FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SHARPSTON
föredraget den 30 september 2010[1]

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Tribunal du travail de Bruxelles avser räckvidden av uppehållsrätten med avseende på tredjelandsmedborgare som är föräldrar till ett litet barn som är en unionsmedborgare som ännu inte har lämnat det land han fötts i.

2. För att besvara tolkningsfrågorna måste domstolen ta ställning till flera svåra och viktiga frågor. Vad innebär unionsmedborgarskap i detalj? Utgör de omständigheter som ledde till målet vid den nationella domstolen en ”rent intern” situation för den berörda medlemsstaten som unionsrätten inte är tillämplig på? Eller innebär ett fullt erkännande av de rättigheter (även framtida sådana) som måste anses utgöra en naturlig följd av unionsmedborgarskap att ett litet barn som är unionsmedborgare, enligt unionsrätt snarare än nationell rätt, har rätt att uppehålla sig var som helst i unionen (bland annat i den medlemsstat där barnet är medborgare)? För att barnet ska kunna utöva denna rättighet på ett ändamålsenligt sätt kan det i sådana fall vara nödvändigt att bevilja barnets förälder, som är medborgare i ett tredjeland, uppehållsrätt, om det annars skulle innebära ett väsentligt brott mot grundläggande rättigheter.

3. På en mer principiell nivå kan man fråga om utövandet av rättigheter som unionsmedborgare – liksom utövandet av de klassiska ekonomiska ”friheterna” – är beroende av att någon typ av gränsöverskridande fri rörlighet har ägt rum (oavsett hur oavsiktlig, perifer eller avlägsen den må vara) innan anspråket framställs. Eller blickar unionsmedborgarskapet mot framtiden, snarare än mot det förflutna, för att avgränsa de rättigheter och skyldigheter det tillerkänner? Man kan också ställa frågan på ett annat sätt: Är unionsmedborgarskap bara en icke-ekonomisk version av samma generiska slags rätt till fri rörlighet som sedan länge funnits för ekonomiskt aktiva personer och personer som är ekonomiskt oberoende? Eller innebär det något mer radikalt – äkta medborgarskap med en enhetlig uppsättning rättigheter och skyldigheter i en

1 — Originalspråk: engelska.

rättsunion [2] där respekt för grundläggande rättigheter med nödvändighet måste spela en väsentlig roll?

Tillämpliga bestämmelser

Relevanta unionsrättsliga bestämmelser

4. I artikel 6 FEU (f.d. artikel 6 EU) föreskrivs följande:

”1. Unionen ska erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställs i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000, anpassad den 12 december 2007 i Strasbourg, som ska ha samma rättsliga värde som fördragen.

Bestämmelserna i stadgan ska inte på något sätt utöka unionens befogenheter så som de definieras i fördragen.

Rättigheterna, friheterna och principerna i stadgan ska tolkas i enlighet med de allmänna bestämmelserna i avdelning VII i stadgan om dess tolkning och tillämpning och med vederbörlig hänsyn till de förklaringar som det hänvisas till i stadgan, där källorna till dessa bestämmelser anges.

2. Unionen ska ansluta sig till europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Denna anslutning ska inte ändra unionens befogenheter såsom de definieras i fördragen.

3. De grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.”

5. I artikel 18 FEUF (f.d. artikel 12 EG) föreskrivs följande:

”Inom fördragens tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördragen, ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.

…”

2 — Jag lånar uttrycket ”rättsunion” från generaladvokaten Dámaso Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i mål C-228/07, Petersen (REG 2008, s. I-6989), punkt 32. Vid dennes plötsliga och alltför tidiga bortgång den 12 november 2009 övertog jag ansvaret för föreliggande begäran om förhandsavgörande. Jag vill inleda med att uttrycka min erkänsla både för det arbete och det engagemang han redan lagt ned på detta mål och, mer allmänt, för kvaliteten på och omfattningen av hans bidrag till det som för honom fortfarande var ”gemenskapsrätt” och inte ”unionsrätt”.

6. I artikel 20 FEUF (f.d. artikel 17 EG) föreskrivs följande:

”1. Ett unionsmedborgarskap införs härmed. Varje person som är medborgare i en medlemsstat ska vara unionsmedborgare. Unionsmedborgarskapet ska komplettera och inte ersätta det nationella medborgarskapet.

2. Unionsmedborgarna ska ha de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i fördragen.

…”

7. I artikel 21 FEUF (f.d. artikel 18 EG) föreskrivs följande:

”1. Varje 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.

…”

8. I artiklarna 7, 21 och 24 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [3] föreskrivs följande:

”*Artikel 7*

Respekt för privatlivet och familjelivet

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

…

Artikel 21

Icke-diskriminering

1. All 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 ska vara förbjuden.

3 — Proklamerades i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1). En anpassad form godkändes av Europaparlamentet den 29 november 2007, efter det att hänvisningar till Europeiska konstitutionen avlägsnats (EUT C 303, s. 1).

2. Inom tillämpningsområdet för fördragen, och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i dem, ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.

…

Artikel 24

…

1. Barn har rätt till det skydd och den omvårdnad som behövs för deras välfärd. De ska fritt kunna uttrycka sina åsikter. Dessa åsikter ska beaktas i frågor som rör barnen i förhållande till deras ålder och mognad.

2. Vid alla åtgärder som rör barn, oavsett om de vidtas av offentliga myndigheter eller privata institutioner, ska barnets bästa komma i främsta rummet.

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

Relevanta internationella bestämmelser

9. I artikel 17 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter [4] föreskrivs följande:

"1. Ingen får utsättas för godtyckligt eller olagligt ingripande med avseende på privatliv, familj, hem eller korrespondens och inte heller för olagliga angrepp på sin heder eller sitt anseende.

2. Var och en har rätt till lagens skydd mot sådana ingripanden och angrepp."

10. I artikel 9.1 i konventionen om barnets rättigheter [5] föreskrivs följande:

"1. Konventionsstaterna skall säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom i de fall då behöriga myndigheter, som är underställda rättslig överprövning, i enlighet med tillämplig lag och tillämpliga förfaranden, finner att ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa. Ett sådant beslut kan vara nödvändigt i ett särskilt fall, t.ex. vid övergrepp mot eller vanvård av

4 — Konventionen stod öppen för undertecknande den 19 december 1966, FN:s traktatserie, volym 999, s. 171, och volym 1057, s. 407. Samtliga EU-medlemsstater har tillträtt konventionen och ingen har reserverat sig mot artikel 17.

5 — Konventionen antogs genom resolution 44/25 av den 20 november 1989, FN:s traktatserie, volym 1577, s. 3. Samtliga EU-medlemsstater har tillträtt [konventionen] och ingen har reserverat sig mot artikel 9.1.

barnet från föräldrarnas sida eller då föräldrarna lever åtskilda och ett beslut måste fattas angående barnets vistelseort."

11. I artikel 8 och i protokoll 4, artikel 3 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen) föreskrivs följande: [6]

"Artikel 8

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

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

I artikel 3 i protokoll nr 4 till Europakonventionen föreskrivs följande:

"[1.] Ingen får utvisas från den stat som han är medborgare i, vare sig genom individuella eller genom kollektiva åtgärder.

[2.] Ingen får förvägras rätten att resa in i den stat som han är medborgare i."

Relevanta nationella bestämmelser

Kunglig förordning av den 25 november 1991

12. I artikel 30 i kunglig förordning av den 25 november 1991 med bestämmelser gällande arbetslöshet föreskrivs följande:

"För att ha rätt till arbetslöshetsunderstöd måste en heltidsarbetande arbetstagare ha arbetat under en period omfattande följande antal arbetsdagar:

6 — Undertecknades i Rom den 4 november 1950 och har tillträtts av samtliga EU-medlemsstater. Situationen är något mer komplicerad i fråga om tilläggsprotokoll nr 4. Grekland har för närvarande varken undertecknat eller ratificerat protokollet och Förenade kungariket har undertecknat men inte ratificerat det. Österrike, Irland och Nederländerna har reserverat sig mot artikel 3 med avseende på särskilda punkter som inte är av betydelse för omständigheterna och frågeställningarna i förevarande mål.

2. 468 dagar under de 27 månader som föregår ansökan om arbetstagaren har fyllt 36 men ännu inte 50 år.

…”

13. I artikel 43.1 i den kungliga förordningen föreskrivs följande:

”Utan begränsning av föregående bestämmelser, har utländska eller statslösa arbetstagare rätt till arbetslöshetsersättning om de uppfyller lagstiftningen rörande utlänningar och anställning av utländska arbetstagare.

Arbete som utförs i Belgien beaktas inte med mindre än att det uppfyller belgisk lagstiftning om anställning av utländska arbetstagare.”

14. Enligt relevanta bestämmelser i belgisk lagstiftning (artikel 40 i lag av den 15 december 1980 och artikel 2 i kunglig förordning av den 9 juni 1999) likställs en EG-utlännings make och barn, eller de barn till maken som är beroende av dem för sin försörjning, oavsett nationalitet, med EG-utlänningen, under förutsättning att de har kommit för att bosätta sig med denne.

15. Släktingar i rakt uppstigande led till en belgisk medborgare eller EG-utlänning som är beroende av denne för sin försörjning, oavsett medborgarskap, behöver inte arbetstillstånd (enligt artikel 2.2.2 b i kunglig förordning för genomförande av lag av den 30 april 1999 om anställning av utländska arbetare respektive artikel 40.4 iii i lag av den 15 december 1980).

Den belgiska medborgarskapslagen

16. Enligt artikel 10.1 i den belgiska medborgarskapslagen, i dess vid den relevanta tidpunkten gällande lydelse, hade bland annat följande personer belgiskt medborgarskap:

”[E]tt barn som föds i Belgien och som vid någon tidpunkt innan det uppnår 18 års ålder eller förklaras myndigt skulle vara statslöst om det inte hade belgisk nationalitet.”

17. Enligt lag av den 27 december 2006 var det sedermera inte längre möjligt för ett barn som fötts i Belgien av icke-belgiska medborgare att förvärva belgiskt medborgarskap ”om barnets legala ställföreträdare, genom att

vidta vederbörlig administrativ åtgärd vid de diplomatiska eller konsulära myndigheterna för det land i vilket en eller båda av barnets föräldrar är medborgare, kan förärva ett annat medborgarskap för barnet".

Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

18. Ruiz Zambrano och hans maka Moreno López är båda colombianska medborgare. De anlände till Belgien den 7 april 1999 med visum utfärdat av den belgiska ambassaden i Bogotá, tillsammans med sitt första barn.

19. En vecka senare ansökte Ruiz Zambrano om asyl i Belgien. Han stödde asylansökan på att han tvingades fly från Colombia då han sedan 1997 fortlöpande hade utsatts för utpressning (medelst dödshot) från privat milis, att han bevittnat övergrepp mot sin bror och fått utstå att hans treåriga son kidnappades under en vecka i januari 1999.

20. Den 11 september 2000 avslog Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (generalkommissariatet för flyktingar och statslösa) Ruiz Zambranos asylansökan och förelade honom att lämna Belgien. Föreläggandet innehöll dock en bestämmelse som slog fast att Ruiz Zambrano och hans familj inte skulle återföras till Colombia med hänsyn till den kritiska situationen där.

21. Trots föreläggandet ansökte Ruiz Zambrano den 20 oktober 2000 om uppehållstillstånd från Office des Étrangers (utlänningsmyndigheten). Han inkom vid senare tillfällen med två ytterligare ansökningar.[7] Alla tre ansökningarna avslogs. Ruiz Zambrano överklagade avslagsbesluten och yrkade, i mellantiden, att föreläggandet att han skulle lämna Belgien skulle vilandeförklaras. När förevarande begäran om förhandsbesked ingavs var överklagandet fortfarande anhängigt vid Conseil d'État.

22. Ruiz Zambrano och hans maka har varit skrivna i Schaerbeek kommun sedan den 18 april 2001.

23. I oktober 2001 anställdes Ruiz Zambrano på heltid av det belgiska företaget Plastoria SA (nedan kallat Plastoria). Anställningen var en tillsvidareanställning för att utföra verkstadsarbete på verkstaden i Bryssel. Anställningen anmäldes vederbörligen till Office

7 — De ytterligare ansökningarna inkom efter det att hans andra respektive tredje barn fötts. Se punkt 26 nedan.

national de la sécurité sociale (socialförsäkringskontoret). Från hans lön gjordes på vanligt sätt lagenliga socialförsäkringsavdrag och hans arbetsgivare var således skyldig att betala (och betalade) motsvarande belopp. I beslutet om hänskjutande har inte uttryckligen angetts om arbetsgivaren också innehöll källskatt från hans lön (vilket ofta är fallet).

24. Ruiz Zambrano hade inte arbetstillstånd när han anställdes av Plastoria. Han erhöll inte heller arbetstillstånd vid någon tidpunkt under de fem år han arbetade för bolaget.

25. Under denna tid födde hans hustru ett andra barn, Diego, den 1 september 2003, och ett tredje barn, Jessica, den 26 augusti 2005. Båda barnen föddes i Belgien. Enligt artikel 10.1 i den belgiska medborgarskapslagen förvärvade båda belgiskt medborgarskap. [8] Under förhandlingen har Ruiz Zambranos ombud förklarat för domstolen att både Diego och Jessica för närvarande går i skola i Schaerbeek.

26. Diegos och Jessicas födelse ledde till den andra respektive tredje ansökan till utlänningsmyndigheten. [9] I båda ansökningarna gjorde Ruiz Zambrano gällande att födelsen av ett barn som var belgisk medborgare gjorde att han hade rätt till uppehållstillstånd enligt lagen av den 15 december 1980 och artikel 3 i tilläggsprotokoll 4 till Europakonventionen.

27. Till följd av den tredje ansökan beviljades Ruiz Zambrano, genom beslut från de belgiska myndigheterna, ett uppehållsregistreringsintyg som omfattade hans vistelse i Belgien från den 13 september 2005 till den 13 februari 2006. Efter det att Ruiz Zambrano överklagat de olika besluten att avslå hans ansökningar om uppehållstillstånd omfattades hans vistelse i Belgien av ett särskilt uppehållstillstånd som gäller under tiden fram till den slutliga prövningen av överklagandena.

28. Den 10 oktober 2005 upphävdes Ruiz Zambranos anställningsavtal tillfälligt. Han ansökte omedelbart om tillfällig arbetslöshetsersättning från Office national de l'emploi (den nationella arbetsmarknadsmyndigheten). Ansökan avslogs till slut på grunden att han inte hade arbetstillstånd (då hans vistelse i Belgien inte vilade på laglig grund). Han inledde en första talan inför Tribunal du travail (arbetsdomstolen) genom att överklaga avslagsbeslutet (nedan kallat det första

8 — För att barn som föds utanför landet ska förvärva colombianskt medborgarskap krävs enligt relevant colombiansk lagstiftning att en uttrycklig förklaring med detta innehåll görs inför lämplig konsulär personal. Någon sådan förklaring gjordes inte i fråga om Diego och Jessica Ruiz Moreno.

9 — Se punkt 21 ovan.

överklagandet). Han fick dock kort därefter heltidsanställning hos Plastoria igen.

29. Det första överklagandet ledde dock till att de belgiska arbetsmyndigheterna utredde omständigheterna kring Zambranos anställning. En officiell kontrollant besökte Plastorias lokaler den 11 oktober 2006. Han träffade Ruiz Zambrano på arbetsplatsen och kunde bekräfta att denne inte hade arbetstillstånd. Kontrollanten utfärdade ett föreläggande om att anställningen omedelbart skulle upphöra. Plastoria sade vederbörligen upp Zambranos anställning utan ersättning, med åberopande av force majeure och överlämnade en officiell handling till honom (ett ”C 4-intyg”) som intygade att socialförsäkrings- och arbetslöshetsförsäkringsavgifter hade betalats in för honom under hela anställningsperioden från oktober 2001 till oktober 2006.

30. De belgiska arbetsmarknadsmyndigheterna beslutade att inte inleda ett straffrättsligt förfarande mot Plastoria, eftersom företaget, om man bortsåg från att Ruiz Zambrano hade anställts utan arbetstillstånd, inte hade brutit mot några andra skyldigheter enligt socialförsäkringslagstiftningen, mot bestämmelser om att inkomma med riktiga anställningshandlingar, mot skyldigheten att tillse att de anställda omfattades av försäkring mot olycksfall i arbetet eller löneskyldigheter.

31. Då Ruiz Zambrano fann att han var utan arbete, inkom han med en ny ansökan till den nationella arbetsmarknadsmyndigheten. Denna gång avsåg ansökan full arbetslöshetsersättning. Han fick även denna gång avslag på sin ansökan. Ruiz Zambrano överklagade avslagsbeslutet till Tribunal du travail de Bruxelles (nedan kallat det andra överklagandet). Det är det första och andra överklagandet som utgör föremålet för målet vid den nationella domstolen.

32. I sina skriftliga yttranden har den belgiska regeringen angett att Ruiz Zambrano, till följd av regeringens åtgärder för att reglera vissa situationer rörande illegal vistelse i landet, den 30 april 2009 beviljades tillfälligt, förnyelsebart uppehållstillstånd samt arbetstillstånd (typ C). Det senare hade inte retroaktiv verkan och Ruiz Zambranos anställning hos Plastoria mellan 2001 och 2006 anses fortfarande inte ha omfattats av arbetstillstånd.

Tolkningsfrågorna

33. I målen om de två beslut som meddelats av den nationella arbetsmarknadsmyndigheten varigenom Ruiz Zambranos ansökan om tillfällig respektive full arbetslöshetsersättning

avslogs, har Tribunal du travail de Bruxelles (arbetsdomstolen, Bryssel) ställt följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Innebär artiklarna 12 [EG], 17 [EG] och 18 [EG], eller en av dessa eller några av dessa, separat eller tillsammans, att en unionsmedborgare har rätt att uppehålla sig i den medlemsstat där vederbörande är medborgare, oavsett om han eller hon dessförinnan har utövat sin rätt till fri rörlighet i medlemsstaterna?

2. Ska artiklarna 12 [EG], 17 [EG] och 18 [EG], jämförda med artiklarna 21, 24 och 34 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, tolkas så att den rätt som därigenom tillerkänns varje unionsmedborgare, utan diskriminering på grund av nationalitet, att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaterna innebär att när medborgaren i fråga är ett underårigt litet barn som för sin försörjning är beroende av en släkting i närmast föregående led som är medborgare i ett tredjeland, ska barnet garanteras möjlighet att utnyttja sin rätt att uppehålla sig i den medlemsstat där han eller hon är bosatt och är medborgare, oavsett om han eller hon själv eller genom sin legala ställföreträdare dessförinnan har utövat sin rätt till fri rörlighet, genom att uppehållsrätten ges den ändamålsenliga verkan som har betraktats som nödvändig i rättspraxis (dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Zhu och Chen)? I denna rättspraxis har nämligen en släkting i närmast föregående led som är medborgare i ett tredjeland, som har försörjningsansvaret för ett barn och som förfogar över tillräckliga tillgångar och en sjukförsäkring, tillerkänts en härledd uppehållsrätt vilken samma tredjelandsmedborgare skulle ha haft om det underåriga barnet för vilket vederbörande har försörjningsansvaret var en unionsmedborgare som inte var medborgare i den medlemsstat där det var bosatt.

3. Ska artiklarna 12 [EG], 17 [EG] och 18 [EG], jämförda med artiklarna 21, 24 och 34 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, tolkas så att den rätt som tillkommer ett minderårigt barn som är medborgare i en medlemsstat att uppehålla sig i den medlemsstat där han eller hon är bosatt, medför att dispens från kravet på att arbetstillstånd ska beviljas barnets släkting i närmast föregående led som är tredjelandsmedborgare, som har försörjningsansvaret för barnet och som, om det inte vore för kravet på arbetstillstånd som föreskrivs i den nationella rätten i den medlemsstat där vederbörande är bosatt, skulle uppfylla kraven på tillräckliga tillgångar och sjukförsäkring (genom utförande av lönearbete som gör att han täcks av systemet för social trygghet i nämnda medlemsstat), för att barnets uppehållsrätt ska ha den ändamålsenliga verkan som i rättspraxis (dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Zhu

och Chen) har erkänts till förmån för ett underårigt barn som är EU-medborgare men som är medborgare i en annan medlemsstat än den där barnet bor tillsammans med en släkting i närmast föregående led som är tredjelandsmedborgare?”

34. Skriftliga yttranden har inkommit från Ruiz Zambrano, den belgiska, den danska, den tyska, den grekiska, den irländska, den nederländska, den österrikiska och den polska regeringen samt från kommissionen.

35. Ruiz Zambranos juridiska ombud samt företrädare för den belgiska, den danska, den grekiska, den franska, den irländska respektive den nederländska regeringen samt kommissionen deltog i förhandlingen den 26 januari 2010 och yttrade sig muntligen.

Inledande synpunkter

36. Ingen av de inblandade i föreliggande begäran om förhandsbesked har särskilt invänt att den inte kan upptas till sakprövning. Jag vill dock ändå ta upp två frågor i korthet.

37. Den första är om tolkningsfrågorna har någon faktisk betydelse för målet vid den nationella domstolen.

38. Av materialet i beslutet om hänskjutande framgår att Ruiz Zambrano uppfyller de materiella villkoren för arbetslöshetsersättning (som att ha arbetat i minst 468 dagar under de 27 månader som föregick ansökan i enlighet med artikel 30 i kunglig förordning av den 25 november 1991 och att ha betalat in vederbörliga socialförsäkringsavgifter). Det finns två sammankopplade hinder för hans ansökan. För det första föreskrivs i nationell rätt [10] att endast arbete som uppfyller lagstiftningen om utlänningar och utländska arbetstagare ska beaktas. En tillämpning av det villkoret skulle innebära att man ska bortse från Ruiz Zambranos heltidsanställning hos Plastoria mellan den 1 oktober 2001 och den 12 oktober 2006, eftersom han inte vid något tillfälle under denna period hade arbetstillstånd utan endast ett uppehållsregistreringsintyg från den 13 september 2005 och därefter. [11] För det andra föreskrivs i nationell rätt

10 — Artikel 43.1 andra meningen i kunglig förordning av den 25 november 1991 och artikel 7.14 andra meningen i lagdekret av den 28 december 1944.

11 — Se punkterna 24 respektive 22 ovan.

att en utländsk arbetstagare måste uppfylla utlänningslagstiftningen för att ha rätt till understöd. [12]

39. Ruiz Zambranos talan vid den nationella domstolen står och faller med frågan om han – i egenskap av tredjelandsmedborgare som är far till barn med belgiskt medborgarskap – a) har en ställning som kan likställas med ställningen som medborgare i en EU-medlemsstat, eller b) åtnjuter uppehållsrätt härledd från omständigheten att hans barn, förutom att vara belgiska medborgare, också är unionsmedborgare. Både a) och b) skulle tillerkänna honom nödvändig materiell uppehållsrätt enligt unionsrätten. [13] Därtill skulle a) i sig undanta honom från kravet på arbetstillstånd och b) enligt mitt förmenande, genom en ofrånkomlig analogisk tolkning, berättiga honom till det undantag från kravet på arbetstillstånd som enligt artikel 2.2.2 b i lag av den 30 april 1999 omfattar en belgisk medborgares släktingar i rakt uppstigande led *som är beroende av medborgaren för sin försörjning*. Om det inte vore så (lyder argumentet) skulle resultatet bli omvänd diskriminering mot belgiska medborgare som inte utövat sin rätt till fri rörlighet enligt unionsrätten, eftersom de inte skulle ha någon nytta av bestämmelserna om familjeåterförening [14] som gör att både unionsmedborgare som har flyttat till Belgien från en annan medlemsstat och belgare som tidigare har utövat rätten till fri rörlighet kan förena sig med en oberoende familjemedlem i rakt uppstigande led som är tredjelandsmedborgare.

40. Även om saken i målet vid den nationella domstolen avser en ansökan om arbetslöshetsersättning enligt socialförsäkrings-/arbetslagstiftning snarare än en förvaltningsrättslig ansökan om uppehållsrätt är det således uppenbart att den nationella domstolen inte kan avgöra den fråga den har framför sig utan att känna till a) om Ruiz Zambrano kan göra gällande rättigheter enligt unionsrätten som härleds från omständigheten att hans barn, till följd av att de är belgiska medborgare, också är unionsmedborgare och b) vilka rättigheter som skulle tillkomma en belgare som i egenskap av unionsmedborgare *hade* flyttat till en annan medlemsstat och sedan återvänt till Belgien (för att analysera argumentet om omvänd diskriminering och

12 — Artikel 43.1 första meningen och artikel 69.1 i kunglig förordning av den 25 november 1991 och artikel 7.14 första meningen i lagdekret av den 28 december 1944.

13 — Det är fast rättspraxis att uppehållstillstånd snarare bekräftar än förlänar uppehållsrätt. Se dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer (REG 1976, s. 497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 73), punkt 50, och av den 17 februari 2005 i mål C-215/03, Oulane (REG 2005, s. I-1215), punkt 25.

14 — Rådets direktiv 90/364/EEG av den 28 juni 1985 om rätt till bosättning (EGT L 180, s. 26; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 58), nu ersatt av 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 (EUT L 158, s. 77, med rättelse i EUT L 229, s. 35).

tillämpa eventuella relevanta nationella rättsregler). Den nationella domstolen har vidare relativt ingående förklarat att nationell rätt [15] hänvisar till unionsrätten för en definition av vem som anses utgöra en ”familjemedlem” till en unionsmedborgare, vilket antyder att detta är av betydelse för att lösa målet i fråga. [16]

41. Den andra frågan uppkommer till följd av att Ruiz Zambranos juridiska ombud har informerat domstolen om att både belgiska Conseil d’État och Cour Constitutionnelle nyligen under liknande omständigheter funnit att den konstitutionella likhetsprincipen hade överträtts på grund av unionsrättsligt orsakad omvänd diskriminering. [17] Man kanske kan tycka att föreliggande mål därför har blivit överflödigt. För att ställa frågan på ett annat sätt: Behöver den nationella domstolen fortfarande svar på sina frågor om unionsrätten, nu när den har fått vägledning enligt nationell rätt från sina egna överordnade domstolar?

42. Enligt min uppfattning behöver den det.

43. För att kunna tillämpa den rättspraxis som utvecklats i Conseil d’État och Cour Constitutionnelle, måste Tribunal du travail först avgöra om förhållandet mellan unionsrätt och nationell rätt verkligen ger upphov till omvänd diskriminering. För att avgöra den frågan behöver Tribunal du travail vägledning från domstolen i fråga om tolkning av unionsrätten. Domstolen har tidigare prövat tolkningsfrågor som framförts i just det syftet, nämligen att göra det lättare för den nationella domstolen att jämföra situationen enligt unionsrätten med situationen enligt nationell rätt. [18] Domstolen har i ett flertal mål ansett sig behöva meddela ett avgörande då ”[e]n tolkning av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna [likväl] skulle... kunna vara användbar för den nationella domstolen, även med avseende på förhållanden som anses vara rent interna, i synnerhet om varje medborgare i den aktuella medlemsstaten enligt den nationella rättsordningen ska ha samma rättigheter som medborgare från andra medlemsstater skulle ha enligt gemenskapsrätten [nu unionsrätten], i en situation som nämnda

15 — Artikel 40a i lag av den 15 december 1980 och artikel 2 i kunglig förordning av den 9 juni 1999.

16 — Se dom av den 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi (REG 1990, s. I-3763; svensk specialutgåva, volym 10, s. 531), punkt 42.

17 — Conseil d’État, dom 193.348 av den 15 maj 2009 och dom 196.294 av den 22 september 2009; Cour Constitutionnelle, dom 174/2009 av den 3 november 2009.

18 — Se exempelvis dom av den 5 december 2000 i mål C-448/98, Guimont (REG 2000, s. I-10663), punkt 23, av den 5 mars 2002 i de förenade målen C-515/99, C-519/99–C-524/99 och C-526/99–C-540/99, Reisch m.fl. (REG 2002, s. I-2157), punkt 26, av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar m.fl. (REG 2003, s. I-8621), punkt 41, och av den 1 april 2008 i mål C-212/06, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (REG 2008, s. I-1683), punkt 29.

domstol anser vara jämförbar".[19] Faktum är att företrädaren för den belgiska regeringen i muntligt yttrande vid förhandlingen har medgett att den nationella domstolen skulle behöva ett svar från EU-domstolen för att kunna pröva huruvida det förelåg omvänd diskriminering orsakad av unionsrätten.

44. Följaktligen bör domstolen besvara tolkningsfrågorna.

Omorganisering av frågeställningarna

45. Tolkningsfrågorna ger upphov till tre argumentationslinjer. Även om dessa kanske inte helt tydligt framgår av tolkningsfrågornas faktiska ordalydelse, kan de härledas från den närmare analysen i beslutet om hänskjutande.

46. Huvudfrågan för den nationella domstolen har att göra med om rörlighet krävs för att fördragets bestämmelser om unionsmedborgarskap ska kunna tillämpas. Den nationella domstolen är väl medveten om att artiklarna 20 och 21 FEUF, begreppsmässigt, skiljer sig från fri rörlighet för arbetare enligt artikel 45 FEUF, etableringsfrihet enligt artikel 49 FEUF och, förvisso, från samtliga "ekonomiska" friheter i artikel 34 FEUF och följande artiklar. Men hur annorlunda är egentligen medborgarskapsbestämmelserna?

47. Den nationella domstolen övergår därefter till att ställa frågor om vilken roll de grundläggande rättigheterna har (framför allt den grundläggande rättigheten till familjeliv som bygger på domarna i målen Carpenter,[20] MRAX[21] och Zhu och Chen[22]) vid avgränsningen av tillämpningsområdet för artiklarna 20 och 21 FEUF.

48. Till sist undrar den nationella domstolen vilken funktion artikel 18 FEUF har med avseende på att skydda privatpersoner mot omvänd diskriminering som unionsrätten orsakat på grund av sina bestämmelser om unionsmedborgarskap.

19 — Domen i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 18), punkt 40.

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

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

22 — Dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Zhu och Chen (REG 2004, s. I-9925). Efter att ha kontrollerat namnen i den nationella akten vill jag nu passa på att undanröja en viss förvirring som har förelegat sedan länge. Catherines mor hette som ogift Lavette Man Chen. Hon gifte sig med Guoqing Zhu (känd under namnet Hopkins Zhu) och blev fru Zhu. Parets dotter fick därför namnet Catherine Zhu. Både mor och dotter hette Zhu i efternamn när den talan som gav upphov till mål C-200/02 väcktes. Hänvisningen till Chen (och den följande förvirringen om vem som var Zhu och vem som var Chen) härrör från ett enkelt missförstånd.

49. För tydlighetens skull, och för att ge den nationella domstolen ett användbart svar, kommer jag att ta upp de tre tolkningsfrågorna i följande ordning.

50. Först kommer jag att pröva frågan om Diego och Jessica som unionsmedborgare kan åberopa rättigheter enligt artiklarna 20 och 21 FEUF, trots att de (ännu) inte har flyttat från den medlemsstat där de är medborgare, och om Ruiz Zambrano därför kan åberopa en härledd uppehållsrätt för att kunna stanna i Belgien och ta hand om och försörja sina barn (nedan kallad den första frågan). För att besvara frågan måste jag överväga om detta – vilket gjorts gällande i skarpa ordalag – utgör ”rent interna” förhållanden eller det finns en anknytning till unionsrätten som är tillräckligt stark för att medborgarrättigheter ska kunna åberopas. Det blir också aktuellt att avgöra om artikel 21 FEUF innehåller två självständiga rättigheter – en rätt att förflytta sig *och* en självständig uppehållsrätt – eller om artikeln endast innebär en rätt att förflytta sig (och *därefter* att uppehålla sig).

51. Därefter tar jag upp frågan om omvänd diskriminering, vilken den nationella domstolen har tagit upp vid ett flertal tillfällen. Det föranleder mig att undersöka hur långt tillämpningsområdet för artikel 18 FEUF sträcker sig och att avgöra om artikeln kan tillämpas som lösning på situationer där de unionsrättsliga bestämmelserna om unionsmedborgarskap har gett upphov till omvänd diskriminering (nedan kallad den andra frågan). Även om denna fråga har berörts under senare år, [23] har den ännu inte lösts.

52. Till sist tar jag upp frågan om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad den tredje frågan). Det följer helt klart av beslutet om hänskjutande att den nationella domstolen vill ha svar på frågan om den grundläggande rätten till familjeliv har betydelse i föreliggande mål, där varken unionsmedborgaren eller dennes colombianska föräldrar har flyttat från Belgien. Den frågan ger i sin tur upphov till en mer fundamental fråga: Vad är tillämpningsområdet för unionens grundläggande rättigheter? Kan de åberopas separat? Eller måste det finnas någon beröringspunkt med en annan, klassisk, unionsrättighet?

53. Det råder inget tvivel om att de grundläggande rättigheterna löper som en röd tråd genom alla tre frågorna och jag kommer därför innan jag påbörjar min analys – som en prolog – att pröva om det är rimligt att tro att Ruiz Zambrano och hans familj löper en verklig risk att utsättas för en överträdelse av den grundläggande rätten till familjeliv enligt unionsrätten.

23 — Se bland annat mitt förslag till avgörande i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 18).

Prolog: Zambrano-familjens förhållanden och den eventuella överträdelsen av unionens grundläggande rätt till familjeliv

54. I domen i målet Carpenter, [24] slog domstolen fast att rätten till familjeliv är en av unionsrättens allmänna principer. Till stöd för sin bedömning åberopade domstolen den rättspraxis som etablerats i Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen). I domen i målet Boultif [25] fann Europadomstolen att ”... det [kan] innebära ett intrång i den i artikel 8.1 i [Europa]konventionen angivna rätten till respekt för familjelivet att utestänga en person från ett land där hans nära anhöriga bor”. [26] Europakonventionens definition av ”familj” begränsas framför allt till kärnfamiljen, [27] vilken otvetydigt omfattar Ruiz Zambrano och Moreno López som Diegos och Jessicas föräldrar.

55. Det följer också av Europadomstolens fasta rättspraxis att en person endast får avlägsnas från sina familjemedlemmar om det visats att det är ”är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle, det vill säga motiverat av tvingande sociala hänsyn, samt bland annat står i proportion till det legitima mål som eftersträvas”. [28] Vid tillämpning av artikel 8.2 i Europakonventionen, som härleds ur den rättighet som skyddas genom artikel 8.1 i samma konvention, måste ett proportionalitetstest genomföras. Detta test ska (bland annat) ta hänsyn till omständigheter som förelåg när familjen bosatte sig på platsen, huruvida sökanden var i god tro, kulturella och sociala skillnader i det land som familjemedlemmarna skulle flyttas till och i vilken grad de anpassat sig till den avtalsslutande statens samhälle. [29]

56. Även om den i stor utsträckning stöder sig på Europadomstolens rättspraxis, har EU-domstolen å sin sida utvecklat en egen argumentation. Sammanfattningsvis tillerkänner domstolen skydd i följande situationer och/eller med hänsyn till följande omständigheter. [30]

24 — Ovan fotnot 20, punkt 41. Se även domen i det ovannämnda målet MRAX (ovan fotnot 21), punkt 53, och dom av den 27 april 2006 i mål C-441/02, kommissionen mot Tyskland (REG 2006, s. I-3449), punkt 109, av den 14 april 2005 i mål C-157/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-2911), punkt 26, av den 31 januari 2006 i mål C-503/03, kommissionen mot Spanien (REG 2006, s. I-1097), punkt 41, av den 23 september 2003 i mål C-109/01, Akrich (REG 2003, s. I-9607), punkterna 58–59, av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet (REG 2006, s. I-5769), punkt 52, och av den 25 juli 2008 i mål C-127/08, Metock m.fl. (REG 2008, s. I-6241), punkt 79. Se Carrera, S., ”In Search of the Perfect Citizen?”, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 375–388, för en diskussion om den grundläggande rätten till familjeliv i gemenskapsrätten och dess betydelse för tredjelandsmedborgare.

25 — Se Europadomstolens dom av den 2 augusti 2001 i målet Boultif mot Schweiz, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, § 39, § 41 och § 46.

26 — Se även Europadomstolens dom av den 11 juli 2002 i målet Amrollahi mot Danmark, ej publicerad i *Recueil des arrêts et décisions*, §§ 33–44.

27 — Europadomstolens dom av den 9 oktober 2003 i målet Slivenko mot Lettland, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-X, § 94.

28 — Se Europadomstolens dom av den 26 september 1997 i målet Mehemi mot Frankrike, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI, § 34, och Europadomstolens dom av den 19 februari 1998 i målet Dalia mot Frankrike, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, § 52.

29 — Se Europadomstolens dom av den 21 december 2001 i målet Sen mot Nederländerna, § 40, ej publicerad i *Recueil des arrêts et décisions*.

30 — För information om skillnaderna mellan EU-domstolens rättspraxis och Europadomstolens rättspraxis om artikel 8 i Europakonventionen, se Sudre, F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3 uppl., PUF, Paris, 2003, s. 510–511.

57. För det första krävs inte enligt EU-domstolen att en unionsmedborgare måste vara kärande i rättegången vid den nationella domstolen för att skyddet ska kunna göras gällande. Således har den grundläggande rätten till familjeliv enligt unionsrätten redan utgjort ett indirekt skydd för tredjelandsmedborgare som var unionsmedborgarens nära familjemedlemmar. Eftersom det annars skulle ha utgjort intrång i unionsmedborgarens rätt till familjeliv utsträcktes skyddet även till den familjemedlem som var medborgare i tredjeland och hade väckt talan. [31]

58. För det andra är det möjligt att åberopa den grundläggande rättigheten även om den familjemedlem som förelagts att lämna landet inte är lagligen bosatt där. [32]

59. För det tredje tar domstolen hänsyn till om familjemedlemmen utgör en fara för allmän ordning eller säkerhet (vilket skulle vara skäl att avlägsna personen från territoriet). [33]

60. För det fjärde accepterar domstolen endast ett försvar grundat på rättighetsmissbruk om medlemsstaten kan lägga fram otvetydig bevisning om att sökanden var i ond tro. [34]

61. Dessa och andra särdrag i de grundläggande rättigheter som nu är föremål för prövning – rätten till familjeliv och barnets rättigheter – återspeglas i artiklarna 7 och 24.3 i stadgan. Vid den avgörande tidpunkten var fördraget ”mjuk” lagstiftning och inte bindande för de belgiska myndigheterna. Den åberopades dock redan av domstolen som tolkningsmedel, bland annat i mål avseende rätt till familjeliv. [35] Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande har fördraget fått ställning som primärrätt. [36]

62. Enligt min åsikt utgjorde de belgiska myndigheternas beslut att förelägga Ruiz Zambrano att lämna Belgien, vilket följdes

31 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 20). I målet Zhu och Chen (ovan fotnot 22) var både den minderåriga dottern (Catherine Zhu, unionsmedborgaren) och tredjelandsmedborgaren (modern, fru Zhu) formellt sökande. Mot bakgrund av Catherines ålder fördes talan i praktiken endast av modern till förmån för både dottern och sig själv.

32 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 20), punkt 44. Enligt Förenade kungarikets utlänningslagstiftning hade Mary Carpenter stannat längre än hon hade rätt till. Hon hade tillstånd att resa in till Förenade kungariket men hade sedan stannat kvar där efter det att tillståndet hade upphört att gälla. Ruiz Zambrano, däremot, är en asylsökande som har fått avslag på sin ansökan om asyl. Såvitt jag se kan de två situationerna dock inte särskiljas på den grunden. Det framgår tydligt av domen i målet Carpenter att statssekreteraren, enligt nationell rätt, var lika berättigad att anhängiggöra talan mot Mary Carpenter som de belgiska myndigheterna var att anhängiggöra talan mot Ruiz Zambrano i föreliggande mål.

33 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 20) punkt 44.

34 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 20), punkt 44, i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 22), punkterna 36–41, domen i målet Akrich (ovan fotnot 24), punkt 57, och i målet Metock (ovan fotnot 24), punkt 75.

35 — Se domen i målet parlamentet mot rådet (ovan fotnot 24), punkt 38.

36 — Se artikel 6.1 FEU.

av upprepade avslag på hans ansökan om uppehållstillstånd, ett eventuellt intrång i hans barns grundläggande rätt till familjeliv och skydd för sina rättigheter i egenskap av barn, och därmed således (om man tillämpar domarna i de ovannämnda målen Carpenter och Zhu och Chen) ett intrång i Ruiz Zambranos motsvarande rätt till familjeliv i egenskap av deras far. Jag använder uttrycket ”eventuellt”, eftersom Ruiz Zambrano fortfarande befinner sig i Belgien. Det är dock uppenbart att en aktivering av utvisningsbeslutet skulle utlösa intrånget i dessa rättigheter.

63. Det är lika uppenbart att intrånget sannolikt skulle vara allvarligt. Om Ruiz Zambrano skulle utvisas skulle även hans maka utvisas. Detta skulle i sin tur ha dramatiska följder för barnen. Med tanke på barnens ålder, skulle de inte längre kunna leva ett oberoende liv i Belgien. Därför skulle det minst onda, antagligen, vara för barnen att flytta från Belgien med sina föräldrar. Det skulle dock innebära att de fjärmas från det samhälle och den kultur de fötts i och blivit en del av. Även om det i slutänden är den nationella domstolen som ska göra den närmare bedömningen i det enskilda fallet, synes det lämpligt att vid den fortsatta bedömningen utgå från att intrånget mycket väl skulle kunna vara allvarligt.

64. Det är riktigt att Ruiz Zambranos barn föddes vid en tidpunkt då hans situation redan stod i strid med gällande regler. Uppgifterna i beslutet om hänskjutande tyder dock på att Ruiz Zambrano helt och hållet anpassat sig till det belgiska samhället och inte utgör något hot eller någon fara. Även om det är den nationella domstolen (som ensam prövar de faktiska omständigheterna) som måste göra en sådan bedömning, om sådan krävs, synes det mig som om följande omständigheter stöder en sådan uppfattning.

65. Dels arbetade Ruiz Zambrano regelbundet efter han flyttat till Belgien, han betalade belgiska socialförsäkringsavgifter och gjorde inte anspråk på ekonomiskt understöd.[37] Dels framgår det att Ruiz Zambrano och hans hustru Moreno López levde ett normalt familjeliv och att deras barn nu går i skola i Belgien. Vidare var de belgiska myndigheterna villiga att ta emot de socialförsäkringsavgifter som Ruiz Zambrano betalade till den belgiska staten under de fem år han arbetade för Plastoria. Denna villighet skiljer sig på ett besynnerligt sätt från det belgiska

37 — Det ska hållas i åtanke att den arbetslöshetsersättning som Ruiz Zambrano nu gör anspråk på är en ersättning som han, eftersom han betalat socialförsäkringsavgifter, skulle vara berättigad till om hans anställning hos Plastoria ansågs vara ersättningsgrundande från tidpunkten för Diegos födelse.

ministeriets ovilja att bevilja Zambrano uppehållstillstånd. [38] Dessutom antyder det faktum att generalkommissariatet för flyktingar och statslösa meddelade att det förelåg hinder mot att verkställa avvisning eller utvisning att Ruiz Zambrano och hans familj inte kunde återföras till Colombia eftersom detta skulle försätta dem i verklig fara. Om de tvingades att lämna Belgien skulle de därför behöva hitta en tredje stat som var villig att ta emot dem, en stat som de kanske, eller kanske inte, hade någon anknytning till. Genom att bevilja Zambrano tillfälligt förnyelsebart uppehållstillstånd 2009 har de belgiska myndigheterna underförstått bekräftat att hans vistelse i Belgien inte utgör någon samhällsfara och att det inte finns några överordnade allmänna ordningshänsyn som skulle kunna åberopas till stöd för att begära att han skulle lämna landet omedelbart.

66. Om de belgiska myndigheterna skulle verkställa sitt beslut att neka Ruiz Zambrano uppehållstillstånd efter födelsen av hans första belgiska barn (Diego) och kräva att han lämnade landet, [39] verkar det av ovanstående skäl troligt att det skulle anses utgöra ett allvarligt intrång i Diegos – och därmed också indirekt Ruiz Zambranos – grundläggande rätt till familjeliv enligt unionsrätten.

Den första frågan – unionsmedborgarskap

Inledande synpunkter

67. När unionsmedborgarskapet infördes genom Maastrichtfördraget 1992 var det en ny och kompletterande ställning som tillerkändes medlemsstaternas medborgare. Genom att tillerkänna alla medborgare rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaterna erkändes genom det nya fördraget privatpersoners väsentliga roll i den nyskapade unionen, *vare sig de var ekonomiskt aktiva eller inte*. Alla medborgare har rättigheter och skyldigheter som tillsammans ger upphov till en ny ställning – en ställning som domstolen 2001 förklarade var ”avsedd att vara den

38 — I domen av den 7 september 2004 i mål C-456/02, Trojani (REG 2004, s. I-7573), verkar omständigheten att den kommunala förvaltningen i Bryssel hade beviljat Michel Trojani uppehållstillstånd (permis de séjour), trots att de belgiska socialförsäkringsmyndigheterna hade vägrat betala ut existensminiumbidrag, ha utgjort en av orsakerna till att domstolen fann att han kunde åberopa artikel 18 EG (nu artikel 21 FEUF) jämfört med artikel 12 EG (nu artikel 18 FEUF), se punkt 44 i domen. Det aktuella tidsbegränsade förnyelsebara uppehållstillstånd som Ruiz Zambranos har gäller bara så länge handläggningen av överklagandet i Conseil d'État pågår. Se punkt 27 ovan.

39 — Som jag förstår saken har utvisningsbeslutet inte upphävts utan endast vilandeförklarats i avvaktan på att hans överklagande till Conseil d'État ska prövas.

grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare”.[40]

Kan man åberopa de rättigheter som följer av unionsmedborgarskap enbart på grundval av bosättning i ens medborgarmedlemsstat?

Rörlighet och den klassiska (ekonomiska) rätten till fri rörlighet

68. Enligt mitt förmenande har detta uttalande lika stor och långtgående betydelse som tidigare milstolpar i domstolens rättspraxis. Faktum är att domstolens beskrivning av unionsmedborgarskap i domen i målet Gryzelczyk enligt min uppfattning skulle kunna ha lika stor betydelse som domstolens inflytelserika uttalande i domen i målet Van Gend en Loos att ”gemenskapen utgör en ny rättsordning inom folkrätten till vars förmån staterna... har inskränkt sina suveräna rättigheter och som inte enbart medlemsstaterna utan även dessas medborgare lyder under”.[41]

69. Det är en sedan länge fastställd regel att det normalt krävs någon form av rörlighet mellan medlemsstater för att kunna åberopa de klassiska ekonomiska rättigheter som är kopplade till de fyra friheterna. Även såtillvida är det dock värt att notera att domstolen har slagit fast vikten av att utövandet av sådana rättigheter inte hindras eller störs, och har sett misstänksamt på nationella åtgärder som kan ha en avvärjande effekt på ett möjligt utövande av rätten till fri rörlighet.

70. I domen i målet Dassonville[42] gjorde domstolen det välkända uttalandet att ”[a]lla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen skall anses som åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner”. Det faktum att detta uttalande sträcker sig så långt har gett domstolen möjlighet att ingående granska diskriminerande och icke diskriminerande nationella åtgärder, även då

40 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99, Grzelczyk (REG 2001, s. I-6193), punkt 31, som sedermera bekräftades bland annat i dom av den 11 juli 2002 i mål C-224/98, D’Hoop (REG 2002, s. I-6191), punkt 28, av den 17 september 2002 i mål C-413/99, Baumbast och R (REG 2002, s. I-7091), punkt 82, av den 29 april 2004 i de förenade målen C-482/01 och C-493/01, Orfanopoulos m.fl. och Oliveri (REG 2004, s. I-5257), punkt 65, av den 2 oktober 2003 i mål C-148/02, Garcia Avello (REG 2003, s. I-11613), punkt 22, i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 22), punkt 25, av den 29 april 2004 i mål C-224/02, Pusa (REG 2004, s. I-5763), punkt 16, av den 7 juli 2005 i mål C-147/03, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-5969), punkt 45, av den 15 mars 2005 i mål C-209/03, Bidar (REG 2005, s. I-2119), punkt 31, av den 12 juli 2005 i mål C-403/03, Schempp (REG 2005, s. I-6421), punkt 15, av den 12 september 2006 i mål C-145/04, Spanien mot Förenade kungariket (REG 2006, s. I-7917), punkt 74, av den 7 juni 2007 i mål C-50/06, kommissionen mot Nederländerna (REG 2007, s. I-4383), punkt 32, och av den 16 december 2008 i mål C-524/06, Huber (REG 2008, s. I-9705), punkt 69.

41 — Dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, Van Gend en Loos (REG 1963, s. 3; svensk specialutgåva, volym 1, s. 161). I domen i målet Van Gend en Loos angav domstolen att medlemsstaterna hade inskränkt sina suveräna rättigheter ”låt vara inom begränsade områden”. När uttalandet från målet Van Gend en Loos upprepades i yttrande 2/94 av den 28 mars 1996 (EGT C 180, s. 1), utelämnades den andra delen av meningen.

42 — Dom av den 11 juli 1974 i mål 8/74, Dassonville (REG 1974, s. 837; svensk specialutgåva, volym 2, s. 343), punkt 5.

varor inte nödvändigtvis har förflyttats. [43] En nationell åtgärds dämpande effekt kan räcka för att tillämpa vad som nu är artikel 34 FEUF (f.d. artikel 28 EG). Således fann domstolen i målet Carbonati [44] med godtagande av generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande, att avgifter som togs ut på gods inom en medlemsstat stred mot fördraget. [45] Domstolen angav tydligt att artikel 26.2 FEUF (f.d. artikel 14.2 EG), när den definierar den inre marknaden som ”ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs”, gör det ”utan att det i denna artikel görs åtskillnad mellan gränser mellan medlemsstaterna och gränser inom en medlemsstat”. [46]

71. Ett liknande test användes på fri rörlighet för personer och tjänster i målet Säger, [47] där domstolen förklarade att artikel 59 i EEG-fördraget (nu artikel 56 FEUF) ”inte endast [innebar] att all diskriminering på grund av nationalitet ska avskaffas gentemot tjänsteleverantörer, utan detsamma gäller för varje inskränkning som är ägnad att förbjuda eller på annat sätt störa verksamheten för den tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat där han lagenligt tillhandahåller motsvarande tjänster till och med om inskränkningen utan åtskillnad tillämpas på medborgare i det egna landet som tillhandahåller tjänster och medborgare från andra medlemsstater som tillhandahåller tjänster”. [48] Denna argumentationslinje fullbordades i domen i målet Kraus, [49] där domstolen fann att åtgärder som ”kan göra det svårare eller mindre attraktivt för [unionsmedborgare], däribland medborgarna i den medlemsstat som vidtar åtgärden, att utöva de grundläggande friheter som garanteras genom fördraget” också föll inom gemenskapsrättens tillämpningsområde. [50]

72. Således är det nu fast rättspraxis att en person vars möjlighet att fritt röra sig inom unionen ”görs svårare” eller ”mindre attraktiv”, även om det är den medlemsstat i vilken

43 — Se bland annat dom av den 12 mars 1987 i mål C-178/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1987, s. 1227; svensk specialutgåva, volym 9, s. 37), punkt 27, av den 23 september 2003 i mål C-192/01, kommissionen mot Danmark (REG 2003, s. I-9693), punkt 39, av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband (REG 2003, s. I-14887), punkt 66, av den 19 juni 2003 i mål C-420/01, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-6445), punkt 25, och av den 5 februari 2004 i mål C-24/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-1277), punkt 22.

44 — Dom av den 9 september 2004 i mål C-72/00, Carbonati (REG 2004, s. I-8027).

45 — Generaladvokaten beskrev öppet särdragen i de åtgärder som var föremål för bedömning i mål som Carbonati och medgav att ”... varken den nationella lagstiftningen eller gemenskapsrätten i sig [skapar] en diskriminering. Denna är emellertid ett resultat av den delvisa tillämpningen av [unionsrätten] på den nationella lagstiftningen i fråga. Även om denna situation varken är eftersträvad eller föreskriven är den en nödvändig följd av [unionsrättens] tillämpning. Även om denna situation i sina huvudsakliga delar omfattas av intern rätt är den också en 'restsituation' i ett [unionsrättsligt] perspektiv. Genom de verkningar som avsiktligen eller oavsiktligen skapas genom [unionsrätten] blir [unionsrätten] en av orsakerna till situationen”. (punkt 62).

46 — Se domen i målet Carbonati (ovan fotnot 44), punkt 23.

47 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221).

48 — Domen i målet Säger (ovan fotnot 47), punkt 12.

49 — Dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92 (REG 1993, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. 167), punkterna 28 och 32.

50 — Se domen i målet Kraus (ovan fotnot 49), punkt 32. Se även särskilt dom av den 7 juli 1992 i mål C-370/90, Singh (REG 1992, s. I-4265; svensk specialutgåva, volym 13, s. 19), punkt 23, där denna rättspraxis tillämpades på en familj som bestod av en make och en hustru.

han är medborgare som gör det, kan åberopa rättigheter enligt fördraget. [51]

73. I själva verket har domstolen redan godtagit en viss uttunning av principen att utövandet av rättigheter förutsätter faktisk fysisk förflyttning över en landsgräns. I domen i målet Alpine Investments [52] angav domstolen att ett förbud mot att ringa till potentiella kunder i andra medlemsstater låg inom tillämpningsområdet för fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster, trots att någon fysisk rörlighet inte var för handen. I domen i målet Carpenter [53] godtog domstolen att unionsrätten var avgörande för resultatet av ett överklagande av ett beslut av myndigheterna i Förenade kungariket att utvisa en filippinsk medborgare. Orsaken till att man sökte stöd i unionsrätten var att Mary Carpenters make, en brittisk medborgare, från tid till annan reste till andra medlemsstater för att sälja reklamutrymme i en brittisk tidskrift. Domstolen godtog argumentet att det var lättare för Mary Carpenters make att tillhandahålla och motta tjänster, eftersom hon tog hand om sin makes barn från dennes första äktenskap. Domstolen ansåg därför att Mary Carpenters utvisning skulle inskränka hennes makes rätt att tillhandahålla och motta tjänster samt hans grundläggande rätt till familjeliv. [54]

74. I den mer nyligen avkunnade domen i målet Metock [55] upprätthöll domstolen argumentet att Metocks makas tidigare utövande av rätten till rörelsefrihet räckte för att Metock skulle förvärva härledd uppehållsrätt i Irland, trots att han inte uppfyllde kravet enligt nationell rätt att han lagligen ska ha varit bosatt i en annan medlemsstat före ankomsten till Irland. Metocks maka var kamerunsk medborgare och blev senare medborgare i Förenade kungariket. Hon var redan bosatt och arbetade i Irland när hon gifte sig med sin make (även han en kamerunsk medborgare som hon hade träffat i Kamerun tolv år tidigare). [56]

Rörlighet och unionsmedborgarskap

75. I många medborgarskapsmål finns redan ett tydligt gränsöverskridande inslag som motsvarar utövandet av den klassiska ekonomiska rätten till fri rörlighet. Således

51 — Se bland annat dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37, av den 9 september 2003 i mål C-285/01, Burbaud (REG 2003, s. I-8219), punkt 95, av den 14 oktober 2004 i mål C-299/02, kommissionen mot Nederländerna (REG 2004, s. I-9761), punkt 15, av den 26 maj 2005 i mål C-249/04, Allard (REG 2005, s. I-4535), punkt 32, och av den 17 juli 2008 i mål C-389/05, kommissionen mot Frankrike (REG 2008, s. I-5337), punkt 56.

52 — Dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments (REG 1995, s. I-1141).

53 — Ovan fotnot 20.

54 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 20) punkt 39.

55 — Ovan fotnot 24.

56 — Se domen i målet Metock (ovan fotnot 24), punkt 58.

var svarandena i målet Bickel och Franz [57] en österrikisk och en tysk medborgare som riskerade åtal i området Trentino-Alto Adige i Italien (nämligen i före detta Sydtyrolen) och hoppades att åtalas i Tyskland snarare än Italien. I målet Martínez Sala [58] var käranden en spansk medborgare som hade flyttat till Tyskland. I målet Bidar [59] flyttade Dany Bidar från Frankrike till Förenade kungariket där han bodde med sin mormor medan han avslutade sin utbildning efter det att hans mor dött, varefter han ansökte om studielån för att finansiera sina universitetsstudier.

76. Dessutom, när medborgare i en medlemsstat åberopar rättigheter härrörande ur unionsmedborgarskap mot sin egen medlemsstat har detta vanligtvis dessutom föregåtts av tidigare förflyttning bort från medlemsstaten i fråga och ett efterföljande återkommande. I målet D'Hoop [60] hade Marie-Nathalie D'Hoop flyttat från Belgien till Frankrike där hon hade avslutat sina studier. Hon hade sedan återvänt till Belgien och där ansökt om det särskilda ”övergångsbidrag” som beviljades ungdomar som just avslutat sina studier och sökte sin första anställning. I målet Grunkin och Paul [61] reste Leonhard Matthias Grunkin-Paul mellan Danmark (där han var född, bodde och gick i skola) och Tyskland (hans medborgarskapsland) för att umgås med sin frånskilda far där. Grunkin-Paul behövde få sitt tyska pass utfärdat i det namn han lagligen fått i Danmark och inte i ett annat namn.

77. Jag anser dock inte att utövandet av en rättighet som härrör ur unionsmedborgarskap alltid oupplösligt och nödvändigtvis är kopplat till fysisk rörlighet. Det finns också redan medborgarskapsmål där inslaget av verklig rörlighet knappast kan urskiljas eller uppriktigt sagt inte existerar.

78. I målet García Avello [62] var föräldrarna spanska medborgare som hade flyttat till Belgien. Deras barn Esmeralda och Diego (som både hade spanskt och belgiskt medborgarskap och vars omtvistade efternamn utgjorde saken i rättegången) var födda i Belgien och hade, såvitt kan urskiljas från handlingarna i målet, aldrig flyttat därifrån. I målet Zhu och Chen [63] hade Catherine Zhu fötts i en del av Förenade kungariket (Nordirland) och endast flyttat *inom* Förenade kungariket (till England). Tack vare de lagar som då tillerkände irländskt medborgarskap till alla som fötts

57 — Dom av den 24 november 1998 i mål C-274/96, Bickel och Franz (REG 1998, s. I-7637).

58 — Dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (REG 1998, s. I-2691).

59 — Ovan fotnot 40.

60 — Ovan fotnot 40.

61 — Dom av den 14 oktober 2008 i mål C-353/06, Grunkin och Paul (REG 2008, s. I-7639).

62 — Ovan fotnot 40.

63 — Ovan fotnot 22.

på ön Irland (inbegripet Nordirland) och bra juridisk rådgivning kunde hon åberopa unionsmedborgarskap till stöd för uppehållsrätt i Förenade kungariket för sig själv och sin kinesiska mor. Detta var möjligt, eftersom det annars skulle ha varit omöjligt för henne, som var ett litet barn, att utöva sina unionsmedborgerliga rättigheter på ett ändamålsenligt sätt. I målet Rottmann,[64] förvärvade Janko Rottmann det avgörande medborgarskapet (tyskt medborgarskap genom naturalisation, och inte sitt tidigare österrikiska medborgarskap som han förvärvat vid födseln) efter det att han hade flyttat till Tyskland från Österrike. I domen bortser man dock från den tidigare flytten och beaktar endast den *framtida* verkan av att ett återtagande av det tyska medborgarskapet skulle göra Janko Rottmann statslös. (Jag återkommer mer ingående till detta aktuella och viktiga avgörande senare.)[65]

79. När man undersöker de olika rättigheter som i fördraget tillerkänns unionsmedborgare, är det uppenbart att vissa, i synnerhet rösträtt och valbarhet vid kommunalval och val till Europaparlamentet, endast kan åberopas i en annan medlemsstat än den personen i fråga är medborgare i.[66] Andra rättigheter, såsom rätten att göra en framställning till Europaparlamentet enligt artikel 227 FEUF och rätten att vända sig till Europeiska ombudsmannen i enlighet med artikel 228 FEUF, verkar kunna utövas utan geografisk begränsning.[67] Rätten till diplomatiskt eller konsulärt skydd enligt artikel 23 FEUF (f.d. artikel 20 EG) kan utövas i alla tredjeländer där den medlemsstat i vilken personen är medborgare i inte är representerad.

80. Vad som kanske är ”kärnrättigheten” – ”rätt[en] att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier”[68] – är svårare att slå fast. Är det en kombinerad rättighet (rätten att ”röra sig och uppehålla sig”)? En sekventiell rättighet (”rätten att röra sig och, efter att någon gång tidigare ha rört sig, att uppehålla sig”)? Eller är det två

64 — Dom av den 2 mars 2010 i mål C-135/08, Rottmann (REU 2010, s. I-1449).

65 — Se punkt 93 och följande punkter nedan.

66 — Se artikel 22 FEUF (f.d. artikel 19 EG) som särskilt hänvisar till ”bosatt i en medlemsstat där han inte är medborgare” och artikel 20.2 b FEUF (f.d. artikel 17 EG) som hänvisar till unionsmedborgare som utövar de rättigheterna ”i den medlemsstat där unionsmedborgaren är bosatt, på samma villkor som medborgarna i den staten”.

67 — Båda rättigheterna slås fast i artikel 24 FEUF (f.d. artikel 21 EG). Enligt samma artikel skulle en unionsmedborgare (förmodligen) också kunna skriva till vilken som helst av institutionerna från vilken plats på jordklotet som helst, förutsatt att denne respekterar institutionernas språkliga normer, och ha rätt till ett svar. Således kan (till exempel) Ruiz Zambranos barn skriva till en av institutionerna på spanska från ett tredjeland, liksom från en medlemsstat, och ha rätt till ett svar.

68 — I enlighet med artikel 20.2 a FEUF (f.d. artikel 17 EG) och artikel 21.1 FEUF (f.d. artikel 18.1 EG).

självständiga rättigheter (”rätten att röra sig” *och* ”rätten att uppehålla sig”)?

Effekterna av grundläggande rättigheter

81. Vid ett val mellan att begränsa tolkningen av ”rätt[en] att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier” som slås fast i artiklarna 20.2 a och 21.1 FEUF, till situationer då en unionsmedborgare först har flyttat till en annan medlemsstat, och att godta att begreppen ”röra sig” och ”uppehålla sig” kan läsas som två självständiga begrepp vilket innebär att en unionsmedborgare inte förlorar möjligheten att åberopa dessa rättigheter när han bor i den medlemsstat han är medborgare i (utan att tidigare ha rört sig), vad bör domstolen göra?

82. I detta läge är det nödvändigt att återkomma till frågan om skyddet för grundläggande rättigheter i unionens rättsordning.

83. Vikten av grundläggande rättigheter inom den klassiska ramen för fri rörlighet beskrevs mycket vältaligt av generaladvokat Jacobs i målet Konstantinidis,[69] som handlade om en grekisk massör som arbetade i Tyskland. Christos Konstantinidis gjorde gällande att den officiella transkriptionen av hans namn stred mot hans rättigheter enligt unionsrätten. Generaladvokat Jacobs inställning till den existerande rättspraxis som byggde på domen i målet Wachauf fick långtgående konsekvenser. Målet Konstantinidis upphörde att bara vara ett mål om diskriminering på grund av nationalitet och blev ett mål om den grundläggande rätten till personlig identitet. Att godta sökandens rätt (vilket domstolen gjorde i målet) innebär ett godtagande av premissen att en unionsmedborgare som åker till en annan medlemsstat *kan* anta ”att han oavsett vart han beger sig inom Europeiska gemenskapen för att förtjäna sitt uppehälle kommer att behandlas på ett sätt som beaktar gemensamma grundläggande värderingar … Han skall med andra ord ha rätt att säga civis europeus sum och åberopa denna ställning för att invända mot varje kränkning av sina grundläggande rättigheter.”[70] Den unionsmedborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet kan åberopa samtliga grundläggande rättigheter som skyddas genom unionsrätten (oavsett om de är kopplade till det ekonomiska arbete som han flyttar mellan medlemsstaterna för att utföra eller inte). Om det inte var fallet, skulle det kunna hindra honom från att utöva rätten till fri rörlighet.

84. Det skulle (minst sagt) vara paradoxalt om en unionsmedborgare kunde åberopa

69 — Dom av den 30 mars 1993 i mål C-168/91, Konstantinidis (REG 1993, s. I-1191; svensk specialutgåva, volym 14, s. 97).

70 — Förslaget till avgörande i målet Konstantinidis (ovan fotnot 69), punkt 46.

grundläggande rättigheter enligt unionsrätten när han utövar ekonomisk rätt till fri rörlighet som arbetstagare, när nationell rätt omfattas av fördragets tillämpningsområde (till exempel bestämmelserna om lika lön) eller när han åberopar EU:s sekundärlagstiftning (som tjänstedirektivet), men inte när han bara ”uppehåller sig” i medlemsstaten. Om man i illustrationssyfte förbiser allt eventuellt skydd som enligt den nationella rättsordningen uppkommer genom åberopande av artikel 8 i Europakonventionen, låt oss anta (relativt osannolikt) att en nationell rättsregel i medlemsstat A tillförsäkrar ökat skydd för religionsfriheten endast för personer som oavbrutet har varit bosatta där i 20 år. En medborgare i medlemsstat A (som Marie-Nathalie D'Hoop), som i det förflutna har utövat sin rätt till fri rörlighet genom att åka till den närliggande medlemsstaten B och som endast nyligen återkommit till medlemsstat A, skulle kunna åberopa sina grundläggande rättigheter gentemot sin medlemsstat inom ramen för sitt unionsmedborgarskap (genom att åberopa både artikel 9 i Europakonventionen och artikel 10 i stadgan). Skulle en 18-årig unionsmedborgare som var medborgare i medlemsstat B, men född och alltid hade bott i medlemsstat A kunna göra motsvarande? (Den omtvistade nationella bestämmelsen innehåller inte något diskriminerande inslag som direkt eller indirekt uppkommer på grund av medborgarskap, vilket innebär att artikel 18 FEUF (f.d. artikel 12 EG) inte kan åberopas.) Mot bakgrund av domen i målet Garcia Avello är svaret säkerligen”ja”, men att svara ”ja” skulle underförstått innebära att ”rätten att uppehålla sig” är en självständig rättighet och inte en rättighet som genom något slags juridisk navelsträng är kopplad till rätten att röra sig. Vad gäller slutligen (och här snuddar jag på förhand vid diskussionen om omvänd diskriminering) för den 18-åriga unionsmedborgare som är medborgare i medlemsstat A och bor där samt kan peka på en ytterligare anknytning till unionsrätten som antingen har uppkommit av en händelse eller avsiktligt (till exempel att han reste till medlemsstat B på skolresa)?

85. Mot den bakgrunden återkommer jag till domstolens aktuella rättspraxis om medborgarskap.

86. Om man insisterar på premissen att det krävs fysisk förflyttning till en annan medlemsstat än medborgarmedlemsstaten för att kunna åberopa uppehållsrätt på grundval av unionsmedborgarskap, kan resultatet bli både konstigt och ologiskt. Ponera att en vänlig granne hade tagit med Diego och Jessica på ett eller ett par besök till Asterix-parken

i Paris eller till en badort i Bretagne.[71] De skulle då ha mottagit tjänster i en annan medlemsstat. Om de sedermera skulle ansöka om rättigheter som uppkommit till följd av deras ”rörlighet” vore det omöjligt att påstå att deras situation var en ”rent intern” belgisk angelägenhet.[72] Skulle det räcka med ett besök? Två? Flera? Skulle det räcka med en dagsresa eller skulle de behöva stanna en eller ett par nätter i Frankrike?

87. Om familjen, efter att ha varit tvungen att lämna Belgien, och därtill Europeiska unionen, hade sökt skydd, till exempel, i Argentina, skulle Diego och Jessica som unionsmedborgare kunna åberopa diplomatiskt och konsulärt skydd från andra medlemsstaters myndigheter i detta tredjeland. De skulle kunna begära åtkomst till handlingar och skriva till ombudsmannen. De skulle dock inte, enligt denna hypotes, kunna åberopa sina rättigheter som unionsmedborgare för att fortsätta att uppehålla sig i Belgien.

88. Det är svårt att inte tycka att ett sådant resultat skulle kännas olustigt. Lotteri snarare än logik skulle synbarligen styra utövandet av unionsmedborgerliga rättigheter.

89. Är det nödvändigt att få till stånd något slags genomgripande utvidgning av nuvarande rättspraxis om medborgarskap för att i föreliggande mål finna att Ruiz Zambranos barns rättigheter som unionsmedborgare hade utlösts – trots att de än så länge inte har rest utanför den medlemsstat som de är medborgare i – och (om det är fallet) för att gå vidare och pröva huruvida Ruiz Zambrano kan göra anspråk på härledd uppehållsrätt?

90. Jag anser inte att det krävs ett särskilt stort steg.

Är det en rent intern situation?

91. I föreliggande mål har de medlemsstater som inkommit med yttranden gjort gällande att Ruiz Zambranos situation är en ”rent intern” belgisk angelägenhet och att unionsrättsliga bestämmelser (bland annat de om unionsmedborgarskap) inte aktualiseras. Kommissionen har intagit en liknande ståndpunkt. De hänvisar alla, i olika utsträckning, till det potentiella skydd som Ruiz Zambrano och hans familj kan ha rätt till antingen enligt nationell rätt eller enligt Europakonventionen och uppmanar domstolen, med olika grader av lidelse, att inte överväga möjligheten att

71 — Det är klart att barnens föräldrar inte skäligen skulle kunna överväga att själva företa en sådan resa och riskera att inte tillåtas att resa in i Belgien igen.

72 — Se dom av den 2 februari 1989 i mål 186/87, Cowan (REG 1989, s. 195; svensk specialutgåva, volym 10, s. 1), punkt 15.

rättigheter enligt medborgarskapsbestämmelserna kan träda in.

92. Jag delar inte deras uppfattning.

93. Det är anmärkningsvärt att i målet Rottmann både Tyskland (Janko Rottmanns naturalisationsmedlemsstat) och Österrike (hans ursprungsmedlemsstat), med stöd från kommissionen, gjorde gällande att ”vid tidpunkten för återkallelsen av beslutet om naturalisation av Janko Rottmann var denne en i Tyskland bosatt tysk medborgare, till vilken ett beslut från en tysk myndighet riktades... [det] handlar... därmed om en situation som *enbart* rör *inhemska förhållanden* och som inte har något samband med unionsrätten. Unionsrätten kan inte tillämpas enbart på grund av att en medlemsstat vidtar en åtgärd gentemot en av sina medborgare. I en sådan situation som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, kan inte den omständigheten att *den berörde har använt sig av sin rätt till fri rörlighet före naturalisationen i sig utgöra ett gränsöverskridande inslag,* som är av betydelse för återkallelsen av beslutet om naturalisation”. [73]

94. När domstolen bemötte argumentet höll den med om att man skulle bortse från Janke Rottmanns tidigare utövande av rätten till fri rörlighet (från Österrike till Tyskland) och blickade framåt i stället för bakåt mot det förflutna. Domstolen påpekade klart och tydligt att även om det ankommer på medlemsstaterna att bevilja och återta medborgarskap, måste nationella regler ta hänsyn till unionsrätten i situationer som omfattas av den. Domstolen avgjorde att ”en sådan situation som den som... [en unionsmedborgare] ställs inför med hänsyn till *sin beskaffenhet och sina följder* omfattas av unionsrätten. Denna situation kännetecknas av att en unionsmedborgare ställs inför ett beslut... om att återkalla ett beslut om naturalisation, vilket kan *leda till att han förlorar den ställning och de rättigheter som tillerkänns honom* enligt artikel [20 FEUF].” [74]

95. Det synes mig som om domstolens argument i domen i målet Rottmann, sett tillsammans med dess tidigare avgörande i målet Zhu och Chen, med lätthet kan tillämpas på föreliggande mål. I föreliggande mål föll beslutet att bevilja Ruiz Zambranos barn, Diego och Jessica, belgiskt medborgarskap inom Belgiens behörighet. När medborgarskapet hade beviljats blev dock barnen unionsmedborgare och fick rätt att utöva de rättigheter som de tillerkändes som sådana medborgare, vid sidan av deras rättigheter som belgiska medborgare. Barnen har fortfarande inte rört sig utanför sin egen medlemsstat. Det hade inte heller Janke Rottmann gjort efter sin naturalisation. Om föräldrarna inte har

73 — Domen i målet Rottmann (ovan fotnot 65), punkt 38, min kursivering.

74 — Domen i målet Rottmann, punkt 42, min kursivering.

härledd uppehållsrätt och tvingas lämna Belgien kommer barnen, med all sannolikhet, att behöva följa med dem. I praktiken innebär det att Diego och Jessica skulle ställas inför ”en... situation... [som] kan leda till att [de] förlorar den ställning och de rättigheter som tillerkänns [dem] [till följd av deras unionsmedborgarskap]”. Av det följer att *barnens situation*, på samma sätt som Janke Rottmanns, ”med hänsyn till sin beskaffenhet och sina följder... omfattas av unionsrätten”.

96. Dessutom, på samma sätt som för Catherine Zhu, är det omöjligt för Diego och Jessica att utöva sina rättigheter som unionsmedborgare (särskilt deras rätt att flytta till och uppehålla sig i valfri medlemsstat) till fullo och på ett ändamålsenligt sätt utan sina föräldrars närvaro och hjälp. Med tillämpning av samma anknytning som domstolen godtog i målet Zhu och Chen (som gjorde att ett litet barn kunde utöva sina medborgarrättigheter på ett ändamålsenligt sätt) följer att *Ruiz Zambranos situation* inte heller är en ”rent intern” angelägenhet för medlemsstaten. Även denna situation omfattas av unionsrätten.

97. Därför följer det också (liksom i målet Rottmann) att ”[d]omstolen... mot denna bakgrund [ska] pröva den [nationella] domstolens tolkningsfrågor” – eller, för att uttrycka i princip samma sak på ett annat sätt, att de faktiska omständigheterna i föreliggande mål *inte* utgör en rent intern situation helt utan anknytning till unionsrätten. När domstolen gör sin prövning måste den – enligt mitt förmenande – avgöra följande frågor: a) Är det troligt att det kommer att föreligga ett intrång i rätten att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaterna, som tillkommer Ruiz Zambranos barn i egenskap av unionsmedborgare? b) Om sådant intrång föreligger, är det tillåtet i princip? c) Om det är tillåtet i princip, är det ändå föremål för begränsningar av något slag (till exempel på grund av proportionalitet)?

Föreligger intrång?

98. Som unionsmedborgare har Ruiz Zambranos barn obestridligen en ”rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier”. Teoretiskt sett kan de utöva den rättigheten. I praktiken kan de på grund av sin ålder inte utöva rättigheten själva utan sina föräldrars hjälp.

99. Om Ruiz Zambrano inte kan åtnjuta härledd uppehållsrätt i Belgien (den fråga som är avgörande för hans rätt till arbetslöshetsersättning) kommer han, förr eller senare, behöva lämna den medlemsstat som hans barn är medborgare i. Med tanke på deras

ålder (och självfallet under förutsättning att en eventuell utresa inte har dröjt så länge att barnen har uppnått myndighetsålder) skulle barnen vara tvungna att lämna landet tillsammans med honom. [75] De skulle inte ha möjlighet att utöva sin rätt att röra sig och uppehålla sig i Europeiska unionen. Likheterna med målet Rottmann är uppenbara. Janke Rottmanns rättigheter som unionsmedborgare stod under allvarligt hot då återkallelsen av hans naturalisation i Tyskland skulle göra det omöjligt för honom att utöva dessa rättigheter på grund av att han inte skulle ingå i den personkrets på vilken reglerna är tillämpliga (*ratione personae*). I föreliggande mål står Ruiz Zambranos barn inför ett inte allför annorlunda hot om att hindras från att utöva sina rättigheter på grund av den geografiska tillämpligheten (*ratione loci*). De måste kunna befinna sig fysiskt i EU för att kunna röra sig mellan medlemsstater eller uppehålla sig i en av dem. [76]

100. Såsom har visats (i synnerhet i målen Garcia Avello, Zhu och Chen samt Rottmann) är det redan enligt aktuell rättspraxis möjligt att åberopa vissa medborgarrättigheter oberoende av förutvarande gränsöverskridande rörlighet från den relevanta unionsmedborgarens sida. Det förefaller mig som om domstolen, om sökandena i de två förstnämnda målen hade *behövt* åberopa en självständig uppehållsrätt gentemot myndigheterna i den berörda medlemsstaten (spanska medborgare i Belgien, irländsk medborgare i Förenade kungariket), säkerligen skulle ha erkänt en sådan rätt. I domen i målet Rottmann har domstolen redan gått ett steg längre genom att skydda de framtida medborgarrättigheter som tillkom en tysk medborgare bosatt i Tyskland. Mot denna bakgrund vore det onaturligt att inte öppet erkänna att (även om uppehållsrätten i praktiken i absolut flest fall antagligen utövas efter det att rätten till rörlighet har utövats) artikel 21 FEUF innehåller en självständig uppehållsrätt som är fristående från rätten till fri rörlighet.

101. Således föreslår jag att domstolen nu erkänner att det finns en sådan självständig uppehållsrätt.

102. Av de skäl som jag redan har anfört är det inte möjligt för Diego och Jessica att utöva en sådan uppehållsrätt utan sina föräldrars hjälp. Jag drar därför slutsatsen att det, under de förhållanden som är för handen i föreliggande fall, eventuellt skulle kunna utgöra ett intrång i Diegos och Jessicas unionsmedborgerliga uppehållsrätt att inte finna att Ruiz Zambrano har en härledd uppehållsrätt.

103. Jag vill tillägga att jag, om domstolen inte har för avsikt att godta att artikel 21 FEUF tillerkänner en självständig uppehållsrätt, ändå

75 — Se punkterna 86 och 87 ovan, vari effekterna på rätten till familjeliv undersöks.

76 — Naturligtvis är det teoretiskt möjligt att en annan medlemsstat skulle vara beredd att ta emot familjen. I sådana fall skulle det fortfarande vara möjligt för Diego och Jessica att utöva sina rättigheter som unionsmedborgare, åtminstone i viss utsträckning.

skulle dra slutsatsen att under de omständigheter som är för handen i föreliggande mål, det eventuella intrånget i Diego och Jessicas rätt att röra sig och uppehålla sig i unionen är tillräckligt analogt med situationen i Catherine Zhus fall (där Zhu aldrig hade bott i Irland och, i själva verket, aldrig hade varit utanför Förenade kungariket) för att situationen i Diegos och Jessicas fall ska jämställas med situationen i Catherine Zhus fall.

Finns det skäl för intrånget?

104. Jag börjar med att notera att Ruiz Zambrano, när han valde att inte göra en uttrycklig förklaring om att hans barn skulle bli colombianska medborgare utan i stället valde att de skulle bli medborgare i den medlemsstat de fötts i, utövade en åtgärd som han lagligen hade rätt att utöva. I det avseendet kan det göras en rättvis jämförelse mellan hans handlande och makarna Zhu. Domstolen har tydligt förklarat att det inte är klandervärt att dra nytta av en lagstadgad möjlighet och att detta klart kan särskiljas från missbruk av rättigheter.[77] Sedan omständigheterna i föreliggande fall uppkom har den belgiska utlänningslagstiftningen ändrats[78] och det skulle inte längre vara möjligt för en person i Ruiz Zambranos situation att välja att inte anmäla sitt barn hos det egna landets diplomatiska eller konsulära myndigheter för att se till att barnet erhöll belgiskt medborgarskap. Men vid den aktuella tidpunkten var det inget fel med att handla på det sätt han gjorde.

105. Det är viktigt att ha detta faktum i åtanke, särskilt i samband med eventuella argument om ”att öppna portarna”. Medlemsstaterna bestämmer vilka som kan bli medborgare i landet.[79] I föreliggande mål prövar domstolen uteslutande de rättigheter som sådana personer kan åberopa, *efter det att de blivit medborgare i en medlemsstat*, till följd av att de samtidigt förvärvar unionsmedborgarskap.

106. I målet Kaur[80] kunde Manjit Kaur således inte ”förvägras” rättigheter som följer av ställningen som unionsmedborgare eftersom hon inte motsvarade definitionen av en medborgare i Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland. Hon föll på första

77 — Se domen i målet Akrich (ovan fotnot 24), punkterna 55–57 (med avseende på rättigheter som följer av unionsrätten) och i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 22), punkt 36 (med avseende på rättigheter som ursprungligen härletts från nationell rätt).

78 — Den irländska medborgarskapslagstiftningen har på motsvarande sätt ändrats genom den irländska lagen om nationalitet och medborgarskap från 2004 (i det fallet efter domstolens avgörande i målet Zhu och Chen).

79 — Se dom av den 7 juli 1992 i mål C-369/90, Micheletti (REG 1992, s. I-4239; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-11), punkt 10, av den 11 november 1999 i mål C-179/98, Mesbah (REG 1999, s. I-7955), punkt 29, av den 20 februari 2001 i mål C-192/99, Kaur (REG 2001, s. I-1237), punkt 19, och i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 22), punkt 37.

80 — Se föregående fotnot.

hindret och ansågs inte vara en person som ”är medborgare i en medlemsstat” enligt de tillämpliga medborgarskapsbestämmelserna och kunde därför inte senare, i egenskap av unionsmedborgare, åberopa den rätt att bo i valfri medlemsstat (även Förenade kungariket) som följer av unionsrätten. [81] I föreliggande fall har och åtnjuter dock Ruiz Zambranos barn de vanliga rättigheter som tillkommer belgiska medborgare, på samma sätt som Janke Rottmann hade och åtnjöt de vanliga rättigheter som hans tyska naturalisationsmedborgarskap innebar.

Proportionalitet

107. Det finns uppenbarligen situationer då en unionsmedborgares utövande av sina rättigheter *inte* är beroende av att en familjemedlem i rakt uppstigande led beviljas uppehållsrätt. Således kan en unionsmedborgare som har uppnått myndig ålder utöva sin rätt att resa till och bo i Europeiska unionen, utan att det är nödvändigt att bevilja dennes förälder eller föräldrar motsvarande uppehållsrätt i den utvalda medlemsstaten.

108. Det potentiella intrång i de unionsmedborgerliga rättigheterna som uppkommer om en familjemedlem i rakt uppstigande led inte automatiskt åtnjuter en härledd uppehållsrätt i den medlemsstat där unionsmedborgaren är medborgare är därför, enligt min åsikt acceptabelt i princip. Det är dock inte nödvändigtvis ett tolererbart intrång under alla omständigheter (framför allt eftersom det kanske inte är proportionerligt).

109. Domstolen angav i målen Micheletti, [82] Kaur, [83] och, mer nyligen, Rottmann att även om det ankommer på varje medlemsstat att utforma regler om beviljande av medborgarskap, ”måste den likafullt beakta [unions] rätten vid utövandet av denna behörighet”. [84] Samma resultat uppnåddes i målen Bickel och Franz med avseende på straffrätt och brottmålsrättegångar, [85] García Avello, med avseende på nationella bestämmelser om efternamn [86] och Schempp, med avseende på direkt beskattning, [87], vilka alla är känsliga områden inom vilka medlemsstaterna fortfarande har betydande behörighet.

81 — Domen i målet Kaur (ovan fotnot 79) (som även anges i domen i målet Rottmann, punkt 49). Se särskilt punkterna 20–24.

82 — Ovan fotnot 80, punkt 10.
83 — Ovan fotnot 80, punkt 19.
84 — Domen i målet Rottmann (ovan fotnot 65), punkterna 41 och 42.
85 — Ovan fotnot 40, punkt 17.
86 — Ovan fotnot 40, punkt 25.
87 — Ovan fotnot 40, punkt 19.

110. Såsom så ofta är fallet rör den situation som domstolen nu har att pröva utövande av en rättighet och ett potentiellt skäl att göra intrång i (eller avvika från) den rättigheten, vilket utmynnar i en fråga om proportionalitet. Är det proportionerligt under omständigheterna i föreliggande fall att inte erkänna att Ruiz Zambranos har en rätt att uppehålla sig i landet, som härleds från hans barns rättigheter som unionsmedborgare? Visserligen ska frågan om proportionalitet (på vanligt sätt) i slutänden avgöras av den nationella domstolen, men det kan vara till hjälp att göra några kortfattade anmärkningar.

111. För att tillämpa proportionalitetsprincipen i föreliggande mål (såsom gjordes i målet Rottmann) ska ”den [nationella] domstolen... kontrollera huruvida... beslutet är förenligt med proportionalitetsprincipen vad beträffar de följder som beslutet har för den berörda personens situation med hänsyn till unionsrätten” [88] (förutom att i förekommande fall kontrollera huruvida beslutet är proportionerligt med hänsyn till nationell rätt). Såsom domstolen förklarade i sistnämnda mål: ”Med beaktande av den betydelse som ställningen som unionsmedborgare tillmäts i primärrätten ska det... tas hänsyn till de eventuella följder som en återkallelse av beslutet skulle få för den berörde och, i förekommande fall, för medlemmarna i dennes familj, med avseende på förlusten av de rättigheter som varje unionsmedborgare åtnjuter. Det ska i detta avseende bland annat kontrolleras huruvida förlusten av de rättigheter som varje unionsmedborgare åtnjuter framstår som berättigad...” [89]

112. Vid förhandlingen har de medlemsstater som har yttrat sig i målet understrukit att bosättningsvillkoren för tredjelandsmedborgare faller under medlemsstaternas behörighet. Den belgiska och den danska regeringens ombud har angett att Ruiz Zambrano är en asylsökande som fick avslag på sin ansökan och förelades att lämna Belgien strax efter sin ankomst 1999. Han uppehöll sig därefter illegalt i landet under en längre tid och bör inte kunna dra nytta av en unionsrättslig uppehållsrätt. Ombudet för Irlands regering har gett en dramatisk bild av den våg av invandring från tredjeland som oundvikligen skulle bli följden om Ruiz Zambrano anses ha en uppehållsrätt härledd från hans barns belgiska medborgarskap.

113. Ruiz Zambranos ombud har påpekat att hans klient har arbetat för Plastoria i nästan sex år utan avbrott. Under hela den tiden har han betalat socialförsäkringsavgifter i vederbörlig ordning. Den undersökning som de belgiska myndigheterna företog på Plastoria uppdagade inte några felaktigheter i de skattemässiga, socialförsäkringsmässiga och anställningsrättsliga arrangemangen rörande hans anställning. Den enda frågan var att Ruiz Zambrano inte hade arbets- och

88 — Domen i målet Rottmann (ovan fotnot 80), punkt 55.

89 — Domen i målet Rottmann (ovan fotnot 80), punkt 56.

uppehållstillstånd. Någon talan har inte inletts mot arbetsgivaren. Diego och Jessica föddes flera år efter det att Ruiz Zambrano och hans fru anlände till Belgien med sitt första barn. Det har inte visats att utökningen av familjen, först med Diego och sedan med Jessica, var ett cyniskt försök att utnyttja en lucka i lagen beträffande rätten att stanna i Belgien. Det var en äkta familj. Ruiz Zambrano har helt anpassat sig i Belgien. Hans barn går i den lokala skolan. Han har inte någon brottslig bakgrund. Han har till och med därefter beviljats både tillfälligt och förnyelsebart uppehållstillstånd samt arbetstillstånd (typ C).

114. Jag har redan diskuterat grunddragen i den irländska regeringens argument om ”att öppna portarna”. Liksom denna medlemsstat själv visade efter domstolens avgörande i målet Zhu och Chen, kan den berörda medlemsstaten, om vissa regler om förvärv av medborgarskap i staten är – eller framstår som – benägna att leda till ”svårhanterliga” följder, lösa problemet genom att ändra reglerna.

115. Jag säger inte detta för att uppmuntra medlemsstaterna till att vara främlingsfientliga eller täppa till alla öppningar och göra Europeiska unionen till en fästning. Det skulle sannerligen vara ett förkastligt steg i fel riktning – vilket dessutom skulle vara oförenligt med uttryckliga politiska mål. [90] Jag påminner endast om att bestämmelserna om förvärv av nationalitet faller under medlemsstaternas exklusiva behörighet. Det är likväl medlemsstaterna som har etablerat principen om ”unionsmedborgarskap” och de kan inte utöva samma obegränsade kontroll i fråga om de unionsrättsliga *konsekvenserna* av ett unionsmedborgarskap som följer av att någon beviljas medborgarskap i en medlemsstat.

116. Vad avser frågan att Ruiz Zambrano inte lämnade Belgien när hans ansökan avslogs, vill jag erinra om att han överklagade de administrativa besluten i fråga och att

90 — Ordförandeskapets slutsatser av Europeiska rådet i Tammerfors den 15–16 oktober 1999 förklarade att ”utmaningen nu är att garantera att alla under säkra och rättvisa förhållanden kan komma i åtnjutande av frihet, som omfattar rätten till fri rörlighet inom hela unionen... Denna frihet bör dock inte betraktas som ett privilegium uteslutande för unionens egna medborgare. Att denna frihet överhuvudtaget finns fungerar som en magnet för människor över hela världen som inte kan åtnjuta den frihet som unionsmedborgarna tar för given. Det skulle stå i strid mot europeiska traditioner att förvägra människor denna frihet när de lever under omständigheter som får dem att på goda grunder söka tillträde till vårt territorium” (punkterna 2 och 3). Europeiska rådet uppmanar i den europeiska pakten för invandring och asyl av den 15–16 oktober 2008 på motsvarande sätt medlemsstaterna ”att främja en harmonisk integrering i mottagarlandet av migranter med avsikt att varaktigt bosätta sig där. Denna politik, vars genomförande kommer att kräva en verklig insats från mottagarländernas sida, bör vila på en balans mellan migranternas rättigheter (i synnerhet tillträde till utbildning, arbete, säkerhet samt offentliga och sociala tjänster) och deras skyldigheter.”

rättegångarna har pågått under en längre tid. Jag vill också erinra om att tredjelandsmedborgaren i målet Carpenter (Mary Carpenter) hade brutit mot den nationella utlänningslagstiftningen genom att inte lämna Förenade kungariket innan hennes besöksuppehållstillstånd upphörde att gälla. Domstolen ansåg inte att det var ett absolut hinder mot hennes senare anspråk på rättigheter enligt unionsrätten och påpekade att ”hon sedan sin ankomst till Förenade kungariket i september 1994 inte betett sig på ett sådant sätt att man kunnat befara att hon i framtiden skulle utgöra en fara för allmän ordning och säkerhet”. [91]

117. I skarp kontrast till detta står de långsiktiga konsekvenserna för Diego och Jessica om Ruiz Zambrano i föreliggande fall *inte* tillerkänns härledd uppehållsrätt. De kan inte utöva sin uppehållsrätt som unionsmedborgare på ett ändamålsenligt sätt utan sina föräldrars hjälp och stöd. Deras uppehållsrätt kommer därför i stort sett att vara helt innehållslös (liksom Catherine Zhus uppehållsrätt skulle ha varit om hennes moder, Zhu, inte hade stannat kvar i Förenade kungariket) tills de är gamla nog att utöva den själva.

91 — Domen i målet Carpenter (ovan fotnot 20), punkt 44.

118. För fullständighetens skull bör jag i korthet ta upp ett ytterligare argument som uppkommer till följd av föremålet för tvisten vid den nationella domstolen, nämligen den eventuella risken att Ruiz Zambrano kan komma att bli en ”orimlig börda” för medlemsstatens finanser.

119. I domen i målet Baumbast [92] underströk domstolen att de begränsningar och villkor som föreskrivs i artikel 21 FEUF grundas på tanken att unionsmedborgarnas utövande av rätten till bosättning får underordnas medlemsstaternas legitima intressen. Det framgår att ”den som omfattas av rätten till bosättning inte får utgöra en [’]orimlig[’] börda för värdlandets finanser”. [93] Domstolen angav dock också att ”[t]illämpningen av dessa begränsningar och villkor skall emellertid ske med iakttagande av de begränsningar som följer av [unionsrätten] och i enlighet med dess allmänna principer, särskilt proportionalitetsprincipen”. [94] Med andra ord måste de nationella åtgärder som vidtas således vara ändamålsenliga och nödvändiga för att uppnå det mål som åsyftas. [95]

92 — Ovan fotnot 40.

93 — Domen i målet Baumbast (ovan fotnot 40), punkt 90.

94 — Domen i målet Baumbast (ovan fotnot 40), punkt 91.

95 — Se bland annat dom av den 2 augusti 1993 i de förenade målen C-259/91, C-331/91 och C-332/91, Allué m.fl. (REG 1993, s. I-4309; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-305), punkt 15, i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 22), punkt 32, och i målet Rottmann (ovan fotnot 64), punkt 56.

120. När den nationella domstolen i föreliggande fall bedömer proportionaliteten ska den beakta omständigheten att Ruiz Zambrano hade arbetat heltid på Plastoria i nästan fem år. Hans anställning hade anmälts till Office national de la sécurité sociale och han betalade lagstadgade socialförsäkringsavgifter. Därtill betalade hans arbetsgivare motsvarande arbetsgivaravgifter. Således har han tidigare oavbrutet och regelbundet bidragit till de allmänna finanserna i värdmedlemsstaten.

121. Enligt min uppfattning är detta omständigheter som pekar på att det skulle vara oproportionerligt att inte erkänna en härledd uppehållsrätt i föreliggande fall. I slutänden är det dock den nationella domstolen, och uteslutande denna, som ska fatta det beslutet.

122. Sammanfattningsvis anser jag därför att artiklarna 20 och 21 FEUF ska tolkas så att de tillerkänner en uppehållsrätt i medlemsstaterna som är baserad på unionsmedborgarskap och är fristående från rätten att röra sig mellan medlemsstaterna. Bestämmelserna hindrar inte att en medlemsstat avstår från att bevilja en härledd uppehållsrätt till en släkting i rakt uppstigande led till en unionsmedborgare som är medborgare i den berörda medlemsstaten men ännu inte utövat sin rätt till fri rörlighet, förutsatt att beslutet är förenligt med proportionalitetsprincipen.

Den andra frågan – omvänd diskriminering

123. Här frågas om artikel 18 FEUF kan åberopas som lösning på den omvända diskriminering som uppkommit till följd av förhållandet mellan unionsrätt (i detta fall bestämmelserna avseende unionsmedborgarskap) och nationell rätt. Problemet kan framställas på följande sätt: Om små barn (som Catherine Zhu) har förvärvat medborgarskap i en annan medlemsstat än den de bor i åtnjuter barnets förälder eller föräldrar en härledd uppehållsrätt i värdmedlemsstaten genom artikel 21 FEUF och domstolens avgörande i målet Zhu och Chen. Diego och Jessica har belgiskt medborgarskap och bor i Belgien. Kan Ruiz Zambrano åberopa artikel 18 FEUF, som inom fördragens tillämplighetsområde förbjuder ”all diskriminering på grund av nationalitet”, för att göra gällande samma härledda uppehållsrätt?

124. Om domstolen godtar de argument jag har framfört beträffande den första frågan blir denna fråga överflödig. Om domstolen å andra sidan inte går på min linje blir det nödvändigt att pröva om artikel 18 FEUF kan åberopas för att undvika diskriminering av detta slag.

125. I målet Baumbast [96] slog domstolen fast att artikel 18 EG (nu artikel 21 FEUF) har direkt effekt och ger icke ekonomiskt aktiva personer en självständig rätt till fri rörlighet. Det innebar att domstolen utvidgade rätten till fri rörlighet till att även omfatta personer som inte hade någon direkt anknytning till de ekonomiska aspekterna av den inre marknaden och därför inte kunde åberopa den ”klassiska” rätten till fri rörlighet. Enligt min uppfattning var det en följdriktig och ofrånkomlig utveckling, som logiskt följde på att man infört ett unionsmedborgarskap. För att EU skulle kunna utvecklas till något mer än ett praktiskt och effektivt ramverk för ökad handel var det nödvändigt att de personer man hade börjat kalla sina medborgare säkrades en lämplig roll. [97]

126. Denna utvidgning hade dock oundvikligen flera ytterligare konsekvenser.

127. Den första var att från den stund medlemsstaterna beslutade att lägga till en ny och kompletterande ställning som ”unionsmedborgare” till de existerande medborgarskapsbegreppen, blev det omöjligt att enbart betrakta dessa personer som ekonomiska produktionsfaktorer. Medborgare är inte ”resurser” som används för att producera varor och tjänster utan personer som är anknutna till ett politiskt samhälle och skyddas av grundläggande rättigheter. [98]

128. Den andra var att när medborgare flyttar, gör de det som människor, inte robotar. De blir förälskade, gifter sig och bildar familj. Beroende på omständigheterna kan familjen bestå helt och hållet av unionsmedborgare eller av unionsmedborgare och tredjelandsmedborgare med nära anknytning till varandra. Om familjemedlemmar inte behandlas på samma sätt som den unionsmedborgare som utövar rätten till fri rörlighet saknar begreppet fri rörlighet verkligt innehåll. [99]

96 — Se ovan fotnot 40, punkterna 82–84.

97 — För två tidiga, genomtänkta analyser av omfattningen och innebörden av unionsmedborgarskap efter Maastricht, se O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship*, Kluwer Law International, Haag/London/Boston, 1996, och Closa, C.,”The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union”, *Common Market Law Review* 1992, s. 1137–1169.

98 — Se domen i målet Spanien mot Förenade kungariket (ovan fotnot 40), punkterna 78 och 79, för mer information om betydelsen av EU-medborgarskap och individens anknytning till ett politiskt samhälle.

99 — Se domen i målet Carpenter (ovan fotnot 20), punkt 39. Även om det inte är tillämpligt i föreliggande fall, föreskrivs i skäl 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38 följande: ”För att varje unionsmedborgare skall kunna utöva sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier på villkor som säkerställer de objektiva villkoren frihet och värdighet bör även familjemedlemmar beviljas denna rätt, oavsett medborgarskap.”

129. Den tredje är att Europeiska unionen, genom att tillerkänna unionsmedborgare grundläggande rättigheter enligt unionsrätten och ange att dessa rättigheter till och med utgör unionens grundvalar (artikel 6.1 FEU), har förbundit sig vid principen att medborgare som utövar rätt till fri rörlighet gör det med skydd av dessa grundläggande rättigheter. [100]

130. Den fjärde är att medlemsstaterna, genom att ratificera Maastrichtfördraget och efterföljande ändringsfördrag – eftersom deras medborgare också är unionsmedborgare – har godtagit att uppgiften att lösa de spänningar eller svårigheter som uppkommer på grund av att medborgarna utövar sin rätt till fri rörlighet är en delad uppgift. Den ankommer både på de enskilda medlemsstaterna och Europeiska unionen. [101]

131. Dessa konsekvenser är främmande för principen att man i fråga om unionsmedborgarskap helt enkelt bör följa den konventionella inställningen till fri rörlighet för varor samt fri rörlighet för arbetstagare, egenföretagare och kapital.

132. Det underliggande syftet med ekonomiska grundläggande friheter är att skapa en inre marknad genom att undanröja handelshinder och öka konkurrensen. De verktyg som fördraget tillhandahåller för att uppnå målen för den inre marknaden (vilka nu bland annat anges i artikel 3 FEU) har utvecklats av domstolen i enlighet med detta. Således har domstolen, bland annat, med avseende på varje grundläggande frihet, skapat kriterier för att avgöra vad som utgör en nödvändig anknytning. För att ta ett exempel: Alltsedan målet Dassonville [102] har potentiell och faktisk fysisk rörlighet haft relevans för fri rörlighet av varor. Även om denna särskilda rättspraxis inte kräver att någon faktisk föregående rörlighet ska ha ägt rum är det ändå tanken på *rörlighet* (även om rörligheten är hypotetisk) som utgör nyckeln till de rättigheter som tillerkänns genom de grundläggande friheterna.

133. En följd av detta sätt att se på den inre marknaden är risken att ”statiska” produktionsfaktorer hamnar i ett sämre läge än deras ”rörliga” motsvarigheter, även om deras situationer på alla andra sätt liknar varandra eller är identiska. Resultatet blir omvänd diskriminerig som orsakas av förhållandet mellan unionsrätten och nationell rätt. Domstolen har hittills låtit de enskilda medlemsstaterna själva lösa denna fråga, låt vara att ett sådant resultat, *prima facie*, strider mot principen

100 — Se domen i målet Metock (ovan fotnot 24), punkt 56

101 — Se målet Rottmann (ovan fotnot 64), punkterna 41 och 42.

102 — Se ovan fotnot 42.

om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. [103]

134. Är ett sådant resultat godtagbart i enlighet med unionsrätten med avseende på det särskilda aktuella sammanhanget med unionsmedborgarskap?

135. En genomgång av tre nyligen avgjorda rättsfall får tjäna som exempel på att en fortsatt tillämpning av detta traditionella teoretiska betraktelsesätt kan få märkligt slumpmässiga följder. [104]

136. Som en följd av målet Carpenter, [105] kan en egenföretagare som har kunder i andra medlemsstater ge sin maka eller make som är medborgare i tredjeland en härledd uppehållsrätt vilket tjänar syftet att skydda rätten till familjeliv. Om samma egenföretagare bara har kunder i sin egen medlemsstat blir unionsrätten irrelevant. Nuförtiden är det dock, just på grund av den inre marknadens framgång, svårt att dra en sådan klar gräns mellan egenföretagare med intressen i en annan medlemsstat och egenföretagare som bara har intressen i sin egen medlemsstat. Peter Carpenter reste då och då till andra medlemsstater för att sälja annonsplatser i tidskrifter. Ponera att han inte fysiskt hade förflyttat sig men ändå hade tillhandahållit tillfälliga tjänster till kunder i andra medlemsstater, via telefon eller internet. Ponera att han som kund i vissa fall hade dotterbolag i Förenade kungariket med ett tyskt eller franskt moderbolag. Ponera att han, vid ett tillfälle, hade sålt annonsplatser i en tidskrift till en kund som inte uteslutande var baserad i Förenade kungariket.

137. I målet Zhu och Chen [106] tillerkändes Catherine Zhus kinesiska mor en härledd uppehållsrätt på grund av sin dotters irländska medborgarskap, som förvärvats genom att tillämpa den extraterritoriella regel som då fanns i irländsk medborgarskapslagstiftning. All ”rörlighet” i målet ägde rum över St

103 — Se bland annat dom av den 13 mars 1979, i mål 86/78, Peureux (REG 1979, s. 897), punkt 38, av den 23 oktober 1986 i mål 355/85, Cognet (REG 1986, s. 3231), punkterna 10 och 11, av den 18 februari 1987 i mål 98/86, Mathot (REG 1987, s. 809), punkt 7, i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 18), punkt 33, och i målet Metock (ovan fotnot 24), punkt 77. Generaladvokater har olika synsätt i denna fråga. Se generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-294/01, Granarolo (REG 2003, s. I-3429), punkt 78 och följande punkter, generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande i målet Carbonati (ovan fotnot 44), punkt 51 och följande punkter, samt mitt förslag till avgörande i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 18), punkt 112 och följande punkter.

104 — För en kritisk analys, se bland andra, Tryfonidou, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, Haag, 2009, Spaventa, E., *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, Haag, 2007, Barnard, C., *EC Employment Law*, tredje upplagan, Oxford, OUP, 2006, s. 213 och 214, Shuibhne, N. N., ”Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?”, *Common Market Law Review*, 2002, s. 748, och Ritter, C., ”Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234”, *31 European Law Review*, 2006.

105 — Ovan fotnot 20.

106 — Ovan fotnot 22.

George-kanalen mellan England och Nordirland inom en och samma medlemsstat (Förenade kungariket). Det fanns dock ändå en tillräcklig anknytning till unionsrätten för att göra det möjligt för både mor och dotter att göra anspråk på uppehållsrätt i Förenade kungariket. Den enda anledningen till att detta var möjligt var att man hade sett till att Catherine Zhu föddes i Nordirland. Men bör det vara en tillfällighet, grundad på historiska förhållanden (den extraterritoriella bestämmelsen i en medlemsstats medborgarskapslagstiftning), som bestämmer huruvida unionsrätten kan åberopas under sådana omständigheter? Är det ett rimligt resultat med avseende på rättssäkerhet och likabehandling av unionsmedborgare?

flyttar eller har flyttat".[107] Fem år senare fann domstolen att dess slutsats i målet Akrich måste omprövas mot bakgrund av domarna i målen MRAX[108] och kommissionen mot Spanien[109], vilket sedermera skedde. Möjligheten att komma i åtnjutande av samma rättigheter som var föremål för prövning i målet Akrich kan nu inte vara villkorad av att en maka eller make som är medborgare i tredjeland redan har uppehållit sig lagligen i en annan medlemsstat. Domstolen har dock fortsatt att göra skillnad mellan unionsmedborgare som redan hade utövat en rätt till fri rörlighet och unionsmedborgare som inte hade utövat en sådan rätt, genom att lakoniskt hänvisa till att alla medlemsstater har undertecknat Europakonventionen och att artikel 8 i den konventionen skyddar rätten till familjeliv.[110] "Statiska" unionsmedborgare var därför fortfarande tvungna att ta de eventuella konsekvenserna av omvänd diskriminering, trots att rättigheterna för "rörliga" unionsmedborgare hade utvidgats i stor utsträckning.

Ett förslag

138. Den här osäkerheten – och den diskriminering den leder till – illustreras elegant i den nyligen avkunnade domen i målet Metock. År 2003 fann stora avdelningen i målet Akrich att "[f]ör att... kunna komma i åtnjutande av de rättigheter som föreskrivs i artikel 10 i förordning nr 1612/68 krävs att medborgaren i ett tredje land 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

139. Enligt min uppfattning är många nackdelar förknippade med domstolens nuvarande tankegång och jag anser därför att det är hög tid att domstolen uppmanas att öppet

107 — Domen i målet Akrich (ovan fotnot 24), punkt 50, vilken sammanfattades i domen i målet Metock, punkt 58.

108 — Ovan fotnot 21.

109 — Ovan fotnot 24.

110 — Se domen i målet Akrich (ovan fotnot 24), punkterna 77–79.

hantera frågan om omvänd diskriminering. De skäl jag lägger fram går i linje med min argumentering i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon, men jag vågar mig på att föreslå kriterier som – inom den särskilda ram som utgörs av mål om medborgarrättigheter enligt artikel 21 FEUF – eventuellt kan användas för att avgöra huruvida artkel 18 FEUF ensam kan åberopas för att undvika sådan diskriminering.

140. En radikal förändring av hela den rättspraxis som utvecklats kring omvänd diskriminering äger inte rum över en natt. Och det är verkligen inte vad jag förordar. Mina förslag begränsar sig till mål om unionsmedborgarskap. Det är på detta område som följderna av nuvarande rättspraxis mest uppenbart orsakar skada och på vilket en förändring måhända är mest angelägen.

141. De mål som jag precis har diskuterat – Carpenter, Zhu och Chen och Metock – har två gemensamma egenskaper. De ger upphov till rättsosäkerhet på ett känsligt område inom både unionsrätt och inhemsk rätt och är mål där domstolen har valt en generös tolkning av artikel 21 FEUF för att skydda grundläggande rättigheter. För att skapa jämvikt mellan rättssäkerhet och skyddet för grundläggande rättigheter har domstolen konsekvent lämnat det senare företräde. Domstolens argumentering rimmar väl med dess tidigare inflytelserika uttalande att unionsmedborgarskap är ”avse[tt] att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare”. [111]

142. Den osäkerhet som domstolens rättspraxis har skapat är dock inte önskvärd. Därför kan man fråga sig vilken riktning domstolen nu bör ta.

143. Å ena sidan är det nödvändigt att undvika att lockas att ”tänja på” artikel 21 FEUF så att den också omfattar skydd för de som ”precis” hamnar utanför dess tillämpningsområde. Alla bestämmelser som tillerkänner en rätt måste vara avgränsade. Om en sådan avgränsning inte finns, blir bestämmelsen omöjlig att tolka och det finns inte någon som med säkerhet kan avgöra vem som kommer, och inte kommer, att åtnjuta dess fördelar. Det är inte till medlemsstaternas eller medborgarnas bästa och undergräver domstolens auktoritet. Å andra sidan, om artikel 21 FEUF tolkas alltför restriktivt ökar antalet situationer med omvänd diskriminering, vilka medlemsstaterna måste hantera. Det ter sig inte heller som ett tillfredsställande resultat.

111 — Se ovan i fotnot 40 angiven rättspraxis.

144. Jag föreslår därför att domstolen ska tolka artikel 18 FEUF så att den förbjuder omvänd diskriminering, orsakad av förhållandet mellan artikel 21 FEUF och nationell rätt, som medför ett åsidosättande av en grundläggande rättighet som skyddas enligt unionsrätten, när det inte finns ett åtminstone likvärdigt skydd i nationell rätt.

145. Om man godtar ett sådant synsätt blir artikel 18 FEUF tillämplig när (och bara när) tre kumulativa villkor har uppfyllts.

146. För det första ska klaganden vara en i sin medborgarmedlemsstat bosatt unionsmedborgare som inte har utövat sin rätt till fri rörlighet enligt FEUF (vare sig det avser en klassisk ekonomisk rätt till fri rörlighet eller fri rörlighet enligt artikel 21 FEUF) men vars situation i alla andra materiella avseenden är jämförbar med situationen för andra unionsmedborgare i samma medlemsstat som har rätt att åberopa rättigheter enligt artikel 21 FEUF. Den omvända diskriminering som åberopas ska således ha *orsakats av* det faktum att de lämpliga jämförelseobjekten (andra unionsmedborgare) har rätt att utöva rättigheter enligt artikel 21 FEUF, medan en i sin medborgarmedlemsstat bosatt ”statisk” unionsmedborgare, *prima facie*, inte kan åberopa sådant skydd enligt nationell rätt.

147. För det andra ska den påtalade omvända diskrimineringen medföra ett åsidosättande av en grundläggande rättighet som skyddas enligt unionsrätten. Artikel 18 FEUF skulle inte omfatta varje mindre fall av omvänd diskriminering. Vad som skulle utgöra ”ett åsidosättande av en grundläggande rättighet” skulle om möjligt definieras med hänvisning till den rättspraxis som utvecklats i Europadomstolen. [112] Om följderna av omvänd diskriminering skulle anses utgöra ett åsidosättande av en rättighet som skyddas av Europadomstolen, skulle det också anses föreligga ett åsidosättande av en rättighet som skyddas av vår domstol. Därigenom skulle unionsrätten ta på sig uppgiften att avhjälpa konsekvenserna av omvänd diskriminering orsakad av förhållandet mellan unionsrätten och nationell rätt när (men endast när) dessa konsekvenser är oförenliga med de lägsta skyddskrav som uppställs enligt Europakonventionen. Genom att under dessa omständigheter garantera ett ändamålsenligt skydd för grundläggande rättigheter som uppnår Europadomstolens minimikrav, skulle domstolen delvis förekomma de krav som kan komma att följa på EU:s planerade anslutning till Europakonventionen. En sådan utveckling kan bara förstärka den samarbetsanda och

112 — I den mån någon åberopar grundläggande rättigheter enligt stadgan som inte motsvarar Europakonventionens rättigheter, skulle det bli nödvändigt att utveckla en särskild rättspraxis. Det skulle dock ändå sannolikt bli fallet under normala förhållanden enligt unionsrätten.

det ömsesidiga förtroende som nu råder mellan dessa två jurisdiktioner. [113]

148. För det tredje skulle artikel 18 FEUF endast kunna tillämpas subsidiärt och vara begränsad till situationer då nationell rätt inte ger adekvat skydd för grundläggande rättigheter. Unionsrätten har många gånger tidigare tillerkänt skydd av subsidiär natur. Således är effektivitetsprincipen [114], likvärdighetsprincipen [115], rätten till ett effektivt domstolsskydd [116] och principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar för överträdelser av unionsrätten [117] verktyg som endast tillämpas om inhemska bestämmelser visar sig vara otillräckliga. Genom detta senaste villkor kan man uppnå en lämplig balans mellan medlemsstaternas självständighet och unionsrättens ”effet utile” (ändamålsenliga verkan), [118] vilket garanterar att det subsidiära skyddet enligt unionsrätten kompletterar nationell rätt och inte trampar den på tårna. Den nationella domstolen skulle avgöra a) om det finns något skydd enligt nationell rätt och b), för det fall ett sådant skydd i princip finns, huruvida det är (eller inte är) åtminstone likvärdigt med skyddet enligt unionsrätten.

149. Vid förhandlingen har Ruiz Zambranos ombud uppgett att Conseil d’État och Cour Constitutionnelle i Belgien nyligen har avgjort en fråga om omvänd diskriminering som

113 — Denna gemensamma uppgift ankommer underförstått på domstolen enligt artikel 52.3 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, vari anges följande: ”I den mån som denna stadga omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Denna bestämmelse hindrar inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.” Det praktiska behovet av att domstolen intar en proaktiv hållning med avseende på att främja de lägsta kraven enligt Europakonventionen har bland annat illustrerats av Alonso, R. i ”The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *European Law Journal*, nr 8/2002, sidan 450 och följande sidor, samt av Torres Pérez, A., i *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, sidan 31 och följande sidor.

114 — Se bland annat dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 14, och av den 13 mars 2007 i mål C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (REG 2007, s. I-2107), punkt 123.

115 — Se bland annat dom av den 15 september 1998 i mål C-231/96, Edis (REG 1998, s. I-4951), punkt 36, och av den 1 december 1998 i mål C-326/96, Levez (REG 1998, s. I-7835), punkt 41.

116 — Se bland annat dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkt 18, och av den 17 november 2001 i mål C-424/99, kommissionen mot Österrike (REG 2001, s. I-9285), punkt 45.

117 — Se bland annat dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. 5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-435), punkt 35, av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame. (REG 1996, s. I-1029), punkt 31, och av den 24 mars 2009 i mål C-445/06, Danske Slagterier (REG 2009, s. I-2119), punkt 19.

118 — Tyvärr är det inte alltid så att nationella domstolar prövar och avhjälper omvänd diskriminering som uppstått på grund av unionsrätten. I sitt avgörande i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 18) uppmanade domstolen öppet den nationella domstolen att avhjälpa den skillnad i behandling som drabbade de personer som inte omfattades av unionsrätten (punkt 40). Målet omprövades sedan av den belgiska författningsdomstolen som underlät att pröva frågan (se dom 11/2009 av den 21 januari 2009 och den kritiska analysen av Van Elsuwege, P., och Adam, S., ”The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination”, *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, sidan 327 och följande sidor). För ett mer uppmuntrande exempel på en nationell överordnad domstol som var villig att avhjälpa omvänd diskriminering (även om detta gjordes utan att nödvändigtvis tillämpa domstolens relevanta förhandsavgörande), se den spanska författningsdomstolens avgörande (dom 96/2002 av den 25 april 2002).

drabbade en tredjelandsmedborgare i en situation som är jämförbar med Ruiz Zambranos situation. [119] Det ankommer naturligtvis helt och hållet på den nationella domstolen att avgöra om Ruiz Zambrano i föreliggande fall kan erhålla nödvändigt skydd i nationell rätt utan att behöva åberopa artikel 18 FEUF. Med min lösning skulle det fortfarande vara den nationella domstolen som hade uppgiften att tillämpa de tre kumulativa kriterierna jag föreslår, och att endast tillåta att man åberopar unionsrätten för att undanröja omvänd diskriminering om dessa kriterier är uppfyllda.

150. Jag föreslår därför att svaret på den andra frågan bör vara att artikel 18 FEUF ska tolkas så att den förbjuder omvänd diskriminering, orsakad av förhållandet mellan artikel 21 FEUF och nationell rätt, som medför ett åsidosättande av en grundläggande rättighet som skyddas enligt unionsrätten, när det inte finns ett åtminstone likvärdigt skydd i nationell rätt.

Den tredje frågan – grundläggande rättigheter

151. Om domstolen finner att både första och andra frågan (som angetts ovan) ska besvaras på ett sätt som inte hjälper Ruiz Zambrano blir det nödvändigt att pröva den tredje frågan. Kan Ruiz Zambrano åberopa unionens grundläggande rätt till familjeliv oberoende av andra unionsrättsliga bestämmelser?

152. Denna fråga ger upphov till ett allvarligt principiellt problem, nämligen vad som är tillämpningsområdet för de grundläggande rättigheterna enligt unionsrätten. Kan de åberopas som självständiga rättigheter gentemot en medlemsstat? Eller måste det finnas någon annan anknytning till unionsrätten? Det är onödigt att uppehålla sig alltför länge vid den eventuella betydelsen av svaret på den frågan.

153. Det var naturligtvis domstolen själv som tidigt erkände allmänna rättsprinciper och grundläggande rättigheter inom EU:s rättsordning. [120] Resultatet av denna rättspraxis införlivades år 1992 med fördraget om Europeiska unionen, i vilket föreskrivs (i artikel 6 FEU) en skyldighet för unionen att ”respektera de grundläggande rättigheterna”.

154. Under efterkommande år har EU stärkt sin politik för grundläggande rättigheter genom att (bland annat) upprätta en byrå för

119 — Se de domar som anges ovan i fotnot 17.

120 — Se bland annat dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (REG 1970, s. 1125; svensk specialutgåva, volym 1, s. 503), av den 14 maj 1974 i mål 4/73, Nold mot kommissionen (REG 1974, s. 491; svensk specialutgåva, volym 2, s. 291), av den 13 december 1979 i mål 44/79, Hauer (REG 1979, s. 3727; svensk specialutgåva, volym 4, s. 621), och av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen (REG 1989, s. 2859; svensk specialutgåva, volym 10, s. 133).

grundläggande rättigheter, [121] genom att skapa en fristående portfölj inom kommissionen med ansvar för grundläggande rättigheter, [122] genom att stödja humanitära projekt över hela världen [123] och genom att omvandla EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, vilken ursprungligen antogs år 2000, från en icke-bindande text (”mjuk lagstiftning”) till primärrätt. [124] Grundläggande rättigheter har således blivit ett av de viktigaste inslagen vid utvecklingen av unionen som en process för ekonomisk, juridisk och social integration i syfte att skapa fred och välstånd för alla dess medborgare.

Tillämpningsområdet för unionens grundläggande rättigheter

155. Självfallet är det sant att denna domstol inte i sig är en ”domstol för mänskliga rättigheter”. Eftersom domstolen är den högsta tolkningsinstansen för unionsrätt har den dock, trots detta, en permanent skyldighet att se till att sådana rättigheter respekteras inom området för unionens behörighet. Således konstaterade Europadomstolen i målet Bosphorus [125] att EU-domstolen har en mycket viktig roll när det gäller att skydda rättigheter som grundas på Europakonventionen och dess tillhörande protokoll, när de är tillämpliga på frågor som styrs av unionsrätt. Det är en funktion som bara kan bli ännu viktigare om och när EU ansluter sig till Europakonventionen. [126] Därför är det avgörande att domstolen säkerställer att den tolkar fördragen på ett sätt som sammanhängande återspeglar den roll och betydelse som unionens grundläggande rättigheter har.

156. Enligt domstolens fasta rättspraxis kan unionens grundläggande rättigheter åberopas när (men endast när) den överklagade åtgärden faller inom unionsrättens tillämpningsområde. [127] Därför blir de åtgärder som institutionerna antagit föremål för granskning av huruvida de är förenliga med unionens grundläggande rättigheter. Motsvarande gäl-

121 — Se rådets förordning (EG) nr 168/2007 av den 15 februari 2007 om inrättande av Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter (EUT L 53, s. 1) och rådets beslut 2008/203/EG av den 28 februari 2008 om genomförande av förordning (EG) nr 168/2007 vad gäller antagande av ett flerårigt ramprogram för Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter för 2007–2012 (EUT L 63, s. 14).

122 — För första gången är en av de nuvarande vice ordförandena på kommissionen kommissionsledamot för rättvisa, grundläggande rättigheter och medborgarskap.

123 — Se bland annat rådets förordning (EG) nr 1257/96 av den 20 juni 1996 om humanitärt bistånd (EGT L 163, s. 1) och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1889/2006 av den 20 december 2006 om inrättande av ett finansieringsinstrument för främjande av demokrati och mänskliga rättigheter i hela världen (EUT L 386, s. 1).

124 — Artikel 6.1 FEU tillerkänner nu rättigheterna, friheterna och principerna i stadgan ”samma rättsliga värde som fördragen”.

125 — Se Europadomstolens dom av den 30 juni 2005 i målet Bosphorus Hava Yollari Turizm mot Irland, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-VI ve Ticaret Anonim Şirketi.

126 — Se artikel 6.2 FEU och protokoll (nr 8) om artikel 6.2 i fördraget om Europeiska unionen angående unionens anslutning till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

127 — Se dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, Rutili (REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 485), punkt 26, av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkterna 17–19, och av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Heylens m.fl. (REG 1987, s. 4097; svensk specialutgåva, volym 9, s. 223), punkterna 14 och 15.

ler lagstiftning som medlemsstater antagit för att genomföra sina unionsrättsliga skyldigheter eller, mer allmänt, som faller inom unionsrättens tillämpningsområde. [128] Det är uppenbart att denna aspekt är känslig, [129] eftersom den utsträcker skyddet för unionens grundläggande rättigheter till de enskilda medlemsstaternas sfär, där det lever sida vid sida med nivån på skyddet för grundläggande rättigheter i inhemsk rätt eller Europakonventionen. De följdfrågor som uppstår med avseende på överlappande nivåer av skydd enligt olika system (unionsrätt, inhemsk konstitutionell lagstiftning och Europakonventionen) och nivån på det skydd för grundläggande rättigheter som garanteras enligt unionsrätt är välkända, [130] och jag ska inte undersöka dem vidare här.

157. Domstolen har utvecklat en riklig rättspraxis som bekräftar dess ursprungliga uttalande i domen i målet Wachauf [131], nämligen att ”krav som följer av [grundläggande rättigheter] skall även iakttas av medlemsstaterna när de genomför [unionsrättsliga] bestämmelser”. Av betydelse är att regeln också har ansetts tillämplig när en medlemsstat inskränker en grundläggande ekonomisk frihet som garanteras enligt unionsrätten. [132] I målet Carpenter, [133] gick domstolen längre mot bakgrund av målet Alpine Investments, [134] som handlade om så kallad *cold calling*, i syfte att skydda de grundläggande rättigheter som tillkom en unionsmedborgare (Peter Carpenter) som bodde i sin egen medborgarmedlemsstat men från tid till annan tillhandahöll tjänster till mottagare i andra medlemsstater. Domstolen erkände att en utvisning av Mary Carpenter skulle utgöra ett oproportionerligt intrång i Peter Carpenters rätt till familjeliv, vilket fick till följd att Mary Carpenter – en tredjelandsmedborgare som omöjligt kunde ha utövat en unionsrättslig rätt till fri rörlighet – beviljades uppehållsrätt på grund av det potentiella intrånget i rätten till familjeliv.

158. Domstolen har emellertid begränsat tillämpningsområdet för unionens grundläggande rättigheter, framför allt i situationer

128 — Se bland annat dom av den 25 november 1986 i de förenade målen 201/85 och 202/85, Klensch m.fl. (REG 1986, s. 3477; svensk specialutgåva, volym 8, s. 729), punkterna 10 och 11, av den 13 juli 1989 i mål 5/88, Wachauf (REG 1989, s. 2609), punkt 22, av den 24 mars 1994, C-2/92, Bostock (REG 1994, s. I-955), punkt 16, och av den 10 juli 2003 i de förenade målen C-20/00 och C-64/00, Booker Aquaculture och Hydro Seafood (REG 2003, s. I-7411), punkt 68.

129 — Se bland annat dom av den 11 januari 2000 i mål C-285/98, Kreil (REG 2000, s. I-69), punkterna 15 och 16.

130 — Se exempelvis de domar som meddelades av tyska Bundesverfassungsgericht den 29 maj 1974, kallad Solange I (2 BvL 52/71), och den 22 oktober 1986, kallad Solange II (2 BvR 197/83), den dom som meddelades av italienska Corte Costituzionale den 21 april 1989 (nr 232, Fragd, in Foro it., 1990, I, 1855), deklarationen från den spanska Tribunal Constitucional av den 13 december 2004 (DTC 1/2004), och Europadomstolens dom i målet Bosphorus (ovan fotnot 127).

131 — Ovan fotnot 130, punkt 19.

132 — Se bland annat dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11, s. 209), punkt 42 och följande punkter, av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger (REG 2003, s. I-5659), punkt 75, och av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega (REG 2004, s. I-9609), punkterna 30 och 31.

133 — Ovan fotnot 20, punkterna 43 och 44.

134 — Ovan fotnot 52.

som domstolen ansett föll utanför unionsrättens tillämpningsområde.

159. I målet Maurin [135] hade svaranden åtalats för försäljning av matvaror efter utgången av produkternas ”bäst före-datum”. Han gjorde gällande att hans rätt till försvar hade överträtts i målet vid den nationella domstolen. Domstolen angav att det visserligen fanns ett direktiv som krävde att matvaror ska ange ett ”bäst före-datum” men att detta *inte* reglerade försäljningen av i vederbörlig ordning märkta matvaror vars ”bäst före-datum” hade gått ut. Av detta följde att den förseelse som Jean-Louis Maurin åtalades för ”avs[åg] en nationell reglering som faller utanför tillämpningsområdet för [unionsrätten], vilket medför att domstolen inte [var] behörig att uttala sig avseende ett eventuellt åsidosättande av principerna om skydd för rätten till försvar och ett kontradiktoriskt förfarande genom förfaranderegler som tillämpas på en sådan förseelse”. [136]

160. I målet Kremzow [137] avvisade domstolen på motsvarande sätt en österrikisk medborgares yrkanden. Han hade dömts i Österrike, men Europadomstolen slog senare fast att handläggningen av överklagandet stred mot hans rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen. Friedrich Kremzow ansökte om ersättning och gjorde också gällande att hans rätt till fri rörlighet enligt unionsrätten hade överträtts till följd av hans rättsstridiga frihetsberövande. Domstolen höll inte med om detta påstående och angav att ”[ä]ven om allt frihetsberövande är ägnat att hindra den berörde från att utöva sin rätt till fri rörlighet... [utgör] en rent hypotetisk möjlighet att utöva denna rätt inte... ett tillräckligt samband med [unions]rätten för att motivera att [unions]rättsliga bestämmelser tillämpas”. [138]

161. Domen i målet Kremzow innehåller dock en viktig kommentar till tidigare rättspraxis. Efter att ha slagit fast att anspråket var av hypotetisk natur förklarade domstolen att, eftersom ”Friedrich Kremzow... för övrigt [hade] dömts för mord och olaga vapeninnehav i enlighet med bestämmelser i nationell rätt som inte har varit avsedda att säkerställa att [unionsrättsliga] regler följs[,] [följer det] att den tillämpliga nationella lagstiftningen i målet vid den nationella domstolen rör en situation som inte faller inom [unionsrättens] tillämpningsområde”. [139] *A contrario* verkar det följa att en relevant anknytning till unionsrätten hade *kunnat* uppdagas om brotten hade haft en anknytning till ett område där EU har politiska mål (till exempel om de

135 — Dom av den 13 juni 1996 i mål C-144/95, Maurin (REG 1996, s. I-2909).

136 — Domen i målet Maurin, punkterna 12 och 13.

137 — Dom av den 29 maj 1997 i mål C-299/95, Kremzow (REG 1997, s. I-2629).

138 — Domen i målet Kremzow, punkt 16.

139 — Domen i målet Kremzow (ovan fotnot 137), punkterna 17 och 18.

hade etablerats i syfte att säkerställa att syftet med en unionsrättslig lagstiftning som slagits fast i unionsrättslig sekundär lagstiftning iakttogs). [140]

162. Är det aktuella juridiska området och omfattningen av unionens behörighet på det området relevant för frågan om de grundläggande rättigheterna? Detta framstår som en viktig fråga. Önskan att främja ett lämpligt skydd för grundläggande rättigheter ska inte inkräkta på behörigheten. Så länge som EU:s behörighet bygger på kompetensfördelningsprincipen, måste unionens grundläggande rättigheter respektera gränserna för kompetensfördelningen. [141]

163. Öppenhet och tydlighet kräver att man med visshet kan avgöra vad ”unionsrättens tillämpningsområde” innebär för tillämpningen av skyddet för unionens grundläggande rättigheter. Det synes mig som om den tydligaste regeln, på lång sikt, skulle vara en som gjorde att skyddet för unionens grundläggande rättigheter varken skulle bero på om en fördragsbestämmelse var direkt tillämplig eller om sekundär lagstiftning hade införts, utan snarare på *förekomsten och räckvidden av EU:s materiella behörighet*. För att säga det med andra ord: Förutsatt att unionen hade behörighet (exklusiv eller delad) på ett särskilt rättsligt område, skulle regeln innebära att unionens grundläggande rättigheter skulle skydda unionsmedborgare *även om sådan behörighet ännu inte hade utövats.*

164. Varför lägger jag fram denna propå?

165. Medlemsstaterna har tilldelat Europeiska unionen behörigheter som gör det möjligt för unionen att anta åtgärder som är överordnade nationell rätt och som kan ha direkt effekt. Efter det att dessa behörigheter har tilldelats Europeiska unionen bör denna, som en naturlig följd, både vara behörig och ha en plikt att garantera grundläggande rättigheter, oavsett om behörigheterna faktiskt har utövats. EU ”ska bygga på värdena respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna”. [142] Denna fördragsskyddade

140 — Se dom av den 13 september 2005 i mål C-176/03, kommissionen mot rådet (REG 2005, s. I-7879).

141 — Se bland annat dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 2000, s. I-8419), punkt 83, av den 3 september 2008 i de förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen (REG 2008, s. I-6351), punkt 203, av den 30 april 2009 i de förenade målen C-393/07 och C-9/08, Italien och Donnici mot parlamentet (REG 2009, s. I-3679), punkt 67, och av den 1 oktober 2009 i mål C-370/07, kommissionen mot rådet (REG 2009, s. I-8917), punkt 46.

142 — Artikel 2 FEU. I dess föregångare, artikel 6.1 EU, föreskrevs att ”[u]nionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna”.

garanti bör inte villkoras av att lagstiftningsrätten faktiskt utnyttjas. I en europeisk union som bygger på grundläggande rättigheter och rättsstatsprincipen ska skyddet inte vara avhängigt av institutionernas lagstiftningsåtgärder och den politiska processen. Ett sådant villkorat skydd för rättigheter är antitesen till det sätt på vilket moderna demokratier legitimerar statens makt. [143]

166. Ett sådant synsätt skulle ha flera fördelar.

167. För det första undviker man behovet att skapa eller främja fiktiva eller hypotetiska ”anknytningar till unionsrätten”, av ett slag som vid tidigare tillfällen ibland har orsakat förvirring och möjligen utvidgat tillämpningsområdet för fördragsbestämmelser. En person som hade utövat rätt till rörelsefrihet skulle inte behöva bevisa att det fanns något slags anknytning mellan den grundläggande rättighet som sedermera åberopades och underlättandet av den aktuella rörelsefriheten. [144] En person som inte redan utövat sådana rättigheter skulle inte behöva göra det bara för att skapa omständigheter som gör att han kan dra nytta av skyddet för grundläggande rättigheter [145] (frihet att flytta för att ta emot tjänster är kanske den av de fyra friheterna som lättast kan utnyttjas på detta sätt). Det skulle inte längre förekomma omvänd diskriminering mot medlemsstatsmedborgare orsakad av det skydd för unionens grundläggande rättigheter som tillerkänts andra unionsmedborgare och andra medborgare som *hade* utövat en rätt till fri rörlighet. [146] I framtiden skulle det inte vara någon skillnad (såvitt avser skyddet för unionens grundläggande rättigheter) mellan helt harmoniserad politik och delvis harmoniserad politik. I fråga om rättssäkerhet skulle det innebära en betydande förbättring.

168. För det andra innebär en sådan inställning att EU håller sig inom de fyra hörnstenarna för sin makt. Skyddet för unionens grundläggande rättigheter skulle bara bli relevant när omständigheterna som ledde till att de åberopades föll inom ett område där

143 — Locke, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, bok II, del II.

144 — Singh (ovan fotnot 50), Cowan (ovan fotnot 72) och Carpenter (ovan fotnot 20) utgör alla exempel på omständigheter där anknytningen mellan den fria rörligheten och den grundläggande rättighet/det extra skydd som unionsrätten innebär inte var särskilt direkt. Jag ifrågasätter inte på något sätt riktigheten av domstolens avgöranden i dessa tre mål från ett rättighetsskyddsperspektiv. Min avsikt är bara att understryka den ibland svaga anknytning som det skyddet grundades på.

145 — I målet Akrich (ovan fotnot 24) var makarna Akrich under sina samtal med de behöriga nationella myndigheterna mycket öppenhjärtiga om omständigheten att hon hade flyttat till Irland för att ta tillfällig anställning i syfte att kunna återvända till Förenade kungariket med sin make och åberopa en rätt för honom att inresa till landet grundat på gemenskapsrätt.

146 — Se domen i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 18).

EU har exklusiv eller delad behörighet.[147] Den aktuella behörighetens art skulle vara relevant för att definiera skyddets vederbörliga tillämpningsområde. Vad avser delad behörighet tyder själva logiken bakom delad behörighet på att det unionsrättsliga skyddet för grundläggande rättigheter skulle komplettera det skydd som gavs enligt nationell rätt.[148] (Detta återspeglar den inställning jag har föreslagit ovan beträffande omvänd diskriminering.)

169. För det tredje, om unionens grundläggande rättigheter var kända för att vara garanterade på alla områden där unionen hade delad eller exklusiv behörighet, kanske medlemsstaterna skulle uppmuntras att gå vidare med detaljerad EU-sekundärrätt på vissa områden som är särskilt känsliga (till exempel immigrations- eller straffrättslagstiftning), vilket skulle *omfatta* en lämplig definition av den precisa omfattningen av unionens grundläggande rättigheter, snarare än låta det ankomma på domstolen att lösa problem rörande grundläggande rättigheter *ad hoc*, om och när de blir föremål för talan.

170. För det fjärde skulle en sådan definition av tillämpningsområdet för unionens grundläggande rättigheter stämma överens med den fulla betydelsen av unionsmedborgarskapet, vilket är ”avse[tt] att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare”.[149] En sådan ställning rimmar inte väl med tanken att skyddet för de grundläggande rättigheterna är uppdelat och fragmenterat, att det är beroende av om någon relevant materiell bestämmelse har direkt effekt eller om rådet och parlamentet har utövat sin lagstiftningsrätt. I det långa loppet är endast ett sömlöst skydd för grundläggande rättigheter i unionsrätten på alla områden där EU har

147 — Om exklusiv och delad behörighet, se dom av den 15 december 1976 i mål 41/76, Donckerwolcke och Schou (REG 1976, s. 1921; svensk specialutgåva, volym 3, s. 247), punkt 32, av den 18 februari 1986 i mål 174/84, Bulk Oil (REG 1986, s. 559; svensk specialutgåva, volym 8, s. 433), punkt 31, och av den 16 mars 1977 i mål 68/76, kommissionen mot Frankrike (REG 1977, s. 515), punkt 23. Om tillämpningen av dessa bestämmelser i förhållande till EU:s externa kompetens, se bland annat dom av den 31 mars 1971 i mål 22/70, kommissionen mot rådet, kallat ERTA (REG 1971, s. 263; svensk specialutgåva, volym 1, s. 551).

148 — Förklaringarna till stadgan (EUT C 303, 2007, s. 17) är tydliga på denna punkt: ”De grundläggande rättigheter som garanteras i unionen har ingen verkan utanför ramen för de befogenheter som fastställs i fördragen. Följaktligen kan... skyldighet för unionens institutioner att främja de principer som fastställs i stadgan endast uppstå inom gränserna för dessa befogenheter.” I förklaringarna anges dock därefter att ”... det [är] självklart att hänvisningen till stadgan i artikel 6 i fördraget om Europeiska unionen inte i sig kan innebära en utvidgning av de av medlemsstaternas åtgärder som anses vara ’tillämpning av unionsrätten’”. Såsom jag tolkar dem, kopplar förklaringarna otvetydigt det unionsrättsliga skyddet för grundläggande rättigheter till sådant som omfattas av EU:s behörighet. Sett tillsammans, bör det unionsrättsliga skyddet för grundläggande rättigheter och skyddet för grundläggande rättigheter i nationell lagstiftning ändå ge tillräckligt skydd (åtminstone för alla grundläggande rättigheter som finns både i stadgan och i Europakonventionen).

149 — Se ovan i fotnot 40 angiven rättspraxis.

exklusiv eller delad behörighet förenligt med principen om unionsmedborgarskap.

171. Trots dessa betydande fördelar, tror jag inte att domstolen ensidigt kan ta ett sådant steg i föreliggande mål.

172. Att göra tillämpningen av unionens grundläggande rättigheter endast beroende av att EU har exklusiv eller delad behörighet skulle kräva att man införde ett öppet federalt inslag i strukturen på EU:s rättsliga och politiska system. För att fatta sig kort – en förändring av det slaget skulle vara jämställbar med den som ägde rum i amerikansk konstitutionell rätt efter domen i målet Gitlow mot New York [150], då den amerikanska högsta domstolen utvidgade tillämpningsområdet för flera av rättigheterna i konstitutionens första tillägg till att omfatta enskilda delstater. Den rättspraxis som utvecklats om införlivande (”incorporation”), som sedan dess bygger på bestämmelsen om korrekt rättsförfarande (”due process”) i fjortonde tillägget, uppställer inget krav på förflyttning mellan delstater eller lagstiftningsåtgärder från kongressen. Enligt högsta domstolen är vissa grundläggande rättigheter så viktiga att de ”utgör några av de grundläggande rättigheter och friheter för enskilda som genom bestämmelsen om korrekt rättsförfarande... skyddas mot intrång från delstaterna”. [151]

173. Den centraliserande verkan av den amerikanska läran om införlivande är allmänt känd. En förändring av det slaget skulle ändra, i rättsliga och politiska termer, själva arten av de grundläggande rättigheterna i unionsrätten. Det skulle därför både kräva en vidareutveckling av rättspraxis *och* ett otvetydigt politiskt uttalande från den konstituerande makten inom EU (nämligen medlemsstaterna) som markerade att unionens grundläggande rättigheter skulle ta på sig en ny roll.

174. För de syften som nu är för handen var den avgörande tidpunkten födelsen av Ruiz Zambranos andra barn, Diego, den

150 — 268 U.S. 652 (1925).

151 — Om målet Gitlow mot New York och införlivandeteorin, se Cortner, R, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, University of Wisconsin Press, 1981, Henkin, L., ”'Selective Incorporation' in the Fourteenth Amendment”, *Yale Law Journal*, 1963, s. 74–88, och Pohlman, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution*, NYU Press, New York, 1991, s. 82–87.

1 september 2003. Det var denna händelse (då en unionsmedborgare trädde in i bilden) som – om Ruiz Zambrano har rätt – borde ha gjort att de belgiska myndigheterna godtog att han hade en härledd uppehållsrätt och behandlade hans ansökan om arbetslöshetsersättning i enlighet därmed.

175. Vid det tillfället hade Fördraget om Europeiska unionen varit i stort sett oförändrat sedan Maastricht. Domstolen hade i yttrande 2/94 tydligt angett att Europeiska gemenskapen vid det tillfället inte hade någon behörighet att ratificera Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. [152] Stadgan var fortfarande ”mjuk” lagstiftning utan någon direkt effekt eller något erkännande i fördrag. Lissabonfördraget var inte ens påtänkt. Mot den bakgrunden tror jag helt enkelt inte att den nödvändiga konstitutionella utvecklingen av unionens grundvalar, som skulle motivera ett uttalande om att grundläggande rättigheter enligt unionsrätten kan åberopas självständigt, som fristående rättigheter, ännu hade ägt rum.

176. Som svar på den sista av de frågor som jag omformulerat sluter jag mig därför till att det, vid den tidpunkt då de relevanta faktiska omständigheterna uppkom inte förelåg någon rätt för en medlemsstatsmedborgare eller en unionsmedborgare att åberopa den grundläggande rätten till familjeliv enligt unionsrätten som en självständig rätt, oberoende från varje annan anknytning till unionsrätten, oavsett om denne befinner sig i sin medborgarmedlemsstat eller någon annanstans inom medlemsstaternas territorium.

177. När jag föreslår detta svar, accepterar jag att domstolen i detta mål inte öppet ska förekomma utvecklingen. Jag påstår däremot att domstolen (förr snarare än senare) kommer att bli tvungen att välja mellan att hålla jämna steg med en situation som är föremål för utveckling eller att hamna på efterkälken bakom utveckling inom lagstiftning och politik som redan har ägt rum. I något läge är det troligt att domstolen kommer att behöva pröva ett mål, en begäran om förhandsavgörande kan man misstänka, som innebär att domstolen måste pröva frågan om unionen inte nu står inför en konstitutionell förändring (som domstolen själv delvis förutspådde när den gjorde yttrande 2/94). Det är inte nödvändigt att svara på frågan just nu, men ett svar kommer antagligen inte att kunna vänta länge till.

152 — Yttrande 2/94 av den 28 mars 1996 (REG 1996, s. I-1759).

Förslag till avgörande

178. Mot bakgrund av allt som sagts ovan, anser jag att domstolen ska besvara frågorna från Tribunal du travail de Bruxelles på följande sätt:

Artiklarna 20 FEUF och 21 FEUF (f.d. artiklarna 17 EG och 18 EG) ska tolkas så att de tillerkänner en uppehållsrätt i medlemsstaterna som är baserad på unionsmedborgarskap och är fristående från rätten att röra sig mellan medlemsstaterna. Bestämmelserna hindrar inte att en medlemsstat avstår från att bevilja en härledd uppehållsrätt till en släkting i rakt uppstigande led till en unionsmedborgare som är medborgare i den berörda medlemsstaten men ännu inte utövat sin rätt till fri rörlighet, förutsatt att beslutet är förenligt med proportionalitetsprincipen.

Artikel 18 FEUF (f.d. artikel 12 EG) ska tolkas så att den förbjuder omvänd diskriminering, orsakad av förhållandet mellan artikel 21 FEUF och nationell rätt, som medför ett åsidosättande av en grundläggande rättighet som skyddas enligt unionsrätten, när det inte finns ett åtminstone likvärdigt skydd i nationell rätt.

Vid den relevanta tidpunkten i målet i den nationella domstolen förelåg det inte någon rätt för en medlemsstatsmedborgare eller en unionsmedborgare att åberopa den grundläggande rätten till familjeliv enligt unionsrätten som en självständig rätt, oberoende av varje annan anknytning till unionsrätten, oavsett om denne befinner sig i sin medborgarmedlemsstat eller någon annanstans inom medlemsstaternas territorium.