Kolmanda küsimusega küsib Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja) Euroopa Kohtult, kuidas hinnata varem Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel pagulaseks tunnistamata jäetud isiku vastu võetud piirava meetme puhul nõutavat proportsionaalsust.

109. See kohus küsib eelkõige, kas direktiivi 2004/38 artikli 28 lõikes 1 nimetatud – ja komisjoni suuniste punktis 3.3 korratud – tegureid tuleb selles kontekstis arvesse võtta. Ta soovib ühtlasi teada, kas tugevdatud kaitse, mis on selle direktiivi artikli 28 lõike 3 punkti a alusel liidu kodanikel, kes on elanud kümne eelneva aasta jooksul vastuvõttvas liikmesriigis, on K. olukorras kohaldatav.

110. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus) küsis samuti Euroopa Kohtult, kas selline piirav meede nagu kohtuasjas C-366/16 vaidlusalune otsus on kooskõlas harta artikliga 7. Nagu ma alljärgnevalt selgitan, on piirava meetme proportsionaalsuse kontroll olemuslikult seotud selle kontrollimisega, kas meede on põhiõigustega kooskõlas. Neil asjaoludel on sellele kohtule tarviliku vastuse andmiseks oluline anda talle ka teatavad juhtnöörid niisuguse kontrolli meetodite kohta nimetatud kohtu menetluses oleva kohtuasja kontekstis.

1. Piiravate meetmete sobivuse ja vajalikkuse nõue

111. Proportsionaalsuse põhimõte, mille järgimist direktiivi 2004/38 artikli 27 lõige 2 nõuab, eeldab, et igasugune piirav meede on „sellega taotletava eesmärgi saavutamise tagamiseks sobiv“ ega „lähe kaugemale kui selle saavutamiseks vajalik“⁶⁸.

112. Nende nõuete täitmiseks on vastuvõttev liikmesriik nimelt kohustatud kontrollima võimalust võtta alternatiivseid, asjaomase isiku liikumis- ja elamisvabadust vähem kahjustavaid meetmeid, mis oleksid sama tõhusad nende põhihuvide kaitse tagamiseks, millele tuginetakse⁶⁹.

⁶⁸ Vt eelkõige kohtuotsused, 26.11.2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, EU:C:2002:712, punkt 43); 10.7.2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 29), ja 17.11.2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, punkt 40).

⁶⁹ Kohtuotsused, 17.11.2011, Aladzhov (C-434/10, EU:C:2011:750, punkt 47), ja analoogia alusel 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 49).

113. Siinkohal võiks tekkida küsimus, kas – nagu väitis K. kohtuistungil – põhihuvid, millele käesoleval juhul tuginetakse, ei oleks paremini tagatud vastuvõtvas liikmesriigis asjaomase isiku kohtulikule vastutusele võtmisega⁷⁰, kui sellel liikmesriigil on selleks ekstraterritoriaalne pädevus⁷¹. Asjaomase isiku väljasaatmine mõnda teise liikmesriiki (nagu K. olukorras) või kolmandasse riiki, kui ei ole tagatise, et tema vastu algatatakse seal kohtuasi, Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a osutatud kuritegude eeldatavate toimepanijate karistamatusega seotud probleeme tegelikult ei lahenda⁷².

114. Minu arvates tuleks aga selles suhtes teha mõned reservatsioonid ja nõustuda, et – ilma et see piiraks liikmesriikidel rahvusvahelisest karistusõigusest tulenevaid kohustusi teostada oma ekstraterritoriaalset pädevust⁷³ – nad võivad vabalt vastu minna ohule, mida võib kujutada pagulaseks mitte tunnistatud isiku viibimine, kui talle ei anta elamisõigust selle asemel, et tema vastu kohtuasi algatada. Nagu väitis Ühendkuningriigi valitsus, võib liikmesriik teatud juhtudel otsustada, et tal ei ole võimalik – olgu siis tõendite kogumise raskuste või asjasse puutuvate faktide väljaselgitamise seisukohast – niisugust isikut vastutusele võtta⁷⁴. Need kaalul olevad huvid lähevad minu arvates käesolevate kohtuasjade piirides kaugemale.

2. Mängus olevate õigustatud huvide tasakaalustamine

a) Kohaldatavad põhimõtted

115. Direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 alusel võetava piirava meetme proportsionaalsuse nõue eeldab ka õiglase tasakaalu leidmist ühelt poolt liidu kodanike ja nende pereliikmete sellest direktiivist tulenevate õiguste kaitse ning teiselt poolt vastuvõtva ühiskonna põhihuvide kaitse vahel⁷⁵.

70 Selle kohta on nõukogu 8. mai 2003. aasta otsuse 2003/335/JSK genotsiidi, inimsusevastaste kuritegude ja sõjakuritegude uurimise ning nende eest vastutuselevõtmise kohta (ELT 2003, L 118, lk 12; ELT eriväljaanne 19/06, lk 154) põhjenduses 7 sätestatud, et „[l]iikmesriigi pädevad asutused peavad tagama, et kui nad saavad teavet, mille kohaselt elamisluba taotlevat isikut kahtlustatakse genotsiidi, inimsusevastaste kuritegude või sõjakuritegude toimepanekus või nende toimepanekus osalemises, võib asjakohaseid tegusid uurida ja kui see on põhjendatud, nende eest vastutusele võtta siseriikliku õiguse kohaselt“. Käesoleval juhul märkis Madalmaade valitsus kohtuistungil, et mõni inimene, keda ei ole pagulaseks tunnistanud, on seejärel Madalmaades kriminaalvastutusele võetud.

71 Vajaduse korral võib isiku vastutusele võtta universaalse kohtualluvuse alusel. Konkreetselt neli Genfi 12. augusti 1949. aasta konventsiooni rahvusvaheliste relvakonfliktide ohvrite kaitse kohta kohustavad osalisriike teostama seda kohtualluvust nende konventsioonide kohaldamisalasse kuuluvate kuritegude suhtes (vt Genfi (I) konventsiooni haavatud ja haigete sõjaväelaste olukorra parandamise kohta maismaal artikkel 49; Genfi (II) konventsiooni haavatud, haigete ja merehädas sõjaväelaste olukorra parandamise kohta merel artikkel 50; sõjavangide kohtlemise Genfi (III) konventsiooni artikkel 129 ja tsiviilisikute sõjaaegse kaitse Genfi (IV) konventsiooni artikkel 146). Vt ka nõukogu 13. juuni 2002. aasta otsuse 2002/494/JSK, millega luuakse kontaktpunktide Euroopa võrk seoses genotsiidi, inimsusevastaste kuritegude ja sõjakuritegude eest vastutavate isikutega (EÜT 2002, L 167, lk 1; ELT eriväljaanne 19/06, lk 23), põhjendused 3 ja 7.

72 Vt selle kohta pagulaste ülemvoliniku teabenoot, punkt 4, mille kohaselt „universaalse kohtualluvuse arendamine ja rahvusvaheliste kriminaalkohtute loomine vähendavad välistamise osatähtsust selle tagamise vahendina, et pagulased tuuakse kohtu ette, mis kindlustab argumente kitsendava käsitlusviisi poolt“.

73 Vt käesoleva ettepaneku joonealune märkus 71.

74 Vt selgitused raskuste kohta, mis seonduvad raskete rahvusvahelises õiguses sätestatud koosseisude kohaste kuritegude eeldatavate toimepanijate vastutusele võtmisega liikmesriikide kohtutes, vt Genotsiidi, inimsusevastaste kuritegude ja sõjakuritegude uurimise ning nende eest vastutusele võtmise võrgustik, „Stratégie du Réseau génocide de l'UE pour lutter contre l'impunité du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre au sein de l'Union européenne et de ses États membres“ [ELi genotsiidivõrgustiku strateegia genotsiidikuritegude, inimsusevastaste kuritegude ja sõjakuritegude karistamatuse vastu võitlemiseks Euroopa Liidus ja liikmesriikides], La Haye, november 2014, lk 15–23.

75 Vt eelkõige kohtuotsus, 29.4.2004, Orfanopoulos ja Oliveri (C-482/01 ja C-493/01, EU:C:2004:262, punkt 95).

116. Niisugune kaalumine on olemuslikult seotud piirava meetme analüüsimisega põhiõiguste aspektist, mille austamise tagab Euroopa Kohus, ja eriti harta artiklis 7 ja EIÕK artiklis 8 sätestatud õiguse era- ja perekonnaelu austamisele aspektist⁷⁶. Need õigusnormid eeldavad nimelt sellesse õigusesse sekkumise põhjenduseks toodud kollektiivsete huvide ja asjaomase isiku individuaalse huvi omavahel tasakaalustamist. Neid tuleb vajaduse korral tõlgendada korrelatsioonis kohustusega seada esikohale lapse huvid, mis on liidu õiguses tunnustatud harta artikli 24 lõikega 2⁷⁷.

117. Direktiivi 2004/38 artikkel 27 „Üldpõhimõtted“ reguleerib kõiki piiravaid meetmeid. Selles õigusnormis ei ole täpsustatud, milliseid kriteeriume tuleb arvestada, kui hinnatakse nende meetmete proportsionaalsust ja koosõla meetmeadressaatide põhiõigustega. Seevastu direktiivi artikli 28 „Kaitse väljasaatmise eest“ lõige 1 on kohaldatav „väljasaatmisotsustele“ ja selles on mitteammendavalt loetletud tegurid, mida liikmesriigid peavad enne niisuguste otsuste vastuvõtmist arvesse võtma. Need hõlmavad asjaomast isikut vastu võtva liikmesriigi territooriumil viibimise kestust, tema vanust, tervislikku seisundit, perekondlikku ja majanduslikku olukorda, sotsiaalset ja kultuurilist integratsiooni vastuvõtvasse liikmesriiki ning sidemeid päritoluriigiga.

118. Nimetatud tegurid, mis on üle võetud ka komisjoni suuniste punkti 3.3, kajastavad ulatuslikult neid, mis võimaldavad vastavalt EIK – eriti tema kohtuotsustes *Boultif vs. Šveits*⁷⁸ ja *Üner vs. Madalmaad*⁷⁹ väljakujundatud – kohtupraktikale kontrollida väljasaatmismeetme koosõla EIÕK artikliga 8.

119. Rõhutan siiski, et liidu kodanike ja nende pereliikmete liikumis- ja elamisvabaduste piiramise proportsionaalsuse analüüs ei lange tingimata kokku selle õigusnormi kohase analüüsiga. EIK kohtupraktikas lähtutakse nimelt sellest, et EIÕK artikkel 8 ei taga välismaalasele õigust siseneda konkreetsesse riiki ja seal elada⁸⁰. Seevastu on liidu kodanikel ja nende pereliikmetel õigus siseneda vastuvõtvasse liikmesriiki ja seal elada direktiiviga 2004/38 ette nähtud tingimustel, kusjuures see liikmesriik on kohustatud igasugust niisuguse õiguse piirangut põhjendama⁸¹. Kaalutavate kriteeriumide suhteline kaal võib seega varieeruda, arvestades ka selle direktiivi spetsiifilisi eesmärgi, mille hulgas on – nagu nähtub selle põhjendustest 23 ja 24 – nende isikute vastuvõtvasse ühiskonda integreerumise kindlustamine.

b) Direktiivi 2004/38 artikli 28 lõikes 1 sätestatud kriteeriumide kohaldatavus niisugustele olukordadele nagu põhikohtuasjas

1) Olukorrad nagu K. oma

120. Eelotsusetaotluses on märgitud, et koos K. Madalmaades ebasoovitavaks kuulutamise anti talle korraldus riigist lahkuda. Madalmaade valitsus kinnitas kohtuistungil, et viimase suhtes pidi rakendatama väljasaatmise sunnimeedet, kui ta seda korraldust antud tähtajaks ei täida.

76 Vt eelkõige kohtuotsused, 23.11.2010, *Tsakouridis* (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 52); 13.9.2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 81), ja 13.9.2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 41). Harta artikli 52 lõike 3 kohaselt on niivõrd, kuivõrd see sisaldab EIÕK-ga tagatud õigustele vastavaid õigusi, nende õiguste mõte ja ulatus samad, mis on neil konventsioonis. See säte ei takista siiski liidu õiguses suuremat kaitset anda. Seega, kuna harta artikkel 7 sisaldab õigusi, mis vastavad EIÕK artikliga 8 tagatud õigustele, tuleks neile anda sama mõte ja ulatus, mis on antud EIÕK artiklis 8, nagu seda on tõlgendatud EIK kohtupraktikas (vt kohtuotsus, 5.10.2010, *McB.* (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punkt 53)).

77 Kohtuotsused, 13.9.2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 81), ja 13.9.2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 36). Vt ka EIK, kohtuotsus, 3.10.2014, *Jeunesse vs. Madalmaad* (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, punkt 109 ja seal viidatud kohtupraktika).

78 EIK, kohtuotsus, 2.8.2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, punkt 48).

79 EIK, kohtuotsus, 18.10.2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, punktid 57 ja 58).

80 Vt eelkõige kohtuotsus, 2.8.2001, *Boultif vs. Šveits* (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, punkt 39).

81 Vt selle kohta ka Guild, E., Peers, S., ja Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, lk 267.

121. Järelikult kuulub kohtuasjas C-331/16 vaidlusalune otsus direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 1 kohaldamisalasse, mida see valitsus ka tunnistas.

122. Sellisel juhul ei ole *esiteks* oluline – nagu nimetatud valitsus kohtuistungil täpsustas –, et K. suhtes ei kohaldatud väljasaatmise sunnimeedet. Nagu nimelt kohtupraktikast nähtub⁸², on see säte kohaldatav kõikidele meetmetele, mis eeldavad liidu kodaniku või tema pereliikme väljasaatmist. See ei piirdu ainult sunniviisiliste tagasipöördumismetmetega, millega vajaduse korral pööratakse täitmisele mõned väljasaatmisotsused, kui nende adressaadid neid vabatahtlikult ei täida⁸³.

123. *Teiseks* tuleb direktiivi 2004/38 artikli 28 lõikes 1 loetletud tegureid arvesse võtta, vaatamata asjaolule, et – nagu nähtub eelotsusetaotlusest ja tingimusel, et eelotsusetaotluse esitanud kohus seda kontrollib – K.-l oli Madalmaades ainult ajutine elamisõigus, mis lubas tal sellesse liikmesriiki jääda kuni tema varjupaigataotluste ja võimalike kaebuste kohta otsuste tegemiseni. Näib, et K. jäi Madalmaadesse, ilma et tal oleks seal elamisõigust, pärast seda, kui tema vastu tehtud otsused teda pagulaseks mitte tunnistasid ja riigi territooriumile sisenemise keelu kohta olid lõplikult jõustunud⁸⁴.

124. EIK on selle kohta juba otsustanud, et kollektiivsete ja individuaalsete huvide kaalumine kõikide kohtuotsustes *Boultif vs. Šveits*⁸⁵ ja *Üner vs. Madalmaad*⁸⁶ sätestatud tegurite seisukohast on nõutav isegi siis, kui asjaomasel isikul on vastuvõtvast liikmesriigis integratsiooniseosed, ilma et tal oleks seal elamisõigust. Seda asjaolu võib siiski arvesse võtta selle kaalumise raames⁸⁷, mis on liikmesriigi kohtu ülesanne.

2) Olukorrad nagu H. F.-i oma

125. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus) tõi välja, et H. F.-i kohta tehtud elamisõiguse andmisest keeldumise otsusega koos ei antud korraldust riigist lahkuda. Asjaomase isiku viibimist Belgia territooriumil teatud viisil „salliti“, ilma et tal oleks seal siiski elamisõigust ja erilist staatust⁸⁸.

126. Seega tekib küsimus, kas niisuguse piirava meetme võtmisel, kuigi see ei eelda adressaadi väljasaatmist, on ikkagi nõue direktiivi 2004/38 artikli 28 lõikes 1 loetletud kriteeriume arvesse võtta.

82 Eelkõige kohtuotsustes, 23.11.2010, *Tsakouridis* (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 2); 22.5.2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, punkt 2), ja 17.3.2016, *Bensada Benallal* (C-161/15, EU:C:2016:175, punkt 2), käsitles Euroopa Kohus meetmeid, millega kaotati asjaomaste isikute õigus siseneda ja elada liikmesriigi territooriumil ja sunniti neid sellelt lahkuma väljasaatmise ähvardusel, ilma et see ähvardus oleks konkretiseerunud, väljasaatmisotsustena direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 1 tähenduses.

83 Näen selles mõttes siin teatavat analoogiat mõiste „väljasaatmisotsus“ direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 1 tähenduses ja mõiste „tagasisaatmisotsus“ vahel, mis tehakse kolmanda riigi kodaniku vastu direktiivi 2008/115 artikli 3 punkti 4 tähenduses. Viimane mõiste tähistab „haldus- või kohtuotsust või -akti, millega sätestatakse, et kolmanda riigi kodaniku riigisviibimine on ebaseaduslik, ja kehtestatakse või sätestatakse tagasipöördumiskohustus“. Selle direktiivi artikli 8 lõike 3 alusel koostoimes selle artikli 3 punktiga 5 võib liikmesriik tagasisaatmisotsuse täitmisele pööramiseks võtta vastu eraldi otsuse või akti, millega antakse korraldus tagasipöördumiskohustus täita, see tähendab isik füüsiliselt riigist välja toimetada.

84 Eelotsusetaotlusest nähtub, et K. elas kõigepealt Madalmaadesse saabumisest 2001. aastal kuni ajani, millal Raad van State (kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) 2005. aastal tema varjupaigataotluse rahuldamata jättis, selles liikmesriigis seaduslikult ajutiselt kuni selle taotluse kohta lõpliku otsuse tegemiseni. Seejärel jäi K. Madalmaadesse, vaatamata esimesele, 15. mai 2003. aasta otsusele teda pagulaseks mitte tunnistada. Eelotsusetaotluses ei ole täpsustatud, kas tal oli siis lubatud sinna jääda muul alusel. Lõpuks loobus K. Madalmaadest lahkumast pärast teist, 16. jaanuaril 2013 tehtud otsust teda pagulaseks mitte tunnistada, millega koos kehtestati riiki sisenemise keeld.

85 EIK, kohtuotsus, 2.8.2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, punkt 48).

86 EIK, kohtuotsus, 18.10.2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, punktid 57 ja 58).

87 Vt eelkõige EIK, kohtuotsused, 3.11.2011, *Arvelo Aponte vs. Madalmaad* (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, punktid 55 ja 59), ning 3.10.2014, *Jeunesse vs. Madalmaad* (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, punkt 108 ja punktid 113–123). Kohtuotsustes, 23.11.2010, *Tsakouridis* (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 53); 13.9.2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 86), ja 13.9.2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 42), nimetas Euroopa Kohus tegurite hulgas, mida piirava meetme proportsionaalsuse ja selle põhiõigustega kooskõla kontrollimiseks arvesse võtta, ka [riigis] elamise seaduslikkust.

88 Nagu Euroopa Kohus kohtuotsuses, 9.11.2010, *B ja D* (C-57/09 ja C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 110), rõhutas, ei tähenda isiku pagulaseks tunnistamata jätmine seisukohavõttu selle kohta, kas seda isikut võib tema päritoluriiki välja saata. Olukorrad, kus isikut ei võeta vastu ega saadeta välja, võivad tekkida siis, kui harta artikliga 4 ja EIÖK artikliga 3 – millest ei ole lubatud teha ühtegi erandit – ei ole teda lubatud välja saata riiki, kus tal on tõeline oht, et teda piinatakse või koheldakse ebainimlikult ja alandavalt. Eelotsusetaotluses ei ole täpsustatud, kas asjaolu, et H. F.-i ei ole võimalik tagasi saata, tuleneb nendest sätetest.

127. Märgin selle kohta, et elamisõiguse andmisest keeldumine võib – samamoodi, ehkki vähemal määral kui väljasaatmisotsus – seada ohtu asjaomase isiku integreerumise vastuvõtvas liikmesriigis ja kahjustada tema era- ja perekonnaelu.

128. Mitu direktiivi 2004/38 artikli 28 lõikes 1 loetletud kriteeriumidest, nagu elamise kestus ja vastuvõtva liikmesriigiga kujunenud sidemete tugevus, on olemuslikult seotud selles liikmesriigis viibimisele järgneva integreerumisega. Seda silmas pidades võivad need tegurid olla olulised, kui kontrollitakse niisuguse piirava meetme proportsionaalsust ja kooskõla harta artikliga 7, mis ei eelda asjaomase isiku väljasaatmist, tingimusel et viimane on juba olnud võimeline nimetatud liikmesriiki integreeruma ja arendama seal era- ja pereelu, kuna ta on seal juba elanud⁸⁹. Nagu Belgia ja Ühendkuningriigi valitsus väitsid, on need tegurid seevastu asjasse puutumatud, kuna tegu on otsustega, mis eeldavad kõigepealt liikmesriiki sisenemise keeldu. Teoreetiliselt ei ole nende adressaatidel seega võimalust olnud seal integreeruda ega seal era- ja pereelu üles ehitada.

129. Nende kaalutluste seisukohast ma mõistangi komisjoni suuniste punkti 3.3, milles on sätestatud, et direktiivi 2004/38 artikli 28 lõikes 1 loetletud tegureid tuleb arvesse võtta, kui võetakse mis tahes piiravat meetet direktiivi artikli 27 tähenduses. See punkt tähendab minu arvates, et neid tegureid tuleb arvesse võtta sel määral, mil need osutuvad konkreetset juhul asjasse puutuvaks.

130. Minu väljapakutud käsitusviis kajastab ka EIK kohtupraktikat, mille kohaselt on avaliku korra huvide ja individuaalsete huvide „õiglase tasakaalu“ test kohaldatav kontrollimisel, kas osalisriik täidab nii oma „tegevusest hoidumise kohustusi“ mitte takistada isiku õigust era- ja perekonnaelu austamisele, saates ta oma territooriumilt välja, kui ka oma „tegutsemiskohustusi“ võimaldada isikul seda õigust tegelikult teostada, andes talle nimelt elamisõiguse. Nagu sellest kohtupraktikast nähtub, ei ole nende kahe kohustuste kategooria vaheline piir täpselt määratletav⁹⁰.

131. EIK on muide juba analüüsinud kohtuasja, mille faktilised asjaolud olid kohtuasja C-366/16 omadega analoogsed. Kohtuotsus *K. vs. Madalmaad*⁹¹ puudutas küsimust, kas väljasaatmismeede, mille Madalmaad olid võtnud ühe Afganistani kodaniku suhtes, keda ei olnud Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F kohaselt pagulaseks tunnistanud, ja mille täitmine oli peatatud, oli EIÖK artikliga 8 kooskõlas. Nagu sellest otsusest nähtub, jääb eespool kirjeldatud „õiglase tasakaalu“ test niisuguses kontekstis kohaldatavaks.

132. Tegurite hulgas, mida tuleb selles kontekstis arvesse võtta, nimetas EIK siiski ka seda, mil määral kõnealune riiklik meede tegelikult pereelu takistab. Ta täpsustas selle kohta, et märkimisväärset kaalu võib omistada asjaolule, et asjaomasel isikul ei ole varjupaigamaa territooriumilt väljasaatmise ega seega oma perekonnast eraldamise ohtu⁹².

89 Siin võib tuua teatud määral paralleeli kohtuotsuses, 9.11.2000, *Yiadam* (C-357/98, EU:C:2000:604, punkt 43), tehtud järeldusega, et elamisõiguse andmisest keeldumise otsust, mis tehakse liidu kodaniku suhtes pärast seda, kui viimane on jäänud mitmeks kuuks asjaomase liikmesriigi territooriumile, oodates otsust oma taotluse kohta, ei saa samastada sisenemiskeeluga nõukogu 25. veebruari 1964. aasta direktiivi 64/221/EMÜ välisriigi kodanike liikumise ja elukohaga seonduvate avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu seisukohalt õigustatud erimeetmete kooskõlastamise kohta (EÜT 1964, 56, lk 850; ELT eriväljaanne 05/01, lk 11), mis on nüüdseks kehtetuks tunnistatud, artikli 8 tähenduses. Niisugust otsust tuleks käsitleda „väljasaatmisotsusena“ selle direktiivi artikli 9 tähenduses ja sellega peaksid selleks kaasnema ulatuslikumad menetluslikud tagatised. Kohtujurist Léger [ettepanek kohtuasjas *Yiadam* (C-357/98, EU:C:2000:174)] oli tuvastanud niisuguse lähenemisviisi toetuseks, et „riigi territooriumil viibiv isikul on ka siis, kui ta ootab oma olukorra seadustamist, objektiivselt rohkem võimalusi luua ühiskondlikke, isiklikke või kutsealaseid sidemeid kui isikul, kes ei ole veel üle piiride tulnud. Ta on kokkuvõttes vastuvõtvasse riiki rohkem integreerunud.“

90 Vt eelkõige EIK, kohtuotsused, 28.6.2011, *Nunez vs. Norra* (CE:ECHR:2011:0628JUD005559709, punkt 68); 3.11.2011, *Arvelo Aponte vs. Madalmaad* (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, punkt 53), ja 3.10.2014, *Jeunesse vs. Madalmaad* (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, punkt 106).

91 EIK, otsus, 25.9.2012 (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, punkt 42). Nendel tingimustel seadis EIK kahtluse alla kaebaja „ohvri“ staatuse EIÖK artikli 34 tähenduses ja leidis, et isegi kui tal oleks see staatus olnud, ei olnud Madalmaade ametivõimud teinud viga, püüdes leida tasakaalu mängus olevate kollektiivsete ja individuaalsete huvide vahel.

92 EIK, otsus, 25.9.2012, *K. vs. Madalmaad* (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, punkt 47).

133. See element on minu arvates asjasse puutuv ka piirava meetme proportsionaalsuse analüüsimisel direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 seisukohast, mis on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne. Lisan siiski, et asjaomase isiku integratsiooni puudutavad elemendid on selle sätte kohaldamise raames erilise tähtsusega, arvestades direktiivi 2004/38 eesmärke⁹³.

3. Artikli 28 lõike 3 punkti a kohaldatavus niisuguses olukorras nagu K. oma

134. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja) juhtis tähelepanu sellele, et K. oli hetkeks, mil kohtuasjas C-331/16 vaidlusalune otsus vastu võeti, elanud Madalmaades katkematult rohkem kui kümme aastat⁹⁴. See kohus püüab seega teada saada, kas viimasel on väljasaatmise vastu tugevdatud tagatised, mille näeb ette direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 3 punkt a – mis on ka üks proportsionaalsuse põhimõtte väljendus⁹⁵.

135. Nagu on selle direktiivi põhjendustes 23 ja 24 märgitud, kehtestatakse sellega astmeline kaitseüsteem väljasaatmise vastu, mis sõltub vastuvõtvast liikmesriigis integreerumise astmest. Seda integreerumisastet teatavas mõttes eeldatakse objektiivselt selles liikmesriigis elamise kestuse järgi. Mida pikem see kestus on, seda tihedamad on eeldatavalt vastuvõtvast ühiskonnas loodud integratsiooniseosed ja seega seda täielikum on kaitse väljasaatmise vastu⁹⁶.

136. Niisugusest vaatevinklist nõuabki mitte ainult selle direktiivi artikli 28 lõige 1, et väljasaatmismeeetme proportsionaalsuse kontrollimiseks tuleb arvesse võtta elamise kestus, vaid ka vastavalt selle artikli lõiked 2 ja 3, et isikut saab vastuvõtvast liikmesriigist välja saata ainult „avaliku korra või julgeoleku huvides“, kui ta on seal omandanud alalise elamisõiguse, ja kui see on „avaliku julgeoleku huvides hädavajalik“, kui ta on seal elanud kümme aastat enne niisuguse meetme võtmist.

137. K. olukord on eriline, kuivõrd ta elas Madalmaades enne, kui ta sai Horvaatia Vabariigi liiduga ühinemisel liidu kodanikuks. Peale selle – nagu ma käesoleva ettepaneku punktis 123 rõhutasin – näib, et eelotsusetaotluses on märgitud, ikka tingimusel, et eelotsusetaotluse esitanud kohus seda kontrollib, et K. elas Madalmaades ilma seal elamise õigusega.

138. Selles suhtes leian *kõigepealt*, et asjaolu, et see elamisperiood eelneb Horvaatia Vabariigi ühinemisele liiduga, ei takista iseenesest seda arvesse võtta, et arvutada välja K. Madalmaades elamise kestus direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 3 punkti a kohaldamisel.

139. Euroopa Kohus otsustas nimelt kohtuotsuses Ziolkowski ja Szeja,⁹⁷ et ilma et see piiraks selle liikmesriigi liiduga ühinemise aktis olevate võimalike üleminekusätete kohaldamist⁹⁸, tuleb liikmesriigi kodaniku teise liikmesriigi territooriumil elamise perioode, mis on täitunud enne esimese liikmesriigi liiduga ühinemist ja mis täitusid direktiivis 2004/38 ette nähtud nõuete kohaselt, arvesse võtta selle direktiivi artikli 16 lõike 1 alusel teises liikmesriigis alalise elamisõiguse omandamise korral.

⁹³ Vt käesoleva ettepaneku punkt 119.

⁹⁴ Madalmaade valitsus vaidlustab eelotsusetaotluse esitanud kohtu faktiliste asjaolude kirjelduse K. Madalmaades katkematult elamise osas. Seda küsimust tuleb selgitada sellel kohtul. Seda arvestades on Euroopa Kohus kohustatud lähtuma faktilisest eeldusest, millel põhineb eelotsusetaotlus (vt käesoleva ettepaneku joonealune märkus 16).

⁹⁵ Vt selle kohta direktiivi 2004/38 põhjendus 23 ning komisjoni 10. detsembri 2008. aasta aruanne Euroopa Parlamendile ja nõukogule „Direktiivi 2004/38/EÜ (mis käsitleb Euroopa Liidu kodanike ja nende pereliikmete õigust liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil) kohaldamine“ (KOM(2008) 840 (lõplik), lk 9).

⁹⁶ Vt kohtujuristi ettepanek, Bot, kohtuasi Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:322, punkt 45).

⁹⁷ Kohtuotsus, 21.12.2011 (C-424/10 ja C-425/10, EU:C:2011:866, punktid 60–62). Euroopa Kohus kordas seda järeldust kohtuotsuses, 6.9.2012, Czap ja Punakova (C-147/11 ja C-148/11, EU:C:2012:538, punkt 35).

⁹⁸ Akti Horvaatia Vabariigi ühinemistingimuste ning [EL] lepingus, [EL] toimimise lepingus ja [Euratori lepingus] tehtavate muudatuste kohta (ELT 2012, L 112, lk 21) V lisa võimaldab liikmesriikidel teha üleminekukorras erandit teatavatest direktiivi 2004/38 sätetest.

140. Nii on see Euroopa Kohtu sõnul seetõttu, et direktiivi 2004/38 sätteid tuleb kohaldada enne selle liikmesriigi, mille kodanik asjaomane isik on, liiduga ühinemist ja seega enne selle direktiivi selles liikmesriigis ülevõtmise kuupäeva tekkinud olukordade praegustele ja tulevastele õiguslikele. See arutluskäik kehtib minu arvates ka nimetatud direktiivi artikli 28 lõike 3 punkti a tõlgendamise raames.

141. Samas *teiseks*, nagu väitsid Madalmaade valitsus ja komisjon, takistab ainuüksi asjaolu, et K-l ei olnud elamisõigust, mis lubaks tal selle liikmesriigi siseriikliku õiguse alusel seaduslikult Madalmaadesse jääda – kui oletada, et see asjaolu on tõendatud –, minu arvates selle sättega antava kaitse saamist.

142. Selle kohta ei ole direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 3 punkti a sõnastuses täpsustatud, kas elamisperiood, mis annab selle sätte alusel õiguse kaitsele väljasaatmise vastu, tähistab ainult seaduslike elamisperioode. See sõnastus erineb selle poolest selle direktiivi artikli 16 lõike 1 sõnastusest, mis näeb ette, et ainult ühe viieaastase „seadusliku elamise“ katkematu perioodiga saab omandada alalise elamisõiguse ja sellest tulenevalt vastava nimetatud direktiivi artikli 28 lõikes 2 ette nähtud kaitse väljasaatmise vastu. Nagu nähtub direktiivi 2004/38 põhjendusest 17, eeldab selle direktiivi artikli 16 lõikes 1 sätestatud seadusliku elamise nõue mitte ainult seda, et asjaomase isiku kohta ei ole tehtud väljasaatmisotsust, vaid ka seda, et see elamine vastab nimetatud direktiivist tulenevatele tingimustele⁹⁹. Euroopa Kohus ei ole veel lahendanud küsimust, kas direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 3 punktis a ette nähtud kaitse saamiseks nõutav elamisperiood eeldab ka nende tingimuste täitmist¹⁰⁰.

143. Ma hoidun avaldamast selle küsimuse kohta üldist arvamust, sest kohtuasja C-331/16 käsitlemine nõuab ainult sihipärasemalt kindlaksmääramist, kas see elamisperiood hõlmab elamisperioode, mis on asjaomasel isikul täitunud enne tema kodakondsusriigi liiduga ühinemist, kui tal ei olnud elamisõigust, mis lubaks tal vastuvõtvas liikmesriigis riigisise õiguse alusel seaduslikult elada.

144. Sellele küsimusele tuleb minu arvates vastata eitavalt.

145. Märgin selle kohta, et – nagu on sätestatud direktiivi 2004/38 põhjendustes 23 ja 24 – selle direktiivi artikli 28 lõike 3 punkti a eesmärk on kaitsta väljasaatmise eest isikuid, kes on vastuvõtvas liikmesriigis tõeliselt integreerunud. Sellel sättel on omaette eesmärk edendada liidu kodanike integreerumist liidus¹⁰¹ ja see läheb harta artiklist 7 ja EIÖK artiklist 8 tulenevatest tagatistest kaugemale.

146. Euroopa Kohtu kohtupraktika kohaselt on selleks, et hinnata, kas asjaomase isiku integreerumissidemed vastuvõtvas liikmesriigis on piisavalt tugevad selleks, et ta saaks direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 3 punktiga a ette nähtud kaitse, määrav kriteerium see, kas see isik on seal elanud väljasaatmisotsusele eelneva kümne aasta jooksul¹⁰².

99 Need tingimused hõlmavad eelkõige direktiivi 2004/38 artikli 7 lõikes 1 sätestatud tingimusi piisavate vahendite olemasolu kohta, et mitte koormata oma elamisperioodi ajal vastuvõtva liikmesriigi sotsiaalsüsteemi. Vt kohtuotsus, 21.12.2011, Ziolkowski ja Szeja (C-424/10 ja C-425/10, EU:C:2011:866, punkt 47).

100 Menetluses olevas kohtuasjas C-424/16 (ELT 2016, C 350, lk 19) on Euroopa Kohtule esitatud seonduv eelotsuse küsimus, millega Supreme Court of the United Kingdom (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) küsib talt, kas alalise elamisõiguse omandamine direktiivi 2004/38 artikli 16 ja artikli 28 lõike 2 tähenduses on viimati nimetatud artikli lõike 3 punktis a ette nähtud kaitse saamise eeltingimuseks. Kohtujurist Szpunar tegi oma ettepanekus liidetud kohtuasjade B ja Secretary of State for the Home Department kohta (C-316/16 ja C-424/16, EU:C:2017:797, punkt 59) Euroopa Kohtule ettepaneku vastata sellele jaatavalt.

101 Kohtuotsuses, 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 50), märkis Euroopa Kohus, et liidu kodaniku integreerumisega seoses kaalul olevad huvid puudutavad lisaks isiku individuaalsetele huvidele liidu huve üldiselt.

102 Kohtuotsused, 23.11.2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 31), ja 16.1.2014, G. (C-400/12, EU:C:2014:9, punkt 23).

147. Euroopa Kohus ei ole siiski välistanud niisuguse hindamise raames kvalitatiivsete tegurite arvesse võtmist. Nii otsustas ta kohtuotsuses G.¹⁰³, et vangistusperiood ei lähe arvesse kümneaastase elamisperioodi arvutamisel, mis annab õiguse direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 3 punktis a ette nähtud kaitsele. Mõistagi ei ole välismaalaste riiki sisenemist ja riigis elamist käsitlevate liikmesriigi õigusnormide mittejärgimine sugugi samastatav kuriteo toimepanemisega. Euroopa Kohtu järgitud lähenemisviis eeldab siiski, et on lubatud arvesse võtta, ehkki väga piiratud, teatavaid kvalitatiivseid elemente seoses selle kaitse saamiseks nõutava integratsiooniga, samamoodi nagu selle direktiivi artikli 16 lõikes 1 ette nähtud alalise elamisõiguse saamise puhul¹⁰⁴.

148. Selle kohta otsustas Euroopa Kohus kohtuotsuses Dias¹⁰⁵, et vastuvõtva liikmesriigi territooriumil enne direktiivi 2004/38 jõustumist ilma igasuguse elamisõigusega täitunud elamisperiood seab integratsiooniseose selle liikmesriigiga kahtluse alla. Niisugust perioodi ei tohi seega alalise elamisõiguse saamiseks arvesse võtta.

149. Sama loogika tähendab minu arvates, et kui isik on enne liidu kodaniku staatuse saamist elanud vastuvõtvas liikmesriigis ebakindlatel alustel, kuivõrd selle liikmesriigi õigusest talle seal elamise õigust ei tulenenud, ei saa ta tugineda enese tõelisele integreerumisele, mis annaks talle õiguse kõige suuremale väljasaatmisevastasele kaitsele, mis on direktiivis 2004/38 ette nähtud. See on nii seda enam, kui asjaomane isik elas kõnealuse väljasaatmisotsuse tegemise ajal vastuvõtvas liikmesriigis tema vastu varem võetud territooriumile sisenemise keelu meedet eirates nagu käesoleval juhul.

V. Ettepanek

150. Kõike eespool öeldut arvestades teen ettepaneku vastata Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburgi (Haagi esimese astme kohus, Middelburgi kohtumaja, Madalmaad) ja Raad voor Vreemdelingenbetwistingeni (välismaalastega seotud kohtuvaidlusi lahendav kohus, Belgia) küsimustele järgmiselt:

1. Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/38/EÜ, mis käsitleb Euroopa Liidu kodanike ja nende pereliikmete õigust liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil ning millega muudetakse määrust (EMÜ) nr 1612/68 ja tunnistatakse kehtetuks direktiivid 64/221/EMÜ, 68/360/EMÜ, 72/194/EMÜ, 73/148/EMÜ, 75/34/EMÜ, 75/35/EMÜ, 90/364/EMÜ, 90/365/EMÜ ja 93/96/EMÜ, artikli 27 lõiget 2 tuleb tõlgendada nii, et kuigi asjaolu, et liidu kodanikku või tema pereliiget on varem Genfi pagulasseisundi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunkti a alusel keeldunud pagulaseks tunnistamast, ei saa automaatselt anda alust tuvastada tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi, võib seda asjaolu niisuguse ohu tuvastamiseks arvesse võtta, tingimusel et selle sätte kohaldamiseni viinud asjaoludest ilmneb, et esineb niisugust ohtu kujutav isiklik käitumine.

Vastuvõttev liikmesriik on kohustatud individuaalselt hindama asjaomase isiku isiklikku käitumist eelkõige varjupaigaasutuste tuvastatud asjaolude seisukohast isikule süüks pandavate kuritegude raskuse, tema isikliku asjasse segatuse osas nende kuritegude toimepanemises ning võimaliku kriminaalvastutusest vabastavate põhjuste olemasolu osas.

Asjaolu, et puudub oht, et asjaomane isik kordab Genfi konventsiooni artikli 1 punkti F alapunktis a osutatud tüüpi kuritegusid vastuvõtvas liikmesriigis, nagu ka asjaolu, et nende kuritegude eeldatavast toimepanemisest on möödunud palju aega, ei takista iseenesest tuvastada tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi.

¹⁰³ Kohtuotsus, 16.1.2014 (C-400/12, EU:C:2014:9, punktid 32 ja 33).

¹⁰⁴ Vt kohtuotsused, 21.7.2011, Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, punkt 64), ja 16.1.2014, Onuekwere (C-378/12, EU:C:2014:13, punkt 25).

¹⁰⁵ Kohtuotsus, 21.7.2011 (C-325/09, EU:C:2011:498, punktid 55 ja 63).

2. Direktiivi 2004/38 artikli 27 lõiget 2 koostoimes liidu põhiõiguste harta artikliga 7 tuleb tõlgendada nii, et igasugune liikmesriigi seatud piirang liidu kodaniku või tema pereliikme liikumis- ja elamisvabadustele peab olema kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega ja järgima selle isiku õigust era- ja perekonnaelu austamisele. Sellega seoses peab see liikmesriik kaaluma ühelt poolt niisuguse piirangu põhjenduseks toodud põhihuvide kaitset ja teiselt poolt nimetatud isiku huvisid seoses nende vabaduste kasutamisega ning tema era- ja pereeluga. Liikmesriik peab võtma arvesse eelkõige selle direktiivi artikli 28 lõikes 1 sätestatud tegureid, kuivõrd need on kõnealuses konkreetses olukorras asjasse puutuvad.
3. Direktiivi 2004/38 artikli 28 lõike 3 punkti a tuleb tõlgendada nii, et kümneaastane elamisperiood vastuvõtkvas liikmesriigis, mis annab õiguse selles sättes ette nähtud kaitsele väljasaatmise vastu, ei hõlma perioode, mille vältel liidu kodanik elas enne selle liikmesriigi, mille kodakondsus tal on, ühinemist liiduga, vastuvõtkvas liikmesriigis ilma viimati nimetatud liikmesriigi siseriikliku õiguse alusel selleks vajaliku loata.