

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremsat den 8. september 2005¹

I — Indledning

1. Europa-Parlamentet har i den foreliggende sag anfægtet artikel 4, stk. 1, sidste punktum, artikel 4, stk. 6, og artikel 8 i Rådets direktiv 2003/86/EF af 22. september 2003 om ret til familiesammenføring² (herafter »direktivet«). Dette direktiv regulerer i modstrid med sin titel ikke generelt retten til familiesammenføring, men udelukkende rettighederne for familier bestående af personer, som ikke er EU-statsborgere.

2. Ifølge direktivet har en tredjelandstatsborger, der lever lovligt i Det Europæiske Fællesskab, i princippet ret til, at værtsmedlemsstaten tillader hans børn at slutte sig til ham ved familiesammenføring. De anfægtede bestemmelser giver imidlertid medlemsstaterne mulighed for at begrænse familiesammenføringen for ældre børn over 12 år og ved fra de 15 år også at fastsætte visse

karensperioder. Ifølge Europa-Parlamentet er disse regler uforenelige med den beskyttelse af familien, der gives i de gældende menneskerettighedsbestemmelser, og med ligebehandlingsprincippet.

3. Selv om Parlamentet åbenbart ikke tillægger generaladvokaternes bidrag stor vægt³, byder de nye retlige spørgsmål, der rejses i denne sag, at der fremsættes forslag til afgørelse. Spørgsmålene vedrører navnlig sagens formalitet samt anvendelsen af de grundlæggende frihedsrettigheder og menneskerettigheder, der er relevante i sagen.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EUT L 251, s. 12.

3 — I Europa-Parlamentets beslutning, der indeholder de bemærkninger, som er en integreret del af afgørelsen om decharge for gennemførelsen af Den Europæiske Unions almindelige budget for regnskabsåret 2003 — Sektion IV — Domstolen (C6-0017/2005 — 2004/2043 (DEC) af 12.4.2005, dokument P6_TA_Prov (2005)0095, Rapport A6-0066/2005, endnu ikke trykt i EUT), glæder Parlamentet sig over, at antallet af forslag til afgørelse fra generaladvokaterne er nedadgående.

II — Relevante retsforskrifter

bestemmelser, der er forenelige med denne traktat og internationale aftaler.«

A — Fællesskabsret

4. Rådet har hentet direktivets hjemmel i traktatens artikel 63, stk. 1, nr. 3. Ifølge denne artikel vedtager Rådet ved enstemmighed foranstaltninger vedrørende indvandringspolitikken på følgende områder:

»a) betingelser for indrejse og ophold og standarder for procedurer for medlemsstaternes udstedelse af langtidsvisa og opholdstilladelser, bl.a. med henblik på familiesammenføring

b) [...]«

6. Anden betragtning til direktivet fremhæver udtrykkeligt beskyttelsen af familien, således som den følger af internationale konventioner og især grundlæggende rettigheder:

»Foranstaltningerne vedrørende familiesammenføring bør vedtages i overensstemmelse med forpligtelsen til at beskytte familien og respektere familielivet, som er stadfæstet i en lang række folkeretlige instrumenter. I dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som anerkendes i bl.a. artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.«

5. Traktatens artikel 63, stk. 2, der har følgende ordlyd, skal ligeledes nævnes:

»Foranstaltninger, der vedtages af Rådet i medfør af nr. 3) og 4), er ikke til hinder for, at den enkelte medlemsstat på de pågældende områder opretholder eller indfører nationale

7. Det skal her bemærkes, at artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (artikel II-67 i traktaten om en forfatning for Europa) bestemmer, at enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation.

8. Femte betragtning til direktivet har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne bør gennemføre bestemmelserne i dette direktiv uden forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller ideologi, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formue, fødsel, handicap, alder eller seksuel orientering.«

9. Fællesskabslovgiver henviser således til de specifikke forbud mod forskelsbehandling, der findes i artikel 21 i chartret om grundlæggende rettigheder (artikel II-81 i traktaten om en forfatning for Europa).

10. Ifølge direktivets artikel 3, stk. 4, litra b), berører direktivet ikke gunstigere bestemmelser i den europæiske socialpakt af 18. oktober 1961⁴, den reviderede europæiske socialpakt af 3. maj 1996⁵ og den europæiske konvention om vandrende arbejdstagers retsstilling af 24. november 1977⁶.

4 — ETS 35.

5 — ETS 163, direktivet henviser fejlagtigt til 1987.

6 — ETS 93.

11. Direktivets artikel 4, stk. 1, bestemmer i princippet, at medlemsstaterne tillader indrejse og ophold for ægtefælle og børn. Artiklens sidste afsnit giver imidlertid medlemsstaterne mulighed for at fastsætte yderligere vilkår for familiesammenføring for børn over 12 år.

»Når et barn er fyldt 12 år og ankommer uafhængigt af den øvrige familie, kan medlemsstaten som en undtagelse herfra, inden den tillader barnets indrejse og ophold i henhold til dette direktiv, undersøge, om barnet opfylder et kriterium om integration, hvis dens lovgivning på datoen for gennemførelsen af dette direktiv foreskriver en sådan undersøgelse.«

12. 12. betragtning til direktivet har følgende ordlyd:

»Hensigten med muligheden for at begrænse retten til familiesammenføring for børn over 12 år, hvis primære bopæl ikke er hos referencepersonen, er at afspejle børnenes evne til at blive integreret i en ung alder og at sikre, at de får den nødvendige uddannelse og sprogfærdighed i skolen.«

13. I overensstemmelse med direktivets artikel 4, stk. 6, gælder retten til familiesammenføring generelt ikke, når ansøgningen om familiesammenføring for et barn indgives efter, at barnet er fyldt 15 år.

»Medlemsstaterne kan som en undtagelse kræve, at ansøgninger om familiesammenføring for mindreårige børn skal indgives, inden børnene fylder 15, hvis deres lovgivning på datoen for gennemførelsen af dette direktiv foreskriver dette. Såfremt ansøgningen indgives efter det fyldte 15. år, tillader medlemsstaterne indrejse og ophold for sådanne børn af andre grunde end familiesammenføring.«

14. Direktivets artikel 8 giver mulighed for at fastsætte karenstider:

»Medlemsstaterne kan kræve, at referencepersonen mindst har haft ophold på deres område i en periode, der dog ikke må overstige to år, inden familiesammenføring kan finde sted.

datoen for vedtagelsen af direktivet, tager hensyn til medlemsstatens modtagelseskapacitet, kan medlemsstaten uanset stk. 1 indføre en karenstid på højst tre år mellem indgivelsen af ansøgningen om familiesammenføring og udstedelsen af opholdstilladelse til familiemedlemmerne.«

15. Direktivet indeholder forskellige bestemmelser om hensyntagen til specifikke, konkrete omstændigheder.

16. Ifølge direktivets artikel 5, stk. 5, skal der tages hensyn til barnets tarv:

»Ved behandlingen af ansøgningen tager medlemsstaterne behørigt hensyn til mindreårige børns tarv.«

I Kommissionens forslag⁷ henviste denne bestemmelse også udtrykkeligt til konventionen om barnets rettigheder⁸.

7 — KOM(2002) 225, s. 19.

8 — Åbnet for undertegnelse den 20.11.1989 (UN Treaty Series, Tome 1577, s. 43). Alle medlemsstaterne har ratificeret konventionen. Traktaten om en forfatning for Europa bestemmer også udtrykkeligt i artikel I-3, stk. 3, andet afsnit, at Unionen fremmer beskyttelse af børns rettigheder, hvilket i chartret om grundlæggende rettigheder (artikel II-84 i traktaten om en forfatning for Europa) i øvrigt anerkendes at have værdi som en grundlæggende rettighed.

Hvis den lovgivning om familiesammenføring, der er gældende i en medlemsstat på

17. Artikel 17 omhandler alle potentielt berørte personer:

»Hvis der gives afslag på opholdstilladelse, eller opholdstilladelsen inddrages eller ikke fornyes, eller hvis der træffes afgørelse om udsendelse af referencepersonen eller dennes familiemedlemmer, tager medlemsstaterne behørigt hensyn til arten og holdbarheden af vedkommendes familiemæssige tilknytning og til, hvor længe vedkommende har opholdt sig i medlemsstaten, samt til, om der er familiemæssig, kulturel eller social tilknytning til hjemlandet.«

2. Ingen offentlig myndighed må gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, medmindre det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.«

19. Forbuddet mod diskriminering er knæsat i EMRK's artikel 14:

B — Folkeret

1. Europæiske aftaler

18. Retten til beskyttelse af familielivet følger principielt af artikel 8 i den europæiske konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der blev undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«):

»Nydelsen af de i denne konvention anerkendte rettigheder og friheder skal sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold.«

20. Den europæiske socialpagt indeholder ligeledes bestemmelser om familiesammenføring⁹. Ifølge afsnit 1, punkt 19, har vandrende arbejdere, der er statsborgere i en af de kontraherende parter lande, og deres familie ret til beskyttelse og bistand inden for ethvert af de andre kontraherende

»1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

⁹ — Nævnt i fodnote 4.

parters område. Artikel 19 konkretiserer retten til familiesammenføring således:

»For at sikre en effektiv udøvelse af vandrende arbejderes og deres familiemedlemmers ret til beskyttelse og bistand på en anden kontraherende parts område forpligter de kontraherende parter sig til:

1.-5. [...]

6. så vidt muligt lette en udenlandsk arbejder, som har opnået tilladelse til at bosætte sig på deres område, adgangen til at blive forenet med sin familie

7.-10. [...]«¹⁰.

10 — Ifølge traktatkontoret på <http://conventions.coe.int> den 14.4.2005 er bestemmelsen anerkendt af Østrig, Belgien, Portugal, Estland, Frankrig, Irland, Italien, Luxembourg, Slovenien, Spanien, Tyskland, Grækenland, Finland, Nederlandene, Polen, Sverige, Det Forenede Kongerige og Cypern, men ikke af Letland, Malta, Slovakiet, Tjekkiet og Ungarn. Danmark synes at have godtaget artikel 19, stk. 6, da landet ratificerede pagten i 1996. Litauen afviste at være bundet af artikel 19, stk. 6, ved ratificeringen af den reviderede pagt.

21. I det tillæg, der i henhold til pagtens artikel 38 er en integreret del heraf, er det anført, at i den pågældende bestemmelses forstand skal udtrykket »en udenlandsk arbejders familie« fortolkes således, at det i det mindste omfatter hans hustru og uforsørgede børn under 21 år. I den reviderede europæiske socialpagt af 3. maj 1996¹¹, der opretholder artikel 19, stk. 6, uden ændringer, er tillægget blevet ændret således, at der ved »en udenlandsk arbejders familie« forstås i det mindste hans ægtefælle og ugifte børn, så længe de anses for mindreårige i henhold til den relevante lovgivning i værtsstaten og skal forsørges af arbejderen.

22. Europarådet har ligeledes åbnet for undertegnelsen af den europæiske konvention om vandrende arbejdstagers retsstilling¹². Familiesammenføring er reguleret i artikel 12. Artikel 12, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Ægtefællen til den vandrende arbejdstager, der har regelmæssig beskæftigelse på en kontraherende stats område, og hans ugifte børn, så længe de anses for mindreårige i værtsstatens relevante lovgivning, og som

11 — Nævnt i fodnote 5.

12 — Nævnt i fodnote 6. Konventionen er indtil nu ratificeret af otte stater, herunder Spanien, Frankrig, Italien, Nederlandene, Portugal og Sverige.

han skal forsørge, har tilladelse til under tilsvarende betingelser som dem, der er fastsat i konventionen om indrejse for vandrende arbejdstagere, og i henhold til den procedure, som lovgivningen eller internationale aftaler fastsætter for denne indrejse, at blive forenet med den vandrende arbejdstager på en kontraherende stats område, på betingelse af at arbejdstageren til sin familie råder over en bolig, der anses for sædvanlig for nationale arbejdstagere i den region, hvor han har arbejde. Alle kontraherende stater kan underkaste iværksættelsen af ovennævnte tilladelse en karenperiode, der ikke kan overstige 12 måneder.«

»1. Ingen må udsættes for vilkårlig eller ulovlig indblanding i sit privatliv eller familieliv, sit hjem eller sin brevvæksling, eller for ulovlige angreb på sin ære og sit omdømme.

2. Enhver har ret til lovens beskyttelse mod sådan indblanding eller sådanne angreb.«

23. Ifølge definitionen i konventionens artikel 1 er det alene statsborgere fra en kontraherende stat, der er »vandrende arbejdstagere« i konventionens forstand.

25. Konventionens artikel 23, stk. 1, præciserer endvidere:

»Familien er samfundets naturlige og grundlæggende gruppeenhed og har ret til samfundets og statens beskyttelse.«

2. Internationale aftaler

24. Den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder af 19. december 1996¹³ indeholder i artikel 17 følgende garanti, der kan sammenlignes med EMRK's artikel 8:

26. Supplerende skal konventionens artikel 24, stk. 1, ligeledes nævnes:

»Ethvert barn har uden forskelsbehandling på grundlag af race, hudfarve, køn, sprog, religion, national eller social herkomst, for-

¹³ — UN Treaty Series, bind 999, s. 171.

mueforhold eller fødsel, ret til de beskyttelsesforanstaltninger fra familiens, samfundets og statens side, som dets stilling som mindreårig kræver.«

27. Konventionen om barnets rettigheder¹⁴ indeholder ligeledes regler, der vedrører familiesammenføring. Artikel 9, stk. 1, fastsætter det grundlæggende princip, at barnet ikke skal adskilles fra sine forældre mod deres vilje. Artikel 10, stk. 1, første punktum, støttes på dette princip og kræver:

»I overensstemmelse med deltagerstaternes forpligtelse i henhold til artikel 9, stk. 1, skal ansøgninger fra et barn eller dets forældre om indrejse i eller udrejse fra en deltagende stat med henblik på familiesammenføring behandles på en positiv, human og hurtig måde af deltagerstaterne.«

28. Der skal ligeledes tages hensyn til de generelle krav i artikel 3, stk. 1:

»I alle foranstaltninger vedrørende børn, hvad enten disse udøves af offentlige eller private institutioner for socialt velfærd, domstole, forvaltningsmyndigheder eller lovgivende organer, skal barnets tarv komme i første række.«

29. Ligesom Europarådet har også De Forenede Nationer åbnet for undertegnelsen af en international konvention om beskyttelse af vandrende arbejdstageres og deres familiemedlemmers rettigheder¹⁵. I henhold til artikel 44, stk. 2, træffer de kontraherende parter de foranstaltninger, de anser for passende, og som er omfattet af deres kompetence, for at lette vandrende arbejdstageres forening med deres ægtefælle og mindreårige børn. Ingen af Fællesskabets medlemsstater har indtil nu ratificeret denne konvention.

30. Endelig skal også nævnes artikel 13 i konvention nr. 143 fra Den internationale Arbejdsorganisation (ILO) om migranter under misbrugsforhold samt fremme af lige muligheder for og ligebehandling af migrerende arbejdere af 24. juni 1975¹⁶, der har følgende ordlyd:

»1. Ethvert medlem skal træffe alle nødvendige foranstaltninger, der er omfattet af dets kompetence, og samarbejde med andre medlemmer for at lette familiesammenføringen for alle migrerende arbejdere, der bor lovligt på medlemmets område.

15 — New York, 18.12.1990, De Forenede Nationers traktater, bind 2200, s. I-39481.

16 — Ratificeret af 18 stater, herunder Cypern, Italien, Portugal, Slovenien og Sverige.

14 — Nævnt i fodnote 8.

2. Denne artikel omfatter den migrerende arbejders ægtefælle samt hans børn og forældre, såfremt den migrerende arbejder skal forsørge dem.«

— Parlamentet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

33. Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen har som intervenienter støttet Rådets påstande.

III — Parternes påstande

31. Europa-Parlamentet har nedlagt følgende påstande:

— Artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, artikel 4, stk. 6, og artikel 8 i Rådets direktiv 2003/86/EF af 22. september 2003 om ret til familiesammenføring annulleres i medfør af artikel 230 EF.

— Rådet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

32. Rådet har nedlagt følgende påstande:

— Rådet frifindes for påstanden om annullation af bestemmelserne i artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, artikel 4, stk. 6, og artikel 8 i Rådets direktiv 2003/86/EF af 22. september 2003.

IV — Analyse

A — *Formaliteten*

1. Er der en retsakt at anfægte?

34. Et annullationssøgsmål i medfør af artikel 230 EF kan kun rettes mod retsakter og ikke mod foranstaltninger, der ikke har retligt bindende virkninger¹⁷. Traktatens artikel 63, stk. 2, rejser tvivl om direktivets retligt bindende virkninger. Ifølge denne artikel er »[f]oranstaltninger, der vedtages af Rådet i medfør af [artikel 63,] nr. 3) og 4), [...] ikke til hinder for, at den enkelte medlemsstat på de pågældende områder opretholder eller indfører nationale bestemmelser, der er forenelige med denne traktat og internationale aftaler«.

¹⁷ — Jf. mit forslag til afgørelse af 16.6.2005, forenede sager C-138/03, C-324/03 og C-431/03, Italien mod Kommissionen, (endnu verserende for Domstolen), punkt 45, der indeholder andre henvisninger.

35. En del af teorien fortolker artikel 63, stk. 2, EF som en bemyndigelse til at træffe forstærkede beskyttelsesforanstaltninger, såsom dem, der allerede findes i artikel 95, stk. 5, artikel 137, stk. 5, artikel 153, stk. 3, og artikel 176 EF¹⁸. Denne fortolkning er imidlertid ikke overbevisende, eftersom traktatens artikel 63, stk. 2, til forskel fra bestemmelser om forstærkede beskyttelsesforanstaltninger ikke opstiller et formål om en sådan beskyttelse. Hvis medlemsstaterne dog frit kan vælge disse andre foranstaltningers formål, skyldes det imidlertid, at fællesskabsbestemmelserne ikke definerer en minimumsstandard, som medlemsstaterne er bundet af. Det er imidlertid kun en sådan minimumsstandard, der giver mulighed for at træffe forstærkede beskyttelsesforanstaltninger¹⁹, til forskel fra det tilfælde, hvor der slet ikke er nogen bindende virkninger.

36. Hvis man holder sig til en streng ordlydsfortolkning af artikel 63, stk. 2, EF, følger det heraf, at de afledte retsregler, der vedtages i medfør af artiklens nr. 3 og 4, det vil bl.a. navnlig sige det foreliggende direktiv, hverken har nogen retsvirkninger i national ret eller nogen forrang i anvendelsen, hvis der findes andre bestemmelser i national ret²⁰. Den tyske regering har derfor

som svar på et spørgsmål fra Domstolen givet udtryk for den opfattelse, at artikel 63, stk. 2, giver medlemsstaterne mulighed for at træffe ensidige foranstaltninger. Hvis dette ræsonnement udvides yderligere, selv til en fuldstændig mangel på foranstaltninger, vil det følgerigtigt sige, at en stats manglende gennemførelse er i overensstemmelse med den nævnte artikel, eftersom denne manglende gennemførelse i sig selv udgør en »anden« foranstaltning. Foranstaltninger, der træffes i medfør af artikel 63, stk. 1, nr. 3 og 4, får derfor deres retsvirkninger begrænset til samme virkninger som en anbefaling²¹. Den tyske regering har imidlertid ikke ønsket at gå så vidt.

18 — Fungeiriño-Lorenzo, *Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag*, s. 81 ff. Jf. i denne henseende Røben i *Grabitz-Hilf, das Recht der Europäischen Union*, maj-udgaven 1999, artikel 63 EF, punkt 43.

19 — For så vidt angår artikel 176 henvises der ligeledes til dom af 22.6.2000, sag C-318/98, Fornasar m.fl., Sml. I, s. 4785, og af 14.4.2005, sag C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe, Sml. I, s. 2753, præmis 27 ff.

20 — Jf. f.eks. Weiss i Streinz, *EUV/EGV*, 2003, artikel 63 EF, punkt 68, og Brechmann i Callies/Ruffet, *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. udg. 2002, artikel 63 EGV.

21 — Denne betydelige begrænsning af den retligt bindende karakter vedrører ikke kun det foreliggende direktiv, men omfatter ligeledes som minimum følgende retsakter, der også udelukkende har hjemmel i artikel 63, stk. 1, nr. 3 og 4, EF: Rådets direktiv 2004/114/EF af 13.12.2004 om betingelserne for tredjelandstatsborgeres indrejse og ophold med henblik på studier, elevudveksling, ulønnet erhvervsuddannelse eller volontørtjeneste (EUT L 375, s. 12), Rådets beslutning 2004/573/EF af 29.4.2004 om tilrettelæggelse af samlet udsendelse med fly fra to eller flere medlemsstaters område af tredjelandstatsborgere, der er omfattet af individuelle afgørelser om udsendelse (EUT L 261, s. 28), Rådets direktiv 2003/81/EF af 29.4.2004 om udstedelse af opholdstilladelser til tredjelandstatsborgere, der har været ofre for menneskehandel, eller som er indrejst som led i ulovlig indvandring, og som samarbejder med de kompetente myndigheder (EUT L 261, s. 19), Rådets beslutning 2004/191/EF af 23.2.2004 om fastsættelse af kriterier og nærmere bestemmelser for udligning af de finansielle ubalancer, som følger af anvendelsen af direktiv 2001/40/EF om gensidig anerkendelse af afgørelser om udsendelse af tredjelandstatsborgere (EUT L 60, s. 55), Rådets direktiv 2003/110/EF af 25.11.2003 om bistand ved gennemrejse i forbindelse med udsendelse med fly (EUT L 321, s. 26), Rådets direktiv 2003/109/EF af 25.11.2003 om tredjelandstatsborgeres status som fastboende udlænding (EUT L 16, s. 44), Rådets forordning (EF) nr. 859/2003 af 14.5.2003 om udvidelse af bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 1408/71 og forordning (EØF) nr. 574/72 til at omfatte tredjelandstatsborgere, der ikke allerede er dækket af disse bestemmelser udelukkende på grund af deres nationalitet (EUT L 124, s. 1), Rådets forordning (EF) nr. 1030/2002 af 13.6.2002 om ensartet udformning af opholdstilladelser til tredjelandstatsborgere (EFT L 157, s. 1), og Rådets direktiv 2001/40/EF af 28.5.2001 om gensidig anerkendelse af afgørelser om udsendelse af tredjelandstatsborgere (EFT L 149, s. 34).

37. En sådan fortolkning er i overensstemmelse med den interesse, som visse medlemsstater formodes at have i, at den nævnte bestemmelse blev indført. Alle medlemsstaterne var nemlig ikke enige i, at EF-traktaten skulle omfatte kompetencer på området for indvandringspolitikken²².

38. Den nævnte fortolkning af artikel 63, stk. 2, om forbehold til fordel for medlemsstaterne har imidlertid den følge, at de normative regler i artikel 63, stk. 1, nr. 3 og 4, der blev indført i EF-traktaten *samtidig* med stk. 2, mister deres mening og fratages deres virkning. Disse nye kompetenceregler tilsigter ikke at give mulighed for at vedtage anbefalinger. Det var hertil ikke nødvendigt med en hjemmel i EF-traktaten, eftersom artikel K.1 og K.3 i traktaten om Den Europæiske Union i den udgave, der følger af Maastricht-traktaten, og som tidligere fandt anvendelse, allerede indeholdt bestemmelser i denne retning, som endog potentielt var mere vidtgående²³. Indførelsen af de normative kompetencer i artikel 63, stk. 1, nr. 3 og 4, skulle derfor fastlægge fællesskabsretlige instrumenter, der bl.a. gav

mulighed for ligeledes at regulere spørgsmål, som vedrørte indvandringspolitikken.

39. Traktatens artikel 63 indeholder derfor modstridende regler²⁴, såfremt effektivitet kun kan sikres, hvis deres fortolkning i det konkrete tilfælde tilsigter at opnå en passende ligevægt — »praktische Konkordanz«, som den tyske Bundesverfassungsgericht har kaldt det²⁵. Således som Parlamentet, Rådet og Kommissionen har anført som svar på spørgsmål stillet af Domstolen, kan stk. 2 ikke forstås således, at de foranstaltninger, der træffes med hjemmel i nr. 3 og 4, fratages deres bindende retsvirkning. Henvisningen til foreneligheden med traktaten — således som det er tilfældet med den øvrige fællesskabsret — skal derimod forstås således, at de foranstaltninger, der træffes i national ret, herunder dem, som træffes med hjemmel i nr. 3 og 4, skal være forenelige med den afledte ret²⁶.

22 — Jf. det irske formandskabs dokument »Den Europæiske Union i dag og i morgen«, KONF/2500/96 af 5.12.1996, del A, afsnit I, kapitel 2. Forslaget til ændring af traktaten regulerede således ganske vist de normative kompetencer, men indeholdt endnu ikke bestemmelser, der kan sammenlignes med artikel 63, stk. 2.

23 — Inden for rammerne af den unionstraktat, der var gældende på dette tidspunkt, kunne medlemsstaterne fastlægge fælles holdninger og vedtage fælles handlinger, men også indgå bindende konventioner.

24 — Disse fortolkningsproblemer taler allerede for den holdning, som er valgt i artikel III-267 i traktaten om en forfatning for Europa, nemlig at der gives afkald på en regel, som er sammenlignelig med artikel 63, stk. 2, EF.

25 — Jf. Bundesverfassungsgerichts dom af 16.5.1995 i sag 1 BvR 1087/71 (Kruzifix, BVerfGE 93, 1, navnlig 21, der indeholder andre henvisninger).

26 — Jf. f.eks. B. Hailbronner, *European Immigration and Asylum law under the Treaty*, *Common Market Law Review* 1998, s. 1047 ff. (navnlig s. 1051). Dette forekommer ligeledes at være Kommissionens opfattelse, idet den allerede har anlagt fire traktatbrudssager ved Domstolen vedrørende manglende gennemførelse af direktiv 2001/40 (EFT 2001 L 149, s. 34), nemlig sag C-448/04 mod Luxembourg (EUT 2004 C 314, s. 6), sag C-450/04 mod Frankrig (EUT 2004 C 314, s. 7), sag C-462/04 mod Italien (EUT 2004 C 6, s. 30) og sag C-474/04 mod Grækenland (EUT 2005 C 314, s. 10). I disse sager har de pågældende medlemsstater heller ikke påberåbt sig artikel 63, stk. 2, EF, men anført, at de forbereder direktivets gennemførelse.

40. Det forhold, at de normative kompetencer i artikel 63, stk. 1, nr. 3 og 4, kun kan udøves ved enstemmighed²⁷, taler ligeledes for den nævnte fortolkning. Medlemsstaterne kan derfor sikre deres interesse i tilstrækkeligt omfang under lovgivningsprocessen. Hvis en medlemsstat først godtager en retsakt med denne hjemmel, men i øvrigt dernæst opretholder eller vedtager nationale bestemmelser i strid med retsakten, er dens handlemåde illoyal (»venire contra factum proprium«)²⁸.

41. Stk. 2 skal derfor ikke fortolkes som en begrænsning af retsvirkningerne, men som en forpligtelse for fællesskabslovgiver — således som Rådet navnlig har fremhævet — til at give medlemsstaterne en tilstrækkelig handlingsmargin, når de skal træffe foranstaltninger med hjemmel i nr. 3 og 4. Denne forpligtelse konkretiseres i de mange valgmuligheder, som direktivet giver medlemsstaterne. Denne retspolitiske forpligtelse indebærer, at den afledte ret, der er vedtaget med hjemmel i nr. 3 og 4, i tvivlstilfælde skal fortolkes således, at der ikke er tale om en endelig harmonisering.

27 — Kun for nr. 3, litra b), har Rådet indført kvalificeret flertal med virkning fra den 1.1.2005 ved Rådets afgørelse af 22.12.2004 om at få visse områder, der er omfattet af afsnit IV i tredje del i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, underlagt proceduren i artikel 251 i traktaten (EUT L 396, s. 45).

28 — Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse af 8.7.2004, sag C-117/03, Dragaggi, dom af 13.1.2005, Sml. I, s. 1, punkt 24 ff.

42. Det følger heraf, at direktivet til trods for traktatens artikel 63, stk. 2, i princippet er en retsakt, der kan anfægtes.

2. De omtvistede bestemmelsers retlige art

43. Rådet betvivler alligevel, at den foreliggende sag er rettet mod en anfægtelig retsakt. Det påpeges over for Parlamentet, at den foreliggende sag ikke er rettet mod fællesskabsbestemmelser, men mod regler i national ret — og dermed er uegnet til påkendelse. Rådet har gjort gældende, at direktivets artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, artikel 4, stk. 6, og artikel 8 ikke pålægger medlemsstaterne at vedtage præcise regler. De henviser tværtimod kun til eksisterende national ret og tillader dens opretholdelse. Ifølge Rådet har Domstolen ikke kompetence til at efterprøve, om national ret er forenelig med Fællesskabets grundlæggende rettigheder.

44. Parlamentet og Kommissionen har derimod lagt vægt på, at de omtvistede regler er en integreret del af fællesskabsretten og underlagt Domstolens kontrol, navnlig hvad angår deres forenelighed med Fællesskabets grundlæggende rettigheder. Fællesskabsbestemmelser, der tillader medlemsstaterne at træffe foranstaltninger i strid med de nævnte

grundlæggende rettigheder, er uforenelige hermed.

45. Jeg deler Parlamentets og Kommissionens opfattelse. Rådets indvending er ikke overbevisende. Rådet har i sine argumenter undladt at tage hensyn til, at fællesskabsrettens anerkendelse af mulighederne for at vælge at opretholde eller indføre nationale bestemmelser allerede i sig selv udgør lovgivning, der under visse omstændigheder kan være i strid med fællesskabsretten. På den ene side kan medlemsstaternes valgmuligheder begrænse rækkevidden af den ret til familiesammenføring, som direktivet giver. På den anden side indeholder valgmulighederne den konstitutive anerkendelse af, at de omtvistede bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten. Hvis en sådan konstatering ikke anfægtes inden for fristerne for at annullationssøgsmål, kan Fællesskabet ikke længere selv handle mod nationale foranstaltninger, der kun udtømmer de fastsatte valgmuligheder²⁹. Et sagsanlæg i denne retning skal derfor i princippet antages til realitetsbehandling.

3. Påstanden om delvis annullation af direktivet

46. En sagkyndig erklæring fra professor Langenfeld, der er fremlagt af den tyske

regering, rejser i øvrigt indirekte spørgsmålet, om påstanden om annullation af visse bestemmelser i direktivet gyldigt kan være genstand for et sagsanlæg. Det følger af fast retspraksis, at en delvis annullation af en fællesskabsakt kun er mulig, såfremt de elementer, der påstås annulleret, kan udskilles fra den øvrige del af retsakten, og at en fuldstændig annullation går ud over den nedlagte påstand (*ultra petita*)³⁰. Den isolerede annullation af disse elementer, der ikke er udskillelige, ændrer nemlig selve de vedtagne bestemmelses substans. Det indebærer, at Domstolen ændrer direktivets bestemmelser³¹. En sådan ændring tilkommer imidlertid fællesskabslovgiver³².

47. Således som Rådet og den tyske regering har redegjort for som svar på spørgsmål stillet af Domstolen, kan det foreliggende sagsanlæg ifølge ovennævnte kriterier heller ikke antages til realitetsbehandling. I modsætning til Parlamentets opfattelse og den opfattelse, som Kommissionen gav udtryk for under retsmødet, kan de af Parlamentet kritiserede bestemmelser ikke objektivt udskilles fra den øvrige del af direktivet. Det er i denne forbindelse uden betydning, at direktivets øvrige bestemmelser kan anven-

29 — Jf. i denne retning dom af 5.10.2004, sag C-475/01, Kommissionen mod Grækenland (Ouzo), Sml. I, s. 8923, præmis 15 ff.

30 — Dom af 28.6.1972, sag 37/71, Jamet mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 129, org.ref.: Rec. s. 483, præmis 10-12, af 23.10.1974, sag 17/74, Transocean Marine Plant mod Kommissionen, Sml. s. 1063, præmis 21, af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen (potaske og kvælstof), Sml. I, s. 1375, præmis 256, af 10.12.2002, sag C-29/99, Kommissionen mod Rådet (konventionen om nuklear sikkerhed), Sml. I, s. 11221, præmis 45, og af 24.5.2005, sag C-244/03, Frankrig mod Parlamentet og Rådet (dyreforsøg), Sml. I, s. 4021, præmis 12 og 21.

31 — Jf. dyreforsøgsdommen, der er nævnt i fodnote 30, præmis 15.

32 — Dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet (tobak), Sml. I, s. 8419, præmis 117.

des alene. De omtvistede bestemmelser indeholder tværtimod en potentiel begrænsning af den forpligtelse, som direktivet pålægger medlemsstaterne til at lette familiesammenføring. Hvis Domstolen annullerede direktivets artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, artikel 4, stk. 6, og artikel 8, ville retten til familiesammenføring finde anvendelse uden begrænsninger, navnlig også på mindreårige børn, henholdsvis over 12 år og fra 15 år, og uafhængigt af en karenperiode. Hvis Domstolen annullerede de nævnte artikler, ville den derfor ændre direktivets substans og gribe ind i fællesskabslovgivers kompetencer.

48. I nærværende sag er det ligeledes udelukket at annullere direktivets øvrige bestemmelser, der ikke kan udskilles fra de omtvistede bestemmelser, dvs. direktivet i sin helhed. En sådan annulation ville gå ud over Parlamentets påstand og være uforenelig med den interesse, der forfølges, eftersom der i så fald ikke er nogen ret til familiesammenføring i fællesskabsretten³³.

49. Sagen bør derfor afvises.

33 — Det er her ufornuddent at besvare spørgsmålet, om Domstolen særskilt kan annullere de omtvistede bestemmelser ved en præjudiciel afgørelse, hvis de viser sig at være retsstridige. Meget taler dog for, at man i den foreliggende sag kun kan fastslå, at direktivet i sin helhed er en nullitet, således at der ikke fastslås delvis ugyldighed.

50. Det er således kun subsidært, at jeg vil behandle spørgsmålet, om Parlamentet skal gives medhold.

B — Realiteten

51. Parlamentet har til støtte for påstanden gjort et anbringende gældende om tilsidesættelse af den grundlæggende ret til beskyttelse af familien og af ligebehandlingsprincippet. Først skal det efterprøves, om lovgivningsprocessen kan være fejlbehæftet.

1. Lovgivningsprocessen for så vidt angår direktivets artikel 4, stk. 6

52. For så vidt angår direktivets artikel 4, stk. 6, skal jeg analysere den lovgivningsproces, der er blevet fulgt. Parlamentet har bemærket, at Rådet ikke har orienteret Parlamentet om den pågældende ændring, således at det har kunnet udtale sig herom.

53. Parlamentet har ikke støttet sin sag på det forhold, at det ikke er blevet hørt. Det er derfor et spørgsmål, om Domstolen af egen drift kan prøve den formelle mangel, som eventuelt ligger i denne manglende høring.

Under annullationssøgsmål i medfør af EKSF-traktatens artikel 33 har Domstolen allerede af egen drift prøvet formelle mangler³⁴. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer forstår den nævnte retspraksis således, at i det mindste inkompetence og væsentlige formelle mangler kan påkendes ex officio inden for rammerne af artikel 230 EF³⁵. Hvad angår kompetencen hos den institution, der har udstedt retsakten, er en sådan ex officio prøvelse ligeledes i overensstemmelse med Domstolens praksis³⁶. Principperne om procesøkonomi og retssikkerhed taler her for den samme behandling af formelle mangler, når Domstolen får kendskab hertil under et annullationssøgsmål. Det skal derfor i denne sag efterprøves, om Parlamentet er blevet tilstrækkeligt hørt hvad angår direktivets artikel 4, stk. 6.

54. I overensstemmelse med traktatens artikel 63, sammenholdt med artikel 67, stk. 1, træffer Rådet afgørelse efter høring af Parlamentet. En fornyet høring af Europa-Parlamentet kræves hver gang, den endeligt vedtagne tekst, betragtet som helhed, efter selve sit indhold afviger fra den, om hvilken Parlamentet allerede er blevet hørt, med

undtagelse af tilfælde, hvor ændringerne i det væsentlige svarer til det ønske, som Parlamentet selv har givet udtryk for³⁷.

55. Det er ikke muligt at fastslå, at Parlamentet er blevet hørt vedrørende direktivets artikel 4, stk. 6. Rådet hørte sidste gang Parlamentet ved skrivelse af 23. maj 2002. Ifølge mine oplysninger forekommer direktivets artikel 4, stk. 6, første gang i Rådets dokument af 25. februar 2003, hvorved formandskabet foreslog en ændring i denne retning på grund af de forbehold, som den østrigske repræsentation havde givet udtryk for³⁸. Selv om Parlamentet sidste gang udtalte sig om direktivet den 9. april 2003³⁹, tyder imidlertid intet på, at Rådet oplyste Parlamentet om det ændrede lovfor-slag, og at der var høring om denne ændring. Rådet har heller ikke modsagt Parlamentet i denne henseende, hvorfor det skal antages, at Parlamentet ikke fik mulighed for at udtale sig om direktivets artikel 4, stk. 6.

34 — Dom af 21.12.1954, sag 1/54, Frankrig mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 1, org.ref.: Rec. s. 7 ff., navnlig s. 31, og af 10.5.1960, sag 19/58, Tyskland mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 181, org.ref.: Rec. s. 471, navnlig s. 488.

35 — Forslag til afgørelse af 28.4.2005, forenede sager C-346/03 og C-529/03, Atzeni m.fl., der endnu verserer for Domstolen, punkt 70, og af 16.12.2004, sag C-110/03, Belgien mod Kommissionen, dom af 14.4.2005, Sml. I, s. 2801, punkt 29.

36 — Domstolens dom af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 56, for så vidt angår Kommissionen.

37 — Domstolens dom af 16.7.1992, sag C-65/90, Parlamentet mod Rådet (vejgodstransport), Sml. I, s. 4593, præmis 16, af 5.10.1993, forenede sager C-13/92 — C-16/92, Driessen m.fl., Sml. I, s. 4751, præmis 23, og af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Rådet (den fælles markedsordning for bananer), Sml. I, s. 4973, præmis 38.

38 — Formandskabets bemærkninger, Rådets dokument 6585/03, s. 9, fodnote 3.

39 — Europa-Parlamentets lovgivningsmæssige beslutning af 9.4.2003 om ændret forslag til Rådets direktiv om ret til familiesammenføring (EUT 2004 C 64 E, s. 273 ff., navnlig s. 283). Begrundelsen følger af rapport A5-0086/2003 af 24.3.2003 fra parlamentsmedlem Carmen Cerdeira Montero.

56. Direktivets artikel 4, stk. 6, giver medlemsstaterne mulighed for at begrænse mindreårige børns ret til familiesammenføring i forhold til den ordning, der blev sendt til høring hos Parlamentet. Uden direktivets artikel 4, stk. 6, ville de mindreårige børn, der var fyldt 15 år, nemlig i princippet ligeledes have ret til familiesammenføring. Indførelsen af denne artikel ændrede derfor i væsentligt omfang direktivets indhold.

57. Begrænsningen af familiesammenføring i direktivets artikel 4, stk. 6, er i strid med Parlamentets udtrykkelige ønske om i videre omfang at give ret til familiesammenføring end det, der fremgik af det forslag, Parlamentet fik forelagt⁴⁰, navnlig at give alle mindreårige børn, uanset deres alder, mulighed for indrejse⁴¹.

58. Parlamentet skulle derfor have været hørt på ny, inden direktivet blev vedtaget. Direktivet blev således vedtaget i strid med gældende formforskrifter, navnlig hvad angår artikel 4, stk. 6.

2. Beskyttelse af familien som menneskerettighed

a) Gældende beskyttelsesnormer på det menneskeretlige område

59. Domstolen har understreget dette i fast praksis, hvilket i præamblen til den europæiske fælles akt og artikel 6, stk. 2, EU, hvorefter de grundlæggende rettigheder — således som de følger af konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), eller således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner — er blevet anerkendt som generelle principper for fællesskabsretten. Dette omfatter bl.a. beskyttelsen af familien, der findes i EMRK's artikel 8⁴².

60. For så vidt som det er relevant i denne sag, er artikel 7 i chartret om grundlæggende rettigheder, som anden betragtning til direktivet udtrykkeligt henviser til, identisk med EMRK's artikel 8. I henhold til chartrets artikel 52, stk. 3, første punktum (artikel II-112 i traktaten om en forfatning for Europa), skal den have samme betydning og samme rækkevidde som konventionen.

61. Hvad går beskyttelsen af familien inden for opholdsretsområdet har Domstolen i

40 — Jf. navnlig ændringerne 22-25, der findes i den i fodnote 39 omtalte lovgivningsmæssige beslutning.

41 — Jf. ændring 26, der findes i den i fodnote 39 nævnte lovgivningsmæssige beslutning.

42 — Domstolens dom af 11.7.2002, sag C-60/00, Carpenter, Sml. I, s. 6279, præmis 41, og af 23.9.2003, sag C-109/01, Akrich, Sml. I, s. 9607, præmis 58.

øvrigt tilsluttet sig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af EMRK's artikel 8. Domstolen har på grundlag af denne artikel udtalt, at selv hvis EMRK's artikel 8 som sådan ikke tillægger en udlænding ret til at indrejse eller opholde sig på et bestemt lands område, kan den omstændighed, at en person nægtes indrejse i det land, hvor hans nære slægtninge bor, imidlertid udgøre en indgriben i retten til respekt for familielivet, således som denne ret er beskyttet ved konventionens artikel 8, stk. 1. EMRK er til hinder for en sådan indgriben, hvis denne ikke opfylder betingelserne i artikel 8, stk. 2, dvs. hvis den ikke er »foreskrevet ved lov«, er berettiget ud fra et eller flere legitime formål efter denne bestemmelse samt »nødvendig i et demokratisk samfund«, dvs. at den skal være »berettiget ud fra tvingende samfundsmæssige hensyn« og navnlig stå i et rimeligt forhold til det forfulgte formål⁴³.

62. Domstolen har udviklet denne praksis i en række sager, hvor den har skullet træffe afgørelse om retten til ophold for familied medlemmer til EU-borgere, der opholdt sig i andre medlemsstater. I disse sager førte kombinationen af den ret til ophold, som en EU-borger afleder af fællesskabsretten, og beskyttelsen af familien, således som den er iværksat i fællesskabsretten, til en opholdsret, der kun kan begrænses i undtagelses-

tilfælde og under strenge betingelser⁴⁴. Andre specifikke regler kan følge af associeringsaftaler⁴⁵.

63. Hvad derimod angår retten til sammenføring af familier, der udelukkende består af tredjelandssstatsborgere, fastsætter fællesskabsretten ikke analoge rettigheder på opholdsområdet. Domstolens udtalelser, som jeg lige har redegjort for, finder derfor ikke direkte anvendelse, og det er nødvendigt at vende sig mod Menneskerettighedsdomstolens praksis. Det afgørende i denne henseende er arten af den *mennekerettighed*, som beskyttelsen af familien udgør, og det forhold, at denne rettighed netop på indvandrings- og opholdsområdet er anderledes end Fællesskabets statsborgeres grundlæggende rettigheder, idet de sædvanligvis har en mere begrænset rækkevidde.

64. Menneskerettighedsdomstolen har anerkendt, at den gensidige nydelse af andre familiemedlemmers selskab udgør et grundlæggende element af familielivet i henhold til EMRK's artikel 8. De statslige foranstaltninger, der hindrer et liv under samme tag, f.eks. fratagelse af forældremyndighed⁴⁶, kontakt-

43 — Jf. Carpenter-dommen, præmis 42, og Akrich-dommen, præmis 59 (begge nævnt i fodnote 42).

44 — Jf. mit forslag til afgørelse af 10.3.2005, sag C-503/03, Kommissionen mod Spanien, der endnu verserer for Domstolen, punkt 37, med yderligere henvisninger.

45 — Her tænkes navnlig på den ret, der følger af aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

46 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 22.6.1989 i sagen Eriksson mod Sverige (Serie A, nr. 156, præmis 58).

forbud⁴⁷ eller udvisning af familiemedlemmer⁴⁸, udgør et indgreb i denne menneskerettighed. Et sådant indgreb skal være berettiget af en af de grunde, der er opregnet i EMRK's artikel 8, stk. 2.

65. Ifølge Menneskerettighedsdomstolens opfattelse udgør et afslag på familiesammenføring imidlertid i princippet ikke et indgreb i EMRK's artikel 8's forstand, der kræver en begrundelse. På familiesammenføringsområdet fortolker Menneskerettighedsdomstolen ikke EMRK's artikel 8 som en ret til at forsvare en krænket interesse, men som en eventuel hjemmel for en sådan ret.

66. Menneskerettighedsdomstolen afviser navnlig udtrykkeligt af EMRK at udlede en *generel* forpligtelse til familiesammenføring med det ene formål at overholde familiers ønske om et bo i et bestemt land. Menneskerettighedsdomstolen er af den opfattelse, at familiesammenføring både vedrører familielivet og indvandringen. Menneskerettighedsdomstolen har understreget, at rækkevidden af en stats forpligtelse til på sit område at give adgang til indvandrede forældre afhænger af de berørtes situation og den almene interesse. Ifølge et accepteret folkeretligt princip og under forbehold af staternes

traktatmæssige forpligtelser kan disse retmæssigt kontrollere ikke-statsborgeres indrejse på deres territorium. De har i den henseende en meget vid skønsmargin⁴⁹.

67. Menneskerettighedsdomstolen afviste på dette grundlag i tre af de fire sager, hvor den traf afgørelse om realiteten, at anerkende retten til familiesammenføring i værtsmedlemsstaten, bl.a. med den begrundelse, at et fælles familieliv også var muligt i hjemlandet⁵⁰. Efterfølgende afgørelser, hvor sagen er blevet afvist, bekræfter denne retspraksis⁵¹.

68. Sen-dommen viser imidlertid, at den nødvendige afvejning i visse tilfælde kan give børn ret til familiesammenføring. Menneskerettighedsdomstolen fandt i denne dom, at der var hindringer for en tilbagevenden til hjemlandet. Menneskerettighedsdomstolen støttede sig i denne henseende til den omstændighed, at ud over det barn, for hvilket der var ansøgt om familiesammen-

47 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13.7.2000 i sagen Elsholz mod Tyskland (*Recueil des arrêts et décisions* 2000-VIII, præmis 44).

48 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 26.9.1997 i sagen Mehemi mod Frankrig (*Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI, præmis 27).

49 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 28.5.1985 i sagen Abdulaziz, Cabales og Balkandali mod Det Forenede Kongerige (Serie A, nr. 94, præmis 67 ff.), af 19.2.1996 i sagen Gül mod Schweiz (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, præmis 38), af 28.11.1996 i sagen Ahmut mod Nederlandene (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, præmis 63 og 67) og af 21.12.2001 i sagen Sen mod Nederlandene (præmis 31 og 36).

50 — Abdulaziz-dommen, præmis 68, Gül-dommen, præmis 39, Ahmut-dommen, præmis 70 (alle er nævnt i fodnote 49). Abdulaziz-dommen blev afsagt med enstemmighed, mens Gül-dommen blev afsagt med 7 stemmer mod 2 og Ahmut-dommen med 5 stemmer mod 4.

51 — Jf. f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse af 23.3.2003 i sagen I.M. mod Nederlandene, af 13.5.2003 i sagen Chandra mod Nederlandene, af 6.7.2004 i sagen Ramos Andrade mod Nederlandene og af 5.4.2005 i sagen Benamar mod Nederlandene.

føring, havde parret også børn, der var født, opvokset og integreret i værtsstaten⁵². Andre afgørelser om formaliteten lader tro, at andre omstændigheder ligeledes kan give ret til familiesammenføring med familiemedlemmer⁵³. Der kan i denne retning nævnes politiske forfølgelser⁵⁴ eller visse familiemedlemmers særlige medicinske behov, som ikke kunne opfyldes i hjemstaten.

69. Sen-dommen viser navnlig, at det hovedsageligt er de pågældende børns interesser, som en ret til familiesammenføring i værtsmedlemsstaten skal støttes på. Denne tendens genfindes ligeledes i Winata-afgørelsen fra Menneskerettighedskomitéen om anvendelse af artikel 17, 23 og 24 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder⁵⁵. Den samme tendens følger af artikel 3, 9 og 10 i konventionen om barnets rettigheder.

70. I Sen-sagen rejste Menneskerettighedsdomstolen ikke længere særskilt spørgsmålet om begrundelsen for afslaget på familiesam-

menføring. Den synes tværtimod at være at den opfattelse, at i tilfælde af en positiv ret til familiesammenføring er afvejningen i en begrundelse for et afslag allerede konstitutiv i forhold til denne ret⁵⁶.

71. Man skal forholde sig på samme måde i fællesskabsretten. Domstolen har ganske vist allerede udtrykkeligt i Akrich-dommen og Carpenter-dommen understreget behovet for at begrunde afslaget på familiesammenføring, men dette behov er kun den nødvendige følge af, at EF-borgerne har rettigheder med en større rækkevidde⁵⁷. Hvis betingelserne for at kunne gøre en rettighed gældende derimod fastsættes lige så restriktivt som i Menneskerettighedsdomstolens praksis, er der generelt ikke plads til at begrunde et indgreb, der tager form af et afslag. De relevante betragtninger er nemlig allerede en del af vurderingen af spørgsmålet, om der foreligger en sådan ret⁵⁸. I modsætning til Parlamentets opfattelse er det dermed ikke nødvendigt at begrunde afslaget på mindreårige børns ret til indrejse og ophold i overensstemmelse med EMRK's artikel 8, stk. 2.

52 — Sen-dommen, der er nævnt i fodnote 49, præmis 40.

53 — Jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse af 19.10.2004 om formaliteten i sagen Tuquabo-Terkle mod Nederlandene, og af 14.9.2004 i sagen Rodrigues da Silva og Hoogkamer mod Nederlandene.

54 — Det er derfor logisk, at direktivets artikel 10, stk. 1, ligeledes udelukker anvendelsen af artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, i flygtningetilfældet.

55 — Meddelelse nr. 930/2000: Australien af 16.8.2001, CCPR/C/72/D/930/2000; punkt 7.1-7.3 (Jurisprudence) på [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/488b0273fa4febfb.c1256ab7002e5395?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/488b0273fa4febfb.c1256ab7002e5395?Opendocument).

56 — Jf. imidlertid ligeledes dissens fra dommer Martens støttet af dommer Russo i Gül-dommen, der er nævnt i fodnote 49, præmis 6 ff., som ikke rejser tvivl om kvalificeringen af nævnte synspunkt som positivt krav, men ikke desto mindre foretager en klassisk undersøgelse af begrundelsen. Jf. ligeledes den samstemmende dissens fra dommer Thór Vilhjálmsson og Bernhardt i Abdulaziz-dommen, nævnt i fodnote 49, der begrundet opfattelsen med en henvisning til EMRK's artikel 8, stk. 2.

57 — Jf. ovenfor, punkt 61.

58 — Dette er den reelle forskel mellem dissensen fra dommer Martens, der er nævnt i fodnote 56, og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols opfattelse: Dommer Martens anerkender en meget videre ret til familiesammenføring end Menneskerettighedsdomstolen.

72. Det skal *som foreløbigt resultat* fastslås, at ved anvendelse af EMRK's artikel 8 kan beskyttelsen af familielivet undtagelsesvist indebære en ret til familiesammenføring i værtsstaten efter en afvejning af den pågældende persons relevante interesser og den almene interesse.

73. Artikel 19, stk. 6, i den europæiske socialpagt og andre folkeretlige aftaler giver heller ikke mulighed for at fastslå, at der er *videregående* rettigheder på familiesammenføringsområdet i værtsstaten i henhold til menneskerettigheden beskyttelse af familielivet⁵⁹.

74. I den forbindelse tyder mange forhold på, at socialpagtens artikel 19, stk. 6, fastsætter mere rummelige kriterier end EMRK for vandrende arbejderes familiesammenføring i værtsstaten. Det er ikke tilstrækkeligt, i det mindste i forbindelse med afvejningen, at godtgøre muligheden for et familieliv i hjemstaten. Det skal derimod bevises, at objektive hindringer er til hinder for familiesammenføring i værtsstaten. Det er ligeledes relevant i denne sag, at bestemmelserne i socialpagtens artikel 19, stk. 6, sammenholdt med definitionen af beskyttede personer i

bilaget til pagten, er til hinder for, at der fastsættes en aldersgrænse for mindreårige børns indrejse og ophold⁶⁰. Endvidere har Det Europæiske Udvalg for Sociale Rettigheder, der har til opgave at overvåge den praktiske anvendelse af den europæiske socialpagt, i sin afgørelsespraksis kun anerkendt karensperioder på op til et år, men afvist at anerkende karensperioder på tre år eller mere⁶¹. Endelig har Menneskerettighedsdomstolen i sin seneste praksis henvist til socialpagtens bestemmelser og til førnævnte udvalgs afgørelsespraksis ved fortolkningen og anvendelsen af navnlig artikel 8⁶².

75. Menneskerettighedsdomstolen har imidlertid endnu aldrig henvist til socialpagtens artikel 19, stk. 6, og den har navnlig ikke gjort det i sin praksis om familiesammenføring. Denne adfærd er logisk, hvis man

60 — Jf. ovenfor, punkt 21.

61 — *Digest of the Case Law of the ECSR*, udg. marts 2005, s. 84, http://www.coe.int/T/E/Cse/Digest_bil_mars_05.pdf. Jf. ligeledes Conclusions 2004, bind 1, section 89/175 (Estland) og Conclusions XVI-1, bind 2, section 72/257, Nederlandene, der henviser til Conclusions I, s. 211 (sandsynligvis section 363/374, Tyskland), der alle kan findes på internetadressen <http://hudoc.esc.coe.int/esc/search/default.asp>.

62 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 27.7.2004, Sidabras og Dziautas mod Litauen, præmis 47 (erhvervsforbud), af 30.9.2003, Koua Poirrez mod Frankrig, præmis 29 og 39 (ret til sociale ydelser), og af 2.7.2002, Wilson, National Union of Journalists m.fl. mod Det Forenede Kongerige, præmis 40, 32 ff. og 37 (forskelsbehandling af fagforeningsmedlemmer). EF-Domstolen har kun udtalt sig én gang — og negativt — om et ikke-retligt organs afgørelsespraksis, nemlig Menneskerettighedskomitéen, der er oprettet i henhold til den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, i dom af 17.2.1998, sag C-249/96, Grant, Sml. I, s. 621, præmis 46 ff.

59 — Bundesverfassungsgericht har udtalt sig i denne retning for så vidt angår socialpagten, jf. BVerfGE 76, 1 (s. 82), ret til familiesammenføring. Jf. i denne retning den forsigtige hensyntagen til andre af den europæiske socialpagts bestemmelser i dom af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne, Sml. s. 1365, præmis 26-29, af 2.2.1988, sag 24/86, Blaizot mod Université de Liège m.fl., Sml. s. 379, præmis 17, samt generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 28.2.1999 i sag C-67/96, Albany, Sml. 1999 I, s. 5751, punkt 146, og generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 15.6.1988 i sag 236/87, Bergemann, Sml. 1988, s. 5125, punkt 28.

samtidig tager hensyn til den nævnte artikel og socialpagtens afsnit 1, punkt 19, hvorefter de gældende regler på familiesammenføringsområdet kun giver rettigheder til statsborgere fra de kontraherende stater⁶³. Komitéens konstateringer på grundlag af denne bestemmelse kan derfor ikke tjene til generelt at bekræfte, at der gælder et generelt retsprincip om og en grundlæggende ret til familiesammenføring for tredjelandsstatsborgere som i denne sag. Således som det er tilfældet med alle andre fællesskabsregler, der giver EU-statsborgere større garantier, kan artikel 19, stk. 6, i den europæiske socialpagt ikke støtte en videre menneskeret til familiesammenføring end den, der følger af Menneskerettighedsdomstolens praksis.

76. De samme årsager taler mod en hensynstagen til bestemmelserne i den europæiske konvention om vandrende arbejdstageres retsstilling. Denne konvention opstiller også kun rettigheder for traktatstaternes statsborgere. Til forskel fra socialpagtens artikel 19, stk. 6, der var blevet accepteret af alle de stater, der var medlem af Fællesskabet, da

direktivet blev vedtaget, er den europæiske konvention indtil nu kun blevet ratificeret af en del af medlemsstaterne.

77. Den internationale konvention om beskyttelse af vandrende arbejdstageres rettigheder synes derimod at oprette en universel rettighed, men den er endnu ikke blevet ratificeret af nogen medlemsstat. Konvention nr. 143 fra Den internationale Arbejdsorganisation om migranter under misbrugsforhold samt fremme af lige muligheder for og ligebehandling af migrerende arbejdere indeholder slet ikke nogen bindende regel om familiesammenføring, men begrænser sig til at meddele medlemsstaterne, at de har mulighed for at lette denne sammenføring.

78. Selv hvis man tager den europæiske socialpagt og andre internationale konventioner i betragtning, kan man således ikke udlede, at tredjelandsstatsborgerne har ret til sammenføring med deres familie i værtsstaten. Både Rådet og Kommissionen har imidlertid anerkendt, at der undtagelsesvis kan være en sådan ret på grundlag af en vurdering af alle omstændighederne i sagen. Kommissionen har med rette heraf konkluderet, at fællesskabsretten ikke systematisk kan begrænse børns ret til familiesammen-

⁶³ — Det er sandsynligvis ligeledes af denne årsag, at direktivets artikel 3, stk. 4, litra b), fastslår, at i det omfang medlemsstaterne er kontraherende parter til den europæiske socialpagt og/eller den europæiske konvention om vandrende arbejdstageres retsstilling, kan de for så vidt angår vandrende arbejdere, der stammer fra andre medlemsstater, være underlagt bredere forpligtelser på familiesammenføringsområdet end dem, der udelukkende følger af direktivets bestemmelser (og EMRK's artikel 8).

føring, men skal give en tilstrækkelig skønsmargin i sådanne usædvanlige tilfælde⁶⁴.

b) Analyse af de omtvistede bestemmelser

79. De anfægtede bestemmelser skal derfor analyseres for at se, om de giver en tilstrækkelig handlingsmargin for en menneskeretskonform anvendelse, når princippet om beskyttelse af familielivet undtagelsesvis giver ret til familiesammenføring i værtsstaten.

80. I modsætning til den holdning, som Parlamentet delvist har givet udtryk for, er det imidlertid ikke nødvendigt, at disse undtagelser er udtrykkeligt omtalt i de forskellige bestemmelser. Således som Parlamentet faktisk har anerkendt andetsteds, og de andre parter i øvrigt ligeledes har redetgjort for, er fællesskabsbestemmelserne forenelige med de grundlæggende rettigheder, når det er muligt at fortolke dem i overensstemmelse med de krav, der følger af beskyttelsen af grundlæggende rettigheder i Fællesskabets retsorden⁶⁵.

64 — Den østrigske forfatningsdomstol gør en analog opfattelse gældende hvad angår de betingelser, der i østrigsk ret opstilles for de gældende regler på menneskerettighedsområdet, i dom af 8.10.2003 i sag G 199, 120/03-13 (http://vfigh.gv.at/presse/G119_03.pdf, s. 20 ff.).

65 — Dom af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, præmis 19.

81. Den overensstemmende fortolkning binder naturligvis medlemsstaterne ved gennemførelsen af direktiver. De skal sørge for, at de ikke lægger en fortolkning af direktivet til grund, som kommer i konflikt med grundlæggende rettigheder, der beskyttes ved Fællesskabets retsorden, eller med andre generelle fællesskabsretlige principper⁶⁶. Hvad angår det foreliggende direktiv har fællesskabslovgiver udtrykkeligt formuleret dette princip i anden betragtning til direktivet, idet der fastsloges at være vedtaget en retsakt, som er i overensstemmelse med menneskerettigheden beskyttelse af familielivet.

82. I modsætning til den opfattelse, som Parlamentet har givet udtryk for i visse afsnit i sine indlæg, er det væsentlige i denne sag ikke, hvilke regler medlemsstaterne i givet fald tilsigter at vedtage for fuldt ud at udnytte den handlingsmargin, de har fået med de omtvistede bestemmelser, men hvilke af medlemsstaternes nationale regler, der er lovlige under hensyn til en fortolkning af disse bestemmelser, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

Direktivets artikel 4, stk. 1, sidste punktum

83. Direktivets artikel 4, stk. 1, sidste punktum, bestemmer, at når et barn er fyldt 12 år

66 — Dom af 6.11.2003, sag C-101/01, Lindqvist, Sml. I, s. 12971, præmis 87, jf. ligeledes dom af 26.4.2005, sag C-376/02, Stichting »Goed Wonen«, Sml. I, s. 3445, præmis 32.

og ankommer uafhængigt af den øvrige familie, kan medlemsstaten, inden den tillader barnets indrejse og ophold i henhold til direktivet, undersøge, om barnet opfylder et kriterium om integration. Denne regel er forenelig med beskyttelsen af familien, idet kriteriet om integration tillader familiesammenføring i det omfang, sammenføringen gør sig gældende efter, at der er foretaget en tilbundsgående analyse af omstændighederne i hver konkret sag, således som det kræves ved EMRK.

84. Parlamentet finder denne mulighed udelukket, idet kriteriet om integration ikke giver nogen handlingsmargin for at tage familiens interesser i betragtning⁶⁷. Opfattelsen er imidlertid forkert. Kriterierne om integration angiver, i hvilket omfang en indvandrer er integreret eller kan være integreret i værtsmedlemsstaten. Der er i denne henseende tale om værtsstatens interesser i at integrere indvandrere i samfundet, men ligeledes den vandrende arbejdstagers interesse i ikke at leve isoleret. Familien kan spille en rolle ud fra disse to synspunkter, navnlig når mange af familiemedlemmerne, der allerede er godt integreret, lever i værtsstaten.

85. Kriteriet om integration giver navnlig mulighed for at tage hensyn til den ret til

familiesammenføring, der findes i undtagelsestilfælde. Medlemsstaterne skal nemlig præcisere begrebet bag kriteriet om integration for at kunne anvende kriteriet. De kan ikke gøre det vilkårligt, men skal tage hensyn til de krav, der følger af menneskerettigheder på familiesammenføringsområdet.

86. I øvrigt svarer en tilstrækkeligt vid definition af kriteriet om integration ligeledes til ordningen i direktivet, der tilsigter at tage hensyn til familiens, navnlig børnenes, interesser, når de nødvendige afgørelser træffes. Ifølge direktivets artikel 17 tager medlemsstaterne, hvis der gives afslag på opholdstilladelse, opholdstilladelsen inddrages eller ikke fornyes, eller hvis der træffes afgørelse om udsendelse af referencepersonen eller dennes familiemedlemmer, behørigt hensyn til arten og holdbarheden af vedkommendes familiemæssige tilknytning og til, hvor længe vedkommende har opholdt sig i medlemsstaten, samt til, om der er familiemæssig, kulturel eller social tilknytning til hjemlandet. Medlemsstaterne sikrer endvidere i overensstemmelse med direktivets artikel 5, stk. 5, at der ved behandlingen af ansøgningen om familiesammenføring tages behørigt hensyn til mindreårige børns tarv. I tvivlstilfælde skal de retlige begreber, som findes i direktivet, dermed fortolkes således, at deres iværksættelse giver en passende handlingsmargin, der er i overensstemmelse med de nævnte bestemmelser.

87. Formålene med direktivets artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, hindrer ikke en sådan

67 — Kritikken i den årlige rapport fra 2003 fra EU's uafhængige netværk af menneskerettighedseksperter, der er oprettet af Kommissionen, og som Parlamentet har omtalt, går i samme retning. http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/report_eu_2003_en.pdf, s. 53.

fortolkning. Kriteriet om integration skal i overensstemmelse med 12. betragtning til direktivet afspejle børnenes evne til at blive integreret i en ung alder og at sikre, at de får den nødvendige uddannelse og sprogfærdighed i skolen. Det udelukker imidlertid ikke, at dette kriterium om integration i visse tilfælde ligeledes kan være opfyldt på et andet grundlag.

at ansøgninger om familiesammenføring for mindreårige børn skal indgives, inden børnene fylder femten, hvis deres lovgivning på datoen for gennemførelsen af direktivet foreskriver dette. Såfremt ansøgningen indgives efter det fyldte 15. år, tillader medlemsstaterne indrejse og ophold for sådanne børn af andre grunde end familiesammenføring⁶⁸.

88. Begrebet bag kriteriet om integration giver derfor ligeledes mulighed for at tage hensyn til de særtilfælde, hvor et barn på mere end 12 år undtagelsesvis har ret til indrejse og ophold i forbindelse med en familiesammenføring. De nationale gennemførelsesforanstaltninger er kun forenelige med fællesskabsretten, hvis de ligeledes fastsætter en sådan mulighed.

91. I modsætning til Parlamentets opfattelse finder Rådet, at det er muligt at fortolke denne regel i overensstemmelse med fællesskabsretten. Artikel 4, stk. 6, vedrører ligesom artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, en familiesammenføring, der sker så tidligt som muligt for at fremme børnenes integration i værtsmedlemsstaten. Aldersgrænsen er fastsat i henhold til skolegangen, som anses for at fremme integrationen.

89. Således fortolket overholder direktivets artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, den grundlæggende ret til beskyttelse af familien. Parlamentets påstand kan derfor ikke tages til følge.

92. Endvidere har Rådet ligeledes gjort gældende, at børnene kan leve med deres familier selv efter, at de er fyldt 15 år, eftersom de medlemsstater, der anvender denne regel, i overensstemmelse med artikel 4, stk. 6, tillader indrejse og ophold for disse børn af andre grunde end familiesammenføring. Ifølge Rådet udelukker denne artikels ordlyd enhver handlingsmargin for

Direktivets artikel 4, stk. 6

90. Ifølge direktivets artikel 4, stk. 6, kan medlemsstaterne som en undtagelse kræve,

68 — Ifølge Rådet er det alene østrigsk ret, der indeholder en tilsvarende aldersgrænse.

medlemsstaternes kompetente tjenester, når de tillader familiesammenføring af andre grunde. Der skal tages hensyn til alle andre grunde, hvorfor man kan forvente, at hovedparten af disse ansøgninger tillades.

staterne at give mulighed for, at mindreårige over 15 år kan forenes med deres familie, når reglerne om beskyttelse af menneskerettigheder kræver, at medlemsstaterne fastsætter en mulighed for familiesammenføring.

93. Parlamentet har selv anerkendt, at de »andre grunde« ligeledes omfatter betragtninger af humanitær art. Således som Kommissionen med rette har understreget, skal disse grunde omfatte — ikke kun de typiske tilfælde med flygtninge fra krig (og borgerkrig) — men ligeledes ret til familiesammenføring, der støttes på menneskerettigheder. Denne form for opholdstilladelse findes sandsynligvis i hovedparten af medlemsstaterne, for ikke at sige i dem alle. Disse rettigheder er imidlertid ikke garanteret i fællesskabsretten. Man kan derfor forestille sig, at forskellige medlemsstater ikke anerkender denne mulighed i deres indvandringslovgivning, og at de således ikke har de »andre grunde«, der tillader indrejse og ophold for ældre børn, som kræves i de gældende regler for beskyttelse af menneskerettigheder. Det er måske årsagen til, at Rådet i modsætning til Kommissionen har undgået at bekræfte, at der findes en sådan ret.

94. Det er imidlertid også muligt at fortolke direktivets artikel 4, stk. 6, på en måde, der er i overensstemmelse med menneskerettighederne. Andet punktum kan nemlig ved fortolkning udvides til at pålægge medlems-

95. Ligesom den ovenfor foreslåede fortolkning af direktivets artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, bidrager fortolkningen af artikel 4, stk. 6, til anvendelsen af artikel 5, stk. 5, og artikel 17⁶⁹.

96. Artikel 4, stk. 6, kan således også fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten. Parlamentet kan derfor heller ikke få medhold i dette anbringende.

Direktivets artikel 8

97. Direktivets artikel 8, stk. 1, giver medlemsstaterne mulighed for at fastsætte en frist på to år, inden sammenføring med familiemedlemmer kan finde sted. Stk. 2 tillader endog en karenperiode på tre år efter indgivelsen af ansøgningen om familiesammenføring, når den gældende lovgivning

69 — Jf. ovenfor, punkt 86.

i den pågældende medlemsstat på datoen for gennemførelsen af direktivet tager hensyn til statens modtagelsesevne.

98. Rådet har gjort gældende, at karenperioder udgør et almindeligt anvendt instrument i forbindelse med indvandringspolitikken. Det må med Rådet indrømmes, at karenperioder kan være lovlige i næsten alle tilfælde af familiesammenføring. Retten til familiesammenføring i værtsstaten er imidlertid netop kendetegnet ved, at den opstår i undtagelsestilfælde på grund af specifikke omstændigheder. Sådanne omstændigheder kan ligeledes have den følge, at en yderligere karenperiode ikke længere er acceptabel⁷⁰. Det skal derfor efterprøves, om direktivets artikel 8 tager tilstrækkeligt hensyn til et sådant tilfælde.

99. Parlamentet har således udelukket det, mens navnlig Kommissionen er fremkommet med meget detaljerede forslag til en overensstemmende fortolkning. Det skal i denne henseende for det første fastslås, at reglerne om karenperioder — til forskel fra de regler om aldersgrænser, der allerede er analyseret ovenfor — ikke indeholder noget element, som gør det muligt at tage hensyn til kravene til familiesammenføringer på menneskerettighedsområdet.

100. Anvendelsen af upræcise retlige begreber, nemlig »kan« (dürfen) (stk. 1) og »kan« (kann) (stk. 2), gør det muligt at forestille sig en fortolkning, der er i overensstemmelse med menneskerettighederne, af de valgmuligheder, som direktivet giver medlemsstaternes myndigheder.

101. Dette rejser spørgsmålet, om det er tilstrækkeligt, at fællesskabsretten giver de nationale lovgivere en handlingsmargin, som gør det muligt for dem på eget initiativ at foretage den individuelle undersøgelse, der kræves på menneskerettighedsområdet, eller om de tilsvarende fællesskabsbestemmelser ordlyd i det mindste skal indeholde et referencepunkt for en sådan undersøgelse. Betragtninger om fællesskabslovgivers, henholdsvis de nationale parlamenters ansvar på området for overholdelse af menneskerettigheder og retssikkerheden er afgørende i denne henseende.

102. Hvis begrebet »kan« fortolkes under hensyn til artikel 63, stk. 2, EF, dvs. under hensyn til et af grundlagene for lovgivningskompetencen, som henviser til internationale forpligtelser, og til anden betragtning til direktivet, hvorefter det overholder de grundlæggende rettigheder og de principper, der anerkendes i bl.a. EMRK's artikel 8 og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder samt generelle fællesskabsretlige principper, betyder det, at med-

⁷⁰ — Jf. dom fra den østrigske Forfatningsdomstol af 8.10.2003, der er nævnt i fodnote 64, afsnit III, punkt 2, litra c).

lemsstaterne kun kan fastsætte karensperioder under hensyntagen til de undtagelsessituationer, der omhandles i EMRK's artikel 8.

at en fortolkning af direktivets artikel 8, der er i overensstemmelse med menneskerettighederne, blot flytter problemerne.

103. En sådan fortolkning af ordet »kan« er ganske vist mulig, men ikke den mest iøjefaldende. Direktivets artikel 8 definerer nemlig for det første ved reguleringen af undtagelserne til den ret til familiesammenføring, der er indført i den afledte ret, de nationale lovgiveres handlingsmargin i forhold til fællesskabslovgivers. Ordet »kan« angiver derfor, at medlemsstaterne i deres forhold til fællesskabslovgiver har ret til at fastsætte karensperioder på op til yderligere to, henholdsvis tre år. Hvis en medlemsstat gennemfører en sådan såkaldt ensidig bestemmelse — uden at overholde forpligtelserne i henhold til menneskerettighederne — betyder det under alle omstændigheder, at den vedtager bestemmelser om karensperioder uden at bruge den mulighed, der kan udledes af Menneskerettighedsdomstolens praksis, for at tage hensyn til særligt vanskelige tilfælde. Den nationale forvaltning er i så fald forpligtet til at anvende de således vedtagne regler. Der er under disse omstændigheder heller ikke nogen margin for anvendelsen af direktivets artikel 5, stk. 5, og artikel 17. Man kan kun undgå tilsidesættelser af menneskerettighederne og de grundlæggende rettigheder i sådanne særligt vanskelige tilfælde ved at give mulighed for domstolsprøvelse — i givet fald ved at anlægge sag ved Domstolen. Det følger heraf,

104. Henvisningen til menneskerettighederne i anden betragtning til direktivet indeholder endda elementer, der støtter en sådan fejlagtig og endimensional fortolkning af direktivet. I stedet for at erindre medlemsstaterne om deres forpligtelser på området for menneskerettigheder og grundlæggende rettigheder, anfører den nævnte betragtning, at direktivet — således som det er formuleret — er forenelig med menneskerettighederne og de grundlæggende rettigheder. Hvis medlemsstaterne henholder sig til lovgivers bedømmelse, har de intet grundlag for at udvikle betragtninger om menneskerettigheder og grundlæggende rettigheder, der ikke fremgår af direktivets tekst.

105. Direktivets artikel 8 er derfor, således som den er formuleret, i det mindste tvetydig. Denne tvetydighed skyldes, at det forhold, at de særligt vanskelige tilfælde ikke tages i betragtning, øger risikoen for tilsidesættelse af de menneskerettigheder, som ikke kun den medlemsstat, der gennemfører artiklen i national ret, skal opfylde, men ligeledes fællesskabslovgiver. Kravene til en effektiv beskyttelse af menneskerettighederne og retssikkerheden medfører derfor, at direktivets artikel 8 er i strid med fællesskabsretten.

3. Ligebehandling

106. Parlamentet har gjort gældende, at sondringerne mellem mindreårige børn på grundlag af alder, mellem børn og ægtefæller og mellem de valgmuligheder, som direktivet giver i forbindelse med dets gennemførelse i national ret i de forskellige medlemsstater, er i strid med ligebehandlingsprincippet.

107. Domstolen har uafhængigt af EMRK's artikel 14, som Parlamentet har påberåbt sig, udviklet et generelt princip om lighed, der i retspraksis også kaldes lighedsprincippet, ligebehandlingsprincippet eller forbuddet mod forskelsbehandling. Dette princip forbyder, at ensartede forhold behandles forskelligt, og at forskellige forhold behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet⁷¹. En forskellig behandling skal under alle omstændigheder stå i et rimeligt forhold til formålet⁷².

108. Artikel 21 i chartret om grundlæggende rettigheder forbyder udtrykkeligt enhver form for forskelsbehandling, navnlig på grundlag af alder. Selv om chartret endnu ikke har bindende virkninger, der kan sammenlignes med den primære ret⁷³, giver det ikke desto mindre som retlig målestok fingerpeg om de grundlæggende rettigheder, der garanteres i Fællesskabets retsorden⁷⁴. Hertil kommer, at ifølge anden betragtning til direktivet skal det være foreneligt med de grundlæggende rettigheder, således som de bl.a. er anerkendt i charteret. Medlemsstaterne opfordres i femte betragtning til direktivet til at gennemføre direktivets bestemmelser uden forskelsbehandling blandt andet på grundlag af alder. Der skal således ved lighedsprincippets anvendelse på direktivet lægges særlig vægt på forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af alder.

109. Alle sondringer, der bygger på alder, udgør imidlertid ikke en forbudt forskels-

71 — Domstolens dom af 20.9.1988, sag 203/86, Spanien mod Rådet, Sml. s. 4563, præmis 25, af 17.7.1997, forenede sager C-248/95 og C-249/95, SAM Schifffahrt og Stapf, Sml. I, s. 4475, præmis 50, af 13.4.2000, sag C-292/97, Karlsson m.fl., Sml. I, s. 2737, præmis 39, af 12.3.2002, forenede sager C-27/00 og C-122/00, Omega Air m.fl., Sml. I, s. 2569, præmis 79, af 9.9.2003, sag C-137/00, Milk Marque og National Farmers' Union, Sml. I, s. 7975, præmis 126, af 9.9.2004, sag C-304/01, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 7655, præmis 31, og af 14.12.2004, sag C-210/03, Swedish Match, Sml. I, s. 11893, præmis 70.

72 — Rettens dom af 23.3.1994, sag T-8/93, Huet, Sml. II, s. 103, præmis 45, af 2.3.2004, sag T-14/03, Di Marzio mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 43, og II, s. 167, præmis 83, og af 15.2.2005, sag T-256/01, Pyres, Sml. Pers. I-A, s. 23, og II, s. 99, præmis 61. Jf. ligeledes om »positiv særbehandling«, Domstolens dom af 6.7.2000, sag C-407/98, Abrahamsson og Anderson, Sml. I, s. 5539, præmis 55, og af 30.9.2004, sag C-319/03, Brihèche, Sml. I, s. 8807, præmis 31.

73 — Retten fremhæver dette i sin dom af 28.10.2004, forenede sager T-219/02 og T-337/02, Lutz Herrera mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 319, og II, s. 1407, præmis 88, og Pyres-dommen, der er nævnt i fodnote 72, præmis 66, i forbindelse med behandling af aldersgrænser uden imidlertid at rejse tvivl om kravene i henhold til lighedsprincippet ved behandling af disse aldersgrænser.

74 — Jf. i denne retning forslag til afgørelse af 8.2.2001 fra generaladvokat Tizzano, sag C-173/99, BECTU, Sml. 2001 I, s. 4481, punkt 28, af 10.7.2001 fra generaladvokat Léger, sag C-353/99 P, Hautala, Sml. 2001 I, s. 9565, punkt 82 og 83, af 20.9.2001 fra generaladvokat Mischo, forenede sager C-20/00 og C-64/00, Booker Aquaculture og Hydro Seafood, Sml. 2003 I, s. 7411, punkt 126, af 29.6.2004 fra generaladvokat Poiares Maduro, sag C-181/03 P, Nardone, Sml. 2005 I, s. 199, punkt 51, og mit forslag til afgørelse af 14.10.2002, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. 2005 I, s. 3565, fodnote 83, samt af 27.1.2005, sag C-186/04, Housieaux, Sml. 2005 I, s. 3299, fodnote 11.

behandling på grundlag af alder. Den vægt, der lægges på den nødvendige beskyttelse af barnet, viser, at alder kan være et objektivt kriterium ved karakteriseringen af forskellige situationer, som ikke skal behandles på samme måde. Aldersgrænser kan derfor være acceptable⁷⁵.

a) Børn over 12 år

110. For så vidt angår direktivets artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, skal det først generelt fastslås, at denne bestemmelse ikke sonderer på grundlag af børnenes alder, men giver mulighed for at pålægge børn over 12 år en yderligere betingelse, nemlig kriteriet om integration, *når de ankommer uafhængigt af den øvrige familie*. Der er således ikke tale om en simpel aldersgrænse, men en anden form for differentiering, hvorved alder kun udgør et af flere kriterier, der finder samtidig anvendelse.

111. Hvis familier ønsker at lade *et eneste* barn over 12 år indrejse, bygger denne beslutning generelt på deres eget valg. De er ikke forpligtet til at underlægge deres børn

kriteriet om integration. Barnet kan nemlig forenes med familien, når det er yngre eller på samme tidspunkt som en af forældrene eller et andet barn.

112. Den forskellige behandling af børn over 12 år, der ankommer uafhængigt af den øvrige familie, og andre børn kan begrundes objektivt. I overensstemmelse med 12. betragtning til direktivet tilsigter artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, at få børnene til at indrejse så tidligt som muligt for at forbedre deres chancer for integration. Denne fremgangsmåde understøttes af medlemsstaternes lovlige formål om at integrere indvandrerne bedst muligt. Det forhold, at det antages, at yngre børn er lettere at integrere, er omfattet af fællesskabslovgivers skønsmargin.

113. Denne forskellige behandling er ligeledes proportional. Det valgte middel begunstiger efter sin art integrationen, eftersom midlet i forbindelse med familiesammenføringer er ufordelagtigt for familier, der lader deres børn vokse op i hjemlandet og først lader dem indrejse senere. Denne regel er ikke ude af proportioner med de forfulgte formål, navnlig hvis man tager hensyn til familiernes muligheder for at lade børnene indrejse, uden at de er underlagt et kriterium om integration.

⁷⁵ — Domstolen har endog antaget, at det forhold, at der ikke var angivet en aldersgrænse — selv om en sådan grænse som hovedregel findes i tjenstemandsvedtægten — udgjorde et grundlag for at annullere en optagelsesprøve, jf. dom af 22.3.1972, sag 78/71, Costacurta mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 63, org.ref.: Rec. s. 163, præmis 9 ff.

114. Hvis der undtagelsesvist er særlige omstændigheder, der hindrer barnets tidligere indrejse eller på samme tidspunkt som de øvrige familiemedlemmer, skal der tages hensyn hertil ved fortolkningen, fastlæggelsen og anvendelsen af kriteriet om integration. I modsat fald ville forskellige situationer uden objektiv begrundelse blive underlagt de samme krav.

115. Direktivets artikel 4, stk. 1, sidste afsnit, er således fortolket derfor forenelig med lighedsprincippet.

b) Børn på 15 år

116. Aldersgrænsen i direktivets artikel 4, stk. 6, er af en anden art end den i artikel 4, stk. 1, sidste punktum. Den vedrører nemlig *alle* familiesammenføringer med børn, der er fyldt 15 år, inden ansøgningen om sammenføring med dem indgives. De familier, som bevidst ikke har kunnet beslutte at lade barnet indrejse, inden det havde nået denne aldersgrænse, er derfor ligeledes berørt, f.eks. familier, som først kan være genstand for sammenføring på dette tidspunkt.

117. Kommissionens argument, nemlig at familierne også i den forbindelse er i stand til at undgå den pågældende risiko ved at indgive ansøgninger om familiesammenføring inden nævnte frist, er ikke overbevisende. Direktivet underlægger nemlig ansøgningerne om familiesammenføring flere krav. Ifølge artikel 3, stk. 1, skal referencepersonen være i besiddelse af en opholdstilladelse med en gyldighedsperiode på mindst et år og have velbegrundede forventninger om at opnå varig opholdstilladelse. Ifølge artikel 7 skal referencepersonen råde over en bolig af en tilstrækkelig størrelse, en sygeforsikring for referencepersonen og hans familiemedlemmer og faste og regelmæssige indtægter. Hvis disse betingelser ikke er opfyldt, kan en ansøgning afvises. De forskellige familier kan derfor ikke generelt frit vælge det tidspunkt, hvor de pågældende børn skal indrejse. Der er således tale om en aldersgrænse, som ikke er gjort relativ ved yderligere kriterier.

118. Værtsmedlemsstatens interesse i integration kan imidlertid også begrunde en forskellig behandling, der bygger på aldersgrænsen. Lovgiver kan nemlig antage, at integrationen af disse ynglinge yderst sandsynligt er meget vanskeligere end af yngre børn.

119. Hertil kommer det forhold, at de pågældende ynglinge efter at være blevet familiesammenført kun lever kort tid hos deres forældre som mindreårige, men kan således på denne måde opnå en opholdstilladelse uden at opfylde de betingelser, der

opstilles for voksne. Selv om de får adgang til værtslandet umiddelbart efter indgivelsen af ansøgningen, er de kun mindreårige i tre år, da myndighedsalderen er atten år. Direktivet giver imidlertid staternes myndigheder ni måneder til at behandle ansøgningerne, hvilken frist i visse tilfælde kan forlænges. Visse unge, som bliver familiesammenført, kan derfor reelt være næsten myndige, når de får adgang til modtagelsesstaten. Det kan således ikke udelukkes, at børn får egen opholdstilladelse ved at have ophold i en medlemsstat som familiemedlem i ganske kort tid — enten fordi medlemsstaten ikke trækker deres opholdstilladelse tilbage, når de opnår myndighedsalderen i overensstemmelse med direktivets artikel 16, stk. 1, litra a), eller fordi Menneskerettighedsdomstolens praksis på området for adskillelse af familier, der bor sammen på værtsmedlemsstatens område, er til hinder for, at deres ophold afsluttes⁷⁶.

tvivl om, at et sådant kriterium er hensigtsmæssigt i forhold til det forfulgte formål.

121. I det omfang sagens særlige omstændigheder imidlertid kræver, at barnet familiesammenføres, er det reglerne om beskyttelse af menneskerettigheder, der finder anvendelse⁷⁷.

122. Sondringen i direktivets artikel 4, stk. 6, fortolket i overensstemmelse med menneskerettighederne er derfor berettiget af objektive hensyn.

c) Sondringen mellem ægtefælle og børn

120. Det må i denne sammenhæng antages, at aldersgrænsen er et hensigtsmæssigt og nødvendigt sonderingskriterium. Hvis man tager hensyn til det forhold, at børn på 15 år sædvanligvis har mindre brug for deres forældre end yngre børn, er der heller ikke

123. Parlamentet har ligeledes kritiseret det forhold, at børn over 12 år skal opfylde et kriterium om integration, mens en ægtefælle ikke skal. Ifølge Parlamentet har mindreårige børn generelt et større behov for beskyttelse end voksne ægtefæller. Rådet har i denne henseende gjort gældende, at bestemmel-

⁷⁶ — Ifølge fast praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan det udgøre en tilsidesættelse af retten til familieliv at udelukke en person fra et land, hvor hans forældre bor, jf. dom af 16.12.2004 i sagen Radovanovic mod Østrig, præmis 30, af 2.8.2001 i sagen Boulif mod Schweiz (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, præmis 39) og af 18.2.1991 i sagen Moustaqim mod Belgien, Serie A nr. 193, s. 18, artikel 36.

⁷⁷ — Jf. ovenfor, punkt 94.

serne tilsigter at anvende yngre børns bedre integrationsevne.

124. Fællesskabslovgiver har imidlertid kunnet antage, at ægtefællers og børns situation ikke er sammenlignelig. F.eks. bygger ægteskab på et fællesskab, der skal vare hele livet. Sondringen mellem ægtefæller og børn er derfor ikke i strid med lighedsprincippet.

kan derimod give medlemsstaterne en handlingsmargin, inden for hvilken de kan træffe foranstaltninger. Traktatens artikel 63, stk. 2, indeholder selv i denne henseende en lovgivningspolitisk forpligtelse⁷⁸. Det forhold, at medlemsstaterne gives et vist spillerum hvad angår de foranstaltninger, der skal træffes, indebærer imidlertid, at de regler, der finder anvendelse i de forskellige medlemsstater, ikke er de samme. Denne situation kan udgøre en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet⁷⁹.

d) Kritikken af valgmulighedernes forvaltning

C — *Sammenfatning*

125. Endelig har Parlamentet set tilsidesættelser af ligebehandlingsprincippet i de forskellige valgmuligheder, som medlemsstaterne har. På grund af regler, der fastsætter valgmuligheder og forskellige tidsfrister for medlemsstaterne, kan sammenlignelige situationer blive behandlet forskelligt i forskellige medlemsstater.

127. Det skal sammenfattende fastslås, at den foreliggende sag ikke kan antages til realitetsbehandling, idet det ikke er muligt særskilt at anfægte de af Parlamentet kritiserede bestemmelser. Hvis Domstolen imidlertid skulle behandle sagens realitet, skal direktivets artikel 4, stk. 6, annulleres, da Parlamentet ikke blev hørt, og direktivets artikel 8 skal annulleres, da den tilsidesætter retten til beskyttelse af familielivet.

126. Parlamentet har imidlertid ikke taget hensyn til det forhold, at Fællesskabet ikke er forpligtet til fuldstændigt at harmonisere retten til familiesammenføring. Fællesskabet

⁷⁸ — Jf. ovenfor, punkt 41.

⁷⁹ — Jf. overensstemmende hermed Domstolens dom af 11.12.2003, sag C-127/00, Hässle, Sml. I, s. 14781, præmis 35 ff.

V — Sagens omkostninger

nedlagt påstand herom. Da den foreliggende sag ikke kan antages til realitetsbehandling, bør Parlamentet pålægges at bære sine egne omkostninger og betale Kommissionens omkostninger.

128. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er

129. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 4, skal Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland, der er interveneret i sagen, bære deres egne omkostninger.

VI — Forslag til afgørelse

130. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- 1) Sagen afvises.
- 2) Europa-Parlamentet betaler Rådet for Den Europæiske Unions omkostninger og bærer sine egne omkostninger.
- 3) Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber bærer deres egne omkostninger.