Hoop voor langdurig rechteloos verblijvende 1F'ers

Noot bij HvJ 2 mei 2018, gevoegde zaken C-331/16, *K*, en C-366/16, *H.F.*, ECLI:EU:C:2018:296

Prof. mr. A.B. Terlouw en mr. R.J.A. Bruin*

Het Hof van Justitie geeft in deze uitspraak uitleg aan het begrip openbare orde in de artikelen 27 en 28 van Richtlijn 2004/38. Het oordeelt dat maatregelen die het recht van bewegingsvrijheid beperken alleen kunnen worden gerechtvaardigd als zij voldoen aan het beginsel van proportionaliteit. Als een persoon is uitgesloten van vluchtelingrechtelijke bescherming omdat hem in het verleden artikel 1 F van het Vluchtelingenverdrag is tegengeworpen, betekent dit niet automatisch dat zijn enkele aanwezigheid op het grondgebied van de gaststaat een werkelijke, actuele en voldoende serieuze bedreiging oplevert. De uitspraak van het Hof kan bredere betekenis hebben dan alleen voor Unieburgers en hun gezinsleden.

HvJ 2 mei 2018, gevoegde zaken C-331/16, K, en C-366/16, H.F., ECLI:EU:C:2018:296.¹

Introductie

De uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken *K*. en *H.F.* zijn van groot belang voor langdurig, zonder verblijfsvergunning, in een van de lidstaten verblijvende 1F'ers.² Volgens het Hof van Justitie is een individueel onderzoek vereist bij de aanvraag van een 1F'er ter verkrijging van een verblijfsrecht (zie punten 41, 42, 51 en

52) en moet een belangenafweging plaatsvinden tussen het belang van de vreemdeling en dat van de staat (de openbare orde). Het recht op privéleven en de eerbiediging van gezinsleven zoals vastgelegd in artikel 7 Handvest, de Gezinsherenigingsrichtlijn en artikel 8 EVRM, moet worden meegewogen. Het Hof van Justitie overweegt dat deze beoordeling in het bijzonder van belang is als de betrokken persoon niet strafrechtelijk is veroordeeld (punt 55). In Nederland is bijna geen enkele 1F'er strafrechtelijk veroordeeld.³ Ook tijdsverloop acht het Hof van Justitie van belang (punt 58).

Met de term '1F'ers' wordt bedoeld op personen die op grond van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag niet als vluchteling worden erkend. Artikel 1F Vluchtelingenverdrag houdt in dat het verdrag niet van toepassing is op personen ten aanzien van wie ernstige redenen bestaan om te veronderstellen dat zij een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de menselijkheid hebben begaan, een ernstig, niet-politiek misdrijf hebben begaan buiten het land van toevlucht, of zich schuldig hebben gemaakt aan handelingen in strijd met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties. De tekst van artikel 1F Vluchtelingenverdrag is overgenomen in artikel 12 lid 2 van de Kwalificatierichtlijn en daarmee in het Unierecht. Ook in het Nederlandse recht kan de tekst gelezen worden. In artikel 29 Vw staat immers dat een verblijfsvergunning kan worden verleend aan een verdragsvluchteling, en dat iemand die onder artikel 1F Vluchtelingenverdrag valt, geen verdragsvluchteling is. Hij kan ook geen andere vorm van bescherming krijgen (art. 3.107 lid 2 Vb) noch een reguliere verblijfsvergunning (art. 3.77 lid 1 sub a Vb) omdat

211

* Prof. dr. A.B. (Ashley) Terlouw, hoogleraar rechtssociologie aan de Radboud Universiteit. Mr. R.J.A. (René) Bruin, oud beleidsmedewerker vluchtelingen Amnesty International Nederland en gepensioneerd hoofd van het Nederlandse bureau van UNHCR.

1. Deze zaak is eerder geannoteerd door M.A.K. Klaassen in *JV* 2018, nr. 137.

2. Vgl. R. Bruin, 'Afghanen aan wie artikel 1F Vluchtelingenverdrag werd tegengeworpen: Voor het leven gestigmatiseerd?', *A&MR* 2013, nr. 4, p. 216-221.

3. Vgl. hieromtrent het Verslag van een algemeen overleg, gehouden op 19 juni 2014, over het 1F-Beleid – Vreemdelingenbeleid en de reactie van staatssecretaris Teeven op de inbreng van Kamerlid Schouw (D66). *Kamerstukken II* 2013/14, 19637, 1883, p. 16.

een 1F'er per definitie wordt aangemerkt als een gevaar voor de openbare orde.

1F'ers zijn in principe uitzetbaar. Soms kunnen zij echter niet worden teruggestuurd naar hun land van herkomst op grond van artikel 3 EVRM omdat hun daar een wrede, onmenselijke behandeling of bestraffing te wachten staat. Asielzoekers aan wie artikel 1F Vluchtelingenverdrag is tegengeworpen en die niet kunnen worden teruggestuurd of uitgezet, verblijven dus in een situatie van rechteloosheid. De 1F'er is uitgesloten van werk, van uitkeringen, van alles wat het een mens mogelijk maakt zich mens te voelen.

Omdat zo goed als nooit een strafvervolgning plaatsvindt, duurt die situatie levenslang, terwijl er ten aanzien van 1F'ers slechts ernstige verdenkingen bestaan (waarmee we de daden waarvan zij worden verdacht niet willen bagatelliseren) en niet is bewezen dat zij zich hebben schuldig gemaakt aan ernstige mensenrechtenschendingen. Volgens bewindslieden, de IND en de rechterlijke macht vormen personen die 1F tegengeworpen kregen, een permanente actuele bedreiging.⁴ Tijdsverloop doet niet ter zake evenmin als goed gedrag. Het Hof van Justitie zet een streep door dit beleid en deze rechtspraak.

Feiten en achtergrond van de zaken

212

De uitspraak van het Hof van Justitie betreft het antwoord op prejudiciële vragen in gevoegde zaken van de Rechtbank Den Haag, z.p. Middelburg (zaak *K.*) en de Belgische Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen (zaak *H.F.*).

K. heeft de Kroatische en de Bosnische nationaliteit en arriveerde in 2001 in Nederland, vergezeld door zijn echtgenote en een minderjarige zoon (in Nederland werd een tweede zoon geboren). Hij diende drie keer een asielverzoek in, maar alle drie de asielverzoeken werden afgewezen, het laatste in 2013. Bij die laatste afwijzing werd hem een inreisverbod opgelegd. In de loop van 2013 – nadat Kroatië was toegetreden tot de Europese Unie waardoor *K.* en zijn gezinsleden burger van de Unie waren geworden en het recht van de Unie op hen van toepassing was – verzocht *K.* om opheffing van het inreisverbod. Een inreisverbod kan immers slechts aan derdelanders worden opgelegd. De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie willigde het verzoek van *K.* daarom in maar verklaarde *K.* in plaats daarvan ongewenst omdat hij zich schuldig zou hebben gemaakt aan door de speciale eenheden van het Bosnische leger gepleegde oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. De ongewenstverklaring is een nationaal-rechtelijke maatregel die, hoewel vergelijkbaar met een inreisverbod, slechts geldt voor het Nederlandse grondgebied en wél (in tegenstelling tot het inreisverbod) voor burgers van de Unie mogelijk is met het oog op de

bescherming van de openbare orde en de openbare veiligheid. Die vergen, volgens de staatssecretaris, dat al het nodige wordt gedaan om te voorkomen dat Nederlandse burgers in contact komen met personen die zich in hun land van herkomst schuldig hebben gemaakt aan oorlogsmisdaden. Voorkomen moest dus ook worden dat slachtoffers van misdrijven van *K.* of hun familieleden in Nederland met hem zouden worden geconfronteerd. *K.* ging in beroep bij de Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg. Deze rechtbank stelde het Hof van Justitie prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van de ongewenstverklaring van *K.* met Richtlijn 2004/38/EG,⁵ de Unieburgerrichtlijn.⁶ De rechtbank stelde daarnaast de vraag of de vaststelling dat artikel 1F op verzoeker van toepassing is, voldoende is om aan te nemen dat sprake is van een permanente actuele bedreiging van de Nederlandse samenleving. Tevens vroeg de rechtbank of tijdsverloop sinds de gepleegde feiten van belang moet worden geacht. Ook werd de vraag gesteld welk belang moet worden toegekend aan het evenredigheidsbeginsel.

H.F., die de Afghaanse nationaliteit heeft, kwam in 2000 Nederland binnen en verzocht hier om asiel. Zijn verzoek werd afgewezen maar hij bleef in Nederland. In 2011 vestigde hij zich met zijn dochter in België. Daar diende hij zonder succes meerdere aanvragen om een verblijfsvergunning in. De laatste aanvraag dateert van 2013. Hij vroeg om verblijf bij zijn dochter die de Nederlandse nationaliteit heeft en dus een burger van de Unie is. De Belgische staatssecretaris voor Asiel en Migratie weigerde ook die aanvraag op grond van gegevens die in het dossier van *H.F.* stonden over zijn asielprocedure in Nederland. Uit dat dossier zou blijken dat *H.F.* had deelgenomen aan oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid of in het kader van zijn functie het bevel tot het plegen van dergelijke misdrijven heeft gegeven. Bedacht moet worden dat zijn veronderstelde daden dateren van voor 1992. De België-route⁷ mislukte dus voor hem. Maar *H.F.* ging in beroep bij de Belgische Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Deze Raad stelde het Hof van Justitie prejudiciële vragen. Ook deze vragen betroffen de verenigbaarheid van de weigering met de EU-richtlijn betreffende het vrij verkeer en het verblijf van Europese burgers. De Belgische rechter stelde als specifieke vraag of het recidiverisico bij de beoordeling moest worden betrokken.

4. ABRvS 16 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2008, JV 2015/225, AB 2016/16 m.nt. Klaassen.

5. Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, *PbEU* 2004, L 158/ 77.

6. Rb. Den Haag, z.p. Middelburg, 9 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:638, JV 2016/213.

7. In antwoord op Kamervragen van Kamerlid Gesthuizen (SP) over de verlening van een verblijfsvergunning door België aan een Afghaanse vreemdeling die in Nederland een 1F-status heeft (22 februari 2013) schreef staatssecretaris Teeven dat de afgifte van verblijfskaarten door België niet onder zijn verantwoordelijkheid valt en dat zijn diensten inmiddels nauwe contacten onderhouden met de Belgische autoriteiten over deze zaak (*Kamerstukken II* 2012/13, Aanhangsel van de Handelingen 1774). De kennelijke bedoeling van deze contacten was te voorkomen dat België nogmaals aan een door Nederland uitgesloten persoon een verblijfstitel zou verlenen.

K. was dus Unieburger en H.F. gezinslid van een Unieburger. Voor hun rechtspositie maakt dat geen verschil. Sterker, wij menen dat op elke asielzoeker aan wie binnen de Unie artikel 1F is tegengeworpen het Unierechtelijk openbare-ordebegrip van toepassing zou moeten zijn. Wij komen daarop terug aan het slot van deze bijdrage.

De uitspraak van het Hof van Justitie in het kort

Een 1F'er die gezinslid is van een Unieburger mag niet voor altijd rechteloos blijven, dat is de essentie van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaken *K.* en *H.F.* In 2010 oordeelde het Hof van Justitie al in de zaak *B. en D.* dat een lidstaat steeds individueel onderzoek moet doen naar de vraag of een vreemdeling zich schuldig heeft gemaakt aan mensenrechtenschendingen voordat hij artikel 1F mag tegenwerpen.⁸ De vreemdelingenkamer van de Rechtbank Middelburg wees er bij het stellen van de prejudiciële vragen in de zaak *K.* op dat het onthouden van internationale asielrechtelijke bescherming niet hetzelfde is als het opleggen van een maatregel ter beperking van het inreisrecht en het verblijfsrecht van een burger van de Unie in een andere lidstaat. Bovendien zag de beoordeling in het *B. en D.*-arrest uitsluitend op in het verleden gepleegde feiten en niet op de vraag of deze in de toekomst een gevaar opleveren.⁹ In Nederland is tot nu toe de lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Raad van State) dat de bedreiging die een 1F'er voor de samenleving vormt, gelet op de bijzondere aard en ernst van de misdrijven, blijvend actueel is.¹⁰ De Raad van State zag zelf geen reden om daarover prejudiciële vragen over te stellen hoewel het beleid in de lidstaten van de EU op dit punt evident verschilt. Wij komen ook hierop later terug.

Nederlands tienjarenbeleid: duurzaamheids- en proportionaliteitstoets

Volgens het Nederlandse beleid en de jurisprudentie tot nu toe wordt aan vreemdelingen aan wie artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag is tegengeworpen vrijwel automatisch een inreisverbod voor de duur van tien jaar opgelegd. Er kan een groot tijdsverloop liggen tussen het tegenwerpen van artikel 1F en het opleggen van het

inreisverbod.¹¹ Gezinsleden van 1F'ers krijgen geen vergunning tenzij zij zelfstandig aannemelijk kunnen maken dat zij internationale bescherming behoeven. Overigens worden gezinsleden ook als zij een zelfstandige verblijfsvergunning hebben, indien zij samenwonen met een 1F'er, tot onze verbazing, gekort op toeslagen. Voor zover wij weten hebben de partners en andere gezinsleden van 1F'ers in Nederland een verblijfsstatus en vaak zelfs de Nederlandse nationaliteit.¹²

Als de gezinsleden geen zelfstandige gronden hebben kunnen aanvoeren, is na tien jaar verblijf in Nederland een beroep op het zogenoemde tienjarenbeleid mogelijk: na tien jaar wordt aan gezinsleden van 1F'ers artikel 1F niet langer tegengeworpen (VcC2- 7.10.2.7). Een 1F'er blijft echter in principe altijd een 1F'er. Alleen als sprake is van exceptionele omstandigheden en is voldaan aan de zogenoemde duurzaamheids- en proportionaliteits-test (VcC2- 7.10.2.6.) kan hij een verblijfsvergunning krijgen maar ook dan blijft hij een 1F'er. De beschikking waarmee artikel 1F werd tegengeworpen wordt niet ingetrokken. De tekst over duurzaamheid en proportionaliteit is ontwikkeld op basis van jurisprudentie van de Raad van State.¹³

'De term duurzaam dient aldus te worden begrepen dat de vreemdeling zich gedurende een groot aantal jaren in de situatie bevindt dat hij wegens schending van artikel 3 van het EVRM niet kan worden uitgezet en dat er geen vooruitzicht is op verandering in deze situatie binnen niet al te lange termijn. Indien dit het geval is en de vreemdeling aannemelijk heeft gemaakt dat hij nog altijd niet kan worden uitgezet, dat vertrek naar een ander land dan het land van herkomst ondanks voldoende inspanningen om te voldoen aan zijn vertrekplicht niet mogelijk is en de vreemdeling zich daarnaast in Nederland in een uitzonderlijke situatie bevindt, is er voor de staatssecretaris aanleiding om te beoordelen of het blijvend onthouden van een verblijfsvergunning disproportioneel is.'

Dit is slecht een enkele keer aangenomen.¹⁴ Het zou interessant zijn om, bijvoorbeeld via een WOB-verzoek, de gegevens van die zaken op te vragen.

Zelfs bij een 72-jarige man aan wie artikel 1F was tegengeworpen, ging de Raad van State nog uit van een actuele bedreiging.¹⁵ En ook ernstige gezondheidsklachten zijn geen reden om een exceptionele situatie aan te nemen. In 2016 oordeelde een meervoudige kamer van

8. HvJ 9 november 2010, gevoegde zaken C- 57/09 en C-101/09, *B. en D.*, ECLI:EU:C:2010:661, n.a.v. prejudiciële vragen van het Bundesverwaltungsgericht Duitsland.
9. Rb. Den Haag, z.p. Middelburg, 9 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6389, *JV* 2016/213, punt 20.
10. ABRvS 15 juni 2015, *JV* 2015/225. Idem: ABRvS 21 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2737 en 2738.

11. Vgl. ABRvS 18 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3525, *JV* 2014/366 m.nt. P. Boeles.
12. *Kamerstukken II* 2013/14, 19637, 1883, p. 16.
13. ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB1436.
14. M. Bolhuis schrijft in zijn dissertatie *Narrowing the Impunity Gap. How host states deal with alleged perpetrators of serious crimes exclude from international protection: a case study of the Netherlands* (diss. Amsterdam VU, 2018, p. 59) dat het tot 2016 slechts om ongeveer tien gevallen ging. R. Bruin schreef in 2013 (zie noot 2) ook al dat het slechts om een tiental gevallen ging. Kennelijk heeft het tijdsverloop niet tot meer verblijfstitels geleid.
15. ABRvS 28 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:270, *JV* 2016/58 m.nt. Batjes. Zie ook R. Bruin, 'Kroniek toelatingsgronden asiel', *A&MR* 2016, nr. 3, p. 141.

de Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Gelderland, over een Afghaanse man van wie in 2002 de asielaanvraag was afgewezen op grond van artikel 1 F Vluchtelingenverdrag en die op grond van artikel 3 EVRM niet kon worden teruggestuurd naar zijn land van herkomst.¹⁶ In 2012 kreeg hij een inreisverbod van tien jaar opgelegd, dat betekende dat hij tot 2022 geen rechtmatig verblijf zou hebben. Hij zou dan 74 jaar zijn. Hij was ernstig ziek, volgens een BMA-advies verkeerde hij in een toestand van totale hulpeloosheid en uitzichtloosheid. De meervoudige kamer was van oordeel dat sprake was van 'een zeer schrijnende haast onmenselijke situatie' en vernietigde de beslissing van de staatssecretaris omdat die onvoldoende had gemotiveerd waarom het onthouden van een verblijfsvergunning in dit geval niet disproportioneel was.¹⁷ De staatssecretaris ging in hoger beroep en de Raad van State vernietigde de uitspraak van de rechtbank:

'Uit het besluit blijkt dat de staatssecretaris, anders dan de rechtbank heeft overwogen, alle door de vreemdeling gestelde belangen voldoende kenbaar, afzonderlijk en in onderlinge samenhang bezien heeft betrokken bij de beoordeling of zich de uitzonderlijke situatie voordoet dat het onthouden van een verblijfsvergunning disproportioneel is. Bij afweging van deze belangen tegen het algemeen belang dat Nederland geen vluchthaven wordt voor personen op wie artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag van toepassing is, heeft hij niet ten onrechte het algemeen belang zwaarder laten wegen.'¹⁸

Merk op dat het door de Raad van State gehanteerde criterium geen criterium is dat in EU-regelgeving is terug te vinden.

Kritiek op het Nederlandse beleid

Gelet op deze wijze van het afwegen van de belangen door de staatssecretaris en de zeer terughoudende toets door de Raad van State daarvan, is voor langdurig verblijvende 1F'ers het beleid van paragraaf 7.10.2.6 van de Vc in feite een zo goed als dode letter. Na 2012 is voor zover wij weten aan geen enkele 1F'er een verblijfsvergunning verleend.

De ACVZ kon zich reeds in 2008 niet aan de indruk onttrekken dat de duurzaamheids- en proportionaliteits-toets 'in de praktijk onvoldoende inspeelt op de langetermijnevolgen van de 1F-situatie'. De Adviescommissie was 'van mening dat voor deze 1F-ers, ook als zij in Nederland of elders zijn veroordeeld en hun straf hebben uitgezeten, verblijfsaanvaarding uiteindelijk

onvermijdelijk is'.¹⁹ De ACVZ verwees daarbij naar de situatie in Nederland na de Tweede Wereldoorlog, toen de bijzondere rechtspleging werd gevolgd door een serieuze mate van gratieverlening en het weer opnemen van betrokkenen in de samenleving.

Wijngaarden merkte terecht op 'dat de term permanent actueel innerlijk tegenstrijdig is'.²⁰ Een van ons, René Bruin, noemde het een ernstig probleem 'dat Nederland mensen huisvest die niet worden uitgezet en waar lijdzaam wordt toegekeken hoe iemand naar de verdoemenis gaat'.²¹ Hij vergeleek de situatie van de 1F'ers zonder hoop op een normaal leven met die van de tot levenslang veroordeelde Murray over wie het Europese Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde dat het in strijd is met artikel 3 EVRM als een tot levenslang veroordeelde geen reële hoop kan koesteren op een leven buiten de gevangenis.²² Of een 1F'er om die reden inderdaad met succes een artikel 3-klacht zou kunnen indienen is de vraag, maar zeker kan worden betoogd dat een leven zonder hoop op recht op werk en sociale voorzieningen wreed en onmenselijk is.

Het Hof van Justitie: individuele belangenafweging vereist

Het Hof van Justitie vereist een meer geïndividualiseerde toets en uitvoerige belangenafweging. Het oordeelt dat de noodzaak om het vrij verkeer en verblijf te beperken van een Unieburger (of een familielid van een Unieburger) die ervan wordt verdacht in het verleden te hebben deelgenomen aan oorlogsmisdaden, van geval tot geval moet worden beoordeeld. De bedreiging die van de betrokken persoon uitgaat voor de fundamentele belangen van het gastland moet bij die beoordeling worden afgewogen tegen de bescherming van de rechten van de burgers van de Unie en van hun gezinsleden. Dat had het Hof van Justitie ook al geoordeeld in het arrest *Z.Zh. en I.O.*: een algemene, niet op het individu toegespitste motivering voor het gevaar voor de openbare orde, volstaat niet.²³

Openbare orde is een Unierechtelijk begrip. Zoals neergelegd in het *Bouchereau*-arrest van 1977, en later in iets andere bewoordingen overgenomen in de vereisten van artikel 27 Richtlijn 2004/38/EG, is voor het onthouden van een verblijfsrecht of het recht op vrij verkeer aan een Unieburger of een gezinslid van een Unieburger op grond van de openbare orde vereist dat sprake is van een

16. Een van de auteurs, Ashley Terlouw, maakte als rechter-plaatsvervanger deel uit van de raadkamer.

17. Rb. Den Haag, z.p. Gelderland, 3 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2460, JV 2017/32 m.nt. R. Bruin.

18. ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:207.

19. ACVZ, *Artikel 1 F Vluchtelingenverdrag in het Nederlandse vreemdelingenbeleid*, Den Haag: ACVZ, januari 2008, p. 37, 38.

20. M. Wijngaarden, 'Kroniek Openbare Orde', A&MR 2016, nr. 5, p. 239.

21. R. Bruin, noot bij Rb. Den Haag, z.p. Arnhem, 3 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2460, JV 2017/32.

22. EHRM (GK) 26 april 2016, 10511/10, EHRC 2016/207 m.nt. A. van Verveeld (*Murray/Nederland*).

23. HvJ 11 juni 2015, zaak C-554/13, *Z. Zh en I.O.*, ECLI:EU:C:2015:377. Zie over deze zaak A.B. Terlouw, 'Voluntary Departure of Irregular Migrants and The Exception of Public Order. The Case of Z. Zh. & I.O. v. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie, Case C-554/13, 11 June 2015', *European Journal of Migration and Law* 2016, nr. 1, p. 126-137.

werkelijk, actueel en voldoende ernstig gevaar voor een fundamenteel belang van de samenleving. In artikel 28 van de richtlijn is uitgewerkt welke belangen van de vreemdeling tegenover dat belang van de openbare orde moeten worden gezet. Zo staat in artikel 28 lid 1 onder meer dat de duur van het verblijf, leeftijd, gezondheids-toestand en integratie en bindingen in het gastland in aanmerking moeten worden genomen en in lid 3 dat behalve om dwingende redenen van openbare veiligheid geen besluit van verwijdering mag worden genomen ten aanzien van burgers van de Unie of hun familieleden die de laatste tien jaar legaal in het gastland hebben verbleven. Artikel 28 lid 3 van de richtlijn is voor 1F'ers die geen legaal verblijf hebben gehad dus niet relevant.

Als een vreemdeling is uitgesloten van de vluchtelingen-status omdat er ernstige redenen bestaan om te veronderstellen dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een oorlogsmisdrijf, een misdrijf tegen de menselijkheid of gedragingen die in strijd zijn met de doelstellingen en de beginselen van de Verenigde Naties (art. 1F Vluchtelingenverdrag) kan sprake zijn van een gevaar voor de openbare orde. Ook als er geen direct recidivegevaar bestaat, kan het gedrag van de vreemdeling aanleiding zijn om hem te beschouwen als een gevaar voor de openbare orde (punten 60 en 66 HvJ K. en H.F.).

Het belang van dit arrest is dat het Hof van Justitie oordeelde dat echter *niet automatisch* kan worden geconstateerd dat de loutere aanwezigheid van een 1F'er op het grondgebied van een lidstaat een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt. Voordat het belang van de openbare orde of openbare veiligheid wordt tegengeworpen aan een 1F'er moet een individuele beoordeling plaatsvinden. Steeds moet worden gekeken naar het gedrag van betrokkene. Daarbij moet rekening worden gehouden met de aard en de ernst van de aan de betrokkene verweten misdrijven of gedragingen, de mate waarin hij persoonlijk betrokken was bij die misdrijven of gedragingen, of er gronden zijn voor uitsluiting van zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid en of hij strafrechtelijk is veroordeeld. Ook moet in aanmerking worden genomen hoeveel tijd er sinds de aannemelijk geachte misdrijven of handelingen verstreken is en hoe hij zich daarna heeft gedragen.

Zelfs als het weinig waarschijnlijk is dat de 1F'er de misdrijven die hij in het land van herkomst pleegde, zou kunnen herhalen, kan zijn gedrag ervan getuigen dat hij nog steeds een houding aanneemt die fundamentele waarden van de EU, zoals de menselijke waardigheid en de mensenrechten, aantast, zodanig dat dat gedrag op zich een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving kan opleveren. Ook in dat geval moet nog een belangenafweging plaatsvinden. De dreiging die van het persoonlijke gedrag van de 1F'er uitgaat voor de fundamentele belangen van de samenleving van het gastland, moet wel worden afgewogen tegen de bescherming van de rechten die de burgers van de Unie en hun familieleden aan de Unieburgerrichtlijn en de Gezinsherenigingsrichtlijn ontleenen.

Tot slot: niet voor (gezinsleden van) Unieburgers alleen?

Samenvattend oordeelt het Hof van Justitie dat bij een besluit om geen verblijfsvergunning aan een 1F'er te verlenen – met het oog op de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel – onder meer rekening moet worden gehouden met de aard en de ernst van het aan de betrokken persoon verweten gedrag, de duur en, in voorkomend geval, de rechtmatigheid van zijn verblijf in de lidstaat waar hij verblijft, de tijd die is verstreken sinds de betrokkene de verweten handelingen heeft verricht, de manier waarop hij zich gedurende die tijd heeft gedragen, de mate waarin hij een actueel gevaar voor de samenleving vormt, zijn gezondheid en de hechtheid van zijn maatschappelijke en culturele banden en familiebanden met die lidstaat. Ook is van belang of betrokkene strafrechtelijk is veroordeeld. Vooral dat de tijd die is verstreken en de band die hij heeft opgebouwd met de lidstaat van verblijf volgens het Hof van Justitie in de belangenafweging uitdrukkelijk een rol moet krijgen (punt 58: het tijdsverloop is stellig een gegeven dat relevant is), maakt dat niet meer zonder meer gezegd kan worden, eens een 1F'er, altijd rechteloos.

Hierbij verdient opmerking dat de zaak K. natuurlijk een uitzonderlijke situatie betreft want de situatie dat een 1F'er Unieburger wordt, zal zelden voorkomen. Een Unieburger kan immers niet om asiel verzoeken. Maar K. vroeg eerst om asiel en werd later, door de toetreding van Kroatië tot de EU, Unieburger. Het komt vaker voor dat een 1F'er gezinslid is van een Unieburger zoals H.F. Maar vooral strekt het belang van dit arrest zich verder uit dan dat van 1F'ers die Unieburger zijn of gezinslid van een Unieburger. Immers, in de arresten *Zh. & O.* en *H.T.* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de lidstaten weliswaar in wezen vrij blijven om de eisen van de openbare orde af te stemmen op hun nationale behoeften, die per lidstaat en per tijdsgewricht kunnen verschillen, maar dat die eisen in de context van de Unie, met name omdat zij een afwijking rechtvaardigen van een verplichting die bedoeld is om de eerbiediging van de grondrechten van derdelanders bij hun verwijdering uit de Unie te verzekeren, restrictief moeten worden opgevat, zodat de inhoud ervan niet eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald zonder controle door de instellingen van de Unie.²⁴ Dat wil zeggen dat het begrip openbare orde niet in het kader van de ene richtlijn op de ene manier kan worden uitgelegd en in het kader van de andere richtlijn op de andere manier. Het Hof van Justitie oordeelde aldus uitdrukkelijk in het arrest *H.T.*:

‘Daarentegen heeft het Hof wel reeds de gelegenheid gehad de begrippen “openbare veiligheid” en “openbare orde” in de artikelen 27 en 28 van richtlijn 2004/38 uit te leggen. Al streeft deze richtlijn andere

24. HvJ 11 juni 2015, zaak C-554/13, *Z.Zh. & I.O.*, ECLI:EU:C:2015:377, JV 2015/209 m.nt. G. Cornelisse, punt 48.

doelen na dan richtlijn 2004/83 [en de opvolger: richtlijn 2011/95 RB en AT] en al blijven de lidstaten vrij om de eisen van de openbare orde en de openbare veiligheid af te stemmen op hun nationale behoeften, die per lidstaat en per tijdsgewricht kunnen verschillen (...), dit neemt niet weg dat de omvang van de bescherming die een samenleving aan haar fundamentele belangen wenst te bieden, niet mag verschillen naargelang van de juridische status van de persoon die deze belangen schaaft.²⁵

Dat betekent in onze ogen dat 1F'ers die gezinsleden hebben die onder de bescherming van de Gezinsherenigingsrichtlijn vallen en in Nederland blijven zich evenzeer op het Unierechtelijke openbare-ordebegrip kunnen beroepen als degenen die zich naar het buitenland begeven en daar een beroep doen op de Unieburgerrichtlijn. Dat wil zeggen dat bij artikel 3.107 Vb een uitzondering zou moeten worden geformuleerd in die zin dat het verlenen van een verblijfsvergunning aan een 1F'er wel mogelijk is in het kader van gezinshereniging als er geen actuele bedreiging (meer) is en tijdsverloop de belangenafweging in het voordeel van de 1F'er doet doorslaan.²⁶

Voor niet-uitzetbare alleenstaande 1F'ers in Nederland ligt de situatie complexer. Een beroep op een asiolvergunning is vooralsnog niet mogelijk omdat een 1F'er niet onder de Kwalificatierichtlijn valt. De alleenstaande 1F'er heeft er daarom niets aan dat het *H.T.*-arrest betrekking had op de Kwalificatierichtlijn en dat dus ook voor de Kwalificatierichtlijn geldt dat het openbare-ordebegrip Unierechtelijk moet worden uitgelegd.

Maar misschien moet de uitspraak van het Hof van Justitie aanleiding zijn voor de staatssecretaris om na tijdsverloop en als er geen sprake is van een actueel gevaar toch een verblijfsvergunning te verlenen op humanitaire gronden. Daartoe kan hij zijn discretionaire bevoegdheid gebruiken. Daarvoor bestaan verschillende argumenten.

Ten eerste is het Nederlandse beleid ten aanzien van langdurig verblijvende 1F'ers uitzonderlijk streng. Onderzoeken van Bolhuis en de VU laten zien dat in België,²⁷ Denemarken, Duitsland, Noorwegen, het Verenigd Koninkrijk en Zweden wel al verblijfsvergunningen of tijdelijke verblijfsvergunningen aan niet-verwijderbare 1F'ers worden verleend.²⁸

Ten tweede is het met het oog op het gelijkheidsbeginsel moeilijk te rechtvaardigen dat aan een langdurig in Nederland verblijvende 1F'er met gezinsleden op enig moment wel een verblijfsvergunning wordt verleend maar een 1F'er zonder gezinsleden voor de rest van zijn leven rechteloos blijft.

Ten derde het eerder genoemde *Murray*-argument: het is een wrede of onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM om iemand levenslang zonder hoop rechteloos te laten.

Ten vierde is levenslang rechteloos laten in strijd met de menselijke waardigheid zoals neergelegd in artikel 1 van het Handvest voor de Grondrechten.

Kortom, in onze ogen moet in alle situaties van langdurig verblijvende 1F'ers naar het individu worden gekeken en een belangenafweging worden gemaakt. Het Hof van Justitie heeft een belangrijke stap in die richting gezet.

25. HvJ 24 juni 2015, zaak C-373/13, *H.T.*, ECLI:EU:C:2015:413, JV 2015/258, m.nt. H. Battjes, punt 77.

26. Dit betekent in onze ogen ook dat de prejudiciële vragen van de Raad van State van 11 juni 2018, zaak C-381-18, over art. 6 van de Gezinsherenigingsrichtlijn overbodig zijn. Uit eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt immers al dat het begrip openbare orde een Unierechtelijk begrip is dat voor elke richtlijn dezelfde betekenis heeft.

27. Dat aan H.F. desalniettemin geen verblijfsvergunning was verleend, is hoogstwaarschijnlijk het gevolg van het op verzoek van Nederland afsluiten van de Belgiëroute voor vreemdelingen die in Nederland art. 1F tegenworpen hebben gekregen.

28. Bolhuis onderzocht de landen België, Denemarken, Noorwegen, Zweden en het VK. Zie Bolhuis 2018, p. 36. De VU onderzocht de landen België, Duitsland en het VK. Zie Vrije Universiteit, *Migration Law Clinic, Once a criminal always a threat? Investigating whether the Dutch practice of applying Article 1 F Refugee Convention criteria to Artikel 27*