KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PAOLO MENGOZZI
esitatud 1. juunil 2010[1]

1. Bundesverwaltungsgericht (Saksamaa) esitas Euroopa Kohtule kahe järjestikuse määrusega EÜ artikli 68 lõike 1 ja EÜ artikli 234 alusel mitu eelotsuse küsimust, mis puudutavad esiteks seda, kuidas tõlgendada artikli 12 lõike 2 punkti b nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivist 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 (edaspidi „direktiiv")[2], teiseks selle direktiivi artikli 3 tõlgendamist. Need küsimused esitati ühelt poolt Saksamaa Liitvabariigi (esindaja: Bundesministerium des Inneren (liitvabariigi siseministeerium), keda esindas omakorda Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (liitvabariigi migratsiooni- ja pagulasamet, edaspidi „Bundesamt") ja teiselt poolt vastavalt B (kohtuasi C-57/09) ning D (kohtuasi C-101/09) vahelistes kohtuvaidlustes, millest esimene puudutab B varjupaigataotluse tagasilükkamist Bundesamti poolt ja teine D-le algselt antud pagulasseisundi tühistamist sama ametiasutuse poolt.

I. Õiguslik raamistik

A. *Rahvusvaheline õigus*

1. 1951. aasta Genfi pagulasseisundi konventsioon

2. Genfi pagulasseisundi konventsioon (edaspidi „1951. aasta konventsioon" või „konventsioon")[3] kinnitati 28. juulil 1951 ühel ÜRO erikonverentsil ning see jõustus 22. aprillil 1954. Konventsioon, mida täiendati 1967. aastal vastu võetud protokolliga, mis laiendas selle esialgu üksnes Teise maailmasõja tagajärjel tekkinud pagulastega piirdunud

1 – Algkeel: itaalia.

2 – ELT L 304, lk 2; ELT eriväljaanne 19/07, lk 96.

3 – Recueil des traités des Nations unies, I-2545, kd 189.

kohaldamisala, määratleb „pagulase" mõiste ning määrab kindlaks pagulasseisundiga seotud õigused ja kohustused. Praeguseks on konventsioonile alla kirjutanud 146 riiki.

3. Pärast seda, kui artikli 1 jaotises A on määratletud „pagulase" mõiste konventsiooni tähenduses, täpsustatakse selle artikli jaotise F punktides a, b ja c:

„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." [Siin ja edaspidi on konventsiooni tsiteeritud mitteametlikus tõlkes.] [4]

4 – Käesolev joonealune märkus ei puuduta eestikeelset teksti.

4. Konventsiooni artiklis 33 „Välja- või tagasisaatmise lubamatus" on sätestatud:

„1. Osalisriik ei saada pagulast oma territooriumilt mis tahes viisil välja ega tagasi selle territooriumi piiridele, kus tema elu või vabadus on ohus mingisse rassi, rahvusesse või usku või sotsiaalsesse gruppi kuulumise või poliitiliste veendumuste tõttu.

Sätet ei kohaldata pagulasele, kelle suhtes on põhjendatud kartus, et ta võib asetada ohtu asukohariigi julgeoleku või kes on kohtuotsuse alusel mõistetud süüdi eriti raskes kuriteos ja on seetõttu ühiskonnaohtlik".

2. ÜRO Julgeolekunõukogu resolutsioonid

5. 28. septembril 2001 võttis ÜRO Julgeolekunõukogu (edaspidi „Julgeolekunõukogu") ÜRO põhikirja VII peatüki alusel vastu resolutsiooni 1373 2001). Selle resolutsiooni lõike 2 punkti c kohaselt keelduvad riigid „andmast varjupaika neile, kes rahastavad, korraldavad, toetavad või

panevad toime terroriakte või varjavad nende toimepanijaid". [5] Sellele järgneva lõike 3 punktides f ja g nõutakse riikidelt, et nad „võtaksid vastavalt asjakohastele riikide ja rahvusvahelistele õigusnormidele, sh rahvusvahelistele inimõiguste normidele, sobivaid meetmeid, tagamaks, et varjupaigataotlejad ei oleks enne pagulasseisundi andmist korraldanud terroriakte ega nende toimepanekule kaasa aidanud", ning „tagaksid kooskõlas rahvusvahelise õigusega, et terroriaktide toimepanijad või korraldajad või isikud, kes aitavad kaasa terroriaktide toimepanekule, ei kasutaks pagulasseisundit enda kasuks ära ning et poliitilistele motiividele tuginedes ei saaks põhjendada oletatavate terroristide väljaandmistaotluste tagasilükkamist". Viimaks deklareerib julgeolekunõukogu selle resolutsiooni lõikes 5, et „terroristlikud aktid, meetodid ja tavad on vastuolus [ÜRO] eesmärkide ja põhimõtetega ja terroriaktide teadlik rahastamine, korraldamine ja õhutamine on samuti vastuolus [ÜRO] eesmärkide ja põhimõtetega". [6]

6. Põhimõtteliselt sama sisuga avaldusi leidub ka hilisemates resolutsioonides, mis käsitlevad terrorismist põhjustatud ohtusid rahvusvahelisele rahule ja julgeolekule, alates resolutsioonist 1377 (2001), millele on lisatud ministrite tasemel kohtunud julgeolekunõukogu deklaratsioon, kus kinnitatakse ka „ühemõttelist hukkamõistu kõigile terroriaktidele, terroristlikele meetoditele ja tavadele, mida tuleb pidada kuritegelikuks ja õigustamatuks, olenemata nende motiividest, ning sellest, kus ja kes, mis tahes kujul ja mis tahes avaldustes need toime paneb". [7]

B. *Liidu õigus*

1. Esmased õigusaktid

7. Euroopa Liidu lepingu artikkel 2 sätestab „Liit rajaneb sellistel väärtustel nagu inimväärikuse austamine, vabadus, demokraatia, võrdsus, õigusriik ja inimõiguste, kaasa

5 – Käesolev joonelaune märkus ei puuduta eestikeelset teksti.

6 – Vt selle kohta ka ÜRO Julgeolekunõukogu 19. oktoobri 1999. aasta resolutsioon 1269 (1999).

7 – Nt resolutsioonis 1566 (2004), mis võeti – ikka ÜRO põhikirja VII peatüki alusel – vastu 8. oktoobril 2004, meenutab julgeolekunõukogu, et „kuritegusid, eriti selliseid, mis on suunatud tsiviilelanikkonna vastu kavatsusega põhjustada surma või raskeid vigastusi või võtta pantvange, et külvata hirmu elanikkonna, isikute rühma või üksikisikute hulgas, hirmutada elanikkonda või sundida valitsust või rahvusvahelist organisatsiooni mõnda tegu toime panema või sellest hoiduma, ning mida käsitatakse rahvusvahelistes terrorismi puudutavates konventsioonides ja protokollides õigusrikkumisena, ei saa mingil juhul õigustada poliitiliste, filosoofiliste, ideoloogiliste, rassiliste, etniliste, usuliste vms põhjustega".

arvatud vähemuste hulka kuuluvate isikute õiguste austamine. […]". Edasi sätestab Euroopa Liidu leping artikli 3 lõikes 5, et liit toetab „inimõiguste […] kaitset, samuti rahvusvahelise õiguse ranget järgimist ja arendamist, sealhulgas ÜRO põhikirja põhimõtete austamist."

8. Euroopa Liidu lepingu artikli 6 lõike 1 esimese lõigu kohaselt tunnustab liit Euroopa Liidu põhiõiguste hartas (edaspidi „harta"), millel on aluslepingutega võrreldes samaväärne õigusjõud, sätestatud õigusi, vabadusi ja põhimõtteid. Harta artikkel 18 sätestab, et „varjupaigaõigus tagatakse [...] 1951. aasta [...] Genfi konventsiooni [...] ning Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu [...] kohaselt."

9. Vastavalt EÜ artikli 63 esimese lõigu punkti 1 alapunktile c võtab nõukogu viie aasta jooksul pärast Amsterdami lepingu jõustumist kooskõlas 1951. aasta konventsiooniga ning teiste asjakohaste lepingutega varjupaika käsitlevad meetmed, eriti „kolmandate riikide kodanike pagulaseks tunnistamise miinimumnõuete" valdkonnas.

2. Ühine seisukoht 2001/931/ÜVJP

10. Kui lähtuda selle põhjendustest, taheti 27. detsembri 2001. aasta ühise seisukohaga 2001/931/ÜVJP terrorismivastaste erimeetmete rakendamise kohta, mis võeti vastu EL-i artiklite 15 ja 34 alusel, rakendada terrorismi rahastamise vastaseid meetmeid, mis olid ära toodud Julgeolekunõukogu resolutsioonis 1373/2001 [8]. Ühise seisukoha artikli 1 lõike 1 kohaselt kohaldatakse seda „isikute, rühmituste ja üksuste suhtes, kes osalevad terroriaktides ja on loetletud lisas". Lõikes 2 on sätestatud, et ühise seisukoha kohaldamisel hõlmab mõiste „terroriaktides osalevad isikud, rühmitused ja üksused" „isikuid, kes panevad toime või üritavad toime panna terroriakte või kes osalevad terroriaktide toimepanekus või aitavad kaasa nende toimepanekule", ja „rühmitusi ja üksusi, keda sellised isikud kontrollivad otse või kaudselt, ja isikuid, rühmitusi ja üksusi, kes tegutsevad selliste isikute,

8 – EÜT L 344, lk 93; ELT eriväljaanne 18/01, lk 217.

rühmituste ja üksuste nimel või juhendusel, kaasa arvatud rahalised vahendid, mis tulenevad või mis saadakse varast, mida sellised isikud ja nendega seotud isikud, rühmitused ja üksused omavad või kontrollivad otse või kaudselt". Artikli 1 lõikes 3 on esitatud „terroriakti" ja „terrorirühmituse" määratlused ühise seisukoha tähenduses. Ühise seisukoha artiklites 2 ja 3 on sätestatud, et „Euroopa Ühendus määrab talle Euroopa Ühenduse asutamislepinguga antud volituste piires lisas loetletud isikute, rühmituste ja üksuste rahaliste vahendite ja muu finantsvara või majandusressursside külmutamise" ja „tagab talle Euroopa Ühenduse asutamislepinguga antud volituste piires, et lisas loetletud isikute, rühmituste ja üksuste käsutusse ei antaks otse ega kaudselt rahalisi vahendeid, finantsvara või majandusressursse ja et neil ei võimaldataks kasutada finantsteenuseid või muid finantsteenustega seotud teenuseid".

11. 2. mai 2002. aasta ühise seisukoha 2002/340/ÜVJP artikliga 1 [9] ajakohastati esmakordselt ühise seisukoha 2001/931/ÜVJP kohaldamisalasse kuuluvat isikute, rühmituste ja üksuste loendit. Selle käigus lisati loendisse „Kurdistani Töölispartei (PKK)" ja „Revolutsiooniline Rahva Vabastusarmee/Rinne/Partei (DHKP/C) (teise nimega Devrimci Sol (Revolutsioonilised Vasakpoolsed), Dev Sol)";

9 – EÜT L 166, lk 75.

uuendus jõustus ühise seisukoha vastuvõtmise kuupäeval (artikkel 2). [10]

3. Raamotsus 2002/475/JSK

12. Nõukogu 13. juuni 2002. aasta raamotsus 2002/475/JSK terrorismivastase võitluse kohta [11] annab terroriaktide, terrorirühmitusega seotud õigusrikkumiste ja terroristliku tegevusega seotud õigusrikkumiste ühise määratluse ning sätestab, et kõik liikmesriigid võtavad vajalikke meetmeid, tagamaks, et selliste õigusrikkumiste eest karistatakse tõhusate, proportsionaalsete ja hoiatavate kriminaalkaristustega, mis võivad hõlmata õigusrikkumise toimepanija väljaandmist. Artikli 2 „Terrorirühmitusega seotud õigusrikkumised" kohaselt on „terrorirühmitus" raamotsuses „rohkem kui kahest isikust koosnev struktuuriline ühendus, mis on aja jooksul välja kujunenud ja mis tegutseb terroriaktide

10 – 2004. aasta aprillis muudeti PKK-d puudutavat sissekannet järgmiselt: „Kurdistan Workers' Party/Kurdistani Töölispartei (PKK) (teise nimega KADEK, teise nimega KONGRA-GEL)", vt 2. aprilli 2004. aasta ühine seisukoht 2003/309/ÜVJP (ELT L 99, lk 61; ELT eriväljaanne 18/03, lk 100).

11 – EÜT L 164, lk 3; ELT eriväljaanne 19/06, lk 18.

toimepanekuks kooskõlastatult." Selle artikli lõikes 2 on sätestatud, et liikmesriigid „võtavad vajalikke meetmeid[,] tagamaks, et järgmised tahtlikud teod on karistatavad: a) terrorirühmituse juhtimine; b) terrorirühmituse tegevuses osalemine, sealhulgas teabe või aineliste vahenditega varustamise või selle rühmituse tegevuse mis tahes viisil rahastamise teel, olles teadlik asjaolust, et selline osalemine aitab kaasa rühmituse kuritegudele."

4. Direktiiv

13. Tamperes 15. ja 16. oktoobril 1999 toimunud erakorralisel istungil otsustas Euroopa Ülemkogu „püüelda sellise Euroopa ühise varjupaigasüsteemi loomise poole, mis põhineb Genfi konventsiooni täielikul kohaldamisel", ning Amsterdami lepingus ja Viini tegevuskavas kehtestatud ajakava kohaselt pidi see kõigepealt hõlmama „ühiste õiglase ja tõhusa varjupaigamenetluse normide" vastuvõtmist ja „pagulasseisundi tunnistamise ja oluliste tegurite alaste õigusaktide ühtlustamist".[12]

14. Vastavalt sellele programmile on direktiivi eesmärk, nagu täpsustatakse selle põhjenduses 6, ühelt poolt „tagada, et liikmesriigid kohaldavad ühiseid kriteeriume isikute tuvastamiseks, kellel on tõeline vajadus rahvusvahelise kaitse järele", ja teiselt poolt „tagada, et neile isikutele on kõigis liikmesriikides kättesaadav hüvitiste minimaalne tase." Nagu selgub iseäranis põhjendustest 16 ja 17, tahetakse direktiiviga kehtestada „pagulasseisundi määratlemise ja sisu miinimumnõuded, millest liikmesriikide pädevad siseriiklikud asutused juhinduksid Genfi konventsiooni kohaldamisel", ja „ühised kriteeriumid varjupaigataotlejate tunnustamiseks pagulastena Genfi konventsiooni artikli 1 tähenduses." Direktiivi põhjenduses 3 on kirjas, et Genfi konventsioon ja 1967. aasta protokoll sätestavad „pagulaste kaitse alase rahvusvahelise õiguskorra nurgakivi", ning põhjendus 15 tunnistab, et „[k]onsultatsioonid ÜRO pagulaste ülemkomissariga võivad anda liikmesriikidele väärtuslikke suuniseid pagulasseisundi määramisel vastavalt [1951. aasta] konventsiooni artiklile 1". Põhjendus 8 täpsustab, et

12 – Vt eesistujariigi järeldused, mis on kättesaadavad veebilehel http://www.europarl.europa.eu/summits/.

„[m]iinimumnõuete olemusest lähtub, et liikmesriikidel peaksid olema volitused kehtestada või säilitada soodsamaid sätteid liikmesriigilt rahvusvahelist kaitset taotlevatele kolmandate riikide kodanikele ja kodakondsuseta isikutele, kui kõnealuse taotluse aluseks leitakse olevat see, et asjaomane isik on pagulane Genfi konventsiooni artikli 1 lõike A tähenduses või muidu rahvusvahelist kaitset vajav isik." Viimaks on direktiivi põhjenduses 22 sätestatud, et „ÜRO eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevad teod on sätestatud ÜRO põhikirja preambulis ning artiklites 1 ja 2, ning on muu hulgas kaasatud ÜRO terrorismi vastu võitlemise meetmeid käsitlevatesse resolutsioonidesse, milles deklareeritakse, et terroristlikud aktid, meetodid ja tavad on vastuolus Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega" ning et „terroristlike aktide teadlik rahastamine, kavandamine ja õhutamine on samuti vastuolus Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega".

15. Vastavalt artiklile 1 „Sisu ja reguleerimisala" on direktiivi eesmärk „sätestada kolmandate riikide kodanike ja kodakondsuseta isikute pagulasteks või muidu rahvusvahelist kaitset vajavateks isikuteks kvalifitseerimise miinimumnõuded ning antud kaitse sisu." Artikkel 2 sisaldab direktiivis kasutatud mõistete määratlusi. Täpsemalt on „pagulane" selle artikli punkti c kohaselt „kolmanda riigi kodanik, kes põhjendatud kartuse tõttu rassilise, usulise, rahvusel, poliitilistel vaadetel või teatavasse sotsiaalsesse gruppi kuulumisel põhineva tagakiusamise ees viibib väljaspool kodakondsuse riiki ja ei saa või kõnealuse kartuse tõttu ei taha anda ennast nimetatud riigi kaitse alla, või kodakondsuseta isik, kes samadel põhjustel, nagu eespool nimetatud, väljaspool varasema alalise elukoha riiki viibides ei saa või kõnealuse kartuse tõttu ei taha sinna tagasi pöörduda, ja kelle suhtes ei kohaldata artiklit 12".

16. Direktiivi artikli 3 „Soodsamad normid" kohaselt võivad liikmesriigid „kehtestada või säilitada soodsamaid norme otsustamaks, kes vastab pagulase või täiendava kaitse nõuetele, ning määratlemaks rahvusvahelise kaitse sisu, kui need normid on kooskõlas käesoleva direktiiviga".

17. Direktiivi artikkel 12 „Erandid" kuulub III peatükki „Pagulaseks kvalifitseerumine". Selle artikli lõigetes 2 ja 3 on sätestatud:

„Kolmanda riigi kodanikku või kodakondsuseta isikut ei tunnistata pagulaseks, kui on tõsine alus 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;

b) ta on sooritanud väljaspool varjupaigariiki raske mittepoliitilise kuriteo enne pagulasena vastuvõtmist, mis tähendab elamisloa väljastamise aega pagulasseisundi andmise alusel; rasketeks mittepoliitilisteks kuritegudeks võib liigitada eriti julmad teod, isegi kui need on toime pandud väidetavalt poliitilisel eesmärgil;

c) ta on olnud süüdi tegudes, mis on vastuolus ÜRO põhikirja preambulis ning artiklites 1 ja 2 sätestatud Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega.

3. Lõiget 2 kohaldatakse isikute suhtes, kes õhutavad või osalevad selles nimetatud kuritegudes või aktides."

18. Direktiivi IV peatüki „Pagulasseisund" artikli 14 lõike 3 punkti a kohaselt liikmesriigid tühistavad, lõpetavad või keelduvad uuendamast kolmanda riigi kodaniku või kodakondsuseta isiku pagulasseisundi(t), kui asjaomane liikmesriik leiab pärast tema pagulaseks tunnistamist, et „tema pagulaseks olemine pidanuks olema või on välistatud vastavalt artiklile 12".

19. VII peatükis „Rahvusvahelise kaitse sisu" on sätestatud normid, mis määravad kindlaks liikmesriikide kohustused pagulasseisundi saajate suhtes, eriti elamisloa ja reisidokumentide väljastamise osas, juurdepääsu osas töökohtadele, haridusele ja majutusvõimalustele, sotsiaalhoolekande ja arstiabi osas. Selles peatükis on ka artikkel 21 „Kaitse tagasisaatmise eest", mille lõikes 1 on sätestatud, et liikmesriigid austavad mittetagasisaatmise põhimõtet kooskõlas oma rahvusvaheliste kohustustega.

C. Siseriiklik õigus

20. Grundgesetzi (põhiseadus) artikli 16a kohaselt on „[p]oliitilistel põhjustel tagakiusatutel […] õigus varjupaigale". Eelotsusetaotluse esitanud kohtu andmete põhjal võib pagulasseisundit käsitlevad Saksa õigusnormid käesoleva kohtuasja jaoks olulistes aspektides kokku võtta järgmiselt.

21. Pagulaseks tunnistamist reguleeris esialgu Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet'i (välismaalaste liitvabariigi territooriumile sisenemise ja riigis elamise seadus ehk „Ausländergesetz") § 51. Selle paragrahvi lõiget 3 muudeti alates 1. jaanuarist 2002 Terrorism usbekämpfungsgesetz'iga (terrorismivastase võitluse seadus), millega kehtestati Genfi konventsiooni artikli 1 jaotises F ette nähtud pagulaseks tunnistamata jätmise alused.

22. Pärast seda, kui 27. augustil 2007 jõustus 19. augusti 2007. aasta Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union (elamis- ja varjupaigaõigust reguleerivate Euroopa Liidu direktiivide ülevõtmise seadus, *BGBl* I, lk 1970, edaspidi „Richtlinienumsetzungsgesetz"), millega võeti üle ka direktiiv 2004/83, tulenevad pagulaseks tunnistamise tingimused Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet'i (välismaalaste liitvabariigi territooriumil elamise, töötamise ja integratsiooni seadus, edaspidi „Aufenthaltsgesetz") § 60 lõikest 1 koosmõjus Asylverfahrensgesetz'i (varjupaigamenetluse seadus) § 3 lõikega 1. Viimatinimetatud sätte kohaselt on „välismaalane [1951. aasta konventsiooni] tähenduses pagulane siis, kui teda ohustavad tema kodakondsusriigis ohud, mis on loetletud välismaalaste elamisõigust käsitleva seaduse [Aufenthaltsgesetz] § 60 lõikes 1".

23. Asylverfahrensgesetz'i § 3 lõike 2 punktidega 2 ja 3, millega 27. augustil 2007 asendati Aufenthaltsgesetz'i § 60 lõike 8 teine lause, millega oli omakorda asendatud Ausländergesetz'i § 51 lõike 3 teine lause, võeti Saksa õigusse üle direktiivi artikli 12 lõiked 2 ja 3. Muu hulgas sätestab see, et välisriigi kodanikku ei tunnistata pagulaseks lõike 1 tähenduses, kui on tõsine alus arvata, et:

„2. ta on enne pagulasena vastuvõtmist toime pannud raske mittepoliitilise kuriteo väljaspool Saksamaa Liitvabariigi territooriumi, eriti kui tegemist on julma teoga, isegi kui see oli väidetavalt toime pandud poliitilistel eesmärkidel; või

3. ta on toime pannud ÜRO eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevaid tegusid."

24. § 3 lõike 2 teise lause kohaselt kehtib esimeses lauses sätestatu ka välismaalastele, kes on teisi sellistele kuritegudele või tegudele kihutanud või on neis muul viisil osalenud.

25. Asylverfahrensgesetz'i (varjupaigamenetluse seadus) § 73 lõikes 1 (muudetud kujul) on sätestatud, et varjupaigaõigus ja

pagulasseisund tühistatakse kohe, kui selle aluseks olnud tingimused ei ole enam täidetud.

II. Põhikohtuasjad, eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

A. *Kohtuasi Bundesrepublik Deutschland vs. B (C-57/09)*

26. 1975. aastal sündinud B on kurdi päritolu Türgi kodanik. 2002. aasta lõpu paiku siirdus ta Saksamaale ja taotles varjupaika. Ta tunnistas sellega seoses, et kui ta oli veel kooliõpilane, siis oli ta Türgis Dev Soli (praegu DHKP/C) poolehoidja ja toetas 1993. aasta lõpust kuni 1995. aasta alguseni relvastatud partisanivõitlust mägedes. Pärast vahistamist 1995. aasta veebruaris sai talle osaks raske kehaline väärkohtlemine ja teda sunniti piinamise abil ütlusi andma. 1995. aasta detsembris mõisteti talle eluaastane vangistus ja 2001. aastal mõisteti talle uuesti eluaegne vangistus, kui ta oli võtnud vastutuse kaasvangi tapmise eest. 2000. aasta sügisel osales ta näljastreigis ning sellest tekkinud tervisekahjustuste tagajärjel vabastati ta 2002. aasta detsembris vangistusest tingimisi kuueks kuuks; seda kasutas ta Türgist lahkumiseks. Nende sündmuste tõttu kannatab ta raske traumajärgse stressi sündroomi all ning näljastreigi tagajärjel ajukahjustuste ja nendega seotud mälukaotuste all. DHKP/C peab B-d viimase sõnul reeturiks.

27. 14. septembril 2004 lükkas Bundesamt [13] varjupaigataotluse tagasi, olles tuvastanud, et Ausländergesetz'i § 51 lõikes 1 nõutud tingimused ei ole täidetud. Bundesamt leidis, et kohaldada tuleb Ausländergesetz'i § 51 lõike 3 teises lauses teise võimalusena (nüüd Asylverfahrensgesetz'i § 3 lõike 2 punkt 2) sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise alust. Lisaks tuvastas Bundesamt, et B väljasaatmisele Türgisse puuduvad takistused, ning kuulutas tema väljasaatmise lubatavaks.

28. Verwaltungsgericht de Gelsenkirchen tühistas 13. oktoobril 2004 Bundesamti otsuse ning kohustas viimast tunnistama õigust saada varjupaika ja tuvastama, et B Türgisse

13 – Otsuse võttis vastu Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (välismaalaste pagulase õiguste tunnustamise föderaalamet), mis hiljem asendati Bundesamtiga.

väljasaatmise lubamatuse tingimused on täidetud.

B. *Kohtuasi Bundesrepublik Deutschland vs. D (C-101/09)*

29. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen lükkas 27. märtsil 2007 Bundesamti apellatsioonkaebuse tagasi, olles seisukohal, et tuleb tunnistada B varjupaigaõigust kooskõlas Grundgesetz'i artikliga 16a ja B tuleb tunnistada pagulaseks. Selle kohtu arvates langeb Ausländergesetz'i § 51 lõike 3 teises lauses teise võimalusena sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise alus ära, kui selgub, et välisriigi kodanik ei kujuta endast enam ohtu – näiteks sellepärast, et ta on loobunud kogu oma varasemast terroristlikust tegevusest, või tema tervisliku seisundi tõttu – ning kõnealuse sätte kohaldamisel tuleb hinnata iga konkreetset juhtu tervikuna, lähtudes proportsionaalsuse põhimõttest.

30. Bundesamt esitas selle otsuse peale Bundesverwaltungsgerichtile kassatsioonkaebuse, nõudes, et kohaldataks mõlemat Ausländergesetz'i § 51 lõike 3 teises lauses (Asylverfahrensgesetz'i § 3 lõike 2 punktides 2 ja 3) sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise alust, ning väites, et direktiivi artikli 12 lõige 2, kus need pagulaseks tunnistamata jätmise alused on ära toodud, kuulub põhimõtete hulka, millest liikmesriigid ei tohi sama direktiivi artikli 3 kohaselt kõrvale kalduda. Vertreter des Bundesinteresses (Liitvabariigi huvide esindaja) astus menetlusse, vaidlustades apellatsioonikohtu seisukoha.

31. 1968. aastal sündinud D on kurdi päritolu Türgi kodanik. 2001. aasta mais siirdus ta Saksamaale ja taotles varjupaika. Ta tunnistas sellega seoses, et 80. aastate lõpul vahistati ja piinati teda kolm korda, kuna ta tegutses kurdide enesemääramisõiguse nimel. 1990. aastal astus ta PKK liikmeks, võideldes partisaniüksustes, jõudes viimaks kõrge parteiesindaja positsioonile. 1998. aasta lõpus saatis PKK ta Põhja-Iraaki, kuhu ta jäi 2001. aasta lõpuni. Poliitiliste lahkarvamuste tõttu PKK juhtkonnaga lahkus ta sellest parteist 2000. aasta mais; sellest saadik peab partei teda reeturiks ning seetõttu on ta ohus. D kardab nii Türgi võimude kui ka PKK-poolset tagakiusamist.

32. 2001. aasta mais tunnistas Bundesamt [14] tollal kehtinud õigusaktide alusel D õigust saada varjupaika. Kui 2002. aastal jõustus Terrorismusbekämpfungsgesetz, soovitas Bundeskriminalamt (liitvabariigi kriminaalpolitsei) Bundesamtil algatada varjupaigaõiguse

14 – Nagu B puhul, nii võttis ka D puhul otsuse vastu Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, hilisem Bundesamt.

tühistamise menetlus. Liitvabariigi politsei andmetel oli D alates 1999. aasta veebruarist üks PKK neljakümne ühest juhist. 2000. aasta augustis kuulutas Interpol Ankara ta tagaotsitavaks, pidades teda vastutavaks selle eest, et ta osales 1993.-1998. aastal sooritatud rünnakutes, mis nõudsid kokku 126 inimese elu, ja kahe PKK partisani tapmises. 6. mai 2004. aasta otsusega tühistas Bundesamt D-le antud varjupaigaõiguse ja tema pagulaseks tunnistamise vastavalt Asylverfahrensgesetz'i § 73 lõikele 1. Bundesamt oli seisukohal, et D-d kahtlustatakse põhjendatult väljaspool Saksa Liitvabariigi territooriumi toime pandud raskes mittepoliitilises kuriteos ning selles, et ta on süüdi tegudes, mis on vastuolus Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega, seega tuleb kõnealusel juhul kohaldada pagulaseks tunnistamata jätmise aluseid, mis olid kõigepealt sätestatud Ausländergesetz'i § 51 lõike 3 teises lauses, hiljem Aufenthaltgesetz'i § 60 lõike 8 teises lauses ning viimaks Asylenverfahrengesetz'i § 3 lõikes 2.

33. 29. novembril 2005 tühistas Verwaltungsgericht di Gelsenkirschen tühistamisotsuse. Bundesamti apellatsioonkaebuse jättis Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 27. märtsi 2007. aasta otsusega rahuldamata. Lähtudes samasugusest arutluskäigust, nagu kasutati samal päeval tehtud kohtuotsuses, millega nimetatud kohus jättis rahuldamata Bundesamti apellatsioonkaebuse, mis käsitles B varjupaigataotluse tagasilükkamist, leidis see kohus, et ka D puhul on Saksa õigusnormides ette nähtud pagulaseks tunnistamata jätmise alused kohaldamatud.

34. Selle kohtuotsuse peale esitas Bundesamt Bundesverwaltungsgerichtile kassatsioonkaebuse. Vertreter des Bundesinteresses astus menetlusse, vaidlustades apellatsioonikohtu seisukoha.

C. *Eelotsuse küsimused*

35. Leides, et vaidluste lahendamine sõltub direktiivi tõlgendusest, peatas Bundesverwaltungsgericht 14. oktoobri 2008. aasta määrusega (C-57/09) ja 25. novembri 2008. aasta määrusega (C-101/09) vastavad menetlused ning esitas Euroopa Kohtule mõlema kohtuasja kohta järgmised viis eelotsuse küsimust:

„1. Kas tegemist on raske mittepoliitilise kuriteoga või Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtete rikkumisega nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punktide b ja c tähenduses, kui

(kohtuasi C-57/09) taotleja on kuulunud organisatsiooni, mis on ära toodud terrorismivastaste erimeetmete rakendamist käsitleva nõukogu 17. juuni 2002. aasta

ühise seisukoha [15] lisas sisalduvas isikute, rühmituste ja üksuste loendis, ja kasutab terroristlikke meetodeid, ning ta on nimetatud organisatsiooni relvastatud võitlust aktiivselt toetanud?

(kohtuasi C-101/09) välismaalane on mitu aastat võitleja ja organisatsiooni liikmena, ning ajutiselt ka juhtorgani liikmena kuulunud organisatsiooni (käesoleval juhul „PPK"), mis on oma relvastatud võitluses riigi (käesoleval juhul Türgi) vastu jätkuvalt kasutanud ka terroristlikke meetodeid ja on seetõttu ära toodud terrorismivastaste erimeetmete rakendamist käsitleva nõukogu 17. juuni 2002. aasta ühise seisukoha lisas sisalduvas isikute, rühmituste ja üksuste loendis, ning on nimetatud organisatsiooni relvastatud võitlust aktiivselt ja mõjukal positsioonil olles toetanud?

2. Juhul kui vastus esimesele küsimusele on jaatav: kas pagulaseks tunnistamata jätmine direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punktide b ja c alusel eeldab, et taotluse esitaja kujutab endast jätkuvalt ohtu?

3. Juhul kui vastus teisele küsimusele on eitav: kas pagulaseks tunnistamata jätmine direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punktide b ja c alusel eeldab proportsionaalsuse kontrollimist igal konkreetsel juhtumil?

4. Juhul kui vastus kolmandale küsimusele on jaatav:

a) Kas proportsionaalsuse kontrollimisel tuleb arvestada seda, et taotlejale laieneb 4. novembri 1950. aasta Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artiklist 3 või siseriiklikest sätetest tulenev väljasaatmiskeeld?

b) Kas pagulaseks tunnistamata jätmine on ebaproportsionaalne üksnes teatavatel erandjuhtudel?

15 – Tegemist on ühise seisukohaga 2001/931, vt selle kohta eespool punkt 11.

5. Kas direktiivi 2004/83/EÜ artikli 3 tähenduses on direktiiviga kooskõlas, et

(kohtuasi C-57/09) olenemata direktiivi artikli 12 lõikes 2 sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluse olemasolust, on taotlejal liikmesriigi põhiseaduslikest õigusnormidest tulenevalt varjupaiga saamise õigus?

(kohtuasi C-101/09) olenemata direktiivi artikli 12 lõikes 2 sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluse olemasolust ja pagulasseisundi tühistamisest direktiivi artikli 14 lõike 3 alusel, on välismaalasel selle liikmesriigi riigiõiguse alusel varjupaiga saamise õigus?"

D. *Menetlus Euroopa Kohtus*

36. Euroopa Kohtu presidendi 4. mai 2009. aasta määrusega liideti kohtuasjad C-57/09 ja C-101/09 kirjaliku ja suulise menetluse ning lõpliku kohtuotsuse huvides. Euroopa Kohtu põhikirja artikli 23 teise lõigu alusel esitasid seisukohti ja kirjalikke märkusi B, D, Rootsi Kuningriik, Madalmaade Kuningriik, Prantsuse Vabariik, Ühendkuningriik ja komisjon. B, D, eespool nimetatud valitsused, komisjon ja Saksamaa Liitvabariik kuulati ära 9. märtsi 2010. aasta kohtuistungil.

III. Õiguslik analüüs

A. *Esialgsed märkused*

37. Enne eelotsuse küsimuste juurde asumist tuleb kõigepealt teha paar lühikest tähelepanekut.

38. Esiteks märgin, et varjupaigaõiguse andmisest ja pagulaseks tunnistamisest keeldumise otsus, mis tehti B kohta, ja tühistamisotsus, mis tehti D kohta, võeti vastu õigusnormide alusel, mis kehtisid enne direktiivi ülevõtmist Saksa õigusse (mis toimus 27. augustil 2007 jõustunud Richtlinienumsetzungsgesetz'iga), ning nende kuupäev on varasem tähtpäevast, mil lõppes liikmesriikidele direktiivi ülevõtmiseks ette nähtud tähtaeg (10. oktoober 2006). [16] Sellest hoolimata peab Bundesverwaltungsgericht Euroopa Kohtule esitatud eelotsuse küsimusi asjakohaseks. Sisuliselt leiab ta, et kui B ja D suhtes saab kohaldada üht või mõlemat artikli 12 lõike 2 punktis b ja c sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise alust, oleks nende kohta vastu võetud otsuste tühistamine sellega vastuolus. Eriti D puhul lähtub eelotsusetaotluse esitanud kohus eeldusest, et direktiivi artikli 14 lõige 3 nõuab, et isiku pagulasseisund

16 – D-d puudutav tühistamisotsus, mis võeti vastu 6. mail 2004, ja B-d puudutav keeldumisotsus, mis võeti vastu 14. septembril 2004, on pealegi varasemad kui direktiivi jõustumine ise (20. oktoober 2004).

tühistataks, kui tema pagulaseks olemine pidanuks olema välistatud artikliga 12, ka siis, kui talle anti pagulasseisund enne direktiivi jõustumist. Selle kohtu arvates järeldub sellest, et isegi kui D kohta tehtud tühistamisotsus peaks osutuma selle vastuvõtmise kuupäeval kehtivate õigusnormide kohaselt õigusvastaseks, ei saa liidu õiguse ülimuslikkuse tõttu seda siiski tühistada, vaid see tuleb kohe asendada samasisulise otsusega. Teisest küljest jätab eelotsusetaotluse esitanud kohus lahtiseks küsimuse, kas Saksa õiguse alusel võib õigusliku seisundi muutumine õigustada pagulasseisundi tühistamist. Ma ei arva, et esitatud tegurid võiksid eelotsusetaotluse vastuvõetavust kahtluse alla seada. Põhimõtteliselt kuulub selle hindamine, kas Euroopa Kohtule esitatavad küsimused on liikmesriigi kohtu menetluses oleva vaidluse lahendamise seisukohalt asjakohased, liikmesriigi kohtu pädevusse. Euroopa Kohtu pädevuse osas, kui tegemist on olukordadega, mis ei kuulu direktiivi *ratione temporis*-kohaldamisalasse, piirdun viitamisega sellele, mida Euroopa Kohus hiljuti kinnitas kohtuotsuse Aydin Salahadin Abdulla jt punktis 48. [17]

tunnistamise tingimused täidetud nii direktiivi ülevõtmisest varem kehtinud liikmesriigi õigusnormide kui ka direktiivi kohaselt, ning küsib üksnes seda, kas selle seisundi tunnistamata jätmise alused on nende isikute suhtes kohaldatavad. Seega ei taheta, et Euroopa Kohus teeks otsuse nende tingimuste kohta. Samuti on liikmesriigi kohtud nii tuvastanud D liitumise PKK-ga ja B liitumise Dev soliga kui ka teinud kindlaks nende formeeringute tegevuses osalemise kestuse, intensiivsuse ja täpsed asjaolud. Ka neis aspektides peab Euroopa Kohus seega jääma asjaolude juurde, mille põhikohtuasjadega tegelevad kohtud on tuvastanud riigisiseste kohtumenetluste raames.

B. *Eelotsuse küsimused*

1. Sissejuhatavad märkused

39. Lisaks märgin, et lähtudes apellatsioonikohtu tuvastatud faktilistest asjaoludest, mille juurde ta on kohustatud talle esitatud kohtuasja raames jääma, tuvastas Bundesverwaltungsgericht, et B ja D puhul on pagulaseks

40. Bundesverwaltungsgerichti esitatud eelotsuse küsimuste alus on pinge ühelt poolt riikide terrorismivastase võitlusega seotud

17 – 2. märtsi 2010. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-175/08, C-176/08 ja C-179/08 (EKL 2010, lk I-1493).

kohustuste ja teiselt poolt nende vastutuse vahel õiguskaitsevahendite kohaldamise eest, mis on mõeldud kaitsma isikuid, kes taotlevad rahvusvahelist kaitset, et pääseda tagakiusamisest oma riigis. Rahvusvahelise üldsuse kindel hukkamõist rahvusvahelistele terroriaktidele ja ÜRO põhikirja VII jaotisele vastavate piiravate meedete võtmine üksikisikute või organisatsioonide suhtes, keda peetakse terroriaktide eest vastutavaks, mõjutavad vahetult pagulaseks tunnistamise olulisi aspekte. [18] Eelotsuse küsimused puudutavad nimelt seda delikaatset teemat: isikute ilmajätmine pagulasseisundist, kui nad on minevikus olnud ühenduse terrorivastase võitluse alastele õigusaktidele lisatud loendis ära toodud organisatsioonide liikmed.

41. Selliste küsimustega tegeldes tuleb võtta arvesse direktiivi ja 1951. aasta konventsiooni tihedat seost, pagulasõiguse olemust, täpsemalt pagulaseks tunnistamata jätmise aluste olemust ja eesmärki.

18 – Nii on nt resolutsioonis 1373 (2001) kuulutatud, et „terroristlikud aktid, meetodid ja tavad" on vastuolus ÜRO eesmärkide ja põhimõtetega ja see keelab riikidel anda varjupaika neile, kes „rahastavad, korraldavad, toetavad või panevad toime terroriakte või varjavad nende toimepanijaid". Vt eespool, punktid 5 ja 6.

a) Direktiiv ja 1951. aasta konventsioon

42. Kooskõla liidus kehtiva korra ja rahvusvaheliste kohustuste vahel, mille liikmesriigid on endale võtnud, eriti 1951. aasta konventsiooniga, on varjupaiga valdkonnas üks olulisemaid nõudeid, mis tuleneb direktiivi õiguslikust alusest endast [19] ja tema tekkeloost [20] ja mis lisaks sellele, et see on selgelt väljendatud direktiivi preambulis [21], ilmneb selgesti ka mitme direktiivi sätte sisust, mis kordavad kohati lausa sõna-sõnalt konventsiooni vastavaid sätteid. Pealegi on seda nõuet hiljuti kinnitanud ka Euroopa Kohus. [22]

43. Sellest vaatenurgast võib konventsiooni tekstist lähtuvate direktiivi sätete tõlgendamisel lisaks ÜRO pagulaste ülemkomissariga (edaspidi„UNHCR") konsulteerimisele, millele viidatakse direktiivi põhjenduses 15 [23],

19 – Eriti EÜ artikli 63 lõike 1 punktist c, mis on üks sätteid, mille alusel direktiiv vastu võeti.

20 – Vt eespool punkt 13.

21 – Vt eespool punkt 14.

22 – Eespool 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsuse Aydin Salahadin Abdulla jt punkt 53.

23 – Vt eespool punkt 14. UNHCR-iga peetavate konsultatsioonide institutsioon oli sätestatud juba Amsterdami lepingule lisatud deklaratsioonis nr 17. UNHCR-i osatähtsust on hiljuti, 2008. aastal, taas kinnitatud Euroopa sisserände- ja varjupaigapaktis ja ettepanekus anda määrus Euroopa Varjupaigaküsimuste Tugiameti loomise kohta; selle ettepaneku võttis komisjon vastu 18. veebruaril 2009 (KOM(2009) 66 (lõplik)).

võtta aluseks ka UNHCR-i täitevkomitee vastu võetud järeldused pagulaste rahvusvahelise kaitse kohta, kus on täpsustatud konventsioonis sätestatud kaitsestandardite sisu [24], „Käsiraamat meetodite ja kriteeriumide kohta pagulasseisundi määratlemiseks" (Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugees Status, edaspidi „Handbook") [25] ja rahvusvahelise kaitse suunised (Guidelines on International Protection, edaspidi „Guidelines"), mille andis pärast täitevkomitee üldist heakskiitu välja UNHCR-i rahvusvahelise kaitse osakond; suunised käsitlevad põhjalikumalt konkreetseid teemasid, et Handbook'i täiendada. Õiguskirjanduses [26] pole jäänud märkimata, et see mõnel juhul omavahel vastuolus olevate tekstide rohkus, millele lisanduvad eri puhkudel UNHCR-i võetud seisukohad (üks näide on B kirjalikele märkustele lisatud arvamus), ei hõlbusta konventsiooni ühetaolise tõlgendamis- ja kohaldamispraktika väljakujunemist osalisriikides. Alljärgnevas analüüsis püütakse siiski eespool mainitud eri allikatest ilmnevaid suuniseid arvesse võtta.

b) Pagulasõiguse olemus

44. Kuigi pagulasõigust on traditsiooniliselt loetud iseseisvaks normatiivseks süsteemiks, on pagulasõigus tihedalt seotud rahvusvahelise humanitaarõiguse ja inimõigustealase rahvusvahelise õigusega, nii et edusammud, mida rahvusvaheline üldsus neis valdkondades teeb, kajastuvad pagulaste rahvusvahelise kaitse sisus ja ulatuses, olles nendega tihedas vastastikuses seoses [27]. Pagulasõiguse olemuslik humanitaarsus ja tihe seos inimõiguste

24 – Täitevkomitee, mis koosneb praegu 78 liikmest, kes esindavad ÜRO riike või ühe spetsialiseeritud asutuse liikmesriike, asutati 1959. aastal ÜRO Peaassamblee nõudmisel ÜRO Majandus- ja Sotsiaalkomitee poolt. Täitevkomitee järeldused võetakse vastu konsensusega. Täitevkomitee järelduste temaatilise kogumiku, mida ajakohastati viimati 2009. aasta augustis, võib leida UNHCR-i veebilehelt. Kuigi need järeldused ei ole siduvad, kuulub nende järgimine UNHCR-iga tehtava koostöö raamesse, milleks osalisriigid on konventsiooni artikli 35 lõike 1 järgi kohustatud.

25 – UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugees Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 1. jaanuar 1992, veebilehel http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3314.html. Käsiraamatu koostamist soovis 1977. aastal täitevkomitee. Ka see kujutab endast teksti, mis ei ole osalisriikidele siduv, kuid millel on ometi teatav jõud mõjutusvahendina; vt Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, lk 114.

26 – Eespool viidatud Hathaway, lk 115-116.

27 – UNHCR-i täitevkomitee järeldus rahvusvahelise kaitse kohta nr 81 kutsub oma punktis e riike üles „to take all necessary measures to ensure that refugees are effectively protected, including through national legislation, and in compliance with their obligations under international human rights and humanitarian law instruments bearing directly on refugee protection, as well as through full cooperation with UNHCR in the exercise of its international protection function and its role in supervising the application of international conventions for the protection of refugees"; 1988. aasta järelduse nr 50 punktis c kinnitab täitevkomitee, et „States must continue to be guided, in their treatment of refugees, by existing international law and humanitarian principles and practice bearing in mind the moral dimension of providing refugee protection".

arengudünaamikaga on seega tingimata sellise kaitse alaste meetmete tõlgendamise ja kohaldamise taust. Lisaks on Euroopa Kohus seda seisukohta hiljuti sõnaselgelt väljendanud, kui ta kohtuotsuse Aydin Salahadin Abdulla jt punktis 54 [28] kinnitas, et direktiivi tuleb tõlgendada põhiõigusi ning iseäranis hartas tunnustatud põhimõtteid austades.

45. Sel taustal tuleb meenutada, et õigust otsida tagakiusamise eest varjupaika tunnustatakse liidu põhiõigusena ning see on hartas vabaduste all ära toodud.

c) Pagulaseks tunnistamata jätmise aluste olemus ja eesmärk

46. Pagulaseks tunnistamata jätmise alused jätavad 1951. aasta konventsiooniga ja direktiiviga ette nähtud tagatistest ilma isikud, kelle vajadus rahvusvahelise kaitse järele on tuvastatud, [29] ning seega kujutavad need endast humanitaarnormide kohaldamise erandit või piirangut. Nende kohaldamise potentsiaalseid tagajärgi arvestades tuleb neile läheneda eriti ettevaatlikult. [30] UNHCR on pidevalt kinnitanud 1951. aasta konventsioonis sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kitsa tõlgendamise vajadust ka terrorismivastase võitluse kontekstis. [31]

47. Pagulaseks tunnistamata jätmise aluste eesmärgi osas viidati juba 1951. aasta konventsiooni ettevalmistavates materjalides kahele eraldi eesmärgile: esiteks jätta pagulaseks tunnistamata isikud, kes oma tegevuse tõttu „ei vääri" konventsiooniga tagatud rahvusvahelist kaitset, teiseks vältida, et nad saaksid tugineda pagulasõiguse kohaldamisele selleks, et õigusemõistmise eest pääseda. Selles mõttes on pagulaseks tunnistamata jätmise aluste eesmärk kaitsta konventsiooni kui süsteemi terviklikkust ja usutavust ning järelikult tuleb neid kohaldada „hoolikalt". [32]

28 – Eespool 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus.

29 – Pagulaseks tunnistamise tingimuste analüüsimine toimub enne selle analüüsimist, kas pagulaseks tunnistamata jätmise alused on olemas („inclusion before exclusion"), välja arvatud erandjuhtudel.

30 – Global consultations on International Protection, 3.-4. mai 2001, järelduste punkt 4, UNHCR-i veebilehel.

31 – Special Rapporteur on the promotion and the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, 15. augusti 2007. aasta raport, punkt 71, veebilehel http://www.uchr.org/refworld/docid/472850e92.html.

32 – Selle kohta vt mh UNHCR-i täitevkomitee 1997. aasta järeldus nr 82 varjupaiga kaitsmise kohta.

2. Esimene eelotsuse küsimus

48. Esimese eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas see, kui B ja D on põhikohtuasju arutavate kohtute tuvastatud asjaoludel kuulunud organisatsioonidesse, mis on ära toodud nõukogu ühise seisukoha 2001/931 lisas sisalduva loendi ajakohastatud versioonis ja mis kasutavad kas või osaliselt terroristlikke meetodeid, kujutab endast rasket mittepoliitilist kuritegu või Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtete rikkumist direktiivi artikli 12 lõike 2 punktide b ja c tähenduses.

49. Sellele küsimusele vastamiseks tuleb kõigepealt määratleda „raske mittepoliitilise kuriteo" ja „Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevate tegude" mõisted direktiivi tähenduses. Järgmiseks tuleb hinnata, mis puhul saab neid mõisteid kasutada sellise organisatsiooni tegevuse kohta, mis on kantud isikute loendisse, kelle suhtes kohaldatakse liidu terrorismivastase võitlusega seotud õigusnorme. Viimaks tuleb teha kindlaks, kas ja mis tingimustel kujutab sellises organisatsioonis osalemine endast „rasket mittepoliitilist kuritegu" ja/või „Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtete rikkumist".

a) Mõiste „raske mittepoliitiline kuritegu" direktiivi artikli 12 lõike 2 punktis b

50. Selleks et teatud tegevus vastaks direktiivi artikli 12 lõike 2 punktis b kirjeldatud asjaoludele, peab seda esmalt saama liigitada „kuriteoks". Selle termini määratlemise muudab nii 1951. aasta konventsiooni kui ka direktiivi kontekstis raskemaks asjaolu, et terminil võib olla erinevaid tähendusi olenevalt sellest, milline õiguskord aluseks võtta. Minu analüüsi jaoks piisab selles osas märkusest, et võttes arvesse kõnealuse sätte – mis kordab sõna-sõnalt konventsiooni artikli 1 jaotise F punkti b sõnastust – algupära ja direktiivi eesmärki, millele on viidatud eespool, tuleb eespool nimetatud tegevuse kvalifitseerimisel peamiselt kasutada rahvusvahelisi standardeid, kuigi olulised on ka kriteeriumid, mida kohaldatakse selles õiguskorras, mille raames varjupaigataotlust kontrollitakse, ning mõnel juhul ka liikmesriikide õigusaktide ühised või ühenduse õigusest tulenevad põhimõtted.

51. Konventsiooni ettevalmistavatest materjalidest ja artikli 1 jaotise F punkti b[33], ning üldisemalt selle sätte iseloomust ja eesmärgist selgub, et seal sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluse kohaldamiseks on nõutav, et kõnesoleva kuriteo raskusaste oleks kõrge.

33 – Eriti kui lugeda seda sätet kahe ülejäänud pagulaseks tunnistamata jätmise aluse valguses, mis on sätestatud konventsiooni sama artikli punktides a ja c.

Selline käsitlusviis leiab kinnitust mitme UNHCR-i avalduse tõlgendamisel ja osalisriikide kohaldamispraktikast, [34] ning sellega nõustub ka õiguskirjandus. [35]

52. *In concreto* tuleb kuriteo raskusastet hinnata juhtumipõhiselt, võttes arvesse kõiki kergendavaid ja raskendavaid asjaolusid ning kõiki muid asjassepuutuvaid subjektiivseid [36] või objektiivseid asjaolusid [37], mis kas eelnevad või järgnevad taotlejale süüks pandava tegevuse toimumisele, [38] ning selleks tuleb kasutada pigem rahvusvahelisi kui kohalikke standardeid. Selline hindamine jätab vältimatult suure kaalutlusruumi ametiasutustele, kelle ülesanne on sellega tegeleda.

53. UNHCR nimetab oma 4. septembri 2003. aasta Guidelines'is (edaspidi „2003. aasta Guidelines") [39] mitteammendavas loetelus järgmisi tegureid: teo iseloom, selle tegelikud tagajärjed, kuriteo uurimiseks kasutatav menetlus, karistuse laad, ning see, kas tegu kujutab endast rasket kuritegu piisavalt suures hulgas õiguskordades. [40] Eriti tähtis on karistuse suurus, mis on selles riigis, kus pagulaseks tunnistamise taotlust kontrollitakse, ette nähtud või mida seal on selle eest tegelikult määratud, [41] kuigi see ei ole iseenesest määrav tegur, võttes arvesse selle erinevust eri õiguskordades. Üldiselt peetakse rasketeks kuritegudeks rünnakuid inimelu, inimese kehalise puutumatuse või isikuvabaduse vastu. [42]

54. Kuriteo liigitamine „mittepoliitiliseks" on vajalik, et pagulasseisundile ei saaks tugineda selleks, et hoida kõrvale õigusemõistmisest või karistuse täideviimisest päritoluriigis,

34 – Vt selle kohta dokument, mille UNHCR käesoleva menetluse jaoks koostas ja mis on ära toodud lisas, B kirjalike märkuste punktis 4.1.1.1.

35 – Vt nt Grahl-Madsen, *Status of Refugees*, kd 1, lk 294; Goodwin-Gill ja MacAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 3.ª tr, lk 117.

36 – Nt pagulasseisundi taotleja vanust kuriteo toimepanemise ajal või tema majanduslikke, sotsiaalseid ja kultuurilisi tingimusi, eriti kui tegemist on teatud kindlatesse kategooriatesse kuuluvate isikutega (nt rahvus- või usuliste vähemustega).

37 – Sel puhul tuleb minu arvates arvesse võtta nt selle riigi poliitilist, ühiskondlikku ja majanduslikku olukorda, kus õigusrikkumine toime pandi, ning inimõiguste kaitstuse taset.

38 – Handbook'i punktide 151-161 kohaselt loetakse ka pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamata jätmise puhul oluliseks asjaolu, et pagulasseisundi taotleja on karistuse tervenisti või osaliselt ära kandnud või tema kohta on vastu võetud amnestia- või armuandmisotsus.

39 – UNHCR, Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4. september 2003, punkt 14.

40 – *Ibidem*.

41 – Handbook'i kohaselt peab kuritegu olema vähemalt „capital crime or a very grave punishable act", samas kui 3.-4. mai 2001. aasta Global Consultations on International Protection'i järeldustes käsitatakse raskena sellist kuritegu, mille eest on ette nähtud pikk vangistus (punkt 11). Vt selle kohta ka Gilbert, *Current Issues in the Application of the Exclusion Clasues*, 2001, veebilehel http://www.unhcr.org/3b389354b.html, lk 17.

42 – Vt eespool viidatud Goodwin-Gill ja McAdam, lk 177, ja 216. joonealuses märkuses viidatud õiguskirjandus.

ning selle eesmärk on eristada „fugitives from justice” [43] nendest, kes on kriminaalõiguse kohaldamisalasse kuuluvaid tegusid toime pannud poliitilistel eesmärkidel, mis on sageli otseselt seotud tagakiusamiskartusega. Selles mõttes on kõnealusel tingimusel seos väljaandmise institutsiooniga, kuigi asjaolu, et kuritegu käsitatakse väljaandmislepingus mittepoliitilisena (ehkki see on küll oluline), ei ole iseenesest 1951. aasta konventsiooni artikli 1 jaotise F punkti b alusel toimuva hindamise puhul otsustava tähtsusega, [44] ning järelikult ei tohiks see seda olla ka direktiivi kohaselt.

55. Kuriteo poliitilisuse või mittepoliitilisuse hindamisel soovitab UNHCR eelkõige rakendada ülekaalukuse kriteeriumi, mille põhjal tuleb kuritegu lugeda mittepoliitiliseks, kui selle motiivide hulgas on ülekaalus mittepoliitilised motiivid (näiteks isiklikud põhjused või kasu saamine). Kuriteo poliitilisuse hindamisel on olulised sellised tegurid nagu teo iseloom [45], selle toimepaneku kontekst [46], meetodid [47], ajendid [48] ja proportsionaalsus taotletavate eesmärkidega [49].

56. Eriti siis, kui kuriteo ja väidetava poliitilise eesmärgi vahel puudub ühemõtteline või otsene seos või kui kõnealune tegu on selle eesmärgi suhtes ebaproportsionaalne, arvestatakse, et ülekaalus on mittepoliitilised motiivid. [50] Sama seisukohta on väljendanud ühenduse seadusandja, kes direktiivi artikli 12 lõike 2 punktis b 1951. aasta konventsiooni artikli 1 jaotise F punkti b korrates täpsustas ÜRO pagulaste ülemkomissari tõlgendamissuuniseid normiloomes kasutades, et „eriti julmad teod, isegi kui need on toime pandud väidetavalt poliitilisel eesmärgil,” võib liigitada „rasketeks mittepoliitilisteks kuritegudeks”. „Eriti julmadeks tegudeks” võib lisaks kuritegudele, mille kõrvaldamine on ette

43 – Seda väljendit kasutati 1951. aasta konventsiooni ettevalmistavates materjalides seoses artikli 1 jaotise F punktiga b.

44 – 2003. aasta Guidelines, punkt 15.

45 – Osa kuritegusid, nt röövimise või uimastikaubanduse võib ka siis, kui need pannakse toime selleks, et rahastada poliitiliste eesmärkide elluviimist, lugeda nende iseloomu tõttu mittepoliitiliseks.

46 – Tapmist või tapmiskatset võib teatavais piires hinnata erinevalt, kui need toimuvad kodusõja või ülestõusu tingimustes.

47 – Nt on oluline see, kas tegu panakse toime tsiviil- või sõjaliste või ka poliitiliste sihtmärkide vastu, kas selle puhul kasutatakse pimedat vägivalda või kas tegu on toime pandud julmalt.

48 – Konkreetsetele ajenditele lisaks tuleb hinnata ka seda, kas poliitilise eesmärgiga on ilmne ja otsene seos olemas, vt selle kohta Handbook, punkt 152, ja 2003. aasta Guidelines, punkt 15.

49 – Vt Handbook, punkt 152, ja 2003. aasta Guidelines, punkt 15.

50 – Vt Handbook, punkt 152, ja 2003. aasta Guidelines, punkt 15.

nähtud rahvusvahelistes inimõiguste kaitse ja humanitaarõigusealastes õigusaktides, liigitada ka kuriteod, millega kaasneb erakordne ja valimatu vägivald (näiteks lõhkeseadiste kasutamisel), eriti kui need teod on suunatud tsiviilsihtmärkide vastu.

57. Vaieldamatult on selline uurimine keerukas, ning seda mitte ainult juriidilisest, vaid veel enam eetilisest – kuna vaikiv eeldus on idee, et vägivald võib teatud piires olla õigustatud – ja poliitilisest vaatenurgast. Sellisel hindamisel on vaevalt võimalik jätta arvestamata kõnealuse teo ajenditele antavat subjektiivset hinnangut, mida võetakse juhtumit iseloomustavate erinevate asjaolude kaalutegurina reaalselt arvesse.[51] Sellest tulenevalt on pagulaseks tunnistamise taotluste kontrollimise eest vastutavatel ametiasutustel vältimatult teatav kaalutlusruum. Lisaks ei ole välistatud, et konkreetsel juhul võidakse sellise hindamise raames võtta arvesse selle riigi huve, kus see taotlus esitatakse, näiteks majanduslikke, poliitilisi või sõjalisi huve.

51 – Teatud tegu võidakse nt hinnata teisiti, kui see asetub totalitaarse, kolonialistliku, rassistliku või rasketes inimõiguste rikkumistes süüdi oleva korra vastase tegevuse konteksti. Igal juhul tuleb meenutada, et UNHCR-i arvates peavad selleks, et kuritegu võiks pidada poliitiliseks, selle eesmärgid siiski vastama inimõiguste kaitse põhimõtetele.

b) Mõiste „ÜRO eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevad teod”

58. 1951. aasta konventsiooni artikli 1 jaotise F punktis c ja direktiivi artikli 12 lõike 2 punktis c esinev väljend „ÜRO eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevad teod” on ebamäärane ning muudab raskeks nii sellesse kategooriasse langeda võivate tegude laadi kui ka nende isikute määratlemise, kes võivad selliseid tegusid toime panna. Vastavalt konventsiooni sätetele täpsustab direktiivi artikli 12 lõike 2 punkt c, et ÜRO eesmärgid ja põhimõtted on „ÜRO põhikirja preambulis ning artiklites 1 ja 2 sätestatud”.

59. Viimatinimetatud sätete üldsõnalisus ja riikide väljakujunenud kohaldamispraktika puudumine kõnelevad artikli 1 jaotise F punkti c kitsendava tõlgenduse kasuks, mida toetavad pealegi ka konventsiooni ettevalmistavad materjalid, kust selgub, et see säte „hõlmab peamiselt inimõiguste rikkumisi, mis küll inimsusvastaste kuritegude tasemeni küündimata on siiski erakordsed”. UNHCR-i koostatud eri dokumentides toonitatakse selle sätte erandlikkust ja hoiatatakse

selle kuritarvitamise ohu eest.[52] Nii kinnitab UNHCR 2003. aasta Guidelines'is, et see on mõeldud kohaldamiseks ainult „äärmuslikel asjaoludel", kui tegemist on tegevusega, mis „õõnestab rahvusvahelise üldsuse kooseksisteerimise aluseid". UNHCR-i sõnul peab sellisel tegevusel olema siiski *rahvusvaheline mõõde*, nagu „kuritegude puhul, mis võivad mõjutada rahvusvahelist rahu, julgeolekut ja riikide rahumeelseid suhteid", ja „raskete ja tõendatud inimõiguste rikkumiste puhul". 4. septembri 2003. aasta dokumendis Background Note on the Application of the Exclusion Clauses (edaspidi „Background Note")[53] täpsustab UNHCR, et ÜRO eesmärkidele ja põhimõtetele viidatakse mitmes õiguse instrumendis, näiteks ÜRO Peaassamblee egiidi all sõlmitud mitmepoolsetes konventsioonides või julgeolekunõukogu resolutsioonides; siiski ei oleks see, kui pidada kõiki nende instrumentidega vastuolus olevaid tegevusi artikli 1 jaotise F punkti c kohaldamisalasse kuuluvaks, kooskõlas selle sätte mõtte ja eesmärkidega[54]. Minu arvates tuleb samamoodi tõlgendada artikli 12 lõike 2 punkti c.

riikide suhtes, oldi esialgu seisukohal, et konventsiooni artikli 1 jaotise F punktis c toodud määratluse alla kuuluvaid tegusid saavad toime panna üksnes riigihierarhia või riigi osalusega üksuse hierarhia tipus asuvad isikud.[55] Selline tõlgendus, mida kinnitasid nii konventsiooni ettevalmistavad materjalid[56] kui ka Handbook[57], näib siiski olevat kasutusest kõrvale jäetud ning kõnealust sätet kohaldatakse konkreetsetel juhtudel ka isikute suhtes, kellel ei ole avaliku võimu teostamise õigust.[58]

c) Artikli 12 lõike 2 punktide b ja c kohaldamine „terroriaktide" suhtes

61. Üks keerukamaid ja vaieldavamaid küsimusi seoses 1951. aasta konventsiooni artikli 1 jaotise F punktides b ja c sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise alustega puudutab terroriakte. Raskus tuleneb osaliselt asjaolust, et praegu pole olemas rahvusvaheliselt tunnustatud terrorismimääratlust.

60. Lisaks on küsitud seda, millised isikud võivad sellistes tegudes süüdi olla. Arvestades, et ÜRO põhikirja kohaldatakse ainult

52 – Ülemkomissar rõhutab, et enamikul juhtudel kohaldatakse pigem punktides a ja b sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluseid.

53 – Tekst on olemas veebilehel http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html.

54 – Punkt 47.

55 – Vt eespool viidatud Goodwin-Gill ja McAdam, lk 22, 143. märkus.

56 – Kus rõhutati, et kõnealune säte ei ole suunatud „inimesele tänavalt", vt Background Note, punkt 47.

57 – Punkt 163.

58 – 1996. aasta Guidelines'is mainib UNHCR, et seda artiklit kohaldati 50. aastatel isikute suhtes, kes olid süüdi inimeste ülesandmises okupatsioonivõimudele, millega kaasnesid ülesantud isikutele äärmiselt rasked tagajärjed, sh surm (punkt 61). Vt eespool viidatud Gilbert, lk 22, 144. märkus; see autor tundub siiski pooldavat kõnealuse sätte vähem laia tõlgendust, soovitades kohaldada seda ainult isikute suhtes, kes on kõrgel positsioonil riigi valitsuses või mässuliste rühmituses, kes kontrollib osa riigi territooriumist.

Hiljuti püüti mõnes ÜRO Peaassamblee [59] ja julgeolekunõukogu resolutsioonis [60] ja terrorismi rahastamise tõkestamise rahvusvahelises konventsioonis [61] määratleda akti terroristlikku iseloomu selle laadi (tsiviilisikute vastu suunatud teod, mille eesmärk on nad surmata või tekitada neile raskeid kehavigastusi) ja eesmärgi kaudu (hirmu külvamine elanikkonna, isikute rühma või üksikisikute hulgas, valitsuse või organisatsiooni sundimine mõnda tegu toime panema või sellest hoiduma). Samas suunas liigub ka eespool viidatud raamotsus 2002/475/JSK, mille artikkel 1 pakub eriti üksikasjalikku „terroriaktide" määratlust.

62. Suur hulk rahvusvahelise õiguse instrumente, mis reguleerivad üksikuid terrorismiaspekte, nagu rahastamine või konkreetsed tegevused, mida üldiselt arvatakse terroriaktide kategooriasse – näiteks kaaperdamine, pantvangide võtmine, pommirünnakud, diplomaatide vastu suunatud kuriteod või nn tuumaterrorism –, ja julgeolekunõukogu arvukad resolutsioonid vastavas valdkonnas on vältimatult mõjutanud pagulasõigust, eriti pagulasseisundi määratlemisega seotud küsimusi. Sellele viidati juba julgeolekunõukogu resolutsioonides 1373 ja 1269, kus riikidel soovitatakse kontrollida, ega varjupaiga taotlejad ei ole kavandanud terroriakte, neis osalenud ega nende toimepanekule kaasa aidanud, ning keelduda selliste aktide eest vastutavatele isikutele pagulasseisundit andmast. Lisaks kvalifitseerib julgeolekunõukogu terroriaktid, terroristlikud tavad ja meetodid kui Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevad ning nõuab nende depolitiseerimist nii pagulaseks tunnistamise kui ka väljaandmise puhul. Ühenduse seadusandja ise viitab neile direktiivi preambulis, kus ta põhjenduses 22 sätestab, et ÜRO eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevad teod „on muu hulgas kaasatud ÜRO terrorismi vastu võitlemise meetmeid käsitlevatesse resolutsioonidesse, milles deklareeritakse, et "terroristlikud aktid, meetodid ja tavad on vastuolus Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega „ning et "terroristlike aktide teadlik rahastamine, kavandamine ja õhutamine on samuti vastuolus Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega„."

63. Selliste seisukohtade puhul tuleb siiski esiteks märkida, et julgeolekunõukogu resolutsioonid ei ole alati kõigi osaliste jaoks siduvad ning et nimetatud organ on siiski

59 – Vt 26. jaanuari 1999. aasta resolutsioon 53/108.

60 – Vt eespool punkt 5.

61 – Lisatud ÜRO Peaassamblee 25. veebruari 2000. aasta resolutsioonile 54/109.

kohustatud tegutsema kooskõlas ÜRO põhikirja ja selle põhimõtete ja eesmärkidega, mille tagajärg on muu hulgas see, et julgeolekunõukogu võimalused riikide võetud rahvusvahelistesse kohustustesse sekkuda on piiratud. [62] Teiseks ei maksa unustada, et peaassamblee ja nimetatud julgeolekunõukogu on pidevalt palunud riikidel terrorismivastase võitluse kontekstis järgida rahvusvahelisi inimõiguste kaitse alaseid õigusakte, sh 1951. aasta konventsiooni, ning mittetagasisaatmise põhimõtet.

64. Nagu õiguskirjanduses märgitud, põhineb pagulasõigus 1951. aasta konventsiooniga ette nähtud süsteemil, mille raames on välja töötatud konkreetsed rahvusvahelised standardid, eriti pagulasseisundi määratlemise ja nende tingimuste osas, mille puhul võib keelduda pagulaseks tunnistamast. [63] Just seda süsteemi, mille sidusus ja terviklikkus tuleb võimalikult hästi tagada ja säilitada, tuleb meil kasutada selle hindamisel, kas konkreetne kuritegu, olenemata selle teo võimalikust kuulumisest mingisse ühiste tunnuste järgi määratletud kuriteokategooriasse, kuulub artikli 1 jaotise F punktides b ja c sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamisalasse või mitte.

65. Samuti tuleb direktiivi sätete tõlgendamisel kasutada eelkõige selle süsteemi reegleid, ka siis, kui rakendatakse mõisteid, millel on autonoomne määratlus liidu õigusaktides, mis on vastu võetud muudes valdkondades kui pagulasõigus.

66. Seepärast tuleb suhtuda äärmise ettevaatusega komisjoni argumenti, mille kohaselt tuleb selle hindamisel, kas terrorirühmitusse kuulumine kujutab endast direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punkti b tähenduses „rasket mittepoliitilist kuritegu", lähtuda raamotsuse 2002/475/JSK sätetest. Viimane võeti vastu terroristliku tegevuse vastase võitluse kontekstis, mis vastab teistele nõuetele kui need põhiliselt humanitaarsed nõuded, mis on valitsevad pagulaste rahvusvahelise kaitse alal. Kuigi komisjoni argumendi aluseks on püüd soodustada 1951. aasta konventsiooni kohaldamise ühtsete kriteeriumide väljatöötamist liidu tasandil, jäetakse seal siiski

62 – Vt selle kohta mh Halberstam ja Stein, *The United Nations, The European Union and the King of Sweden: Economic sanctions and individual rights in a plural world order*, väljaandes Common Market Law Review, 2009, lk 13 jj.

63 – Eespool viidatud Goodwin-Gill ja McAdam, lk 195.

arvestamata, et nimetatud direktiivi järgi tuleb liikmesriigi selle valdkonna õigusaktid ja tavad ühtlustada konventsiooni kohaselt ja võttes arvesse selle sätete rahvusvahelist iseloomu.

67. Kõige selle juures rõhutati eespool, et üks konventsiooniga kehtestatud süsteemi iseloomulikke omadusi on juhtumipõhine lähenemine artikli 1 jaotise F punktides b ja c käsitletavate pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamisele, mis on iseenesest raskesti ühitatav vajadusega üldistuse ja kategoriseerimise järele. Teisest küljest pole sealsamas ÜRO kontekstis jäetud rõhutamata riske, mis seonduvad terrorismi määratluse valimatu kohaldamisega. [64]

68. Eelneva põhjal arvan ma seega, nagu soovitas UNHCR käesoleva menetluse jaoks koostatud dokumendis, et määratlustest sõltumatult tuleb lähtuda teo enda iseloomust ja raskusastmest.

69. Tõlgendus, mida soovitab UNHCR ja millega üldiselt nõustutakse nii õiguskirjanduses kui ka praktikas, on selline, et üldiselt käsitatakse terroriaktidena selliseid kuritegusid, mis on väidetavate poliitiliste eesmärkide suhtes ebaproportsionaalsed, [65] kui nendega rakendadakse valimatut vägivalda ning need on suunatud tsiviilisikute vastu või isikute vastu, kellel ei ole taotletavate eesmärkidega mingit seost. Enamasti liigitatakse kõik sellised teod pärast konkreetsel juhul oluliste asjaolude hindamist mittepoliitilisteks kuritegudeks.

70. Samamoodi näib UNHCR-i eri allasutustes viimasel ajal tekkinud suundumus olevat selline, et niisugused teod loetakse nende iseloomu, kasutatud meetodite ja raskusastme tõttu konventsiooni artikli 1 jaotise F punkti c tähenduses Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevaks. Nagu nägime, soovitavad 2003. aasta Guidelines ja Background Note siiski hinnata, kas neil tegudel on *rahvusvaheline mõõde*, eriti nende raskusastme, mõju ja tagajärgede osas rahvusvahelisele rahule ja julgeolekule. [66] Neis piires tundub seega olevat lubatav eristada rahvusvahelist ja riigisisest terrorismi. Ka sel juhul tuleb hinnata, võttes arvesse kõiki olulisi asjaolusid.

64 – Vt UN doc. E/CN.4/2004/4, 5. august 2003.

65 – Vt 2003. aasta Guidelines, punkt 15.

66 – Background Note ja 2003. aasta Guidelines mainivad tegusid, mis on „egregious acts of international terrorism affecting global security". Lisaks täpsustab Background Note, et „only the leaders of groups responsible for such atrocities would in principle be liable to exclusion under this provision", punkt 49. Sama suundumust tundub esindavat ka dokument, mille UNHCR koostas käesoleva menetluse jaoks.

71. Samamoodi tuleks minu arvates laheneda direktiivi artikli 12 lõike 2 punktides b ja c sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamisele.

d) Osalemine sellise organisatsiooni tegevuses, mis on ära toodud loendis, mille liit koostas terrorismivastaste meetmete raames, kui pagulaseks tunnistamata jätmise alus artikli 12 lõike 2 punktide b ja c tähenduses

72. Siiani esitatatu põhjal pean vajalikuks välistada olukorra, et pelgalt asjaolu, et varjupaigataotleja leidumine terroriaktidega seotud isikute loendites, mis on koostatud liidu võetud terrorismivastaste meetmete kontekstis, võiks iseenesest otsustavalt või isegi eeldatavalt mõjutada kohaldama üht või mõlemat direktiivi artikli 12 lõike 2 punktides b ja c sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise alust. Nagu eespool märgiti ning nagu eriti rõhutas Madalmaade valitsus, ei ole selliste õigusaktide ja direktiivi vahel mingit seost, eriti eesmärkide osas. Vastupidine järeldus võiks minna vastuollu 1951. aasta konventsiooni põhimõtetega, mis nõuavad, et olukordi, mis võivad viia pagulaseks tunnistamata jätmiseni, hinnataks tähelepanelikult, võttes arvesse iga konkreetse olukorra eripära.

73. *A fortiori* ei pea ma lubatavaks järeldada automaatselt, et eelnimetatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamistingimused on täidetud, kui taotleja on varem kuulunud neis loendites ära toodud rühmitusse või organisatsiooni. Süvenemata selliste loendite – mille koostamise asjaolud ei ole sugugi kriitikast puutumata jäänud [67] – võimesse kajastada sinna kantud organisatsioonide või rühmituste sageli keerulist tegelikkust, piisab, kui märkida, et kõnealuste pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamise eeldus on asjassepuutuva isiku *isikliku vastutuse* tuvastamine, millega seoses peab olema mõjuvaid põhjuseid uskuda, et ta on toime pannud raske mittepoliitilise kuriteo või et ta on süüdi ÜRO eesmärkide ja põhimõtetega vastuolus olevate tegude toimepanemises direktiivi artikli 12 lõike 2 punktide b ja c tähenduses või,

67 – Nagu teada, tühistas Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohus 2006. aasta lõpu ja 2008. aasta esimeste kuude vahelisel ajal, otsustades mõne nimetatud loendisse kantud organisatsiooni hagi üle, peamiselt põhjenduste puudumise ja kaitseõiguste rikkumise tõttu hagejast organisatsioone puudutavas osas otsused, millega nõukogu oli need organisatsioonid loendisse kandnud; vt PKK kohta eriti Üldkohtu 3. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas T-229/02: PKK *vs.* nõukogu (EKL 2008, lk II-45).

nagu on sätestatud lõikes 3, teisi sellistele kuritegudele või tegudele kihutanud või on neis muul viisil osalenud.

74. Kui just mitte oletuste alusel otsuseid teha, [68] ei võimalda isiku vabatahtlik liitumine organisatsiooniga iseenesest järeldada, et ta on tõepoolest võtnud osa tegevusest, mille tõttu see organisatsioon kõnealusesse loendisse kanti. [69]

75. Peale äsja üldisemalt kirjeldatu on põhikohtuasjades oluline ka asjaolu, et B ja D olid hetkel, mil kõnesolevad rühmitused kanti kõnealustessse loenditesse, juba ammu neist rühmitustest lahkunud. Nagu nägime, on PKK ja Dev sol ühise seisukoha 2001/931 lisas toodud loendis alles alates 2. maist 2002. Pagulaseks tunnistamise taotlustes avaldatu põhjal otsustades oli B Dev soli liige aastatel 1993-1995, kuna D kuulus PKK-sse ajavahemikul 1990-1998. Sellest järeldub, et isegi kui peaks asutama seisukohale – kõigi menetlusse astunud valitsuste ja komisjoni poolt hukka mõistetud automaatsusega –, et vabatahtlikust liitumisest eespool nimetatud loenditesse kantud rühmitusega piisab, et kujutada endast tegevust, mis kuulub artikli 12 lõike 2 punktides b ja c sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamisalasse, ei ole need tingimused siiski täidetud, kui võtta arvesse ajavahemikku, mil B ja D Dev Soli ja PKK ridades võitlesid.

76. Sellest lähtuvalt tundub mulle, et selle hindamine, kas direktiivi artikli 12 lõike 2 punktides b ja c sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise kohaldamise tingimused on täidetud, kui asjassepuutuv isik on minevikus kuulunud rühmitusse, mis on seotud terrorismina käsitatava kuritegevusega, peab koosnema kolmest faasist.

77. Esimeses neist tuleb arvesse võtta kõnesoleva rühmituse iseloomu, ülesehitust, korraldust, tegevust ja meetodeid ning poliitlist, majanduslikku ja ühiskondlikku konteksti, milles see tegutses ajavahemikul, mil asjassepuutuv isik oli selle liige. Isegi kui liikmesriigi, liidu või rahvusvahelisel tasandil koostatud loendisse kandmine võib olla oluline näitaja,

68 – 2003. aasta Guidelines'is kinnitab UNHCR, et vastutuseeldus võib siiski tuleneda vabatahtlikust liitumisest rühmitustega, „mille eesmärgid, tegevus ja meetodid on olemuselt eriti vägivaldsed". Sellise eelduse saab siiski alati ümber lükata (punkt 19).

69 – Nt ei saa välistada, et sellise tegevuse eest vastutavad üksnes mõned äärmusfraktsioonid, millega isik ei ole kunagi kokku puutunud, või et ta oli organisatsiooni liige kas enne või pärast seda, kui see rakendas terroristrateegiat, või et ta liitus organisatsiooniga üksnes nii pikaks ajaks, kui tal kulus selle kasutatavatest meetoditest teadasaamiseks ja sellest lahtiütlemiseks. Seoses sellega tasub meenutada, et kohtuotsuses Van Duyn täpsustas Euroopa Kohus – kuigi selle otsuse kontekst oli töötajate liikumisvabaduse piiramine avaliku korra huvides – , et rühmitusse või organisatsiooni kuulumine kujutab endast asjaga seotud isiku vabatahtlikku akti ja isiklikku käitumist siis, kui see kajastab osalemist rühmituse või organisatsiooni tegevuses ja enda sidumist selle eesmärkide ja programmiga (4. detsembri 1974. aasta otsus kohtuasjas 41/74: van Duyn, EKL 1974, lk 1337, punkt 17).

ei vabasta see veel asjassepuutuvat riiki selle kontrollimisest. [70]

78. Teiseks tuleb kontrollida, kas on piisavalt andmeid, mis kinnitavad direktiivi artikli 12 lõikes 2 nõutavaid standardeid arvesse võttes asjassepuutuva isiku isiklikku vastutust tegude eest, mida saab seostada rühmitusega sel ajavahemikul, mil ta oli selle liige, võttes arvesse nii süükspanemise objektiivseid (tegelik käitumine) kui ka subjektiivseid (teadlikkus ja tahtlus) kriteeriume. Selleks tuleb kindlaks teha, millist rolli isik nende tegude toimepanemises tegelikult täitis (õhutamine, osalemine teo toimepanekus, teavitus- või toetustegevus jne), milline oli tema positsioon rühmituses (kaasatus otsustamisprotsessidesse, juht- või esindusülesanded, propaganda või vahendite kogumisega tegelemine jne), milline oli teadlikkuse aste, mis tal rühmituse tegevusest oli või oleks pidanud olema, võimalik füüsiline või psüühiline surve, mida talle avaldati, või teised tegurid, mis võivad mõjutada käitumise subjektiivseid asjaolusid (nt vaimne puue, alaealisus jne) [71], kas tal oli tegelik võimalus takistada kõnesolevate tegude toimepanekut või neist lahti öelda (seadmata ohtu isiklikku turvalisust). Äsjamainitud tegurid on üksnes osa neist, mida tuleb sellise kontrollimise puhul arvesse võtta, kuna organisatsiooni liikme isikliku vastutuse tuvastamisel tuleb võtta arvesse kõiki asjaolusid, mis konkreetset juhtumit iseloomustavad. [72]

79. Kolmandas faasis tuleb teha kindlaks, kas teod, mille eest vastutus tuleb lugeda tuvastatuks, kuuluvad direktiivi artikli 12 lõike 2 punktides b ja c käsitletud tegude hulka, võttes arvesse artikli 12 lõikes 3 sõnaselgelt sätestatut, mille järgi „lõiget 2 kohaldatakse isikute suhtes, kes õhutavad või osalevad selles nimetatud kuritegudes või aktides". Seda tuleb hinnata, võttes arvesse kõiki raskendavaid

70 – Selleks et tuua üksnes mõni näide, võib kõnesolev rühmitus olla killustatud ülesehitusega, selle sees võivad olla eri rakukesed või voolud, mis võivad olla omavahel konfliktis, osa neist mõõdukad, teised äärmuslikud, või siis võivad rühmituse eesmärgid ja strateegiad olla aja jooksul muutunud, siirdudes nt poliitilisest opositsioonist partisanivõitluse juurde ja vastupidi, sõjaliste sihtmärkide eelistamisest tegeliku terroristrateegia rakendamise juurde jne. Samuti võib kontekst, milles see rühmitus tegutseb, olla muutunud, nt poliitilise olukorra muutumise tõttu või rühmituse tegevuse laienemise tõttu kohalikult või piirkondlikult tasandilt rahvusvahelisele areenile.

71 – Vt 2003. aasta Guidelines.

72 – 2003. aasta Guidelines'i kohaselt võib nt pagulaseks tunnistamata jätmise alused kohaldamata jätta, kui kuritegu heastatakse (nt kui karistus on ära kantud või kui teo toimepanekust on möödunud piisavalt pikk ajavahemik). Armuandmise või amnestia puhul on UNHCR ettevaatlikum, eriti kui tegemist on eriti jõhkrate kuritegude või tegudega (punkt 23).

ja kergendavaid asjaolusid ning kõiki muid olulisi asjaolusid.

80. Eeltoodud kriteeriumidest ning kõigist siiani esitatud kaalutlustest peaks eelotsusetaotluse esitanud kohus saama esimese eelotsuse küsimusega seoses juhinduda. Selle kohtu kasutatavate terminite põhjal võib veenduda, et ta taotleb tegelikult kummagi põhikohtuasja puhul otsust konkreetselt tema lahendada olevate kohtuasjade osas. Ma arvan, et Euroopa Kohus ei peaks niisugust taotlust rahuldama, peamiselt kahel põhjusel.

81. Esiteks on ainult eelotsusetaotluse esitanud kohtule teada kõik kõnealuseid juhtumeid iseloomustavad asjaolud, mis ilmnesid B ja D esitatud taotluste kontrollimise haldusmenetluses ja eri kohtuastmetes; otsustamiseks, kas kõnealuseid pagulaseks tunnistamata jätmise aluseid saab *in concreto* B ja D suhtes kohaldada, on vaja neid asjaolusid tähelepanelikult hinnata ja kaaluda.

82. Teiseks on direktiiv sätestanud pagulasseisundi määratlemise ja sisu miinimumnõuded, et liikmesriikide pädevad siseriiklikud asutused neist 1951. aasta konventsiooni kohaldamisel juhinduksid. Direktiiv ei raja selles valdkonnas ühtset korda[73]ega pagulaseks tunnistamise taotluste kontrollimise tsentraliseeritud menetlust. Seega tuleb liikmesriikide pädevatel asutustel ja kohtutel, kellelt on nende taotluste kontrollimist palutud, hinnata *in concreto*, võttes arvesse direktiiviga kehtestatud ühiseid kriteeriume Euroopa Kohtu tõlgenduses, kas pagulaseks tunnistamise nõuded on täidetud, hinnates sealjuures võimaliku pagulaseks tunnistamata jätmise tingimusi.

3. Teine eelotsuse küsimus

83. Teise eelotsuse küsimusega, mis on mõlemas eelotsusetaotluses ühesugune, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas juhul kui vastus esimesele küsimusele on jaatav, eeldab pagulaseks tunnistamata jätmine direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punktide b ja c alusel, et taotluse esitaja kujutab endast jätkuvalt ohtu. B ja D soovitavad

73 – Haagi programmis, millega kehtestatakse justiits- ja siseküsimuste eesmärgid ja vahendid perioodiks 2005–2010, väljendas Euroopa Ülemkogu oma pühendumust Euroopa ühise varjupaigasüsteemi täiendavale arendamisele, muutes sel eesmärgil õiguslikku raamistikku ja tugevdades praktilist koostööd, mh seeläbi, et luuakse Euroopa Varjupaigaküsimuste Tugiamet. Nagu Euroopa Ülemkogu aga hiljuti 2008. aasta Euroopa sisserände- ja varjupaigapaktis meenutas, kuulub kaitse tagamine ja eriti pagulasseisundi andmine iga liikmesriigi enda pädevusse.

Euroopa Kohtul vastata jaatavalt, samas kui eelotsusetaotluse esitanud kohus, kõik menetlusse astunud valitsused ja komisjon pooldavad eitavat vastust. [74]

84. Toetan viimatinimetatud lahendust, mis lähtub direktiivi artikli 12 lõike 2 grammatilisest ja teleoloogilisest tõlgendusest. Selle artikli tekstist ilmneb tõepoolest selgelt, et pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamise eeldus on taotleja *varasem tegevus*, mis vastab kirjeldatud tingimustele ja on toimunud enne tema pagulaseks tunnistamist. Eriti on see näha kasutatud verbivormidest – punktis b „on sooritanud" ja punktis c „on olnud süüdi" – ning punktis b antud täpsustusest, et kõnealune tegevus peab olema toimunud enne pagulasena vastuvõtmist; see, nagu samas sättes veel põhjalikumalt selgitatakse, tähendab „elamisloa väljastamise aega pagulasseisundi andmise alusel".

85. Seevastu ei sisalda ei kõnealune säte ega vastav konventsioonisäte otsest ega kaudset viidet taotleja *praeguse* ühiskonnaohtlikkuse hindamisele kui *täiendavale tingimusele*, millest kõnealuste pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamine sõltuks. Selle puudumine on kooskõlas pagulaseks tunnistamata jätmise eesmärkidega, milleks on, nagu nägime, esiteks tagada, et raskeid mittepoliitilisi kuritegusid toime pannud isikud ei saaks pagulasõigusele tuginedes õigusemõistmisest pääseda, teiseks, et pagulaseks ei tunnistataks neid, kes oma tegevuse tõttu enam „ei väära" rahvusvahelist kaitset, hoolimata sellest, et nad ei ole enam ühiskonnaohtlikud.

86. On tõsi, et UNHCR on 1951. aasta konventsiooni artikli 1 jaotise F punkti b kohaldamise kohta sedastanud, et juhul, kui raskes mittepoliitilises kuriteos süüdimõistetud taotleja on oma karistuse ära kandnud, saanud amnestia või kui tema kohta on tehtud armuandmisotsus, ei ole selles sättes ette nähtud pagulaseks tunnistamata jätmise alus enam kohaldatav, „välja arvatud siis, kui peaks tõendatama, et taotleja kuritegelik iseloom on amnestiast või armuandmisest hoolimata ikka veel ülekaalukas" [75]. See sedastus näib siiski viitavat vaid sellele, et asjassepuutuv riik võib sellisel puhul endiselt taotleja tema ühiskonnaohtlikkuse tõttu pagulaseks tunnistamata jätta, kasutades mehhanismi, mis mee-

74 – Sama mõtet väljendas ka ÜRO pagulaste ülemkomissar käesolevaks menetluseks koostatud dokumendis.

75 – Vt Handbook, punkt 157.

nutab mittetagasisaatmise põhimõtte erandit, mis on sätestatud konventsiooni artikli 33 lõikes 2.[76] Sellest ei saa aga ka *a contrario* arutluse teel tuletada üldist seisukohta, mis pooldaks normi sellist tõlgendust, mis välistaks *mis tahes asjaoludel* kõnealuse pagulaseks tunnistamata jätmise aluse kohaldamise, kui taotleja ei ole enam ühiskonnaohtlik.

87. Viimaks arvan ma, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusele vastamiseks ei ole ei vajalik ega asjakohane analüüsida võrdlevalt direktiivi artikli 12 lõiget 2 ja artikli 21 lõiget 2, mis sätestab kooskõlas 1951. aasta konventsiooni artikli 33 lõikega 2 erandi mittetagasisaatmise põhimõttest. Tegelikult ei paluta Euroopa Kohtult, et ta teeks otsuse pagulasseisundi taotleja pagulaseks tunnistamata jätmise võimaluse kohta tema ohtlikkusega seotud kaalutluste põhjal, mis on analoogsed neile, mille alusel liikmesriigid võivad teha erandi mittetagasisaatmise põhimõttest, vaid talt küsitakse üksnes seda, kas sellise ohtlikkuse puudumise tuvastamise korral on keelatud kohaldada üht direktiivi artikli 12 punktides b ja c sätestatud pagulaseks tunnistamata jätmise alust.

88. Eelnevast lähtudes soovitan vastata Euroopa Kohtul teisele eelotsuse küsimusele, et pagulaseks tunnistamata jätmine direktiivi artikli 12 lõike 2 punktide b ja c alusel ei eelda, et taotluse esitaja kujutab endast jätkuvalt ohtu.

4. Kolmas ja neljas eelotsuse küsimus

89. Kolmanda küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas pagulaseks tunnistamata jätmine direktiivi artikli 12 lõike 2 punktide b ja c alusel eeldab proportsionaalsuse kontrollimist. Neljanda küsimusega, mis on esitatud juhuks, kui vastus kolmandale küsimusele on jaatav, soovib ta esiteks teada, kas selle kontrollimisel mängib mingit rolli asjaolu, et taotlejale kehtib Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 3 või liikmesriigi õiguse kohaselt mittetagasisaatmise põhimõte, ja teiseks, kas pagulaseks tunnistamata jätmine on ebaproportsionaalne üksnes teatavatel erandjuhtudel.

90. Ka need küsimused, mida tuleb vaadelda koos, tõstatavad delikaatse probleemi, mida on 1951. aasta konventsiooni kontekstis juba ammu arutatud: kas selle konventsiooni artikli 1 jaotise F kohaldamine nõuab kuriteo või teo raskusastme ja pagulaseks tunnistamata jätmise tagajärgede omavahelist kaalumist, et tagada selle normi kohaldamine

76 – Vt eespool viidatud Goodwin-Gill ja McAdam, lk 174.

proportsioonis tema eesmärgiga? Kuigi tundub, et selle küsimuse ulatus on osaliselt muutunud tänu inimõiguste kaitse laienemisele ja konsolideerumisele, eriti seoses kohustusega pakkuda kaitset piinamise eest, tänu rahvusvahelise kriminaalõiguse ja väljaandmise institutsiooni arenemisele [77] ning tänu üha edenevale universaalse kohtualluvuse tunnustamisele raskete rahvusvaheliste kuritegude puhul [78], on teema jäänud päevakorda.

91. Tundub, et UNHCR nõustub sellise kaalumisega 1951. aasta konventsiooni artikli 1 jaotise F punkti b osas ning välistab selle põhimõtteliselt artikli 1 jaotise F punkti c puhul, võttes arvesse selles sättes käsitletavate kuritegude erilist raskust. [79] Mitu osalisriikide kohut on avaldanud vastupidist seisukohta ka esimesena nimetatud sätte kohta. [80]

Menetlusse astunute hulgast on Prantsuse, Saksa, Ühendkuningriigi ja Madalmaade valitsus proportsionaalsuse kontrollimise vastu, samas kui Rootsi valitsus ja komisjon avaldasid arvamust selle poolt.

92. Osa menetlusse astunud valitsusi rõhutas, et miski 1951. aasta konventsiooni artikli 1 jaotise F ega direktiivi artikli 12 lõike 2 tekstis ei tundu proportsionaalsuse kontrolli lubavat. Mulle näib siiski, et sama hästi võib väita, et neis artiklites ei kõnele miski ka selle vastu. Pealegi väljendas Taani sellise kontrollimise vajadust selgelt konventsiooni ettevalmistavate tööde käigus. [81]

93. Samuti väideti direktiivi tekkeloole viidates, et üks argument proportsionaalsuse kontrollimise vastu ilmneb asjaolust, et komisjoni esialgne ettepanek sisaldas eraldi viidet proportsionaalsusele, mida ometi direktiivi lõppteksti ei võetud. Ma ei pea seda argumenti siiski kuigi veenvaks, kui võtta arvesse, et tekstikohtade ärajätmine võis tulla lihtsalt ühenduse seadusandja soovist jääda 1951. aasta konventsiooni teksti juurde ning lasta sellel küsimusel laheneda tõlgendamise

77 – Eespool viidatud Gilbert, lk 5, rõhutab, et suur osa väljaandmisalaseid lepinguid näeb ette kohustuse anda välja või ise kohut mõista (*aut dedere aut judicare*) ning et mitmesugused mitmepoolsed terrorismi takistamise konventsioonid sisaldavad klausleid, mis välistavad väljaandmise, kui esineb rassilise, usulise, rahvusel, poliitilistel vaadetel või etnilisel päritolul põhineva tagakiusamise oht.

78 – *Ibidem*, lk 4.

79 – Vt 2003. aasta Guidelines. Vt ka 1979. aasta Handbook, punkt 156. Ometi tundub mulle, et see eristus ei ilmne sama selgelt dokumendis, mille UNHCR käesoleva menetluse jaoks koostas.

80 – Vt eespool viidatud Gilbert, lk 18.

81 – Vt ka UNHCR-i käesolevaks menetluseks koostatud dokumendi 52. märkus.

käigus, pakkudes niiviisi suuremat kohanemisvõimet võimalike muudatustega konventsiooni kohaldamispraktikas.

94. On veel märgitud, et vastavalt konventsiooni artikli 1 jaotise F punktidele b ja c ning direktiivi artikli 12 lõike 2 punktidele b ja c oleneb pagulaseks tunnistamata jätmine üsknes taotleja varasemast tegevusest ning jäetakse kõrvale teda ähvardava tagakiusamisohu tõsidus. Ka see argument ei tundu mulle olevat määrav. Tegelikult võis eespool näha, et üldiselt võetakse selle hindamisel, kas süükspandav tegevus kuulub kõnealuste pagulaseks tunnistamata jätmise aluste hulka, arvesse ka sellele tegevusele järgnevaid asjaolusid – vähemalt punkti b kontekstis. Mitu menetlusse astunud valitsust, isegi sellised, kes olid proportsionaalsuse kontrollimise vastu, toovad selliste asjaolude hulgas ära asjaolu, et taotleja, kes oli terroriaktide eest vastutavaks peetava rühmituse aktiivne võitleja, on rühmitusest lahti öelnud ning sellest avalikult eemaldunud, samas kui UNHCR peab asjaolu, et karistus on kantud või lihtsalt asjaolu, et teo toimepanekust on möödunud märkimisväärne ajavahemik, olulisteks teguriteks, mis võivad potentsiaalselt pagulaseks tunnistamata jätmist takistada.

95. Proportsionaalsuse põhimõttel on põhiõiguste kaitsmisel ja üldse rahvusvahelise humanitaarõiguse instrumentide kohaldamisel keskne roll. Lisaks on vaja, et neid instrumente kohaldataks paindlikult ja dünaamiliselt. Paindumatuse elemendi toomine pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamisse, isegi kui see oleks põhjendatud kavatsusega säilitada pagulaste rahvusvahelise kaitse usaldusväärsus, ei tundu mulle olevat soovitav: vastupidi, ma arvan, et on ülimalt tähtis säilitada selles valdkonnas vajalik paindlikkus, esiteks selleks, et pidada sammu rahvusvahelise üldsuse edusammudega inimõiguste kaitsel, teiseks selleks, et võimaldada kõigi kõnesolevat juhtumit iseloomustavate asjaolude uurimisel põhinevat lähenemisviisi, isegi kui see tähendab kahekordse kaalumise süsteemi rakendamist (siis, kui hinnatakse, kas tegevus oli piisavalt raske iseloomuga, et pagulaseks tunnistamine välistada, ja siis, kui võrreldakse teo raskust pagulaseks tunnistamata jätmise tagajärgedega).

96. Selleks et eelotsusetaotluse esitanud kohtule vastata, tundub mulle lisaks, et võib eristada ühest küljest tegevuse ja võimaliku pagulaseks tunnistamata jätmise tagajärgede raskuse kaalumist ja teisest küljest proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamist.

97. Esimese vaatenurga puhul tuleb arvesse võtta asjaolu, et taotleja on tagasisaatmise

eest tegelikult kaitstud kas rahvusvaheliste õigusaktide [82] või riigi õiguse alusel. Kui see kaitse on olemas ja konkreetsel juhul kättesaadav, võib taotlejale jätta andmata pagulasseisundi, millega kaasneb hulk õigusi, mis ületavad tagasisaatmis-vastase kaitse piirid ning mida ei tohiks põhimõtteliselt anda isikutele, kes on näidanud, et nad ei ole rahvusvahelist kaitset väärt; ent juhul, kui pagulasseisundi andmine on ainus võimalus, et vältida tagasisaatmist riiki, mille kohta taotlejal on mõjuvaid põhjuseid karta, et teda ähvardab seal rassi, usu, rahvuse, teatavasse sotsiaalsesse gruppi kuulumise või poliitiliste vaadete tõttu tagakiusamine, mis võib seada ohtu tema elu või füüsilise puutumatuse, või ta peab kannatama ebainimlikku või alandavat kohtlemist, ei saa teda pagulaseks tunnistamata jätta. Ometi arvan ma, et kuigi võib tunduda, et võimalus jätta taotleja ilma ka minimaalsest kaitsest, mida pakub mittetagasisaatmine, on vastuvõetamatu, ei ole selline kaalumine siiski teatavate eriti raskete kuritegude puhul lubatav. [83]

98. Teisest vaatenurgast leian ma, et liikmesriikide pädevad asutused ja kohtud peavad tagama direktiivi artikli 12 lõike 2 punktide b ja c kohaldamise, nii et see oleks direktiivi eesmärkidega ning üldisemalt pagulasõiguse humanitaarse olemusega proportsionaalne. See tähendab peamiselt, et selle sätte kohaldamistingimuste täitmise tuvastamisega peab kaasnema kõigi konkreetset juhtumit iseloomustavate asjaolude hindamine tervikuna.

99. Esitatud põhjendustest lähtudes soovitan Euroopa Kohtul vastata kolmandale ja neljandale eelotsuse küsimusele nii, nagu eespool punktides 97 ja 98.

5. Viies eelotsuse küsimus

100. Viienda eelotsuse küsimusega, mille sõnastus on kummagi kohtuasja iseärasustest tulenevatest vajalikest kohandustest hoolimata mõlemas eelotsusetaotluses sisuliselt identne, soovib Bundesverwaltungsgericht teada, kas direktiiviga on kooskõlas, kui isikule, kes on artikli 12 lõike 2 kohaselt jäetud pagulaseks tunnistamata, antakse

82 – Nt Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artikli 3 või 10. detsembril 1984 New Yorgis sõlmitud piinamise ja muul julmal, ebainimlikul või alandaval viisil kohtlemise või karistamise vastase konventsiooni artikli 3 alusel.

83 – Sellistes kuritegudes süüdi olevale isikule võib olla kättesaadav mitteametlik kaitse selle riigi poolt, kellele taotlus esitatakse ja kes võib algatada tema vastu ka kriminaalmenetluse universaalse kohtualluvuse alusel, mida mitmepoolsed lepingud teatavate kuritegude puhul tunnustavad, vt selle kohta eespool viidatud Gilbert, lk 19.

liikmesriigi põhiseaduslike õigusnormide alusel varjupaigaõigus.

101. Selle kohta tuleb esiteks märkida, et vastavalt direktiivi õiguslikule alusele piirdub direktiiv ühiste miinimumnõuete kehtestamisega ning et direktiivi artikli 3 kohaselt võivad liikmesriigid kehtestada või säilitada soodsamaid norme otsustamaks, kes vastab pagulaseks tunnistamise nõuetele, ning määratlemaks rahvusvahelise kaitse sisu, kui need normid on direktiiviga kooskõlas. Teiseks, nagu juba varem rõhutatud, määratleb direktiiv pagulasseisundi vastavalt Genfi konventsioonile.

102. Nagu nägime, on pagulaseks tunnistamata jätmise aluste põhiülesanne kaitsta 1951. aasta konventsiooniga loodud süsteemi usutavust ning vältida võimalikku kuritarvitamist. Seega on liikmesriigid siis, kui nende kohaldamise tingimused on täidetud, kohustatud vastavalt konventsioonile ja direktiivile jätma taotleja pagulaseks tunnistamata. Vastasel korral rikuksid nad nii oma rahvusvahelisi kohustusi kui ka direktiivi artiklit 3, mis lubab pagulasseisundi määratlemiseks soodsamaid norme ainult siis, kui need normid on direktiiviga kooskõlas.

103. Bundesverwaltungsgerichti küsimus puudutab siiski liikmesriikide võimalust pakkuda kellelegi kaitset liikmesriigi õigusnormide alusel. Eriti tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas selline kaitse on kooskõlas direktiiviga, kui selle sisu on määratletud viitega 1951. aasta konventsioonile, nagu selle kohtu esitatud andmete põhjal tundub olevat Saksa põhiseaduse artikliga 16a tagatud varjupaigaõiguse puhul. Konventsioon aga, mis ei kohusta osalisriike võtma pagulaseks tunnistamata taotlejate suhtes erimeetmeid, ei keela ka neile anda kaitset, mille võivad ette näha riigi varjupaigaõigusealased normid. Sellist keeldu ei ilmne ka direktiivist.

104. Siiski on selge, et sellisel juhul reguleerib nende isikute õiguslikku seisundit üksnes liikmesriigi õigus ning – nagu on selgelt kinnitatud ka direktiivi põhjenduses 9 nende kolmandate riikide kodanike ja kodakondsuseta isikute kohta, „kellel lubatakse jääda liikmesriikide territooriumile põhjustel, mis ei tulene vajadusest rahvusvahelise kaitse järele, vaid kaastundest lähtuvalt või humanitaarsetel kaalutlustel" – nad jäävad nii direktiivi kui ka Genfi konventsiooni kohaldamisalast välja.

105. Eelnevat arvesse võttes, nagu minu arvates rõhutas õigesti ka komisjon, kahjustaks pagulaste rahvusvahelise kaitse süsteemi usutavuse säilitamist, mis on üks pagulaseks tunnistamata jätmise aluste eesmärke, see, kui niiviisi antav riiklik kaitse võiks äratada kahtlusi oma päritolu suhtes ja jätta mulje, et kaitse saajal on pagulasseisund konventsiooni ja direktiivi alusel. Seega peab liikmesriik, kui ta kavatseb anda omaenda õiguskorra alusel varjupaika isikutele, keda ei saa direktiivi kohaselt pagulaseks tunnistada, võtma vajalikke meetmeid, mis võimaldaksid sellel kaitsel ja direktiivi pakutaval kaitsel selgelt vahet teha, ning seda mitte niivõrd seoses kaitse sisuga, mille määramine jääb minu arvates kõnealuse liikmesriigi pädevusse, vaid pigem selle kaitse allika osas tekkiva segadusega.

106. Eelnevast lähtudes soovitan vastata Euroopa Kohtul viiendale eelotsuse küsimusele, et direktiiv, eriti selle artikkel 3, ei takista liikmesriigil andmast kolmanda riigi kodanikule või kodakondsuseta isikule, keda ei saa direktiivi artikli 12 lõike 2 kohaselt pagulaseks tunnistada, selle riigi varjupaiga andmise alaste normidega ette nähtud kaitset, tingimusel et see kaitse ei läheks segamini direktiivi alusel pagulastele antava kaitsega.

IV. Ettepanek

107. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Bundesverwaltungsgerichti küsimustele järgmiselt:

„1. Nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punktides b ja c käsitletavate pagulaseks tunnistamata jätmise aluste kohaldamisel

juhul, kui taotleja on minevikus olnud sellise rühmituse liige, mis on ära toodud liidu terrorismivastaste meetmete raames koostatud loendis, peavad liikmesriikide pädevad asutused arvesse võtma kõnesoleva rühmituse iseloomu, ülesehitust, korraldust, tegevust ja meetodeid ning poliitilist, majanduslikku ja ühiskondlikku konteksti, milles see tegutses ajavahemikul, mil asjassepuutuv isik oli selle liige. Lisaks tuleb neil kontrollida, kas on piisavalt andmeid, et tuvastada direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõikes 2 nõutavaid tõendamisstandardeid arvesse võttes asjassepuutuva isiku isiklik vastutus tegude eest, mida saab seostada rühmitusega sel ajavahemikul, mil ta oli selle liige, võttes arvesse nii süükspanemise objektiivseid kui ka subjektiivseid kriteeriume ja kõiki konkreetset juhtumit iseloomustavaid asjaolusid. Viimaks peavad ametiasutused tegema kindlaks, kas teod, mille eest vastutus tuleb lugeda tuvastatuks, kuuluvad direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punktides b ja c käsitletud tegude hulka, võttes arvesse selle artikli lõikes 3 sõnaselgelt sätestatut. Seda tuleb hinnata, võttes arvesse kõiki raskendavaid ja kergendavaid asjaolusid ning kõiki muid olulisi asjaolusid.

Liikmesriikide pädevatel asutustel, kellele on esitatud läbivaatamiseks pagulaseks tunnistamise taotlus, ja kohtutel, kelle poole pöördutakse kaebusega selle läbivaatamise tulemusel vastu võetud otsuse peale, tuleb hinnata *in concreto*, võttes arvesse direktiiviga kehtestatud ühiseid kriteeriume Euroopa Kohtu tõlgenduses, kas pagulaseks tunnistamise nõuded on täidetud, hinnates sealjuures võimaliku pagulaseks tunnistamata jätmise tingimusi vastavalt direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punktidele b ja c.

2. Pagulaseks tunnistamata jätmine direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 lõike 2 punktide b ja c alusel ei eelda, et taotluse esitaja kujutab endast jätkuvalt ohtu.

3. Direktiivi 2004/83/EÜ artikli 12 punktide b ja c kohaldamisel peavad liikmesriikide pädevad asutused või kohtud, kellele on esitatud pagulaseks tunnistamise taotlus, kaaluma pagulaseks tunnistamata jätmist õigustava tegevuse raskusastet ja tunnistamata jätmise tagajärgi. Selle kontrollimise puhul tuleb arvesse võtta asjaolu, kas taotleja on tagasisaatmise eest tegelikult kaitstud muudel alustel. Kui see kaitse on olemas ja konkreetsel juhul kättesaadav, võib taotlejale pagulasseisundi andmata jätta; juhul kui pagulasseisundi andmine on ainus võimalus, et vältida tagasisaatmist riiki, mille kohta taotlejal on mõjuvaid põhjuseid karta, et teda ähvardab seal rassi, usu, rahvuse, teatavasse sotsiaalsesse gruppi kuulumise või poliitiliste vaadete tõttu tagakiusamine, mis võib seada ohtu tema elu või füüsilise puutumatuse, või ta peab kannatama ebainimlikku või alandavat kohtlemist, ei saa teda pagulaseks tunnistamata jätta. Eriti raskete kuritegude korral ei ole selline kaalumine lubatud.

   Liikmesriikide pädevad asutused ja kohtud peavad tagama direktiivi artikli 12 lõike 2 punktide b ja c kohaldamise, nii et see oleks direktiivi eesmärkidega ning üldisemalt pagulasõiguse humanitaarse olemusega proportsionaalne.

4. Direktiiv 2004/83/EÜ, eriti selle artikkel 3, ei takista liikmesriigil andmast kolmanda riigi kodanikule või kodakondsuseta isikule, keda ei saa direktiivi artikli 12 lõike 2 kohaselt pagulaseks tunnistada, selle riigi varjupaiga andmise alaste normidega ette nähtud kaitset, tingimusel et see kaitse ei läheks segamini direktiivi alusel pagulastele antava kaitsega."