



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 11 januari 2018¹

Mål C-673/16

**Relu Adrian Coman,
Robert Clabourn Hamilton,
Asociația Accept
mot**

**Inspectoratul General pentru Imigrări,
Ministerul Afacerilor Interne,
Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării**

(begäran om förhandsavgörande från Curtea Constituțională a României (Författningsdomstolen, Rumänien))

”Begäran om förhandsavgörande – Medborgarskap i Europeiska unionen – Direktiv 2004/38/EG – Artikel 2.2 a – Begreppet ’make eller maka’ – Unionsmedborgares rätt att röra sig och uppehålla sig inom unionen – Samkönat äktenskap – Äktenskapet erkänns inte av den mottagande staten – Artikel 3 – Begreppet ’andra familjemedlemmar’ – Artikel 7 – Upphållsrätt för längre tid än tre månader – Artiklarna 7 och 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna”

I. Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 2.2 a, 3.1, 3.2 a och b samt artikel 7.2 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.²

2. Begäran om förhandsavgörande ger EU-domstolen tillfälle att för första gången ta ställning till begreppet ’make eller maka’, i den mening som avses i direktiv 2004/38, i samband med ett äktenskap som har ingåtts mellan två män. Detta är en vansklig uppgift, eftersom även om äktenskapet utgör ett *rättsligt* institut, och detta inom den specifika och begränsade ram som avser fri rörlighet för medborgare i Europeiska unionen, kommer den definition av begreppet ”make eller maka” som väljs med nödvändighet att röra de berörda kvinnornas och männens själva identitet – och således deras värdighet – men även den personliga och samhälleliga syn som unionsmedborgare har på äktenskapet, vilken kan variera från en person till en annan, och från en medlemsstat till en annan.

¹ Originalspråk: franska.

² EUT L 158, 2004, s. 77, och rättelser i EUT L 229, 2004, s. 35, och i EUT L 197, 2005, s. 34.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. *Stadgan*

3. Artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), med rubriken ”Respekt för privatlivet och familjelivet”, har följande lydelse:

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

4. I artikel 9 i stadgan föreskrivs att ”[r]ätten att ingå äktenskap och rätten att bilda familj ska garanteras enligt de nationella lagar som reglerar utövandet av dessa rättigheter”.

5. I artikel 21.1 i stadgan uppställs ett förbud mot ”[a]ll diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning”.

2. *EUF-fördraget*

6. I artikel 21 FEUF föreskrivs att ”[v]arje unionsmedborgare ska ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och i bestämmelserna om genomförande av fördragen”.

3. *Direktiv 2004/38*

7. I skälen 2, 5, 6 och 31 i direktiv 2004/38 anges följande:

”(2) Fri rörlighet för personer är en av de grundläggande friheterna på den inre marknaden, som omfattar ett område utan inre gränser, där denna frihet säkerställs i enlighet med bestämmelserna i fördraget.

...

(5) 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. För tillämpningen av detta direktiv bör definitionen av ’familjemedlem’ utvidgas, så att den även omfattar registrerade partner om den mottagande medlemsstaten behandlar registrerade partnerskap som likvärdiga med äktenskap.

(6) För att bevara familjens enhet i vidare mening och med förbehåll för förbudet mot diskriminering på grundval av nationalitet, bör situationen för de personer som inte omfattas av definitionen av familjemedlem enligt detta direktiv och som därför inte har någon automatisk rätt till inresa och uppehåll i den mottagande medlemsstaten behandlas av den mottagande medlemsstaten på grundval av dess nationella lagstiftning, så att den kan besluta huruvida inresa och uppehåll ändå kan beviljas sådana personer, varvid hänsyn skall tas till deras anknytning till unionsmedborgaren och andra omständigheter, t.ex. deras ekonomiska eller fysiska beroendeförhållande till unionsmedborgaren.

...

(31) Detta direktiv står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheterna och friheterna och med de principer som erkänns särskilt i [stadgan]. I enlighet med stadgans förbud mot diskriminering bör medlemsstaterna genomföra bestämmelserna i detta direktiv utan diskriminering mellan förmånstagarna till detta direktiv, på sådana grunder såsom kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.”

8. I artikel 2 i direktiv 2004/38, som har rubriken ”Definitioner”, föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

2) *familjemedlem*:

- a) make eller maka,
- b) den partner med vilken unionsmedborgaren har ingått ett registrerat partnerskap på grundval av lagstiftningen i en medlemsstat, om den mottagande medlemsstatens lagstiftning behandlar registrerade partnerskap som likvärdiga med äktenskap och i enlighet med villkoren i relevant lagstiftning i den mottagande medlemsstaten,
- c) släktingar i rakt nedstigande led som är under 21 år eller är beroende för sin försörjning, även till maken eller maken eller till sådan partner som avses i b,
- d) de underhållsberättigade släktingar i rakt uppstigande led, även till maken eller maken eller till sådan partner som avses i b.

...”

9. Artikel 3 i direktiv 2004/38, med rubriken ”Förmånstagare”, har följande lydelse:

”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 allvarliga hälsoskäl absolut krävs att unionsmedborgaren personligen tar hand om familjemedlemmen.
- b) Den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande.

Den mottagande medlemsstaten skall företa en noggrann undersökning av de personliga förhållandena och motivera ett eventuellt beslut att neka dessa personer inresa till eller att uppehålla sig i den medlemsstaten.”

10. Artikel 7 i direktiv 2004/38 har rubriken ”Uppehållsrätt för längre tid än tre månader”. I artikel 7.1 och 7.2 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Varje unionsmedborgare skall ha rätt att uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium under längre tid än tre månader om den berörda personen

- a) är anställd eller egenföretagare i den mottagande medlemsstaten, eller
- b) för egen och sina familjemedlemmars räkning har tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen, samt har en heltäckande sjukförsäkring som gäller i den mottagande medlemsstaten, eller
- c) – är inskriven vid en privat eller statlig institution, som är erkänd eller finansierad av den mottagande medlemsstaten på grundval av dess lagstiftning eller administrativa praxis, med huvudsyftet att bedriva studier eller genomgå en yrkesutbildning
– samt har en heltäckande sjukförsäkring som gäller i den mottagande medlemsstaten samt avger en försäkran till den behöriga nationella myndigheten, i form av en förklaring eller på något annat valfritt likvärdigt sätt, om att han har tillräckliga tillgångar för att kunna försörja sig själv och familjen, så att de inte blir en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under deras vistelseperiod, eller
- d) är familjemedlem som följer med eller ansluter sig till en unionsmedborgare som uppfyller kraven i a, b eller c.

2. Uppehållsrätten enligt punkt 1 skall även omfatta familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat när de följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren i den mottagande medlemsstaten, förutsatt att unionsmedborgaren uppfyller villkoren i punkt 1 a, 1 b eller 1 c.”

B. Rumänsk rätt

11. I artikel 259.1 och 259.2 i civillagen stadgas följande:

”1. Äktenskapet är ett förbund som frivilligt ingås av en kvinna och en man, på de villkor som föreskrivs i lag.

2. Kvinnan och mannen har rätt att ingå äktenskap för att bilda familj.”

12. Artikel 277.1, 277.2 och 277.4 i civillagen har följande lydelse:

”1. Samkönade äktenskap är förbjudna.

2. Samkönade äktenskap som har ingåtts utomlands av rumänska medborgare eller av utländska medborgare erkänns inte i Rumänien. ...

4. Lagbestämmelserna om fri rörlighet på rumänskt territorium för medborgare i medlemsstaterna i Europeiska unionen och Europeiska ekonomiska samarbetsområdet är tillämpliga.”

III. Bakgrund till det nationella målet

13. Relu Adrian Coman är en rumänsk medborgare som även har amerikanskt medborgarskap. Han träffade den amerikanske medborgaren Robert Clabourn Hamilton i New York (Förenta staterna) i juni 2002. De bodde tillsammans där från maj 2005 till maj 2009. Vid det datumet bosatte sig Relu Adrian Coman i Bryssel för att arbeta vid Europaparlamentet som parlamentsassistent, medan Robert Clabourn Hamilton stannade kvar i New York. De ingick äktenskap i Bryssel den 5 november 2010.

14. I mars 2012 slutade Relu Adrian Coman att arbeta vid parlamentet och stannade kvar i Bryssel. I december 2012 gjorde Relu Adrian Coman och hans make en framställan till den rumänska förvaltningen för att få de handlingar som krävs för att Relu Adrian Coman, tillsammans med sin make som inte är unionsmedborgare, ska kunna arbeta och uppehålla sig lagligt i Rumänien under längre tid än tre månader.

15. Genom skrivelse av den 11 januari 2013 avslog Inspectoratul General pentru Imigrări (generalinspektionen för immigration, Rumänien) deras begäran. Enligt nämnda myndighet kunde en förlängning av det tillfälliga uppehållstillståndet för en amerikansk medborgare på de villkor som föreskrivs i den nationella lagstiftningen om immigration och andra gällande lagbestämmelser på området inte beviljas med anledning av familjeåterförening.

16. Den 28 oktober 2013 ingav Relu Adrian Coman och Robert Clabourn Hamilton, tillsammans med Asociația Accept, ett överklagande av det beslut som hade fattats av Inspectoratul General pentru Imigrări (generalinspektionen med ansvar för immigrationsärenden) till Judecătoria Sectorului 5 București (Förstainstansdomstolens rotel 5 i Bukarest, Rumänien).

17. I nämnda mål har de framställt en invändning om att bestämmelserna i artikel 277.2 och 277.4 i civillagen strider mot författningen. De anser att den omständigheten att samkönade äktenskap som har ingåtts utomlands inte erkänns i samband med utövande av uppehållsrätten utgör en kränkning av de bestämmelser i den rumänska författningen som skyddar rätten till den intima sfären, familjelivet och privatlivet, och av bestämmelserna avseende likhetsprincipen.

18. Den 18 december 2015 hänsköt Judecătoria Sectorului 5 București (Förstainstansdomstolens rotel 5 i Bukarest) en fråga till Curtea Constituțională (Författningsdomstolen, Rumänien) för att den skulle ta ställning till nämnda invändning om författningsstridighet. Författningsdomstolen fann att det aktuella målet endast avsåg erkännandet av rättsverkningarna av ett äktenskap som lagenligt ingåtts utomlands mellan en unionsmedborgare och dennes make eller maka av samma kön, som är tredjelandsmedborgare, med hänsyn till rätten till familjeliv och rätten till fri rörlighet, mot bakgrund av förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning. I det sammanhanget var Författningsdomstolen osäker på hur flera begrepp som används i direktiv 2004/38 skulle tolkas, mot bakgrund av stadgan och senaste praxis från EU-domstolen och från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) avseende rätten till ett familjeliv. Den beslutade följaktligen att vilandeförklara målet och begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

IV. Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

19. Genom beslut av den 29 november 2016, som inkom till EU-domstolen den 30 december 2016, beslutade således Curtea Constituțională (Författningsdomstolen, Rumänien) att ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1) Omfattar begreppet ’make eller maka’ i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38, jämförd med artiklarna 7, 9, 21 och 45 i stadgan, maken eller maken av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande lagligt har ingått äktenskap med stöd av lagen i en annan medlemsstat än den mottagande medlemsstaten?

- 2) Om fråga 1 besvaras jakande, har den mottagande medlemsstaten enligt artiklarna 3.1 och 7.[2]³ i direktiv 2004/38, jämförda med artiklarna 7, 9, 21 och 45 i stadgan, då skyldighet att bevilja uppehållsrätt på sitt territorium för längre tid än tre månader för maken eller maken av samma kön till en unionsmedborgare?
- 3) Om fråga 1 besvaras nekande, kan maken eller maken av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande lagligt har ingått äktenskap med stöd av lagen i en annan medlemsstat än den mottagande medlemsstaten då räknas bland 'andra familjemedlemmar' enligt artikel 3.2 a i direktiv 2004/38 eller betecknas som '[d]en partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande' enligt artikel 3.2 b i direktiv 2004/38, vilket medför att den mottagande medlemsstaten har skyldighet att underlätta inresa och uppehåll för vederbörande, även om den mottagande medlemsstaten inte erkänner samkönade äktenskap eller medger något annat alternativt rättsligt erkännande som till exempel registrerade partnerskap?
- 4) Om fråga 3 besvaras jakande, har den mottagande medlemsstaten enligt artiklarna 3.2 och 7.2 i direktiv 2004/38, jämförda med artiklarna 7, 9, 21 och 45 i stadgan, då skyldighet att bevilja uppehållsrätt på sitt territorium för längre tid än tre månader för maken eller maken av samma kön till en unionsmedborgare?"

20. Skriftliga yttranden har ingetts av klagandena i det nationella målet, den rumänska, den ungerska, den nederländska och den polska regeringen samt Europeiska kommissionen.

21. Med undantag för den nederländska regeringen, yttrade sig dessutom samtliga parter vid förhandlingen den 21 november 2017. Den lettiska regeringen och Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (det nationella rådet mot diskriminering), vilka inte hade ingett några skriftliga yttranden, fick även tillfälle att redogöra för sina argument vid förhandlingen.

V. Bedömning

A. Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt

22. I artikel 3.1 i direktiv 2004/38 definieras direktivets förmånstagare som "alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig *i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i* samt ... de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2.2 som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren".⁴

23. I målet vid den nationella domstolen kan således inte Robert Clabourn Hamilton åberopa direktivet till stöd för sin sak. EU-domstolen har redan på ett särskilt tydligt sätt slagit fast att "[e]n bokstavlig, systematisk och teleologisk tolkning av bestämmelserna i direktiv 2004/38 visar att dessa inte ger stöd för att tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare har någon härledd uppehållsrätt i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare".⁵

³ Det tycks röra sig om ett skrivfel i den andra frågans lydelse. Den hänskjutande domstolen hänvisar nämligen däri till artikel 7.1 i direktiv 2004/38. Eftersom Robert Clabourn Hamilton är tredjelandsmedborgare, är dock denna bestämmelse inte tillämplig på hans situation, till skillnad från artikel 7.2 i direktivet. Det är för övrigt den sistnämnda bestämmelsen som åsyftas i den fjärde frågan.

⁴ Min kursivering.

⁵ Dom av den 12 mars 2014, C och B (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 37). Se, även, dom av den 10 maj 2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, punkt 53), och dom av den 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punkt 33).

24. Domstolen har dock medgett att det under vissa omständigheter kunde finnas stöd för en härledd uppehållsrätt i artikel 21.1 FEUF och att direktiv 2004/38 i det sammanhanget skulle tillämpas analogt.⁶

25. Om tredjelandsmedborgaren, som är familjemedlem till en unionsmedborgare, inte hade uppehållsrätt i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare, skulle nämligen unionsmedborgaren kunna avskräckas från att lämna denna stat för att bedriva verksamhet i en annan medlemsstat, på grund av att vederbörande inte skulle kunna vara säker på att efter ett återvändande till ursprungsmedlemsstaten kunna fortsätta att leva det familjeliv som han eller hon eventuellt kan ha påbörjat i den mottagande medlemsstaten.⁷ För att kunna ha en sådan härledd uppehållsrätt, ska dock unionsmedborgarens vistelse i den mottagande medlemsstaten ha varit så verkningfull att han eller hon har kunnat utveckla eller befästa ett familjeliv.⁸

26. Det står således numera klart att "[n]är en unionsmedborgare under en verkningfull vistelse i den mottagande medlemsstaten, med stöd av och i överensstämmelse med villkoren i artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 2004/38, har utvecklat och befäst ett familjeliv i den medlemsstaten, krävs det att unionsmedborgaren, för att dennes rättigheter enligt artikel 21.1 FEUF ska få en ändamålsenlig verkan, ges möjlighet att vid ett återvändande till den medlemsstat där vederbörande är medborgare fortsätta leva det familjeliv som han eller hon har haft i den mottagande medlemsstaten, genom att en härledd uppehållsrätt beviljas en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare. Utan en sådan härledd uppehållsrätt skulle unionsmedborgaren nämligen avskräckas från att lämna den medlemsstat där han eller hon är medborgare för att utöva sin uppehållsrätt enligt artikel 21.1 FEUF i en annan medlemsstat, på grund av att vederbörande inte skulle kunna vara säker på att efter ett återvändande till ursprungsmedlemsstaten kunna fortsätta att leva det familjeliv med sina nära anhöriga som han eller hon sålunda har utvecklat eller befäst i den mottagande medlemsstaten ...".⁹

27. I förevarande fall tycks det stå klart att Relu Adrian Coman och Robert Clabourn Hamilton faktiskt befäste ett familjeliv under en verkningfull vistelse i Belgien av den förstnämnde, som är unionsmedborgare. Efter att ha bott tillsammans under fyra år i New York och då ha skapat ett familjeliv,¹⁰ befäste de obestriddigen sin relation genom att ingå äktenskap i Bryssel den 5 november 2010.

6 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkterna 50 och 61), dom av den 10 maj 2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, punkterna 54 och 55), dom av den 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punkterna 46 och 61), och, beträffande rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 257, 1968, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1 s. 33), dom av den 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, punkt 39).

7 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, punkterna 35, 36 och 45), dom av den 8 november 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, punkt 70), och dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 46). Redan år 1992 hade domstolen slagit fast att de rättigheter till fri rörlighet och till etablering som unionsmedborgare har i enlighet med fördragen "inte [skulle kunna] få full verkan om en sådan medborgare [kunde] avhållas från att utöva dem på grund av hinder i hans eller hennes ursprungsland, för maken vid dennes inresa och uppehåll. Följaktligen skall maken till en [unions]medborgare som har utövat dessa rättigheter, när medborgaren återvänder till sitt ursprungsland, åtminstone ha samma rätt till inresa och uppehåll som vederbörande skulle tillerkännas enligt [unions]rätten om hans eller hennes make väljer att resa in och att uppehålla sig i en annan medlemsstat" (dom av den 7 juli 1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296, punkt 23). För en tillämpning av denna rättspraxis, se, även, dom av den 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, punkterna 38 och 39).

8 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 51).

9 Dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 54).

10 Enligt domstolens praxis innebär "[d]irektiv 2004/38 ... att tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgare har rätt att ansluta sig till unionsmedborgaren i den mottagande medlemsstaten, oavsett om denne bosatte sig där *före eller efter* att ha bildat familj" (dom av den 25 juli 2008, Metock m.fl., C-127/08, EU:C:2008:449, punkt 90) (min kursivering).

28. Den omständigheten att Robert Clabourn Hamilton inte levde utan avbrott med Relu Adrian Coman i denna stad kan enligt min mening inte frånta deras relation dess verkningsfulla karaktär. I en globaliserad värld är det nämligen inte ovanligt att ett par, då den ena arbetar utomlands, inte delar samma bostad under mer eller mindre långa perioder på grund av avståndet mellan de två länderna, transportmedlens tillgänglighet, den andra makens anställning eller barnens skolgång. Att paret inte bodde tillsammans kan inte i sig ha någon inverkan på huruvida det föreligger ett bevisat fast förhållande – vilket är fallet – och huruvida det föreligger ett familjeliv.¹¹

29. Den hänskjutande domstolens frågor är dock fortfarande relevanta, eftersom tolkningen av de bestämmelser som avses i begäran om förhandsavgörande kan vara användbar vid avgörandet av det mål som är anhängigt vid Curtea Constituțională (Författningsdomstolen).

B. Den första tolkningsfrågan

30. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida begreppet "make eller maka" som används i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38, jämförd med artiklarna 7, 9, 21 och 45 i stadgan, omfattar maken eller maken av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande lagligt har ingått äktenskap med stöd av lagen i en annan medlemsstat än den mottagande medlemsstaten.

31. De parter som har avgett yttranden har föreslagit två rakt motsatta svar. Enligt klagandena i det nationella målet, den nederländska regeringen och kommissionen ska artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 ges en självständig och enhetlig tolkning. Enligt denna tolkning ska maken eller maken av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande lagligt har ingått äktenskap med stöd av rättsordningen i en medlemsstat anses omfattas av begreppet "make eller maka". Den rumänska, den lettiska, den ungerska och den polska regeringen anser däremot att detta begrepp inte hör till unionsrätten, utan ska definieras med hänsyn till lagen i den mottagande medlemsstaten.

32. Sistnämnda resonemang kan enligt min mening inte godtas. Tvärtom anser jag att en självständig tolkning gör sig gällande, och att den medför att begreppet "make eller maka" i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 ska förstås oberoende av vilket kön den person som är gift med en unionsmedborgare har.

1. En självständig tolkning av begreppet "make eller maka"

33. Även om artikel 2.2 b i direktiv 2004/38 avseende registrerat partnerskap hänvisar till "villkoren i relevant lagstiftning i den mottagande medlemsstaten", innehåller artikel 2.2 a i direktivet inte någon hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att fastställa ställningen som "make eller maka".

¹¹ Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 7 november 2013, Vallianatos m.fl. mot Grekland, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, punkt 73, Europadomstolen, 21 juli 2015, Oliari m.fl. mot Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, punkt 169, och Europadomstolen, 23 februari 2016, Pajić mot Kroatien, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, punkt 65. Den omständigheten att Relu Adrian Coman och Robert Clabourn Hamilton faktiskt levde tillsammans som ett par innan förhållandet "befästes" i en medlemsstat i unionen gör det möjligt att skilja deras situation från den som låg till grund för domen av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

34. Enligt domstolens fasta praxis följer det såväl av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen, att ordalydelsen i en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av bestämmelsens innebörd och tillämpningsområde, i regel ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela unionen.¹² Denna tolkning ska göras med beaktande av inte enbart bestämmelsens ordalydelse, utan även det sammanhang i vilket bestämmelsen förekommer och det mål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen.¹³

35. Denna metod har uttryckligen använts inom ramen för direktiv 2004/38, och jag ser inte någon anledning att avvika därifrån vid tolkningen av begreppet ”make eller maka”.¹⁴

36. Det står visserligen klart att lagstiftning som gäller civilstånd faller under medlemsstaternas befogenheter, vilka inte får inskränkas av unionsrätten.¹⁵ Det ska dock göras två påpekanden i det avseendet.

37. Enligt fast och övergripande rättspraxis ska medlemsstaterna iaktta unionsrätten vid utövande av sina befogenheter.¹⁶ De områden som avser personers civilstånd avviker inte från denna regel, eftersom domstolen uttryckligen har slagit fast att de bestämmelser som rör icke-diskrimineringsprincipen ska iakttas vid utövandet av dessa befogenheter.¹⁷

38. Den rättsliga fråga som står i centrum för det nationella målet avser inte legalisering av samkönade äktenskap, utan fri rörlighet för en unionsmedborgare. Även om medlemsstaterna är fria att själva bestämma om personer av samma kön ska kunna ingå äktenskap i deras interna rättsordning,¹⁸ har EU-domstolen slagit fast att en situation som regleras av bestämmelser som a priori omfattas av medlemsstaternas behörighet kan ha ”ett mycket nära samband med en unionsmedborgares rätt till fri rörlighet, vilken utgör hinder mot att tredjelandsmedborgare nekas rätt till inresa och uppehåll i den medlemsstat där unionsmedborgaren är bosatt för att inte undergräva den ovannämnda rätten till fri rörlighet”.¹⁹

39. Att äktenskapet – i betydelsen endast ett förbund mellan en kvinna och en man – finns inskrivet i vissa nationella konstitutioner²⁰ kan inte påverka detta synsätt.

12 Se, bland många exempel, dom av den 18 oktober 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

13 Se, för en tillämpning nyligen, dom av den 18 maj 2017, Hummel Holding (C-617/15, EU:C:2017:390, punkt 22), och dom av den 27 september 2017, Nintendo (C-24/16 och C-25/16, EU:C:2017:724, punkt 70).

14 Se, beträffande uttrycket ”har uppehållit sig lagligt” som används i artikel 16.1 första meningen i direktiv 2004/38, dom av den 21 december 2011, Ziolkowski och Szeja (C-424/10 och C-425/10, EU:C:2011:866, punkterna 31–34). Se, även, förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:174, punkt 39), och förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i målet Reyes (C-423/12, EU:C:2013:719, punkt 29).

15 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 maj 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punkt 38), dom av den 12 december 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punkt 26), dom av den 1 april 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punkt 59), och dom av den 24 november 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, punkt 58).

16 Se, vad beträffar medborgarskap, angående personnamn, dom av den 2 oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, punkt 25), vad beträffar direkta skatter, dom av den 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punkt 21), och, vad gäller straffrätt, dom av den 19 januari 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, punkt 17).

17 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 april 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punkt 59), och dom av den 24 november 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, punkt 58).

18 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 november 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, punkt 59).

19 Dom av den 8 november 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, punkt 72). Det var i det fallet fråga om bestämmelser om tredjelandsmedborgares rätt till inresa och uppehåll utanför tillämpningsområdet för rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning (EUT L 16, 2004, s. 44) eller direktiv 2004/38.

20 Det rör sig om Republiken Bulgarien, Republiken Lettland, Republiken Litauen och Republiken Polen.

40. Om det skulle anses att äktenskapets utformning berör vissa medlemsstaters nationella identitet – vilket inte har hävdats uttryckligen av någon av de medlemsstater som ingav skriftliga yttranden, utan endast av den lettiska regeringen vid förhandlingen den 21 november 2017 –, kan skyldigheten att respektera denna identitet, vilken anges i artikel 4.2 FEU, inte ses fristående från den skyldighet till lojalt samarbete som föreskrivs i artikel 4.3 FEU. Enligt denna bestämmelse är medlemsstaterna skyldiga att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter fullgörs.

41. I förevarande fall avser den hänskjutande domstolens frågor enbart tillämpningen av direktiv 2004/38. Det är således endast fråga om att precisera omfattningen av en skyldighet som följer av en unionsakt. Tolkningen av begreppet ”make eller maka”, vilken är begränsad till tillämpningsområdet för direktiv 2004/38 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, kommer således inte att påverka den aktuella friheten för medlemsstater vad gäller legaliseringen av samkönade äktenskap.²¹

42. Såsom jag kommer att ange vid bedömningen av det sammanhang i vilket direktiv 2004/38 förekommer och de mål som eftersträvas med direktivet, utgör även de grundläggande rättigheter som är knutna till begreppet ”make eller maka” hinder för en tolkning som kan hindra eller göra det svårare för en homosexuell unionsmedborgare att åtföljas av den person med vilken vederbörande har ingått äktenskap.

2. Begreppet ”make eller maka” i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38

43. Det ska således undersökas hur uttrycket ”make eller maka” som används i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 ska tolkas, med beaktande av bestämmelsens lydelse, dess sammanhang och det mål som eftersträvas med direktiv 2004/38.

a) Lydelsen och strukturen i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38

44. I direktiv 2004/38 definieras inte uttrycket ”make eller maka” som används flera gånger i direktivet, bland annat i artikel 2.2 a.

45. Strukturen i artikel 2.2 i direktiv 2004/38, jämförd med artikel 3.2 b i samma direktiv, gör det dock möjligt att hävda att begreppet ”make eller maka” refererar till begreppet ”äktenskap”.

46. Förutom släktingar i rakt nedstigande led och släktingar i rakt uppstigande led som avses i artikel 2.2 c och d i direktiv 2004/38, avses nämligen med ”familjemedlemmar” i den mening som avses i direktiv 2004/38 make eller maka och den partner med vilken unionsmedborgaren har ingått ett registrerat partnerskap. I artikel 3.2 b i direktiv 2004/38 läggs ”den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande” till bland de personer som omfattas av direktivet.

²¹ Det resonemang som Silvia Pfeiff formulerade i samband med en ingående undersökning av ”den personliga ställningens flyttbarhet” kan överföras på rättsverkningarna av direktiv 2004/38. Denna författare har uppgett att ”[d]et främsta argumentet mot att erkänna äktenskap mellan homosexuella rör avsikten att skydda det traditionella äktenskapet. Erkännandet av ett utländskt äktenskap mellan homosexuella påverkar dock inte direkt det traditionella äktenskapet i domstolslandet. Det hindrar inte heterosexuella par från att ingå äktenskap. Det gör det inte heller möjligt för samkönade par att ingå äktenskap i den mottagande staten. Verkan av att erkänna ett utländskt äktenskap mellan homosexuella är följaktligen begränsad till de berörda paren och påverkar inte den överordnade strukturen”. (Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Coll. Europe(s), 2017, särskilt nr 636, s. 572) (min kursivering).

47. För att dessa tre fall inte ska sakna relevans, avser de med nödvändighet olika situationer, från den mest bindande till den mest flexibla juridiskt sett. Eftersom enbart ett förhållande utan några juridiska band avses i artikel 3 i direktiv 2004/38 och förekomsten av ett registrerat partnerskap avses i artikel 2.2 b i direktivet, är det uttrycket "make eller maka" som beskriver det tredje och sista fallet som är juridiskt möjligt, nämligen ett förhållande som grundar sig på äktenskap.²²

48. EU-domstolen har för övrigt redan, underförstått men helt visst, kopplat samman begreppet "make eller maka", som används i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38, med äktenskap. I domen av den 25 juli 2008, Metock m.fl. (C-127/08, EU:C:2008:449), slog domstolen fast att artikel 3.1 i direktiv 2004/38 skulle tolkas på så sätt att "en tredjelandsmedborgare, som är make till en unionsmedborgare som uppehåller sig i en medlemsstat utan att vara medborgare där och som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren, kan utnyttja bestämmelserna i nämnda direktiv. Det saknar härvid betydelse var och när deras giftermål ägde rum samt på vilket sätt tredjelandsmedborgaren reste in i den mottagande medlemsstaten".²³

49. Även om det således står klart att uttrycket "make eller maka" som används i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 hänvisar till äktenskap, är uttrycket neutralt vad gäller kön och likgiltigt inför var äktenskapet har ingåtts.

50. Att det saknar betydelse var äktenskapet har ingåtts bekräftas *e contrario* av unionslagstiftarens val att uttryckligen hänvisa till den mottagande medlemsstatens rättsordning vad beträffar registrerat partnerskap. Denna skillnad kan enkelt förklaras med att rättsinstitutet äktenskap har en viss allmängiltighet – åtminstone antas så vara fallet – vad gäller de rättigheter och skyldigheter som det ger makarna, medan lagstiftningarna om "partnerskap" är olika och varierar vad gäller den personkrets som omfattas av deras tillämpningsområde, deras materiella tillämpningsområde och vad gäller deras rättsliga följder.²⁴ För övrigt har unionslagstiftaren föreskrivit att artikel 2.2 b i direktiv 2004/38 endast ska gälla registrerade partnerskap som är "likvärdiga med äktenskap".²⁵

51. Förarbetena till direktiv 2004/38 bekräftar att det neutrala ordvalet var avsiktligt. Uttrycket "make eller maka" användes redan, utan någon annan angivelse, av kommissionen i dess ursprungliga förslag,²⁶ medan parlamentet däremot önskade att det skulle nämnas att personens kön saknade betydelse genom tillägget av orden "oberoende av kön, enligt tillämplig nationell lagstiftning".²⁷

22 För att vara exakt kan även samboende skiljas från situationen där ett par har ingått ett civilrättsligt avtal för att reglera sitt förhållande (för ett liknande resonemang, Francq, St., "Nouvelles formes de relation de couple, mariage entre personnes de même sexe, partenariat enregistré, pacs, etcetera", i *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, 2005, s. 253–281, särskilt s. 255 och 256). Inom ramen för direktiv 2004/38 tycks dock dessa två fall omfattas av tillämpningsområdet för artikel 3.2 b.

23 Punkt 99 och punkt 2 i domslutet (min kursivering). Se, även, dom av den 17 april 1986, Reed (59/85, EU:C:1986:157). I den domen fann domstolen, beträffande tolkningen av begreppet "make" i den mening som avsågs i den rättsakt som föregick direktiv 2004/38 (det vill säga rådets förordning (EEG) nr 1612/68, att "ordet 'make' i artikel 10 i förordningen uteslutande av[såg] förhållanden grundade på äktenskap", och inte en "person, som har ett fast samboförhållande" (punkt 15).

24 Dessa kriterier gör det möjligt att urskilja inte mindre än fem kategorier av registrerade partnerskap inom unionen. För ett liknande resonemang, Goossens, E., "Different regulatory regimes for registered partnership and marriage: out-dated or indispensable?", i *Confronting the frontiers of family and succession law: liber amicorum Walter Pintens*, volym 1, Intersentia, Slp éd., 2012, s. 633–650, särskilt s. 634–638.

25 Jag ställer mig dock frågande till huruvida denna hänvisning till den mottagande medlemsstatens rättsordning numera är giltig, särskilt som den obestriddligen är sammankopplad med begränsningen av tillämpningsområdet för artikel 2.2 b i direktiv 2004/38 till att avse registrerade partnerskap som är likvärdiga med äktenskap. Europadomstolen slog nämligen på ett mycket tydligt sätt fast att artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), ålade de stater som är parter i Europakonventionen skyldigheten att ge homosexuella par möjlighet att få ett juridiskt erkännande av deras parförhållande och ett rättsligt skydd för detta. Det betyder konkret att en stat som begränsar äktenskapet till att gälla heterosexuella par utan att införa ett registrerat partnerskap som är tillgängligt för homosexuella par kränker artikel 8 i Europakonventionen och följaktligen artikel 7 i stadgan (se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 21 juli 2015, Oliari m.fl. mot Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611). Enligt artikel 52.3 i stadgan ska nämligen rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ha samma innebörd och räckvidd som i Europakonventionen. Med avseende på förklaringarna till stadgan – vilka ska "vederbörligen beaktas av unionens ... domstolar" enligt artikel 52.7 i stadgan – anges dock att de rättigheter som garanteras i artikel 7 i stadgan motsvarar dem i artikel 8 i Europakonventionen. De förstnämnda har således samma innebörd och räckvidd som de sistnämnda.

26 Se artikel 2.2 a i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (COM(2001) 257 slutlig, EGT C 270 E, 2001, s. 150).

27 Se Europaparlamentets betänkande av den 23 januari 2003 om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (A5–009/2003).

Europeiska unionens råd hade betänkligheter mot att införa en definition av begreppet make som skulle innebära en uttrycklig hänvisning till makar av samma kön, eftersom bara två medlemsstater vid den tidpunkten hade antagit en lagstiftning som tillät samkönade äktenskap och eftersom domstolen också hade kunnat konstatera att den allmänt accepterade definitionen av äktenskap i medlemsstaterna vid den tidpunkten avsåg ett förbund mellan två personer av motsatt kön.²⁸ Genom att stödja sig på rådets oro, föredrog kommissionen att "begreppet make i princip begränsas till att omfatta make av annat kön i förslaget, *om inte den framtida utvecklingen ger underlag för annat*".²⁹

52. Enligt min mening kan således dessa förarbeten inte utgöra argument till stöd för vare sig den ena eller den andra ståndpunkten. Det står nämligen klart att unionslagstiftaren var fullt medveten om den kontrovers som skulle kunna uppstå kring tolkningen av uttrycket "make eller maka" som inte definierats på annat sätt. Den ville dock inte precisera detta begrepp, vare sig genom att begränsa det till att avse äktenskap mellan heterosexuella eller, tvärtom, avse samkönade äktenskap – kommissionen framhöll dock uttryckligen möjligheten att det kunde ske en utveckling i frågan. Detta förbehåll från kommissionens sida är väsentligt. Det utesluter att begreppet "make eller maka" har en slutgiltigt stelnad innebörd som är oemottaglig för samhällsutvecklingen.³⁰

53. Det följer således av denna första granskning att lydelsen i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 är neutral. Detta val av lagstiftaren medger en tolkning av begreppet "make eller maka" som är oberoende av var äktenskapet ingicks och de berörda personernas kön. Denna tolkning bekräftas av det sammanhang i vilket direktiv 2004/38 förekommer och dess mål.

b) Det sammanhang i vilket artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 förekommer

54. När direktiv 2004/38 antogs, var det bara två av unionens medlemsstater – Konungariket Nederländerna och Konungariket Belgien – som hade en lag som tillät samkönade äktenskap. Som jag tidigare har angett hade denna omständighet betydelse för rådets val att inte följa parlamentets förslag till ändring till stöd för en mer uttrycklig formulering i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38.

55. Enligt min mening ska dock hänsyn tas till den utveckling som förutsågs av kommissionen vid den tidpunkten i dess ändrade förslag. Begreppet "make eller maka" har dessutom ett nära samband med flera grundläggande rättigheter, och en kontextuell tolkning får inte vara oemottaglig för dessa.

1) En evolutiv tolkning av begreppet "make eller maka"

56. Såsom flera generaladvokater redan har haft tillfälle att framhålla, ska unionsrätten tolkas "mot bakgrund av nuvarande förhållanden",³¹ det vill säga med beaktande av "dagens verklighet"³² inom unionen. Juridiken kan nämligen inte "avskärma sig från den sociala verkligheten utan bör anpassa sig till denna på så kort tid som möjligt. Den riskerar annars att upprätthålla förlegade ståndpunkter och

²⁸ Se gemensam ståndpunkt (EG) nr 6/2004 antagen av rådet den 5 december 2003 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/.../EG av den ... om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, 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 C 54 E, 2004, s. 28). Även om rådet inte har preciserat vilken rättspraxis som det åsyftar, har kommissionen, i sitt ändrade förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (KOM(2003) 199 slutlig), hänvisat till dom av den 31 maj 2001, D och Sverige/rådet (C-122/99 P och C-125/99 P, EU:C:2001:304, punkt 34).

²⁹ Se ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (KOM(2003) 199 slutlig, s. 11). Min kursivering.

³⁰ Denna risk och den mer allmänna svårigheten att fastställa lagstiftarens avsikt leder för övrigt till att den historiska tolkningen är av underordnad betydelse. Se, för ett liknande resonemang, Titshaw, Sc., "Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret 'Spouse' in the E.U. Family Migration Directives", *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, s. 45–112, särskilt s. 76–78.

³¹ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet Haralambidis (C-270/13, EU:C:2014:1358, punkt 52).

³² Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:345, punkt 63).

däri genom bli statisk”.³³ Detta gäller utan tvekan särskilt frågor som rör samhället. Såsom generaladvokaten Geelhoed förklarade, "[o]m domstolen inte skulle beakta denna utveckling skulle det finnas risk att de aktuella rättsreglerna förlorar en del av sin ändamålsenliga verkan".³⁴ Såsom EU-domstolen själv har angett, ska en unionsrättslig bestämmelse tolkas mot bakgrund av unionsrättens utveckling vid den tidpunkt då den aktuella bestämmelsen ska tillämpas.³⁵

57. Det är av det skälet som jag anser att den lösning som domstolen valde i domen av den 31 maj 2001, D och Sverige/rådet (C-122/99 P och C-125/99 P, EU:C:2001:304), enligt vilken "begreppet äktenskap, enligt den definition som är gemensam för samtliga medlemsstater, avser ett förbund mellan två personer av olika kön"³⁶, i dag är förlegad.

58. Även om det mot slutet av år 2004 endast var två medlemsstater som tillät samkönade äktenskap, har ytterligare elva medlemsstater sedan dess ändrat sin lagstiftning i den riktningen och samkönade äktenskap kommer även att vara möjligt i Österrike senast den 1 januari 2019.³⁷ Detta juridiska erkännande av äktenskap mellan homosexuella ger endast uttryck för en allmän samhällsutveckling i frågan. Statistiska undersökningar bekräftar det,³⁸ och godkännandet av samkönade äktenskap genom folkomröstning i Irland är också ett belysande exempel på detta.³⁹ Även om det fortfarande finns olika strömningar i frågan, även inom unionen,⁴⁰ utgör utvecklingen likväl del av en allmän trend. Denna typ av äktenskap förekommer numera i alla världsdelar.⁴¹ Det rör sig således inte om något som är kopplat till en specifik kultur eller historia, utan motsvarar tvärtom ett universellt erkännande av mångfalden av familjeformer.⁴²

33 Förslag till avgörande av generaladvokaten Tesouro i målet P./S. (C-13/94, EU:C:1995:444, punkt 9).

34 Förslag till avgörande av generaladvokaten Geelhoed i målet Baumbast och R (C-413/99, EU:C:2001:385, punkt 20).

35 Se dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 20).

36 Punkt 34 (min kursivering).

37 Genom dom av den 4 december 2017 (G 258–259/2017–9), ogiltigförklarade nämligen den österrikiska författningsdomstolen de bestämmelser i civillagen som begränsar rätten att gifta sig till att gälla endast heterosexuella par. Samma domstol slog även fast att såvida inte lagstiftaren ingriper kommer samkönade äktenskap att vara möjliga från och med den 1 januari 2019. De medlemsstater som redan har ändrat sin lagstiftning är i kronologisk ordning, följande: Konungariket Nederländerna, Konungariket Belgien, Konungariket Spanien, Konungariket Sverige, Republiken Portugal, Konungariket Danmark, Republiken Frankrike, Förenade kungariket Storbritannien (med undantag av Nordirland), Storhertigdömet Luxemburg, Irland, Republiken Finland, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Malta.

38 44 procent av den tillfrågade befolkningen i medlemsstaterna var positiva till samkönade äktenskap år 2006 (se Standard Eurobarometer 66, hösten 2006, s. 43), medan denna siffra steg till 61 procent mindre än tio år senare (se Special Eurobarometer 437, "Discrimination in the EU in 2015", s. 12).

39 Frågan huruvida konstitutionen skulle ändras för att däri föreskriva att äktenskap enligt lag kunde ingås mellan två personer utan åtskillnad på grund av kön, ställdes till irändarna i samband med en folkomröstning den 22 maj 2015. Av de 1 935 907 personer som röstade, röstade 1 201 607 för förslaget, det vill säga 62,07 procent (se de resultat som publicerades i Iris Oifigiúil av den 26 maj 2015, nr 42, s. 1067–1069: www.irisofigiuiil.ie/archive/2015/may/Ir260515.PDF).

40 Till skillnad från Irland, har samkönade äktenskap till exempel röstats ned genom folkomröstning i Kroatien den 1 december 2013.

41 Om jag inte misstar mig så har samkönade äktenskap till dags dato i vart fall tillåtits genom lagstiftning i Kanada (Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33), i Nya Zeeland (Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013, 2013 No 20), i Sydafrika (Civil Union Act, 2006, Act No 17 of 2006), i Argentina (Ley 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario)), i Uruguay (Ley No 19.075, Matrimonio Igualitario), och i Brasilien (Resolução no 175, de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça), genom rättspraxis, i Mexiko (Högsta domstolens dom nr 155/2015 av den 3 juni 2015), i Förenta staterna (Högsta domstolens dom av den 26 juni 2015, "Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al", 576 U.S. (2015)), i Colombia (Författningsdomstolens dom SU-214/16 av den 28 april 2016, mål T 4167863 AC) och i Taiwan (dom meddelad av Författningsdomstolen i Republiken Kina (Taiwan) den 24 maj 2017, J.Y. Interpretation No 748, angående de konsoliderade ansökningarna från Hwei-Tai-12674 och Hwei-Tai-12771).

42 Förutom de tretton medlemsstater som har legaliserat äktenskap mellan homosexuella, finns det i nio andra medlemsstater ett registrerat partnerskap för samkönade par. Det rör sig om Republiken Tjeckien, Republiken Estland, Republiken Grekland, Republiken Kroatien, Republiken Italien, Republiken Cypern, Ungern, Republiken Österrike (såsom angetts tidigare kommer samkönade äktenskap att tillåtas där senast den 1 januari 2019) och Republiken Slovenien. Trots den positiva förpliktelse som följer av artikel 8 i Europakonventionen – och således av artikel 7 i stadgan – att ge homosexuella par möjlighet att få ett juridiskt erkännande av sitt parförhållande och ett rättsligt skydd för detta (se Europadomstolen, 21 juli 2015, Oliari m.fl. mot Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, punkt 185), har sex medlemsstater inte någon form av officiellt och juridiskt erkännande av samkönade par (Republiken Bulgarien, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Polen, Rumänien och Republiken Slovakien).

2) De grundläggande rättigheter som har samband med begreppet "make eller maka"

59. Begreppet "make eller maka" i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 är med nödvändighet knutet till familjelivet och följaktligen till det skydd för familjelivet som följer av artikel 7 i stadgan. Räckvidden av denna artikel ska följaktligen beaktas vid en kontextuell tolkning.⁴³ I det avseendet kan man inte bortse från utvecklingen i Europadomstolens praxis.

60. Enligt artikel 52.3 i stadgan ska de rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Enligt förklaringarna avseende stadgan – vilka ska "vederbörligen beaktas av unionens ... domstolar"⁴⁴ – motsvarar de rättigheter som garanteras i artikel 7 i stadgan dem i artikel 8 i Europakonventionen. De förstnämnda rättigheterna har således samma innebörd och samma räckvidd som de sistnämnda.⁴⁵

61. Utvecklingen av Europadomstolens praxis avseende artikel 8 i Europakonventionen är dock betydelsefull.

62. Även om Europadomstolen ständigt har bekräftat staternas frihet att göra äktenskapet tillgängligt för personer av samma kön,⁴⁶ fann den, i början av år 2010, att det var "konstlat att fortsätta anse att ett homosexuellt par, till skillnad från ett heterosexuellt par, inte skulle kunna ha ett 'familjeliv' enligt artikel 8 [i Europakonventionen]".⁴⁷ Sedan dess har denna tolkning bekräftats vid ett flertal tillfällen.⁴⁸ Europadomstolen bekräftade även att artikel 8 i Europakonventionen ålade staterna en skyldighet att ge homosexuella par möjlighet att få ett juridiskt erkännande av sitt parförhållande och ett rättsligt skydd för detta.⁴⁹

63. Det står klart att denna utveckling av synen på familjelivet har påverkat uppehållsrätten för tredjelandsmedborgare. Även om artikel 8 i Europakonventionen inte medför någon allmän skyldighet att godta att utländska makar bosätter sig i landet eller att tillåta familjeåterförening i en fördragslutande parts territorium, kan de beslut som staterna fattar i fråga om invandring i vissa fall

43 I skäl 31 i direktiv 2004/38 erinras det uttryckligen om att direktivet står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter och friheter som erkänns särskilt i stadgan. Den hänskjutande domstolen har även åberopat artiklarna 9 (Rätt att ingå äktenskap och att bilda familj), 21 (Icke-diskriminering) och 45 (Rörelse- och uppehållsfrihet) i stadgan. Jag anser att artikel 9 i stadgan inte är relevant. I förklaringarna avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna (EUT C 303, 2007, s. 17) anges nämligen i den redogörelse som rör denna artikel att "[f]ormuleringen av denna ... har moderniserats [jämfört med artikel 12 i Europakonventionen] så att den omfattar de fall där andra möjligheter till familjebildning än äktenskapet erkänns enligt nationell lagstiftning [men i] denna artikel varken förbjuds eller föreskrivs att partnerskap mellan personer av samma kön ges äktenskaplig status" (min kursivering). Medlemsstaternas frihet bekräftas i det avseendet av praxis från EU-domstolen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 november 2016, C-443/15, EU:C:2016:897, punkt 59) och från Europadomstolen (se, bland annat, Europadomstolen, 9 juni 2016, Chapin och Charpentier mot Frankrike, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, punkterna 38 och 39). Vidare har Relu Adrian Coman och Robert Clabourn Hamilton i förevarande fall kunnat utöva denna rätt i Belgien. Den rörelsefrihet som föreskrivs i artikel 45 i stadgan preciseras i direktiv 2004/38. Jag kommer att undersöka hur denna rätt påverkar tolkningen av begreppet "make eller maka" i samband med prövningen av det mål som eftersträvas med direktiv 2004/38.

44 Artikel 52.7 i stadgan.

45 Se, för ett liknande resonemang, förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, Förklaring till artikel 7 – Respekt för privatlivet och familjelivet (EUT C 303, 2007, s. 20).

46 Se, för ett liknande resonemang och för en aktuell bekräftelse av och en påminnelse om tidigare rättspraxis, Europadomstolen, 9 juni 2016, Chapin och Charpentier mot Frankrike, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, punkterna 38 och 39 (såvitt gäller artikel 12 i Europakonventionen) och punkt 48 (såvitt gäller artikel 8 jämförd med artikel 14 i Europakonventionen, vilken förbjuder diskriminering).

47 Europadomstolen, 24 juni 2010, Schalk och Kopf mot Österrike, CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, punkt 94.

48 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 7 november 2013, Vallianatos m.fl. mot Grekland, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, punkt 73, Europadomstolen, 23 februari 2016, Pajić mot Kroatien, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, punkt 64, Europadomstolen, 14 juni 2016, Aldeguer Tomás mot Spanien, CE:ECHR:2016:0614JUD003521409, punkt 75, och Europadomstolen, 30 juni 2016, Taddeucci och McCall mot Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, punkt 58.

49 Se Europadomstolen, 21 juli 2015, Oliari m.fl. mot Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, punkt 185.

utgöra ett ingrepp i utövandet av rätten till respekt för privatlivet och familjelivet som skyddas i artikel 8 i Europakonventionen.⁵⁰ Detta är bland annat fallet när de berörda personerna har tillräckligt starka personliga band eller familjeband i den mottagande medlemsstaten som riskerar att allvarligt äventyras om den aktuella bestämmelsen tillämpas.⁵¹

64. Europadomstolen har slagit fast att även om ”skyddet för den traditionella familjen under vissa omständigheter kan utgöra ett legitimt mål ..., anser [den] att på det aktuella området, nämligen beviljandet av uppehållstillstånd av familjescäl till en utländsk homosexuell partner, kan detta skydd inte utgöra ett ’särskilt starkt och övertygande’ skäl som, under de aktuella omständigheterna, kan motivera diskriminering på grund av sexuell läggning”.⁵²

65. Det tycks till och med som om Europadomstolen är benägen att anse att en skillnad i behandling som endast – *eller på ett avgörande sätt* – grundar sig på överväganden som avser sökandens sexuella läggning helt enkelt är oacceptabel med hänsyn till Europakonventionen.⁵³ I ett annat sammanhang hade generaladvokaten Jääskinen uttryckt en liknande ståndpunkt. Han ansåg nämligen att det var ”uppenbart att målet att skydda äktenskapet eller familjen inte kan motivera en diskriminering på grund av sexuell läggning [eftersom d]et är svårt att förstå vilket orsakssamband som skulle kunna förena denna typ av diskriminering, som medel, och skyddet för äktenskapet, som en positiv effekt som kan följa härav”.⁵⁴

66. Denna utveckling av rätten till respekt för familjelivet tycks följaktligen leda till en tolkning av begreppet ”make eller maka” som med nödvändighet är oberoende av de berörda personernas kön, när den begränsas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/38.

67. Denna tolkning säkerställer nämligen på bästa möjliga sätt respekten för privatlivet som garanteras i artikel 7 i stadgan, samtidigt som medlemsstaterna har frihet att tillåta samkönade äktenskap eller inte. En motsatt tolkning skulle däremot medföra en skillnad i behandling mellan gifta par beroende på huruvida de är homosexuella eller av olika kön, eftersom ingen medlemsstat förbjuder äktenskap mellan heterosexuella. Då en sådan skillnad i behandling grundar sig på sexuell läggning är den oacceptabel med hänsyn till direktiv 2004/38 och stadgan, såsom den ska tolkas mot bakgrund av Europakonventionen.

c) Det mål som eftersträvas med direktiv 2004/38

68. Det mål som eftersträvas med direktiv 2004/38 bekräftar även en tolkning av uttrycket ”make eller maka” som är oberoende av sexuell läggning.

69. Det framgår nämligen av fast rättspraxis att syftet med direktiv 2004/38 är att underlätta utövandet av den primära och individuella rätten att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier som unionsmedborgarna tillerkänns direkt i artikel 21.1 FEUF, och att stärka denna rätt.⁵⁵

50 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 30 juni 2016, Taddeucci och McCall mot Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, punkt 56.

51 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 30 juni 2016, Taddeucci och McCall mot Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, punkt 56.

52 Europadomstolen, 30 juni 2016, Taddeucci och McCall mot Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, punkt 93. Beträffande avsaknaden av ett ”starkt och övertygande skäl”, inklusive skyddet för familjen ”i ordets traditionella betydelse”, för att motivera en skillnad i behandling på grund av sexuell läggning, se även Europadomstolen, 7 november 2013, Vallianatos m.fl. mot Grekland, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109. I det sistnämnda fallet var det fråga om att samkönade par var undantagna från lagen om registrerat partnerskap, och detta då Republiken Grekland inte erbjöd sådana par något annat officiellt och juridiskt erkännande, till skillnad från heterosexuella par.

53 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 23 februari 2016, Pajić mot Kroatien, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, punkterna 59 och 84, och Europadomstolen, 30 juni 2016, Taddeucci och McCall mot Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, punkt 89.

54 Förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen i målet Römer (C-147/08, EU:C:2010:425, punkt 175).

55 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 juli 2008, Metock m.fl. (C-127/08, EU:C:2008:449, punkt 82), dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 35), dom av den 18 december 2014, McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:2450, punkt 31), och dom av den 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punkt 31).

70. Det erinras om detta mål i skäl 1 i direktiv 2004/38. I skäl 2 görs tillägget att fri rörlighet för personer är en av de grundläggande friheterna på den inre marknaden, vilken frihet för övrigt fastställs i artikel 45 i stadgan.

71. I skäl 5 i direktiv 2004/38 betonas vidare att för att varje unionsmedborgare ska kunna utöva sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier på villkor som säkerställer de objektiva villkoren om frihet och värdighet bör även familjemedlemmar beviljas denna rätt, oavsett medborgarskap.⁵⁶ Såsom domstolen har konstaterat vid flera tillfällen skulle unionsmedborgarna allvarligt hindras i utövandet av de friheter som garanteras dem genom fördraget om de inte fick rätt till ett normalt familjeliv i den mottagande medlemsstaten.⁵⁷

72. Som jag påpekade i samband med prövningen av huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt i förevarande mål, skulle unionsmedborgarna kunna avskräckas från att lämna den medlemsstat där de är medborgare och bosätta sig i en annan medlemsstat om de inte kunde vara säkra på att efter ett återvändande till ursprungsmedlemsstaten kunna fortsätta att leva det familjeliv som de till följd av äktenskap eller familjeåterförening eventuellt kan ha påbörjat i den mottagande medlemsstaten.⁵⁸

73. På grund av dessa mål har domstolen ständigt slagit fast att bestämmelserna i direktiv 2004/38 inte kan tolkas restriktivt och får under alla förhållanden inte fräntas sin ändamålsenliga verkan.⁵⁹ Domstolen har till och med medgett att det rörde sig om en princip om att ”bestämmelser (såsom de i direktiv 2004/38) om den fria rörligheten för unionsmedborgare, en av unionens grundprinciper, ska tolkas extensivt”.⁶⁰

74. I valet mellan en tolkning av uttrycket ”make eller maka” som begränsar tillämpningsområdet för direktiv 2004/38 och en annan tolkning som, med iakttagande av den tolkade bestämmelsens lydelse och sammanhang, främjar den fria rörligheten för ett större antal medborgare, ska följaktligen den andra tolkningen väljas.

75. Detta tolkningsval är än mer motiverat då det överensstämmer med ett annat mål med direktiv 2004/38 som anges i skäl 31 i direktivet, enligt vilket medlemsstaterna ska genomföra bestämmelserna i direktiv 2004/38 ”utan diskriminering mellan förmånstagarna till detta direktiv, på sådana grunder såsom ... sexuell läggning”. En definition av uttrycket ”make eller maka” som är begränsad till äktenskap mellan heterosexuella skulle oundvikligen leda till situationer då det föreligger diskriminering på grund av sexuell läggning.⁶¹

⁵⁶ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 december 2014, McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:2450, punkt 33), och dom av den 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punkt 31).

⁵⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 juli 2008, Metock m.fl. (C-127/08, EU:C:2008:449, punkt 62), och, före direktiv 2004/38, dom av den 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, punkterna 38 och 39).

⁵⁸ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 juli 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, punkterna 19, 20 och 23), dom av den 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, punkt 38), dom av den 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, punkterna 35 och 36), dom av den 25 juli 2008, Metock m.fl. (C-127/08, EU:C:2008:449, punkt 64), dom av den 8 november 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, punkt 70), och dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 46).

⁵⁹ Se dom av den 25 juli 2008, Metock m.fl. (C-127/08, EU:C:2008:449, punkt 84), och dom av den 18 december 2014, McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:2450, punkt 32).

⁶⁰ Dom av den 16 januari 2014, (C-423/12, EU:C:2014:16, punkt 23). För tillämpningar av denna princip på rättsakter som föregick direktiv 2004/38, se dom av den 17 september 2002, baumbast och R (C-413/99, EU:C:2002:493, punkt 74), och dom av den 11 december 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, punkt 43).

⁶¹ Se, för ett liknande resonemang, Titshaw, Sc., ”Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret ‘Spouse’ in the E.U. Family Migration Directives”, *Bodson University International Law Journal*, 2016, volym 34:45, s. 45–112, särskilt s. 106.

76. En tolkning av begreppet ”make eller maka” som är oberoende av de berörda personernas kön är slutligen även ägnad att säkerställa en hög nivå av rättssäkerhet och insyn, eftersom en unionsmedborgare som är lagligt gift vet att maken, oavsett kön, kommer att betraktas som hans eller hennes make eller maka i den mening som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 i unionens 27 övriga medlemsstater.⁶²

3. Slutsats i denna del

77. En bokstavlig, kontextuell och teleologisk tolkning av begreppet ”make eller maka”, som används i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38, leder till att detta begrepp ska ges en självständig definition som är oberoende av sexuell läggning.⁶³

78. En enhetlig tillämpning av unionsrätten och likhetsprincipen kräver att ordalydelsen i en unionsbestämmelse som inte är definierad och som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av bestämmelsens innebörd och tillämpningsområde, ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela unionen.

79. Även om strukturen i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38, i förening med artikel 3.2 b i direktivet, innebär att begreppet ”make eller maka” associeras med äktenskap, har lagstiftaren i övrigt frivilligt valt att använda ett neutralt uttryck, som inte har preciserats på annat sätt.

80. Slutligen ska det påpekas att såväl samhällsutvecklingen i Europa – vilken återspeglas i antalet lagstiftningar som tillåter samkönade äktenskap och den nuvarande definitionen av familjeliv i den mening som avses i artikel 7 i stadgan – som målen med direktiv 2004/38 – att främja den fria rörligheten för unionsmedborgare med respekt för deras sexuella läggning – leder till att begreppet ”make eller maka” ska tolkas oberoende av sexuell läggning.⁶⁴

C. Den andra tolkningsfrågan

81. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida den mottagande medlemsstaten enligt artiklarna 3.1 och 7.2 i direktiv 2004/38, jämförda med artiklarna 7, 9, 21 och 45 i stadgan, har skyldighet att bevilja uppehållsrätt på sitt territorium för längre tid än tre månader för maken eller maken till en unionsmedborgare av samma kön.

82. Artikel 7.2 i direktiv 2004/38 är tydlig: rätten för en unionsmedborgare att uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium under längre tid än tre månader omfattar unionsmedborgarens make eller maka, som är tredjelandmedborgare och som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren i den mottagande medlemsstaten, förutsatt att unionsmedborgaren uppfyller villkoren i artikel 7.1 a, 7.1 b eller 7.1 c i direktiv 2004/38.

83. Det är således fråga om en automatisk rätt. Artikel 3.2 i direktiv 2004/38 bekräftar det.

⁶² För ett exempel på beaktandet av rättssäkerhet och insyn vid tolkningen av en bestämmelse i direktiv 2004/38, se dom av den 15 september 2015, Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597, punkt 61), och dom av den 25 februari 2016, Garcia-Nieto m.fl. (C-299/14, EU:C:2016:114, punkt 49).

⁶³ Se, för ett liknande resonemang, Titshaw, Sc., ”Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret ‘Spouse’ in the E.U. Family Migration Directives”, *Bodson University International Law Journal*, 2016, volym 34:45, s. 45–112, särskilt s. 83 och 111.

⁶⁴ Den inverkan som den fria rörligheten, rätten till respekt för familjelivet och diskrimineringsförbudet har på begreppet ”make eller maka” i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 är i allmänhet avgörande för bedömningen i doktrinen. Den slutsats som de författare som jag har läst kommer fram till liknar min egen. Se, bland annat, Tryfonidou, A., ”EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: the Case for Mutual Recognition”, *Columbia Journal of European Law*, 2015, volym 21, s. 195–248; Bell, Chl. och Bačić Selanec, N., ”Who is a ‘spouse’ under the Citizens’ Rights Directive? The prospect of mutual recognition of same-sex marriages in the EU”, *European Law Review*, 2016, volym 41, nr 5, s. 655–686; Borg-Barthet, J., ”The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU”, *Journal of Private International Law*, 2012, volym 8, nr 2, s. 359–388; Bonini Baraldi, M., ”EU Family Policies Between Domestic ‘Good Old Values’ and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, volym 15, nr 4, s. 517–551.

84. Såsom domstolen konstaterade ”följer det ... såväl av ordalydelsen i artikel 3.2 i direktiv 2004/38 som av den allmänna systematiken i direktivet att unionslagstiftaren har gjort åtskillnad mellan de familjemedlemmar till en unionsmedborgare som definieras i artikel 2 punkt 2 i direktiv 2004/38, vilka har rätt [på de villkor som anges i direktivet] att resa in i och uppehålla sig i den medlemsstat där unionsmedborgaren uppehåller sig, och de andra familjemedlemmar som av[s]es i artikel 3.2 första stycket a i direktivet, vilkas inresa och uppehåll i landet endast ska underlättas av denna medlemsstat”.⁶⁵

85. Vi har dock sett att Robert Clabourn Hamilton, i målet vid den nationella domstolen, inte kunde åberopa direktivet till sin förmån, eftersom bestämmelserna i direktiv 2004/38 inte ger stöd för att tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare har någon härledd uppehållsrätt i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare.⁶⁶

86. Robert Clabourn Hamilton borde dock i princip ha en härledd uppehållsrätt på grundval av artikel 21.1 FEU, och direktiv 2004/38 borde tillämpas analogt på honom.⁶⁷

87. Under dessa omständigheter borde, i enlighet med domstolens praxis, villkoren för att bevilja en härledd uppehållsrätt som är tillämpliga i hans makes ursprungsmedlemsstat i princip inte vara strängare än de som föreskrivs i nämnda direktiv om han befann sig i en situation där hans make utövade sin rätt till fri rörlighet genom att bosätta sig i en annan medlemsstat än den maken själv är medborgare i.⁶⁸

88. Vid en analog tillämpning av direktiv 2004/38 bör konkret villkoren för att bevilja uppehållsrätt under längre tid än tre månader för tredjelandsmedborgaren, som är make eller maka av samma kön till en unionsmedborgare, i princip inte vara strängare än de som föreskrivs i artikel 7.2 i direktivet.

D. Den tredje och den fjärde tolkningsfrågan

89. Den hänskjutande domstolens tredje och fjärde fråga har ställts endast för det fall begreppet ”make eller maka” i artikel 2.2 a i direktiv 2004/38 skulle tolkas så, att det endast avser heterosexuella par som har ingått äktenskap.

90. Jag anser att den slutsatsen strider mot den aktuella bestämmelsens lydelse och sammanhang och mot de mål som eftersträvas med direktiv 2004/38, och att det därför inte är nödvändigt att besvara dessa frågor. För fullständighetens skull ska jag dock kortfattat pröva dessa frågor. De kan dessutom prövas gemensamt.

91. Den hänskjutande domstolen har nämligen ställt den tredje och den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida maken eller maken av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande har ingått äktenskap i enlighet med lagen i en annan medlemsstat än den mottagande medlemsstaten, om vederbörande inte anses vara ”make eller maka” i den mening som avses i direktiv 2004/38, kan räknas bland ”andra familjemedlemmar” eller kvalificeras som ”[d]en partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande” enligt artikel 3.2 a eller b i direktivet och vilka konsekvenser en sådan eventuell kvalificering får.

65 Dom av den 5 september 2012, (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 19).

66 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 37). Se, även, dom av den 10 maj 2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, punkt 53), och dom av den 14 november 2017, (C-165/16, EU:C:2017:862, punkt 33).

67 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkterna 50 och 61), dom av den 10 maj 2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, punkterna 54 och 55), och dom av den 14 november 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, punkterna 46 och 61). Se även redogörelsen under rubriken V. under A, ”Huruvida direktiv 2004/38 är tillämpligt”, i förevarande förslag till avgörande.

68 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2014, O. och B. (C-456/12, EU:C:2014:135, punkt 61).

92. Såsom jag tidigare har förklarat är det i dag konstlat att anse att ett homosexuellt par inte skulle kunna ha ett familjeliv i den mening som avses i artikel 7 i stadgan.⁶⁹

93. Det står följaktligen klart att maken eller maken av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande har ingått äktenskap i enlighet med lagen i en medlemsstat kan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 3.2 i direktiv 2004/38, såsom tillhörande gruppen "andra familjemedlemmar" eller som den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande.

94. Det framgår dock av domen av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519), att artikel 3.2 i direktiv 2004/38 inte innebär någon skyldighet för medlemsstaterna att tillerkänna personer som omfattas av tillämpningsområdet för nämnda bestämmelse en rätt till inresa och uppehåll i landet. Bestämmelsen ålägger endast medlemsstaterna en skyldighet att behandla ansökningar från personer som omfattas av dess tillämpningsområde mer förmånligt än ansökningar om inresa och uppehåll från andra tredjelandsmedborgare.⁷⁰

95. Domstolen preciserade att medlemsstaterna, för att fullgöra denna skyldighet, skulle "enligt artikel 3.2 andra stycket i direktiv 2004/38 föreskriva en möjlighet för de personer som avses i artikel 3.2 första stycket att få sin ansökan avgjord genom ett beslut som grundas på en noggrann undersökning av de personliga förhållandena, varvid ett eventuellt avslagsbeslut ska vara motiverat".⁷¹

96. Domstolen var även tvungen att konstatera att medlemsstaterna hade ett "stort utrymme för bedömning i fråga om vilka faktorer som ska beaktas [varvid d]en mottagande medlemsstaten ska ... se till att dess lagstiftning innehåller kriterier som är förenliga med den gängse meningen av ordet 'underlätta' ... Kriterierna får inte medföra att denna bestämmelse förlorar sin ändamålsenliga verkan".⁷²

97. Jag anser dock att detta utrymme för skönsmässig bedömning bör vara begränsat i det fall som har beskrivits av den hänskjutande domstolen.

98. Beslutet att avslå den ansökan om tillstånd att resa in i och uppehålla sig i landet som ingetts av maken eller maken av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande har ingått äktenskap i enlighet med lagen i en medlemsstat får inte uteslutande, eller på ett avgörande sätt, grunda sig på personens sexuella läggning, för att inte kränka artiklarna 7 och 21 i stadgan.⁷³ I det avseendet ska det påpekas att "även om skyddet för den traditionella familjen under vissa omständigheter kan utgöra ett legitimt mål med hänsyn till artikel 14 i [Europakonventionen som förbjuder diskriminering], anser [Europeiska] domstolen [för de mänskliga rättigheterna] att på det aktuella området, nämligen *beviljandet av uppehållstillstånd av familjeskäl till en utländsk homosexuell partner*, kan detta skydd inte utgöra ett 'särskilt starkt och övertygande' skäl som, under de aktuella omständigheterna, kan motivera diskriminering på grund av sexuell läggning".⁷⁴

69 Se redogörelsen under rubriken V, under B, punkt 2 b, "De grundläggande rättigheter som har samband med begreppet 'make eller maka'", i förevarande förslag till avgörande.

70 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 september 2012, (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 21)

71 Dom av den 5 september 2012, Rahman m.fl. (C-83/11, EU:C:2012:519, punkterna 22 och 26).

72 Dom av den 5 september 2012, (C-83/11, EU:C:2012:519, punkterna 24 och 26).

73 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 23 februari 2016, Pajić mot Kroatien, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, punkterna 59 och 84, och Europadomstolen, 30 juni 2016, Taddeucci och McCall mot Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, punkt 89.

74 Europadomstolen, 30 juni 2016, Taddeucci och McCall mot Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, punkt 93; min kursivering.

99. Skyldigheten att främja inresa och uppehåll för maken eller maken av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande har ingått äktenskap är vidare än mer bindande och utrymmet för skönsmässig bedömning är begränsat när medlemsstaten inte tillåter samkönade äktenskap och inte heller erbjuder homosexuella par möjligheten att ingå ett registrerat partnerskap. Av artikel 8 i Europakonventionen – och således av artikel 7 i stadgan – följer nämligen en positiv förpliktelse att ge dessa personer, i likhet med heterosexuella, möjlighet att få ett juridiskt erkännande av sitt parförhållande och ett rättsligt skydd för detta.⁷⁵ Beviljandet av uppehållstillstånd för maken eller maken till en unionsmedborgare utgör det erkännande och den minimigaranti som de kan ges.

VI. Förslag till avgörande

100. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att EU-domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av Curtea Constituțională (Författningsdomstolen, Rumänien) på följande sätt:

- ”1) Artikel 2.2 a 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 ska tolkas så, att begreppet ’make eller maka’ omfattar en make eller maka av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en medborgare i Europeiska unionen med vilken vederbörande har ingått äktenskap.
- 2) Artiklarna 3.1 och 7.2 i direktiv 2004/38 ska tolkas så, att maken eller maken av samma kön till en unionsmedborgare som följer med unionsmedborgaren till en annan medlemsstat omfattas där av en uppehållsrätt under längre tid än tre månader, förutsatt att unionsmedborgaren uppfyller villkoren i artikel 7.1 a, 7.1 b eller 7.1 c i detta direktiv.

Artikel 21.1 FEUF ska tolkas så, att i en situation där en unionsmedborgare har utvecklat eller befäst ett familjeliv med en tredjelandsmedborgare under en verkningfull vistelse i en annan medlemsstat än den unionsmedborgaren själv är medborgare i, är bestämmelserna i direktiv 2004/38 analogt tillämpliga när unionsmedborgaren, tillsammans med den berörda familjemedlemmen, återvänder till sin ursprungsmedlemsstat. I det fallet bör villkoren för att bevilja uppehållsrätt under längre tid än tre månader för tredjelandsmedborgaren, som är make eller maka av samma kön till en unionsmedborgare, i princip inte vara strängare än de som föreskrivs i artikel 7.2 i direktiv 2004/38.

- 3) Artikel 3.2 i direktiv 2004/38 ska tolkas så, att den kan vara tillämplig på situationen för en make eller maka av samma kön, som kommer från ett tredjeland, till en unionsmedborgare med vilken vederbörande har ingått äktenskap i enlighet med lagen i en medlemsstat, antingen såsom tillhörande gruppen ’andra familjemedlemmar’ eller som ’den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande’.
- 4) Artikel 3.2 i direktiv 2004/38 ska tolkas så,
 - att den inte ålägger medlemsstaterna en skyldighet att bevilja en tredjelandsmedborgare som lagligt har ingått äktenskap med en unionsmedborgare av samma kön uppehållsrätt i medlemsstaternas territorier under längre tid än tre månader,

⁷⁵ Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 21 juli 2015, Oliari m.fl. mot Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, punkt 185.

- att det likväl åligger medlemsstaterna att se till att deras lagstiftning innehåller kriterier som gör det möjligt för tredjelandsmedborgaren att få sin ansökan om tillstånd att resa in i eller uppehålla sig i landet avgjord genom ett beslut som grundas på en noggrann undersökning av de personliga förhållandena, varvid ett eventuellt avslagsbeslut ska vara motiverat,
- att även om varje medlemsstat har ett stort utrymme för bedömning i fråga om valet av kriterier, ska dock kriterierna vara förenliga med den gängse innebörden av ordet 'underlätta' och får inte medföra att denna bestämmelse förlorar sin ändamålsenliga verkan, och
- att beslutet att avslå ansökan om tillstånd att resa in i eller uppehålla sig i landet under alla omständigheter inte får grunda sig på den berörda personens sexuella läggning.”