DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)
den 27 april 2006 *

I mål C-441/02,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 5 december 2002,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av C. O'Reilly och W. Bogensberger, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

med stöd av

Republiken Italien, företrädd av I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av M. Fiorilli, avvocato dello Stato,

intervenient,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, inledningsvis företrädd av W.-D. Plessing, därefter av A. Tiemann, båda i egenskap av ombud,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna K. Schiemann, J.N. Cunha Rodrigues (referent), K. Lenaerts och E. Juhász,

generaladvokat: C. Stix-Hackl,
justitiesekreterare: R. Grass,

efter det skriftliga förfarandet,

och efter att den 2 juni 2005 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen skall fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 18 EG och 39 EG, enligt den grundläggande rätten om skydd för familjelivet, vilken är en allmän gemenskapsrättslig princip, enligt artiklarna 3 och 9 i rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning vilka är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (EGT 56, s. 850; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 28), enligt artikel 1 i rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet (EGT L 257, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33), enligt artiklarna 1, 4, 5, 8 och 10 i rådets direktiv 73/148/EEG av den 21 maj 1973 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster (EGT L 172, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 135), samt enligt artiklarna 1 och 2 i rådets direktiv 90/364/EEG av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning (EGT L 180, s. 26; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 58) genom att

— inte i sin lagstiftning tillräckligt tydligt klargöra att beslut om utvisning av unionsmedborgare inte kan fattas med stöd av bestämmelser enligt vilka det föreskrivs obligatorisk eller principiell utvisning på grund av förekomsten av en lagakraftvunnen brottmålsdom och genom att besluta om utvisning av unionsmedborgare med stöd av dessa otydliga bestämmelser,

— inte i 12 § första stycket i lagen om inresa och uppehåll för medborgare i Europeiska ekonomiska gemenskapens medlemsstater (Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, BGBl. 1980 I, s. 116, av den 21 januari 1980) (nedan kallad Aufenthaltsgesetz/EWG) tillräckligt tydligt införliva de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om inskränkningar av den fria rörligheten och genom att besluta om utvisning av unionsmedborgare med stöd av dessa otydliga bestämmelser,

— inte i sin lagstiftning tillräckligt tydligt klargöra att beslut om utvisning av unionsmedborgare inte kan fattas för ett allmänpreventivt syfte och genom att motivera beslut om utvisning av unionsmedborgare med att beslutet skall avskräcka andra utländska medborgare,

— besluta om utvisning av unionsmedborgare utan att ett proportionerligt förhållande mellan å ena sidan den grundläggande rätten om skydd för familjelivet och å andra sidan upprätthållandet av allmän ordning säkerställts, och

— omedelbart verkställa beslut om utvisning av unionsmedborgare trots att det inte har varit fråga om brådskande fall.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

2 Artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 64/221 har följande lydelse:

"1. Åtgärder vidtagna med hänsyn till allmän ordning eller säkerhet skall grunda sig uteslutande på den berörda personens eget uppförande.

2. Tidigare domar för brott skall inte i sig utgöra anledning att vidta sådana åtgärder."

3 I artikel 9 i det nämnda direktivet föreskrivs följande:

"1. När rätt att överklaga till domstol inte finns, eller när ett sådant överklagande endast får ske för att avgöra om beslutet har laga giltighet, eller när överklagandet inte kan resultera i ett uppskov med verkställigheten, får ett beslut att vägra att förnya ett uppehållstillstånd eller ett beslut om utvisning från territoriet för innehavaren av ett uppehållstillstånd inte, utom i brådskande fall, fattas av den administrativa myndigheten, innan ett yttrande erhållits från den behöriga myndighet i värdlandet hos vilken personen i fråga åtnjuter de rättigheter att försvara sig och få juridisk hjälp eller juridiskt ombud som landets egen lagstiftning föreskriver.

Denna myndighet skall vara en annan än den som är bemyndigad att vägra förnyande av uppehållstillstånd eller besluta om utvisning.

2. Alla beslut att vägra ett första uppehållstillstånd eller beslut om utvisning av personen i fråga, innan tillståndet utfärdats, skall på begäran av denne underställas den myndighet som först skall avge sitt yttrande enligt punkt 1. Personen i fråga skall då ha rätt att framlägga sitt försvar personligen, utom då detta skulle strida mot den nationella säkerhetens intressen."

4 I artikel 1 i förordning nr 1612/68 föreskrivs följande:

"1. Varje medborgare i en medlemsstat skall, oavsett var han eller hon har sitt hemvist, ha rätt att ta anställning och att arbeta inom en annan medlemsstats territorium i enlighet med de villkor som, enligt lagar och andra författningar, gäller för anställning av medborgare i denna stat.

2. Han eller hon skall i synnerhet ha samma förtur till en ledig befattning i en medlemsstat som medborgarna i denna stat."

5 I artikel 1 i direktiv 73/148 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall i överensstämmelse med detta direktiv avskaffa restriktioner för rörlighet och bosättning för

a) medborgare i en medlemsstat som har etablerat sig eller som önskar etablera sig i en annan medlemsstat för att driva egen rörelse eller som önskar tillhandahålla tjänster i denna stat,

b) medborgare i medlemsstaterna som önskar bege sig till en annan medlemsstat som mottagare av tjänster,

c) sådana medborgares make och barn under tjugoett års ålder oavsett deras nationalitet,

d) släktingar i efterföljande eller föregående led till sådana medborgare och till deras make som är beroende av dem, oavsett deras nationalitet.

2. Medlemsstaterna skall underlätta mottagandet av alla andra familjemedlemmar till en i punkt 1 a eller b nämnd medborgare eller den medborgarens make, när medlemmarna är beroende av medborgaren eller maken eller när de i ursprungslandet ingick i hushållet."

6 Artikel 4 i det nämnda direktivet har följande ordalydelse:

"1. Varje medlemsstat skall bevilja rätt till varaktig bosättning för andra medlemsstaters medborgare som etablerar sig inom dess territorium för att driva egen rörelse, när restriktionerna för denna verksamhet har avskaffats i enlighet med fördraget.

Som bevis på bosättningsrätten skall ett dokument utfärdas, kallat 'Uppehållstillstånd för en medborgare i en medlemsstat i Europeiska gemenskaperna'. Detta dokument måste vara giltigt minst fem år från datum för utfärdandet och kunna förnyas automatiskt.

Avbrott i bosättningen som inte överstiger sex månader i följd och frånvaro för militärtjänst skall inte påverka giltigheten av ett uppehållstillstånd.

Ett giltigt uppehållstillstånd får inte återtas från en medborgare som avses i artikel 1.1 a enbart på grund av att han inte längre är anställd till följd av tillfällig oförmåga att arbeta beroende på sjukdom eller olycksfall.

Alla medborgare i en medlemsstat som inte särskilt anges i första stycket, men som enligt en annan medlemsstats lagar har tillstånd att vara verksamma inom dess territorium skall få ett tillfälligt uppehållstillstånd för minst lika lång tid som tillståndet för verksamheten gäller.

Varje medborgare som avses i punkt 1 och för vilken föregående stycke gäller till följd av ändrade arbetsförhållanden skall emellertid få behålla sitt uppehållstillstånd under hela dess giltighetstid.

2. Personer som tillhandahåller och mottar tjänster skall ha uppehållstillstånd under lika lång tid som tjänsterna utförs.

När denna tid överstiger tre månader, skall den medlemsstat där tjänsterna utförs utfärda ett tillfälligt uppehållstillstånd som styrker rätten till bosättning.

När denna tid inte överstiger tre månader skall det identitetskort eller pass med vilket vederbörande kom in i landet vara tillräckligt för bosättningen. Medlemsstater får emellertid kräva att personen i fråga anmäler sin vistelse i landet.

3. En familjemedlem som inte är medborgare i en medlemsstat skall erhålla ett uppehållstillstånd som skall ha samma giltighet som det som utfärdas för den medborgare som han är beroende av."

7 I enlighet med artikel 5 i direktiv 73/148 följer att

"[r]ätten till bosättning skall gälla inom medlemsstatens hela territorium".

8 Artikel 8 i det nämnda direktivet har följande lydelse:

"Medlemsstaterna får inte avvika från detta direktivs bestämmelser utom med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa."

9 I artikel 10 i samma direktiv föreskrivs följande:

"1. Rådets direktiv av den 25 februari 1964 om avskaffandet av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster skall fortsätta att gälla till dess detta direktiv genomförs av medlemsstaterna.

2. Uppehållstillstånd som utfärdats i enlighet med det i punkt 1 nämnda direktivet skall fortsätta att gälla till dess att giltighetstiden går ut."

10 I artikel 1 i direktiv 90/364 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall bevilja rätt till bosättning för medborgare i medlemsstater som inte åtnjuter denna rätt enligt andra bestämmelser i gemenskapsrätten och för deras familjemedlemmar enligt definition i punkt 2, under förutsättning att medborgarna och deras familjemedlemmar omfattas av en heltäckande sjukförsäkring som gäller i värdmedlemsstaten och har tillräckliga tillgångar för att undvika att ligga det sociala bidragssystemet i värdmedlemsstaten till last under den tid de bor där.

De tillgångar som åsyftas i första stycket skall anses vara tillräckliga, om de överstiger den nivå under vilken värdmedlemsstaten får bevilja sina medborgare socialbidrag, varvid hänsyn skall tas till den sökandes personliga förhållanden och i tillämpliga fall till de personliga förhållandena hos personer som tillåtits bosätta sig i landet enligt punkt 2.

Om det andra stycket inte kan tillämpas i en medlemsstat, skall den sökandes tillgångar anses tillräckliga, om de överstiger den lägsta folkpension som betalas ut av värdmedlemsstaten.

2. Följande personer skall oavsett sin nationalitet ha rätt att bosätta sig i en annan medlemsstat tillsammans med innehavaren av ett uppehållstillstånd:

a) Hans eller hennes maka och deras avkomlingar som är beroende av dem för sin försörjning.

b) Släktingar i föregående led till innehavaren av uppehållstillståndet och hans eller hennes make [om de är beroende av innehavaren för sin försörjning]."

11 Enligt artikel 2 i direktiv 90/364 gäller följande:

"1. Rätten till bosättning skall kunna styrkas med ett dokument kallat 'Uppehållstillstånd för en medborgare i en medlemsstat i EEG', vars giltighet får begränsas till fem år och som skall kunna förnyas. Medlemsstater får emellertid, då de anser detta nödvändigt, kräva omprövning av tillståndet vid utgången av de två första årens bosättning. Om en familjemedlem inte är medborgare i en medlemsstat, skall för honom eller henne utfärdas ett uppehållsdokument med samma giltighet som det som utfärdats för den medborgare som han eller hon är beroende av.

För att utfärda uppehållstillstånd eller -dokument får medlemsstaten endast kräva att den sökande uppvisar ett giltigt identitetskort eller pass och styrker att han eller hon uppfyller kraven enligt artikel 1.

2. Artiklarna 2, 3, 6.1 a och 6.2 samt artikel 9 i direktiv 68/360/EEG skall även tillämpas på dem som omfattas av detta direktiv.

Makan och de barn som är beroende av en medborgare som har rätt till uppehållstillstånd inom en medlemsstats territorium skall ha rätt att påbörja vilken verksamhet som helst, som anställd eller egen företagare, var som helst inom denna medlemsstats territorium, även om de inte är medborgare i en medlemsstat.

Medlemsstaterna får inte avvika från detta direktivs bestämmelser utom med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. I så fall skall direktiv 64/221/EEG gälla.

3. Detta direktiv skall inte påverka befintlig lag om förvärv av fritidsbostäder."

Den nationella lagstiftningen

12 I artikel 2 § andra stycket i utlänningslagen (Ausländergesetz) (BGBl. 1990 I, s. 1354) föreskrivs följande:

"Denna lag är endast tillämplig på utländska medborgare som har rätt till fri rörlighet i enlighet med gemenskapsrätten om gemenskapsrätten och Aufenthaltsgesetz/EWG inte innehåller avvikande bestämmelser."

13 45 § i samma lag har följande ordalydelse:

"1. Utländska medborgare kan utvisas om deras vistelse undergräver allmän ordning eller säkerhet eller andra av Förbundsrepubliken Tysklands väsentliga intressen.

2. Vid beslut om utvisning skall följande beaktas:

1. Den tid som den utländska medborgaren lagligen vistats i Tyskland och dennes personliga, ekonomiska och andra skyddsvärda band till Tyskland,

2. Utvisningens följder för de av den utländska medborgarens familjemedlemmar som lagligen vistas i Tyskland och lever tillsammans med honom eller henne.

...”

14 I 46 § i Ausländergesetz föreskrivs följande:

”I enlighet med 45 § första stycket kan bland annat följande personer bli föremål för utvisning, nämligen den som

...

2. har begått en överträdelse, annat än en enstaka eller av mindre betydelse, av rättsliga bestämmelser eller av domstolsavgörande eller förvaltningsbeslut eller har begått brott utom Tysklands territorium som på detta territorium skall anses som ett brott som har begåtts uppsåtligt,

3. har brutit mot en rättslig bestämmelse eller ett myndighetsbeslut avseende utövande av prostitution,

4. intar heroin, kokain eller en drog som innebär motsvarande fara och som inte samtycker till att genomgå nödvändig rehabiliteringsbehandling eller undandrar sig från en sådan behandling,

..."

15 I 47 § i den nämnda lagen föreskrivs följande:

"1) En utländsk medborgare skall utvisas

1. när denne enligt lagakraftvunnen dom har blivit dömd till minst tre års frihetsberövande straff eller till särskilt straff för unga lagöverträdare för ett eller flera uppsåtliga brott, eller då denne enligt lagakraftvunnen dom har blivit dömd till flera frihetsberövande straff för uppsåtliga brott om sammanlagt minst tre år under en femårsperiod, eller då denne enligt den senaste lagakraftvunna domen dömdes till vistelse på interneringsanstalt (Sicherungsverwahrung), eller

2. när denne enligt lagakraftvunnen dom som inte är villkorlig har blivit dömd till minst två års särskilt straff för unga lagöverträdare eller till ett frihetsberövande

straff för uppsåtligt brott enligt narkotikalagen (Betäubungsmittelgesetz), brott mot lagen om offentliga sammankomster ... eller brott mot allmän ordning ..."

2) En utländsk medborgare skall normalt utvisas

1. när denne enligt lagakraftvunnen dom som inte är villkorlig har blivit dömd till minst två års särskilt straff för unga lagöverträdare eller till ett frihetsberövande straff för ett eller flera uppsåtliga brott,

2. när denne i strid med bestämmelserna i narkotikalagen odlar, tillverkar, importerar, transiterar, exporterar eller säljer narkotika, överlåter narkotika till annan eller på annat sätt sätter narkotika i omlopp, handlar med narkotika, eller anstiftar eller medverkar till en av de ovannämnda handlingarna,

3. när denne i egenskap av gärningsman eller medbrottsling inom ramen för en förbjuden eller upplöst offentlig sammankomst eller motsvarande demonstrationståg uppträder våldsamt mot personer eller egendom tillsammans med en grupp personer på så sätt att det utgör ett hot mot den allmänna säkerheten.

...

3) En utländsk medborgare som åtnjuter ett utökat skydd mot utvisning i enlighet med artikel 48.1 skall utvisas i de fall som föreskrivs i första stycket. Beslut om utvisning fattas utifrån en skönsmässig bedömning i de fall som föreskrivs i

andra stycket. Ett beslut om utvisning av en utländsk medborgare mellan 18 och 21 år som är uppvuxen i Tyskland och som har permanent uppehållstillstånd eller uppehållstillstånd fattas utifrån en skönsmässig bedömning i de fall som föreskrivs i styckena 1 och 2. Bestämmelserna i styckena 1 och 2 punkt 1 är inte tillämpliga på utländska medborgare som är minderåriga."

16 I enlighet med 48 § i Ausländergesetz gäller följande:

"1) En utländsk medborgare som

1. har uppehållstillstånd,

2. har permanent uppehållstillstånd och är född i Tyskland, eller som kommit till Tyskland när han var omyndig,

3. har permanent uppehållstillstånd och som i egenskap av make/maka eller sambo lever i äktenskap eller i hushållsgemenskap med en sådan utländsk medborgare som avses i punkterna 1 och 2 ovan,

4. lever i hushållsgemenskap med en släkting som är tysk medborgare,

5. har flyktingstatus och som i Tyskland har rättsställning som utländsk flykting eller har en resehandling enligt konventionen om flyktingars rättsställning (Abkommen über die Rechtsstellung für Flüchtlinge) av den 28 juli 1951 (BGBI. 1953 II, s. 559) som utfärdats av en myndighet i Förbundsrepubliken Tyskland,

6. har ett uppehållstillstånd enligt 32a §,

får endast utvisas om det föreligger tungt vägande skäl som rör allmän säkerhet och ordning. Sådana skäl föreligger i allmänhet i de fall som anges i 47 § första stycket.

2) En omyndig utländsk medborgare vars föräldrar eller ensamstående vårdnadshavare lagligen uppehåller sig i Tyskland skall inte utvisas såvida han inte genom lagakraftvunnen dom har dömts för upprepade, allvarliga och uppsåtliga brott. Ungdomar som är mellan 18 och 21 år och som lever i hushållsgemenskap med sina föräldrar kan utvisas endast enligt 47 § första stycket, 47 § andra stycket punkt 1 och 47 § tredje stycket.

..."

17 I 12 § i Aufenthaltsgesetz/EWG föreskrivs följande:

"1. När det i denna lag föreskrivs en rätt till fri rörlighet och det inte redan i föregående bestämmelser i denna lag föreskrivs inskränkande åtgärder, är det endast

på grund av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa (artiklarna 48.3 och 56.1 i Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen) som sådana personer som nämns i 1 § får vägras inresa, utfärdande av uppehållstillstånd inom gemenskapen eller förlängning av sådant tillstånd enligt 3 § femte stycket, 12 § första stycket andra meningen och 14 § i Ausländergesetz och utvisning. Utländska medborgare som innehar ett permanent uppehållstillstånd inom gemenskapen får endast utvisas vid tungt vägande skäl som rör allmän säkerhet och ordning.

...

3. Beslut eller åtgärd i första stycket får fattas eller vidtas mot en utländsk medborgare endast om dennes eget uppförande ger anledning därtill. Detta gäller inte för beslut eller åtgärd som fattas eller vidtas till skydd för allmän hälsa.

4. Förekomsten av en brottmålsdom är i sig inte ett tillräckligt skäl för ett sådant beslut eller en sådan åtgärd som avses i första stycket.

...

7. Om utfärdande eller förnyande av uppehållstillstånd inom gemenskapen har vägrats och fråga är om utvisning eller avvisning, skall det anges en frist inom vilken den utländske medborgaren skall lämna det område inom vilket denna lag gäller. Om det inte är fråga om brådskande fall skall fristen vara minst femton dagar om

den berörde ännu inte har fått uppehållstillstånd inom gemenskapen och minst en månad om han redan har ett sådant uppehållstillstånd.

...”

18 I enlighet med 4 § andra stycket i den allmänna förordningen om fri rörlighet för medborgare i medlemsstaterna (Freizügigkeitsverordnung/EG) är 12 § andra–nionde styckena Aufenthaltsgesetz/EWG analogiskt tillämplig på icke yrkesutövande medborgare från medlemsstaterna.

19 80 § andra och tredje styckena i förvaltningsprocesslagen (Verwaltungsgerichtsordnung, nedan kallad VwGO) har följande ordalydelse:

”2) Rätten till uppskov med verkställigheten bortfaller endast

...

4. om den myndighet som har fattat beslutet eller som skall besluta i anledning av omprövning finner att omedelbar verkställighet bör ske med hänsyn till allmänintresset eller ett tyngre vägande partsintresse.

Delstaterna får också föreskriva att utnyttjandet av ett rättsmedel inte skall medföra uppskov med verkställigheten om det riktas mot verkställighetsåtgärder som har beslutats av delstaterna enligt federal lagstiftning.

3) I fall som avses i andra stycket punkt 4 skall det särskilda behovet av omedelbar verkställighet motiveras skriftligt. Någon särskild motivering krävs dock inte om myndigheten vid överhängande fara för liv, hälsa eller egendom av hänsyn till allmänintresset och i förebyggande syfte beslutar om en så betecknad nödåtgärd.

..."

Det administrativa förfarandet

20 Med anledning av utredningar av tiotals framställningar och klagomål till Europaparlamentet och kommissionen från italienska medborgare i delstaten Baden-Württemberg rörande åtgärder som de tyska myndigheterna vidtagit till deras nackdel med anledning av allmän ordning och som påverkar deras rätt till bosättning i Tyskland, riktade kommissionen genom en formell underrättelse av den 8 juli 1998 Förbundsrepublikens uppmärksamhet på frågan huruvida vissa rättsliga bestämmelser och viss förvaltningspraxis är förenliga med gemenskapsrättsliga bestämmelser avseende rätten till bosättning i medlemsstaterna.

21 Då den tyska regeringens svar av den 25 mars 1999 inte vederlade kommissionens farhågor sände kommissionen den 24 juli 2000 ett motiverat yttrande till den tyska regeringen i vilket den upprepade de anmärkningar som hade utvecklats i den formella underrättelsen och anmodade denna att inom två månader från delgivningen vidta de åtgärder som behövdes för att efterkomma det motiverade yttrandet.

22 I sitt svar av den 26 september 2000 förnekade den tyska regeringen att det fanns en förvaltningspraxis som stred mot gemenskapsrätten även om den sade sig vara beredd att undersöka om det eventuellt var nödvändigt att göra vissa förtydliganden inom vissa områden av den nationella lagstiftningen.

23 Då kommissionen inte hade informerats om att några sådana förtydliganden skulle genomföras och då den för övrigt ansåg att de undersökningar som man uppgav hade genomförts för att bestämma huruvida det var nödvändigt att göra sådana förtydliganden i vart fall inte var tillräckliga för att åtgärda de anmärkningar som kommissionen hade framlagt, beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

Talan

Den första anmärkningen: Otillräckligt beaktande i tysk lagstiftning och tysk praxis av personligt uppträdande vid utvisning av medborgare från andra medlemsstater med anledning av allmän säkerhet

Parternas argument

24 Kommissionen har gjort gällande att den behöriga myndigheten saknar allt utrymme för skönsmässig bedömning vid beslutsfattandet eftersom det i 47 § första stycket i

Ausländergesetz föreskrivs att utländska medborgare obligatoriskt skall utvisas (nedan kallad obligatorisk utvisning) och det i det andra stycket i samma paragraf föreskrivs att en sådan utvisning i princip är obligatorisk (nedan kallad principiell utvisning) när den berörde har dömts för ett av de brott som avses i dessa stycken.

25 Kommissionen har understrukit att det i 47 § första och andra styckena i Ausländergesetz på ett allmänt sätt hänvisas till "utländska medborgare" och att därför även medborgare i medlemsstaterna avses. Kommissionen, stödd av den italienska regeringen, anser emellertid att denna bestämmelse direkt och ohjälpligt strider mot kraven i artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 64/221, försåvitt den tillämpas på gemenskapsmedborgare. Enligt denna artikel skall ett utvisningsbeslut uteslutande grunda sig på den berörda personens eget uppförande, och tidigare domar för brott skall inte i sig utgöra anledning att vidta sådana åtgärder. 47 § första och andra styckena i Ausländergesetz fråntar emellertid de behöriga myndigheterna det utrymme för skönsmässig bedömning som de behöver för att genomföra en sådan prövning i varje enskilt fall och ersätter den med en allmän bedömning i lagstiftningen enligt vilken den enda relevanta omständigheten är att den berörda medborgaren har dömts. Kommissionen har framhållit att den nämnda 47 § första och andra styckena strider mot 12 § tredje och fjärde styckena i Aufenthaltsgesetz/EWG medan den förstnämnda bestämmelsen enligt den tyska regeringen är avsedd att precisera de sistnämnda bestämmelserna.

26 Detta motsägelsefulla rättsläge medför uppenbarligen problem vid den praktiska tillämpningen och leder sedermera till beslut som strider mot gemenskapsrätten. Om ett utvisningsbeslut grundar sig på 47 § i Ausländergesetz strider det mot gemenskaprätten, och åsidosättandet av denna blir särskilt tydligt i de fall där de nämnda myndigheterna i sitt beslut uttryckligen uppger att de, med beaktande av att en brottmålsdom förekommer, inte har något utrymme för skönsmässig bedömning som möjliggör för dem att avstå från utvisning. Den tyska lagstiftningen behöver förtydligas så att det inte kvarstår något tvivel om att gemenskapsrättens krav skall beaktas.

27 Kommissionen har understrukit att förevarande talan inte har till syfte att pröva enskilda fall och att de utvisningsfall som nämns i kommissionens ansökan endast omnämns som exempel och för att påvisa att den förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten är av allmän karaktär, på så sätt att denna praxis grundar sig på en bestämmelse genom vilken gemenskapsrättens krav inte införlivas på ett tillräckligt tydligt sätt. Enligt kommissionen framgår det otvetydigt av de nämnda exemplen att de rättsstridiga besluten inte är enstaka fall utan att de tvärtom har inträffat upprepade gånger och följaktligen är av en allmän karaktär som leder till en praxis som är oförenlig med gemenskapsrätten även om denna varierar i omfattning från en region till en annan.

28 Den tyska regeringen har gjort gällande att utvisning av medborgare från andra medlemsstater inte endast regleras i 47 § i Ausländergesetz utan även i 12 § i Aufenthaltsgesetz/EWG avseende yrkesverksamma unionsmedborgare liksom i 4 § Freizügigkeitsverordnung/EG, genom vilken tillämpningen av den nämnda 12 § utsträcks till att omfatta unionsmedborgare som inte är yrkesverksamma.

29 Det framgår emellertid tydligt av den nämnda 12 § att prövningen skall genomföras i varje enskilt fall genom en bedömning av den berörda personens eget uppförande och att enbart brottmålsdomar inte är tillräckliga för att motivera en utvisning. Genom denna bestämmelse, i vilken ordalydelsen i artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 64/221 återges nästan ordagrant, införlivas dessa sistnämnda bestämmelser med nationell rätt på ett tillräckligt klart och tydligt sätt. Tvärtemot vad kommissionen har framhållit skapar kombinationen av 47 § i Ausländergesetz och 12 § i Aufenthaltsgesetz inte i sig ett otydligt och motsägelsefullt rättsläge. I 2 § andra stycket i Ausländergesetz föreskrivs tydligt att bestämmelserna i Aufenthaltsgesetz/EWG har företräde i förhållande till bestämmelserna i Ausländergesetz på så sätt att rättsföljden som innebär obligatorisk utvisning (47 § första stycket i Ausländergesetz) eller principiell utvisning (47 § andra stycket i Ausländergesetz) endast är tillämplig på utländska medborgare som åtnjuter fri rörlighet i enlighet med gemenskapsrätten då villkoren i den nämnda 12 § är uppfyllda. Därav följer att anmärkningen avseende ett inte tillräckligt tydligt införlivande av artikel 3 i direktiv 64/221 inte skall godtas.

30 Avseende anmärkningen enligt vilken Förbundsrepubliken Tyskland har grundat sina utvisningsbeslut på "denna otydliga grund" har den tyska regeringen svarat att det inte förekommer någon förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten och att kommissionen inte har kunnat bevisa att det finns någon sådan praxis, vilket det emellertid ankommer på kommissionen att göra.

31 Det kan förvisso inte uteslutas att de behöriga förvaltningsmyndigheterna i några fall har fattat beslut genom vilka vistelsen för medborgare i medlemsstaterna har avslutats i strid mot inte endast nationell rätt utan också gemenskapsrätten, vilken har företräde i förhållande till den förstnämnda. De 51 fall som avses i kommissionens ansökan är, förutom att inte alla har lett till utvisning eller avvisning, utspridda under en period av 9 år och berör endas. 3 av 16 delstater. De ifrågasatta åtgärderna motsvarar därför inte den erforderliga grad av varaktighet och allmängiltighet som krävs för att det skall kunna fastställas att det förekommer en förvaltningspraxis. Kommissionens anmärkning grundar sig egentligen huvudsakligen på antagandet att beslut i andra fall än dem som åberopas i ansökan har fattats i strid mot gemenskapsbestämmelserna, vilket inte har bevisats.

Domstolens bedömning

32 Som domstolen erinrade i sin dom av den 31 januari 2006 i mål C-503/03, kommissionen mot Spanien (REG 2006, s. I-1097), punkt 43, är rätten för medborgare i en medlemsstat till inresa till och vistelse på en annan medlemsstats territorium inte ovillkorlig. Bland de begränsningar som föreskrivs i eller är tillåtna enligt gemenskapsrätten ingår medlemsstaternas rätt enligt artikel 2 i direktiv 64/221 att neka medborgare i andra medlemsstater inresa till sina territorier på grund av fara för allmän ordning och säkerhet.

33 Gemenskapslagstiftaren har emellertid fastställt strikta gränser för medlemsstaternas möjlighet att göra sådana skäl gällande. I artikel 3.1 i direktiv 64/221 anges att åtgärder vidtagna med hänsyn till allmän ordning eller säkerhet uteslutande skall grunda sig på den berörda personens eget uppförande. I artikel 3.2 i samma direktiv anges att tidigare domar för brott inte i sig skall ge anledning att vidta sådana åtgärder. En tidigare dom för brott kan således endast få betydelse när de omständigheter som ligger till grund för denna dom vittnar om ett personligt uppförande som utgör ett faktiskt hot mot den allmänna ordningen (dom av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Bouchereau, REG 1977, s. 1999, punkt 28, svensk specialutgåva, volym 3, s. 459, och av den 19 januari 1999 i mål C-348/96, Calfa, REG 1999, s. I-11, punkt 24, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 44).

34 Domstolen har alltid understrukit att undantaget avseende allmän ordning utgör en avvikelse från den grundläggande principen om fri rörlighet för personer, som skall tolkas restriktivt och vars räckvidd inte kan bestämmas ensidigt av varje medlemsstat (dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, Rutili, REG 1975, s. 1219, punkt 27, svensk specialutgåva, volym 2, s. 485, domarna i de ovannämnda målen Bouchereau, punkt 33, och Calfa, punkt 23, dom av den 29 april 2004 i de förenade målen C-482/01 och C-493/01, Orfanopoulos och Oliveri, REG 2004, s. I-5257, punkterna 64 och 65, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 45).

35 Såsom framgår av fast rättspraxis måste det, för att en nationell myndighet skall kunna hänvisa till begreppet allmän ordning, utöver den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär, under alla omständigheter föreligga ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen (domarna i de ovannämnda målen Rutili, punkt 28, Bouchereau, punkt 35, Orfanopoulos och Oliveri, punkt 66, och kommissionen mot Spanien, punkt 46).

36 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som kommissionens första anmärkning skall prövas. Anmärkningen består av två delar. Den första avser det bristfälliga införlivandet i nationell rätt av gemenskapsrättsliga bestämmelser avseende

utvisning av gemenskapsmedborgare med anledning av allmän säkerhet och den andra avser den praxis som myndigheterna tillämpar i detta avseende.

— Det påstått bristfälliga införlivandet

37 Enligt 47 § i Ausländergesetz skall en utländsk medborgare, det vill säga var och en som inte är av tysk nationalitet (1 § andra stycket i samma lag), utvisas (obligatorisk utvisning) då en dom som avser de straff och de brott som föreskrivs i första stycket i den nämnda 47 § första stycket vinner laga kraft medan en sådan utvisning i princip (principiell utvisning) skall ske då en dom som avser de straff och de brott som föreskrivs i andra stycket punkt 1 i samma paragraf avkunnas.

38 Bestämmelserna i 47 § första och andra styckena i Ausländergesetz beaktade var för sig uppfyller inte gemenskapsrättens krav eftersom de leder till att gemenskapsmedborgare utvisas till följd av att de har dömts för brott, utan att det tagits hänsyn vare sig till det personliga uppförandet hos den som begått brottet eller till det hot mot den allmänna ordningen som denne utgör (se, för ett liknande resonemang avseende 47 § första stycket punkt 2 i Ausländergesetz, domen i det ovannämnda målet Orfanopoulos och Oliveri, punkterna 59 och 69–71).

39 Såsom den tyska regeringen rätteligen har framhållit är Aufenthaltsgesetz/EWG emellertid tillämplig i egenskap av *lex specialis* på medborgare från medlemsstaterna som åtnjuter fri rörlighet i enlighet med EG-fördraget. I enlighet med 2 § andra stycket i Ausländergesetz är denna lag endast tillämplig på utländska medborgare som åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapsrätten om denna lag och Aufenthalts-

gesetz/EWG, som särskilt avser yrkesverksamma medborgare från andra medlemsstater, inte innehåller undantagsbestämmelser. Genom 4 § andra stycket i Freizügigkeitsverordnung/EG utsträcks vidare tillämpningen av 12 § andra–nionde styckena i Aufenthaltsgesetz/EWG till att omfatta icke yrkesverksamma medborgare från medlemsstaterna.

40 Av detta följer att Aufenthaltsgesetz/EWG, i egenskap av speciallagstiftning (*lex specialis*), har företräde gentemot Ausländergesetz (*lex generalis*) i förhållande till bestämmelserna i denna sistnämnda lag i de situationer som särskilt regleras i Aufenthaltsgesetz (se, avseende gemenskapsdirektiv, dom av den 19 juni 2003 i mål C-444/00, Mayer Parry Recycling, REG 2003, s. I-6163, punkt 57).

41 Enligt ordalydelsen i 12 § tredje och fjärde styckena i Aufenthaltsgesetz skall en utländsk medborgare som åtnjuter fri rörlighet i enlighet med gemenskapsrätten endast utvisas om det är motiverat av personens eget uppförande och om omständigheten att det finns en brottmålsdom inte i sig är tillräcklig för att motivera en sådan åtgärd.

42 Vidare har kommissionen, även om det är så att räckvidden av nationella lagar och andra författningar skall bedömas med beaktande av de nationella domstolarnas tolkning av desamma (se särskilt dom av den 9 december 2003 i mål C-129/00, REG 2003, s. I-14637, punkterna 30–33), framhållit att de aktuella bestämmelserna i förevarande fall inte är föremål för olika tolkningar i rättspraxis, varav vissa leder till att de nämnda bestämmelserna tillämpas i överensstämmelse med gemenskapsrätten medan andra får motsatt resultat, vilket skulle innebära att dessa bestämmelser inte är tillräckligt tydliga för att säkerställa att de tillämpas i överensstämmelse med gemenskapsrätten.

43 Kommissionens anmärkning, avseende åsidosättande av gemenskapsrätten genom att det i de tyska bestämmelserna inte tillräckligt tydligt föreskrivs ett förbud mot att automatiskt besluta om utvisning från Förbundsrepubliken Tysklands territorium av medborgare från andra medlemsstater som åtnjuter fri rörlighet i enlighet med gemenskapsrätten till följd av en brottmålsdom och utan att dennes eget uppförande eller huruvida denne utgör en verklig fara för den allmänna säkerheten beaktas, saknar under dessa förutsättningar grund.

— Huruvida det förekommer en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten

44 Det framgår av yrkandena i ansökan genom vilken talan väcktes att kommissionen genom sin första anmärkning har yrkat, förutom att det fastställs att införlivandet av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna i nationell rätt är bristfälligt, att det fastställs att "utvisningsbeslut" har fattats utan att dessa bestämmelser har beaktats.

45 Domstolen har redan slagit fast att kommissionen kan yrka att den skall fastställa att fördragsbrott har skett genom att det resultat som ett direktiv syftar till inte har uppnåtts i ett visst bestämt fall (dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003, s. I-3609, punkt 30, och av den 14 april 2005 i mål C-157/03, kommissionen mot Spanien, REG 2005, s. I-2911, punkt 44, samt domen i det ovannämnda målet av den 31 januari 2006, kommissionen mot Spanien, punkt 59).

46 Som framgår av punkt 27 i förevarande dom och trots den vida formuleringen av yrkandena i ansökan i detta avseende har kommissionen uttryckligen uppgivit, under förfarandet inför domstolen, att kommissionens talan inte har till syfte att uppmana domstolen att, inom ramen för de olika anmärkningarna, pröva särskilda frågor som uppkommit i enskilda fall utan att visa på omständigheten att gemenskapsrättens krav inte har införlivats på ett tillfredsställande sätt med tysk rätt, vilket har lett till att en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten

har uppkommit. I detta sammanhang har kommissionen hänvisat till ett visst antal fall som den endast nämner såsom exempel för att belysa vissa typer av beslut och förvaltningspraxis vilka Förbundsrepubliken Tyskland klandras för i förevarande mål. Omständigheten att kommissionen nämner enskilda fall utesluter inte på något sätt att andra fall också kan anses som exempel på åsidosättande av gemenskapsrätten.

47 Enligt domstolens rättspraxis kan, även om de tillämpliga nationella bestämmelserna i sig är förenliga med gemenskapsrätten, såsom framgår av punkterna 39–43 i förevarande dom, ett fördragsbrott bero på en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten (se särskilt dom av den 12 maj 2005 i mål C-278/03, kommissionen mot Italien, REG 2005, s. I-3747, punkt 13).

48 Det skall i detta avseende inledningsvis erinras om att det inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande enligt fast rättspraxis åligger kommissionen att bevisa det påstådda fördragsbrottet och att förse domstolen med de uppgifter som är nödvändiga för att den skall kunna kontrollera att ett fördragsbrott föreligger, utan någon möjlighet för kommissionen att stödja sig på någon presumtion (se särskilt dom av den 12 maj 2005 i mål C-287/03, kommissionen mot Belgien, REG 2005, s. I-3761, punkt 27).

49 Vad i synnerhet gäller en anmärkning avseende genomförandet av en nationell bestämmelse har domstolen fastslagit att det för att ett fördragsbrott skall anses vara styrkt krävs bevisning av särskilt slag i förhållande till den som normalt är i fråga inom ramen för en fördragsbrottstalan som endast avser innehållet i en nationell bestämmelse. I det förstnämnda fallet kan ett fördragsbrott endast bevisas med stöd av en tillräckligt dokumenterad och utförlig beskrivning av den praxis som läggs den nationella förvaltningen och/eller de nationella domstolarna till last och som den berörda medlemsstaten kan ställas till svars för (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 28).

50 Domstolen har även fastslagit att även om en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten kan utgöra ett fördragsbrott i den mening som avses i artikel 226 EG, måste denna förvaltningspraxis enligt domstolen dessutom ha en tillräckligt varaktig och allmän karaktär (se dom av den 29 april 2004 i mål C-387/99, kommissionen mot Tyskland, REG 2004, s. I-3751, punkt 42, och av den 26 april 2005 i mål C-494/01, kommissionen mot Irland, REG 2005, s. I-3331, punkt 28, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 29).

51 Kommissionen har emellertid inte bevisat att det i Tyskland förekommer en förvaltningspraxis av sådan beskaffenhet som krävs i enlighet med domstolens rättspraxis.

52 Kommissionen har begränsat sig till att i sin ansökan nämna ett visst antal fall i vilka förvaltningsbeslut har fattats utan att kraven i gemenskapsrätten har beaktats och utan att förse domstolen med de aktuella besluten. Endast ett kort utdrag från vissa av dem har återgivits i ansökan. Kommissionen har därför uppenbarligen inte försett domstolen med de uppgifter som är nödvändiga för att den skall kunna kontrollera att det påstådda fördragsbrottet föreligger. Detta blir ännu tydligare då den tyska regeringen konkret har bestridit de tillhandahållna uppgifternas trovärdighet genom att i ett visst antal fall hänvisa till beslut som har fattats till följd av att klagandena (fallen Condo, Ferri, Gaudino, Guaglianone, Marchese och Procopio) har överklagat de beslut som kommissionen hänvisar till i sin ansökan.

53 Det femtiotal beslut som kommissionen har hänvisat till har vidare fattats, enligt de uppgifter som framgår av ansökan varigenom talan väcktes, mellan december månad 1992 (fallet Torsello) och januari månad 2001 (fallet Sulimanov), det vill säga under en period av närmare nio år. Domstolen kan därför i vart fall inte fastslå att det förekommer allmän och varaktig praxis som strider mot gemenskapsrätten då kommissionen, som inte har möjlighet att stödja sig på någon presumtion, inte har kunnat förse domstolen med nödvändiga uppgifter för att motbevisa den tyska regeringens påstående enligt vilket det är fråga om enskilda beslut och inte en allmän och varaktig praxis.

54 Denna slutsats gör sig än mer gällande då det, såsom den tyska regeringen har framhållit, i de allmänna administrativa föreskrifterna avseende Ausländergesetz (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz), som riktar sig till den tyska förvaltningen och är tillämplig för denna, föreskrivs å ena sidan att utvisning med anledning av allmän ordning i enlighet med 12 § första stycket i Aufenthaltsgesetz/EWG endast får ske då denna åtgärd är motiverad av den utländska medborgarens eget uppförande. Omständigheten att det förekommer en brottmålsdom räcker inte för att motivera en utvisning. Å den andra sidan är det inte möjligt enligt tredje stycket i samma 12 § att grunda utvisningen endast på den utländske medborgarens eget uppförande, och en utvisning får endast ske av individualpreventiva skäl och om det finns påtagliga och tillräckligt allvarliga hot mot ett av samhällets grundläggande intressen.

55 Trots att den tyska regeringen inte har bestridit att enskilda utvisningsbeslut kan ha fattats utan att gemenskapsrättsliga krav tillräckligt har beaktats skall kommissionens talan, såvitt den avser anmärkningen att det förekommer en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten, följaktligen ogillas.

56 Kommissionens talan skall således ogillas, såvitt avser den första anmärkningen.

Den andra anmärkningen: Otillräckligt beaktande i tysk lagstiftning och tysk praxis av förekomsten av ett allvarligt hot mot allmän ordning vid utvisning av medborgare från andra medlemsstater som innehar ett tidsbegränsat uppehållstillstånd

Upptagande till sakprövning

— Parternas argument

57 Den tyska regeringen har gjort gällande att kommissionen i sin ansökan inte endast har anmärkt på att Förbundsrepubliken Tyskland har utfört sin skyldighet att

införliva direktiv 64/221 med nationell rätt på ett ofullständigt sätt utan också för att ha utvecklat en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten. I sitt motiverade yttrande har kommissionen emellertid begränsat sig till att nämna det tvetydiga införlivandet av gemenskapsrättsliga bestämmelser i 12 § första stycket i Aufenthaltsgesetz/EWG och har inte anmärkt på att Tyskland tillämpar en förvaltningspraxis som strider mot de nämnda bestämmelserna vid tillämpningen av denna 12 §. Den andra anmärkningen kan därför inte tas upp till sakprövning då kommissionen genom den yrkar att det skall fastställas att en sådan förvaltningspraxis förekommer, eftersom det framgår av fast rättspraxis att kommissionen i sin talan inte kan åberopa nya omständigheter i förhållande till de som uppgavs i det administrativa förfarandet.

58 Kommissionen har tillbakavisat alla anmärkningar beträffande att den utvidgat föremålet för talan och har gjort gällande att den genom dess tre första anmärkningar har kritiserat det tyska rättsläget avseende utvisning av utländska medborgare huvudsakligen på grund av att ibland motsägelsefulla bestämmelser samtidigt är tillämpliga, vilket är en källa till osäkerhet för de rättstillämpande organen och i praktiken ständigt leder till utvisningsbeslut som är oförenliga med gemenskapsrätten. På samma sätt som det otydliga rättsläget direkt följer av att dessa bestämmelser samtidigt är tillämpliga, är utvisningsbesluten som har fattats med dem som grund nödvändigtvis förenade med dessa tre anmärkningar och kan inte skiljas från dessa.

— Domstolens bedömning

59 Enligt fast rättspraxis (se särskilt dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien, REG 1999, s. I-7773, punkt 23) avgränsas föremålet för talan av kommissionens formella underrättelse till den berörda medlemsstaten och dess efterföljande motiverade yttrande, och det får därefter inte utvidgas. Möjligheten för den berörda medlemsstaten att inkomma med sina synpunkter utgör nämligen, även om staten väljer att inte använda sig av den, en i EG-fördraget avsedd väsentlig garanti, och iakttagandet härav är ett viktigt formellt krav för ett korrekt genomförande av förfarandet vid fastställelse av att en medlemsstat gjort sig skyldig till fördragsbrott.

60 Samma anmärkningar som anförs till stöd för den formella underrättelse som inleder det administrativa förfarandet skall följaktligen anföras till stöd för det motiverade yttrandet och kommissionens talan (dom av den 29 september 1998 i mål C-191/95, kommissionen mot Tyskland, REG 1998, s. I-5449, punkt 55). Då det motiverade yttrandet och talan skall vila på samma skäl och grunder kan domstolen inte pröva en anmärkning som inte har framställts i det motiverade yttrandet (dom av den 11 maj 1989 i mål 76/86, kommissionen mot Tyskland, REG 1989, s. 1021, punkt 8), vilket skall innehålla en sammanhängande och detaljerad redogörelse för skälen till att kommissionen anser att den berörda medlemsstaten har underlåtit att uppfylla en av sina skyldigheter enligt fördraget (se, bland annat, dom av den 24 juni 2004 i mål C-350/02, kommissionen mot Nederländerna, REG 2004, s I-6213, punkt 20).

61 Det kan emellertid inte krävas att det i samtliga fall måste råda fullständig överensstämmelse mellan den formella underrättelsen, det motiverade yttrandet och yrkandena i ansökan till domstolen, under förutsättning att föremålet för talan inte har utvidgats eller ändrats utan tvärtom enbart har inskränkts (domarna i det ovannämnda målet av den 29 september 1998, kommissionen mot Tyskland, punkt 56, och det ovannämnda målet av den 9 november 1999, kommissionen mot Italien, punkt 25, samt dom av den 14 mars 2006 i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike, REG 2006, s. I-2461, punkt 37).

62 I förekommande fall motsvarar den del av den andra anmärkningen som avser förekomsten av en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten i huvudsak den anmärkning som framställts i punkt IV i det motiverade yttrandet, enligt vilken kommissionen klandrar Förbundsrepubliken Tyskland för att ha fattat utvisningsbeslut i fall då det inte har varit bevisat att det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot den allmänna ordningen som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen. Till detta kan tilläggas att kommissionen i den del av det motiverade yttrandet som rubriceras "Hot mot allmän ordning" åberopar just precis att det i Tyskland förekommer förvaltningspraxis som grundar sig på en tolkning av 12 § första stycket första meningen i Aufenthaltsgesetz/EWG, som inte är förenlig med de villkor som enligt gemenskapsrätten skall vara uppfyllda för att den fria rörligheten skall kunna inskränkas med hänsyn till allmän ordning.

63 Mot denna bakgrund kan kommissionen inte klandras för att inte ha återgivit den exakta ordalydelsen i de anmärkningar som åberopades under det administrativa förfarandet i yrkandena i ansökan, medan den såg till att yrkandena överensstämde med den utförliga redogörelsen för anmärkningarna.

64 Yrkandet om att den andra anmärkningen delvis skall avvisas kan följaktligen inte bifallas.

Prövning i sak

— Parternas argument

65 Kommissionen har gjort gällande att Aufenthaltsgesetz/EWG, genom vilken de gemenskapsrättsliga bestämmelserna avseende inskränkningar i den fria rörligheten med hänsyn till allmän ordning förmodas införlivas med tysk rätt, inte är tillräckligt tydlig avseende bestämmelsen i 12 § första stycket, vilken är avgörande i förevarande fall. I den första meningen i den nämnda bestämmelsen föreskrivs att rätt till bosättning kan vägras en utländsk medborgare som åtnjuter fri rörlighet "av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa". I den andra meningen i samma bestämmelse föreskrivs, avseende utländska medborgare som innehar ett "permanent uppehållstillstånd inom gemenskapen", att dessa endast får utvisas vid "tungt" vägande skäl som rör allmän säkerhet och ordning. Den aktuella bestämmelsens indelning är vilseledande i det avseendet att den skulle kunna förstås, och för övrigt faktiskt förstås, vilket den ifrågasatta praxisen visar, på så sätt att det räcker med att det finns skäl med hänsyn till allmän säkerhet och ordning för att utvisa medborgare som åtnjuter fri rörlighet utan att inneha ett "permanent uppehållstillstånd inom gemenskapen" och att det endast är för att utvisa utländska medborgare som innehar ett sådant tillstånd som det krävs att tungt vägande skäl föreligger.

66 Det förekommer åtskilliga beslut som har gett uttryck för en felaktig tolkning av begreppet allmän ordning enligt 12 § första stycket 1 första meningen i Aufenthaltsgesetz/EWG. Ibland har det uttryckligen uppgetts i dessa att det inte finns anledning att undersöka om det föreligger tungt vägande skäl med hänsyn till allmän ordning eftersom detta endast krävs i det fall som avses i den andra meningen i den nämnda bestämmelsen för utländska medborgare som innehar ett "permanent uppehållstillstånd inom gemenskapen". Kommissionen har hänvisat till sju fall som exempel för detta sistnämnda påstående.

67 Enligt kommissionen behöver det tyska rättsläget och den tyska förvaltningspraxisen klargöras i detta avseende, så att det inte kvarstår minsta tvivel avseende kravet enligt vilket ett utvisningsbeslut förutsätter att den utländska medborgarens eget uppförande innebär ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen, oavsett uppehållstillståndets giltighetstid (se bland annat domen i det ovannämnda målet Bouchereau, punkterna 33–35).

68 Den tyska regeringen har däremot framhållit att kraven som följer av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna avseende inskränkningar i den fria rörligheten har införlivats på ett tillräckligt tydligt sätt genom 12 § första stycket i Aufenthaltsgesetz/EWG.

69 Avseende anmärkningen gällande omständigheten att det förekommer en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten har den tyska regeringen gjort gällande att den, om denna anmärkning skulle tas upp till sakprövning, inte kan se hur kommissionen kan dra slutsatsen att det förekommer en sådan förvaltningspraxis som tillämpas systematiskt på hela det nationella territoriet på grundval av mindre än 20 enskilda fall som uppräknas i ansökan.

— Domstolens bedömning

Det påstådda bristfälliga införlivandet

70 Såsom det har erinrats om i punkt 35 i förevarande dom framgår det av fast rättspraxis att det under alla omständigheter, för att en nationell myndighet skall kunna åberopa begreppet allmän ordning, utöver den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär, måste föreligga ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen.

71 I 12 § första stycket första meningen i Aufenthaltsgesetz/EWG föreskrivs det att medborgare från andra medlemsstater som åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapsrätten endast kan utvisas på grund av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa, och inom parentes nämns artikel 48.3 i fördraget och artikel 56.1 i EG-fördraget (nu artikel 46.1 EG i ändrad lydelse). I den andra meningen i samma stycke föreskrivs att utländska medborgare som innehar ett "permanent uppehållstillstånd inom gemenskapen" endast får utvisas vid tungt vägande skäl som rör allmän säkerhet och ordning.

72 Genom hänvisningen till gemenskapens primärrätt i 12 § första stycket första meningen i Aufenthaltsgesetz/EWG kan det förvisso anses att det anges tillräckligt klart att begreppet allmän ordning skall tolkas på samma sätt som samma begrepp i de nämnda artiklarna i fördraget, såsom de har genomförts genom direktiv 64/221 och tolkats i domstolens rättspraxis. Det kvarstår dock inte desto mindre att den andra meningen i den nämnda nationella bestämmelsen, genom vilken det tilläggs att endast "tungt" vägande skäl som rör allmän ordning kan motivera en utvisning av gemenskapsmedborgare som innehar ett permanent uppehållstillstånd, ger upphov till tvivel huruvida kraven i gemenskapsrätten avseende gemenskapsmedborgare som innehar ett tidsbegränsat uppehållstillstånd har beaktats på ett riktigt sätt.

73 I enlighet med fast rättspraxis skall bestämmelserna i ett direktiv emellertid genomföras med obestridligt bindande verkan samt på ett sådant tillräckligt tydligt, precist och klart sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls (se bland annat dom av den 17 maj 2001 i mål C-159/99, kommissionen mot Italien, REG 2001, s. I-4007, punkt 32, och av den 27 februari 2003 i mål C-415/01, kommissionen mot Belgien, REG 2003, s. I-2081, punkt 21).

74 De krav som följer av den rättspraxis som nämns i punkt 70 i förevarande dom, enligt vilken en utvisning endast är motiverad om det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen, har följaktligen inte införlivats med tillräcklig klarhet i 12 § första stycket i Aufenthaltsgesetz/EWG i förhållande till de medborgare i medlemsstater som innehar ett tidsbegränsat uppehållstillstånd.

75 De allmänna administrativa föreskrifterna avseende Ausländergesetz som den tyska regeringen har åberopat till stöd för sitt resonemang, enligt vilket den nationella lagstiftningen uppfyller rättssäkerhetskraven, föranleder inte någon annan bedömning.

76 I detta avseende är det tillräckligt att påminna om att det enligt rättssäkerhetsprincipen krävs att de nationella åtgärder som vidtagits för genomförande av en gemenskapsrättslig bestämmelse skall offentliggöras i tillräcklig utsträckning, så att de rättssubjekt som berörs av sådana åtgärder har möjlighet att få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter inom det särskilda område som regleras av gemenskapsrätten (se särskilt domen av den 27 februari 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 21). Detta är emellertid inte fallet avseende de nämnda administrativa föreskrifterna som ostridigt är av intern karaktär och riktar sig till förvaltningen för att säkerställa ett gemensamt synsätt i bestämda frågor.

77 Under dessa omständigheter skall talan bifallas, såvitt den avser den andra anmärkningens första del.

Den förvaltningspraxis som påstås strida mot gemenskapsrätten

78 I punkterna 49 och 50 i förevarande dom erinrade domstolen om att det avseende anmärkningar som rör genomförandet av en nationell bestämmelse krävs bevisning av särskilt slag i förhållande till den som normalt är i fråga inom ramen för en fördragsbrottstalan som endast avser innehållet i en nationell bestämmelse, för att ett fördragsbrott skall anses vara styrkt. Under sådana omständigheter kan ett fördragsbrott endast bevisas med stöd av en tillräckligt dokumenterad och utförlig beskrivning av den praxis som läggs den nationella förvaltningen och/eller de nationella domstolarna till last och som den berörda medlemsstaten kan ställas till svars för. Även om en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten kan utgöra ett fördragsbrott i den mening som avses i artikel 226 EG, måste denna förvaltningspraxis enligt domstolen dessutom vara tillräckligt varaktig och allmängiltig.

79 Kommissionen har emellertid begränsat sig till att nämna 17 fall i vilka förvaltningsbeslut har fattats utan att kraven i gemenskapsrätten har beaktats, utan att tillhandahålla domstolen de aktuella besluten och utan att ens återge det minsta utdrag från dem till stöd för sitt resonemang. Kommissionen har därför uppenbarligen inte försett domstolen med de uppgifter som är nödvändiga för att den skall kunna kontrollera att det påstådda fördragsbrottet föreligger. Detta blir ännu tydligare då den tyska regeringen konkret har bestridit de tillhandahållna uppgifternas trovärdighet genom att tillhandahålla bland annat, avseende två av de fall som kommissionen hänvisar till i sin ansökan (fallen Moffa och Nardelli), ett utdrag från det aktuella beslutet som visar att kraven i gemenskapsrätten har beaktats.

80 Redan av denna anledning skall talan således ogillas, såvitt den avser den andra anmärkningens andra del.

Den tredje anmärkningen: Beaktande av allmänpreventiva aspekter i utvisningsfall i den tyska lagstiftningen och den tyska praxisen

Upptagande till sakprövning

— Parternas argument

81 Den tyska regeringen har framhållit att det motiverade yttrandet inte innehöll någon anmärkning avseende en brist på klarhet i den tyska lagstiftningen, såvitt gäller förbud mot att anta allmänpreventiva åtgärder och att denna del av den tredje anmärkningen därför inte kan tas upp till sakprövning.

82 Kommissionen har svarat att den i sin formella underrättelse har gjort gällande att alla beslut som har fattats med 47 § första och andra styckena i Ausländergesetz som rättslig grund nödvändigtvis, på grund av denna bestämmelses allmänpreventiva syfte, är av rättsstridig allmänpreventiv karaktär och att gemenskapsrätten följaktligen åsidosätts genom dessa. Denna anmärkning har vidhållits och understrukits i det motiverade yttrandet varför yrkandet om att anmärkningen skall avvisas skall ogillas.

— Domstolens bedömning

83 Kommissionens motiverade yttrande och talan skall vila på samma skäl och grunder (se särskilt punkt 60 i förevarande dom). Detta är emellertid fallet i förevarande fall.

84 Såsom generaladvokaten har framhållit i punkterna 111 och 112 i sitt förslag till avgörande överensstämmer den del av den tredje anmärkningen som avser bristfälligt införlivande med nationell rätt av kravet att allmänpreventiva skäl inte kan motivera en utvisning av gemenskapsmedborgare i huvudsak med anmärkningen i punkt III i det motiverade yttrandet. I den sistnämnda klandrar kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland för att inte tillräckligt tydligt i sin lagstiftning ha föreskrivit att utvisningsbeslut avseende unionsmedborgare inte får fattas på en grund som föreskriver obligatorisk respektive principiell utvisning med anledning av en lagakraftvunnen brottmålsdom. Till detta kommer att kommissionen i den del av det motiverade yttrandet som rubriceras "Avskräckning" just har åberopat omständigheten att alla utvisningsbeslut som har fattats med 47 § i Ausländergesetz som grund nödvändigtvis, på grund av denna bestämmelses allmänpreventiva syfte, är av rättsstridig allmänpreventiv karaktär, varför kommissionen därigenom direkt har ifrågasatt denna lagstiftning.

85 Mot denna bakgrund kan kommissionen inte klandras för att inte ha återgivit den exakta ordalydelsen i anmärkningarna som åberopades under det administrativa förfarandet i yrkandena i ansökan, medan den sett till att dessa överensstämde med den utförliga redogörelsen för anmärkningarna.

86 Yrkandet om att den tredje anmärkningen delvis skall avvisas skall följaktligen ogillas.

Prövning i sak

— Parternas argument

87 Kommissionen har gjort gällande att det utvisningssystem som föreskrivs i 47 § första och andra styckena i Ausländergesetz har allmänpreventiva syften på så sätt

att obligatorisk eller principiell utvisning har till syfte att avskräcka andra utländska medborgare från att begå samma eller liknande brott som utländska medborgare som har utvisats har begått. Alla de beslut som har fattats med dessa bestämmelser som grund innehåller av naturliga skäl ett rättsstridigt inslag av allmänprevention, beroende på denna bestämmelses syfte, och strider redan av detta skäl mot gemenskapsrätten. Hänvisningen till 12 § i Aufenthaltsgesetz/EWG, som endast har gjorts för fullständighetens skull, ändrar inte omständigheten att de nämnda besluten har fattats på en rättslig grund vars tillämpning är oförenlig med gemenskapsrätten på grund av dess allmänpreventiva syfte.

88 I flera beslut är den målsättning avseende allmänprevention som eftersträvas genom obligatorisk utvisning vidare uttryckligen omnämnd, utan att det framgår av motiveringen till dessa beslut att de även har fattats med individualpreventiva skäl som självständig grund. I vart fall är en sådan åtskillnad inte märkbar i ett visst antal av fallen då det i dessa uppräknas allmänpreventiva och individualpreventiva syften sida vid sida såsom kumulativa skäl, vilket antyder att den berörda åtgärden har vidtagits med båda typerna av skäl som grund. Vidare läggs ibland särskild vikt vid allmänpreventionens verkningar i dessa beslut. Enligt kommissionen följer av detta att förvaltningspraxisen leder till att de aktuella besluten även fattas med beaktande av allmänprevention som grund och att de av denna anledning följaktligen strider mot gemenskapsrätten (dom av den 10 februari 2000 i mål C-340/97, Nazli, REG 2000, s. I-957, punkt 63).

89 Mot denna bakgrund behöver det tyska rättsläget och den tyska förvaltningspraxisen enligt kommissionen klargöras i detta avseende så att det inte kvarstår minsta tvivel avseende genomförandet av den nationella lagstiftningen. Ett oprecist och tvetydigt införlivande av gemenskapsrättens skyldigheter överensstämmer inte med kraven på ett korrekt införlivande av direktiv 64/221.

90 Avseende anmärkningen om att den nationella lagstiftningen i sig saknar klarhet har den tyska regeringen svarat att det i den tydligt och otvetydigt framgår att gemenskapsmedborgare inte kan utvisas av allmänpreventiva skäl. Kommissionen har inte beaktat omständigheten att utvisningsbesluten avseende dessa medborgare inte endast har fattats med 47 § i Ausländergesetz som rättslig grund utan att bestämmelserna i 12 § i Aufenthaltsgesetz/EWG alltid skall beaktas, vilka är tvingande och har företräde framför den nämnda 47 §. Allmänprevention är endast ett skäl för utvisning av medborgare i tredjeland.

91 Avseende anmärkningen gällande omständigheten att det förekommer en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten har den tyska regeringen bestridit att det förekommer en rad felaktiga enskilda beslut som styrker förekomsten av en sådan praxis. De få fall som kommissionen har nämnt är inte tillräckliga för att slutsatsen att det förekommer en varaktig och allmän förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten skall kunna dras. Det skall tilläggas att det följer av de allmänna administrativa föreskrifterna avseende Ausländergesetz — som är av stor betydelse beträffande frågan huruvida det förekommer en förvaltningspraxis på så sätt att de binder förvaltningen juridiskt i dess verksamhet — att det är förbjudet för förvaltningen att motivera utvisningsbeslut som är till gemenskapsmedborgares nackdel med att utvisningen har en avskräckande verkan i förhållande till andra utländska medborgare.

92 Omständigheten att de tyska förvaltningsmyndigheterna har åberopat allmänpreventiva skäl utöver de individualpreventiva skälen är fullkomligt förenligt med artikel 3.1 i direktiv 64/221, under förutsättning att den enda skyldigheten som följer av denna bestämmelse, nämligen att det redogörs för tillräckliga skäl avseende den berörda personen och dennes uppförande, är uppfylld.

— Domstolens bedömning

Det påstått bristfälliga införlivandet

93 I enlighet med domstolens rättspraxis utgör gemenskapsrätten hinder för att utvisa en medborgare i en medlemsstat i allmänpreventivt syfte, det vill säga i syfte att avskräcka andra utländska medborgare (se, bland annat, dom av den 26 februari 1975 i mål 67/74, Bonsignore, REG 1975, s. 297, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 2, s. 455, och domen i det ovannämnda målet Nazli, punkt 59), i synnerhet om utvisningen har beslutats automatiskt till följd av att vederbörande har dömts för brott, utan att det tagits hänsyn vare sig till det personliga uppförandet hos den som begått brottet eller till det hot mot den allmänna ordningen som denne utgör (se domen i det ovannämnda målet Calfa, punkt 27).

94 Såsom det har framgått av punkterna 39–43 i förevarande dom har Aufenthaltsgesetz/EWG, i egenskap av speciallagstiftning i förhållande till Ausländergesetz, företräde framför bestämmelserna i denna sistnämnda lag i de situationer som särskilt regleras i Aufenthaltsgesetz.

95 I enlighet med 12 § tredje stycket första meningen i Aufenthaltsgesetz/EWG får utvisningsbeslut fattas mot gemenskapsmedborgare som åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapsrätten endast om dennes eget uppförande ger anledning därtill. Av detta följer att alla utvisningar som är motiverade av allmänprevention är förbjudna avseende denna personkategori.

96 Såsom det har framgått inom ramen för den första anmärkningen (se punkt 42 i förevarande dom) har kommissionen vidare inte i förevarande fall påstått att de aktuella bestämmelserna i förevarande fall är föremål för olika tolkningar i rättspraxis, varav vissa leder fram till att de nämnda bestämmelserna tillämpas i överensstämmelse med gemenskapsrätten och andra leder fram till motsatt resultat, vilket skulle innebära att dessa bestämmelser inte är tillräckligt tydliga för att säkerställa att de tillämpas i överensstämmelse med gemenskapsrätten.

97 Kommissionens anmärkning avseende åsidosättande av gemenskapsrätten genom att det i de tyska bestämmelserna inte tillräckligt tydligt föreskrivs ett förbud mot att beakta allmänpreventiva aspekter vid utvisningsbeslut från tyskt territorium som riktar sig mot en medborgare från en annan medlemsstat som åtnjuter fri rörlighet i enlighet med gemenskapsrätten saknar under dessa förutsättningar grund.

Den förvaltningspraxis som påstås strida mot gemenskapsrätten

98 Det skall framhållas att kommissionen har begränsat sig till att i sin ansökan nämna vissa fall i vilka utvisningsbeslut delvis har motiverats av allmänpreventiva skäl, utan att tillhandahålla domstolen de aktuella besluten, varvid den endast återgett korta utdrag och endast från vissa av dem. Kommissionen har därför uppenbarligen inte försett domstolen med de uppgifter som är nödvändiga för att den skall kunna kontrollera att det påstådda fördragsbrottet föreligger. Detta blir ännu tydligare då den tyska regeringen konkret har bestridit de tillhandahållna uppgifternas trovärdighet genom att i ett visst antal fall hänvisa till beslut som har fattats till följd av att klagandena (fallen Condo och Procopio) har överklagat de beslut som kommissionen hänvisar till i sin ansökan.

99 De elva beslut som kommissionen har nämnt har vidare fattats, enligt uppgifter som framgår av ansökan varigenom talan väcktes, mellan mars månad 1993 (fallet Sassano) och november månad 1997 (fallet Pugliese), det vill säga under en period av närmare fem år. Domstolen kan därför i vart fall inte fastslå att det förekommer en allmän och varaktig praxis som strider mot gemenskapsrätten då kommissionen, som inte har möjlighet att stödja sig på någon presumtion, inte har försett domstolen med nödvändiga uppgifter för att motbevisa den tyska regeringens påstående, enligt vilket det är fråga om enskilda beslut och inte om en allmän och varaktig praxis.

100 Denna slutsats gör sig än mer gällande då det, såsom den tyska regeringen har framhållit, i de allmänna administrativa föreskrifterna avseende Ausländergesetz föreskrivs att en utvisning endast får ske av individualpreventiva skäl och endast då det finns påtagliga och tillräckligt allvarliga hot mot ett av samhällets grundläggande intressen.

101 Trots att den tyska regeringen inte har bestridit att enskilda utvisningsbeslut kan ha fattats utan att gemenskapsrättsliga krav tillräckligt har beaktats skall kommissionens talan följaktligen ogillas, såvitt den avser anmärkningen att det förekommer en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten, med beaktande av den rättspraxis som nämns i punkterna 48–50 i förevarande dom.

102 Kommissionens talan skall således ogillas, såvitt den avser den tredje anmärkningen.

Den fjärde anmärkningen: Otillräckligt beaktande av den grundläggande rätten till respekt för familjelivet vid antagande av utvisningsbeslut

Parternas argument

103 Kommissionen har gjort gällande att medlemsstaterna, vid utvisning av gemenskapsmedborgare som grundar sig på undantaget för allmän ordning som föreskrivs i direktiv 64/221, är skyldiga att beakta inte endast den grundläggande principen om fri rörlighet för personer utan också den inverkan som denna utvisning har på grundläggande rättigheter, särskilt rätten till respekt för familjelivet i den mening som avses i artikel 8 i konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad EKMR), en rättighet som domstolen skall beakta (se särskilt dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter, REG 2002, s. I-6279, punkt 41).

104 Kommissionen har i detta avseende nämnt ett visst antal fall i vilka de tyska förvaltningsmyndigheterna, i kommissionens mening, har åsidosatt proportionalitetsprincipen på ett särskilt grovt och tydligt sätt. Den åberopar två fall i vilka myndigheterna inte har prövat frågan om proportionalitet, fem fall i vilka de inte har utfört en proportionalitetsbedömning på grund av att de har ansett att en sådan prövning inte är nödvändig vid automatisk utvisning och fjorton fall i vilka vikten av den grundläggande rätten till skydd för familjelivet inte tillräckligt har beaktats.

105 Den tyska regeringen har framhållit att kommissionen inte har kunnat bevisa att det finns en förvaltningspraxis som innebär att det inte görs en avvägning mellan rätten till familjeliv och kravet på att upprätthålla allmän ordning. Denna påstådda

förvaltningspraxis har inte bevisats, och den enda omständigheten att det förekommer några utvisningsbeslut i vilka de vederbörandes familjeband inte nämns i motiveringen innebär inte att man kan dra slutsatsen att det finns en allmän förvaltningspraxis.

106 Tvärtemot kommissionens påståenden krävs det enligt bestämmelserna i vilka utvisning av gemenskapsmedborgare regleras, särskilt artiklarna 48 i Ausländergesetz och 12 i Aufenthaltsgesetz/EWG, nästan obligatoriskt att en proportionalitetsbedömning genomförs av utvisningen och att den tungt vägande vikten av skyddet för äktenskap och familjeliv beaktas. I enlighet med artikel 6 i den tyska konstitutionen åtnjuter äktenskap och familj ett särskilt skydd i det federala systemet och det ankommer på förvaltningsmyndigheter att ovillkorligen beakta denna konstitutionella bestämmelse vid tillämpningen av lag- och författningstexter. Kommissionen har felaktigt anmärkt på att de nämnda myndigheterna inte har bedömt proportionaliteten, och i de fall då kommissionen har dragit slutsatsen att utvisningsbesluten är oproportionerliga är de kriterier som kommissionen tillämpar också felaktiga, vilket nästan oundvikligen leder till att den drar felaktiga slutsatser.

Domstolens bedömning

107 I enlighet med domstolens rättspraxis skall den prövning som den nationella myndigheten i varje enskilt fall skall utföra av huruvida det föreligger ett personligt uppförande som innebär ett hot mot den allmänna ordningen och, i förekommande fall, hur förefintliga legitima intressen skall avvägas ske med iakttagande av gemenskapsrättens allmänna principer (domen i det ovannämnda målet Orfanopoulos och Oliveri, punkt 95).

108 I detta avseende skall de grundläggande rättigheter vars efterlevnad domstolen skall säkerställa beaktas. Hänsyn till allmänintresset kan åberopas för att rättfärdiga en nationell åtgärd som inskränker utövandet av de grundläggande friheter som stadfästs i fördraget endast om åtgärden är förenlig med dessa rättigheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT, REG 1991, s. I-2925, punkt 43, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-209, och av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress, REG 1997, s. I-3689, punkt 24, samt domarna i de ovannämnda målen Carpenter, punkt 40, och Orfanopoulos och Oliveri, punkt 97).

109 Det skall i detta sammanhang erinras om den i gemenskapsrätten erkända vikten av att säkerställa skyddet för familjelivet för gemenskapsmedborgare, i syfte att undanröja hindren för utövandet av de grundläggande friheter som stadfästs i fördraget. Det är i synnerhet ostridigt att en utvisning av en person från ett land där dennas nära släktingar bor kan utgöra intrång i rätten till skydd för familjelivet, i den mening som avses i artikel 8 i Europakonventionen, vilken ingår bland de grundläggande rättigheter som enligt domstolens fasta rättspraxis skyddas i gemenskapernas rättsordning (se bland annat domen i det ovannämnda målet Orfanopoulos och Oliveri, punkt 98). Ett sådant intrång står i strid med Europakonventionen om det inte uppfyller kraven i punkt 2 i samma artikel, det vill säga om det inte "görs med stöd av lag", inte syftar till ett eller flera mål som är legitima enligt den nämnda punkten och om det inte är "[nödvändigt] i ett demokratiskt samhälle", det vill säga är motiverat av tvingande samhällsintressen samt bland annat står i proportion till det legitima mål som eftersträvas (se, bland annat, Europadomstolen, domen i målet Boultif mot Schweiz av den 2 augusti 2001, *Recueil des arrêts et décisions*

110 Kommissionen har inte bevisat att det i Tyskland förekommer en förvaltningspraxis i strid mot kraven avseende skydd av rätten till respekt för familjelivet av den varaktiga och allmänna karaktär som krävs enligt domstolens rättspraxis.

111 Kommissionen har begränsat sig till att i sin ansökan nämna vissa fall i vilka rätten till respekt för familjelivet inte tillräckligt har beaktats, eller då denna rätt till och med inte alls har beaktats, utan att förse domstolen med de aktuella besluten och har endast återgett korta utdrag och endast från vissa av dem. Kommissionen har därför uppenbarligen inte försett domstolen med de uppgifter som är nödvändiga för att den skall kunna kontrollera att det påstådda fördragsbrottet föreligger. Detta blir ännu tydligare då den tyska regeringen konkret har bestridit (särskilt i fallen Solimando, Racabulto och Condo) att kommissionens påstående, enligt vilket rätten till respekt för familjelivet inte tillräckligt har beaktats i samtliga av de beslut som den sistnämnda hänvisar till, är välgrundat.

112 De 21 aktuella besluten har vidare fattats, enligt uppgifter som framgår av ansökan varigenom talan väcktes, mellan december månad 1992 (fallet Torsello) och mars månad 2001 (fallet Theodoridis), det vill säga under en period av närmare nio år. Domstolen kan därför i vart fall inte fastslå att det förekommer en allmän och varaktig praxis som strider mot gemenskapsrätten då kommissionen, som inte har möjlighet att stödja sig på någon presumtion, inte har försett domstolen med nödvändiga uppgifter för att motbevisa den tyska regeringens påstående enligt vilket det är fråga om enskilda beslut och inte allmän och varaktig praxis.

113 Trots att den tyska regeringen inte har bestridit att enskilda utvisningsbeslut kan ha fattats utan att gemenskapsrättsliga krav tillräckligt har beaktats, skall kommissionens anmärkning avseende att det förekommer en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten, med beaktande av den rättspraxis som nämns i punkterna 48–50 i förevarande dom, följaktligen ogillas.

Den femte anmärkningen: Omständigheten att utvisningsbeslut systematiskt verkställs omedelbart trots att det inte är fråga om brådskande fall

Parternas argument

114 Kommissionen har gjort gällande att när överklagande till domstol endast får ske för att avgöra om beslutet har laga giltighet, eller när överklagandet inte kan resultera i ett uppskov med verkställigheten, krävs det enligt artikel 9.1 första stycket i direktiv 64/221, "utom i brådskande fall", att ett särskilt förfarande vid en oberoende myndighet som skall avge ett yttrande dessförinnan genomförs. I tysk utlänningsrätt finns det inte något särskilt förfarande i den mening som avses i denna bestämmelse. Av detta följer, i fall då utvisningen avser gemenskapsmedborgare, att uppskov med verkställigheten endast kan uteslutas genom ett föreläggande i enlighet med artikel 80 § 2 stycke 4 VwGO i "brådskande fall", i den mening som avses i den nämnda bestämmelsen i direktiv 64/221.

115 Enligt kommissionen är ett sådant brådskande fall endast tänkbart då omedelbar avvisning är det enda sättet att förekomma en konkret, omedelbar och allvarlig risk för angrepp på den allmänna ordningen. Då omedelbar utvisning utgör en kränkning av den grundläggande rätten till fri rörlighet och den grundläggande rätten till respekt för familjelivet ankommer det på den behöriga myndigheten att bevisa att de föreskrivna villkoren är uppfyllda i varje enskilt fall. I vart fall avseende de gemenskapsmedborgare som sedan länge bor i värdmedlemsstaten innebär proportionalitetsprincipen att omedelbar verkställighet av ett utvisningsbeslut endast kan beslutas i undantagsfall och endast i särskilt allvarliga och brådskande fall.

116 Kommissionen har framhållit att uppskov med utvisningen enligt ordalydelsen i 80 § andra stycket punkt 4 VwGO kan uteslutas när utvisningen avser en gemen-

skapsmedborgare som har överklagat beslutet, om det finns särskilda skäl för att utvisningen skall verkställas omedelbart. Även om dessa "särskilda skäl" går utöver de skäl som motiverar själva utvisningen har det i tyska myndighetsbeslut regelbundet, på ett nästan automatiskt sätt och utan tillräckliga motiveringar, fastslagits att det föreligger särskilda skäl för att omedelbart verkställa utvisningen. Prövningen av de fall som kommit kommissionen till handa föranleder på intet sätt att den slutsatsen att förvaltningsmyndigheterna har beaktat kravet på fara i dröjsmål som uppställs i gemenskapsrätten för att en omedelbar avvisning skall genomföras kan dras. Kommissionen har i detta avseende nämnt 17 fall som inte uppfyller kraven i gemenskapslagstiftningen. Förutom att omedelbar utvisning används nästan systematiskt hävdar kommissionen att förekomsten av ett särskilt allmänintresse avseende omedelbar utvisning, ett intresse som nödvändigtvis går utöver det allmänna intresse som motiverar att utvisning sker, endast är föremål för ett kortfattat konstaterande och inte för en konkret bedömning.

117 Det tyska rättsläget och den tyska förvaltningspraxisen behöver därför klargöras så att det inte kvarstår minsta tvivel i detta avseende.

118 Den tyska regeringen har genmält att beslut om omedelbar utvisning fattas efter en särskild prövning av de särskilda villkoren som krävs för att genomföra en sådan. Den likhet som har noterats mellan utvisningsbesluten och besluten om omedelbar verkställighet, som är oberoende av varandra, följer nästan nödvändigtvis av omständigheten att de gemenskapsmedborgare som uppfyller de ytterst strikta villkoren för att bli föremål för utvisning nästan alltid också uppfyller villkoren enligt vilka utvisningen omedelbart kan begäras verkställd.

119 Beslut om omedelbar verkställighet av utvisningsbesluten står inte heller i strid mot de garantier avseende förfarandet som föreskrivs i gemenskapsrätten. Dels kan

medborgare från andra medlemsstater försvara sig mot ett utvisningsbeslut genom att använda samma rättsmedel mot förvaltningsbeslut som är öppna för tyska medborgare, dels har de alltid möjlighet att begära att deras överklagande skall medföra uppskov med verkställigheten (80 § punkt 5 VwGO). Den tyska rätten uppfyller på detta vis de minimivillkor som föreskrivs i artikel 9.1 i direktiv 64/221 avseende uppskov med verkställigheten av beslut som har överklagats.

120 För övrigt går det vida processrättsliga skydd som garanteras vid utvisningar i Förbundsrepubliken Tyskland mycket längre än det minimiskydd som föreskrivs i artikel 9 i direktiv 64/221 och säkerställer ett effektivt skydd för gemenskapsmedborgarnas rättigheter enligt gemenskapsrätten. Dels prövas lagligheten och lämpligheten av ett överklagat förvaltningsbeslut, även om det gäller ett utvisningsbeslut, omedelbart innan ett överklagande inom ett administrativt förfarande inför förvaltningsmyndigheten. Detta processrättsliga skydd består även om utvisningsbeslutet är förenat med ett beslut om omedelbar verkställighet. Dels är en kontroll genom förvaltningsdomstolarna alltid möjlig och detta även i de fall i vilka det inte har förekommit något tidigare förfarande. Förvaltningsdomstolarna fastställer ex officio de avgörande omständigheterna och prövar utvisningsbeslutets laglighet fullt ut såväl i formellt som i materiellt hänseende.

Domstolens bedömning

121 Det skall erinras om att bestämmelserna i artikel 9.1 i direktiv 64/221 har till syfte att säkerställa att personer som drabbas av ett beslut om utvisning tillförsäkras ett processrättsligt minimiskydd. I artikeln, som är tillämplig i tre fall, nämligen när rätt att överklaga till domstol inte finns, när ett sådant överklagande endast får ske för att avgöra om beslutet har laga giltighet eller när överklagandet inte kan resultera i ett uppskov med verkställigheten, föreskrivs ingripande av en annan myndighet än den som är bemyndigad att fatta utvisningsbeslutet. Endast i brådskande fall får

förvaltningsmyndigheten fatta sitt beslut innan ett yttrande erhållits från den behöriga myndigheten (se särskilt domen i det ovannämnda målet Orfanopoulos och Oliveri, punkt 105).

122 Kommissionen har inte heller bevisat att det i Tyskland förekommer en förvaltningspraxis som strider mot kraven som följer av artikel 9.1 i direktiv 64/221 av den varaktiga och allmänna karaktär som krävs enligt domstolens rättspraxis.

123 Kommissionen har begränsat sig till att i sin ansökan nämna vissa fall i vilka ett beslut om omedelbar utvisning har fattats utan att kraven i den nämnda artikeln 9.1 har beaktats och utan att tillhandahålla domstolen de aktuella besluten, och den har endast återgett korta utdrag från dem i ansökan. Kommissionen har därför återigen uppenbarligen inte försett domstolen med de uppgifter som är nödvändiga för att den skall kunna kontrollera att det påstådda fördragsbrottet föreligger. Detta blir ännu tydligare då den tyska regeringen har bestridit kommissionens påstående, enligt vilket prövningen av de fall som inkommit till den inte gör det möjligt att dra slutsatsen att de tyska myndigheterna har beaktat kravet på fara i dröjsmål som uppställs i gemenskapsrätten för att en omedelbar utvisning skall få genomföras.

124 De 17 beslut som kommissionen har nämnt har vidare fattats, enligt uppgifter som framgår av ansökan varigenom talan väcktes, mellan augusti månad 1993 (fallet Clarizia) och juli månad 2000 (fallet Moffa), det vill säga under en period av närmare sju år. Domstolen kan därför i vart fall inte fastslå att det förekommer en allmän och varaktig praxis som strider mot gemenskapsrätten då kommissionen, som inte har möjlighet att stödja sig på någon presumtion, inte har försett domstolen med nödvändiga uppgifter för att motbevisa den tyska regeringens påstående, enligt vilket

en allmän och varaktig praxis i den mening som kommissionen påstår inte förekommer.

125 Kommissionens talan skall följaktligen ogillas, med beaktande av den rättspraxis som nämns i punkterna 48–50 i förevarande dom, såvitt den avser anmärkningen att det förekommer en förvaltningspraxis som strider mot gemenskapsrätten.

126 Mot denna bakgrund skall det fastslås att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 39 EG, artikel 3 i direktiv 64/221 och artikel 10 i direktiv 73/148 genom att inte på ett tillräckligt tydligt sätt med 12 § första stycket i Aufenthaltsgesetz/EWG införliva de villkor som följer av gemenskapsrätten avseende inskränkningar av den fria rörligheten.

Rättegångskostnader

127 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen i huvudsak har tappat målet, skall Förbundsrepubliken Tysklands yrkande bifallas. I enlighet med artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna skall de medlemsstater som har intervenerat till stöd för kommissionen bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

1) **Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 39 EG, artikel 3 i rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning, vilka är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, och artikel 10 i rådets direktiv 73/148/EEG av den 21 maj 1973 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster genom att inte i 12 § första stycket i lagen om inresa och uppehåll för medborgare i Europeiska ekonomiska gemenskapen (Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft) av den 21 januari 1980 tillräckligt tydligt införliva de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om inskränkningar av den fria rörligheten.**

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **Europeiska gemenskapernas kommission skall ersätta rättegångskostnaderna.**

4) **Republiken Italien skall bära sin rättegångskostnad.**

Underskrifter