

1. Het bondige antwoord op de eerste vraag van het Verwaltungsgericht Darmstadt is identiek aan het antwoord van het Hof op een overeenkomstige vraag van dezelfde rechter in de zaak *Derin*. Het door een gezinslid van een Turkse werknemer op grond van art. 7 van Besluit 1/80 verkregen verblijfsrecht kan slechts op twee gronden verloren gaan. De betekenis van die uitspraak voor Nederland komt aan de orde in mijn noot onder het arrest *Derin* (JV 2007/438).

2. De vragen 5 - 8 van de Duitse rechter waren voorbarig, omdat op het moment dat de betrokkene het beroep tegen de uitzettingsbeslissing bij de rechter instelde, de oude Richtlijn 64/221 nog van kracht was. Polat kon volgens het Hof niet anticiperend aan art. 28 van de nieuwe Richtlijn 2004/38 bescherming ontnemen (r.o. 25-27). Wel volgt uit de rechtsoverwegingen 29-31 van bovenstaand arrest dat personen die een verblijfsrecht aan Besluit 1/80 ontnemen, zich sinds 30 april 2006 op de bescherming tegen uitzetting op openbare orde gronden in Richtlijn 2004/38 kunnen beroepen.

3. Eveneens belangrijk voor de praktijk is het antwoord van het Hof op de negende vraag van de Duitse rechter of een veelvoud van kleinere strafbare feiten kunnen maken dat de hoge drempel voor de uitzetting van Unieburgers, Turkse werknemers en hun gezinsleden op grond van de openbare orde exceptie wordt overschreden. Het antwoord op deze vraag heeft onverwacht ook in andere lidstaten relevantie gekregen. Enkele dagen nadat in Rome een vrouw in november 2007 als gevolg van een roofoverval was overleden, besloot de Italiaanse regering tot een noodmaatregel op grond waarvan Unieburgers die overlast veroorzaken of veelvuldig strafbare feiten plegen, zouden kunnen worden uitgezet. Enkele maanden eerder had de Nederlandse Staatssecretaris van Justitie in een brief van 13 augustus 2007 aan de Tweede Kamer medegedeeld dat de IND en de politiekorpsen Haaglanden en Rotterdam zijn begonnen met een pilot "om de grenzen van het begrip actuele bedreiging scherper in beeld te krijgen." Het doel van de pilot is "om de EU-burger die frequent en veelvuldig overlast veroorzaakt en bij herhaling geweldsmisdrijven pleegt, ongewenst te verklaren en uit te zetten. De cumulatie van misdrijven en overlast kan worden beschouwd als een actuele (gelet op de recidive) voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving (gevoel van veiligheid)." (TK 19637, nr. 1168, p. 4; *MigratieWeb* ve07001639).

Het Hof verschaft in dit arrest het in Den Haag en Rotterdam beoogde "scherpere beeld" omtrent de grenzen van de bevoegdheid om Unieburgers uit te zetten door een bondige samenvatting van zijn eerdere rechtspraak. De openbare orde exceptie moet restrictief worden uitgelegd en de draagwijdte van die exceptie kan niet eenzijdig door de lidstaten worden uitgelegd (r.o. 33). Het gaat hier immers om een gemeenschapsrechtelijk begrip. Er is meer vereist dan de verstoring van de maatschappelijke orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt. Overlast is geen voldoende argument. Er moet sprake zijn van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (r.o. 34). Bovendien moet het gedrag van de betrokkene wijzen op een concreet gevaar voor nieuwe ernstige verstoringen van de openbare orde. Ook mag de maatregel geen algemene preventie beogen (r.o. 35). Anders dan de Staatssecretaris suggereert, is de recidive of "het bestaan van een veelvoud van strafrechtelijke veroordelingen op zichzelf niet ter zake" (r.o. 36). Het Hof blijft bij zijn eerdere rechtspraak die de lat hoog legt. Een reeks van kleinere misdrijven is volgens het Hof op zich onvoldoende om van een voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving te spreken. Het gevoel van veiligheid is belangrijk, maar ook abstract. Het door de overheid nagestreefde belang (gevoelens van onveiligheid verminderen) kan ook op een minder ingrijpende weg met behulp van het strafrecht worden bereikt.

Het Hof wijst er op dat er naast de absolute maatstaf, die het in zijn rechtspraak heeft geformuleerd en die intussen in art. 27 van Richtlijn 2004/38 is gecodificeerd, ook nog een relatieve maatstaf geldt, te weten het gelijkheidsbeginsel. Weliswaar kunnen Unieburgers, anders dan burgers van de betrokken lidstaat, in uitzonderlijke gevallen nog worden uitgezet (r.o. 38). Maar voor de vraag of zich zo'n uitzonderlijk geval voordoet, is ook het gelijkheidsbeginsel relevant. Als tegen de eigen burgers die dergelijke vormen van overlast of criminaliteit plegen geen aanvullende maatregelen worden genomen, moet een lidstaat van goeden huize komen om in zulke gevallen wel een aanvullende sanctie op te leggen (r.o. 37). Alleen als aan de hoge eis van het openbare orde exceptie is voldaan, biedt het gelijkheidsbeginsel geen bescherming meer.

4. Uitzetting en een verblijfsverbod voor meerdere jaren als gevolg van de ongewenstverklaring vormen een vergaande inbreuk op het vrij verkeer. De verleiding om tot migratierechtelijke in plaats van strafrechtelijke maatregelen over te gaan is begrijpelijk, juist omdat migratierechtelijke sancties met minder waarborgen zijn omkleed en vaak ingrijpender gevolgen voor de betrokken personen hebben. Juist die twee verschillen maken dat bij Unieburgers migratierechtelijke sancties alleen kunnen worden gerechtvaardigd, in die uitzonderlijke gevallen dat minder ingrijpende strafrechtelijke sancties onvoldoende bescherming kunnen bieden. Het Hof maakt in dit arrest opnieuw duidelijk dat er wel heel goede gronden moeten zijn om burgers van andere lidstaten op dit punt anders te behandelen dan de 'eigen' burgers. Voor een overzicht van de rechtspraak over de openbare orde exceptie in het oude en het nieuw EG migratierecht zie A.G. Sijbrands, Het openbare-orde-begrip volgens Europese normstelling, *Journal Vreemdelingenrecht* 2007, p. 838-854.

5. Op 15 november 2007 besliste het Bundesverwaltungsgericht, de hoogste Duitse bestuursrechter, dat niet langer alleen bij Unieburgers, bij Turkse werknemers en de gezinsleden van beide groepen vanwege de arresten *Orfanopoulos* (JV 2004/227, ve04000792) en *Cetinkaya* (JV 2005/1, ve04001883), maar voortaan ook bij alle derdelanders de vraag of verblijfsbeëindiging en uitzetting is gerechtvaardigd, moet worden beoordeeld naar de stand van de feiten en het recht op het ogenblik dat de feitenrechter over de zaak oordeelt (zaaknr. 1 C 45.06; *MigratieWeb* ve07002216). Ex tunc beoordeling was, net als in Nederland, ook in het Duitse vreemdelingenrecht lang een hecht verankerd uitgangspunt. Het Bundesverwaltungsgericht heeft dit uitgangspunt nu onder meer verlaten omdat verschillende EG richtlijnen, zoals de Richtlijn 2003/86 inzake het recht op gezinshereniging en Richtlijn 2003/109/EG inzake de status van langdurig ingezetene derdelanders, een ex nunc beoordeling vergen. Deze eis van het nieuwe EG migratierecht kan ook voor de Nederlandse rechtspraak niet zonder gevolgen blijven.

Prof. mr. C.A. Groenendijk, emeritus hoogleraar Radboud Universiteit Nijmegen