



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 20 maj 2014¹

Mål C-202/13

**Sean Ambrose McCarthy
Helena Patricia McCarthy Rodriguez
Natasha Caley McCarthy Rodriguez
mot
Secretary of State for the Home Department**

(begäran om förhandsavgörande från High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Förenade kungariket))

”Rätt till inresa och kortvarig vistelse — Tredjelandssmedborgare som är familjemedlem till en unionsmedborgare och som innehar ett uppehållskort utfärdat av en medlemsstat — Nationell lagstiftning med villkor att inresetillstånd måste inhämtas före inresa till medlemsstatens territorium”

Innehållsförteckning

I–	Inledning	3
I – II–	Tillämpliga bestämmelser	3
A –	Unionsrätt	3
1.	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt	3
2.	Protokoll nr 20	3
3.	Direktiv 2004/38	4
4.	Förordning (EG) nr 539/2001	5
5.	Förordning (EG) nr 562/2006	6
B –	Nationell rätt	6

¹ – Originalspråk: franska.

a) Ett giltigt pass	6
II – III– Bakgrund till det nationella målet	7
III – IV– Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna	9
IV – V– Bedömning	10
A – Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt	10
1. Inledande anmärkningar och särskilda omständigheter i målet	10
2. Analys av domstolens senaste rättspraxis angående härledd uppehållsrätt	11
3. Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt om en unionsmedborgare, som redan konkret har utövat sin rätt till fri rörlighet, reser till den medlemsstat där denne är medborgare	14
a) Teleologiska skäl för en mer extensiv tolkning av direktiv 2004/38	14
i) Den medlemsstat där unionsmedborgaren har sitt ursprung överensstämmer inte med den medlemsstat där han är medborgare	14
ii) Unionsmedborgarna reser i olika riktningar	15
b) Kort sammanfattning av domstolens relevanta praxis vad rör härledd uppehållsrätt	16
c) Förslag i denna del	18
4. Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt när unionsmedborgaren har utövat sin rätt till fri rörlighet genom att vistas i den mottagande medlemsstaten, och samtidigt utövar samma rätt genom att resa till den medlemsstat där han är medborgare: Rätt till inresa och kortvarig vistelse	18
a) Unionsmedborgaren utövar sin rätt till fri rörlighet i den mottagande medlemsstaten samtidigt som han vistas i den medlemsstat där han är medborgare	19
b) Unionsmedborgaren utövar sin rätt till fri rörlighet genom faktisk vistelse i den mottagande medlemsstaten samtidigt som han utövar sin rätt till inresa och kortvarig vistelse i den medlemsstat där han är medborgare	19
c) Förslag i denna del	21
B – Frågan om vilka åtgärder som kan vidtas med stöd av artikel 35 i direktiv 2004/38	22
1. Begreppet rättsmissbruk i domstolens relevanta praxis	22
2. Tolkning av artikel 35 i direktiv 2004/38 med hänsyn till domstolens praxis	23
3. Förenade kungarikets invändningar	25
C – Protokoll nr 20	27
V – VI– Förslag till avgörande	29

I – Inledning

1. En medlemsstat har infört och tillämpat en allmänt tillämplig åtgärd som innebär att medborgare i tredjeland, som tillhör en unionsmedborgares familj, som önskar inresa i denna medlemsstat måste ha ett inresevisum utfärdat av densamma.
2. Domstolen har i förevarande mål för första gången att meddela ett förhandsavgörande om tolkning av artikel 35 i direktiv 2004/38/EG² och artikel 1 i protokoll nr 20 till Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).³
3. För att besvara denna fråga måste domstolen bland annat avgöra huruvida direktiv 2004/38 ska tillämpas på en tredjelandsmedborgare som tillsammans med sin make och hans dotter, som båda är unionsmedborgare, är bosatta i en annan medlemsstat än de senare är medborgare i, varvid tredjelandsmedborgaren önskar följa med de senare till den medlemsstat där de är medborgare på korta resor. Frågan är nära knuten till den fråga som domstolen redan tagit ställning till i sin nyligen avkunnade dom O och B⁴, men jag finner inte nämnda doms lösning tillfredsställande vad rör de faktiska omständigheterna i det nu aktuella målet. Jag föreslår därför en mer generell lösning som gör att det råder samstämmighet mellan tillämpningsområdena för EUF-fördraget och direktiv 2004/38.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätt

1. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

4. Genom artikel 20.1 FEUF införs ett unionsmedborgarskap. I artikeln föreskrivs att "[v]arje person som är medborgare i en medlemsstat" ska vara unionsmedborgare. Enligt artikel 20.2 a ska unionsmedborgarna ha "rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier".

5. I artikel 21.1 FEUF anges vidare att unionsmedborgarna har denna rätt "om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och i bestämmelserna om genomförande av fördragen".

2. Protokoll nr 20

6. I artikel 1 i protokoll nr 20 anges följande:

"Förenade kungariket ska – utan hinder av artiklarna 26 och 77 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, andra bestämmelser i det fördraget eller i fördraget om Europeiska unionen, åtgärder som har beslutats enligt de fördragen eller internationella avtal som ingåtts av unionen eller av unionen och dess medlemsstater med en eller flera tredje stater – ha rätt att vid sina gränser med andra medlemsstater genomföra sådana kontroller av personer som vill resa in i Förenade kungariket som det anser nödvändiga i syfte att

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

3 – Protokoll om tillämpning av vissa inslag i artikel 26 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på Förenade kungariket och Irland.

4 – C-456/12, EU:C:2014:135.

- a) kontrollera rätten att resa in i Förenade kungariket för medborgare i medlemsstater och för deras familjemedlemmar när de utövar rättigheter som följer av unionsrätten, liksom för sådana medborgare i andra stater som har fått sådana rättigheter genom en överenskommelse som Förenade kungariket är bundet av, och
- b) avgöra om andra personer ska ges tillstånd att resa in i Förenade kungariket.

Artiklarna 26 och 77 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller andra bestämmelser i det fördraget eller fördraget om Europeiska unionen eller andra åtgärder som har beslutats inom ramen för dessa fördrag ska inte på något sätt påverka Förenade kungarikets rätt att införa eller genomföra sådana kontroller. Hänvisningar till Förenade kungariket i denna artikel ska anses inbegripa territorier för vars yttre förbindelser Förenade kungariket ansvarar.”

3. Direktiv 2004/38

7. Av skäl 5 i detta direktiv framgår att ”[f]ör att varje unionsmedborgare skall kunna utöva sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier på villkor som säkerställer de objektiva villkoren frihet och värdighet bör även familjemedlemmar beviljas denna rätt, oavsett medborgarskap”.

8. I skäl 28 i direktiv 2004/38 föreskrivs att medlemsstaterna ”[f]ör att skydda mot missbruk av rättigheter eller bedrägeri, särskilt skenäktenskap eller andra former av förhållanden som ingåtts endast i syfte att åtnjuta rätt att fritt röra sig och uppehålla sig, bör ... ha rätt att anta nödvändiga åtgärder”.

9. Vad rör frågan vilken personkrets som omfattas av direktiv 2004/38 föreskrivs i artikel 3.1, med rubriken ”Förmånstagare”, följande:

”Detta direktiv skall tillämpas på alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i samt på de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2 [led 2] som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren.”

10. Vad rör rätten till inresa för unionsmedborgare och medlemmar av deras familj som är medborgare i tredjeland, föreskrivs följande i artikel 5.1 och 5.2 i direktiv 2004/38:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna för kontroll av resehandlingar vid de nationella gränserna skall medlemsstaterna tillåta unionsmedborgare att resa in på deras territorium med ett giltigt identitetskort eller pass och tillåta familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat att resa in på deras territorium med ett giltigt pass.

Unionsmedborgare får inte åläggas skyldighet att inneha inresevisering eller någon motsvarande formalitet.

2. Familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat skall endast åläggas skyldighet att ha visering i enlighet med förordning (EG) nr 539/2001 eller i förekommande fall med nationell lag. Enligt detta direktiv skall innehav av giltigt uppehållskort enligt artikel 10 medföra undantag för dessa familjemedlemmar från kravet på visering.

Medlemsstaterna skall ge dessa personer all den hjälp de behöver för att få nödvändiga viseringar. Viseringarna skall utfärdas gratis så snart som möjligt på grundval av ett påskyndat förfarande.”

11. Vad rör uppehållsrätt och utfärdande av uppehållskort till en unionsmedborgares familjemedlemmar som är medborgare i tredjeland föreskrivs följande i artikel 10 i direktivet:

”1. Upphållsrätten för unionsmedborgares familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat skall intygas genom att en handling som kallas ’uppehållskort för en unionsmedborgares familjemedlem’ utfärdas senast sex månader efter det att ansökan lämnades in. Ett intyg om inlämnad ansökan om uppehållskort skall utfärdas omedelbart.

2. För utfärdande av ett uppehållskort skall medlemsstaterna begära att följande handlingar visas upp.

- a) Ett giltigt pass.
- b) En handling som styrker familjeanknytning eller ett registrerat partnerskap.
- c) Beviset om registrering eller i avsaknad av ett registreringssystem, ett annat bevis på att den unionsmedborgare som de följer med eller ansluter sig till har hemvist i den mottagande medlemsstaten.
- d) I de fall som avses i artikel 2 [led 2] c och d, handlingar som styrker att villkoren i de bestämmelserna är uppfyllda.
- e) I de fall som avses i artikel 3.2 a, en handling som utfärdats av den behöriga myndigheten i ursprungslandet eller i det land från vilket personerna anländer som styrker att de är ekonomiskt beroende av unionsmedborgaren eller ingår i unionsmedborgarens hushåll, eller bevis på att allvarliga hälsoskäl föreligger som absolut kräver att unionsmedborgaren ger familjemedlemmen personlig omvårdnad.
- f) I de fall som avses under artikel 3.2 b, bevis på att det föreligger [ett] varaktigt förhållande med unionsmedborgaren.”

12. Enligt artikel 11 i direktiv 2004/38 gäller det uppehållskort som utfärdats med stöd av artikel 10 i princip i fem år. I artiklarna 12-15 föreskrivs regler om bibehållande och förlust av uppehållsrätt för en unionsmedborgares familjemedlemmar.

13. Vad rör åtgärder mot eventuellt missbruk av de rättigheter som ges i direktiv 2004/38 föreskrivs följande i artikel 35:

”Medlemsstaterna får vidta nödvändiga åtgärder för att neka, avbryta eller dra tillbaka en rättighet enligt detta direktiv i händelse av missbruk av rättigheter eller bedrägeri, till exempel skenäktenskap. En sådan åtgärd skall vara proportionerlig och i enlighet med de rättssäkerhetsgarantier som föreskrivs i artiklarna 30 och 31.”

4. Förordning (EG) nr 539/2001

14. I skäl 4 i förordning (EG) nr 539/2001⁵ anges att ”[m]ed tillämpning av artikel 1 i protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning, som fogas till Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, deltar inte Irland och Förenade kungariket i antagandet av denna förordning. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4 i ovan nämnda protokoll gäller därför bestämmelserna i denna förordning varken Irland eller Förenade kungariket.”

5 — Förordning av den 15 mars 2001 om fastställande av förteckningen över tredje länder vars medborgare är skyldiga att inneha visering vid passage av de yttre gränserna och de medborgare som är undantagna från detta krav (EGT L 81, s. 1).

5. Förordning (EG) nr 562/2006

15. I förordning (EG) nr 562/2006⁶ föreskrivs att ingen gränskontroll ska ske av personer vid passage av de inre gränserna mellan Europeiska unionens medlemsstater och bestämmelser som är tillämpliga vid gränskontroll av personer som passerar unionsmedlemsstaternas yttre gränser. Enligt skäl 27 i förordningen utgör den ”en utveckling av bestämmelser i Schengenregelverket i vilka Förenade kungariket inte deltar, i enlighet med rådets beslut 2000/365/EG av den 29 maj 2000 om en begäran från Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland om att få delta i vissa bestämmelser i Schengenregelverket Förenade kungariket deltar därför inte i antagandet av denna förordning, som inte är bindande för eller tillämplig i Förenade kungariket.”

B – Nationell rätt

16. Vad rör rätt till inresa för medborgare i tredjeland som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare föreskrivs följande i föreskrift 11.2-11.4 i 2006 års förordning om invandring (Europeiska ekonomiska samarbetsområdet) (Immigration (European Economic Area) Regulations 2006/1003) (nedan kallad regulations 2006):

”(2) En person som inte är EES-medborgare ska tillåtas resa in i Förenade kungariket om han eller hon är en familjemedlem till en EES-medborgare, en familjemedlem som har uppehållsrätt eller en person med permanent uppehållsrätt enligt föreskrift 15 och vid ankomsten visar upp

- a) Ett giltigt pass.
- b) Ett EES-tillstånd för familjemedlemmar, ett uppehållskort eller ett permanent uppehållskort.

(3) En tjänsteman vid immigrationsmyndigheten får inte införa en stämpel i passet för en person som tillåts resa in i Förenade kungariket enligt dessa regulations och som inte är EES-medborgare, om vederbörande visar upp ett uppehållskort eller ett permanent uppehållskort.

(4) Innan en tjänsteman vid immigrationsmyndigheten nekar en person att resa in i Förenade kungariket enligt dessa regulations på grundval av att vederbörande vid ankomsten inte visar upp en av de handlingar som anges i punkt 1 eller 2, måste tjänstemannen ge vederbörande alla rimliga möjligheter att erhålla en sådan handling eller få handlingen överlämnad till sig inom en skälig tidsfrist eller på annat sätt visa att han eller hon är

- a) EES-medborgare,
- b) familjemedlem till en EES-medborgare med rätt att följa med den medborgaren eller ansluta sig till honom eller henne i Förenade kungariket, eller
- c) en familjemedlem som har uppehållsrätt eller en person med permanent uppehållsrätt ...”

17. Vad rör utfärdande av det EES-tillstånd som avses i föreskrift 11 i regulations 2006, anges följande i föreskrift 12 punkterna 1, 4 och 5:

”(1) En tjänsteman som prövar en ansökan om inresetillstånd ska utfärda ett EES-tillstånd för familjemedlemmar, om den som ansöker är familjemedlem till en EES-medborgare och

- a) EES-medborgaren

6 — Europaparlamentets och rådets förordning av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) (EUT L 105, s. 1).

- i) uppehåller sig i Förenade kungariket i enlighet med dessa regulations, eller
 - ii) kommer att resa till Förenade kungariket inom sex månader från dagen för ansökan och vid ankomsten till Förenade kungariket kommer att vara en EES-medborgare som uppehåller sig i Förenade kungariket i enlighet med dessa regulations, och
- b) familjemedlemmen kommer att följa med EES-medborgaren till Förenade kungariket eller ansluta sig till EES-medborgaren där och
- i) uppehåller sig lagligt i en EES-stat, eller
 - ii) skulle uppfylla kraven i reglerna om invandring (utöver de om inresetillstånd) för att beviljas tillstånd att resa in i Förenade kungariket som familjemedlem till en EES-medborgare eller, när det gäller släktingar i rakt nedstigande led eller underhållsberättigade släktingar i rakt uppstigande led till dennes make eller civilrättsliga partner, som familjemedlem till dennes make eller civilrättsliga partner, för det fall EES-medborgaren eller maken eller den civilrättsliga partnern är en person som befinner sig i och är bosatt i Förenade kungariket.

(4) Ett EES-tillstånd för familjemedlemmar som utfärdas enligt denna föreskrift ska utfärdas kostnadsfritt och så snabbt som möjligt.

(5) Ett EES-tillstånd för familjemedlemmar ska emellertid inte utfärdas enligt denna föreskrift om sökanden eller den berörda EES-medborgaren ska utvisas ur Förenade kungariket av skäl som avser allmän ordning, säkerhet eller hälsa i enlighet med föreskrift 21.”

III – Bakgrund till det nationella målet

18. Sean Ambrose McCarthy har både brittiskt och irländskt medborgarskap.⁷ Han är gift med en colombiansk medborgare och paret har en dotter.

19. Ombuden för klagandena i målet vid den nationella domstolen har vid förhandlingen vid EU-domstolen preciserat att Sean Ambrose McCarthy är en ”brittisk undersåte med uppehållsrätt i Förenade kungariket”⁸. Denna rättsstatus kommer sig av att han föddes i Irland innan 1948 års lag om brittiskt medborgarskap⁹ trädde i kraft.

20. Det framkom vid förhandlingen även att Sean Ambrose McCarthy bott i Irland under 52 år medan han endast bott 6 år i Förenade kungariket, närmare bestämt åren 1967-1973.

21. Hans dotter har både brittiskt och irländskt medborgarskap på grund av hennes fars dubbla medborgarskap och på grund av att hon föddes i Förenade kungariket, även om hon sedermera aldrig varit bosatt i denna medlemsstat.

7 — Jag använder här och fortsättningsvis uttrycket ”brittiskt medborgarskap”, som är den formulering som använts i beslutet att begära förhandsavgörande.

8 — British subject with a right of abode in the United Kingdom.

9 — British Nationality Act 1948. An Act to make provision for British nationality and for citizenship of the United Kingdom and Colonies and for purposes connected with the matters aforesaid, 30th July 1948. Enligt Förenade kungarikets nya förklaring av den 1 januari 1983 angående definitionen av uttrycket ”medborgare” (EGT C 23, 1983, s. 1) (nedan kallad 1983 års förklaring) ska definitionen av uttrycket ”medborgare” förstås så, att det inte endast omfattar brittiska medborgare i strikt mening utan även brittiska undersåtar som har uppehållsrätt i Förenade kungariket och därför är undantagna från Förenade kungarikets immigrationskontroll, som Sean Ambrose McCarthy (1983 års förklaring gjordes när 1981 års lag om brittiskt medborgarskap (British Nationality Act 1981) trädde i kraft den 1 januari 1983).

22. Helena Patricia McCarthy Rodriguez har uppehållskort som familjemedlem till en unionsmedborgare, vilket har utfärdats av spansk myndighet med stöd av artikel 10 i direktiv 2004/38.¹⁰

23. Klagandena i målet vid den nationella domstolen är sedan maj 2010 bosatta i Spanien, där de äger ett hus. De äger även ett hus i Förenade kungariket, till vilket de regelbundet reser.

24. Enligt nationell immigrationsrätt krävs för inresa till Förenade kungariket att innehavare av ett uppehållskort ansöker om ett inresetillstånd (EES-tillstånd), som gäller i sex månader. Detta tillstånd för familjemedlemmar kan förnyas under förutsättning att innehavaren personligen beger sig till en av Förenade kungarikets beskickningar i utlandet och fyller i ett formulär som innehåller detaljer om den sökandes egna medel och yrkesmässiga situation.

25. Förenade kungarikets ambassad för Spanien ligger i Madrid, varför Helena Patricia McCarthy Rodriguez är tvungen att bege sig från Marbella, där familjen bor, till Madrid varje gång hon önskar förnya sitt tillstånd för familjemedlemmar för att kunna inresa till Förenade kungariket med sin familj. Det har hänt henne att hon förvägrats att stiga på ett flyg till Förenade kungariket när hon endast visat upp sitt uppehållskort men inte sitt tillstånd för familjemedlemmar.

26. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande har Secretary of State for the Home Department¹¹ (nedan kallad Secretary of State) nämligen offentliggjort instruktioner riktade till transportföretag som ägnar sig åt persontransport till Förenade kungariket. I dessa instruktioner anmodas transportföretagen att inte transportera passagerare som är medborgare i tredjeland och som inte har ett uppehållstillstånd utfärdat av Förenade kungarikets myndigheter eller en resehandling, såsom ett giltigt EES-tillstånd.¹²

27. Den 6 januari 2012 väckte klagandena i det nationella målet talan mot Förenade kungariket Storbritannien och Nordirlands beslut, med yrkande att det skulle fastställas att denna medlemsstat åsidosatt sin skyldighet att korrekt införliva artikel 5.2 i direktiv 2004/38 med nationell rätt. De gjorde gällande att Förenade kungarikets felaktiga införlivande av denna bestämmelse och dess offentliggörande av instruktioner riktade till transportföretagen utgör en allvarlig kränkning av deras rätt till fri rörlighet.

28. Det framgår av beslutet om hänskjutande att Europeiska kommissionen med tillämpning av artikel 258 FEUF sänt en formell underrättelse till Förenade kungariket den 22 juni 2011, i vilken kommissionen förklarade att artikel 5.2 i direktiv 2004/38 inte införlivats på ett korrekt sätt. Förenade kungariket svarade den 22 september 2011. Kommissionen sände ett motiverat yttrande med samma innebörd till Förenade kungariket den 26 april 2012, vilken Förenade kungariket besvarade den 24 juli 2012.

29. Det framgår även av beslutet om hänskjutande att klagandena i det nationella målet bland annat hävdade att de villkor som gäller för beviljande av tillstånd för familjemedlemmar för innehavare av uppehållskort medför stora kostnader och olägenheter för familjen.¹³

30. Till följd av en överenskommelse mellan parterna i det nationella målet biföll den hänskjutande domstolen Helena Patricia McCarthy Rodriguez yrkande om interimistiska åtgärder, vilket innebar att hon skulle ha rätt att få sitt tillstånd för familjemedlemmar förnyat på grundval av en skriftlig ansökan som sänds till ambassaden i Madrid utan att hon behöver inställa sig personligen där.

10 — - Det framgår av handlingarna i målet att uppehållskortet går ut den 25 april 2015.

11 — Förenade kungarikets inrikesministerium.

12 — Enligt föreskrift 40 i 1999 års lag om invandring och asyl (Immigration and Asylum Act 1999) är transportföretagen skyldiga att betala böter om de inte har uppfyllt denna skyldighet.

13 — De syftar härvid på förfarandet för att förnya "det tillstånd för familjemedlemmar", som gör att de måste resa till Madrid och övernatta där.

31. Secretary of State har å sin sida hävdad att regulations 2006 inte genomför artikel 5.2 i direktiv 2004/38 och att dessa bestämmelser utgör en nödvändig åtgärd enligt artikel 35 i samma direktiv och en kontrollåtgärd, i den mening som avses i artikel 1 i protokoll nr 20. Secretary of State har gjort gällande att det ska beaktas att det inte föreskrivs någon enhetlig modell för de uppehållskort som avses i artikel 10 i direktiv 2004/38. Dessa uppehållskort översätts exempelvis inte till engelska och kan förfalskas.¹⁴ Dessutom påstås det föreligga ett ”systemproblem med missbruk av rättigheter och bedrägerier” från tredjelandsmedborgare.¹⁵ Secretary of State har anfört bevisning i denna fråga vid den hänskjutande domstolen.¹⁶

32. Den hänskjutande domstolen förklarade att den med hänsyn till denna bevisning delar Secretary of States oro för missbruk.

IV – Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

33. Mot denna bakgrund beslutade den hänskjutande domstolen, genom beslut av den 25 januari 2013, som inkom till domstolens kansli den 17 april 2013, att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

- ”1) Ger artikel 35 i [direktiv 2004/38] en medlemsstat rätt att anta en allmänt tillämplig åtgärd för att neka, avbryta eller dra tillbaka den rättighet som anges i artikel 5.2 i direktivet och genom vilken familjemedlemmar som inte är unionsmedborgare och som innehar ett giltigt uppehållskort utfärdat enligt artikel 10 i direktivet undantas från kravet på visering?
- 2) Kan artikel 1 i protokoll nr 20 om tillämpning av vissa inslag i artikel 26 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på Förenade kungariket och Irland ge Förenade kungariket rätt att kräva att innehavare av uppehållskort ska inneha inresevisering som måste erhållas innan de anländer till gränsen?
- 3) Om svaret på fråga 1 eller fråga 2 är jakande, är Förenade kungarikets syn på innehavare av uppehållskort i förevarande mål motiverad, med beaktande av den bevisning som återges i den hänskjutande domstolens dom?”

34. Klagandena i det nationella målet, Republiken Grekland, Kungariket Spanien, Republiken Polen, Republiken Slovakien, Förenade kungariket och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

35. Klagandena i det nationella målet, Republiken Grekland, Kungariket Spanien, Förenade kungariket och kommissionen har även yttrat sig muntligen vid förhandlingen den 4 mars 2014.

14 — Av beslutet om hänskjutande framgår att Secretary of State bland annat syftar på en analys som utförts av Förenade kungarikets gränsskyddsmyndigheter år 2011, avseende uppehållskort som utfärdats av andra medlemsstater, med hänsyn till de minimisäkerhetsstandarder som fastställts av Internationella civila luftfartsorganisationen för maskinläsbara resehandlingar.

15 — Denna formulering och formuleringen om ”systemproblem med missbruk” används i beslutet om hänskjutande för tredjelandsmedborgares missbruk av rätten till fri rörlighet och den rätt till inresa som gäller för familjemedlemmar som inte är medborgare i en EES-stat, för att kringgå nationella immigrationskontroller.

16 — Jag vill härvid precisera att de uppehållskort som utfärdas av Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Estland i princip uppfyller reglerna om säkerhetsstandard, bland annat de som uppställts av Internationella civila luftfartsorganisationen, varför det planeras ändringar av förordningen om invandring för personer som innehar ett uppehållskort utfärdat av en av dessa två medlemsstater.

V – Bedömning

36. Begäran om förhandsavgörande rör i huvudsak frågan huruvida artikel 35 i direktiv 2004/38 och protokoll nr 20 tillåter att Förenade kungariket vidtar åtgärden av det här aktuella slaget som innebär att föregående inresevisering gäller som ett generellt villkor för att en medborgare i tredjeland som innehar uppehållskort och som är familjemedlem till en unionsmedborgare ska ha rätt att inresa till Förenade kungariket.

37. Jag kommer i det följande inledningsvis pröva huruvida en person i Helena Patricia McCarthy Rodriguez situation omfattas av sekundärrättens bestämmelser, vilka, under vissa villkor, medför undantag från skyldigheten att inskaffa inresevisering för familjemedlemmar till en unionsmedborgare som inte är medborgare i en medlemsstat. Om denna fråga besvaras jakande, så kommer jag därefter utreda huruvida Förenade kungariket med stöd av artikel 35 i direktiv 2004/38 har rätt att ålägga medborgare i tredjeland som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare och som innehar ett uppehållskort, i den mening som avses i artikel 10 i samma direktiv, som utfärdats av en annan medlemsstat, en skyldighet att inneha ett "tillstånd för familjemedlemmar", för att kunna inresa i Förenade kungariket. Jag kommer slutligen diskutera samma fråga en gång till, men denna gång utifrån vad som föreskrivs i protokoll nr 20.

A – Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt

38. Jag vill inledningsvis precisera att parterna i målet vid den nationella domstolen och övriga deltagare i rättegången, förutom Förenade kungariket, inte har bestritt att direktiv 2004/38 är tillämpligt, varken i deras skriftliga inlagor eller i deras muntliga yttranden vid förhandlingen,¹⁷ och även om Förenade kungariket vid förhandlingen framfört detaljerade invändningar mot att direktivet skulle vara tillämpligt, har Förenade kungariket ändå tillämpat direktivet i det aktuella fallet. Den hänskjutande domstolen har inte heller tagit upp denna fråga. Nämnda domstol bygger nämligen sitt resonemang på förutsättningen att detta direktiv är tillämpligt. Jag anser dock att det är en fråga som förtjänar att utredas.

1. Inledande anmärkningar och särskilda omständigheter i målet

39. 1992 års Maastrichtfördrags regler om unions medborgarskap¹⁸ har tillkommit efter en lång utveckling¹⁹. Det är en lång väg från tankarna om "medborgarnas Europa"²⁰ i debatterna under 70- och 80-talen till dagens unionsmedborgarskap. Det vägledande i denna utveckling har varit rätten till fri rörlighet och att vistas på medlemsstaternas territorium. Unionsmedborgarskapet är idag en rättsstatus som gäller för samtliga medborgare, utan hänsyn till om de är yrkesverksamma²¹ eller inte²². Genom att unionsmedborgarskapet har införts i fördragen har processen för europeisk integration legitimerats genom att medborgarnas deltagande förstärkts.

17 — Republiken Polen har endast tagit upp frågan huruvida detta direktiv är tillämpligt på det här aktuella fallet.

18 — I den tidigare gällande artikel 17.1 i EG-fördraget föreskrevs att "[u]nionsmedborgarskapet skall komplettera och inte ersätta det nationella medborgarskapet". Denna sats hade tillagts genom Amsterdamfördraget (EGT C 340, 1997, s. 1) och har nu ändrats genom Lissabonfördraget, vars artikel 20.1 föreskriver att "[u]nionsmedborgarskapet ska komplettera och inte ersätta det nationella medborgarskapet". Se även artikel 9 i EU-fördraget; för en analys av sistnämnda ändring, se De Waele, H., "EU citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential", *European Journal of Migration and Law*, 12 (2010), s. 319-336, s. 320.

19 — För en historisk tillbakablick över unionsmedborgarskapets tillkomsthistoria, se O'Leary, S., *The evolving Concept of Community Citizenship, From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Haag, London, Boston (Kluwer), 1996, s. 4, och Carabot Benlolo, M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2007, s. 1.

20 — Se Tindemans-rapporten av den 29 december 1975, *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 1/76, och rapporten från ad hoc-kommittén "Europe des citoyens" av den 29 mars 1985, *Bulletin des Communautés européennes*, 85/3.

21 — Se artiklarna 26 FEUF, 45 FEUF, 49 FEUF och 56 FEUF. Rättigheterna för anställda, egenföretagare eller tjänsteleverantörer förelåg redan innan unionsmedborgarskapet infördes och hör till den inre marknaden.

22 — Artikel 21 FEUF.

40. Sedan dess är unionsmedborgarnas rörlighet över medlemsstaternas territorier inte bara en viktig del av deras vardag utan också ett centralt element i deras syn på sig själva som unionsmedborgare. De rättigheter och skyldigheter som gäller för dem och deras familj underlättar deras rörlighet, vistelse, möjlighet att studera, söka arbete eller arbeta. Deras unionsmedborgarskap utgör således en avgörande del i deras europeiska identitet.²³

41. Situationen i det nationella målet är att Helena Patricia McCarthy Rodriguez, som är tredjelandsmedborgare, vill få rätt till inresa till den medlemsstat som hennes make och dotter är medborgare i, det vill säga Förenade kungariket, för att göra dem sällskap där, bland annat vid kortare resor.

42. Klagandena i det nationella målet är bosatta i en annan medlemsstat än den som Sean Ambrose McCarthy är medborgare i, i detta fall Spanien, och de spanska myndigheterna har utfärdat ett uppehållskort till Helena Patricia McCarthy Rodriguez med stöd av artikel 10 i direktiv 2004/38.

43. Det rör sig om kortare resor till den medlemsstat i vilken Sean Ambrose McCarthy och hans dotter är medborgare i. Dessa unionsmedborgare utövar härvid sin rätt till fri rörlighet.

44. Såsom preciserats vid förhandlingen och såsom framgår av punkterna 19-21 ovan finns det en särskild historisk förklaring till att Sean Ambrose McCarthy och hans dotter både är irländska och brittiska medborgare.

45. Frågan i vilken medlemsstat en person är medborgare beror emellertid, enligt det rådande rättsläget i unionsrätten, endast på den berörda medlemsstatens lagstiftning.²⁴ Domstolen har härvid förklarat att ”fastställa de kriterier som skall gälla för förvärv och förlust av medborgarskap hör enligt internationell rätt till varje medlemsstats behörighet”.²⁵

46. Enligt 1983 års förklaring²⁶ och från ett unionsrättsligt perspektiv är Sean Ambrose McCarthy och hans dotter således brittiska medborgare.²⁷

2. Analys av domstolens senaste rättspraxis angående härledd uppehållsrätt

47. För att avgöra huruvida direktiv 2004/38 ger en härledd uppehållsrätt är det lämpligt att främst se till artikel 3 i nämnda direktiv. Domstolen har i sin praxis gjort en bokstavig, systematisk och teleologisk tolkning av direktivets bestämmelser, som domstolen nyligen bekräftat i dom O och B²⁸.

48. Domstolen har i sitt resonemang nämligen understrukit att även om det i artikel 21 FEUF föreskrivs att varje unionsmedborgare ska ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, så är denna rätt inte absolut, utan gäller enligt denna artikel ”om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och i bestämmelserna om

23 — Undersökningar som genomfördes år 2010 visar att nio medborgare av tio vet att de har rätt till fri rörlighet. Se kommissionens Rapport om EU-medborgarskapet 2010 – Att undanröja hindren för EU-medborgarnas möjligheter att utöva sina rättigheter, KOM(2010) 603 slutlig, s. 16. Unionsmedborgarskap är nästan synonymt med fri rörlighet. Se förslaget till Europaparlamentets och rådets beslut av den 11 augusti 2011, angående Europaåret för medborgarna (2013), KOM(2011) 489 slutlig, s. 1.

24 — Se, bland annat förklaring nr 2 angående medborgarskap i en medlemsstat, som bifogats slutakten till fördraget om Europeiska unionen (EGT C 191, 1992, s. 98), Europeiska konventionen om medborgarskap, som Europarådet antog den 6 november 1997 och som trädde i kraft den 1 mars 2000. Kungariket Spanien och Förenade kungariket har varken undertecknat eller ratificerat denna konvention.

25 — Se, bland annat dom Micheletti m.fl. (C-369/90, EU:C:1992:295, punkt 10); Kaur (C-192/99, EU:C:2001:106, punkt 19), och Zhu och Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, punkt 37).

26 — Se fotnot 9.

27 — Jag vill här anmärka att domstolen har förklarat att den fria rörligheten för personer, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster inte skulle kunna genomföras fullt ut om medlemsstaterna kan underlåta att tillämpa de unionsrättsliga bestämmelserna på de av deras medborgare som är bosatta i en annan medlemsstat, där de också är medborgare, som har utövat de möjligheter som unionsrätten bjuder för att i den första medlemsstaten ägna sig åt att tillhandahålla tjänster. Se dom Gullung (292/86, EU:C:1988:15, punkt 12).

28 — EU:C:2014:135.

genomförande av fördragen”.²⁹ Domstolen har vidare erinrat om att syftet med direktiv 2004/38 är att underlätta utövandet av unionsmedborgarnas primära, individuella rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium, vilken följer direkt av artikel 21.1 FEUF, och att direktivet bland annat syftar till att stärka denna rätt.³⁰

49. Domstolen har förklarat att varken artikel 21.1 FEUF eller bestämmelserna i direktiv 2004/38 ger självständiga rättigheter till medborgare i tredjeland. De eventuella rättigheter som tredjelandsmedborgare ges i fördragets bestämmelser om unionsmedborgarskap utgör nämligen inte egna rättigheter, utan härledda rättigheter till följd av att en unionsmedborgare har utövat sin rätt till fri rörlighet.³¹

50. Domstolen har härvid förklarat att en bokstavlig, systematisk och teleologisk tolkning av bestämmelserna i direktiv 2004/38 således inte ger stöd för att tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgare skulle ha någon härledd uppehållsrätt i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare.³² Vilken personkrets som omfattas av direktiv 2004/38 bestäms i artikel 3.1, i vilken det föreskrivs att direktivet ska tillämpas på alla unionsmedborgare ”som reser till eller uppehåller sig i” en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i samt på de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2 led 2 som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren.³³

51. Enligt domstolens tolkning kan endast förmånstagare, i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 2004/38, åberopa rätten till fri rörlighet och uppehåll enligt det direktivet. En sådan förmånstagare kan vara unionsmedborgare eller familjemedlem, enligt definitionen i artikel 2 led 2.³⁴

52. Detta innebär i den här aktuella situationen att Helena Patricia McCarthy Rodriguez, som maka till en unionsmedborgare, omfattas av begreppet ”familjemedlem” enligt artikel 2 led 2 a i direktiv 2004/38.³⁵ Såsom den polska regeringen har anmärkt i sitt skriftliga yttrande ”reser” Sean Ambrose McCarthy och hans dotter ”till” den medlemsstat där de är medborgare, och inte till en annan medlemsstat än den de är medborgare i, vilket är det fall som avses i artikel 3 i direktiv 2004/38. I princip kan således inte villkoren för tillämpning av artikel 3.1 i direktiv 2004/38 vara uppfyllda när det är fråga om en unionsmedborgare som reser till den medlemsstaten där han är medborgare.

53. Enligt domstolens fasta praxis är denna tolkning nämligen i alla fall någorlunda rimlig, eftersom det i övriga bestämmelser i direktiv 2004/38, bland annat artiklarna 6, 7.1, 7.2, 16.1 och 16.2, talas om ”*uppehållsrätt*”³⁶ för unionsmedborgare och om härledd uppehållsrätt för dennes familjemedlemmar, antingen i en ”annan medlemsstat” eller i ”den mottagande medlemsstaten”. Denna rättspraxis innebär således att en tredjelandsmedborgare, som är familjemedlem till en unionsmedborgare, i princip inte kan göra gällande en härledd uppehållsrätt i den medlemsstat där den familjemedlem som är unionsmedborgare är medborgare, med stöd av detta direktiv.³⁷

29 — Ibidem (punkt 34).

30 — Ibidem (punkt 35).

31 — Ibidem (punkt 36).

32 — Ibidem (punkt 37).

33 — Min kursivering.

34 — Se, bland annat generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet O och B (C-456/12, EU:C:2013:837, punkt 68).

35 — Se dom Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, punkt 57).

36 — Min kursivering.

37 — Se dom O och B (EU:C:2014:135, punkt 40).

54. Vad rör syftet med unionsmedborgares familjemedlemmars härledda inrese- och uppehållsrätt enligt direktiv 2004/38 har domstolen erinrat om att direktivets syfte är att underlätta utövandet av unionsmedborgarnas primära, individuella rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium.³⁸ Domstolen har dock preciserat att det framgår av artikel 1 a att direktivets syfte även omfattar villkoren för att utöva denna rättighet.³⁹ Av domstolens praxis framgår vidare att eftersom en stat enligt en folkrättslig princip⁴⁰ inte får vägra sina egna medborgare inresa till dess territorium och att uppehålla sig där, reglerar direktiv 2004/38 endast villkoren för en unionsmedborgares inresa till och uppehälle i andra medlemsstater än i den i vilken han är medborgare.⁴¹

55. Innebär detta att direktiv 2004/38 inte ska tillämpas på en situation av det slag som är aktuell i det nationella målet?

56. Jag är inte så säker på det. Jag anser tvärtom att direktiv 2004/38 ska tolkas så, att det ges ett mer omfattande tillämpningsområde, så att dess ändamålsenliga verkan inte äventyras.

57. För att bedöma huruvida den situation som beskrivs i punkterna 41-43 ovan innebär att Helena Patricia McCarthy Rodriguez kan befrias från skyldigheten att inhämta inresevisering som familjemedlem till en unionsmedborgare är det nödvändigt att ställa sig följande fråga: Ska direktiv 2004/38, jämfört med artikel 21 FEUF, tolkas så, att en sådan rätt kan grundas på den omständigheten att Sean Ambrose McCarthy före eller samtidigt med henne utövat sin rätt till fri rörlighet?

58. För att besvara denna fråga ska det inledningsvis preciseras att domstolen med hänvisning till vad som framgår av fördragen har beviljat två typer av uppehållsrätt till familjemedlemmar i den stat där den berörde unionsmedborgaren är medborgare.⁴² Det första typfallet är rätten till familjeåterförening som gäller för medborgare när dessa före eller samtidigt med familjemedlemmar har utövat sin rätt till fri rörlighet. Detta fall har sin grund i förbudet mot hinder mot den fria rörligheten.⁴³ Det andra typfallet har sin grund i kravet att artikel 20 FEUF måste få ändamålsenlig verkan och syftar till att förhindra att en medborgare berövas möjligheten att utöva de möjligheter som unionsmedborgarskapet ger.⁴⁴

59. I förevarande förslag till avgörande kommer jag endast att analysera den första typen av här omnämnd uppehållsrätt. Enligt min mening omfattar detta typfall två olika situationer, som jag kommer att analysera nedan. Den första rör medborgare som har "utövat" sin rätt till fri rörlighet och som rest till den medlemsstat där de är medborgare (föregående utövande) och det andra rör medborgare som "utövar" sin rätt till fri rörlighet i det ögonblick de reser till nämnda medlemsstat (samtidigt utövande).

38 — Se dom *Metock* m.fl. (C-127/08, EU:C:2008:449, punkterna 59 och 82); *McCarthy* (C-434/09, EU:C:2011:277, punkt 28), och *Dereci* m.fl. (C-256/11, EU:C:2011:734, punkt 50).

39 — Se dom *McCarthy* (EU:C:2011:277, punkt 33) och O och B (EU:C:2014:135, punkt 41).

40 — Denna princip har skriftligen kodifierats genom artikel 3 i protokoll nr 4 av den 16 september 1963 till Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. I denna artikel föreskrivs att "[i]ngen får förvägras rätten att resa in i den stat som han är medborgare i". Jag noterar emellertid att Förenade kungariket inte har ratificerat detta protokoll. Protokollet trädde i kraft den 2 maj 1968.

41 — Dom *McCarthy* (EU:C:2011:277, punkt 29) och O och B (EU:C:2014:135, punkterna 41 och 42).

42 — Se *Gastaldi*, G., "Citoyenneté de l'Union et libre circulation: du critère économique au statut unique", *Dossiers de droit européen*, 28, 2013, s. 127.

43 — Se dom *Singh* (C-370/90, EU:C:1992:296), *Carpenter* (C-60/00, EU:C:2002:434) och *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771).

44 — Se dom *Ruiz Zambrano* (C-34/09, EU:C:2011:124).

3. Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt om en unionsmedborgare, som redan konkret har utövat sin rätt till fri rörlighet, reser till den medlemsstat där denne är medborgare

60. Direktiv 2004/38 ska ges en extensiv tolkning, så att det kan tillämpas på unionsmedborgare och tredjelandsmedborgare som ingår i dennes familj som reser till den medlemsstat där nämnda unionsmedborgare är medborgare. En sådan tolkning är enligt min mening berättigad inte bara med hänsyn till medborgarskapets roll enligt det rådande rättsläget i unionsrätten, såsom framgår av mina överväganden i punkterna 39 och 40 ovan, utan även med hänsyn till domstolens relevanta praxis på detta område.

a) Teleologiska skäl för en mer extensiv tolkning av direktiv 2004/38

61. Enligt domstolen fungerar rättsstatusen unionsmedborgare som ”den primära egenskapen hos medlemsstaternas medborgare”⁴⁵. Detta innebär att när dessa medborgare reser från en medlemsstat till en annan, inklusive den medlemsstat de är medborgare i, så utövar de endast sin rätt till rörlighet och uppehåll enligt unionsrätten.

62. I Europeiska unionen av idag kan en medborgare ha sitt ursprung i en medlemsstat som han inte är medborgare i⁴⁶ eller vara medborgare i en (eller flera) medlemsstat(er) i vilken/vilka han aldrig varit bosatt⁴⁷. Han kan också ha flera medborgarskap eller till och med vara bosatt i två eller flera medlemsstater, varvid han bevarar verkliga band, både yrkesmässigt och personligen, med samtliga dessa stater.

i) Den medlemsstat där unionsmedborgaren har sitt ursprung överensstämmer inte med den medlemsstat där han är medborgare

63. Det förefaller mig inte överensstämmande med dagens verklighet inom unionen att anse det land där en unionsmedborgare har sitt ursprung och den där han är medborgare som samma medlemsstat.

64. Låt mig ge två exempel som illustrerar situationen för många unionsmedborgare så här i början av det tjugoförsta århundradet.

65. Mitt första exempel är det fransk-tyska paret F och A. De är bosatta i Förenade kungariket sedan 25 år tillbaka. Deras son, FA, är född i London och har både tyskt och franskt medborgarskap. Han bodde i flera år i Berlin, där han, efter avslutad hotell- och restaurangutbildning, haft olika arbeten. Han har däremot endast gjort korta besök i Frankrike, däribland några sommarsemestrar. FA är gift med en argentinska. De har ett barn tillsammans som är unionsmedborgare, och de bor i Lyon sedan ett år tillbaka.

66. Ska man i detta fall se det som att FA återvände till Frankrike (som är en av de medlemsstater där han är medborgare) när han bosatte sig i Lyon, trots att han aldrig varit bosatt i Frankrike tidigare? Ett jakande svar kan endast grundas på den felaktiga idén att FA någon gång i sitt liv lämnat Frankrike för att bosätta sig i en annan medlemsstat.

45 — Dom Grzelczyk (C-184/99, EU:C:2001:458). Denna rättspraxis har bekräftats i flera domar som domstolen meddelat därefter, däribland dom Huber (C-524/06, EU:C:2008:724).

46 — Så är fallet med unionsmedborgare vars föräldrar var och en har olika medborgarskap men som själva bara är medborgare i en av dessa två medlemsstater.

47 — Så är även fallet med unionsmedborgare vars föräldrar var och en har olika medborgarskap och som är födda i en annan medlemsstat än den där de är medborgare.

67. Mitt andra exempel är det litauisk-polska paret L och P. De är bosatta i Litauen sedan 30 år tillbaka och har en dotter, LP. LP är född i Vilnius och är litauisk medborgare, vilket gör att hon inte kan vara polsk medborgare.⁴⁸ LP har bott i olika medlemsstater under sina universitetsstudier, däribland Polen, där hon mötte sin make, som är chilensk medborgare. Paret har nyligen bosatt sig i Krakow.

68. Med hänsyn till dessa två exempel, bör jag automatiskt och utan ifrågasättanden anse att det alltid föreligger överensstämmelse mellan den medlemsstat där en unionsmedborgare har sitt ursprung och den där han är medborgare? Vad rör FA har hon, trots sitt dubbla medborgarskap i både Frankrike och Tyskland, aldrig bott i Frankrike innan hon bosatte sig i Lyon. Det föreligger emellertid ingen tvekan om att denna medlemsstat är en av de stater i vilka FA har sitt ursprung.

69. Vad rör LP finns det ingen tvekan om att hon har sitt ursprung i två medlemsstater. Till att börja med är hennes ena förälder polsk medborgare och den andra föräldern är litauisk medborgare. Hon talar dessutom båda dessa språk och har studerat i båda medlemsstaterna. LP är däremot inte polsk medborgare.

70. De länder som FA är medborgare i sammanfaller således med de länder där hon har sitt ursprung, vilket inte är fallet med LP.

71. Dessa två exempel visar, enligt min mening på situationen för en icke försumbar andel av unionsmedborgarna. Jag kommer nu återvända till direktiv 2004/38.

72. Eftersom rätten till fri rörlighet och vistelse i princip endast gäller för unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar som reser från den medlemsstat där de är medborgare, vore det inte paradoxalt om LP skulle kunna åberopa direktiv 2004/38 medan FA inte skulle kunna göra det?

73. Är unionsmedborgarskapet inte här ett offer för sin egen framgång?

ii) Unionsmedborgarna reser i olika riktningar

74. Direktiv 2004/38 utgår från hypotesen att unionsmedborgaren när han reser inom unionen alltid reser från medlemsstaten där han är medborgare till en annan medlemsstat, vilket emellertid inte alltid är fallet, såsom framgår av de exempel jag tagit upp ovan. Enligt min mening vore det, med hänsyn till hur unionsmedborgarskapet för närvarande ser ut i verkligheten, inte rimligt att göra en uttömmande uppräkningslista av i vilka riktningar unionsmedborgarna reser inom unionen.⁴⁹ Som jag ser det var unionslagstiftarens avsikt inte att beskriva ett begränsat antal fall (numerus clausus) av rese-möjligheter, så att resor mellan den mottagande medlemsstaten och den stat där en unionsmedborgare är medborgare inte omfattas. Såsom jag har förklarat i punkt 62 ovan är det svårt att identifiera samtliga typer av resor en unionsmedborgare kan göra. Jag anser därför inte att det vore rimligt att tolka artikel 3.1 i direktiv 2004/38 så, att lagstiftaren har fastställt ett begränsat antal fall (numerus clausus) av rese-möjligheter, så att de typfall som beskrivs i punkterna 64-73 ovan inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

48 — Litauisk rätt ger ingen möjlighet till dubbelt medborgarskap.

49 — För en motsatt ståndpunkt, se generadvokats Sharpstons förslag till avgörande i målet O och B, EU:C:2013:837, punkt 77.

75. I förevarande fall skulle en sådan tolkning leda till det paradoxala resultatet (som åtminstone ger mig anledning till reflektion) att Helena Patricia McCarthy Rodriguez kan följa med sin make på hans resor till samtliga medlemsstater utom den stat där han är medborgare! Med andra ord skulle rätten till fri rörlighet för en unionsmedborgare som reser tillsammans med tredjelandsmedborgare som ingår i hans familj bli mindre, ju fler medborgarskap han har! En ytterligare fråga är om vi kan ställa oss bakom en tolkning av direktiv 2004/38 som medger att familjemedlemmar till en unionsmedborgare behandlas olika beroende på till vilken medlemsstat de reser tillsammans?

76. Jag är mot denna bakgrund övertygad om att direktiv 2004/38 måste tolkas på ett sätt som står i bättre överensstämmelse med hur unionsmedborgarna lever och beter sig i verkliga livet, för att direktivet ska kunna behålla sin ändamålsenliga verkan. Som bakgrund för en sådan tolkning kommer jag till att börja med göra en kort sammanfattning av domstolens relevanta praxis vad rör härledd uppehållsrätt.

b) Kort sammanfattning av domstolens relevanta praxis vad rör härledd uppehållsrätt

77. Såsom jag erinrat om i punkt 58 ovan har en unionsmedborgare enligt domstolens praxis rätt att medföljas av en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare både när unionsmedborgaren är yrkesverksam⁵⁰ och inte är det⁵¹ och återvänder till den medlemsstat där han är medborgare efter att ha utövat sin rätt till fri rörlighet (föregående utövande) i en annan medlemsstat där han bodde med nämnda familjemedlem. Jag kommer nu att göra en kort sammanfattning av domstolens slutsatser i dess domar Singh⁵² och Eind⁵³.

78. I dom Singh⁵⁴ har domstolen nämligen fastställt att en medborgare som återvänder till den medlemsstat där han är medborgare, för att där ägna sig åt självständig verksamhet, efter att ha arbetat som anställd i en annan medlemsstat, enligt fördragen och sekundärrätten har rätt att låta sig medföljas av sin maka som är tredjelandsmedborgare, på samma villkor som följer av sekundärrätten.⁵⁵ I annat fall skulle han kunna avhållas från att lämna sitt ursprungsland för att utöva en verksamhet som anställd eller som egenföretagare i en annan medlemsstat.⁵⁶ Vad rör den rättsliga grunden för denna dom, vill jag hänvisa till domslutet i domen Singh, där följande anges: "[b]estämmelserna i artikel 52 i EEG-fördraget och i [direktiv 73/148] skall tolkas så att en medlemsstat är skyldig att tillåta inresa till och uppehåll på sitt territorium för maken, oavsett nationalitet, till en medborgare i den staten som tillsammans med den maken har begett sig till en annan medlemsstat för att arbeta där som anställd ... och som återvänder för att etablera sig ... på territoriet i den stat där han eller hon är medborgare. ..." ⁵⁷ Domstolen verkar emellertid endast ha tillämpat direktiv 73/148 analogt, vilket framgår uttryckligen av domarna Eind⁵⁸ och O och B⁵⁹.

50 — Se dom Singh (EU:C:1992:296).

51 — Se dom Eind (EU:C:2007:771).

52 — EU:C:1992:296.

53 — EU:C:2007:771.

54 — EU:C:1992:296.

55 — Härledd uppehållsrätt har erkänts av domstolen på grundval av artikel 52 i EEG-fördraget (nu artikel 49 FEUF) och 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) (EUT L 172, s. 14), vilket har upphävts och ersatts av direktiv 2004/38.

56 — Se dom Singh (EU:C:1992:296, punkterna 19 och 20).

57 — Ibidem, punkt 21.

58 — EU:C:2007:771.

59 — EU:C:2014:135

79. I dom Eind⁶⁰ ansåg domstolen att en medborgare i en medlemsstat som tagit emot sin dotter från ett tredjeland, samtidigt som han reste inom en annan medlemsstat, hade rätt att låta henne följa med honom vid hemresan, som icke yrkesverksam, till den medlemsstat där han är medborgare. Domstolen tog hänsyn till att det är avhållande från rörlighet att efter att ha återvänt till den medlemsstat där man är medborgare inte kunna leva tillsammans med sina familjemedlemmar. Domskälen till dom Eind⁶¹ vilar således både på fördragets bestämmelser och på bestämmelserna i rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 257, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33). Domstolen fastställde härvid följande: ”Den migrerande arbetstagarens rätt att resa in och uppehålla sig i den medlemsstat där arbetstagaren är medborgare, efter att ha utövat verksamhet som anställd i en annan medlemsstat, följer av gemenskapsrätten. Denna rätt är nämligen nödvändig för att säkerställa den ändamålsenliga verkan av rätten till fri rörlighet för arbetstagare i artikel 39 EG och av bestämmelser som antagits för genomförandet av nämnda rätt, såsom de i förordning nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen. Denna tolkning stöds av införandet av ställningen som unionsmedborgare, som är avsedd att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare.”⁶² Domstolen har emellertid uttryckligen förklarat att förordning nr 1612/68 ”är analogt tillämplig”.⁶³

80. Domstolen har nyligen i sin dom O och B förklarat att artikel 21.1 FEUF ska tolkas så, att direktiv 2004/38 ska tillämpas ”analogt”⁶⁴ i en situation där en unionsmedborgare har utvecklat och befast ett familjeliv tillsammans med en tredjelandsmedborgare under en verkningfull vistelse – med stöd av och i överensstämmelse med villkoren enligt artikel 7.1 och 7.2 eller artikel 16.1 och 16.2 i direktiv 2004/38 – i en annan medlemsstat än den där han är medborgare.⁶⁵

81. För det första framgår det av domstolens praxis att både primärrätten och sekundärrätten ger uppehållsrätt åt en unionsmedborgare och medlemmar av hans familj, som är tredjelandsmedborgare, i den medlemsstat där han är medborgare, när han ”dessförinnan” har utövat sin rätt till fri rörlighet. Domstolen har med andra ord godtagit denna uppehållsrätt i fall då den berörde slutgiltigt återvänder till ursprungsmedlemsstaten efter en vistelse i en annan stat.

82. För det andra framgår det av samma rättspraxis att domstolen i dessa domar snarare har grundat sig på fördragen än på sekundärrätten. Även om jag är ense med domstolens slutresultat, så är jag ända skeptisk till dess resonemang. Domstolen har i dessa domar nämligen tolkat fördraget med utgångspunkt från sekundärrätten, särskilt direktiv 2004/38.⁶⁶ Det finns åtminstone anledning att rikta vissa invändningar mot en sådan tolkning, med hänsyn till den hierarki som bör råda mellan primärrätten och sekundärrätten. Det enda rimliga är förstås att sekundärrätten tolkas utifrån vad som föreskrivs i fördragen och inte tvärtom. Föreligger det inte annars en risk för att institutionernas eller medlemsstaternas rättsakter eller praxis leder till att fördragen ändras utan att förfarandena för fördragsändring har tillämpats?

83. Jag anser därför att det vore lämpligare att ge direktiv 2004/38 en mer restriktiv tolkning, och detta kommer av allt att döma leda till att det går att förena fördragets respektive direktivets tillämpningsområde.

60 — EU:C:2007:771

61 — Ibidem.

62 — Ibidem (punkt 32).

63 — Ibidem (domslutet).

64 — Min kursivering.

65 — Dom O och B (EU:C:2014:135, punkt 61 och domslutet).

66 — Ibidem.

c) Förslag i denna del

84. Jag anser att detta mål ger domstolen ett utmärkt tillfälle att pröva frågan huruvida direktiv 2004/38 blir tillämpligt när en unionsmedborgare dessförinnan har utövat sin rätt till fri rörlighet genom att resa till den medlemsstat där han är medborgare tillsammans med en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare.

85. Jag anser för det första att detta direktiv måste tolkas på ett mer sammanhängande sätt med hänsyn till unionsrättens rättskällesystem och vilken roll unionsmedborgarskapet idag spelar inom unionen. En sådan tolkning gör det särskilt möjligt att undvika sådana ologiska resultat som beskrivits i punkt 75 ovan, som att Helena Patricia McCarthy Rodriguez kan följa med sin make på hans resor till samtliga medlemsstater utom den där han är medborgare.

86. Förevarande mål ger dessutom tillfälle att utveckla domstolens praxis rörande en unionsmedborgares rätt att på sina resor låta sig medföljas av en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare, så att denna praxis reflekterar hur unionsmedborgare rör sig inom unionen i dagens verklighet, där konceptet ursprungsland är flytande. I detta sammanhang utgör dom O och B⁶⁷ ett första steg i denna riktning, eftersom domstolen uttalat sitt stöd för en analog tillämpning av direktiv 2004/38. Det är emellertid inte svårt att tänka sig fall där en analog tillämpning av detta direktiv i dess helhet medför olika olägenheter.

87. Domstolen har slutligen inte tagit hänsyn till andra situationer som utan tvekan kommer att uppstå i framtiden, såsom situationen för en unionsmedborgare som aldrig varit bosatt i den medlemsstat där han är medborgare. Domstolen kan alltså utnyttja detta tillfälle för att precisera att direktiv 2004/38 ska tillämpas på familjemedlemmar till en unionsmedborgare, oavsett vilken medlemsstat de reser till.

88. Mot bakgrund av samtliga dessa överväganden föreslår jag att domstolen konstaterar att direktiv 2004/38 ska tillämpas på medborgare i tredjeland som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare, i den mening som avses i artikel 2 led 2, när en unionsmedborgare och medlemmar av dennes familj rest till den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare, när denne dessförinnan har utövat sin rätt till fri rörlighet och varit bosatt i en annan medlemsstat.

4. Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt när unionsmedborgaren har utövat sin rätt till fri rörlighet genom att vistas i den mottagande medlemsstaten, och samtidigt utövar samma rätt genom att resa till den medlemsstat där han är medborgare: Rätt till inresa och kortvarig vistelse

89. Jag har föreslagit domstolen att utvidga tillämpningsområdet för direktiv 2004/38 till att även omfatta den härledda uppehållsrätt som gäller för en unionsmedborgare som reser till den medlemsstat där han är medborgare tillsammans med familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare, efter att dessförinnan ha utövat sin rätt till fri rörlighet. För det fall att domstolen skulle välja att inte följa mitt resonemang kommer jag även utreda huruvida detta direktiv ska tillämpas när en unionsmedborgare samtidigt utövar sin rätt till fri rörlighet genom att resa till den medlemsstat där han är medborgare, och detta endast vad rör rätt till inresa och kortvarig vistelse.

90. Det ska härvid inledningsvis anmärkas att rätten till inresa garanteras samtliga medborgare enligt artikel 21 FEUF. Artikel 5.1 i direktiv 2004/38 preciserar vilka tillämpningsvillkor som gäller för denna rätt som endast vilar på unionsmedborgarskap. Denna rätt är således nära knuten till den uppehållsrätt för minst tre månader som föreskrivs i artikel 6 i samma direktiv.

67 — Ibidem.

a) Unionsmedborgaren utövar sin rätt till fri rörlighet i den mottagande medlemsstaten samtidigt som han vistas i den medlemsstat där han är medborgare

91. Enligt domstolens praxis ska en unionsmedborgare som vistas i den medlemsstat där han är medborgare tillsammans med en familjemedlem som är medborgare i tredjeland, och samtidigt utövar sin rätt till fri rörlighet i en annan medlemsstat, omfattas av rätten till familjeåterförening vad rör denna familjemedlem i den medlemsstat där han är medborgare. Detta framgår exempelvis av dom *Carpenter*⁶⁸.

92. Denna dom rör en tjänsteleverantör med hemvist i den medlemsstat där han är medborgare, som tillhandahåller tjänster till personer som är bosatta i andra medlemsstater. Domstolen slog härvid fast att det ”skulle skada makarna Carpenters familjeliv om de skildes åt och det skulle följaktligen skada även förutsättningarna för Peter Carpenter att utöva en grundläggande frihet”.⁶⁹ Domstolen förklarade på grundval av artikel 49 i EG-fördraget (nu artikel 56 FEUF) att den medlemsstat där Peter Carpenter är medborgare inte kan vägra hans maka uppehållsrätt med tillämpning av fördragen, särskilt som beslutet att utvisa hans maka utgör ett intrång i hans utövande av sin rätt till skydd för sitt familjeliv.⁷⁰

93. Domstolen har följt samma linje i sin nyligen avkunnade dom *S och G* där den förklarar att artikel 45 FEUF ger en unionsmedborgares familjemedlem som är tredjelandsmedborgare en härledd uppehållsrätt i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare, när unionsmedborgaren är bosatt i den medlemsstaten men regelbundet reser till en annan medlemsstat i egenskap av arbetstagare i nämnda bestämmelses mening, för det fall ett beslut att vägra en sådan uppehållsrätt avskräcker den berörda unionsmedborgaren från att verkligen utöva sina rättigheter enligt artikel 45 FEUF.⁷¹

94. Det framgår vidare av dessa domar att vid samtidigt utövande av rätten till fri rörlighet, exempelvis för regelbundet återkommande resor som inte innebär att en unionsmedborgare etablerar sig i en annan medlemsstat, har domstolen erkänt en härledd uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare, vilken främst grundas på primärrätten,

b) Unionsmedborgaren utövar sin rätt till fri rörlighet genom faktisk vistelse i den mottagande medlemsstaten samtidigt som han utövar sin rätt till inresa och kortvarig vistelse i den medlemsstat där han är medborgare

95. Jag vill inledningsvis anmärka att om en unionsmedborgare inte har utövat sin rätt till fri rörlighet,⁷² eller om andra villkor i artikel 3.1 i direktiv 2004/38 inte är uppfyllda, har domstolen i sin praxis inte medgett en härledd uppehållsrätt för medlemmar av hans familj som är tredjelandsmedborgare, varken med hänvisning till direktivet eller till fördraget.

68 — EU:C:2002:434.

69 — *Ibidem* (punkt 39).

70 — *Ibidem* (punkt 41).

71 — C-457/12, EU:C:2014:136, punkt 46 och domslutet.

72 — Vilket här inte är fallet.

96. Det ska härvid understrykas att det är just i denna rättspraxis som domstolen har bekräftat att det krävs att villkoren för tillämpning av artikel 3.1 i direktiv 2004/38 är uppfyllda när en unionsmedborgare reser till den medlemsstat där han är medborgare.⁷³ Domstolen har nämligen förklarat att direktiv 2004/38 inte ger alla tredjelandsmedborgare rätt att resa in och uppehålla sig i en medlemsstat, utan bara dem som är "familjemedlemmar" - i den mening som avses i artikel 2 led 2 i nämnda direktiv - till unionsmedborgare som har utövat sin rätt till fri rörlighet genom att bosätta sig i en annan medlemsstat än den där de själva är medborgare.⁷⁴

97. Jag ställer mig emellertid tveksam till att överföra denna rättspraxis på fall som det som är aktuellt i det nationella målet. Jag ställer mig särskilt tveksam till att från tillämpningsområdet för direktiv 2004/38 utesluta en unionsmedborgare som har utövat sin rätt till fri rörlighet i en annan medlemsstat samtidigt med resor till den medlemsstat där han är medborgare, tillsammans med medlemmar av hans familj som är tredjelandsmedborgare.

98. Tvärtemot förevarande fall har i nämnda rättspraxis de berörda unionsmedborgarna i målen McCarthy⁷⁵, Dereci m.fl.⁷⁶, O m.fl.⁷⁷, Ymeraga och Ymeraga-Tafarshiku⁷⁸ eller Iida⁷⁹ i) antingen aldrig utövat sin rätt till fri rörlighet, eftersom de hela tiden varit bosatta i den medlemsstat där de är medborgare, eller ii) varken åtföljts av eller återförenats med familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare vid sina resor till en annan medlemsstat. I dessa mål uppfyller de berörda unionsmedborgarna således inte villkoren i artikel 3.1 i direktiv 2004/38.

99. De faktiska omständigheterna i det nationella målet skiljer sig också från de nyligen aktuella målen O och B och S och G⁸⁰, eftersom unionsmedborgarna med hemvist i den medlemsstat där de är medborgare, i) antingen uppehållit sig i den mottagande medlemsstaten i egenskap av unionsmedborgare enligt artikel 21.1 FEUF eller i egenskap av tjänstemottagare, i den mening som avses i artikel 56 FEUF, och inte som arbetstagare,⁸¹ eller ii) lämnat landets gränser för att inresa till en annan medlemsstat som arbetstagare med arbete hos en arbetsgivare med säte i en annan medlemsstat, eller som arbetstagare med arbete hos en arbetsgivare med säte i den medlemsstat där de är medborgare, varvid de ofta reser till en annan medlemsstat. Med andra ord, och såsom redan var fallet i målet Carpenter, rör dessa domar unionsmedborgare som inte var bosatta i den mottagande medlemsstaten.

100. Det ska härvid erinras om att i förevarande fall har Sean Ambrose McCarthy och hans dotter utövat sin rätt till fri rörlighet genom att "bosätta sig i en annan medlemsstat än den där de är medborgare", närmare bestämt Spanien. Helena Patricia McCarthy Rodriguez har följt med dem till denna medlemsstat, där hon erhållit ett uppehållskort, i den mening som avses i artikel 10 i direktiv 2004/38. Den omständigheten att klagandena i det nationella målet "för närvarande" är bosatta i Spanien visar att de är bosatta där och således har en verkningsfull vistelse där. Verkningsfull vistelse är enligt domstolens senaste praxis en omständighet som är av relevans när det avgörs huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt,⁸² även om denna tillämpning endast sker analogt.

73 — Se, bland annat, dom McCarthy (EU:C:2011:277), Dereci m.fl. (EU:C:2011:734), O m.fl. (C-356/11 och C-357/11, EU:C:2012:776) och Ymeraga och Ymeraga-Tafarshiku (C-87/12, EU:C:2013:291).

74 — Se dom Dereci m.fl. (EU:C:2011:734, punkt 56), Iida (EU:C:2012:691, punkt 51), O m.fl. (EU:C:2012:776, punkt 41) och O och B (EU:C:2014:135, punkt 39).

75 — EU:C:2011:277, punkterna 31 och 39.

76 — EU:C:2011:734, punkt 54.

77 — EU:C:2012:776, punkt 42.

78 — EU:C:2013:291, punkt 30.

79 — EU:C:2012:691, punkt 65.

80 — EU:C:2014:135 och EU:C:2014:136.

81 — Dessa medborgare har inte bosatt sig i en annan medlemsstat, såsom är fallet med Sean Ambrose McCarthy.

82 — Se dom O och B (EU:C:2014:135, punkt 53).

101. Helena Patricia McCarthy Rodriguez har samtidigt med denna verkningfulla vistelse i Spanien som familjemedlem till en unionsmedborgare velat utöva sin härledda rätt till inresa och kortvarig vistelse i sällskap med sin familj i Förenade kungariket. Jag anser således att det inte föreligger några som helst tvivel på att direktiv 2004/38 är tillämpligt.

102. Denna tolkning baseras på lydelsen av artikel 3.1 i direktiv 2004/38. I bestämmelsen uppställs följande två villkor: a) att unionsmedborgare reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den där han är medborgare, och b) att den berörda familjemedlemmen som är tredjelandsmedborgare följer med honom eller ansluter sig till honom.

103. Enligt min mening är det således fråga om kumulativa villkor som måste vara uppfyllda vid den tidpunkt då familjemedlemmarna till den berörda unionsmedborgaren gör gällande rätt till inresa och kortvarig vistelse. Eftersom Sean Ambrose McCarthy och hans dotter lagligen uppehåller sig i Spanien tillsammans med Helena Patricia McCarthy Rodriguez vid den tidpunkt då de reser till Förenade kungariket för att vistas där en kortare tid, anser jag att förevarande mål omfattas av detta direktiv. Sean Ambrose McCarthy "uppehåller sig" nämligen i en annan medlemsstat, närmare bestämt Spanien, vid den tidpunkt då han gör gällande sin i direktivet föreskrivna rätt att "resa" till Förenade kungariket.

104. Den fria rörligheten för personer utgör en av unionens grundstenar, varför undantag från denna grundläggande frihet ska tolkas restriktivt.⁸³ Med hänsyn till sammanhanget för och syftena med direktiv 2004/38 samt till den grundläggande rätten till fri rörlighet och vistelse enligt artikel 21.1 FEUF, får nämnda direktivs bestämmelser inte tolkas restriktivt och under inga omständigheter förlora sin ändamålsenliga verkan.⁸⁴

c) Förslag i denna del

105. För det fall att domstolen inte skulle följa mitt första förslag⁸⁵ och eftersom artikel 5 i direktiv 2004/38 endast föreskriver rätt till inresa, som är nära anknuten till en kortvarig vistelse (kortare vistelse än tre månader),⁸⁶ föreslår jag domstolen att åtminstone tillämpa direktiv 2004/38 på unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare och som verkningfullt har utövat sin rätt till fri rörlighet genom att uppehålla sig i en annan medlemsstat samtidigt som de gör kortare resor till den medlemsstat där de berörda unionsmedborgarna är medborgare. I så fall kommer domstolen att från detta direktivs tillämpningsområde endast utesluta situationer där en unionsmedborgare, efter att först ha utövat sin rätt till fri rörlighet, tillsammans med medlemmar av hans familj som är tredjelandsmedborgare reser till den medlemsstat där han är medborgare för en längre vistelse.

83 — Se, analogt, dom Kempf (139/85, EU:C:1986:223, punkt 13) och Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 23). Se även meddelandet från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av direktiv 2004/38 (KOM(2009) 313 slutlig s. 3) (nedan kallad vägledningen).

84 — Dom Metock m.fl. (EU:C:2008:449, punkt 84).

85 — Se underavsnitt 3 till avsnitt A i förevarande förslag till avgörande.

86 — Medlemsstaterna får inte gå utöver de villkor som föreskrivs i artikel 5 i direktiv 2004/38 genom att införa andra krav för medborgares inresa, såsom inresevisering. Se dom Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:604, punkt 23). Se även Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford (Oxford University Press), 2010, s. 424.

B – *Frågan om vilka åtgärder som kan vidtas med stöd av artikel 35 i direktiv 2004/38*

106. Den första och den tredje tolkningsfrågan, som bör prövas tillsammans, rör om och under vilka förutsättningar artikel 35 i direktiv 2004/38 tillåter att en medlemsstat, som anser sig stå inför ett "systemproblem med missbruk av rättigheter" i samband med utfärdanden av uppehållskort, i den mening som avses i artikel 10 i samma direktiv, har rätt att anta en sådan åtgärd som den som är aktuell i det nationella målet. Denna åtgärd är allmänt tillämplig och preventiv, och förutsätter inte att det först konstaterats rättsmissbruk i ett konkret fall.

107. För att besvara dessa frågor kommer jag att börja med en kortfattad analys av begreppet rättsmissbruk i domstolens relevanta praxis. Därefter kommer jag att mot bakgrund av nämnda rättspraxis befatta mig med tolkningen av artikel 35 i direktiv 2004/38 och härvid framförallt ta ställning till de argument som framförts av Förenade kungarikets regering.

1. Begreppet rättsmissbruk i domstolens relevanta praxis

108. Jag vill redan från början påpeka att begreppet rättsmissbruk är ett etablerat begrepp i de flesta av unionens medlemsstater. I fransk doktrin är exempelvis den klassiska definitionen av rättsmissbruk följande: "Överutnyttjande av en rättslig befogenhet; den som har en rättighet, behörighet eller ett ämbete utnyttjar detta för att gå utanför vad som föreskrivs om användning för lagligt ändamål".⁸⁷ Detta begrepp förutsätter således att någon har en rätt som kan missbrukas.⁸⁸

109. I tysk doktrin ges följande definition: "Utövandet av en personlig rättighet utgör ett missbruk om utövandet visserligen formellt sett är lagenligt, men omständigheterna i det enskilda fallet innebär att det strider mot tro och heder att göra rättigheten gällande".⁸⁹

110. Enligt polsk rätt ska varje handling eller underlåtenhet från rättighetsinnehavarens sida som även om den formellt inte strider mot vad som gäller för utövandet av denna rättighet ändå strider mot normerna för fredlig samexistens eller dess socio-ekonomiska syfte anses ligga utanför rättighetens tillämpningsområde och därför inte förtjäna lagens skydd.⁹⁰

111. Vad rör unionsrätten förekommer detta begrepp endast sporadiskt i sekundärrätten,⁹¹ varför det är lämpligare att se till domstolens praxis. I denna praxis omnämns begreppet som en princip i nationell rätt i sammanhang då ett rättssubjekt åberopar unionsrätten "endast i syfte att undandra sig tillämpningen av nationell rätt"⁹² och som en princip i unionsrätten, i sammanhang då ett rättssubjekt "överutnyttjar eller missbrukar en rättighet enligt unionsrätten"⁹³.

87 — Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Paris PUF, åttonde upplagan, juni 2009.

88 — Simon, D. och Rigaux, A., "La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit", *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, band 2 (2004), s. 559-587, s. 563.

89 — "Die Ausübung eines subjektiven Rechts ist missbräuchlich, wenn sie zwar formell dem Gesetz entspricht, die Geltendmachung jedoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls treuwidrig ist". Se Creifelds, *Rechtswörterbuch*, tjugonde upplagan, München 2011, s. 977.

90 — Se artikel 5 i polska civillagen och Machnikowski, P, *Kodeks cywilny – komentarz*, E. Gniewek (red.), Varsovie 2006, s. 14.

91 — Så är exempelvis fallet med artikel 35 i direktiv 2004/38.

92 — Enligt denna precisering omfattar detta begrepp helt konstlade konstruktioner eller bedrägerier riktade mot unionsrättens behörighet, det vill säga missbruk som kan påverka unionsrättens tillämplighet genom att det skapas en konstlad anknytning till denna rätt, Lagondet, F., loc. cit., s. 8.

93 — Simon, D. och Rigaux, A., loc. cit., s. 564. Se även Waelbroeck, D., "La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire", *Mélanges en hommage à Jean Victor Louis*, volym I (2003), s. 565-616, s. 597.

112. Det framgår av domstolens praxis att begreppet rättsmissbruk är ett självständigt begrepp i unionsrätten med preciseringen att "[f]ör att det skall kunna fastställas att det är fråga om ett sådant förfarande som utgör missbruk av rättigheter krävs det dels att vissa objektiva förhållanden skall föreligga varav det framgår att målsättningen med den berörda [unionsbestämmelsen] inte har uppnåtts, trots att de villkor som uppställs i bestämmelsen formellt har uppfyllts". Vidare krävs det att en subjektiv faktor föreligger, nämligen en avsikt att erhålla en förmån som följer av unionsbestämmelserna genom att konstruera de omständigheter som krävs för att få förmånen.⁹⁴

113. Vad rör detta direktiv har kommissionen förklarat att rättsmissbruk är "ett konstruerat uppträdande som uteslutande försiggår i syfte att erhålla rätten till fri rörlighet och uppehållsrätt enligt [unionens] lagstiftning och som, trots att det formellt uppfyller villkoren i [unionens] regelverk, inte är förenligt med detta regelverks ändamål".⁹⁵

114. Domstolen har dessutom understrukit att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida dessa två objektiva och subjektiva element är för handen, varvid bevisning kan föras i enlighet med nationella bestämmelser, "såvitt detta inte inkräktar på [unionsrättens] effektivitet"⁹⁶. Domstolen har vidare erinrat om att genomförandet av en nationell regel mot rättsmissbruk inte får hindra att unionsbestämmelser ges full verkan och tillämpas enhetligt i medlemsstaterna. I synnerhet kan de nationella domstolarna - när de gör en bedömning av hur en rättighet som följer av en unionsbestämmelse har använts - varken ändra bestämmelsens räckvidd eller äventyra dess syfte.⁹⁷

115. Enligt min mening finns det härvid ingen tvekan om att Förenade kungariket inte har styrkt något rättsmissbruk, eftersom det inte framgår någon som helst objektiv eller subjektiv faktor i förevarande fall. Det förefaller mig mer lämpligt att istället i närmare detalj utreda den ståndpunkt jag har utgått ifrån i min analys av artikel 35 i direktiv 2004/38 med hänsyn till domstolens praxis och med hänsyn till Förenade kungarikets argument.

2. Tolkning av artikel 35 i direktiv 2004/38 med hänsyn till domstolens praxis

116. Enligt artikel 35 i direktiv 2004/38 får medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att neka, avbryta eller dra tillbaka en rättighet enligt detta direktiv i händelse av missbruk av rättigheter eller bedrägeri, till exempel skenäktenskap.

117. I detta sammanhang uppstår frågan vilken typ av åtgärder medlemsstaterna kan vidta för att skydda sig mot rättsmissbruk med stöd av denna artikel: Endast individuella åtgärder eller även allmänt tillämpliga och preventiva åtgärder?

118. För att besvara denna fråga måste man läsa artikel 35 med utgångspunkt från domstolens praxis, som sammanfattats i punkterna 112 och 114 ovan, enligt vilken det vid bedömningen av om rättsmissbruk förekommit, i den mening som avses i denna artikel, ska göras en bedömning i två steg för att kontrollera nämnda objektiva och subjektiva faktorer.⁹⁸

119. Innan jag inleder denna prövning är det lämpligt att först utreda vad som är syftet med artikel 5.2 i direktiv 2004/38.

94 — Dom Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, punkterna 52 och 53).

95 — Se KOM(2009) 313 slutlig, s. 15 och 16.

96 — Min kursivering. Dom Emsland-Stärke (EU:C:2000:695, punkterna 52-54) och mer nyligen Ungern/Slovakien (C-364/10, EU:C:2012:630, punkt 58).

97 — Dom Pafitis m.fl. (C-441/93, EU:C:1996:92, punkt 68) och Kefalas m.fl. (C-367/96, EU:C:1998:222, punkt 22).

98 — Se generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i målet Bozkurt (C-303/08, EU:C:2010:413, punkt 67).

120. Av skäl 5 i detta direktiv framgår att "[f]ör att varje unionsmedborgare skall kunna utöva sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier på villkor som säkerställer de objektiva villkoren frihet och värdighet bör även familjemedlemmar beviljas denna rätt, oavsett medborgarskap".

121. Vad för det första rör den kombination av objektiva omständigheter som leder till att syftet med artikel 5.2 i direktiv 2004/38 inte uppnås, trots att direktivets villkor formellt är uppfyllda, har Förenade kungariket helt enkelt underlåtit att uppfylla sin skyldighet att undersöka dem. Jag erinrar om att det framgår av domstolens fasta praxis att prövningen av det beteende som påstås utgöra rättsmissbruk måste avse ett konkret fall.⁹⁹ Såsom framgår av de flesta av de skriftliga yttrandena till domstolen krävs enligt artikel 35 i direktiv 2004/38 att rättsmissbruk har konstaterats i ett konkret fall för att innehavaren av ett uppehållskort, i den mening som avses i artikel 10 samma direktiv, ska kunna förvägras inresa utan visering i enlighet med artikel 5.

122. Jag känner mig därför inte det minsta osäker när jag i förevarande fall hävdar att den objektiva faktorn i det rättsmissbruk som Secretary of State har påstått vara för handen inte föreligger, eftersom syftet med artikel 5.2 i direktiv 2004/38 enligt min mening har uppnåtts. Den omständigheten att klagandena i det nationella målet har utövat sin rätt till fri rörlighet har de facto lett till att de har installerat sig i en medlemsstat, närmare bestämt Spanien, i avsikt att bo där tillsammans och att de önskar resa till Förenade kungariket för kortare vistelser. Med andra ord är det inte bara de rent formella kraven i denna bestämmelse som har uppfyllts. Det finns inget konstlat i hur klagandena i det nationella målet har utövat sin rätt till fri rörlighet, utan det är fråga om ett legitimt utövande av denna rätt, eftersom de varken har försökt undgå Förenade kungarikets regelverk eller överutnyttja eller missbruka de rättigheter som följer av detta direktiv, vilket Förenade kungariket inte heller har bestritt.

123. Vad för det andra rör den subjektiva faktorn att önska erhålla en fördel som följer av direktiv 2004/38 är det också uppenbart att detta villkor inte heller är uppfyllt. Myndigheterna i Förenade kungariket har nämligen inte grundat sitt beslut att inte tillämpa artikel 5.2 i direktiv 2004/38 på konstateranden om hur klagandena i det nationella målet individuellt har betett sig.

124. Tvärtom har myndigheterna i Förenade kungariket i sina skrivelser och vid förhandlingen varken ifrågasatt äktheten av makarna McCarthys äktenskap eller att de verkligen lever tillsammans som en familj i Spanien. Ett äktenskap kan endast räknas som ett skenäktenskap enligt direktiv 2004/38 om äktenskapet endast ingåtts "i syfte att åtnjuta rätt att fritt röra sig och uppehålla sig i enlighet med direktivet som annars inte skulle ha kommit personen till del."¹⁰⁰

125. Jag vill vidare erinra om att de åtgärder som avses i artikel 35 i direktiv 2004/38 måste uppfylla kraven i artiklarna 30 och 31 i samma direktiv. Såsom gjorts gällande i flera av yttrandena till domstolen skulle en allmänt tillämplig åtgärd göra de processuella garantierna i dessa artiklar verkningslösa. De åtgärder som avses i artikel 35 är således individuella åtgärder som inte kan motivera en systematisk suspension av de rättigheter som följer av detta direktiv. En systematisk suspension av dessa rättigheter ger tvärtom varken den nationella domstolen eller EU-domstolen möjlighet att kontrollera huruvida de omständigheter som har gjort att myndigheterna i Förenade kungariket har gjort avsteg från denna rättighet i förevarande fall uppfyller de föreskrivna kraven.

99 — Se dom Kefalas m.fl. (EU:C:1998:222, punkt 28) och Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, punkt 34).

100 — Se KOM(2009) 313 slutlig, s. 16.

126. Enligt vägledningen bygger systemet i direktiv 2004/38 just på individuella beslut och de nationella myndigheterna är skyldiga att lägga vikt vid samtliga omständigheter i det aktuella fallet. De måste närmare bestämt bedöma berörda personers beteende mot bakgrund av unionsrättens mål och agera på grundval av objektiv bevisning.¹⁰¹

127. Såsom kommissionen med rätta har konstaterat i nämnda vägledning ska särskild uppmärksamhet läggas på rättsställningen unionsmedborgare vid tolkningen av begreppet missbruk vad rör direktiv 2004/38. Med hänsyn till principen om unionsrättens företräde ska prövningen av eventuellt missbruk av unionslagstiftningen göras med utgångspunkt från unionsrätten och inte med utgångspunkt från nationell migrationsrätt. Direktivet hindrar inte medlemsstaterna att utreda enskilda ärenden där det finns en välgrundad misstanke om rättsmissbruk. Unionsrätten förbjuder dock systematiska kontroller. Åtgärder vidtagna av medlemsstaterna för att bekämpa skenäktenskap får inte vara ägnade att avskräcka unionsmedborgare och deras familjemedlemmar från att utöva sin rätt till fri rörlighet eller otillbörligen inkräkta på deras legitima rättigheter. De får inte undergräva unionsrättens verkan eller innebära diskriminering på grund av medborgarskap.¹⁰²

128. Jag anser vidare att det tveklöst är så att Förenade kungariket, vid sin bedömning av rätten till inresa för Helena Patricia McCarthy Rodriguez, som följer av artikel 5.2, i direktiv 2004/38, har ändrat denna bestämmelses tillämpningsområde på ett sätt som äventyrar syftena bakom denna bestämmelse. Förenade kungariket har härvid påstått att ett rättsmissbruk kan undvikas genom att helt enkelt vägra att tillämpa den bestämmelse som eventuellt varit föremål för missbruk, vilket enligt min mening helt strider mot begreppet rättsmissbruk och äventyrar de syften som ligger bakom direktiv 2004/38.

3. Förenade kungarikets invändningar

129. Förenade kungariket skiljer sig från övriga rättegångsdeltagare genom att i sina skriftliga yttranden och vid förhandlingen hävda att denna medlemsstat för tillfället står inför en situation där det förekommer omfattande missbruk av rätten till inresa för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare, i syfte att undvika immigrations- och gränskontroller. Förenade kungariket talar om ”systemproblem med missbruk”.

130. Enligt Förenade kungariket skulle en praxis där man godtar samtliga uppehållskort som påstås ha utfärdats enligt artikel 10 i direktiv 2004/38 innebära att medborgare i tredjeland helt undgår viseringskontroll, eftersom dessa uppehållskort gör det lättare att inresa i landet. Förenade kungarikets regering har härvid angett att den anfört bevisning om systemproblem med missbruk.

131. Även om uttrycket ”systemproblem” enligt min mening inte är förenligt med begreppet rättsmissbruk inom unionsrätten, anser jag det ändå lämpligt att pröva huruvida den bevisning medlemsstaten har anfört uppfyller detta krav.

132. Förenade kungariket har som bevisning inkommit med handlingar som bland annat rör en studie från år 2011 som gjorts av denna medlemsstats gränskontrollmyndigheter, varvid man identifierat 1 494 ”försök” till användning av falska handlingar som erhållits genom skenäktenskap eller genom att förfälska olika handlingar.¹⁰³ Förenade kungariket ställdes särskilt inför problemet med att det används förfälskade handlingar eller falska handlingar som erhållits genom skenäktenskap eller genom att inge

101 — Se KOM(2009) 313 slutlig, punkt 4.3. Se även dom *Metock* m.fl. (EU:C:2008:449, punkterna 74 och 75).

102 — KOM(2009) 313 slutlig, s. 16.

103 — Förenade kungarikets beskrivning av rättsmissbruk omfattar två helt skilda juridiska situationer, nämligen skenäktenskap och användning av förfälskade handlingar. Begreppet rättsmissbruk omfattar rätteligen endast den förstnämnda situationen.

förfalskade styrkande handlingar.¹⁰⁴ En analys av uppehållskort utfärdade av andra medlemsstater, som genomförts av en myndighet i Förenade kungariket, visar enligt denna medlemsstat att uppehållskort som utfärdas i tolv medlemsstater inte uppfyller de minimisäkerhetsstandarder som fastställts av Internationella civila luftfartsorganisationen för EU-resehandlingar. Dessutom har medlemsstaterna erkänt att bedrägerier och missbruk av rätten till fri rörlighet från tredjelandmedborgares sida utgör ett problem.¹⁰⁵ Frånvaron av enhetliga minimisäkerhetsstandarder för de uppehållskort som avses i artikel 10 och den därmed förbundna risken för missbruk i syfte att undgå immigrationskontroll är en fråga som särskilt oroar Förenade kungariket.

133. Det framgår klar att den bevisning som anförts av Förenade kungariket inte kan anses utgöra konkreta bevis som rör beteendet hos klagandena i det nationella målet. Denna bevisning uppfyller inte de objektiva och subjektiva villkor som måste vara uppfyllda för att man ska kunna konstatera rättsmissbruk i ett konkret fall, såsom framgår av punkterna 121-127 ovan. Jag vill härvid erinra om att det inte har bestritts att klagandena i det nationella målet inte har betett sig på ett sätt som utgör rättsmissbruk i unionsrättens mening.

134. Jag vill även erinra om att en generell bedrägeripresumtion inte är tillräcklig för att motivera en åtgärd som åsidosätter ändamålen med EUF-fördraget.¹⁰⁶ I princip är de nationella domstolarna ensamt behöriga att bedöma missbruk, men bedömningen får inte leda till att unionsrättens enhetlighet och effektivitet äventyras.¹⁰⁷

135. Vad rör Förenade kungarikets uppgift att de minimisäkerhetsstandarder som fastställts av Internationella civila luftfartsorganisationen inte har följts, har dessutom Kungariket Spaniens ombud vid förhandlingen understrukit att de uppehållskort som spanska myndigheter utfärdar till familjemedlemmar till en unionsmedborgare uppfyller denna organisations krav.

136. I frågan huruvida Kungariket Spaniens normer eventuellt inte har följts, vill jag understryka att en medlemsstats eventuella underlåtenhet att följa direktiv 2004/38 inte utgör ett rättsmissbruk, varför den inte omfattas av artikel 35 i samma direktiv.¹⁰⁸

137. Vad rör tillståndet för familjemedlemmar anser jag att detta ska anses utgöra ett krav på visering, vilket inte bara strider mot artikel 5.2 i direktiv 2004/38, utan även mot direktivets syften och systematik. Uppehållskort som utfärdas med stöd av artikel 10 i nämnda direktiv är visserligen deklarativa och inte rättighetsskapande, eftersom de endast bekräftar en redan existerande rättighet. Det är emellertid inte orimligt att påstå att eftersom villkoren för rätt till fri rörlighet enligt unionsrätten är uppfyllda av en tredjelandmedborgare som är familjemedlem till en unionsmedborgare, så måste medlemsstaterna godta detta kort.¹⁰⁹

104 — Enligt en handling som upprättats av kommissionen på rådets begäran har kommission anmodat medlemsstaterna att meddela kommissionen statistik rörande missbruk av rätten till fri rörlighet genom skenäktenskap. Tolv medlemsstater har överlämnat statistik som rör "identifierade" fall. Enligt denna handling har Förenade kungariket med hänvisning till tecken på att vissa äktenskap inte är autentiska avslagit 176 ansökningar om familjetillstånd (av 256 fall av misstänkt missbruk, vilket motsvarar ungefär 2 procent av samtliga ansökningar under denna tidsperiod). Se kommissionens meddelande till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén av den 25 november 2013 med rubriken "Fri rörlighet för EU-medborgare och deras familjer: Fem åtgärder för att skapa förändring" COM(2013) 837 final, s. 9.

105 — Rådet godkände i april 2012 en handling där det angavs vilka åtgärder som bör vidtas, med rubriken "EU:s åtgärder rörande migrationstrycket – Ett strategiskt svar", i vilken ett av de strategiskt prioriterade områdena angavs vara "bevarande av och skydd för den fria rörligheten genom att tredjelandmedborgares missbruk hindras".

106 — Se dom kommissionen/Belgien (C-577/10, EU:C:2012:814, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

107 — Simon, D. och Rigaux, A., *Le système juridique communautaire*, tredje upplagan, 2001, s. 582.

108 — Jag vill härvid erinra om att enligt artiklarna 258 FEUF och 259 FEUF ankommer det på kommissionen eller en annan medlemsstat att eventuella väcka talan om fördragsbrott vid domstolen om en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördragen.

109 — Se, för ett liknande resonemang, dom Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, punkt 54).

138. Jag anser slutligen att en eventuell slutsats att en medlemsstat kan välja att inte beakta uppehållskort utfärdade av en annan medlemsstat skulle strida mot principen om ömsesidigt erkännande. Det ska emellertid framhållas att det enligt domstolens praxis inte är möjligt att utöva rättigheter som följer av principen om fri rörlighet utan att förete intyg om personuppgifter, vilka vanligen utfärdas av myndigheterna i arbetstagarens ursprungsland. Följaktligen måste förvaltningsmyndigheterna och domstolarna i en medlemsstat godta personbevis och liknande handlingar om personuppgifter som har upprättats av de behöriga myndigheterna i andra medlemsstater, såvida det inte på grund av konkreta uppgifter i det enskilda fallet finns särskilda skäl att ifrågasätta huruvida uppgifterna i handlingarna är korrekta.¹¹⁰

139. Om man godtar att Förenade kungariket inför en allmänt tillämplig åtgärd, så skulle det innebära att en medlemsstat får kringgå rätten till fri rörlighet och leda till att andra medlemsstater också har rätt att vidta sådana åtgärder och således ensidigt hindra direktivet från att tillämpas.

140. Jag anser därför att Förenade kungarikets bevisning inte utgör tillräckligt stöd för dess påstående om eventuellt systematiskt rättsmissbruk.

141. Av samtliga ovan angivna skäl anser jag att den första och den tredje frågan ska besvaras enligt följande: Artikel 35 i direktiv 2004/38 tillåter inte att en medlemsstat antar en allmänt tillämplig åtgärd som innebär att familjemedlemmar till en unionsmedborgare som innehar ett giltigt uppehållskort som utfärdats av en annan medlemsstat berövas rätten att inte behöva inhämta visering, eftersom en sådan åtgärd är preventiv och inte bygger på ett föregående konstaterande av ett rättsmissbruk i ett konkret fall.

C – Protokoll nr 20

142. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 1 i protokoll nr 20 tillåter att Förenade kungariket kräver att en tredjelandsmedborgare, som innehar ett uppehållskort i egenskap av familjemedlem till en unionsmedborgare, vilket utfärdats med stöd av direktiv 2004/38, måste ha beviljats inresevisering innan denne anländer till landets gränser.

143. Jag vill inledningsvis erinra om att det inte föreligger några tvivel om protokollens rättsliga ställning. Enligt artikel 51 EUF ska "[p]rotokollen och bilagorna till fördragen ... utgöra en integrerande del av detta fördrag". Enligt normhierarkin står det således helt klart att protokollen har företräde framför unionens sekundärrätt.

144. Protokoll nr 20 innebär att ett undantag införts vad rör Förenade kungarikets och Irlands skyldigheter enligt artiklarna 26 FEUF och 77 FEUF. Detta undantag har sin grund i dessa medlemsstaters önskan att inte omfattas av skyldigheten att genomföra avsnitt V i tredje delen av EUF-fördraget, som rör området med frihet, säkerhet och rättvisa.¹¹¹ Såsom kommissionen uttryckligen har påpekat har emellertid detta protokoll inte till syfte att tillerkänna Förenade kungariket särskilda privilegier, utan har antagits för att beakta denna medlemsstats önskan att bibehålla kontroller vid gränserna till de flesta medlemsstaterna och att bevara "den gemensamma resezon" mellan Förenade kungariket och Irland.¹¹²

110 — Se, för ett liknande resonemang, dom Dafeki (C-336/94, EU:C:1997:579, punkt 19).

111 — Denna önskan har även uttryckts vad rör införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar. Se protokoll nr 19 om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar.

112 — Angående de förändringar som tillkommit genom Lissabonfördraget vad rör Förenade kungarikets och Irlands ståndpunkt avseende området med frihet, säkerhet och rättvisa, se särskilt Chevallier-Govers, C., "Le traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice", *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruylant, 2009, s. 271 och följande sidor.

145. Enligt artikel 2 i protokoll nr 20 får dessa två medlemsstater fortsätta att komma överens om inbördes arrangemang rörande fri rörlighet för personer mellan sina territorier ("den gemensamma resezon"), samtidigt som rättigheterna för de personer som avses i artikel 1 första stycket a i detta protokoll fullt ut ska respekteras. Om Förenade kungariket skulle besluta att inte längre göra gällande sin särskilda möjlighet att inte delta i området med frihet, säkerhet och rättvisa, så kommer nämligen Irland att anta ett motsvarande beslut, eftersom dess ståndpunkt endast motiveras av den omständigheten att sistnämnda medlemsstat är bunden till Förenade kungariket genom nämnda gemensamma resezon.¹¹³

146. I artikel 3 föreskrivs dessutom att de andra medlemsstaterna ska ha rätt att vid sina gränser eller vid varje plats för inresa till deras territorium genomföra kontroller av personer som vill resa in på deras territorium från Förenade kungariket eller från Irland.

147. Jag anser att artikel 1 i protokoll nr 20 ska tolkas med hänsyn till dessa överväganden.

148. För det första är det "endast" vid Förenade kungarikets gränser som denna medlemsstat enligt denna artikel är behörig att genomföra de kontroller den anser vara nödvändiga för att kontrollera att medborgare i andra medlemsstater eller deras anhöriga har sådana rättigheter som de gör gällande enligt unionsrätten.

149. Förvisso innehåller varken EUF-fördraget eller protokoll nr 20 någon definition av begreppet "gränskontroll". I artikel 2 led 9 i förordning nr 562/2006 anges emellertid att med uttrycket "gränskontroll" förstås "verksamhet vid en gräns, i enlighet med och för att uppnå målen i denna förordning, som utan hänsyn till andra skäl enbart bedrivs som svar på en avsikt att passera gränsen eller själva passagen av den och som består av in- och utresekontroller och gränsövervakning". Det får anses stå klart att i förevarande fall utgör skyldigheten att inhämta ett tillstånd för familjemedlemmar inte en gränskontroll, eftersom det måste ansökas om ett tillstånd för familjemedlemmar redan före resan vid en av Förenade kungarikets beskickningar.

150. Det står vidare klart att direktiv 2004/38 fortsätter att vara tillämpligt, såsom klart framgår av artikel 1 a i protokoll nr 20, i vilken det hänvisas till medborgare i medlemsstater och deras familjemedlemmar som utövar "rättigheter som följer av unionsrätten". Frågan om rätt till inresa ska således bedömas med utgångspunkt från artikel 5.2 i samma direktiv, i vilken det fastställs vilka handlingar som ger familjemedlemmar till en unionsmedborgare rätt till inresa i medlemsstaterna.

151. Slutligen ingår i uttrycket gränskontroller enligt artikel 1 a i protokoll nr 20 bland annat undersökning av handlingar som gör det möjligt att klargöra att berörda personer har rätt att inresa till Förenade kungariket. Denna rätt att genomföra kontroller innebär emellertid inte att denna medlemsstat har rätt att ensidigt vägra inträde för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som innehar ett uppehållskort som utfärdats med tillämpning av artikel 10 i direktiv 2004/38 genom att generellt förplikta dem att inhämta, och vid landets gränser uppvisa, en ytterligare handling som inte föreskrivs i unionsrätten.

152. Jag föreslår därför att den andra tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Artikel 1 i protokoll nr 20 tillåter inte att Förenade kungariket förpliktar tredjelandsmedborgare, som innehar ett uppehållskort i egenskap av familjemedlemmar till en unionsmedborgare, vilket utfärdats med tillämpning av artikel 10 i direktiv 2004/38, att inneha inresevisering som måste ha inhämtats innan de anländer till landets gränser.

113 — Se Toth, A.G., *The legal effects of the protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark, in the European Union after Amsterdam. A legal analysis*, 1998, s. 227-252, s. 233, och Guillard, C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, uppsats, Bruylant, 2006, s. 466.

VI – Förslag till avgörande

153. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) enligt följande:

- 1) Artikel 35 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG tillåter inte att en medlemsstat antar en allmänt tillämplig åtgärd som innebär att familjemedlemmar till en unionsmedborgare som innehar ett giltigt uppehållskort som utfärdats av en annan medlemsstat berövas rätten att inte behöva inhämta visering, eftersom en sådan åtgärd är preventiv och inte bygger på ett föregående konstaterande av ett rättsmissbruk i ett konkret fall.
- 2) Artikel 1 i protokoll nr 20 om tillämpning av vissa inslag i artikel 26 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på Förenade kungariket och Irland tillåter inte att Förenade kungariket förpliktar tredjelandsmedborgare, som innehar ett uppehållskort i egenskap av familjemedlemmar till en unionsmedborgare, vilket utfärdats med tillämpning av artikel 10 i direktiv 2004/38, att inneha inresevisering som måste ha inhämtats innan de anländer till landets gränser.