

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

föredraget den 8 september 2005¹

I — Inledning

1. Europaparlamentet vänder sig med sin talan i detta mål mot artikel 4.1 sista meningen, artikel 4.6 och artikel 8 i rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening² (nedan kallat direktivet). Tvärtemot vad direktivets titel antyder rör det inte familjeåterförening i allmänhet utan rätt till återförening för familjer där ingen familjemedlem är unionsmedborgare.

2. Enligt direktivet har en tredjelandsmedborgare som vistas lagligen inom gemenskapen i princip rätt att som ett led i en familjeåterförening få värdstatens tillstånd till att hans barn flyttar in. De bestämmelser mot vilka talan förs ger medlemsstaterna möjlighet att under vissa förutsättningar begränsa familjeåterföreningen och införa

väntetider, vad gäller barn som har fyllt tolv respektive femton år. Parlamentet anser att dessa bestämmelser är oförenliga med den grundläggande rätten till skydd för familjelivet och principen om likabehandling.

3. Även om parlamentet uppenbarligen inte sätter något stort värde på generaladvokaternas insatser³ fordrar de nya rättsfrågor som uppkommer med förevarande talan ändå ett förslag till avgörande. Frågorna gäller framför allt förutsättningarna för att uppta talan till sakprövning och tillämpningen av de berörda mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EUT L 251, s. 12.

3 — I Europaparlamentets beslut i anledning av iakttagelserna i beslutet om beviljande av ansvarsfrihet för genomförandet av Europeiska unionens allmänna budget för budgetåret 2003, Avsnitt IV — Domstolen (C6-0017/2005 — 2004/2043(DEC)) av den 12 april 2005, Dokument P6_TA-PROV(2005)0095, Rapport A6-0066/2005, ännu ej offentliggjord i EUT, välkomnar parlamentet att antalet förslag till avgöranden av generaladvokaterna har minskat.

II — Tillämpliga bestämmelser

melser som är förenliga med detta fördrag och internationella avtal.”

A — *Gemenskapsrätten*

4. Rådet har antagit direktivet med beaktande särskilt av artikel 63 första stycket punkt 3 i fördraget, enligt vilken rådet enhälligt skall besluta om åtgärder som avser invandringspolitiken inom följande områden:

a) Villkor för inresa och bosättning, normer för medlemsstaternas förfaranden för att utfärda visering för längre tid och uppehållstillstånd, inbegripet sådana som avser familjeåterförening.

b) ...”

6. I skäl 2 i direktivet betonas uttryckligen skyddet för familjen enligt internationella avtal och i synnerhet de grundläggande rättigheterna:

”Åtgärderna avseende familjeåterförening bör antas i överensstämmelse med den skyldighet att skydda familjen och att respektera familjelivet som har stadfäst i en rad folkrättsliga instrument. Detta direktiv respekterar de grundläggande rättigheter och iakttar de principer som erkänns särskilt i artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.”

5. Även artikel 63 andra stycket i fördraget är av intresse. Bestämmelsen har följande lydelse:

”Åtgärder som rådet beslutar enligt punkterna 3 och 4 skall inte hindra någon medlemsstat från att på de berörda områdena behålla eller införa nationella bestämmelser

7. Här skall erinras om att det i artikel 7 i stadgan om de grundläggande rättigheterna (artikel II-67 i Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa) angående respekt för privat- och familjelivet föreskrivs att var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sin bostad och sin korrespondens.

8. Skäl 5 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna bör sätta i kraft bestämmelserna i detta direktiv utan diskriminering med avseende på kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska egenskaper, språk, religion eller övertygelse, politiska eller andra åsikter, tillhörighet till en nationell minoritet, förmögenhet, födelseort, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.”

9. Med detta påminner gemenskapslagstiftaren om det särskilda förbudet mot diskriminering i artikel 21 i stadgan om de grundläggande rättigheterna (artikel II-81 i Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa).

10. Enligt artikel 3.4 b skall direktivet inte påverka tillämpningen av mer förmånliga bestämmelser i Europeiska sociala stadgan av den 18 oktober 1961⁴, den reviderade Europeiska sociala stadgan av den 3 maj 1996⁵ och den europeiska konventionen om migrerande arbetstagares rättsställning av den 24 november 1977⁶.

4 — *European Treaty Series*

5 — *European Treaty Series*

6 — *European Treaty Series*

11. Artikel 4.1 i direktivet innehåller en principbestämmelse om att medlemsstaterna skall tillåta inresa och vistelse för make/maka och barn. Enligt sista stycket får dock medlemsstaterna när ett barn är över tolv år ställa upp ytterligare villkor för återföreningen:

”När ett barn är över tolv år och anländer på egen hand utan resten av sin familj, får medlemsstaterna med avvikelse från ovanstående, innan de ger barnet tillstånd till inresa och vistelse enligt detta direktiv, pröva om barnet uppfyller kriteriet för integrering, om deras lagstiftning vid den tidpunkt då detta direktiv genomförs föreskriver en sådan prövning.”

12. Skäl 12, som rör samma fråga, har följande lydelse:

”Möjligheten att begränsa rätten till familjeåterförening för barn över tolv års ålder, vars primära bostad är en annan än referenspersonens, är avsedd att avspegla barnens förmåga till integrering i tidig ålder och skall garantera att de förvärvar den utbildning och de språkkunskaper som krävs i skolan.”

13. Enligt artikel 4.6 i direktivet gäller inte rätten till återförening om ansökan om familjeåterförening för ett barn lämnas in efter det att barnet har fyllt femton år:

”Med avvikelse från ovanstående får medlemsstaterna begära att ansökningar om familjeåterförening för underåriga barn skall lämnas innan barnet har fyllt femton år, så som föreskrivs i deras gällande lagstiftning vid datumet för genomförandet av detta direktiv. Om ansökan lämnas in efter det att barnet har fyllt femton år, skall de medlemsstater som beslutar att tillämpa detta undantag tillåta inresa och vistelse för sådana barn av andra skäl än familjeåterförening.”

14. Enligt artikel 8 i direktivet är det tillåtet att införa väntetider:

”Medlemsstaterna får kräva att referenspersonen skall ha vistats lagligen på deras territorium under en period som inte får överstiga två år innan han eller hon kan återförenas med sina familjemedlemmar.

Om en medlemsstats gällande lagstiftning på området för familjeåterförening vid den

tidpunkt då direktivet antas beaktar medlemsstatens mottagningskapacitet, får medlemsstaten med avvikelse från första stycket införa en väntetid på högst tre år mellan inlämnandet av en ansökan om familjeåterförening och utfärdandet av uppehållstillstånd för familjemedlemmarna.”

15. Direktivet innehåller olika bestämmelser om att hänsyn skall tas till omständigheterna i det enskilda fallet.

16. Enligt artikel 5.5 i direktivet skall barnets bästa beaktas:

”Vid prövningen av ansökan skall medlemsstaterna ta vederbörlig hänsyn till att underåriga barns bästa skall komma i främsta rummet.”

Kommissionens förslag⁷ utgick i fråga om denna bestämmelse fortfarande uttryckligen från konventionen om barns rättigheter⁸.

7 — KOM(2002) 225, s. 19.

8 — Öppnad för undertecknande den 20 november 1989 (Förenta nationernas fördragssamling, volym 1577, s. 43). Alla medlemsstater har ratificerat denna konvention. I artikel I-3.3 tredje stycket i Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa föreskrivs dessutom uttryckligen att unionen skyddar barnets rättigheter, vilka dessutom enligt artikel 24 i stadgan om de grundläggande rättigheterna (artikel II-84 i Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa) har karaktären av grundläggande rättigheter.

17. Artikel 17 gäller för alla potentiellt berörda personer:

”Om en ansökan om familjeåterförening avslås, om ett uppehållstillstånd återkallas eller inte förnyas, eller om det beslutats att referenspersonen eller dennes familjemedlemmar skall utvisas, skall medlemsstaterna ta vederbörlig hänsyn till arten och stabiliteten av den berörda personens familjeband och varaktigheten av vistelsen i medlemsstaten samt förekomsten av familjemässig, kulturell eller social anknytning till ursprungslandet.”

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

19. I artikel 14 i EKMR föreskrivs ett förbud mot diskriminering:

B — *Folkkrätten*

1. Europeiska konventioner

18. Den grundläggande rätten till skydd för familjelivet framgår framför allt av artikel 8 i Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad EKMR):

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

”Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till en nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.”

20. Bestämmelser om familjeåterförening finns även i Europeiska sociala stadgan.⁹ Enligt del I punkt 19 har migrerande arbetstagare som är medborgare i en fördragsslutande stat och deras familjer rätt till skydd och bistånd inom en annan parts

⁹ — Se ovan fotnot 4.

territorium. I artikel 19 konkretiseras detta när det gäller familjeåterförening på följande sätt:

”För att trygga migrerande arbetstagares och deras familjers rätt till skydd och hjälp inom annan parts territorium, åtar sig parterna

1.–5. ...

6. att i möjligaste mån underlätta för en utländsk arbetstagare att återförenas med sin familj om denne själv har tillstånd att bosätta sig i det mottagande landet,

7.–10. ...”¹⁰

10 — Enligt konventionssekretariatet — <http://conventions.coe.int>, besökt den 14 april 2005 — har denna bestämmelse erkänts av Österrike, Belgien, Portugal, Estland, Frankrike, Irland, Italien, Luxemburg, Slovenien, Spanien, Tyskland, Grekland, Finland, Nederländerna, Polen, Sverige, Förenade kungariket och Cypern, men inte av Lettland, Malta, Slovakien, Republiken Tjeckien och Ungern. Danmark tycks vid sin ratificering av den reviderade stadgan år 1996 ha godtagit artikel 19.6. Litauen har vid sin ratificering av den reviderade stadgan inte godtagit artikel 19.6 som bindande.

21. Enligt den bilaga som enligt artikel 38 skall utgöra en integrerande del av stadgan skall uttrycket ”utländsk arbetstagares familj” vid tillämpningen av denna bestämmelse anses inbegripa åtminstone hans hustru och barn under 21 år för vilka han har vårdnaden. I den reviderade europeiska sociala stadgan av den 3 maj 1996,¹¹ i vilken artikel 19.6 har bibehållits med samma lydelse, fick bilagan på denna punkt en ny lydelse. Vid tillämpningen av artikel 19.6 skall uttrycket ”utländsk arbetstagares familj” anses innefatta åtminstone arbetstagarens make/maka och ogifta barn så länge dessa anses vara minderåriga i den mottagande staten och är ekonomiskt beroende av den migrerande arbetstagaren.

22. Europarådet har även för undertecknande öppnat den europeiska konventionen om migrerande arbetstagares rättsställning¹². Familjeåterförening regleras i artikel 12. Punkt 1 har följande lydelse:

”Make eller maka till migrerande arbetstagare, vilken lagenligt innehar anställning inom fördragsslutande stats territorium, liksom hans eller hennes ogifta barn, som är beroende av den migrerande arbetstagaren,

11 — Se ovan fotnot 5.

12 — Se ovan fotnot 6. Konventionen har hittills ratificerats av åtta stater, däribland Spanien, Frankrike, Italien, Nederländerna, Portugal och Sverige.

skall så länge som de av relevanta lagbestämmelser i värdstaten betraktas såsom minderåriga äga rätt att förena sig med den migrerande arbetstagaren inom en fördragsslutande stats territorium, på villkor som i denna konvention gäller för den migrerande arbetstagarens tillträde och i enlighet med det i sådana lagbestämmelser eller i internationella överenskommelser föreskrivna förfarandet avseende tillträde. Det sagda gäller under förutsättning att den migrerande arbetstagaren för sin familj disponerar en bostad som kan betraktas såsom normal för de inhemska arbetstagarna i den del av landet där han är anställd. Varje fördragsslutande part kan göra beviljandet av ovan åsyftade rätt beroende av en väntetid på högst tolv månader.”

23. Enligt definitionen i artikel 1 kan endast medborgare i en fördragsslutande stat vara migrerande arbetstagare i den mening som avses i konventionen.

2. Världsomfattande konventioner

24. Den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter av den 19 december 1966¹³ innehåller i artikel 17 följande med artikel 8 i EKMR jämförbara garanti:

¹³ — Förenta nationernas fördragssamling, band 999, s. 171.

”1. Ingen må utsättas för godtyckliga eller olagliga ingripanden i sitt privat- och familjeliv, sitt hem eller sin korrespondens, ej heller för olagliga angrepp på sin heder och sitt anseende.

2. Envar har rätt till lagens skydd mot sådana ingripanden eller angrepp.”

25. Vidare fastslås följande i artikel 23.1 i konventionen:

”Familjen är samhällets naturliga och grundläggande enhet och är berättigad till samhällets och statens skydd.”

26. Jag skall också hänvisa till artikel 24.1 i konventionen:

”Varje barn skall utan åtskillnad på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, nationell eller social härkomst, förmögenhet eller börd äga rätt till sådant skydd av sin familj, samhället och staten, som dess ställning som minderårig kräver.”

27. Konventionen om barnets rättigheter¹⁴ innehåller också bestämmelser angående familjeåterförening. I artikel 9.1 fastslås den grundläggande principen att ett barn inte får skiljas från sina föräldrar mot deras vilja. Med detta som grund föreskrivs följande i artikel 10.1 första meningen:

”I enlighet med konventionsstaternas förpliktelse under artikel 9, punkt 1, skall ansökningar från ett barn eller dess föräldrar om att resa in i eller lämna en konventionsstat för familjeåterförening behandlas på ett positivt, humant och snabbt sätt av konventionsstaterna.”

28. Även det allmänna kravet enligt artikel 3.1 är av betydelse:

”Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.”

29. Förenta nationerna har i likhet med Europarådet öppnat en internationell konvention om skydd för migrerande arbetstagare och deras familjemedlemmar¹⁵ för undertecknande. Enligt artikel 44.2 skall de fördragsslutande staterna inom ramen för sin kompetens vidta alla lämpliga åtgärder för att underlätta familjeåterförening med make/maka och underåriga barn. Hittills har ingen av gemenskapens medlemsstater ratificerat denna konvention.

30. Slutligen skall också nämnas artikel 13 i Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 143 av den 24 juni 1975 om migrationsmissbruk och främjande av lika möjligheter för och likabehandling av migrerande arbetstagare¹⁶. Den lyder som följer:

”1. Varje fördragsslutande stat får vidta alla nödvändiga åtgärder som faller under dess behörighet och samarbeta med andra fördragsslutande stater i syfte att underlätta familjeåterförening för migrerande arbetstagare som lagligen vistas på dess territorium.

15 — New York, den 18 december 1990, Förenta nationernas fördragssamling, band 2220, s. I-39481.

16 — Ratificerad av 18 stater, däribland Cypern, Italien, Portugal, Slovenien och Sverige.

14 — Se ovan fotnot 8.

2. Med migrerande arbetstagares familj avses i denna artikel arbetstagarens make/maka, underhållsberättigade barn, fader och moder.”

— förplikta Europaparlamentet att ersätta rättegångskostnaderna.

33. Förbundsrepubliken Tyskland och kommissionen har intervenerat till stöd för rådets yrkanden.

III — Yrkanden

31. Europaparlamentet har yrkat att domstolen skall

IV — Bedömning

A — Upptagande till sakprövning

— ogiltigförklara artikel 4.1 sista stycket, artikel 4.6 och artikel 8 i rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening enligt artikel 230 EG, och

1. Huruvida det föreligger en rättsakt mot vilken talan kan föras

— förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

32. Rådet har yrkat att domstolen skall

34. Det är endast möjligt att väcka talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG mot rättsakter och inte mot handlingar som saknar rättsligt bindande verkan.¹⁷ Direktivets rättsligt bindande verkan kan ifrågasättas på grund av artikel 63 andra stycket i fördraget. Enligt den bestämmelsen skall åtgärder ”som rådet beslutar enligt punkterna 3 och 4” i artikel 63 (som exempelvis direktivet) ”inte hindra någon medlemsstat från att på de berörda områdena behålla eller införa nationella bestämmelser som är förenliga med detta fördrag och internationella avtal”.

— avvisa talan om ogiltigförklaring av artikel 4.1 sista stycket, artikel 4.6 och artikel 8 i rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003, och

17 — Jämför mitt förslag till avgörande av den 16 juni 2005 i de förenade målen C-138/03, C-324/03 och C-431/03, Italien mot kommissionen (målet anhängigt vid domstolen), punkt 45 med vidare hänvisningar.

35. Artikel 63 andra stycket har delvis setts som ett bemyndigande att behålla eller införa mera långtgående skyddsåtgärder på samma sätt som föreskrivs i artiklarna 95.5, 137.5, 153.3 och 176 EG.¹⁸ Den tolkningen är dock inte övertygande, eftersom det i artikel 63 andra stycket EG till skillnad från i de nämnda klausulerna inte ställs upp något mål med de mera långtgående skyddsåtgärderna. Om medlemsstaterna emellertid har frihet att själva välja vilka mål som åsyftas med de andra åtgärderna utgör gemenskapslagstiftningen inte någon för medlemsstaterna bindande minimistandard. En minimistandard kännetecknas emellertid av att det är möjligt att införa mera långtgående skyddsåtgärder¹⁹ till skillnad mot när det helt saknas bindande verkan.

36. Strikt efter ordalydelsen skulle av artikel 63 andra stycket i fördraget följa att den sekundärrätt som avses i de båda nämnda punkterna, det vill säga särskilt det aktuella direktivet, på nationell nivå inte har någon verkan eller företräde vid tillämpningen om nationell rätt innehåller andra bestämmelser.²⁰ Om man konsekvent för tanken vidare skulle till och med avsaknaden av lagstift-

ning, det vill säga den situationen att direktivet inte genomförts, vara tillåten eftersom även detta kan sägas innebära att det finns "andra" bestämmelser. Enligt en sådan uppfattning reduceras åtgärder enligt artikel 63 första stycket punkterna 3 och 4 i fördraget när det gäller rättsverkningarna till rekommendationer.²¹

18 — Fungueiriño-Lorenzo, *Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag*, sidan 81 och följande sidor. För ett liknande resonemang, se Röben, i: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, maj 1999, artikel 63 i EG-fördraget, punkt 43.

19 — Jämför i fråga om artikel 176 EG dom av den 22 juni 2000 i mål C-318/98, Fornasar med flera (REG 2000, s. I-4785), punkt 46, och av den 14 april 2005 i mål C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe (REG 2005, s. I-2753), punkt 27 och följande punkter.

20 — Se exempelvis Weiß, i: Streinz, *EU/EGV*, 2003, artikel 63 i EG-fördraget, punkt 68, och Brechmann, i: Callies/Ruffert, *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2 uppl., 2002, artikel 63 i EG-fördraget, punkt 42.

21 — En sådan påtaglig inskränkning av den rättsligt bindande verkan skulle inte vara begränsad till det aktuella direktivet, utan även till åtminstone följande rättsakter som utfärdats uteslutande på grundval av artikel 63 första stycket punkterna 3 och 4 EG: Rådets direktiv 2004/114/EG av den 13 december 2004 om villkoren för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för studier, elevutbyte, oavlönad yrkesutbildning eller volontärarbete (EUT L 375, s. 12), rådets beslut 2004/573/EG av den 29 april 2004 om organisationen av gemensamma flygningar för återsändande från två eller flera medlemsstaters territorium av tredjelandsmedborgare vilka omfattas av enskilda beslut om återsändande (EUT L 261, s. 28), rådets direktiv 2004/81/EG av den 29 april 2004 om uppehållstillstånd till tredjelandsmedborgare som har fallit offer för människohandel eller som har fått hjälp till olaglig invandring och vilka samarbetar med de behöriga myndigheterna (EUT L 261, s. 19), rådets beslut 2004/191/EG av den 23 februari 2004 om fastställande av kriterier och närmare föreskrifter för ersättning för finansiella obalanser som uppstår till följd av tillämpningen av direktiv 2001/40/EG om ömsesidigt erkännande av beslut om avvisning eller utvisning av medborgare i tredje land (EGT L 60, s. 55), rådets direktiv 2003/110/EG av den 25 november 2003 om bistånd vid transitering i samband med återsändande med flyg (EUT L 321, s. 26), rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning (EGT L 16, s. 44), rådets förordning (EG) nr 859/2003 av den 14 maj 2003 om utvidgning av bestämmelserna i förordning (EEG) nr 1408/71 och förordning (EEG) nr 574/72 till att gälla de medborgare i tredje land som enbart på grund av sitt medborgarskap inte omfattas av dessa bestämmelser (EGT L 124, s. 1), rådets förordning (EG) nr 1030/2002 av den 13 juni 2002 om en enhetlig utformning av uppehållstillstånd för medborgare i tredjeland (EGT L 157, s. 1) och rådets direktiv 2001/40/EG av den 28 maj 2001 om ömsesidigt erkännande av beslut om avvisning eller utvisning av medborgare i tredje land (EGT L 149, s. 34).

37. En sådan tolkning torde ligga i linje med vissa medlemsstaters motiv för att vilja införa den berörda bestämmelsen. Ursprungligen var nämligen inte alla medlemsstater införsådda med att det genom EG-fördraget överfördes befogenheter på invandringspolitikens område.²²

instrument för att bland annat reglera frågor om invandringspolitik.

38. Den angivna tolkningen av artikel 63 andra stycket i fördraget som ett förbehåll för medlemsstaterna skulle under alla förhållanden innebära att den *samtidigt* med bestämmelsens tillkomst genomförda överföringen av lagstiftningskompetensen i artikel 63 första stycket punkterna 3 och 4 i EG-fördraget skulle få orimliga följder och förta dess effekt. Denna nya lagstiftningskompetens har inte som mål att det skall utfärdas rekommendationer. Det hade inte krävts något rättsligt stöd för det i EG-fördraget, eftersom redan artiklarna K1 och K3 i Fördraget om Europeiska unionen i den tidigare gällande lydelsen enligt Maastricht-fördraget innehöll en sådan till och med potentiellt mer långtgående kompetens²³. Tanken med att införa kompetensen enligt artikel 63 första stycket punkterna 3 och 4 var därför att ge gemenskapsrätten ett

39. Artikel 63 i fördraget innehåller alltså motstridiga regler²⁴ vilkas effekt endast kan säkerställas genom att man vid tolkningen försöker uppnå en lämplig överensstämmelse eller, som tyska Bundesverfassungsgericht (författningsdomstolen) har uttryckt saken, praktisk konkordans.²⁵ Andra stycket kan följaktligen inte förstås på det sättet att det upphäver den rättsligt bindande verkan av åtgärder som har beslutats på grundval av punkterna 3 och 4. Hänvisningen till att nationella bestämmelser skall vara förenliga med fördraget skall i stället — liksom i gemenskapsrätten i övrigt — förstås så, att nationella bestämmelser skall vara förenliga med sekundärrätten, inklusive åtgärder som vidtas med stöd av punkterna 3 och 4.²⁶

22 — Se det irländska ordförandeskapets dokument "Europeiska unionen i dag och i morgon", CONF/2500/96 av den 5 december 1996, del A, avsnitt 1, kapitel 2. Det dåvarande förslaget till ändringar i fördraget innehöll visserligen lagstiftningskompetens men ingen klausul som var jämförbar med andra stycket.

23 — Medlemsstaterna kunde inom ramen för det dåvarande unionsfördraget vid sidan av gemensamma ståndpunkter och gemensamma åtgärder även utarbeta rättsligt bindande konventioner.

24 — Redan detta tolkningsproblem talar för den i artikel III-267 i Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa valda vägen att avstå från en bestämmelse jämförbar med artikel 63 andra stycket EG.

25 — Jämför Bundesverfassungsgerichts dom av den 16 maj 1995 i mål 1 BvR 1087/91 (Kruzifix, BVerfGE 93, s. 1, på s. 21 med vidare hänvisningar).

26 — Se till exempel Hallbrunner, *European Immigration and Asylum Law under the Treaty*, *Common Market Law Review*

40. För en sådan tolkning talar också den omständigheten att lagstiftningskompetensen enligt artikel 63 EG första stycket punkterna 3 och 4 endast kan utövas med enhällighet.²⁷ Medlemsstaterna kan därför ta tillvara sina intressen tillräckligt under lagstiftningsförfarandet. Om en medlemsstat skulle först lämna sitt bifall till att en rättsakt utfärdades med stöd av denna rättsliga grund men därefter bibehålla eller införa motstridiga nationella bestämmelser, skulle detta för övrigt vara oförenligt med förbudet att handla i strid med egna tidigare handlingar.²⁸

41. Andra stycket skall därför inte förstås som en begränsning av en rättsakts rättsverkan utan som ett uppdrag till gemenskapslagstiftaren att låta medlemsstaterna behålla ett tillräckligt handlingsutrymme när de beslutar om åtgärder enligt punkterna 3 och 4. Genom detta uppdrag förverkligas de olika alternativ som genom det aktuella direktivet lämnas till medlemsstaterna. På grund av detta rättspolitiska uppdrag skall heller inte sekundärrätt som beslutats med stöd av punkterna 3 och 4 i tveksamma fall förstås som en genomförd harmonisering.

27 — När det gäller endast punkt 3 b har rådet, genom sitt (enhälliga) beslut av den 22 december 2004 om att låta delar av de områden som omfattas av avdelning IV i tredje delen av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen regleras av förfarandet i artikel 251 i det fördraget, sedan den 1 januari 2005 infört omröstning med kvalificerad majoritet (EUT L 396, s. 45).

28 — Jämför mitt förslag till avgörande av den 8 juli 2004 i mål C-117/03, Dragaggi (REG 2004, s. I-1), punkt 24 och följande punkt.

42. Av detta följer att direktivet trots vad som sägs i artikel 63 andra stycket i fördraget i princip är en rättsakt mot vilken talan kan föras.

2. De ifrågasatta bestämmelsernas art

43. Trots detta ifrågasätter rådet att det här är fråga om en rättsakt mot vilken talan kan föras. Rådet anser nämligen att parlamentet inte har riktat sin talan mot gemenskapsrättsliga bestämmelser utan — vilket inte är tillåtet — mot bestämmelser i nationell rätt. Enligt artikel 4.1 sista stycket, artikel 4.6 och artikel 8 i direktivet är medlemsstaterna inte skyldiga att anta någon viss lagstiftning. I stället hänvisas endast till redan gällande nationell rätt som tillåts kvarstå. Domstolen har inte befogenhet att pröva huruvida nationell rätt överensstämmer med grundläggande rättigheter enligt gemenskapsrätten.

44. Parlamentet och kommissionen anser däremot att de bestämmelser mot vilka talan förs utgör en del av gemenskapsrätten, och att de är underkastade domstolens kontroll framför allt med avseende på deras förenlighet med grundläggande rättigheter enligt gemenskapsrätten. Gemenskapsrättsliga bestämmelser som tillåter medlemsstaterna att vidta åtgärder som strider mot grund-

läggande rättigheter är oförenliga med dessa rättigheter.

45. Jag delar parlamentets och kommissionens uppfattning på denna punkt. Rådets invändning härvidlag är inte övertygande. Rådet bortser från att även en gemenskapsrättslig bekräftelse av vissa möjligheter till bibehållande eller införande av nationella bestämmelser utgör gemenskapsrätt. Å ena sidan utgör dessa möjligheter en potentiell begränsning av räckvidden för en rätt till familjeåterförening enligt direktivet. Å andra sidan slås det fast att de berörda bestämmelserna är förenliga med gemenskapsrätten. Om inte detta kan angripas med en talan om ogiltigförklaring inom rätt tid kan gemenskapen inte på eget initiativ agera mot nationella åtgärder som endast omfattar de föreskrivna alternativen.²⁹ Följaktligen måste även en talan om detta i princip vara tillåten.

3. Yrkande om partiell ogiltigförklaring av direktivet

46. Genom ett rättsligt utlåtande av professor Langenfeld som den tyska regeringen har

gett in har fråga uppkommit huruvida det är tillåtet att som i förevarande fall väcka talan om att vissa bestämmelser i direktivet skall ogiltigförklaras. Enligt fast rättspraxis är en talan om ogiltigförklaring av en del av en gemenskapsrättsakt endast möjlig under förutsättning att denna del kan avskiljas från rättsakten i övrigt, eftersom det skulle gå utöver yrkandet om rättsakten upphävs i dess helhet (*ultra petita*, domstolen dömer inte utöver vad som yrkats).³⁰ Om en ogiltigförklaring avser en del av rättsakten som inte kan särskiljas från rättsakten i övrigt ändras nämligen själva kärninnehållet i den berörda lagstiftningen.³¹ Det ankommer på gemenskapslagstiftaren att göra sådana ändringar.³²

47. Enligt detta synsätt kan förevarande talan inte upptas till sakprövning. De bestämmelser som parlamentet har påtalat kan mot parlamentets uppfattning inte objektivt särskiljas från direktivets bestämmelser i övrigt. Det beror inte på huruvida de återstående bestämmelserna i direktivet kan tillämpas för sig. De innehåller inte, som parlamentet hävdar och som kommissionen har hävdad vid den muntliga förhandlingen, en potentiell begränsning av den i direktivet

29 — Se dom av den 5 oktober 2004 i mål C-475/01, kommissionen mot Grekland [Ouzo] (REG 2004, s. I-8923), punkt 15 och följande punkter.

30 — Dom av den 28 juni 1972 i mål 37/71, Jamet mot kommissionen (REG 1972, s. 483), punkterna 10–12, av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, Transocean Marine Paint mot kommissionen (REG 1974, s. 1063; svensk specialutgåva, volym 2, s. 357), punkt 21, av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike med flera mot kommissionen (kalium och salt) (REG 1998, s. I-1375), punkt 256, av den 10 december 2002 i mål C-29/99, kommissionen mot rådet (konvention om kärnsäkerhet) (REG 2002, s. I-11221), punkt 45, och av den 24 maj 2005 i mål C-244/03, Frankrike mot parlamentet och rådet (djurförsök) (REG 2005, s. I-0000), punkterna 12 och 21.

31 — Se domen i målet angående djurförsök (ovan fotnot 30), punkt 15.

32 — Se dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot parlamentet och rådet (tobak) (REG 2000, s. I-8419), punkt 117.

fastlagda skyldigheten för medlemsstaterna att möjliggöra familjeåterförening. Om domstolen skulle ogiltigförklara artikel 4.1 sista stycket, artikel 4.6 och artikel 8 i direktivet, skulle rätten till familjeåterförening gälla utan någon särskild begränsning även för underåriga barn som har fyllt tolv respektive femton år, och detta oberoende av någon väntetid. Om de berörda bestämmelserna ogiltigförklarades, skulle följaktligen själva kärninnehållet i direktivet ändras och domstolen skulle då ha ingripit i gemenskapslagstiftarens befogenheter.

48. I förevarande fall är det också uteslutet att ogiltigförklara direktivets övriga bestämmelser, det vill säga direktivet i dess helhet. Det skulle gå utöver parlamentets yrkande och vara oförenligt med syftet med talan eftersom det då inte skulle finnas någon rätt till familjeåterförening alls i gemenskapsrätten.³³

49. Talan kan alltså inte upptas till sakprövning.

33 — Det är oklart huruvida domstolen i ett förhandsavgörande skulle kunna upphäva de påtalade bestämmelserna som sådana om dessa skulle visa sig vara rättsstridiga. Mycket talar emellertid för att domstolen i ett sådant förfarande endast kan förklara att direktivet är ogiltigt i dess helhet och inte endast i viss del.

50. Jag skall därför endast i andra hand pröva talan i sak.

B — *Prövning i sak*

51. Parlamentet har i sin talan gjort gällande att den grundläggande rätten till skydd för familjelivet och principen om likabehandling har åsidosatts. Jag skall därvid först pröva huruvida något fel har förekommit vid lagstiftningsförfarandet.

1. Lagstiftningsförfarandet när det gäller artikel 4.6 i direktivet

52. Lagstiftningsförfarandet skall prövas med avseende på artikel 4.6 i direktivet. Parlamentet har härvidlag påtalat att rådet inte har förelagt parlamentet denna ändring för dess ställningstagande.

53. Parlamentet har inte som grund för sin talan åberopat att rådet har underlåtit att höra parlamentet. Fråga uppkommer därför huruvida domstolen på eget initiativ måste pröva huruvida någon felaktighet i förfaran-

det föreligger på denna punkt. När det gäller talan om ogiltigförklaring enligt artikel 33 i EKSG-fördraget har domstolen tagit upp frågor om fel i förfarandet på eget initiativ.³⁴ Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer har tolkat denna rättspraxis så, att i vart fall bristande behörighet och åsidosättande av väsentliga formföreskrifter skall beaktas på eget initiativ även inom ramen för artikel 230 EG.³⁵ När det gäller gemenskapsinstitutionens behörighet överensstämmer detta också med domstolens rättspraxis.³⁶ Principerna om processekonomi och rättssäkerhet talar här för att felaktigheter i förfarandet behandlas på samma sätt, i vart fall om det kommer till domstolens kännedom inom ramen för en anhängig talan om ogiltigförklaring. I förevarande fall skall därför prövas huruvida parlamentet har hörts i erforderlig utsträckning i fråga om artikel 4.6 i direktivet.

54. Enligt artikel 63 i förening med artikel 67.1 i fördraget fattar rådet beslut efter att ha hört parlamentet. Parlamentet måste alltid höras på nytt när den slutgiltigt antagna texten som helhet innehållsmässigt avviker från den text som parlamentet tidigare har

yttrat sig över, med undantag för de fall då ändringarna i allt väsentligt motsvarar en önskan som parlamentet självt har uttryckt.³⁷

55. Det kan inte slås fast att parlamentet har hörts i fråga om artikel 4.6 i direktivet. Rådet konsulterade Europaparlamentet sista gången genom en skrivelse av den 23 maj 2002. Enligt de uppgifter som är tillgängliga i målet dök artikel 4.6 i direktivet upp första gången i ett rådsdokument från den 25 februari 2003, när ordförandeskapet föreslog en sådan ändring, på grund av ett förbehåll från den österrikiska delegationen.³⁸ Parlamentet yttrade sig visserligen slutligt över direktivet först den 9 april 2003.³⁹ I vart fall framgår dock inte att rådet underställde parlamentet ändringen i direktivförslaget för dess yttrande. Eftersom rådet inte har motsagt parlamentet på denna punkt, måste jag utgå från att parlamentet inte har beretts tillfälle att yttra sig över artikel 4.6 i direktivet.

34 — Dom av den 21 december 1954 i mål 1/54, Frankrike mot Höga myndigheten (REG 1954–1955, s. 7, på s. 33), och av den 10 maj 1960 i mål 19/58, Tyskland mot Höga myndigheten (REG 1960, s. 483, på s. 500).

35 — Förslag till avgörande av den 28 april 2005 i de förenade målen C-346/03 och C-529/03, Atzeni med flera (målet anhängigt vid domstolen), punkt 70, och av den 16 december 2004 i mål C-110/03, Belgien mot kommissionen (REG 2004, s. I-2801), punkt 29.

36 — Dom av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen (REG 2000, s. I-5843), punkt 56, avseende kommissionen.

37 — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-65/90, parlamentet mot rådet (godstransporter på väg) (REG 1992, s. I-4593; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-43), punkt 16, av den 5 oktober 1993 i de förenade målen C-13/92–C-16/92, Drießen med flera (REG 1993, s. I-4751), punkt 23, och av den 5 oktober 1994 i mål C-280/93, Tyskland mot rådet (den gemensamma organisationen av marknaden för bananer) (REG 1994, s. I-4973; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-171), punkt 38.

38 — Ordförandeskapets not av den 25 februari 2003, rådsdokument nr 6585/03, s. 9, fotnot 3.

39 — Europaparlamentets lagstiftningsresolution om förslaget till rådets direktiv om rätt till familjeärföräring av den 9 april 2003 (EUT 2004 C 64E, s. 283 och s. 373). Motiveringen framgår av ledamoten Cerdiera Mortereros betänkande Å5-0086/2003 av den 24 mars 2003.

56. Enligt artikel 4.6 i direktivet får medlemsstaterna begränsa underåriga barns rätt till inflyttning i förhållande till det förslag som förelades parlamentet för yttrande. Utan bestämmelsen i artikel 4.6 skulle nämligen även barn över femton år i princip ha rätt till familjeåterförening. Direktivet har således ändrat karaktär genom att denna bestämmelse infördes.

57. Begränsningen i artikel 4.6 i direktivet av rätten till familjeåterförening strider mot parlamentets uttryckliga önskan att göra rätten till familjeåterförening mer generös än vad som var fallet i det förslag som förelades parlamentet,⁴⁰ framför allt att medge alla underåriga barn rätt till inresa.⁴¹

58. Parlamentet skulle därför ha hörts på nytt innan direktivet antogs. Därmed har direktivet, framför allt artikel 4.6, tillkommit under åsidosättande av det förfarande som skall följas.

2. Den grundläggande rätten till skydd för familjelivet

a) De mänskliga rättigheternas skyddsnivå

59. Domstolen har i sin fasta rättspraxis betonat, och det har ytterligare bekräftats genom ingressen till Europeiska enhetsakten och artikel 6.2 EU, att gemenskapsrätten som allmänna principer respekterar de grundläggande rättigheter som garanteras i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Detta innefattar den framför allt i artikel 8 i EKMR fastslagna rätten till skydd för familjelivet.⁴²

60. Såvitt här är av betydelse har artikel 7 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, som nämns uttryckligen i andra skälet i direktivet, en lydelse som är identisk med artikel 8 i EKMR. Den skall ha samma betydelse och räckvidd även enligt artikel 52.3 första stycket i stadgan (artikel II-112 i Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa).

61. När det gäller skyddet för familjelivet har domstolen på området för vistelserätt dess-

40 — Se särskilt ändringsförslagen 22–25 i den ovan i fotnot 39 nämnda lagstiftningsresolutionen.

41 — Se ändringsförslag 26 i den ovan i fotnot 39 nämnda lagstiftningsresolutionen.

42 — Dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), punkt 41, och av den 23 september 2003 i mål C-109/01, Akrich (REG 2003, s. I-9607), punkt 58.

utom hänfört sig till den tolkning av artikel 8 i EKMR som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) har gjort. På denna grundval har domstolen fastslagit att det av artikel 8 i EKMR visserligen inte i sig följer en rätt för utlänningar att resa in till eller uppehålla sig på ett visst lands territorium. Det kan emellertid innebära ett intrång i den i artikel 8.1 i EKMR angivna rätten till respekt för familjelivet att utestänga en person från ett land där hans nära anhöriga bor. Ett sådant intrång står i strid med EKMR om det inte uppfyller kraven i artikel 8.2, det vill säga om det inte görs ”med stöd av lag”, inte görs i enlighet med något av de legitima mål som anges i artikel 8.2 och om det inte är ”nödvändigt i ett demokratiskt samhälle”, det vill säga ”motiverat av tvingande sociala hänsyn” samt framför allt om det inte står i proportion till det legitima mål som eftersträvas.⁴³

62. Domstolen har utvecklat denna rättspraxis med ledning av fall där det har varit fråga om uppehållsrätt för anhöriga till unionsmedborgare som har utövat de grundläggande friheterna genom att etablera sig i andra medlemsstater. Den omständigheten att ett gemenskapsrättsligt grundat uppehållstillstånd för unionsmedborgare i de behandlade fallen sammanfaller med skyddet för familjelivet, som detta konkretiseras framför allt i gemenskapsrätten, innebär att det finns ett uppehållstillstånd som får

begränsas endast i undantagsfall och under stränga förutsättningar.⁴⁴ Ytterligare specialbestämmelser kan förekomma i associeringsavtal.⁴⁵

63. När det däremot gäller återförening av familjer vars medlemmar utslutande är medborgare i tredje land finns inget jämförbart gemenskapsrättsligt uppehållstillstånd. Domstolens ovan redovisade uttalanden kan därför inte tillämpas direkt, utan man måste gå tillbaka till Europadomstolens rättspraxis. Avgörande är därvid skyddet för familjelivet sett som en *mänsklig rättighet*. Därvidlag finns en skillnad i förhållande till de grundläggande rättigheterna just när det gäller invandring och bosättning som typiskt sett inte motsvarar dessa medborgerliga rättigheter.

64. Europadomstolen har ansett att ömsesidig möjlighet till samvaro med andra familjemedlemmar är ett grundläggande element i familjelivet, i den mening som avses i artikel 8 i EKMR. Statliga åtgärder som förhindrar en familjesamvaro, exempelvis fråntagande av vårdnad⁴⁶, besöksförbud⁴⁷ eller utvisning

43 — Domarna i målen *Carpenter*, punkt 42, och *Akrich*, punkt 59 (ovan fotnot 42).

44 — Se mitt förslag till avgörande av den 10 mars 2005 i mål C-503/03, kommissionen mot Spanien (målet anhängigt vid domstolen), punkt 37 med vidare hänvisningar.

45 — Jag tänker framför allt på EES-rätten.

46 — Europadomstolens dom av den 22 juni 1989 i målet *Eriksson mot Sverige* (Serie A nr 156, § 58).

47 — Europadomstolens dom av den 13 juli 2000 i målet *Elsholz mot Tyskland* (*Recueil des arrêts et décisions* 2000-VIII, § 44).

av familjemedlemmar⁴⁸, utgör ingrepp i denna mänskliga rättighet. Ett sådant ingrepp får endast ske om det är berättigat enligt artikel 8.2 i EKMR.

nationella konventioner har en stat rätt att kontrollera utländska medborgares tillträde till dess territorium. Staten har därvid ett stort utrymme för skönsmässig bedömning.⁴⁹

65. En förvägrad familjeåterförening utgör emellertid enligt Europadomstolens uppfattning i princip inget ingrepp som måste vara berättigat enligt artikel 8 i EKMR. När det gäller familjeåterförening ser domstolen nämligen inte artikel 8 i EKMR som en fråga om hinder mot återförening utan som en möjlig rättslig grund för ett skadeståndsanspråk.

67. På dessa grunder har Europadomstolen, i tre av de fyra mål som avgjorts i sak, avvisat anspråk på familjeåterförening i värdstaten, bland annat därför att ett gemensamt familjeliv var möjligt även i ursprungslandet.⁵⁰ Senare avgöranden i vilka talan har avvisats bekräftar denna rättspraxis.⁵¹

66. Framför allt har Europadomstolen uttryckligen avvisat tanken att man ur artikel 8 i EKMR skulle kunna härleda en *allmän* skyldighet att medge familjeåterförening endast för att uppfylla en familjs önskemål att få bo i ett visst land. Frågan om familjeåterförening rör såväl familjeliv som invandring. Räckvidden av en stats skyldighet att medge inresa för anhöriga till en invandrare som är bosatt på dess territorium beror på den berördes personliga förhållanden och det allmännas intresse. Enligt folkrätten och med förbehåll för dess förpliktelser enligt inter-

68. Under alla förhållanden framgår av domen i målet *Sen* att den avvägning som föreskrivs i enskilda fall kan grunda anspråk på barns inflyttning. I det fallet fann Europadomstolen att det förelåg hinder mot en avvisning till ursprungslandet. Avgörande för domstolen var den omständigheten att makarna, förutom det inflyttande barnet, även hade barn som var födda, uppvuxna

48 — Europadomstolens dom av den 26 september 1997 i målet *Meheeni* mot Frankrike (*Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI, § 27).

49 — Europadomstolens dom av den 28 maj 1985 i målet *Abdulaziz, Cabales och Balkandali* mot Förenade kungariket (Serie A nr 94, §§ 67 och följande), av den 19 februari 1996 i målet *Gül* mot Schweiz (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, §§ 63 och 67) och av den 21 december 2001 i målet *Sen* mot Nederländerna (§§ 31 och 36).

50 — Domarna i målen *Abdulaziz*, § 68, *Gül*, § 39, och *Ahmut*, § 70 (ovan fotnot 49). Medan domen i målet *Abdulaziz* var enhällig, avgjordes målet *Gül* med sju röster mot två och målet *Ahmut* med en majoritet på endast fem röster mot fyra.

51 — Se till exempel Europadomstolens avgöranden av den 23 mars 2003 i målet *I.M.* mot Nederländerna, av den 13 maj 2003 i målet *Chandra* mot Nederländerna, av den 6 juli 2004 i målet *Ramos Andrade* mot Nederländerna och av den 5 april 2005 i målet *Benamar* mot Nederländerna.

och integrerade i värdstaten.⁵² Andra avgöranden angående förutsättningarna för att uppta klagomål till sakprövning lämnar möjligheten öppen för att även andra omständigheter kan ge anhöriga anspråk på inflyttning.⁵³ Därvid skulle man kunna tänka sig exempelvis politisk förföljelse⁵⁴ eller särskilda medicinska behov som inte kan tillgodoses i ursprungslandet.

69. Domen i målet *Sen* visar framför allt att det är det berörda barnets intressen som är ägnade att motivera en rätt till familjeåterförening i värdstaten. Denna tendens framkommer även i avgörandet *Winata* som kommittén för mänskliga rättigheter har fattat angående tillämpningen av artiklarna 17, 23 och 24 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter.⁵⁵ Liknande kan härledas ur artiklarna 3, 9 och 10 i konventionen om barnets rättigheter.

70. I målet *Sen* tog Europadomstolen inte separat upp frågan huruvida en vägran att medge inflyttning av familjemedlemmar var

berättigad. Domstolen tycks i stället ha utgått från att, i fall då det föreligger en positiv rätt till familjeåterförening, den avvägning som skall ske redan utgör en del av grunden för rättighetens existens.⁵⁶

71. På samma sätt skall förfaras enligt gemenskapsrätten. Domstolen har visserligen i domarna i målen *Akrich* och *Carpenter* uttryckligen angett att en vägran till familjeåterförening måste motiveras, men det är en nödvändig konsekvens av att unionsmedborgare har mer långtgående rättigheter.⁵⁷ Om däremot förutsättningarna för rätten är så restriktivt avfattade som i Europadomstolens rättspraxis finns det inget utrymme för att pröva huruvida ett ingrepp i form av ett avslag är berättigat. De relevanta övervägandena utgör då nämligen redan en del av prövningen huruvida rätten existerar.⁵⁸ Mot parlamentets uppfattning fordras därför inte att en vägran att medge inflyttning av underåriga familjemedlemmar är berättigad enligt artikel 8.2 i EKMR.

52 — Domen i målet *Sen* (ovan fotnot 49), § 40.

53 — Se Europadomstolens avgöranden angående upptagande av talan till sakprövning av den 19 oktober 2004 i målet *Tuquabo-Tekle mot Nederländerna* och av den 14 september 2004 i målet *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna*.

54 — Det är därför konsekvent att artikel 10.1 i direktivet undantar tillämpningen av artikel 4.1 tredje stycket i flyktingfall.

55 — Communication No. 930/2000: *Australia*, av den 16 augusti 2001, CCPR/C/72/D/930/2000, punkterna 7.1–7.3, (Jurisprudence). Internet: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/488b0273fa4febfbcb1256ab7002e5395?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/488b0273fa4febfbcb1256ab7002e5395?OpenDocument).

56 — Se emellertid minoritetsvotum av domaren *Martens* med instämmande av domaren *Russo* i domen i målet *Gül* (§§ 6 ff.) (ovan fotnot 49), där det visserligen inte ifrågasätts att det finns en positiv rätt till inflyttning men där det trots detta görs en klassisk prövning angående det berättigade i en vägran. Se även instämmande minoritetsvotum av domarna *Thór Vilhjálmsson* och *Bernhardt* i domen i målet *Abdulaziz* (ovan fotnot 49), vilka grundar sin uppfattning på ett berättigande enligt artikel 8.2 i EKMR.

57 — Se ovan punkt 59.

58 — Här ligger också den verkliga meningsskiljaktigheten mellan domaren *Martens* redovisade minoritetsvotum (ovan fotnot 56) och Europadomstolen: *Martens* är tydligt mer generös än Europadomstolen med antagandet att en rätt till familjeåterförening föreligger.

72. Min *slutsats i denna del* är att skyddet för familjelivet enligt artikel 8 i EKMR vid en avvägning av alla relevanta enskilda och allmänna intressen i undantagsfall kan grunda en rätt till familjeåterförening i värdstaten.

73. Någon *mer långtgående* rätt till familjeåterförening i värdstaten kan heller inte härledas ur den mänskliga rättigheten avseende skydd för familjelivet med beaktande av artikel 19.6 i Europeiska sociala stadgan och andra folkrättsliga bestämmelser.⁵⁹

74. Därvid är det mycket som talar för att det i artikel 19.6 i sociala stadgan ställs upp mer generösa kriterier för familjeåterförening för migrerande arbetstagare i värdstaten än i EKMR. Vid avvägningen torde det inte vara tillräckligt att påvisa möjligheten att leva ett familjeliv i ursprungslandet. Det måste i stället konstateras att det finns objektiva hinder för en återförening i värdstaten. Av intresse i detta fall är också att artikel 19.6 i sociala stadgan jämförd med

definitionen i bilagan på familjemedlemmar⁶⁰ strider mot åldersgränserna när det gäller underåriga barns inflyttning. Dessutom har den europeiska kommittén för sociala rättigheter, som övervakar efterlevnaden av sociala stadgan, i sin praxis endast godtagit väntetider på högst ett år och underkänt väntetider på mer än tre år.⁶¹ Slutligen har Europadomstolen i nyare rättspraxis hänvisat till bestämmelser i sociala stadgan och praxis från den nämnda kommittén vid tolkningen och tillämpningen av EKMR och framför allt dess artikel 8.⁶²

75. Europadomstolen har under alla förhållanden ännu aldrig hänvisat till artikel 19.6 i sociala stadgan, särskilt inte i sin rättspraxis angående familjeåterförening. Detta framstår som konsekvent om man läser bestämmelsen

60 — Se ovan punkt 21.

61 — *Digest of the Case Law of the ECSR*, mars 2005, s. 84 ; Internet : http://www.coe.int/T/E/Droits_de_l'Homme/Cse/Digest_bil_mars_05.pdf. Se även *Conclusions/Conclusions XVI-1* vol. 2, Section 72/257, Nederländerna, med hänvisning till *Conclusions* I, s. 216 (även Section 363/374, Tyskland), alla tillgängliga på Internet: <http://hudoc.esc.coe.int/esc/search/default.asp>.

62 — Europadomstolens domar av den 27 juli 2004, Sidabras och Džiautas mot Litauen, punkt 47, angående yrkesförbud, av den 30 september 2003, Koua Poirrez mot Frankrike, punkterna 39 och 29, angående sociala rättigheter, och av den 2 juli 2002, Wilson, National Union of Journalists med flera mot Förenade kungariket, punkt 40, punkt 32 och följande punkter och punkt 37, angående missgynnande av fackföreningsrepresentanter. Europeiska gemenskapernas domstol däremot har endast vid ett tillfälle — avvisande — i dom av den 17 februari 1998 i mål C-249/96, Grant (REG 1998, s. I-621), punkt 46 och följande punkt, uttalat sig angående praxis från ett kontrollorgan av icke-dömande karaktär, i detta fall kommittén för mänskliga rättigheter enligt den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter.

59 — När det gäller den sociala stadgan, se tyska Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 76, 1 (punkt 82 och följande punkter) rörande familjeinflyttning. Jämför det försiktiga hänsynstagandet till *andra* bestämmelser i Europeiska sociala stadgan i dom av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne III (REG 1978, s. 1365; svensk specialutgåva, volym 4, s. 127), punkterna 26–29, av den 2 februari 1988 i mål 24/86, Blaizot (REG 1988, s. 379; svensk specialutgåva, volym 9, s. 335), punkt 17, förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs av den 28 januari 1999 i mål C-67/96, Albany (REG 1999, s. I-5751), punkt 146, och förslag till avgörande av generaladvokaten Lenz av den 15 juni 1988 i mål 236/87, Bergemann (REG 1988, s. 5125), punkt 28.

gemensamt med del I punkt 19 i sociala stadgan, enligt vilken bestämmelsen om familjeåterförening endast grundar rätt för medborgare i fördragsslutande stater.⁶³ Det går följaktligen inte att dra generella slutsatser av kommitténs praxis på grundval av denna bestämmelse som motivering för en allmän princip om en mänsklig rättighet till familjeåterförening även för medborgare i tredje land som i detta fall. Därför kan artikel 19.6 i sociala stadgan lika lite som gemenskapsrättens mer långtgående garantier för unionsmedborgare grunda en mänsklig rättighet till familjeåterförening som går längre än Europadomstolens rättspraxis.

accepterats av alla dåvarande medlemsstater, har de europeiska konventionerna hittills ratificerats av endast en del av medlemsstaterna.

77. Den internationella konventionen om migrerande arbetstagares rättsställning tycks däremot ha mer universella anspråk, men den har hittills inte ratificerats av någon enda medlemsstat. ILO-konventionen nr 143 om migrationsmissbruk och främjande av lika möjligheter för och likabehandling av migrerande arbetstagare slutligen innehåller inga tvingande bestämmelser om familjeåterförening utan endast en hänvisning till de fördragsslutande staternas möjligheter att underlätta familjeåterförening.

76. Samma skäl talar emot att beakta vad som sägs i de europeiska konventionerna om migrerande arbetstagare. Dessa konventioner ställer även de upp fördelar endast för medborgare i de fördragsslutande staterna. Till skillnad från artikel 19.6 i sociala stadgan, som vid direktivets antagande hade

78. Även om man beaktar Europeiska sociala stadgan och andra folkrättsliga konventioner går det därför inte att härleda någon rätt för medborgare i tredje land att återföre sin familj i värdstaten. Även rådet och kommissionen medger dock att en sådan rätt kan finnas i undantagsfall, om så följer av en omfattande bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Kommissionen drar av detta den riktiga slutsatsen att gemenskapsrätten inte kan tillåta någon schematisk begränsning av barns inflyttning

63 — Det kanske även är av detta skäl som det i artikel 3.4b i direktivet klargörs att en medlemsstat, såvida den är fördragsslutande stat i fråga om Europeiska sociala stadgan och/eller Europeiska konventionen om migrerande arbetstagares rättsställning, kan ha mer långtgående förpliktelser mot migrerande arbetstagare från andra fördragsslutande stater i fråga om familjeåterförening än som framgår endast av direktivet (och artikel 8 i EKMR).

utan måste lämna tillräckligt utrymme för sådana undantagsfall.⁶⁴

b) Prövning av de bestämmelser mot vilka talan förs

79. Följaktligen skall undersökas huruvida de bestämmelser mot vilka talan förs lämnar tillräckligt utrymme för en tillämpning som är konform med de mänskliga rättigheterna i de fall då rätten till skydd för familjelivet undantagsvis grundar en rätt till familjeåterförening i värdstaten.

80. Jag anser tväremot vad delvis har hävdats att ett sådant undantag i vart fall inte uttryckligen måste anges i den berörda bestämmelsen. Som parlamentet nämligen erkänner på andra ställen och som övriga parter gör gällande är en gemenskapsbestämmelse förenlig med de grundläggande rättigheterna om det är möjligt att göra en tolkning av bestämmelsen som är konform med dessa rättigheter.⁶⁵

64 — En liknande uppfattning har företrätts av österrikiska Verfassungsgerichtshof (författningsdomstolen) i dess tillkännagivande av den 8 oktober 2003 i mål G 119, 120/03-13 (Internet: http://www.vfgh.gv.at/presse/G119_13_03.pdf, sidan 20 och följande sida) i fråga om de krav som ställs på österrikisk rätt enligt de mänskliga rättigheterna.

65 — Dom av den 13 juli 1989 i mål 5/88, Wachauf (REG 1989, s. 2609), punkt 19.

81. Den konforma tolkningen är självfallet bindande även för medlemsstaterna vid genomförande av ett direktiv. De måste se till att inte grunda sig på en tolkning av direktivet som skulle stå i strid med de grundläggande rättigheterna eller med andra allmänna gemenskapsrättsliga principer.⁶⁶ Detta har gemenskapslagstiftaren när det gäller det aktuella direktivet uttryckligen hänvisat till i skäl 2 genom uttalandet att rättsakten bör antas i överensstämmelse med skyddet för familjelivet.

82. Mot den uppfattning som parlamentet företräder på vissa ställen är frågan i förevarande fall alltså inte vilken lagstiftning medlemsstaterna eventuellt vill anta för att ge utrymme åt de påtalade bestämmelserna, utan vilka nationella bestämmelser som är tillåtna utifrån en tolkning av gemenskapsrätten som är konform med de grundläggande rättigheterna.

Artikel 4.1 sista stycket i direktivet

83. I artikel 4.1 sista stycket i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna, när ett barn

66 — Dom av den 6 november 2003 i mål C-101/01, Lindqvist (REG 2003, s. I-12971), punkt 87.

är över tolv år och anländer på egen hand utan resten av sin familj, innan de ger barnet tillstånd till inresa och vistelse enligt direktivet får pröva om barnet uppfyller kriteriet för integrering. Bestämmelsen skulle vara förenlig med rätten till skydd för familjelivet om kriteriet för integrering medger familjeåterförening i enlighet med den omfattande bedömning i det enskilda fallet som Europadomstolen kräver.

återförening som finns i undantagsfall. Medlemsstaterna måste nämligen konkretisera begreppet ”kriteriet för integrering”, för att det skall kunna tillämpas. En sådan konkretisering kan inte göras godtyckligt, utan måste vara inriktad på begrepps innehållet hos och syftet med kriteriet för integrering och även på de krav som följer av de mänskliga rättigheterna på området för familjeåterförening.

84. Parlamentet anser att detta är uteslutet, eftersom begreppet ”kriteriet för integrering” inte medger något utrymme för att beakta familjeintresset.⁶⁷ Denna uppfattning är emellertid felaktig. Genom kriteriet för integrering beskrivs i vilken mån en invandrare är eller kan bli integrerad i värdstaten. Därvid är såväl värdstatens intresse av att invandrare integreras i samhället som invandrarens intresse av att inte leva i isolering av betydelse. Familjen kan ha betydelse utifrån båda perspektiven, framför allt i fall då en invandrare har anhöriga som redan är väl etablerade i värdstaten.

86. En tillräckligt vid tolkning av kriteriet för integrering ligger även i linje med systematiken i direktivet, som är inriktad på att stor hänsyn skall tas till familjens och särskilt barnens intressen vid beslutsfattandet. Enligt artikel 17 i direktivet skall medlemsstaterna om en ansökan avslås, om ett uppehållstillstånd återkallas eller inte förnyas, eller om referenspersonen eller dennes familjemedlemmar utvisas, ta vederbörlig hänsyn till arten och stabiliteten av den berörda personens familjeband och hur länge denne har vistats i medlemsstaten samt vilken familjemässig, kulturell eller social anknytning denne har till ursprungslandet. Dessutom skall medlemsstaterna enligt artikel 5.5 i direktivet vid prövningen av ansökan om familjeåterförening ta vederbörlig hänsyn till att underåriga barns bästa skall komma i främsta rummet. De rättsliga begreppen i direktivet skall därför i tveksamma fall tolkas på ett sådant sätt att utformningen av den lagstiftning varigenom direktivet införlivas skall ge utrymme för en skönsmässig bedömning av de nämnda bestämmelserna.

85. Kriteriet för integrering medger framför allt att hänsyn tas till den rätt till familje-

87. Syftet med artikel 4.1 sista stycket i direktivet strider inte mot en sådan tolkning.

67 — Parlamentets omnämnda kritik mot kommissionens insättande av ett nätverk av experter på grundläggande rättigheter i Årsrapport 2003 (Internet: http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/report_eu_2003_en.pdf), s. 55, går i samma riktning.

Visserligen är kriteriet för integrering enligt tolfte skälet avsett att avspegla barnens förmåga till integrering i tidig ålder och skall garantera att de förvärvar den utbildning och de språkkunskaper som krävs i skolan. Detta utesluter emellertid inte att kriteriet för integrering i särskilda fall kan vara uppfyllt även utifrån andra synpunkter.

föreskriva att ansökningar om familjeåterförening för underåriga barn skall lämnas innan barnet har fyllt femton år, så som föreskrivs i deras gällande lagstiftning vid datumet för genomförandet av direktivet. Om ansökan lämnas in efter det att barnet har fyllt femton år, skall de medlemsstater som beslutar att tillämpa detta undantag tillåta inresa och vistelse för sådana barn av andra skäl än familjeåterförening.⁶⁸

88. Följaktligen medger begreppet "kriteriet för integrering" att hänsyn tas även till särskilda fall där det undantagsvis föreligger ett i de mänskliga rättigheterna grundat anspråk på att barn över tolv års ålder flyttar in som ett led i en familjeåterförening. Nationella åtgärder för genomförande av direktivet är därför förenliga med gemenskapsrätten endast om även dessa öppnar samma möjlighet.

91. Rådet anser i motsats till parlamentet att även denna bestämmelse medger en tolkning som är konform med de grundläggande rättigheterna. Liksom artikel 4.1 sista stycket i direktivet syftar artikel 4.6 till att barn flyttar in så tidigt som möjligt för att främja deras integration i värdstaten. Åldersgränserna tar sikte på den integrationsfrämjande skolgången.

89. Tolkad på detta sätt tillgodoser artikel 4.1 sista stycket i direktivet den i de mänskliga rättigheterna grundade skyldigheten att respektera skyddet för familjelivet. Parlamentet kan därför inte få framgång med sin talan på nu behandlad grund.

92. Dessutom kan enligt rådets uppfattning även barn som har fyllt femton år få sammanleva med sina familjer, eftersom de medlemsstater som tillämpar detta undantag enligt artikel 4.6 andra meningen i direktivet skall tillåta inresa och vistelse för sådana barn av andra skäl än familjeåterförening. Enligt rådets uppfattning har nationella myndigheter enligt bestämmelsens ordaly-

Artikel 4.6 i direktivet

90. Medlemsstaterna får enligt artikel 4.6 i direktivet inom ramen för ett undantag

68 — Enligt vad rådet har uppgett finns en sådan åldersgräns endast i österrikisk rätt.

delse inget handlingsutrymme (*marge de manoeuvre*) vid beslut angående rätt till vistelse av andra skäl. Eftersom alla andra skäl skall beaktas måste man räkna med att merparten av sådana ansökningar beviljas.

93. Parlamentet medger att "andra skäl" även innefattar humanitära överväganden. Till sådana hör — som kommissionen riktigt har påpekat — inte endast de typiska fallen av flyktingar undan krig och inbördeskrig, utan även en i de mänskliga rättigheterna grundad rätt till familjeåterförening. Sådana uppehållstillstånd förekommer sannolikt i de flesta om inte rentav i samtliga medlemsstater. De garanteras dock inte enligt gemenskapsrätten. Därför är det tänkbart att en sådan möjlighet saknas i vissa medlemsstaters lagstiftning om invandring, och i så fall är en enligt de mänskliga rättigheterna grundad rätt för äldre barn till inflyttning inte möjlig av "andra skäl". Kanske är det av detta skäl som rådet till skillnad från kommissionen undviker att göra gällande att det finns en sådan rätt enligt nationell lagstiftning.

94. Likväl är det även här möjligt att göra en tolkning av artikel 4.6 i direktivet som är konform med de mänskliga rättigheterna. Bestämmelsen i andra meningen kan nämligen förstås på det sättet att den, om det

föreligger en enligt de mänskliga rättigheterna grundad rätt till familjeåterförening, ålägger medlemsstaterna att öppna möjlighet för en inflyttning i sådant syfte.

95. På liknande sätt som enligt min ovan föreslagna tolkning av artikel 4.1 sista stycket i direktivet kan även en tolkning av artikel 4.6 bidra till att skapa utrymme för tillämpning av artiklarna 5.5 och 17.⁶⁹

96. Även artikel 4.6 i direktivet kan därför tolkas konformt med de mänskliga rättigheterna. Parlamentet kan alltså inte ha framgång med sin talan heller på denna grund.

Artikel 8 i direktivet

97. Enligt artikel 8 första stycket i direktivet får medlemsstaterna kräva att referenspersonen skall ha vistats lagligen på deras territorium i två år innan han eller hon kan återförenas med sina familjemedlemmar. Enligt andra stycket tillåts till och med en väntetid på tre år från inlämnandet av

69 — Se ovan punkt 86.

ansökan om familjeåterförening, om medlemsstatens gällande lagstiftning på området för familjeåterförening vid tidpunkten för direktivets antagande beaktade medlemsstatens mottagningskapacitet.

98. Rådet har hänvisat till att väntetider utgör ett allmänt förekommande instrument i invandringspolitiken. Jag medger att väntetider måste vara tillåtna i så gott som samtliga fall av familjeåterförening. Den rätt till familjeåterförening i värdstaten som grundas på de mänskliga rättigheterna kännetecknas emellertid just av att den uppstår i undantagsfall på grund av särskilda omständigheter. Dessa omständigheter kan också innebära att ytterligare väntan inte kan begäras.⁷⁰ Följaktligen måste här prövas huruvida sådana fall beaktas i tillräcklig omfattning i artikel 8 i direktivet.

99. Parlamentet anser att detta är uteslutet, medan framför allt kommissionen har lagt fram mycket detaljerade förslag till en konform tolkning. Här kan först slås fast att bestämmelserna om väntetider — till skillnad mot de redan prövade bestämmelserna om åldersgränser — inte innehåller några hållpunkter för att beakta kraven enligt de mänskliga rättigheterna i samband med familjeåterförening.

100. Man kan dock tänka sig att tolka handlingsmöjligheterna enligt direktivet konformt med de mänskliga rättigheterna i anslutning till de obestämda rättsliga begreppen "får" (första stycket) och "kan" (andra stycket).

101. Detta väcker frågan huruvida det är tillräckligt att gemenskapsrätten ger den nationelle lagstiftaren ett utrymme för att på eget initiativ möjliggöra en enligt de mänskliga rättigheterna påbjuden prövning i enskilda fall, eller om den gemenskapsrättsliga bestämmelsens ordalydelse åtminstone måste innehålla någon anknytningspunkt för en sådan prövning. Avgörande härför är de överväganden som ligger bakom gemenskapslagstiftarens och de nationella parlamentens respektive ansvar för att iakttä de mänskliga rättigheterna och kravet på rättslig tydlighet.

102. Begreppen "får" och "kan" skulle tolkat mot bakgrund av artikel 63 andra stycket EG — som utgör en del av den delegation som hänvisar till internationella förpliktelser, andra skälet i direktivet, enligt vilket direktivet respekterar de grundläggande rättigheterna och iakttar de principer som erkänns särskilt i artikel 8 i EKMR och stadgan om de grundläggande rättigheterna, liksom mot bakgrund av de allmänna rättsliga princi-

⁷⁰ — Jämför österrikiska Verfassungsgerichtshofs tillkännagivande av den 8 oktober 2003, III.2c (ovan fotnot 64).

perna i gemenskapsrätten — betyda att medlemsstaterna får föreskriva väntetider endast i de allvarliga undantagsfall som får beaktas enligt artikel 8 i EKMR.

tolkning av artikel 8 i direktivet som är konform med de mänskliga rättigheterna flyttar alltså på sin höjd över problemet.

103. En sådan tolkning av begreppen "får" och "kan" är visserligen möjlig men ligger inte nära till hands. Vad som definieras i artikel 8 i direktivet är nämligen i första hand den nationelle lagstiftarens handlingsutrymme i förhållande till gemenskapslagstiftaren. Detta sker genom att det ställs upp regler för att införa undantag från den i sekundärrätten införda rätten till familjeåterförening. Begreppen "får" och "kan" innebär alltså att medlemsstaterna i förhållande till gemenskapslagstiftaren har rätt att föreskriva väntetider på högst två respektive tre år. Om en medlemsstat genomför detta "endimensionellt", utan att beakta sina förpliktelser enligt de mänskliga rättigheterna, har medlemsstatens lagstiftning om väntetider också utfärdats utan hänsyn till de allvarliga situationer som angetts i Europadomstolens rättspraxis. De nationella förvaltningsmyndigheterna måste tillämpa sådana lagar. Något utrymme för att tillämpa artiklarna 5.5 och 17 i direktivet finns då heller inte. Ett åsidosättande av de grundläggande rättigheterna och de mänskliga rättigheterna kan då i de tillämpliga allvarliga situationerna undvikas endast med iakttagande av rättsligt skydd och under vissa omständigheter efter begäran hos domstolen. Ett försök att göra en

104. Hänvisningen till de mänskliga rättigheterna i andra skälet i direktivet underlättar till och med ett sådant felaktigt endimensionellt genomförande av direktivet. I stället för att erinra medlemsstaterna om deras förpliktelser enligt de grundläggande rättigheterna och de mänskliga rättigheterna fastslås nämligen i andra skälet att direktivet — så som det är formulerat — är förenligt med dessa rättigheter. Om medlemsstaterna förlitar sig på gemenskapslagstiftarens bedömning härvidlag har de ingen anledning att företa några överväganden rörande de grundläggande rättigheterna och de mänskliga rättigheterna som inte finns med i direktivets ordalydelse.

105. Artikel 8 i direktivet kan följaktligen så som den är formulerad åtminstone missförstås. Den omständigheten att artikeln är otydlig på grund av att de allvarliga situationerna inte beaktas innebär en ökad risk för att mänskliga rättigheter åsidosätts. Ansvar för detta åvilar inte endast medlemsstaternas lagstiftare vid genomförandet utan även gemenskapslagstiftaren. Med hänsyn till kraven på ett effektivt skydd för de mänskliga rättigheterna och på rättslig tydlighet strider artikel 8 i direktivet mot gemenskapsrätten.

3. Likabehandling

106. Parlamentet har hävdad att skillnaderna mellan yngre och äldre barn, mellan barn och makar samt den i direktivet tillåtna skillnaden vad gäller hur de olika medlemsstaterna skall genomföra direktivet, innebär åsidosättanden av likabehandlingsprincipen.

107. Oberoende av artikel 14 i EKMR, som parlamentet har åberopat, har domstolen i sin rättspraxis utvecklat en allmängiltig likabehandlingsprincip för gemenskapsrätten, vilken även kallas den allmänna likhetsprincipen, principen om likabehandling eller förbudet mot diskriminering. Enligt denna princip krävs att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.⁷¹ Därvid måste åtskillnaden i behandling stå i proportion till det mål som eftersträvas.⁷²

108. I artikel 21 i stadgan om de grundläggande rättigheterna förbjuds uttryckligen vissa former av diskriminering, däribland särskilt åldersdiskriminering. Även om stadgan om de grundläggande rättigheterna ännu inte har samma bindande rättsverkan som primärrätten⁷³ ger den åtminstone som en rättskälla den definitiva bekräftelsen av de grundläggande rättigheter som säkerställs i gemenskapsrätten.⁷⁴ När det gäller det aktuella direktivet tillkommer att detta enligt andra skälet skall vara förenligt med de grundläggande rättigheterna som de erkänns bland annat i stadgan. Dessutom uppmanas medlemsstaterna i femte skälet uttryckligen att sätta i kraft direktivet utan diskriminering med avseende på ålder. Förbudet mot åldersdiskriminering skall därför tillmätas särskild vikt vid tillämpningen av likabehandlingsprincipen på direktivet.

109. Under alla förhållanden utgör inte varje särbehandling med avseende på ålder en

71 — Dom av den 20 september 1988 i mål 203/86, Spanien mot rådet (REG 1988, s. 4563), punkt 25, av den 17 juli 1997 i de förenade målen C-248/95 och C-249/95, SAM Schiffahrt und Stapf (REG 1997, s. I-4475), punkt 50, av den 13 april 2000 i mål C-292/97, Karlsson med flera (REG 2000, s. I-2737), punkt 39, av den 12 mars 2002 i de förenade målen C-27/00 och C-122/00, Omega Air med flera (REG 2002, s. I-2569), punkt 79, av den 9 september 2003 i mål C-137/00, Milk Marque och National Farmers' Union (REG 2003, s. I-7975), punkt 126, av den 9 september 2004 i mål C-304/01, Spanien mot kommissionen (REG 2004, s. I-7655), punkt 31, och av den 14 december 2004 i mål C-210/03, Swedish Match (REG 2004, s. I-11891), punkt 70.

72 — Förstainstansrättens domar av den 23 mars 1994 i mål T-8/93, Huet (REG 1994, s. II-103), punkt 45, av den 2 mars 2004 i mål T-14/03, Di Marzio mot kommissionen (REG 2004, s. II-A-43 och s. II-167), punkt 83, och av den 15 februari 2005 i mål T-256/01, Pyres (ännu ej offentliggjort i rättsfallssamlingen), punkt 61. Se även angående "positiv diskriminering" domstolens dom av den 6 juli 2000 i mål C-407/98, Abrahamsson och Anderson (REG 2000, s. I-5539), punkt 55, och av den 30 september 2004 i mål C-319/03, Briheche (REG 2004, s. I-8807), punkt 31.

73 — Detta har domstolen påpekat i dom av den 28 oktober 2004 i de förenade målen T-219/02 och T-337/02, Lutz Herrera mot kommissionen (REG 2004, s. I-A-319 och s. II-1407), punkt 88, och i domen i målet Pyres (ovan fotnot 72), punkt 66, angående tillämpning av åldersgränser, dock utan att diskutera kraven enligt den allmänna likhetsprincipen.

74 — Se härom förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano av den 8 februari 2001 i mål C-173/99, BECTU (REG 2001, s. I-4881), punkt 28, av generaladvokaten Léger av den 10 juli 2001 i mål C-353/99 P, Hautala (REG 2001, s. I-9565), punkterna 82 och 83, av generaladvokaten Mischo av den 20 september 2001 i de förenade målen C-20/00 och C-64/00, Booker Aquaculture och Hydro Seafood (REG 2003, s. I-7411), punkt 126, av generaladvokaten P. P. Nardone av den 29 juni 2004 i mål C-181/03 P, Nardone (REG 2004, s. I-99), punkt 51, och mina egna förslag till avgörande av den 14 oktober 2004 i de förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, Berlusconi med flera (REG 2004, s. I-3565), fotnot 83, och av den 27 januari 2005 i mål C-186/04, Housieaux (REG 2005, s. I-3299), fotnot 11.

förbjuden åldersdiskriminering. Betoningen av skyddet för barn utvisar att åldern kan vara ett objektivt kännetecken på olikartade sakförhållanden som kan göra olika behandling nödvändig. Även åldersgränser kan därför vara berättigade av sakliga skäl.⁷⁵

tillämpning av kriteriet för integrering — och därmed en annorlunda behandling än yngre barn — om den låter barnet följa med redan i yngre ålder tillsammans med en förälder eller ett annat barn.

a) Barn över tolv års ålder

110. När det gäller artikel 4.1 sista stycket i direktivet skall jag först påpeka att bestämmelsen inte generellt gör någon åtskillnad mellan yngre och äldre barn, utan den öppnar en möjlighet att ställa upp ytterligare ett villkor för barn över tolv års ålder, nämligen kriteriet för integrering, *om barnet anländer på egen hand utan resten av sin familj*. Det är därför inte fråga om någon renodlad åldersgräns utan om ett annat slags åtskillnad där åldern utgör ett av flera kriterier som tillämpas kumulativt.

111. Om en familj vill låta ett *ensamt* barn över tolv års ålder flytta till familjen beror det i regel på dess medvetna beslut. Den är inte tvungen att låta barnet utsättas för en

112. Den olika behandlingen av barn över tolv års ålder som anländer på egen hand i förhållande till andra barn kan vara motiverad av sakliga skäl. Enligt tolfte skälet i direktivet syftar artikel 4.1 sista stycket till att barn skall tas emot i värdstaten i så tidig ålder som möjligt för att förbättra deras möjligheter till integration. Bakom detta ligger medlemsstaternas intresse av att invandrare skall integreras på bästa sätt. Detta intresse är legitimt. Bedömningen att yngre barn kan integreras lättare täcks av det utrymme för skönsmässig bedömning som gemenskapslagstiftaren ställt upp.

113. Den olika behandlingen är även proportionerlig. Det valda medlet är ändamålsenligt eftersom det vid familjeåterförening ger en nackdel åt familjer som låter sina barn växa upp i ursprungslandet och först senare låter dem flytta efter. Något mildare medel är inte uppenbart för handen. Bestämmelsen är inte heller oproportionerlig i förhållande till det mål som eftersträvas, särskilt om man beaktar familjens möjligheter att låta barnet flytta efter utan att utsättas för en tillämpning av kriteriet för integrering.

⁷⁵ — Domstolen har till och med ansett att avsaknaden av en åldersgräns, som annars var föreskriven som huvudregel i tjänsteföreskrifter, skulle föranleda att en anbudsinfordran inte skulle fullföljas; dom av den 22 mars 1972 i mål 78/71, *Costacurta mot kommissionen* (REG 1972, s. 163), punkt 9 och följande punkter.

114. Om det i undantagsfall skulle föreligga särskilda omständigheter som hindrar barnets inflyttning vid en tidigare tidpunkt eller tillsammans med andra familjemedlemmar, måste dessa omständigheter beaktas vid tolkningen, utformningen och tillämpningen av kriteriet för integrering. I annat fall skulle inte jämförbara situationer utan sakliga skäl underkastas samma krav.

115. Med denna tolkning är artikel 4.1 sista stycket i direktivet följaktligen förenlig med likabehandlingsprincipen.

b) Barn över femton års ålder

116. Åldersgränsen enligt artikel 4.6 i direktivet är av ett annat slag än gränsen enligt artikel 4.1 sista stycket. Den avser nämligen *varje* inflyttning av barn som har fyllt femton år och för vilket en ansökan om familjeåterförening har lämnats in dessförinnan. Därför berörs även familjer som inte frivilligt har kunnat besluta sig för att låta barnet flytta efter innan det har uppnått åldersgränsen, exempelvis familjer som först vid denna tidpunkt överhuvudtaget har möjlighet att återförenas.

117. Kommissionens uppfattning att en familj även i sådana fall kan undgå nackdelarna genom att i rätt tid ansöka om återförening är mindre övertygande. Enligt direktivet är nämligen en ansökan om anhörigas inflyttning förenad med flera krav. Referenspersonen måste enligt artikel 3.1 inneha ett uppehållstillstånd med en giltighetstid på minst ett år och ha välgrundade utsikter att få ett varaktigt uppehållstillstånd. Dessutom måste han enligt artikel 7 ha en tillräckligt stor bostad, en sjukförsäkring för alla familjemedlemmar samt fast och tillräcklig inkomst. Om dessa villkor inte är uppfyllda, kan ansökan avslås. Familjen kan alltså i regel inte disponera över barnets möjligheter att flytta in. Det är alltså fråga om en åldersgräns som inte modifieras genom några tilläggs-kriterier.

118. Även i ett sådant fall kan värdstatens intresse av integration innebära att den olika behandling som är följden av åldersgränsen är berättigad. Lagstiftaren får nämligen utgå från antagandet att de berörda ungdomarna med större sannolikhet har svårare att integreras än yngre barn.

119. Till detta kommer att de berörda ungdomarna efter en återförening endast under ytterligare en kort tid kommer att leva tillsammans med sina föräldrar som underåriga, samtidigt som de genom återföreningen kanske får ett uppehållstillstånd utan att de måste uppfylla de krav som ställs för vuxna. Även om de inreser omedelbart

efter ansökan kommer de med en myndighetsålder på 18 år att vara underåriga endast i ytterligare tre år. Direktivet tillåter emellertid en handläggningstid på nio månader som i undantagsfall till och med kan utsträckas ytterligare. Inflyttande ungdomar kan därför vid inresan vara nära nog myndiga. Det är alltså inte uteslutet att barn med en minimal vistelsetid i landet i egenskap av familjemedlem får ett uppehållstillstånd för egen del, vare sig detta beror på att medlemsstaten inte återkallar detta vid uppnådd myndighetsålder enligt artikel 16.1 a i direktivet eller att Europadomstolens rättspraxis om splittning av familjer som lever tillsammans i värdstaten utgör hinder mot att uppehållstillståndet återkallas.⁷⁶

yngre barn finns heller inget tvivel om att gränserna är lämpliga med hänsyn till det mål som eftersträvas.

121. Om särskilda omständigheter i det enskilda fallet ändå talar för en inflyttning inom ramen för en familjeåterförening, träder det enligt de mänskliga rättigheterna grundade anspråket på inflyttning in.⁷⁷

122. Den olika behandlingen enligt artikel 4.6 i direktivet är därför vid en tolkning som är konform med de mänskliga rättigheterna motiverad av sakliga skäl.

c) Olika behandling mellan make/maka och barn

120. Mot denna bakgrund skall åldersgränserna ses som ändamålsenliga och nödvändiga särskiljningskriterier. Om man beaktar att ett barn efter fyllda femton år i regel inte är lika starkt beroende av sina föräldrar än

123. Parlamentet har även påtalat att barn som har fyllt tolv år måste uppfylla kriteriet för integrering men inte maken/makan. Underåriga barn har i regel ett större behov av skydd än en vuxen make/maka. Rådet

⁷⁶ — Europadomstolen har i sin fasta rättspraxis slagit fast att det kan utgöra ett intrång i rätten till respekt för familjelivet om en person utvisas från ett land där hans nära anhöriga bor. Jämför Europadomstolens domar av den 16 december 2004 i målet Radovanovic mot Österrike (§ 30), av den 2 augusti 2001 i målet Boultif mot Schweiz (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, § 39) och av den 18 februari 1991 i målet Moustaquim mot Belgien (*Serie A* nr 193, s. 18, § 36).

⁷⁷ — Se ovan punkt 94.

påpekar däremot att bestämmelserna har till syfte att ta tillvara yngre barns bättre integrationsmöjligheter.

124. Gemenskapslagstiftaren har dock kunnat utgå från att en makes eller makas situation inte är jämförbar med ett barns. Som exempel kan nämnas att äktenskapet är avsett för ett livslångt gemensamt boende. Den olika behandlingen mellan make/maka och barn utgör därför inte något åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

medlemsstaterna handlingsutrymme som dessa själva kan fylla ut. I artikel 63 andra stycket i fördraget ges till och med ett rättspolitiskt uppdrag i detta avseende.⁷⁸ Om medlemsstaterna ges handlingsutrymme blir konsekvensen med nödvändighet att bestämmelserna kan skilja sig åt mellan de olika medlemsstaterna. Detta kan inte utgöra något åsidosättande av likabehandlingsprincipen.⁷⁹

C — Sammanfattning

d) Invändningar mot utformningen av medlemsstaternas handlingsmöjligheter

125. Parlamentet anser till sist att likabehandlingsprincipen åsidosätts genom de handlingsmöjligheter som öppnas för medlemsstaterna. På grund av de olika möjliga lagstiftningarna och de olika tidpunkterna för deras tillkomst kan jämförbara fall i de olika medlemsstaterna komma att behandlas olika.

126. Därvid bortser parlamentet emellertid från att gemenskapen inte är skyldig att harmonisera rätten till familjeåterförening fullständigt. Tvärtom kan gemenskapen ge

127. Sammanfattningsvis kan jag slå fast att talan inte kan upptas till sakprövning, eftersom det inte är möjligt att föra en talan om partiell ogiltigförklaring av de bestämmelser som parlamentet har påtalat. Skulle domstolen ändå pröva målet i sak, skall artikel 4.6 i direktivet ogiltigförklaras på grund av att parlamentet inte rätteligen har hörts och artikel 8 i direktivet ogiltigförklaras på grund av att den mänskliga rättigheten avseende skydd för familjelivet har åsidosatts.

⁷⁸ — Se ovan punkt 41.

⁷⁹ — Jämför dom av den 11 december 2003 i mål C-127/00, Hässle (REG 2003, s. I-14781), punkt 35 och följande punkter.

V — Rättegångskostnader

Eftersom talan skall avvisas skall parlamentet förpliktas att ersätta rådets rättegångskostnad samt bära sin egen kostnad.

128. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

129. Kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland skall i egenskap av intervenienter enligt artikel 69.4 i rättegångsreglerna bära sina rättegångskostnader.

VI — Förslag till avgörande

130. Jag föreslår att domstolen beslutar följande dom:

1. Talan avvisas.
2. Europaparlamentet skall ersätta Europeiska unionens råds rättegångskostnad samt bära sin egen rättegångskostnad.
3. Förbundsrepubliken Tyskland och Europeiska gemenskapernas kommission skall bära sina rättegångskostnader.