FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED föredraget den 27 april 2006 [1]

I — Inledning

1. Genom förevarande mål aktualiseras åter den känsliga frågan om under vilka omständigheter medborgare i ett land utanför Europeiska unionen, som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare, kan göra gällande en rätt till bosättning i en medlemsstat i Europeiska unionen. Målet gäller särskilt frågan om dessa personer redan måste uppehålla sig lagligen i Europeiska unionen innan de kan göra anspråk på rättigheter som de tillerkänns enligt gemenskapens sekundärrätt, såsom domstolen konstaterade i domen i målet Akrich, [2] eller om det tvärtom är tillräckligt att de, i linje med domstolens dom i målet MRAX, [3] styrker sitt familjeband till en medborgare i Europeiska unionen.

2. I mitt förslag till avgörande i målet Akrich pekade jag på de grundläggande svårigheter som föreligger i fråga om dessa personers rättsställning och rättigheter. Å ena sidan har tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till gemenskapsmedborgare rättigheter som följer av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet för personer inom gemenskapen. Eftersom en fullständig harmonisering inom immigrationsområdet ännu inte uppnåtts är medlemsstaterna, å andra sidan, fortfarande behöriga att fastställa regler med avseende på det första tillståndet för tredjelandsmedborgare att resa in på deras territorium, och därmed till Europeiska unionens territorium.

3. Problemet är detsamma i förevarande mål, om än i ett helt annat faktiskt sammanhang än det som låg till grund för domen i målet Akrich. Olikheterna avser det sätt på vilket Hacene Akrich respektive Yunying Jia reste in i den berörda medlemsstatens territorium, de berörda familjeförhållandena, hur den tredjelandsmedborgare som gjorde gällande en rätt till bosättning agerade och de tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 23 september 2003 i mål C-109/01, Akrich (REG 2003, s. I-9607).

3 — Dom av den 25 juli 2002 i mål C-459/99, MRAX (REG 2002, s. I-6591).

II — Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

4. I fokus för förevarande mål står den rätt som följer av direktiv 73/148 [4] för medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare som utövat sin etableringsfrihet enligt artikel 53 EG. Följande bestämmelser i direktivet är relevanta i förevarande sammanhang.

Artikel 1.1

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

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

...

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

Artikel 3

"1. Medlemsstaterna skall tillåta personer som avses i artikel 1 att resa in i landet mot uppvisande av enbart identitetskort eller pass.

2. Inget inresevisum eller motsvarande dokument får krävas utom för de familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat. Medlemsstaterna skall i största möjliga mån underlätta för dessa personer att få de viseringar de behöver."

4 — Rådets direktiv 73/148/EEG av den 21 maj 1973 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster (EGT L 172, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 135).

Artikel 4.3

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

Artikel 6

"Den som ansöker om uppehållstillstånd eller tillfälligt uppehållstillstånd skall inte av en medlemsstat avkrävas att uppvisa något annat än följande, nämligen:

a) det identitetskort eller pass med vilket han eller hon kom in i landet,

b) bevis för att han eller hon tillhör någon av de personkategorier som avses i artiklarna 1 och 4."

Artikel 8

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

III — Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågorna

5. Sökanden i tvisten i målet vid den nationella domstolen, Yunying Jia, född 1940, är medborgare i Folkrepubliken Kina och är nu pensionerad. Hennes son Shenzhi Li, som också är kinesisk medborgare, är gift med den tyska medborgaren Svanja Schallehn. Svanja Schallehn driver som egenföretagare en resebyrå i Sverige. Paret har lagenligt varit bosatta i Sverige sedan år 1995 och båda har uppehållstillstånd som är giltiga till och med den 3 juli 2006.

6. Den 2 maj 2003 beviljade Sveriges ambassad i Peking Yunying Jia en besöksvisering som var giltig till och med den 21 augusti 2003 för en inresa i Schengenstaterna avseende en vistelse i högst 90 dagar. Yunying Jia reste in i Schengenstaterna via Stockholm-Arlanda flygplats den 13 maj 2003 med sitt eget hemlandspass och sitt

besöksvisum. Den 7 augusti 2003, strax innan hennes visum löpte ut, ansökte Yunying Jia om uppehållstillstånd hos Migrationsverket (Sveriges immigrationsmyndighet) och uppgav att hon är en familjemedlem till en medborgare i Europeiska unionen, av vilken hon är beroende.

7. Till stöd för sin ansökan hänvisade Yunying Jia till sin ekonomiska situation i Kina. Hon och hennes make uppbär pensioner från Kina på omkring 1 000 till 1 100 svenska kronor i månaden (omkring 110–120 euro), vilket inte är tillräckligt för dem att leva på. Eftersom ytterligare ekonomisk hjälp inte går att få från de kinesiska myndigheterna, skulle de inte klara sig utan ekonomiska bidrag från sonen och hans maka. Yunying Jia har gett in ett släktskapsintyg avseende henne och sonen från Bejing Notary Public Office samt ett intyg från China Forestry Publishing House om att hon är ekonomiskt beroende av sin son och svärdotter.

8. Den 7 april 2004 beslutade Migrationsverket att avslå Yunying Jias ansökan om uppehållstillstånd, samt att hon skall avvisas till sitt hemland eller till annat land om Yunying Jia visar att något annat land tar emot henne. Migrationsverket anser att en handling utfärdad av den behöriga myndigheten i ursprungslandet, som visar att sökanden är beroende av den i Sverige bosatta släktingen för sin försörjning, skall uppvisas för att styrka det ekonomiska beroendet. Den handling som ingavs av Yunying Jia var inte utfärdad av en behörig myndighet. Enbart den omständigheten att hennes son skickar pengar och bistår henne på andra sätt kan inte anses utgöra tillräcklig grund för att hon skall anses vara ekonomiskt beroende av sin son i lagens mening. Inte heller kan det faktum att Yunying Jias levnadsstandard skulle vara högre i Sverige anses innebära att ett ekonomiskt beroende föreligger.

9. Den 14 maj 2004 överklagade Yunying Jia Migrationsverkets beslut till Utlänningsnämnden (överinstans i immigrationsärenden).

10. Den 3 september 2003 beviljade Migrationsverket Yunying Jias make Yupu Li en visering giltig för en inresa i Sverige för vistelse i högst 180 dagar. Han ansökte den 10 mars 2004 om uppehållstillstånd på samma grunder som Yunying Jia och Migrationsverket avslog hans ansökan den 17 september 2004. Yupu Li överklagade Migrationsverkets beslut till Utlänningsnämnden.

11. Yunying Jia framförde, sedan hennes ansökan om uppehållstillstånd avslagits av Migrationsverket, klagomål till Europeiska

kommissionen. I en skrivelse av den 7 maj 2004 till Sveriges ständiga representation vid Europeiska unionen meddelade kommissionen att Migrationsverkets avslagsbeslut inte föreföll överensstämma med artiklarna 1.1 d och 4.3 i direktiv 73/148, artikel 8 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europakonventionen) och domstolens rättspraxis, särskilt domen i målet MRAX. [5] Yunying Jia hade därför enligt kommissionens uppfattning rätt att ansöka om uppehållstillstånd med samma giltighet som dem som tidigare meddelats hennes tyska svärdotter och kinesiske son.

12. Som svar på kommissionens skrivelse noterade Migrationsverket att begreppet "beroende för sin försörjning" innebär att det skall finnas ett verkligt behov av ekonomiska eller andra bidrag som återkommande tillgodoses genom de anhöriga i medlemslandet och att det är behovet av försörjning i hemlandet som måste vara avgörande och inte behovet av försörjning vid en eventuell flyttning till medlemslandet. Beroendet måste också kunna styrkas med ett intyg eller andra handlingar, företrädesvis ett intyg om beroendet från hemlandets myndigheter. Enbart ett åtagande från unionsmedborgaren eller dennes make att försörja en förälder är inte tillräckligt för att det skall anses föreligga ett sådant beroende som fordras för att uppehållstillstånd skall beviljas. Denna ståndpunkt framfördes av Sveriges regering i en skrivelse av den 21 juni 2004 till Europeiska kommissionen.

13. I begäran om förhandsavgörande har Utlänningsnämnden frågat huruvida domstolens uttalande i målet Akrich, [6] att medborgaren i ett tredjeland måste uppehålla sig lagligen i gemenskapen för att komma i åtnjutande av de rättigheter som följer av artikel 10 i förordning nr 1612/68, är tillämpligt under andra omständigheter än de som förelåg i det målet. Frågan är med andra ord om den domen uttrycker en allmängiltig princip som innebär att den rätt för en medborgare i ett tredjeland som är familjemedlem till en unionsmedborgare att resa in i och uppehålla sig i en medlemsstat, som följer av EG-fördraget och gemenskapens sekundärrätt, endast föreligger när denna person enligt den nationella lagstiftningen lagligen uppehåller sig i en medlemsstat och därefter reser tillsammans med eller reser för att förena sig med en unionsmedborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet, inte enbart i egenskap av arbetstagare, utan som egenföretagare? En grundläggande fråga som aktualiserades genom domen i målet Akrich är dessutom vad som avses med uttrycket "uppehåller sig lagligt". Utlänningsnämnden har vidare frågat vad som skall anses utgöra en faktisk beroendesituation och huruvida

5 — Se ovan fotnot 3.

6 — Se ovan fotnot 2.

det enligt artikel 6 i direktiv 73/148 är möjligt att förutom bevis för släktskapet även kräva bevis för beroendeförhållandet.

14. Mot den bakgrunden beslutade Utlänningsnämnden att med stöd av artikel 234 EG hänskjuta följande frågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

"1 a. Skall, i ljuset av domen i mål C-109/01, artikel 10 i förordning (EEG) nr 1612/68 tolkas så, att en tredjelandsmedborgare som är anhörig till en arbetstagare som där anges, lagligen måste uppehålla sig inom gemenskapen för att han/hon skall ha rätt att bosätta sig tillsammans med arbetstagaren — och skall då på motsvarande vis artikel 1 i direktiv 73/148/EEG tolkas så, att rätten till bosättning för en unionsmedborgares anhörig, som är tredjelandsmedborgare, förutsätter att tredjelandsmedborgaren lagligen uppehåller sig i gemenskapen?

b. Om direktiv 73/148/EEG skall tolkas så, att en förutsättning för att en unionsmedborgares anhörig, som är tredjelandsmedborgare, skall kunna åberopa rätten till bosättning enligt direktivet är att han/hon lagligen uppehåller sig inom gemenskapen, skall då detta innebära att den anhörige skall inneha ett giltigt uppehållstillstånd som gäller för, eller som är tänkt att leda till, bosättning i något av medlemsländerna? Om ett bosättningstillstånd inte föreligger är det då tillräckligt med ett uppehållstillstånd av annan anledning för en kortare eller längre vistelse, eller är det, som i det ärende som är anhängiggjort hos Utlänningsnämnden, tillräckligt om den anhörige som ansöker om uppehållstillstånd innehar en giltig visering?

c. Om en unionsmedborgares anhörig, som är tredjelandsmedborgare, inte kan åberopa en rätt till bosättning enligt direktiv 73/148/EEG på grund av att han/hon inte uppehåller sig lagligen inom gemenskapen, inskränker det då unionsmedborgarens etableringsrätt enligt artikel 43 EG att vägra den anhörige uppehållstillstånd för bosättning?

d. Om en unionsmedborgares anhörig, som är tredjelandsmedborgare, inte kan åberopa en rätt till bosättning enligt direktiv 73/148/EEG på grund av att han/hon inte uppehåller sig lagligen i gemenskapen, inskränker det då unionsmedborgarens etable-

ringsrätt enligt artikel 43 EG, om unionsmedborgarens anhöriga avvisas ur landet därför att en ansökan om ett nationellt uppehållstillstånd inte får bifallas efter inresan i Sverige?

2 a. Skall artikel 1 d i direktiv 73/148/EEG tolkas så, att med "beroende" menas att en unionsmedborgares anhörig är ekonomiskt beroende av unionsmedborgaren för att kunna uppnå lägsta godtagbara levnadsstandard i sitt hemland eller land där han/hon stadigvarande är bosatt?

b. Skall artikel 6 b i direktiv 73/148/EEG tolkas så, att medlemsländerna får kräva att en unionsmedborgares anhörig som åberopar att han/hon är beroende av unionsmedborgaren eller dennes maka/make, uppvisar handlingar, utöver ett åtagande från unionsmedborgarens sida, som styrker att det föreligger ett faktiskt beroendeförhållande?"

15. Yunying Jia och den belgiska, den slovakiska och den svenska regeringen och Förenade kungarikets regeringar samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Med undantag för den belgiska och den slovakiska regeringen har dessa parter även yttrat sig muntligen vid förhandlingen som hölls den 21 februari 2006.

IV — Parternas och intervenienternas argument

A — *Angående Utlänningsnämndens ställning enligt artikel 234 EG*

16. Före diskussionen av de tolkningsfrågor som har hänskjutits av Utlänningsnämnden har den svenska regeringen redogjort för varför den anser att detta organ skall betraktas som en "domstol" i den mening som avses i artikel 234 EG och således är behörigt att begära ett förhandsavgörande enligt den bestämmelsen. Den har förklarat att Utlänningsnämnden är ett förvaltningsorgan med kvasijuridiska befogenheter, som prövar överklaganden av Migrationsverkets beslut. Det är inrättat enligt lag, permanent till sin karaktär och dess ordförande och vice ordförande skall vara jurister med tidigare erfarenhet av dömande arbete. De processuella och materiella regler som tillämpas är fastställda i lag. Dess beslut är bindande och kan inte överklagas. Förfarandet är kontradiktoriskt till sin karaktär. Utlänningsnämn-

den har en skyldighet att respektera principen om allas likhet inför lagen och erbjuda garantier för opartiskhet och objektivitet. Den fattar sina beslut helt självständigt, även om den har möjlighet att hänskjuta vissa mål till regeringen under i lag fastställda omständigheter.

B — *Kravet att tredjelandsmedborgaren lagligen skall uppehålla sig i gemenskapen (fråga 1a–1d)*

17. Yunying Jia har anfört att hennes fall skiljer sig från situationen i målet Akrich såtillvida att hon hade ett giltigt visum när hon ansökte om uppehållstillstånd och att hon aldrig tidigare hade utvisats från Sverige. Hon hade enligt svensk lagstiftning rätt att stanna inom Sveriges territorium i avvaktan på att hennes ansökan prövades. Hon har även noterat att de berörda gemenskapsrättsliga bestämmelserna inte innehåller ett bosättningskrav. Artikel 6 i direktiv 73/148 innehåller inget krav på att sökanden skall ha ett visum för att kunna ansöka om uppehållstillstånd. Det är möjligt att ansöka om ett sådant tillstånd även efter inresan i den berörda medlemsstatens territorium. Hon har gjort gällande att en vägran att utfärda ett uppehållstillstånd i ett fall som hennes utgör ett åsidosättande av artikel 43 EG.

18. Den svenska och den slovakiska regeringen samt kommissionen delar i huvudsak den inställningen. Enligt deras uppfattning är möjligheten för familjemedlemmar till gemenskapsmedborgare, som utövat rätten till fri rörlighet, att åberopa rätten till uppehållstillstånd inte beroende av att personen tidigare skall ha uppehållit sig lagligen i landet. Ett sådant krav föreskrivs inte i direktiv 73/148. Domstolens avgörande i målet Akrich skall tolkas restriktivt och ses mot bakgrund av de speciella faktiska omständigheterna i det målet. Att som ett förhandskrav begära att familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare, som reser in i en medlemsstat direkt från ett tredjeland, skall inhämta ett uppehållstillstånd i en gemenskapsmedborgares ursprungsmedlemsstat, skulle innebära en oberättigad inskränkning av den senares rätt till fri rörlighet och strida mot syftena med artikel 43 EG och direktiv 73/148. Dessa familjemedlemmars rätt att bosätta sig tillsammans med medborgaren i en medlemsstat är som domstolen konstaterade i domen i målet MRAX enbart en följd av familjebandet. Följaktligen har dessa parter förordat att den första tolkningsfrågan skall besvaras nekande.

19. Den nederländska regeringen och Förenade kungarikets regering har intagit motsatt ståndpunkt. Nederländernas regering skiljer mellan tredjelandsmedborgares invandring till gemenskapens territorium och "vidaremigrering" (*doormigratie*) till en annan medlemsstat inom gemenskapen. Den senare omfattas nästan helt av gemenskapens behörighet, medan den förra fortfarande omfattas av nationell behörighet. Medlemsstaterna ansvarar enligt det synsättet för det

första, på en individuell bedömning grundade, tillståndet för tredjelandsmedborgare att resa in i gemenskapens territorium. De skall i det sammanhanget iaktta sina skyldigheter enligt artikel 8 i Europakonventionen. Gemenskapsrätten skall inte tolkas på ett sådant sätt att tredjelandsmedborgare som inte har ett giltigt uppehållstillstånd kan kringgå tillämpningen av den nationella invandringsslagstiftningen. Båda dessa regeringar har gjort gällande att regeln att en tredjelandsmedborgare skall uppehålla sig lagligen i gemenskapen för att kunna åberopa de rättigheter som de tillerkänns genom artikel 10 i förordning nr 1612/68, som slås fast i domen i målet Akrich, även är tillämplig inom ramen för direktiv 73/148. Direktivet avser inte tillträdet till medlemsstaternas territorium från länder utanför gemenskapen. Direktivet syftar till att underlätta den fria rörligheten inom gemenskapen och det kan i förevarande mål inte göras gällande att vägran att bevilja Yunying Jia uppehållstillstånd hade en avhållande effekt på hennes svärdotters utövande av sina rättigheter enligt artikel 43 EG.

20. Beträffande innebörden av att "uppehålla sig lagligen" anser den nederländska regeringen att detta uttryck under alla omständigheter avser situationer där tredjelandsmedborgaren har tillstånd att återförenas med en familjemedlem som är gemenskapsmedborgare och som varaktigt är bosatt i en medlemsstat eller har en jämförbar ställning. Däremot skulle inte personer som bara har ett visum eller som har tillstånd att vistas inom en medlemsstats territorium i avvaktan på besked om en ansökan om uppehållstillstånd omfattas. Att tillåta personer i sådana situationer att röra sig fritt inom gemenskapen skulle innebära att en medlemsstat måste tillåta en tredjelandsmedborgare att resa in utan att det dessförinnan görs en individuell bedömning. Detta kan inte ha varit gemenskapslagstiftarens avsikt. Förenade kungariket har intagit en striktare ståndpunkt och har gjort gällande att begreppet "uppehålla sig lagligen" skall fastställas enligt nationell rätt. Direktiv 73/148 kan inte ge en tredjelandsmedborgare bättre rätt än den han tillerkänts i en annan medlemsstat.

C — Kravet på beroende (frågorna 2a och 2b)

21. Yunying Jia anser att begreppen "beroende" och "uppnå lägsta godtagbara levnadsstandard" hänger samman. Enligt henne innebär "beroende" att den person som har ett uppehållstillstånd faktiskt tar på sig ansvaret för en familjemedlems försörjning. Hon har gjort gällande att hon på ett tillfredsställande sätt har visat att hon faktiskt är beroende av sin son och svärdotter.

22. Den svenska regeringen har förklarat att beroendet skall ses mot bakgrund av situationen i ursprungslandet och att det skall föreligga ett verkligt behov av regelbundet ekonomiskt stöd. I annat fall skulle detta villkor i artikel 1.1 d i direktiv 73/148 fråntas sin ändamålsenliga verkan, eftersom det är utformat för att begränsa kretsen av familjemedlemmar som har rätt att bo tillsammans

med en migrerande gemenskapsmedborgare. Villkoret bibehölls också uttryckligen i direktiv 2004/38. [7] Ett beroende måste konstateras mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet på grundval av konkreta och objektiva fakta. Medlemsstater har rätt att kräva bevis för att ett beroende föreligger, särskilt — analogt med artikel 4.3 e i direktiv 68/360 [8] — genom att inge en handling utfärdad av den behöriga myndigheten i ursprungslandet. Enbart en förklaring från den gemenskapsmedborgare som familjemedlemmen är beroende av är inte tillräcklig. Denna åsikt delas av den belgiska och den slovakiska regeringen samt av Förenade kungarikets regering.

23. Kommissionen har å andra sidan hävdat att det ekonomiska beroendet skall bedömas i den medlemsstat där gemenskapsmedborgaren är bosatt. Om det land från vilket familjemedlemmen från ett tredjeland kommer skall användas som referenspunkt, skulle det avsevärt begränsa den personkrets som har rätt till familjeåterförening med gemenskapsmedborgare och begränsa dessas rätt att röra sig inom gemenskapen. Det saknar betydelse om stödet är tillräckligt för att garantera en skälig levnadsstandard i medlemsstaten, eftersom kravet endast avser det ekonomiska beroendet. Beträffande de bevis som skall företes anser kommissionen att medlemsstaten måste godta att all slags bevisning åberopas för att styrka det faktiska ekonomiska beroendet. Eftersom det kan vara svårt att frambringa sådan bevisning vid tidpunkten för ansökan om uppehållstillstånd, kan det enda bevis som kan godtas vid den tidpunkten vara ett åtagande från gemenskapsmedborgaren eller dennes make att försörja den berörda familjemedlemmen. I det aktuella fallet anser kommissionen att Yunying Jia skall anses vara beroende av sin son och svärdotter.

V — Upptagande till sakprövning

24. Genom att diskutera Utlänningsnämndens ställning enligt artikel 234 EG har den svenska regeringen indirekt berört frågan huruvida den tolkningsfråga som hänskjutits av detta organ kan tas upp till prövning i sak.

25. De kriterier som tillämpats av domstolen för att bedöma om ett organ som begär ett förhandsavgörande är en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG är fast etablerade. Till dessa hör faktorer som huruvida organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär, om dess jurisdiktion är av tvingande art, om förfarandet är kontradiktoriskt, om organet

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

8 — Rådets direktiv 68/360/EEG av den 15 oktober 1968 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medlemsstaternas arbetstagare och deras familjer (EGT L 257, s. 13; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 44).

tillämpar rättsregler samt om det har en oberoende ställning. [9] Med utgångspunkt från den svenska regeringens uppgifter hyser jag inga tvivel om att Utlänningsnämnden uppfyller dessa krav. Den ter sig också i fråga om stadga och organisation jämförbar med det organ som begärde ett förhandsavgörande i målet Abrahamsson, [10] vilket domstolen konstaterade var en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Frågorna kan således tas upp till prövning i sak.

VI — Frågeställningen i ett vidare sammanhang

A — *Inledning*

26. Liksom domen i målet Akrich är målet Yunying Jia en illustration av det grundläggande spända förhållande som föreligger i fråga om rättsställningen för tredjelandsmedborgare vars familjemedlemmar är medborgare i Europeiska unionen. Det spända förhållandet är en följd av medlemsstaternas befogenheter på immigrationsområdet, å ena sidan, och gemenskapens bestämmelser om fri rörlighet för personer inom gemenskapen, å andra sidan. Medlemsstaternas behörighet i immigrationsfrågor innebär att det första tillståndet för en tredjelandsmedborgare att resa in i landets, och därmed Europeiska unionens territorium, lämnas efter en individuell prövning av den berörda personen. De befintliga gemenskapsbestämmelserna om fri rörlighet för personer ger däremot makar och vissa andra familjemedlemmar till unionsmedborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet inom gemenskapen rätt till inresa och vistelse, oberoende av familjemedlemmens nationalitet.

27. I sin dom i målet Akrich föreföll domstolen lösa detta problem genom att slå fast att förordning nr 1612/68 endast avser den fria rörligheten inom gemenskapen, men inte säger någonting om rätten för en medborgare i ett tredjeland som är make till en medborgare i unionen att resa in i gemenskapen. Domstolen konstaterade därefter att för att komma i åtnjutande av de rättigheter som tillerkänns sådana tredjelandsmedborgare måste personen uppehålla sig lagligen i en medlemsstat när han flyttar till en annan medlemsstat dit medborgaren i unionen flyttar eller har flyttat. [11] Efter att ha avgränsat nationernas respektive gemenskapens behörighet på detta sätt övergick domstolen till att definiera de omständigheter under vilka den nationella behörigheten måste utövas med beaktande av det skydd för familjelivet som avses i artikel 8 i Europakonventionen.

9 — Se, bland annat, dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, G. Vaassen-Göbbels (REG 1966, s. 261; svensk specialutgåva, volym 1, s. 263), av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre (REG 1995, s. I-3361), punkt 9, och av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult (REG 1997, s. I-4961), punkt 23, och av den 30 november 2000 i mål C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund (REG 2000, s. I-10497), punkt 24.

10 — Dom av den 6 juli 2000 i mål C-407/98, Abrahamsson (REG 2000, s. I-5539), se punkterna 28–38.

11 — Se domen i målet Akrich (ovan fotnot 2), punkterna 49 och 50.

28. Den domen står i kontrast till vissa andra domar av såväl tidigare som senare datum, där domstolen entydigt har slagit fast att rätten för en tredjelandsmedborgare som är gift med en medborgare i en medlemsstat att resa in i en medlemsstats territorium och uppehålla sig där enbart följer av familjebandet. [12]

B — *Avgränsning av behörigheter*

29. Således kvarstår en viss oklarhet angående räckvidden av medlemsstaternas behörighet att meddela inresetillstånd för tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgare som har utövat eller som har för avsikt att utöva sin rätt till fri rörlighet. Det är i synnerhet tveksamt om domstolens ståndpunkt i domen i målet Akrich kan förklaras av de särskilda omständigheterna i det målet eller om den regel som fastställdes där är allmänt tillämplig. Situationen kompliceras ytterligare av frågan om medlemsstaten har en skyldighet *enligt gemenskapsrätten* att iaktta skyddet för familjelivet enligt artikel 8 i Europakonventionen. Jag anser därför att det är nödvändigt att sätta in det bakomliggande problemet i Yunying Jias fall i ett vidare perspektiv och att söka en lösning som kan tillämpas av de nationella myndigheterna och domstolarna och som överensstämmer med behörighetsuppdelningen inom immigrationsområdet. I syfte att finna en sådan lösning kommer jag att pröva de olika rättsliga parametrar som har betydelse för problemet mer ingående. Jag kommer i det sammanhanget även att nämna senare gemenskapslagstiftning som antagits i fråga om tredjelandsmedborgares inresa till unionens territorium.

30. Den första av dessa rättsliga parametrar gäller behörighetsuppdelningen i fråga om invandring till unionen och tredjelandsmedborgares rörlighet och bosättning inom unionen, inbegripet familjemedlemmar till medborgare i medlemsstaterna som har utövat sin fria rörlighet inom unionen. I artikel 3 EG, som innehåller en förteckning över de åtgärder som skall vidtas av gemenskapen för att nå de mål som anges i artikel 2 EG, görs en klar åtskillnad mellan den interna och den externa aspekten av den fria rörligheten för personer. Medan det i artikel 3 1 c EG föreskrivs att en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna, anges i artikel 3 1 d EG åtgärder som avser personers inresa och rörlighet enligt avdelning IV om visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer.

12 — Domen i målet MRAX (ovan fotnot 3), punkt 59, och dom av den 14 april 2005 i mål C-157/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-2911), punkt 28.

31. Den interna aspekten regleras helt genom gemenskapsrätten. Fri rörlighet för unionsmedborgare, det vill säga personer som är medborgare i en medlemsstat, inom medlemsstaternas territorium garanteras på fördragsnivån genom den samlade verkan av artiklarna 18 EG, 39 EG, 43 EG och 49 EG, som alla har direkt effekt, tillsammans med gemenskapens sekundärrätt som antagits för att genomföra dessa bestämmelser, särskilt förordning nr 1612/68, direktiv 68/360, direktiv 73/148 och direktiven 90/364, 90/365 och 93/96. [13] Som en följd av de rättigheter som tillerkänns gemenskapsmedborgare som bedriver ekonomisk verksamhet i andra medlemsstater, föreskrivs i dessa gemenskapsinstrument även rättigheter för familjemedlemmar, oberoende av nationalitet, att röra sig och uppehålla sig tillsammans med den primära innehavaren av den rättighet som följer av gemenskapsrätten.

32. Genom den externa aspekten av detta politikområde, som inte infördes i EG-fördraget förrän genom Amsterdamfördraget (som trädde i kraft den 1 maj 1999), tillerkänns däremot inte rättigheter som har direkt effekt, utan läggs en rättslig grund för ett lagstiftningsprogram för harmonisering av de nationella lagstiftningarna om, bland annat, invandring och kontroller vid unionens yttre gränser. Särskilt betonas i artikel 61 a EG det nära sambandet mellan de interna och externa inslagen i den fria rörligheten för personer genom att rådet anmodas att "besluta om åtgärder som syftar till att säkerställa den fria rörligheten för personer i enlighet med artikel 14 [EG], och i samband därmed besluta om direkt relaterade stödåtgärder avseende kontroller vid yttre gränser, asyl och invandring...". Även om olika åtgärder vidtagits för att genomföra slutsatserna från Europeiska rådets möte i Tammerfors den 15–16 oktober 1999 och det påföljande Haagprogrammet från november 2004, [14] är harmoniseringen inom detta område fortfarande långt ifrån fullständig. På gemenskapsrättens nuvarande utvecklingsstadium är det uppenbart att medlemsstaterna har kvar sin behörighet i fråga om de flesta aspekterna av invandringslagstiftningen.

33. Det innebär närmare bestämt att det ankommer på medlemsstaterna att besluta om tillstånd för den första inresan i deras territorium för personer från tredjeland, i enlighet med kriterier som fastställs i den nationella lagstiftningen. Det betyder att de först efter en bedömning avseende den enskilda berörda personen har rätt att tillåta inresa för en medborgare i tredjeland och detta är också det allmänna tillvägagångssättet i de flesta medlemsstater. När de väl har fått tillstånd att resa in i en medlemsstats territorium som ingår i Schengensystemet har alla personer rätt att röra sig över de inre

13 — Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 257, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33), direktiv 68/360 (ovan fotnot 8), direktiv 73/148 (ovan fotnot 4), rådets direktiv 90/364/EEG av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning (EGT L 180, s. 26; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 58), rådets direktiv 90/365/EEG av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning för anställda och egna företagare som inte längre är yrkesverksamma (EGT L 180, s. 28; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 60), och rådets direktiv 93/96/EEG av den 29 oktober 1993 om rätten till bosättning för studenter (EGT L 317, s. 59).

14 — Båda finns på http://europa.eu.int/comm/justice_home/index_en.htm.

gränserna mellan dessa medlemsstater. Rätten att bosätta sig i en medlemsstat regleras dock antingen av gemenskapsrätten eller nationell rätt beroende på den berörda personens nationalitet och rättsliga ställning.

34. Under vissa omständigheter kan utövandet av de rättigheter som medborgare i ett tredjeland som är familjemedlem till en migrerande gemenskapsmedborgare tillerkänns direkt genom de berörda gemenskapsbestämmelserna inkräkta på medlemsstaternas behörighet på immigrationsområdet. Detta är fallet när en familjemedlem från ett tredjeland, som i förevarande mål, reser in i en medlemsstat och ansöker om uppehållstillstånd med stöd av gemenskapsrätten, trots att den berörda personen kanske inte lagenligt skulle ha tillåtits resa in i den medlemsstatens territorium i syfte att stadigvarande bosätta sig där. Mot bakgrund av detta föreligger ett klart behov av att avgränsa räckvidden av dessa båda behörighetsområden.

35. Det problemet kan inte lösas genom en enkel tillämpning av principen om gemenskapsrättens företräde vid en konflikt med nationell rätt. Problemet skall snarare betraktas inom ramen för samexisterande, men av varandra inbördes oberoende, behörighetssfärer. Såsom anges i artikel 61 a EG föreligger ett tydligt funktionellt samband mellan att möjliggöra fri rörlighet inom gemenskapen inom ett område utan inre gränser, såsom föreskrivs i artikel 14 EG, och förekomsten av pålitliga och säkra kontroller vid detta områdes yttre gränser. I det avseendet kan en parallell dras med det förhållande som råder mellan den fria rörligheten för varor inom gemenskapen och förekomsten av en gemensam tulltaxa och en gemensam handelspolitik i fråga om varor som importeras till gemenskapen. Även om den nationella invandringen ännu inte (helt) har harmoniserats och skillnader och avvikelser kan kvarstå, är den fria rörligheten för alla personer inom den gemensamma marknaden, oberoende av nationalitet, till dess att en tillräcklig grad av harmonisering uppnås, naturligtvis beroende av medlemsstaternas förtroende för varandras politik och praxis i fråga om att tillåta medborgare från tredjeland att resa in i deras territorium.

C — *Föreliggande gemenskapsrättslig lagstiftning såsom den tolkats av domstolen*

36. Den andra fråga som skall diskuteras är den exakta räckvidden av de rättigheter som genom de olika gemenskapsinstrument som reglerar den fria rörligheten för arbetstagare, egenföretagare och tjänsteleverantörer tillerkänns medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till gemenskapsmedborgare. Frågan är närmare bestämt om rätten att resa in i en medlemsstat och rätten att uppehålla sig där inte bara medges oberoende av familjemedlemmens nationalitet,

utan även oberoende av om han reser in i värdmedlemsstaten från en annan medlemsstat eller direkt från ett tredjeland.

37. De bestämmelser som ger familjemedlemmar från tredjeland rätt till inresa och bosättning är i detta avseende inte entydiga till sin lydelse. Både enligt artikel 10 i förordning nr 1612/68 om fri rörlighet för arbetstagare och enligt artikel 1 i direktiv 73/148 om fri rörlighet för egenföretagare ges bland annat make till arbetstagare och till egenföretagare och släktingar i efterföljande led, oavsett nationalitet,, rätt att bosätta sig tillsammans med en arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat och som är anställd i en annan medlemsstats territorium eller att flytta och bosätta sig tillsammans med en medborgare i en medlemsstat som är etablerad eller har för avsikt att etablera sig i en annan medlemsstat för att bedriva ekonomisk verksamhet där. [15]

38. Som nämnts ovan är domstolens rättspraxis inom detta område inte helt entydig. Domstolen har tillämpat såväl en generös som en restriktiv linje i fråga om de villkor på vilka de rättigheter för gemenskapsmedborgares familjemedlemmar från tredjeland som följer av gemenskapens sekundärrätt kan åberopas.

39. Det generösa synsättet var vägledande i domen i målet MRAX, där domstolen slog fast att rätten att resa in i medlemsstaternas territorium för en medborgare i ett tredjeland som är make till en medborgare i en medlemsstat enligt gemenskapsrätten endast följer av familjebandet. Den påpekade visserligen att det framgår av artikel 3.2 i direktiv 68/360 och av artikel 3.2 i direktiv 73/148 att utövandet av denna rättighet kan villkoras av innehav av en visering (som definieras som ett tillstånd som är utfärdat av en medlemsstat eller ett beslut som fattats av en medlemsstat och som krävs för inresa på den medlemsstatens territorium), [16] men anförde att medlemsstaterna dock enligt samma bestämmelser i största möjliga mån skall underlätta för dessa personer att få de visa de behöver. En policy i en medlemsstat att vid gränsen avvisa en medborgare i ett tredjeland, som är make till en medborgare i en medlemsstat och som försöker resa in i staten utan att inneha något giltigt identitetskort eller pass eller i förekommande fall visering, när denne make kan styrka sin identitet och äktenskapsbandet och när det inte finns någon omständighet utifrån vilken det kan fastslås att denne innebär en fara för allmän ordning, säkerhet eller hälsa, strider,

15 — Detsamma gäller tjänsteleverantörers familjemedlemmar, som jag för att inte överbelasta huvudtexten avstår från att nämna.

16 — Definitionen återfinns i artikel 5 i rådets förordning (EG) nr 2317/95 av den 25 september 1995 om fastställande av de tredje länder vars medborgare måste ha visering när de passerar medlemsstaternas yttre gränser (EGT L 234, s. 1).

mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, bland annat mot artikel 3 i direktiv 68/360 och artikel 3 i direktiv 73/148. [17] Därefter slog domstolen fast att artikel 4 i direktiv 68/360 och artikel 6 i direktiv 73/148 skall tolkas så, att medlemsstaterna inte får vägra att bevilja uppehållstillstånd och inte får utvisa en medborgare i ett tredjeland som kan styrka sin identitet och sitt äktenskap med en medborgare i en medlemsstat enbart av det skälet att denne rest in olagligen i den berörda medlemsstaten. [18]

40. Det avgörandet står i skarp kontrast till domstolens avgörande i målet Akrich, där ett striktare synsätt tillämpades. Det målet gällde en marockansk medborgare som hade uppehållit sig olagligt i Förenade kungariket, begått ett antal brott under sin vistelse där och som därför utvisats. Hacene Akrich återvände illegalt till Förenade kungariket och gifte sig med en brittisk kvinna. Efter att ha arbetat i Irland i sex månader återvände paret till Förenade kungariket och åberopade de rättigheter som tillerkänns makar till gemenskapsarbetstagare enligt artikel 10 i förordning nr 1612/68, såsom den tolkats av domstolen i domen i målet Singh. [19] Där betonade domstolen att förordning nr 1612/68 endast avser den fria rörligheten inom gemenskapen, men inte säger någonting om rätten för en medborgare i ett tredjeland som är make till en medborgare i unionen att resa in i gemenskapen. För att i en situation som den i målet vid den nationella domstolen komma i åtnjutande av de rättigheter som föreskrivs i artikel 10 i förordning nr 1612/68 krävs att medborgaren i ett tredjeland som är make till en medborgare i unionen uppehåller sig lagligen i en medlemsstat när han flyttar till en annan medlemsstat dit medborgaren i unionen flyttar eller har flyttat. [20]

41. I domen i målet kommissionen mot Spanien, [21] som meddelades över ett år efter domen i målet Akrich och som gällde spanska formaliteter som skulle uppfyllas av medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare som har utövat sin fria rörlighet innan de kunde ansöka om uppehållstillstånd, tillämpade domstolen på nytt samma synsätt som i domen i målet MRAX. Den upprepade att rätten att resa in i en medlemsstats territorium för en tredjelandsmedborgare som är gift med en medborgare i en medlemsstat endast följer av familjebandet. Den slog fast att det krav på bosättningsvisering som föreskrivs i de spanska bestämmelserna och som måste vara uppfyllt för att erhålla ett uppehållstillstånd, och vägran att utfärda detta tillstånd till medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare med motiveringen att familjemedlemmen dessförinnan borde ha ansökt om en bosättningsvisering vid det spanska konsulatet i sin senaste hemort,

17 — Domen i målet MRAX (ovan fotnot 3), punkterna 59 och 62.

18 — Domen i målet MRAX, *idem*, punkt 80.

19 — Dom av den 7 juli 1992 i mål C-370/90, Singh (REG 1992, s. I-4265; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-19).

20 — Domen i målet Akrich (ovan fotnot 2), punkterna 49 och 50.

21 — Domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 12).

stred mot bestämmelserna i direktiven 68/360, 73/148 och 90/365.[22] Domstolen hänvisade inte till domen i målet Akrich i denna dom.

42. Det är således uppenbart att rättspraxis är inkonsekvent på grund av de olika synsätt som tillämpats i domarna i målen MRAX och kommissionen mot Spanien, å ena sidan, och i målet Akrich, å andra sidan. Det är också dessa skilda synsätt som föranlett Utlänningsnämnden att begära ett förhandsavgörande från domstolen.

43. Den grundläggande fråga som domen i målet Akrich aktualiserar är om den regel som fastställdes i det avgörandet endast är tillämplig när det har fastställts av de nationella myndigheterna att den berörde tredjelandsmedborgaren uppehåller sig olagligt inom medlemsstatens territorium. Det skulle tyda på att regeln inte endast är tillämplig när en person lagligen uppehåller sig i medlemsstaten, utan även när personen inte befinner sig olagligt inom en medlemsstats territorium. I linje med domen i målet MRAX skulle familjeanknytningen med en unionsmedborgare som utövat sin fria rörlighet i så fall utgöra tillräcklig grund för en rätt till inresa och bosättning i en medlemsstat.

44. Denna snäva tolkning av domen i målet Akrich skulle kunna baseras på hänvisningen i punkt 50 till "en situation sådan som den i målet vid den nationella domstolen", såsom varande det sammanhang i vilket regeln är tillämplig. I motsatt riktning pekar dock konstaterandet i punkten innan i domen, där domstolen entydigt förklarar att de berörda gemenskapsbestämmelserna endast avser den fria rörligheten inom gemenskapen och inte säger något om rätten att resa in i gemenskapen.

45. Mot bakgrund av ovanstående överväganden finns det anledning att konstatera att det rådande rättsläget beträffande de villkor på vilka en medborgare i ett tredjeland som är familjemedlem till en migrerande gemenskapsmedborgare kan åberopa de rättigheter som tillerkänns genom förordning nr 1612/68 och direktiv 73/148 inte förefaller helt konsekvent.

D — *Familjeliv och fri rörlighet*

46. Vid prövningen av rätten för en medborgare i ett tredjeland som är familjemedlem till en gemenskapsmedborgare att resa in och uppehålla sig i en medlemsstats territorium har domstolen även fäst stor vikt vid sin rättspraxis om skyddet för familjelivet, som garanteras genom artikel 8 i Europakonventionen.

22 — Ibidem, punkt 38.

47. I domen i målet Carpenter [23] tillfrågades domstolen om de brittiska myndigheternas beslut, att utvisa en filippinsk medborgare som hade stannat i landet sedan hennes turistvisum löpt ut och därefter gift sig med en brittisk medborgare, var förenligt med gemenskapsrätten. Eftersom den senare tillhandahållit vissa tjänster i andra medlemsstater, men hade gjort detta från sitt ursprungsland, kunde inte Mary Carpenter åberopa de rättigheter som följer av direktiv 73/148 för personer från tredjeland som är gifta med gemenskapsmedborgare. Domstolen prövade därför om makans rätt till bosättning kunde härledas ur gemenskapsrättsliga principer eller andra gemenskapsrättsliga bestämmelser.

48. Efter att ha förklarat att Peter Carpenters verksamhet utan tvekan omfattades av artikel 49 EG, konstaterade domstolen att "gemenskapslagstiftaren har funnit att det är viktigt att säkerställa skyddet för medlemsstaternas medborgares familjeliv för att avlägsna hindren för utövandet av de i fördraget skyddade grundläggande friheterna. Detta framgår bland annat av bestämmelserna i rådets förordningar och direktiv om fri rörlighet för anställda eller egenföretagare inom gemenskapen." [24] Domstolen slog vidare fast att "det skulle skada makarna Carpenters familjeliv om de skildes åt och det skulle följaktligen skada även förutsättningarna för Peter Carpenter att utöva en grundläggande frihet. Denna frihet skulle nämligen inte kunna få full verkan om Peter Carpenter avhölls från att utöva den på grund av hinder, i hans ursprungsland, för hans maka vid dennas inresa och bosättning." [25]

49. Beträffande frågan huruvida denna begränsning av Peter Carpenters frihet att tillhandahålla tjänster kunde rättfärdigas, fann domstolen att beslutet att utvisa Mary Carpenter utgör ett intrång i Peter Carpenters utövande av sin rätt till respekt för familjelivet i den mening som avses i artikel 8 i Europakonventionen, som rubbar jämvikten mellan de berörda intressena. Beslutet att utvisa Mary Carpenter utgjorde därför ett intrång som inte stod i proportion till det eftersträvade målet. [26]

50. I domen i målet Akrich konstaterade domstolen först att en medborgare i ett tredjeland som är make till en gemenskapsmedborgare som utövat sin fria rörlighet, men som inte uppehåller sig lagligen i makans ursprungsmedlemsstat inte kan åberopa artikel 10 i förordning nr 1612/68 för att göra gällande en rätt till bosättning i den medlemsstaten. Domstolen reserverade sig dock genom att påpeka att när äktenskapet är äkta skall emellertid rätten till skydd för familjeliv i den mening som avses i artikel 8 i Europakonventionen tas i beaktande när beslutet om att tillåta den berörde tredjelandsmedborgaren fattas, trots hans illegala ställning enlig nationell invandrings-

23 — Dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279).

24 — Ibidem, punkt 38.

25 — Ibidem punkt 39.

26 — Jämför punkterna 41, 43 och 45 i domen.

lagstiftning. "Även om det av konventionen i och för sig inte följer en rätt för utlänningar att resa in till eller uppehålla sig på ett visst lands territorium, kan det innebära ett intrång i den i artikel 8.1 i konventionen angivna rätten till respekt för familjelivet att utestänga en person från ett land där hans nära anhöriga bor. Ett sådant intrång står i strid med [Europa]konventionen om det inte uppfyller kraven i artikel 8.2 ... ." [27] Här intog domstolen en mer återhållsam linje än i domen i målet Carpenter, genom att överlåta på den nationella domstolen att tillämpa detta test.

51. Slutligen vill jag hänvisa till domstolens domar i målen MRAX och kommissionen mot Spanien, där den upprepade sitt uttalande från domen i målet Carpenter att det enligt gemenskapslagstiftningen är viktigt att säkerställa skyddet för medlemsstaternas medborgares familjeliv för att avlägsna hindren för utövandet av de i fördraget skyddade grundläggande friheterna, något som särskilt framgår av bestämmelserna i rådets förordningar och direktiv om fri rörlighet för anställda eller egenföretagare inom gemenskapen. [28]

52. Efter att i slutet av föregående avsnitt ha konstaterat att en viss brist på konsekvens råder i rättspraxis avseende rättsläget för medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare som utövat sin fria rörlighet, pekar ovanstående övervägande dessutom på att utgången i dessa mål i hög grad avgörs av omständigheterna i det enskilda fallet. Inom ett område som invandring där de behöriga myndigheternas beslut i grunden påverkar enskilda människors liv är dock behovet av klarhet i fråga om rättigheternas räckvidd och förutsägbarheten i rättstillämpningen stort. För att främja öppenheten och rättssäkerheten krävs en mer systematisk och strukturerad metod för tolkningen och tillämpningen av de berörda gemenskapsbestämmelserna.

E — *Ny gemenskapslagstiftning*

53. Även om den inte är direkt relevant för avgörandet i förevarande mål, eftersom den inte är tillämplig i tiden (*ratione temporis*), är det ändå lämpligt att nämna den senaste utvecklingen av gemenskapens lagstiftning i fråga om tredjelandsmedborgares rätt att uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium. De berörda direktiven gäller såväl de

27 — Domen i målet Akrich (ovan fotnot 2), punkt 59.

28 — Domen i målet MRAX (ovan fotnot 3), punkt 53, och domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 12), punkt 26.

interna som externa aspekterna av den fria rörligheten för personer.

54. Den 29 april 2004 antog Europaparlamentet och rådet ett nytt direktiv med stöd av artiklarna 12 EG, 18 EG, 40 EG, 44 EG och 52 EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, vilka ersätter samtliga befintliga direktiv inom detta område. [29] Genom detta direktiv kodifieras och ändras de befintliga gemenskapsinstrumenten, med hänsyn till hur domstolen tolkat dessa rättsakter i sin rättspraxis. På ett liknande sätt som artikel 10 i förordning nr 1612/68 och artikel 1.1 i direktiv 73/148, ger artikel 5.1 och 5.2 i direktiv 2004/38 familjemedlemmar till unionsmedborgare som är medborgare i ett tredjeland rätt att resa in i en medlemsstats territorium under förutsättning att de har ett giltigt pass och ett inresevisum i enlighet med förordning nr 539/2001 eller, i tillämpliga fall, med nationell rätt. Enligt artikel 7.2 i direktiv 2004/38 skall uppehållsrätten under längre tid än tre månader omfatta familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat, förutsatt att unionsmedborgaren uppfyller de olika villkor som anges i artikel 7.1 i direktivet. [30]

55. Ytterligare två direktiv om rättigheter för personer som är medborgare i ett tredjeland antogs med stöd av artikel 63 EG, nämligen direktiv 2003/86 om rätt till familjeåterförening [31] och direktiv 2003/109 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning. [32]

56. Endast det första av dessa direktiv har i sak betydelse i förevarande mål, om än indirekt eftersom det bara är tillämpligt på familjeåterförening med familjemedlemmar till en medborgare i ett tredjeland som redan vistas lagligt i en medlemsstat (referenspersonen) och uttryckligen inte skall tillämpas på familjemedlemmar till unionsmedborgare (artikel 3.3 i direktivet). Enligt artikel 4.1 i direktiv 2003/86 skall medlemsstaterna, på vissa villkor som gäller hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa och angående referenspersonens, kort redovisade, förmåga att försörja de berörda familjemedlemmarna,

29 — Se ovan fotnot 7.

30 — Dessa villkor är att unionsmedborgaren 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 ... med huvudsyftet att bedriva studier eller genomgå en yrkesutbildning. Vidare skall unionsmedborgaren ha en heltäckande sjukförsäkring som gäller i den mottagande medlemsstaten samt avge en försäkran till den behöriga nationella myndigheten ... 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.

31 — Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening (EUT L 251, s. 12).

32 — Rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning (EGT 2003 L 16, s. 44).

tillåta inresa och vistelse för underåriga barn till referenspersonen. Medlemsstaterna är däremot inte skyldiga att, men får, tillåta inresa och vistelse för andra familjemedlemmar, däribland släktingar i rakt uppstigande led av första graden till referenspersonen eller dennes make/maka, om släktingarna är beroende av referenspersonen eller dennes make/maka för sin försörjning och saknar annat nödvändigt familjemässigt stöd i ursprungslandet (artikel 4.2 a). I artikel 5 i direktivet föreskrivs även ett förfarande för inlämnande och ingående prövning av ansökan om inresetillstånd i egenskap av familjemedlem till en referensperson. Som regel skall ansökan lämnas in och behandlas när familjemedlemmarna vistas utanför den berörda medlemsstatens territorium, men medlemsstaterna får i lämpliga fall avvika från detta förfarande (artikel 5.3). Direktivet skulle införlivas med nationell rätt senast den 3 oktober 2005.

57. Med utgångspunkt från de befintliga och nya gemenskapsinstrumenten kan tre skilda faktiska situationer urskiljas som, även om de ur tredjelandsmedborgarens perspektiv kanske saknar betydelse, faktiskt är bestämmande för de rättsregler som är tillämpliga på hans situation och därmed hans möjligheter att få tillträde till en medlemsstats territorium från ett tredjeland och att, därefter, få uppehållstillstånd. För det första kan tredjelandsmedborgaren vara släkting till en medborgare i en medlemsstat som inte har utnyttjat sin frihet att flytta till en annan medlemsstat. För det andra kan tredjelandsmedborgaren vara släkting till en medborgare i en medlemsstat som har utnyttjat sin frihet att flytta till en annan medlemsstat. För det tredje kan tredjelandsmedborgaren vara släkting till en annan tredjelandsmedborgare som uppehåller sig lagligen i en medlemsstat i unionen.

58. Om tredjelandsmedborgaren i den första situationen önskar resa in i en medlemsstat från ett tredjeland är den nationella invandringslagstiftningen givetvis tillämplig, eftersom det saknas en utgångspunkt för att tillämpa gemenskapsrätten. Det innebär att den berörda personen kan bli föremål för en föregående individuell bedömning.

59. I den tredje situationen regleras tredjelandsmedborgarens rättigheter från och med den 3 oktober 2005 genom direktiv 2003/86. Före den tidpunkten var den nationella invandringslagstiftningen tillämplig. Som angavs ovan, och med hänsyn till familjebandet i det aktuella fallet, har medlemsstaterna enligt detta direktiv en skönsmässig rätt att besluta om de skall ge ekonomiskt beroende släktingar i rakt uppstigande led av första graden tillstånd till inresa och vistelse. Genom direktivet föreskrivs också en granskning av de personliga förhållandena i fråga om en sökande som är medborgare i ett tredjeland.

60. Den andra situationen är den som är i fråga i förevarande mål, och såsom påpekades i punkterna 38–40 ovan är två synsätt tänkbara. Om tredjelandsmedborgaren härleder en direkt rätt till bosättning från direktiv 73/148 kommer han inte att bli föremål för en individuell bedömning från de nationella immigrationsmyndigheternas sida. I det fallet skulle familjebandet, i linje med domen i målet MRAX, utgöra grund för rätten till uppehållstillstånd. Om det däremot, i linje med domen i målet Akrich, slås fast att tredjelandsmedborgaren redan skall uppehålla sig lagligen i en medlemsstat innan han kan åberopa de rättigheter som tillerkänns genom direktiv 73/148, skulle det åter innebära att nationell invandringslagstiftning är tillämplig på hans situation.

61. Av denna lilla översikt framgår att den generösa tolkningen av direktiv 73/148 i den andra situationen leder till att en privilegierad grupp tredjelandsmedborgare skapas. När dessa personer är släkt med en gemenskapsmedborgare som har utövat sin rätt att flytta till en annan medlemsstat, är de immuna mot tillämpningen av den nationella invandringslagstiftningens krav för inreseoch uppehållstillstånd. I de andra situationerna är så inte fallet. Om man antar att familjebanden i de tre konkreta situationerna, från tredjelandsmedborgarens synvinkel, i sig är jämförbara och att den enda skillnaden är att den släkting som är medborgare i en medlemsstat har flyttat till en annan medlemsstat, krävs det att den skillnad i behandling som följer av vad jag betecknat som den generösa tolkningen av direktiv 73/148 är motiverad.

F — *Inrese- och uppehållstillstånd för medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare: mot ett mer systematiskt synsätt*

62. Jag noterade i punkt 52 ovan att det finns ett behov av ett mer systematiskt synsätt på tolkningen av gemenskapsbestämmelserna om tillstånd för inresa för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare från ett tredjeland till en medlemsstats territorium och om deras rättigheter att bosätta sig tillsammans med gemenskapsmedborgare. Motsägelsefull rättspraxis skapar osäkerhet om det rådande rättsläget för de berörda tredjelandsmedborgarna och bristande klarhet för de nationella myndigheter som är ansvariga för att tillämpa dessa bestämmelser. På rättspraxis nuvarande utvecklingsstadium leder det faktiskt till och med till att skilda grupper av tredjelandsmedborgare behandlas olika på ett sätt som förefaller sakna berättigande. Rättspraxis inkräktar också på den nationella behörigheten på det invandringspolitiska området, genom att vissa kategorier av tredjelandsmedborgare tillåts resa in och vistas i en medlemsstat utan att ha varit föremål för en föregående individuell bedömning.

63. Vid tolkningen av de berörda bestämmelserna i gemenskapens sekundärrätt är det enligt min uppfattning väsentligt att som vägledande princip iaktta behörighetsuppdelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna, såsom den beskrivs i EG-fördraget. Det måste betraktas som en del av domstolens uppgift, såsom den beskrivs i artikel 220 EG, att inte bara garantera gemenskapsrättens effektivitet, utan även iaktta och skydda den behörighet som enligt fördraget tillkommer medlemsstaterna. Detta gäller inte bara i negativ bemärkelse genom avgränsande av gemenskapens befogenheter gentemot medlemsstaternas, utan även i en mer positiv mening genom säkerställande av att den nationella behörigheten faktiskt kan utövas.

64. Under nuvarande förhållanden är det självklart att den fria rörligheten för personer inom gemenskapen, såsom en av den gemensamma marknadens hörnstenar, helt omfattas av gemenskapens behörighet. Det står lika klart att regleringen av invandringen vid unionens yttre gränser, i den mån en harmonisering enligt avdelning IV i fördraget inte har uppnåtts, fortfarande är en behörighet som tillkommer medlemsstaterna. Jag hänvisar härvidlag till punkt 30 och följande punkter ovan.

65. Domstolens uttalande i domen i målet Akrich, att förordning nr 1612/68 "endast avser den fria rörligheten inom gemenskapen", men "inte säger någonting om rätten för en medborgare i ett tredjeland som är make till en medborgare i unionen att resa in i gemenskapen" [33], står helt i överensstämmelse med denna behörighetsuppdelning mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Eftersom målsättningen för direktiv 73/148 är densamma som för förordning nr 1612/68, i fråga om en annan personkategori, måste detsamma gälla detta direktiv. Den omständigheten att direktivets räckvidd är avgränsad på ett liknande sätt medgavs faktiskt, om än indirekt, av domstolen i domen i målet Carpenter, där den slog fast att det "följer både av målsättningarna med direktivet och dess innehåll att det anger förutsättningarna för när en medborgare i en medlemsstat, och de andra personer som avses i artikel 1.1 c och d, får lämna nämnda medborgares ursprungsmedlemsstat och resa in i och uppehålla sig på en annan medlemsstats territorium för något av de ändamål som anges i artikel 1.1 a och b, allt för en period som anges i artikel 4.1 eller 4.2". [34]

66. Den omständigheten att förordning nr 1612/68 och direktiv 73/148 "inte säger någonting" om en tredjelandsmedborgares första tillstånd för inresa till gemenskapens territorium innebär inte att dessa instrument är neutrala i det avseendet. Detta uttalande från domstolen innebär inte att det föreligger ett vakuum som indirekt kan fyllas genom en

33 — Domen i målet Akrich (ovan fotnot 2), punkt 49.
34 — Domen i målet Carpenter (ovan fotnot 22), punkt 35.

generös tolkning av dessa instrument. Det kan bara betyda att dessa personers första inresa, i linje med den behörighetsuppdelning som fastställs i fördraget, är en fråga som medlemsstaterna skall besluta om i enlighet med sin invandringslagstiftning. Det innebär oundvikligen, vilket domstolen konstaterade i domen i målet Akrich, fritt återgivet, att för att komma i åtnjutande av de rättigheter som föreskrivs i dessa gemenskapsinstrument skall en familjemedlem som är medborgare i ett tredjeland uppehålla sig lagligen i en medlemsstat när han flyttar till en annan medlemsstat dit medborgaren i unionen flyttar eller har flyttat. [35]

67. Om man godtog att tredjelandsmedborgare som inte redan uppehåller sig lagligen i en medlemsstat, och som vill förena sig med en medborgare i en medlemsstat som har utövat sin rätt till fri rörlighet, åtnjuter en automatisk rätt att resa in och uppehålla sig i värdmedlemsstaten enbart på grund av familjebandet, utan något ingripande från den medlemsstatens sida, skulle de ha möjlighet att kringgå den nationella invandringslagstiftningen. Det synsättet undergräver därför medlemsstaternas möjligheter att kontrollera invandringen vid sina yttre gränser.

68. Av den funktion som gemenskapsinstrumenten om fri rörlighet inom gemenskapen har följer även att den rätt som tillerkänns familjemedlemmar från tredjeland i dessa inte är ovillkorlig.

69. Förordning nr 1612/68 och direktiv 73/148 antogs uttryckligen för att genomföra artiklarna 39 respektive 43 EG. Syftet med båda instrumenten är att undanröja hinder för medborgare i medlemsstaterna att utnyttja de rättigheter som följer av dessa fördragsbestämmelser, genom att flytta till andra medlemsstater i egenskap av arbetstagare, egenföretagare eller tjänsteleverantörer. Till dessa hinder hör de eventuella följderna av att nationell invandringslagstiftning tillämpas på den primära rättighetsinnehavarens familjemedlemmar, särskilt när dessa familjemedlemmar inte är medborgare i en medlemsstat. Om dessa familjemedlemmar inte garanterades rätt att resa in i och vistas i en annan medlemsstat skulle det avhålla arbetstagaren eller egenföretagaren med medborgarskap i gemenskapen från att utöva sina fördragsenliga rättigheter. Som en följd av den rättighet som tillkommer de arbetstagare eller de egenföretagare som innehar medborgarskap i gemenskapen, har därför även deras familjemedlemmar rätt att röra sig och uppehålla sig i den medlemsstat där en ekonomisk verksamhet skall bedrivas.

70. Mot bakgrund av att det primära syftet med dessa gemenskapsinstrument är att undanröja alla slags hinder som följer av nationella krav i fråga om inresa och bosätt-

35 — Domen i målet Akrich (ovan fotnot 3), punkt 50.

ning som kan avhålla en medborgare i en medlemsstat från att flytta till en annan medlemsstat av ekonomiska skäl, kan det hävdas att utgångspunkten skall vara den familjesituation som råder vid den tidpunkt då gemenskapsmedborgaren beslutar att flytta till en annan medlemsstat. När denna person har flyttat till och etablerat sig i en annan medlemsstat, uppkommer en ny situation i vilken hans rättsliga ställning bör vara jämförbar med situationen för medborgare i värdmedlemsstaten som inte har utövat sin rätt till fri rörlighet. Om en person som tillhör den senare kategorin vill att en familjemedlem som är medborgare i ett tredjeland skall förenas med honom, skall familjemedlemmen få inresetillstånd på de villkor som gäller enligt den nationella invandringslagstiftningen. Detsamma måste gälla i fråga om en medborgare som redan har utövat sin rätt till fri rörlighet och uppenbarligen inte har avhållits från att utnyttja den rättigheten av skäl som hänger samman med att familjemedlemmar som är medborgare i ett tredjeland nekats inresetillstånd. Det finns med andra ord inte fog för påståendet att det föreligger en ständig på gemenskapsrätten grundad rätt för medborgare i medlemsstaterna att vid alla tillfällen återförenas med sina släktingar från ett tredjeland. I det avseendet anser jag inte att artikel 10 i förordning nr 1612/68 och artikel 1.1 i direktiv 73/148 skall ses som redskap för familjeåterföreningar retrospektivt mellan medborgare i medlemsstaterna och släktingar från tredjeland.

71. Kommissionen anser att när en familjemedlem som är medborgare i ett tredjeland och som kommer direkt från ett tredjeland önskar återförenas med en gemenskapsmedborgare i värdmedlemsstaten, skulle ett krav på att han skall inhämta ett uppehållstillstånd i gemenskapsmedborgarens ursprungsland utgöra en begränsning av den senares rätt till fri rörlighet inom gemenskapen. Bortsett från den omständigheten att kravet på att tredjelandsmedborgaren lagligen skall uppehålla sig i gemenskapen, i en situation som den som är för handen i målet vid den nationella domstolen, innebär att familjemedlemmen skall inhämta tillstånd att vistas i värdmedlemsstaten enligt dess nationella invandringslagstiftning, kan det inte godtas att det villkor som nämns av kommissionen nödvändigtvis innebär en begränsning av gemenskapsmedborgarens rätt att flytta till en annan medlemsstat. En sådan begränsning skulle föreligga om villkoret ledde till att rättigheter gick förlorade. Då någon sådan rätt, det vill säga en rätt att återförenas med en familjemedlem, inte förelåg vid den tidpunkt då rätten till fri rörlighet utövades, kan det logiskt sett inte vara fråga om en förlust av rättigheter som utgör en begränsning av den fria rörligheten.

72. Tilläggas kan att även om det är uppenbart att artikel 10 i förordning nr 1612/68 och artikel 1.1 i direktiv 73/148 har till *följd* att familjelivet skyddas, kan det enligt min uppfattning inte hävdas att detta var ett syfte med dessa bestämmelser. När domstolen först i domen i målet Carpenter, och därefter i domen i målet MRAX slog fast att förordningarna och direktiven har antagits därför att "gemenskapslagstiftaren har funnit att det är viktigt att säkerställa skyddet för medlemsstaternas medborgares familjeliv för att avlägsna hindren för utövandet av de i

fördraget skyddade grundläggande friheterna",[36] skall detta ses med utgångspunkt från den tidpunkt då dessa rättsakter antogs, när detta bara var ett outtalat och på sin höjd sekundärt övervägande. Det finns ingen hänvisning till artikel 8 i Europakonventionen i skälen till förordning nr 1612/68 eller i direktiv 73/148, eller betecknande nog inte heller i det efterföljande direktivet, direktiv 2004/38. I det senare hänvisas bara allmänt till iakttagande av Europakonventionen.[37] Däremot hänvisas av uppenbara skäl i familjeåterföreningsdirektivet, mot bakgrund av dess huvudsyfte, uttryckligen till artikel 8 i Europakonventionen.[38] Jag anser därför inte att skyddet för familjelivet kan vara vägledande vid tolkningen av räckvidden av och innehållet i de berörda bestämmelserna i förordning nr 1612/68 och i direktiv 73/148.

73. När detta väl konstaterats är det viktigt att klargöra vilken roll artikel 8 i Europakonventionen har i detta sammanhang. Enligt artikel 6.2 EU skall unionen, som allmänna principer för gemenskapsrätten, respektera grundläggande rättigheter såsom de garanteras i Europakonventionen och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Denna bestämmelse riktar sig mot unionen i sig och är endast tillämplig på medlemsstaterna när de tillämpar gemenskapsrätten och gemenskapsrättsakter, vilket bekräftas i artikel II-111.1 i fördraget om upprättande av en konstitution för Europa. I den mån medlemsstaterna agerar utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde, vilket de gör när de fattar beslut om att ge tredjelandsmedborgare tillträde till deras territorium, måste de även iaktta sina skyldigheter enligt artikel 8 Europakonventionen, dock inte på grund av gemenskapsrätten, utan i egenskap av parter till Europakonventionen. I det avseendet anser jag att domstolens dom i målet Carpenter kan ifrågasättas i den mån artikel 8 i Europakonventionen faktiskt tillämpades på omständigheterna i målet.

74. Som jag redan noterat i punkt 61 skapar slutligen den omständigheten att tredjelandsmedborgare som ännu inte har givits tillträde till en medlemsstats territorium, och som har en familjeanknytning till en medborgare i en medlemsstat, tillåts resa in och uppehålla sig i den migrerande gemenskapsmedborgarens värdmedlemsstat enbart på denna grund en ojämlikhet i förhållande till tredjelandsmedborgare som vill återförenas med en familjemedlem som är medborgare i en medlemsstat, men som inte har flyttat inom gemenskapen, eller en familjemedlem som är medborgare i ett tredjeland som redan uppehåller sig lagligt i en medlemsstat. I båda de senare fallen görs en individuell bedömning av tredjelandsmedborgare innan de ges inresetillstånd, medan detta inte är

36 — Domen i målet Carpenter (ovan fotnot 22), punkt 38, och domen i målet MRAX (ovan fotnot 3), punkt 53.

37 — Se skäl 31 i ingressen.

38 — Se skäl 2 i ingressen.

fallet i fråga om familjemedlemmen i det första fallet. Denna olikabehandling kan inte rättfärdigas.

75. Även om en fullständig harmonisering av de tillämpliga reglerna om tredjelandsmedborgares inresa vid gemenskapens yttre gränser uppnåtts, skulle det undergräva effektiviteten i dessa gemensamma regler och inbjuda till den typ av missbruk som låg till grund för domen i målet Akrich att ge vissa kategorier av personer tillstånd att resa in i en medlemsstats territorium och uppehålla sig där på grund av familjeanknytningen till en gemenskapsmedborgare som råkat ha utövat sin rätt till fri rörlighet. Att grunda en rätt till bosättning enbart på den slumpartade omständigheten att en medborgare i en medlemsstat flyttat till en annan medlemsstat är både godtyckligt och oskäligt, eftersom det skapar en ojämlikhet i förhållande till gemenskapsmedborgare som inte har utövat denna rätt och i förhållande till tredjelandsmedborgare som inte har förmånen att vara släkt med en migrerande gemenskapsmedborgare.

76. Inom ramen för detta resonemang är det därefter väsentligt att granska vad det innebär att "uppehålla sig lagligen" i en medlemsstat. Kriterierna för att bedöma detta är för närvarande inte harmoniserade. Det ankommer fortfarande på medlemsstaterna att avgöra när en tredjelandsmedborgare "uppehåller sig lagligen" inom dess territorium. Även om begreppet "uppehålla sig lagligen" i sig inte är ett gemenskapsbegrepp är det ändå nödvändigt att fastställa vissa kärnegenskaper hos detsamma.

77. Att "uppehålla sig lagligen" inom en medlemsstats territorium innebär att det 1) efter en ansökan från en tredjelandsmedborgare, 2) skall föreligga ett uttryckligt beslut från de nationella myndigheterna i en medlemsstat, 3) som grundas på en individuell bedömning, 4) enligt vilket sökanden ges tillstånd att resa in i och uppehålla sig inom landets territorium 5) under en längre period. Det kan inte vara fråga om att "uppehålla sig lagligen" i den mening som avses här, när beslutet uttryckligen och tydligt bara ger rätt till vistelse under en kort period eller när det begränsas till ett visst ändamål. Det skulle strida mot tillståndets själva funktion om det ansågs utgöra tillräckligt skäl för att en person skulle anses berättigad till ett varaktigt eller permanent uppehållstillstånd.

78. För ytterligare vägledning om innebörden av begreppet uppehålla sig lagligen, står ett minimum att finna i artikel 3 i direktiv 2003/86 där referenspersonen, som i artikel 2 c beskrivs som "en tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i en medlemsstat", har rätt att ansöka om familjeåterförening med vissa av sina familjemedlemmar när han innehar ett uppehållstillstånd med en giltighetstid på minst ett år som utfärdats av en medlemsstat och har välgrundade utsikter att få ett varaktigt uppehållstillstånd.

79. Ur det perspektivet innebär inte ett visum som beviljas för vistelse under en

tremånadersperiod eller uppehållstillstånd i avvaktan på utgången av en ansökan om uppehållstillstånd att en person "uppehåller sig lagligen" på så sätt att det är tillräckligt för att han skall kunna åberopa de rättigheter som familjemedlemmar från tredjeland medges enligt förordning nr 1612/68 och direktiv 73/148.

80. Ovanstående påpekanden leder till slutsatsen att de rättigheter som följer av förordning nr 1612/68 och direktiv 73/148 för medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare som utövat sin rätt att flytta till en annan medlemsstat för att bedriva ekonomisk verksamhet där, med utgångspunkt från behörighetsuppdelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna inom området för fri rörlighet för personer, endast kan åberopas av dessa personer om de har givits tillträde till en medlemsstats territorium i enlighet med dess invandringslagstiftning. När medlemsstaterna fattar beslut inom detta område skall de iaktta sina skyldigheter enligt artikel 8 i Europakonventionen, inte som en gemenskapsrättslig skyldighet, utan som parter till Europakonventionen.

81. Det är endast genom att tillämpa denna klara skiljelinje mellan gemenskapens behörighet respektive den nationella behörigheten som räckvidden av de rättigheter som följer av förordning nr 1612/68 och direktiv 73/148 för medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare som utövat sin fria rörlighet klart kan definieras, som oklarheter i fråga om utövandet av behörighet som följer av gemenskapsrätten respektive av de nationella invandringslagstiftningarna kan undvikas och som likabehandling mellan medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare vilka anländer från ett tredjeland kan garanteras.

VII — Svar på tolkningsfrågorna

A — *Frågorna 1a–1d*

82. Även om den första fråga som har ställts av Utlänningsnämnden avser både artikel 10 i förordning nr 1612/68 och direktiv 73/148, framgår det tydligt av omständigheterna i målet att endast det senare är relevant i förevarande mål.

83. Genom den första tolkningsfrågan aktualiseras tre grundläggande frågor, som samtliga redan diskuterats allmänt i föregående avsnitt i detta förslag till avgörande. Det innebär att den första frågan kan besvaras kortfattat.

84. Den första av dessa frågor (1a) gäller huruvida en tredjelandsmedborgare som är anhörig till en unionsmedborgare som

bedriver verksamhet som egenföretagare i en medlemsstat där denne inte är medborgare, mot bakgrund av domen i målet Akrich, endast kan göra anspråk på en rätt till bosättning i värdmedlemsstaten om han redan uppehåller sig lagligen inom gemenskapen.

85. Av de skäl som angavs i punkt 62 och följande punkter framgår att jag anser att artikel 1 i direktiv 73/148 skall tolkas så att rätten till bosättning för en familjemedlem till en unionsmedborgare, som är medborgare i ett tredjeland, faktiskt förutsätter att denne tredjelandsmedborgare uppehåller sig lagligen inom gemenskapen. Det innebär att jag anser att den regel som fastställdes i domen i målet Akrich är generellt tillämplig.

86. Den andra fråga som tas upp i den första tolkningsfrågans punkt b gäller huruvida kravet på att en tredjelandsmedborgare lagligen skall uppehålla sig i gemenskapen innebär att en medborgare i ett tredjeland som är familjemedlem till en gemenskapsmedborgare måste inneha ett giltigt uppehållstillstånd som gäller för, eller som är tänkt att leda till, bosättning i en medlemsstat. Om så inte är fallet frågas om det är tillräckligt med ett uppehållstillstånd av annan anledning för en kortare eller längre vistelse eller om till och med en giltig visering kan räcka.

87. Som framhölls i punkterna 76–79 innebär kravet på att tredjelandsmedborgaren lagligen skall uppehålla sig i gemenskapen att den berörde tredjelandsmedborgaren har givits tillträde till en medlemsstats territorium för en längre period, så att han har en möjlighet att erhålla ställning som mer permanent bosatt i landet. Av artikel 3 i direktiv 2003/86 följer att en period om ett år skulle vara tillräcklig i det avseendet. När tillståndet att resa in i en medlemsstat har begränsats till en kortare period eller avser ett visst ändamål, vilket är fallet i fråga om ett turistvisum, kan detta inte anses innebära att tredjelandsmedborgaren uppehåller sig lagligen i gemenskapen.

88. Den tredje frågan, som ställdes i punkterna c och d i den första tolkningsfråga som hänskjutits av Utlänningsnämnden, gäller huruvida den omständigheten att en medborgare i ett tredjeland som är familjemedlem till en gemenskapsmedborgare nekas rätt till bosättning i den medlemsstat där gemenskapsmedborgaren är bosatt eller om han utvisas från den medlemsstaten innebär en begränsning av unionsmedborgarens etableringsfrihet enligt artikel 43 EG.

89. Enligt artikel 43 EG skall alla begränsningar för etableringsfriheten förbjudas. Av fast rättspraxis följer att alla åtgärder som innebär att utövandet av denna frihet förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt

skall anses utgöra en sådan begränsning. [39] I direktiv 73/148 regleras villkoren för rörlighet och vistelse inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna och deras familjemedlemmar, oberoende av nationalitet. I den mån nationella åtgärder som vidtas i fråga om dessa personers vistelse kan anses utgöra begränsningar i den mening som avses i artikel 43 EG skall de i första hand granskas inom ramen för direktiv 73/148.

90. Som framhölls i punkterna 69 och 70 är huvudsyftet med det direktivet att undanröja hinder till följd av nationella krav i fråga om inresa och vistelse, som kan visa sig avhålla en medborgare i en medlemsstat som vill flytta till en annan medlemsstat för att bedriva ekonomisk verksamhet. Sedan den frihet som följer av artikel 43 EG har utövats kan beslut som fattas i fråga om uppehållsstatus för medborgare i ett tredjeland som är familjemedlemmar till en gemenskapsmedborgare, som inte kunde förutses redan vid tidpunkten för flytten till värdmedlemsstaten, per definition inte anses ha en sådan avhållande effekt och därför inte anses utgöra en begränsning i den mening som avses i artikel 43 EG.

91. De nationella myndigheterna skall naturligtvis iaktta sina skyldigheter enligt artikel 8 i Europakonventionen när de fattar dessa beslut. Det ankommer dock på de nationella domstolarna att bedöma den frågan.

B — *Frågorna 2a och 2b*

92. Syftet med den andra frågans första del är att klargöra om begreppet "beroende" i artikel 1 d i direktiv 73/148 innebär att en unionsmedborgares anhörig, som är medborgare i ett tredjeland, är ekonomiskt beroende av unionsmedborgaren för att kunna uppnå lägsta godtagbara levnadsstandard i sitt hemland eller det land där han stadigvarande är bosatt. Den andra delen av denna fråga behandlar de bevis som kan krävas enligt artikel 6 b i direktiv 73/148. Kan värdmedlemsstaten kräva att handlingar uppvisas för att styrka att det föreligger ett faktiskt beroendeförhållande, förutom ett åtagande från unionsmedborgarens sida att han kommer att försörja sin familjemedlem?

93. Beträffande den första frågan skall det påpekas att domstolen vid tolkningen av samma beroendebegrepp i artikel 10 i för-

39 — Se, bland annat, dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37, och dom av den 5 oktober 2004 i mål C-442/02, Caixa-Bank France (REG 2004, s. I-8961), punkt 11.

ordning nr 1612/68 i domen i målet Lebon [40] slog fast att ställningen som beroende familjemedlem till en arbetstagare är en följd av en faktisk situation, nämligen att arbetstagaren erbjuder försörjning och att det inte är nödvändigt att fastställa skälen för att arbetstagarens försörjning tas i anspråk eller utreda om den berörda personen kan försörja sig själv genom att ta en avlönad anställning. [41] Definitionen upprepades med en liknande formulering i domen i målet Chen [42] i fråga om direktiv 90/364, [43] där domstolen åter konstaterade att begreppet familjemedlem till innehavaren av ett uppehållstillstånd, som är "beroende" av den senare, innebär att familjemedlemmens materiella tillgångar garanteras av innehavaren av uppehållstillståndet. [44]

94. Domstolen hänvisade inte i någon av dessa domar till nivån i fråga om levnadsstandard för att fastställa om det förelåg ett behov av ekonomiskt stöd från gemenskapsmedborgaren. Tvärtom konstaterade den i domen i målet Lebon att det inte är nödvändigt att utreda varför det ekonomiska stödet lämnas eller om den beroende släktingen har förmåga att klara sig själv.

95. Sedan detta konstaterats förefaller det, i ett fall som det som behandlas i målet vid den nationella domstolen, där beroendet är ett kriterium för att fastställa en tredjelandsmedborgares rätt att bosätta sig tillsammans med en gemenskapsmedborgare i en medlemsstat, nödvändigt att det fastställs om ett faktiskt behov av ekonomiskt stöd föreligger och att detta styrks genom lämplig skriftlig bevisning.

96. Det skall objektivt fastställas om villkoret avseende beroende är uppfyllt, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och de personliga behoven hos den person som behöver ekonomiskt stöd. Jag anser att vad som lämpligen främst bör prövas i detta avseende är om den beroende släktingens ekonomiska resurser, mot bakgrund av dessa personliga förhållanden, gör det möjligt för honom att leva på existensminimum i det land där han normalt är bosatt, varvid det antas att detta inte är den medlemsstat i vilken han söker uppehållstillstånd. Det skall vidare visas att detta inte är en tillfällig situation, utan en situation av strukturell karaktär.

97. Enligt artikel 6 b i direktiv 73/148 skall den som ansöker om uppehållstillstånd lägga fram bevis för att han eller hon tillhör någon av de personkategorier som avses i artiklarna 1 och 4. Det inbegriper ställningen som den berörde gemenskapsmedborgarens beroende familjemedlem. I det avseendet krävs enligt den parallella bestämmelsen i artikel 4.3 e i direktiv 68/360 att ett dokument utfärdat av

40 — Dom av den 18 juni 1987 i mål C-316/85, Lebon (REG 1987, s. 2811).

41 — Ibidem, punkt 22.

42 — Dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Zhu och Chen (REG 2004, s. I-9925).

43 — Se ovan fotnot 13.

44 — Domen i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 39), punkt 43.

behörig myndighet i ursprungslandet eller det land personen kom ifrån uppvisas, som intygar att denne för sin försörjning är beroende av arbetstagaren, eller ingår i hans eller hennes hushåll i landet i fråga. Samma krav har bibehållits för unionsmedborgares familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat i artikel 10.2 e i direktiv 2004/38.

98. Det viktiga i detta sammanhang är att de behöriga nationella myndigheterna övertygas om att ett faktiskt beroendeförhållande föreligger. I det avseendet är en handling som utfärdats av de nationella myndigheterna i ursprungslandet givetvis en värdefull beviskälla, även om den kanske inte alltid är avgörande. Det skall därför inte uteslutas att de nationella myndigheterna, när de finner ett sådant officiellt uttalande otillräckligt, bör kunna begära ytterligare bevis. Det bör inte heller uteslutas att en sökande tredjelandsmedborgare i avsaknad av en sådan officiell förklaring tillåts styrka sin beroendeställning på annat sätt. Enbart en förklaring från gemenskapsmedborgaren i vilken han intygar att han försörjt sin släkting tidigare samt åtar sig att fortsättningsvis försörja denne är inte i sig tillräckligt objektiv för att ett "beroende" i den mening som avses i artikel 1 d i direktiv 73/148 skall kunna fastställas.

VIII — Förslag till avgörande

99. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara de tolkningsfrågor som har ställts av Utlänningsnämnden, Sverige, på följande sätt

— Artikel 1 i direktiv 73/148/EEG skall tolkas så att rätten till bosättning för en anhörig till en unionsmedborgare, som är medborgare i ett tredjeland, förutsätter att tredjelandsmedborgaren uppehåller sig lagligen i gemenskapen.

— Att den berörde tredjelandsmedborgaren uppehåller sig lagligen i gemenskapen innebär att denne har givits tillträde till en medlemsstats territorium för en längre period om minst ett år, så att han har en möjlighet att erhålla ställning som mer permanent bosatt i landet. När tillståndet att resa in i en medlemsstat har begränsats till en kortare period eller avser ett visst ändamål, vilket är fallet i fråga om ett turistvisum, kan detta inte anses innebära att tredjelandsmedborgaren uppehåller sig lagligen i gemenskapen.

— Om en unionsmedborgares anhörig, som är tredjelandsmedborgare, inte kan åberopa en rätt till bosättning enligt direktiv 73/148/EEG på grund av att han/hon inte uppehåller sig lagligen inom gemenskapen, innebär det inte en inskränkning av en unionsmedborgares etableringsrätt enligt artikel 43 EG att vägra den anhörige bosättningstillstånd eller att besluta att utvisa denne.

— Artikel 1 d i direktiv 73/148/EEG skall tolkas så att begreppet "beroende" avser en situation i vilken en anhörig till en unionsmedborgare är ekonomiskt beroende av denne unionsmedborgare för att uppnå existensminimum i det land där han/hon är stadigvarande bosatt, när detta inte är den medlemsstat där han/hon ansöker om uppehållstillstånd och situationen är strukturell till sin karaktär.

— Artikel 6 b i direktiv 73/148/EEG skall tolkas så att medlemsländerna får kräva att en unionsmedborgares anhörig som åberopar att han/hon är beroende av unionsmedborgaren eller dennes maka/make, uppvisar handlingar, utöver åtagandet från unionsmedborgarens sida, som styrker att det föreligger ett faktiskt beroendeförhållande.