



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MELCHIORA WATHELETA
przedstawiona w dniu 11 stycznia 2018 r.¹

Sprawa C-673/16

**Relu Adrian Coman,
Robert Clabourn Hamilton,
Asociația Accept
przeciwko
Inspectoratul General pentru Imigrări,
Ministerul Afacerilor Interne,
Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Curtea Constituțională (sąd konstytucyjny, Rumunia)]

Odesłanie prejudycjalne – Obywatelstwo Unii Europejskiej – Dyrektywa 2004/38/WE – Artykuł 2 ust. 2 lit. a) – Pojęcie „współmałżonka” – Prawo obywateli Unii do przemieszczania się i pobytu na terytorium Unii – Małżeństwo pomiędzy osobami tej samej płci – Nieuznanie małżeństwa przez państwo przyjmujące – Artykuł 3 – Pojęcie „innego członka rodziny” – Artykuł 7 – Prawo pobytu przez okres przekraczający trzy miesiące – Artykuły 7 i 21 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej

I. Wprowadzenie

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy art. 2 ust. 2 lit. a), art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2 lit. a) i b) oraz art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG².

2. Wniosek ten po raz pierwszy daje Trybunałowi możliwość wypowiedzenia się w przedmiocie pojęcia „współmałżonka” w rozumieniu dyrektywy 2004/38 w kontekście małżeństwa zawartego pomiędzy dwoma mężczyznami. Zadanie to jest o tyle trudne, że mimo iż w niniejszym przypadku chodzi o małżeństwo jako instytucję *prawną*, i to w szczególnym i ograniczonym kontekście prawa obywateli Unii Europejskiej do swobodnego przemieszczania się, definicja pojęcia „współmałżonka”, która zostanie przyjęta, siłą rzeczy będzie dotyczyła samej tożsamości zainteresowanych mężczyzn i kobiet – a więc ich godności – ale też indywidualnego i społecznego postrzegania instytucji małżeństwa przez obywateli Unii, które może się różnić w zależności od danej osoby i danego państwa członkowskiego.

¹ Język oryginału: francuski.

² Dz.U. 2004, L 158, s. 77.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Karta

3. Zgodnie z art. 7 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”), zatytułowanym „Poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego”:

„Każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się”.

4. Zgodnie z art. 9 karty „[p]rawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi, regulującymi korzystanie z tych praw”.

5. Z kolei zgodnie z art. 21 ust. 1 karty „[z]akazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”.

2. Traktat FUE

6. Na podstawie art. 21 TFUE „[k]ażdy obywatel Unii ma prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich, z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków ustanowionych w traktatach i w środkach przyjętych w celu ich wykonania”.

3. Dyrektywa 2004/38

7. Motywy 2, 5, 6 i 31 dyrektywy 2004/38 mają następujące brzmienie:

„(2) Swobodny przepływ osób stanowi jedną z podstawowych swobód rynku wewnętrznego, która obejmuje przestrzeń bez granic wewnętrznych, gdzie swoboda ta jest zapewniona zgodnie z postanowieniami traktatu.

[...]

(5) Prawo wszystkich obywateli Unii do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich powinno być również zagwarantowane członkom ich rodzin bez względu na przynależność państwową, aby korzystanie z niego mogło opierać się na obiektywnych warunkach wolności i godności. Do celów niniejszej dyrektywy definicja »członka rodziny« powinna również obejmować zarejestrowanego partnera, jeżeli ustawodawstwo przyjmującego państwa członkowskiego uznaje równoważność między zarejestrowanym związkiem partnerskim a małżeństwem.

(6) Aby utrzymać szeroko pojętą jedność rodziny [jedność szeroko pojętej rodziny] oraz bez uszczerbku dla zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, przyjmujące państwo członkowskie powinno zbadać w oparciu o własne ustawodawstwo sytuację osób, które nie są objęte definicją członka rodziny na mocy niniejszej dyrektywy i nie korzystają z automatycznego prawa do wjazdu i pobytu w przyjmującym państwie członkowskim, w celu podjęcia decyzji, czy można udzielić takim osobom pozwolenia na wjazd i pobyt ze względu na ich związek z obywatelem Unii lub wszelkie inne okoliczności, na przykład zależność finansową lub fizyczną od tego obywatela Unii.

[...]

- (31) Niniejsza dyrektywa przestrzega podstawowych praw i wolności oraz stosuje się do zasad uznanych w szczególności przez [kartę]. Zgodnie z zakazem dyskryminacji zawartej w karcie, państwa członkowskie powinny wdrożyć niniejszą dyrektywę bez dyskryminowania jej beneficjentów ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub światopogląd, opinie polityczne lub wszelkie inne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”.

8. Artykuł 2 dyrektywy 2004/38, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

[...]

2) »członek rodziny« oznacza:

- a) współmałżonka;
- b) partnera, z którym obywatel Unii zawarł zarejestrowany związek partnerski, na podstawie ustawodawstwa danego państwa członkowskiego, jeżeli ustawodawstwo przyjmującego państwa członkowskiego uznaje równoważność między zarejestrowanym związkiem partnerskim a małżeństwem, oraz zgodnie z warunkami ustanowionymi w odpowiednim ustawodawstwie przyjmującego państwa członkowskiego;
- c) bezpośrednich zstępnych, którzy nie ukończyli dwudziestego pierwszego roku życia lub pozostają na utrzymaniu, oraz tych współmałżonka lub partnera, jak zdefiniowano w lit. b);
- d) bezpośrednich wstępnych pozostających na utrzymaniu oraz tych współmałżonka lub partnera, jak zdefiniowano w lit. b);

[...]”.

9. Artykuł 3 dyrektywy 2004/38, zatytułowany „Beneficjenci”, brzmi następująco:

„1. Niniejszą dyrektywę stosuje się w odniesieniu do wszystkich obywateli Unii, którzy przemieszczają się do innego państwa członkowskiego lub przebywają w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie, którego są obywatelami, oraz do członków ich rodziny, jak zdefiniowano w art. 2 ust. 2, którzy im towarzyszą lub do nich dołączają.

2. Bez uszczerbku dla jakiegokolwiek osobistego prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu zainteresowanych osób, przyjmujące państwo członkowskie, zgodnie ze swoim ustawodawstwem krajowym, ułatwia wjazd i pobyt następujących osób:

- a) wszelkich innych członków rodziny, bez względu na ich przynależność państwową, którzy nie są objęci definicją określoną w art. 2 pkt 2, a w kraju, z którego przybyli, pozostają na utrzymaniu lub są członkami gospodarstwa domowego obywatela Unii, posiadającymi pierwotne prawo pobytu, lub gdzie istnieją poważne względy zdrowotne ściśle wymagające osobistej opieki obywatela Unii nad członkiem rodziny;
- b) partnera, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku.

Przyjmujące państwo członkowskie dokonuje szczegółowej analizy osobistych okoliczności i uzasadnia każdą odmowę wjazdu lub pobytu wobec tych osób”.

10. Artykuł 7 dyrektywy 2004/38, zatytułowany „Prawo pobytu przez okres przekraczający trzy miesiące”, stanowi w ust. 1 i 2:

„1. Wszyscy obywatele Unii posiadają prawo pobytu na terytorium innego państwa członkowskiego przez okres dłuższy niż trzy miesiące, jeżeli:

- a) są pracownikami najemnymi lub osobami pracującymi na własny rachunek w przyjmującym państwie członkowskim; lub
- b) posiadają wystarczające zasoby dla siebie i członków ich rodziny, aby nie stanowić obciążenia dla systemu pomocy społecznej przyjmującego państwa członkowskiego w okresie pobytu, oraz są objęci pełnym ubezpieczeniem zdrowotnym w przyjmującym państwie członkowskim; lub
- c) są zapisani do instytucji prywatnej lub publicznej, uznanej lub finansowanej przez przyjmujące państwo członkowskie na podstawie przepisów prawnych lub praktyki administracyjnej, zasadniczo w celu odbycia studiów, włącznie z kształceniem zawodowym; oraz
 - są objęci pełnym ubezpieczeniem zdrowotnym w przyjmującym państwie członkowskim i zapewnią odpowiednią władzę krajową, za pomocą oświadczenia lub innego równoważnego środka według własnego wyboru, że posiadają wystarczające zasoby dla siebie i członków rodziny, aby nie stanowić obciążenia dla systemu pomocy społecznej przyjmującego państwa członkowskiego w okresie ich pobytu; lub
- d) są członkami rodziny towarzyszącymi lub dołączającymi do obywatela Unii, który spełnia warunki określone w lit. a), b) lub c).

2. Prawo pobytu przewidziane w ust. 1 rozciąga się na członków rodziny, którzy nie są obywatelami jednego z państw członkowskich, towarzyszących lub dołączających do obywatela Unii w przyjmującym państwie członkowskim, o ile tacy obywatele Unii spełniają warunki określone w ust. 1 lit. a), b) lub c)”.

B. Prawo rumuńskie

11. Zgodnie z art. 259 ust. 1 i 2 kodeksu cywilnego:

„1. Małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety swobodnie zawartym, zgodnie z warunkami określonymi w ustawie.

2. Mężczyzna i kobieta mają prawo do zawarcia małżeństwa w celu założenia rodziny”.

12. Zgodnie z brzmieniem art. 277 ust. 1, 2 i 4 kodeksu cywilnego:

„1. Zakazane jest zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci.

2. Małżeństwa pomiędzy osobami tej samej płci zawarte za granicą zarówno przez obywateli rumuńskich, jak i przez obywateli innych państw, nie podlegają uznaniu w Rumunii.

[...]

4. Przepisy prawa w przedmiocie swobody przemieszczania się po terytorium Rumunii przez obywateli państw członkowskich [Unii] i Europejskiego Obszaru Gospodarczego pozostają w mocy”.

III. Okoliczności faktyczne sporu w postępowaniu głównym

13. Relu Adrian Coman jest obywatelem rumuńskim posiadającym równocześnie obywatelstwo amerykańskie. W czerwcu 2002 r. poznał on w Nowym Jorku (Stany Zjednoczone) Roberta Clabourna Hamiltona, obywatela amerykańskiego. Wspólnie zamieszkiwali ze sobą przez okres od maja 2005 r. do maja 2009 r., kiedy to R.A. Coman przeprowadził się do Brukseli, aby podjąć pracę w Parlamencie Europejskim jako asystent parlamentarny, podczas gdy R.C. Hamilton pozostał w Nowym Jorku. W dniu 5 listopada 2010 r. R.A. Coman i R.C. Hamilton zawarli w Brukseli związek małżeński

14. W marcu 2012 r. R.A. Coman zaprzestał pracy w Parlamencie Europejskim i pozostał w Brukseli. W grudniu 2012 r. R.A. Coman i jego małżonek wystąpili do rumuńskich organów administracyjnych o wydanie im dokumentów potrzebnych do tego, aby R.A. Coman mógł wraz ze swoim małżonkiem, niebędącym obywatelem Unii, zgodnie z prawem pracować i przebywać w Rumunii przez okres przekraczający trzy miesiące.

15. Pismem z dnia 11 stycznia 2013 r. Inspectoratul General pentru Imigrări (generalny inspektor ds. imigracji, Rumunia) rozpatrzył ich wniosek odmownie. Zdaniem inspektora, ze względu na wymogi określone w krajowych przepisach imigracyjnych oraz inne właściwe przepisy obowiązujące w tej dziedzinie, przepisy o łączeniu rodzin nie mogą stanowić podstawy do wydania decyzji o przedłużeniu prawa pobytu czasowego w przypadku obywatela amerykańskiego.

16. W dniu 28 października 2013 r. R.A. Coman i R.C. Hamilton wniesli, wraz z Asociația Accept, odwołanie od decyzji Inspectoratul General pentru Imigrări (generalnego inspektora ds. imigracji) do Judecătoria Sectorului 5 București (sądu pierwszej instancji dla rejonu 5 w Bukareszcie, Rumunia).

17. W ramach tego sporu skarżący podnieśli zarzut niekonstytucyjności art. 277 ust. 2 i 4 kodeksu cywilnego. Ich zdaniem nieuznawanie małżeństw zawartych przez osoby tej samej płci za granicą dla celów realizacji prawa pobytowego stanowi naruszenie postanowień konstytucji rumuńskiej, która chroni prawo do życia intymnego, rodzinnego i prywatnego, jak również jej postanowień dotyczących zasady równości.

18. W dniu 18 grudnia 2015 r. Judecătoria Sectorului 5 București (sąd pierwszej instancji dla rejonu 5 w Bukareszcie) wystąpił do Curtea Constituțională (sądu konstytucyjnego, Rumunia) z pytaniem prawnym w przedmiocie wspomnianego zarzutu. Sąd konstytucyjny stwierdził, że niniejsza sprawa dotyczy jedynie uznania skutków małżeństwa legalnie zawartego za granicą pomiędzy obywatelem Unii a będącym obywatelem państwa trzeciego jego współmałżonkiem tej samej płci w kontekście prawa do życia rodzinnego i prawa do swobodnego przemieszczania się, rozpatrywanych w świetle zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. W tym kontekście sąd konstytucyjny powziął wątpliwości co do wykładni kilku pojęć stosowanych w dyrektywie 2004/38 w świetle karty oraz niedawnego orzecznictwa Trybunału i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zwanego dalej „ETPC”) dotyczącego prawa do życia rodzinnego. Sąd odsyłający postanowił wobec tego zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału w trybie prejudycjalnym.

IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

19. Postanowieniem z dnia 29 listopada 2016 r., doręczonym Trybunałowi w dniu 30 grudnia 2016 r., Curtea Constituțională (sąd konstytucyjny) przedłożył Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy określenie »współmałżonek« zawarte w art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 w związku z art. 7, 9, 21 i 45 karty obejmuje współmałżonka tej samej płci, pochodzącego z państwa niebędącego członkiem Unii, obywatela Unii, z którym obywatel zawarł legalne małżeństwo na podstawie przepisów prawa państwa członkowskiego innego niż przyjmujące państwo członkowskie?

- 2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy art. 3 ust. 1 i art. 7 ust. [2]³ dyrektywy 2004/38 w związku z art. 7, 9, 21 i 45 karty wymagają, aby przyjmujące państwo członkowskie przyznało prawo pobytu na swoim terytorium lub na okres przekraczający trzy miesiące mającemu tę samą płć współmałżonkowi obywatela Unii?
- 3) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy pochodzący z państwa niebędącego członkiem Unii i mający tę samą płć współmałżonek obywatela Unii, z którym obywatel ten zawarł legalne małżeństwo na podstawie przepisów prawa państwa członkowskiego innego niż przyjmujące państwo członkowskie, może zostać zakwalifikowany jako »wszelki inny członek rodziny« na podstawie art. 3 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 lub »partner, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należyście poświadczonym związku« na podstawie art. 3 ust. 2 lit. b) wspomnianej dyrektywy, co odpowiada obowiązкови ułatwienia przez państwo przyjmujące wjazdu i pobytu tego współmałżonka, nawet jeżeli państwo przyjmujące nie uznaje małżeństw pomiędzy osobami tej samej płci ani nie przewiduje żadnej innej alternatywnej formy prawnego uznania, takiej jak związki zarejestrowane?
- 4) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie trzecie: czy art. 3 ust. 2 i art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/38 w związku z art. 7, 9, 21 i 45 karty wymagają, aby przyjmujące państwo członkowskie przyznało prawo pobytu na swoim terytorium lub na okres przekraczający trzy miesiące mającemu tę samą płć współmałżonkowi obywatela Unii?”.

20. Uwagi na piśmie w niniejszym postępowaniu zostały przedłożone przez skarżących w postępowaniu głównym, rządy rumuński, węgierski, niderlandzki i polski oraz Komisję Europejską.

21. Ponadto, z wyjątkiem rządu niderlandzkiego, wszyscy uczestnicy przedstawili swoje stanowiska na rozprawie, która odbyła się w dniu 21 listopada 2017 r. Rząd łotewski oraz Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, którzy nie przedstawili uwag na piśmie, również mieli okazję zaprezentować swoje argumenty na tej rozprawie.

V. Analiza

A. W przedmiocie zastosowania dyrektywy 2004/38

22. W myśl art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38 „beneficjentami” praw, jakie przyznaje ta dyrektywa, są „wszyscy obywatele Unii, którzy przemieszczają się do innego państwa członkowskiego lub przebywają w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie, którego są obywatelami, oraz członkowie ich rodziny, jak zdefiniowano w art. 2 ust. 2, którzy im towarzyszą lub do nich dołączają”⁴.

23. W ramach sporu w postępowaniu głównym R.C. Hamilton nie może zatem powołać się na dyrektywę na swoją korzyść. Trybunał orzekł już bowiem nadzwyczaj wyraźnie, że „jak wynika z językowej, systemowej i celowościowej wykładni przepisów dyrektywy 2004/38, przepisy te nie pozwalają na przyznanie pochodnego prawa pobytu obywatelom państw trzecich, członkom rodziny obywatela Unii, w państwie przynależności państwowej tego ostatniego”⁵.

³ Wydaje się, że brzmienie drugiego pytania zawiera omyłkę pisarską. Sąd odsyłający ma tu bowiem na myśli art. 7 ust. 1 dyrektywy 2004/38. Z kolei ze względu na fakt, że R.C. Hamilton jest obywatelem państwa trzeciego, przepis ten nie ma zastosowania do jego sytuacji, w przeciwieństwie do art. 7 ust. 2 wspomnianej dyrektywy. Zresztą to ten ostatni przepis został przywołany w pytaniu czwartym.

⁴ Wyróżnienie moje.

⁵ Wyrok z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 37). Zobacz także wyroki: z dnia 10 maja 2017 r., Chavez-Vilchez i in. (C-133/15, EU:C:2017:354, pkt 53); z dnia 14 listopada 2017 r., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, pkt 33).

24. Trybunał uznał jednak, że w niektórych przypadkach pochodne prawo pobytu może być oparte na art. 21 ust. 1 TFUE oraz że w tym zakresie dyrektywa 2004/38 powinna być stosowana w drodze analogii⁶.

25. Gdyby bowiem obywatel państwa trzeciego, członek rodziny obywatela Unii, był pozbawiony prawa pobytu w państwie, którego ów obywatel Unii posiada obywatelstwo, rzeczony obywatel Unii mógłby zostać zniechęcony do opuszczenia tego państwa członkowskiego w celu wykonywania działalności na terytorium innego państwa członkowskiego ze względu na brak pewności, czy po powrocie do państwa członkowskiego pochodzenia będzie miał możliwość kontynuowania wspólnego życia z bliskimi członkami rodziny, które to życie mogło ewentualnie zostać zapoczątkowane w przyjmującym państwie członkowskim⁷. Aby możliwe było skorzystanie z pochodnego prawa pobytu, pobyt obywatela Unii w przyjmującym państwie członkowskim powinien jednak charakteryzować się wystarczającą efektywnością, pozwalającą na rozwinięcie lub umocnienie życia rodzinnego w tym państwie członkowskim⁸.

26. Zostało więc już przyjęte, że „[w] sytuacji gdy przy okazji efektywnego pobytu obywatela Unii w przyjmującym państwie członkowskim na podstawie art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/38 i w poszanowaniu określonych w nim warunków w tym ostatnim państwie członkowskim rozwinęło lub umocniło się życie rodzinne, skuteczność (effet utile) praw, które dany obywatel Unii wywodzi z art. 21 ust. 1 TFUE, wymaga, by życie rodzinne, które ów obywatel prowadził w przyjmującym państwie członkowskim, mogło toczyć się dalej po jego powrocie do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej poprzez przyznanie pochodnego prawa pobytu zainteresowanemu członkowi rodziny będącemu obywatelem państwa trzeciego. W braku takiego pochodnego prawa pobytu ów obywatel Unii zostałby bowiem odwiedziony od opuszczenia państwa członkowskiego, którego przynależność państwową posiada, w celu skorzystania z przysługującego mu na podstawie art. 21 ust. 1 TFUE prawa pobytu w innym państwie członkowskim z tego względu, że nie miałby pewności, czy po powrocie do państwa członkowskiego swego pochodzenia mógłby dalej prowadzić wspólne życie z bliskimi członkami rodziny, rozwinięte lub umocnione w przyjmującym państwie członkowskim”⁹.

27. W niniejszej sprawie wydaje się ustalone, że R.A. Coman i R.C. Hamilton umocnili swoje życie rodzinne w czasie efektywnego pobytu tego ostatniego, obywatela Unii, w Belgii. Otóż po okresie wspólnego zamieszkiwania przez okres czterech lat w Nowym Jorku i rozpoczęciu w związku z tym życia rodzinnego¹⁰ ich relacja w sposób bezsprzeczny została skonsolidowana przez zawarcie związku małżeńskiego w Brukseli w dniu 5 listopada 2010 r.

6 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 50, 61); z dnia 10 maja 2017 r., Chavez-Vilchez i in. (C-133/15, EU:C:2017:354, pkt 54, 55); z dnia 14 listopada 2017 r., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, pkt 46, 61); a także, w odniesieniu do rozporządzenia Rady (EWG) nr 1612/68 z dnia 15 października 1968 r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty (Dz.U. 1968, L 257, s. 2), wyrok z dnia 11 grudnia 2007 r., Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, pkt 39).

7 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 11 grudnia 2007 r., Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, pkt 35, 36, 45); z dnia 8 listopada 2012 r., Lida (C-40/11, EU:C:2012:691, pkt 70); a także z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 46). Począwszy od 1992 r. Trybunał orzekał, że „swoboda przemieszczania się oraz swoboda prowadzenia działalności gospodarczej, przysługujące obywatelowi Unii na podstawie traktatów, [nie mogłyby] bowiem w pełni wywoływać swych skutków, gdyby uwaga [tego ostatniego] była odwrócona od jej wykonywania za sprawą przeszkód stawianych jego współmałżonkowi w odniesieniu do wjazdu i pobytu w jego państwie pochodzenia. To z tego względu małżonkowi obywatela [Unii], który skorzystał ze swoich praw, powinny, w sytuacji, w której ten ostatni powraca do swojego państwa pochodzenia, przysługiwać co najmniej te same prawa do wjazdu i pobytu, które by mu przysługiwały na podstawie prawa [Unii], w wypadku gdyby jego małżonek lub małżonka zdecydowali się na wjazd i pobyt w innym państwie członkowskim” (wyrok z dnia 7 lipca 1992 r., Singh, C-370/90, EU:C:1992:296, pkt 23). Na orzecznictwo to powołano się przykładowo w wyroku z dnia 11 lipca 2002 r., Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, pkt 38, 39).

8 Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 51).

9 Wyrok z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 54).

10 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału „należy zatem stwierdzić, że obywatele państw trzecich będący członkami rodziny obywatela Unii mają, na podstawie dyrektywy 2004/38, prawo dołączenia do tego obywatela Unii w przyjmującym państwie członkowskim, niezależnie od faktu, czy osiadł on w tym państwie przed założeniem lub po założeniu rodziny” (wyrok z dnia 25 lipca 2008 r., Metock i in., C-127/08, EU:C:2008:449, pkt 90; wyróżnienie moje).

28. Okoliczność, że R.C. Hamilton nie mieszkał w sposób nieprzerwany z R.A. Comanem w tym mieście, nie może moim zdaniem pozbawiać ich relacji efektywnego charakteru. W dobie globalizacji nie należy bowiem do rzadkości, że para, w wypadku gdy jeden z partnerów pracuje za granicą, nie zamieszkuje pod jednym dachem przez dłuższy lub krótszy okres ze względu na odległość dzielącą te dwa państwa, dostępność środków transportu, pracę drugiego z małżonków czy też obowiązek szkolny dzieci. Ten brak wspólnego zamieszkania nie może sam w sobie mieć wpływu na istnienie potwierdzonej stałej relacji – co ma miejsce w niniejszym przypadku – i w rezultacie na istnienie życia rodzinnego¹¹.

29. Pytania przedłożone przez sąd odsyłający są zatem istotne, ponieważ wykładnia przepisów, o których mowa we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, może być użyteczna dla rozstrzygnięcia sprawy skierowanej do Curtea Constituțională (sądu konstytucyjnego).

B. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

30. W swoim pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy pojęcie „współmałżonka” zawarte w art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 w związku z art. 7, 9, 21 i 45 karty obejmuje pochodzącego z państwa trzeciego współmałżonka tej samej płci, obywatela Unii, z którym ów obywatel zawarł legalne małżeństwo na podstawie przepisów prawa państwa członkowskiego innego niż przyjmujące państwo członkowskie.

31. Strony, które przedstawiły uwagi, proponują dwie całkowicie odmienne odpowiedzi. Zdaniem skarżących w postępowaniu głównym, rządu niderlandzkiego i Komisji art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 powinien być przedmiotem autonomicznej i jednolitej wykładni. W myśl takiej wykładni obywatel państwa trzeciego tej samej płci co obywatel Unii, z którym ten pierwszy zawarł legalny związek małżeński zgodnie z prawem państwa członkowskiego, powinien być objęty pojęciem „współmałżonka”. Z kolei rządy rumuński, łotewski, węgierski i polski stoją na stanowisku, że pojęcie to nie mieści się w prawie Unii i powinno być zdefiniowane w świetle przepisów przyjmującego państwa członkowskiego.

32. Trudno jest zgodzić się z tym ostatnim stanowiskiem. Przeciwnie, uważam, że konieczne jest zastosowanie autonomicznej wykładni, skutkiem czego pojęcie „współmałżonka” zawarte w art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 należy rozumieć niezależnie od płci osoby, która pozostaje w związku małżeńskim z obywatelem Unii.

1. Autonomiczna wykładnia pojęcia „współmałżonka”

33. O ile art. 2 pkt 2 lit. b) dyrektywy 2004/38, dotyczący zarejestrowanego związku partnerskiego, odsyła do „ustawodawstwa danego państwa członkowskiego”, o tyle art. 2 pkt 2 lit. a) wspomnianej dyrektywy nie zawiera żadnego odesłania do prawa państw członkowskich w celu ustalenia znaczenia pojęcia „współmałżonka”.

¹¹ Zobacz podobnie wyroki ETPC: z dnia 7 listopada 2013 r. w sprawie Vallianatos i in. przeciwko Grecji (CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, pkt 73); z dnia 21 lipca 2015 r. w sprawie Oliari i in. przeciwko Włochom (CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, pkt 169); a także z dnia 23 lutego 2016 r. w sprawie Pajić przeciwko Chorwacji (CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, pkt 65). Realia życia partnerów R.A. Comana i R.C. Hamiltona przed jego „umocnieniem” w państwie członkowskim Unii pozwalają odróżnić ich sytuację od okoliczności, która legła u podstaw wyroku z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

34. Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału zarówno względy jednolitego stosowania prawa Unii, jak i zasady równości wskazują na to, że treści przepisu prawa wspólnotowego, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia jego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii jednolitą wykładnię¹². Wykładnię tę należy ustalić, uwzględniając nie tylko brzmienie, ale również kontekst przepisu i cel danego uregulowania¹³.

35. Wspomniana metodologia została w sposób wyraźny użyta w ramach dyrektywy 2004/38; nie widzę powodu, aby nie zastosować jej w celu dokonania wykładni pojęcia „współmałżonka”¹⁴.

36. Oczywiście, uznaje się, że ustawodawstwo dotyczące stanu cywilnego mieści się w kompetencjach państw członkowskich i prawo Unii nie narusza tej kompetencji¹⁵. Jednakże w tym zakresie narzucają się dwie uwagi.

37. Z jednej strony zgodnie z utrwalonym i przekrojowym orzecnictwem państwa członkowskie powinny w ramach wykonywania tych kompetencji przestrzegać prawa Unii¹⁶. Kwestie dotyczące stanu cywilnego osób także podlegają tej regulacji, ponieważ Trybunał w sposób wyraźny orzekł, że przy wykonywaniu tej kompetencji należy przestrzegać przepisów dotyczących zasady niedyskryminacji¹⁷.

38. Z drugiej strony problem prawny występujący w sporze w postępowaniu głównym nie dotyczy legalizacji małżeństwa zawartego przez osoby tej samej płci, ale swobody przemieszczania się obywatela Unii. Tymczasem, chociaż państwa członkowskie mają prawo decydowania, czy chcą dopuścić możliwość zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci w swoim porządku prawnym¹⁸, o tyle Trybunał orzekł, że sytuacja, która jest regulowana przepisami należącymi a priori do kompetencji państw członkowskich, może pozostawać „w swoistym stosunku ze swobodą przemieszczania się obywatela Unii, która to swoboda – aby nie doszło do jej naruszenia – stoi na przeszkodzie temu, by rzeszonym obywatelom [państw trzecich] można było odmówić prawa wjazdu i pobytu na terytorium państwa członkowskiego, w którym przebywa dany obywatel Unii”¹⁹.

39. Wprowadzenie instytucji małżeństwa – rozumianego wyłącznie jako związek mężczyzny i kobiety – do niektórych konstytucji krajowych²⁰ nie może zmienić tego stanowiska.

12 Zobacz, pośród licznych przykładów, wyrok z dnia 18 października 2016 r., Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).

13 W kwestii niedawnego stosowania tego orzecznictwa zob. wyroki: z dnia 18 maja 2017 r., Hummel Holding (C-617/15, EU:C:2017:390, pkt 22); z dnia 27 września 2017 r., Nintendo (C-24/16 i C-25/16, EU:C:2017:724, pkt 70).

14 W kwestii pojęcia „legalnie zamieszkują” użytego w art. 16 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy 2004/38 zob. wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., Ziolkowski i Szeja (C-424/10 i C-425/10, EU:C:2011:866, pkt 31–34). Zobacz także opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:174, pkt 39); opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie Reyes (C-423/12, EU:C:2013:719, pkt 29).

15 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 10 maja 2011 r., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, pkt 38); z dnia 12 grudnia 2013 r., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, pkt 26); z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, pkt 59); a także z dnia 24 listopada 2016 r., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 58).

16 Zobacz w dziedzinie obywatelstwa, w odniesieniu do nazwisk osób, wyrok z dnia 2 października 2003 r., Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, pkt 25); w dziedzinie podatków bezpośrednich wyrok z dnia 14 lutego 1995 r., Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, pkt 21); a także w sprawach karnych wyrok z dnia 19 stycznia 1999 r., Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, pkt 17).

17 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, pkt 59); a także z dnia 24 listopada 2016 r., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 58).

18 Zobacz podobnie wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 59).

19 Wyrok z dnia 8 listopada 2012 r., Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, pkt 72). W tej sprawie chodziło o regulację dotyczącą wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich poza zakresem stosowania dyrektywy 2003/109/WE Rady z dnia 25 listopada 2003 r. dotyczącej statusu obywateli państw trzecich będących rezydentami długoterminowymi (Dz.U. 2004, L 16, s. 44) oraz dyrektywy 2004/38.

20 Chodzi o Republikę Bułgarię, Republikę Łotewską, Republikę Litewską i Rzeczpospolitą Polską.

40. Gdyby bowiem przyjąć, że koncepcja małżeństwa wynika z tożsamości narodowej niektórych państw członkowskich – co nie zostało w sposób wyraźny podniesione przez żadne z państw członkowskich, które przedstawiły uwagi na piśmie, z wyjątkiem rządu łotewskiego na rozprawie w dniu 21 listopada 2017 r. – to obowiązek poszanowania tej tożsamości, wyrażony w art. 4 ust. 2 TUE, nie może być rozumiany w oderwaniu od obowiązku lojalnej współpracy wynikającego z art. 4 ust. 3 TUE. Zgodnie z tym ostatnim postanowieniem państwa członkowskie są zobowiązane do wykonywania zobowiązań wynikających z traktatów lub z aktów instytucji Unii.

41. Tymczasem w niniejszej sprawie pytania przedłożone przez sąd odsyłający mieszczą się wyłącznie w zakresie stosowania dyrektywy 2004/38. Chodzi tu zatem wyłącznie o doprecyzowanie zakresu obowiązku wynikającego z aktu Unii. W rezultacie wykładnia pojęcia „współmałżonka”, ograniczonego do zakresu stosowania dyrektywy 2004/38 w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, nie może podważyć obecnej swobody państw członkowskich w zakresie legalizacji małżeństw osób tej samej płci²¹.

42. Ponadto, jak przedstawię to w ramach analizy kontekstu i celów dyrektywy 2004/38, prawa podstawowe odnoszące się do pojęcia „współmałżonka” również sprzeciwiają się wykładni, która mogłaby uniemożliwić lub utrudnić homoseksualnemu obywatelowi lub homoseksualnej obywatelce Unii połączenie się z osobą, z którą ów obywatel / owa obywatelka zawarł(a) związek małżeński.

2. W przedmiocie pojęcia „współmałżonka” w rozumieniu art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38

43. Należy więc ustalić wykładnię pojęcia „współmałżonka” użytego w art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 z uwzględnieniem brzmienia tego przepisu, jego kontekstu i celu dyrektywy 2004/38.

a) W przedmiocie brzmienia i struktury art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38

44. Dyrektywa 2004/38 nie definiuje pojęcia „współmałżonka”, które jest w niej stosowane wielokrotnie, w szczególności w art. 2 pkt 2 lit. a).

45. Niemniej jednak struktura art. 2 pkt 2 dyrektywy 2004/38 w związku z art. 3 ust. 2 lit. b) tej samej dyrektywy pozwala na stwierdzenie, że pojęcie „współmałżonka” odsyła do pojęcia „małżeństwa”.

46. Oprócz bowiem bezpośrednich zstępnych i bezpośrednich wstępnych, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. c) i d) dyrektywy 2004/38, „członkami rodziny” w rozumieniu dyrektywy 2004/38 są współmałżonek i partner, z którym obywatel Unii zawarł zarejestrowany związek partnerski. Artykuł 3 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/38 poszerza krąg beneficjentów dyrektywy o „partnera, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku”.

²¹ Refleksja Silvie Pfeiff przedstawiona w ramach wnikliwej analizy dotyczącej „możliwości przenoszenia statusu osobowego” może zostać zastosowana do skutków dyrektywy 2004/38. Zdaniem tej autorki „[p]odstawowym argumentem przeciwko uznaniu małżeństwa jedнопłciowego jest wola ochrony małżeństwa tradycyjnego. Uznanie małżeństwa jedнопłciowego zawartego za granicą nie stanowi zagrożenia dla tradycyjnego małżeństwa w państwie siedziby sądu orzekającego. Uznanie to nie stanowi przeszkody dla par heteroseksualnych, aby się pobierały. Nie umożliwia również zawierania małżeństw parom tej samej płci w państwie przyjmującym. Skutek uznania małżeństwa jedнопłciowego ogranicza się zatem do zainteresowanych par i nie narusza rozwiązań systemowych” [S. Pfeiff, La portabilité du statut personnel dans l'espace européen, Bruylant, Coll. Europe(s), 2017, wyd. specjalne nr 636, s. 572; wyróżnienie moje].

47. Z zastrzeżeniem, że są one nieistotne w niniejszej sprawie, te trzy hipotezy siłą rzeczy dotyczą różnych sytuacji, od najbardziej wiążącej do najbardziej elastycznej z prawnego punktu widzenia. Ze względu na fakt, że zwykłego związku nieuregulowanego pod względem prawnym dotyczy art. 3 dyrektywy 2004/38, a istnienia zarejestrowanego związku partnerskiego dotyczy art. 2 pkt 2 lit. b) dyrektywy, pojęcie „współmałżonka” obejmuje trzecią i ostatnią hipotezę dopuszczalną przez prawo, czyli związek stanowiący małżeństwo²².

48. Trybunał ponadto, w sposób dorozumiany, ale niewątpliwy, powiązał już z małżeństwem pojęcie „współmałżonka” zawarte w art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38. W wyroku z dnia 25 lipca 2008 r., Metock i in. (C-127/08, EU:C:2008:449), Trybunał orzekł bowiem, że wykładni art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38 należy dokonywać w ten sposób, iż „obywatel państwa trzeciego, *będący współmałżonkiem obywatela Unii* zamieszkującego w państwie członkowskim, którego obywatelstwa nie posiada, i towarzyszący temu obywatelowi Unii lub dołączający do niego, korzysta z przepisów rzeczony dyrektywy, *niezależnie od miejsca i daty zawarcia przez nich związku małżeńskiego* oraz sposobu, w jaki ten obywatel państwa trzeciego wjechał do przyjmującego państwa członkowskiego”²³.

49. O ile zatem jest pewne, że pojęcie „współmałżonka” zawarte w art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 odsyła do małżeństwa, o tyle jest ono neutralne z punktu widzenia płci i niezależne od miejsca, w którym takie małżeństwo zostało zawarte.

50. Brak wpływu miejsca, w którym małżeństwo zostało zawarte, jest z kolei potwierdzony, a contrario, przez wybór prawodawcy Unii polegający na odesłaniu w sposób wyraźny do prawa przyjmującego państwa członkowskiego w przypadku zarejestrowanego związku partnerskiego. Różnicę tę można łatwo wytłumaczyć okolicznością, że instytucja małżeństwa ma pewien uniwersalny charakter – przynajmniej z założenia – w sferze praw i obowiązków małżonków, podczas gdy ustawodawstwa dotyczące „związku partnerskiego” są zróżnicowane w zakresie ich podmiotowego i przedmiotowego zakresu stosowania, jak również ich skutków prawnych²⁴. Ponadto prawodawca Unii ograniczył krąg beneficjentów art. 2 pkt 2 lit. b) dyrektywy 2004/38 do zarejestrowanych związków partnerskich „równoważnych małżeństwu”²⁵.

22 Aby być precyzyjnym, można by jeszcze odróżnić od wolnego związku sytuację, w której para, aby uregulować swoją sytuację, zawarła umowę prawa prywatnego (podobnie S. Franq, *Nouvelles formes de relation de couple, mariage entre personnes de même sexe, partenariat enregistré, pacs, etc.*, w: *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, 2005, s. 253–281, w szczególności s. 255, 256). W kontekście dyrektywy 2004/38 wydaje mi się jednak, że te dwie hipotezy mieszczą się w zakresie stosowania art. 3 ust. 2 lit. b).

23 Punkt 99 wyroku oraz pkt 2 jego sentencji, wyróżnienie moje. Zobacz także wyrok z dnia 17 kwietnia 1986 r., Reed (59/85, EU:C:1986:157). We wspomnianym wyroku Trybunał orzekł, w odniesieniu do wykładni pojęcia „współmałżonka” w rozumieniu aktu poprzedzającego dyrektywę 2004/38 [czyli rozporządzenia (EWG) nr 1612/68], że „ze względu na zastosowanie słowa »współmałżonek«, wspomniane rozporządzenie dotyczyło wyłącznie stosunku opartego na małżeństwie”, z wyłączeniem stosunku „partnera w stałej relacji” (pkt 15).

24 Kryteria te pozwalają na wskazanie co najmniej pięciu kategorii zarejestrowanych związków partnerskich w ramach Unii. Podobnie E. Goossens, *Different regulatory regimes for registered partnership and marriage: out-dated or indispensable?*, w: *Confronting the frontiers of family and succession law: liber amicorum Walter Pintens*, vol. 1, Intersentia, Slp ed., 2012, s. 633–650, w szczególności s. 634–638.

25 Zastanawiam się jednakże nad ważnością w obecnych czasach tego odesłania do prawa przyjmującego państwa członkowskiego, i to tym bardziej, że jest ono bezspornie związane z ograniczeniem zakresu stosowania art. 2 pkt 2 lit. b) dyrektywy 2004/38 do zarejestrowanych związków partnerskich równoważnych z małżeństwem. ETPC orzekł bowiem w sposób bardzo jasny, że art. 8 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC”), nakładał na państwa-strony EKPC obowiązek umożliwienia parom jedнопłciowym uzyskania uznania i ochrony prawnej ich związku. Oznacza to konkretnie, że państwo, które ogranicza małżeństwo tylko do par różnopłciowych i nie ustanawia zarejestrowanego związku dostępnego dla par jedнопłciowych, narusza art. 8 EKPC, a w rezultacie – art. 7 karty (zob. podobnie wyrok ETPC z dnia 21 lipca 2015 r. w sprawie Oliari i in. przeciwko Włochom, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611). Stosownie bowiem do art. 52 ust. 3 karty, w zakresie, w jakim karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w EKPC, ich znaczenie i zakres są takie same jak znaczenie i zakres praw przyznanych przez EKPC. Z kolei w świetle wyjaśnień dotyczących karty, które – zgodnie z art. 52 ust. 7 karty – powinny być „należycie uwzględniane przez sądy Unii”, prawa zagwarantowane w art. 7 karty odpowiadają prawom ustanowionym w art. 8 EKPC. Te pierwsze mają więc takie samo znaczenie i zakres jak te drugie.

51. Prace przygotowawcze dotyczące dyrektywy 2004/38 potwierdzają natomiast, że wybór pojęcia o charakterze neutralnym został dokonany świadomie. O ile bowiem pojęcie „współmałżonka” zostało przez Komisję użyte bez żadnej wskazówki w jej początkowym wniosku²⁶, o tyle intencją Parlamentu było, aby brak różnicowania ze względu na płeć osoby został podkreślony poprzez dodanie sformułowania „niezależnie od płci, zgodnie z ustawodawstwem krajowym mającym zastosowanie w danej sprawie”²⁷. Jednakże Rada Unii Europejskiej wyraziła swoje wątpliwości co do wyboru definicji pojęcia „współmałżonka”, które objęłoby w sposób wyraźny małżonków tej samej płci, w sytuacji, w której jedynie dwa państwa członkowskie uchwały w tamtym czasie przepisy zezwalające na małżeństwa osób tej samej płci, przy czym również Trybunał orzekł, że definicja małżeństwa, powszechnie akceptowana w tamtym czasie przez państwa członkowskie, obejmowała związek dwóch osób odmiennej płci²⁸. Ze względu na obawy Rady Komisja wołała „ograniczyć swój wniosek do pojęcia współmałżonka obejmującego, co do zasady, współmałżonka płci przeciwnej, z zastrzeżeniem możliwości ewolucji w przyszłości”²⁹.

52. Wydaje mi się zatem, iż wspomniane prace nie mogą stanowić poparcia dla argumentu, który w większym stopniu przemawiałby na rzecz którejkolwiek z tych tez. Pewne jest bowiem, że prawodawca Unii był w pełni świadom kontrowersji, które mogła wywołać wykładnia „współmałżonka” niezdefiniowanego w żaden sposób. Z kolei prawodawca Unii nie chciał doprecyzować tego pojęcia ani poprzez ograniczenie go do małżeństw różnopłciowych, ani, przeciwnie, poprzez rozszerzenie go do małżeństw osób tej samej płci – Komisja jednakże w sposób wyraźny podkreśliła możliwość przyszłych zmian w tym zakresie. To zastrzeżenie Komisji ma zasadnicze znaczenie. Wyklucza ono, aby pojęcie „współmałżonka” było definitywnie ustalone i hermetyczne w oderwaniu od przemian społecznych³⁰.

53. Z tej pierwszej analizy wynika zatem, że brzmienie art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 jest neutralne. Dokonany przez prawodawcę wybór pozwala na wykładnię pojęcia „współmałżonka” niezależnie od miejsca zawarcia małżeństwa i kwestii płci zainteresowanych osób. Taka wykładnia znajduje potwierdzenie w kontekście i celu dyrektywy 2004/38.

b) W przedmiocie kontekstu art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38

54. W czasie kiedy dyrektywa 2004/38 została przyjęta, jedynie w dwóch państwach członkowskich Unii – w Królestwie Niderlandów i Królestwie Belgii – obowiązywały ustawy pozwalające na zawieranie małżeństw jednopłciowych. Jak już wcześniej wskazałem, okoliczność ta miała wpływ na decyzję Rady, aby nie wyrazić zgody na propozycje poprawek Parlamentu zmierzające do wyraźniejszego sformułowania art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38.

²⁶ Zobacz art. 2 pkt 2 lit. a) wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich [COM(2001) 257 wersja ostateczna, Dz.U. 2001, C 270 E, s. 150].

²⁷ Zobacz sprawozdanie Parlamentu Europejskiego z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich (A5-0009/2003).

²⁸ Zobacz wspólne stanowisko (WE) nr 6/2004 przyjęte przez Radę w dniu 5 grudnia 2003 r. w celu przyjęcia dyrektywy 2004/.../WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz.U. 2004, C 54 E, s. 28). O ile Rada nie wskazuje orzecznictwa, do którego się odnosi, o tyle Komisja odsyła, w swoim zmienionym wniosku dotyczącym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich [COM(2003) 199 wersja ostateczna], do wyroku z dnia 31 maja 2001 r., D i Szwecja/Rada (C-122/99 P i C-125/99 P, EU:C:2001:304, pkt 34).

²⁹ Zobacz zmieniony wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich [COM(2003) 199 wersja ostateczna, s. 11]. Wyróżnienie moje.

³⁰ Wskazane ryzyko i ogólniejsza trudność w ustaleniu, jaka była intencja prawodawcy, prowadzą zresztą do przyjęcia, że wykładnia historyczna odgrywa rolę drugorzędną. Zobacz podobnie S. Titshaw, Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret „Spouse” in the E.U. Family Migration Directives, Bodson University International Law Journal, 2016, vol. 34:45, s. 45–112, w szczególności s. 76–78.

55. Jednakże wydaje mi się, że należy wziąć pod uwagę możliwość perspektywy zmian w tym zakresie, o których wspomniała Komisja w swoim zmienionym wniosku. Pojęcie „współmałżonka” jest też ściśle związane z licznymi prawami podstawowymi; wykładnia systemowa nie może tego ignorować.

1) W przedmiocie ewolucji wykładni pojęcia „współmałżonka”

56. Jak podnosiło już kilku rzeczników generalnych, wykładni prawa Unii należy dokonywać „w kontekście obecnego stanu prawnego”³¹, to znaczy w zgodzie „ze współczesnymi realiami” Unii³². Prawo bowiem nie może być „odizolowane od realiów społecznych i powinno się do nich jak najszybciej dostosowywać. W przeciwnym razie prawo mogłoby narzucać przestarzały punkt widzenia i tym samym byłoby statyczne”³³. Tak jest bez wątpienia w szczególności w przypadku dziedzin dotyczących społeczeństwa. Jak wyjaśniał to rzecznik generalny L.A. Geelhoed, „[i]gnorowanie tych przemian przez Trybunał niosłoby ze sobą ryzyko utraty przez dane normy prawne części ich skuteczności”³⁴. Jak wskazał sam Trybunał, wykładni przepisu prawa Unii należy dokonywać w świetle stanu jego rozwoju w czasie, gdy dany przepis ma zostać zastosowany³⁵.

57. To z tego względu rozwiązanie przyjęte przez Trybunał w wyroku z dnia 31 maja 2001 r., D i Szwecja/Rada (C-122/99 P i C-125/99 P, EU:C:2001:304), w świetle którego „pojęcie »współmałżonka«, zgodnie z definicją *powszechnie przyjętą przez państwa członkowskie*, miało[by] dotyczyć związku dwóch osób odmiennej płci”³⁶, wydaje mi się obecnie przestarzałe.

58. O ile bowiem na koniec 2004 r. jedynie dwa państwa członkowskie dopuszczały małżeństwa osób tej samej płci, o tyle od tamtej pory 11 kolejnych państw członkowskich zmieniło swoje ustawodawstwo w tym kierunku, zaś najpóźniej w dniu 1 stycznia 2019 r. małżeństwa jedнопłciowe zostaną dopuszczone również w Austrii³⁷. To prawne uznanie małżeństw jedнопłciowych oddaje jedynie ogólne przemiany społeczne w tej mierze. Znajduje to potwierdzenie w badaniach statystycznych³⁸; wyrażenie zgody na małżeństwo osób tej samej płci w drodze referendum w Irlandii jest kolejnym tego przejawem³⁹. O ile stosunek do omawianej kwestii jest nadal zróżnicowany, także w ramach Unii⁴⁰,

31 Zobacz podobnie opinia adwokata generalnego N. Wahla w sprawie Haralambidis (C-270/13, EU:C:2014:1358, pkt 52).

32 Zobacz podobnie opinia adwokata generalnego M. Szpunara w sprawie McCarthy i in. (C-202/13, EU:C:2014:345, pkt 63).

33 Opinia rzecznika generalnego G. Tesaura w sprawie P./S. (C-13/94, EU:C:1995:444, pkt 9).

34 Opinia rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda w sprawie Baumbast i R (C-413/99, EU:C:2001:385, pkt 20).

35 Zobacz wyrok z dnia 6 października 1982 r., Cilfit i in. (283/81, EU:C:1982:335, pkt 20).

36 Punkt 34, wyróżnienie moje.

37 Otóż wyrokiem z dnia 4 grudnia 2017 r. (G 258-259/2017-9) austriacki trybunał konstytucyjny stwierdził niekonstytucyjność przepisów kodeksu cywilnego ograniczających krąg osób zdolnych do zawarcia związku małżeńskiego do par różнопłciowych, stwierdzając ponadto, że w razie bezczynności prawodawcy zawieranie małżeństw między osobami tej samej płci będzie możliwe z dniem 1 stycznia 2019 r. Do tej pory swoje ustawodawstwa w omawianym zakresie zmieniły już następujące państwa członkowskie, wymienione w porządku chronologicznym: Królestwo Niderlandów, Królestwo Belgii, Królestwo Hiszpanii, Królestwo Szwecji, Republika Portugalska, Królestwo Danii, Republika Francuska, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii (z wyjątkiem Irlandii Północnej), Wielkie Księstwo Luksemburga, Irlandia, Republika Finlandii, Republika Federalna Niemiec i Republika Malty.

38 Podczas gdy w 2006 r. 44% ankietowanej ludności państw członkowskich opowiedziało się za małżeństwami osób tej samej płci (zob. Standard Eurobarometer 66, jesień 2006, s. 43), w badaniu przeprowadzonym niecałe dziesięć lat później odsetek ten wzrósł do 61% (zob. Special Eurobarometer 437, „Discrimination in the EU in 2015”, s. 12).

39 Pytanie, czy należy zmienić konstytucję, aby zapisać w niej, że małżeństwo może zostać zawarte, zgodnie z ustawą, przez dwie osoby bez względu na płeć, zostało przedłożone Irlandczykom podczas referendum z dnia 22 maja 2015 r. Na 1 935 907 osób głosujących w referendum, 1 201 607 głosowało za projektem, czyli 62,07% (zob. wyniki opublikowane w Iris Oifigiúil z dnia 26 maja 2015 r., nr 42, s. 1067–1069: www.irisofiuiil.ie/archive/2015/may/Ir260515.PDF).

40 Odmienne niż w Irlandii możliwość zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci została na przykład odrzucona w drodze referendum w Chorwacji w dniu 1 grudnia 2013 r.

o tyle zmiany te wskazują na pewien upowszechniający się trend. Ten typ małżeństwa zyskuje już bowiem uznanie na wszystkich kontynentach⁴¹. Nie chodzi więc o okoliczność związaną z taką czy inną kulturą czy też ze szczególną historią, ale, przeciwnie, o powszechne uznanie różnorodności rodzin⁴².

2) W przedmiocie praw podstawowych w związku z pojęciem „współmałżonka”

59. Pojęcie „współmałżonka” w rozumieniu art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 jest siłą rzeczy związane z życiem rodzinnym i w rezultacie z ochroną zagwarantowaną na podstawie art. 7 karty. Zakres tego przepisu powinien zatem być uwzględniany przy dokonywaniu wykładni systemowej⁴³. W tym zakresie nie można pominąć ewolucji orzecznictwa ETPC.

60. Zgodnie bowiem z art. 52 ust. 3 karty w zakresie, w jakim karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w EKPC, ich znaczenie i zakres są takie same jak znaczenie i zakres praw przyznanych przez tę konwencję. Z kolei w świetle wyjaśnień dotyczących karty – które powinny być „należycie uwzględniane przez sądy Unii”⁴⁴ – prawa zagwarantowane w art. 7 odpowiadają prawom zagwarantowanym na mocy art. 8 EKPC. Te pierwsze mają więc takie samo znaczenie i zakres jak te drugie⁴⁵.

61. Tymczasem orzecznictwo ETPC dotyczące art. 8 EKPC znacząco ewoluowało.

⁴¹ O ile się nie mylę, na dzień dzisiejszy na małżeństwa osób tej samej płci zezwolono dotychczas przynajmniej na drodze ustawodawczej: w Kanadzie (Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33); Nowej Zelandii [Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013, 2013 Nr 20]; Republice Południowej Afryki (Civil Union Act, 2006, Act Nr 17 of 2006); Argentynie [Ley 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario)]; Urugwaju (Ley Nr 19.075, Matrimonio Igualitario) i w Brazylii (Resolução nr 175 z dnia 14 maja 2013 r., Conselho Nacional de Justiça); oraz na drodze orzeczniczej: w Meksyku (wyrok sądu najwyższego nr 155/2015 z dnia 3 czerwca 2015 r.), w Stanach Zjednoczonych [wyrok sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 2015 r., Obergefell i in. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, i in., 576 U.S. (2015)], w Kolumbii (wyrok trybunału konstytucyjnego SU-214/16 z dnia 28 kwietnia 2016 r., sprawa T 4167863 AC) czy też na Tajwanie [wyrok trybunału konstytucyjnego Republiki Chińskiej (Tajwan) z dnia 24 maja 2017 r., J.Y. Interpretation N° 748, w sprawach połączonych Huei-Tai-12674 i Huei-Tai-12771].

⁴² Poza 13 państwami członkowskimi, które zalegalizowały małżeństwa jedнопłciowe, dziewięć innych państw członkowskich uznaje zarejestrowane związki partnerskie dostępne dla par tej samej płci. Chodzi o Republikę Czeską, Republikę Estońską, Republikę Grecką, Republikę Chorwacji, Republikę Włoską, Republikę Cypryjską, Węgry, Republikę Austrii (gdzie, jak wskazano wcześniej, małżeństwa osób homoseksualnych będą dodatkowo dostępne najpóźniej z dniem 1 stycznia 2019 r.) i Republikę Słowenii. Mimo pozytywnego obowiązku, który wynika z art. 8 EKPC – a zatem z art. 7 karty – polegającego na zagwarantowaniu parom jedнопłciowym możliwości legalnego uznania ich związku (zob. wyrok ETPC z dnia 21 lipca 2015 r. w sprawie Oliari i in. przeciwko Włochom, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, pkt 185), sześć państw członkowskich nie przewiduje żadnej formy oficjalnego i prawnego uznania par tej samej płci (Republika Bułgarii, Republika Łotewska, Republika Litewska, Rzeczpospolita Polska, Rumunia i Republika Słowacka).

⁴³ W motywie 31 dyrektywy 2004/38 wyraźnie przypomniano, że dyrektywa przestrzega podstawowych praw i wolności uznanych przez kartę. Sąd odsyłający przywołuje także art. 9 (prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny), 21 (niedyskryminacja) i 45 (swoboda przemieszczania się i pobytu) karty. Nie wydaje mi się, aby art. 9 karty miał zastosowanie w niniejszej sprawie. Z jednej bowiem strony w rozważaniach zawartych w wyjaśnieniach dotyczących karty praw podstawowych (Dz.U. 2007, C 303, s. 17) poświęconych temu artykułowi sprecyzowano, że o ile „brzmienie artykułu zostało zaktualizowane [w stosunku do art. 12 EKPC], aby objąć przypadki, w których ustawyodawstwo krajowe uznaje inne możliwości utworzenia rodziny niż zawarcie małżeństwa, [to] artykuł ten nie stanowi o nadaniu statusu związku małżeńskiego związkowi osób tej samej płci ani tego nie zakazuje” (wyróżnienie moje). Swoboda państw członkowskich w tym zakresie została potwierdzona w orzecznictwie Trybunału (zob. podobnie wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 59) oraz ETPC (zob. w szczególności wyrok ETPC z dnia 9 czerwca 2016 r. w sprawie Chapin i Charpentier przeciwko Francji, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, pkt 38, 39). Z drugiej strony R.A. Coman i R.C. Hamilton mogli w niniejszej sprawie wykonywać to prawo w Belgii. Swoboda przemieszczania się, ustanowiona w art. 45 karty, została z kolei doprecyzowana w dyrektywie 2004/38. Wpływ tego prawa na wykładnię pojęcia „współmałżonka” zbadać zatem podczas analizy celu realizowanego przez dyrektywę 2004/38.

⁴⁴ Artykuł 52 ust. 7 karty.

⁴⁵ Zobacz podobnie wyjaśnienia dotyczące karty praw podstawowych, „Wyjaśnienie odnoszące się do art. 7 – Poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego” (Dz.U. 2007, C 303, s. 20).

62. O ile bowiem ETPC stale potwierdza swobodę decyzyjną państw członkowskich w zakresie dopuszczenia możliwości zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci⁴⁶, o tyle na początku drugiego dziesięciolecia XXI wieku ETPC stwierdził, że „sztuczne jest utrzymywanie przekonania, że odmiennie od pary różnopłciowej, para jednopłciowa nie może tworzyć »życia rodzinnego« w rozumieniu art. 8 [EKPC]”⁴⁷. Od tamtego czasu wykładnia ta została wielokrotnie potwierdzona⁴⁸. ETPC również orzekł, że art. 8 ETPC nakłada na państwa obowiązek zapewnienia parom jednopłciowym możliwości uzyskania prawnego uznania i prawnej ochrony ich związku⁴⁹.

63. Wpływ tych zmian w pojmowaniu życia rodzinnego na prawo pobytu obywateli państw trzecich jest bezsprzeczny. O ile bowiem art. 8 EKPC nie zawiera ogólnego obowiązku akceptacji osiedlenia się małżonków niebędących obywatelami danego państwa lub zezwolenia na łączenie rodzin na terytorium umawiającego się państwa, o tyle decyzje podejmowane przez państwa w dziedzinie imigracji mogą w niektórych sytuacjach stanowić ingerencję w wykonywanie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, które podlega ochronie na podstawie art. 8 EKPC⁵⁰. Jest tak w szczególności w przypadku, w którym zainteresowani mają w państwie przyjmującym wystarczająco silne więzi osobiste lub rodzinne, które mogłyby zostać poważnie naruszone w razie zastosowania danego środka⁵¹.

64. Z kolei zdaniem ETPC, o ile „ochrona rodziny pojmowanej tradycyjnie może w niektórych okolicznościach stanowić zgodny z prawem cel [...], o tyle [ETPC] uważa, że w niniejszej dziedzinie, czyli w zakresie udzielania zezwolenia na pobyt z przyczyn rodzinnych homoseksualnemu partnerowi będącemu obywatelem innego państwa, nie może ona stanowić »szczególnie mocnego i przekonującego« powodu dla usprawiedliwienia, w okolicznościach niniejszej sprawy, dyskryminacji ze względu na orientację seksualną”⁵².

65. Wydaje się nawet, że ETPC skłania się ku uznaniu, iż odmienne traktowanie, oparte wyłącznie – *lub w przeważającym stopniu* – na względach dotyczących orientacji seksualnej skarżącego, jest po prostu niemożliwe do zaakceptowania w świetle EKPC⁵³. W innym kontekście rzecznik generalny N. Jääskinen wyraził podobny punkt widzenia. Uznał on bowiem, iż „oczywiste jest, że cel odnoszący się do ochrony małżeństwa i rodziny nie może legitymizować dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, [gdyż trudno] jest wyobrazić sobie, na czym miałyby polegać związek przyczynowy pomiędzy tego rodzaju dyskryminacją, rozumianą jako środek, a ochroną małżeństwa, rozumianą jako pozytywny skutek dyskryminacji”⁵⁴.

46 Zobacz podobnie, w kwestii niedawnego potwierdzenia i przypomnienia wcześniejszego orzecznictwa, wyrok ETPC z dnia 9 czerwca 2016 r. w sprawie Chapin i Charpentier przeciwko Francji (CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, pkt 38, 39 w odniesieniu do art. 12 EKPC; pkt 48 w odniesieniu do art. 8 w związku z art. 14 EKPC, który zakazuje dyskryminacji).

47 Wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii (CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, pkt 94).

48 Zobacz podobnie wyroki ETPC: z dnia 7 listopada 2013 r. w sprawie Vallianatos i in. przeciwko Grecji (CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, pkt 73); z dnia 23 lutego 2016 r. w sprawie Pajić przeciwko Chorwacji (CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, pkt 64); z dnia 14 czerwca 2016 r. w sprawie Aldeguer Tomás przeciwko Hiszpanii (CE:ECHR:2016:0614JUD003521409, pkt 75); a także z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie Taddeucci i McCall przeciwko Włochom (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, pkt 58).

49 Zobacz wyrok ETPC z dnia 21 lipca 2015 r. w sprawie Oliari i in. przeciwko Włochom (CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, pkt 185).

50 Zobacz podobnie wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie Taddeucci i McCall przeciwko Włochom (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, pkt 56).

51 Zobacz podobnie wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie Taddeucci i McCall przeciwko Włochom (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, pkt 56).

52 Wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie Taddeucci i McCall przeciwko Włochom (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, pkt 93). Na temat braku „mocnego i przekonującego powodu”, w tym ochrony rodziny „w tradycyjnym rozumieniu tego pojęcia”, w celu uzasadnienia różnicy w traktowaniu opartej na orientacji seksualnej, zob. także wyrok ETPC z dnia 7 listopada 2013 r. w sprawie Vallianatos i in. przeciwko Grecji (CE:ECHR:2013:1107JUD002938109). W tym ostatnim przypadku chodziło o wyłączenie par tej samej płci z zakresu ustawy w sprawie zarejestrowanego związku partnerskiego, i to w sytuacji, w której Republika Grecka nie zapewniała tym parom żadnego innego uznania urzędowego i prawnego, inaczej niż w stosunku do par różnopłciowych.

53 Zobacz podobnie wyroki ETPC: z dnia 23 lutego 2016 r. w sprawie Pajić przeciwko Chorwacji (CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, pkt 59, 84); a także z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie Taddeucci i McCall przeciwko Włochom (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, pkt 89).

54 Opinia rzecznika generalnego N. Jääskinen w sprawie Römer (C-147/08, EU:C:2010:425, pkt 175).

66. Wydaje mi się zatem, że ta ewolucja prawa do poszanowania życia rodzinnego prowadzi do wykładni pojęcia „współmałżonka” siłą rzeczy niezależnej od płci zainteresowanych osób, w stopniu, jakim odnosi się do zakresu stosowania dyrektywy 2004/38.

67. Powyższa wykładnia zapewnia bowiem w optymalny sposób poszanowanie życia rodzinnego, zagwarantowane w art. 7 karty, pozostawiając państwom członkowskim swobodę uznawania bądź nieuznawania małżeństw osób tej samej płci. Z kolei odmienna wykładnia prowadziłaby do nierównego traktowania par małżeńskich, w zależności od tego, czy są to osoby homoseksualne czy też płci przeciwnej, ponieważ żadne z państw członkowskich nie zabrania małżeństw heteroseksualnych. Takie odmienne traktowanie ze względu na orientację seksualną byłoby nie do zaakceptowania w świetle dyrektywy 2004/38, jak również karty, zgodnie z jej wykładnią w świetle EKPC.

c) W przedmiocie celu dyrektywy 2004/38

68. Cel dyrektywy 2004/38 również przemawia za wykładnią pojęcia „współmałżonka” niezależną od orientacji seksualnej.

69. Z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, że dyrektywa 2004/38 zmierza do ułatwienia wykonywania podstawowego i indywidualnego prawa do przemieszczania się i swobodnego pobytu na terytorium państw członkowskich, które jest bezpośrednio przyznane obywatelom Unii na podstawie art. 21 ust. 1 TFUE, i do wzmocnienia tego prawa⁵⁵.

70. Cel ten został przywołany już w motywie 1 dyrektywy 2004/38. W jej motywie 2 dodano, że swobodny przepływ osób stanowi jedną z podstawowych swobód rynku wewnętrznego; swoboda ta została zresztą ustanowiona w art. 45 karty.

71. W motywie 5 dyrektywy 2004/38 podkreślono zresztą okoliczność, że prawo wszystkich obywateli Unii do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich powinno być również zagwarantowane członkom ich rodzin bez względu na przynależność państwową, aby korzystanie z niego mogło opierać się na obiektywnych warunkach wolności i godności⁵⁶. Jak bowiem Trybunał wielokrotnie stwierdzał, gdyby obywatelom Unii nie zezwolono na prowadzenie normalnego życia rodzinnego w przyjmującym państwie członkowskim, korzystanie ze swobód zagwarantowanych im traktatem byłoby poważnie utrudnione⁵⁷.

72. Jest bowiem tak – jak już przypomniałem w ramach analizy możliwości zastosowania dyrektywy 2004/38 w niniejszej sprawie – że obywatele Unii mogliby zostać zniechęceni do opuszczenia państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiadają, w celu wykonywania działalności na terytorium innego państwa członkowskiego, jeżeli nie będą mieli pewności, że po powrocie do państwa pochodzenia będą mieli możliwość kontynuowania wspólnego życia z bliskimi członkami rodziny, które to życie mogło ewentualnie zostać zapoczątkowane w przyjmującym państwie członkowskim wskutek zawarcia małżeństwa lub łączenia rodzin⁵⁸.

⁵⁵ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 25 lipca 2008 r., Metock i in. (C-127/08, EU:C:2008:449, pkt 82); z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 35); z dnia 18 grudnia 2014 r., McCarthy i in. (C-202/13, EU:C:2014:2450, pkt 31); a także z dnia 14 listopada 2017 r., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, pkt 31).

⁵⁶ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 18 grudnia 2014 r., McCarthy i in. (C-202/13, EU:C:2014:2450, pkt 33); z dnia 14 listopada 2017 r., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, pkt 31).

⁵⁷ Zobacz podobnie wyrok z dnia 25 lipca 2008 r., Metock i in. (C-127/08, EU:C:2008:449, pkt 62); przed przyjęciem dyrektywy 2004/38 – wyrok z dnia 11 lipca 2002 r., Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, pkt 38, 39).

⁵⁸ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 7 lipca 1992 r., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, pkt 19, 20, 23); z dnia 11 lipca 2002 r., Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, pkt 38); z dnia 11 grudnia 2007 r., Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, pkt 35, 36); z dnia 25 lipca 2008 r., Metock i in. (C-127/08, EU:C:2008:449, pkt 64); z dnia 8 listopada 2012 r., Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, pkt 70); a także z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 46).

73. Ze względu na te cele Trybunał w konsekwentny sposób orzeka, że przepisy dyrektywy 2004/38 nie mogą być poddawane wykładni zawężającej i w każdym razie nie mogą być pozbawione skuteczności (*effet utile*)⁵⁹. Trybunał stwierdził nawet, że chodziło tu o zasadę, w świetle której „przepisy, takie jak dyrektywa 2004/38, dotyczące swobodnego przepływu obywateli Unii, stanowiącego część fundamentów Unii, powinny podlegać szerokiej interpretacji”⁶⁰.

74. W rezultacie pomiędzy wykładnią pojęcia „współmałżonka”, która ogranicza zakres stosowania dyrektywy 2004/38, a wykładnią, która, przy poszanowaniu brzmienia interpretowanego przepisu i jego kontekstu, sprzyja zwiększeniu liczby obywateli, którzy korzystają ze swobody przemieszczania się, należy dokonać wyboru tej drugiej wykładni.

75. Ten wybór interpretacyjny jest tym bardziej uzasadniony, że pozostaje w całkowitej zgodności z innym celem dyrektywy 2004/38, wyrażonym w jej motywie 31, zgodnie z którym państwa członkowskie powinny wdrożyć dyrektywę 2004/38 „bez dyskryminowania jej beneficjentów ze względu [w szczególności] na [...] orientację seksualną”. Z kolei definicja pojęcia „współmałżonka”, która byłaby ograniczona do małżeństwa heteroseksualnego, w nieunikniony sposób prowadziłaby do przypadków dyskryminacji opartych na orientacji seksualnej⁶¹.

76. Wreszcie, wykładnia pojęcia „współmałżonka” niezależna od kwestii płci zainteresowanych osób może również zagwarantować wysoki poziom pewności prawa i przejrzystości, ponieważ obywatel Unii, który pozostaje w legalnym związku małżeńskim, wie, że jego małżonek, niezależnie od płci, zostanie uznany za „współmałżonka” w rozumieniu art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 w 27 innych państwach członkowskich Unii⁶².

3. Wniosek wstępny

77. Wykładnie językowa, systemowa i celowościowa pojęcia „współmałżonka” zawartego w art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 prowadzą do przyjęcia autonomicznej definicji tego pojęcia w oderwaniu od orientacji seksualnej⁶³.

78. Przede wszystkim jednolite stosowanie prawa Unii i zasada równości wymagają, aby treść przepisu prawa Unii, który nie jest zdefiniowany i który nie zawiera żadnego wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich w celu ustalenia jego sensu i zakresu, była interpretowana w sposób autonomiczny i jednolity.

79. Dalej, o ile struktura art. 2 pkt 2 dyrektywy 2004/38 w związku z art. 3 ust. 2 lit. b) tej dyrektywy wymaga powiązania pojęcia „współmałżonka” z małżeństwem, prawodawca dodatkowo dokonał wyboru neutralnego pojęcia, niesprecyzowanego w inny sposób.

⁵⁹ Zobacz wyroki: z dnia 25 lipca 2008 r., *Metock i in.* (C-127/08, EU:C:2008:449, pkt 84); z dnia 18 grudnia 2014 r., *McCarthy i in.* (C-202/13, EU:C:2014:2450, pkt 32).

⁶⁰ Wyrok z dnia 16 stycznia 2014 r., *Reyes* (C-423/12, EU:C:2014:16, pkt 23). Na temat zastosowania tej zasady do aktów wcześniejszych od dyrektywy 2004/38 zob. wyroki: z dnia 17 września 2002 r., *Baumbast i R* (C-413/99, EU:C:2002:493, pkt 74); z dnia 11 grudnia 2007 r., *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771, pkt 43).

⁶¹ Zobacz podobnie S. Titshaw, *Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret „Spouse” in the E.U. Family Migration Directives*, *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, s. 45–112, w szczególności s. 106.

⁶² W celu zobrazowania pewności prawa i przejrzystości w ramach wykładni przepisu dyrektywy 2004/38 zob. wyroki: z dnia 15 września 2015 r., *Alimanovic* (C-67/14, EU:C:2015:597, pkt 61); z dnia 25 lutego 2016 r., *García-Nieto i in.* (C-299/14, EU:C:2016:114, pkt 49.)

⁶³ Zobacz podobnie S. Titshaw, *Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret „Spouse” in the E.U. Family Migration Directives*, *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, s. 45–112, w szczególności s. 83, 111.

80. Wreszcie, zarówno rozwój społeczeństwa europejskiego – którego odzwierciedleniem są liczba ustawodawstw zezwalających na zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci oraz obecna definicja życia rodzinnego w rozumieniu art. 7 karty – jak i cele dyrektywy 2004/38 – ułatwianie swobody przemieszczania się obywateli Unii przy poszanowaniu ich orientacji seksualnej – prowadzą do przyjęcia wykładni pojęcia „współmałżonka” w oderwaniu od orientacji seksualnej⁶⁴.

C. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

81. W pytaniu drugim sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 3 ust. 1 i art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/38 w związku z art. 7, 9, 21 i 45 karty wymagają, aby przyjmujące państwo członkowskie przyznało prawo pobytu na swoim terytorium przez okres przekraczający trzy miesiące współmałżonkowi obywatela Unii tej samej płci.

82. Artykuł 7 ust. 2 dyrektywy 2004/38 jest jasny: prawo pobytu obywatela Unii na terytorium innego państwa członkowskiego przez okres przekraczający trzy miesiące przysługuje również jego współmałżonkowi, obywatelowi państwa trzeciego, który mu towarzyszy lub który do niego dołącza w przyjmującym państwie członkowskim, o ile ten pierwszy spełnia warunki określone w art. 7 ust. 1 lit. a), b) lub c) dyrektywy 2004/38.

83. Chodzi zatem o prawo mające automatyczne zastosowanie. Potwierdza to art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38.

84. Jak bowiem stwierdził Trybunał, zarówno z brzmienia art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38, jak i ogólnej systematyki tej dyrektywy wynika, że prawodawca Unii ustanowił rozróżnienie pomiędzy członkami rodziny obywatela Unii określonymi w art. 2 pkt 2 dyrektywy 2004/38, którzy korzystają na określonych w tej dyrektywie warunkach z prawa wjazdu do przyjmującego państwa członkowskiego tego obywatela i pobytu w tym państwie, a innymi członkami rodziny, o których mowa w art. 3 ust. 2 akapit pierwszy lit. a) [też] dyrektywy, a których wjazd i pobyt mają być tylko ułatwiane przez to państwo członkowskie⁶⁵.

85. Jednakże, jak zwróciłem uwagę, w ramach sporu w postępowaniu głównym R.C. Hamilton nie mógł wywieść swoich praw z dyrektywy, ponieważ przepisy dyrektywy 2004/38 nie pozwalają na przyznanie pochodnego prawa pobytu obywatelom państw trzecich, członkom rodziny obywatela Unii, w państwie przynależności państwowej tego ostatniego⁶⁶.

86. Niemniej jednak R.C. Hamilton powinien co do zasady móc skorzystać z prawa pochodnego na podstawie art. 21 ust. 1 TFUE, tak aby dyrektywa 2004/38 mogła zostać wobec niego zastosowana w drodze analogii⁶⁷.

⁶⁴ Wpływ swobody przemieszczania się, prawa do poszanowania życia rodzinnego oraz zakazu dyskryminacji na pojęcie „współmałżonka” w rozumieniu art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 zasadniczo determinuje analizę w doktrynie. Wniosek, do którego dochodzą autorzy, z których publikacjami się zapoznałem, jest zbliżony do mojego. Zobacz w szczególności A. Tryfonidou, *EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: the Case for Mutual Recognition*, *Columbia Journal of European Law*, 2015, vol. 21, s. 195–248; Ch. Bell, N. Bačić Selanec, *Who is a „spouse” under the Citizens’ Rights Directive? The prospect of mutual recognition of same-sex marriages in the EU*, *European Law Review*, 2016, vol. 41, nr 5, s. 655–686; J. Borg-Barthet, *The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU*, *Journal of Private International Law*, 2012, s. 359–388; M. Bonini Baraldi, *EU Family Policies Between Domestic „Good Old Values” and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, vol. 15, nr 4, s. 517–551.

⁶⁵ Wyrok z dnia 5 września 2012 r., Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:519, pkt 19).

⁶⁶ Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 37). Zobacz także wyroki: z dnia 10 maja 2017 r., Chavez-Vilchez i in. (C-133/15, EU:C:2017:354, pkt 53); z dnia 14 listopada 2017 r., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, pkt 33).

⁶⁷ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 50, 61); z dnia 10 maja 2017 r., Chavez-Vilchez i in. (C-133/15, EU:C:2017:354, pkt 54, 55); a także z dnia 14 listopada 2017 r., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, pkt 46, 61). Zobacz także rozważania w ramach tytułu V część A niniejszej opinii – W przedmiocie zastosowania dyrektywy 2004/38.

87. W tych okolicznościach, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, warunki przyznania pochodnego prawa pobytu mające zastosowanie w państwie członkowskim pochodzenia jego małżonka nie powinny być co do zasady bardziej rygorystyczne niż te przewidziane przez wspomnianą dyrektywę w sytuacji, w której jego małżonek skorzystał z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się, osiedlając się w państwie członkowskim innym niż państwo, którego obywatelstwo posiada⁶⁸.

88. Konkretnie rzecz ujmując, w razie zastosowania w drodze analogii dyrektywy 2004/38 warunki przyznania prawa pobytu na okres przekraczający trzy miesiące obywatelowi państwa trzeciego, małżonkowi tej samej płci obywatela Unii, nie powinny być co do zasady bardziej rygorystyczne aniżeli warunki wynikające z art. 7 ust. 2 tej samej dyrektywy.

D. W przedmiocie pytań prejudycjalnych trzeciego i czwartego

89. Na trzecie i czwarte z pytań przedłożonych przez sąd odsyłający należy udzielić odpowiedzi jedynie przy założeniu, że wykładni pojęcia „współmałżonka” w rozumieniu art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38 należy dokonywać w taki sposób, że przepis ten dotyczy jedynie małżeństw par różnopłciowych.

90. Ze względu na fakt, że wniosek ten jest moim zdaniem sprzeczny z brzmieniem i kontekstem przedmiotowego przepisu, jak również z celami dyrektywy 2004/38, udzielenie odpowiedzi na te pytania nie jest konieczne. Jednakże aby dokonać pełnej oceny, krótko przeanalizuję te pytania. Analiza ta zresztą może zostać dokonana w sposób łączny.

91. W pytaniach trzecim i czwartym sąd odsyłający zmierza bowiem do ustalenia, czy obywatel państwa trzeciego mający tę samą płć co obywatel Unii, z którym zawarł on związek małżeński zgodnie z prawem państwa członkowskiego innego niż przyjmujące państwo członkowskie, może, jeżeli nie uważa się go za „współmałżonka” w rozumieniu dyrektywy 2004/38, być objęty pojęciem „innych członków rodziny” lub zostać uznany za „partnera, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku” w rozumieniu art. 3 ust. 2 lit. a) lub b) wspomnianej dyrektywy, i jakie są konsekwencje takiej ewentualnej kwalifikacji.

92. Jak już uprzednio wyjaśniłem, sztuczne jest obecnie stanowisko, że para jednopłciowa nie prowadzi życia rodzinnego w rozumieniu art. 7 karty⁶⁹.

93. W rezultacie pewne jest, że obywatel państwa trzeciego mający tę samą płć co obywatel Unii, z którym zawarł on związek małżeński zgodnie z prawem państwa członkowskiego, może mieścić się w zakresie stosowania art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38 jako „inny członek rodziny” lub jako partner, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku.

94. Jednakże z wyroku z dnia 5 września 2012 r., Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:519), wynika, że art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38 nie zobowiązuje państw członkowskich do uznania prawa wjazdu i pobytu na rzecz osób, które mieszczą się w zakresie stosowania tego przepisu. Przepis ten nakłada jedynie na państwa członkowskie obowiązek pewnego uprzywilejowania – w stosunku do wniosków o zezwolenie na wjazd i pobyt złożonych przez innych obywateli państw trzecich – wniosków złożonych przez osoby, które mieszczą się w zakresie stosowania tego przepisu⁷⁰.

⁶⁸ Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 marca 2014 r., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, pkt 61).

⁶⁹ Zobacz rozważania w tytule V część B pkt 2 lit. b) niniejszej opinii – W przedmiocie praw podstawowych w związku z pojęciem „współmałżonka”.

⁷⁰ Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 września 2012 r., Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:519, pkt 21).

95. Trybunał doprecyzował, że państwa członkowskie powinny „zgodnie z art. 3 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/38 przewidzieć możliwość uzyskania przez osoby, o których mowa w art. 3 ust. 2 akapit pierwszy, decyzji w przedmiocie ich wniosku opartej na szczegółowej analizie ich osobistych okoliczności i – w razie odmowy – uzasadnionej”⁷¹.

96. Trybunał stwierdził też, że państwa członkowskie mają „szeroki zakres uznania co do wyboru wspomnianych kryteriów, przy czym kryteria te powinny jednak być zgodne ze zwykłym rozumieniem określenia »ułatwia« [...] i nie [powinny] pozbawiać tego przepisu skuteczności (effet utile)”⁷².

97. Wydaje mi się jednak, że ów margines oceny powinien zostać ograniczony w przypadku przedstawionym przez sąd odsyłający.

98. Z jednej strony odmowa uwzględnienia wniosku o zezwolenie na wjazd złożonego przez obywatela państwa trzeciego mającego tę samą płeć co obywatel Unii, z którym zawarł on małżeństwo na podstawie ustawodawstwa państwa członkowskiego, nie może być uzasadniona wyłącznie czy w przeważającym stopniu jego orientacją seksualną, ponieważ odmowa taka naruszałaby art. 7 i 21 karty⁷³. W tym zakresie, „[m]imo że ochrona tradycyjnej rodziny może w niektórych przypadkach stanowić zgodny z prawem cel w świetle art. 14 [EKPC, który to przepis zakazuje dyskryminacji], [ETPC] uważa, że w przedmiotowej dziedzinie, *czyli udzielania prawa pobytu ze względów rodzinnych homoseksualnemu partnerowi pochodzącemu z zagranicy*, nie może ona stanowić »szczególnie mocnego i przekonującego« powodu dla usprawiedliwienia, w okolicznościach niniejszej sprawy, dyskryminacji ze względu na orientację seksualną”⁷⁴.

99. Z drugiej strony obowiązek ułatwiania wjazdu i pobytu obywatela państwa trzeciego tej samej płci co obywatel Unii, z którym pozostaje on w związku małżeńskim, jest tym bardziej wiążący, a margines oceny tym bardziej ograniczony w sytuacji, w której państwo członkowskie nie zezwala na zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci, jak również nie daje parom jedнопłciowym możliwości zawarcia zarejestrowanego związku partnerskiego. Z art. 8 EKPC – a zatem również z art. 7 karty – wynika bowiem pozytywny obowiązek zapewnienia tym osobom, tak jak osobom różnopłciowym, możliwości uzyskania prawnego uznania i ochrony prawnej ich związku⁷⁵. Z kolei przyznanie prawa pobytu współmałżonkowi obywatela Unii stanowi uznanie i minimalną gwarancję, która może im zostać udzielona.

VI. Wnioski

100. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytania przedstawione przez Curtea Constituțională (sąd konstytucyjny, Rumunia) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

- 1) Artykuł 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „współmałżonka” ma zastosowanie do obywatela państwa trzeciego tej samej płci, z którym obywatel Unii Europejskiej zawarł związek małżeński.

71 Wyrok z dnia 5 września 2012 r., Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:519, pkt 22, 26).

72 Wyrok z dnia 5 września 2012 r., Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:519, pkt 24, 26).

73 Zobacz podobnie wyrok ETPC z dnia 23 lutego 2016 r. w sprawie Pajić przeciwko Chorwacji (CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, pkt 59, 84); a także wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie Taddeucci i McCall przeciwko Włochom (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, pkt 89).

74 Wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie Taddeucci i McCall przeciwko Włochom (CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, pkt 93; wyróżnienie moje).

75 Zobacz podobnie wyrok EKPC z dnia 21 lipca 2015 r. w sprawie Oliari i in. przeciwko Włochom (CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, pkt 185).

- 2) Artykuł 3 ust. 1 i art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/38 należy interpretować w ten sposób, że współmałżonek obywatela Unii mający tę samą płć i towarzyszący wspomnianemu obywatelowi na terytorium innego państwa członkowskiego korzysta tam z prawa pobytu przez okres przekraczający trzy miesiące, jeżeli ten pierwszy spełnia wymagania określone w art. 7 ust. 1 lit. a), b) lub c) tej dyrektywy.

Artykuł 21 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji, w której obywatel Unii rozpoczął lub umocnił życie rodzinne z obywatelem państwa trzeciego w trakcie efektywnego pobytu w państwie członkowskim innym niż państwo, którego jest obywatelem, przepisy dyrektywy 2004/38 mają zastosowanie w drodze analogii w sytuacji, w której obywatel Unii powraca, z zainteresowanym członkiem rodziny, do swojego państwa pochodzenia. Przy tym założeniu warunki przyznania prawa pobytu na okres przekraczający trzy miesiące obywatelowi państwa trzeciego będącemu współmałżonkiem obywatela Unii mającym tę samą płć nie powinny być co do zasady bardziej rygorystyczne aniżeli warunki wynikające z art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/38.

- 3) Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38 należy interpretować w ten sposób, że przepis ten może mieć zastosowanie do sytuacji obywatela państwa trzeciego mającego tę samą płć co obywatel Unii, z którym zawarł on związek małżeński zgodnie z prawem państwa członkowskiego, zarówno w ramach pojęcia „innego członka rodziny”, jak i w ramach pojęcia „partnera, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku”.
- 4) Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38 należy interpretować w ten sposób, że:
- przepis ten nie zobowiązuje państw członkowskich do przyznania prawa pobytu na ich terytorium na okres przekraczający trzy miesiące obywatelowi państwa członkowskiego, który zawarł zgodnie z prawem związek małżeński z obywatelem Unii mającym tę samą płć;
 - na państwach członkowskich spoczywa jednak obowiązek czuwania nad tym, aby ich ustawodawstwo zawierało kryteria, które pozwolą wspomnianemu obywatelowi na uzyskanie decyzji w przedmiocie jego wniosku o zezwolenie na wjazd i pobyt, która to decyzja zostanie poprzedzona wnikliwą analizą jego sytuacji osobistej i w razie odmowy będzie uzasadniona;
 - o ile państwa członkowskie mają szeroki margines uznania, jeśli chodzi o wybór wspomnianych kryteriów, o tyle owe kryteria powinny jednak być zgodne ze zwykłym rozumieniem pojęcia „ułatwia” i nie powinny pozbawiać tego pojęcia skuteczności (effet utile), oraz
 - decyzja odmowna w sprawie wniosku o zezwolenie na wjazd i pobyt nie może w każdym razie być uzasadniona orientacją seksualną zainteresowanej osoby.