



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
föredraget den 14 december 2017¹

Förenade målen C-331/16 och C-366/16

K.

mot

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

(begäran om förhandsavgörande från Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg, Nederländerna))

och

H. F.

mot

Belgische Staat

(begäran om förhandsavgörande från Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien))

”Begäran om förhandsavgörande – Unionsmedborgarskap – Direktiv 2004/38/EG – Artikel 27.2 – Begränsning av rätten att fritt röra sig och uppehålla sig av hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet – Ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse – En person som inte kan ges flyktingstatus av skäl som anges i artikel 1 F a i Genèvekonventionen och artikel 12.2 a i direktiv 2011/95/EU – Proportionalitet – Artikel 28.1 och 28.3 a i direktiv 2004/38/EG – Artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Rätt till respekt för privatliv och familjeliv”

I. Inledning

1. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg, Nederländerna och Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien) önskar få klarhet i tolkningen av artikel 27.2 och artikel 28.1 och 28.3 a i direktiv 2004/38/EG² jämförda med artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) och artikel 8 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen).

¹ Originalspråk: franska.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, 2004, s. 77).

2. Ovannämnda begäran om förhandsavgörande har framställts inom ramen för tvister rörande frågan huruvida åtgärder som begränsar rätten att fritt röra sig och uppehålla sig som följer av direktiv 2004/38 som antagits gentemot enskilda personer som innan de blivit unionsmedborgare eller familjemedlem till en unionsmedborgare inte getts flyktingstatus enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen angående flyktingars rättsliga ställning (nedan kallad Genèvekonventionen)³ är förenliga med dessa bestämmelser.

3. Enligt denna bestämmelse, vars lydelse återges i artikel 12.2 a i direktiv 2011/95/EU,⁴ berövas asylsökande det skydd som följer av Genèvekonventionen när det finns synnerliga skäl att anta att de har gjort sig skyldiga till ett brott mot freden, en krigsförbrytelse eller ett brott mot mänskligheten.

4. De nationella domstolarna vill få klarhet i om, och på vilka villkor, den omständigheten att det undantag som föreskrivs i artikel 1 F a i denna konvention tidigare tillämpats på en person kan rättfärdiga att rätten att fritt röra sig och uppehålla sig som tillkommer den personen enligt direktiv 2004/38 begränsas.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Internationell rätt

5. I artikel 1 i Genèvekonventionen föreskrivs i avdelning F, efter att bland annat begreppet flykting definierats i avdelning A, följande:

”Stadgandena i denna konvention äga icke tillämpning på den beträffande vilken föreligga allvarliga skäl antaga, att han/hon

- a) har begått ett brott mot freden, en krigsförbrytelse eller ett brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott,
- b) har förövat grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet, innan han/hon erhöll tillträde till detsamma såsom flykting; eller
- c) har gjort sig skyldig till handlingar som står i strid med Förenta nationernas syften och principer.”

3 Konventionen undertecknades den 28 juli 1951 i Genève (Förenta nationernas fördragssamling, volym 189, s. 150, nr 2545 (1954)) och trädde i kraft den 22 april 1954. Den har kompletterats genom protokollet angående flyktingars rättsliga ställning, som antogs i New York den 31 januari 1967 och som trädde i kraft den 4 oktober 1967.

4 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (omarbetning) (EUT L 337, 2011, s. 9). I denna bestämmelse återges artikel 12.2 a i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (EUT L 304, 2004, s. 12), som var tillämpligt vid tidpunkten för de relevanta omständigheterna och som ersattes av direktiv 2011/95.

B. Unionsrätt

1. Direktiv 2004/38

6. I artikel 27.1 och 27.2 i direktiv 2004/38 anges följande:

”1. Med förbehåll för bestämmelserna i detta kapitel får medlemsstaterna begränsa den fria rörligheten för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, oavsett medborgarskap, av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Sådana hänsyn får inte åberopas för att tjäna ekonomiska syften.

2. Åtgärder som vidtas med hänsyn till allmän ordning eller säkerhet skall överensstämma med proportionalitetsprincipen och uteslutande vara grundade på vederbörandes personliga beteende. Tidigare straffdomar skall inte i sig utgöra skäl för sådana åtgärder.

Den berörda personens personliga beteende måste utgöra ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse. Motiveringar som inte beaktar omständigheterna i det enskilda fallet eller som tar allmänpreventiva hänsyn skall inte accepteras.”

7. Artikel 28 i direktivet har följande lydelse:

”1. Innan den fattar ett beslut om utvisning av hänsyn till allmän ordning eller säkerhet skall den mottagande medlemsstaten beakta sådana faktorer som längden av personens uppehåll inom dess territorium, personens ålder, hälsotillstånd, familjesituation, ekonomiska situation, sociala och kulturella integrering i den mottagande medlemsstaten och banden till ursprungslandet.

2. Den mottagande medlemsstaten får inte fatta beslut om utvisning av unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar, oavsett medborgarskap, som har permanent uppehållsrätt på dess territorium, utom i de fall det föreligger ett allvarligt hot mot allmän ordning eller säkerhet.

3. Beslut om utvisning av unionsmedborgare får inte fattas, utom om beslutet grundar sig på tvingande hänsyn till allmän säkerhet såsom de definieras av medlemsstaterna, om de

a) har uppehållit sig i den mottagande medlemsstaten under de tio föregående åren,

...”

2. Direktiv 2011/95

8. Artikel 12.2 i direktiv 2011/95 har följande lydelse:

”En tredjelandsmedborgare eller en statslös person kan inte anses som flykting om det finns synnerliga skäl för att anta att

a) han eller hon har förövat ett brott mot freden, en krigsförbrytelse eller ett brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott,

...”

C. Nationell rätt

1. Nederländsk rätt

9. I artikel 67 i Vreemdelingenwet (utlänningslagen) av den 23 november 2000 (nedan kallad den nederländska utlänningslagen) föreskrivs följande:

”1. Såvitt inte avdelning 3 är tillämplig, kan [Minister van Veiligheid en Justitie (säkerhets- och justitieministern)] förklara utlänningen icke önskvärd

...

e. för att värna Nederländernas internationella relationer.

...

3. Med avvikelse från artikel 8 har den utlänning som förklarats icke önskvärd inte rätt att lagligen vistas i Nederländerna.”

2. Belgisk rätt

10. Enligt artikel 40bis 2 § i Wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (lagen om utlänningars rätt till inresa, vistelse och bosättning samt om avlägsnande av utlänningar) av den 15 december 1980 (nedan kallad den belgiska utlänningslagen), i den lydelse som gällde vid tiden för de relevanta omständigheterna i mål C-366/16 betraktas som familjemedlemmar till en unionsmedborgare bland annat dennes släktingar i uppstigande led eller makens eller makans släktingar i uppstigande led som försörjs av dem.

11. Genom artikel 43 i den lagen införlivades artikel 27 i direktiv 2004/38 med den belgiska lagstiftningen.

III. Målen vid de hänskjutande domstolarna, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

A. Mål C-331/16

12. K. har dubbelt medborgarskap, bosniskt och kroatiskt. År 2001 reste han tillsammans med sin maka och sin äldre son in i Nederländerna. Enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen har K. sedan dess utan avbrott varit bosatt i den medlemsstaten. Hans yngste son föddes i Nederländerna år 2006.

13. K. ingav en första asylansökan en kort tid efter att han rest in i Nederländerna år 2001. Genom beslut av den 15 maj 2003 avslog Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (statssekreteraren med ministerlika befogenheter för säkerhetsfrågor och justitiefrågor) (nedan kallad den nederländska Staatssecretaris) denna ansökan. Beslutet grundades på att det fanns synnerliga skäl för att anta att K. under perioden april 1992–februari 1994 hade begått ett sådant brott som avses i artikel 1 F a och b i Genèvekonventionen i det forna Jugoslavien. Beslutet vann laga kraft till följd av en dom av Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen, Nederländerna) av den 21 februari 2005, som fastställde beslutet.

14. År 2011 ingav K. en andra asylansökan som den nederländska Staatssecretaris avlog genom beslut av den 16 januari 2013 med tillämpning av de undantag som föreskrivs i artikel 1 F a och b i Genèvekonventionen. Beslutet åtföljdes av ett tioårigt inreseförbud i Nederländerna. Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen, Nederländerna) fastställde nämnda beslut genom dom av den 10 februari 2014 till följd av vilken det vann laga kraft.

15. K. begärde dessutom att nederländska Staatssecretaris skulle upphäva det inreseförbud i Nederländerna som utfärdats gentemot honom. Genom beslut av den 22 juli 2015 upphävde nederländska Staatssecretaris inreseförbudet och ersatte det med en förklaring om att klaganden inte var önskvärd i enlighet med artikel 67.1 e i den nederländska utlänningslagen. Detta beslut antogs till följd av att K. hade blivit unionsmedborgare sedan Republiken Kroatien blivit medlem i den Europeiska unionen den 1 juli 2013. Till skillnad från ett inreseförbud som enbart kan avse tredjelandsmedborgare kan en förklaring om att en person är icke önskvärd antas med avseende på en unionsmedborgare.

16. K. begärde omprövning av förklaringen om att han är icke önskvärd hos nederländska Staatssecretaris. Begäran avslogs genom beslut av den 9 december 2015 (nedan kallat det omtvistade beslutet i mål C-331/16).

17. I detta beslut hänvisade nederländska Staatssecretaris till sina beslut av den 15 maj 2003 och den 16 januari 2013 varigenom den avlog K:s asylansökan. Med hänvisning till det första av ovan nämnda beslut och sin förklaring om att ett sådant beslut var på gång gjorde Nederländska Staatssecretaris gällande att K. måste ha varit medveten (medveten medverkan) om de krigsförbrytelser och brott mot mänskligheten som begicks av den bosniska arméns specialstyrkor, i vilka K. var en del av och personligen hade deltagit i (personlig medverkan).

18. På grundval av ovanstående konstateranden fann nederländska Staatssecretaris att klaganden genom sin närvaro i Nederländerna skadar Nederländernas internationella relationer. Nederländska Staatssecretaris anser att Nederländerna inte får bli ett mottagarland för personer som det finns rimliga skäl att anta har gjort sig skyldiga till sådana gärningar som avses i artikel 1 F i Genèvekonventionen. Nederländska Staatssecretaris anser dessutom att skyddet av den allmänna ordningen och den allmänna säkerheten även innebär att man måste vidta alla åtgärder som krävs för att hindra att nederländska medborgare tvingas möta sådana personer och särskilt att offren för de gärningar som K. anklagas för att ha begått eller deras familjemedlemmar aldrig ska behöva konfronteras med K. i Nederländerna.

19. Mot bakgrund av vad som anförts ovan slog nederländska Staatssecretaris fast att K. utgör ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38.

20. Nederländska Staatssecretaris har till stöd för denna slutsats hänvisat till avgöranden som Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen) meddelat den 12 september 2008,⁵ den 16 juni 2015⁶ och den 21 augusti 2015.⁷ I dessa avgöranden slog den domstolen fast att med hänsyn till att de brott som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen är synnerligen allvarliga är det hot mot ett grundläggande samhällsintresse som blotta närvaron av en person som inte kan ges flyktingstatus enligt denna bestämmelse i samhället utgör till sin art sådant att det förblir verkligt. Enligt nämnda domstol är det inte nödvändigt att göra en uppskattning av hur den berörda personen sannolikt kommer att bete sig i framtiden för att fastställa ett sådant hot.

⁵ NL:RVS:2008:BF1415.

⁶ NL:RVS:2015:2008.

⁷ NL:RVS:2015:2737.

21. Nederländska Staatssecretaris anförde dessutom att rätten till privatliv och familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen inte utgör hinder för det beslut genom vilket K. förklarades icke önskvärd.

22. K. väckte talan vid Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg, mot det omtvistade beslutet i mål C-331/16.

23. Denna domstol vill i detta sammanhang *för det första* få klarhet i huruvida beslutet är förenligt med artikel 27.2 andra stycket i direktiv 2004/38. Särskilt sett till den tid som förflutit sedan K. ska ha begått de brott som omfattas av de kategorier som avses i artikel 1 F a och b i Genèvekonventionen vill nämnda domstol få klarhet i om den omständigheten att det finns rimlig anledning att anta att K. har begått sådana brott räcker för att motivera att K.:s närvaro i Nederländerna utgör ett ”verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse” i den mening som avses i artikel 27.2 andra stycket i det direktivet. Nämnda domstol har även anført att K. inte har dömts för något brott.

24. Den hänskjutande domstolen hyser i detta avseende tvivel om huruvida ovan i punkt 19 i förevarande förslag till avgörande anförd praxis från Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen) som det omtvistade beslutet i mål C-331/16 grundar sig på är förenlig med denna bestämmelse. Dessa tvivel grundas såväl på ordalydelsen i denna bestämmelse som på domstolens rättspraxis, särskilt på dess domar i målen Bouchereau,⁸ B och D,⁹ I,¹⁰ och H. T.¹¹

25. Den hänskjutande domstolen har även hänvisat till en dom som meddelades i Belgien av Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien)¹² den 27 mars 2013 där det slogs fast att det inte automatiskt finns en koppling mellan de nederländska myndigheternas tillämpning av artikel 1 F a i Genèvekonventionen till följd av tidigare ageranden av en familjemedlem till en unionsmedborgare och förekomsten av ett hot som motiverar en vägran att tillerkänna honom eller henne rätten att fritt röra sig och uppehålla sig.

26. Dessutom har K. inom ramen för sitt överklagande av det omtvistade beslutet i mål C-331/16 särskilt gjort gällande att internationella relationer inte omfattas av begreppet allmän ordning i den mening som avses i artikel 27.2 andra stycket i direktiv 2004/38. För övrigt innebär synsättet att den omständigheten att ett brottsoffer riskerar att möta K. i sig utgör ett hot mot den allmänna ordningen att begreppet ”den allmänna ordningen” felaktigt ges en alltför vid tolkning. Nederländska Staatssecretaris har under alla omständigheter inte tillräckligt utförligt förklarat på vilka grunder K. genom sin närvaro i Nederländerna skadar den medlemsstatens internationella relationer. Nederländska Staatssecretaris har inte heller styrkt att det finns rimlig anledning att anta att det finns offer för K. i Nederländerna.

27. För *det andra* hyser Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg, Nederländerna) tvivel om huruvida detta beslut är förenligt med kravet i artikel 27.2 första stycket i direktiv 2004/38 att alla former av begränsningar av en unionsmedborgares rätt att fritt röra sig och uppehålla sig ska överensstämma med

⁸ Dom av den 27 oktober 1977 (30/77, EU:C:1977:172, punkterna 27–29).

⁹ Dom av den 9 november 2010 (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkterna 103–105).

¹⁰ Dom av den 22 maj 2012 (C-348/09, EU:C:2012:300, punkt 30).

¹¹ Dom av den 24 juni 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, punkt 92).

¹² Dom nr 99921.

proportionalitetsprincipen. Denna domstol vill även få klarhet i huruvida nämnda beslut är förenligt med artikel 28.1 och 28.3 a i det direktivet. Den har i detta avseende hänvisat till punkt 3.3 i kommissionens meddelande om vägledning för ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av direktiv [2004/38/EG] (nedan kallat kommissionens vägledning).¹³

28. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende angett att K. och hans familjemedlemmar är fullständigt integrerade i det nederländska samhället. De är sedan år 2001 bosatta i Nederländerna. Yngste sonen är född i Nederländerna. K:s båda söner går i skolan i Nederländerna. K. har vidare hävdade att familjen har fått kroatiskt medborgarskap enbart av etniska skäl, men att det är ett främmande land för dem. De har aldrig bott där och har ingen familj där. Enligt K. är Bosnien och Hercegovina inte längre en plats där (katolska) kroater kan bygga upp ett liv och för barnen är även detta land ett främmande land.

29. Under dessa omständigheter beslutade Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg, Nederländerna) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

- ”1. Innebär artikel 27.2 i direktiv 2004/38 att det är tillåtet att en unionsmedborgare beträffande vilken det, liksom i förevarande mål, har styrkts att vederbörande omfattas av artikel 1 F a och b i Genèvekonventionen, förklaras vara icke önskvärd på grund av att den synnerligen t allvarliga karaktären hos de brott som avses i nämnda konventionsbestämmelse föranleder slutsatsen att hotet mot ett grundläggande samhällsintresse måste antas vara fortsatt verkligt?
2. Om fråga 1 ska besvaras nekande, hur ska man då, inom ramen för en förklaring om att en person är icke önskvärd, pröva huruvida beteendet hos den ovannämnda unionsmedborgaren, beträffande vilken det har styrkts att vederbörande omfattas av artikel 1 F a och b i Genèvekonventionen, ska anses utgöra ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse? I vilken utsträckning har det därvid betydelse att gärningarna i artikel 1 F, såsom i förevarande fall, begicks för länge sedan – i förevarande fall under perioden 1992–1994?
3. På vilket sätt ska bedömningen av huruvida det går att förklara att en unionsmedborgare beträffande vilken det, liksom i förevarande mål, har styrkts att vederbörande omfattas av artikel 1 F a och b i Genèvekonventionen, är icke önskvärd, göras med tillämpning av proportionalitetsprincipen? Ska i samband därmed, eller separat, hänsyn tas till de faktorer som nämns i artikel 28.1 i direktiv 2004/38? Ska i samband därmed, eller separat, hänsyn tas till den tioåriga uppehållsperiod i den mottagande medlemsstaten som anges i artikel 28.3 a i nämnda direktiv? Ska hänsyn tas fullt ut till de faktorer som nämns i punkt 3.3 i [kommissionens vägledning]?”

B. Mål C-366/16

30. H. F. har uppgett sig vara afghansk medborgare. H. F. kom till Nederländerna år 2000 och ansökte om asyl där.

¹³ Kommissionens meddelande till Europaparlamentet och rådet av den 2 juli 2009 (KOM(2009) 313 slutlig). I denna punkt anges de uppgifter avseende den berörda personens personliga förhållanden och familjesituation som ska vägas mot samhällets grundläggande intressen för att kontrollera huruvida åtgärder som vidtas med hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet som syftar till att skydda dessa intressen är proportionerliga.

31. Den 26 maj 2003 meddelade Immigratie- en Naturalisatiedienst (myndigheten med ansvar för immigrations- och medborgarskapsfrågor, nedan kallad IND) ett beslut om att inte bevilja H. F. flyktingstatus på grundval av artikel 1 F a i Genèvekonventionen. Genom beslut av den 9 januari 2006 vägrade IND att utfärda ett tillfälligt uppehållstillstånd till honom enligt artikel 3 i Europakonventionen. Dessa två beslut fastställdes i domstol och vann laga kraft.

32. Därpå meddelade Staatssecretaris van Justitie (statssekreteraren vid justitieministeriet, Nederländerna) ett beslut enligt vilket H. F. förklarades icke önskvärd inom territoriet. På grundval av detta beslut nekades H. F. under åren 2013 och 2014 inresa eller vistelse i Schengenområdet på obestämd tid enligt artikel 24 i förordning (EG) nr 1987/2006.¹⁴

33. Av beslutet om hänskjutande framgår att H. F. inte dömts för något brott vare sig i Belgien eller i Nederländerna. H. F. lämnade även in ett utdrag ur kriminalregistret i Afghanistan, som inte innehöll några anmärkningar.

34. H. F:s myndiga dotter är nederländsk medborgare. År 2011 bosatte sig H. F. och hans dotter i Belgien där dottern är ekonomiskt aktiv.

35. H. F. lämnade in fyra på varandra följande ansökningar om uppehållstillstånd hos Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding (statssekreteraren för asyl och migration, social integration och bekämpning av fattigdom, Belgien, nedan kallad belgiska Staatssecretaris). De tre sista ansökningarna avsåg beviljande av uppehållstillstånd i egenskap av familjemedlem till en unionsmedborgare i den mening som avses i artikel 2.2 d i direktiv 2004/38, närmare bestämt i egenskap av släkting till sin myndiga dotter som är nederländsk medborgare och bosatt i Belgien. De fyra ansökningarna ledde till beslut om nekat uppehållstillstånd med en anmodan om att lämna det belgiska territoriet.

36. Beslutet om nekat uppehållstillstånd med anmodan om att lämna det belgiska territoriet som antogs till följd av den fjärde ansökan om uppehållstillstånd som ingavs av H. F., ogiltigförklarades den 17 juni 2015 genom en dom som meddelades av Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen). Efter den domen meddelande belgiska Staatssecretaris ett nytt beslut avseende H. F. den 8 oktober 2015, enligt vilket ett längre uppehåll än tre månader nekades utan någon anmodan att lämna det belgiska territoriet (nedan kallat det omtvistade beslutet i mål C-366/16). Artikel 43 i den belgiska utlänningslagen genom vilken artikel 27 i direktiv 2004/38 införlivades med den belgiska lagstiftningen utgör den rättsliga grunden för beslutet.

37. Belgiska Staatssecretaris grundade sitt beslut på de uppgifter som finns i de nederländska handlingarna som rörde asylförfarandet avseende H. F. som erhöles genom dennes medverkan. Av dessa handlingar framgår att det enligt vad den nederländska behöriga asylmyndigheten slagit fast föreligger allvarliga skäl för att anta att H. F. hade begått brott som omfattas av de kategorier som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen. H. F. hade deltagit i eller gett order om krigsförbrytelser

14 Europaparlamentets och rådets förordning av den 20 december 2006 om inrättande, drift och användning av andra generationen av Schengens informationssystem (SIS II) (EUT L 381, 2006, s. 4). I artikel 24.1 i denna förordning föreskrivs följande: "Uppgifter om tredjelandsmedborgare för vilka en registrering har införts i syfte att neka inresa eller vistelse skall införas på grundval av en nationell registrering efter beslut av de behöriga förvaltningsmyndigheterna eller domstolarna i enlighet med de förfaranderegler som fastställs i nationell lagstiftning; detta beslut skall fattas på grundval av en individuell bedömning." I punkt 2 i denna artikel anges följande: "En registrering skall införas när det beslut som avses i punkt 1 grundar sig på det hot mot den allmänna ordningen, den allmänna säkerheten eller mot den nationella säkerheten som den berörda tredjelandsmedborgarens vistelse på en medlemsstats territorium kan medföra." Enligt punkt 3 i denna artikel "[s]ka ejn registrering ... även införas när det beslut som avses i punkt 1 grundar sig på att tredjelandsmedborgaren varit föremål för en åtgärd som innebär avlägsnande, avvisning eller utvisning som vare sig återkallats eller vars verkställighet har skjutits upp, inbegripet de fall som omfattas av inreseförbud eller, i förekommande fall, av vägrat uppehållstillstånd som grundats på överträdelse av nationella bestämmelser om tredjelandsmedborgares inresa eller vistelse."

eller brott mot mänskligheten mot bakgrund av hans funktion i Afghanistan. Han hade i egenskap av politisk sekreterare haft kontakt med KhAD, en afghansk underrättelsetjänst under den tidigare kommunistiska regimen, varvid han lämnade rapporter om medlemmar som inte var lojala och som därigenom utsattes för kränkningar av de mänskliga rättigheterna genom KhAD.

38. Belgiska Staatssecretaris fann att ett hot som rör ett grundläggande samhällsintresse som utgår från en persons närvaro i samhället, med avseende på vilken det slutgiltigt har fastställts att det föreligger allvarliga skäl för att anta att denne har begått sådana brott är till sin natur varaktigt. Bedömningen av det framtida beteendet hos den personen saknar betydelse i ett sådant fall med hänsyn till de berörda brottsens art och svårighetsgrad och tiden, platsen och omständigheterna när de begicks. Det måste således inte bevisas att den berörda personens beteende medför ett faktiskt hot och att det således föreligger en risk för ett återfall i brott.

39. Belgiska Staatssecretaris anförde vidare att ett nekande av uppehållsrätt i ett sådant fall har till syfte att skydda brottsoffer och således det belgiska samhället och den internationella rättsordningen. Mot denna bakgrund är nekandet av uppehållsrätt för H. F. förenligt med proportionalitetsprincipen.

40. H. F. överklagade detta beslut till Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien). Han ansökte om uppskov med verkställigheten och yrkade att beslutet skulle ogiltigförklaras.

41. Denna domstol har ifrågasatt huruvida den uppfattning som företräds i det omtvistade beslutet i mål C-366/16 som det redogjorts för i punkt 38 i detta förslag till avgörande är förenlig med artikel 27.2 i direktiv 2004/38. Den har framhållit att denna uppfattning överensstämmer med det synsätt som intagits i Nederländerna av Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen) i dom av den 16 juni 2015.¹⁵

42. Den hänskjutande domstolen vill särskilt få klarhet i huruvida den omständigheten att det föreligger ett beslut att neka erkännande av flyktingstatus som meddelats ungefär tio år tidigare av en annan medlemsstat befriar myndigheterna i den mottagande medlemsstaten från deras skyldighet att pröva huruvida den aktuella personens beteende medför ett verkligt och faktiskt hot. Den har i detta avseende angett att beslutet till sin natur berör faktiska omständigheter som inträffat tidigare i den sistnämndes ursprungsland.

43. Den domstolen har vidare anført att H. F. inom ramen för sitt överklagande av det omtvistade beslutet i mål C-366/16 bland annat har gjort gällande att beslutet att neka erkännande av flyktingstatus som meddelats av den behöriga nederländska asylmyndigheten grundade sig på felaktiga uppgifter rörande Afghanistan.

44. Ovannämnda domstol har även väckt frågan huruvida det omtvistade beslutet i mål C-366/16 är förenligt med rätten till privatliv och familjeliv enligt artikel 7 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen.

45. Under dessa förhållanden beslutade Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska unionsrätten, särskilt artikel 27.2 i direktiv 2004/38, i förekommande fall jämförd med artikel 7 i stadgan, tolkas så, att en ansökan om uppehållstillstånd, som en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare ingett inom ramen för familjeåterförening med en unionsmedborgare som utnyttjar sin rätt till fri rörlighet och etableringsfrihet har ingett, kan avslås av det skälet att denna familjemedlems närvaro – vilken nekats erkännande som flykting i en annan medlemsstat i enlighet med artikel 1 F i Genèvekonventionen och artikel 12.2 i direktiv 2011/95, på grund av faktiska

¹⁵ NL:RVS:2015:2008. Se punkt 21 i detta förslag till avgörande.

omständigheter som hänför sig till vederbörande i dennes ursprungsland i ett specifikt historiskt-socialt sammanhang – i sig medför en fara för samhället, när slutsatsen att det föreligger ett verkligt och faktiskt hot på grund av denna familjemedlems beteende i den mottagande medlemsstaten uteslutande härleds från det negativa beslutet, utan att någon bedömning av risken för upprepad brottslighet äger rum i den mottagande medlemsstaten?”

C. Förfarandet vid domstolen

46. Begäran om förhandsavgörande i målen C-331/16 och C-366/16 registrerades vid domstolens kansli den 13 juni 2016 respektive den 5 juli 2016. Genom beslut av domstolens ordförande av den 21 juli 2016 förenades dessa mål med avseende på det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.

47. K., den belgiska, den grekiska, den franska och den nederländska regeringen och Förenade kungarikets regering samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

48. K. och H. F., den belgiska, den franska och den nederländska regeringen och Förenade kungarikets regering samt kommissionen var närvarande vid den muntliga förhandlingen den 10 juli 2017.

IV. Bedömning

A. Inledande anmärkningar

49. Vid den tidpunkten då K. och H. F. reste in till unionens territorium, vilka således inte ingår i den personkrets som direktiv 2004/38 är tillämpligt på, försökte de att bli erkända som flyktingar där. De nekades flyktingstatus på grundval av artikel 1 F a – enbart vad gäller H. F. och jämförd med punkt b i denna bestämmelse, vad gäller K. – i Genèvekonventionen.

50. K. förvärvade därefter ställning som unionsmedborgare till följd av Republiken Kroatiens anslutning till unionen. Enligt uppgifter från Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien) tillerkändes H. F. ställning som familjemedlem till en unionsmedborgare efter att ha återförenats med sin dotter som var nederländsk medborgare i Belgien.¹⁶ Dessa ändrade förhållanden medförde att direktiv 2004/38 blev tillämpligt på K. och H. F.

51. Även om det enligt artikel 1 F i Genèvekonventionen krävs att de personer som avses i denna bestämmelse inte ges flyktingstatus i den mening som avses i denna konvention utgör den inte hinder mot att de beviljas uppehållsrätt som skiljer sig från den som följer av denna status, förutsatt att det inte finns någon risk för att denna uppehållsrätt förväxlas med nämnda status.¹⁷ Det har inte bestridits att beviljandet av uppehållsrätt i egenskap av unionsmedborgare eller familjemedlem till en unionsmedborgare till en person som inte kan ges flyktingstatus uppfyller detta villkor.

¹⁶ I artikel 3.1 i direktiv 2004/38 föreskrivs att detta direktiv ”skall tillämpas på alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i samt på de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2.2 som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren”. Enligt artikel 2.2 d i detta direktiv är enbart en unionsmedborgares släktingar i rakt uppstigande led ”familjemedlemmar ”om de försörjs av denne. I beslutet om hänskjutande anges inte om H. F., såsom sistnämnda gjort gällande under förhandlingen, försörjs av sin dotter. I beslutet anges emellertid att artikel 2.2 d i direktiv 2004/38 är tillämplig på H. F. (se punkt 35 i detta förslag till avgörande), vilket förutsätter att detta villkor är uppfyllt. Domstolen ska emellertid i princip grunda sig på de faktiska omständigheter som den hänskjutande domstolen anser vara fastlagda (se dom av den 28 januari 1999, van der Kooy (C-181/97, EU:C:1999:32, punkt 30), och, för ett liknande resonemang, dom av den 12 februari 2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82, punkt 23). Det ankommer enbart på den hänskjutande domstolen att bedöma om H. F. är familjemedlem till en unionsmedborgare.

¹⁷ Se dom av den 9 november 2010, B och D (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkterna 115–120). Domstolen slog i den domen fast att direktiv 2011/95, liksom Genèvekonventionen, utgår från principen att medlemsstaterna enligt deras nationella lagstiftningar kan tillerkänna en annan form av skydd som skiljer sig från det som direktivet och Genèvekonventionen ger enligt vilka personer som inte kan ges flyktingstatus har uppehållsrätt inom deras territorium.

52. I förevarande fall har den uppehållsrätt som K. och H. F. har enligt direktiv 2004/38 begränsats av åtgärder som vidtagits med hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet i den mening som avses i artikel 27.2 i det direktivet (nedan kallade restriktiva åtgärder).¹⁸ Dessa åtgärder grundade sig på den omständigheten att sistnämnda varit föremål för beslut om att inte beviljas flyktingstatus enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen som antagits av asylmyndigheterna i den mottagande medlemsstaten (i K:s fall) eller i en annan medlemsstat (i H. F:s fall).

53. De hänskjutande domstolarna vill få klarhet i huruvida nämnda åtgärder antagits i enlighet med de villkor som uppställs i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 som ska tolkas restriktivt i den del de möjliggör undantag från de grundläggande rättigheter som föreskrivs i EUF-fördraget.¹⁹

54. De vill även få klarhet i huruvida de restriktiva åtgärder som det rör sig om i förevarande mål är förenliga med rätten till privatliv och familjeliv enligt artikel 7 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg, Nederländerna) vill dessutom få klarhet i huruvida det skydd mot utvisning som föreskrivs i artikel 28.1 och 28.3 a i det direktivet är tillämpligt på en sådan situation som den som K. befinner sig i.

B. Konstaterandet av att det föreligger ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse.

55. Genom den första och den andra tolkningsfrågan som ställts i mål C-331/16 och genom tolkningsfrågan i mål C-366/16 vill de hänskjutande domstolarna få klarhet i huruvida, och i så fall under vilka förutsättningar, en medlemsstat kan anse att närvaron på dess territorium av en unionsmedborgare eller en familjemedlem till unionsmedborgaren utgör ett "verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse" i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 av den anledningen av den personen tidigare varit föremål för ett beslut om att inte beviljas flyktingstatus enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen.

56. I synnerhet har Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg, Nederländerna) frågat domstolen om relevansen i detta sammanhang av att en lång tid (i förevarande fall mer än 20 år) förflutit sedan de brott som rättfärdigat beslutet att inte bevilja flyktingstatus som antas ha begåtts och antagandet av den restriktiva åtgärden i fråga. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien) vill få klarhet i om det är nödvändigt att göra en bedömning av risken för att sådana ageranden som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen återupprepas i den mottagande medlemsstaten, förutsatt att dessa ageranden ägde rum i den berörda personens ursprungsland i ett specifikt historiskt-socialt sammanhang.

57. Dessa frågor återspeglar de tvivel som de hänskjutande domstolarna hyser om huruvida motiveringen i de omtvistade besluten enligt vilken den tidigare tillämpningen av artikel 1 F a i Genèvekonventionen på grund av att den synnerligen allvarliga karaktären hos de brott som avses i nämnda konventionsbestämmelse innebär att den berörda personens närvaro på den mottagande medlemsstatens territorium utgör ett hot som måste "antas vara fortsatt verkligt" är förenlig med artikel 27.2 i direktiv 2004/38.²⁰

18 Se analogt dom av den 27 oktober 1977 Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 21).

19 Se bland annat dom av den 13 september 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 58 och där angiven rättspraxis). I dom av den 29 april 2004, Orfanopoulos och Oliveri (C-482/01 och C-493/01, EU:C:2004:262, punkt 65), slog domstolen fast att det krävs en "särskilt restriktiv" tolkning av undantagen från de rättigheter som följer av unionsmedborgarskapet.

20 Vad gäller det omtvistade beslutet i mål C-331/16 grundar sig denna motivering på vissa domar från Raad van State (Högsta förvaltningsdomstolen), till vilka det hänvisas i detta beslut (se punkt 20 i detta förslag till avgörande).

58. Vid bedömningen av om det föreligger ett hot i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 krävs för det första att ett "grundläggande samhällsintresse", vars skydd kan bidra till att säkerställa allmän ordning eller allmän säkerhet, fastställs. K. har gjort gällande att skyddet av de intressen som åberopats till stöd för de omtvistade besluten inte omfattas av begreppen "allmän ordning" eller "allmän säkerhet" i den mening som avses i denna bestämmelse. Jag kommer att inleda min analys med att underkänna detta argument (avsnitt 1).

59. För det andra innebär fastställandet av ett sådant hot att den berörda medlemsstaten motiverar på vilket sätt den berörda personens personliga beteende i ett visst fall utgör ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot dessa intressen. Jag kommer nedan närmare ange vad detta krav innebär i sådana situationer som dem vid de hänskjutande domstolarna (avsnitt 2).

1. Fastställandet av ett "grundläggande samhällsintresse" som skyddas med hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet

60. Av fast rättspraxis följer att begreppen allmän ordning och allmän säkerhet, särskilt som undantag från rätten att fritt röra sig och uppehålla sig som tillkommer unionsmedborgare eller familjemedlemmar till dessa, bör tolkas restriktivt, så att deras räckvidd inte kan bestämmas ensidigt av varje medlemsstat utan kontroll av unionens institutioner. Enligt unionsrätten finns emellertid ingen skyldighet att tillämpa en enhetlig värdeskala och vad hänsyn till allmän ordning och allmän säkerhet kräver kan variera från en medlemsstat till en annan och från en tidsperiod till en annan. Medlemsstaterna är i princip fortfarande fria att utifrån nationella behov bestämma vad dessa hänsyn består i.²¹

61. Domstolen har mot bakgrund av ovannämnda principer redan medgett att hänsyn till allmän ordning och allmän säkerhet i den mening som avses i de bestämmelser som gör det möjligt att begränsa nämnda rättigheter inte enbart omfattar skydd av lugn och direkt fysisk säkerhet för befolkningen mot risken för att brottsliga handlingar begås.

62. Domstolen har således slagit fast att begreppet allmän säkerhet som omfattar både den berörda medlemsstatens inre och yttre säkerhet bland annat omfattar "en inverkan på väsentliga offentliga institutioner och funktioner, av hot mot befolkningens överlevnad, av risken för en allvarlig störning i de yttre förbindelserna eller av den fredliga samexistensen mellan folken samt av en inverkan på militära intressen".²²

63. Hänsynen till allmän ordning kan, om dessa inte kan omfatta ekonomiska intressen²³ eller förhindra att den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär,²⁴ inbegripa skydd av olika intressen som den berörda medlemsstaten anser vara grundläggande enligt sitt egna värdesystem. Domstolen har särskilt erkänt möjligheten för en medlemsstat att under vissa förhållanden, med hänvisning till allmän ordning, åberopa skydd av ett grundläggande intresse som är så långt från lugn och direkt fysisk säkerhet för befolkningen som nödvändigheten av att säkerställa indrivning av skattefordringar.²⁵

21 Se, bland annat, dom av den 28 oktober 1975, Rutili (36/75, EU:C:1975:137, punkterna 26 och 27), dom av den 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkterna 33 och 34), och dom av den 22 maj 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

22 Se, bland annat, dom av den 13 september 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

23 Såsom följer av ordalydelsen av artikel 27.1 i direktiv 2004/38.

24 Dom av den 13 september 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 83 och där angiven rättspraxis).

25 Dom av den 17 november 2011, Aladzhev (C-434/10, EU:C:2011:750, punkt 37).

64. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande i mål C-331/16 grundade sig den restriktiva åtgärd som antogs gentemot K. *för det första* på en nederländsk lagbestämmelse som gör det möjligt att förklara en tredjelandsmedborgare icke önskvärd ”i syfte att värna Nederländernas internationella relationer”. Nederländska Staatssecretaris har i detta sammanhang gjort gällande nödvändigheten av att förhindra att den medlemsstaten blir mottagarland för personer beträffande vilka det föreligger skäl att anta att de har begått brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten. På samma sätt anges i beslutet om hänskjutande i mål C-366/16 att den restriktiva åtgärd som antagits gentemot H. F. bland annat syftade till att skydda den internationella rättsordningen.

65. Den franska regeringen har i detta avseende gjort gällande att sådana åtgärder även kan tillvarata intresset av att införa kraftfulla metoder för att skydda det franska samhällets grundläggande värderingar och den internationella rättsordningen som bland annat anges i artikel 21.1 FEU. Enligt den franska regeringen krävs dessa för att bidra till att bevara den sociala sammanhållningen och, såsom även Förenade kungariket gjort gällande, allmänhetens förtroende för system för rättvisa och invandring. Sistnämnda regering har dessutom gjort gällande intresset av att bevara trovärdigheten av Europeiska unionens och medlemsstaternas åtagande vad gäller skyddet av de grundläggande värden som anges i artiklarna 2 och 3 FEU.²⁶

66. *För det andra* motiverade nederländska Staatssecretaris den restriktiva åtgärd som är aktuell i målet med hänvisning till behovet av att förhindra att den nederländska befolkningen kommer i kontakt med sådana personer och särskilt att deras potentiella offer eller deras familjemedlemmar behöver konfronteras med dem. På motsvarande sätt anges i beslutet om hänskjutande i mål C-366/16 att det omtvistade beslutet i det målet syftade till att skydda offren till personer som inte kan ges flyktingstatus och det belgiska samhället.

67. Den nederländska regeringen och Förenade kungarikets regering har i detta avseende anført att antagandet av restriktiva åtgärder gentemot unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar som inte kan ges flyktingstatus enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen motiveras av kravet att förebygga uppkomsten av en social skada som är kopplad till den skandal som närvaron av en påstådd krigsförbrytare, som är ostraffad, på den berörda medlemsstatens territorium kan ge upphov till.

68. Enligt min mening kan medlemsstaterna, utan att gå utöver det utrymme för skönsmässig bedömning som de har för att bestämma vad hänsynen till allmän ordning kräver, anse att skyddet av samtliga ovannämnda intressen uppfyller dessa krav. Med hänsyn till de ovan i punkterna 60 och 63 nämnda principerna i detta förslag till avgörande ser jag ingen som helst anledning till att utesluta att medlemsstaterna kan anse att nämnda intressen enligt deras egna värdeskalor utgör grundläggande samhällsintressen i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 som ska skyddas med hänsyn till den allmänna ordningen.

69. Möjligheten att begränsa rätten att fritt röra sig och uppehålla sig som följer av direktiv 2004/38 till förmån för de grundläggande intressen som åberopats i detta avseende får dock enbart utövas i överensstämmelse med de villkor som fastställs i artikel 27.2 i det direktivet.

²⁶ Förenade kungarikets regering har dessutom hänvisat till de skyldigheter som medlemsstaterna måste fullgöra i fråga om bekämpning av terrorism enligt olika resolutioner från Förenta nationernas säkerhetsråd, där de åläggs att vägra fristad åt dem som begår eller underlättar att terroristhandlingar begås. Terroristhandlingar omfattas emellertid av undantaget i artikel 1 F c i Genèvekonventionen. Detta är inte aktuellt i de förevarande målen.

2. Konstaterandet att det föreligger ett hot mot de grundläggande intressen som åberopats till följd av den berörda personens beteende

70. Enligt artikel 27.2 i direktiv 2004/38 ska ”ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse” i den mening som avses i denna bestämmelse uteslutande grunda sig på den berörda personens personliga beteende. Motiveringar som inte direkt anknyter till det enskilda fallet eller där allmänpreventiva skäl åberopas kan inte godtas. Dessutom kan inte förekomsten av tidigare brottmålsdomar i sig utgöra skäl för en restriktiv åtgärd.

71. Domstolen har i detta avseende vid flera tillfällen slagit fast att en tidigare brottmålsdom för specifika överträdelser inte i sig räcker för att det per automatik ska kunna konstateras att det föreligger ett hot mot ett grundläggande samhällsintresse.²⁷ De omständigheter som ligger till grund för denna dom kan emellertid beaktas vid en bedömning i varje enskilt fall inom ramen för ett sådant konstaterande under förutsättning att de vittnar om ett personligt beteende som utgör ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse i mottagarlandet.²⁸

72. Även om fastställandet av ett sådant hot i detta sammanhang ”i allmänhet innebär ett krav på att det finns en benägenhet hos den berörda personen att uppföra sig på samma sätt [som straffbelagts] även i framtiden”²⁹ kan det tidigare uppförandet, under vissa omständigheter, i sig uppfylla villkoren för att kunna anses utgöra ett sådant hot.³⁰

73. I det följande kommer jag att redovisa skälen till att jag anser att de principer som det redogjorts för ovan i punkt 71 i detta förslag till avgörande ska tillämpas på motsvarande sätt när den berörda personen tidigare inte varit föremål för en brottmålsdom, utan ett beslut om att inte bevilja flyktigstatus fattats i den mening som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen [avdelning a].

74. Jag kommer mot bakgrund av den rättspraxis till vilken det hänvisats i punkt 72 i detta förslag till avgörande redogöra för de skäl som föranlett min bedömning att den berörda personens tidigare uppförande, såsom framgår av de fastställanden som ligger till grund för detta beslut, kan vara tillräckligt för att motivera konstaterandet att det föreligger ett ”faktiskt” hot, trots att det förflutit lång tid sedan de påstådda brott som vederbörande anklagats för begåtts och att det inte finns någon avsikt att upprepa dessa brott i den mottagande medlemsstaten [b].³¹

a) Relevansen av den tidigare tillämpningen av artikel 1 F a i Genèvekonventionen

1) Tillämpliga principer

75. Vid bedömningen av huruvida tillämpning av de principer som angetts ovan i punkt 71 i detta förslag till avgörande på lämpligt sätt kan reglera situationen där en person som tidigare inte kunnat ges flyktigstatus enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen ska två särskilda överväganden beaktas.

27 Se, bland annat, dom av den 29 april 2004, Orfanopoulos och Oliveri (C-482/01 och C-493/01, EU:C:2004:262, punkterna 68 och 93), dom av den 17 november 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, punkt 38), och dom av den 13 september 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, punkterna 64–67). Se även, analogt, dom av den 19 januari 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, punkt 25).

28 Se, bland annat, dom av den 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 28), dom av den 29 april 2004, Orfanopoulos och Oliveri (C-482/01 och C-493/01, EU:C:2004:262, punkt 77), och dom av den 7 juni 2007, kommissionen/Nederländerna (C-50/06, EU:C:2007:325, punkt 41). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 13 september 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 46).

29 Dom av den 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 29) och dom av den 22 maj 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, punkt 30). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 23 november 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 50).

30 Dom av den 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 29).

31 Jag föredrar denna formulering framför den avseende avsaknaden av en risk för ”upprepad brottslighet”. Såsom den belgiska regeringen gjort gällande förutsätter begreppet upprepad brottslighet enligt dess allmänna tillämpning att det föreligger en brottmålsdom. Av besluten om hänskjutande framgår emellertid att K. och H. F. inte har dömts för de gärningar som de anklagats för enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen.

76. För det första kan den synnerligen allvarliga karaktären av de brott som avses i denna bestämmelse tala för att medlemsstaterna ska inta en mer flexibel hållning som möjliggör för dem att fastställa ett hot i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 enbart av den anledningen att undantagsbestämmelsen i artikel 1 F a i Genèvekonventionen tillämpats på den berörda personen. De brott som anges där åsidosätter de mest grundläggande värderingarna som ligger till grund för såväl den internationella rättsordningen som de mänskliga rättigheterna³² och avser hela det internationella samfundet.³³

77. För det andra talar den omständigheten att det för att kunna tillämpa denna bestämmelse inte krävs att det föreligger en brottmålsdom,³⁴ eller bevisning i straffrättslig mening, med avseende på de brott som det rör sig om här, snarare för större försiktighet vid beaktandet av de omständigheter som ledde till beslutet om uteslutning, såsom de som följde av asylmyndighetens bedömning, som grund för att fastställa att det föreligger ett sådant hot.

78. Enligt min mening utgör ovannämnda överväganden inte hinder mot att tillämpa ovannämnda principer.

79. För det första anser jag att ett hot i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 inte kan fastställas per automatik utan en noggrannare undersökning enbart av den omständigheten att asylmyndigheterna tidigare inte gett den berörda personen flyktigstatus på grundval av artikel 1 F a i Genèvekonventionen. Kravet på en undersökning av det personliga beteendet som följer av ordalydelsen i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 medger enligt min mening inte undantag, trots att de uppträdanden som den berörda parten klandrats för är mycket allvarliga.

80. Detta tillvägagångssätt motiveras även av den omständigheten att olika mål eftersträvas med artikel 1 F i Genèvekonventionen och artikel 27 i direktiv 2004/38.³⁵

81. Såsom domstolen konstaterade i domen B och D,³⁶ syftar undantagsbestämmelsen i artikel 12.2 i direktiv 2011/95, som motsvarar artikel 1 F i Genèvekonventionen, till att "inte bevilja sådana personer flyktingstatus som inte anses värdiga det skydd som är förknippat med en sådan status och ... att förhindra att beviljandet av flyktingstatus gör det möjligt för personer som begått vissa allvarliga brott att undslippa straffrättsligt ansvar".

32 Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) slog i detta avseende i dom av den 21 oktober 2013, Janowiec m.fl. mot Ryssland (CE:ECHR:2013:1021JUD005550807, § 150), till vilken den franska regeringen hänvisade under förhandlingen, fast att allvarliga brott mot internationell rätt, såsom krigsförbrytelser, folkmord och brott mot mänskligheten, har en större dimension än vanliga brott och utgör ett "förnekande av Europakonventionens grunder."

33 Se artikel 5 i stadgan för Internationella brottmålsdomstolen som undertecknades i Rom den 17 juli 1998 (Förenta nationernas fördragssamling, volym 2187, nr 38544) och som trädde i kraft den 1 juli 2002.

34 Enligt Förenta nationernas flyktingkommissariat (UNHCR) kan artikel 1 F a i Genèvekonventionen emellertid under vissa omständigheter, när det rör sig om särskilt fasansfulla brott, även tillämpas om den berörda personen har dömts och avtjänat sitt straff. Se UNHCR, meddelandet om tillämpning av undantagsbestämmelser: artikel 1 F i 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning av den 4 september 2003 (nedan kallat UNHCR:s meddelande), punkterna 72 och 73. I skäl 22 i direktiv 2011/95 anges att "[s]amråd med [UNHCR] kan ge medlemsstaterna värdefull vägledning när det gäller att fastställa flyktingstatus enligt artikel 1 i Genèvekonventionen".

35 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punkt 77).

36 Dom av den 9 november 2010 (C-57/09 et C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 104).

82. Dessa undantagsbestämmelser avser däremot inte att skydda mottagarlandet mot en eventuell fara som närvaron av asylsökanden i fråga i det landet kan utgöra, ett sådant mål eftersträvas med andra bestämmelser i direktiv 2011/95.³⁷ Domstolen slog även fast att en tillämpning av artikel 12.2 i det direktivet inte förutsätter att den berörda personen utgör en befintlig fara för den mottagande medlemsstaten.³⁸

83. Med hänsyn till de olika mål som eftersträvas med dessa bestämmelser sammanfaller de bedömningar avseende tillämpningen av artikel 1 F a i Genèvekonventionen, liksom de bedömningar som har legat till grund för en brottmålsdom,³⁹ inte nödvändigtvis med bedömningen av vad som krävs med hänsyn till den allmänna ordningen och den allmänna säkerheten i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38.⁴⁰

84. För *det andra* kan emellertid de skäl som ligger till grund för beslutet att inte bevilja flyktingstatus beaktas när de med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall visar på att det föreligger ett personligt beteende som utgör ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse.⁴¹ I ett sådant fall kan de överväganden som motiverar en tillämpning av artikel 1 F a i Genèvekonventionen även utgöra grund för att fastställa att det föreligger ett hot i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38.⁴²

85. Denna princip berörs inte av den omständigheten att beslutet att inte bevilja flyktingstatus inte förutsätter att det föreligger en brottmålsdom eller kräver att de brott som den berörda personen har anklagats för har fastställts enligt de beviskrav som är allmänt tillämpliga i straffrätten i medlemsstaternas rättsordningar och i den internationella strafflagstiftningen ("utom rimligt tvivel").⁴³

37 Enligt dom av den 9 november 2010, B och D (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 101) "beaktas den fara som en flykting eventuellt utgör för den berörda medlemsstaten inte i direktivets artikel 12.2 utan dels i direktivets artikel 14.4 a, enligt vilken denna medlemsstat kan återkalla den status som beviljats en flykting om det bland annat finns skälig anledning att betrakta denne som en fara för säkerheten, dels i direktivets artikel 21.2, enligt vilken den mottagande medlemsstaten får avvisa en flykting om det finns skälig anledning att anta att denne utgör en fara för säkerheten eller utgör en samhällsfara i denna medlemsstat".

38 Dom av den 9 november 2010, B och D (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 105).

39 Se dom av den 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, punkt 27) och, analogt, dom av den 11 juni 2015, Zh. och O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkt 59).

40 Denna slutsats påverkas inte av den omständigheten att H. F., efter beslutet om att inte bevilja honom flyktingstatus, var föremål för ett beslut i Nederländerna om inreseförbud i den medlemsstaten och ett beslut om registrering i SIS, vilket enligt artikel 24.2 i förordning nr 1987/2006 kräver att den medlemsstat som inför registreringen fann att den berörda tredjelandsmedborgarens närvaro i den medlemsstaten utgör ett hot mot den allmänna ordningen eller den allmänna säkerheten (se fotnot 14 i detta förslag till avgörande). Såsom framgår av dom av den 10 juli 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 25), kan en restriktiv åtgärd inte grunda sig enbart på skäl som en annan medlemsstat har åberopat för att anta en sådan åtgärd. Ett beslut om en restriktiv åtgärd ska fattas mot bakgrund av överväganden som är specifika för skyddet för allmän ordning och allmän säkerhet i den medlemsstat som har att fatta detta beslut". En sådan åtgärd kan a fortiori inte grunda sig enbart på skäl som en annan medlemsstat har åberopat för att anta ett beslut om att vägra inresa eller vistelse med avseende på en tredjelandsmedborgare som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/38.

41 I praktiken ankommer de på de nationella myndigheterna att ta del av handlingarna i den berörda partens asylärende innan en restriktiv åtgärd vidtas. När det rör sig om ett beslut om att inte bevilja flyktingstatus som antagits av en annan medlemsstat och som lett till en registrering i SIS, ankommer det på denna att, i enlighet med principen om lojalt samarbete, tillhandahålla den medlemsstat som mottagit den registrerade personen kompletterande uppgifter för att göra det möjligt att göra en konkret bedömning av det hot som den registrerade personen kan utgöra (se dom av den 31 januari 2006, kommissionen/Spanien (C-503/03, EU:C:2006:74, punkt 56).

42 De omständigheter som ska beaktas i detta sammanhang kommer att anföras nedan i punkterna 91–100 i detta förslag till avgörande.

43 Se, bland annat, artikel 66.3 i stadgan för Internationella brottmålsdomstolen och artikel 87 A i rättegångs- och bevisregler för Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien som antogs den 11 februari 1994, senast ändrade den 8 juli 2015.

86. Av rättspraxis följer att en fällande dom, om denna inte räcker, inte heller krävs för att styrka att det föreligger ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse. I förekommande fall kan misstanken i sig att den berörda personen har begått en straffbar gärning sammantagen med andra omständigheter i det särskilda fallet, utgöra grund för att fastställa att det föreligger ett hot mot den allmänna ordningen eller den allmänna säkerheten.⁴⁴

87. I än högre grad kan ”synnerliga skäl att anta” att den berörda personen har begått en straffbar handling av den typ som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen – som innebär, utöver enbart misstankar, klar, tillförlitlig, trovärdig och övertygande bevisning,⁴⁵ – beaktas tillsammans med andra omständigheter,⁴⁶ för att motivera ett sådant konstaterande.

88. Införandet i artikel 1 F i denna konvention av detta beviskrav som är mindre strängt än det som föreskrivs i straffrätten förklaras av att denna bestämmelse oftast avser personer som varken har åtalats eller dömts för brott som de anklagats för.⁴⁷ Ett av de mål som eftersträvas med undantagsreglerna för flyktingstatus är att förhindra att straff undgås genom att förebygga att asylinstitutet utnyttjas för att undgå straffrättsligt ansvar.⁴⁸ Dessutom har asylmyndigheterna varken behörighet eller medel för att bevisa brottsliga gärningar som för övrigt antas ha begåtts under faktiska omständigheter som är särskilt svåra att klargöra.⁴⁹

89. Av beslutet om hänskjutande framgår att de restriktiva åtgärder som antagits gentemot K. och H. F. bland annat avsåg att förhindra de problem som deras närvaro i den mottagande medlemsstaten kunde medföra i samhället, särskilt för deras potentiella offer. Enligt den nederländska regeringen består problemet i den chock som närvaron i den medlemsstaten av personer som misstänks för att ostraffat ha begått de allvarligaste brotten mot internationell rätt skulle kunna medföra.

90. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att den omständigheten att en person inte kan ges flyktingstatus enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen, trots att den inte kan utgöra grund för att per automatik fastställa att det föreligger ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse, kan beaktas härvidlag, under förutsättning att de omständigheter som föranlett tillämpningen av denna bestämmelse, såsom de framgår av de bedömningar som gjorts av asylmyndigheterna, visar på att det föreligger ett personligt beteende som utgör ett sådant hot.

44 Domstolen har även fört ett liknande resonemang i domen av den 11 juni 2015, Zh. och O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkt 52) med avseende på tolkningen av artikel 7.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (EUT L 348, 2008, s. 98). Enligt denna bestämmelse får en medlemsstat avvika från sin skyldighet att bevilja en tidsfrist för frivillig avresa vid avlägsnande av en tredjelandsmedborgare när sistnämnda utgör en risk för allmän ordning eller allmän säkerhet. Domstolen anförde till stöd för sin slutsats att ”medlemsstaterna ... i princip fortfarande är fria att utifrån nationella behov bestämma vad hänsynen till allmän ordning kräver, [och att ingen av bestämmelserna i direktiv 2008/115] innehåller något stöd för uppfattningen att det krävs en fällande dom”. Enligt min mening kan detta resonemang och den slutsats som dragits därav överföras till tolkningen av artikel 27.2 i direktiv 2004/38. Medlemsstaterna har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att bestämma vad hänsynen till allmän ordning kräver även i samband med denna bestämmelse och i direktiv 2004/38 innehåller inte heller något krav på en fällande dom.

45 Se UNHCR, riktlinjer för internationellt skydd nr 5, tillämpning av undantagsbestämmelser: artikel 1 F i Genèvekonventionen från 1951 angående flyktingars rättsliga ställning, av den 4 september 2003 (punkterna 34 och 35) som bifogats riktlinjerna och de vägledande principerna avseende de förfaranden och kriterier som ska tillämpas vid bestämmandet av flyktingarnas status, Genève, december 2011 (nedan kallade UNHCR:s vägledande principer); HCR:s meddelande, punkterna 107–109, och Statement on Article 1 F of the 1951 Convention, juli 2009, s. 10.

46 Se punkterna 91–100 i detta förslag till avgörande.

47 Se emellertid fotnot 34 i detta förslag till avgörande.

48 Se punkt 81 i detta förslag till avgörande.

49 Se i detta avseende dom från Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen, Schweiz) av den 11 maj 2010, Y. med familj mot Office fédéral des migrations (ODM) (E-5538/2006, BVGE, § 5.3.2.2). Denna domstol framhöll att det beviskrav som föreskrivs i artikel 1 F i Genèvekonventionen motiveras såväl av föremålet för de beslut som grundar sig på denna bestämmelse som oberoende av deras allvar inte föreskriver påföljder och av de begränsade medel för undersökning som asylmyndigheterna har för att samla in bevisning för de händelser som ägt rum under förhållanden som ofta är svåra att klargöra.

2) De uppgifter mot bakgrund av vilka det kan bedömas huruvida de omständigheter som låg till grund för beslutet att inte bevilja flyktingsstatus visar på ett personligt beteende som utgör ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse

91. Såsom domstolen framhöll i domarna B och D⁵⁰ och Lounani,⁵¹ förutsätter ett beslut att inte bevilja flyktingstatus att en fullständig undersökning genomförs av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall. Enligt flera ställningstaganden av UNHCR inbegriper dessa, utöver typen av de brott som den berörda personen misstänks för, uppgifter om i vilken grad nämnda person varit individuellt inblandad i dessa brott och uppgifter om det eventuellt finns en grund för att frita vederbörande från straffrättsligt ansvar, såsom tvång eller legitimt försvar.⁵²

92. Alla dessa omständigheter som fastställts av asylmyndigheterna ska enligt min mening också beaktas vid bedömningen av om den berörda personens personliga beteende utgör ett hot i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38. I detta sammanhang kan avsevärd vikt läggas vid den synnerligen allvarliga karaktären hos de brott som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen som vederbörande anklagats för. Därutöver ska emellertid även alla andra relevanta faktorer undersökas.

93. Vad särskilt gäller graden av personlig inblandning kan noteras att en asylsökande enligt artikel 12.3 i direktiv 2011/95 anses ha ”förövat” ett brott i den mening som avses i punkt 2 i denna artikel om vederbörande har anstiftat eller på annat sätt deltagit i förövet.⁵³

94. Domstolen slog i detta avseende i domen B och D⁵⁴ fast att asylmyndigheterna inte kan vägra en person flyktingstatus enbart på den grunden att vederbörande tidigare tillhörde en organisation som var delaktig i de brott som nämns i artikel 1 F i Genèvekonventionen utan att undersöka om vederbörande kan göras delvis ansvarig för de handlingar som den aktuella organisationen har anklagats för mot bakgrund av samtliga omständigheter. Dessa omständigheter inbegriper bland annat ”den roll som den berörda personen faktiskt har haft vid utförandet av de ifrågavarande handlingarna, dennes ställning i organisationen, den grad av kännedom som denne hade eller borde ha haft rörande organisationens verksamhet, de eventuella påtryckningar som denne varit utsatt för eller andra faktorer som kan ha påverkat dennes beteende”.⁵⁵

95. K. har gjort gällande att han inte gavs flyktingstatus på grund av sin obligatoriska funktion i den bosniska armén. Han anser att de nederländska asylmyndigheternas praxis inte uppfyller kravet på individuell undersökning av graden av den asylsökandes personliga inblandning.

96. H. F. har i sin tur hävdade att de nederländska asylmyndigheterna beslöt att inte bevilja honom flyktingstatus enbart av den anledningen att han hade en enkel logistisk funktion vid KhAD.⁵⁶

⁵⁰ Dom av den 9 november 2010 (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 87).

⁵¹ Dom av den 31 januari 2017 (C-573/14, EU:C:2017:71, punkt 72).

⁵² Se bland annat UNHCR:s vägledande principer, punkterna 10–13 och punkterna 18–23, och UNHCR:s meddelande, punkterna 50–75.

⁵³ Se även UNHCR:s meddelande, punkterna 50–56.

⁵⁴ Dom av den 9 november 2010 (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkterna 88–99). Trots att den domen rörde tillämpningen av de undantag från flyktingstatus som avses i artikel 12.2 b och c i direktiv 2011/95 som motsvarar artikel 1 F b och c i Genèvekonventionen kan domstolens resonemang och den slutsats som drogs därav enligt min mening även tillämpas på det undantag för flyktingstatus som föreskrivs i punkt a i dessa bestämmelser.

⁵⁵ Dom av den 9 november 2010, B och D (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 97).

⁵⁶ H. F. har hänvisat till ett dokument som lagts till den akt som den hänskjutande domstolen tillhandahållit domstolen i mål C-366/16 där UNHCR offentligt ifrågasatte huruvida nederländsk praxis som består i att undantagsregler antas vara tillämpliga på asylsökande från Afghanistan som hade ställning som officer eller icke utnämnd officer vid KhAD var förenlig med Genèvekonventionen. Se även UNHCR, Note on the structure and operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978–1992, maj 2008.

97. Det ska i detta avseende erinras om att myndigheterna i den mottagande medlemsstaten vid antagandet av en restriktiv åtgärd visserligen inte har behörighet att ifrågasätta huruvida ett beslut om att inte bevilja flyktingstatus är välgrundat,⁵⁷ det ankommer dock på dem att pröva om de uppgifter på vilka asylmyndigheterna har grundat beslutet även kan motivera konstaterandet att det föreligger ett hot i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38.

98. Mot bakgrund av denna bestämmelse kan den omständigheten att den berörda personen är eller har varit delaktig i en organisation som är inblandad i brottsliga gärningar, endast utgöra grund för konstaterandet att ett sådant hot föreligger om denna omständighet vittnar om ett personligt beteende som äventyrar den allmänna ordningen eller den allmänna säkerheten.⁵⁸

99. I domen i målet H. T.,⁵⁹ tillämpade domstolen det resonemang som fördes i domen B och D⁶⁰ (som angetts ovan i punkt 94 i detta förslag till avgörande), analogt, vid tolkningen av artikel 24.1 i direktiv 2011/95. Enligt denna bestämmelse kan medlemsstaterna vägra att utfärda ett uppehållstillstånd till en flykting om "tvingande hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen" föreligger. Enligt domstolen förutsätter begreppet allmän ordning i den mening som avses i nämnda bestämmelse, i likhet med vad som föreskrivs i artikel 27.2 i direktiv 2004/38, att det "föreligger ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse".⁶¹ Domstolen har slagit fast att ett sådant hot inte enbart kan grundas på att en person har stött en organisation som är delaktig i brottsliga gärningar utan att det prövas huruvida flyktingen i fråga har ett individuellt ansvar för genomförandet av denna verksamhet mot bakgrund av exakta omständigheter.⁶² Den slutsatsen anser jag vara tillämplig med avseende på såväl tolkningen av artikel 24.1 i direktiv 2011/95 som tolkningen av artikel 27 i direktiv 2004/38, eftersom domstolen i domen i målet H. T.⁶³ slog fast att begreppet allmän ordning i den mening som avses i de båda bestämmelserna ska tolkas på liknande sätt.

100. Det ankommer på de hänskjutande domstolarna att bedöma om de restriktiva åtgärder som det rör sig om i de nationella målen har antagits efter en individuell prövning, som i sin tur genomförts på grundval av konstateranden som låg till grund för besluten att inte bevilja K. och H. F. flyktingstatus, på grundval av alla relevanta omständigheter, mot bakgrund av ovanstående överväganden.

b) Relevansen av den tid som förflutit sedan de påstådda brotten begicks och avsaknaden av en avsikt att upprepa dessa

101. Brott mot freden, krigsförbrytelse och brott mot mänskligheten som nämns i artikel 1 F a i Genèvekonventionen avser i allmänhet gärningar som begåtts i ett tredjeland innan den asylsökande reste in i den mottagande medlemsstaten. Såsom K. och den franska och den nederländska regeringen samt Förenade Kungarikets regering anför är det högst osannolikt att sådana brott upprepas i den

57 När beslutet om att inte bevilja flyktingsstatus fattats av en annan medlemsstat, skulle ett sådant ifrågasättande för övrigt inte vara förenligt med det ömsesidiga förtroende som, såsom detta betonats i skäl 22 i den förordningen, ligger till grund för det system som fastställts i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandets medborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat (omarbetad) (EUT L 180, 2013, s. 31).

58 Se, i detta avseende, dom av den 4 december 1974, van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, punkt 17), till vilken det hänvisas i punkt 3.2 i kommissionens riktlinjer.

59 Dom av den 24 juni 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413).

60 Dom av den 9 november 2010 (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkterna 88–99).

61 Dom av den 24 juni 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punkterna 77 och 79).

62 Dom av den 24 juni 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punkterna 86–90).

63 Dom av den 24 juni 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, punkt 77).

medlemsstaten efter sistnämndas inresa.⁶⁴ Så är fallet eftersom dessa omständigheter, såsom även Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien) påpekat, per definition är kopplade till det geografiska, historiska och sociala sammanhang som är specifikt för tredjelandet i fråga, och i synnerhet till en konflikt i det landet.

102. Enligt min mening är dessa överväganden inte nödvändigtvis avgörande i sådana situationer som de som är aktuella i de nationella målen.

103. För *det första* krävs, såsom framgår av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 72 i detta förslag till avgörande, för att det ska röra sig om ett verkligt hot, inte nödvändigtvis att det finns en risk för att ett beteende som äventyrar den allmänna ordningen och den allmänna säkerheten upprepas. Under vissa omständigheter kan ett tidigare beteende räcka för att motivera konstaterandet att den berörda personens beteende utgör ett hot som uppfyller de villkor som uppställs i artikel 27.2 i direktiv 2004/38.

104. Dessa omständigheter omfattar enligt min mening de situationer där en medlemsstat till stöd för en restriktiv åtgärd åberopar att det föreligger ett hot mot ett grundläggande samhällsintresse som inte är beroende av risken för att ett brottsligt beteende upprepas.⁶⁵

105. I förevarande fall har de omtvistade besluten inte antagits för att förhindra att K. och H. F. begår brott mot freden, krigsförbrytelser eller brott mot mänskligheten i den mottagande medlemsstaten. Dessa beslut avser tvärtom att förhindra de störningar av ordningen i samhället och internationella förhållanden som deras närvaro på det territoriet skulle kunna medföra med hänsyn till att deras tidigare brott som de misstänks för är synnerligen allvarliga, oberoende av deras aktuella och framtida beteende. Med hänsyn till de grundläggande intressen som åberopats utgör således närvaron av personer som misstänks för att ha begått sådana brott i sig, och inte deras aktuella eller framtida beteende i den mottagande medlemsstaten, ett hot. Ett sådant hot kan uppfylla villkoret att det ska röra sig om ett faktiskt hot som föreskrivs i artikel 27.2 i direktiv 2004/38, eftersom det, såsom den nederländska regeringen och Förenade kungarikets regering anför, är hotet och inte den berörda personens beteende som ska vara faktiskt.

106. För *det andra* innebär inte den tid som förflutit sedan brotten i fråga påstås ha begåtts, om den ska beaktas vid prövningen av om det påstådda hotet utgör ett faktiskt hot,⁶⁶ nödvändigtvis att detta berövas en sådan karaktär. Risken för den störning av ordningen i samhället och internationella förhållanden som närvaron av en person inom en medlemsstats territorium som misstänks för att ha begått brott mot freden, krigsförbrytelser eller brott mot mänskligheten kan medföra, kan även bestå, och ibland i än högre grad, när personen i fråga åtnjuter strafffrihet under en längre period.⁶⁷ De brott som omfattas av artikel 1 F 1 a i Genèvekonventionen kan inte heller preskriberas enligt olika internationella straffrättsliga instrument.

64 Domstolen har dessutom redan preciserat att tillämpningen av ett undantag för flyktigstatus inte är beroende av om det föreligger en "befintlig fara" för den berörda medlemsstaten (punkt 82 i detta förslag till avgörande).

65 Enligt min mening ska även påståendet i punkt 3.2 i kommissionens vägledning att "återfallsrisken spelar en stor roll" förstås på så sätt. Detta påstående är enbart relevant i den del det avser restriktiva åtgärder som avser att skydda lugn och fysisk säkerhet för befolkningen mot återfallsrisken av ett brottsligt beteende. Det är inte tillämpligt på restriktiva åtgärder som syftar till att skydda grundläggande intressen av en särskild typ.

66 Se, analogt, dom av den 11 juni 2015, Zh. och O. (C-554/13, EU:C:2015:377, punkt 62). Enligt rättspraxis ska förekomsten av ett hot i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 bedömas vid den tidpunkt då den restriktiva åtgärden antogs (dom av den 29 april 2004, Orfanopoulos och Oliveri (C-482/01 och C-493/01, EU:C:2004:262, punkterna 77–79).

67 Se särskilt artikel 29 i stadgan för Internationella brottmålsdomstolen och Europeiska konventionen om att brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser inte kan preskriberas, som undertecknades den 25 januari 1974 (Europeisk fördragssamling, nr 82).

107. För det fall att prövningen av de berörda personernas individuella beteende som ska genomföras mot bakgrund av ovannämnda överväganden skulle leda till slutsatsen att det föreligger ett hot i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 ska det vidare undersökas om proportionalitetsprincipen och sistnämndas grundläggande rättigheter iakttagits vid antagandet av de restriktiva åtgärder som det rör sig om i de nationella målen.

C. Prövningen av huruvida de restriktiva åtgärderna är proportionerliga och förenliga med rätten till privatliv och familjeliv

108. Genom den tredje frågan vill Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg) få klarhet i på vilket sätt den proportionalitet som krävs vid antagandet av en restriktiv åtgärd gentemot en person som tidigare inte har getts flyktingstatus i den mening som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen ska bedömas.

109. Den domstolen vill i synnerhet få klarhet i om de faktorer som fastställs i artikel 28.1 i direktiv 2004/38 och som återges i punkt 3.3 i kommissionens vägledning ska beaktas i detta sammanhang. Den vill dessutom få klarhet i om det starkare skydd som unionsmedborgare som har uppehållit sig i den mottagande medlemsstaten under de tio föregående åren åtnjuter enligt artikel 28.3 a i det direktivet även är tillämpligt på K:s situation.

110. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien) har även frågat domstolen huruvida en sådan restriktiv åtgärd som det omtvistade beslutet i mål C-366/16 är förenligt med artikel 7 i stadgan. Såsom jag emellertid kommer att ange nedan är prövningen av huruvida en restriktiv åtgärd är proportionerlig nära kopplad till granskningen av om den är förenlig med de grundläggande rättigheterna. Under dessa omständigheter är det viktigt för att ge den domstolen ett användbart svar att även ge viss vägledning om hur prövningen ska ske i det mål som anhängiggjorts vid den.

1. Kravet på adekvans och behovet av restriktiva åtgärder

111. Proportionalitetsprincipen som ska beaktas enligt artikel 27.2 i direktiv 2004/38 innebär att varje restriktiv åtgärd är "ägnad att säkerställa att dess syfte uppnås och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte".⁶⁸

112. För att uppfylla dessa krav åligger det den mottagande medlemsstaten att bland annat undersöka om det är möjligt att anta alternativa åtgärder som innebär ett mindre långtgående ingrepp i rätten att fritt röra sig och uppehålla sig för den berörda personen som är lika effektiva för att säkerställa skyddet av de grundläggande intressen som åberopats.⁶⁹

⁶⁸ Se, bland annat, dom av den 26 november 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, EU:C:2002:712, punkt 43), dom av den 10 juli 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 29), och dom av den 17 november 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, punkt 40).

⁶⁹ Dom av den 17 november 2011, Aladzhov (C-434/10, EU:C:2011:750, punkt 47) och, analogt, dom av den 23 november 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 49).

113. I detta avseende kan man såsom K. gjort gällande under förhandlingen förstås fråga sig om de grundläggande intressen som åberopats i förevarande fall bättre skulle kunna tillgodoses genom att inleda straffrättsliga förfaranden mot den berörda personen i den mottagande medlemsstaten⁷⁰ när den medlemsstaten har extraterritoriell behörighet i detta avseende.⁷¹ Utvisning av den berörda personen till en annan medlemsstat (såsom skedde i K:s fall) eller till ett tredjeland i avsaknad av garantier för att vederbörande kommer att ställas inför rätta där kan inte avhjälpa de problem som hänger samman med att de personer som påstås ha begått de brott som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen går ostraffade.⁷²

114. Enligt min mening ska emellertid en återhållsam hållning intas i detta avseende och det ska medges att medlemsstaterna, utan att det påverkar de skyldigheter som åligger dem enligt internationell rätt att utöva extraterritoriell behörighet,⁷³ har frihet att bemöta det hot som närvaron av en person som inte har getts flyktingstatus kan utgöra genom att neka vederbörande uppehållstillstånd i stället för att ställa personen i fråga inför rätta. Såsom Förande kungarikets regering har gjort gällande kan en medlemsstat i vissa fall anse sig vara oförmögen att väcka åtal mot en sådan person⁷⁴ redan med hänsyn till svårigheten att samla in bevis och fastställa de faktiska förhållandena. Enligt min mening faller dessa utmaningar utanför ramen för de nu aktuella målen.

2. Avvägning mellan de olika föreliggande legitima intressena

a) Tillämpliga principer

115. Kravet på att en restriktiv åtgärd ska överensstämma med proportionalitetsprincipen i den mening som avses i artikel 27.2 i direktiv 2004/38 förutsätter även att en rättvis balans uppnås mellan dels skyddet för de rättigheter som unionsmedborgare och deras familjemedlemmar har enligt detta direktiv, dels skyddet för de grundläggande samhällsintressena i den mottagande staten.⁷⁵

70 I detta avseende anges följande i skäl 7 i rådets beslut 2003/335/RIF av den 8 maj 2003 om utredning och lagföring av folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser (EUT L 118, 2003, s. 12) "[m]edlemsstaternas behöriga myndigheter måste, om de får veta att en person som ansökt om uppehållstillstånd misstänks för att ha begått eller medverkat till folkmord, brott mot mänskligheten eller krigsförbrytelser, se till att de aktuella gärningarna utreds och, när det är befogat, lagförs i överensstämmelse med nationell lagstiftning". I förevarande fall har den nederländska regeringen under förhandlingen anfört att några personer som inte getts flyktingstatus därefter har lagförts i Nederländerna.

71 I förekommande fall kan förfaranden inledas på grundval av en universell behörighet. Särskilt i de fyra Genèvekonventionerna av den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter åläggs de stater som är anslutna till konventionerna att utöva denna behörighet på brott som omfattas av deras tillämpningsområde (se artikel 49 i första Genèvekonvention angående förbättrande av sårades och sjukas behandling vid stridskrafterna i fält, artikel 50 i andra Genèvekonvention angående förbättrande av behandlingen av sårade, sjuka och skeppsbrutna tillhörande stridskrafterna till sjöss, artikel 129 i tredje Genèvekonvention angående krigsfångars behandling och artikel 146 i fjärde Genèvekonvention angående skydd för civila i krig). Se även skälen 3 och 7 i rådets beslut av den 13 juni 2002 om inrättande av ett europeiskt nätverk av kontaktpunkter med avseende på personer som har gjort sig skyldiga till folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser (EGT L 167, 2002, s. 1).

72 Se, för ett liknande resonemang, UNHCR:s meddelande, punkt 4 där det anges att "utvecklingen av den allmänna behörigheten och inrättandet av internationella straffdomstolar minskar betydelsen av uteslutning som ett sätt att garantera att personer som undandrar sig rättvisan ställs inför rätta, vilket talar för ett mer restriktivt förhållningssätt".

73 Se ovan fotnot 71 i detta förslag till avgörande.

74 För en beskrivning av de utmaningar som ett åtal vid de nationella domstolarna av personer som påstås ha begått allvarliga brott mot internationell rätt innebär se Réseau concernant les enquêtes et les poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre, "Stratégie du Réseau génocide de l'UE pour lutter contre l'impunité du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre au sein de l'Union européenne et de ses États membres", Haag, november 2014, sidorna 15–23.

75 Se, bland annat, dom av den 29 april 2004, Orfanopoulos och Oliveri (C-482/01 och C-493/01, EU:C:2004:262, punkt 95).

116. En sådan avvägning har ett nära samband med prövningen av en restriktiv åtgärd mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som domstolen ska säkerställa iakttagandet av, särskilt rätten till privatliv och familjeliv enligt artikel 7 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen.⁷⁶ Dessa bestämmelser innebär att en balans eftersträvas mellan de kollektiva intressen som åberopats till stöd för ett ingrepp i denna rättighet och den berörda personens individuella intressen. De ska i förekommande fall läsas mot bakgrund av skyldigheten att beakta barnets bästa som erkänns i unionsrätten i artikel 24.2 i stadgan.⁷⁷

117. Artikel 27 i direktiv 2004/38 som har rubriken "Allmänna principer" avser samtliga restriktiva åtgärder. I denna bestämmelse anges inte vilka kriterier som ska beaktas vid bedömningen av om dessa åtgärder är proportionerliga och om de är förenliga med de grundläggande rättigheter som tillkommer dem som åtgärderna är riktade till. Däremot är artikel 28.1 i direktivet som har rubriken "Skydd mot utvisning" tillämplig på "beslut om utvisning" och denna artikel innehåller en icke uttömmande förteckning över de faktorer som medlemsstaterna ska beakta innan de fattar sådana beslut. Dessa innebär faktorer som varaktigheten av personens uppehåll inom den mottagande medlemsstats territorium, personens ålder, hälsotillstånd, familjesituation, ekonomiska situation, sociala och kulturella integrering i den mottagande medlemsstaten och banden till ursprungslandet.

118. Dessa faktorer som även återges i punkt 3.3 i kommissionens vägledning motsvarar till stor del dem som utvecklats i Europadomstolens praxis särskilt i domarna *Boultif mot Schweiz*⁷⁸ och *Üner mot Nederländerna*,⁷⁹ som gör det möjligt att kontrollera huruvida ett beslut om utvisning är förenligt med artikel 8 i Europakonventionen.

119. Bedömningen av huruvida en begränsning av en unionsmedborgares och dess familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig är proportionerlig sammanfaller inte nödvändigtvis med den bedömning som gjorts mot bakgrund av denna bestämmelse. I Europadomstolens praxis utgås från att artikel 8 i Europakonventionen inte garanterar en utländsk medborgare rätt att resa in och bosätta sig i ett visst land.⁸⁰ Däremot har unionsmedborgare och deras familjemedlemmar rätt att resa in och bosätta sig i den mottagande medlemsstaten på de villkor som fastställs i direktiv 2004/38, varvid sistnämnda är tvungen att rättfärdiga varje inskränkning i denna rättighet.⁸¹ Den relativa vikten av de kriterier med avseende på vilka en avvägning gjorts kan emellertid variera även med beaktande av de specifika mål som eftersträvas med detta direktiv, som bland annat, såsom framgår av skälen 23 och 24, omfattar ökad integrering av dessa personer i det mottagande samhället.

76 Se, bland annat, dom av den 23 november 2010, *Tsakouridis* (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 52), dom av den 13 september 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 81), och dom av den 13 september 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 41). Av artikel 52.3 i stadgan framgår att i den mån som stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ska de ha samma innebörd och räckvidd som i den konventionen. Denna bestämmelse hindrar emellertid inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd. Eftersom artikel 7 i stadgan garanterar rättigheter som motsvarar dem som garanteras av artikel 8 i Europakonventionen ska den ges samma mening och samma räckvidd som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i sin praxis gett artikel 8 i Europakonventionen (se dom av den 5 oktober 2010, *McB.* (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punkt 53)).

77 Dom av den 13 september 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 81) och dom av den 13 september 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 36). Se även Europadomstolen, dom av den 3 oktober 2014, *Jeunesse mot Nederländerna* (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 109 och där angiven rättspraxis).

78 Europadomstolen, dom av den 2 augusti 2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 48).

79 Europadomstolen, dom av den 18 oktober 2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, §§ 57 och 58).

80 Se, bland annat, dom av den 2 augusti 2001, *Boultif mot Schweiz* (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 39).

81 Se även i detta avseende *Guild, E., Peers, S., och Tomkin, J., The EU Citizenship Directive, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 267.

b) Tillämpningen av de kriterier som anges i artikel 28.1 i direktiv 2004/38 på sådana situationer som de som är aktuella i de nationella målen

1) Sådana situationer som K. befinner sig i

120. Av de handlingar som den hänskjutande domstolen har ingett till domstolen framgår att förklaringen om att K. inte var önskvärd i Nederländerna innefattade en anmodan om att lämna det nederländska territoriet. Den nederländska myndigheten bekräftade under förhandlingen att K. kunde vara föremål för påtvingat avlägsnande om han inte efterkom anmodan inom tidsfristen.

121. Det omtvistade beslutet i mål C-331/16 omfattas således av tillämpningsområdet för artikel 28.1 i direktiv 2004/38 såsom för övrigt den regeringen har medgett.

122. I detta avseende saknar *för det första* det förhållandet, såsom nämnda regering anført under förhandlingen, att K. inte varit föremål för påtvingat avlägsnande betydelse. Såsom framgår av rättspraxis⁸² är denna bestämmelse tillämplig på alla åtgärder som innebär att en unionsmedborgare eller dess familjemedlemmar utvisas. Den avser inte enbart tvångsrepatriering varigenom i förekommande fall vissa beslut om utvisning verkställs om de inte följs frivilligt av dem som besluten är riktade till.⁸³

123. *För det andra* måste de faktorer som nämns i artikel 28.1 i direktiv 2004/38 beaktas trots det förhållandet att K., såsom framgår av beslutet om hänskjutande och med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, enbart hade tillfälligt uppehållstillstånd i Nederländerna som möjliggjorde för honom att stanna kvar i den medlemsstaten i väntan på ett beslut rörande hans asylansökan och eventuella överklaganden. Det verkar som om K. stannat kvar i Nederländerna utan att ha haft uppehållsrätt där efter det att besluten om att inte bevilja honom flyktingstatus och inreseförbud inom territoriet vunnit laga kraft.⁸⁴

124. Europadomstolen har i detta avseende redan slagit fast att en avvägning av kollektiva och individuella intressen mot bakgrund av samtliga faktorer som nämnts i domarna *Boultif* mot Schweiz⁸⁵ och *Üner* mot Nederländerna⁸⁶ även krävs när den berörda personen knutit band med den mottagande medlemsstaten utan att ha uppehållsrätt där. Denna omständighet kan emellertid beaktas inom ramen för denna avvägning,⁸⁷ som det ankommer på den nationella domstolen att göra.

82 Särskilt i dom av den 23 november 2010, *Tsakouridis* (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 2), dom av den 22 maj 2012, *I* (C-348/09, EU:C:2012:300, punkt 2), och dom av den 17 mars 2016, *Bensada Benallal* (C-161/15, EU:C:2016:175, point 2), betraktade domstolen åtgärder som innebar en förlust av rätten till inresa och vistelse inom en medlemsstats territorium samtidigt som de berörda personerna uppmanades att lämna territoriet vid äventyr av utvisning från territoriet, utan att detta hot förelåg, som beslut om utvisning i den mening som avses i artikel 28.1 direktiv 2004/38.

83 Jag ser i detta avseende en viss analogi med begreppet "beslut om utvisning" i den mening som avses i artikel 28.1 i direktiv 2004/38 och "beslut om återvändande" som antagits mot en tredjelandsmedborgare i den mening som avses i artikel 3.4 i direktiv 2008/115. Med sistnämnda begrepp avses "ett administrativt eller rättsligt beslut enligt vilket en tredjelandsmedborgares vistelse är olaglig och som ålägger eller fastställer en skyldighet att återvända". Enligt artikel 8.3 i det direktivet jämförd med artikel 3.5 i direktivet får medlemsstaterna för att verkställa ett beslut om återvändande anta ett separat beslut om verkställigheten av skyldigheten att återvända, det vill säga den faktiska transporten ut ur medlemsstaten.

84 Av beslutet om hänskjutande framgår att K. först och främst under tiden mellan sin inresa till Nederländerna år 2001 och *Raad van States* (Högsta förvaltningsdomstolen) fastställande av beslutet att avslå hans asylansökan år 2005 uppehöll sig lagligen i den medlemsstaten tillfälligt i väntan på ett slutgiltigt avgörande om ansökan. Därefter stannade K. kvar i Nederländerna trots det första beslutet av den 15 maj 2003 om att inte bevilja honom flyktingstatus. I beslutet om hänskjutande anges inte om han hade rätt att stanna på annan grund. Slutligen lämnade K. inte Nederländerna efter det andra beslutet om att inte bevilja honom flyktingstatus som åtföljdes av ett inreseförbud inom territoriet som utfärdades den 16 januari 2013.

85 Europadomstolen dom av den 2 augusti 2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 48).

86 Europadomstolen dom av den 18 oktober 2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, §§ 57 och 58).

87 Se, bland annat, Europadomstolens domar av den 3 november 2011, *Arvelo Aponte* mot Nederländerna (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, §§ 55 och 59 och av den 3 oktober 2014, *Jeunesse* mot Nederländerna (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 108 och §§ 113–123). I dom av den 23 november 2010, *Tsakouridis* (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 53), dom av den 13 september 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, punkt 86), och dom av den 13 september 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, punkt 42), nämnde domstolen även lagenlig vistelse bland de faktorer som ska beaktas vid prövningen av huruvida en restriktiv åtgärd är proportionerlig och förenlig med de grundläggande rättigheterna.

2) *Sådana situationer som H. F. befinner sig i*

125. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien) har framhållit att beslutet att inte bevilja H. F. uppehållstillstånd inte åtföljs av en anmodan att lämna territoriet. Den berörda personens närvaro inom det belgiska territoriet "tolereras" i viss mån, utan att den personen emellertid hade uppehållsrätt där eller en särskild ställning.⁸⁸

126. Därmed uppstår frågan om antagandet av en sådan restriktiv åtgärd, trots att den inte innebär att den till vilken beslutet är riktat ska utvisas, kräver att de kriterier som anges i artikel 28.1 i direktiv 2004/38 beaktas.

127. Ett berövande av uppehållsrätt kan på samma sätt, om än i mindre grad än ett beslut om utvisning, äventyra den berörda personens integrering i den mottagande medlemsstaten och inverka på dennes familje- och privatliv.

128. Flera av de faktorer som anges i artikel 28.1 i direktiv 2004/38, som längden av den berörda personens uppehåll och hur starka band som har knutits med den mottagande medlemsstaten är nära förbundna med den integration som följer med vistelsen i den medlemsstaten. Mot den bakgrunden kan dessa faktorer vara relevanta vid prövningen av om en restriktiv åtgärd som inte innebär att den berörda personen utvisas, förutsatt att den personen redan har kunnat integrera sig och skapa ett privat- och familjeliv i den medlemsstaten till följd av att vederbörande uppehållit sig där, är proportionerlig och förenlig med artikel 7 i stadgan.⁸⁹ Såsom den belgiska regeringen och Förenade kungarikets regering har gjort gällande, är nämnda faktorer däremot irrelevanta när det rör sig om beslut som först och främst innebär att inresa till en medlemsstat vägras. De till vilka besluten riktar sig till har i det fallet inte haft tillfälle att integrera sig i den medlemsstaten eller att skapa ett privat- och familjeliv där.

129. Det är mot denna bakgrund som jag tolkar artikel 3.3 i kommissionens vägledning där det anges att hänsyn bör tas till de faktorer som nämns i artikel 28.1 i direktiv 2004/38 vid antagandet av restriktiva åtgärder i den mening som avses i artikel 27 i det direktivet. Denna punkt innebär enligt min mening att hänsyn ska tas till dessa faktorer i den mån de visar sig vara relevanta i ett bestämt fall.

⁸⁸ Såsom domstolen framhöll i dom av den 9 november 2010, B och D (C-57/09 och C-101/09, EU:C:2010:661, punkt 110), innebär inte beslutet att inte bevilja en person flyktingstatus ett ställningstagande beträffande den separata frågan huruvida vederbörande kan utvisas till sitt ursprungsland. De situationer där en person varken får resa in i landet eller kan utvisas kan uppkomma när artikel 4 i stadgan och artikel 3 i Europakonventionen, som inte medger undantag, utgör hinder mot att vederbörande utvisas till ett annat land där denne löper en reell risk att utsättas för tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling. I beslutet om hänskjutande anges inte om det är omöjligt att utvisa H. F. på grundval av dessa bestämmelser.

⁸⁹ En viss tillnärmning kan göras på grundval av den slutsats som drogs i dom av den 9 november 2000, Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:604, punkt 43), enligt vilken ett beslut att vägra en unionsmedborgare uppehållstillstånd efter det att denne uppehållit sig inom den berörda medlemsstatens territorium under flera månader i väntan på ett beslut rörande dennes ansökan kan inte likställas med att vägra en person inresa i den mening som avses i artikel 8 i rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (EGT 56, 1964, s. 850; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 28), som har ändrats sedan dess. Ett sådant beslut ska behandlas som ett beslut om utvisning i den mening som avses i artikel 9 i det direktivet och åtföljas av ett mer omfattande processrättsliga skydd. Generaladvokaten Léger konstaterade i målet Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:174) till stöd för detta synsätt att "en person som vistas i landet, även när han vistas där i avvaktan på tillstånd, [ges] fler möjligheter till sociala kontakter, såväl personliga som professionella, än en person som ännu inte har passerat gränsövergången. Den förra är på det hela taget mer integrerad i värdlandet".

130. Mitt föreslagna synsätt speglar även Europadomstolens praxis enligt vilken testet om huruvida det föreligger en "rättvis balans" mellan hänsyn till allmän ordning och individuella intressen är tillämpligt vid kontrollen av om en konventionsstat fullgjort såväl sina "negativa skyldigheter" att inte inskränka en persons rätt till privatliv och familjeliv genom att utvisa vederbörande från dess territorium som sina "positiva skyldigheter" att möjliggöra för personen i fråga att faktiskt utöva denna rätt bland annat genom att bevilja den berörda personen uppehållstillstånd. Såsom framgår av nämnda rättspraxis kan gränsen mellan dessa två kategorier av skyldigheter inte fastställas exakt.⁹⁰

131. Europadomstolen har dessutom redan prövat ett mål där omständigheterna motsvarade dem i mål C-366/16. I beslutet K. mot Nederländerna⁹¹ var frågan huruvida ett utvisningsbeslut som antagits av Nederländerna mot en medborgare i Afghanistan som nekats flyktingstatus enligt artikel 1 F i Genèvekonventionen, beträffande vilken uppskov med verkställighet hade beslutats, var förenligt med artikel 8 i Europakonventionen. Såsom framgår av det beslutet är ovannämnda test om huruvida det föreligger en "rättvis balans" fortfarande tillämpligt i ett sådant sammanhang.

132. Europadomstolen har bland de faktorer som ska beaktas i detta avseende emellertid nämnt den utsträckning i vilken den statliga åtgärden i fråga faktiskt inkräktar på familjelivet. Den har i detta avseende preciserat att avsevärd vikt kan ges åt den omständigheten att det inte finns någon risk för att den berörda parten utvisas från den mottagande statens territorium och därmed inte heller för att den skiljs från sin familj.⁹²

133. Denna faktor är enligt min uppfattning även relevant vid den prövning av proportionaliteten av en restriktiv åtgärd mot bakgrund av artikel 27.2 i direktiv 2004/38 som det ankommer på den hänskjutande domstolen att genomföra. De faktorer som avser den berörda personens integrering är emellertid av särskild betydelse vid tillämpningen av denna bestämmelse med hänsyn till de mål som eftersträvas med direktiv 2004/38.⁹³

3. Tillämpningen av artikel 28.3 a i en sådan situation som K. befinner sig i

134. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg) har påpekat att K. varit bosatt i Nederländerna fortlöpande sedan mer än tio år tillbaka vid tidpunkten för antagandet av det omtvistade beslutet i mål C-331/16.⁹⁴ Den hänskjutande domstolen vill följaktligen få klarhet i huruvida K. kommer i åtnjutande av de mera omfattande garantier mot utvisning som föreskrivs i artikel 28.3 a i direktiv 2004/38 som också är ett uttryck för proportionalitetsprincipen.⁹⁵

⁹⁰ Se, bland annat, Europadomstolen, dom av den 28 juni 2011, Nunez mot Norge (CE:ECHR:2011:0628JUD005559709, § 68), dom av den 3 november 2011, Arvelo Aponte mot Nederländerna (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, § 53), och dom av den 3 oktober 2014, Jeunesse mot Nederländerna (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 106).

⁹¹ Europadomstolen, beslut av den 25 september 2012 (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, § 42). Under dessa förhållanden ifrågasatte Europadomstolen huruvida klaganden hade "utsatts" i den mening som avses i artikel 34 i Europakonventionen och slog fast att, även om vederbörande hade utsatts, så har de nederländska myndigheterna inte gjort något fel i strävan att uppnå en balans mellan kollektiva intressen och aktuella individuella intressen.

⁹² Europadomstolen, beslut av den 25 september 2012, K. mot Nederländerna (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, § 47).

⁹³ Se punkt 119 i detta förslag till avgörande.

⁹⁴ Den nederländska regeringen har bestritt den hänskjutande domstolens beskrivning av de faktiska omständigheterna avseende K:s stadigvarande uppehåll i Nederländerna. Det ankommer på den domstolen att klargöra frågan. Detta innebär att domstolen måste grunda sig på de faktiska förutsättningar som ligger till grund för den hänskjutande domstolens beslut (se fotnot 16 i detta förslag till avgörande).

⁹⁵ Se i detta avseende skäl 23 i direktiv 2004/38 och kommissionens rapport till Europaparlamentet och rådet av den 10 december 2008 avseende tillämpningen av direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (KOM(2008) 840 slutlig, s. 9).

135. Såsom anges i skälen 23 och 24 i det direktivet har härigenom ett graderat system för skydd mot utvisning införts som är beroende av graden av integrering i den mottagande medlemsstaten. Graden av integrering fastställs i viss mån objektivt utifrån vistelsens längd i den medlemsstaten. Ju längre vistelsen är, desto högre antas graden av integrering vara och desto mer fullständigt är skyddet mot utvisning.⁹⁶

136. Mot den bakgrunden krävs enligt artikel 28.1 i det direktivet inte enbart att varaktigheten av uppehållet beaktas vid bedömningen av huruvida ett utvisningsbeslut är proportionerligt, utan i punkterna 2 och 3 i denna artikel föreskrivs även att en person enbart kan utvisas från den mottagande medlemsstaten om det föreligger "tvingande hänsyn till allmän ordning och allmän säkerhet" om vederbörande har permanent uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten och om det föreligger ett "allvarligt hot mot allmän säkerhet" om vederbörande har uppehållit sig i den mottagande medlemsstaten under de tio år som föregick antagandet av ett sådant beslut.

137. Den situation som K. befinner sig i är specifik, eftersom han uppehöll sig i Nederländerna innan han blev unionsmedborgare efter Republiken Kroatiens anslutning till unionen. Såsom jag dessutom framhållit i punkt 123 i detta förslag till avgörande verkar beslutet om hänskjutande – fortfarande med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll – tyda på att K. uppehöll sig i Nederländerna utan att ha uppehållstillstånd där.

138. I detta avseende anser jag *för det första* att den omständigheten att vistelseperioden föregick Republiken Kroatiens anslutning till unionen i sig inte utgör hinder mot att den beaktas vid beräkningen av varaktigheten av K:s vistelse i Nederländerna vid tillämpningen av artikel 28.3 a i direktiv 2004/38.

139. Domstolen slog i domen Ziolkowski och Szeja⁹⁷ fast att den tid som en medborgare i en medlemsstat uppehållit sig i en annan medlemsstat innan den första medlemsstaten anslöt sig till unionen i enlighet med de villkor som föreskrivs i direktiv 2004/38 ska, utan att det påverkar tillämpningen av eventuella övergångsbestämmelser i den medlemsstatens anslutningsakt,⁹⁸ beaktas med avseende på förvärv av en permanent uppehållsrätt i den andra medlemsstaten enligt artikel 16.1 i direktiv 2004/38.

140. Enligt domstolen förhåller det sig på så sätt, eftersom bestämmelserna i direktiv 2004/38 ska tillämpas på aktuella och framtida verkningar av situationer som uppkom före anslutningen till unionen av den medlemsstat i vilken den berörda personen är medborgare och således vid den tidpunkt då direktivet införlivades med den medlemsstatens rättsordning. Detta resonemang kan enligt min mening även föras vid tolkningen av artikel 28.3 a i nämnda direktiv.

141. *För det andra* utgör den omständigheten att K. inte hade uppehållsrätt som möjliggjorde för honom att uppehålla sig lagligen i Nederländerna enligt den nationella lagstiftningen i den medlemsstaten, om den antas vara styrkt, såsom den nederländska regeringen och kommissionen gjort gällande, enligt min mening hinder mot att komma i åtnjutande av det skydd som ges i denna bestämmelse.

142. I detta avseende anges inte i ordalydelsen av artikel 28.3 a i direktiv 2004/38 om den uppehållsperiod som ger rätt till skydd mot utvisning enligt denna bestämmelse enbart avser perioder under vilka den berörda personen uppehållit sig lagligt. Denna ordalydelse skiljer sig på så sätt från den i artikel 16.1 i det direktivet enligt vilken enbart de perioder under vilka den berörda personen har

⁹⁶ Se generaladvokaten Bots förslag till avgörande i målet Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:322, punkt 45).

⁹⁷ Dom av den 21 december 2011 (C-424/10 och C-425/10, EU:C:2011:866, punkterna 60–62). Domstolen upprepade denna slutsats i dom av den 6 september 2012, Czap och Punakova (C-147/11 och C-148/11, EU:C:2012:538, punkt 35).

⁹⁸ Bilaga V till akten om villkoren för Republiken Kroatiens anslutning och om anpassning av [FEU], [FEUF] och [Euratomfördraget] (EUT L 112, 2012, s. 21) möjliggör för medlemsstaterna att under en övergångsperiod avvika från vissa bestämmelser i direktiv 2004/38.

”uppehållit sig lagligt” under en fortlöpande period av fem år möjliggör förvärv av permanent uppehållsrätt och följaktligen motsvarande skydd mot utvisning som föreskrivs i artikel 28.2 i nämnda direktiv. Såsom framgår av skäl 17 i direktiv 2004/38 innebär kravet på att den berörda personen ska ha uppehållit sig lagligt som föreskrivs i artikel 16.1 i detta direktiv inte enbart att den berörda parten inte har varit föremål för ett utvisningsbeslut, utan även att vederbörande uppehållit sig i den berörda medlemsstaten i enlighet med de villkor som uppställs i nämnda direktiv.⁹⁹ Domstolen har ännu inte prövat frågan om den uppehållsperiod som krävs för att kunna komma i åtnjutande av det skydd som föreskrivs i artikel 28.3 a i direktiv 2004/38 även förutsätter att dessa villkor har uppfyllts.¹⁰⁰

143. Jag avstår från att ta ställning till denna fråga i allmänna ordalag, eftersom prövningen av mål C-331/16 enbart kräver att det mer exakt fastställs om denna uppehållsperiod även omfattar vistelser som den berörda personen fullbordat före anslutningen till unionen av den medlemsstat i vilken vederbörande är medborgare utan att ha en uppehållsrätt som möjliggör för personen i fråga att uppehålla sig lagligt i den mottagande medlemsstaten enligt sistnämndas nationella lagstiftning.

144. Denna fråga måste enligt min åsikt besvaras nekande.

145. Såsom anges i skälen 23 och 24 i direktiv 2004/38 syftar artikel 28.3 a i detta till att skydda personer som verkligen har integrerats i den mottagande medlemsstaten mot utvisning. Med denna bestämmelse eftersträvas ett eget syfte, nämligen att främja integreringen av unionsmedborgare i denna¹⁰¹ och garantierna i denna bestämmelse går utöver dem som följer av artikel 7 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen.

146. Av domstolens praxis följer att det avgörande kriteriet vid bedömningen av huruvida den berörda personens band med den mottagande medlemsstaten är tillräckligt starka för att vederbörande ska kunna komma i åtnjutande av det skydd som ges i artikel 28.3 a i direktiv 2004/38 är frågan om den berörda personen har uppehållit sig i den mottagande medlemsstaten under de tio år som föregår beslutet om utvisning.¹⁰²

147. Domstolen har emellertid inte uteslutit att hänsyn kan tas till samtliga kvalitativa faktorer vid en sådan bedömning. I domen G.¹⁰³ slog domstolen således fast att de perioder under vilka den berörda personen avtjänat fängelsestraff inte är inbegripna i beräkningen av uppehållsperioden på tio år som ger rätt till det skydd som föreskrivs i artikel 28.3 a i direktiv 2004/38. Underlåtenhet att iaktta bestämmelser i nationell rätt avseende inresa och uppehåll av tredjelandsmedborgare kan visserligen knappast likställas med att begå en brottslig gärning. Det synsätt som domstolen har intagit innebär emellertid att det godtas att vissa kvalitativa faktorer som är kopplade till den integrering som krävs för att komma i åtnjutande av detta skydd, i likhet med dem som krävs för att förvärva permanent uppehållsrätt enligt artikel 16.1 i det direktivet, beaktas, om än i begränsad omfattning.¹⁰⁴

99 Dessa villkor omfattar särskilt de som anges i artikel 7.1 i direktiv 2004/38 avseende tillräckliga medel för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem (se dom av den 21 december 2011, Ziolkowski och Szeja (C-424/10 och C-425/10, EU:C:2011:866, punkt 47).

100 I det anhängiggjorda målet C-424/16 (EUT C 350, 2016, s. 19), hänsköts en konnex fråga till domstolen för förhandsavgörande varigenom Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) ville få klarhet i huruvida förvärv av permanent uppehållsrätt i den mening som avses i artikel 16 och artikel 28.2 i direktiv 2004/38 är en förutsättning för att kunna komma i åtnjutande av det skydd som föreskrivs i punkt 3 a i sistnämnda artikel. I förslaget till avgörande i de förenade målen B och Secretary of State for the Home Department (C-316/16 och C-424/16, EU:C:2017:797, punkt 59), föreslog generaladvokaten Szpunar att domstolen skulle besvara denna fråga jakande.

101 I dom av den 23 november 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 50), slog domstolen fast att de utmaningar som rör en unionsmedborgares integrering, utöver dess individuella intresse, avser unionens intressen i allmänhet.

102 Dom av den 23 november 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, punkt 31) och dom av den 16 januari 2014, G. (C-400/12, EU:C:2014:9, punkt 23).

103 Dom av den 16 januari 2014 (C-400/12, EU:C:2014:9, punkterna 32 och 33).

104 Dom av den 21 juli 2011, Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, punkt 64) och dom av den 16 januari 2014, Onuekwere (C-378/12, EU:C:2014:13, punkt 25).

148. Domstolen slog i detta avseende i domen i målet Dias¹⁰⁵ fast att en uppehållsperiod som fullbordats i den mottagande medlemsstaten innan direktiv 2004/38 trädde i kraft, utan att vederbörande haft uppehållsrätt, äventyrar det band som knutits med den medlemsstaten. En sådan period kan följaktligen i sig inte beaktas med avseende på förvärv av permanent uppehållsrätt.

149. Enligt min mening innebär detta resonemang att en person som innan den förvärvat unionsmedborgarskap, uppehållit sig i den mottagande medlemsstaten, trots att detta inte var tillåtet enligt den nationella lagstiftningen i den medlemsstaten, inte kan göra gällande att den verkligen har integrerats och få rätt till ett starkare skydd mot utvisning än vad som föreskrivs i direktiv 2004/38. Detta gäller i än högre grad när den berörda personen, såsom i förevarande fall, vid tidpunkten för det aktuella beslutet om utvisning uppehöll sig i den mottagande medlemsstaten i strid med ett inreseförbud till territoriet som tidigare utfärdats gentemot denne.

V. Förslag till avgörande

150. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (domstolen i Haag, sammanträdande i Middelburg, Nederländerna) och Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Migrationsdomstolen, Belgien) enligt följande:

1. Artikel 27.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG, ska tolkas så att den omständigheten att en unionsmedborgare eller en av dess familjemedlemmar inte kan ges flyktingstatus enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen angående flyktingars rättsliga ställning, trots att den inte kan utgöra grund för att per automatik fastställa att det föreligger ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse, kan beaktas härvid, under förutsättning att de omständigheter som föranlett tillämpningen av denna bestämmelse visar på att det föreligger ett personligt beteende som utgör ett sådant hot.

Den mottagande medlemsstaten har i detta avseende en skyldighet att göra en individuell bedömning av vederbörandes personliga beteende särskilt mot bakgrund av asylmyndighetens slutsatser avseende svårighetsgraden av de brott som den berörda personen anklagats för, den grad i vilken sistnämnda varit individuellt inblandad i dessa brott och om det eventuellt finns en grund för att frita vederbörande från straffrättsligt ansvar.

Den omständigheten att det inte finns någon risk för att den berörda personen upprepar den typ av brott som avses i artikel 1 F a i Genèvekonventionen i den mottagande medlemsstaten, liksom det förhållandet att lång tid förflutit sedan sådana brott påstås ha begåtts, utgör i sig inte hinder mot slutsatsen att det föreligger ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse.

2. Artikel 27.2 i direktiv 2004/38 jämförd med artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ska tolkas så att alla begränsningar av en unionsmedborgares eller dess familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig ska översensstämmas med proportionalitetsprincipen och beakta den personens rätt till familjeliv. Den medlemsstaten ska i detta sammanhang göra en avvägning dels mellan skyddet för de grundläggande intressen som åberopats till stöd för en sådan begränsning, dels den berörda personens intresse av att utöva

¹⁰⁵ Dom av den 21 juli 2011 (C-325/09, EU:C:2011:498, punkterna 55 och 63).

dessa rättigheter och dess privat- och familjeliv. Nämda medlemsstat ska bland annat beakta de faktorer som anges i artikel 28.1 i det direktivet i den mån de är relevanta i den särskilda situationen.

3. Artikel 28.3 a i direktiv 2004/38 ska tolkas så att uppehållsperioden på tio år i den mottagande medlemsstaten som ger rätt till skydd mot utvisning som införts genom denna bestämmelse inte avser sådana perioder under vilka en unionsmedborgare, före anslutningen av den medlemsstat i vilken vederbörande är medborgare, var bosatt i den mottagande medlemsstaten utan att ha rätt till det enligt lagstiftningen i den medlemsstaten.