



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
VERICA TRSTENJAK  
föredraget den 15 maj 2012<sup>1</sup>

**Mål C-40/11**

**Yoshikazu Iida  
mot  
Stadt Ulm**

(begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Tyskland))

”Artikel 6 FEU — Artiklarna 20 och 21 FEUF — Artiklarna 7, 24 och 51 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna — Artiklarna 2, 3, 7.2, 10 och 12 i direktiv 2004/38 — Artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna — Minderårig som är medborgare i en medlemsstat och som tillsammans med modern flyttat till en annan medlemsstat — Uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken barnet har sitt ursprung för en vårdnadshavare som är tredjelandsmedborgare — Tillämpningsområdet för Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna — Genomförande av unionsrätten”

## I – Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande avser frågan huruvida – och om så är fallet, i vilken omfattning och under vilka villkor – tredjelandsmedborgare på grund av deras familjerelationer eller personliga relationer till minderåriga unionsmedborgare har unionsrättslig uppehållsrätt. Förevarande begäran om förhandsavgörande anknyter därmed till de frågor som prövats i domarna i målen Dereci<sup>2</sup> och Ruiz Zambrano<sup>3</sup> huruvida den uppehållsrätt som tillkommer unionsmedborgare även omfattar tredjelandsmedborgare. Förevarande fall utgör ett specialfall såtillvida som tredjelandsmedborgaren inte har ansökt om uppehållstillstånd i den medlemsstat i vilken hans dotter, som är unionsmedborgare, befinner sig.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Domstolens dom av den 15 november 2011 i mål C-256/11, Dereci m.fl. (REU 2011, s. I-1177).

3 — Domstolens dom av den 8 mars 2011 i mål C-34/09, Ruiz Zambrano (REU 2011, s. I-11315).

## II – Tillämpliga bestämmelser

### A – Unionslagstiftningen

1. Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

2. I artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), som har rubriken ”Respekt för privatlivet och familjelivet”, föreskrivs följande:

”Var och en har rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer.”

3. I artikel 24 i stadgan, som har rubriken ”Barnets rättigheter”, föreskrivs följande:

”1. Barn har rätt till det skydd och den omvårdnad som behövs för deras välfärd. ...

...

3. Varje barn har rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkta kontakter med båda föräldrarna, utom då detta strider mot barnets bästa.”

4. I artikel 51.1 första meningen i stadgan anges följande:

”Bestämmelserna i denna stadga riktar sig, med beaktande av subsidiaritetsprincipen, till unionens institutioner, organ och byråer samt till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten.”

2. Direktiv 2004/38/EG

5. I skäl 5 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 (nedan kallat direktiv 2004/38),<sup>4</sup> föreskrivs följande:

”För 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. ...”

6. I artikel 1 i direktiv 2004/38 definieras syftet med direktivet enligt följande:

”I detta direktiv fastställs

a) villkor för unionsmedborgares och deras familjemedlemmars utövande av rätten att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium,

...”

4 — EUT L 158, s. 7, och rättelser i EUT 229, s. 35, nyligen ändrat genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen (EUT L 141, s. 1).

7. Enligt de definitioner som anges i artikel 2 i direktiv 2004/38 avses med "familjemedlem" bland annat "de underhållsberättigade släktingar i rakt uppstigande led, även till maken eller maken eller till sådan partner ..." (artikel 2.2 d). Med mottagande medlemsstat avses enligt artikel 2.3 i nämnda direktiv den medlemsstat dit unionsmedborgaren reser för att utöva sin rätt att fritt röra sig eller uppehålla sig.

8. I artikel 3 i direktiv 2004/38, som har rubriken "Förmånstagare", föreskrivs följande:

"1. Detta direktiv skall tillämpas på alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i samt på de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2.2 som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren.

2. Utan att det påverkar de berördas personliga rätt att fritt röra sig eller uppehålla sig, och i överensstämmelse med nationell lagstiftning, skall den mottagande medlemsstaten underlätta inresa och uppehåll för följande personer:

a) Alla andra familjemedlemmar, oavsett medborgarskap, som inte omfattas av definitionen i artikel 2.2, om de i det land från vilket de har kommit är beroende av eller bor hos den unionsmedborgare som har primär uppehållsrätt eller om det av allvariga hälsoskäl absolut krävs att unionsmedborgaren personligen tar hand om familjemedlemmen.

..."

9. I artikel 7.2 i direktiv 2004/38 föreskrivs följande:

"Uppehållsrätten ... skall även omfatta familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat när de följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren i den mottagande medlemsstaten, ..."

10. I artikel 10 i direktiv 2004/38, som har rubriken "Utfärdande av uppehållskort", föreskrivs följande:

"1. Uppehållsrätten 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. ...

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

...

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.

..."

11. I artikel 12 i direktiv 2004/38 föreskrivs följande avseende "Bibehållen uppehållsrätt för familjemedlemmar om unionsmedborgaren avlider eller lämnar landet".

"...

3. Unionsmedborgarens avresa från den mottagande medlemsstaten eller unionsmedborgarens död skall inte medföra förlust av uppehållsrätt för unionsmedborgarens barn eller för den förälder som har den faktiska vårdnaden om barnen, oavsett nationalitet, om barnen är bosatta i den mottagande medlemsstaten och inskrivna vid en utbildningsanstalt för att bedriva studier där, förrän deras studier avslutats."

B – *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*

12. Artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen) avser ”Rätt till skydd för privat- och familjeliv” och har följande lydelse:

”1. Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.

2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.”

C – *Den nationella lagstiftningen*

1. Lagen om utländska medborgares uppehåll, förvärvsarbete och integration i Tyskland (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet)

13. I 7 § i den tyska lagen om utländska medborgares uppehåll, förvärvsarbete och integration i Tyskland (nedan kallad Aufenthaltsgesetz)<sup>5</sup> som avser uppehållstillstånd föreskrivs följande:

”1) Upphållstillstånd är tidsbegränsade. De beviljas för de ändamål som anges nedan. När det är motiverat kan uppehållstillstånd också beviljas för ett ändamål som inte anges i denna lag.

...”

14. I 18 § andra stycket i Aufenthaltsgesetz anges följande:

”En utlänning kan beviljas uppehållstillstånd för att utöva yrkesverksamhet, ...”

2. Lagen om fri rörlighet för unionsmedborgare (Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern)

15. Enligt 2 § i den tyska lagen om fri rörlighet för unionsmedborgare (nedan kallad Freizügigkeitsgesetz/EU)<sup>6</sup> har unionsmedborgare som åtnjuter fri rörlighet rätt till inresa och uppehåll i enlighet med denna lag. En sådan rättighet tillkommer deras familjemedlemmar emellertid i princip enbart ”om de medföljer eller ansluter sig till unionsmedborgaren” (3 § första stycket i Freizügigkeitsgesetz/EU), eller när permanent uppehållsrätt uppkommer efter fem års laglig vistelse (4a § i Freizügigkeitsgesetz/EU).

16. I 5 § i Freizügigkeitsgesetz/EU föreskrivs följande under rubriken ”Intyg om uppehållsrätt och uppehållskort enligt gemenskapsrätten”:

”...

5 — Aufenthaltsgesetz, i dess lydelse enligt meddelandet av den 25 februari 2008 (BGBl. I, s. 162), som ändrades genom artikel 2.25 i lag av den 22 december 2011 (BGBl. I, s. 3044).

6 — Freizügigkeitsgesetz/EU av den 30 juli 2004 (BGBl. I, s. 1950, på s. 1986), som ändrats genom artikel 14 i lag av den 20 december 2011 (BGBl. I, s. 2854).

2) För familjemedlemmar som har rätt till fri rörlighet och som inte är unionsmedborgare utfärdas automatiskt inom sex månader efter det att de har lämnat erforderliga uppgifter ett uppehållskort för familjemedlemmar till unionsmedborgare med en giltighetstid på fem år ...”

### III – Bakgrunden till tvisten vid den nationella domstolen

17. Klagande i målet vid den nationella domstolen är japansk medborgare. Han är sedan år 1998 gift med en tysk medborgare. Deras dotter föddes år 2004 i USA och har utöver medborgarskap i USA och Japan även medborgarskap i Tyskland.

18. I slutet av december 2005 flyttade familjen från USA till (Ulm) Tyskland. Den 9 januari 2006 fick klaganden nationellt uppehållstillstånd som utländsk make till en tysk medborgare.

19. Klaganden är sedan februari 2006 tillsvidareanställd på heltid i Ulm och har en bruttoinkomst per månad på 4 850 euro.

20. Sommaren år 2007 antog klagandens maka en anställning i Wien, och flyttade från och med mars 2008 dit tillsammans med deras gemensamma dotter. Klaganden stannade kvar i Ulm. De båda föräldrarna har delad vårdnad av dottern som går i skola i Wien. Klaganden besöker sin dotter regelbundet en gång i månaden, för att tillbringa veckoslutet med henne och han betalar underhåll för henne på 300 euro i månaden. Dessutom tillbringar dottern för det mesta ferierna med klaganden.

21. I juni 2008 meddelade maken den tyska utlänningsmyndigheten att hon redan sedan den 1 januari 2008 hade levt åtskild från klaganden. Klagandens uppehållstillstånd som ursprungligen utfärdats till honom i hans egenskap av make till en tysk medborgare enligt Aufenthaltsgesetz förlängdes således inte.

22. Klaganden uppehåller sig för närvarande lagligen i Tyskland, efter det att han beviljats nationellt uppehållstillstånd enligt 18 § Aufenthaltsgesetz som anknyter till hans kvalificerade yrkesverksamhet.

23. Klaganden anser emellertid att han har uppehållsrätt i Tyskland också enligt unionsrätten på grund av sin vårdnad av den i Österrike bosatta dottern. Av denna rättighet följer en rätt till att erhålla ”uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare” i den mening som avses i artikel 10 i direktiv 2004/38.

24. Den 30 maj 2008 ansökte klaganden emellertid utan framgång om ett sådant uppehållskort. Denna ansökan har numera anhängiggjorts i förfarandet för överklagande vid den hänskjutande domstolen.

### IV – Tolkningsfrågor

25. Mot denna bakgrund har den nationella domstolen hänskjutit följande frågor till domstolen:

”A. Artiklarna 2, 3 och 7 i direktiv 2004/38:

1. Avses, särskilt mot bakgrund av artiklarna 7 och 24 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen, om man gör en vidare tolkning av artikel 2.2 d i direktiv 2004/38/EG, med ’familjemedlem’ också en förälder som är tredjelandsmedborgare och har vårdnad av ett barn som är unionsmedborgare, om denne inte är beroende av detta barn för sin försörjning?

2. Om föregående fråga besvaras jakande: Gäller direktiv 2004/38 för denna förälder gentemot det utflyttade barnets ursprungsmedlemsstat också utan att det är fråga om 'medföljande' eller 'anslutning', särskilt mot bakgrund av artiklarna 7 och 24 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen, om man gör en vidare tolkning av artikel 3.1 i direktivet?
  3. Om föregående fråga besvaras jakande: Medför detta, särskilt mot bakgrund av artiklarna 7 och 24 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen, att denna förälder, om man gör en vidare tolkning av artikel 7.2 i direktiv 2004/38, får rätt att uppehålla sig mer än tre månader i barnets ursprungsmedlemsstat åtminstone så länge som föräldern har vårdnad av barnet och faktiskt utövar denna?
- B. Artikel 6.1 FEU i förening med stadgan:

#### Fråga 1

- a) Kan stadgan enligt artikel 51.1 första meningen andra alternativet i stadgan tillämpas redan när föremålet för tvisten är beroende av en nationell lag (del av en lag), genom vilken också – men inte bara – direktiv har införlivats?
  - b) Om föregående fråga besvaras nekande: Kan stadgan om de grundläggande rättigheterna enligt artikel 51.1 första meningen andra ledet i unionens stadga om de grundläggande rättigheterna tillämpas redan av den anledningen att klaganden eventuellt har uppehållsrätt i EU och följaktligen enligt 5.2 § första meningen i Freizügigkeitsgesetz/EU kan begära ett uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare, vilket har sin rättsliga grund i artikel 10.1 första meningen i direktiv 2004/38?
  - c) Om föregående fråga besvaras nekande: Kan stadgan enligt artikel 51.1 första meningen andra ledet i stadgan tillämpas med stöd av rättspraxis i målet ERT (domstolens dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, punkterna 41–45), om en medlemsstat begränsar uppehållsrätten för en tredjelandsmedborgare som är far till en minderårig unionsmedborgare som huvudsakligen vistas med sin mor i en annan EU-medlemsstat på grund av dennas yrkesverksamhet?

#### Fråga 2

- a) Om stadgan kan tillämpas: Kan uppehållsrätt i EU för fadern som är tredjelandsmedborgare härledas direkt ur artikel 24.3 i stadgan åtminstone så länge som han har och faktiskt utövar vårdnad av sitt barn som är unionsmedborgare också om barnet huvudsakligen vistas i en annan EU-medlemsstat?
  - b) Om föregående fråga besvaras nekande: Medför barnets rätt till fri rörlighet enligt artikel 45.1 i stadgan, eventuellt i förening med artikel 24.3 i stadgan, att fadern som är tredjelandsmedborgare får uppehållsrätt i EU åtminstone så länge som han har och faktiskt utövar vårdnad av sitt barn som är unionsmedborgare, för att i synnerhet barnets rätt till fri rörlighet inte ska förlora all praktisk verkan?

#### C. Artikel 6.3 FEU i förening med de allmänna unionsrättsliga principerna:

1. Kan de 'oskrivna' grundläggande rättigheterna i EU som har utvecklats i domstolens praxis sedan domen av den 12 november 1969 i mål 29/69, Stauder, i vilket Verwaltungsgericht Stuttgart hade begärt förhandsbesked (REG 1969, s. 419; svensk specialutgåva, volym 1, s. 421), punkt 7, och fram till exempelvis dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), punkt 75, tillämpas fullt ut även om stadgan inte kan tillämpas i det konkreta fallet, med andra ord, är de grundläggande rättigheterna som enligt artikel 6.3 FEU fortsätter att gälla som allmänna unionsrättsliga principer fristående och oberoende vid sidan om de nya grundläggande rättigheterna i stadgan om de grundläggande rättigheterna enligt artikel 6.1 FEU?

2. Om föregående fråga besvaras jakande: Kan, för att vårdsnaden ska kunna utövas effektivt, uppehållsrätt i EU för tredjelandsmedborgaren som är far till en minderårig unionsmedborgare som huvudsakligen vistas med sin mor i en annan EU-medlemsstat på grund av dennas yrkesverksamhet härledas ur de allmänna unionsrättsliga principerna, i synnerhet mot bakgrund av rätten till skydd för familjelivet enligt artikel 8 i Europakonventionen.

D. Artikel 21.1 FEUF i förening med artikel 8 i Europakonventionen:

Om klaganden inte kan få uppehållsrätt i EU med stöd av artiklarna 6.1 eller 3 FEU: Kan, med utgångspunkt i domstolens dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Zhu och Chen (REG 2004, s. I-9925), punkterna 45–47, rätten till fri rörlighet för en minderårig unionsmedborgare som huvudsakligen vistas med sin mor i en annan EU-medlemsstat på grund av dennas yrkesverksamhet, enligt artikel 21.1 FEUF, eventuellt med stöd av artikel 8 i Europakonventionen, medföra att fadern som är tredjelandsmedborgare får uppehållsrätt i barnets ursprungsmedlemsstat, för att vårdsnaden ska kunna utövas effektivt?

E. Artikel 10 i direktiv 2004/38:

Om klaganden kan få uppehållsrätt i EU: Kan en förälder som är tredjelandsmedborgare och befinner sig i en sådan situation som klaganden begära att ett 'uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare' utfärdas i enlighet med artikel 10.1 första meningen i direktivet?"

26. Den hänskjutande domstolen har emellertid anfört att "Samtliga tolkningsfrågor naturligtvis kan sammanfattas till en enda fråga:

Följer det av unionsrätten att en förälder som är tredjelandsmedborgare och har vårdnadsrätt, för att upprätthålla regelbundna personliga relationer och direkt föräldrakontakt, har uppehållsrätt i den stat där hans barn som är unionsmedborgare har sitt ursprung, och ett 'uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare' ska utfärdas, även om barnet har utövat sin rätt till fri rörlighet och flyttat till en annan medlemsstat?"<sup>7</sup>

## V – Prövning av tolkningsfrågorna

### A – Turordning för prövningen

27. I det följande ska det utgå från den ovan i punkt 26 återgivna sammanfattande frågan som ska belysas mot bakgrund av de rättsliga omständigheter som anges i punkt 25, såvitt dessa är av betydelse.

28. Den hänskjutande domstolen vill för det första således få klarhet i huruvida klaganden, under de omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen, har unionsrättslig uppehållsrätt i den stat där hans tyska barn har sitt ursprung. Den vill för det andra få klarhet i huruvida klaganden på grund av denna rättighet enligt unionsrätten kan begära att ett "uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare" utfärdas.

7 — Sidan 16 i beslutet att begära förhandsavgörande.

B – *Uppehållsrätt i den stat där den minderåriga unionsmedborgare som har flyttat till en annan medlemsstat har sitt ursprung för den förälder som är tredjelandsmedborgare och har vårdnad*

29. Klaganden kan ha en unionsrättslig uppehållsrätt i Tyskland enligt direktiv 2004/38 eller primärrätten.

30. Det ska i det följande inledningsvis prövas om en sådan uppehållsrätt föreligger enligt direktiv 2004/38.

1. Direktiv 2004/38

31. Vid prövningen av huruvida en uppehållsrätt föreligger enligt direktiv 2004/38 ska inledningsvis bestämmelsernas ordalydelse, det sätt på vilket bestämmelserna är uppbyggda och deras syfte undersökas. Det ska därefter prövas huruvida resultatet av denna tolkning av direktiv 2004/38 enligt dess ordalydelse, det sätt på vilket det är uppbyggt och dess syfte är förenligt med de grundläggande rättigheterna.

a) Bokstavstolkning av direktiv 2004/38

32. Klaganden kan ha uppehållsrätt i Tyskland enligt artikel 7.2 eller artikel 12.3 i direktiv 2004/38. Därutöver ska skäl 5 i nämnda direktiv beaktas.

i) Artikel 7.2 jämförd med artikel 2.2 d i direktiv 2004/38

33. Om en unionsmedborgare reser till en annan medlemsstat där han eller hon inte är medborgare har unionsmedborgarens föräldrar enligt artikel 7.2 i direktiv 2004/38 jämförd med artikel 2.2 d i nämnda direktiv en uppehållsrätt under mer än tre månader där om de erhåller underhåll från unionsmedborgaren. Denna uppehållsrätt gäller emellertid under förutsättning att den berörda familjemedlemmen faktiskt medföljer eller ansluter sig till unionsmedborgaren i den mottagande medlemsstaten.

34. Ovannämnda villkor är inte uppfyllda i målet vid den nationella domstolen. För det första har fadern som är tredjelandsmedborgare inte gjort gällande en uppehållsrätt i den mottagande medlemsstat till vilken hans dotter flyttat, nämligen Österrike, utan i den stat i vilken hans dotter har sitt ursprung, nämligen Tyskland. För det andra är artikel 7.2 i direktiv 2004/38 enligt dess ordalydelse inte tillämplig av det skälet att fadern som är japansk medborgare varken medföljt eller anslutit sig till sin dotter i den mottagande medlemsstaten. Slutligen är inte heller villkoren i artikel 2.2 d i direktiv 2004/38 uppfyllda, eftersom det i förevarande fall inte är unionsmedborgaren som betalar underhåll till sin far utan unionsmedborgarens far som betalar underhåll.<sup>8</sup>

8 — Se även för den jämförbara bestämmelsen i artikel 1.2 b i direktiv 90/364 dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02 (REG 2004, s. I-9925), punkt 44.



ii) Artikel 12.3 i direktiv 2004/38

35. Enligt artikel 12.3 i direktiv 2004/38 har visserligen ”den förälder som har den faktiska vårdnaden om barnen”, oavsett nationalitet, uppehållsrätt till dess att barnet avslutat sina studier. Denna bestämmelse är enligt sin klara ordalydelse dock enbart tillämplig vid unionsmedborgarens avresa *från den mottagande medlemsstaten* och inte vid unionsmedborgarens avresa *från den medlemsstat i vilken han eller hon har sitt ursprung* som det rör sig om här. Fadern till den tyska medborgare som flyttat till Österrike som är japansk medborgare kan därför inte heller ha uppehållsrätt i Tyskland enligt denna bestämmelse.

iii) Skäl 5 i direktiv 2004/38

36. Ordalydelsen i skäl 5 i direktiv 2004/38 är vid en första anblick allmänt formulerad och förefaller, om den betraktas för sig, ge tredjelandsmedborgare uppehållsrätt inom unionen ”inom medlemsstaternas territorium”.

37. Som skäl ska detta uttalande emellertid enbart betraktas som en princip som ska beaktas vid tolkningen av direktiv 2004/38. Genom detta skäl kan inte den uttömmande förteckningen och de konkreta villkoren för uppehållsrätt, som tillerkänns enligt direktivet, kringgås och ersättas med en unionsrättslig uppehållsrätt för familjemedlemmar som är oberoende av villkor.<sup>9</sup> I annat fall skulle artikel 7.2 och artikel 12.3 i direktiv 2004/38 inte ha något autonomt tillämpningsområde.

38. Följaktligen har tredjelandsmedborgare enligt skäl 5 inte heller någon uppehållsrätt i den medlemsstat där deras barn har sitt ursprung.

iv) Slutsats i denna del

39. Klaganden har enligt en bokstavstolkning av direktiv 2004/38 följaktligen inte någon uppehållsrätt i Tyskland. Vid tolkningen av en unionsbestämmelse ska, enligt domstolens fasta praxis, inte endast dess lydelse beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som den ingår i.<sup>10</sup>

40. Då den tredjelandsmedborgare som har vårdnad enligt ordalydelsen i direktiv 2004/38 inte har uppehållsrätt i den medlemsstat där det minderåriga barnet har sitt ursprung ska det prövas om det aktuella direktivet med beaktande av det sammanhang i vilket det ingår och dess syfte kan tolkas extensivt<sup>11</sup> utöver sin ordalydelse.

9 — Se i detta avseende Riesenhuber, K., ”Die Auslegung”, i Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre*, andra upplagan, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2010, 11 § punkt 37: ”Rättigheter måste alltid härledas ur den normativa delen i en rättsakt.”

10 — Se bland annat domstolens dom av den 18 maj 2000 i mål C-301/98, KVS International (REG 2000, s. I-3583), punkt 21, av den 23 november 2006 i mål C-300/05, ZVK (REG 2006, s. I-11169), punkt 15, och av den 29 januari 2009 i mål C-19/08, Petrosian m.fl. (REG 2009, s. I-495), punkt 34. Avseende de metodiska särdragen vid tolkningen av unionsrätten, se Wendehorst, C., ”Methodenlehre und Privatrecht in Europa” i Jabloner, C., m.fl., *Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, sidan 827 och följande sidor, avseende de specifika riskerna med flerspråkighet inom unionsrätten, se Müller, F., och Christensen, R., *Juristische Methodik, volym II, Europarecht*, andra upplagan, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, punkterna 324–344.

11 — Se s. 16 i beslutet att begära förhandsavgörande.

b) Tolkning av direktiv 2004/38

41. Avseende frågan huruvida en systematisk tolkning talar för att direktiv 2004/38 ska tillämpas utöver sin ordalydelse för att tillerkänna en tredjelandsmedborgare med vårdnad uppehållsrätt i den stat där tredjelandsmedborgarens barn som flyttat till en annan medlemsstat har sitt ursprung, har kommissionen med rätta anfört<sup>12</sup> att det sammanhang i vilket direktiv 2004/38 ingår inte lämnar något utrymme för att utvidga uppehållsrätten till att omfatta sådana situationer i vilka tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare vill uppehålla sig i den stat i vilken familjemedlemmen har sitt ursprung, efter det att unionsmedborgaren själv flyttat till en annan medlemsstat.

42. Den uppehållsrätt som enligt direktiv 2004/38 tillerkänns den familjemedlem som är tredjelandsmedborgare anknyter i artikel 7.2 i direktiv 2004/38 nämligen till att familjemedlemmen medföljt eller anslutit sig till unionsmedborgaren i den mottagande medlemsstaten.

43. Domstolen har visserligen slagit fast att just kriteriet ”familjemedlemmar [till en unionsmedborgare] som följer med [denne]” för den ändamålsenliga verkan av direktiv 2004/38 inte får tolkas restriktivt och att den omständigheten om den berörda personen samtidigt rest in i den mottagande medlemsstaten saknar betydelse.<sup>13</sup>

44. I direktiv 2004/38 utgås, såsom klargörs i artikel 3.1 i nämnda direktiv, emellertid enligt dess system i princip enbart från situationer i vilka det rör sig om uppehållsrätt för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar i andra medlemsstater än i de där unionsmedborgaren är medborgare.<sup>14</sup>

45. Direktiv 2004/38 avser därför i princip inte uppehållsrätt för familjemedlemmar till tredjelandsmedborgare i *den stat i vilken unionsmedborgaren har sitt ursprung*, inte heller när unionsmedborgaren, men inte unionsmedborgarens familjemedlem, flyttar från ursprungsmedlemsstaten till en mottagande medlemsstat.

46. Unionslagstiftaren har inom ramen för direktiv 2004/38 inte underlåtit att beakta frågan om unionsmedborgarens avresa utan reglerat denna i detalj i artikel 12 i direktivet. I artikel 12.3 i direktiv 2004/38 föreskrivs för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare enbart uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten och inte i den stat i vilken unionsmedborgaren har sitt ursprung. Denna bestämmelse är konkret tillämplig när den unionsmedborgare som har vårdnad som tillsammans med sin make eller maka som är tredjelandsmedborgare och deras gemensamma barn flyttat till den mottagande medlemsstaten, flyttar från den mottagande medlemsstaten och tredjelandsmedborgaren vill stanna kvar i denna medlemsstat tillsammans med barnen till dess att de avslutat sin utbildning. I artikel 12 i direktiv 2004/38 regleras emellertid inte den situationen i vilken ursprungsmedlemsstaten lämnas och inte heller frågan om tredjelandsmedborgaren fortfarande har uppehållsrätt där och det finns inget som tyder på att bedömningen i artikel 12.3 i direktiv 2004/38 utöver föremålet för det aktuella direktivet på motsvarande sätt skulle vara tillämplig på ursprungsmedlemsstaten. Även om artikel 12.3 i direktiv 2004/38 skulle vara analogt tillämplig skulle i förevarande fall en uppehållsrätt för fadern inte heller kunna härledas härav, eftersom fadern som är tredjelandsmedborgare och hans barn inte längre bor i samma medlemsstat, vilket emellertid uppenbarligen är utgångspunkten i artikel 12.3 i direktiv 2004/38.

12 — Se punkt 45 i dess skriftliga yttrande. Frågan avseende den betydelse som direktiv 2004/38 kan ha efter det att unionsmedborgaren senare återvänt till den medlemsstat i vilken vederbörande har sitt ursprung behöver inte utvecklas i förevarande fall, eftersom situationen är annorlunda i detta fall. Se avseende en sådan fråga domstolens dom av den 11 december 2007 i mål C-291/05, Eind (REG 2007, s. I-10719).

13 — Domstolens dom av den 25 juli 2008 i mål C-127/08, Metock m.fl. (REG 2008, s. I-6241), punkt 93, och domstolens beslut av den 19 december 2008 i mål C-551/07, Sahin (REG 2008, s. I-10453), punkt 28.

14 — Avseende begreppet förmånstagare i den mening som avses i direktiv 2004/38, se punkterna 25–45 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål C-434/09, McCarthy. (Dom av den 5 maj 2011, REU 2011, s. I-3375.)

47. Gemensamt för systematiken i artikel 7.2 och artikel 12.3 i direktiv 2004/38 är att tredjelandsmedborgares uppehållsrätt är beroende av unionsmedborgarens uppehållsrätt, på så sätt att tredjelandsmedborgaren måste ha följt med unionsmedborgaren till en mottagande medlemsstat, följaktligen till en annan medlemsstat än den stat i vilken unionsmedborgaren har sitt ursprung. Detta har inte skett i målet vid den nationella domstolen, eftersom unionsmedborgaren endast åtföljdes av sin mor vid flytten till Österrike.

48. Med hänsyn till uppbyggnaden av direktiv 2004/38 kan denna bestämmelse således inte medföra att tredjelandsmedborgare med vårdnad har uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken den minderåriga unionsmedborgare som flyttat till en annan medlemsstat har sitt ursprung.

49. Vidare uppkommer frågan huruvida oavsett systematiken i direktiv 2004/38 en tredjelandsmedborgare med vårdnad, kan ha uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken den minderåriga unionsmedborgare som flyttat till en annan medlemsstat har sitt ursprung på grundval av en teleologisk tolkning av direktivet.

#### c) Teleologisk tolkning av direktiv 2004/38

50. Såsom anförts ovan syftar direktiv 2004/38 till att reglera situationer i vilka det rör sig om uppehållsrätt för unionsmedborgare och unionsmedborgarens familjemedlemmar i andra medlemsstater än den i vilken unionsmedborgaren är medborgare. Enligt syftet med direktivet kan det därför inte krävas att situationer som den i domen i målet vid den nationella domstolen, i vilken det enbart rör sig om den medlemsstat i vilken den unionsmedborgare som flyttat har sitt ursprung, omfattas och huruvida en familjemedlem kan ha uppehållsrätt där.

51. Den hänskjutande domstolen frågar sig emellertid även huruvida en mer extensiv tolkning av direktiv 2004/38 kan komma i fråga, mot bakgrund av artiklarna 7 och 24 i stadgan, i vilka föreskrivs respekt för familjelivet och att barn har rätt till omvårdnad och rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till föräldrarna.<sup>15</sup>

#### d) Tolkning av direktiv 2004/38 i överensstämmelse med de grundläggande rättigheterna

52. En vidareutveckling av bestämmelserna i direktiv 2004/38 genom en tolkning i överensstämmelse med de grundläggande rättigheterna kan vara nödvändig.

53. Enligt artikel 6 FEU är stadgan en del av primärrätten. Sekundär unionsrätt, såsom nämnda direktiv, ska såvitt möjligt tolkas i överensstämmelse med primärrätten och således med de grundläggande rättigheterna. Såvida en rättsakt kan tolkas på flera sätt ska den tolkning tillämpas som inte strider mot de grundläggande rättigheter som skyddas genom unionens rättsordning.<sup>16</sup>

15 — Den hänskjutande domstolen har visserligen övervägt en sådan extensiv tolkning men har slagit fast att den snarare är "längsökt" (se s. 16 i beslutet att begära förhandsavgörande).

16 — Se, exempelvis, domstolens dom av den 26 juni 2007 i mål C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl.* (REG 2007, s. I-5305), punkt 28, och där angiven rättspraxis, och av den 19 november 2009 i de förenade målen C-402/07 och C-432/07, *Sturgeon m.fl.* (REG 2009, s. I-10923), punkt 48, avseende de grundläggande rättigheternas företräde och tolkning i enlighet med de grundläggande rättigheterna, se Jarass, H. D., *EU-Grundrechte*, C. H. Beck, München, 2005, § 3 punkt 7.

54. Enligt artikel 51 i stadgan ska denna beaktas vid tillämpningen av direktiv 2004/38. Utanför en rättsakts tillämpningsområde kan emellertid inte frågan om dess tolkning och tillämpning i överensstämmelse med de grundläggande rättigheterna uppkomma. Eftersom det ovan har fastställts att direktiv 2004/38 inte omfattar förevarande fall, i vilket det rör sig om uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare i den medlemsstat i vilken unionsmedborgaren har sitt ursprung, behöver inte heller frågan om direktivbestämmelserna ska bedömas mot bakgrund av stadgan besvaras.<sup>17</sup>

55. Detta gäller även för bestämmelserna i Europakonventionen<sup>18</sup> som för tolkningsändamål, på samma sätt som stadgan, enbart kan vara relevanta med avseende på tillämpningsområdet för direktiv 2004/38. Denna aspekt behöver inte utredas närmare, eftersom enbart uppehållsrätt i andra medlemsstater än den i vilken unionsmedborgaren är medborgare regleras i ifrågavarande direktiv.

56. I detta sammanhang uppkommer emellertid frågan om de grundläggande rättigheterna är direkt tillämpliga av andra skäl och klaganden kan tillerkännas uppehållsrätt i ursprungsmedlemsstaten utan att direktiv 2004/38 behöver tillämpas. Detta kommer att diskuteras i punkt 75 och följande punkter i förevarande förslag till avgörande.

57. En vidareutveckling av direktiv 2004/38 som stöder sig på de grundläggande rättigheterna för att tillerkänna tredjelandsmedborgare med vårdnad uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken den minderåriga unionsmedborgare som flyttat till en annan medlemsstat har sitt ursprung krävs emellertid inte.

e) Slutsats i denna del

58. Slutsatsen i denna del blir att direktiv 2004/38 inte medför uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare med vårdnad i den medlemsstat i vilken den minderåriga unionsmedborgare som flyttat till en annan medlemsstat har sitt ursprung.

59. Eftersom sekundärrätten inte tillerkänner klaganden uppehållsrätt enligt unionsrätten så ska i det följande primärrätten undersökas.

2. Primärrätten

60. Mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som följer av artikel 6.1 och 6.3 FEU är det möjligt att klaganden med stöd av artiklarna 20 och 21 FEUF kan ha en uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken hans barn som flyttat till Österrike har sitt ursprung.

a) Uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare med vårdnad för att effektivt säkerställa kärnan i den rättsliga ställning som unionsmedborgarskapet ger minderåriga unionsmedborgare

61. Den fader med vårdnad som är tredjelandsmedborgare kan i förevarande fall inte direkt åberopa rätten till fri rörlighet som föreskrivs i artiklarna 20 FEUF och 21 FEUF eller en rätt att uppehålla sig på grund av unionsmedborgarskap. Enligt domstolens rättspraxis kan emellertid unionsmedborgarens ställning som unionsmedborgare i det enskilda fallet leda till att även unionsmedborgarens familjemedlem som är tredjelandsmedborgare tillerkänns uppehållsrätt enligt unionsrätten.

17 — Generaladvokaten Kokott har i sitt förslag till avgörande i mål C-434/09, McCarthy, punkt 31, påpekat att ovannämnda direktiv som sådant är förenligt med primärrätten, vilket även, framför allt avseende de grundläggande rättigheterna, anges i skäl 31 i nämnda direktiv.

18 — Avseende förhållandet till stadgan, se mitt förslag till avgörande av den 22 september 2011 i de förenade målen C-411/10 och C-493/10, N. S. m.fl. (dom av den 21 december 2011, REU 2011, s. I-13905), punkterna 142–148.

i) Domstolens hittillsvarande praxis<sup>19</sup>

62. För att tillerkänna en uppehållsrätt enligt unionsrätten för en förälder som är tredjelandsmedborgare som kan härledas ur primärrätten krävs enligt domstolens rättspraxis att unionsmedborgarens utövande av sina rättigheter påverkas<sup>20</sup> om den förälder som är tredjelandsmedborgare inte tillerkänns uppehållsrätt. Det har följaktligen fastställts att den förälder som är tredjelandsmedborgare, har uppehållsrätt i samma medlemsstat i vilken den minderåriga uppehåller sig, exempelvis när ”den omständigheten att ... uppehållsrätt [nekas] innebär att barnen ... måste lämna unionen”,<sup>21</sup> eller när i annat fall ”[barnets] uppehållstillstånd [skulle] bli helt verkningslöst.”<sup>22</sup>

63. Domstolen har nyligen i domen i målet Dereci<sup>23</sup> hänvisat till kriteriet ”kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger dem” och återigen slagit fast att en tredjelandsmedborgare i princip enbart i undantagsfall kan tillerkännas en härledd uppehållsrätt. Domstolen angav att den omständigheten att ”en medborgare i en medlemsstat kan finna det önskvärt – av ekonomiska skäl eller för fortsatt familjesammanhållning – att medlemmar av hans familj, som inte är medborgare i någon medlemsstat, kan bosätta sig tillsammans med honom eller henne i unionen, [inte i sig] räcker ... för att unionsmedborgaren ska anses tvungen att lämna unionen om en sådan rätt inte beviljas”. Domstolen har emellertid samtidigt uttryckligen inte prövat ”huruvida det finns andra rättsliga grunder, till exempel rätten till skydd för familjelivet, som kan utgöra hinder mot att neka uppehållsrätt. Denna fråga ska emellertid prövas utifrån bestämmelser om skydd för de grundläggande rättigheterna och beroende på deras tillämplighet.”

ii) Tillämpning av principerna i rättspraxis på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen

64. Det går knappast att hävda att kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger den minderåriga unionsmedborgaren i förevarande fall påverkas när hennes far som är tredjelandsmedborgare inte tillerkänns uppehållsrätt enligt unionsrätten i Tyskland.

65. Mot ett sådant argument talar redan den omständigheten att unionsmedborgaren redan flyttat med sin mor till Österrike, trots att hennes far ännu inte hade tillerkänts uppehållsrätt enligt unionsrätten i Tyskland och följaktligen har utövat sin rätt till fri rörlighet fullt ut. Eftersom den ändamålsenliga verkan av kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger således i det konkreta fallet uppenbarligen inte äventyras, föreligger enligt principerna i rättspraxis ingen härledd uppehållsrätt för fadern som grundar sig på dotterns medborgarskap eller den fria rörligheten.

66. Det ska emellertid beaktas att fadern som är tredjelandsmedborgare och utövar vårdnad tillsammans med modern bestämmer var barnet ska bo och följaktligen kan (vara med och) bestämma barnets bostadsort. Det är tänkbart att modern och fadern, för det fallet att risken finns att faderns uppehållstillstånd inte förlängs i Tyskland eller han inte tillerkänns uppehållsrätt enligt unionsrätten kan överväga att flytta barnets bostad till Tyskland.

67. I denna – än så länge hypotetiska – situation kan det emellertid knappast fastställas att kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger dottern har påverkats.

19 — Se utöver redan nämnda domar, domen i målet Dereci (ovan fotnot 2), domen i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 3) och domen i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 8), domstolens dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), punkt 46, avseende friheten att tillhandahålla tjänster ”mot bakgrund av den grundläggande rättigheten till respekt för familjelivet” och dom av den 5 maj 2011 i mål C-434/09, McCarthy, punkt 57.

20 — Se domen i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 3), punkt 42, enligt vilken nationella åtgärder inte får medföra att ”unionsmedborgare berövas möjligheten att faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som tillkommer dem i kraft av unionsmedborgarskapet”.

21 — Domen i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 3), punkt 44.

22 — Domen i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 8), punkt 45.

23 — Domen i målet Dereci m.fl. (ovan fotnot 2), punkterna 65–69.

iii) Slutsats i denna del

68. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan på grundval av domstolens hittillsvarande rättspraxis i fall som det i målet vid den nationella domstolen det inte härledas någon uppehållsrätt för den tredjelandsmedborgaren med vårdnad i den stat i vilken den minderåriga unionsmedborgaren har sitt ursprung.

69. Det har emellertid ännu inte prövats i rättspraxis om tredjelandsmedborgaren under de omständigheter som råder i målet vid den nationella domstolen har primärrättslig uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken unionsmedborgaren har sitt ursprung för att effektivt säkerställa de grundläggande rättigheterna.

b) Uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare för att effektivt säkerställa de grundläggande rättigheterna

70. Domstolen övervägde denna möjlighet i domen i målet Dereci och slog fast följande: ”Det betyder ... att om den hänskjutande domstolen, mot bakgrund av omständigheterna ..., bedömer att det föreligger en situation som omfattas av unionsrätten, ska den pröva huruvida beslutet att neka klagandena uppehållsrätt strider mot rätten till respekt för privatlivet och familjelivet i artikel 7 i stadgan. Om den hänskjutande domstolen däremot bedömer att situationen inte omfattas av unionsrätten ska den göra en prövning med tillämpning av artikel 8.1 i Europakonventionen.”<sup>24</sup>

71. Domen i målet Dereci avsåg visserligen frågan om gemensam vistelse för unionsmedborgare och tredjelandsmedborgare i en och samma medlemsstat. Ovannämnda uttalanden i domen i målet Dereci är emellertid så allmänt hållna att de även kan överföras till förevarande situation, i vilken det rör sig om två olika medlemsstater.

72. Denna fråga ska diskuteras i det följande och härvid ska inledningsvis prövas om stadgan överhuvudtaget är tillämplig i förevarande fall. Detta förutsätter enligt artikel 51.1 i stadgan att det föreligger en koppling till tillämpningen av unionsrätten.

73. En koppling till rent nationella bestämmelser utan unionsrättsligt samband räcker således inte.<sup>25</sup> Det kan emellertid utgå från att en tillräcklig koppling till tillämpningen av unionsrätten föreligger när beslutet att neka uppehållstillstånd enligt unionsrätten visserligen inte påverkar kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger, men innebär en mindre allvarlig inskränkning av den minderåriga unionsmedborgarens rätt till fri rörlighet.

24 — Domen i målet Dereci (ovan fotnot 2), punkt 72.

25 — Den hänskjutande domstolen har övervägt detta i avsnitt B.1 i sina frågor.

74. I en del av doktrinen ifrågasätts, med hänvisning till ordalydelsen i artikel 51 i stadgan – enligt vilken det avgörande är att unionsrätten tillämpas – att stadgan är tillämplig i samband med inskränkningar i de grundläggande friheterna.<sup>26</sup> Dessa betänkligheter föreligger även för rätten till fri rörlighet i artikel 21 FEUF.<sup>27</sup> Hänvisningen i förklaringarna till stadgan<sup>28</sup> till domstolens rättspraxis, i vilken det har erkänts att de grundläggande rättigheterna är tillämpliga på åtgärder, vilka inskränker grundläggande friheter,<sup>29</sup> talar emellertid för att de grundläggande rättigheter som fastställs i stadgan även ska tillämpas på inskränkningar i rätten till fri rörlighet enligt artikel 21 FEUF.

i) Inskränkningen i rätten till fri rörlighet enligt artikel 21 FEUF som kriterium för att tillämpa stadgan

75. Huruvida och, om så är fallet, i vilken omfattning en inskränkning av rätten till fri rörlighet enligt artikel 21 FEUF föreligger beror på omständigheterna i det enskilda fallet som det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.

76. Det står emellertid klart att faderns i uppehållsrättsligt hänseende osäkra situation i Tyskland kan medföra att hans minderåriga dotter som är unionsmedborgare avskräcks från att utöva sin rätt till fri rörlighet<sup>30</sup> och att detta således skulle kunna utgöra en inskränkning i rätten till fri rörlighet även om kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare ger i den mening som avses i hittillsvarande rättspraxis inte påverkas.<sup>31</sup>

77. I detta avseende krävs att den hänskjutande domstolen gör mer detaljerade konstateranden av de faktiska omständigheterna. Av handlingarna i målet framgår nämligen inte på vilket sätt klagandens i uppehållsrättsligt hänseende osäkra situation kommer att påverka modern och barnets livsplanering.

78. Det är emellertid troligt att unionsmedborgaren – om det antas att relationen mellan fadern och dottern, såsom framgår av handlingarna i målet, inte är dålig – i än större utsträckning kan avskräckas från att utöva rätten till fri rörlighet, då ett beslut att neka uppehållsrätt enligt unionsrätten i Tyskland kan medföra en risk för att fadern som är tredjelandsmedborgare är tvungen att bosätta sig på en ort som ligger långt ifrån dottern. Härvid ska emellertid en helhetsbedömning göras och det ska även beaktas att tredjelandsmedborgaren enligt den nationella rätten har rätt att bibehålla sitt nationella uppehållstillstånd, vilket den tyska regeringen har påpekat.<sup>32</sup>

79. De grundläggande rättigheterna skulle emellertid vara tillämpliga om det i det förevarande fallet går att utgå från att beslutet att neka uppehållsrätt enligt unionsrätten skulle ha en avskräckande verkan och det följaktligen skulle föreligga en inskränkning i den fria rörligheten.

26 — Se avseende tvisteföremålet Borowsky, M., i Meyer, J., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, tredje upplagan, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011, artikel 51, punkterna 29–31, Ehlers, D., *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, tredje upplagan, De Gruyter, Berlin, 2009, 14 §, punkt 53, och Jarass (ovan fotnot 16), 4 §, punkt 15.

27 — Se avseende dess rättsliga karaktär domen i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 8), punkterna 39–41, och domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-148/02, Garcia Avello (REG 2003, s. I-11613), punkt 24, samt Seyr, S., och Rümke, H.-C., "Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft – zugleich eine Anmerkung zum Urteil in der Rechtssache Chen", EuR 2005, s. 667, och sidan 672 och följande sidor, Calliess, C., "Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik", EuR 2007, s. 7, sidan 23 och följande sidor, och med hänvisning till skäl 2 i direktiv 2004/38 Graf Vitzthum, N., "Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger", EurR 2011, s. 550, s. 555 och framför allt fotnot 29.

28 — Se i detta avseende förklaringen till artikel 51 i stadgan i EGT C 303, 2007, s. 32.

29 — Se, till exempel, domstolens dom av den 25 mars 2004 i mål C-71/02, Karner (REG 2004, s. I-3025), punkt 48 och följande punkter och där angiven rättspraxis, av den 11 juli 2002 i målet Carpenter (ovan fotnot 19), punkt 40, och av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689), punkt 24.

30 — Avseende en vidsträckt tolkning av begreppet inskränkning, se till exempel domstolens dom av den 26 oktober 2006 i mål C-192/05, Tas-Hagen und Tas (REG 2006, s. I-10451), punkt 30 och följande punkter och där angiven rättspraxis, och dom av den 18 juli 2006 i mål C-406/04, De Cuyper (REG 2006, s. I-6947), punkt 39. Se i detta avseende även generaladvokaten Bots förslag till avgörande av den 27 mars 2012 i mål C-83/11, Rahman m.fl., punkt 69.

31 — Se kommissionens skriftliga yttrande, sidan 21 och följande sida.

32 — Se i detta avseende Förbundsrepubliken Tysklands skriftliga yttrande, punkt 95 och följande punkter.

80. I detta sammanhang ska vederbörlig hänsyn tas till de grundläggande rättigheterna och det ska framför allt prövas om tredjelandsmedborgare på grundval av dessa har en rätt till uppehållsrätt enligt unionsrätten.

ii) Huruvida uppehållsrätt kan tillerkännas på grundval av de grundläggande rättigheterna

81. Det framgår av ovanstående resonemang att stadgan är tillämplig i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan såvitt beslutet att neka uppehållsrätt påverkar dotterns rätt till fri rörlighet enligt artikel 21 FEUF och det således är fråga om en tillämpning av unionsrätten.

82. I förevarande fall är de relevanta grundläggande rättigheterna framför allt barnets rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkta kontakter med båda föräldrarna (artikel 24.3 i stadgan) och respekt för familjelivet (artikel 7 i stadgan).

83. Huruvida ett beslut att neka uppehållsrätt således innebär en inskränkning av de grundläggande rättigheterna kan ifrågasättas och beror på omständigheterna i det enskilda fallet som ska bedömas av den hänskjutande domstolen.<sup>33</sup>

84. Om fadern skulle nekas uppehållsrätt i Tyskland så måste inte detta nödvändigtvis påverka faderns möjligheter att regelbundet upprätthålla kontakt med dess barn som är bosatt i Österrike. Det ska med artikel 24.3 i stadgan däremot säkerställas att fadern även kan umgås med sitt barn i Österrike efter det att barnet har utövat rätten till fri rörlighet.

85. Om det i det enskilda fallet emellertid skulle visa sig att den omständigheten att uppehållsrätt nekats medför att det blir omöjligt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande kan detta utgöra en inskränkning av de grundläggande rättigheterna och det ska med beaktande av proportionalitetsprincipen bedömas om denna är motiverad. Det ska i detta sammanhang bland annat beaktas om barnets far som är tredjelandsmedborgare även utövar vårdnad och strävar efter att efterkomma sina förpliktelser som förälder.

86. I det fallet kan möjligen ur artikel 24.3 jämförd med artikel 7 i stadgan härledas en uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare som grundar sig på de grundläggande rättigheterna i den mening som avses i domen i målet Dereci.<sup>34</sup>

87. Det ska dessutom påpekas att en liknande bedömning även kan göras på grundval av artikel 8 i Europakonventionen som också är tillämplig på förhållandet mellan föräldrar och barn när föräldrar och barn inte längre varaktigt bor tillsammans.<sup>35</sup> Enligt artikel 52.3 i stadgan ska rättigheterna i stadgan som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ha samma innebörd och räckvidd som i Europakonventionen. I artikel 52.3 i stadgan klargörs emellertid även uttryckligen att denna bestämmelse inte hindrar unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.<sup>36</sup>

33 — Se, för ett liknande resonemang, även i generaladvokaten Bots förslag till avgörande i mål Rahman m.fl. (ovan fotnot 30), punkt 78, i vilket det emellertid rör sig om uppehåll för familjemedlemmar i samma medlemsstat.

34 — Avseende den uppehållsrättsliga relevansen i primärrätten jämförd med de grundläggande rättigheterna och de mänskliga rättigheterna, se generaladvokaten Bots förslag till avgörande i mål Rahman m.fl. (ovan fotnot 30), punkterna 74 och 79.

35 — Se, i detta avseende, Karpenstein, U., och Mayer, F. C., *EMRK*, C.H. Beck, München, 2012, artikel 8, punkterna 41–53 och där angiven rättspraxis, samt Grabenwarter, C., *Europäische Menschenrechtskonvention*, fjärde upplagan, C.H. Beck, München, 2009, 22 §, punkterna 16–19, samt allmänt avseende räckvidden av den rättighet som fastställs i artikel 8 i Europakonventionen, Europadomstolens dom av den 28 november 1996 i målet Ahmut mot Nederländerna, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, s. 2030, § 71, av den 19 februari 1996 i målet Gül mot Schweiz, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, s. 174, § 38, och av den 21 december 2001 i målet Sen mot Nederländerna, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-I, § 31.

36 — Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen N. S. m. fl. (ovan fotnot 18), punkt 143 och följande punkter.



c) Slutsats i denna del

88. Slutsatsen i denna del blir därför att man ur artikel 20 FEUF och artikel 21 FEUF mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som garanteras i artikel 6.1 FEU och 6.3 FEU och framför allt de grundläggande rättigheter som föreskrivs i artiklarna 7 och 24 i stadgan kan härleda en uppehållsrätt för en förälder som är tredjelandsmedborgare och har vårdnad i den medlemsstat i vilken barnet som är unionsmedborgare har sitt ursprung för att denne regelbundet ska kunna upprätthålla ett personligt förhållande och direkta kontakter med föräldrarna när barnet utövar sin rätt till fri rörlighet och flyttat därifrån till en annan medlemsstat. Denna uppehållsrätt förutsätter att beslutet att neka uppehållsrätt skulle ha en restriktiv verkan på barnets rätt till fri rörlighet och mot bakgrund av ovannämnda grundläggande rättigheter skulle bedömas som en oproportionerlig inskränkning av de grundläggande rättigheterna. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma detta.

*C – Unionsrättslig rätt till ett ”uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare”*

89. Oberoende av huruvida tredjelandsmedborgaren med avseende på de grundläggande rättigheter som ska beaktas har en rätt att uppehålla sig i Tyskland som grundar sig på primärrätten, kan han enligt unionsrätten inte ansöka om ett ”uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare”.

90. Förutsättningarna för utfärdandet av detta kort räknas upp på ett uttömmande sätt i artikel 10 i direktiv 2004/38 och är specifik för uppehållsrätt som tillerkänns tredjelandsmedborgare enligt direktiv 2004/38. Det krävs bland annat att bevis om registrering för den unionsmedborgare som tredjelandsmedborgaren följt med eller anslutit sig till visas upp. Klaganden i målet vid den nationella domstolen kommer inte att kunna visa upp ett sådant bevis, eftersom han inte följt med sin dotter till Österrike.

91. Liksom för den materiella uppehållsrätten kan bestämmelsen inte heller här tillämpas utöver tillämpningsområdet för direktiv 2004/38, så att det unionsrättsligt inte finns någon rätt att få ovannämnda uppehållskort utfärdat. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att därutöver i förekommande fall bedöma om det i den nationella rätten föreskrivs att ovannämnda kort ska utfärdas då det rör sig om unionsrättslig uppehållsrätt, det vill säga även utöver tillämpningsområdet för direktiv 2004/38.

## **VI – Förslag till avgörande**

92. Mot bakgrund av föregående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna på följande sätt:

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 medför inte någon uppehållsrätt (inbegripet utfärdande av ”uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare”), i syfte att upprätthålla regelbundna personliga relationer och direkt föräldrakontakt, för en förälder som är tredjelandsmedborgare och har vårdnad i den stat där vederbörandes barn som är unionsmedborgare har sitt ursprung, när barnet har utövat sin rätt till fri rörlighet och flyttat till en annan medlemsstat.

Mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som garanteras i artikel 6.1 FEU och 6.3 FEU och framför allt de grundläggande rättigheter som föreskrivs i artiklarna 7 och 24 i stadgan kan det ur artikel 20 FEUF och artikel 21 FEUF härledas en uppehållsrätt för en förälder som är tredjelandsmedborgare och har vårdnad i den medlemsstat i vilken barnet som är unionsmedborgare

har sitt ursprung för att barnet regelbundet ska kunna upprätthålla ett personligt förhållande och direkta kontakter med föräldrarna när barnet utövar sin rätt till fri rörlighet och har flyttat därifrån till en annan medlemsstat. Denna uppehållsrätt förutsätter att beslutet att neka uppehållsrätt skulle ha en restriktiv verkan på barnets rätt till fri rörlighet och mot bakgrund av ovannämnda grundläggande rättigheter ska bedömas som en oproportionerlig inskränkning av de grundläggande rättigheterna. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma detta.

Det finns ingen unionsrättslig rättighet att få ett ”uppehållskort för en familjemedlem till en unionsmedborgare” utfärdat för att dokumentera denna uppehållsrätt.