

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 25. novembra 2010¹

I – Uvod

Unije lahko uveljavljala izvedeno pravico do prebivanja.

1. Ali se lahko oseba, ki ima državljanstvo dveh držav članic EU, vendar je vedno živela samo v eni od teh dveh držav, v odnosu do te države sklicuje na pravo Unije, da bi tam pridobila pravico do prebivanja zase in zlasti za svojega zakonca? To je v bistvu vprašanje, ki naj bi ga Sodišče v obravnavanem primeru razjasnilo.

3. V zvezi s tem bo Sodišče moralo pojasniti, kako se razlaga pojem „upravičenec“ iz Direktive 2004/38/ES.³ Poleg tega se Sodišče prosi za pojasnitev, katere zahteve morajo biti izpolnjene za „zakonito prebivanje“, ki je temeljni pogoj za pridobitev pravice do stalnega prebivališča v smislu navedene direktive.

2. S. McCarthy je državljanka Velike Britanije in Republike Irske, vendar je ves čas živela samo v Angliji.² Samo po sebi je jasno, da ima v Angliji pravico do prebivanja. To pa ne velja za njenega zakonca, državljanja Jamajke, ki glede na nacionalna pravila o priseljevanju Združenega kraljestva nima pravice do prebivanja v Angliji. Da bi se s svojim zakoncem združila v družinski skupnosti, si S. McCarthy zdaj na podlagi irskega državljanstva prizadeva kot državljanka Unije izboriti pravico do prebivanja v Angliji; posredno bi imel koristi od tega tudi njen zakonec, ki bi nato po pravu

II – Pravni okvir

4. Pravni okvir Unije v tem primeru poleg člena 21 PDEU določa Direktiva 2004/38. Njeno področje uporabe je opredeljeno v poglavju I („Splošne določbe“), natančneje

1 – Jezik izvornika: nemščina.

2 – Z izrazoma „britansko državljanstvo“ in prebivanje „v Angliji“ se tu in v nadaljevanju sklicujem na enake besedne zveze, uporabljene v predložitveni odločbi.

3 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EGS (UL L 158, str. 77, popravek v UL 2004, L 229, str. 35, in v UL 2007, L 204, str. 28).

v členu 3 Direktive, ki je naslovljen „Upravičenci“ in določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za vse državljane Unije, ki se preselijo ali prebivajo v državi članici razen v tisti državi, katere državljani so, in za njihove družinske člane, opredeljene v točki 2 člena 2, ki jih spremljajo ali se jim pridružijo.

[...]“

5. V poglavju IV Direktive 2004/38 so v členu 16 opredeljena splošna pravila za pridobitev pravice do stalnega prebivališča:

„1. Državljeni Unije, ki zakonito prebivajo nepretrgano pet let v državi članici gostiteljici, imajo pravico do stalnega prebivališča v tej državi.

[...]“

6. Poleg na člen 16 je treba opozoriti tudi na uvodno izjavo 17 v preambuli Direktive 2004/38:

„Uživanje pravice do stalnega prebivališča s strani državljanov Unije, ki so se odločili, da se naselijo za daljši čas v državi članici gostiteljici, bi krepilo občutek državljanstva Unije in je ključni element za spodbujanje socialne

kohezije, ki je eden od temeljnih ciljev Unije. Pravica do stalnega prebivališča bi zato morala biti predvidena za vse državljane Unije in njihove družinske člane, ki prebivajo v državi članici gostiteljici v skladu s pogoji, določeni v tej direktivi, neprekinjeno pet let, v kolikor ni bil zoper njih izrečen ukrep izгона.“

7. Od končnih določb v poglavju VII Direktive 2004/38 naj nazadnje posebej navedem še njen člen 37, ki pod naslovom „Ugodnejše nacionalne določbe“ določa:

„Določbe te direktive ne vplivajo na kakršne koli zakone ali druge predpise, ki jih država članica določi in ki bi bili ugodnejši za osebe, zajete v tej direktivi.“

III – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

8. S. McCarthy je zaradi rojstva v Združenem kraljestvu britanska državljanka. Vedno je živela v Angliji, kjer je bilo njeno prebivanje po nacionalnem pravu ves čas zakonito.

9. S. McCarthy v Angliji prejema državno socialno pomoč. Nikoli ni trdila, da je ali je bila zaposlena, samozaposlena ali ekonomsko

neodvisna oseba, kot so ti izrazi uporabljeni v pravo Unije.

in ekonomsko neodvisne osebe. Iz tega sledi, da se tudi G. McCarthyja ne more obravnavati kot zakonca upravičene osebe.

10. 15. novembra 2002 je S. McCarthy sklenila zakonsko zvezo z Georgeom McCarthyjem, državljanom Jamajke. G. McCarthy glede na nacionalna pravila o priseljevanju Združenega kraljestva nima pravice do prebivanja niti kot zakonec osebe, ki je tam za stalno nastanjena.⁴

11. S. McCarthy ima poleg britanskega tudi irsko državljanstvo. Po sklenitvi zakonske zveze je – prvič sploh – zaprosila za irski potni list. Ker je bila njena mati rojena na Irskem, je bilo njeni prošnji ugodeno.

12. S. McCarthy je 23. julija 2004 kot državljanka Unije pri Secretary of State for the Home Department⁵ zaprosila za dokumente v zvezi s prebivanjem po pravo Unije. Enako prošnjo je vložil tudi G. McCarthy kot zakonec te državljanke Unije. Z odločbo z dne 6. decembra 2004 sta bili obe prošnji zavrnjeni. V obrazložitvi je bilo navedeno, da S. McCarthy ni upravičenka, ki bi izpolnjevala zakonske pogoje; v krog upravičencev večinoma spadajo samo zaposlene, samozaposlene

13. Zoper odločbo o zavrnitvi z dne 6. decembra 2004 je S. McCarthy 13. decembra 2004 vložila tožbo. Njena tožba je bila 7. septembra 2006 predložena Asylum and Immigration Tribunal.⁶

14. G. McCarthy sicer ni vložil tožbe zoper del odločbe o zavrnitvi z dne 6. decembra 2004, ki se je nanašal nanj, vendar je 16. oktobra 2006 ponovno zaprosil za dovoljenje za prebivanje kot zakonec S. McCarthy. Tudi ta druga prošnja je bila z odločbo z dne 20. aprila 2007 zavrnjena, zato je G. McCarthy 4. maja 2007 zoper to odločbo vložil tožbo pri Asylum and Immigration Tribunal.

15. Asylum and Immigration Tribunal je odločanje o tožbi G. McCarthyja odložilo do končne odločitve v zvezi s tožbo S. McCarthy.

16. Sodnik posameznik pri Asylum and Immigration Tribunal je 17. oktobra 2006 zavrnil tožbo S. McCarthy. Kljub temu je High Court of Justice (England and Wales) 13. februarja 2007 naložilo Tribunal, naj ponovno obravnava tožbo S. McCarthy. Tako je sicer Tribunal

4 – Po trditvah zastopnika S. McCarthy na ustni obravnavi pred Sodiščem je to posledica dejstva, da je G. McCarthy prvotno prispel v Združeno kraljestvo kot „visitor“ (gost).

5 – Minister za notranje zadeve Združenega kraljestva.

6 – Sodišče za zadeve v zvezi z azilom in priseljevanjem.

16. avgusta 2007 ponovno obravnavalo tožbo, a je potrdilo svojo zavrnitveno odločbo. Tudi pritožba S. McCarthy pred Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)⁷ je bila neuspešna; 11. junija 2008 je bila zavrtnjena.

17. V sporu o glavni stvari je tako v teku še postopek s pravnim sredstvom S. McCarthy pred Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva, prej House of Lords), torej pred predložitvenim sodiščem.⁸

IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

18. V pisni vlogi z dne 2. novembra 2009, vloženi pri Sodišču 5. novembra 2009, je predložitveno sodišče predložilo Sodišču v predhodno odločanje ti vprašanji:⁹

7 – Višje pritožbeno sodišče za Anglijo in Wales (oddelek za civilne spore).

8 – Pravno sredstvo v sporu o glavni stvari je 13. novembra 2008 dopustilo še prejšnje House of Lords. Na podlagi Constitutional Reform Act 2005 (zakon o zakonodajni reformi iz leta 2005) pa so bile pristojnosti House of Lords kot sodne institucije oktobra 2009 prenesene na novo ustanovljeno Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva).

9 – Ti vprašanji je oblikovalo še House of Lords. Posredoval pa ju je že Registrar Supreme Court of the United Kingdom (sodni tajnik vrhovnega sodišča Združenega kraljestva). To, da predlog za sprejetje predhodne odločbe nosi oznako „Draft Reference“ (osnutek predloga), ne vpliva na njegovo dopustnost. Kot je namreč razvidno iz spremnega dopisa z dne 2. novembra 2009, je predlog za sprejetje predhodne odločbe pri Sodišču uradno vložilo Supreme Court.

„1. Ali je oseba, ki ima dvojno državljanstvo, in sicer Irske in Združenega kraljestva, in ki je vse življenje prebivala v Združenem kraljestvu, „upravičenec“ v smislu člena 3 Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES?

2. Ali je taka oseba „zakonito prebivala“ v državi članici gostiteljici za namene člena 16 Direktive 2004/38, če ni izpolnjevala zahtev iz člena 7 te direktive?“

19. V postopku pred Sodiščem so pisna stališča podale S. McCarthy, danska, irska, estonska in nizozemska vlada, vlada Združenega kraljestva ter Evropska komisija. Ustne obravnave z dne 28. oktobra 2010 so se udeležile S. McCarthy, danska in irska vlada ter Komisija.

V – Presoja

20. Na prvi pogled se zdi nenavadno, da se državljanka Unije v razmerju do organov svoje države članice izvora sklicuje na pravo Unije, da bi si tam zase izborila pravico do prebivanja. Kajti nobenega dvoma ni, da ima ta državljanka Unije že zaradi svojega

državljanstva v državi, ki ji pripada, pravico do prebivanja, ki ne sme biti omejena.¹⁰

Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.¹³ Kot navezovalna okoliščina za pravo Unije se pri tem lahko upošteva samo to, da je S. McCarthy „imetricna dvojnega državljanstva“, ki ima poleg britanskega tudi irsko državljanstvo.

21. Po podrobnejši preučitvi pa v obravnavanem primeru ne gre toliko za osebno pravico do prebivanja S. McCarthy v Angliji, temveč bolj za pravico do prebivanja njenega moža, državljan tretje države, ki bi mu morebiti lahko pripadala prek nje. Nenazadnje torej gre za združitev družine, ki bi se dosegla z uporabo prava Unije, ker je nacionalno pravo Združenega kraljestva ne dovoljuje.¹¹ To je bilo na ustni obravnavi pred Sodiščem tudi večkrat poudarjeno.

23. Medtem ko S. McCarthy meni, da je njeno dvojno državljanstvo zadostna navezovalna okoliščina za pravo Unije, pa vse vlade, ki so se udeležile postopka, in Komisija zastopajo nasprotno stališče.

22. Vprašljivo pa je, ali se pravo Unije lahko dejansko uporablja v obravnavanem primeru, saj S. McCarthy nikoli ni izvrševala svoje pravice do prostega gibanja, kakor je utemeljena v členih 21(1), 45, 49 in 56 PDEU¹² ter ponovno potrjena v členih 15(2) in 45(1)

A – Pojem „upravičenec“ v smislu Direktive 2004/38 (prvo vprašanje za predhodno odločanje)

24. S prvim vprašanjem želi predložitveno sodišče pridobiti informacije o razlagi pojma „upravičenec“ v smislu člena 3 Direktive 2004/38. V bistvu je treba pojasniti, ali se oseba, ki je državljanica dveh držav članic EU, vendar je vedno živela samo v eni od teh dveh držav, v razmerju do te države lahko sklicuje na Direktivo 2004/38, da bi na njenem ozemlju pridobila pravico do prebivanja zase in posredno tudi za svojega zakonca.

10 – Kot je Sodišče ugotovilo v sodbi z dne 4. decembra 1974 v zadevi van Duyn (41/74, Recueil, str. 1337, točka 22), načelo mednarodnega prava narekuje, „da neka država svojim lastnim državljanom ne sme odreči pravice do vstopa na svoje ozemlje in bivanje na njem“; glej tudi sodbi z dne 7. julija 1992 v zadevi Singh (C-370/90, Recueil, str. I-4265, točka 22) in z dne 11. decembra 2007 v zadevi Eind (C-291/05, ZOdL, str. I-10719, točka 31) ter člen 3 Protokola št. 4 k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki je bila 16. septembra 1963 dana v podpis v Strasbourgu in je začela veljati 2. maja 1968 (ETS št. 46).

11 – Zato je bilo odloženo tudi odločanje o tožbi G. McCarthyja v zvezi z njegovo pravico do prebivanja (glej točko 15 teh sklepnih predlogov).

12 – Prej členi 18(1) ES, 39 ES, 43 ES in 49 ES.

13 – Listina Evropske unije o temeljnih pravicah je bila prvič slovesno razglašena 7. decembra 2000 v Nici (UL C 364, str. 1) in nato ponovno 12. decembra 2007 v Strasbourgu (UL C 303, str. 1).

25. V skladu z besedilom iz člena 3(1) Direktive 2004/38 je treba na to vprašanje odgovoriti nikalno. Po tem členu je upravičenec v smislu Direktive vsak državljan Unije, ki se preseli ali prebiva v drugi državi članici, kot je država, katere državljan je. Z obratnim sklepanjem je iz člena 3(1) mogoče izpeljati, da se Direktiva 2004/38 *ne* uporablja za razmerje med državljanom Unije in tisto državo članico, katere državljan je in v kateri prebiva že od nekdaj.

26. Ta razlaga se znova potrdi, če se osredotočimo na pravni okvir, v katerega se umešča člen 3(1) Direktive 2004/38, in če upoštevamo cilj, ki mu sledi ta direktiva.

27. Cilj Direktive 2004/38 je državljanom Unije olajšati *prosto gibanje* na ozemlju držav članic. V tem smislu Direktiva večkrat hkrati navaja prosto gibanje in prebivanje,¹⁴ in sicer z namenom „poenostavitve in krepitev pravice do prostega gibanja in prebivanja vseh državljanov Unije“.¹⁵

28. Kar zadeva pravni okvir člena 3(1), je treba opozoriti, da številne določbe Direktive 2004/38 govorijo o „vstopu“¹⁶ državljana Unije, o njegovem prebivanju „na ozemlju druge države članice“¹⁷ ali o „državi članici gostiteljici“¹⁸. Država članica gostiteljica v smislu Direktive pomeni „država članica, v katero se državljan Unije preseli z namenom uresničevanja svoje pravice do prostega gibanja in prebivanja“.¹⁹ Kot izhaja iz vseh teh določb, Direktiva 2004/38 ureja pravni položaj državljana Unije v državi članici, v kateri prebiva z namenom uresničevanja svoje pravice do prostega gibanja – glede na primer že od svojega rojstva²⁰ – in nima njenega državljanstva.

29. Prav gotovo to ne izključuje možnosti, da se Direktiva 2004/38 lahko uporabi tudi v razmerju do države izvora državljana Unije, če obstaja povezava s pravom Unije. Torej je v skladu z ustaljeno sodno prakso, da se državljan Unije, ki je izkoristil svojo pravico do prostega gibanja in se želi vrniti v svojo državo članico izvora, v odnosu do te države lahko

14 – Členi 1(a), 3(2) in 5(4) ter uvodni izjavi 3 in 22 preambule Direktive 2004/38.

15 – Uvodna izjava 3 preambule Direktive 2004/38; podobno naslov Direktive 2004/38 in uvodna izjava 5 njene preambule, ki obravnava pravico državljanov Unije „do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic“. Glej tudi sodbo z dne 25. julija 2008 v zadevi Metock in drugi (C-127/08, ZOdl., str. I-6241, točka 59), sodbi z dne 23. februarja 2010 v zadevi Ibrahim (C-310/08, ZOdl., str. I-1056, točka 49) in Teixeira (C-480/08, ZOdl., str. I-1107, točka 60) ter sodbo z dne 7. oktobra 2010 v zadevi Lassal (C-162/09, ZOdl., str. I-9217, točka 30).

16 – Glej tudi člene 3(2), 5, 8(2), 15(2), 27(3), 29(2) in (3) ter 31(4) in uvodni izjavi 6 in 22 preambule Direktive 2004/38.

17 – Člena 6(1) in 7(1) Direktive 2004/38; podobno tudi uvodna izjava 11 te direktive, ki opisuje „temeljno in osebno pravico do prebivanja v drugi državi članici“.

18 – Členi 2, 3(2), 5(3), 7, 8, od 14 do 18, 22, 24, 28, 29, 31 in 33 ter uvodne izjave 5, 6, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23 in 24 preambule Direktive 2004/38.

19 – Člen 2(3) Direktive 2004/38.

20 – Glej člen 3(1) in uvodno izjavo 24 preambule Direktive 2004/38; v istem smislu tudi sodba z dne 19. oktobra 2004 v zadevi Zhu in Chen (C-200/02, ZOdl., str. I-9925, točka 19) ter v opombi 15 zgoraj navedena sodba Teixeira, točka 45.

sklicuje na pravo Unije.²¹ Enako pa velja tudi, ko želi državljani Unije zapustiti svojo državo članico izvora in se preseliti v drugo državo članico, da bi uresničeval pravico do prostega gibanja po pravu Unije.²²

30. Nasprotno pa se za državljanke Unije, kot je S. McCarthy, ki je vedno živela v državi članici, katere državljanstvo ima, in ki nikoli ni uresničevala svoje pravice do prostega gibanja, ki jo zagotavlja pravo Unije, Direktiva 2004/38 ne uporablja niti glede na besedilo člena 3(1) niti ob upoštevanju ciljev in pravnega okvira navedene določbe. Enako velja za člane družine S. McCarthy,²³ saj njihove pravice do vstopa in prebivanja – kot tudi, splošneje, možnost za združitev družine – ne temeljijo na izvorni pravici do prostega gibanja, temveč so izpeljane iz pravice do prostega gibanja državljanke Unije in so namenjene njenemu uresničevanju.²⁴

21 – V opombi 10 zgoraj navedeni sodbi Singh, točke od 19 do 23, in Eind, točke od 32 do 36; podobno tudi sodba z dne 11. julija 2002 v zadevi Carpenter (C-60/00, Recueil, str. I-6279, zlasti točka 46).

22 – Sodba z dne 10. julija 2008 v zadevi Jipa (C-33/07, ZOdl., str. I-5157, zlasti točki 17 in 18).

23 – V tem smislu glej sodbo z dne 27. oktobra 1982 v združenih zadevah Morson in Jhanjan (35/82 in 36/82, Recueil, str. 3723, točke od 11 do 18).

24 – Glej v tem smislu v opombi 10 zgoraj navedeno sodbo Eind, točka 23.

31. Menim, da tudi iz pravice do prostega gibanja državljanov Unije, ki je utemeljena v primarni zakonodaji (člen 21(1) PDEU in člen 45(1) Listine o temeljnih pravicah), ni mogoče sklepati drugače. Res je, da je treba določbe sekundarne zakonodaje razlagati in uporabiti v skladu s primarno zakonodajo – na primer s temeljnimi pravicami iz Pogodb.²⁵ Toda Direktiva 2004/38 je po mojem mnenju v skladu s določbami primarne zakonodaje. Predvsem pa se ne strinjam s stališčem, da lahko državljani Unije izpelje pravico do prebivanja iz člena 21(1) PDEU v razmerju do države članice, katere državljanstvo ima, tudi takrat, kadar – tako kot v primeru S. McCarthy – čezmejni element sploh ni prisoten.²⁶

32. Preveriti je treba, ali lahko na doseganje ugotovitve vpliva okoliščina, da ima S. McCarthy državljanstvo dveh držav članic EU, to je britansko in irsko.

33. V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da državljanke Unije v položaju, v katerem je S. McCarthy, sklicevanja na njeno drugo državljanstvo – v tem primeru irsko – od samega začetka ni mogoče preprečiti samo zato, ker se

25 – Glej tudi sodbi z dne 26. junija 2007 v zadevi Ordre des bureaux francophones et germanophone in drugi (C-305/05, ZOdl., str. I-5305, točka 28) in z dne 19. novembra 2009 v združenih zadevah Sturgeon in drugi (C-402/07 in C-432/07, ZOdl., str. I-10923, točka 48).

26 – Nasprotno stališče zastopa generalna pravobranilka Sharpston v sklepnih predlogih, predstavljenih 30. septembra 2010 v zadevi Ruiz Zambrano (C-34/09, še nerešena zadeva pred Sodiščem, zlasti točke od 91 do 97 in točka 122, prvi stavek).

to državljanstvo morda ni učinkovito izvajalo. Sicer v obravnavanem primeru vse kaže na to, da je britansko državljanstvo S. McCarthy daleč učinkovitejše, saj je S. McCarthy vedno živela v Angliji in je za irski potni list prvič zaprosila šele med pripravo na svojo prošnjo za pridobitev dovoljenja za prebivanje po pravu Unije. Kot je poudarilo Sodišče, v okviru Evropske unije „ni dopustno, da država članica omejuje učinke pridobitve državljanstva druge države članice, s tem da zahteva dodaten pogoj za priznavanje tega državljanstva v zvezi z uresničevanjem temeljnih svoboščin, določenih s Pogodbo“.²⁷ V skladu s sodno prakso je torej obstoj dvojnega državljanstva za presojo pravnega položaja državljanov Unije v razmerju do njihovih držav članic izvora n celoma vsekakor pomemben.²⁸

34. Tako lahko dvojno državljanstvo državljana Unije pri določitvi njegovega priimka narekuje odstopanja od pravil nacionalnega prava glede osebnih imen v eni od njegovih držav članic izvora.²⁹ Priimek je namreč bistven sestavni del identitete neke osebe. Zato je treba vsakemu državljanu Unije zagotoviti, da njegov priimek, ki je bil zakonito registriran v neki državi članici, priznajo tudi vse

druge države članice.³⁰ Če bi se pojavili dvomi glede identitete državljana Unije, ker se njegov priimek različno glasi ali piše glede na državo članico, bi to lahko zadevni osebi povzročilo resne zasebne ali poklicne težave.³¹

35. Kar morda velja za področja, kot je pravo osebnih imen, pa ni nujno prenosljivo tudi na pravico do prebivanja, ki nas zanima v tem primeru, in možnost za združitev družine, ki je s tem povezana. Pomembneje je, ali se položaj državljana Unije tudi v teh okoliščinah na podlagi njegovega dvojnega državljanstva s pravnega vidika pomembno razlikuje od položaja drugih državljanov Unije, ki imajo samo državljanstvo države članice gostiteljice.

36. Elemente dejanskih stanov in njihovo primerljivost je med drugim treba določiti in presojati ob upoštevanju predmeta in namena ureditve, s katero je uvedeno zadevno

27 – Sodbi z dne 7. julija 1992 v zadevi Micheletti in drugi (C-369/90, Recueil, str. I-4239, točka 10) in z dne 2. oktobra 2003 v zadevi Garcia Avello (C-148/02, Recueil, str. I-11613, točka 28) ter v opombi 20 zgoraj navedena sodba Zhu in Chen, točka 39.

28 – V opombi 27 zgoraj navedena sodba Garcia Avello, zlasti točke od 32 do 37. V opombi 27 zgoraj navedena sodba Micheletti in drugi prav tako opozarja na pomembnost dvojnega državljanstva v pravu Unije, predvsem v razmerju do države članice, katere državljanstva zadevni državljan Unije nima.

29 – V opombi 27 zgoraj navedena sodba Garcia Avello, zlasti točke 36, 37 in 45.

30 – V tem smislu glej sodbo z dne 14. oktobra 2008 v zadevi Grunkin in Paul (C-353/06, ZOdl., str. I-7639, zlasti točki 23 in 31).

31 – V opombi 27 zgoraj navedena sodba Garcia Avello, točka 36, in v opombi 30 zgoraj navedena sodba Grunkin in Paul, točke od 23 do 28 in 32; podobno že prej sodba z dne 30. marca 1993 v zadevi Konstantinidis (C-168/91, Recueil, str. I-1191, točka 16).

razlikovanje. Poleg tega je treba upoštevati načela in cilje področja, iz katerega izhaja zadevna ureditev.³²

37. Namen pravice državljanov Unije do prebivanja, ki je sporna v obravnavanem primeru, je olajšati prosto gibanje državljanov Unije in njihovih družinskih članov na ozemlju držav članic.³³ V tem smislu dvojno državljanstvo državljana Unije v položaju, v kakršnem je S. McCarthy, ne pomeni nobenih posebnosti. Z vidika pravice do prebivanja je S. McCarthy v enakem položaju kot vsi drugi britanski državljani, ki so vedno živeli v Angliji in svoje države izvora nikoli niso zapustili: svoje pravice do prostega gibanja ni nikoli uresničevala.³⁴

38. Državljanica Unije, kot je S. McCarthy, ni bila niti ovirana pri uresničevanju pravice do prostega gibanja³⁵ niti diskriminirana v razmerju do drugih britanskih državljanov, ki so

v primerljivem položaju. Zgolj dejstvo, da ima poleg britanskega tudi irsko državljanstvo, ji ne dovoljuje, da se zanjo in za njene družinske člane uporabljajo določbe prava Unije o pravicah do vstopa in prebivanja.

39. Priznati pa je treba, da je posledica tega lahko, da se državljan Unije, ki je uresničeval svojo pravico do prostega gibanja, z uporabo prava Unije sklicuje na ugodnejše predpise v zvezi s pravico do vstopa in prebivanja za svoje družinske člane, ki izvirajo iz tretjih držav, kot državljan države članice gostiteljice, ki je vedno prebival na njenem ozemlju.³⁶ Običajno se ta problem opiše s pojmom *diskriminacija lastnih državljanov* ali označi kot *obrnjena diskriminacija*.

40. V skladu z ustaljeno sodno prakso pa pravo Unije ne ponuja nobenega orodja za rešitev tega problema. Kajti to, da se državljani glede vstopa in prebivanja njihovih družinskih članov iz tretjih držav morda različno obravnavajo glede na to, ali so ti državljani Unije prej uresničevali svojo pravico do prostega gibanja, ni urejeno v pravo Unije.³⁷

32 – Sodba z dne 16. decembra 2008 v zadevi Arcelor Atlantique et Lorraine in drugi (C-127/07, ZOdl., str. I-9895, točka 26).

33 – V opombi 15 zgoraj navedena sodba Metock in drugi, točka 82; glej tudi točko 27 teh sklepnih predlogov.

34 – V tem se obravnavani primer razlikuje od zadeve Zhu in Chen (sodba, navedena v opombi 20 zgoraj), v kateri zadevna državljanica Unije Catherine Zhu *ni* imela državljanstva države članice gostiteljice, temveč samo državljanstvo druge države članice, tako da je v državi članici gostiteljici živela od rojstva *v skladu s pravico do prostega gibanja*, ki je utemeljena v členu 21(1) PDEU (prej člen 18(1) ES). Prav tako se obravnavani primer razlikuje od zadeve Eind (sodba, navedena v opombi 10 zgoraj), v kateri je zadevni državljan Unije sicer imel državljanstvo države članice gostiteljice (Nizozemska), vendar se je tja vrnil *po končanem uresničevanju svoje pravice do prostega gibanja*.

35 – Kot pravilno poudarja irska vlada, S. McCarthy nič ne omejuje, da se z namenom uresničevanja pravice do prostega gibanja naseli v drugi državi članici, na primer na Irskem, kamor jo lahko spremlja tudi njen zakonec kot družinski član.

36 – V zvezi s tem glej v opombi 15 zgoraj navedeno sodbo Metock in drugi, točke od 76 do 78.

37 – V opombi 15 zgoraj navedena sodba Metock, točki 77 in 78; v tem smislu ustaljena sodna praksa o temeljnih svoboščinah, ki so varovane v Pogodbah; glej tudi sodbo z dne 1. aprila 2008 v zadevi Gouvernement de la Communauté française in Gouvernement wallon (C-212/06, ZOdl., str. I-1683, točka 33).

41. V literaturi sicer včasih prevlada razumevanje, da je iz državljanstva Unije mogoče izpeljati prepoved diskriminacije lastnih državljanov.³⁸ Tudi generalna pravobranilka Sharpston je pred kratkim zavzela podobno stališče.³⁹ Toda kot je Sodišče že večkrat ugotovilo, cilj državljanstva Unije ni vsebinsko razširiti področja uporabe prava Unije tudi na notranje položaje, ki nimajo nobene zveze s pravom Unije.⁴⁰

42. Prav gotovo ne moremo izključiti, da bi Sodišče v nekem trenutku želelo na novo preučiti svojo sodno prakso in bi se čutilo dolžno, da bo v prihodnje iz državljanstva Unije izpeljalo prepoved diskriminacije lastnih državljanov. Status državljanstva Unije je kljub vsemu zasnovan „kot temeljni status državljanov držav članic, ki vsem državljanom, ki se znajdejo v enakem položaju, omogoča, da so deležni enakega pravnega obravnavanja ne glede

na njihovo državljanstvo in ne da bi to vplivalo na izjeme, ki so v zvezi s tem določene“.⁴¹

43. Menim, da obravnavani primer kljub vsemu ne ponuja ustreznega okvira za poglobljeno preučitev problematike diskriminacije lastnih državljanov. „Statična“ državljanica Unije, kot je S. McCarthy, v tem primeru namreč sploh ni diskriminirana v primerjavi z „mobilnimi“ državljani Unije.⁴² Kajti celo če odmislimo dejstvo, da S. McCarthy nikoli ni uresničevala pravice do prostega gibanja in bi se ji načeloma priznala pravica, da se sklicuje na določbe Direktive 2004/38, pa vseeno ne bi izpolnjevala drugih pogojev za pridobitev dolgoročneje pravice do prebivanja, ki velja za državljanice Unije.

44. S. McCarthy ni niti zaposlena niti nima zadostnih sredstev za preživetje sebe in svoje družine, torej ni „ekonomsko neodvisna“, temveč prejema državno socialno pomoč

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

39 – V opombi 26 zgoraj navedeni sklepni predlogi v zadevi Ruiz Zambrano, zlasti točke od 139 do 150.

40 – Sodba z dne 5. junija 1997 v združenih zadevah Uecker in Jacquet (C-64/96 in C-65/96, Recueil, str. I-3171, točka 23), v opombi 27 zgoraj navedena sodba Garcia Avello, točka 26, sodba z dne 12. julija 2005 v zadevi Schempp (C-403/03, ZOdl., str. I-6421, točka 20), v opombi 37 zgoraj navedena sodba Gouvernement de la Communauté française in Gouvernement wallon, točka 39, in sodba z dne 22. maja 2008 v zadevi Nerkowska (C-499/06, ZOdl., str. I-3993, točka 25).

41 – Sodbi z dne 20. septembra 2001 v zadevi Grzelczyk (C-184/99, Recueil, str. I-6193, točka 31) in z dne 16. decembra 2008 v zadevi Huber (C-524/06, ZOdl., str. I-9705, točka 69); podobno sodba z dne 12. septembra 2006 v zadevi Eman in Sevinger (C-300/04, ZOdl., str. I-8055, zlasti točke 57, 58 in 61). O statusu državljanov Unije kot „temeljnem statusu“ glej tudi sodbo z dne 17. septembra 2002 v zadevi Baumbast in R (C-413/99, Recueil, str. I-7091, točka 82), v opombi 27 zgoraj navedeno sodbo Garcia Avello, točka 22, in sodbo z dne 2. marca 2010 v zadevi Rottmann (C-135/08, ZOdl., str. I-1449, točka 43).

42 – V tem smislu glej tudi v opombi 26 zgoraj navedene sklepne predloge generalne pravobranilke Sharpston v zadevi Ruiz Zambrano, točka 146, glede na katere morajo biti položaji „statičnih“ in „mobilnih“ državljanov Unije primerljivi.

v Združenem kraljestvu.⁴³ S tem ne izpolnjuje vsebinskih zahtev, ki jih pravo Unije postavlja za državljane Unije, ki želijo prebivati na ozemlju druge države članice v obdobju, daljšem od treh mesecev.⁴⁴ Prav tako ni nobenih dokazov o tem, da je bila S. McCarthy v preteklosti nepretrgano pet let zaposlena v Združenem kraljestvu ali da je imela dovolj sredstev zase in za svoje družinske člane, kar je osnovni pogoj za pridobitev pravice do stalnega prebivališča.⁴⁵ Iz tega sledi, da S. McCarthy celo kot „mobilna“ državljanka Unije ne bi imela nobene pravice do prebivanja na podlagi prava Unije.

državljanca Unije,⁴⁶ potem bi bilo po mojem mnenju primerno, da se ustni postopek ponovno začne. Kajti doslej so bile stranke v postopku v obravnavanem primeru le povsem obrobno – proti koncu ustne obravnave – povabljeni, da predstavijo svoje argumente o tej problematiki. Menim, da bi morale dobiti še priložnost, da to zadevo podrobneje preučijo. To bi najverjetneje spodbudilo tudi druge države članice k temu, da podajo ustna stališča pred Sodiščem.

45. Glede na zgoraj navedeno vztrajam pri svojem stališču, da je treba na prvo vprašanje predložitvenega sodišča odgovoriti nikalno. Nanj bi bilo treba odgovoriti v smislu, da državljanka Unije, ki je državljanka dveh držav članic EU, vendar je vedno živela samo v eni od teh dveh držav, v tej državi ne more pridobiti pravice do prebivanja na podlagi Direktive 2004/38.

B – Pojem „zakonito prebivanje“ v smislu člena 16(1) Direktive 2004/38 (drugo vprašanje za predhodno odločanje)

46. Če bi se Sodišče v obravnavanem primeru kljub temu odločilo, da naprej razišče status

47. Predložitveno sodišče želi z drugim vprašanjem pridobiti informacije o pojmu „zakonito prebivanje“ v smislu člena 16(1) Direktive 2004/38.⁴⁷ V bistvu je treba pojasniti, ali v ta koncept spada tudi prebivanje državljanke Unije, ki je vedno živela samo v državi članici gostiteljici, če upoštevamo, da je njena pravica do prebivanja med celotnim prebivanjem

43 – Glej točko 9 teh sklepnih predlogov.

44 – Člen 7(1) Direktive 2004/38.

45 – Člen 16(1) Direktive 2004/38; v zvezi s tem glej podrobno moje navedbe glede drugega vprašanja za predhodno odločanje (točke od 47 do 57 teh sklepnih predlogov).

46 – V tem smislu glej v opombi 26 zgoraj navedene sklepne predloge generalne pravobranilke Sharpston v zadevi Ruiz Zambrano.

47 – Različna vprašanja o razlagi člena 16 Direktive 2004/38 in zlasti o pojmu „zakonito prebivanje“ odpirajo tudi zadeve v teku Dias (C-325/09), Ziolkowski (C-424/10) in Szeja (C-425/10). Kolikor je razvidno, pa se ne nanašajo na primer državljana Unije, ki ima državljanstvo države članice gostiteljice.

temeljila le na dejstvu, da ima državljanstvo te države.

48. To vprašanje je logično podrejeno prvemu vprašanju. Če je v skladu z mojim predlogom že odgovor na prvo vprašanje nikalen,⁴⁸ se za državljanke Unije sploh ne uporablja Direktiva 2004/38, zato na drugo vprašanje ni treba odgovoriti. Glede na to bom v nadaljevanju drugo vprašanje obravnavala samo podredno.

49. Pojem zakonitega prebivanja, ki je v skladu s členom 16(1) pogoj za pridobitev pravice do stalnega prebivališča, v Direktivi 2004/38 ni podrobneje opredeljen.

50. Tudi v sodbi Lassel, ki je bila izdana pred kratkim, Sodišče tega vprašanja po mojem mnenju ni dokončno rešilo, temveč je samo pojasnilo, da je treba „[upoštevati] obdobja prebivanja, ki je bilo skladno s [prej veljavnimi] predpisi prava Unije“.⁴⁹ To nikakor ne izključuje, da se upoštevajo tudi druga obdobja prebivanja, ki so bila izpolnjena samo v skladu z nacionalno zakonodajo o tujcih.

48 – Glej zlasti točki 25 in 45 teh sklepnih predlogov.

49 – V opombi 15 zgoraj navedena sodba Lassel, točka 40.

51. Preambula Direktive 2004/38 sicer napotuje na to, da zakonito prebivanje pomeni predvsem prebivanje „v skladu s pogoji, določenimi v tej direktivi“, torej prebivanje, do katerega je bila zadevna oseba upravičena po pravu Unije.⁵⁰ Vendar ob upoštevanju sobesedila in ciljev Direktive 2004/38 njenih določb ni mogoče razlagati ozko.⁵¹

52. Kar zadeva pravico do stalnega prebivališča v skladu s členom 16 Direktive 2004/38, je namen zakonodajalca Unije „spodbujati socialno kohezijo, ki je eden od temeljnih ciljev Unije“,⁵² in ustvariti „resnično sredstvo vključevanja v družbo države članice gostiteljice“.⁵³ V skladu s tem ciljem je, da se krog upravičencev do stalnega prebivališča razširi tudi na tiste državljane Unije, katerih pravica do prebivanja v državi članici gostiteljici temelji samo na njeni nacionalni zakonodaji o tujcih;⁵⁴ kajti za presojo stopnje vključenosti državljan Unije v državo članico gostiteljico je drugotnega pomena, od kod izvira njegova pravica do prebivanja.

50 – Uvodna izjava 17 preambule Direktive 2004/38.

51 – V opombi 15 zgoraj navedeni sodbi Metock, točki 84 in 93, in Lassel, točka 31.

52 – Uvodna izjava 17 preambule Direktive 2004/38.

53 – Uvodna izjava 18 preambule Direktive 2004/38; glej tudi v opombi 15 zgoraj navedeno sodbo Lassel, točka 32; v zvezi z idejo vključevanja glej tudi točko 37.

54 – V tem smislu glej moje sklepne predloge, predstavljene 20. oktobra 2009 v zadevi Teixeira, navedeni v opombi 15 zgoraj, točka 119; drugačno stališče očitno zastopa generalna pravobranilka Trstenjak (sklepni predlogi, predstavljeni 11. maja 2010 v zadevi Lassel, navedeni v opombi 15 zgoraj, točka 88, zadnji stavek).

53. Da so mogoči primeri, v katerih pravica do prebivanja izhaja samo iz nacionalne zakonodaje o tujcih države članice gostiteljice, je razvidno iz člena 37 Direktive 2004/38, v katerem je izrecno določeno, da njene določbe ne vplivajo na ugodnejše zakone ali predpise držav članic. Tudi v sodni praksi so vsekakor poznani primeri, v katerih prebivanje državljanov Unije v zadevni državi članici gostiteljici ni moglo temeljiti na pravu Unije, temveč samo na nacionalni zakonodaji o tujcih.⁵⁵ Takega prebivanja Sodišče nikakor ni obravnavalo kot nepomembno, ampak je v zvezi s tem izpeljalo posledice, ki izhajajo iz prava Unije.⁵⁶

54. Sicer pa zakonito prebivanje v smislu člena 16(1) Direktive 2004/38 lahko pomeni samo prebivanje, ki temelji na določbah *prava tujcev*, ne pa prebivanje, katerega zakonitost temelji izključno na dejstvu, da je zadevna oseba državljan države članice gostiteljice. Kajti namen Direktive 2004/38 je, kot je bilo že navedeno,⁵⁷ olajšati uresničevanje pravice do prostega gibanja državljanov Unije. Njen namen ni spodbujati vključevanje tistih državljanov v družbo države članice gostiteljice, ki

nikoli niso uresničevali svoje pravice do prostega gibanja.

55. Pravica do prebivanja, ki izvira iz prava tujcev, in pravica do prebivanja, ki temelji na tem, da ima zadevna oseba državljanstvo države članice gostiteljice, se po kakovosti bistveno razlikujeta. Medtem ko države članice pravice do prebivanja svojih lastnih državljanov po načelih mednarodnega prava nikakor ne smejo omejevati,⁵⁸ pa so upravičene, da prebivanje tujcev na svojem ozemlju dovolijo le pod določenimi pogoji. To velja tudi za prebivanje državljanov Unije iz drugih držav članic, pri čemer je seveda treba upoštevati omejitve, ki izhajajo iz prava Unije.⁵⁹

56. Če bi državljanke Unije, ki tako kot S. McCarthy nikoli ni uresničevala svoje pravice do prostega gibanja, dovolili, da se sklicuje na Direktivo 2004/38, bi to nenazadnje lahko opisali kot „pobiranje smetane“:⁶⁰ državljanke Unije bi potemtakem lahko uživala prednosti, ki jih ponuja Direktiva 2004/38 v zvezi z združitvijo družine s svojim zakoncem, ne da bi izpolnjevala cilj Direktive, ki je

55 – Sodba z dne 7. septembra 2004 v zadevi Trojani (C-456/02, ZOdl., str. I-7573, zlasti točki 36 in 37); podobno sodba z dne 12. maja 1998 v zadevi Martínez Sala (C-85/96, Recueil, str. I-2691, zlasti točki 14 in 15 ter točki 60 in 61), vendar se v zadnjem primeru zdi, da gre bolj za faktično dopustitev prebivanja državljanke Unije.

56 – V opombi 55 zgoraj navedeni sodbi Martínez Sala, točki 64 in 65, in Trojani, točka 39.

57 – Glej moje navedbe v zvezi s prvim vprašanjem za predhodno odločanje (zlasti točki 27 in 28 teh sklepnih predlogov).

58 – Glej točko 20 in opombo 10 teh sklepnih predlogov.

59 – Glej zlasti člene 7, 8 in od 27 do 33 Direktive 2004/38.

60 – V isto smer kažeja pojma „à la carte approach“ in „the best of both worlds“, ki ju je irska vlada uporabila na ustni obravnavi pred Sodiščem.

olajšati uresničevanje prostega gibanja, ali katereregakoli od pogojev iz Direktive, na primer zahtevo po ekonomski neodvisnosti v skladu s členom 7(1) Direktive. Kot je pravilno poudarilo več v postopku udeleženih vlad, to ne ustreza namenu in ciljem določb prava Unije o prostem gibanju in pravici do prebivanja.

C – Končne ugotovitve

57. Odgovor na drugo vprašanje predložitvenega sodišča bi torej moral biti:

58. V skladu s predlagano rešitvijo se državljanka Unije v položaju, v kakršnem je S. McCarthy, ne more sklicevati na pravo Unije, da bi zase in za svoje družinske člane pridobila pravico do prebivanja v državi članici, v kateri je vedno živela in katere državljanka je.

Zakonitost prebivanja, ki je v skladu s členom 16(1) Direktive 2004/38 pogoj za pridobitev pravice do stalnega prebivališča, lahko temelji bodisi na pravu Unije bodisi na nacionalni zakonodaji o tujcih države članice gostiteljice.

59. Kot pa je Sodišče že navedlo v zadevi *Metock*⁶¹, so vse države članice pogodbenice EKČP⁶². Čeprav ta konvencija ne jamči pravice tujcu, da vstopi v določeno državo in da tam prebiva, lahko gre za poseg v pravico do spoštovanja družinskega življenja, kot je varovana v členu 8(1) EKČP, če se osebi zavrne vstop ali prebivanje v državi, v kateri bivajo njihovi bližnji sorodniki.⁶³

Če pa je državljan Unije hkrati državljan države članice gostiteljice, v kateri je prebival vedno samo na podlagi svojega državljanstva in nikoli ni uresničeval svoje pravice do prostega gibanja, potem ne gre za „zakonito prebivanje“ v smislu člena 16(1) Direktive 2004/38.

61 – Sodba navedena v opombi 15 zgoraj, točka 79.

62 – Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisana v Rimu 4. novembra 1950 (*ETS* št. 5).

63 – V zvezi s tem glej sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 18. februarja 1991 v zadevi *Moustaquim* proti Belgiji (série A, št. 193, str. 18, točka 36), z dne 2. avgusta 2001 v zadevi *Boultif* proti Švici (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, točka 39) in z dne 22. aprila 2004 v zadevi *Radovanović* proti Avstriji (pritožba št. 42703/98, točka 30). Sodišče Evropske unije pa je za Evropsko unijo priznalo, da pravica živeti z bližnjimi sorodniki pomeni za države članice obveznosti, ki so lahko negativne, kadar se od države članice zahteva, naj ne izžene osebe, ali pozitivne, kadar mora dovoliti vstop in prebivanje osebe na njenem ozemlju (sodba z dne 27. junija 2006 v zadevi *Parlament* proti Svetu, „Združitev družine“, C-540/03, ZOdl., str. I-5769, točka 52).

60. V teh okoliščinah ne moremo povsem izključiti, da je Združeno kraljestvo zaradi svojega pristopa k EKČP zavezano, da G. McCarthyju kot zakoncu britanske državljanke, ki živi v Angliji, odobri pravico do prebivanja. To pa ni vprašanje prava Unije, temveč zgolj vprašanje zavezanosti Združenega kraljestva v okviru EKČP, za presojo katerega so pristojna izključno nacionalna sodišča in glede na primer Evropsko sodišče za človekove pravice.

VI – Predlog

61. Na podlagi zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na predlog za sprejetje predhodne odločbe odgovori:

Državljanca Unije, ki je državljanca dveh držav članic EU, vendar je vedno živela samo v eni od teh dveh držav, v tej državi ne more pridobiti pravice do prebivanja na podlagi Direktive 2004/38/ES.