Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MACIEJA SZPUNARA
od 20. svibnja 2014.[1]

Predmet C-202/13

Sean Ambrose McCarthy
Helena Patricia McCarthy Rodriguez
Natasha Caley McCarthy Rodriguez
protiv
Secretary of State for the Home Department

(zahtjev za prethodnu odluku koji je postavio High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Ujedinjena Kraljevina))

„Pravo ulaska i kratkotrajnog boravka – Državljanin treće države, član obitelji građanina Unije, u posjedu dozvole boravka države članice – Nacionalno pravo koje ulazak na nacionalno državno područje uvjetuje prethodnim pribavljanjem dozvole ulaska – Državljanin treće države, član obitelji građanina Unije, u posjedu dozvole boravka jedne države članice – Nacionalno pravo koje ulazak na nacionalno državno područje uvjetuje prethodnim pribavljanjem dozvole ulaska"

Sadržaj

I – Uvod ... 3

II – Pravni okvir ... 3

A – Pravo Unije ... 3

1. Ugovor o funkcioniranju Europske unije ... 3

2. Protokol br. 20 ... 3

3. Direktiva 2004/38 ... 4

4. Uredba (EZ) br. 539/2001 ... 5

5. Uredba (EZ) br. 562/2006 ... 5

B – Nacionalno pravo ... 6

1 — Izvorni jezik: francuski

III – Činjenice iz kojih proizlazi spor u glavnom postupku 7

IV – Prethodna pitanja i postupak pred Sudom 9

V – Analiza 9

A – O primjenjivosti Direktive 2004/38 10

1. Uvodna očitovanja i obilježja predmeta 10

2. Analiza prava izvedenog boravka u novijoj sudskoj praksi Suda 11

3. Primjenjivost Direktive 2004/38 kada građanin Unije koji se prethodno i stvarno koristio svojom slobodom kretanja putuje prema državi članici koje je državljanin 13

a) Teleološka opravdanost šireg tumačenja Direktive 2004/38 13

i) O nepodudarnosti između države članice podrijetla građanina Unije i one koje je državljanin 14

ii) O različitim smjerovima u kojima putuju građani Unije 15

b) Kratak pregled relevantne sudske prakse o pravu izvedenog boravka 15

c) Privremeni zaključak 17

4. Primjenjivost Direktive 2004/38 kada građanin Unije koji stvarno ostvaruje svoju slobodu kretanja boraveći u državi domaćinu istodobno ostvaruje tu slobodu putujući u državu članicu koje je državljanin: slučaj prava ulaska i kratkotrajnog boravka 17

a) Istodobno korištenje slobodom kretanja u državi članici domaćinu s boravkom u državi članici koje je državljanin građanin Unije 18

b) Korištenje slobodom kretanja nakon stvarnog boravka u državi članici domaćinu istodobno s korištenjem pravom ulaska i kratkotrajnog boravka u državi članici koje je državljanin građanin Unije 18

c) Privremeni zaključak 20

B – O utvrđivanju mjera koje se mogu donijeti na temelju članka 35. Direktive 2004/38 20

1. O pojmu zlouporabe prava u relevantnoj sudskoj praksi Suda 21

2. O tumačenju članka 35. Direktive 2004/38 u svjetlu sudske prakse Suda 22

3. O prigovorima koje je iznijela Ujedinjena Kraljevina 24

C – O Protokolu br. 20 26

VI – Zaključak 27

I – **Uvod**

1. Jedna država članica provela je i održava na snazi mjeru opće primjene kojom se nalaže da državljani trećih država, članovi obitelji građanina Unije, koji žele ući u tu državu članicu posjeduju ulaznu vizu koju je ona izdala.

2. U ovom predmetu Sudu je prvi put upućen zahtjev za prethodnu odluku o tumačenju, s jedne strane, članka 35. Direktive 2004/38/EZ [2] i, s druge strane, članka 1. Protokola br. 20 priloženog Ugovoru o funkcioniranju Europske unije (Ugovor o FEU-u) [3].

3. Kako bi odgovorio na to pitanje, Sud je osobito pozvan odlučiti o primjenjivosti Direktive 2004/38 na jednu državljanku treće države koja sa svojim suprugom i kćerkom, građanima Unije, boravi u državi članici različitoj od one koje su potonji državljani, a koja ih želi tijekom kratkih putovanja pratiti u državu članicu koje su oni državljani. Iako je Sud jedno pitanje usko povezano s ovim već obradio u nedavnoj presudi O i B [4], rješenje iz te presude ne čini se zadovoljavajućim s obzirom na okolnosti ovog slučaja. Stoga bih predložio općenitije rješenje koje će omogućiti osiguravanje dosljednosti između područja primjene UFEU-a i onoga Direktive 2004/38.

II – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

1. Ugovor o funkcioniranju Europske unije

4. Člankom 20. stavkom 1. UFEU-a ustanovljuje se građanstvo Unije i određuje da je „svaka osoba koja ima državljanstvo neke države članice“ građanin Unije. U skladu s člankom 20. stavkom 2. točkom (a), građani Unije imaju „pravo slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica“.

5. Članak 21. stavak 1. UFEU-a dodaje da se to pravo primjenjuje „podložno ograničenjima i uvjetima utvrđenima u Ugovorima i u mjerama usvojenima radi njihove provedbe“.

2. Protokol br. 20

6. Članak 1. Protokola br. 20 određuje:

„Ujedinjena Kraljevina ima pravo, neovisno o člancima 26. i 27. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, bilo koje druge odredbe tog Ugovora ili Ugovora o Europskoj uniji, bilo kojoj mjeri donesenoj na temelju tih Ugovora, ili bilo kojem međunarodnom sporazumu koji je sklopila Unija ili Unija i njezine države članice s jednom trećom državom ili više njih, na svojim granicama s drugim državama članicama nad osobama koje žele ući u Ujedinjenu Kraljevinu provoditi kontrole koje smatra potrebnima u svrhu:

(a) provjere prava ulaska u Ujedinjenu Kraljevinu državljana država članica i njihovih uzdržavanika koji ostvaruju prava koja su im dodijeljena pravom Unije, kao i državljana drugih država kojima su ta prava dodijeljena sporazumom koji je za Ujedinjenu Kraljevinu obvezujući; i

2 — Direktiva 2004/38/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravište [boravak] na području države članice, kojom se izmjenjuje Uredba (EEZ) br. 1612/68 i stavljaju izvan snage direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ (SL L 158, 30. 4. 2004., str. 77.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 2., str. 42.)

3 — Protokol o primjeni određenih aspekata članka 26. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na Ujedinjenu Kraljevinu i Irsku

4 — C 456/12, EU:C:2014:135

(b) utvrđivanja treba li drugim osobama izdati dozvolu za ulazak u Ujedinjenu Kraljevinu ili ne.

Ništa u člancima 26. i 77. Ugovora o funkcioniranju Europske unije ni u bilo kojoj drugoj odredbi tog Ugovora ili Ugovora o Europskoj uniji ni u bilo kojoj mjeri donesenoj na temelju njih ne dovodi u pitanje pravo Ujedinjene Kraljevine da utvrdi ili provede takve kontrole. Upućivanje na Ujedinjenu Kraljevinu u ovom članku obuhvaća i područja za čije je vanjske odnose Ujedinjena Kraljevina odgovorna."

3. Direktiva 2004/38

7. Iz uvodne izjave 5. te direktive proizlazi da „[p]ravo svih građana Unije na slobodu kretanja i boravišta [boravka] na području države članice kako se ostvaruje pod objektivnim uvjetima slobode i dostojanstva treba odobriti i članovima njihovih obitelji, bez obzira na njihovo državljanstvo".

8. U skladu s uvodnom izjavom 28. Direktive 2004/38, „[d]ržave članice trebaju imati mogućnost donošenja potrebnih mjera u svrhu zaštite od zlouporabe prava ili prevare, posebice fiktivnog braka ili drugih veza zaključenih isključivo u svrhu uživanja prava slobode kretanja i boravišta [boravka]".

9. Što se tiče osobnog područja primjene Direktive 2004/38, članak 3. stavak 1. pod naslovom „Nositelji prava" određuje:

„Ova se Direktiva primjenjuje na sve građane Unije koji se useljavaju ili borave u državi članici različitoj od one koje su državljani i na članove njihovih obitelji koji ih prate ili im se pridružuju, kako je određeno člankom 2. točkom 2. ove Direktive."

10. Kad je riječ o pravu ulaska građana Unije i članova njihove obitelji državljana trećih država, članak 5. stavci 1. i 2. Direktive 2004/38 određuje:

„1. Ne dovodeći u pitanje odredbe o putnim ispravama koje se primjenjuju pri nadzoru državne granice, države članice odobravaju ulazak na svoje područje građanima Unije uz važeću osobnu iskaznicu ili putovnicu te članovima obitelji koji nisu državljani države članice uz važeću putovnicu.

Od građanina Unije ne smije se zahtijevati ulazna viza ili jednakovrijedna formalnost.

2. Od članova obitelji koji nisu državljani države članice zahtijeva se ulazna viza samo u skladu s Uredbom (EZ) br. 539/2001 ili, ako je primjereno, s nacionalnim pravom. Za potrebe ove Direktive, posjedovanje važeće dozvole boravišta [boravka] iz članka 10. ove Direktive oslobađa te članove obitelji od obveze pribavljanja vize.

Države članice takvim osobama nude sve mogućnosti za pribavljanje potrebnih viza. Te vize se izdaju bez naknade što je prije moguće i po žurnom postupku."

11. U pogledu prava boravka i izdavanja dozvole boravka članovima obitelji građana Unije koji su državljani treće države, člankom 10. te direktive predviđa se:

„1. Pravo boravišta [boravka] članova obitelji građanina Unije koji nisu državljani države članice dokazuje se izdavanjem isprave pod nazivom ‚Dozvola boravišta [boravka] za člana obitelji građanina Unije' najkasnije šest mjeseci od datuma podnošenja zahtjeva. Potvrda o podnošenju zahtjeva za izdavanje dozvole boravišta [boravka] izdaje se odmah.

2. Države članice za izdavanje dozvole boravišta [boravka] zahtijevaju predočavanje sljedećih isprava:

(a) važeće putovnice;

(b) isprave kojom se potvrđuje postojanje obiteljske veze ili registrirane zajednice;

(c) potvrde o prijavi ili ako sustav prijava ne postoji, kojeg drugog dokaza o boravištu [boravku] u državi članici domaćinu za građanina Unije u čijoj su pratnji ili mu se pridružuju;

(d) u slučajevima iz članka 2. stavka 2. točaka (c) i (d), dokaza da su navedeni uvjeti ispunjeni;

(e) u slučajevima iz članka 3. stavka 2. točke (a), isprave koju je izdalo nadležno tijelo u državi podrijetla ili državi odakle dolaze, kojom se potvrđuje da su uzdržavanici ili članovi kućanstva građanina Unije ili dokaza o postojanju ozbiljnih zdravstvenih problema člana obitelji koji strogo nalažu da ga građanin Unije osobno njeguje;

(f) u slučajevima iz članka 3. stavka 2. točke (b), dokaza o postojanju trajne veze s građaninom Unije.“

12. U skladu s člankom 11. Direktive 2004/38, dozvola boravka izdana na temelju članka 10. u načelu je valjana pet godina. Člancima 12. do 15. predviđena su pravila o zadržavanju i gubitku prava boravka članova obitelji građanina Unije.

13. Kad je riječ o donošenju mjera protiv mogućih zlouporaba prava dodijeljenih Direktivom 2004/38, članak 35. propisuje:

„Države članice mogu donijeti potrebne mjere s ciljem odbijanja, ukidanja ili opoziva prava koja proizlaze iz ove Direktive u slučaju zlouporabe prava ili prijevare, kao što je fiktivni brak. Sve su te mjere proporcionalne i podliježu postupovnim jamstvima iz članaka 30. i 31.“

4. Uredba (EZ) br. 539/2001

14. Uvodnom izjavom 4. Uredbe (EZ) br. 539/2001[5] predviđa se da, „[n]a temelju članka 1. Protokola o stajalištu Ujedinjene Kraljevine i Irske priloženog Ugovoru o Europskoj uniji i Ugovoru o osnivanju Europske zajednice, Irska i Ujedinjena Kraljevina ne sudjeluju u donošenju ove Uredbe. Sukladno tome i ne dovodeći u pitanje članak 4. navedenog Protokola, odredbe ove Uredbe ne primjenjuju se na Irsku niti na Ujedinjenu Kraljevinu.“

5. Uredba (EZ) br. 562/2006

15. Uredbom (EZ) br. 562/2006[6] ukidaju se granične kontrole osoba koje prelaze unutarnje granice između država članica Europske unije i utvrđuju pravila granične kontrole osoba koje prelaze vanjske granice država članica Europske unije. U skladu s njezinom uvodnom izjavom 27., ta uredba „predstavlja razvoj odredaba schengenske pravne stečevine u kojima Ujedinjena Kraljevina ne sudjeluje u skladu s Odlukom Vijeća 2000/365/EZ od 29. svibnja 2000. o zahtjevu Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske za sudjelovanje u pojedinim odredbama schengenske pravne stečevine […]. Ujedinjena Kraljevina stoga ne sudjeluje u donošenju ove Uredbe, ona je ne obvezuje niti se na nju primjenjuje.“

5 — Uredba Vijeća od 15. ožujka 2001. o popisu trećih zemalja čiji državljani moraju imati vizu pri prelasku vanjskih granica i zemalja čiji su državljani izuzeti od tog zahtjeva (SL L 81, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 10., str. 3.)

6 — Uredba Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o Zakoniku Zajednice o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama) (SL L 105, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 10., str. 61.)

B – *Nacionalno pravo*

16. Što se tiče prava ulaska državljana trećih država koji su članovi obitelji građanina Unije, članak 11. stavci 2. do 4. Uredbe o useljavanju iz 2006. (Europski gospodarski prostor) [Immigration (European Economic Area) Regulations 2006/1003, u daljnjem tekstu: Uredba o useljavanju] određuje:

„(2) Osobi koja nije građanin EGP-a mora se dopustiti ulazak u Ujedinjenu Kraljevinu ako je ona član obitelji građanina EGP-a, član obitelji koji je zadržao pravo boravka ili nositelj trajnog prava boravka na temelju članka 15. i ako prilikom dolaska predoči:

(a) valjanu putovnicu, i

(b) EGP obiteljsku dozvolu, dozvolu boravka ili trajnu dozvolu boravka.

(3) Službenik službe za useljavanje ne može otisnuti pečat u putovnicu osobe koja nije građanin EGP-a, a koja je ušla u Ujedinjenu Kraljevinu na temelju ovog članka, ako ona predoči dozvolu boravka ili trajnu dozvolu boravka.

(4) Prije nego što službenik za useljavanje nekoj osobi odbije ulazak u Ujedinjenu Kraljevinu na temelju ovog članka zbog toga što ona prilikom dolaska nije predočila jedan od dokumenata iz stavaka 1. i 2., on toj osobi mora pružiti svaku razumnu mogućnost da pribavi dokumente ili da joj se dokumenti dostave u razumnom roku ili da na drugi način dokaže da je:

(a) građanin EGP-a;

(b) član obitelji građanina EGP-a koji ima pravo pratiti tog građanina ili mu se pridružiti u Ujedinjenoj Kraljevini, ili

(c) član obitelji koji je zadržao pravo boravka ili osoba koja je nositelj prava trajnog boravka […]“

17. Kad je riječ o izdavanju EGP obiteljske dozvole iz članka 11. Uredbe o useljavanju, članak 12. stavci 1., 4. i 5. predviđa:

„(1) Službenik zadužen za ispitivanje zahtjeva za dozvolu ulaska mora izdati EGP obiteljsku dozvolu članu obitelji građanina EGP-a koji podnese zahtjev za njezino izdavanje i pod uvjetom da:

(a) građanin EGP-a:

  (i) boravi u Ujedinjenoj Kraljevini u skladu s ovom uredbom, ili

  (ii) putuje u Ujedinjenu Kraljevinu u roku od šest mjeseci od podnošenja zahtjeva i boravit će u Ujedinjenoj Kraljevini u skladu s ovom uredbom po svom dolasku u Ujedinjenu Kraljevinu; i da

(b) član obitelji prati građanina EGP-a u Ujedinjenu Kraljevinu ili mu se u njoj pridružuje i:

  (i) zakonito boravi u državi EGP-a, ili

  (ii) bi ispunjavao uvjete utvrđene propisima o useljavanju (osim onih o dozvoli ulaska) za dopuštenje ulaska u Ujedinjenu Kraljevinu kao član obitelji građanina EGP-a ili, u slučaju izravnih potomaka ili izravnih predaka njegova bračnog druga ili njegova registriranog partnera za koje skrbi, kao član obitelji njegova bračnog druga ili registriranog partnera, u slučaju da je građanin EGP-a ili bračni drugi ili registrirani partner prisutan i nastanjen u Ujedinjenoj Kraljevini.

(4) EGP obiteljska dozvola na temelju ovog članka izdaje se bez naknade i u najkraćem roku.

(5) Međutim, EGP obiteljska dozvola ne izdaje se na temelju ovog članka ako podnositelj zahtjeva ili građanin EGP-a mora biti protjeran iz Ujedinjene Kraljevine zbog razloga koji se tiču javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravstva u skladu s člankom 21.“

III – **Činjenice iz kojih proizlazi spor u glavnom postupku**

18. Sean Ambrose McCarthy dvostruki je državljanin, britanski i irski[7]. On je oženjen kolumbijskom državljankom te par ima jednu kćer.

19. Prema objašnjenjima koja su pružili zastupnici tužiteljâ u glavnom postupku na raspravi pred sudom, Sean Ambrose McCarthy ima status „britanskog subjekta s pravom boravka u Ujedinjenoj Kraljevini“[8]. Taj status proistječe iz činjenice njegova rođenja u Irskoj prije stupanja na snagu Zakona o britanskom državljanstvu iz 1948.[9].

20. Osim toga, iz očitovanja iznesenih na raspravi također proizlazi da je Sean Ambrose McCarthy boravio u Irskoj pedeset i dvije godine, dok je Ujedinjenoj Kraljevini boravio samo šest godina, između 1967. i 1973.

21. Što se tiče njegove kćeri, njezino dvostruko britansko i irsko državljanstvo istodobno je posljedica statusa njezina oca i činjenice njezina rođenja u Ujedinjenoj Kraljevini, državi članici u kojoj ona ipak nikada nije boravila.

22. Helena Patricia McCarthy Rodriguez nositeljica je dozvole boravka člana obitelji građanina Unije koju su španjolske vlasti izdale na temelju članka 10. Direktive 2004/38[10].

23. Tužitelji u glavnom postupku od svibnja 2010. borave u Španjolskoj, gdje su vlasnici kuće. Također su vlasnici kuće u Ujedinjenoj Kraljevini, u koju često putuju.

24. Prema odredbama nacionalnog prava o useljavanju, da bi mogli putovati u Ujedinjenu Kraljevinu, nositelji dozvole boravka moraju zatražiti dozvolu ulaska („EGP obiteljska dozvola“), koja vrijedi za razdoblje od šest mjeseci. Ta se obiteljska dozvola može produljiti pod uvjetom da se njezin nositelj osobno pojavi u diplomatskom predstavništvu Ujedinjene Kraljevine u inozemstvu i ispuni obrazac s pojedinostima koje se tiču sredstava za uzdržavanje i zaposlenja podnositelja zahtjeva.

25. S obzirom na to da je sjedište diplomatskog predstavništva Ujedinjene Kraljevine u Španjolskoj u Madridu, Helena Patricia McCarthy Rodriguez svaki put kada želi produljiti svoju obiteljsku dozvolu kako bi mogla putovati u Ujedinjenu Kraljevinu sa svojom obitelji mora krenuti iz Marbelle, gdje obitelj živi, u Madrid. Dogodilo joj se da joj je bio zabranjen ukrcaj na letove za Ujedinjenu Kraljevinu kada je predočila samo dozvolu boravka, ali ne i obiteljsku dozvolu.

7 — Upotrebljavajući izraz „britansko državljanstvo“ ovdje i u nastavku preuzimam izričaj iz odluke o upućivanju prethodnog pitanja.

8 — British subject with a right of abode in the United Kingdom.

9 — British Nationality Act 1948. An Act to make provision for British nationality and for citizenship of the United Kingdom and Colonies and for purposes connected with the matters aforesaid, 30th July 1948. Međutim, na temelju nove izjave Ujedinjene Kraljevine od 1. siječnja 1983. o definiciji izraza „državljani“ (SL 1983, C 23, str. 1., u daljnjem tekstu: izjava iz 1983.) definiciju izraza „državljani“ treba shvatiti tako da se njome upućuje ne samo na britanske građane *stricto sensu* već i na britanske subjekte koji imaju pravo boravka u Ujedinjenoj Kraljevini te su zbog toga izuzeti od kontrole useljavanja te države članice kao što je slučaj sa Seanom Ambroseom McCarthyjem [izjava iz 1983. dana je prilikom stupanja na snagu, 1. siječnja 1983., Zakona iz 1981. o britanskom državljanstvu (British Nationality Act 1981)].

10 — Iz spisa predmeta proizlazi da navedena dozvola boravka prestaje važiti 25. travnja 2015.

26. Kako proizlazi i iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje, Secretary of State for the Home Department [11] (u daljnjem tekstu: Secretary of State) izdao je upute prijevoznicima koji pružaju usluge prijevoza osoba u Ujedinjenu Kraljevinu. Te upute imaju za cilj potaknuti ih da ne prevoze putnike državljane treće države koji nemaju dozvolu boravka koju su izdala tijela Ujedinjene Kraljevine ili putne isprave kao što je valjana EGP obiteljska dozvola [12].

27. Dana 6. siječnja 2012. tužitelji u glavnom postupku podnijeli su tužbu protiv Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske sudu koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku radi utvrđenja da je potonja povrijedila obvezu da u svoj pravni poredak ispravno prenese članak 5. stavak 2. Direktive 2004/38. Oni su tvrdili da su neispravno prenošenje navedene odredbe od Ujedinjene Kraljevine i objavljivanje uputa prijevoznicima ozbiljno ugrozili njihova prava na slobodno kretanje.

28. U tom smislu, kako proizlazi i iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje, Europska komisija na temelju članka 258. UFEU-a dana 22. lipnja 2011. uputila je Ujedinjenoj Kraljevini pismo opomene u kojemu je zaključila da je postojalo neispravno prenošenje članka 5. stavka 2. Direktive 2004/38. Ujedinjena Kraljevina poslala je svoj odgovor 22. rujna 2011. Komisija je Ujedinjenoj Kraljevini 26. travnja 2012. uputila obrazloženo mišljenje istoga smisla, na koje je Ujedinjena Kraljevina poslala svoj odgovor 24. srpnja 2012.

29. Iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje također proizlazi da su tužitelji u glavnom postupku osobito tvrdili da su uvjeti sustava obiteljske dozvole primijenjeni na nositelje dozvola boravka bili skupi te su obitelji prouzročili teškoće [13].

30. Sporazumom stranaka u glavnom postupku Helena Patricia McCarthy Rodriguez pred sudom koji je uputio zahtjev ishodila je donošenje privremenih mjera kojima se nalaže da se produljenje njezine obiteljske dozvole provodi na pisani zahtjev poslan poštom u diplomatsko predstavništvo u Madridu a da nije nužno da ona onamo osobno dođe.

31. Sa svoje strane, Secretary of State tvrdio je da se Uredbom o useljavanju nije provodio članak 5. stavak 2. Direktive 2004/38 i da je bila opravdana, kako kao mjera potrebna na temelju članka 35. iste direktive tako i kao mjera kontrole u smislu članka 1. Protokola br. 20. On je istaknuo da je trebalo voditi računa o nedostatku jedinstvenog obrasca za dozvole boravišta [boravka] iz članka 10. Direktive 2004/38. Također, te dozvole nisu prevedene na engleski te se mogu krivotvoriti [14]. Osim toga, Secretary of State je tvrdio „da postoji sustavan problem zlouporabe prava i prijevare“ koje su počinili državljani trećih država [15]. Secretary of State u tom je smislu iznio dokaze sudu koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku [16].

32. Nakon što je ocijenio te dokaze, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku zaključio je da dijeli zabrinutost Secretary of State u pogledu zlouporabe prava.

11 — Ministar unutarnjih poslova Ujedinjene Kraljevine

12 — U skladu s člankom 40. Zakona iz 1999. o useljavanju i azilu (Immigration and Asylum Act 1999), u slučaju nepoštovanja te obveze, prijevoznici su dužni platiti novčanu kaznu.

13 — U tom se smislu oni pozivaju na postupak produljenja „obiteljske dozvole“ koji im nalaže da dođu u Madrid i da ondje prenoće.

14 — Iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da se Secretary of State osobito poziva na jednu analizu dozvola boravka koje su izdale druge države članice, a koju je provela Agencija za zaštitu granica Ujedinjene Kraljevine 2011., u vezi s minimalnim sigurnosnim normama što ih je utvrdila Međunarodna agencija za civilno zrakoplovstvo za strojno čitljive putne isprave.

15 — Takav izričaj, kao i onaj „sustavnih zlouporaba“, upotrebljavan je u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje radi označavanja zlouporabe državljana trećih država prava na slobodno kretanje i osobito prava na ulazak koje uživa član obitelji koji nije građanin EGP-a radi izbjegavanja nacionalnih kontrola useljavanja.

16 — U tom smislu treba pojasniti da dozvole boravka koje izdaju Savezna Republika Njemačka i Republika Estonija u načelu zadovoljavaju odgovarajuće sigurnosne norme, osobito one koje je odredila Međunarodna agencija za civilno zrakoplovstvo, tako da je predviđena izmjena Uredbe o useljavanju za osobe koje raspolažu dozvolom za boravak koju je izdala jedna o tih dviju država članica.

IV – **Prethodna pitanja i postupak pred Sudom**

33. U tim je okolnostima sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku odlukom od 25. siječnja 2013., zaprimljenom u tajništvu Suda 17. travnja 2013., odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„(1) Dopušta li članak 35. [Direktive 2004/38] državi članici donošenje mjere opće primjene kojom se odbija, poništava ili povlači pravo dodijeljeno člankom 5. stavkom 2. te direktive članovima obitelji koji nisu državljani države članice i koji posjeduju valjanu dozvolu boravka izdanu na temelju članka 10. te direktive da uživaju izuzeće od obveze pribavljanja vize?

(2) Dopušta li članak 1. Protokola br. 20 o primjeni određenih aspekata članka 26. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na Ujedinjenu Kraljevinu i Irsku Ujedinjenoj Kraljevini da od nositelja dozvole boravka zahtijeva ulaznu vizu koja se mora pribaviti prije dolaska na granicu?

(3) U slučaju potvrdnog odgovora na prvo ili drugo pitanje, je li stajalište Ujedinjene Kraljevine u pogledu nositelja dozvole boravka u ovom slučaju opravdano s obzirom na dokaze koji su sažeti u odluci suda koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku?“

34. Pisana očitovanja podnijeli su tužitelji u glavnom postupku, Helenska Republika, Kraljevina Španjolska, Republika Poljska, Republika Slovačka, Ujedinjena Kraljevina i Komisija.

35. Tužitelji u glavnom postupku, Helenska Republika, Kraljevina Španjolska, Republika Poljska, Republika Slovačka, Ujedinjena Kraljevina i Komisija također su podnijeli usmena očitovanja na raspravi koja je održana 4. ožujka 2014.

V – **Analiza**

36. Zahtjevom za prethodnu odluku u biti se pita dopuštaju li članak 35. Direktive 2004/38 i Protokol br. 20 Ujedinjenoj Kraljevini donošenje mjera, kao što su one o kojima je riječ u glavnom postupku, kojima se na općenit način pravo ulaska u Ujedinjenu Kraljevinu državljana treće države koji su nositelji dozvole boravka člana obitelji građanina Unije podvrgava obvezi prethodnog pribavljanja ulazne vize.

37. U nastavku ću najprije razmotriti može li osoba u situaciji kao što je ona Helene Patricije McCarthy Rodriguez iskoristiti odredbe sekundarnog prava kojima se članovi obitelji građanina Unije koji nisu državljani države članice pod određenima uvjetima oslobađaju obveze pribavljanja ulazne vize. U slučaju potvrdnog odgovora na to pitanje, razmotrit ću pitanje ima li Ujedinjena Kraljevina pravo na temelju članka 35. Direktive 2004/38 državljanima trećih država koji su članovi obitelji građanina Unije i koji imaju dozvolu boravka u smislu članka 10. te direktive, a koju je izdala druga država članica, uvesti obvezu posjedovanja „obiteljske dozvole“ kako bi mogli ući u Ujedinjenu Kraljevinu. Naposljetku ću raspraviti isto to pitanje, ali ovaj put u vezi s Protokolom br. 20.

A – *O primjenjivosti Direktive 2004/38*

38. Na samom početku važno je precizirati da stranke i intervenijenti, uz iznimku Ujedinjene Kraljevine, ni u pisanim očitovanjima ni u usmenim očitovanjima na raspravi nisu osporili primjenjivost Direktive 2004/38[17]. Iako je Ujedinjena Kraljevina tijekom rasprave doista detaljno osporila primjenjivost Direktive, ona je u ovom slučaju svejedno primjenjuje. Ni sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku više ne postavlja to pitanje. Doista, svoje obrazloženje utemeljio je na primjenjivosti te direktive. Ipak, smatram da se radi o pitanju koje zaslužuje ispitivanje.

1. Uvodna očitovanja i obilježja predmeta

39. Kada je 1992. uveo građanstvo Unije[18], Ugovor iz Maastrichta okrunio je dugi razvoj[19]. Između „Europe građana“[20], o kojoj se raspravljalo 70-ih i 80-ih, i sadašnjeg građanstva Unije prijeđen je dug put koji je kao nit vodilju osobito imao prava na slobodu kretanja i boravka na državnom području država članica. Građanstvo Unije danas predstavlja status svih građana, bez obzira na to jesu li gospodarski aktivni[21] ili nisu[22]. Njegovo uvođenje u Ugovore dalo je legitimitet procesu europske integracije jačajući sudjelovanje građana.

40. Od tada građani Unije koji se kreću unutar državnog područja država članica ne samo da putovanja uključuju u svoj svakodnevni život nego u tome vide središnji element doživljavanja sebe kao građana Unije. Doista, sva prava i obveze koji su dodijeljeni njima i članovima njihovih obitelji osobito im olakšavaju kretanje, boravak, pristup školovanju, traženje zaposlenja ili posao. Stoga je njihovo građanstvo ključan element njihova europskog identiteta[23].

41. U situaciji o kojoj je riječ u glavnom postupku Helena Patricia McCarthy Rodriguez, državljanka treće države, želi dobiti dozvolu ulaska u državu članicu koje su državljani njezin suprug i njezina kći, to jest Ujedinjenu Kraljevinu, kako bi ih onamo mogla pratiti osobito tijekom kratkih putovanja.

42. Nadalje, tužitelji u glavnom postupku nastanili su se u državi različitoj od one koje je državljanin Sean Ambrose McCarthy, u ovom slučaju Španjolskoj, te su španjolske vlasti Heleni Patriciji McCarthy Rodriguez izdale dozvolu boravka na temelju članka 10. Direktive 2004/38.

43. Putovanja o kojima je riječ su, dakle, kratka putovanja te se odvijaju prema državi članici koje su državljani Sean Ambrose McCarthy i njegova kći, građani Unije koji su se koristili svojim pravom na slobodu kretanja.

17 — Kad je riječ o Republici Poljskoj, ona je samo postavila pitanje primjenjivosti te direktive na ovaj slučaj.

18 — Treba primijetiti da je bivši članak 17. stavak 1. UEZ-a predviđao da „građanstvo Unije dopunjuje nacionalno državljanstvo i ne zamjenjuje ga“. Ta rečenica, koja je bila dodana Ugovorom iz Amsterdama (SL 1997, C 340, str. 1.), izmijenjena je Ugovorom iz Lisabona, čiji članak 20. stavak 1. određuje da se građanstvo „dodaje […] nacionalnom državljanstvu i ne zamjenjuje ga“. Vidjeti također članak 9. UEU-a. Za analizu ove izmjene vidjeti De Waele, H., „EU citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential“, European Journal of Migration and Law, 12 (2010), str. 319. do 336., str. 320.

19 — Za povijesni pregled europskog građanstva vidjeti O'Leary, S., The evolving Concept of Community Citizenship, From the Free Movement of Persons to Union Citizenship, La Haye, Londres, Boston (Kluwer), 1996., str. 4. i Carabot Benlolo, M., Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne, Bruylant, 2007., str. 1.

20 — Vidjeti izvješće Tindemans od 29. prosinca 1975., *Službeni list Europskih zajednica*, dodatak 1/76 i izvješće *ad hoc* odbora „Europa građana“ od 29. ožujka 1985., *Službeni list Europskih zajednica*, 85/3.

21 — Vidjeti članke 26. UFEU-a, 45. UFEU-a, 49. UFEU-a i 56. UFEU-a. Prava koja uživaju zaposlene, samozaposlene osobe ili pružatelji usluga prethode uvođenju građanstva Unije i spadaju u unutarnje tržište.

22 — Članak 21. UFEU-a

23 — Istraživanja provedena u 2010. pokazala su da gotovo devet od deset građana zna da ima pravo na slobodu kretanja. Vidjeti Komisijino izvješće iz 2010. o građanstvu Unije, „Ukloniti prepreke korištenju prava građana Unije“ [COM (2010) 603 *final*, str. 16.]. Građanstvo Unije gotovo je sinonim za slobodu kretanja. Vidjeti prijedlog Odluke Europskog parlamenta i Vijeća od 11. kolovoza 2011. o Europskoj godini građana (2013) [COM (2011) 489 *final*, str. 1.].

44. Ovdje treba primijetiti da je na raspravi precizirano, kako proizlazi i iz točaka 19. do 21. ovog mišljenja, da je dvostruko britansko i irsko državljanstvo Seana Ambrosea McCarthyja i njegovi kćeri rezultat posebnih povijesnih okolnosti.

45. Međutim, u sadašnjem stanju prava Unije pitanje je li neka osoba državljanin neke države ovisi isključivo o sadržaju nacionalnog prava predmetne države članice [24]. U tom smislu Sud je potvrdio da je „utvrđivanje uvjeta za stjecanje i gubitak državljanstva, u skladu s međunarodnim pravom, u nadležnosti svake države članice“ [25].

46. Slijedom toga, na temelju izjave iz 1983. [26] i za potrebe prava Unije, Sean Ambrose McCarthy i njegova kći britanski su državljani [27].

2. Analiza prava izvedenog boravka u novijoj sudskoj praksi Suda

47. Kako bismo utvrdili može li se pravo izvedenog boravka temeljiti na Direktivi 2004/38, treba poći od njezina članka 3. U tom smislu Sud je u svojoj sudskoj praksi odredbama te direktive dao doslovno, sustavno i teleološko tumačenje, što je potvrdio u svojoj nedavnoj presudi O. i B. [28].

48. U svom obrazloženju Sud je istaknuo, s jedne strane, da, iako članak 21. UFEU-a određuje da svaki građanin ima pravo slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica, to pravo nije neograničeno nego se, prema tom članku, koristi „podložno ograničenjima i uvjetima utvrđenima u Ugovorima i u mjerama usvojenima radi njihove provedbe“ [29]. On je, s druge strane, u vezi s Direktivom 2004/38 podsjetio da je njezin cilj olakšati korištenje temeljnim i osobnim pravom slobodnog kretanja i boravka na državnom području država članica koje je izravno dodijeljeno građanima Unije člankom 21. stavkom 1. UFEU-a i da ta direktiva osobito ima za cilj osnažiti navedeno pravo [30].

49. Stoga je Sud istaknuo da ni članak 21. stavak 1. UFEU-a ni odredbe Direktive 2004/38 ne dodjeljuju nikakvo samostalno pravo državljanima trećih država. Eventualna prava dodijeljena državljanima trećih država na temelju odredaba prava Unije koje se odnose na građanstvo Unije nisu vlastita prava tih državljana, nego prava izvedena iz korištenja pravom slobodnog kretanja građanina Unije [31].

24 — Vidjeti osobito Izjavu br. 2 o državljanstvu države članice koju su države članice priložile završnom aktu Ugovora o Europskoj uniji (SL 1992, C 191, str. 98.) i članak 3. Europske konvencije o državljanstvu koju je Vijeće Europe usvojilo 6. studenoga 1997. i koja je stupila na snagu 1. ožujka 2000. Kraljevina Španjolska i Ujedinjena Kraljevina nisu ni potpisale ni ratificirale tu konvenciju.

25 — Vidjeti osobito presude Micheletti i dr. (C 369/90, EU:C:1992:295, t. 10.); Kaur (C 192/99, EU:C:2001:106, t. 19.) i Zhu i Chen (C 200/02, EU:C:2004:639, t. 37.).

26 — Vidjeti napomenu br. 9.

27 — Ovdje treba primijetiti da je Sud ustvrdio da slobodno kretanje osoba, sloboda poslovnog nastana i slobodno pružanje usluga ne bi bili u potpunosti ostvareni ako bi država članica mogla odbiti korištenje prava iz odredaba prava Unije onim svojim državljanima, poslovno nastanjenima u drugoj državi koje su također državljani, koji se koriste mogućnostima što ih pruža pravo Unije da bi na državnom području prve države obavljali svoje aktivnosti u obliku pružanja usluga. Vidjeti presudu Gullung (292/86, EU:C:1988:15, t. 12.).

28 — EU:C:2014:135

29 — *Ibid*. (t. 34.)

30 — *Ibid*. (t. 35.)

31 — *Ibid*. (t. 36.)

50. U tom smislu Sud je izjavio da se, kako i proizlazi iz doslovnog, sustavnog i teleološkog tumačenja odredaba Direktive 2004/38, njima ne dopušta zasnivanje prava izvedenog boravka u korist državljana trećih država, članova obitelji građanina Unije u državi članici koje je državljanin taj građanin [32]. Točnije, osobno područje primjene Direktive 2004/38 utvrđeno je njezinim člankom 3. stavkom 1. koji određuje da se ona primjenjuje na sve građane Unije koji *se useljavaju ili borave* u državi članici različitoj od one koje su državljani kao i na članove njihovih obitelji koji ih prate ili im se pridružuju, kako je određeno člankom 2. točkom 2. [33].

51. Posljedično, prema tumačenju Suda, samo se nositelj prava u smislu članka 3. Direktive 2004/38 može koristiti pravom na slobodno kretanje i boravak iz te direktive. Takav nositelj prava može biti građanin Unije ili član njegove obitelji, kako je određeno u članku 2. točki 2. [34].

52. Primijenjeno na ovaj slučaj, to znači da je situacija Helene Patricije McCarthy Rodriguez, kao bračne družice građanina Unije, obuhvaćena pojmom „član obitelji" iz članka 2. točke 2. podtočke (a) Direktive 2004/38 [35]. Međutim, kako je primijetila poljska vlada u svojim podnescima, Sean Ambrose McCarthy i njegova kći „putuju" u državu članicu koje su državljani, a ne, kako predviđa članak 3. Direktive 2004/38, u državu članicu različitu od one koje su državljani. Drugim riječima, u načelu se čini da uvjeti za primjenu članka 3. stavka 1. Direktive 2004/38 ne mogu biti ispunjeni kada građanin Unije putuje u državu članicu koje je državljanin.

53. Prema ustaljenoj praksi Suda, razumnost takvog tumačenja barem je potvrđena činjenicom da se druge odredbe Direktive 2004/38, osobito njezini članci 6., 7. stavci 1. i 2. te 16. stavci 1. i 2., pozivaju na *pravo boravišta* [*boravka*] [36] građanina Unije i na pravo izvedenog boravka članova njegove obitelji bilo u „drugoj državi članici", bilo u „državi članici domaćinu". Slijedom navedenog, iz te sudske prakse proizlazi da se državljanin treće države, član obitelji građanina Unije, u načelu na temelju te direktive ne može koristiti izvedenim pravom boravka u državi članici koje je državljanin taj građanin [37].

54. Također, kad je riječ o svrsi izvedenih prava ulaska i boravka koje Direktive 2004/38 predviđa za članove obitelji građana Unije, Sud napominje da ona ima za cilj olakšati korištenje temeljnim i osobnim pravom kretanja i slobodnog boravka na državnom području država članica [38]. Međutim, Sud je precizirao da se cilj direktive odnosi na, kako proizlazi iz njezinog članka 1. točke (a), uvjete pod kojima se ostvaruje to pravo [39]. U tom smislu, također prema ustaljenoj praksi Suda, s obzirom na to da na temelju načela međunarodnog prava [40] neka država ne može vlastitim državljanima uskratiti pravo ulaska i boravka na svojem državnom području, Direktivom 2004/38 samo su uređeni uvjeti ulaska i boravka građanina Unije u državama članicama različitima od one koje je državljanin [41].

55. Treba li stoga smatrati da se Direktiva 2004/38 na primjenjuje na situacije kao što je ona u glavnom postupku?

32 — *Ibid.* (t. 37.)

33 — Istaknuo autor.

34 — Vidjeti osobito mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu O. i B. (C-456/12, EU:C:2013:837, t. 68.).

35 — Vidjeti presudu Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, t. 57.).

36 — Istaknuo autor.

37 — Vidjeti presudu O. i B. (EU:C:2014:135, t. 40.).

38 — Vidjeti presude Metock i dr. (C-127/08, EU:C:2008:449, t. 59. i 82.); McCarthy (C-434/09, EU:C:2011:277, t. 28.) i Dereci i dr. (C-256/11, EU:C:2011:734, t. 50.).

39 — Vidjeti presude McCarthy (EU:C:2011:277, t. 33.) i O. i B. (EU:C:2014:135, t. 41.).

40 — To je načelo kodificirano u članku 3. Protokola br. 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od 16. rujna 1963., koji predviđa da „nitko ne smije biti lišen prava da uđe na područje države koje je državljanin". Ipak, primjećujem da Ujedinjena Kraljevina nije ratificirala taj protokol. Spomenuti protokol stupio je na snagu 2. svibnja 1968.

41 — Presude McCarthy (EU:C:2011:277, t. 29.) i O. i B. (EU:C:2014:135, t. 41. i 42.)

56. Nisam u to uvjeren. Upravo suprotno, smatram da je potrebno šire tumačenje područja primjene Direktive 2004/38 kako je se ne bi lišilo njezina korisnog učinka.

57. Stoga, kako bi se moglo utvrditi može li Helena Patricia McCarthy Rodriguez, u situaciji opisanoj u točkama 41. do 43. ovog mišljenja, biti izuzeta od obveze pribavljanja ulazne vize kao član obitelji građanina Unije, potrebno je postaviti sljedeće pitanje: dopušta li Direktiva 2004/38, tumačena u svjetlu članka 21. UFEU-a, utemeljenje takvog prava na temelju prethodnog ili istodobnog ostvarivanja prava slobode kretanja Seana Ambrosea McCarthyja?

58. Kako bi se odgovorilo na to pitanje, najprije treba precizirati da je Sud na temelju Ugovora odobrio dvije vrste prava boravka članovima obitelji u državi koje je državljanin građanin Unije [42]. Prvo se odnosi na pravo na spajanje obitelji dodijeljeno građaninu nakon prethodnog ili istodobnog ostvarivanja prava slobode kretanja i temelji se na zabrani prepreka [43]. Drugo proizlazi iz korisnog učinka članka 20. UFEU-a i ima za cilj spriječiti da građanin Unije bude lišen uživanja biti prava koje mu dodjeljuje građanstvo Unije [44].

59. U okviru ovog mišljenja potrebno je analizirati samo prvu navedenu vrstu prava boravka. Prema mojem mišljenju, ta se prva vrsta odnosi na dvije vrste situacija, koje ću kasnije analizirati. Prva se odnosi na građanina koji se „koristio“ svojim pravom na slobodno kretanje te putuje prema državi članici koje je državljanin (prethodno korištenje), a druga na građanina koji se „koristi“ svojim pravom na slobodno kretanje u trenutku kada putuje prema spomenutoj državi članici (istodobno korištenje).

3. Primjenjivost Direktive 2004/38 kada građanin Unije koji se prethodno i stvarno koristio svojom slobodom kretanja putuje prema državi članici koje je državljanin

60. Trebalo bi primijeniti široko tumačenje Direktive 2004/38 koje omogućuje njezinu primjenu na građane Unije i državljane treće države članove njihove obitelji koji putuju prema državi članici koje su državljani spomenuti građani. Takvo mi se tumačenje čini opravdanim ne samo u pogledu uloge koju ima građanstvo Unije u sadašnjem stanju prava Unije, kao što to proizlazi iz mojih razmatranja u točkama 39. i 40. ovog mišljenja, već također u svjetlu relevantne sudske prakse Suda.

a) Teleološka opravdanost šireg tumačenja Direktive 2004/38

61. Status građanina Unije „ima svrhu biti temeljni status državljana država članica“ [45]. Stoga se ti građani, putujući iz jedne države u drugu, uključujući onu koje su državljani, samo koriste pravima slobodnog kretanja i boravka koja su im dodijeljena pravom Unije.

62. U današnjoj Europskoj uniji građanin može imati podrijetlo u državi članici koje nije državljanin [46] ili imati državljanstvo (ili više njih) države(-a) članice(-a) u kojoj(-ima) nikada nije boravio [47]. On također može imati više državljanstava, štoviše, može boraviti u dvjema državama članicama ili više njih održavajući istodobno stvarne veze, kako profesionalne tako i osobne, sa svim tim državama.

42 — Vidjeti Gastaldi, G., „Citoyenneté de l'Union et libre circulation: du critère économique au statut unique“, *Dossiers de droit européen*, 28, 2013., str. 127.

43 — Vidjeti presude Singh (C-370/90, EU:C:1992:296); Carpenter (C 60/00, EU:C:2002:434) i Eind (C 291/05, EU:C:2007:771).

44 — Vidjeti presudu Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124).

45 — Presuda Grzelczyk (C-184/99, EU:C:2001:458). Ta je sudska praksa potvrđena mnogim kasnijim presudama Suda, vidjeti osobito presudu Huber (C-524/06, EU:C:2008:724).

46 — To je osobito slučaj s građanima Unije čiji roditelji svaki pojedinačno imaju različito državljanstvo, ali su državljani samo jedne od tih dviju država članica.

47 — To je osobito slučaj s građanima Unije čiji roditelji svaki pojedinačno imaju različito državljanstvo i čije je dijete rođeno u državi članici različitoj od one koje su oni državljani.

i) O nepodudarnosti između države članice podrijetla građanina Unije i one koje je državljanin

63. Ne čini mi se u skladu sa suvremenom stvarnošću Unije smatrati zemlju podrijetla građanina Unije i onu koje je državljanin istom državom članicom.

64. U tom smislu, dopustite mi da dvama primjerima ilustriram situaciju mnogobrojnih građana Unije na početku XXI. stoljeća.

65. Uzmimo najprije slučaj francusko-njemačkog para F i A. Oni već 25 godina borave u Ujedinjenoj Kraljevini. Njihov sin FA rođen je u Londonu i dvostruki je državljanin, njemački i francuski. On je više godina živio u Berlinu, gdje je, nakon što je stekao turističko i ugostiteljsko obrazovanje, obavljao različite poslove. S druge strane, u Francuskoj je tek dvaput kratkotrajno boravio, osobito tijekom ljetnih praznika. FA je oženjen Argentinkom. Oni imaju jedno dijete, građanina Unije, i prije godinu dana naselili su se u Lyonu.

66. U tom slučaju, treba li smatrati da se u trenutku svojeg nastanjenja u Lyonu FA vratio u Francusku (jednu od država članica koje je državljanin) iako u njoj nikada nije boravio? Potvrdan odgovor temeljio bi se na pogrešnoj ideji prema kojoj je FA u određenom trenutku života napustio Francusku kako bi putovao u drugu državu članicu.

67. Uzmimo zatim drugi primjer, onaj litavsko-poljskog para L i P. Oni već 30 godina borave u Litvi i imaju jednu kćer. Potonja, rođena u Vilniusu, litavska je državljanka i, prema tome, ne može imati poljsko državljanstvo [48]. LP je tijekom godina svojih sveučilišnih studija boravila u više država članica, uključujući Poljsku, u kojoj je upoznala supruga, čileanskog državljanina. Par se nedavno nastanio u Krakovu.

68. U svjetlu tih dvaju primjera, moram li automatski smatrati, a da sebi ne postavljam pitanja, postoji li uvijek podudarnost između države članice podrijetla građanina Unije i one koje je državljanin? Što se tiče FA, unatoč njegovu dvostrukom francusko-njemačkom državljanstvu, on prije svojeg nastanjenja u Lyonu nikada nije živio u Francuskoj. Ipak, jedva da postoji sumnja da je ta država članica jedna od zemalja podrijetla FA.

69. S druge strane, kad je riječ o LP, nitko ne može sumnjati u činjenicu da ona ima podrijetlo u dvjema državama članicama. Doista, ne samo da jedan od njezinih roditelja ima poljsko, a drugi litavsko državljanstvo već i ona sama tečno govori dva jezika i studirala je u tim dvjema državama članicama. Međutim, LP nema poljsko državljanstvo.

70. Slijedom navedenog, postoji podudarnost između zemalja kojih je državljanin FA i onih u kojima ima svoje podrijetlo, što kod LP nije slučaj.

71. Ta dva primjera, prema mojem mišljenju, odražavaju stvarnost znatnog dijela građana Unije. Sada se vraćam na Direktivu 2004/38.

72. U tom smislu, ako su prava na slobodno kretanje i boravak u načelu dana isključivo građanima Unije ili članovima njihove obitelji koji putuju prema državi članici koje nisu državljani, zar nije u najmanju ruku paradoksalno da se LP može pozvati na Direktivu 2004/38, a FA ne može?

73. U tim okolnostima, ne čini li se da je građanstvo Unije dijelom žrtva vlastitog uspjeha?

48 — Litavsko pravo ne dopušta dvostruko državljanstvo.

ii) O različitim smjerovima u kojima putuju građani Unije

74. Stoga Direktiva 2004/38 polazi od pretpostavke prema kojoj bi, da bi putovao u okviru Unije, građanin Unije uvijek išao iz države članice koje je državljanin prema drugoj državi članici, iako to nije uvijek slučaj, kao što pokazuju i izneseni primjeri. Prema mojem mišljenju, ne bi bilo primjereno sadašnjoj situaciji građanstva Unije iscrpno navesti različite smjerove u kojima građani Unije putuju unutar nje [49]. Čini mi se da zakonodavac Unije nije namjeravao uvesti ograničen broj slučajeva kretanja (*numerus clausus*) tako da isključi one između države članice domaćina i one koje je državljanin građanin Unije. Kao što sam objasnio u točki 62. ovog mišljenja, teško je utvrditi sve vrste putovanja koje može poduzimati građanin Unije. Stoga ne smatram da bi bilo relevantno članak 3. stavak 1. Direktive 2004/38 tumačiti na način da je zakonodavac namjeravao uvesti ograničen broj slučajeva putovanja (*numerus clausus*) i stoga isključiti iz područja primjene Direktive slučajeve spomenute u točkama 64. do 73. ovog mišljenja.

75. U ovom slučaju takvo bi tumačenje dovelo do paradoksalnog rezultata koji me u najmanju ruku navodi na razmišljanje da bi Helena Patricia McCarthy Rodriguez mogla pratiti svojeg supruga na njegovim putovanjima u sve države članice osim u onu koje je on državljanin! Drugim riječima, pravo slobodnog kretanja građanina Unije kojega prate članovi obitelji državljani trećih država ograničilo bi se ovisno o broju državljanstava kojima raspolaže! Osim toga, možemo li prihvatiti tumačenje Direktive kojim bi se dopustilo različito postupanje prema članovima obitelji građanina Unije ovisno o državi članici u koju putuju?

76. S obzirom na prethodna razmatranja, ako želimo očuvati njezin koristan učinak, uvjeren sam da je potrebno tumačenje Direktive 2004/38 koje je više u skladu sa stvarnošću građana Unije. Kako bih došao do takvog tumačenja, najprije ću vrlo kratko raspraviti relevantnu sudsku praksu Suda kad je riječ o pravu izvedenog boravka.

b) Kratak pregled relevantne sudske prakse o pravu izvedenog boravka

77. Kako je istaknuto u točki 58. ovog mišljenja, pravo da ga prati član obitelji državljanin treće države, prema sudskoj praksi Suda, dodjeljuje se bilo aktivnom [50] ili neaktivnom [51] građaninu Unije koji se vraća u državu članicu koje je državljanin nakon korištenja svojom slobodom kretanja (prethodno korištenje) u drugoj državi članici u kojoj je boravio s navedenim članom svoje obitelji. U tom smislu, dopustite mi kratak osvrt na rezultat do kojeg je došao Sud u presudama Singh [52] i Eind [53].

78. U presudi Singh [54] Sud je zauzeo stajalište da građanin koji se radi samozaposlenja vratio u državu članicu koje je državljanin nakon što je određeno vrijeme bio zaposlen u drugoj državi članici, na temelju Ugovora i sekundarnog prava, ima pravo da ga prati njegov bračni drug, državljanin treće države, u istim okolnostima kao što su one predviđene sekundarnim pravom [55]. U suprotnom slučaju moglo bi ga se odvratiti od toga da napusti svoju zemlju radi zaposlenja ili samozaposlenja u drugoj državi članici [56]. Što se tiče pravne osnove na kojoj je utemeljena ova presuda, želim precizirati da izreka presude Singh glasi: „odredbe članka 52. Ugovora o EEZ-u i one Direktive 73/148/EEZ […] treba tumačiti na način da se njima obvezuje državu članicu da odobri ulazak i boravak na svoje

49 — Za suprotan stav vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu O. i B. (EU:C:2013:837, t. 77.).

50 — Vidjeti presudu Singh (EU:C:1992:296).

51 — Vidjeti presudu Eind (EU:C:2007:771).

52 — EU:C:1992:296

53 — EU:C:2007:771

54 — EU:C:1992:296

55 — Prava na izvedeni boravak Sud je dodijelio na temelju članka 52. Ugovora o EEZ-u (novi članak 49. UFEU-a) i Direktive Vijeća 73/148/EEZ od 21. svibnja 1973. o ukidanju ograničenja kretanja i boravka u Zajednici za državljane država članica u vezi s poslovnim nastanom i pružanjem usluga (SL L 172, str. 14.) [neslužbeni prijevod], kojom se stavlja izvan snage i zamjenjuje Direktiva 2004/38.

56 — Vidjeti presudu Singh (EU:C:1992:296, t. 19. i 20.).

državno područje bračnom drugu, neovisno o njegovu državljanstvu, državljanina te države članice koji je s tim bračnim drugom otputovao na državno područje druge države članice radi zaposlenja […] i koji se vraća radi poslovnog nastana […] na državno području države koje je državljanin […]“ [57]. Međutim, čini se da je Sud Direktivu 73/148 primijenio samo po analogiji, kako je to zatim izričito učinio u presudama Eind [58] i O. i B. [59].

79. U presudi Eind [60] Sud je utvrdio da je državljanin države članice koji je doveo svoju kćer iz treće države dok je radio u drugoj državi članici imao pravo da ga ona prati prilikom njegova povratka kao neaktivnu osobu u državu članicu koje je bio državljanin. Sud je razmotrio odvraćajući učinak koji bi bio posljedica nemogućnosti da nakon svog povratka u državu članicu koje je državljanin nastavi zajednički život s članovima svoje obitelji. Tako je obrazloženje presude Eind [61] utemeljeno kako na odredbama Ugovora tako i na onima Uredbe Vijeća (EEZ) br. 1612/68 od 15. listopada 1968. o slobodnom kretanju radnika unutar Zajednice (SL L 257, str. 2.) [neslužbeni prijevod]. U tom smislu, prema mišljenju Suda, „pravo radnika migranta da se vrati iz države članice i da boravi u državi članici koje je državljanin nakon što je bio zaposlen u drugoj državi članici dodjeljuje pravo Zajednice u mjeri u kojoj je potrebno osigurati koristan učinak prava na slobodno kretanje koje radnici izvlače iz članka 39 UEZ-a kao i odredaba donesenih radi provedbe spomenutog prava, kao što su one iz Uredbe br. 1612/68. Takvo tumačenje potkrijepljeno je uvođenjem statusa građanina Unije čija je namjena biti temeljni status državljana država članica“ [62]. Međutim, Sud je jasno rekao da se Uredba br. 1612/68 primjenjuje samo „po analogiji“ [63].

80. U novije vrijeme, u presudi O. i B. Sud je smatrao da članak 21. stavak 1. UFEU-a treba tumačiti na način da se Direktiva 2004/38 primjenjuje *po analogiji* [64] u slučaju kad je građanin Unije zasnovao ili ustalio obiteljski život s državljaninom treće zemlje prilikom stvarnog boravka, na temelju i u skladu s uvjetima iz članka 7. stavaka 1. i 2. ili članka 16. stavaka 1. i 2. Direktive 2004/38, u državi članici različitoj od države članice koje je državljanin i vraća se s dotičnim članom obitelji u državu članicu koje je državljanin [65].

81. Kao prvo, iz te sudske prakse Suda proizlazi, u svjetlu ne samo primarnog nego i sekundarnog prava, da je dopušteno pravo boravka građanina Unije i članova njegove obitelji, državljana treće države, u državi članici koje je državljanin nakon „prethodnog“ ostvarivanja prava na slobodno kretanje. Drugim riječima, Sud je prihvatio to pravo boravka u slučaju konačnog povratka u državu članicu podrijetla nakon boravka u drugoj državi.

82. Kao drugo, iz iste te sudske prakse proizlazi da je Sud te presude u većoj mjeri obrazložio na temelju Ugovora nego na temelju sekundarnog prava. Ipak, iako se slažem sa zaključkom do kojeg je došao Sud, sumnjičav sam u pogledu obrazloženja koje je primijenio. Doista, u tim je presudama Sud protumačio Ugovor u svjetlu sekundarnog prava, osobito Direktive 2004/38 [66]. U tom smislu, dopustite mi da barem iznesem sumnje kad je riječ o takvom tumačenju s obzirom na načelo hijerarhije između primarnog i sekundarnog prava. Čini mi se da sekundarno pravo treba tumačiti u svjetlu Ugovora, a ne obrnuto. Ne bi li inače trebalo strahovati da čin ili praksa institucija ili država članica za sobom povlači reviziju Ugovora izvan za to predviđenih postupaka?

57 — *Ibid.* (t. 25.)
58 — EU:C:2007:771
59 — EU:C:2014:135
60 — EU:C:2007:771
61 — *Ibid.*
62 — *Ibid.* (t. 32.)
63 — *Ibid.* (izreka)
64 — Istaknuo autor.
65 — Presuda O. i B. (EU:C:2014:135, t. 61. i izreka)
66 — *Ibid.*

83. Stoga smatram da bi manje restriktivno tumačenje Direktive 2004/38 bilo primjerenije te bi, očito, za učinak imalo osiguravanje dosljednosti između područja primjene Ugovora i područja primjene Direktive.

c) Privremeni zaključak

84. Smatram da je ovaj predmet jedinstvena prilika da Sud ispita pitanje primjenjivosti Direktive 2004/38 nakon prethodnog korištenja slobodom kretanja građanina Unije koji putuje prema državi članici koje je državljanin u pratnji člana obitelji, državljanina treće države.

85. Kao prvo, smatram potrebnim dati dosljednije tumačenje te direktive u vezi sa sustavom izvorâ prava Unije kao i ulogom koju građanstvo Unije danas ima u Uniji. Takvim bi se tumačenjem, kako proizlazi i iz točke 75. ovog mišljenja, izbjegli nelogični rezultati kao što je činjenica da Helena Patricia McCarthy Rodriguez može pratiti svojeg supruga na svim njegovim putovanjima u svim državama članicama osim u onoj koje je on državljanin.

86. Nadalje, ovaj predmet pruža mogućnost za razvoj sudske prakse Suda o pravu građanina Unije da ga na njegovim putovanjima prati član njegove obitelji, državljanin treće države, kako bi bolje odražavala stvarnost kretanja građana Unije u današnjoj Uniji, kada pojam zemlje podrijetla postaje nejasan. Iz te perspektive presuda O. i B.[67] prvi je korak u tom smjeru jer je Sud presudio u prilog primjeni Direktive 2004/38 po analogiji. Međutim, nije teško zamisliti da primjena te direktive po analogiji u cjelini ima mnogobrojne nedostatke.

87. Naposljetku, Sud nije uzeo u obzir druge situacije do kojih će nedvojbeno doći u budućnosti, osobito one građana Unije koji nisu nikada živjeli u državi članici koje su državljani. Sud bi tako mogao iskoristiti ovu prigodu kako bi razjasnio da se Direktiva 2004/38 primjenjuje na članove obitelji građanina Unije neovisno o državi članici odredišta.

88. Na temelju svih prethodnih razmatranja, predlažem da Sud presudi da se Direktiva 2004/38 primjenjuje na državljane trećih država, članove obitelji građanina Unije, u smislu njezina članka 2. točke 2., kada, nakon prethodnog ostvarivanja prava na slobodu kretanja građanina Unije i nakon što je stvarno boravio u drugoj državi članici, građanin i članovi njegove obitelji putuju u državu članicu koje je državljanin taj građanin.

4. Primjenjivost Direktive 2004/38 kada građanin Unije koji stvarno ostvaruje svoju slobodu kretanja boraveći u državi domaćinu istodobno ostvaruje tu slobodu putujući u državu članicu koje je državljanin: slučaj prava ulaska i kratkotrajnog boravka

89. Predložio sam Sudu da proširi područje primjene Direktive 2004/38 na pravo izvedenog boravka dodijeljeno građaninu Unije koji, nakon što se prethodno koristio svojom slobodom kretanja, putuje u državu članicu koje je državljanin u pratnji članova svoje obitelji, državljana treće države. Ako Sud ne bi prihvatio takav zaključak, u nastavku također analiziram primjenjivost te direktive kada se građanin Unije istodobno koristi svojom slobodom kretanja putujući u državu članicu koje je državljanin, i to isključivo u pogledu prava ulaska i kratkotrajnog boravka.

90. U tom smislu, na samom početku treba primijetiti da je pravo ulaska zajamčeno svim građanima člankom 21. UFEU-a. Članak 5. stavak 1. određuje uvjete za primjenu tog prava, koje se temelji samo na činjenici posjedovanja građanstva Unije. Na taj je način pravo ulaska usko povezano s pravom boravka kraćim od tri mjeseca predviđenim člankom 6. te direktive.

67 — *Ibid.*

a) Istodobno korištenje slobodom kretanja u državi članici domaćinu s boravkom u državi članici koje je državljanin građanin Unije

91. Prema sudskoj praksi Suda, građanin Unije koji se tijekom boravka u državi članici koje je državljanin s članom obitelji, državljaninom treće države, istodobno koristi svojom slobodom kretanja u drugoj državi članici uživa pravo na spajanje obitelji u pogledu tog člana njegove obitelji u državi članici koje je državljanin. O tome je osobito riječ u presudi Carpenter [68].

92. U tom je predmetu riječ o pružatelju usluga s poslovnim nastanom u državi članici koje je državljanin, a koji je pružao usluge korisnicima s boravištem u drugim državama članicama. Sud je presudio da bi odbijanje odobrenja boravka njegovoj supruzi „imalo štetan utjecaj na njihov obiteljski život i stoga na uvjete pod kojima gospodin Carpenter ostvaruje temeljnu slobodu“ [69]. Tako je Sud, na osnovi članka 49. UEZ-a (novi članak 56. UFEU-a), zaključio da država članica koje je gospodin Carpenter bio državljanin ne može odbiti pravo boravka njegovoj supruzi na temelju Ugovora, osobito zato što bi odluka o prisilnom udaljenju predstavljala miješanje u ostvarivanje prava gospodina Carpentera na poštovanje obiteljskog života [70].

93. Na sličan način Sud je u novije vrijeme u presudi S. i G. presudio da članak 45. UFEU-a članu obitelji građanina Unije, koji je državljanin treće države, daje pravo izvedenog boravka u državi članici koje je državljanin taj građanin kada taj građanin boravi u potonjoj državi članici, ali redovito odlazi u drugu državu članicu u svojstvu radnika u smislu spomenute odredbe, ako odbijanje da se odobri takvo pravo boravka ima odvraćajući učinak na učinkovito korištenje pravima koja dotični radnik ima na temelju članka 45. UFEU-a [71].

94. Iz tih presuda proizlazi da je Sud u slučaju istodobnog korištenja slobodom kretanja, osobito zbog redovitog putovanja koje ne podrazumijeva poslovni nastan građanina Unije u drugoj državi članici, ponajprije u svjetlu primarnog prava, prihvatio pravo izvedenog boravka državljana treće države koji su članovi obitelji građanina Unije.

b) Korištenje slobodom kretanja nakon stvarnog boravka u državi članici domaćinu istodobno s korištenjem pravom ulaska i kratkotrajnog boravka u državi članici koje je državljanin građanin Unije

95. Kao prvo, treba primijetiti da, kada se građanin Unije nije koristio svojim pravom na slobodu kretanja [72] ili kada nisu ispunjeni drugi uvjeti iz članka 3. stavka 1. Direktive 2004/38, Sud u svojoj sudskoj praksi nije dao pravo izvedenog boravka članovima obitelji državljana treće države ni u kontekstu Direktive ni u svjetlu Ugovora.

96. U tom smislu čini mi se zanimljivim primijetiti da je upravo u kontekstu te sudske prakse Sud potvrdio zahtjev ispunjenja uvjeta primjene članka 3. stavka 1. Direktive 2004/38 kada građanin Unije putuje u državu članicu koje je državljanin [73]. Sud je presudio da pravo ulaska i boravka u državi članici na temelju Direktive 2004/38 nemaju svi državljani trećih država, nego samo oni koji su „član[ovi] obitelji“, u smislu članka 2. točke 2. te direktive, građanina Unije koji se koristio svojim pravom na slobodu kretanja nastanjujući se u državi članici različitoj od one koje je državljanin [74].

68 — EU:C:2002:434

69 — *Ibid.* (t. 39.)

70 — *Ibid.* (t. 41.)

71 — C-457/12, EU:C:2014:136, t. 46. i izreka.

72 — O čemu se ne radi u ovom slučaju.

73 — Vidjeti, osobito, presude McCarthy (EU:C:2011:277), Dereci i dr. (EU:C:2011:734), O i dr. (C-356/11 i C-357/11, EU:C:2012:776) kao i Ymeraga i Ymeraga-Tafarshiku (C-87/12, EU:C:2013:291).

74 — Vidjeti presude Dereci i dr. (EU:C:2011:734, t. 56.); Iida, (EU:C:2012:691, t. 51.); O i dr. (EU:C:2012:776, t. 41.) kao i O. i B. (EU:C:2014:135, t. 39.).

97. Unatoč tome, dovodim u pitanje primjenu te sudske prakse na slučajeve kao što je onaj u glavnom postupku. Moje se sumnje osobito odnose na isključivanje iz područja primjene Direktive 2004/38 građanina Unije koji se koristio svojim pravom na slobodu kretanja u drugoj državi članici istodobno s njegovim i putovanjima članova njegove obitelji koji su državljani treće države i koji ga prate u državu članicu koje je državljanin.

98. Za razliku od ovog slučaja, dotični građani Unije, osobito u predmetima povodom kojih su donesene presude McCarthy[75], Dereci i dr.[76], O. i dr.[77], Ymeraga i Ymeraga-Tafarshiku[78] ili Iida[79], (i) ili se nikad nisu koristili svojim pravom na slobodu kretanja, s obzirom na to da su cijelo vrijeme boravili u državi članici koje su bili državljani, (ii) ili im se u njihovim putovanjima u drugu državu članicu nije pridružio niti ih je pratio član njihove obitelji koji je državljanin treće države. U tim predmetima dotični građani Unije stoga nisu ispunjavali uvjete iz članka 3. stavka 1. Direktive 2004/38.

99. Činjenice iz glavnog postupka također se razlikuju od onih povodom kojih su donesene nedavne presude O. i B. te S. i G.[80] zato što su građani Unije s boravištem u državi članici koje su državljani (i) ili boravili u državi članici domaćinu ne kao radnici, već kao građani Unije na temelju članka 21. stavka 1. UFEU-a ili kao korisnici usluga u smislu članka 56. UFEU-a[81]; (ii) ili su prešli granicu kako bi putovali u drugu državu članicu kao radnici za poslodavca s poslovnim nastanom u drugoj državi članici ili kao radnici koji, u kontekstu rada za poslodavca s poslovnim nastanom u državi članici koje su državljani, redovito putuju u drugu državu članicu. Drugim riječima, kako je, štoviše, bilo riječ u presudi Carpenter, u tim se presudama građanin Unije nije poslovno nastanio u državi članici domaćinu.

100. U tom smislu treba napomenuti da su se u ovom slučaju Sean Ambrose McCarthy i njegova kći koristili svojim pravom na slobodu kretanja time što su „se poslovno nastanili u državi članici različitoj od one koje su državljani“, to jest u Španjolskoj. Helena Patricia McCarthy Rodriguez pratila ih je u potonju državu članicu u kojoj je, dakle, dobila dozvolu boravka u smislu članka 10. Direktive 2004/38. Činjenica da tužitelji u glavnom postupku „trenutačno“ borave u Španjolskoj svjedoči o nastanjenju i, posljedično, stvarnosti njihova boravka. Ta je stvarnost njihova boravka, prema novijoj sudskoj praksi Suda, relevantan čimbenik za utvrđivanje primjenjivosti Direktive 2004/38[82], iako se ona primjenjuje isključivo po analogiji.

101. Istodobno s tim stvarnim boravkom u Španjolskoj kao član obitelji građanina Unije, Helena Patricia McCarthy Rodriguez željela se koristiti svojim izvedenim pravom ulaska i kratkotrajnog boravka kako bi pratila svoju obitelj u Ujedinjenu Kraljevinu. Stoga smatram da je primjenjivost Direktive 2004/38 gotovo izvan svake sumnje.

102. U prilog takvom tumačenju govori tekst članka 3. stavka 1. Direktive 2004/38. Njime su određena dva uvjeta: a) da građanin Unije putuje u ili boravi u državi članici različitoj od one koje je državljanin i b) da ga član obitelji državljanin treće države prati ili mu se pridružuje.

75 — EU:C:2011:277, t. 31. i 39.

76 — EU:C:2011:734, t. 54.

77 — EU:C:2012:776, t. 42.

78 — EU:C:2013:291, t. 30.

79 — EU:C:2012:691, t. 65.

80 — EU:C:2014:135 i EU:C:2014:136

81 — Ti se građani nisu nastanili u drugoj državi članici, kao što je to slučaj s Helene Patricije McCarthy Rodriguez.

82 — Vidjeti presudu O. i B. (EU:C:2014:135, t. 53.).

103. Prema mojem mišljenju, radi se, dakle, o kumulativnim uvjetima koji moraju biti ispunjeni u trenutku kada članovi obitelji dotičnog građanina Unije zatraže dozvolu ulaska i kratkotrajnog boravka. Posljedično, s obzirom na to da Sean Ambrose McCarthy i njegova kći u trenutku svojeg kratkog putovanja u Ujedinjenu Kraljevinu zakonito borave u Španjolskoj, smatram da se Direktiva primjenjuje na ovaj predmet. Sean Ambrose McCarthy „boravi“ u drugoj državi članici, to jest u Španjolskoj, u trenutku kada se koristi pravima dodijeljenima mu Direktivom kako bi „putovao“ u Ujedinjenu Kraljevinu.

104. S obzirom na to da je slobodno kretanje osoba jedan od temelja Unije, odstupanja od te temeljne slobode moraju se strogo tumačiti [83]. Uzimajući u obzir kontekst i ciljeve Direktive 2004/38 kao i temeljnu slobodu kretanja i boravka priznatu člankom 21. stavkom 1. UFEU-a, odredbe te direktive ne mogu se restriktivno tumačiti te ih se ni u kojem slučaju ne smije lišiti njihova korisnog učinka [84].

c) Privremeni zaključak

105. Ako Sud ne bi prihvatio moj prvi prijedlog [85] i s obzirom na to da je člankom 5. Direktive 2004/38 propisano samo pravo ulaska koje je usko povezano s kratkotrajnim boravkom (boravak kraći od tri mjeseca) [86], predlažem Sudu da Direktivu 2004/38 primijeni barem na građane Unije i na članove njihove obitelji koji su državljani treće države koji se stvarno koriste svojom slobodom kretanja boraveći u drugoj državi članici istodobno s kratkim putovanjima u državu članicu koje su državljani dotični građani. Sud bi u tom slučaju iz područja primjene spomenute direktive isključio samo situacije u kojima, nakon što se prethodno koristio slobodom kretanja, taj građanin s članovima obitelji koji su državljani treće države putuje u državu članicu koje je državljanin radi boravka koji nije kratkotrajan.

B – *O utvrđivanju mjera koje se mogu donijeti na temelju članka 35. Direktive 2004/38*

106. Prvo i treće prethodno pitanje, koja treba razmotriti zajedno, odnose se na pitanje dopušta li članak 35. Direktive 2004/38, i pod kojim uvjetima, državi članici koja smatra da je suočena sa „sustavnom zlouporabom prava“ da prilikom izdavanja dozvola boravka u smislu članka 10. te direktive donese mjeru kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku. Ta je mjera opće primjene i preventivna te ne ovisi o prethodnom utvrđenju zlouporabe prava u konkretnom slučaju.

107. Kako bih odgovorio na ta pitanja, započet ću s kratkom analizom pojma zlouporabe prava u relevantnoj sudskoj praksi Suda. Zatim ću, u svjetlu te sudske prakse, ispitati kako treba protumačiti članak 35. Direktive 2004/38, osobito s obzirom na argumente koje je iznijela vlada Ujedinjene Kraljevine.

83 — Vidjeti, po analogiji, presude Kempf (139/85, EU:C:1986:223, t. 13.) i Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, t. 23.). Vidjeti također Komunikaciju Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o smjernicama za poboljšanje prenošenja i primjene Direktive 2004/38, COM (2009) 313 *final*, str. 3. [neslužbeni prijevod] (u daljnjem tekstu: Smjernice).

84 — Presuda Metock i dr. (EU:C:2008:449, t. 84.)

85 — Vidjeti pododjeljak 3. odjeljka A ovog mišljenja.

86 — Ovdje treba primijetiti da, izvan uvjeta utvrđenih člankom 5. Direktive 2004/38, države članice ne mogu uvesti nikakav drugi uvjet za ulazak građana kao što je ulazna viza. Vidjeti presudu Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:604, t. 23.). Vidjeti, također, Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford (Oxford University Press), 2010., str. 424.

1. O pojmu zlouporabe prava u relevantnoj sudskoj praksi Suda

108. Na početku bih želio naznačiti da pojam zlouporabe prava poznaje većina država članica. Primjerice, prema francuskoj pravnoj teoriji klasična definicija zlouporabe prava glasi: „neprimjerena uporaba pravnog prerogativa; djelovanje kojim nositelj prava ili funkcije u izvršavanju tog prava ili funkcije prelazi granice pravila koja uređuju njegovu zakonitu uporabu“ [87]. Stoga treba precizirati da funkcija tog prava pretpostavlja da je tvorac zlouporabe nositelj prava [88].

109. Definicija u njemačkoj pravnoj teoriji je sljedeća: „izvršavanje subjektivnog prava koje formalno ispunjava uvjete koje zakon određuje, ali koje je s obzirom na okolnosti slučaja suprotno dobroj vjeri“ [89].

110. U poljskom pravu svaka radnja ili propuštanje nositelja prava koje se, iako formalno odgovara uporabi tog prava, izvršava na način suprotan pravilima društvenog suživota ili njegovoj društveno-ekonomskoj svrsi ne može se smatrati kao izvršavanje prava o kojem je riječ i nije zaštićeno pravom [90].

111. Kad je riječ o pravu Unije, s obzirom na to da se taj pojam samo sporadično pojavljuje u sekundarnom pravu [91], radi njegova ispitivanja potrebno je uputiti na sudsku praksu Suda. Potonji taj pojam vidi, s jedne strane, kao načelo nacionalnog prava, u kontekstu u kojem se pravni subjekt poziva na pravo Unije „s jedinim ciljem zaobilaženja primjene nacionalnog prava“ [92], i, s druge strane, kao načelo prava Unije, u kontekstu u kojem pravni subjekt „prijevarno ili neprimjereno izvršava pravo koje mu je dodijeljeno pravom Unije“ [93].

112. Iz sudske prakse Suda proizlazi da je pojam zlouporabe prava samostalan pojam prava Unije prema kojemu „[u]tvrđenje zloporabe traži, s jedne strane, skup objektivnih okolnosti iz kojih proizlazi da se, bez obzira na formalno poštovanje pretpostavki predviđenih propisom [Unije], ne postiže cilj tog propisa. S druge strane, mora postojati subjektivni element koji se sastoji od volje za stjecanjem koristi koja proizlazi iz propisa [Unije], tako da se umjetno stvore uvjeti potrebni za njezino stjecanje“ [94].

113. Komisija za potrebe Direktive smatra da je zlouporaba prava „umjetno postupanje koje za jedini cilj ima stjecanje prava slobodnog kretanja i boravka na temelju prava Unije koje, unatoč formalnom poštovanju uvjeta određenih propisima Unije, ne postiže cilj tog propisa“ [95].

87 — Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Paris PUF, osmo izdanje, lipanj 2009.

88 — Simon, D. i Rigaux, A., „La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droi“», *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, svezak 2. (2004), str. 559. do 587., str. 563.

89 — „Die Ausübung eines subjektiven Rechts ist missbräuchlich, wenn sie zwar formell dem Gesetz entspricht, die Geltendmachung jedoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls treuwidrig ist“. Vidjeti Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 20. izdanje, München 2011., str. 977.

90 — Vidjeti članak 5. poljskog Građanskog zakonika i Machnikowski P., *Kodeks cywilny – komentarz*, E. Gniewek (izd.), Varšava 2006., str. 14.

91 — Kao, osobito, u članku 35. Direktive 2004/38

92 — Tako formuliran, taj pojam uključuje potpuno umjetne aranžmane ili prijevaru koja se tiče nadležnost Unije, to jest zlouporabu koja može dovesti do primjene prava Unije umjetnim stvaranjem veze s tim pravom, Lagondet, F., *loc. cit.*, str. 8.

93 — Simon, D. i Rigaux, A., *loc. cit.*, str. 564. Vidjeti također Waelbroeck, D., „La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire“, *Mélanges en hommage à Jean Victor Louis*, sv. I. (2003), str. 565. do 616., str. 597.

94 — Presuda Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, t. 52. i 53.)

95 — Vidjeti COM (2009) 313 *final*, str. 15. i 16.

114. Sud je usto istaknuo da je na nacionalnom sudu da utvrdi postojanje tih dvaju elemenata, objektivnog i subjektivnog, čije se dokazivanje mora provesti sukladno pravilima nacionalnog prava, *pod uvjetom da se ne ugrožava učinkovitost prava [Unije]* [96]. On je također napomenuo da provedba nacionalnog propisa o zlouporabi prava ne smije ugroziti puni učinak i jedinstvenu primjenu odredaba Unije u državama članicama i, osobito, da nacionalni sudovi ne mogu, kada ocjenjuju ostvarivanje prava koje proizlazi iz odredbe Unije, izmijeniti doseg te odredbe niti dovesti u pitanje njezine ciljeve [97].

115. U tom smislu, čini mi se gotovo izvan svake sumnje da Ujedinjena Kraljevina nije pružila dokaze o zlouporabi prava jer se u ovom slučaju ne može utvrditi nikakav element, ni objektivni ni subjektivni. Međutim, čini mi se primjerenijim podrobnije ispitati stav koji sam upravo iznio prilikom analize članka 35. Direktive 2004/38 u svjetlu sudske prakse Suda i uzimajući u obzir argumente koje je iznijela Ujedinjena Kraljevina.

2. O tumačenju članka 35. Direktive 2004/38 u svjetlu sudske prakse Suda

116. Članak 35. Direktive 2004/38 dopušta državama članicama da u slučaju zlouporabe prava kao što je fiktivni brak donesu potrebne mjere s ciljem odbijanja, suspenzije ili opoziva prava koja proizlaze iz te direktive.

117. U tom smislu postavlja se pitanje koje vrste mjera može donijeti država članica kako bi se zaštitila od zlouporabe prava na temelju ovog članka: isključivo pojedinačne mjere ili također mjere opće primjene i preventivne mjere?

118. Kako bismo odgovorili na to pitanje, članak 35. treba čitati u svjetlu sudske prakse Suda navedene gore u točkama 112. i 114. prema kojoj je, da bi se utvrdilo je li bilo zlouporabe prava za potrebe spomenutog članka, nužno provesti ispitivanje u dvije faze kako bi se provjerilo navedene objektivne i subjektivne elemente [98].

119. Prije započinjanja takvog ispitivanja valja se zapitati koja je svrha članka 5. stavka 2. Direktive 2004/38.

120. U tom smislu, iz čitanja uvodne izjave br. 5 te direktive proizlazi da „[p]ravo svih građana Unije na slobodu kretanja i boravišta [boravka] na području države članice kako se ostvaruje pod objektivnim uvjetima slobode i dostojanstva treba odobriti i članovima njihovih obitelji, bez obzira na njihovo državljanstvo […]“.

121. Kad je riječ, kao prvo, o svim objektivnim okolnostima iz kojih proizlazi da, unatoč formalnom poštovanju uvjeta predviđenih Direktivom 2004/38, cilj članka 5. stavka 2. nije postignut, tijela Ujedinjene Kraljevine jednostavno su povrijedila svoju obvezu da ih ispitaju. Napominjem da iz ustaljene prakse Suda proizlazi da se ispitivanje inkriminiranog ponašanja u kontekstu zlouporabe prava mora provoditi *in concreto* [99]. Stoga, kako proizlazi iz većine pisanih očitovanja podnesenih Sudu, člankom 35. Direktive 2004/38 zahtijeva se utvrđenje zlouporabe prava u konkretnom slučaju kako bi se nositeljima dozvole boravka, u smislu članka 10. te direktive, moglo uskratiti pravo ulaska bez vize, dodijeljeno člankom 5.

96 — Istaknuo autor. Presude Emsland-Stärke (EU:C:2000:695, t. 52. do 54.) i, u novije vrijeme, Mađarska/Slovačka (C-364/10, EU:C:2012:630, t. 58.).

97 — Presude Pafitis i dr. (C-441/93, EU:C:1996:92, t. 68.) i Kefalas i dr. (C-367/96, EU:C:1998:222, t. 22.)

98 — Vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu Bozkurt (C-303/08, EU:C:2010:413, t. 67.).

99 — Vidjeti presude Kefalas i dr. (EU:C:1998:222, t. 28.) i Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, t. 34.).

122. Stoga bez oklijevanja tvrdim da u ovom slučaju nedostaje objektivan element zlouporabe prava koju navodi Secretary of State, s obzirom na to da je, prema mojem mišljenju, postignut cilj članka 5. stavka 2. Direktive 2004/38. Korištenje pravom na slobodu kretanja tužiteljâ u glavnom postupku dovelo je *de facto* do njihova nastanjivanja u državi članici, to jest u Španjolskoj, s namjerom da ondje zajedno žive i željom da putuju u Ujedinjenu Kraljevinu radi kratkotrajnih boravaka. Drugim riječima, poštovanje te odredbe nije isključivo formalno. Putovanja tužiteljâ u glavnom postupku nisu fiktivna, već stvarna. Ta putovanja odgovaraju zakonitom korištenju njihovim pravom na slobodno kretanje, s obzirom na to da oni nisu željeli zaobići propise Ujedinjene Kraljevine niti se prijevarno i neprimjereno koristiti pravima dodijeljenima navedenom direktivom, što Ujedinjena Kraljevina ne osporava.

123. Što se tiče, kao drugo, subjektivnog elementa koji se sastoji u namjeri stjecanja prednosti koja proizlazi iz Direktive 2004/38, očito je da i on nedostaje. Doista, tijela Ujedinjene Kraljevine nisu se pozvala na ponašanje tužiteljâ u glavnom postupku kako bi suspendirala primjenu članka 5. stavka 2. Direktive 2004/38.

124. Upravo suprotno, tijela Ujedinjene Kraljevine ni u svojim podnescima ni na raspravi nisu osporila vjerodostojnost braka Seana Ambrosea McCarthyja i Helene Patricije McCarthy Rodriguez kao ni činjenicu da par stvarno vodi obiteljski život u Španjolskoj. U tom smislu brak se za potrebe Direktive 2004/38 može smatrati fiktivnim kad je sklopljen „samo u svrhu uživanja prava slobode kretanja i boravka na temelju te direktive koje dotična osoba inače ne bi mogla uživati“ [100].

125. Nadalje napominjem da se na mjere iz članka 35. Direktive 2004/38 primjenjuju njezini članci 30. i 31. Stoga, kako proizlazi i iz većine očitovanja podnesenih Sudu, mjera opće primjene lišila bi postupovna jamstva predviđena tim člancima njihove biti. Slijedom toga, mjere iz članka 35. pojedinačne su mjere koje ne opravdavaju sustavnu suspenziju prava dodijeljenih tom direktivom. Upravo suprotno, sustavna suspenzija navedenih prava ni nacionalnom sudu ni Sudu ne pruža mogućnost provjere jesu li stvarno bili ispunjeni uvjeti kojima su se u ovom slučaju rukovodila tijela Ujedinjene Kraljevine u odbijanju tog prava.

126. Prema smjernicama, sustav Direktive 2004/38 počiva upravo na pojedinačnim odlukama i nacionalna tijela moraju pridati pozornost svim okolnostima slučaja. Točnije, ona moraju ispitati ponašanje dotičnih osoba u svjetlu ciljeva prava Unije i postupati na temelju objektivnih dokaza [101].

127. Kao što to Komisija ispravno navodi u navedenim smjernicama, prilikom tumačenja pojma zlouporabe prava u kontekstu Direktive 2004/38 statusu građanina Unije mora se pridati pozornost koja mu pripada. U skladu s načelom nadređenosti prava Unije, ispitivanje eventualne zlouporabe zakonodavstva Unije mora se provoditi s obzirom na pravo Unije, a ne s obzirom na nacionalne propise o useljavanju. Direktiva ne sprečava države članice da provode istrage u pojedinačnim slučajevima kada postoji opravdana sumnja u zlouporabu prava. Međutim, pravo Unije zabranjuje sustavne provjere. Osim toga, mjere koje poduzimaju države članice radi borbe protiv fiktivnih brakova ne smiju biti takve da odvraćaju građane Unije i članove njihovih obitelji od korištenja svojim pravom na slobodno kretanje ili da neprimjereno narušavaju njihova legitimna prava. One ne smiju ugroziti učinkovitost zakonodavstva [Unije] niti diskriminirati na temelju državljanstva [102].

100 — Vidjeti COM (2009) 313 *final*, str. 16.

101 — Vidjeti COM (2009) 313 *final*, t. 4.3. Vidjeti također presudu Metock i dr. (EU:C:2008:449, t. 74. i 75.).

102 — COM (2009) 313 *final*, str. 16.

128. Naposljetku, čini mi se gotovo izvan svake sumnje da je Ujedinjena Kraljevina prilikom ocjene prava ulaska Helene Patricije McCarthy Rodriguez, koje proizlazi iz članka 5. stavka 2. Direktive 2004/38, izmijenila doseg te odredbe i ugrozila njezine ciljeve. U tom smislu Ujedinjena Kraljevina tvrdi da se zlouporaba prava može razriješiti jednostavno tako da se ne primijeni odredba koja je predmet zlouporabe prava, što je, prema mojem mišljenju, suprotno samom pojmu zlouporabe prava i ugrožava ciljeve Direktive 2004/38.

3. O prigovorima koje je iznijela Ujedinjena Kraljevina

129. Za razliku od drugih stranaka i intervenijenata koji su podnijeli očitovanja, Ujedinjena Kraljevina u svojim je podnescima kao i na raspravi tvrdila da je bila suočena sa znatnim brojem zlouporaba prava ulaska članova obitelji državljana treće države radi zaobilaženja graničnih kontrola i kontrola useljavanja. Tu je situaciju opisala riječima „sustavna zlouporaba prava“.

130. Prema navodima Ujedinjene Kraljevine, ako bi ona prihvatila da sve dozvole boravka navodno izdane na temelju članka 10. Direktive izuzimaju državljane trećih država svih kontrola viza, te bi dozvole omogućile lakši ulazak na njezino državno područje. U tom smislu vlada Ujedinjene Kraljevine tvrdi da je pružila dokaze o postojanju sustavne zlouporabe prava.

131. Iako mi se uporaba pridjeva „sustavna“ ne čini u skladu s pojmom zlouporabe prava u kontekstu prava Unije, ipak treba ispitati ispunjavaju li dokazi koje je pružila ta država članica uvjete koje nalaže taj pojam.

132. Dokumenti koje je kao dokaze priložila Ujedinjena Kraljevina osobito se odnose na studiju koju je 2011. provela služba granične kontrole te države članice u kojoj se navodi da je utvrdila 1494 „pokušaja“ korištenja lažnim ispravama stečenima prijevarom na temelju fiktivnih brakova ili krivotvorene popratne dokumentacije [103]. Ujedinjena Kraljevina osobito je bila suočena s korištenjem lažnim ispravama ili ispravama stečenima prijevarom na temelju fiktivnih brakova ili krivotvorene popratne dokumentacije [104]. Analiza dozvola boravka koje su izdale druge države članice koju je provelo tijelo Ujedinjene Kraljevine pokazala je da one koje je izdalo 12 država članica ne zadovoljavaju minimalne sigurnosne standarde što ih je odredila Međunarodna agencija za civilno zrakoplovstvo za putne isprave Unije. Osim toga, države članice prepoznale su prijevaru i zlouporabu prava na slobodno kretanje od državljana trećih država kao ozbiljan problem [105]. Nepostojanje minimalnih jedinstvenih standarda za dozvole boravka iz članka 10. i rizik od zlouporaba koji iz toga proizlazi radi zaobilaženja kontrola useljavanja osobito brinu Ujedinjenu Kraljevinu.

133. Očito je da se dokazi koje je predočila Ujedinjena Kraljevina ne mogu smatrati konkretnim dokazima povezanima s pojedinačnim ponašanjem tužiteljâ u glavnom postupku. Ti dokazi ne ispunjavaju objektivne i subjektivne uvjete nužne za utvrđenje postojanja zlouporabe prava u konkretnom slučaju, kako proizlaze iz točaka 121. do 127. ovog mišljenja. U tom smislu napominjem da nije bilo osporeno da ponašanje tužiteljâ u glavnom postupku ne predstavlja zlouporabu prava u smislu prava Unije.

103 — Treba primijetiti da Ujedinjena Kraljevina kao zlouporabu prava označava dvije potpuno različite situacije, fiktivne brakove i korištenje krivotvorenom popratnom dokumentacijom. Pojam zlouporabe prava primjenjuje se samo na prethodnu.

104 — Prema dokumentu Komisije, ona je na zahtjev Vijeća pozvala države članice da joj dostave podatke o zlouporabi prava na slobodno kretanje na temelju fiktivnih brakova. Dvanaest država članica dostavilo je statističke podatke o „utvrđenim“ slučajevima. Prema tom dokumentu, Ujedinjena Kraljevina na temelju sumnji u vjerodostojnost brakova odbila je 176 zahtjeva za obiteljske dozvole (od 256 slučajeva u kojima su postojale sumnje u zlouporabu, što predstavlja otprilike 2% zahtjeva primljenih u tom razdoblju). Vidjeti Komunikaciju Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija od 25. studenoga 2013. o „Slobod[i] kretanja građana EU-a i njihovih obitelji: pet mjera za poboljšanje situacije“, [COM (2013) 837 *final*, str. 9.].

105 — U travnju 2012. Vijeće je odobrilo dokument kojim se utvrđuju mjere koje treba poduzeti, pod naslovom „Djelovanje EU-a – strateški odgovor“, u kojem je jedan od strateških prioriteta djelovanja „očuvanje i zaštita slobode kretanja sprečavajući zlouporabe državljana trećih država“.

134. Također treba napomenuti da opća pretpostavka prijevare nije dovoljna za opravdanje mjere koja ugrožava ciljeve UFEU-a [106]. Ocjena zlouporaba u načelu je u nadležnosti nacionalnih sudova, ali njihova ocjena ni u kojem slučaju ne smije ugroziti jedinstvenost i učinkovitost prava Unije [107].

135. Osim toga, kad je riječ o nepoštovanju minimalnih sigurnosnih standarda koje je odredila Međunarodna agencija za civilno zrakoplovstvo, a na koje se poziva Ujedinjena Kraljevina, zastupnik Kraljevine Španjolske na raspravi je istaknuo da dozvole boravka članova obitelji građanina Unije koje su izdala španjolska tijela poštuju standarde te organizacije.

136. U svakom slučaju, što se tiče mogućeg nepoštovanja sigurnosnih standarda koje je Kraljevina Španjolska provela na svojem državnom području, naglasio bih da ne predstavlja svako nepoštovanje Direktive 2004/38 države članice zlouporabu prava te stoga nije obuhvaćeno njezinim člankom 35. [108].

137. Što se tiče obiteljske dozvole, smatram da je ona jednaka obvezi posjedovanja vize, što je suprotno ne samo članku 5. stavku 2. Direktive 2004/38 nego i njezinim ciljevima i sustavu. Doduše, dozvola boravka izdana na temelju članka 10. te direktive deklaratorne je naravi i njome se ne zasniva pravo, već se samo potvrđuje da pravo već postoji. Međutim, može se potvrditi da, pod uvjetom da državljanin treće države koji je član obitelji građanina Unije ispunjava uvjete koji mu omogućuju slobodno kretanje u skladu s pravom Unije, države članice moraju prihvatiti tu dozvolu [109].

138. Naposljetku, mislim da bi dopuštenje državi članici da ne uzme u obzir dozvolu boravka koju je izdala druga država članica bilo protivno načelu uzajamnog priznavanja. Treba utvrditi da, prema sudskoj praksi Suda, korištenje pravima koja proizlaze iz slobodnog kretanja nije moguće bez predočenja isprava o osobnom stanju osoba, koje općenito izdaje država podrijetla radnika. Iz toga slijedi da su upravna i sudska tijela države članice dužna poštovati potvrde i istovrsne isprave o osobnom stanju osoba koje su izdala nadležna tijela drugih država članica, osim ako njihova točnost nije ozbiljno dovedena u pitanje konkretnim dokazima koji se odnose na pojedinačni slučaj o kojem je riječ [110].

139. U tom smislu, prihvatiti da Ujedinjena Kraljevina provede mjere opće primjene bilo bi jednako dopuštanju državi članici da zaobiđe pravo na slobodno kretanje te bi za posljedicu imalo to da bi i druge države članice mogle donijeti takve mjere i jednostrano suspendirati primjenu direktive.

140. Stoga smatram da dokazi koje je iznijela Ujedinjena Kraljevina nisu dovoljni za podupiranje njezine tvrdnje u vezi s mogućom sustavnom zlouporabom prava.

141. Zbog svih tih razloga, smatram da na prvo i treće pitanje treba odgovoriti na način da članak 35. Direktive 2004/38 ne dopušta državi članici donošenje mjera opće primjene koje se sastoje od oduzimanja članovima obitelji građanina Unije koji posjeduju važeću dozvolu boravka koju je izdala druga država članica prava da budu izuzeti od obveze pribavljanja vize, kada je ta mjera preventivna i kada se ne temelji na prethodnom utvrđenju zlouporabe prava u konkretnom slučaju.

106 — Vidjeti presudu Komisija/Belgija (C-577/10, EU:C:2012:814, t. 53. i navedena sudska praksa).

107 — Simon, D. i Rigaux, A., *Le système juridique communautaire*, 3. izdanje, 2001., str. 582.

108 — U tom smislu napominjem da, na temelju članaka 258. UFEU-a i 259. UFEU-a, u slučaju da država članica povrijedi obveze koje ima na temelju ugovora, Komisija ili druga država članica mogu Sudu podnijeti tužbu za utvrđivanje povrede obveze.

109 — Vidjeti u tom smislu presudu Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, t. 54.).

110 — Vidjeti u tom smislu presudu Dafeki (C-336/94, EU:C:1997:579, t. 19.).

C – O Protokolu br. 20

142. Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita Sud dopušta li članak 1. Protokola br. 20 Ujedinjenoj Kraljevini da od državljana treće države, nositelja dozvole boravka člana obitelji građanina Unije izdane u skladu s Direktivom 2004/38, zahtijeva da posjeduju ulaznu vizu koja se mora pribaviti prije dolaska na granicu.

143. Na samom početku treba napomenuti da je pravni značaj protokolâ neupitan. U skladu s člankom 51. UEU-a, „[p]rotokoli i prilozi Ugovorima čine njihov sastavni dio“. Stoga u hijerarhiji normi protokoli imaju veću pravnu snagu od sekundarnog prava Unije.

144. Točnije rečeno, Protokol br. 20 predstavlja odstupanje od obveza koje Ujedinjena Kraljevina i Irska imaju na temelju članaka 26. UFEU-a i 77. UFEU-a, koje se temelji na njihovoj želji za izuzimanjem iz provedbe Glave V. Dijela trećeg UFEU-a o području slobode, sigurnosti i pravde [111]. Međutim, kako je Komisija izričito navela, taj protokol nema za cilj dodjeljivanje posebnih povlastica Ujedinjenoj Kraljevini, već je donesen kako bi se uzela u obzir želja te države članice da zadrži, s jedne strane, granične kontrole s većinom država članica i, s druge strane, „Zajednički putni prostor“ koji postoji između Ujedinjene Kraljevine i Irske [112].

145. U tom smislu, u skladu sa svojim člankom 2., Protokol br. 20 dopušta tim dvjema državama članicama da i dalje međusobno sklapaju aranžmane koji se odnose na kretanje osoba između njihovih državnih područja („Zajednički putni prostor“), pri čemu moraju u potpunosti poštovati prava osoba iz članka 1. stavka 1. točke (a) navedenog protokola. Ako bi Ujedinjena Kraljevina odlučila da se više ne želi koristiti svojom posebnom ovlasti nesudjelovanja u području slobode, sigurnosti i pravde, Irska bi donijela istu odluku jer se njezino stajalište isključivo opravdava činjenicom da je potonja država članica povezana s Ujedinjenom Kraljevinom spomenutim Zajedničkim putnim prostorom [113].

146. Osim toga, članak 3. propisuje da ostale države članice imaju pravo na svojim granicama ili na bilo kojoj točki ulaza na svoje državno područje provoditi takve kontrole nad osobama koje na njihovo državno područje žele ući iz Ujedinjene Kraljevine ili Irske.

147. Smatram da članak 1. Protokola br. 20 treba tumačiti u svjetlu tih razmatranja.

148. Kao prvo, Ujedinjena Kraljevina je „isključivo“ na svojim granicama tim člankom ovlaštena provoditi kontrole koje smatra potrebnima radi provjere postojanja prava na ulazak na svoje državno područje građana država članica ili njihovih uzdržavanika koji se koriste pravima koja su im dodijeljena pravom Unije.

149. Ni u UFEU-u ni u Protokolu br. 20 nije definiran pojam „granične kontrole“. Međutim, člankom 2. točkom 9. Uredbe br. 562/2006 određeno je da nadzor državne granice znači „aktivnost koja se provodi na granici u skladu s potrebama i za potrebe ove Uredbe, isključivo kao odgovor na pokušaj prelaska ili na čin prelaska granice, neovisno o svim drugim okolnostima, a sastoji se od granične kontrole i zaštite državne granice“. Stoga u ovom slučaju obveza pribavljanja obiteljske dozvole očito ne predstavlja graničnu kontrolu, osobito s obzirom na to da se zahtjev za izdavanje obiteljske dozvole mora podnijeti prije putovanja u diplomatskim predstavništvima Ujedinjene Kraljevine u državama članicama.

111 — Ta je namjera također izražena u pogledu schengenske pravne stečevine uključene u okvir Europske unije. Vidjeti Protokol br. 19 o uključivanju schengenske pravne stečevine u okvir Europske unije.

112 — O izmjenama koje je donio Ugovor iz Lisabona na stajalište Ujedinjene Kraljevine i Irske u pogledu područja slobode, sigurnosti i pravde vidjeti osobito Chevallier-Govers, C., „Le traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice“, *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*?, Bruylant, 2009., str. 271. i slj.

113 — Vidjeti Toth, A. G., *The legal effects of the protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark, in the European Union after Amsterdam. A legal analysis*, 1998., str. 227. do 252., str. 233., i Guillard, C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, disertacija, Bruylant, 2006., str. 466.

150. Nadalje, nema sumnje da se Direktiva 2004/38 i dalje primjenjuje, kao što to jasno proizlazi iz članka 1. točke (a) Protokola br. 20, u kojem se navode državljani država članica ili njihovi uzdržavanici koji ostvaruju „prava koja su im dodijeljena pravom Unije“. Stoga se njihova prava na ulazak moraju ocjenjivati s obzirom na članak 5. stavak 2. te direktive, kojim se utvrđuju isprave na temelju kojih se članovima obitelji građanina Unije dopušta ulazak na državno područje država članica.

151. Naposljetku, na temelju članka 1. točke (a) Protokola br. 20, granične kontrole osobito uključuju pregled isprava na temelju kojih je moguće provjeriti postojanje prava na ulazak dotičnih osoba na državno područje Ujedinjene Kraljevine. Međutim, ta provjera ne daje pravo toj državi članici da jednostrano odbije ulazak građanima Unije i članovima njihovih obitelji koji posjeduju dozvolu boravka na temelju članka 10. Direktive 2004/38, općenito im namećući obvezu pribavljanja i predočenja na njezinim granicama dodatne isprave koja nije predviđena pravom Unije.

152. Stoga predlažem da se na drugo prethodno pitanje upućeno Sudu odgovori na način da članak 1. Protokola br. 20 ne dopušta Ujedinjenoj Kraljevini uvođenje obveze posjedovanja ulazne vize državljanima treće države, nositeljima dozvole boravka članova obitelji građanina Unije izdane u skladu s člankom 10. Direktive 2004/38, a koja se mora pribaviti prije dolaska na granicu.

VI – **Zaključak**

153. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem da Sud na sljedeći način odgovori na pitanja koja je postavio High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Ujedinjena Kraljevina):

„(1) Članak 35. Direktive 2004/38 Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravište [boravak] na području države članice, kojom se izmjenjuje Uredba (EEZ) br. 1612/68 i stavljaju izvan snage direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ, ne dopušta državi članici donošenje mjera opće primjene koje se sastoje od oduzimanja članovima obitelji građanina Unije koji posjeduju važeću dozvolu boravka koju je izdala druga država članica prava da budu izuzeti od obveze pribavljanja vize, kada je ta mjera preventivna i kada se ne temelji na prethodnom utvrđenju zlouporabe prava u konkretnom slučaju.

(2) Članak 1. Protokola br. 20 o primjeni određenih aspekata članka 26. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na Ujedinjenu Kraljevinu i Irsku ne dopušta Ujedinjenoj Kraljevini uvođenje obveze posjedovanja ulazne vize državljanima treće države, nositeljima dozvole boravka članova obitelji građanina Unije izdane u skladu s člankom 10. Direktive 2004/38, a koja se mora pribaviti prije dolaska na granicu.“