FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

föredraget den 25 november 2010[1]

I – Inledning

1. Kan en person som är medborgare i två EU-medlemsstater, men som alltid enbart har varit bosatt i den ena av dessa stater, åberopa unionsrätten gentemot denna stat för att erhålla uppehållsrätt för sig och i synnerhet för sin make? Detta är den centrala fråga som domstolen har att avgöra i förevarande mål.

2. Shirley McCarthy är brittisk och irländsk medborgare men har alltid bott i England.[2] Hon har följaktligen rätt att uppehålla sig i England. Detta är emellertid inte fallet för hennes make som är jamaicansk medborgare. Han har enligt de nationella bestämmelserna om invandring i Förenade kungariket inte någon uppehållsrätt i England. För att uppnå en familjeåterförening med sin make försöker Shirley McCarthy nu, med stöd av sitt irländska medborgarskap, som unionsmedborgare erhålla uppehållsrätt i England. Detta skulle indirekt även vara till fördel för hennes make som kunde ansöka om en härledd uppehållsrätt enligt unionsrätten.

3. I detta sammanhang måste domstolen klargöra hur begreppet ”förmånstagare” i uppehållsdirektivet 2004/38/EG[3] ska tolkas. Dessutom ska domstolen utreda vilka krav som ska ställas på ”lagligt uppehåll” som utgör en grundläggande förutsättning för att erhålla permanent uppehållsrätt i den mening som avses i detta direktiv.

II – Tillämpliga bestämmelser

4. Utöver artikel 21 FEUF utgörs den unionsrättsliga ramen i detta mål av direktiv 2004/38. I kapitel I (”Allmänna bestämmelser”) i direktivet, närmare bestämt i artikel 3 under rubriken ”Förmånstagare”, definieras

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Med uttrycken ”brittiskt medborgarskap” och uppehåll ”i England” rättar jag mig här och nedan efter de likalydande formuleringarna i beslutet att begära förhandsavgörande.

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, s. 77, rättelse i EUT L 229, 2004, s. 35 samt i EUT L 204, 2007, s. 28).

den personkrets som direktivet omfattar på följande sätt:

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

…”

5. I artikel 16 i kapitel IV i direktiv 2004/38 föreskrivs allmänna regler för att erhålla permanent uppehållsrätt:

”(1) Unionsmedborgare som har uppehållit sig lagligt under en fortlöpande period av fem år i den mottagande medlemsstaten skall ha permanent uppehållsrätt där. …

…”

6. I kompletterande syfte ska jag utöver artikel 16 hänvisa till skäl 17 i direktiv 2004/38:

”Permanent uppehållsrätt för unionsmedborgare som har valt att bosätta sig varaktigt i en annan medlemsstat skulle stärka känslan av ett gemensamt unionsmedborgarskap och är en nyckelfaktor för att främja social sammanhållning, som är ett av gemenskapens grundläggande mål. En permanent uppehållsrätt bör därför föreskrivas för alla unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som har varit stadigvarande bosatta i den mottagande medlemsstaten i enlighet med villkoren i detta direktiv under fem års tid utan att bli utvisade.”

7. Av slutbestämmelserna i kapitel VII i direktiv 2004/38 ska slutligen artikel 37 framhävas, där det under rubriken ”Mer förmånliga nationella bestämmelser” föreskrivs följande:

”Bestämmelserna i detta direktiv skall inte påverka lagar eller andra författningar i medlemsstaterna som är mer förmånliga för de personer som omfattas av detta direktiv.”

III – Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

8. Shirley McCarthy är brittisk medborgare till följd av att hon är född i Förenade kungariket. Hon har alltid bott i England och har alltid uppehållit sig där lagligt enligt engelsk lag.

9. I England mottar Shirley McCarthy bidrag inom socialförsäkringssystemet. Hon har aldrig gjort gällande att hon är arbetstagare,

egenföretagare eller har tillräckliga tillgångar i den mening som avses i unionsrätten.

10. Den 15 november 2002 ingick Shirley McCarthy äktenskap med den jamaicanske medborgaren George McCarthy. Den senare har inte uppehållsrätt i Förenade kungariket enligt de nationella bestämmelserna om invandring, inte heller i egenskap av make till en i Förenade kungariket bosatt person. [4]

11. Shirley McCarthy är både brittisk och irländsk medborgare. Efter äktenskapets ingående ansökte hon för första gången om ett irländskt pass. Hon beviljades pass eftersom hennes mor var född på Irland.

12. Den 23 juli 2004 ansökte Shirley McCarthy i egenskap av unionsmedborgare hos Secretary of State for the Home Department [5] om uppehållstillstånd enligt unionsrätten. George McCarthy inkom med en motsvarande ansökan som make till nämnda unionsmedborgare. Båda ansökningarna avslogs genom beslut av den 6 december 2004. Avslaget motiverades med att Shirley McCarthy inte uppfyllde de lagstadgade kraven. Till denna personkrets hör huvudsakligen arbetstagare, egenföretagare eller personer som har tillräckliga tillgångar. Följaktligen kunde inte heller George McCarthy anses vara make till en person som omfattades av denna rättighet.

13. Den 13 december 2004 överklagade Shirley McCarthy beslutet, av den 6 december 2004, att avslå hennes ansökan om uppehållsrätt. Den 7 september 2006 överlämnades överklagandet till Asylum and Immigration Tribunal [6].

14. George McCarthy överklagade visserligen inte beslutet av den 6 december 2004 att avslå hans ansökan om uppehållsrätt, men inkom dock med en förnyad ansökan om uppehållsrätt den 16 oktober 2006, som make till Shirley McCarthy. Även denna andra ansökan avslogs med beslut av den 20 april 2007, vilket George McCarthy överklagade till Asylum and Immigration Tribunal den 4 maj 2007.

15. Asylum and Immigration Tribunal vilandeförklarade hans överklagande till dess Shirley McCarthys överklagande avgjorts slutgiltigt.

16. Den 17 oktober 2006 ogillade en ensamdomare vid Asylum and Immigration Tribunal Shirley McCarthys överklagande. Den 13 februari 2007 ålade emellertid High Court of Justice (England and Wales) Tribunal att ta upp målet till förnyad prövning.

4 — Enligt de uppgifter som Shirley McCarthys ombud har lämnat vid den muntliga förhandlingen inför domstolen ska detta bero på att George McCarthy ursprungligen reste in i Förenade Kungariket som ”visitor” (besökare).

5 — Förenade kungarikets inrikesminister.

6 — Asyl- und immigrationsdomstol.

Därpå prövade Tribunal återigen överklagandet den 16 augusti 2007 och även denna gång ogillades det. Inte heller Shirley McCarthys överklagande till Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) [7] bifölls, utan ogillades den 11 juni 2008.

17. Shirley McCarthy överklagade därpå domen till Supreme Court of the United Kingdom (tidigare House of Lords), den hänskjutande domstolen, där målet numera är anhängigt. [8]

IV – Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

18. Genom skrivelse av den 2 november 2009, som inkom till domstolen den 5 november 2009, har den hänskjutande domstolen ställt följande frågor till domstolen för förhandsavgörande: [9]

”1) Är en person med dubbelt medborgarskap – irländskt och brittiskt – som har bott i Förenade kungariket i hela sitt liv en ’förmånstagare’ i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 2004/38/EG?

2) Har en sådan person ’uppehållit sig lagligt’ i den mottagande medlemsstaten i den mening som avses i artikel 16 i direktiv 2004/38, om omständigheterna har varit sådana att vederbörande inte har kunnat uppfylla kraven i artikel 7 i nämnda direktiv?”

19. I förfarandet vid domstolen har Shirley McCarthy, Danmark, Irland, Estland, Nederländerna och Förenade kungariket samt Europeiska kommissionen ingett skriftliga yttranden. Vid den muntliga förhandlingen den 28 oktober 2010 deltog Shirley McCarthy, Danmark, Irland och kommissionen.

V – Bedömning

20. Vid en första anblick kan det förefalla egendomligt att en unionsmedborgare åberopar unionsrätten gentemot myndigheterna i sin hemviststat för att där erhålla uppehållstillstånd. Det råder nämligen inte någon tvekan om att denna unionsmedborgare redan på grund av sin nationalitet har obegränsad

7 — Appellationsdomstol för England och Wales (avdelningen för civilmål).

8 — Den 13 november 2008 meddelades prövningstillstånd för överklagandet av den instans som fortfarande var House of Lords. På grund av 2005 års lag om reform av författningen (Constitutional Reform Act 2005) gick emellertid House of Lords befogenheter som domstol över på den nygrundade Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) i oktober 2009.

9 — Det var den då fortfarande behöriga House of Lords som formulerade dessa frågor. Frågorna ingavs emellertid sedermera till domstolen av Registrar of the Supreme Court of the United Kingdom (justitiesekreteraren vid Förenade kungarikets högsta domstol). Behörigheten påverkas inte av att det som överskrift till begäran om förhandsavgörande står ”Draft Reference” (utkast till begäran om hänskjutande). Det framgår nämligen av den bifogade skrivelsen av den 2 november 2009 att begäran om förhandsavgörande officiellt lämnades in till domstolen av Supreme Court.

uppehållsrätt i den stat där vederbörande är medborgare. [10]

21. Vid närmare betraktelse handlar förevarande fall inte i första hand om Shirley McCarthys personliga uppehållsrätt i England utan snarare om en eventuell indirekt uppehållsrätt för hennes make, som är medborgare i tredjeland, genom henne. Det är i slutändan fråga om att via unionsrätten åstadkomma en familjeåterförening genom unionsrätten, eftersom en sådan inte är tillåten enligt Förenade kungarikets nationella rätt. [11] Detta har även framhållits ett flertal gånger under den muntliga förhandlingen vid domstolen.

22. Det är emellertid tveksamt huruvida unionsrätten kan anses tillämplig i förevarande fall, eftersom Shirley McCarthy aldrig har nyttjat sin rätt till fri rörlighet, som föreskrivs i artikel 21.1 FEUF, artikel 45 FEUF, artikel 49 FEUF och artikel 56 FEUF [12] och som har bekräftats i artikel 15.2 och artikel 45.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [13]. Den enda anknytningen till unionsrätten är Shirley McCarthys dubbla medborgarskap, eftersom hon både är brittisk och irländsk medborgare.

23. Medan Shirley McCarthy anser att hennes dubbla medborgarskap utgör tillräcklig anknytning till unionsrätten, så är alla regeringar som deltar i förfarandet samt kommissionen av motsatt uppfattning.

A – *Begreppet ”förmånstagare” i den mening som avses i direktiv 2004/38 (första tolkningsfrågan)*

24. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första fråga för att få klarhet i hur begreppet ”förmånstagare” i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 2004/38 ska tolkas. Den centrala frågan är huruvida en person som är medborgare i två EU-medlemsstater, men alltid enbart har varit bosatt i en av dessa båda stater, gentemot denna stat kan åberopa direktiv 2004/38 för att erhålla uppehållsrätt för sig och indirekt även för sin make.

10 — Som domstolen har fastställt i dom av den 4 december 1974 i mål 41/74, van Duyn (REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, volym 2, s. 389), punkt 22, innebär en folkrättslig princip att ”en stat inte kan vägra sina egna medborgare rätten att få tillträde till dess territorium och att vistas där”. Se även dom av den 7 juli 1992 i mål C-370/90, Singh (REG 1992, s. I-4265; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-19), punkt 22, och av den 11 december 2007 i mål C-291/05, Eind (REG 2007, s. I-10719), punkt 31, samt artikel 3 i tilläggsprotokoll nr 4 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilket undertecknades i Strasbourg den 16 september 1963 och trädde i kraft den 2 maj 1968 (*ETS* nr 46).

11 — Av denna anledning har George McCarthys överklagande av beslutet att neka honom uppehållsrätt förklarats vilande (se ovan punkt 15 i detta förslag till avgörande).

12 — Tidigare artikel 18.1 EG, artikel 39 EG, artikel 43 EG och artikel 49 EG.

13 — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna tillkännagavs till att börja med högtidligt den 7 december 2000 i Nice (EGT C 364, 2000, s. 1) och därefter ännu en gång den 12 december 2007 i Strasbourg (EUT C 303, 2007, s. 1).

25. Enligt ordalydelsen i artikel 3.1 i direktiv 2004/38 ska denna fråga besvaras nekande. Enligt denna bestämmelse är en förmånstagare i den mening som avses i detta direktiv alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare. *E contrario* kan man av artikel 3.1 dra slutsatsen att direktiv 2004/38 *inte* gäller i förhållandet mellan en unionsmedborgare och den stat där denne är medborgare och där denne alltid har uppehållit sig.

26. En sådan tolkning bekräftas även vid en betraktelse av det regelsammanhang i vilket artikel 3.1 i direktiv 2004/38 ingår och vid ett beaktande av ändamålet med direktivet.

27. Målet med direktiv 2004/38 är att underlätta unionsmedborgarnas *fria rörlighet* inom medlemsstaternas territorier. Följaktligen nämns fri rörlighet och uppehåll ofta samtidigt i direktivet,[14] och syftet med direktivet är ”att förenkla och stärka rätten att fritt röra sig och uppehålla sig för alla unionsmedborgare”[15].

28. Vad gäller det regelsammanhang i vilket artikel 3.1 i direktiv 2004/38 ingår, ska det framhållas att det i ett flertal bestämmelser i direktiv 2004/38 talas om en unionsmedborgares ”inresa”[16], om dennes uppehåll ”på en annan medlemsstats territorium”[17] eller om den ”mottagande medlemsstaten”[18]. I detta avseende är mottagande medlemsstat i den mening som avses i detta direktiv ”den medlemsstat dit unionsmedborgaren reser för att utöva sin rätt att fritt röra sig eller uppehålla sig”.[19] Det framgår av samtliga dessa bestämmelser att direktiv 2004/38 reglerar en unionsmedborgares rättsliga ställning i en medlemsstat i vilken denne uppehåller sig för att *utöva sin rätt till fri rörlighet* – i förekommande fall redan sedan födseln[20] – och vars medborgarskap denne inte besitter.

29. Detta utesluter säkerligen inte att direktiv 2004/38 ibland även är tillämpligt gentemot en unionsmedborgares hemland, om det föreligger en anknytning till unionsrätten. Sålunda motsvarar det fast rättspraxis att en unionsmedborgare som har utövat sin rätt till fri rörlighet och vill återvända till sitt

14 — Artikel 1 a, artikel 3.2 och artikel 5.4 samt skälen 3 och 22 i direktiv 2004/38.

15 — Skäl 3 i direktiv 2004/38. Se även direktivets titel samt skäl 5, där det talas om unionsmedborgarnas rätt att ”fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier”. Se även dom av den 25 juli 2008 i mål C-127/08, Metock m.fl. (REG 2008, s. I-6241), punkt 59, dom av den 23 februari 2010 i mål C-310/08, Ibrahim (REU 2010, s. I-1065), punkt 49, och i mål C-480/08, Teixeira (REU 2010, s. I-1107), punkt 60, samt dom av den 7 oktober 2010 i mål C-162/09, Lassal (REU 2010, s. I-9217), punkt 30.

16 — Se exempelvis artiklarna 3.2, 5, 8.2, 15.2, 27.3, 29.2, 29.3 och 31.4 samt skälen 6 och 22 i direktiv 2004/38.

17 — Artiklarna 6.1 och 7.1 i direktiv 2004/38. För ett liknande resonemang, se skäl 11 i nämnda direktiv, där det talas om en ”grundläggande och personliga rätt att uppehålla sig i en annan medlemsstat”.

18 — Artiklarna 2, 3.2, 5.3, 7, 8, 14–18, 22, 24, 28, 29, 31 och 33 samt skälen 5, 6, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23 och 24 i direktiv 2004/38.

19 — Artikel 2 punkt 3 i direktiv 2004/38.

20 — Se artikel 3.1 och skäl 24 i direktiv 2004/38. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Zhu och Chen (REG 2004, s. I-9925), punkt 19, och domen i målet Teixeira (ovan fotnot 15), punkt 45.

hemland kan åberopa unionsrätten gentemot denna stat. [21] Samma sak gäller för övrigt om en unionsmedborgare vill lämna sitt hemland för att utöva sin rätt till fri rörlighet enligt unionsrätten genom att resa till en annan medlemsstat. [22]

30. En unionsmedborgare som Shirley McCarthy, som alltid har uppehållit sig i den medlemsstat där hon är medborgare och aldrig har utövat sin rätt till fri rörlighet enligt unionsrätten, omfattas varken enligt ordalydelsen i artikel 3.1 eller genom dess målsättning och det regelverk i vilket bestämmelsen ingår av tillämpningsområdet för direktiv 2004/38. Detsamma gäller för Shirley McCarthys familjemedlemmar, [23] eftersom deras inrese- och uppehållsrätt, samt mer generellt möjligheten till familjeåterförening, inte grundas på en ursprunglig rätt till fri rörlighet, utan härleds från en unionsmedborgares rätt till fri rörlighet och syftar till att förverkliga denna. [24]

31. Något annat följer enligt min mening inte av den i primärrätten förankrade rätten till fri rörlighet för unionsmedborgare (artikel 21.1 FEUF och artikel 45.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna). Det är visserligen riktigt att sekundärrättsliga bestämmelser ska tolkas och tillämpas i enlighet med primärrätten, exempelvis med de grundläggande friheterna i fördragen. [25] Enligt min bedömning står direktiv 2004/38 emellertid i överensstämmelse med de primärrättsliga kraven. I synnerhet anser jag inte att en unionsmedborgare ska kunna härleda en uppehållsrätt enligt artikel 21.1 FEUF gentemot den medlemsstat där denne är medborgare, om det, såsom i Shirley McCarthys fall, helt saknas gränsöverskridande element. [26]

32. Det återstår att pröva huruvida den slutsats som har dragits ovan kan påverkas av att Shirley McCarthy är medborgare i två medlemsstater, Förenade kungariket och Irland.

33. Inledningsvis ska det påpekas att man inte redan från början får neka en unionsmedborgare i Shirley McCarthys situation möjligheten att åberopa sitt andra medborgarskap, exempelvis enbart med hänvisning

21 — Domarna i målen Singh (ovan fotnot 10), punkterna 19–23, och Eind (ovan fotnot 10), punkterna 32–36. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), särskilt punkt 46.

22 — Dom av den 10 juli 2008 i mål C-33/07, Jipa (REG 2008, s. I-5157), särskilt punkterna 17 och 18.

23 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 1982 i de förenade målen 35/82 och 36/82, Morson och Jhanjan (REG 1982, s. 3723; svensk specialutgåva, volym 6, s. 555), punkterna 11–18.

24 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Eind (ovan fotnot 10), punkt 23.

25 — Se, exempelvis, dom av den 26 juni 2007 i mål C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. (REG 2007, s. I-5305), punkt 28, och av den 19 november 2009 i de förenade målen C-402/07 och C-432/07, Sturgeon m.fl. (REG 2009, s. I-10923), punkt 48.

26 — Generaladvokaten Sharpston är emellertid av motsatt uppfattning i sitt förslag till avgörande av den 30 september 2010 i mål C-34/09, Ruiz Zambrano, anhängigt vid domstolen, särskilt punkterna 91–97 och punkt 122, första meningen.

till att detta medborgarskap kan anses sakna verkan. Visserligen tyder i detta fall samtliga omständigheter på att Shirley McCarthys brittiska medborgarskap är det som har störst verkan, eftersom hon alltid har bott i England och hon har ansökt om irländskt pass enbart i samband med ansökan om uppehållstillstånd enligt unionsrätten. Som domstolen emellertid har betonat har inom Europeiska unionen ”en medlemsstat [...] nämligen inte rätt att genom sin lagstiftning inskränka verkningarna av att en person har erhållit medborgarskap i en annan medlemsstat, genom att ställa ytterligare villkor för att detta medborgarskap skall erkännas när det gäller utövandet av de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget”. [27] Enligt rättspraxis kan följaktligen ett dubbelt medborgarskap i princip vara av betydelse för bedömningen av en unionsmedborgares rättsliga ställning gentemot ursprungsmedlemsstaten. [28]

34. Så kan exempelvis en unionsmedborgares dubbla medborgarskap fordra avsteg från de nationella namnrättsliga bestämmelserna i en av dennes ursprungsmedlemsstater. [29] Namnet är nämligen en väsentlig beståndsdel av en persons identitet. Följaktligen måste varje unionsmedborgare kunna lita på att det lagliga namn som denne bär i en medlemsstat även erkänns i de andra medlemsstaterna. [30] Om det uppkommer tvivel avseende en unionsmedborgares identitet, eftersom dennes namn har en annan lydelse eller skrivs olika beroende på medlemsstat, skulle detta kunna medföra betydande privata eller yrkesmässiga nackdelar för den berörda personen. [31]

35. Det som anses gälla inom namnrätten kan emellertid inte nödvändigtvis tillämpas avseende den här aktuella uppehållsrätten och den därmed sammanhängande möjligheten till familjeåterförening. I stället är det avgörande huruvida unionsmedborgarens situation på grund av det dubbla medborgarskapet i rättsligt avseende skiljer sig från den situation som andra unionsmedborgare, vilka enbart är medborgare i den mottagande medlemsstaten, befinner sig i.

36. De omständigheter som kännetecknar olika situationer och därigenom deras jämförbarhet bör bland annat bestämmas och bedömas utifrån föremålet för och syftet med den rättsakt som medför den ifrågavarande

27 — Dom av den 7 juli 1992 i mål C-369/90, Micheletti m.fl. (REG 1992, s. I-4239), punkt 10, av den 2 oktober 2003 i mål C-148/02, Garcia Avello (REG 2003, s. I-11613), punkt 28, och i målet Zhu och Chen (ovan fotnot 20), punkt 39.

28 — Domen i målet Garcia Avello (ovan fotnot 27), särskilt punkterna 32–37. I domen i målet Micheletti m.fl. (ovan fotnot 27) förtydligades även det dubbla medborgarskapets betydelse inom unionsrätten, dock gentemot en medlemsstat vars medborgarskap den berörda unionsmedborgaren *inte* besitter.

29 — Domen i målet Garcia Avello (ovan fotnot 27), särskilt punkterna 36, 37 och 45.

30 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 oktober 2008 i mål C-353/06, Grunkin och Paul (REG 2008, I-7639), i synnerhet punkterna 23 och 31.

31 — Domarna i målet Garcia Avello (ovan fotnot 27), punkt 36, och i målet Grunkin-Paul (ovan fotnot 30), punkterna 23–28 och 32. Se, för ett liknande resonemang i tidigare rättspraxis, dom av den 30 mars 1993 i mål C-168/91, Konstantinidis (REG 1993, s. I-1191), punkt 16.

skillnaden i behandling. Dessutom måste principerna och målen med det regelområde rättsakten omfattas av beaktas. [32]

37. Den i förevarande mål omtvistade uppehållsrätten för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar syftar till att underlätta unionsmedborgarnas rätt till fri rörlighet inom medlemsstaternas territorier. [33] I detta avseende kan det inte anses att ett sådant dubbelt medborgarskap som en unionsmedborgare i Shirley McCarthys situation har innebär några särskilda omständigheter. Vad avser uppehållsrätten befinner hon sig i samma situation som alla andra brittiska medborgare som alltid har bott i England och aldrig har lämnat sitt ursprungsland. Hon kan inte anses utnyttja sin rätt till fri rörlighet. [34]

38. För en unionsmedborgare som Shirley McCarthy begränsas varken hennes rätt till fri rörlighet, [35] eller diskrimineras hon jämfört med en annan brittisk medborgare som befinner sig i en jämförbar situation. Enbart den omständigheten att hon vid sidan av sitt brittiska medborgarskap även är irländsk medborgare medför inte att det är påkallat att tillämpa unionsrättsliga bestämmelser om inrese- och uppehållsrätt på henne och hennes familjemedlemmar.

39. Detta kan visserligen medföra att en unionsmedborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet enligt unionsrätten kan åberopa förmånligare bestämmelser om inrese- och uppehållsrätt för familjemedlemmar som härstammar från tredjeländer än en medborgare i den mottagande medlemsstaten som alltid har uppehållit sig där. [36] Vanligtvis betecknas detta problem som *diskriminering av landets egna medborgare* eller *omvänd diskriminering*.

40. Enligt fast rättspraxis är unionsrätten inte tillämplig på detta problem. Den omständigheten att unionsmedborgare eventuellt behandlas olika beroende på om de har utövat sin rätt till fri rörlighet eller inte, såvitt avser inresa och uppehåll för familjemedlemmar från tredjeland, omfattas inte av unionsrättens tillämpningsområde. [37]

32 — Dom av den 16 december 2008 i mål C-127/07, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (REG 2008, s. I-9895), punkt 26.

33 — Domen i målet Metock m.fl. (ovan fotnot 15), punkt 82. Se även punkt 27 i detta förslag till avgörande.

34 — I detta avseende skiljer sig förvarande mål från målet Zhu och Chen (ovan fotnot 20), i vilket den berörda unionsmedborgaren Catherine Zhu *inte* var medborgare i den mottagande medlemsstaten, utan i en annan medlemsstat, vilket innebar att hon sedan födelsen bodde där under *utövande av sin rätt till fri rörlighet* enligt artikel 21.1 FEUF (tidigare artikel 18.1 EG). Dessutom skiljer sig förevarande mål från målet Eind (ovan fotnot 10), i vilket den berörda unionsmedborgaren visserligen var medborgare i den mottagande medlemsstaten (Nederländerna), men återvände dit *under utövande av sin rätt till fri rörlighet*.

35 — Som Irland med rätta har betonat finns det ingenting som hindrar Shirley McCarthy från att utöva sin rätt till fri rörlighet och bosätta sig i en annan medlemsstat, exempelvis Irland, dit hennes make även kan följa med henne som familjemedlem.

36 — Se domen i målet Metock m.fl. (ovan fotnot 15), punkterna 76–78.

37 — Domen i målet Metock m.fl. (ovan fotnot 15), punkterna 77 och 78. Se, för ett liknande resonemang vad avser de grundläggande friheterna i fördragen, exempelvis dom av den 1 april 2008 i mål C-212/06, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (REG 2008, s. I-1683), punkt 33.

41. I doktrinen övervägs numera att härleda ett förbud mot omvänd diskriminering från unionsmedborgarskapet. [38] Även generaladvokaten Sharpston har senast tagit ställning för ett sådant förbud. [39] Som domstolen emellertid ett flertal gånger har fastställt är syftet med unionsmedborgarskapet inte att unionsrättens materiella tillämpningsområde ska utvidgas till att omfatta även interna förhållanden som inte har någon anknytning till unionsrätten. [40]

42. Det kan inte uteslutas att domstolen i en framtid omprövar sin rättspraxis och ser sig föranledd att av unionsmedborgarskapet i fortsättningen utläsa ett förbud mot omvänd diskriminering. När allt kommer omkring är ställningen som unionsmedborgare ”avsedd att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare, vilket innebär att de medborgare som befinner sig i samma situation ska kunna åtnjuta samma behandling i rättsligt hänseende, oberoende av deras nationalitet, med förbehåll för de uttryckliga undantag som föreskrivs i det avseendet”. [41]

43. Jag anser emellertid inte att förevarande fall är lämpat för en mer långtgående prövning vad avser problemet med omvänd diskriminering. En ”statisk” unionsmedborgare som Shirley McCarthy diskrimineras nämligen inte i förhållande till ”rörliga” unionsmedborgare. [42] Även om man skulle bortse från att Shirley McCarthy inte har nyttjat sin rätt till fri rörlighet och att hon i princip skulle ha rätt att åberopa bestämmelserna i direktiv 2004/38, så skulle hon ändå inte uppfylla de krav som gäller för övriga unionsmedborgare för att förvärva en längre uppehållsrätt.

44. Shirley McCarthy förvärvsarbetar inte och hon har inte tillräckliga tillgångar för att försörja sig själv och sina familjemedlemmar. Hon är inte ”ekonomiskt oberoende”,

38 — Borchardt, K.-D., ”Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, s. 2057 (s. 2059); Edward, D., ”Unionsbürgerschaft – Mythos, Hoffnung oder Realität?”, i: ”Grundrechte in Europa” – *Münsterische Juristische Vorträge*, Münster 2002, s. 35 (s. 41); Edward, D., ”European Citizenship – Myth, Hope or Reality?”, i: ”Problèmes d'interprétation” – *à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Festschrift, Aten/Bryssel 2004, s. 123 (s. 131–133); Spaventa, E., ”Seeing the Wood despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects”, *Common Market Law Review* 45 (2008), s. 13 (särskilt s. 30–39).

39 — Se förslaget till avgörande i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 26), särskilt punkterna 139–150.

40 — Dom av den 5 juni 1997 i de förenade målen C-64/96 och C-65/96, Uecker och Jacquet (REG 1997, s. I-3171), punkt 23, i målet Garcia Avello (ovan fotnot 27), punkt 26, av den 12 juli 2005 i mål C-403/03, Schempp (REG 2005, s. I-6421), punkt 20, i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 37), punkt 39, och av den 22 maj 2008 i mål C-499/06, Nerkowska (REG 2008, s. I-3993), punkt 25.

41 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99, Grzelczyk (REG 2001, s. I-6193), punkt 31, och av den 16 december 2008 i mål C-524/06, Huber (REG 2008, s. I-9705), punkt 69. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 september 2006 i mål C-300/04, Eman och Sevinger (REG 2006, s. I-8055), särskilt punkterna 57, 58 och 61. Se även dom av den 17 september 2002 i mål C-413/99, Baumbast och R (REG 2002, s. I-7091), punkt 82, i målet Garcia Avello (ovan fotnot 27), punkt 22, och av den 2 mars 2010 i mål C-135/08, Rottmann (REU 2010, s. I-1449), punkt 43, avseende ställningen som unionsmedborgare som ”grundläggande ställning”.

42 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 26), punkt 146, enligt vilket situationerna måste vara jämförbara vad avser ”statiska” och ”rörliga” unionsmedborgare.

utan erhåller bidrag från staten via socialförsäkringssystemet i Förenade kungariket. [43] Sålunda uppfyller hon inte de materiella unionsrättsliga krav som ställs på unionsmedborgare som önskar uppehålla sig längre tid än tre månader i den mottagande medlemsstaten. [44] Det föreligger inte heller något belägg för att Shirley McCarthy tidigare har förvärvsarbetat under en oavbruten period av fem år i Förenade kungariket eller att hon för sin egen och sina familjemedlemmars försörjning har tillräckliga tillgångar, vilket är en grundläggande förutsättning för att erhålla permanent uppehållsrätt. [45] Följaktligen skulle Shirley McCarthy inte ens som ”rörlig” unionsmedborgare kunna härleda uppehållsrätt enligt unionsrätten.

45. Mot denna bakgrund vidhåller jag min uppfattning att den hänskjutande domstolens första fråga ska besvaras nekande. Frågan ska besvaras så, att en unionsmedborgare som är medborgare i två EU-medlemsstater, men alltid enbart har varit bosatt i en av dessa stater inte kan ansöka om uppehållsrätt enligt direktiv 2004/38.

46. Om domstolen i förevarande fall trots detta skulle överväga att knyta ett förbud mot omvänd diskriminering till ställningen som unionsmedborgare, [46] så anser jag att det skulle vara motiverat att återuppta det muntliga förfarandet. Hittills har de parter som deltar i förevarande mål nämligen enbart mot slutet av den muntliga förhandlingen varit föranlåtna att i förbigående lägga fram sina argument vad avser detta problem. Enligt min mening krävs det i så fall att dessa parter får tillfälle att befatta sig med problemen rörande omvänd diskriminering. Med största sannolikhet skulle även ytterligare medlemsstater se sig föranlåtna att yttra sig muntligen vid domstolen.

B – *Begreppet ”lagligt uppehåll” i den mening som avses i artikel 16.1 i direktiv 2004/38 (andra tolkningsfrågan)*

47. Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra fråga för att få klarhet avseende begreppet ”lagligt uppehåll” i den mening som avses i artikel 16.1 i direktiv 2004/38. [47] I huvudsak gäller det att utreda huruvida detta även omfattar uppehåll för en unionsmedborgare som alltid enbart har varit bosatt i den mottagande medlemsstaten, varvid dennes uppehållsrätt under hela uppehållet enbart

43 — Se punkt 9 i detta förslag till avgörande.

44 — Artikel 7.1 i direktiv 2004/38.

45 — Artikel 16.1 i direktiv 2004/38. För vidare detaljer, se mitt resonemang avseende den andra tolkningsfrågan (punkterna 47–57 i detta förslag till avgörande).

46 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet Ruiz Zambrano (ovan fotnot 26).

47 — I samband med de anhängiga målen C-325/09, Dias, C-424/10, Ziolkowski, och C-425/10, Szeja, uppkommer diverse frågor vad gäller tolkningen av artikel 16 i direktiv 2004/38 och i synnerhet avseende begreppet ”lagligt uppehåll”. Det framgår emellertid inte att de avser situationen när en unionsmedborgare är medborgare i den mottagande medlemsstaten.

grundas på den omständigheten att denne är medborgare i just denna stat.

48. Denna fråga är logiskt sett underordnad den första frågan. Om den första frågan, såsom jag har föreslagit, besvaras nekande, [48] så är direktiv 2004/38 inte alls tillämpligt på denna unionsmedborgare och den andra frågan behöver inte besvaras. Jag kommer således endast att subsidiärt beröra den andra tolkningsfrågan.

49. Begreppet lagligt uppehåll som enligt artikel 16.1 utgör en förutsättning för att erhålla permanent uppehållsrätt definieras inte närmare i direktiv 2004/38.

50. Inte heller i den nyligen meddelade domen i målet Lassal har domstolen enligt min mening slutgiltigt löst detta problem utan endast fastställt att uppehållsperioder ”i enlighet med [tidigare] unionsrättsliga instrument […], [ska] beaktas”. [49] Detta innebär emellertid inte att det är uteslutet att beakta andra uppehållsperioder som enbart har tillbringats där enligt den nationella utlänningslagstiftningen.

51. Visserligen tyder inledningen till direktiv 2004/38 på att lagligt uppehåll i första hand ska anses vara uppehåll ”i enlighet med villkoren i detta direktiv”, det vill säga uppehåll till vilket den berörde var berättigad enligt unionsrätten. [50] Mot bakgrund av sammanhanget och målen med direktiv 2004/38 kan bestämmelserna i detta direktiv inte tolkas snävt. [51]

52. Genom den permanenta uppehållsrätten enligt artikel 16 i direktiv 2004/38 har unionslagstiftaren avsett att ”främja social sammanhållning, som är ett av gemenskapens grundläggande mål” [52] och att införa ”ett verkligt instrument för integration i den mottagande medlemsstat[en]” [53]. Det överensstämmer med detta mål att utöka den personkrets som har rätt till permanent uppehåll även till sådana unionsmedborgare vars uppehållsrätt enbart följer av den nationella utlänningsrätten, [54] eftersom detta är av underordnad betydelse för bedömningen av i vilken utsträckning unionsmedborgaren har integrerat sig i den mottagande medlemsstaten.

48 — Se, särskilt, ovan punkterna 25 och 45 i detta förslag till avgörande.

49 — Domen i målet Lassal (ovan fotnot 15), punkt 40.

50 — Skäl 17 i direktiv 2004/38.

51 — Domen i målet Metock (ovan fotnot 15), punkterna 84 och 93, och i målet Lassal (ovan fotnot 15), punkt 31.

52 — Skäl 17 i direktiv 2004/38.

53 — Skäl 18 i direktiv 2004/38. Se vidare domen i målet Lassal (ovan fotnot 15), punkt 32 och, vad gäller integration, även punkt 37.

54 — Se, för ett liknande resonemang, redan mitt förslag till avgörande av den 20 oktober 2009 i målet Teixeira (ovan fotnot 15), punkt 119. Generaladvokaten Trstenjak förefaller ha en annan uppfattning (förslag till avgörande av den 11 maj 2010 i målet Lassal, ovan fotnot 15, punkt 88, sista meningen).

53. Det framgår av artikel 37 i direktiv 2004/38, enligt vilken det uttryckligen föreskrivs att bestämmelserna i direktivet inte ska påverka lagar eller andra författningar i medlemsstaterna som är mer förmånliga, att det kan finnas fall i vilka uppehållsrätten enbart följer av den nationella utlänningsrätten i den mottagande medlemsstaten. Även inom rättspraxis har det förekommit fall i vilka unionsmedborgares uppehåll i den respektive mottagande medlemsstaten inte har baserats på unionsrätten, utan enbart på den nationella utlänningslagstiftningen. [55] Domstolen har inte på något sätt förklarat att ett sådant uppehåll inte ska beaktas, utan har tvärtom dragit slutsatser i unionsrättslig mening av detta. [56]

54. Emellertid kan lagligt uppehåll i den mening som avses i artikel 16.1 i direktiv 2004/38 enbart avse uppehåll som grundar sig på *utlänningsrättsliga* bestämmelser men däremot inte ett uppehåll som uteslutande motiveras av att den berörda personen är medborgare i den mottagande medlemsstaten. Direktiv 2004/38 syftar, såsom redan påpekats ovan, [57] till att förverkliga och underlätta unionsmedborgares rätt till fri rörlighet. Det syftar inte exempelvis till att främja integration i den mottagande medlemsstaten av medborgare i denna stat som aldrig har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet.

55. Det föreligger grundläggande skillnader mellan uppehållsrätt enligt utlänningslagstiftningen och uppehållsrätt som följer av den berörda personens medborgarskap i den mottagande medlemsstaten. Medan medlemsstaterna enligt folkrättsliga principer nämligen inte på något vis får begränsa de egna medborgarnas uppehållsrätt, [58] så har de rätt att uppställa vissa villkor för att utlänningar ska få uppehålla sig på deras territorium. Detta gäller även vad avser uppehåll för unionsmedborgare från andra medlemsstater, varvid de emellertid är skyldiga att beakta de unionsrättsliga kraven. [59]

56. Om man skulle tillåta en unionsmedborgare i samma situation som Shirley McCarthy, som aldrig har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet, att åberopa direktiv 2004/38, så skulle detta i slutändan medföra en möjlighet att enbart plocka russinen ur kakan. [60] Denna unionsmedborgare kunde i så fall åtnjuta direktivets fördelar vad gäller familjeåterföreningen med sin make utan att leva upp till

55 — Dom av den 7 september 2004 i mål C-456/02, Trojani (REG 2004, s. I-7573), särskilt punkterna 36 och 37. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (REG 1998, s. I-2691), särskilt punkterna 14 och 15 samt 60 och 61, dock förefaller det i det senare målet snarare ha varit fråga om att unionsmedborgarens uppehåll har tolererats i praktiken.

56 — Domarna i de ovan i fotnot 55 nämnda målen Martínez Sala (punkterna 64 och 65) och Trojani (punkt 39).

57 — Se mitt resonemang i den första tolkningsfrågan (särskilt punkterna 27 och 28 i detta förslag till avgörande).

58 — Se punkt 20 och fotnot 10 i detta förslag till avgörande.

59 — Se särskilt artiklarna 7, 8 och 27–33 i direktiv 2004/38.

60 — Irland har under den muntliga förhandlingen vid domstolen använt de snarlika uttrycken ”*à la carte* approach” och ”the best of both worlds”.

syftet med direktivet, att förverkliga och underlätta rätten till fri rörlighet, och utan att uppfylla några som helst av de krav som ställs i direktivet, exempelvis kravet på ekonomiskt oberoende enligt artikel 7.1 i direktivet. Som flera av de regeringar som deltagit i förfarandet med rätta har påpekat motsvarar detta inte andan och målsättningen med de unionsrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet och uppehållsrätt.

57. Den hänskjutande domstolens andra fråga ska sålunda besvaras på följande sätt:

Det krav i artikel 16.1 i direktiv 2004/38 på att uppehållet ska vara lagligt som uppställs för erhållande av permanent uppehållsrätt kan följa antingen av unionsrätten eller av den nationella utlänningslagstiftningen i den mottagande medlemsstaten.

Om emellertid en unionsmedborgare är medborgare i den mottagande medlemsstaten och på grund av sin nationalitet alltid har uppehållit sig där, utan att utnyttja sin rätt till fri rörlighet, så är det inte fråga om ett ”lagligt uppehåll” i den mening som avses i artikel 16.1 i direktiv 2004/38.

C – *Avslutande anmärkningar*

58. Enligt den lösning som jag har föreslagit kan en unionsmedborgare i samma situation som Shirley McCarthy inte åberopa unionsrätten för att få uppehållsrätt för sig och sina familjemedlemmar i den medlemsstat där vederbörande alltid har varit bosatt och är medborgare.

59. Som domstolen emellertid har antytt i domen i målet Metock [61] är alla medlemsstater parter i Europakonventionen. [62] Även om Europakonventionen inte säkerställer några rättigheter i sig för utlänningar att resa in och uppehålla sig i ett visst land, kan det utgöra ett ingrepp i rätten till skydd för familjelivet som omfattas av artikel 8.1 i konventionen när en person nekas inresa eller vistelse i en stat i vilken dennes nära anhöriga är bosatta. [63]

61 — Se ovan fotnot 15, punkt 79.

62 — Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (*ETS* nr 5).

63 — Se, exempelvis, Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheternas dom av den 18 februari 1991, Moustaquim mot Belgien (serie A nr 193, s. 18, § 36), av den 2 augusti 2001, Boultif mot Schweiz (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, § 39), och av den 22 april 2004, Radovanovic mot Österrike (nr 42703/98, § 30). Europeiska gemenskapernas domstol har i sin tur på Europeiska unionens vägnar erkänt att rätten att bo tillsammans med sina nära anhöriga medför skyldigheter för medlemsstaterna som kan vara negativa, när en av medlemsstaterna är skyldig att inte utvisa en person, eller positiva, när medlemsstaten är skyldig att tillåta en person på dess territorium (dom av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet, ”familjåterförening”, REG 2006, s. I-5769, punkt 52).

60. Mot denna bakgrund kan det inte helt uteslutas att Förenade kungariket i sin egenskap av part i Europakonventionen skulle kunna ha en skyldighet att bevilja George McCarthy uppehållsrätt som make till en brittisk medborgare som är bosatt i England. Detta är emellertid inte någon unionsrättslig fråga utan enbart en fråga om Förenade kungarikets bundenhet av Europakonventionen, vilken det uteslutande ankommer på de nationella domstolarna och i förekommande fall Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna att avgöra.

VI – Förslag till avgörande

61. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar begäran om förhandsavgörande på följande sätt:

En unionsmedborgare som är medborgare i två EU-medlemsstater men alltid enbart har varit bosatt i en av dessa båda stater kan inte begära uppehållsrätt i denna stat enligt direktiv 2004/38/EG.