SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE ELEANOR SHARPSTON, predstavljeni 30. septembra 2010[1]

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunal du travail de Bruxelles, zadeva obseg pravice do prebivanja za državljane tretjih držav, ki so starši mladoletnega državljana Unije, ki še ni zapustil države članice, v kateri je rojen.

2. Za odgovor na vprašanja, ki jih je predložilo nacionalno sodišče, mora Sodišče sprejeti številne težavne in pomembne odločitve. Kaj natančno ima za posledico državljanstvo Unije? Ali pomenijo okoliščine, ki so privedle do nacionalnega postopka, položaj, ki je za zadevno državo članico „povsem notranji" in v katerem pravo Evropske unije (v nadaljevanju: EU) ne igra nobene vloge? Oziroma ali pomeni polno priznanje pravic (vključno s prihodnjimi pravicami), ki nujno izhajajo iz državljanstva Unije, da ima mladoletni državljan EU pravico, ki temelji na pravu EU namesto na nacionalnem pravu, da prebiva kjer koli na območju Unije (vključno z državo članico, katere državljan je)? Če to drži, bi zagotovitev učinkovitega izvrševanja te pravice lahko omogočila odobritev prebivanja njegovemu staršu, ki je državljan tretje države, če bi v nasprotnem primeru prišlo do resnih kršitve temeljnih pravic.

3. Na bolj teoretični ravni, ali je izvrševanje pravic iz naslova državljanstva Unije odvisno – tako kot izvrševanje klasičnih gospodarskih „svoboščin" – od nekega čezmejnega prostega gibanja (ne glede na njegovo naključnost, obrobnost ali oddaljenost), do katerega je prišlo pred vložitvijo zahtevka? Oziroma ali se državljanstvo Unije za opredelitev pravic in obveznosti, ki jih podeljuje, ozira v prihodnost namesto nazaj v preteklost? Če postavim isto vprašanje iz nekoliko drugačnega zornega kota: ali je državljanstvo Unije zgolj neekonomska različica enake generične pravice do prostega gibanja, kakršna je ta dolgo obstajala za ekonomsko aktivne in za osebe z neodvisnimi sredstvi? Oziroma ali pomeni nekaj bolj radikalnega: resnično državljanstvo, ki vključuje enoten skupek pravic in

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

obveznosti, v Uniji, kjer velja vladavina prava[2], v kateri mora spoštovanje temeljnih pravic nujno igrati bistveno vlogo?

Pravni okvir

Upoštevna zakonodaja EU

4. Člen 6 PEU (prej člen 6 EU) določa:

„1. Unija priznava pravice, svoboščine in načela iz Listine Evropske unije o temeljnih pravicah z dne 7. decembra 2000, prilagojene 12. decembra 2007 v Strasbourgu, ki ima enako pravno veljavnost kot Pogodbi.

Z določbami Listine se na nikakršen način ne širijo pristojnosti Unije, opredeljene v Pogodbah.

Pravice, svoboščine in načela Listine se razlagajo v skladu s splošnimi določbami naslova VII Listine o njeni razlagi in uporabi ter ob ustreznem upoštevanju pojasnil iz Listine, ki navajajo vire teh določb.

2. Unija pristopi k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Ta pristop ne spreminja pristojnosti Unije, opredeljene v Pogodbah.

3. Temeljne pravice, kakor jih zagotavlja Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin in kakor izhajajo iz ustavnega izročila, skupnega državam članicam, so kot splošna načela del prava Unije.“

5. Člen 18 PDEU (prej člen 12 ES) določa:

„Kjer se uporabljata Pogodbi in brez poseganja v njune posebne določbe, je prepovedana vsakršna diskriminacija glede na državljanstvo.

[…]“

2 – Izraz „Unija, kjer velja vladavina prava“ sem si sposodila iz točke 32 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Dámasa Ruiz-Jaraboja Colomerja v zadevi Petersen (sodba z dne 11. septembra 2008, C-228/07, ZOdl., str. I-6989). Po njegovi nenadni in prezgodnji smrti 12. novembra 2009 sem prevzela odgovornost za ta predlog za sprejetje predhodne odločbe. Takoj na začetku bi želela opozoriti na delo in prizadevnost, ki ju je že vložil v to zadevo in, bolj na splošno, na kakovost in obseg njegovega prispevka k pravu, ki je bilo zanj še vedno pravo „Skupnosti“, in ne pravo „EU“.

6. Člen 20 PDEU (prej člen 17 ES) določa:

„1. S Pogodbama se uvede državljanstvo Unije. Državljani Unije so vse osebe z državljanstvom ene od držav članic. Državljanstvo Unije se doda nacionalnemu državljanstvu in ga ne nadomesti.

2. Državljani Unije imajo pravice in dolžnosti, določene v Pogodbah.

[…]“

7. Člen 21 PDEU (prej člen 18 ES) določa:

„1. Vsak državljan Unije ima pravico prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic ob upoštevanju omejitev in pogojev, določenih s Pogodbama in ukrepi, ki so bili sprejeti za njuno uveljavitev.

[…]“

8. Členi 7, 21 in 24 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah[3] določajo:

„*Člen 7*

Spoštovanje zasebnega in družinskega življenja

Vsakdo ima pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, stanovanja ter komunikacij.

[…]

Člen 21

Prepoved diskriminacije

1. Prepovedana je vsakršna diskriminacija na podlagi spola, rase, barve kože, etničnega ali socialnega porekla, genetskih značilnosti, jezika, vere ali prepričanja, političnega ali drugega mnenja, pripadnosti narodnostni manjšini, premoženja, rojstva, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti.

3 – Razglašena v Nici, 7. decembra 2000 (UL C 364, str. 1). Posodobljeno različico je Evropski parlament potrdil 29. novembra 2007 po črtanju sklicevanj na Evropsko ustavo (UL C 303, str. 1).

2. Brez poseganja v posebne določbe Pogodb je na njunem področju uporabe prepovedana vsakršna diskriminacija na podlagi državljanstva.

Upoštevne mednarodne določbe

9. Člen 17 Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah[4] določa:

[…]

„1. Nikomur se ne sme nihče samovoljno ali nezakonito vmešavati v zasebno življenje, v družino, v stanovanje ali dopisovanje ali nezakonito napadati njegovo čast in ugled.

Člen 24

Pravice otroka

2. Vsakdo ima pravico do zakonskega varstva pred takim vmešavanjem ali pred takimi napadi.“

1. Otroci imajo pravico do potrebnega varstva in skrbi za zagotovitev njihove dobrobiti. Svoje mnenje lahko svobodno izražajo. Njihovo mnenje se upošteva v stvareh, ki jih zadevajo, v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo.

10. Člen 9.1 Konvencije o otrokovih pravicah[5] določa:

„1. Države pogodbenice jamčijo, da otrok ne bo proti volji staršev ločen od njih, razen če v skladu z veljavnim zakonom in postopki pristojne oblasti v sodnem postopku odločijo, da je takšna ločitev nujna za otrokovo korist. Takšna odločitev je lahko v določenem primeru, kot je zloraba ali zanemarjanje otroka

2. Pri vseh ukrepih javnih organov ali zasebnih ustanov, ki se nanašajo na otroke, se morajo upoštevati predvsem koristi otroka.

3. Vsak otrok ima pravico do rednih osebnih odnosov in neposrednih stikov z obema staršema, če to ni v nasprotju z njegovimi koristmi.“

4 – Pakt je bil na voljo za podpis 19. decembra 1966; *Zbornik pogodb Združenih narodov*, vol. 999, str. 171, in vol. 1057, str. 407. Vse države članice Evropske unije so stranke tega pakta in k členu 17 niso bili podani nobeni zadržki.

5 – Konvencija sprejeta z Resolucijo 44/25 z dne 20. novembra 1989; *Zbornik pogodb Združenih narodov*, vol. 1577, str. 3. Vse države članice EU so stranke te konvencije in k členu 9.1 ni bilo podanih nobenih zadržkov.

s strani staršev ali ko starša živita ločeno in je potrebno odločiti o otrokovem prebivališču, neizogibna."

11. Člena 8 in 3 Protokola št. 4 k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic (v nadaljevanju: EKČP) določata naslednje:[6]

„Člen 8

1. Vsakdo ima pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, svojega doma in dopisovanja.

2. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato, da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.[…]"

„Člen 3 Protokola št. 4

Nihče ne sme biti izgnan bodisi z individualnimi ali s kolektivnimi ukrepi z ozemlja države, katere državljan je.

Nikomur ne sme biti odvzeta pravica do vstopa na ozemlje države, katere državljan je."

Upoštevna nacionalna zakonodaja

Kraljeva uredba z dne 25. novembra 1991

12. Člen 30 kraljeve uredbe z dne 25. novembra 1991 o pravilih glede brezposelnosti določa:

„Za upravičenost do nadomestil za brezposelnost mora delavec, zaposlen za poln delovni čas, dopolniti naslednje število delovnih dni:

1. […]

6 – Podpisana v Rimu, 4. novembra 1950 in ratificirana s strani vseh držav članic Evropske unije. Položaj je nekoliko bolj zapleten v zvezi s Protokolom 4. Trenutno Grčija ni ne podpisala ne ratificirala tega protokola, medtem ko ga je Združeno kraljestvo podpisalo, vendar ne ratificiralo. Avstrija, Irska in Nizozemska so podale zadržke glede člena 3 o nekaterih točkah, ki niso pomembne za dejansko stanje in vprašanja v tej zadevi.

2. 468 v 27 mesecih pred vložitvijo zahteve, če je delavec star več kot 36 in manj kot 50 let;

[…]“

13. Člen 43(1) kraljeve uredbe določa:

„Brez poseganja v predhodne določbe je tuj delavec ali delavec brez državljanstva upravičen do nadomestila za brezposelnost, če spoštuje zakonodajo o tujcih in zaposlovanju tujih delavcev.

Delo v Belgiji se ne upošteva, razen če je v skladu z zakonodajo o zaposlovanju tujih delavcev.“

14. V skladu z upoštevnimi določbami belgijske zakonodaje (člen 40 zakona z dne 15. decembra 1980 in člen 2 kraljeve uredbe z dne 9. junija 1999) morajo biti zakonec tujega državljana ES in njegovi otroci ali otroci njegovega zakonca, ki so odvisni od njiju, ne glede na njihovo državljanstvo obravnavani enako kot tuj državljan ES, pod pogojem, da so prišli z njim z namenom, da se nastanijo pri njem.

15. Vzdrževani predniki belgijskega državljana ali tujega državljana ES ne glede na njihovo državljanstvo ne potrebujejo delovnega dovoljenja (na podlagi člena 2(2), točka 2(b) kraljeve uredbe za izvedbo zakona z dne 30. aprila 1999 o zaposlovanju tujih delavcev in člena 40(4)(iii) zakona z dne 15. decembra 1980).

Belgijski zakonik o državljanstvu

16. V skladu s členom 10(1) belgijskega zakonika o državljanstvu v različici, ki je veljala v upoštevnem času, sodijo med tiste, ki imajo belgijsko državljanstvo:

„[V]sak otrok, rojen v Belgiji, ki bi bil kadar koli pred 18. letom starosti ali ob priznanju popolne poslovne sposobnosti pred to starostjo oseba brez državljanstva, če ne bi imel belgijskega državljanstva.“

17. Kasneje je zakon z dne 27. decembra 2006 onemogočil otroku, ki je v Belgiji rojen nebelgijskim državljanom, da pridobi belgijsko državljanstvo, „če lahko otrok pridobi

drugo državljanstvo, tako da njegov(i) zakoniti zastopnik(i) vloži(jo) pri diplomatskih ali konzularnih organih države otrokovih staršev ali enega od njiju ustrezno zahtevo".

Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

18. G. Ruiz Zambrano in njegova žena, M. López, sta kolumbijska državljana. V Belgijo sta skupaj s svojim prvim otrokom prispela 7. aprila 1999 z vizumom, ki ga je izdalo belgijsko veleposlaništvo v Bogoti.

19. Teden dni kasneje je G. Ruiz Zambrano v Belgiji zaprosil za azil. Prošnjo za azil je utemeljil s potrebo po zapustitvi Kolumbije po tem, ko je bil od leta 1997 tarča neprestanih izsiljevanj (podprtih z grožnjami s smrtjo) s strani paravojaških sil, bil priča napadom na svojega brata in ugrabitvi njegovega triletnega sina za en teden januarja 1999.

20. Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (generalni komisariat za begunce in osebe brez državljanstva) je 11. septembra 2000 zavrnil prošnjo G. Ruiza Zambrana za azil in zoper njega izdal odredbo o zapustitvi Belgije. Vendar je dodal klavzulo o *non-refoulement*, v kateri je navedel, naj se G. Ruiza Zambrana in njegove družine ne vrne nazaj v Kolumbijo zaradi tamkajšnjega kritičnega položaja.

21. Kljub tej odredbi je 20. oktobra 2000 G. Ruiz Zambrano vložil prošnjo za dovoljenje za prebivanje pri Office des Étrangers (urad za tujce). Kasneje je vložil še dve tovrstni prošnji.[7] Vse tri prošnje so bile zavrnjene. G. Ruiz Zambrano je zahteval razglasitev ničnosti teh odločb in medtem zahteval zadržanje izvršitve odredbe, ki mu nalaga, naj zapusti Belgijo. Ko je bil vložen obravnavani predlog za sprejetje predhodne odločbe, Conseil d'État še ni odločil o ničnostni tožbi.

22. G. Ruiz Zambrano in njegova žena sta bila od 18. aprila 2001 prijavljena v občini Schaerbeek.

23. G. Ruiz Zambrano se je oktobra 2001 zaposlil za polni delovni čas pri belgijski družbi Plastoria SA (v nadaljevanju: Plastoria) v njeni bruseljski delavnici in delo opravljal na podlagi pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas. Delo je bilo ustrezno prijavljeno pri

7 – Ti nadaljnji prošnji sta sledili rojstvu njegovega drugega in tretjega otroka: glej točko 26 spodaj.

Office national de la sécurité sociale (državni urad za socialno varnost). Njegova plača je bila, kot je običajno, predmet zakonsko določenih prispevkov za socialno varnost in v skladu s tem je bil njegov delodajalec dolžan plačati (in tudi je plačal) ustrezne prispevke. V predložitveni odločbi ni izrecno navedeno, ali (kot je pogosto) je bila od njegovega zaslužka pri izvoru odbita tudi dohodnina.

24. G. Ruiz Zambrano ni imel delovnega dovoljenja, ko se je zaposlil pri družbi Plastoria. Pridobil ga ni niti v petih letih, ko je bil v družbi zaposlen.

25. Medtem je njegova žena 1. septembra 2003 rodila drugega otroka, Diega, in 26. avgusta 2005 tretjega otroka, Jessico. Oba sta bila rojena v Belgiji. V skladu s členom 10(1) belgijskega zakonika o državljanstvu sta oba pridobila belgijsko državljanstvo.[8] Pooblaščenec G. Ruiza Zambrana je na obravnavi seznanil Sodišče, da sta oba, Diego in Jessica, trenutno vpisana v šolo v Schaerbeeku.

26. Rojstvo Diega in Jessice je bilo v vsakem posameznem primeru razlog za drugo in tretjo prošnjo pri uradu za tujce.[9] V vsaki od prošenj je G. Ruiz Zambrano navedel, da je zaradi rojstva otroka, ki ima belgijsko državljanstvo, upravičen do dovoljenja za prebivanje na podlagi zakona z dne 15. decembra 1980 in člena 3 Protokola 4 k Evropski konvenciji za varstvo človekovih pravic.

27. Belgijski organi so na podlagi tretje prošnje G. Ruizu Zambranu z odločbo izdali potrdilo o prijavi prebivališča v Belgiji v obdobju od 13. septembra 2005 do 13. februarja 2006. Po vložitvi pritožbe zoper več odločb, s katerimi mu je bilo zavrnjeno dovoljenje za prebivanje, bivanje G. Ruiza Zambrana v Belgiji ureja posebno dovoljenje, veljavno do pravnomočne odločitve v teh postopkih.

28. Pogodba G. Ruiza Zambrana je bila 10. oktobra 2005 začasno prekinjena. Pri Office national de l'emploi (državni urad za zaposlovanje) je takoj zaprosil za začasno nadomestilo za brezposelnost. Ta prošnja je bila zavrnjena, ker ni imel delovnega dovoljenja (ker je bilo njegovo bivanje v Belgiji nezakonito). To zavrnitev je izpodbijal z vložitvijo tožbe (v nadaljevanju: prva tožba) pri Tribunal du travail (delovno sodišče), vendar se

8 – V skladu z upoštevno kolumbijsko zakonodajo otroci, rojeni zunaj ozemlja Kolumbije, ne pridobijo kolumbijskega državljanstva, razen kadar je podana izrecna izjava v tem smislu pri upravičenem konzularnem uradniku. Za Diega in Jessico Ruiz Moreno taka izjava ni bila podana.

9 – Glej točko 21 zgoraj.

je kmalu potem spet zaposlil pri družbi Plastoria za polni delovni čas.

29. Zaradi preučevanja prve tožbe so belgijski organi za delo opravili poizvedbe, da bi preverili, pod kakšnimi pogoji je bil zaposlen G. Ruiz Zambrano. Inšpektor za delo je 11. oktobra 2006 obiskal prostore družbe Plastoria. Tam je na delovnem mestu našel G. Ruiza Zambrana in potrdil, da ta ni imel delovnega dovoljenja. Inšpektor je izdal sklep o takojšnji prekinitvi njegove zaposlitve. Družba Plastoria je skladno s tem brez odpravnine prekinila pogodbo G. Ruiza Zambrana o zaposlitvi zaradi višje sile in mu izročila uradni dokument („obrazec C4"), v katerem je potrjeno, da so bili prispevki za socialno varnost in za zavarovanje za primer brezposelnosti plačani v celotnem obdobju zaposlitve od oktobra 2001 do oktobra 2006.

30. Belgijski organi za delo so odločili, da zoper družbo Plastoria ne bodo vložili kazenske ovadbe, ker razen tega, da je družba zaposlila G. Ruiza Zambrana brez delovnega dovoljenja, ni bila ugotovljena nobena druga kršitev obveznosti, ki se nanašajo na obveznosti socialnega varstva, predložitev ustreznih dokumentov za zaposlitev, zavarovanje za primer nezgode pri delu ali obveznosti glede plačila.

31. Ker je bil G. Ruiz Zambrano brezposeln, je pri državnem uradu za zaposlovanje ponovno vložil zahtevo, tokrat za polno nadomestilo zaradi brezposelnosti. Plačilo tega nadomestila je bilo ponovno zavrnjeno. Zoper to odločitev je G. Ruiz Zambrano vložil nadaljnjo tožbo pri Tribunal du travail de Bruxelles (v nadaljevanju: druga tožba). Prva in druga tožba sta predmet postopka v glavni stvari pred predložitvenim sodiščem.

32. V pisnih stališčih belgijska vlada navaja, da je zaradi ukrepov vlade za legalizacijo posebnih položajev nezakonitih priseljencev v državi 30. aprila 2009 G. Ruizu Zambranu izdala začasno in obnovljivo dovoljenje za prebivanje in delovno dovoljenje (tip C). To nima učinka za nazaj in za zaposlitev G. Ruiza Zambrana pri družbi Plastoria v obdobju od 2001 do 2006 še vedno velja, da zanjo ta ni imel delovnega dovoljenja.

Vprašanja za predhodno odločanje

33. V postopku, ki je bil sprožen zoper dve odločitvi državnega urada za zaposlovanje, s katerima je bila zavrnjena prošnja G. Ruiza Zambrana za začasno in polno nadomestilo

zaradi brezposelnosti, je Tribunal du travail de Bruxelles (delovno sodišče v Bruslju) predložilo ta vprašanja za predhodno odločanje:

„1. Ali člene 12 [ES], 17 [ES] in 18 [ES], ali eden od njih, ali več, obravnavani ločeno ali skupaj, podeljujejo državljanu Unije pravico do prebivanja na ozemlju države članice, katere državljanstvo ima, ne glede na to, ali je predhodno izvrševal pravico do gibanja na ozemlju držav članic?

2. Ali je treba člene 12 [ES], 17 [ES] in 18 [ES] v povezavi z določbami členov 21, 24 in 34 Listine o temeljnih pravicah razlagati tako, da kadar je državljan mladoletni otrok, ki ga vzdržuje prednik, državljan tretje države, pravica do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki je brez diskriminacije glede na državljanstvo priznana vsem državljanom Unije, pomeni, da mora biti temu otroku zagotovljena pravica do prebivanja na ozemlju države članice, v kateri prebiva in katere državljanstvo ima, ne glede na to, ali je sam ali prek svojega zakonitega zastopnika predhodno izvajal pravico do gibanja, in tej pravici do prebivanja dodati polni učinek, katerega nujnost je priznala sodna praksa Skupnosti (sodba z dne 19. oktobra 2004 v zadevi Zhu in Chen, C-200/02), tako da se predniku, državljanu tretje države, ki vzdržuje tega otroka ter ima zadostna sredstva in zdravstveno zavarovanje, podeli izvedeno pravico do prebivanja, do katere bi bil ta državljan tretje države upravičen, če bi bil mladoletni otrok, ki ga vzdržuje, državljan Unije, ki nima državljanstva države članice, v kateri prebiva?

3. Ali je treba člene 12 [ES], 17 [ES] in 18 [ES], v povezavi z določbami členov 21, 24 in 34 Listine o temeljnih pravicah razlagati tako, da mora pravica mladoletnega otroka, ki je državljan države članice, do prebivanja na ozemlju, na katerem prebiva, vključevati odobritev oprostitve delovnega dovoljenja predniku, državljanu tretje države, ki tega mladoletnega otroka vzdržuje in ki – če se v notranjem pravu države članice, v kateri prebiva, ne bi zahtevalo delovno dovoljenje – z opravljanjem plačanega dela, iz katerega plačuje prispevke za socialno varnost v tej državi, izpolnjuje pogoja zadostnih sredstev in obstoja zdravstvenega zavarovanja, da bi pravica tega otroka do prebivanja imela polni učinek, ki ga je sodna praksa Skupnosti (sodba z dne 19. oktobra 2004

v zadevi Zhu in Chen, C-200/02) priznala mladoletnemu otroku, evropskemu državljanu, ki ima državljanstvo druge države članice, kot je tista, v kateri prebiva, in ga vzdržuje prednik, državljan tretje države?“

34. Pisna stališča so predložili G. Ruiz Zambrano, belgijska, danska, nemška, grška, irska, nizozemska, avstrijska in poljska vlada ter Komisija.

35. Pooblaščenec G. Ruiza Zambrana in predstavniki belgijske, danske, grške, francoske, irske in nizozemske vlade ter Komisije so bili prisotni na obravnavi 26. januarja 2010 in so podali ustna stališča.

Uvodna vprašanja

36. Nihče od vpletenih v ta predlog za predhodno odločanje ni izrecno izpodbijal njegove dopustnosti. Kljub temu moram na kratko obravnavati dve vprašanji.

37. Prvič, ali imajo predložena vprašanja resnično kakršen koli vpliv na zadevo pred nacionalnim sodiščem.

38. Iz dokumentov v predložitveni odločbi je razvidno, da je G. Ruiz Zambrano izpolnil materialnopravne pogoje za upravičenost do nadomestila za brezposelnost (kot je delo najmanj v obdobju 468 dni v 27 mesecih pred vložitvijo zahtevka, kakor to nalaga člen 30 kraljeve uredbe z dne 25. novembra 1991, in plačilo ustreznih prispevkov za socialno varnost). Glede njegovega zahtevka sta podani dve medsebojno povezani oviri. Prvič, nacionalno pravo določa[10], da je mogoče upoštevati le delo, ki je v skladu z zakonodajo o tujcih in tujih delavcih. Spoštovanje tega pogoja bi pomenilo neupoštevanje zaposlitve G. Ruiza Zambrana za polni delovni čas pri družbi Plastoria v obdobju od 1. oktobra 2001 do 12. oktobra 2006, ker v tem obdobju ni imel delovnega dovoljenja, potrdilo o prijavi prebivališča pa je imel le od 13. septembra 2005 dalje.[11] Drugič, nacionalno pravo določa, da

10 – Člen 43(1), drugi stavek, kraljeve uredbe z dne 25. novembra 1991 in člen 7(14), drugi stavek, uredbe-zakona z dne 28. decembra 1944.

11 – Glej točki 24 in 22 zgoraj.

mora tuji delavec spoštovati zakonodajo glede tujcev, da bi lahko prejel nadomestilo.[12]

39. Celoten zahtevek G. Ruiza Zambrana pred nacionalnim sodiščem je odvisen od tega, ali – glede na to, da je državljan tretje države in oče otrok z belgijskim državljanstvom – (a) je njegov položaj mogoče izenačiti s položajem državljana EU ali pa (b) uživa pravico do prebivanja, izvedeno iz dejstva, da sta njegova otroka poleg tega, da sta belgijska državljana, tudi državljana Unije. Tako možnost (a) kot možnost (b) bi mu zagotovili potrebno materialnopravno pravico do prebivanja po pravu EU;[13] v skladu z možnostjo (a) bi bil tudi oproščen potrebe po delovnem dovoljenju; možnost (b) pa bi mu predvidoma omogočila, da je glede na obvezno analogijo oproščen zahteve po delovnem dovoljenju, kar je v skladu s členom 2(2), točka 2(b), zakona z dne 30. aprila 1999 možnost, ki jo imajo *vzdrževani* predniki belgijskega državljana.

V nasprotnem primeru (kot gre razlogovanje) bi prišlo do povratne diskriminacije belgijskih državljanov, ki niso izkoristili pravice do prostega gibanja po pravu EU, saj ne bi mogli izkoristiti določb o združitvi družine[14], ki omogočajo državljanu EU, ki se je preselil v Belgijo iz druge države članice, in Belgijcu, ki je pred tem izvrševal pravico do prostega gibanja, da se mu pridruži nevzdrževani družinski član, ki je njegov prednik in državljan tretje države.

40. Čeprav se neposredni predmet tožbe pred nacionalnim sodiščem nanaša na zahtevek zaradi nadomestila za brezposelnost po pravu socialne varnosti/delovnem pravu, in ne na upravnopravno vlogo za dovoljenje za prebivanje, je jasno, da nacionalno sodišče ne more odločiti o zadevi, v kateri je začelo postopek, ne da bi vedelo, (a) ali G. Ruiz Zambrano lahko uveljavlja izvedene pravice po pravu EU na podlagi dejstva, da sta njegova otroka kot državljana Unije tudi državljana Unije, in (b) katere pravice bi užival Belgijec, ki se *je* preselil kot državljan Unije v drugo državo članico in nato vrnil v Belgijo (za presojo argumenta povratne diskriminacije

12 – Člen 43(1), prvi stavek, in člen 69(1) kraljeve uredbe z dne 25. novembra 1991 ter člen 7(14), prvi stavek, uredbezakona z dne 28. decembra 1944.

13 – Ustaljena sodna praksa je, da je dovoljenje za prebivanje namenjeno potrditvi pravice do prebivanja, in ne njeni podelitvi: glej sodbi z dne 8. aprila 1976 v zadevi Royer (48/75, Recueil, str. 497, točka 50) in z dne 17. februarja 2005 v zadevi Oulane (C-215/03, ZOdl., str. I-1215, točka 25).

14 – Direktiva Sveta 90/364/EGS z dne 28. junija 1990 o pravici do prebivanja (UL L 180, str. 26), zdaj nadomeščena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic (UL L 158, str. 77, in popravek v UL L 229, str. 35).

in uporabo upoštevnih pravil nacionalnega prava). Poleg tega je nacionalno sodišče podrobno pojasnilo, da se nacionalno pravo[15] sklicuje na pravo EU glede opredelitve, kdo šteje za „družinskega člana“ državljana Unije, z navedbo, da je to pomembno za odločitev o zadevi, ki jo obravnava.[16]

41. Druga zadeva izhaja iz dejstva, da je pooblaščenec G. Ruiza Zambrana obvestil Sodišče, da sta belgijski Conseil d'État in Cour Constitutionnelle nedavno v podobnih okoliščinah odločila, da je bilo zaradi povratne diskriminacije, ki jo ustvarja pravo EU, kršeno ustavno načelo enakopravnosti.[17] Tako je mogoče, da je posledično predmetni predlog postal odvečen. Povedano drugače: ali predložitveno sodišče še vedno potrebuje odgovore na vprašanja glede prava EU, ko že ima navodila po nacionalnem pravu od svojih hierarhično višjih sodišč?

42. Menim, da jih.

43. Preden lahko Tribunal du travail uporabi sodno prakso Conseil d'État in Cour Constitutionnelle, bo moralo ugotoviti, ali položaj povratne diskriminacije dejansko nastane kot posledica vzajemnega delovanja prava EU in nacionalnega prava. Da bi to lahko storilo, potrebuje navodila Sodišča glede pravilne razlage prava EU. V preteklosti je Sodišče že odločilo o predlogih, ki so služili prav temu namenu: olajšati predložitvenemu sodišču primerjavo položaja po pravu EU s položajem po nacionalnem pravu.[18] V mnogo zadevah je odločilo, da mora odločiti, kadar „bi razlaga določb prava Skupnosti [zdaj EU] morebiti lahko koristila nacionalnemu sodišču tudi glede položajev, ki so opredeljeni za povsem notranje, zlasti če bi pravo zadevne države članice določalo, da mora vsak njen državljan uživati enake pravice, kot bi jih imel na podlagi prava Skupnosti [zdaj EU] državljan druge države članice, ki je v položaju, ki ga

15 – Člen 40a zakona z dne 15. decembra 1980 in člen 2 kraljeve uredbe z dne 9. junija 1999.

16 – Glej sodbo z dne 18. oktobra 1990 v združenih zadevah Dzodzi (C-297/88 in C-197/89, Recueil, str. I-3763, točka 42).

17 – Conseil d'État, sodba 193.348 z dne 15. maja 2009 in sodba 196.294 z dne 22. septembra 2009; Cour Constitutionnelle, sodba 174/2009 z dne 3. novembra 2009.

18 – Glej na primer sodbe z dne 5. decembra 2000 v zadevi Guimont (C-448/98, Recueil, str. I-10663, točka 23); z dne 5. marca 2002 v združenih zadevah Reisch in drugi (C-515/99, od C-519/99 do C-524/99 in od C-526/99 do C-540/99, Recueil, str. I-2157, točka 26); z dne 11. septembra 2003 v zadevi Anomar in drugi (C-6/01, Recueil, str. I-8621, točka 41) in z dne 1. aprila 2008 v zadevi Vlada francoske skupnosti in valonska vlada (C-212/06, ZOdl., str. I-1683, točka 29).

navedeno sodišče šteje za primerljivega“.[19] Predstavnik Belgije je na obravnavi res ugotovil, da bi predložitveno sodišče potrebovalo odgovor Sodišča, da bi lahko preučilo, ali je prišlo do povratne diskriminacije, ki jo je povzročilo pravo EU.

44. Iz tega sledi, da bi Sodišče moralo odgovoriti na predložena vprašanja.

Preoblikovanje vprašanj, na katera je treba odgovoriti

45. Vprašanja, ki jih je zastavilo nacionalno sodišče, vključujejo tri sklope argumentov. Ker mogoče niso povsem jasni iz samega besedila predloženih vprašanj, jih je mogoče izpeljati iz bolj podrobne analize iz predložitvene odločbe.

46. Glavna skrb predložitvenega sodišča se nanaša na vprašanje, ali je za uporabo določb Pogodbe o državljanstvu Unije potrebno gibanje. Predložitveno sodišče se dobro zaveda, da se člena 20 PDEU in 21 PDEU pojmovno razlikujeta od prostega gibanja za delavce iz člena 45 PDEU, svobode ustanavljanja iz člena 49 PDEU (ali celo vseh „ekonomskih“ svoboščin, ki izhajajo iz členov 34 PDEU in naslednjih). Vendar kako so določbe o državljanstvu različne?

47. Nacionalno sodišče nato poizveduje po vlogi, ki jo igrajo temeljne pravice (zlasti temeljna pravica do družinskega življenja, kakršno je to razvilo Sodišče v sodbah Carpenter,[20] MRAX[21] ter Zhu in Chen[22]) pri določitvi obsega področja uporabe členov 20 PDEU in 21 PDEU.

48. Nazadnje, nacionalno sodišče sprašuje o funkciji člena 18 PDEU pri varstvu posameznikov pred povratno diskriminacijo, ki jo je ustvarilo pravo EU z določbami o državljanstvu Unije.

19 – V prejšnji opombi navedena sodba Vlada francoske skupnosti in valonska vlada, točka 40.

20 – Sodba z dne 11. julija 2002 (C-60/00, Recueil, str. I-6279).

21 – Sodba z dne 25. julija 2002 (C-459/99, Recueil, str. I-6591).

22 – Sodba z dne 19. oktobra 2004 (C-200/02, ZOdl., str. I-9925). Ker sem preučila nacionalni spis v zadevi Zhu in Chen, bom izkoristila to priložnost za razjasnitev dolgotrajne zmede pri poimenovanju. Catherinina mati je bila rojena Lavette Man Chen. Poročila se je z Guoqingom Zhujem (znan kot Hopkins Zhu) in postala gospa Zhu. Hči tega para je bila Catherine Zhu. Obe, mati in hči, sta imeli priimek Zhu, ko je bila vložena vloga, v zvezi s katero je prišlo do zadeve C-200/02. Sklicevanje na Chen (in iz tega izhajajoča zmeda, katera tožeča stranka je Zhu in katera Chen) izhaja iz preprostega nesporazuma.

49. Zaradi jasnosti in da bi predložitvenemu sodišču posredovali uporabne odgovore, se bom teh treh vprašanj lotila tako.

50. Najprej bom obravnavala vprašanje, ali se lahko Diego in Jessica kot državljana Unije sklicujeta na pravice po členih 20 PDEU in 21 PDEU, čeprav (še) nista zapustila države članice, katere državljana sta, in ali lahko tako G. Ruiz Zambrano uveljavlja izvedeno pravico do prebivanja, da bi ostal v Belgiji in skrbel za svoja otroka („vprašanje 1“). Obravnava tega vprašanja zahteva presojo, ali gre za – kot je bilo izrecno predlagano – „povsem notranji“ položaj ali pa je podana zadostna vez s pravom EU za sklicevanje na pravice iz državljanstva. Zastavlja se tudi vprašanje, ali obsega člen 21 PDEU dve neodvisni pravici – pravico do gibanja *in* samostojno pravico do prebivanja – ali pa podeljuje zgolj pravico do gibanja (in *nato* do prebivanja).

51. Zatem bom obravnavala vprašanje povratne diskriminacije, ki ga nacionalno sodišče večkrat zastavi. Tako bom preučila obseg člena 18 PDEU in si zastavila vprašanje, ali ga je mogoče uporabiti za rešitev primerov povratne diskriminacije, ki so nastali zaradi določb prava EU o državljanstvu Unije („vprašanje 2“). Čeprav je bilo to vprašanje v zadnjih letih obravnavano,[23] še vedno ni razrešeno.

52. Nazadnje bom obravnavala vprašanje temeljnih pravic („vprašanje 3“). Nacionalno sodišče je v predložitveni odločbi zelo jasno izrazilo, da želi navodila o tem, ali je temeljna pravica do spoštovanja družinskega življenja pomembna v tej zadevi, v kateri ne državljan Unije ne njegovi kolumbijski starši niso izvrševali pravice do gibanja zunaj Belgije. To vprašanje sproža osnovnejše vprašanje: kakšen je obseg temeljnih pravic EU? Ali se je nanje mogoče samostojno sklicevati? Oziroma ali mora obstajati neka povezava z drugo, klasično pravico EU?

53. Ker je očitno, da se vprašanje temeljnih pravic pojavlja kot ključen element v vseh treh vprašanjih, bom, preden začnem z njihovo obravnavo, v uvodu preučila, ali je verjetno razmišljanje, da je podano resno tveganje, da bo G. Ruizu Zambranu in njegovi družini po pravu EU kršena temeljna pravica do spoštovanja družinskega življenja.

23 – Glej zlasti moje sklepne predloge v zadevi Vlada francoske skupnosti in valonska vlada (sodba navedena v opombi 18).

Uvod: Položaj družine Ruiz Zambrano in morebitne kršitve temeljne pravice EU do spoštovanja družinskega življenja

54. V sodbi Carpenter[24] je Sodišče priznalo temeljno pravico do spoštovanja družinskega življenja kot del splošnih načel prava EU. Pri tej ugotovitvi se je sklicevalo na sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice („strasbourško sodišče"). V sodbi Boultif[25] je to sodišče odločilo, da je „odstranitev osebe iz države, kjer živijo njeni bližnji družinski člani, poseg v pravico do spoštovanja družinskega življenja, kakršna je ta zagotovljena s členom 8(1) [EKČP]".[26] Definicija „družine" po EKČP je omejena predvsem na jedrno družino,[27] ki očitno vključuje G. Ruiza Zambrana in M. Lopez kot starša Diega in Jessice.

55. Iz ustaljene prakse strasbourškega sodišča prav tako izhaja, da je odtegnitev osebe od njenih družinskih članov dovoljena le, če se izkaže, da je to „nujno v demokratični družbi, to pomeni, če je utemeljeno z nujno socialno potrebo in zlasti če je sorazmerno glede na zastavljeni legitimni cilj".[28] Uporaba člena 8(2) EKČP, ki odstopa od pravice, zagotovljene v členu 8(1) EKČP, vključuje preizkus sorazmernosti, ki upošteva (med drugim) elemente, kot so čas, ko se je družina preselila, dobra vera tožeče stranke, kulturne in družbene razlike države, v katero bodo odpeljani družinski člani, in stopnja njihove integracije v družbo države pogodbenice.[29]

56. Sodišče EU je kljub znatnem sklicevanju na sodno prakso strasbourškega sodišča razvilo lastne razloge. Če povzamem, Sodišče bo priznalo varstvo v naslednjih primerih in/ali ob upoštevanju naslednjih dejavnikov.[30]

24 – Navedena v opombi 20, točka 41; glej tudi zgoraj v opombi 21 navedeno sodbo MRAX, točka 53; sodbe z dne 27. aprila 2006 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-441/02, ZOdl., str. I-3449, točka 109); z dne 14. aprila 2005 v zadevi Komisija proti Španiji (C-157/03, ZOdl., str. I-2911, točka 26); z dne 31. januarja 2006 v zadevi Komisija proti Španiji (C-503/03, ZOdl., str. I-1097, točka 41); z dne 23. septembra 2003 v zadevi Akrich (C-109/01, Recueil, str. I-9607, točki 58 in 59); z dne 27 junija 2006 v zadevi Parlament proti Svetu (C-540/03, ZOdl., str. I-5769, točka 52) in z dne 25. julija 2008 v zadevi Metock in drugi (C-127/08, ZOdl., str. I-6241, točka 79). O temeljni pravici Skupnosti do družinskega življenja in njenem vplivu na državljane tretjih držav glej S. Carrera, *In Search of the Perfect Citizen?*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, str. od 375 do 388.

25 – Sodba z dne 2. avgusta 2001 v zadevi Boultif proti Švici, točke 39, 41 in 46, ECHR 2001-IX.

26 – Glej tudi sodbo z dne 11. julija 2002 v zadevi Amrollahi proti Danski, točke od 33 do 44, neobjavljena.

27 – Sodba z dne 9. oktobra 2003 v zadevi Slivenko proti Latviji, točka 94, ECHR 2003-X.

28 – Glej sodbo z dne 26. septembra 1997 v zadevi Mehemi proti Franciji, točka 34, ECHR 1997-VI, in sodbo z dne 19. februarja 1998 v zadevi Dalia proti Franciji, točka 52, ECHR 1998-I.

29 – Glej sodbo z dne 21. decembra 2001 v zadevi Sen proti Nizozemski, točka 40, neobjavljena.

30 – Glede razlik med sodno prakso Sodišča in sodno prakso strasbourškega sodišča glede člena 8 EKČP glej F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3. izdaja, Pariz, PUF, 2003, str. 510 in 511.

57. Prvič, Sodišče ne zahteva, da je državljan Unije tožeča stranka v postopku v glavni stvari, da bi užival varstvo. Tako je s temeljno pravico do spoštovanja družinskega življenja po pravu EU posredno že zagotovljeno varstvo državljanom tretje države, ki so ožji družinski člani državljana Unije. Ker bi prišlo do posega v pravico državljana Unije do spoštovanja družinskega življenja, uživa varstvo tudi državljan tretje države, ki je bil družinski član in ki je vložil tožbo.[31]

58. Drugič, na temeljno pravico se je mogoče sklicevati tudi, če družinski član, ki mu je naloženo, naj zapusti državo, v tej državi ne prebiva zakonito.[32]

59. Tretjič, Sodišče upošteva, ali družinski član ogroža javni red ali javno varnost (kar bi upravičilo izgon z ozemlja).[33]

60. Četrtič, Sodišče bo sprejelo utemeljitev, ki temelji na zlorabi pravic le, če je država članica predložila jasne dokaze o slabi veri tožeče stranke.[34]

61. Ti in drugi elementi temeljnih pravic, ki so predmet obravnave – pravica do spoštovanja družinskega življenja in pravice otroka – izhajajo iz členov 7 in 24(3) Listine. V upoštevnem obdobju je bila Listina „nezavezujoč" akt in ni zavezovala belgijskih oblasti. Vendar se je Sodišče nanjo že sklicevalo kot na pomožni vir razlage tudi v zadevah, ki so se nanašale na pravico do spoštovanja družinskega življenja.[35] Od začetka veljavnosti Lizbonske pogodbe je Listina pridobila status primarnega prava.[36]

62. Menim, da pomeni odločitev belgijskih organov o izgonu G. Ruiza Zambrana iz Belgije, ki ji je sledila večkratna zavrnitev izdaje

31 – Glej v opombi 20 navedeno sodbo Carpenter. V sodbi Zhu in Chen, navedeni v opombi 22, sta bili uradno vlagateljici hči, ki je otrok (Catherine Zhu, državljanka Unije) in državljanka tretje države (njena mati, L. M. Zhu). Glede na starost Catherine je tožbo dejansko vložila samo njena mati v imenu hčere in v svojem imenu.

32 – Glej v opombi 20 navedeno sodbo Carpenter, točka 44. Po pravu Združenega kraljestva o priseljevanju je bila M. Carpenter „overstayer" (nekdo, ki je imel dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo, vendar je potem ostal po preteku dovoljenja), medtem ko je G. Ruiz Zambrano prosilec za azil, čigar prošnja za azil je bila zavrnjena. Vendar kolikor razumem zadevo, na tej podlagi ni mogoče izpeljati razlik. Iz sodbe Carpenter jasno izhaja, da je bil Secretary of State po nacionalnem pravu upravičen do postopanja proti M. Carpenter, kot so v tej zadevi belgijski organi upravičeni postopati proti G. Ruizu Zambranu.

33 – Glej v opombi 20 navedeno sodbo Carpenter, točka 44.

34 – Glej v opombi 20 navedeno sodbo Carpenter, točka 44; v opombi 22 navedeno sodbo Zhu in Chen, točke od 36 do 41; v opombi 24 navedeno sodbo Akrich, točka 57, in v opombi 24 navedeno sodbo Metock, točka 75.

35 – Glej v opombi 24 navedeno sodbo Parlament proti Svetu, točka 38.

36 – Glej člen 6(1) PEU.

dovoljenja za prebivanje, potencialno kršitev temeljne pravice do spoštovanja družinskega življenja, ki jo imajo njegovi otroci, in do zaščite njihovih pravic, ki jih imajo kot otroci, in tako (ob uporabi sodb Carpenter ter Zhu in Chen) enakovredne pravice G. Ruiza Zambrana kot njihovega očeta do spoštovanja družinskega življenja. Navedla sem „potencialna“, ker je G. Ruiz Zambrano še vedno na ozemlju Belgije. Vendar je očitno, da bi uresničitev odredbe o izgonu povzročila kršitev teh pravic.

63. Enako očitno je, da bi bila kršitev zelo verjetno resna. Če bi bil G. Ruiz Zambrano izgnan, bi bila izgnana tudi njegova žena. Učinek takih ukrepov na otroka bi bil izjemen. Glede na njuno starost otroka v Belgiji ne bi mogla več samostojno živeti. Manjše zlo bi torej morda bilo, da zapustita Belgijo skupaj s svojima staršema. Vendar bi to povzročilo njuno izkoreninjenje iz družbe in kulture, v katerih sta bila rojena in s katerima sta povezana. Čeprav mora na koncu nacionalno sodišče opraviti natančno presojo v posameznem primeru, se zdi primerno nadaljevati na temelju, da bi kršitev zelo verjetno bila pomembna.

64. Drži, da sta bila otroka G. Ruiza Zambrana rojena, ko je bil njegov položaj nezakonit. Vendar iz dokumentacije v predložitveni odločbi izhaja, da se je G. Ruiz Zambrano povsem integriral v belgijsko družbo in ne pomeni grožnje ali nevarnosti. Čeprav mora nacionalno sodišče kot edino, ki odloča o dejstvih, ugotoviti, kar je potrebno v zvezi s tem, se mi zdi, da to stališče podpirajo naslednji elementi.

65. Prvič, G. Ruiz Zambrano je po prihodu v Belgijo redno delal, ustrezno prispeval v belgijski sistem socialne varnosti in ni vložil nobene zahteve za finančno podporo.[37] Drugič, zdi se, da sta on in njegova žena M. López živela običajno družinsko življenje in da njuni otroci zdaj obiskujejo šolo v Belgiji. Tretjič, belgijski organi so bili pripravljeni sprejeti prispevke G. Ruiza Zambrana za socialno varnost v blagajno belgijske države v obdobju petih let, ko je bil zaposlen pri družbi Plastoria – pripravljenost, ki je v nenavadnem protislovju z odporom drugega belgijskega ministrstva,

37 – Naj spomnim, da je nadomestilo za brezposelnost, ki ga zdaj zahteva G. Ruiz Zambrano, nadomestilo, do katerega bi bil upravičen na podlagi preteklih prispevkov, če bi se njegova zaposlitev pri družbi Plastoria od Diegovega rojstva štela v zahtevano obdobje trajanja zaposlitve.

da bi mu izdal dovoljenje za prebivanje.[38] Četrtič, dejstvo, da je generalni komisariat za begunce in osebe brez državljanstva izdal odločbo o *non-refoulement*, kaže, da se G. Ruiz Zambrano in njegova družina ne morejo vrniti v Kolumbijo, ker bi jih to spravilo v veliko nevarnost. Če bi morali zapustiti Belgijo, bi tako morali najti tretjo državo, ki bi jih bila pripravljena sprejeti in s katero bi lahko imeli – ali pa tudi ne – obstoječe vezi. Petič, z izdajo začasnega obnovljivega dovoljenja za prebivanje G. Ruizu Zambranu leta 2009 so belgijski organi potihoma priznali, da njegova navzočnost v Belgiji ne ogroža družbe in da ni pomembnejših razlogov javnega reda, ki bi zahtevali, da takoj zapusti ozemlje.

državo,[39] je verjetno, da bi to pomenilo resno kršitev Diegove temeljne pravice – in tako posredno temeljne pravice G. Ruiza Zambrana – do spoštovanja družinskega življenja po pravu EU.

Vprašanje 1 – Državljanstvo Unije

Uvodne navedbe

66. Zato menim, da če bi belgijski organi do konca izpeljali zavrnitev izdaje dovoljenja za prebivanje G. Ruizu Zambranu po rojstvu njegovega prvega belgijskega otroka (Diega) z izvršitvijo odredbe, ki je bila izdana zoper njega in v skladu s katero bi moral zapustiti

67. Leta 1992 je bilo z Maastrichtsko pogodbo uvedeno evropsko državljanstvo kot nov in dodaten status za vse državljane držav članic. S priznanjem pravice do prostega gibanja in prebivanja na območju držav članic vsakemu državljanu je nova Pogodba pripoznala ključno vlogo posameznikov, *ne glede na to, ali so ekonomsko aktivni* na območju novoustanovljene Unije. Vsak posamezen državljan uživa pravice in ima obveznosti, ki skupaj tvorijo nov status – status, za katerega je Sodišče leta

38 – V zadevi Trojani (sodba z dne 7. septembra 2004, C-456/02, ZOdl., str. I-7573) se zdi, da je imelo dejstvo, da je M. Trojaniju – čeprav mu belgijski organ za socialno varstvo ni priznal plačila *minimexa* – mestna uprava v Bruslju priznala dovoljenje za prebivanje (*permis de séjour*), vpliv na odločitev Sodišča, da se lahko sklicuje na člen 18 ES (zdaj člen 21 PDEU) v povezavi s členom 12 ES (zdaj člen 18 PDEU): glej točko 44 sodbe. Trenutno, začasno in obnovljivo dovoljenje G. Ruiza Zambrana za prebivanje je omejeno s trajanjem pritožbenega postopka pred Conseil d'État. Glej točko 27 zgoraj.

39 – Kolikor razumem zadevo, odredba o izgonu, čeprav je bila zadržana do določitve o njegovi pritožbi pred Conseil d'État, ni bil razveljavljena.

2001 ugotovilo, da je „zasnovan kot temeljni status državljanov držav članic“.[40]

Ali se posameznik lahko sklicuje na pravice, ki izhajajo iz državljanstva Unije, zgolj na podlagi bivanja v državi članici, katere državljanstvo ima?

Gibanje in klasične (ekonomske) pravice do prostega gibanja

68. Posledice te ugotovitve so, po mojem mnenju, tako pomembne in daljnosežne kot tiste glede prejšnjih mejnikov v sodni praksi Sodišča. Resnično menim, da je opis državljanstva Unije, ki ga je podalo Sodišče v sodbi Gryzelczyk, potencialno tako pomemben kot njegova odločilna navedba v sodbi Van Gend en Loos, da „je Skupnost nov pravni red mednarodnega prava, v korist katerega so države članice omejile svoje suverene pravice […], in njeni subjekti niso zgolj države članice, temveč tudi njihovi državljani“.[41]

69. Oguljeno pravilo je, da je za uveljavitev klasičnih ekonomskih pravic, povezanih s štirimi svoboščinami, običajno potrebna neka oblika izvrševanja pravice do gibanja med državami članicami. Celo v tem kontekstu je vendarle treba pripomniti, da je Sodišče sprejelo pomen prepovedi omejevanja ali preprečevanja izvrševanja teh pravic in je bilo nezaupljivo do nacionalnih ukrepov, ki bi lahko učinkovali odvrnitveno na potencialno izvrševanje pravice do prostega gibanja.

70. V sodbi Dassonville[42] je Sodišče znamenito izreklo, da so „vsi trgovinski predpisi držav članic, ki lahko neposredno ali posredno, dejansko ali potencialno ovirajo trgovino znotraj [Unije], ukrepi z enakim učinkom kot količinske omejitve“. Širina te dikcije je omogočila Sodišču, da temeljito preuči diskriminatorne in nediskriminatorne nacionalne

40 – Sodba z dne 20. septembra 2001 v zadevi Grzelczyk (C-184/99, Recueil, str. I-6193, točka 31), ki je bila kasneje potrjena s sodbami z dne 11. julija 2002 v zadevi D'Hoop (C-224/98, Recueil, str. I-6191, točka 28); z dne 17. septembra 2002 v zadevi Baumbast in R (C-413/99, Recueil, str. I-7091, točka 82); z dne 29. aprila 2004 v združenih zadevah Orfanopoulos in Oliveri (C-482/01 in C-493/01, Recueil, str. I-5257, točka 65); z dne 2. oktobra 2003 v zadevi García Avello (C-148/02, Recueil, str. I-11613, točka 22); sodbo Zhu in Chen, navedeno v opombi 22, točka 25, ter s sodbami z dne 29. aprila 2004 v zadevi Pusa (C-224/02, Recueil, str. I-5763, točka 16); z dne 7. julija 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-147/03, ZOdl., str. I-5969, točka 45); z dne 15. marca 2005 v zadevi Bidar (C-209/03, ZOdl., str. I-2119, točka 31); z dne 12. julija 2005 v zadevi Schempp (C-403/03, ZOdl., str. I-6421, točka 15); z dne 12. septembra 2006 v zadevi Španija proti Združenemu kraljestvu (C-145/04, ZOdl., str. I-7917, točka 74); z dne 7. junija 2007 v zadevi Komisija proti Nizozemski (C-50/06, ZOdl., str. I-4383, točka 32), in z dne 16. decembra 2008 v zadevi Huber (C-524/06, ZOdl., str. I-9705, točka 69).

41 – Sodba z dne 5. februarja 1963 v zadevi Van Gend en Loos (26/62, Recueil, str. 12). V sodbi Van Gend en Loos je Sodišče navedlo, da so države članice omejile svoje suverene pravice, „četudi na omejenih področjih“. Ko je bila izjava iz sodbe Van Gend en Loos ponovljena v sklepnih predlogih 2/94, drugi del tega stavka ni bil ohranjen.

42 – Sodba z dne 11. julija 1974 (8/74, Recueil, str. 837, točka 5).

ukrepe tudi, kadar ni bilo pretoka blaga.[43] Negativen učinek nacionalnega ukrepa lahko zadošča za uporabo zdaj člena 34 PDEU (prej člen 28 ES). Tako je v sodbi Carbonati[44] Sodišče, ki je sledilo generalnemu pravobranilcu M. Poiaresu Maduru, ugotovilo, da dajatev, naložena na blago znotraj posamezne države članice, krši Pogodbo.[45] Sodišče je izrecno navedlo, da je v členu 26(2) PDEU (prej člen 14(2) ES) notranji trg opredeljen kot „območje brez notranjih meja, na katerem je […] zagotovljen prosti pretok blaga, oseb, storitev in kapitala“, ne da bi se pri tem razlikovalo „med meddržavnimi mejami in mejami znotraj države“.[46]

71. Podoben preizkus je bil razširjen na prosto gibanje oseb in svobodno opravljanje storitev v sodbi Säger[47], v kateri je Sodišče pojasnilo, da člen 59 EGS (zdaj člen 56 PDEU) zahteva „ne […] samo odpravo vsakršne diskriminacije ponudnika storitev s sedežem v drugi državi članici zaradi njegovega državljanstva, ampak tudi odpravo vsakršne omejitve, tudi če se ta uporablja brez razlikovanja za nacionalne ponudnike in ponudnike iz drugih držav članic, če prepoveduje, ovira ali zmanjšuje privlačnost dejavnosti ponudnika s sedežem v drugi državi članici, v kateri ta zakonito opravlja podobne storitve“.[48] Tako razlogovanje je bilo sklenjeno v sodbi Kraus[49], v kateri je Sodišče odločilo, da sodijo na področje prava Skupnosti tudi ukrepi, „ki omejujejo ali odvračajo od izvrševanja s Pogodbo zagotovljenih temeljnih svoboščin s strani državljanov [EU], vključno s tistimi iz države članice, ki je sprejela ukrep“.[50]

72. Tako je zdaj ustaljena sodna praksa, da se oseba, katere sposobnost gibanja znotraj EU je „omejena“ ali je „od nje odvrnjena“ tudi

43 – Glej med drugim sodbe z dne 12. marca 1987 v zadevi Komisija proti Nemčiji (178/84, Recueil, str. 1227, točka 27); z dne 23. septembra 2003 v zadevi Komisija proti Danski (C-192/01, Recueil, str. I-9693, točka 39); z dne 11. decembra 2003 v zadevi Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, str. I-14887, točka 66); z dne 19. junija 2003 v zadevi Komisija proti Italiji (C-420/01, Recueil, str. I-6445, točka 25) in z dne 5. februarja 2004 v zadevi Komisija proti Franciji (C-24/00, Recueil, str. I-1277, točka 22).

44 – Sodba z dne 9. septembra 2004 (C-72/03, ZOdl., str. I-8027).

45 – Generalni pravobranilec je odkrito opisal naravo zadevnih ukrepov v zadevah, kot je Carbonati, in priznal, da „diskriminacije ne povzroča niti nacionalna zakonodaja niti pravo EU. Je rezultat delne uporabe prava EU v zvezi s sporno nacionalno zakonodajo. Čeprav ni bila namerna ali predvidena, je ta položaj neizogibna posledica uporabe prava EU. Čeprav v bistvu sodi v področje uporabe nacionalnega prava, je ta položaj ravno tako ‚preostali‘ položaj z vidika prava EU. Kot posledica učinkov, ki jih je prostovoljno ali neprostovoljno ustvarila, postane pravo EU eden od sestavnih delov položaja“ (točka 62).

46 – V opombi 44 navedena sodba Carbonati, točka 23.

47 – Sodba z dne 25. julija 1991 (C-76/90, Recueil, str. I-4221).

48 – Sodba Säger, točka 12.

49 – Sodba z dne 31. marca 1993 (C-19/92, Recueil, str. I-1663, točki 28 in 32).

50 – Sodba Kraus, točka 32. Glej tudi zlasti sodbo z dne 7. julija 1992 v zadevi Singh (C-370/90, Recueil, str. I-4265, točka 23), kjer je bila sodna praksa uporabljena za družinsko celico moža in žene.

s strani države članice državljanstva, lahko sklicuje na pravice po Pogodbi.[51]

73. Sodišče je v resnici že priznalo zmanjšanje pomena pogoja, da je za izvrševanje pravic potreben dejanski fizični premik čez mejo. Tako je v sodbi Alpine Investments[52] ugotovilo, da sodi prepoved telefonskega klicanja potencialnih strank v drugo državo članico na področje določb Pogodbe o prostem opravljanju storitev, čeprav fizično gibanje ni bilo prisotno. V sodbi Carpenter[53] je Sodišče ugotovilo, da pravo EU odločilno vpliva na končni izid izpodbijanja odločbe o izgonu, ki jo je izdal organ Združenega kraljestva proti državljanki Filipinov. Podlaga za sklicevanje na pravo EU je bilo dejstvo, da je mož M. Carpenter, britanski državljan, občasno potoval v druge države članice zaradi prodaje oglasnega prostora v britanski reviji. Sodišče je sprejelo argument, da je bilo možu M. Carpenter olajšano izvrševanje pravice do svobodnega opravljanja storitev, ker je ona skrbela za njegove otroke iz prvega zakona. Sodišče je tako ugotovilo, da bi izgon M. Carpenter omejil pravico njenega moža do svobodnega opravljanja storitev in njegovo pravico do spoštovanja družinskega življenja.[54]

74. V novejši sodbi Metock[55] je Sodišče ugotovilo, da je predhodno izvrševanje pravice do prostega gibanja s strani H. E. Metock, Kamerunke, ki je kasneje pridobila britansko državljanstvo in je že živela in delala na Irskem, ko se je poročila z možem (prav tako Kameruncem, ki ga je 12 let prej srečala v tej državi), zadoščalo za njegovo pridobitev izvedene pravice do prebivanja na Irskem, čeprav ni izpolnil pogoja po nacionalnem pravu, da bi moral pred prihodom na Irsko zakonito prebivati v drugi državi članici.[56]

Gibanje in državljanstvo Unije

75. V več zadevah v zvezi z državljanstvom je podan jasno opredeljiv čezmejni element, ki gre vzporedno z izvrševanjem klasičnih ekonomskih pravic do prostega gibanja. Tako

51 – Glej med drugim sodbe z dne 30. novembra 1995 v zadevi Gebhard (C-55/94, Recueil, str. I-4165, točka 37); z dne 9. septembra 2003 v zadevi Burbaud (C-285/01, Recueil, str. I-8219, točka 95); z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Komisija proti Nizozemski (C-299/02, ZOdl., str. I-9761, točka 15); z dne 26. maja 2005 v zadevi Allard (C-249/04, ZOdl., str. I-4535, točka 32) in z dne 17. julija 2008 v zadevi Komisija proti Franciji (C-389/05, ZOdl., str. I-5337, točka 56).

52 – Sodba z dne 10. maja 1995 (C-384/93, Recueil, str. I-1141).

53 – Navedena v opombi 20.

54 – V opombi 20 navedena sodba Carpenter, točka 39.

55 – Navedena v opombi 24.

56 – V opombi 24 navedena sodba Metock, točka 58.

sta bila v zadevi Bickel in Franz[57] obdolženca avstrijski in nemški državljan, zoper katera je bil sprožen kazenski postopek v italijanski regiji Trentino-Zgornje Poadižje (bivša Južna Tirolska) in ki sta upala, da jima bo sojeno v nemščini namesto v italijanščini. V sodbi Martínez Sala[58] je bila tožeča stranka španski državljan, ki se je preselil v Nemčijo. V sodbi Bidar[59] se je Dany Bidar preselil iz Francije v Združeno kraljestvo, kjer je zaradi dokončanja šolanja po smrti matere bival pri babici, preden je zaprosil za študentsko posojilo zaradi financiranja univerzitetnega študija.

76. Poleg tega, kadar so se državljani države članice sklicevali na pravice, ki izhajajo iz državljanstva Unije, proti lastni državi članici, je običajno pred tem prišlo do nekega gibanja iz te države članice, ki mu je sledil povratek. V sodbi D'Hoop[60] se je M.-N. D'Hoop preselila iz Belgije v Francijo, kjer je končala šolanje in se nato vrnila v Belgijo, kjer je zaprosila za nadomestilo za začasno brezposelne, ki je namenjeno mladim, ki so ravno končali šolanje in iščejo prvo zaposlitev. V sodbi Grunkin in Paul[61] je L. M. Grunkin Paul potoval med Dansko (kjer je bil rojen, kjer je živel in se šolal) in Nemčijo (državo, katere državljan je), da bi tam preživel čas z očetom, ki je bil ločen. Njegov nemški potni list je moral biti izdan na ime, ki mu je bilo zakonito dodeljeno na Danskem, in ne na drugo ime.

77. Kljub temu menim, da izvrševanje pravic, ki so izvedene iz državljanstva Unije, ni vedno nujno prepleteno in povezano s fizičnim gibanjem. Že je mogoče najti zadeve v zvezi z državljanstvom, v katerih je element dejanskega gibanja komaj zaznaven ali odkrito rečeno neobstoječ.

78. V sodbi García Avello[62] sta bila starša španska državljana, ki sta se preselila v Belgijo, medtem ko sta bila njuna otroka, Esmeralda in Diego (ki sta imela dvojno – špansko in belgijsko – državljanstvo in katerih sporni priimek je bil predmet postopka), rojena v Belgiji in se, kolikor je mogoče razbrati iz poročila o zadevi, nista nikoli preselila tja. V sodbi Zhu in Chen[63] je bila C. Zhu rojena v enem delu Združenega kraljestva (na Severnem Irskem) in se je gibala zgolj *znotraj* Združenega kraljestva (šla je v Anglijo). Zakoni, ki so tedaj podeljevali irsko državljanstvo vsakomur, ki

57 – Sodba z dne 24. novembra 1998 (C-274/96, Recueil, str. I-7637).

58 – Sodba z dne 12. maja 1998 (C-85/96, Recueil, str. I-2591).

59 – Navedena v opombi 40.

60 – Navedena v opombi 40.

61 – Sodba z dne 14. oktobra 2008 (C-353/06, ZOdl., str. I-7639).

62 – Navedena v opombi 40.

63 – Navedena v opombi 22.

je bil rojen na otoku Irska (vključno na Severnem Irskem), skupaj z dobrim pravnim nasvetom, so ji omogočili sklicevanje na državljanstvo Unije za vzpostavitev pravice do prebivanja v Združenem kraljestvu zanjo in za njeno kitajsko mater, saj bi bilo v nasprotnem primeru njej kot majhnemu otroku onemogočeno učinkovito izvrševanje pravic državljana Unije. V sodbi Rottmann[64] je J. Rottmann ključno državljanstvo (nemško državljanstvo, pridobljeno z naturalizacijo, in ne predhodnega avstrijskega državljanstva, pridobljenega z rojstvom) pridobil potem, ko se je iz Avstrije preselil v Nemčijo. Vendar sodba ne upošteva tega predhodnega gibanja in upošteva izključno *prihodnje* učinke, zaradi katerih bi zaradi odvzema nemškega državljanstva J. Rottmann postal oseba brez državljanstva. (To novejšo pomembno sodbo bom podrobneje obravnavala pozneje.)[65]

79. Po preučitvi različnih pravic, ki jih Pogodba podeljuje državljanom Unije, je jasno, da se je na nekatere – zlasti na aktivno in pasivno volilno pravico na občinskih volitvah in volitvah v Evropski parlament – mogoče sklicevati le v državi članici, ki ni država članica, katere državljan je zadevna oseba.[66] Druge – pravico do peticij na Evropski parlament v skladu s členom 227 PDEU in pravico do prijave varuhu človekovih pravic v skladu s členom 228 PDEU – je kot kaže mogoče izvrševati brez geografskih omejitev.[67] Pravico do diplomatske in konzularne zaščite po členu 23 PDEU (prej člen 20 ES) je mogoče izvrševati v kateri koli tretji državi, v kateri država članica, katere državljan je ta oseba, ni zastopana.

80. Za predvidoma „ključno“ pravico –„pravico do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic“[68] – je to težje določiti. Je to sestavljena pravica (pravica do „gibanja-in-prebivanja“)? Je to pravica, ki je sestavljena iz zaporednih faz („pravica do gibanja in – zaradi gibanja v nekem trenutku v preteklosti – do prebivanja“)? Ali gre za dve neodvisni

64 – Sodba z dne 2. marca 2010 (C-135/08, ZOdl., str. I-1449).

65 – Glej točko 93 in naslednje spodaj.

66 – Glej člen 22 PDEU (prej člen 19 ES), ki izrecno določa „prebiva v državi članici, nima pa njenega državljanstva“, in člen 20(2)(b) PDEU (prej člen 17 ES), ki se nanaša na državljane Unije, ki izvršujejo te pravice „v državi članici, kjer prebivajo, pod enakimi pogoji kot državljani te države“.

67 – Obe pravici ureja člen 24 PDEU (prej člen 21 ES). Po tem členu bi državljan Unije lahko tudi (predvidoma) pisal kateri koli instituciji od koder koli po svetu, če bi spoštoval jezikovni sistem in imel pravico do prejetja odgovora. Tako bi (na primer) otroka G. Ruiza Zambrana lahko pisala eni od institucij v španskem jeziku iz vsake tretje države in iz vsake države članice in imela pravico do odgovora.

68 – Kakor je določena v členu 20(2)(a) PDEU (prej člen 17 ES) in v členu 21(1) PDEU (prej člen 18(1) ES).

pravici („pravica do gibanja“ *in* „pravica do prebivanja“)?

Vpliv temeljnih pravic

81. Kaj naj Sodišče stori v primeru izbire med omejitvijo razlage „pravice do prostega gibanja in bivanja na območju držav članic“, ki izhaja iz členov 20(2)(a) PDEU in 21(1) PDEU, na položaje, ko se je državljan EU najprej preselil v drugo državo članico, in ugotovitvijo, da je mogoče pojma „gibati“ in „prebivati“ brati ločeno, tako da državljanu EU ni onemogočeno sklicevanje na te pravice, kadar prebiva (brez predhodnega gibanja) v državi članici, katere državljan je?

82. Na tej točki se je treba vrniti na vprašanje varstva temeljnih pravic znotraj pravnega reda EU.

83. Pomen temeljnih pravic v klasičnem kontekstu prostega gibanja je najbolj nazorno prikazal generalni pravobranilec F. G. Jacobs v zadevi Konstantinidis,[69] ki se je nanašala na grškega masažnega delavca, ki je delal v Nemčiji in ki je zatrjeval, da uradna transkripcija njegovega imena v latinico krši njegove pravice po pravu EU. Pristop generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa k obstoječi sodni praksi Wachauf je imel daljnosežne posledice. Sodba Konstantinidis ni bila več zadeva o diskriminaciji glede na državljanstvo, temveč je postala zadeva o temeljni pravici do osebne identitete. Priznanje pravice tožeče stranke (kot je storilo Sodišče v sodbi) kaže na sprejetje postavke, da *je* državljan EU, ki gre v drugo državo članico, upravičen domnevati: „kamorkoli v EU gre zaradi zaslužka, bo obravnavan v skladu s skupnim kodeksom temeljnih vrednot […] Z drugimi besedami, upravičen je reči ‚civis europeus sum‘ in se sklicevati na ta status zaradi nasprotovanja kakršnikoli kršitvi njegovih temeljnih svoboščin“.[70] Državljan Unije, ki izvršuje pravico do gibanja, se lahko sklicuje na celoten niz temeljnih pravic, ki so varovane po pravu EU (ne glede na to, ali so povezane z ekonomsko dejavnostjo, zaradi katere se giba med dvema državama članicama). Če ne bi bilo tako, bi bil lahko odvrnjen od izvrševanja teh pravic do prostega gibanja.

84. Bilo bi (vsaj) paradoksalno, če bi se državljan Unije lahko skliceval na temeljne pravice

69 – Sodba z dne 30. marca 1993 (C-168/91, Recueil, str. I-1191).

70 – Točka 46 sklepnih predlogov v zadevi Konstantinidis (sodba navedena v prejšnji opombi).

po pravu EU pri izvrševanju ekonomske pravice do prostega gibanja kot delavec, ali ko bi nacionalno pravo prišlo na področje uporabe Pogodbe (na primer, določbe o enakovrednem plačilu) ali pri sklicevanju na sekundarno zakonodajo EU (kot je direktiva o storitvah), vendar se na njih ne bi mogel sklicevati, ko bi zgolj „prebival“ v tej državi članici. Če za potrebe ponazoritve odmislimo kakršno koli zaščito, ki izhaja iz nacionalnega pravnega reda zaradi sklicevanja na člen 8 EKČP, predpostavimo (kar je precej neverjetno), da nacionalna določba v državi članici A zagotavlja večje varstvo za svobodo verskega izražanja samo osebam, ki so živele v državi neprekinjeno v obdobju 20 let. Državljan države članice A (kot je Marie-Nathalie D'Hoop), ki je v preteklosti izvrševal pravice do prostega gibanja tako, da je šel v sosednjo državo članico B in se je zgolj nedavno vrnil v državo članico A, bi se lahko skliceval na svoje temeljne pravice zoper državo članico, katere državljan je, v kontekstu svojega državljanstva Unije (s sklicevanjem na člen 9 EKČP in na člen 10 Listine). Bi 18-letni državljan Unije, ki je državljan države članice B, vendar je bil rojen in je vedno živel v državi članici A, lahko storil enako? (V izpodbijanem nacionalnem pravilu ni diskriminacije, ki bi posredno ali neposredno temeljila na državljanstvu, zato se na člen 18 PDEU (prej člen 12 ES) ni mogoče sklicevati.) Ob upoštevanju sodbe Garcia Avello je odgovor zagotovo „da“, vendar ta odgovor pomeni, da je „pravica do prebivanja“ samostojna pravica, in ne pravica, ki je z nekakšno pravno popkovino povezana s pravico do gibanja. Kaj pa, nazadnje, (in tukaj napovedujem razpravo o povratni diskriminaciji) 18-letni državljan Unije, ki je državljan države članice A in tam tudi prebiva ter še ne more pokazati neke povezave s pravom EU, ki je nastala bodisi naključno ali namenoma (na primer, ker je odpotoval v državo članico B na šolski izlet)?

85. V tem okviru se vračam na obstoječo sodno prakso Sodišča o državljanstvu.

86. Če vztrajamo, da je predpostavka, da pride do fizičnega gibanja v državo članico, ki ni država članica državljanstva, nujno potrebna, da bi se bilo mogoče na podlagi državljansta Unije sklicevati na pravice do prebivanja, tvegamo rezultat, ki bo nenavaden in nelogičen. Recimo, da bi prijazen sosed peljal Diega in Jessico na en ali dva obiska v park Astérix

v Parizu ali na obalo v Bretanji.[71] V tem primeru bi prejela storitve v drugi državi članici. Če bi uveljavljala pravice, ki izhajajo iz njunega „gibanja“, ne bi bilo mogoče trditi, da je njun položaj „povsem notranji“ položaj Belgije.[72] Bi en obisk zadoščal? Dva? Več? Ali bi bil celodnevni izlet dovolj ali bi morala eno ali dve noči ostali v Franciji?

87. Če bi družina, ker ji je bilo naloženo, da zapusti Belgijo in tako Evropsko unijo, poiskala zatočišče na primer v Argentini, bi lahko Diego in Jessica kot državljana EU zahtevala diplomatsko in konzularno varstvo od misij drugih držav članic v tej tretji državi. Lahko bi zahtevala dostop do dokumentov in lahko bi pisala varuhu človekovih pravic. Kljub temu pa se ob tej predpostavki ne bi mogla sklicevati na svoje pravice – ki jih imata kot državljana Unije – do nadaljnjega prebivanja v Belgiji.

88. Težko se je znebiti neprijetnega občutka ob takem izidu. Zdi se, da bi bilo izvrševanje pravic iz državljanstva EU bolj podvrženo loteriji kot logiki.

71 – Jasno je, da otrokovi starši niso mogli resno razmišljati o tem, da bi odšli na tako odpravo in tvegali, da ne bi mogli več vstopiti v Belgijo.

72 – Sodba z dne 2. februarja 1989 v zadevi Cowan (186/87, Recueil, str. 195, točka 15).

89. Ali bi bilo nujno treba vzpostaviti temeljito razširitev sodne prakse glede državljanstva, da bi v predmetni zadevi lahko ugotovili, da so bile pravice otrok G. Ruiza Zambrana kot državljanov Unije upoštevne – čeprav še nista odpotovala iz države članice, katere državljana sta – in (če to drži) da bi lahko nadaljevali s presojo, ali lahko ta uveljavlja izvedeno pravico do prebivanja?

90. Menim, da ni potreben posebej velik korak.

Ali je to povsem notranji položaj?

91. V tem postopku so države članice, ki so predložile stališča, soglasno zatrjevale, da je položaj G. Ruiza Zambrana „povsem notranji“ položaj Belgije in da se zato določbe prava EU, vključno s temi, ki so vezane na državljanstvo Unije, ne uporabljajo. Komisija je zatrjevala podobno. Vse bolj ali manj kažejo na možnost zaščite, ki bi jo G. Ruiz Zambrano in njegova družina po nacionalnem pravu ali po EKČP imela, in z različno stopnjo vztrajnosti

pozivajo Sodišče, naj ne razmišlja o možnosti uporabe določb o pravicah iz državljanstva.

92. Z njimi se ne strinjam.

93. Treba je omeniti, da sta v zadevi Rottmann Nemčija (država članica J. Rottmanna na podlagi naturalizacije) in Avstrija (njegova izvorna država članica) ob podpori Komisije zatrjevali, da je bil „[J. Rottmann] ob sprejetju sklepa o odvzemu [njegovega] državljanstva nemški državljan, ki je stalno prebival v Nemčiji in na katerega je bil naslovljen upravni akt nemškega organa […]. [G]re torej za *povsem notranji položaj*, ki nikakor ni povezan s pravom Unije, ker se ta ne uporabi zgolj zaradi dejstva, da je država članica sprejela ukrep glede enega od svojih državljanov. Okoliščina, da je v položaju, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, *zainteresirana oseba uporabila pravico do prostega gibanja pred pridobitvijo državljanstva, ne pomeni čezmejnega elementa*, ki bi bil pomemben za odvzem navedenega državljanstva“.[73]

94. Pri obravnavi tega argumenta je Sodišče sprejelo poziv, naj ne upošteva predhodnega izvrševanja pravice J. Rottmanna do prostega gibanja (iz Avstrije v Nemčijo) in se ozrlo v prihodnost namesto v preteklost. Zelo jasno je izpostavilo, da čeprav sta priznanje in odvzem državljanstva v pristojnosti držav članic, morajo v primerih, ki sodijo na področje prava EU, zadevna nacionalna pravila to pravo upoštevati. Sodišče je sklenilo, da „položaj državljana Unije, ki se […] sooča s sklepom o odvzemu državljanstva […], zaradi katerega je […] v *položaju, ki lahko povzroči izgubo statusa*, ki ga daje člen [20 PDEU], in *s tem povezanih pravic*, po *svoji naravi in posledicah* spada v pravo Unije“.[74]

95. Menim, da je razlogovanje Sodišča v sodbi Rottmann v povezavi z njegovo prej izrečeno sodbo Zhu in Chen mogoče brez težav prenesti na obravnavano zadevo. Tukaj je priznanje belgijskega državljanstva otrokoma G. Ruiza Zambrana, Diegu in Jesicci, zadeva, ki sodi v pristojnost te države članice. Vendar sta otroka, ko je bilo državljanstvo priznano, postala državljana Unije in sta postala upravičena do izvrševanja pravic, ki jima pripadajo kot takima državljanoma, skupaj s pravicami, ki jih imata kot belgijska državljana. Otroka se še nista gibala zunaj države članice. Tako kot se po naturalizaciji ni J. Rottmann. Če starša

73 – V opombi 64 navedena sodba Rottmann, točka 38, moj poudarek.

74 – Sodba Rottmann, točka 42, moj poudarek.

nimata izvedene pravice do prebivanja in morata zapustiti Belgijo, bosta morala otroka po vsej verjetnosti oditi z njima. To bi se v praksi Diego in Jesicca znašla „v položaju, ki lahko povzroči izgubo statusa, ki ga daje [državljanstvo Unije], in s tem povezanih pravic". Iz tega izhaja – tako kot za J. Rottmanna – da *položaj otrok* „po svoji naravi in posledicah spada v pravo Unije".

96. Poleg tega Diego in Jessica tako kot C. Zhu ne moreta popolnoma in učinkovito izvrševati svojih pravic kot državljana Unije (zlasti pravic do gibanja in prebivanja v kateri koli državi članici) brez prisotnosti in podpore svojih staršev. Ob uporabi enake povezave, ki jo je uporabilo Sodišče v sodbi Zhu in Chen (ki je otroku omogočila učinkovito izvrševanje njegovih pravic iz državljanstva), posledično izhaja, da *položaj G. Ruiza Zambrana* prav tako ni „povsem notranji" položaj države članice. Tudi ta spada na področje uporabe prava EU.

97. Iz tega tako sledi (kot v sodbi Rottmann), da mora „v teh okoliščinah […] Sodišče odločiti o vprašanjih, ki jih je predložilo nacionalno sodišče", oziroma – če v bistvu navedem enako na drugačen način – da dejansko stanje v tej zadevi *ni* povsem notranji položaj brez kakršne koli povezave s pravom EU. Pri tem bo – tako predlagam – moralo odločiti o naslednjih vprašanjih: (a) Ali je verjetno, da bo prišlo do posega v pravico otrok G. Ruiza Zambrana, ki jo imata kot državljana Unije, namreč pravico do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic? (b) Če je tak poseg podan, ali je načeloma dovoljen? (c) Če je načeloma dovoljen, ali je kljub temu omejen (na primer s sorazmernostjo)?

Ali je prišlo do posega?

98. Otroka G. Ruiza Zambrana imata kot državljana Unije brez dvoma „pravico do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic". Teoretično to pravico lahko izvršujeta. V praksi pa je zaradi svoje starosti ne moreta izvrševati neodvisno od svojih staršev.

99. Če G. Ruiz Zambrano ne more uživati izvedene pravice do prebivanja v Belgiji (vprašanje, od katerega je odvisna njegova upravičenost do nadomestila za brezposelnost), potem bo prej ali slej moral zapustiti državo članico, katere državljanstvo imata

njegova otroka. Glede na njuno starost (in če seveda morebiten odhod ne bo toliko odložen, da bosta otroka dosegla polnoletnost) bosta otroka morala oditi z njim.[75] Tako ne bosta mogla izvrševati svoje pravice do gibanja in prebivanja na ozemlju Evropske unije. Podobnosti z zadevo Rottmann so očitne. Pravice J. Rottmanna kot državljana Unije so bile resno ogrožene, ker zaradi odvzema državljanstva v Nemčiji ne bi mogel izvrševati teh pravic *ratione personae*. V tej zadevi se otroka G. Ruiza Zambrana soočata s podobno grožnjo svojim pravicam *ratione loci*. Da bi se lahko gibala med državami članicami ali prebivala v kateri koli državi članici, jima mora biti omogočeno, da fizično ostaneta na ozemlju Evropske unije.[76]

100. Kot smo videli (najbolj očitno v sodbah Garcia Avello, Zhu in Chen ter Rottmann), obstoječa sodna praksa že omogoča sklicevanje na pravice iz državljanstva neodvisno od predhodnega gibanja državljana EU čez mejo. Zdi se mi, da bi Sodišče v primeru, da bi tožeča(e) stranka(e) v prvih dveh zadevah *morala(e)* zatrjevati samostojno pravico do prebivanja pred organi zadevnih držav članic (španska državljana v Belgiji, irska državljanka v Združenem kraljestvu), zagotovo priznalo to pravico. V sodbi Rottmann je Sodišče že naredilo korak naprej z zaščito prihodnjih pravic iz državljanstva nemškega državljana, ki prebiva v Nemčiji. Glede na navedeno bi bilo nenaravno, če ne bi odkrito priznali, da (čeprav je v praksi pravica do prebivanja v veliki večini primerov verjetno izvršena po izvršitvi pravice do gibanja) člen 21 PDEU vsebuje ločeno pravico do prebivanja, ki je neodvisna od pravice do prostega gibanja.

101. V skladu s tem predlagam, da Sodišče zdaj prizna obstoj samostojne pravice do prebivanja.

102. Iz razlogov, ki sem jih že obravnavala, Diego in Jessica ne moreta izvrševati take pravice do prebivanja brez podpore svojih staršev. Tako ugotavljam, da v okoliščinah te zadeve zavrnitev priznanja izvedene pravice do prebivanja G. Ruizu Zambranu lahko potencialno pomeni poseg v pravico do prebivanja, ki jo imata Diego in Jessica kot državljana Unije.

103. Dodajam, da bi tudi, če Sodišče ne bi bilo naklonjeno priznanju, da člen 21 PDEU podeljuje samostojno pravico do prebivanja,

75 – Glej točki 86 in 87 zgoraj, kjer je obravnavan vpliv na pravico do spoštovanja družinskega življenja.

76 – Seveda je teoretično mogoče, da bi bila druga država članica pripravljena sprejeti družino. V tem primeru bi Diego in Jessica še vedno lahko izvrševala svoje pravice kot državljana Unije, vsaj v določeni meri.

še vedno ugotovila, da je v okoliščinah te zadeve potencialen poseg v pravico Diega in Jessice do gibanja in prebivanja na ozemlju Unije dovolj podoben tistemu, ki je zadeval C. Zhu (ki ni nikoli prebivala v Irski republiki in ni nikoli zapustila ozemlje Združenega kraljestva), da je njun položaj mogoče izenačiti z njenim.

Ali je poseg mogoče upravičiti?

104. Začenjam z preudarkom, da je G. Ruiz Zambrano z odločitvijo, da ne bo podal izrecne izjave, naj njegova otroka postaneta kolumbijska državljana, in se namesto tega odločil, da pridobita državljanstvo države članice EU, v kateri sta bila rojena, izkoristil možnost, ki jo je imel na voljo po zakonu. V tem pogledu je njegovo ravnanje mogoče upravičeno primerjati z ravnanjem G. in M. L. Zhu. Sodišče je jasno navedlo, da ni nič narobe s tem, da nekdo izkoristi možnost, ki mu je pravno dana, in da je treba to jasno ločiti od zlorabe pravic.[77] Od časa nastanka dejanskega stanja v tej zadevi je bil belgijski zakon o državljanstvu spremenjen[78] in oseba v položaju G. Ruiza Zambrana se ne bi mogla več odločiti, da svojih otrok ne bo prijavila pri diplomatskem in konzularnem predstavništvu svoje države zato, da bi zagotovila, da bodo prejeli belgijsko državljanstvo. Vendar v relevantnem času z njegovim ravnanjem ni bilo nič narobe.

105. Pomembno je, da se to dejstvo upošteva, zlasti v povezavi s kakršnim koli argumentom „odpiranja vrat“. Države članice imajo nadzor nad tem, kdo lahko postane njihov državljan.[79] V zvezi s tem Sodišče obravnava izključno pravice, na katere se te osebe lahko sklicujejo, *potem ko postanejo državljani države članice*, prek hkratne pridobitve državljanstva Unije.

106. Tako v sodbi Kaur[80] M. Kaur ni bilo mogoče „odvzeti“ pravic, ki izvirajo iz njenega statusa državljanke Unije, ker ni ustrezala

77 – Glej v opombi 24 navedeno sodbo Akrich, točke od 55 do 57 (glede pravic po pravu EU) in v opombi 22 navedeno sodbo Zhu in Chen, točka 36 (glede pravic, ki so bile prvotno izvedene iz nacionalnega prava).

78 – Irsko pravo o državljanstvu je bilo podobno spremenjeno (tukaj, *po* sodbi Sodišča v zadevi Zhu in Chen) z irskim zakonom o narodnosti in državljanstvu iz leta 2004.

79 – Glej sodbe z dne 7. julija 1992 v zadevi Micheletti in drugi (C-369/90, Recueil, str. I-4239, točka 10); z dne 11. novembra 1999 v zadevi Mesbah (C-179/98, Recueil, str. I-7955, točka 29); z dne 20. februarja 2001 v zadevi Kaur (C-192/99, Recueil, str. I-1237, točka 19) in v opombi 22 navedeno sodbo Zhu in Chen, točka 37.

80 – Navedena v prejšnji opombi.

opredelitvi državljana Združenega kraljestva Velika Britanija in Severna Irska. Ker je padla pri prvi oviri in po pravilih glede državljanstva, ki se uporabljajo zanjo, ni bila oseba „z državljanstvom države članice“, se posledično kot državljanka Unije ni mogla sklicevati na pravice do prebivanja v kateri koli državi članici (vključno z Združenim kraljestvom) po pravu EU.[81] V tej zadevi pa otroka G. Ruiza Zambrana imata in uživata običajne pravice belgijskih državljanov, tako kot je J. Rottmann imel in užival običajne pravice iz nemškega državljanstva, ki ga je pridobil z naturalizacijo.

108. Tako menim, da je potencialen poseg v pravice iz državljanstva EU, do katerega pride, če družinski član, ki je prednik, ne uživa neposredno izvedene pravice do prebivanja v državi članici državljanstva državljana EU, načeloma sprejemljiv. Vendar se v določenih okoliščinah lahko zgodi, da poseg ne bo dovoljen (zlasti ker morda ne bo sorazmeren).

Sorazmernost

107. Očitno obstajajo položaji, v katerih izvrševanje pravic s strani državljana EU *ni* odvisno od priznanja pravic do prebivanja družinskemu članu – predniku. Tako lahko državljan EU, ki je postal polnoleten, izvršuje svoje pravice do gibanja in prebivanja na ozemlju Evropske unije, ne da bi bilo treba enemu od njegovih staršev ali obema priznati spremljajoče pravice do prebivanja v izbrani državi članici.

109. Sodišče je v sodbah Micheletti,[82] Kaur[83] in v novejši sodbi Rottmann navedlo, da čeprav je priznanje državljanstva v pristojnosti vsake države članice, mora ta kljub temu pri izvrševanju te pristojnosti spoštovati pravo (EU).[84] Do enakega rezultata je prišlo v sodbi Bickel in Franz v zvezi s kazenskim pravom in postopkom,[85] v sodbi García Avello v zvezi z nacionalnimi pravili o priimkih[86] in v sodbi Schempp v zvezi s neposrednim obdavčenjem[87] – vsa občutljiva področja, na katerih države članice še vedno izvršujejo številne pristojnosti.

81 – V opombi 79 navedena sodba Kaur (in navedena v sodbi Rottmann, točka 49):glej zlasti točke od 20 do 24.

82 – Navedena v opombi 79, točka 10.
83 – Navedena v opombi 79, točka 19.
84 – V opombi 64 navedena sodba Rottmann, točki 41 in 42.
85 – Navedena v opombi 40, točka 17.
86 – Navedena v opombi 40, točka 25.
87 – Navedena v opombi 40, točka 19.

110. Kot se pogosto zgodi, se tudi položaj v tej zadevi nanaša na izvrševanje pravice in potencialno utemeljitev posega v (ali odstopanje od) to pravico, ključno pa je vprašanje sorazmernosti. Ali je v okoliščinah te zadeve G. Ruizu Zambranu sorazmerno zavrniti priznanje pravice do prebivanja, ki je izvedena iz pravic njegovih otrok kot državljanov EU? Čeprav je odločitev o sorazmernosti (kot običajno) naloga nacionalnega sodišča, je nekaj krajših pripomb lahko v pomoč.

111. Uporaba načela sorazmernosti v tej zadevi (kot v zadevi Rottmann) zahteva, da „predložitveno sodišče preveri, ali je bilo s sklepom […], ki se obravnava v postopku v glavni stvari, […] upoštevano načelo sorazmernosti glede posledic, ki jih ima za položaj zadevne osebe glede na pravo [EU]“[88] (poleg kakršne koli presoje sorazmernosti, ki je zahtevana po nacionalnem pravu). Kot je Sodišče pojasnilo v nadaljevanju v tej zadevi, je treba „[g]lede na pomen, ki ga primarno pravo daje statusu državljana Unije, […] pri preizkusu sklepa […] upoštevati morebitne posledice, ki jih ima ta sklep za zainteresirano osebo in eventualno družinske člane, v zvezi z izgubo pravic, ki jih ima vsak državljan Unije. V zvezi s tem je treba zlasti preveriti, ali je ta izguba utemeljena […].“[89]

112. Na obravnavi so sodelujoče države članice poudarile, da so pogoji za prebivanje za državljane tretjih držav v pristojnosti držav članic. Predstavnika Belgije in Danske sta navedla, da je G. Ruiz Zambrano neuspešen prosilec za azil, ki mu je bilo naloženo, naj zapusti belgijsko ozemlje kmalu po njegovem prihodu leta 1999. Po tem je dolgo časa tam nezakonito prebival in po pravu EU ne bi smel uživati pravice do prebivanja. Predstavnik Irske je dramatično predstavil val priseljevanja državljanov tretjih držav, ki bi bil neizogibna posledica, če bi bilo ugotovljeno, da G. Ruiz Zambrano uživa pravico do prebivanja, ki je izvedena iz belgijskega državljanstva njegovih otrok.

113. Pooblaščenec G. Ruiza Zambrana je izpostavil, da je njegova stranka za družbo Plastoria neprekinjeno delala skoraj 5 let. V tem obdobju je ustrezno plačevala svoje prispevke za socialno varnost. Preiskava belgijskih organov v družbi Plastoria ni pokazala nobenih nepravilnosti pri ureditvi davčnih, socialnovarstvenih in delovnopravnih vidikov njene zaposlitve. Problematično je bilo le to, da ni imela delovnega dovoljenja in dovoljenja za

88 – V opombi 79 navedena sodba Rottmann, točka 55.

89 – V opombi 79 navedena sodba Rottmann, točka 56.

prebivanje, pri čemer pa zoper njegovega delodajalca ni bil sprejet noben ukrep. Diego in Jessica sta bila rojena nekaj let po tem, ko sta G. Ruiz Zambrano in njegova žena prišla v Belgijo s svojim prvim otrokom. Nobenih dokazov ni, da je širjenje družine z Diegom in nato Jessico ciničen poskus izkoriščanja morebitne luknje v zakonodaji, da bi lahko ostala v Belgiji. To je bila pristna družina. G. Ruiz Zambrano je bil povsem integriran v Belgiji. Njegovi otroci so redno obiskovali okoliško šolo. Bil je brez kazenske evidence. Od tedaj sta mu bila celo podeljena začasno in obnovljivo dovoljenje za prebivanje in delovno dovoljenje tipa C.

114. Argument irske vlade glede „odpiranja vrat“ sem v bistvu že obravnavala. Kot je ta država članica sama pokazala po sodbi Sodišča v zadevi Zhu in Chen, sme zadevna država članica, če določena pravila o pridobitvi državljanstva lahko – ali se zdi, da lahko – vodijo do „neobvladljivih“ rezultatov, prosto spremeniti ta pravila, tako da reši problem.

115. Pri tem pa ne spodbujam držav članic, naj bodo ksenofobične ali naj zaprejo vrata in spremenijo Evropsko unijo v „evropsko trdnjavo“. To bi bil graje vreden korak nazaj in poleg tega bi bil v očitnem nasprotju z navedenimi političnimi cilji.[90] Navajam le, da so pravila glede pridobitve državljanstva v izključni pristojnosti držav članic. Vendar države članice, ki so same uvedle pojem „državljanstva Unije“, ne morejo izvrševati enako neomejenih pristojnosti glede *posledic*, ki jih ima po pravu EU državljanstvo Unije, ki nastopi skupaj s priznanjem državljanstva države članice.

116. Kar zadeva dejstvo, da G. Ruiz Zambrano ni zapustil Belgije po tem, ko je bila zavrnjena njegova prošnja za azil, naj spomnim,

90 – V zaključkih predsedstva Evropskega sveta iz Tampereja z dne 15. in 16. oktobra 1999 je navedeno: „izziv […] je sedaj zagotoviti, da je mogoče svobodo, ki vključuje pravico do prostega gibanja po celotni Uniji, uživati v pogojih varnosti in pravičnosti, ki sta dostopni vsem […] Vendar ta svoboščina ne bi smela biti razumljena kot izključna domena državljanov Unije. Njen obstoj je privlačen za mnoge po svetu, ki ne morejo uživati svoboščine, ki jo imajo državljani Unije za samoumevno. Bilo bi v nasprotju s tradicijo Evrope, če bi odrekli tako svoboščino tistim, katerih okoliščine so jih upravičeno pripeljale do zahteve za dostop do našega ozemlja“ (točki 2 in 3). Podobno je v Evropskem paktu o priseljevanju in azilu z dne 15. in 16. oktobra 2008 Evropski svet pozval države članice k „spodbujanju složne integracije priseljencev, za katere je verjetno, da so se preselili za stalno, v državi gostiteljici; te politike, katerih izvajanje bo zahtevalo resno prizadevanje držav gostiteljic, bi morale temeljiti na ravnovesju med pravicami priseljencev (zlasti do izobrazbe, do dela, varnosti ter javnih in socialnih storitev) in njihovimi dolžnostmi“.

da je zadevno upravno odločbo izpodbijal in da je bil ta sodni postopek dolgotrajen. Naj spomnim tudi, da je v zadevi Carpenter državljanka tretje države (M. Carpenter) kršila nacionalno pravo o priseljevanju, ker ni zapustila Združenega kraljestva pred potekom njenega dovoljenja za prebivanje, ki ga je imela kot obiskovalka. Sodišče tega ni obravnavalo kot nepremostljivo oviro za njeno poznejše uveljavljanje pravic po pravu EU; izpostavilo je, da „njeno ravnanje po prihodu v Združeno kraljestvo septembra 1994 ni bilo predmet nobenih drugih očitkov, ki bi lahko utemeljili bojazen, da bo v prihodnje ogrožala javni red in javno varnost“.[91]

117. Nasprotno pa so v tej zadevi v primeru *zavrnitve* priznanja izvedene pravice do prebivanja za G. Ruiza Zambrana dolgoročne posledice za Diega in Jessico velike. Brez pomoči in podpore staršev ne moreta učinkovito izvrševati svoje pravice do prebivanja, ki jo imata kot državljana Unije. Njuna pravica do prebivanja bo tako – dokler ne bosta dovolj stara, da jo bosta lahko izvrševala samostojno – skoraj povsem brez vsebine (tako kot bi bila pravica C. Zhu brez nadaljnje prisotnosti njene matere, L.M. Zhu, v Združenem kraljestvu).

91 – V opombi 20 navedena sodba Carpenter, točka 44.

118. Zaradi celovitosti moram obravnavati dodaten argument, ki izhaja iz predmeta postopka pred nacionalnim sodiščem, in sicer potencialno tveganje, da postane G. Ruiz Zambrano „pretirano breme“ javnih financ.

119. V sodbi Baumbast[92] je Sodišče poudarilo, da omejitve in pogoji iz člena 21 PDEU izhajajo iz zamisli, da je pravica državljanov Unije do prebivanja lahko podrejena legitimnim interesom držav članic. V zvezi s tem „upravičenci do pravice prebivanja ne smejo ‚pretirano‘ obremeniti javnih financ države članice gostiteljice“.[93] Vendar je Sodišče ugotovilo tudi, da je treba „[n]avedene omejitve in pogoje […] vendarle […] uporabiti ob upoštevanju meja, ki jih postavlja pravo Skupnosti, in v skladu s splošnimi načeli tega prava, zlasti z načelom sorazmernosti“.[94] Z drugimi besedami, sprejeti zadevni nacionalni ukrepi morajo biti nujni in primerni za dosego zastavljenega cilja.[95]

92 – Navedena v opombi 40.

93 – V opombi 40 navedena sodba Baumbast, točka 90.

94 – V opombi 40 navedena sodba Baumbast, točka 91.

95 – Glej med drugim sodbe z dne 2. aprila 1993 v združenih zadevah Alluè in drugi (C-259/91, C-331/91 in C-332/91, Recueil, str. I-4309, točka 15); v opombi 22 navedeno sodbo Zhu in Chen, točka 32, in v opombi 64 navedeno sodbo Rottmann, točka 56.

120. Pri presoji sorazmernosti v tej zadevi bo moralo nacionalno sodišče upoštevati dejstvo, da je bil G. Ruiz Zambrano pri družbi Plastoria za poln delovni čas zaposlen skoraj 5 let. Njegova zaposlitev je bila prijavljena pri Office national de la sécurité sociale. Plačeval je zakonsko določene prispevke za socialno varnost in njegov delodajalec je plačal ustrezne prispevke delodajalca. Tako je v preteklosti redno in v rokih prispeval v javne finance države članice gostiteljice.

121. Menim, da ti elementi kažejo, da bi bilo v tej zadevi nesorazmerno zavrniti priznanje izvedene pravice do prebivanja. Vendar je na koncu to odločitev, ki jo sprejme le nacionalno sodišče.

122. Tako ugotavljam, da je treba člena 20 PDEU in 21 PDEU razlagati tako, da zagotavljata pravico do prebivanja na ozemlju držav članic, ki temelji na državljanstvu Unije in ki je neodvisna od pravice do gibanja med državami članicami. Ti določbi ne prepovedujeta državi članici, da zavrne odobritev izvedene pravice do prebivanja predniku, ki je družinski član državljana Unije, ki je državljan zadevne države članice in ki še ni izvrševal pravice do prostega gibanja, pod pogojem, da je ta odločitev v skladu z načelom sorazmernosti.

Vprašanje 2 – Povratna diskriminacija

123. To vprašanje se nanaša na to, ali se je mogoče sklicevati na člen 18 PDEU za odpravbo povratne diskriminacije, do katere pride zaradi stika prava EU (v tej zadevi določbe glede državljanstva Unije) z nacionalnim pravom. Težavo je mogoče opredeliti, kot sledi. Če so mlajši otroci (kot na primer C. Zhu) pridobili državljanstvo države članice, ki ni država članica njihovega prebivališča, bodo eden ali oba od staršev uživali izvedeno pravico do prebivanja v državi članici gostiteljici na podlagi člena 21 PDEU in sodbe Sodišča v zadevi Zhu in Chen. Diego in Jessica imata belgijsko državljanstvo in prebivata v Belgiji. Ali se G. Ruiz Zambrano lahko sklicuje na člen 18 PDEU, ki v okviru uporabe Pogodb prepoveduje „vsako diskriminacijo glede na državljanstvo“, da bi lahko uveljavljal enako izvedeno pravico do prebivanja?

124. Če bo Sodišče sprejelo razloge, ki sem jih navedla pri vprašanju 1, bo postalo to vprašanje odveč. Če pa mi Sodišče ne bo sledilo, bo vendarle treba presoditi, ali se je za obravnavo tovrstne povratne diskriminacije mogoče sklicevati na člen 18 PDEU.

Trenutna sodna praksa: kritika

125. V sodbi Baumbast[96] je Sodišče navedlo, da ima člen 18 ES (zdaj člen 21 PDEU) neposredni učinek, ki podeljuje ekonomsko neaktivnim posameznikom samostojno pravico do prostega gibanja. S to ugotovitvijo je razširilo pravice do prostega gibanja na osebe, ki nimajo neposredne zveze z ekonomijo enotnega trga in ki se torej ne morejo sklicevati na „klasične“ pravice do prostega gibanja. Po mojem mnenju je bil razvoj razumljiv in neizogiben ter je logično sledil uvedbi državljanstva Unije. Če naj bi se Evropska unija razvila v nekaj več kot prikladen in učinkovit okvir za razvoj trgovine, je treba zagotoviti ustrezno vlogo za tiste, za katere se je odločila, da jih bo imenovala za svoje državljane.[97]

126. Vendar je razvoj nujno povzročil številne nadaljnje posledice.

127. Prvič, takoj, ko so se države članice odločile, da dodajo obstoječim konceptom državljanstva nov in dopolnilen status „državljana Unije“, je postalo nemogoče obravnavati te posameznike zgolj kot ekonomske dejavnike proizvodnje. Državljani niso „sredstva“, ki se uporabijo za proizvodnjo blaga in storitev, temveč posamezniki, vezani na politično skupnost in varovani s temeljnimi pravicami.[98]

128. Drugič, ko se državljani preselijo, to naredijo kot človeška bitja, ne kot roboti. Zaljubijo se, se poročijo in imajo družine. Družinska celica je, odvisno od okoliščin, lahko sestavljena zgolj iz državljanov Unije ali iz državljanov Unije in državljanov tretjih držav, ki so tesno povezani med seboj. Če družinski člani niso obravnavani enako kot državljan EU, ki izvršuje pravico do prostega gibanja, postane koncept svobode gibanja brez pravega pomena.[99]

96 – Navedena v opombi 40, točke od 82 do 84.

97 – Za dve zgodnji, premišljeni presoji obsega in pomena evropskega državljanstva po Maastrichtu glej S. O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, in C. Closa, „The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union“, v: *Common Market Law Review* 1992, str. od 1137 do 1169.

98 – O pomenu državljanstva EU in poveze posameznika s politično skupnostjo glej v opombi 40 navedeno sodbo Španija proti Združenemu kraljestvu, točki 78 in 79.

99 – Glej v opombi 20 navedeno sodbo Carpenter, točka 39. Direktiva 2004/38, čeprav se ne uporablja v tej zadevi, v uvodni izjavi 5 določa, da bi morala biti „[p]ravica vseh državljanov Unije do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic […] zagotovljena tudi njihovim družinskim članom, ne glede na državljanstvo, če naj bi se uresničevala v objektivnih pogojih svobode in dostojanstva“.

129. Tretjič, Evropska unija se je s priznanjem temeljnih pravic po pravu EU svojim državljanom in navedbo, da so te pravice sam temelj Unije (člen 6(1) PEU), zavezala načelu, da državljani, ki izvršujejo pravice do prostega gibanja, to storijo tako, da jim je zagotovljeno varstvo teh temeljnih pravic.[100]

130. Četrtič, z ratifikacijo Maastrichtske pogodbe in kasnejših sprememb Pogodbe so države članice sprejele, da – ker so njihovi državljani tudi državljani EU – je reševanje napetosti ali težav, ki izhajajo iz teh izvrševanj pravice do prostega gibanja s strani državljanov, skupna naloga. Pripada posameznim državam članicam, vendar tudi Evropski uniji.[101]

131. Te posledice se ne skladajo povsem z idejo, da bi bilo treba v zvezi z državljanstvom Unije preprosto slediti običajnemu pristopu k prostemu pretoku blaga in storitev, svobodi gibanja za delavce in samozaposlene delavce ter prostemu pretoku kapitala.

132. Poglavitni razlog za ekonomske temeljne svoboščine je vzpostavitev enotnega trga z odpravo ovir za trgovino in s spodbujanjem konkurence. Sredstva, ki jih zagotavlja Pogodba za uresničevanje ciljev enotnega trga (ki so med drugim opredeljeni v zdajšnjem členu 3 PDEU), je Sodišče ustrezno razvilo. Tako je Sodišče med drugim določilo merila za ugotavljanje, kaj pomeni nujna povezava s posamezno svoboščino. Če ponazorimo: od sodbe Dassonville[102] dalje je za prosti pretok blaga pomembno potencialno in dejansko fizično gibanje. Čeprav specifična sodna praksa ne zahteva, da pride do dejanskega predhodnega pretoka, je kljub temu ideja o *pretoku* (tudi če je ta pretok hipotetičen) tista, ki je bistvena za pravice, ki jih zagotavljajo temeljne svoboščine.

133. Posledica takega pristopa do notranjega trga je tveganje, da bodo „statični“ dejavniki proizvodnje ostali v slabšem položaju kot „mobilni“ dejavniki, čeprav so lahko v vseh ostalih pogledih njihove okoliščine podobne ali enake. Rezultat je povratna diskriminacija, do katere pride zaradi hkratnega delovanja prava EU in nacionalnega prava – diskriminacija, ki jo je Sodišče doslej prepustilo v reševanje vsaki državi članici, čeprav je tak

100 – Glej v opombi 24 navedeno sodbo Metock, točka 56.

101 – Glej v opombi 64 navedeno sodbo Rottmann, točki 41 in 42.

102 – Navedena v opombi 42.

rezultat na prvi pogled kršitev načela prepovedi diskriminacije glede na državljanstvo.[103]

134. Ali je tak rezultat s stališča prava EU v obravnavanem posebnem kontekstu državljanstva Unije sprejemljiv?

135. Presoja treh novejših zadev ponazarja, da uporaba tradicionalnega pristopa nevmešavanja lahko prinese rezultate, ki so presenetljivo naključni.[104]

136. Zaradi sodbe Carpenter[105] lahko samozaposlena oseba, ki ima stranke v drugih državah članicah, zagotovi izvedeno pravico do prebivanja svojemu zakoncu, ki je državljan tretje države, in sicer zaradi varstva pravice do spoštovanja družinskega življenja. Če ima ista samozaposlena oseba stranke samo v svoji državi članici, pravo EU ni upoštevno. Vendar je zdaj – in zlasti zaradi uspešnosti notranjega trga – tako strogo ločevanje med samozaposlenimi osebami z interesi v drugih državah članicah in samozaposlenimi osebami z interesi zgolj v svoji državi članici, problematično. P. Carpenter je občasno potoval v druge države članice zaradi prodaje oglasov v revijah. Kaj pa, če se ne bi fizično gibal, vendar bi še vedno zagotavljal občasne storitve strankam v drugih državah članicah po telefonu ali prek interneta? Kaj če bi bile občasno njegove stranke hčerinske družbe matičnih družb iz Nemčije ali Francije, ki so v Združenem kraljestvu? Kaj če bi nekoč oglasni prostor v neki reviji prodal neki stranki, ki ni prisotna zgolj v Združenem kraljestvu?

137. V sodbi Zhu in Chen[106] je kitajska mati Catherine Zhu postala upravičena do izvedene pravice do prebivanja zaradi irskega državljanstva njene hčere, pridobljenega z uporabo ekstrateritorialnega pravila, ki je bil tedaj del nacionalnega prava te države članice. Edino „gibanje“ v tej zadevi je bilo čez kanal

103 – Glej med drugim sodbe z dne 13. marca 1979 v zadevi Peureux (86/78, Recueil, str. 897, točka 38); z dne 23. oktobra 1986 v zadevi Cognet (355/85, Recueil, str. 3231, točki 10 in 11); z dne 18. februarja 1987 v zadevi Mathot (98/86, Recueil, str. 809, točka 7); v opombi 18 navedeno sodbo Vlada francoske skupnosti in valonska vlada, točka 33, in v opombi 24 navedeno sodbo Metock, točka 77. Generalni pravobranilci so glede tega zavzeli različna stališča. Glej točko 78 in naslednje sklepnih predlogov generalnega pravobranilca P. Légerja v zadevi Granarolo (sodba z dne 13. novembra 2003, C-294/01, Recueil, str. I-13429); točko 51 in naslednje sklepnih predlogov generalnega pravobranilca M. Poiaresa Madura v zadevi Carbonati (sodba navedena v opombi 44) in točko 112 in naslednje mojih sklepnih predlogov v zadevi Vlada francoske skupnosti in valonska vlada (sodba navedena v opombi 18).

104 – Za kritično analizo glej med drugim A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, Haag, 2009; E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, Haag, 2007; C. Barnard, *EC Employment Law*, 3. izdaja, Oxford, OUP, 2006, str. 213 in 214; N. Nic Shuibhne, „Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?“, v: *Common Market Law Review*, 2002, str. 748, in C. Ritter, „Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234“, v: *31 European Law Review*, 2006.

105 – Navedena v opombi 20.

106 – Navedena v opombi 22.

Sv. Gregorja med Anglijo in Severno Irsko znotraj ene države članice (Združenega kraljestva). Kljub temu je bila podana zadostna vez s pravom EU, da sta lahko mati in hči uveljavljali pravice do prebivanja v Združenemu kraljestvu. Do tega je prišlo zgolj zato, ker je bilo poskrbljeno, da je bila Catherine Zhu rojena na Severnem Irskem. Vendar ali naj bo res stvar sreče v povezavi z zgodovino (ekstrateritorialno pravilo v nacionalnem pravu te države članice), ki določa, ali je mogoče uporabiti pravo EU v takih okoliščinah? Ali je to razumen rezultat s stališča pravne varnosti in enake obravnave državljanov Unije?

državljan Unije emigrira ali je emigriral".[107] Pet let pozneje je Sodišče odločilo, da je treba ob upoštevanju sodb MRAX[108] in Komisija proti Španiji,[109] sodbo Akrich ponovno preučiti. Tako je tudi bilo: uživanje enakih pravic, ki so bile predmet obravnave v zadevi Akrich, zdaj ne more biti odvisno od predhodnega zakonitega bivanja zakonca, ki je državljan tretje države, v drugi državi članici. Kljub temu je Sodišče še naprej ločevalo med državljani Unije, ki so že izvrševali pravice do prostega gibanja, in tistimi, ki tega še niso storili, ob kratkem opozorilu, da so vse države članice pogodbenice EKČP in da člen 8 EKČP varuje pravico do spoštovanja družinskega življenja.[110] Čeprav so bile pravice „mobilnih" državljanov Unije znatno razširjene, so „statični" državljani Unije tako še vedno lahko utrpeli potencialne posledice povratne diskriminacije.

Predlog

138. Novejša sodba v zadevi Metock jasno prikazuje negotovost in posledično diskriminacijo. Leta 2003 je veliki senat v sodbi Akrich navedel: „[d]a bi državljan tretje države, ki je zakonec državljana Unije, v primeru, kakršen je ta v zadevi v glavni stvari, lahko uresničeval pravice iz člena 10 Uredbe Sveta št. 1612/68 (EGS) z dne 15. oktobra 1968 o prostem gibanju delavcev v Skupnosti (UL L 257, str. 2), mora zakonito prebivati v državi članici, ko odide v drugo državo članico, v katero

139. Menim, da je mogoče v trenutnem stališču Sodišča najti pomembne pomanjkljivosti. Tako verjamem, da je čas za poziv Sodišču, naj odkrito obravnava vprašanje povratne

107 – V opombi 24 navedena sodba Akrich, točka 50, povzeta v sodbi Metock, točka 58.

108 – Navedena v opombi 21.

109 – Navedena v opombi 24.

110 – Glej v opombi 24 navedeno sodbo Akrich, točke od 77 do 79.

diskriminacije. Razlogi, ki jih bom predstavila, sledijo tistim, ki sem jih podala v sodbi Vlada francoske skupnosti in valonska vlada; vendar si bom drznila predlagati – v posebnem kontekstu zadev, ki se nanašajo na pravice iz državljanstva po členu 21 PDEU – merila, ki bi jih bilo mogoče uporabiti za presojo, ali se je proti taki diskriminaciji mogoče sklicevati na člen 18 PDEU.

140. Do korenite spremembe v sodni praksi v zvezi s povratno diskriminacijo ne bo prišlo čez noč. Tega ne predlagam. Moji predlogi so omejeni na zadeve v zvezi z državljanstvom Unije. Na tem področju so rezultati trenutne sodne prakse najbolj škodljivi in je sprememba predvidoma najbolj potrebna.

141. Zadevam, ki sem jih pravkar obravnavala – Carpenter, Zhu in Chen ter Metock – sta skupni dve značilnosti. Ustvarjajo pravno negotovost na občutljivem področju prava EU in nacionalnega prava in gre za zadeve, v katerih se je Sodišče zaradi varstva temeljnih pravic odločilo za velikodušno razlago člena 21 PDEU. Pri iskanju ravnovesja med pravno varnostjo in varstvom temeljnih pravic je torej Sodišče vztrajno dajalo prednost zadnjim. Njegova obrazložitev se lepo sklada z njegovo predhodno prelomno ugotovitvijo, da je državljanstvo Unije „zasnovan[o] kot temeljni status državljanov držav članic“.[111]

142. Vendar negotovost, ki jo je povzročila sodna praksa, ni zaželena. V katero smer naj Sodišče zdaj gre?

143. Po eni strani se je treba upreti skušnjavi, da bi „raztegnili“ člen 21 PDEU tako, da bi zagotovili varstvo tistim, ki „za malo“ zanj niso izpolnili pogojev. Za vsako pravilo, ki podeljuje upravičenje, mora obstajati meja. Če take meje ni, postane pravilo nepredvidljivo in nihče ne more z gotovostjo napovedati, kdo bo užival koristi, ki jih podeljuje. To ni v interesu držav članic niti državljana in spodkopava avtoriteto Sodišča. Po drugi strani, če člen 21 PDEU razlagamo preozko, bo prišlo do večjega števila primerov povratne diskriminacije, obravnavati pa jih bodo morale države članice. Niti to se ne zdi zelo zadovoljiv izid.

111 – Glej v opombi 40 navedeno sodno prakso.

144. Zato predlagam Sodišču, naj člen 18 PDEU razlaga tako, da prepoveduje povratno diskriminacijo, ki nastane zaradi stika člena 21 PDEU z nacionalnim pravom, ki povzroči kršitev temeljne pravice, varovane po pravu EU, kadar nacionalno pravo ne zagotavlja vsaj enakovrednega varstva.

145. Če bi uresničevali tak pristop, bi bil člen 18 PDEU uporabljen, kadar (in le tedaj) bi bili izpolnjeni trije kumulativni pogoji.

146. Prvič, tožeča stranka bi morala biti državljan Unije in prebivati v državi članici, katere državljan je, pri čemer ni izvrševala pravic do prostega gibanja po PDEU (naj gre za klasično ekonomsko pravico do prostega gibanja ali prosto gibanje po členu 21 PDEU), vendar je njen položaj v ostalih vidikih primerljiv s položajem drugih državljanov Unije v isti državi članici, ki so se lahko sklicevali na pravice iz člena 21 PDEU. Tako bi morala sporna povratna diskriminacija *izvirati* iz dejstva, da so ustrezni primerljivi subjekti (drugi državljani Unije) lahko uveljavili pravice iz člena 21 PDEU, medtem ko se „statični“ državljan Unije, ki prebiva v državi članici, katere državljan je, na prvi pogled ni mogel sklicevati na nacionalno pravo za tako varstvo.

147. Drugič, sporna povratna diskriminacija bi morala povzročiti kršitev temeljne pravice, ki je varovana po pravu EU. Člen 18 PDEU ne bi pokrival vsake manjše oblike povratne diskriminacije. Pomen „kršitve temeljne pravice“ bi bil, kadar bi le bilo mogoče, opredeljen s sklicevanjem na sodno prakso strasbourškega sodišča.[112] Kadar bi povratna diskriminacija povzročila to, kar bi strasbourško sodišče štelo za kršitev varovane pravice, bi tudi Sodišče to štelo za kršitev varovane pravice. Tako bi postala odgovornost prava EU odpraviti posledice povratne diskriminacije, do katere pride zaradi stika prava EU z nacionalnim pravom, kadar (in le tedaj) te posledice niso skladne z minimalnimi standardi varstva po EKČP. Ker bi bilo tako v takih okoliščinah zagotovljeno učinkovito varstvo temeljnih pravic za minimalne „strasbourške“ standarde, bi Sodišče deloma predvidelo zahteve, ki bi lahko nastale z načrtovanim pristopom Evropske unije k EKČP. Tak razvoj

112 – V primeru sklicevanja na temeljne pravice iz Listine, ki niso bile ponovljene pravice iz EKČP, bi morala biti sodna praksa posebej razvita; vendar bi do tega zelo verjetno prišlo v vsakem primeru v običajnem kontekstu prava EU.

bi lahko zgolj izboljšal obstoječi duh sodelovanja in medsebojnega zaupanja med dvema jurisdikcijama.[113]

148. Tretjič, člen 18 PDEU bi bil na voljo le kot pomožno pravno sredstvo, omejeno na položaje, v katerih nacionalno pravo ne zagotavlja zadostnega varstva temeljnih pravic. Pravo EU ima obsežno zgodovino zagotavljanja varstva, ki je pomožno. Tako so načela učinkovitosti[114] in enakovrednosti,[115] pravica do učinkovitega pravnega varstva[116] in načelo odgovornosti države za kršitev prava EU[117] sredstva, ki se upoštevajo le, ko se izkaže, da nacionalna pravila ne zadoščajo. Ta zadnji pogoj služi zagotavljanju ustreznega ravnovesja med avtonomijo države članice in „effet utile" prava EU.[118] Zagotavlja, da podredno varstvo po pravu EU dopolnjuje nacionalno pravo, namesto da ga potepta. Nacionalno sodišče bi moralo ugotoviti (a) ali je po nacionalnem pravu na voljo kakršno koli varstvo in, (b) če je varstvo načeloma na voljo, ali je (oziroma ni) to varstvo vsaj enakovredno varstvu, ki ga zagotavlja pravo EU.

149. Na obravnavi je pooblaščenec G. Ruiza Zambrana navedel, da sta belgijski Conseil d'État in Cour Constitutionnelle nedavno odločala o povratni diskriminaciji, ki jo je utrpel

113 – Ta naloga sodelovanja je Sodišču implicitno podeljena v členu 52(3) Listine o temeljnih pravicah, kjer je navedeno: „Kolikor ta listina vsebuje pravice, ki ustrezajo pravicam, zagotovljenim z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, sta vsebina in obseg teh pravic enaka kot vsebina in obseg pravic, ki ju določa navedena konvencija. Ta določba ne preprečuje širšega varstva po pravu Unije." Praktična potreba po tem, da Sodišče zavzame proaktiven položaj pri spodbujanju minimalnih „strasbourških" standardov je prikazan, med drugim, v R. Alonso, „The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", v: *European Law Journal*, 8 2002, str. 450 in naslednje, in A. Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, str. 31 in naslednje.

114 – Glej med drugim sodbi z dne 14. decembra 1995 v zadevi Peterbroeck (C-312/93, Recueil, str. I-4599, točka 14) in z dne 13. marca 2007 v zadevi Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, ZOdl., str. I-2107, točka 123).

115 – Glej med drugim sodbi z dne 15. septembra 1998 v zadevi Edis (C-231/96, Recueil, str. I-4951, točka 36) in z dne 1. decembra 1998 v zadevi Levez (C-326/96, Recueil, str. I-7835, točka 41).

116 – Glej med drugim sodbi z dne 15. maja 1986 v zadevi Johnston (222/84, Recueil, str. 1651, točka 18) in z dne 27. novembra 2001 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-424/99, Recueil, str. I-9285, točka 45).

117 – Glej med drugim sodbe z dne 19. novembra 1991 v združenih zadevah Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, Recueil, str. I-5357, točka 35); z dne 5. marca 1996 v združenih zadevah Brasserie du pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93, Recueil, str. I-1029, točka 31) in z dne 24. marca 2009 v zadevi Danske Slagterier (C-445/06, ZOdl., str. I-2119, točka 19).

118 – Na žalost nacionalna sodišča ne obravnavajo vedno povratne diskriminacije, ki nastane zaradi prava EU, in je ne odpravijo. V sodbi Vlada francoske skupnosti in valonska vlada, navedeni v opombi 18, je Sodišče odkrito pozvalo nacionalno sodišče, naj odpravi različno obravnavo tistih, za katere se pravo EU ne uporablja (točka 40). Zadeva je bila nato vrnjena belgijskemu ustavnemu sodišču, ki se je izognilo obravnavi tega vprašanja (glej sodbo št. 11/2009 z dne 21. januarja 2009 in kritično presojo v P. van Elsuwege in S. Adam, „The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination", v: *European Constitutional Law Review*, 5 2009, str. 327 in naslednje). Za bolj spodbuden primer nacionalnega vrhovnega sodišča, ki je bilo pripravljeno odpraviti povratno diskriminacijo (čeprav brez opiranja na povezano sodbo v okviru predhodnega odločanja), glej sodbo španskega ustavnega sodišča (sodba 96/2002 z dne 25. aprila 2002).

državljan države nečlanice v primerljivem položaju, kot je njegova stranka.[119] Seveda je povsem v rokah nacionalnega sodišča, da ugotovi, ali lahko v tej zadevi G. Ruiz Zambrano izpelje potrebno varstvo iz nacionalnega prava brez sklicevanja na člen 18 PDEU. Po mojem predlogu bi bila še naprej naloga nacionalnega sodišča, da uporabi tri kumulativna merila, ki sem jih predlagala, in da dovoli sklicevanje na pravo EU za preprečitev povratne diskriminacije le, kadar so ti trije pogoji izpolnjeni.

150. Zato predlagam, da se na drugo vprašanje odgovori, da je treba člen 18 PDEU razlagati tako, da prepoveduje povratno diskriminacijo, ki nastane zaradi stika člena 21 PDEU z nacionalnim pravom, ki povzroči kršitev temeljne pravice, varovane po pravu EU, kadar po nacionalnem pravu ni zagotovljeno vsaj enakovredno varstvo.

Vprašanje 3 – Temeljne pravice

151. Če Sodišče oceni, da je treba tako na prvo kot na drugo vprašanje (kakršni sta opredeljeni zgoraj) odgovoriti na način, ki ni v pomoč G. Ruizu Zambranu, je nujno treba obravnavati tretje vprašanje. Ali se ta lahko sklicuje na temeljno pravico EU do spoštovanja družinskega življenja neodvisno od drugih določb prava EU?

152. S tem se zastavlja zelo pomembno načelno vprašanje: kakšen je obseg uporabe temeljnih pravic po pravu EU? Ali se je nanje mogoče sklicevati kot na samostojne pravice v razmerju do države? Oziroma ali mora obstajati neka druga povezava z pravom EU? Potencialnega pomena odgovora na to vprašanje ni treba posebej poudarjati.

153. Sodišče samo je seveda bilo tisto, ki je zgodaj priznalo temeljna pravna načela in temeljne pravice znotraj pravnega reda EU.[120] Leta 1992 je Pogodba o Evropski uniji sadove te sodne prakse vključila v Pogodbo o Evropski uniji z določitvijo (v členu 6 PEU) obveznosti Unije glede spoštovanja temeljnih pravic.

154. V letih, ki so sledila, je EU okrepila politiko na področju temeljnih pravic z (na primer) vzpostavitvijo agencije za temeljne

119 – Glej v opombi 17 navedene sodbe.

120 – Glej na primer sodbe z dne 17. decembra 1970 v zadevi Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Recueil, str. 1125); z dne 14. maja 1974 v zadevi Nold proti Komisiji (4/73, Recueil, str. 491); z dne 13. decembra 1979 v zadevi Hauer (44/79, Recueil, str. 3727) in z dne 21. septembra 1989 v združenih zadevah Hoechst proti Komisiji (46/87 in 227/88, Recueil, str. 2859).

pravice,[121] s čimer je vzpostavila neodvisen organ znotraj Komisije, ki je odgovoren za temeljne pravice,[122] s podporo humanitarnih projektov po svetu[123] in spremembo Listine EU o temeljnih pravicah, ki je bila prvič razglašena leta 2000, iz nezavezujočega akta („soft law“) v primarno pravo.[124] Temeljne pravice so tako postale bistven element v razvoju Unije kot procesu ekonomske, pravne in družbene integracije s ciljem zagotoviti mir in blaginjo vsem svojim državljanom.

Unije. V sodbi Bosphorus[125] je strasbourško sodišče navedlo, da ima Sodišče Evropske unije ključno vlogo pri varovanju pravic, ki izhajajo iz EKČP in z njo povezanih protokolov, kolikor se nanašajo na zadeve, urejene po pravu EU – funkcija, ki lahko postane le še bolj pomembna, če in ko Evropska unija pristopi k EKČP.[126] Zato je ključnega pomena, da Sodišče razlaga Pogodbe na način, ki jasno odraža trenutno vlogo in pomen temeljnih pravic EU.

Obseg uporabe temeljnih pravic EU

155. Seveda drži, da to Sodišče samo po sebi ni „sodišče za varstvo človekovih pravic“. Kot vrhovni razlagalec prava EU pa je Sodišče vendarle trajno odgovorno za zagotovitev varstva takih pravic na področju pristojnosti

156. V skladu z ustaljeno prakso Sodišča se je mogoče sklicevati na temeljne pravice EU, kadar (in le tedaj) spada izpodbijani ukrep na področje uporabe prava EU.[127] Vsi ukrepi, ki jih sprejmejo institucije, so torej predmet presoje glede njihove skladnosti s temeljnimi

121 – Glej Uredbo Sveta (ES) št. 168/2007 z dne 15. februarja 2007 o ustanovitvi Agencije Evropske unije za temeljne pravice (UL L 53, str. 1) in Sklep Sveta št. 2008/203/ES z dne 28. februarja 2008 o izvajanju Uredbe (ES) št. 168/2007 v zvezi s sprejetjem večletnega okvira za Agencijo Evropske unije za temeljne pravice za obdobje 2007–2012 (UL L 63, str. 14).

122 – Prvič je eden od zdajšnjih podpredsednikov Komisije komisar za pravosodje, temeljne pravice in državljanstvo.

123 – Glej med drugim Uredbo Sveta (ES) št. 1257/96 z dne 20. junija 1996 o humanitarni pomoči (UL L 163, str. 1) in Uredbo (ES) št. 1889/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. decembra 2006 o uvedbi instrumenta financiranja za spodbujanje demokracije in človekovih pravic po svetu (UL L 386, str. 1).

124 – Člen 6(1) PEU zdaj priznava pravicam, svoboščinam in načelom iz Listine „enako pravno veljavnost kot Pogodbi“.

125 – Sodba v zadevi Bosphorus Hava Yolları Turizm proti Irski ve Ticaret Anonim Şirketi, ECHR 2005-VI.

126 – Glej člen 6(2) PEU in Protokol št. 8 v povezavi s členom 6(2) Pogodbe o Evropski Uniji o pristopu Unije k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

127 – Sodbe z dne 28. oktobra 1975 v zadevi Rutili (36/75, Recueil, str. 1219, točka 26); z dne 15. maja 1986 v zadevi Johnston (222/84, Recueil, str. 1651, točki 17 in 19) in z dne 15. oktobra 1987 v zadevi Heylens in drugi (222/86, Recueil, str. 4097, točki 14 in 15).

pravicami EU. Enako velja za dokumente, ki jih sprejmejo države članice zaradi izvedbe obveznosti po pravu EU ali, bolj na splošno, ki spadajo na področje uporabe prava EU.[128] Ta vidik je očitno občutljiv,[129] saj prenese varstvo temeljnih pravic EU na področje posamezne države članice, kjer soobstaja s standardi varstva temeljnih pravic, ki izhajajo iz nacionalnega prava ali EKČP. Vprašanja, do katerih zato pride zaradi prekrivanja stopenj varstva v okviru različnih sistemov (pravo EU, nacionalno ustavno pravo in EKČP) in stopnje varstva temeljnih pravic po pravu EU, so dobro znana,[130] tukaj pa jih ne bom nadalje preučevala.

157. Sodišče je razvilo obsežno sodno prakso, ki potrjuje njegovo začetno izjavo v sodbi Wachauf[131], da „morajo države članice pri izvajanju predpisa prava [EU] spoštovati zahteve [temeljnih pravic]“. Pomembno je, da je bilo ugotovljeno, da se to pravilo uporabi tudi, ko država članica odstopi od temeljne ekonomske svoboščine, ki jo zagotavlja pravo EU.[132] V sodbi Carpenter[133] je Sodišče naredilo korak naprej tako, da je gradilo na sodni praksi glede telemarketinga iz sodbe Alpine Investments[134], da bi zaščitilo temeljne pravice državljana EU (P. Carpenter), ki prebiva v svoji državi članici, vendar občasno zagotavlja storitve prejemnikom, ki so v drugih državah članicah. Priznanje, da bi bil izgon M. Carpenter nesorazmeren poseg v pravico P. Carpenterja do spoštovanja družinskega življenja, je povzročilo, da je bila M. Carpenter – državljanki tretje države, ki nikakor ni mogla izvrševati pravice EU do prostega gibanja – odobrena pravica do prebivanja.

158. Sodišče pa je omejilo obseg temeljnih pravic EU, in sicer zlasti glede položajev, za

128 – Glej med drugim sodbe z dne 25. novembra 1986 v združenih zadevah Klensch in drugi (201/85 in 202/85, Recueil, str. 3477, točki 10 in 11), z dne 13. julija 1989 v zadevi Wachauf (5/88, Recueil, str. 2609, točka 22); z dne 24. marca 1994 v zadevi Bostock (C-2/92, Recueil, str. I-955, točka 16) in z dne 10. julija 2003 v združenih zadevah Booker Aquaculture in Hydro Seafood (C-20/00 in C-64/00, Recueil, str. I-7411, točka 68).

129 – Glej na primer sodbo z dne 11. januarja 2000 v zadevi Kreil (C-285/98, Recueil, str. I-69, točki 15 in 16).

130 – Glej med drugim sodbi nemškega Bundesverfassungsgericht z dne 29. maja 1974 (znana kot Solange I, 2 BvL 52/71) in z dne 22. oktobra 1986 (znana kot Solange II, 2 BvR 197/83); sodbo italijanskega Corte Costituzionale z dne 21. aprila 1989 (št. 232, Fragd, v: Foro it., 1990, I, 1855); izjavo španskega Tribunal Constitucional z dne 13. decembra 2004 (DTC 1/2004) in sodbo Evropskega sodišča za varstvo človekovih pravic v zadevi Bosphorus, navedeno v opombi 125.

131 – Navedena v opombi 128, točka 19.

132 – Glej med drugim sodbe z dne 18. junija 1991 v zadevi ERT (C-260/89, Recueil, str. I-2925, točka 42 in naslednje); z dne 12. junija 2003 v zadevi Schmidberger (C-112/00, Recueil, str. I-5659, točka 75) in z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Omega (C-36/02, ZOdl., str. I-9609, točki 30 in 31).

133 – Navedena v opombi 20, točki 43 in 44.

134 – Navedena v opombi 52.

katere je ugotovilo, da so zunaj področja uporabe prava EU.

159. Tako je bil v sodbi Maurin[135] obdolženec obtožen prodaje živil po preteku njihovega roka „uporabe“. Zatrjeval je, da je bila v nacionalnem postopku kršena njegova pravica do obrambe. Sodišče je izpostavilo, da čeprav je direktiva nalagala, da je na prehrambenih živilih naveden rok „prodaje“, direktiva *ni* urejala prodaje ustrezno označenih prehrambenih proizvodov, katerih rok „uporabe“ je potekel. Posledično se je kaznivo dejanje, katerega je bil obtožen J-L. Maurin „nanaša[lo] na nacionalno zakonodajo, ki je zunaj področja uporabe […] prava [EU]. […] [S]odišče tako ni ime[lo] pristojnosti za odločanje, ali [so] postopkovna pravila, ki se uporabljajo za takšno kaznivo dejanje krši[la] načela glede spoštovanja pravic obrambe in kontradiktorne narave postopka“.[136]

160. V sodbi Kremzow[137] je Sodišče prav tako zavrnilo zahtevo avstrijskega državljana, ki je bil obsojen v Avstriji, vendar je strasbourško sodišče kasneje ugotovilo, da je bila v pritožbenem postopku kršena pravica do poštenega sojenja v skladu s členom 6 EKČP. F. Kremzow je zahteval odškodnino ter zatrjeval, da je bila zaradi nezakonitega zapora kršena njegova pravica do prostega gibanja, ki jo ima po pravu EU. Sodišče se ni strinjalo s tem pristopom in navedlo, da „čeprav lahko vsak odvzem prostosti prepreči zadevni osebi izvrševanje njegove pravice do prostega gibanja […], zgolj hipotetična možnost izvrševanja te pravice ne vzpostavlja zadostn[e] vez[i] s pravom [EU], da bi upravičevala uporabo določb prava [EU]“.[138]

161. Vendar sodba Kremzow dodaja pomembno razlago predhodne sodne prakse. Sodišče je, potem ko je potrdilo hipotetično naravo zahtevka, navedlo, da ker „je bil F. Kremzow obsojen za umor in nezakonito posedovanje strelnega orožja na podlagi določb nacionalnega prava, ki niso bile sprejete zaradi zagotovitve skladnosti s pravili prava [EU], [iz tega izhaja], da se nacionalna zakonodaja, ki se uporablja v postopku v glavni stvari, nanaša na položaj, ki ne spada na področje uporabe prava [EU]“.[139] Po nasprotnem sklepanju se zdi, da iz tega izhaja, da bi upoštevna povezava *lahko* bila podana, če bi bila kazniva

135 – Sodba z dne 13. junija 1996 (C-144/95, Recueil, str. I-2909).

136 – Sodba Maurin, točki 12 in 13.

137 – Sodba z dne 29. maja 1997 (C-299/95, Recueil, str. I-2629, točka 15).

138 – Sodba Kremzow, točka 16.

139 – V opombi 137 navedena sodba Kremzow, točki 17 in 18.

dejanja povezana s področjem politike EU (na primer, če bi bila opredeljena zaradi zagotovitve skladnosti s ciljem prava EU, določenim v sekundarni zakonodaji EU).[140]

162. Ali sta posebno pravno področje, na katero se zadeva nanaša, in obseg pristojnosti EU na tem pravnem področju pomembna za vprašanje temeljnih pravic? Zdi se, da gre za pomembno vprašanje. Težnja po spodbujanju ustreznega varstva temeljnih pravic ne sme voditi do posega v pristojnost. Dokler pristojnosti Evropske unije temeljijo na načelu prenosa pristojnosti, morajo temeljne pravice EU spoštovati meje tega prenosa.[141]

163. Zaradi preglednosti in jasnosti mora biti mogoče z gotovostjo ugotoviti, kaj pomeni „obseg prava Unije“ za potrebe varstva temeljnih pravic EU. Menim, da bi bilo na dolgi rok najbolj jasno pravilo, na podlagi katerega razpoložljivost varstva temeljnih pravic EU ne bi bila odvisna od tega, ali se določba Pogodbe neposredno uporablja, niti od tega, ali je bila sprejeta sekundarna zakonodaja, temveč *od obstoja in obsega ključne pristojnosti EU*. Če navedem drugače: pravilo bi bilo, da če je EU imela pristojnost (izključno ali deljeno) na nekem področju prava, bi morale temeljne pravice EU državljana EU varovati *tudi, če ta pristojnost še ni bila izvrševana*.

164. Zakaj podajam ta predlog?

165. Države članice so prenesle pristojnosti na Evropsko unijo, na podlagi česar lahko ta sprejme ukrepe, ki bodo prevladali nad nacionalnim pravom in imajo lahko neposredni učinek. Posledično bi po prenosu teh pristojnosti Evropska unija morala biti pristojna in odgovorna za varstvo temeljnih pravic neodvisno od tega, ali je te pristojnosti dejansko izvrševala. EU „temelji na vrednotah spoštovanja človekovega dostojanstva, svobode, demokracije, enakosti, pravne države in spoštovanja človekovih pravic“.[142] To varstvo

140 – Sodba z dne 13. septembra 2005 v zadevi Komisija proti Svetu (C-176/03, ZOdl., str. I-7879).

141 – Glej med drugim sodbe z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Nemčija proti Parlamentu in Svetu (C-376/98, Recueil, str. I-8419, točka 83); z dne 3. septembra 2008 v zadevi Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu in Komisiji (C-402/05 P in C-415/05 P, ZOdl., str. I-6351, točka 203); z dne 30. aprila 2009 v združenih zadevah Italija proti Parlamentu (C-393/07 in C-9/08, ZOdl., str. I-3679, točka 67) in z dne 1. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Svetu (C-370/07, ZOdl., str. I-8917, točka 46).

142 – Člen 2 PEU. Njegov predhodnik, člen 6(1) EU je določal, da „[U]nija temelji na načelih svobode, demokracije, spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin in pravne države, načelih, ki so skupna državam članicam“.

po Pogodbi ne bi smelo biti odvisno od dejanskega izvrševanja zakonodajne pristojnosti. V Evropski uniji, ki temelji na temeljnih pravicah in vladavini prava, varstvo ne bi smelo biti odvisno od zakonodajne pobude institucij in političnega procesa. Takšno pogojno varstvo pravic je v nasprotju z načinom, na katerega sodobne demokracije zagotovijo legitimnost oblasti države.[143]

166. Tak pristop bi imel številne prednosti.

167. Prvič, izognili bi se potrebi po vzpostavitvi ali spodbujanju fiktivnih ali hipotetičnih „povezav s pravom Unije“, ki so v preteklosti včasih povzročile zmedo in morebiti razširile področje uporabe določb Pogodbe. Osebi, ki je izvrševala pravice do prostega gibanja, ne bi bilo treba dokazovati povezave med temeljno pravico, na katero se kasneje sklicuje, in olajševanjem te svobode gibanja.[144] Osebi, ki še ni izvrševala takih pravic, tega ne bi bilo treba storiti, da bi ustvarila okoliščine, v katerih bi lahko uživala varstvo temeljnih pravic[145] (svoboda gibanja zaradi pridobitve storitev je verjetno tista od štirih svoboščin, ki jo je v tem smislu najlažje izkoristiti). Povratne diskriminacije državljanov države članice, ki nastane zaradi varstva temeljnih pravic EU, ki je priznano njihovim sodržavljanom EU in sodržavljanom, ki *so* izvrševali pravice do prostega gibanja, ne bi bilo več.[146] V prihodnosti ne bi bilo razlik (kar zadeva varstvo temeljnih pravic EU) med povsem usklajenimi in delno usklajenimi politikami. S stališča pravne varnosti bi prišlo do pomembnega napredka.

168. Drugič, zaradi takega pristopa bi EU ostala znotraj okvira svojih pristojnosti. Varstvo temeljnih pravic po pravu EU bi bilo

143 – J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, knjiga II, oddelek II.

144 – Sodba Singh, navedena v opombi 50, sodba Cowan, navedena v opombi 72, in sodba Carpenter, navedena v opombi 20, zagotavljajo primere okoliščin, ko povezava med prostim gibanjem in temeljno pravico/dodatnim varstvom, ki ga zagotavlja pravo EU, ni bila preveč neposredna. Nikakor ne dvomim v pravilnost – z vidika varstva pravic – odločitve, ki jo je v teh treh primerih sprejelo Sodišče. Moj namen je zgolj poudariti neizrazito naravo povezave, na kateri je temeljilo varstvo.

145 – V sodbi Akrich, navedeni v opombi 24, sta bila g. in ga. Akrich med intervjujem pred državnimi organi zelo odkrita glede dejstva, da se je ona preselila zaradi sprejetja začasne zaposlitve na Irskem, da bi se lahko s svojim možem vrnila v Združeno kraljestvo in zanj na temelju prava Skupnosti uveljavljala pravico do vstopa.

146 – Glej v opombi 18 navedeno sodbo Vlada francoske skupnosti in valonska vlada.

treba upoštevati le, ko bi okoliščine, ki so vodile do sklicevanja nanj, spadale na področje izključne ali deljene pristojnosti EU.[147] Vrsta te pristojnosti bi bila pomembna za opredelitev ustreznega obsega varstva. V primeru deljene pristojnosti bi sama logika, ki utemeljuje delitev pristojnosti, predvidoma pokazala, da bi varstvo temeljnih pravic po pravu EU dopolnjevalo varstvo, ki je zagotovljeno po nacionalnem pravu.[148] (To odraža pristop, ki sem ga predlagala zgoraj glede povratne diskriminacije.)

169. Tretjič, če bi bilo znano, da so temeljne pravice po pravu EU varovane na vseh področjih deljene ali izključne pristojnosti Unije, bi to mogoče spodbudilo države članice, da naredijo korak naprej z bolj natančno sekundarno zakonodajo EU na določenih področjih, ki so posebej občutljiva (kot sta priseljevanje ali kazensko pravo) – kar bi *vključevalo* ustrezne opredelitve glede natančnega obsega temeljnih pravic EU – namesto da so problemi, povezani s temeljnimi pravicami, prepuščeni reševanju pred Sodiščem na *ad hoc* podlagi, če in ko so predmet spora.

170. Četrtič, taka opredelitev obsega uporabe temeljnih pravic EU bi bila v skladu s polnim učinkom državljanstva Unije, ki je „zasnovan kot temeljni status državljanov držav članic“.[149] Tak status se ne sklada z doktrino, da je varstvo temeljnih pravic delno in razdrobljeno, da je odvisno od tega, ali ima neka upoštevna določba neposredni učinek, oziroma od tega, ali sta Svet ali Evropski parlament izvrševala zakonodajne pristojnosti. Na dolgi rok se samo dosledno in celovito varstvo temeljnih pravic po pravu EU na vseh področjih

147 – Glede izključnih in deljenih pristojnosti glej sodbe z dne 15. decembra 1976 v zadevi Donckerwolcke in Schou (41/76, Recueil, str. 1921, točka 32); z dne 18. februarja 1986 v zadevi Bulk Oil (174/84, Recueil, str. 559, točka 31) in z dne 16. marca 1977 v zadevi Komisija proti Franciji (68/76, Recueil, str. 515, točka 23). Glede uporabe teh pravil v zvezi z zunanjimi pristojnostmi EU glej med drugim sodbo z dne 31. marca 1971 v zadevi Komisija proti Svetu („ERTA“, 22/70, Recueil, str. 263).

148 – Pojasnila k Listini (UL 2007 C 303, str. 17) so v tej zvezi jasna: „Temeljne pravice, zagotovljene v Uniji, učinkujejo le v okviru pristojnosti, določenih v pogodbah. Zato lahko obveznost institucij Unije, da […] spodbujajo načela, podana v Listini, obstaja le v mejah teh pristojnosti.“ Vendar pojasnila v nadaljevanju določajo, da „je samoumevno, da sklicevanje na Listino v členu 6 Pogodbe o Evropski uniji ne more samo po sebi pomeniti širitve obsega ukrepov držav članic, ki se štejejo kot ‚izvajanje prava Unije‘“. To razumem tako, kot da te navedbe brez dvoma povezujejo varstvo temeljnih pravic po pravu EU z obsegom pristojnosti EU. Varstvo temeljnih pravic po pravu EU in varstvo temeljnih pravic po nacionalnem pravu bi skupaj morala zagotoviti ustrezno varstvo (vsaj za vse temeljne pravice, ki so v Listini in v EKČP).

149 – Glej v opombi 40 navedeno sodno prakso.

izključne ali deljene pristojnosti EU ujema s pojmom državljanstva EU.

171. Kljub tem pomembnim prednostim menim, da Sodišče ne more samo narediti takega koraka v tej zadevi.

172. Vezati uporabo temeljnih pravic EU zgolj na obstoj izključnih ali deljenih pristojnosti EU bi zahtevalo uvedbo očitnega zveznega elementa v zgradbo pravnega in političnega sistema EU. Povedano enostavno, taka sprememba bi bila podobna tisti, do katere je prišlo v ameriškem ustavnem pravu po sodbi Gitlow proti New Yorku,[150] ko je Supreme Court (vrhovno sodišče) Združenih držav razširilo obseg več pravic iz prvega amandmaja k Ustavi na posamezne države. Sodna praksa o „inkorporaciji", ki od tedaj temelji na določbi o „zakonitem postopanju" iz štirinajstega amandmaja, ne zahteva gibanja med državami niti zakonodajnih aktov kongresa. Stališče Supreme Court je, da so nekatere temeljne pravice tako pomembne, da sodijo „med temeljne osebne pravice in svoboščine, ki so varovane s klavzulo o zakonitem postopanju […] pred posegi držav".[151]

173. Učinek urejanja po zveznih načelih, ki izhaja iz ameriške teorije o inkorporaciji, je dobro poznan. Taka sprememba bi s pravnega in političnega vidika spremenila naravo temeljnih pravic po pravu EU. Zato se zahtevata razvoj sodne prakse *in* jasna politična odločitev ustanoviteljev EU (države članice), ki bi kazala na novo vlogo temeljnih pravic v EU.

174. Za potrebe tega postopka je ključni trenutek rojstvo drugega otroka G. Ruiza Zambrana, Diega, in sicer 1. septembra 2003. To

150 – 268 U.S. 652 (1925).

151 – O sodbi Gitlow proti New Yorku in teroiji o inkorporaciji glej R. Cortner, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, University of Wisconsin Press, 1981; L. Henkin, „‚Selective Incorporation' in the Fourteenth Amendment", v: *Yale Law Journal*, 1963, str. od 74 do 88, in H.L., Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution*, NYU Press, New York, 1991, str. od 82 do 87.

je dogodek (vstop državljana Unije v enačbo), zaradi katerega – če ima G. Ruiz Zambrano prav – bi morali belgijski organi sprejeti, da ima izvedene pravice do prebivanja in temu ustrezno obravnavati njegovo zahtevo za nadomestilo za brezposelnost.

175. V tistem obdobju se Pogodba o Evropski uniji od Maastrichta dalje v bistvenem ni spremenila. Sodišče je v Mnenju 2/94 jasno navedlo, da Evropska skupnost takrat ni imela pristojnosti za ratifikacijo Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic.[152] Listina je bila še vedno nezavezujoče pravo brez neposrednega učinka in priznanja s Pogodbo. O Lizbonski pogodbi ni še nihče niti razmišljal. Ne verjamem, da so bile v teh okoliščinah že v teku nujno potrebne spremembe v temeljih EU, ki bi upravičevale trditve, da se je bilo mogoče neodvisno sklicevati na temeljne pravice po pravu EU kot na samostojne pravice.

176. Kot odgovor na zadnje vprašanje, ki sem ga preoblikovala, tako ugotavljam, da se v času nastanka upoštevnih dejstev ne državljan države nečlanice ne državljan Unije – ne glede na to, ali je na ozemlju države članice, katere državljan je, ali drugje na ozemlju držav članic – ni mogel sklicevati na temeljno pravico do spoštovanja družinskega življenja po pravu EU kot na samostojno pravico, neodvisno od vsake povezave s pravom EU.

177. Ob predlogu tega odgovora ugotavljam, da Sodišče v tej zadevi ne more odkrito predvidevati sprememb. Vendar menim, da bo (prej ko slej) Sodišče moralo izbrati med tem, da bo v koraku s spremenjenimi okoliščinami ali da bo zastajalo za že opravljenim zakonodajnim in političnim razvojem. Na neki točki bo Sodišče zelo verjetno moralo obravnavati zadevo – predvidoma v okviru predloga nacionalnega sodišča za predhodno odločanje – ki bo zahtevala, da se sooči z vprašanjem, ali ni Unija zdaj na pragu ustavnih sprememb (kot je Sodišče deloma predvidelo, ko je podalo Mnenje 2/94). Odgovor na to vprašanje je trenutno še mogoče odložiti, vendar verjetno ne več za dolgo.

152 – Mnenje z dne 28. marca 1996 (2/94, Recueil, str. I-1759, točka 6).

Predlog

178. Glede na zgoraj navedeno predlagam, naj Sodišče na vprašanja Tribunal du travail de Bruxelles odgovori:

– „Člena 20 PDEU in 21 PDEU (prej člena 17 ES in 18 ES) je treba razlagati tako, da zagotavljata pravico do prebivanja na ozemlju držav članic, ki temelji na državljanstvu Unije in ki je neodvisna od pravice do gibanja med državami članicami. Ti določbi ne prepovedujeta državi članici, da zavrne odobritev izvedene pravice do prebivanja predniku, ki je družinski član državljana Unije, ki je državljan zadevne države članice in ki še ni izvrševal pravice do prostega gibanja, če je ta odločitev v skladu z načelom sorazmernosti.

– Člen 18 PDEU (prej člen 12 ES) je treba razlagati tako, da prepoveduje povratno diskriminacijo, ki nastane zaradi stika člena 21 PDEU z nacionalnim pravom, ki povzroči kršitev temeljne pravice, varovane po pravu EU, kadar po nacionalnem pravu ni zagotovljeno vsaj enakovredno varstvo.

– V času dejanskega stanja, ki je predmet postopka v glavni stvari, se ne državljan države nečlanice ne državljan Unije – ne glede na to, ali je na ozemlju države članice, katere državljan je, ali drugje na ozemlju držav članic – ni mogel sklicevati na temeljno pravico do spoštovanja družinskega življenja po pravu EU kot na samostojno pravico, neodvisno od vsakršne druge povezave s pravom EU.“