

Zadeva C-718/19

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

27. september 2019

Predložitveno sodišče:

Cour constitutionnelle (prej Cour d'arbitrage) (Belgija)

Datum predložitvene odločbe:

18. julij 2019

Tožeče stranke:

Ordre des barreaux francophones et germanophone

Association pour le droit des Étrangers ASBL

Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Étrangers
ASBL

Ligue des Droits de l'Homme ASBL

Vluchtelingenwerk Vlaanderen ASBL

Tožena stranka:

Conseil des ministres

I. Predmet postopka v glavni stvari

- 1 Z ločenima tožbama so Ordre des barreaux francophones et germanophone (v nadaljevanju: OBF), na eni strani, in ASBL „Association pour le droit des Étrangers“, ASBL „Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Etrangers“, ASBL „Ligue des Droits de l'Homme“ in ASBL „Vluchtelingenwerk Vlaanderen“, na drugi strani, vložili tožbi za popolno ali delno razveljavitev loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale (zakon z dne 24. februarja 2017 o spremembi zakona z dne 15. decembra 1980 o vstopu na

ozemlje države, prebivanju, ustanavljanju in odstranitvi tujcev za krepitev varovanja javnega reda in nacionalne varnosti, objavljen v *Moniteur belge* z dne 19. aprila 2017, str. 51890). (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2017/02/24/2017011464/justel>) (v nadaljevanju: izpodbijani zakon). Zadevi sta vpisani pod opravljenima številka 6749 in 6755 in sta priloženi.

- 2 Z izpodbijanim zakonom se spreminja loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (zakon z dne 15. decembra 1980 o vstopu na ozemlje, prebivanju, ustanavljanju in odstranitvi tujcev, objavljen v *Moniteur belge* z dne 31. decembra 1980, str. 14584) (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1980/12/15/1980121550/justel>) (v nadaljevanju: zakon z dne 15. decembra 1980).

II. Izpodbijani zakon

- 3 Namen zakona z dne 24. februarja 2017 je „zagotoviti preglednejšo, bolj usklajeno in učinkovitejšo politiko odtranitve, zlasti če je cilj zagotoviti javni red ali nacionalno varnost, pri čemer je treba spoštovati temeljne pravice zadevnih oseb“ (Glej *Doc Parl., Chambre, 2016-2017, DOC 54-2215/001*, str. 4). Zlasti, „gre za to, da bi se upravi zagotovila sredstva za hitrejšo in učinkovitejšo ukrepe, če sta ogrožena javni red in nacionalna varnost.“ (*ibid*)
- 4 V obrazložitvi je navedeno:
- „Za doseg te ciljev se predlaga, da se:
- znatno preoblikuje ureditev v zvezi z vrnitvijo in odstranitvijo ter nadomesti z različnimi ureditvami glede na položaj, povezan s prebivanjem tujca;
 - določijo preglednejša, bolj usklajena in učinkovitejša pravila za varovanje javnega reda in nacionalne varnosti;
 - določi mehanizem, da se čim bolj omeji ponavljajoče sprejemanje ukrepov vrnitve ali odstranitve;
 - jasno določi organe, ki so med nadzorom meje pooblaščen za sprejemanje odločitev o zavrnitvi vstopa in preklicu ali razveljavitvi vizumov, in primere, v katerih so pooblaščen za izvajanje te pristojnosti.“ (*ibid*, str. 5).
- 5 Z izpodbijanim zakonom sta med drugim delno preneseni naslednji direktivi:
- Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravicah državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS,

75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 5, str. 46).

- Direktiva 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav (UL L 2008, L 348, str. 98).

III. Zadevne določbe

6 Z izpodbijanem zakonom se spreminjajo številne določbe zakona z dne 15. decembra 1980. Cour constitutionnelle (ustavno sodišče, Belgija) je razsodilo, da je večina tožbenih razlogov, navedenih zoper ta zakon, neutemeljenih in je zato v tem delu zavrnilo ničnostne tožbe. Vendar meni, da mora Sodišču predlagati, naj razloži določbe prava Unije, preden odloči o preostalih tožbenih razlogih. Zato začasno prekinja preučitev nekaterih tožbenih razlogov, ki se nanašajo na člene 28, 29, 30, 31 in 32 izpodbijanega zakona.

7 S členi 28, 29, 30, 31 in 32 izpodbijanega zakona so v zakon z dne 15. decembra 1980 vstavljeni členi od 44c do 44g, katerih določbe so naslednje:

8 Člen 44c:

„Če rok iz člena 44b še ni potekel, državljan Unije ali njegov družinski član ne more biti prisilno odstranjen.

Da se prepreči nevarnost pobega med rokom iz člena 44b, se je lahko državljan Unije ali njegov družinski član prisiljen podrediti preventivnim ukrepom. Kralj je pooblaščen, da te ukrepe določi z odlokom, ki ga obravnava svet ministrov.“

9 Člen 44g:

„(1) Minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, sprejme vse ukrepe, potrebne za izvršitev odredbe o zapustitvi ozemlja, če:

1. državljanu Unije ali njegovemu družinskemu članu ni bil določen rok za zapustitev Kraljevine;

2. državljan Unije ali njegov družinski član ni zapustil ozemlja Kraljevine v roku, ki mu je bil določen;

3. pred potekom roka za zapustitev ozemlja Kraljevine obstaja nevarnost pobega državljana Unije ali njegovega družinskega člana, če ta ni spoštoval naloženih preventivnih ukrepov ali predstavlja grožnjo za javni red ali državno varnost.

(2) Če državljan Unije ali njegov družinski član nasprotuje svoji odstranitvi ali če obstaja tveganje nevarnosti pri njegovi odstranitvi, se izvede prisilna odstranitev po potrebi s spremstvom. V tem primeru se lahko v zvezi z njim uporabijo prisilni ukrepi ob upoštevanju členov 1 in 37 zakona z dne 5. avgusta 1992 o delovanju policije.

Pri odstranitvi po zračni poti države članice upoštevajo skupne smernice o varnostnih določbah za odstranitev po zračni poti, priložene Odločbi 2004/573/ES.

(3) Kralj z odlokom, ki ga obravnava svet ministrov, določi organ, katerega naloga je zagotoviti nadzor nad prisilnimi odstranitvami in podrobna pravila tega nadzora. Ta organ je neodvisen od organov, pristojnih za odstranitve.“

10 Člen 44e

„Če to opravičujejo okoliščine posameznega primera, lahko minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, začasno odloži odstranitev. Zadevno osebo o tem obvesti.

Da se prepreči nevarnost pobega, se je lahko državljan Unije ali njegov družinski član prisiljen podrediti preventivnim ukrepom. Kralj je pooblaščen, da te ukrepe določi z odlokom, ki ga obravnava svet ministrov.

Minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, lahko v istih primerih za državljana Unije ali njegovega družinskega člana odredi hišni pripor za čas, potreben za izvršitev tega ukrepa.“

11 Člen 44f:

„(1) Če to zahtevajo razlogi javnega reda, nacionalne varnosti ali javnega zdravja in če ni mogoče učinkovito uporabiti drugih manj prisilnih ukrepov, lahko države članice državljana Unije in njegove družinske člane pridržijo toliko časa, kot je nujno potrebno za izvršitev ukrepa odstranitve, pri čemer pridržanje ne sme biti daljše od dveh mesecev.

Vendar lahko minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, podaljša trajanje tega pridržanja za vsakokratno obdobje dveh mesecev, če so bili ukrepi, potrebni za odstranitev tujca, sprejeti v sedmih delovnih dneh po pridržanju državljana Unije ali njegovega družinskega člana, če se ukrepi izvajajo z vso potrebno skrbnostjo, in če še vedno obstaja možnost, da je zadevna oseba dejansko odstranjena v razumnem roku.

Po prvem podaljšanju lahko odločbo o podaljšanju pridržanja sprejme le minister.

Po petih mesecih mora biti državljan Unije ali njegov družinski član izpuščen na prostost. Če je to potrebno zaradi varovanja javnega reda ali

nacionalne varnosti, se lahko pridržanje vsakič podaljša za en mesec, vendar pa pridržanja skupaj ne smejo trajati dlje od osmih mesecev.

(2) Državljan Unije ali njegov družinski član iz odstavka 1 lahko vloži tožbo zoper odločbo o pridržanju, ki mu je bila izdana, v skladu s členom 71 in naslednjimi.“

12 Člen 44g:

„V smislu člena 74/8(2) ne morejo biti pridržani:

1. mladoletni državljani Unije brez spremstva;
2. družinski člani državljana Unije, ki so mladoletni in brez spremstva;
3. družine državljanov Unije, če vključujejo vsaj enega mladoletnika.“

IV. Tožbeni razlogi in trditve strank

1. Člen 28 izpodbijanega zakona (člen 44c zakona z dne 15. decembra 1980)

- 13 Prvi del petega tožbenega razloga v zadevi št. 6749 se nanaša na kršitev pravice evropskih državljanov do prostega gibanja in ustanavljanja ter Direktive 2004/38 v delu, v katerem državljanom Unije in tujcem, izenačenim z njimi, ni dovoljeno naložiti preventivnih ukrepov, da bi se preprečila nevarnost pobega. Podredno OBFG trdi, da nevarnost pobega v izpodbijani odločbi ni natančno opredeljena z jasnimi merili. Navaja, da se pojmu „nevarnost pobega“ v evropskem pravu pripisuje natančen pomen v zvezi z državljani tretjih držav in da ni sprejemljivo, da so državljani Unije in tujci, ki so izenačeni z njimi, manj ugodno obravnavani kot ti državljani.

Svet ministrov meni, da je tožbeni razlog nedopusten v delu, v katerem se nanaša na kršitev svobode ustanavljanja, ker je namen te svobode, zasnovane v okviru evropskega prava, podjetjem in samozaposlenim zagotoviti pravico do ustanavljanja pod enakimi pogoji, kot veljajo za njene državljane. Poleg tega trdi, da tožeča stranka ni navedla, zakaj naj bi bila ta svoboda kršena.

Svet ministrov glede pojma „nevarnost pobega“ meni, da v obravnavanih okoliščinah ni mogoče prenesti njegove uporabe v okviru pripora prosilcev za azil med čakanjem na njihov prevoz v drugo evropsko državo.

Tožeča stranka poudarja dvoumnost zakona glede tega, kaj bi lahko bili „preventivni ukrepi“, in trdi, da ker je njihov namen preprečiti „nevarnost pobega“, se v bistvu nanašajo na omejitev pravice do prostega gibanja.

- 14 Tožeča stranka v drugem delu trdi, da izpodbijana določba krši temeljno pravico do svobode, ki je zagotovljena s členom 12 ustave, členom 5 Evropske konvencije

o človekovih pravicah (v nadaljevanju: EKČP) in členom 6 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina), ter svobodo gibanja in ustanavljanja. Navaja, da z vidika „nevarnosti pobega“ ni mogoče utemeljiti pripora evropskega državljan ali tujca, ki je izenačen z njim, medtem ko ukrepa odstranitve zoper njih ni mogoče niti sprejeti niti izvršiti na podlagi varstva, ki ga daje člen 39/79 zakona z dne 15. decembra 1980, in na podlagi člena 31 Direktive 2004/38.

Svet ministrov trdi, da tožeča stranka napačno razlaga izpodbijano določbo, s tem ko enači „preventivne ukrepe“ z ukrepi pripora. Navaja, da so ukrepi pripora opredeljeni z drugo določbo, in sicer s členom 44f zakona z dne 15. decembra 1980. Dodaja, da to, da v Direktivi 2004/38 ni dovoljenja v ta namen, ne omogoča sklepa, da je državam članicam kategorično prepovedano sprejemati preventivne ukrepe.

Tožeča stranka poudarja, da so preventivni ukrepi nujno oblika izvršitve ukrepa odstranitve, saj je njihov cilj zagotoviti prav to. Opozarja, da je taka izvršitev izrecno prepovedana.

- 15 Tožeča stranka v tretjem delu trdi, da je z izpodbijano določbo kršeno načelo delitve oblasti, ki izhaja iz členov 33, 34, 36, 37, 105 in 108 ustave v delu, v katerem je kralju podeljena pristojnost na področju pripora in alternativ priporu, ki so ukrepi, ki omejujejo pravico do svobode in prostega gibanja državljanov Evropske unije ter tujcev, ki so z njimi izenačeni.

Svet ministrov meni, da ker preventivni ukrepi ne omejujejo svobode gibanja, jih je bilo mogoče prenesti na kralja.

2. Člen 29 izpodbijanega zakona (člen 44g zakona z dne 15. decembra 1980)

- 16 Prvi del šestega tožbenega razloga v zadevi št. 6749 se nanaša na kršitev člena 31(2) Direktive 2004/38 v delu, v katerem ta določba Direktive ne dovoljuje prisilne odstranitve državljan Unije ali njegovega družinskega člana in prikrajšanja tega tujca za varstvo pred prisilno odstranitvijo med rokom za vložitev tožbe in njeno analizo samo iz nujnih razlogov javne varnosti, določenih v členu 28(3) Direktive. Tožeča stranka navaja, da pa izpodbijana določba omogoča ministru ali osebi, ki jo ta pooblasti, doseči izvršitev odredbe o zapustitvi ozemlja iz drugih razlogov.

Svet ministrov meni, da je treba upoštevati člen 39/79 zakona z dne 15. decembra 1980, v skladu s katerim lahko upravni organ evropskega državljan ali družinskega člana, ki je vložil tožbo zoper odločbo o prenehanju pravice do prebivanja, med obravnavo tožbe prisilno odstrani samo iz nujnih razlogov nacionalne varnosti.

Tožeča stranka meni, da razlage, ki jo predlaga svet ministrov, ni mogoče sprejeti, saj je v očitnem nasprotju z besedilom zakona.

3. Člen 31 izpodbijanega zakona (člen 44f zakona z dne 15. decembra 1980)

- 17 Osmi tožbeni razlog v zadevi št. 6749 se nanaša na kršitev člena 12 ustave v povezavi s členom 5 EKČP, členom 6 Listine, svobodo gibanja in ustanavljanja ter polnim učinkom Direktive 2004/38. OBFG v zvezi s členom 31 izpodbijanega zakona očita, na eni strani, da določa dvomesečni pripor, ki se zdi pretirano dolg, ker gre zgolj za odstranitev osebe v drugo državo članico (prvi del), in, na drugi strani, da ne opredeljuje jasnih meril, na podlagi katerih bi bilo mogoče določiti trajanje, ki je nujno potrebno za izvršitev ukrepa (drugi del).

Svet ministrov navaja, da glede na podroben seznam primerov, v katerih je tujca mogoče pripreti, izpodbijane materialnopravne in postopkovne določbe izpolnjujejo zahteve, ki izhajajo iz člena 5(1)(f) Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic. Pojasnjuje, da nujna uporaba ukrepa v dobri veri izhaja iz izrecnega pogoja, da ne more trajati dlje, kot je nujno potrebno, tako da najdaljši dvomesečni rok ni niti pravilo niti pooblastilo za odreditev pripora za ta čas v vseh primerih.

Tožeča stranka meni, da svet ministrov ni upošteval posebnosti državljanov Unije, kot je na primer dejstvo, da imajo temeljno pravico do prostega gibanja v Uniji, dejstvo, da je treba to gibanje olajšati, itd.

4. Členi od 28 do 32 izpodbijanega zakona (členi od 44c do 44g zakona z dne 15. decembra 1980)

- 18 Prvi del devetega tožbenega razloga v zadevi št. 6749 se nanaša na to, da je s členi od 28 do 32 izpodbijanega zakona kršena svoboda gibanja in ustanavljanja ter Direktive 2004/38, ker na podlagi teh besedil državljanom Evropske unije in tujcem, izenačenim z njimi, ni mogoče naložiti preventivnih ukrepov, da bi preprečili nevarnost pobega. Podredno OBFG trdi, da tudi če bi bilo treba priznati, da zgoraj navedena direktiva take preventivne ukrepe dovoljuje, bi bilo treba ugotoviti, da so izpodbijane določbe nezakonite, saj nevarnost pobega ni natančno opredeljena z določenimi zakonskimi merili. Trdi, da ima pojem „nevarnost pobega“ v pravu Unije poseben pomen, kar zadeva tujce, ki so državljani tretjih držav. Kot navaja, ni upravičeno, da so evropski državljani in tujci, izenačeni z njimi, manj ugodno obravnavani kot državljani tretjih držav.

Svet ministrov napotuje na utemeljitev, ki jo je podal v odgovoru na prvi del petega tožbenega razloga.

- 19 Drugi del tožbenega razloga se nanaša na kršitev člena 22 ustave v povezavi s členoma 17 in 23 Mednarodnega Pakta o državljanskih in političnih pravicah, členom 8 EKČP ter členoma 7 in 33 Listine ter členoma 27 in 28 Direktive 2004/38, ker so v izpodbijanih določbah za utemeljitev odločbe o prenehanju pravice do prebivanja in odredbe o zapustitvi ozemlja uporabljeni preveč nenatančni in nejasni pojmi, kot so „razlogi javnega reda, nacionalne varnosti ali

javnega zdravja“, „resni razlogi javnega reda ali nacionalne varnosti“ in „nujni razlogi nacionalne varnosti“.

Svet ministrov ne razume, kako bi lahko zakonodajalec kršil člena 27 in 28 Direktive 2004/38, če je z izpodbijanym zakonom sprejel enako besedilo, kot je v Direktivi.

- 20 Tretji del tega tožbenega razloga se nanaša na kršitev načela delitve oblasti, ki izhaja iz členov 33, 34, 36, 37, 105 in 108 ustave. OBFG navaja, da ukrepi pripora in alternativni ukrepi priporu omejujejo pravico do svobode in prostega gibanja državljanov Evropske unije in tujcev, izenačenih z njimi.

Svet ministrov napotuje na utemeljitev, ki jo je podal v odgovoru na tretji del petega tožbenega razloga in sedmi tožbeni razlog.

- 21 Deseti tožbeni razlog v zadevi št. 6749 se v prvih treh delih nanaša na to, da je s členom 33 izpodbijanega zakona kršena svoboda gibanja in ustanavljanja evropskih državljanov ter polni učinek Direktive 2004/38 v delu, v katerem dovoljuje samodejno sprejetje prepovedi vstopa kot dodatka k odredbi o zapustitvi ozemlja iz razlogov javnega reda (prvi del), v delu, v katerem dovoljuje sprejetje prepovedi vstopa za več kot pet let, če državljan Unije ali njegov družinski član predstavlja resno grožnjo za javni red ali nacionalno varnost, kar vedno velja, če je zadevnemu tujcu bila izdana odredba o zapustitvi ozemlja (drugi del), ter v delu, v katerem omogoča ministru ali osebi, ki jo ta pooblasti, da sprejme prepoved vstopa za več let, ne da bi ga moral obrazložiti s konkretnimi in natančnimi dejstvi, na podlagi katerih bi bilo mogoče sklepati, da bo zadevni tujec še naprej predstavljal resno grožnjo za temeljni interes družbe (tretji del).

Svet ministrov meni, da je tožbeni razlog nedopusten v delu, v katerem se nanaša na kršitev svobode ustanavljanja in kršitev polnega učinka Direktive 2004/38, ker tožeča stranka ne navaja določb Direktive, ki naj bi bile kršene.

Meni, da tožeča stranka napačno razlaga izpodbijano določbo, ker ta določa možnost izdaje prepovedi vstopa, in ne obveznost, da to storijo, tako da ni mogoče trditi, da izpodbijana določba dovoljuje samodejno sprejetje prepovedi vstopa. Trdi, da ni res, da lahko minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, sprejme prepoved vstopa za več kot pet let v vseh primerih, ne da bi moral to obdobje utemeljiti drugače kot z enakimi ugotovitvami, kot so tiste, na podlagi katerih je bila sprejeta odredba o zapustitvi ozemlja. Pojasnjuje, da je v zgoraj navedeni direktivi določeno, da se lahko prepoved vstopa zoper evropskega državljan ali člana njegove družine sprejme iz razlogov javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja. Nazadnje dodaja, da uprava posamično preuči vsako odločbo, in iz tega sklepa, da morebitna kršitev načela sorazmernosti ne izhaja iz izpodbijanega zakona, ampak iz njegove uporabe s strani pristojnega organa.

Tožeča stranka meni, da razlaga, ki jo svet ministrov navaja v zvezi z izpodbijano določbo, ni očitna in da so pragovi, ki se uporabljajo, ter obseg pojmov, uporabljenih v zakonu, dvoumni. Tožeča stranka navaja tudi, da svet ministrov, s

tem ko podpira to stališče, nasprotuje členu 27(2), drugi pododstavek, Direktive 2004/38 in sodni praksi Sodišča Evropske unije.

- 22 Četrti del desetega tožbenega razloga se nanaša na kršitev členov 10, 11 in 191 ustave v povezavi s členom 26 Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah, členom 14 EKČP, členom 1 Dvanajstega protokola k tej konvenciji ter členoma 20 in 21 Listine. OBFG meni, da izpodbijana določba ustvarja diskriminacijo med državljani Unije in državljani tretjih držav, v zvezi s katerimi člen 74/11 zakona z dne 15. decembra 1980 preprečuje, da bi lahko vsi razlogi javnega reda, na katerih bi lahko temeljila odločba o prenehanju prebivanja ali odredba o zapustitvi ozemlja, utemeljevali tudi prepoved vstopa za pet let.

Svet ministrov trdi, da tožeča stranka napačno razlaga zakon in da različno obravnavanje, na katero se sklicuje, ne obstaja. Napotuje na člen 74/11(1), pododstavek 4, zakona z dne 15. decembra 1980.

Tožeča stranka ugotavlja, da svet ministrov ni upošteval dejstva, da člen 74/11 zakona z dne 15. decembra 1980 preprečuje, da bi lahko vsi razlogi javnega reda, na katerih bi lahko temeljila odločba o prenehanju prebivanja ali odredba o zapustitvi ozemlja, utemeljevali tudi prepoved vstopa za več kot pet let. Opozarja, da ta določba za uporabo prepovedi vstopa za več kot pet let zahteva višji prag resnosti kot za sprejetje odredbe o zapustitvi ozemlja, medtem ko lahko organ v zvezi z državljani Evropske unije sprejme odredbo o zapustitvi ozemlja in prepoved vstopa za več kot pet let iz istih razlogov.

- 23 Tožeče stranke v zadevi št. 6755 se sklicujejo na 47. tožbeni razlog, ki se nanaša na to, da členi od 28 do 31 izpodbijanega zakona kršijo člena 10 in 11 ustave v povezavi s členoma 20 in 21 PDEU ter načelom pravne varnosti. Trdijo, da izpodbijane določbe v nasprotju z zgoraj navedenimi konvencijskimi določbami pooblaščajo kralja, da uvede omejitve prostega gibanja državljanov Unije, ki niso določene z Direktivo 2004/38; poleg tega določba povzroči neupravičeno razlikovanje med državljani Unije in njihovimi družinskimi člani, za katere so ukrepi sprejeti na podlagi člena 44c zakona z dne 15. decembra 1980, ter drugimi državljani Unije in njihovimi družinskimi člani, saj merilo „nevarnost pobega“ ni zakonsko določeno (prvi del). Izpodbijana člena 29 in 31 kršita načelo zakonitosti, ker pooblaščata kralja, da sprejme ukrepe, ki omejujejo svobodo (drugi del). Nazadnje, tožeče stranke očitajo pravno negotovost, ker ni gotovo, da je ukrepe v zvezi z državljani Unije in njihovimi družinskimi člani, ki lahko pobegnejo, mogoče sprejeti, dokler še ni sprejet noben izvedbeni odlok. Natančneje, v primeru „nevarnosti pobega“ naj ne bi bilo mogoče vedeti, katere določbe se uporabljajo v primeru „nevarnosti pobega“, to je ukrepe, ki jih določi kralj, ali ukrepe, ki jih sprejme Urad za tujce v skladu z zakonom (tretji del).

Svet ministrov ugotavlja, da se izpodbijane določbe po definiciji ne nanašajo na državljane Unije in njihove družinske člane, ki v skladu z Direktivo 2004/38 niso upravičeni do varstva pred odstranitvijo in katerih pravica do prostega gibanja je omejena v smislu člena 21 PDEU. Poudarja tudi, da se opredelitev pojma

„nevarnost pobega“ iz člena 1(11) zakona z dne 15. decembra 1980 ne uporablja le za državljane tretjih držav, ampak tudi za državljane Unije in njihove družinske člane. Poleg tega je iz pripravljanih dokumentov razvidno, da ukrepi, ki jih lahko sprejme kralj, ne morejo omejevati svoboščin. Svet ministrov se sklicuje na ukrepe, našete v členu 110m kraljevega odloka z dne 8. oktobra 1981. Nazadnje, svet ministrov ugotavlja, da člen 44d zakona z dne 15. decembra 1980 za uporabo teh ukrepov določa jasne omejitve, tako da naj ne bi obstajala nobena pravna negotovost.

- 24 Tožeče stranke v zadevi št. 6755 se sklicujejo na 48. tožbeni razlog, ki se nanaša na to, da sta s členi od 28 do 31 izpodbijanega zakona kršena člena 10 in 11 ustave v povezavi s členom 5 EKČP ter členom 6 in členom 52(3) Listine. Trdita, da izpodbijane določbe ne pojasnjujejo dovolj „nevarnosti pobega“. Opredelevitev iz člena 1(11) zakona z dne 15. decembra 1980 naj bi se uporabljala le za državljane tretjih držav in naj poleg tega ne bi določala, kaj so „objektivni in resni elementi“, na katere se sklicuje. Poleg tega izpodbijana člena 28 in 30 uvajata različno obravnavanje državljanov Unije in njihovih družinskih članov, za katere se lahko določijo preventivni ukrepi v primeru nevarnosti pobega, ter drugih tujcev.

Svet ministrov meni, da je z izpodbijanimi določbami zagotovljeno zadostno varstvo pred samovoljnim ravnanjem. Preden se lahko pooblaščenec pristojnega državnega sekretarja sklicuje na nevarnost pobega, se mora opreti na objektivne in resne elemente, zoper odločbo pa je mogoče vložiti ničnostno tožbo pred Conseil du contentieux des étrangers (upravno sodišče za pravnne zadeve za tujce, Belgija).

- 25 Tožeče stranke v zadevi št. 6755 se sklicujejo na 50. tožbeni razlog, ki se nanaša na to, da sta s členi od 28 do 31 izpodbijanega zakona kršena člena 10 in 11 ustave v povezavi ali ne s členoma 5 in 13 EKČP ter členom 2 Četrtega dodatnega protokola k tej konvenciji. Trdijo, da izpodbijane določbe niso dovolj dostopne, natančne in predvidljive, da bi se izognili tveganju samovoljnega ravnanja, natančneje, ker je pojem „nevarnost pobega“ zelo nejasen. V okviru svojega nadzora zakonitosti naj Conseil du contentieux des étrangers (upravno sodišče za pravnne zadeve za tujce) ne bi preučilo sedanjega položaja tožeče stranke, tako da ta ni učinkovito pravno sredstvo in ne ustreza zgoraj navedenim konvencijskim določbam (prvi del). Poleg tega člen 21 Direktive 2004/38 ne dovoljuje odstranitve državljanov Unije in njihovih družinskih članov, medtem ko postopek še poteka (drugi del). Nazadnje, obdobje možnega pripora državljanov Unije in njihovih družinskih članov naj bi bilo nerazumno, poleg tega pa naj bi bilo neenako obravnavanje državljanov Unije in državljanov tretjih držav neupravičeno (tretji del).

Svet ministrov najprej opozarja, da se člen 5 EKČP ne uporablja za ukrepe, ki povzročajo zgolj omejitve svobode. Med drugim v zvezi s tem navaja, da ne gre za odvzem prostosti, saj sta v zakonu z dne 15. decembra 1980 v ta namen uporabljena pojma „pridržanje“ ali „pripor“. Obveznost bivanja na točno določenem kraju naj ne bi povzročila odvzema prostosti, tako da se člen 5 EKČP

ne uporablja. Poleg tega je mogoče pri Conseil du contentieux des étrangers (upravno sodišče za pravnne zadeve za tujce) vložiti predlog za izdajo začasne odredbe v primeru protipravnega posega v pravico. Nazadnje, svet ministrov trdi, da ukrep izpolnjuje zahteve iz člena 2 Četrtega dodatnega protokola k navedeni konvenciji. Poleg tega člen 44f zakona z dne 15. decembra 1980 izrecno določa izjemno možnost odvzema prostosti, tako da drugi preventivni ukrepi po definiciji nimajo narave odvzema prostosti. Ta člen 44f določa hitro pravno sredstvo pri sodni oblasti, tako da so zahteve iz konvencijskih določb, na katere se sklicuje, upoštevane. Drugi preventivni ukrepi se lahko naložijo samo, če je odločba o zavrnitvi ali odvzemu dovoljenja za prebivanje postala dokončna. V zvezi z drugim delom se svet ministrov sklicuje na člen 39/79 zakona z dne 15. decembra 1980, iz katerega izhaja, da ima izpodbijana odločba praviloma odložilni učinek in ustreza zahtevam iz Direktive 2004/38. Kar zadeva tretji del, svet ministrov meni, da je zakonodajalec določil zadostna jamstva za preprečitev kršitve člena 5 Evropske konvencije o človekovih pravicah.

V. Presoja predložitvenega sodišča

Členi od 28 do 31 izpodbijanega zakona (členi od 44c do 44g zakona z dne 15. decembra 1980)

- 26 V obrazložitvi tega dela izpodbijanega zakona je navedeno, da te določbe „zaradi preglednosti in pravne varnosti omogočajo sprejetje ukrepov, ki jih je mogoče sprejeti v zvezi z državljani Evropske unije in njihovimi družinskimi člani, da se zagotovi njihovo odstranitev z ozemlja Kraljevine“, da „so namenjene zagotavljanju učinkovite politike humane odstranitve državljanov Unije in njihovih družinskih članov, tako da se zagotovi popolno spoštovanje njihovih temeljnih pravic in dostojanstva“, ter da je „cilj državljanom Unije in njihovim družinskim članom zagotoviti ureditev odstranitve, ki ni manj ugodna od tiste, do katere so upravičeni državljani tretjih držav“ (Doc Parl., Chambre, 2016-2017, DOC 54-2215/001, str. 37-38 ; DOC 54-2215/003, str. 4).
- 27 Sodišče je preučilo te tožbene razloge in jih razvrstilo tako:
- „preventivni ukrepi“ za preprečevanje „nevarnosti pobega“;
 - prisilna odstranitev pred iztekom roka;
 - pripor in alternativni ukrepi priporu.

1. „Preventivni ukrepi“ in „nevarnost pobega“

- 28 Člen 44c, ki je bil v zakon z dne 15. decembra 1980 vstavljen s členom 28 izpodbijanega zakona, določa, da se lahko „preventivni ukrepi“ naložijo državljanu Unije ali njegovemu družinskemu članu, ki mu je bila izdana odredba o zapustitvi ozemlja, pred iztekom roka, v katerem mora zapustiti ozemlje Kraljevine, da se „prepreči nevarnost pobega“. Člen 44d, ki je bil v zakon z dne

15. decembra 1980 vstavljen s členom 29 izpodbijanega zakona, v odstavku 1, točka 3, določa, da minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, sprejme vse potrebne ukrepe za izvršitev odredbe o zapustitvi ozemlja, zlasti kadar zadevni tujec ni spoštoval naloženih preventivnih ukrepov. Člen 44e, ki je bil v zakon z dne 15. decembra 1980 vstavljen s členom 30 izpodbijanega zakona, določa, da se lahko „preventivni ukrepi“, „da se prepreči nevarnost pobega“, državljanu Unije ali njegovemu družinskemu članu naložijo, če minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, po poteku roka oziroma kadar rok ni določen začasno odloži prisilno odstranitev. Člena 44c in 44e pooblaščata kralja za določitev teh preventivnih ukrepov z odlokom, ki ga obravnava svet ministrov. Člen 44e poleg tega določa, da lahko minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, odredi hišni pripor med izvrševanjem tega ukrepa.

- 29 Tožeče stranke zlasti trdijo, da člen 44c zakona z dne 15. decembra 1980 krši člena 10 in 11 ustave v povezavi z zgoraj navedeno Direktivo 2004/38, s pravico do prostega gibanja evropskih državljanov ter s členoma 105 in 108 ustave, ker naj evropsko pravo ne bi omogočalo naložitve preventivnih ukrepov, da se prepreči nevarnost pobega državljanov Unije in njihovih družinskih članov v roku, ki je bil določen za zapustitev ozemlja.
- 30 Direktiva o „vračanju“, ki se ne uporablja za državljane Unije in njihove družinske člane, temveč za nezakonito prebivajoče državljane tretjih držav, določa, da lahko države članice naložijo določene obveznosti tujcem, ki jim je bila izdana odredba o zapustitvi ozemlja, da se „prepreči nevarnost pobega“ (člen 7). Te obveznosti so lahko redno javljanje organom, položitev ustrezne finančne garancije, predložitev dokumentov ali obveznost zadrževanja na določenem mestu. Člen 3(7) te direktive določa, da „nevarnost pobega“ pomeni, da v posameznem primeru obstajajo razlogi na podlagi objektivnih meril, opredeljenih z zakonom, zaradi katerih se domneva, da bi državljan tretje države, ki je v postopku vrnitve, lahko pobegnil“.

Vendar pa Direktiva 2004/38, ki se uporablja za državljane Unije in njihove družinske člane, ne vsebuje določbe glede ukrepov, ki bi se lahko sprejeli v zvezi s temi tujci, da se prepreči nevarnost pobega, v roku, ki jim je bil določen za zapustitev ozemlja, če jim je bila izdana odločba o odvzemu pravice do prebivanja.

- 31 V obrazložitvi izpodbijanih določb je navedeno:

„Ta nova pravila ne pomenijo prenosa Direktive 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav (tako imenovana ‚direktiva o vračanju‘), se pa nanjo močno opirajo.

V zvezi s tem je Sodišče Evropske unije v sklepu z dne 10. februarja 2004 (zadeva Mavrona, C-85/03, točka 20) razsodilo, da nacionalnemu zakonodajalcu ni prepovedano, da za kategorijo položajev ali oseb določi pravila, ki se opirajo na

določbe direktive, ki na svojem področju uporabe ne vključuje teh položajev ali oseb, če se to zdi primerno, in če to ne nasprotuje nobeni drugi določbi prava Skupnosti.

Cilj je državljanom Unije in njihovim družinskim članom zagotoviti ureditev odstranitve, ki ni manj ugodna od tiste, do katere so upravičeni državljani tretjih držav.

Ti novi členi določajo, da če državljan Unije ali njegov družinski član ne izpolni obveznosti prostovoljno, minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, odredi njegovo odstranitev. To velja tudi takrat, kadar pri državljanu Unije ali njegovem družinskem članu obstaja nevarnost pobega, ali če ni upošteval preventivnih ukrepov, ki so mu bili naloženi, ali če predstavlja grožnjo za javni red ali nacionalno varnost, čeprav se rok, ki mu je bil določen, da prostovoljno zapusti ozemlje Kraljevine, še ni iztekel“ (Doc. parl., Chambre, 2016–2017, DOC 54–2215/001, str. 38).

Prav tako je pojasnjeno, da je hišni pripor izrecno določen z zakonom, ker lahko le zakonodajalec določi ukrep, ki omejuje svobodo gibanja (Doc. parl., Chambre, 2016–2017, DOC 54–2215/001, str. 38). Svet ministrov na podlagi tega sklepa, da namen ali učinek drugih „preventivnih ukrepov“, za določitev katerih je pooblaščen kralj, ne more biti omejevanje svobode gibanja zainteresiranih oseb.

- 32 Zadevni ukrepi ne glede na svojo naravo nujno vplivajo na pravice in svoboščine državljana Unije ali njegovega zadevnega družinskega člana, saj je njihov namen prav preprečiti njegov pobeg – kar bi mu v obravnavanem primeru preprečilo odhod v drugo državo članico – in, *in fine*, zagotoviti njegov prisilni odhod z belgijskega ozemlja.
- 33 Sodišče je v sklepu v zadevi Mavrona, na katero se sklicujejo pripravljala dela, navedena v točki 31, razsodilo, da lahko nacionalni zakonodajalec ob neobstoju harmonizacije prava Unije glede kategorije strokovnjakov, in sicer komisionarjev, za varstvo te kategorije določi ustrezna pravila, ki izhajajo iz določb direktive o drugi kategoriji strokovnjakov, in sicer trgovskih zastopnikov, če temu ne nasprotuje nobena druga določba prava Unije (sklep z dne 10. februarja 2004, Mavrona, C-85/03, EU:C:2004:83, točka 20). Zdi se, da iz tega ni mogoče sklepati, da je mogoče omejitve temeljnih pravic državljanov tretjih držav v Evropski uniji, ki so dovoljene z direktivo, ki se izrecno nanaša na njihov položaj, po analogiji uporabiti za evropske državljane, če direktiva, ki se uporablja za njihov položaj, te omejitve ne določa.
- 34 Sodišče je poleg tega razsodilo:

„Direktivi 2004/38 in 2008/115 ne nasprotujeta temu, da odločbo o vrnitvi državljana Unije, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, sprejmejo isti organi in po istem postopku kot odločbo o vrnitvi državljana tretjih držav, čigar prebivanje je nezakonito, iz člena 6(1) Direktive 2008/115, če se uporabijo ukrepi za prenos

Direktiv 2004/38, ki bi bili za navedenega državljana Unije ugodnejši“ (sodba z dne 14. septembra 2017, Petrea, C-184/16, EU:C:2017:684, točka 56).

- 35 Namen izpodbijane določbe ni določitev organa, pristojnega za sprejetje odločbe o vrnitvi v zvezi z evropskim državljanom ali njegovim družinskim članom. Niti ne gre za postopkovno določbo. Zdi se, da ugotovitve iz sodbe Petrea torej ni mogoče prenesti na zadevo po analogiji, saj gre v tem primeru za omejitve temeljnih pravic evropskih državljanov in tujcev, ki so z njimi izenačeni, ki niso določene v direktivi, ki se uporablja za njihov položaj.
- 36 Iz navedenega izhaja, da obstaja dvom glede možnosti uporabe po analogiji določb Direktive 2008/115 glede preventivnih ukrepov v primeru odstranitve državljana tretje države za evropske državljane.
- 37 Pred sprejetjem vsebinske odločitve o členih 44c(2), 44d(1), točka 3, in 44e, drugi pododstavek, zakona z dne 15. decembra 1980, ki so bili vstavljeni s členi 28, 29 in 30 izpodbijanega zakona, je treba Sodišču postaviti prvo vprašanje za predhodno odločanje, navedeno v izreku.

2. Prisilna odstranitev pred iztekom roka

- 38 Člen 44d, ki je bil v zakon z dne 15. decembra 1980 vstavljen s členom 29 izpodbijanega zakona, omogoča ministru ali osebi, ki jo ta pooblasti, da sprejme „vse potrebne ukrepe za izvršitev odredbe o zapustitvi ozemlja“, če ni bil določen rok, da to stori, če zadevna oseba ni zapustila ozemlja v določenem roku in če pred iztekom roka bodisi ni upoštevala preventivnih ukrepov za preprečitev nevarnosti pobega bodisi predstavlja grožnjo za javni red ali državno varnost.
- 39 Do odgovora Sodišča je treba začasno odložiti preizkus določbe, ker določa možnost, da se pred iztekom roka izvrši odredba o zapustitvi ozemlja, izdana tujcu, ki ni ravnal v skladu z naloženimi preventivnimi ukrepi.

3. Pripor ali alternativni ukrepi priporu

- 40 Člen 44f zakona z dne 15. decembra 1980, ki je bil vstavljen s členom 31 izpodbijanega zakona, omogoča pridržanje državljanov Unije in njihovih družinskih članov, da se zagotovi izvršitev ukrepa odstranitve v času, ki je nujno potreben za izvršitev ukrepa. Pridržanje je načeloma omejeno na dva meseca, vendar ga lahko minister ali oseba, ki jo ta pooblasti, prvič podaljša za dva meseca. Nato ga lahko podaljša samo minister. Zadevno osebo je treba izpustiti na prostost po petih mesecih, razen če je treba zaradi varovanja javnega reda ali nacionalne varnosti pridržanje podaljšati. V tem primeru je skupno trajanje pridržanja omejeno na osem mesecev.
- 41 Tožeče stranke tej določbi očitajo, da določa pretirano dolgo in zato nesorazmerno trajanje pridržanja ter da ne določa jasnih meril, na podlagi katerih bi bilo mogoče

objektivno določiti čas, nujno potreben za izvršitev ukrepa, in kaj pomeni vestno obravnavanje organa, pristojnega za izvršitev ukrepa.

- 42 Izpodbijana določba za državljane Evropske unije in njihove družinske člane povzema ureditev, ki je za državljane tretjih držav določena s členom 74/5(3) zakona z dne 15. decembra 1980. Določba tako vzpostavlja enako obravnavanje državljanov Unije in njihovih družinskih članov in vseh drugih tujcev, ki čakajo na odstranitev v katero koli državo na svetu, zlasti kar zadeva najdaljše trajanje pripora z namenom odstranitve.
- 43 Čeprav člen 5(1)(f) EKČP ne nasprotuje temu, da je tujec pridržan na določenem kraju za njegovo prisilno odstranitev z ozemlja, če ni upošteval odredbe o zapustitvi ozemlja, je glede na to določbo pripor upravičen le pod pogojem, da se postopek odstranitve vodi z zahtevano skrbnostjo (sodba ESČP z dne 4. aprila 2017, *Thimothawes proti Belgiji*, CE:ECHR:2017:0404JUD003906111, točka 60). Poleg tega se postavlja vprašanje, ali je člen 44f(1), pododstavki od 2 do 4, zakona z dne 15. decembra 1980, ki je bil vstavljen s členom 31 izpodbijanega zakona z dne 24. februarja 2017, združljiv s svobodo gibanja, ki je državljanom Unije in njihovim družinskim članom zagotovljena s členoma 20 in 21 PDEU ter določbami Direktive 2004/38, iz katerih je mogoče sklepati, da je trajanje pridržanja omejeno na čas, ki je nujno potreben za izvršitev ukrepa odstranitve. Čeprav člen 44f zakona z dne 15. decembra 1980, ki je bil vstavljen z izpodbijano določbo, izrecno predvideva, da pridržanje ne sme presegati časa, ki je nujno potreben za izvršitev ukrepa, vseeno določa, da se lahko podaljša za obdobje do osem mesecev, da se organizira in izvrši predaja državljana Evropske unije ali njegovega družinskega člana v državo, katere državljan je, ali v kateri ima pravico do prebivanja kot družinski član državljana. Poleg tega ne vsebuje podrobnosti v zvezi z ukrepi, ki jih mora organ uporabiti za odstranitev tujca v drugo državo Unije.
- 44 Pred sprejetjem vsebinske odločitve o členu 44f(1), pododstavki od 2 do 4, zakona z dne 15. decembra 1980, ki je bil vstavljen s členom 31 izpodbijanega zakona, je zato treba Sodišču postaviti drugo vprašanje za predhodno odločanje, navedeno v izreku.

VI. Vprašnji za predhodno odločanje

1. Ali je treba pravo Unije, zlasti člena 20 in 21 Pogodbe o delovanju Evropske unije in Direktivo 2004/38/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 „o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EGS“ razlagati tako, da nasprotujejo nacionalni zakonodaji, ki za državljane Unije in njihove družinske člane uporablja določbe, podobne določbam, ki v zvezi z državljani tretjih držav

pomenijo prenos člena 7(3) Direktive 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o „skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav“, in sicer določbe, ki omogočajo, da se državljanu Unije ali njegovemu družinskemu članu naloži upoštevanje preventivnih ukrepov za preprečitev nevarnosti pobega med rokom, ki mu je bil določen za zapustitev ozemlja, potem ko je bila sprejeta odločba o prenehanju dovoljenja za prebivanje iz razlogov javnega reda ali med podaljšanjem tega roka?

2. Ali je treba pravo Unije, zlasti člena 20 in 21 Pogodbe o delovanju Evropske unije in Direktivo 2004/38/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EGS“, razlagati tako, da nasprotujejo nacionalni zakonodaji, ki za državljane Unije in njihove družinske člane, ki niso upoštevali odločbe o prenehanju dovoljenja za prebivanje iz razlogov javnega reda ali javne varnosti, uporablja določbo, ki je enaka tisti, ki se uporablja za državljane tretjih držav v enakem položaju, kar zadeva najdaljši, to je osemmesečni rok, pripora za namene odstranitve?