ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-ЖА E. SHARPSTON
представено на 30 септември 2010 година[1]

1. Настоящото запитване от Tribunal du travail de Bruxelles се отнася до обхвата на правото на пребиваване на граждани на трети страни, които са родители на малолетен гражданин на Съюза, който все още не е напускал държавата членка, в която е роден.

2. В отговор на отправените от националната юрисдикция въпроси Съдът трябва да направи труден и важен избор във връзка с редица проблеми. Какви точно са последиците от гражданството на Съюза? Обстоятелствата, по повод на които е образувано националното производство, представляват ли „чисто вътрешно“ за съответната държава членка положение, в което правото на Европейския съюз (наричан по-нататък „ЕС“) не следва да има значение? Или пълното признаване на правата (включително бъдещи), които по необходимост произтичат от гражданството на Съюза, на основание на правото на ЕС, а не на националното право, означава ли, че малолетен гражданин на ЕС има правото да пребивава навсякъде в рамките на територията на ЕС (включително в държавата членка, на която е гражданин)? Ако това е така, осигуряването на ефективна възможност той да упражнява посоченото право може да е свързано с предоставянето на право на пребиваване на неговия родител, гражданин на трета страна, ако в противен случай би се стигнало до съществено нарушение на основните права.

3. Въпросът в по-теоретичен план е дали упражняването на правата, предоставени на гражданите на Съюза — подобно на упражняването на класическите икономически „свободи“ — зависи от предварителното извършване на трансгранично свободно движение (без значение дали същото се явява случайно, маловажно или на далечно разстояние), преди да се предяви съответната претенция? Или европейското гражданство обръща поглед напред към бъдещето, а не назад към миналото, за да определи правата и задълженията, които предоставя? Същият въпрос от малко по-различна гледна точка е: представлява ли гражданството на Съюза само неикономическа проява на добре познатите по рода си права на свободно движение, които отдавна съществуват в полза на икономически активните лица и на лицата със собствени средства за издръжка? Или то има по-радикален смисъл — гражданство в пълния смисъл, съпътствано от пълния набор права и задължения в рамките на

1 — Език на оригиналния текст: английски.

правов Съюз [2], неразделна част от който по необходимост е зачитането на основните права?

Правата, свободите и принципите, съдържащи се в Хартата, се тълкуват съгласно общите разпоредби на дял VII на Хартата, уреждащи нейното тълкуване и прилагане, и като надлежно се вземат предвид разясненията в Хартата, които посочват източниците на тези разпоредби.

Правна уредба

Относимо право на ЕС

4. Член 6 от ДЕС (предишен член 6 ЕС) гласи:

„1. Съюзът зачита правата, свободите и принципите, определени в Хартата на основните права на Европейския съюз от 7 декември 2000 г., адаптирана на 12 декември 2007 г. в Страсбург, която има същата юридическа сила като Договорите.

Разпоредбите на Хартата не разширяват по никакъв начин определените в Договорите области на компетентност на Съюза.

2 — Заимствам израза „правов Съюз“ от заключението на генералния адвокат Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer по дело Jörn Petersen (C-228/07, Сборник, стр. I-6989), точка 32. След внезапната му и преждевременна кончина на 12 ноември 2009 г. поех работата по настоящото запитване. Още тук бих искала да изтъкна както работата, така и усилията, които той вече бе положил по това дело, а така също и в по-общ план качеството и мащаба на неговия принос към правото, което за него все още бе „общностно“, а не „на ЕС“.

2. Съюзът се присъединява към Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи. Това присъединяване не променя областите на компетентност на Съюза, така както са определени в Договорите.

3. Основните права, както са гарантирани от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи и както произтичат от общите конституционни традиции на държавите членки, са част от правото на Съюза в качеството им на общи принципи“.

5. Член 18 ДФЕС (предишен член 12 ЕО) предвижда:

„В обхвата на приложение на Договорите и без да се засягат специалните разпоредби, съдържащи се в него, се забранява всякаква дискриминация на основание гражданство.

[…]“

6. Член 20 ДФЕС (предишен член 17 ЕО) гласи:

„1. Създава се гражданство на Съюза. Всяко лице, което притежава гражданство на държава членка, е гражданин на Съюза. Гражданството на Съюза се добавя към, а не замества националното гражданство.

2. Гражданите на Съюза се ползват с правата и имат задълженията, предвидени от Договорите.

[…]“

7. Член 21 ДФЕС (предишен член 18 ЕО) предвижда:

„1. Всеки гражданин на Съюза има право свободно да се движи и да пребивава в рамките на територията на държавите членки при спазване на ограниченията и условията, предвидени в Договорите, и на мерките, приети за тяхното осъществяване.

[…]“

8. Членове 7, 21 и 24 от Хартата на основните права на Европейския съюз [3] гласят:

„Член 7

Зачитане на личния и семейния живот

Всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговите съобщения.

[…]

Член 21

Недискриминация

1. Забранена е всяка форма на дискриминация, основана по-специално на пол, раса, цвят на кожата, етнически или социален произход, генетични характеристики, език, религия или убеждения, политически или други мнения, принадлежност към национално малцинство, имотно състояние, рождение, увреждане, възраст или сексуална ориентация.

3 — Прокламирана в Ница на 7 декември 2000 г. (ОВ C 364, 2000 г., стр. 1). На 29 ноември 2007 г., след като е заличено упоменаването на Европейската конституция, Европейският парламент одобрява актуализирана редакция (ОВ C 303, 2007 г., стр. 1).

2. В областта на прилагане на Договорите и без да се засягат техните особени разпоредби, се забранява всяка форма на дискриминация, основана на гражданството.

[…]

Член 24

Права на детето

1. Децата имат право на закрила и на грижите, необходими за тяхното благоденствие. Те могат да изразяват свободно своето мнение. То се взема под внимание по въпросите, които ги засягат, в зависимост от възрастта и зрелостта им.

2. При всички действия, които се предприемат от публичните власти или частни институции по отношение на децата, висшият интерес на детето трябва да бъде от първостепенно значение.

3. Всяко дете има право да поддържа редовно лични отношения и преки контакти с двамата си родители, освен когато това е против неговия интерес".

Относими международни разпоредби

9. Член 17 от Международния пакт за граждански и политически права [4] предвижда:

„1. Никой не може да бъде обект на своеволно и незаконно вмешателство в личния му живот, семейството му, дома или кореспонденцията му, нито на незаконно накърняване на неговата чест и добро име.

2. Всяко лице има право на законна защита срещу подобно вмешателство или накърняване".

10. Член 9, параграф 1 от Конвенцията за правата на детето [5] гласи:

„Държавите — страни по конвенцията, осигуряват детето да не бъде разделяно от родителите си против тяхната воля, освен когато компетентните власти решат в съответствие с приложимите закони и процедури и при възможност за съдебен преглед, че такова разделяне е необходимо за висшите интереси на детето. Такова решение може да бъде необходимо в някои особени случаи, като например малтретиране или изоставяне на детето от родителите

4 — Договор, открит за подписване на 19 декември 1966 г., United Nations Treaty Series, том 999, стр. 171 и том 1057, стр. 407, обн. ДВ, бр. 43, 28 май 1976 г. Всички държави — членки на Европейския съюз, са страни по Пакта и няма внесени резерви по член 17.

5 — Договор, приет с Резолюция 44/25 от 20 ноември 1989 г., United Nations Treaty Series, том 1577, стр. 3, ДВ, бр. 55, 12.7.1991 г. Всички държави членки на ЕС са страни по конвенцията и не са правили резерви по член 9, параграф 1.

или когато родителите живеят разделени и трябва да се вземе решение относно местоживеенето на детето“.

11. Член 8 от Европейската конвенция за правата на човека (наричана по-нататък „ЕКПЧ“) и член 3 от Протокол № 4 към нея гласят следното [6]:

„*Член 8*

1. Всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговата кореспонденция.

2. “Намесата на държавните власти в ползването на това право е недопустима освен в случаите, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления, за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите. […]

Член 3 от Протокол № 4

„1. Никой не може да бъде експулсиран по силата на индивидуални или колективни мерки от територията на държавата, на която е гражданин.

2. Никой не може да бъде лишен от правото да влезе на територията на държавата, на която е гражданин“.

Относимо национално законодателство

Кралски указ от 25 ноември 1991 г.

12. Член 30 от Кралския указ от 25 ноември 1991 г. относно правилата в случай на безработица, предвижда следното:

„За да има право на обезщетение за безработица, работникът или служителят на пълно работно време трябва да е работил квалификационен период, който включва следния брой работни дни:

1. […]

6 — Подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. и ратифицирана от всички държави — членки на Европейския съюз, обн. ДВ. бр. 80 от 2 октомври 1992 г., изм. ДВ, бр. 137, 20 ноември 1998 г. Положението във връзка с Протокол № 4 е малко по-сложно. В момента Гърция нито е подписала, нито е ратифицирала протокола, докато Обединеното кралство го е подписало, но не го е ратифицирало. Австрия, Ирландия и Нидерландия са направили резерви по конкретни аспекти на член 3, които са неотносими спрямо обстоятелствата и въпросите по настоящото дело.

2. 468 в рамките на 27 месеца преди подаването на искането за обезщетение, ако работникът или служителят е на възраст между 36 и 50 години;

[…]“

13. Член 43, параграф 1 от Кралския указ гласи:

„При спазване на предходните разпоредби работникът или служителят, който е чужд гражданин или лице без гражданство, има право на обезщетение за безработица, ако спазва законодателството относно чужденците и относно трудовата заетост на чуждестранните работници или служители.

Полаганият в Белгия труд се взема предвид само ако е в съответствие със законодателството относно трудовата заетост на чуждестранните работници или служители“.

14. Съгласно относимите разпоредби на белгийското законодателство (член 40 от Закона от 15 декември 1980 г. и член 2 от Кралския указ от 9 юни 1999 г.) съпругът на чужд гражданин от ЕО и неговите деца или децата на неговия съпруг, които са на тяхна издръжка, следва да се третират като чуждестранен гражданин от ЕО, независимо от гражданството им, при положение че пристигат с цел да се установят заедно с него.

15. Родините по възходяща линия на белгийски гражданин или на чуждестранен гражданин от ЕО, които са на издръжка на последните, независимо от гражданството си не се нуждаят от разрешения за работа (по силата съответно на член 2, параграф 2, точка 2, буква b) от Кралския указ за прилагане на Закона от 30 април 1999 г. относно трудовата заетост на чуждестранните работници или служители и на член 40, параграф 4, точка iii) от Закона от 15 декември 1980 г.).

Кодекс за белгийското гражданство

16. Съгласно член 10, параграф 1 от Кодекса за белгийското гражданство в редакцията му, приложима към съответния момент, белгийско гражданство има и:

„[Д]ете, родено в Белгия, което преди да достигне 18-годишна възраст или пълнолетие би се оказало без гражданство, ако не притежаваше белгийско гражданство“.

17. Впоследствие Законът от 27 декември 2006 г. прави невъзможно за родено в Белгия дете от родители, които не са белгийски граждани, да придобие белгийско гражданство, „ако посредством надлежни административни действия,

предприети пред дипломатическите или консулските власти на страната, на която е/са гражданин/и родителят/ите на детето, законният/те представител/и на детето може/могат да получат различно гражданство за това дете“.

Фактите и главното производство

18. Г-н Ruiz Zambrano, както и съпругата му, г-жа Moreno López, са колумбийски граждани. Те пристигат в Белгия на 7 април 1999 г. с виза, издадена от белгийското посолство в Богота, заедно с първото си дете.

19. Седмица по-късно г-н Ruiz Zambrano иска убежище в Белгия. Той основава искането си на необходимостта принудително да напусне Колумбия, след като от 1997 г. е бил подложен на непрестанно изнудване (придружено от заплахи за отнемане на живота) от страна на незаконни въоръжени отряди, станал е свидетел на физически нападения над брат му и е изпитал страданието, свързано с отвличането на тригодишния му син за една седмица през януари 1999 г.

20. На 11 септември 2000 г. Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (Главен комисариат за бежанците и лицата без гражданство) отхвърля молбата на г-н Ruiz Zambrano за убежище и му разпорежда да напусне Белгия. Същият орган обаче прибавя клауза за забрана за връщане (*non-refoulement*), съгласно която г-н Ruiz Zambrano и неговото семейство не трябва да се изпращат обратно в Колумбия поради критичното положение там.

21. Въпреки това разпореждане на 20 октомври 2000 г. г-н Ruiz Zambrano иска от Office des Étrangers (Служба за чужденците) да му бъде издадено разрешение за пребиваване. Впоследствие той подава още две молби [7]. По трите молби е постановен отказ. Г-н Ruiz Zambrano иска отмяната на споменатите решения, а междувременно моли да се спре изпълнението на разпореждането, съгласно което трябва да напусне Белгия. Към момента на отправяне на настоящото преюдициално запитване жалбата за отмяна все още е висяща пред Conseil d'État.

22. Г-н Ruiz Zambrano и съпругата му са регистрирани в община Schaerbeek на 18 април 2001 г.

23. През октомври 2001 г. г-н Ruiz Zambrano намира работа на пълно работно време в белгийското предприятие Plastoria S.A. (наричано по-нататък „Plastoria“) в цеха му в Брюксел, където изпълнява задължения, свързани с работата в цеха, по безсрочен трудов договор. Полагането на труд е надлежно обявено в Office national de la sécurité sociale (Национална служба за социално осигуряване). От заплатата му се правят обичайните установени по

7 — Последващите молби са подадени след раждането на второто и третото му дете: вж. по-долу, точка 26.

закон социалноосигурителни удръжки и в съответствие с това работодателят му е задължен (и изпълнява своето задължение) да прави съответните вноски. Актът за преюдициално запитване не посочва изрично дали (както се случва често) доходът на г-н Ruiz Zambrano е бил облаган при източника и с данък върху дохода.

24. Когато Plastoria наема на работа г-н Ruiz Zambrano, последният не разполага с разрешение за работа. Освен това в продължение на петте години, през които той работи в това предприятие, такова не му е било издавано.

25. Междувременно, на 1 септември 2003 г., съпругата му ражда второ дете, Diego, а на 26 август 2005 г. и трето дете, Jessica. И двете деца са родени в Белгия. Съгласно член 10, параграф 1 от белгийския Кодекс за гражданството двете деца стават белгийски граждани [8]. По време на съдебното заседание процесуалният представител на г-н Ruiz Zambrano уведоми Съда, че понастоящем Diego и Jessica са записани в училището в Schaerbeek.

26. Раждането на Diego и Jessica служи като основание за подаването съответно на втората и третата молба пред Службата за чужденците [9]. Във всяка от тези молби г-н Ruiz Zambrano твърди, че раждането на дете, което е белгийски гражданин, му дава право на разрешение за пребиваване на основание на Закона от 15 декември 1980 г. и на член 3 от Протокол № 4 към Европейската конвенция за правата на човека.

27. В резултат от третата молба белгийските органи постановяват решение, с което предоставят на г-н Ruiz Zambrano регистрационно удостоверение за пребиваване, което обхваща престоя му в Белгия от 13 септември 2005 г. до 13 февруари 2006 г. След като той обжалва различните решения за отказ да му бъде издадено разрешение за пребиваване, престоят в Белгия на г-н Ruiz Zambrano се урежда със специално разрешение до окончателното приключване на споменатите производства.

28. На 10 октомври 2005 г. договорът на г-н Ruiz Zambrano временно е прекратен. Той незабавно подава молба за временни обезщетения за безработица в Office national de l'emploi (Национална служба за заетост). Молбата му в крайна сметка е отхвърлена на основание, че той не притежава разрешение за работа (тъй като престоят му в Белгия е нередовен). Първоначално той подава жалба пред Tribunal du travail (съд по трудови спорове), с която оспорва посочения отказ (наричана по-нататък

8 — В съответствие с относимото колумбийско законодателство децата, родени извън територията на Колумбия, не получават колумбийско гражданство, освен при направено изрично изявление в този смисъл пред длъжностните лица в съответното консулско представителство. Подобно изявление не е правено във връзка с Diego и Jessica Ruiz Moreno.

9 — Вж. точка 21 по-горе.

„първата жалба“), но скоро след това отново е назначен на работа в Plastoria на пълно работно време.

29. В резултат обаче на първата жалба белгийските органи по трудова заетост извършват проверки, за да установят при какви условия г-н Ruiz Zambrano е нает на работа. На 11 октомври 2006 г. помещенията на Plastoria са посетени от инспектор. Той установява, че г-н Ruiz Zambrano е на работа и потвърждава, че същият няма разрешение за работа. Инспекторът издава разпореждане за незабавно прекратяване на трудовата му заетост. Plastoria надлежно прекратява трудовия договор с г-н Ruiz Zambrano, без обезщетение, на основание на непреодолима сила, като издава официален документ (наричан по-нататък „формуляр C4“), с който удостоверява, че през целия период на трудова заетост от октомври 2001 г. до октомври 2006 г. са му правени вноски за социално осигуряване и безработица.

30. Белгийските органи по трудова заетост решават, че няма данни за извършено престъпление от страна на Plastoria, като заявяват, че освен наемането на работа на г-н Ruiz Zambrano без съответното разрешение, предприятието не е допуснало други нарушения на изискванията във връзка със социалноосигурителните му задължения, внасянето на редовна документация относно трудовата заетост, осигуряването срещу трудова злополука или във връзка със задълженията му относно трудовото възнаграждение.

31. След като се оказва безработен, г-н Ruiz Zambrano отново подава молба в Националната служба по заетост, този път за пълно обезщетение за безработица. Изплащането на обезщетение отново му е отказано. Г-н Ruiz Zambrano отново подава жалба до Tribunal du travail de Bruxelles срещу това решение (наричана по-нататък „втората жалба“). Първата и втората жалба образуват предмета на главното производство пред запитващата юрисдикция.

32. В писменото си становище белгийското правителство заявява, че в резултат на предприета от правителството мярка за уреждане на особените положения на лицата, пребиваващи незаконно в страната, на 30 април 2009 г. на г-н Ruiz Zambrano е предоставено временно и подлежащо на подновяване разрешение за пребиваване, както и разрешение за работа (тип C). Последното няма обратно действие; поради което продължава да се счита, че за трудовата заетост на г-н Ruiz Zambrano в Plastoria от 2001 г. до 2006 г. няма издадено разрешение за работа.

Отправените въпроси

33. В производствата, образувани срещу двете решения на Националната служба по заетост, с които искането на г-н Ruiz Zambrano за временно и за пълно

обезщетение за безработица е отхвърлено, Tribunal du travail de Bruxelles (съд по трудови спорове, Брюксел) отправя следните преюдициални въпроси:

„1) Предоставят ли един или някои от членове 12 [ЕО], 17 [ЕО] и 18 [ЕО], разгледани поотделно или във връзка един с друг, право на пребиваване на гражданин на Съюза на територията на държавата членка, чийто гражданин е той, независимо от това дали преди това е упражнил правото си на придвижване на територията на държавите членки?

2) Трябва ли членове 12 [ЕО], 17 [ЕО] и 18 [ЕО] във връзка с разпоредбите на членове 21, 24 и 34 от Хартата на основните права да се тълкуват в смисъл, че правото, което признават без дискриминация, основана на гражданство, на всеки гражданин на Съюза да се придвижва и да пребивава свободно на територията на държавите членки, предполага — когато този гражданин е малолетен и издръжката му е поета от гражданин на трета държава, който му е роднина по възходяща линия — че ползването на правото на пребиваване на това дете на територията на държавата членка, в която живее и чийто гражданин е, трябва да му бъде гарантирано, независимо от упражняването преди това от него лично или от неговия законен представител на правото на придвижване, като се допълни това право на пребиваване с полезното действие, чиято необходимост е призната от общностната съдебна практика (Решение от 19 октомври 2004 г. по дело Zhu и Chen, C-200/02), и като се предостави на гражданина на трета държава, който му е роднина по възходяща линия, поел е издръжката му и разполага с достатъчно средства и здравна осигуровка, производното право на пребиваване, от което този гражданин на трета държава би се ползвал, ако малолетното дете, чиято издръжка той е поел, бе гражданин на Съюза, който няма гражданството на държавата членка, на чиято територия пребивава?

3) Трябва ли членове 12 [ЕО], 17 [ЕО] и 18 [ЕО] във връзка с разпоредбите на членове 21, 24 и 34 от Хартата на основните права да се тълкуват в смисъл, че правото на пребиваване на малолетно дете, гражданин на държава членка, на чиято територия живее, предполага, че гражданинът на трета държава, който му е роднина по възходяща линия и е поел издръжката му, трябва да бъде освободен от изискването за разрешително за работа и който, ако не се счита наложеното от вътрешното право на държавата членка, в която пребивава, изискване за разрешително за работа, отговаря, работейки като нает лице, включено в социалноосигурителната система на посочената държава, на условието да разполага с достатъчно средства и здравна осигуровка с цел да се придаде на правото на пребиваване на това дете полезното действие, което общностната съдебна практика (Решение по дело Zhu и Chen, посочено по-горе) признава в полза на малолетно дете,

европейски гражданин, с различно гражданство от това на държавата членка, в която пребивава, издръжката за което е поета от гражданин на трета държава, който му е роднина по възходяща линия?“.

34. Писмени становища представят г-н Ruiz Zambrano, белгийското, датското, германското, гръцкото, ирландското, нидерландското, австрийското и полското правителство, както и Комисията.

35. Процесуалният представител на г-н Ruiz Zambrano и представителите на белгийското, датското, гръцкото, френското, ирландското и нидерландското правителство присъстват на съдебното заседание на 26 януари 2010 г. и представят устно становища.

Предварителни въпроси

36. Никоя от страните в настоящото преюдициално производство не оспорва конкретно допустимостта на отправеното запитване. Ще разгледам накратко обаче два въпроса.

37. Първият е дали отправените въпроси имат действително значение за делото пред националната юрисдикция.

38. От изложеното в акта за преюдициално запитване е видно, че г-н Ruiz Zambrano отговаря на материалноправните условия за получаване на обезщетение за безработица (сред които са да е работил най-малко 468 дни през последните 27 месеца преди отправяне на искането съгласно изискванията на член 30 от Кралския указ от 25 ноември 1991 г. и да е правил съответните социалноосигурителни вноски). Като пречки пред искането му се явяват две взаимосвързани обстоятелства. Първо, съгласно националното право [10] може да се взема предвид единствено трудовата заетост в съответствие със законодателството за чужденците и чуждестранните работници или служители. Прилагането на това условие би означавало да не се отчете трудовата заетост при пълно работно време на г-н Ruiz Zambrano в Plastoria от 1 октомври 2001 г. до 12 октомври 2006 г, тъй като в нито един момент през посочения период той не е притежавал разрешение за работа; а притежава регистрационно удостоверение за пребиваване едва след 13 септември 2005 г. [11] Второ, съгласно националното право, за да получава обезщетения, чуждестранният работник или

10 — Член 43, параграф 1, второ изречение от Кралския указ от 25 ноември 1991 г. и член 7, параграф 14, второ изречение от Декрет-закон от 28 декември 1944 г.

11 — Вж. съответно точки 24 и 22 по-горе.

служител трябва да спазва законодателството за чужденците [12].

39. Като цяло исканията на г-н Ruiz Zambrano пред националната юрисдикция са насочени към това да се установи, че като гражданин на трета страна, който е баща на деца с белгийско гражданство, а) неговото положение може да се приравни на положението на гражданин на ЕС, или б) той притежава производно право на пребиваване, поради това че освен белгийски граждани, неговите деца са и граждани на Съюза. Както буква а), така и буква б) биха осигурили материалното право на пребиваване съгласно правото на ЕС [13]; сама по себе си хипотезата по буква а) би го освободила от необходимостта да притежава разрешение за работа; а може да се твърди, че хипотезата по буква б) би му позволила да се ползва, по необходима аналогия, от премахването на изискването за разрешение за работа съгласно член 2, параграф 2, точка 2, буква б) от Закона от 30 април 1999 г. по отношение на възходящи роднини *на издръжка* на белгийски гражданин. В противен случай (съгласно логиката в доводите) налице би била обратна дискриминация срещу белгийските граждани, които не са упражнявали правото си на свободно движение съгласно правото на ЕС, доколкото не биха били в състояние да се ползват от разпоредбите за събирането на семейства [14], които дават възможност както към гражданин на ЕС, който се е преместил в Белгия от друга държава членка, така и към белгиец, който по-рано е упражнил свободата си на движение, да се присъедини възходящ член на семейството, който сам се издържа и е гражданин на трета страна.

40. Въпреки че непосредственият предмет на производството пред националната юрисдикция е свързан с искане, попадащо под действието на социалноосигурителното/трудовото право относно предоставянето на обезщетение за безработица, а не с административно-правна молба за издаване на разрешение за пребиваване, в този смисъл е ясно, че националната юрисдикция не може да се произнесе по делото, с което е сезирана, без да е запозната а) дали г-н Ruiz Zambrano може да се позовава на производни права съгласно правото на ЕС, поради това че като белгийски граждани неговите деца са граждани и на Съюза, и б) с какви права би разполагал белгиец, който поради това че е гражданин на Съюза, *по-рано се е* преместил в друга държава членка, след което се е завърнал в Белгия (за да се прецени доводът относно обратната дискриминация и евентуално за да се приложат относимите

12 — Член 43, параграф 1, първо изречение и член 69, параграф 1 от Кралския указ от 25 ноември 1991 г. и член 7, параграф 14, първо изречение от Декрет-закон от 28 декември 1944 г.

13 — Съгласно установената съдебна практика разрешението за пребиваване служи по-скоро да потвърди правото на пребиваване, а не го предоставя: вж. Решение от 8 април 1976 г. по дело Royer (48/75, Recueil, стр. 487), точка 50 и Решение от 17 февруари 2005 г. по дело Oulane (C-215/03, Recueil, стр. I-1215), точка 25.

14 — Директива 90/364/ЕИО на Съвета от 28 юни 1990 година относно правото на пребиваване (ОВ L 180, 1990 г., стр. 26), понастоящем заменена от Директива 2004/38/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно правото на граждани на Съюза и на членове на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите членки (ОВ L 158, 2004 г., стр. 77, Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 56).

националноправни норми). Освен това националната юрисдикция относително подробно разяснява, че националното право [15] се позовава на правото на ЕС относно определението за член на семейството на гражданин на Съюза, като посочва, че този въпрос е от значение за разрешаването на делото пред нея [16].

41. Вторият въпрос произтича от това, че процесуалният представител на г-н Ruiz Zambrano уведомява Съда, че белгийският Conseil d'État и Cour Constitutionnelle наскоро са се произнесли във връзка със сходни обстоятелства, че в резултат от обратната дискриминация, създадена от правото на ЕС, е налице нарушение на конституционния принцип на равенство [17]. Поради това би могло евентуално да се мисли, че настоящото запитване е станало излишно. С други думи: нуждае ли се все още запитващата юрисдикция от отговори на въпросите си относно правото на ЕС сега, когато разполага с посочените насоки в рамките на националното право, постановени от висшите съдилища в страната?

42. Според мен тя се нуждае от тези отговори.

43. Преди Tribunal du travail да може да приложи практиката, установена от Conseil d'État и Cour Constitutionnelle, той ще трябва да установи дали в резултат от взаимодействието между правото на ЕС и националното право действително възниква положение на обратна дискриминация. За целта той има нужда да получи насоки от Съда относно правилното тълкуване на правото на ЕС. В миналото Съдът е определял критериите, които обслужват именно тази цел: да се улесни задачата на запитващата юрисдикция относно съпоставянето на положението съгласно правото на ЕС с това съгласно националното право [18]. По редица дела той приема, че следва да се произнесе, когато „тълкуването на разпоредбите на общностното право [сега правото на ЕС] би могло евентуално да бъде полезно за националната юрисдикция, по-специално в хипотезата, когато правото на съответната държава членка изисква всеки неин гражданин да се ползва от същите права, които гражданин на друга държава членка би могъл да получи въз основа на общностното право [сега правото на ЕС] в положение, прието

15 — Член 40а от Закона от 15 декември 1980 г. и член 2 от Кралския указ от 9 юни 1999 г.

16 — Вж. Решение на Съда от 18 октомври 1990 г. по дело Dzodzi и др. (C-297/88 и C-197/89, Recueil, стр. I-3763), точка 42.

17 — Conseil d'État [Държавен съвет], решение 193.348 от 15 май 2009 г. и решение 196.294 от 22 септември 2009 г., Cour Constitutionnelle [Конституционен съд], решение 174/2009 от 3 ноември 2009 г.

18 — Вж. например Решение от 5 декември 2000 г. по дело Guimont (C-448/98, Recueil, стр. I-10663), точка 23, Решение от 5 март 2002 г. по дело Reisch и др. (съединени дела C-515/99, C-519/99—C-524/99 и C-526/99—C-540/99, Recueil, стр. I-2157), точка 26, Решение от 11 септември 2003 г. по дело Anomar и др. (C-6/01, Recueil, стр. I-8621), точка 41 и Решение от 1 април 2008 г. по дело Правителство на Communauté française и Gouvernement wallon/Gouvernement flamand (C-212/06, Сборник, стр. I-1683), точка 29.

от тази юрисдикция за подобно“ [19]. Действително представителят на Белгия прие по време на устната фаза на производството, че запитващата юрисдикция ще има нужда от отговора на Съда на Европейския съюз, за да разгледа въпроса за наличието на обратна дискриминация поради действието на правото на ЕС.

44. Оттук следва, че Съдът трябва да отговори на отправените въпроси.

Преподреждане на проблемите, които следва да се разрешат

45. Поставените от националната юрисдикция въпроси се отнасят до три групи доводи. Макар че от самата формулировка на отправените въпроси може би тези групи доводи не се очертават съвсем ясно, те могат да се изведат от по-подробния анализ, направен в акта за преюдициално запитване.

46. Основният въпрос на запитващата юрисдикция е дали за да се приложат разпоредбите на Договора относно гражданството на Съюза, е необходимо да се приложи правото на свободно движение. Запитващата юрисдикция съзнава ясно, че членове 20 ДФЕС и 21 ДФЕС в концептуален план се различават от свободното движение на работници по член 45 ДФЕС, от свободата на установяване по член 49 ДФЕС (или всъщност от всички „икономически“ свободи, закрепени в член 34 ДФЕС и сл.). В каква точно степен обаче се отличават разпоредбите относно гражданството?

47. На следващо място националната юрисдикция се спира на ролята, която изпълняват основните права (и по-специално основното право на семеен живот съгласно практиката на Съда, установена с Решение по дело Carpenter [20], Решение по дело MRAX [21] и Решение по дело Zhu и Chen [22]) за определяне на приложното поле на членове 20 ДФЕС и 21 ДФЕС.

48. Накрая, националната юрисдикция иска да установи каква е функцията на член 18 ДФЕС при защитата на физическите лица срещу обратната дискриминация, създадена от правото на ЕС посредством разпоредбите относно гражданството на Съюза.

19 — Решение по дело Правителство на Communauté française и Gouvernement wallon/Gouvernement flamand, посочено в предходната бележка под линия, точка 40.

20 — Решение от 11 юли 2002 г. по дело Carpenter (C-60/00, Recueil, стр. I-6279).

21 — Решение от 25 юли 2002 г. по дело MRAX (C-459/99, Recueil, стр. I-6591).

22 — Решение от 19 октомври 2004 г. по дело Zhu и Chen (C-200/02, Recueil, стр. I-9925). След като разгледах преписката на националния съд по дело Zhu и Chen, използвам повода да изясня отдавнашното объркване в позоваването. Майката на Catherine е родена с името Lavette Man Chen. Тя се омъжва за Guoqing Zhu (известен като Hopkins Zhu) и става г-жа Zhu. Дъщерята на двамата се казва Catherine Zhu. Майката и дъщерята са с една и съща фамилия Zhu към момента на подаването на акта за преюдициално запитване по дело C-200/02. Посочването на името Chen (и последвалото объркване кой от жалбоподателите по главното производство е Zhu и кой Chen) е в резултат на обикновено недоразумение.

49. За яснота, както и за да се даде полезен отговор на запитващата юрисдикция, ще възприема следния подход по отношение на трите въпроса.

50. Първо, ще разгледам въпроса дали Diego и Jessica могат да претендират за наличието на права на основание членове 20 ДФЕС и 21 ДФЕС в качеството си на граждани на Съюза, независимо че (все още) не са напускали държавата членка на своето гражданство; както и дали г-н Ruiz Zambrano би могъл поради това да претендира за наличието на производно право на пребиваване, за да присъства в Белгия с цел да полага грижи и да осигурява издръжката на малките си деца („въпрос 1“). Разглеждането на този въпрос налага да разгледам дали — както настоятелно се твърди — става дума за „чисто вътрешно“ положение, или всъщност съществува достатъчно силна връзка с правото на ЕС, която позволява да се претендира за наличието на права, свързани с гражданството. Този въпрос повдига и проблема дали член 21 ДФЕС включва две самостоятелни права — правото на движение *и*, отделно от него, правото на пребиваване — или пък предоставя единствено право на движение (а едва *след това* на пребиваване).

51. Второ, ще се спра на въпроса за обратната дискриминация, който многократно се повдига от националната юрисдикция. Ето защо ще разгледам приложното поле на член 18 ДФЕС и ще потърся отговор на въпроса дали той би могъл да се приложи, за да се разрешат хипотезите на обратна дискриминация, създадени от разпоредбите на правото на ЕС, свързани с гражданството на Съюза („въпрос 2“). Въпреки че през последните години[23] този въпрос бе засяган, той все още остава неразрешен.

52. Накрая ще разгледам въпроса относно основните права („въпрос 3“). В акта за преюдициално запитване националната юрисдикция съвсем ясно отбелязва, че иска указания дали основното право на семеен живот изпълнява определена роля в настоящия случай, при който нито гражданин на Съюза, нито неговите родители от Колумбия са напускали Белгия. Този въпрос на свой ред повдига по-елементарния въпрос, а именно какъв е обхватът на основните права на ЕС? Възможно ли е самостоятелното им предявяване? Или трябва в определено отношение те да са прикрепени към някое друго класическо право на ЕС?

53. Тъй като е ясно, че въпросът относно основните права се явява лайтмотив и в трите въпроса, преди да пристъпя към очертания анализ във въведението, ще разгледам има ли основание да се приеме, че за г-н Ruiz Zambrano и неговото семейство съществува реална опасност да бъде нарушено основното право на семеен живот съгласно правото на ЕС.

23 — Вж. по-специално моето заключение към Решение по дело Правителство на Communauté française и Gouvernement wallon/Gouvernement flamand, посочено по-горе в бележка под линия 18.

Въведение: обстоятелствата, свързани със семейство Ruiz Zambrano, и потенциалното нарушение на основното право на ЕС на семеен живот

54. В Решение по дело Carpenter [24] Съдът признава основното право на семеен живот като част от общите принципи на правото на ЕС. Той стига до този извод, позовавайки се на практиката на Европейския съюз по правата на човека (наричан по-нататък „Съдът в Страсбург“). В Решение по дело Boultif [25] Съдът в Страсбург приема, че „извеждането на лице от страната, в която живеят близки членове на неговото семейство, може да съставлява нарушение на правото на зачитане на семейния живот, гарантирано в член 8, параграф 1 от [ЕКПЧ]“ [26]. Понятието „семейство“ съгласно ЕКПЧ се свежда най-вече до основната част от семейството [27], която очевидно включва г-н Ruiz Zambrano и г-жа Moreno López като родители на Diego и Jessica.

55. Установената практика на Съда в Страсбург също е в смисъл, че отделянето на лице от членовете на неговото семейство е допустимо единствено когато се установи, че то е „необходимо в едно демократично общество, тоест е обосновано от императивна обществена потребност, и по-специално е пропорционално на преследваната легитимна цел“ [28]. Прилагането на член 8, параграф 2 от ЕКПЧ, който въвежда дерогация на правото, гарантирано от член 8, параграф 1 от ЕКПЧ, води до извършването на проверка за пропорционалност, която отчита (по-специално) обстоятелства като момента на установяване на семейството, добросъвестността на ищеца или жалбоподателя, културните и социални различия на държавата, в която членовете на семейството ще бъдат отведени, и тяхната степен на интеграция в обществото на договарящата държава [29].

56. От своя страна Съдът на Европейския съюз, макар до голяма степен да се позовава на практиката на съда в Страсбург, развива собствена линия на разсъждение. Накратко, Съдът предоставя защита в следните случаи и/или като се позовава на следните фактори [30].

24 — Посочено в бележка под линия 20 по-горе, точка 41, вж. също Решение по дело MRAX, посочено по-горе в бележка под линия 21 по-горе, точка 53, Решение от 23 септември 2003 г. по дело Akrich (C-109/01, Recueil, стр. I-9607), точки 58 и 59, Решение от 14 април 2005 г. по дело Комисия/Испания (C-157/03, Recueil, стр. I-2911), точка 26, Решение от 31 януари 2006 г. по дело Комисия/Испания (C-503/03, Recueil, стр. I-1097), точка 41, Решение от 27 април 2006 г. по дело Комисия/Германия (C-441/02, Recueil, стр. I-3449), точка 109, Решение от 27 юни 2006 г. по дело Парламент/Съвет (C-540/03, Recueil, стр. I-5769), точка 52 и Решение от 25 юли 2008 г. по дело Metock и др. (C-127/08, Сборник, стр. I-6241), точка 79. Относно правото на Общността на семеен живот и значението му за гражданите на трети страни вж. *Carrera*, S. In Search of the Perfect Citizen?, Marinus Nijhoff Publishers. Leiden, 2009, p. 375—388.

25 — ЕСПЧ, Решение по дело Boultif с/у Швейцария от 2 август 2001 г., § 39, 41 и 46, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX.

26 — Вж. също Решение по дело Amrollahi с/у Дания от 11 юли 2002 г., § 33 и 44, непубликувано.

27 — ЕСПЧ, Решение по дело Slivenko с/у Латвия от 9 октомври 2003 г., § 94, Recueil des arrêts et décisions 2003-X.

28 — Вж. ЕСПЧ, Решение по дело Mehemi с/у Франция от 26 септември 1997 г., § 34, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI и Решение по дело Dalia с/у Франция от 19 февруари 1998 г., § 52, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.

29 — Решение по дело Sen с/у Нидерландия от 21 декември 2001 г., § 40, непубликувано.

30 — Относно различията между практиката на Съда и на Съда в Страсбург във връзка с член 8 от ЕКПЧ вж. *Sudre*, F. Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. 3. ed., Paris, PUF, 2003, p. 510—511.

57. Първо, Съдът не изисква гражданинът на Съюза да е ищец или жалбоподател по главното производство, за да се осигури защита. В този смисъл основното право на семеен живот съгласно правото на ЕС вече е послужило непряко в защита на граждани на трети страни, които са близки членове на семейството на гражданин на Съюза. Тъй като би имало намеса в правото на семеен живот на гражданина на Съюза, гражданинът на третата страна, който е членът на семейството, предявил иск или подал жалба, също се ползва от защита [31].

58. Второ, на основното право може да се направи позоваване дори когато членът на семейството, на когото е разпоредено да напусне страната, не пребивава на законно основание [32].

59. Трето, Съдът отчита дали членът на семейството застрашава обществения ред или обществената безопасност (което би обосновало извеждането от територията) [33].

60. Четвърто, Съдът приема обосновка, свързана със злоупотребата с права, единствено когато държавата членка може да представи убедителни доказателства за недобросъвестност от страна на ищеца или жалбоподателя [34].

61. Тези и други особености на разглежданите по настоящото дело основни права — правото на семеен живот и правата на детето — са отразени съответно в член 7 и в член 24, параграф 3 от Хартата. Към момента на настъпване на фактите Хартата е „soft law“ и не обвързва белгийските власти. Съдът обаче се позовава на разпоредбите ѝ като помощно средство при тълкуване, включително по дела, свързани с правото на семеен живот [35]. След влизането в сила на Договора от Лисабон Хартата придобива ранг на първично право [36].

62. По мое мнение решението на белгийските органи да разпоредят на г-н Ruiz Zambrano да напусне Белгия, последвано

31 — Вж. Решение по дело Carpenter, посочено по-горе в бележка под линия 20. В Решение по дело Zhu и Chen, посочено по-горе в бележка под линия 22, както малолетната дъщеря (Catherine Zhu, гражданка на Съюза), така и гражданинът на трета страна (майка ѝ, г-жа Zhu), формално се явяват жалбоподатели. Предвид възрастта на Catherine жалбата фактически е подадена само от майката, но от нейно собствено име и от името на дъщеря ѝ.

32 — Вж. Решение по дело Carpenter, посочено по-горе в бележка под линия 20, точка 44. Съгласно имиграционната правна уредба в Обединеното кралство г-жа Carpenter е „надвишила разрешения престой“ (тоест е лице, което е влязло в Обединеното кралство с разрешение, но чийто престой продължава след изтичането на срока на това разрешение), докато г-н Ruiz Zambrano кандидатства за убежище и молбата му е отхвърлена. Според моето разбиране обаче на това основание не може да се проведе разграничение. От Решение по дело Carpenter е видно, че държавният секретар има право съгласно националната уредба да предприема действия срещу г-жа Carpenter също както по настоящото дело белгийските органи имат право да предприемат действия срещу г-н Ruiz Zambrano.

33 — Вж. Решение по дело Carpenter, посочено по-горе в бележка под линия 20, точка 44.

34 — Вж. Решение по дело Carpenter, посочено по-горе в бележка под линия 20, точка 44, Решение по дело Zhu и Chen, посочено по-горе в бележка под линия 22, точки 36—41 и Решение по дело Metock, посочено по-горе в бележка под линия 24, точка 75.

35 — Вж. Решение по дело Парламент/Съвет, посочено по-горе в бележка под линия 24, точка 38.

36 — Вж. член 6, параграф 1 от ДЕС.

от непрекъснатия отказ да му се предостави разрешение за пребиваване, представлява потенциално нарушение на основното право на семеен живот на неговите деца и на основното им право на защита на правата им на деца; а в този смисъл (ако се приложат положенията от Решение по дело Carpenter и от Решение по дело Zhu и Chen) и на еквивалентното право на г-н Ruiz Zambrano на семеен живот като техен баща. Използвам прилагателното „потенциално“, тъй като г-н Ruiz Zambrano все още се намира на белгийска територия. Очевидно е обаче, че с привеждане в изпълнение на разпореждането за експулсиране нарушението на посочените права ще се осъществи.

63. Също толкова очевидно е и че има вероятност нарушението да се окаже сериозно. Ако г-н Ruiz Zambrano бъде експулсиран, същото очаква и неговата съпруга. Последиците от тези действия за децата биха били крайни. Предвид възрастта им децата не биха могли да живеят самостоятелно в Белгия. При това положение би могло да се предположи, че по-малкото зло е да напуснат Белгия заедно с родителите си. Това обаче би било свързано с изтръгването им от обществото и културата на мястото, където са родени и са се интегрирали. Въпреки че в крайна сметка националната юрисдикция трябва да извърши подробна оценка на отделния случай, според мен има основания да се приеме, че нарушението би било значително.

64. Вярно е, че децата на г-н Ruiz Zambrano са родени в момент, когато положението му вече е нередовно. От изложеното в акта за преюдициално запитване обаче е видно, че г-н Ruiz Zambrano напълно се е интегрирал в белгийското общество и не представлява заплаха или опасност. Тъй като само националната юрисдикция може да се произнася по фактите, тя следва да направи съответните констатации в това отношение, но все пак според мен посоченото гледище се подкрепя от следните обстоятелства.

65. Първо, г-н Ruiz Zambrano работи законно след влизането си в Белгия, прави необходимите социалноосигурителни вноски съгласно системата в Белгия и не отправя искания за финансова подкрепа [37]. Второ, той и съпругата му, г-жа Moreno López, изглежда водят обикновен семеен живот и в момента децата им ходят на училище в Белгия. Трето, белгийските органи с готовност приемат социалноосигурителните вноски на г-н Ruiz Zambrano в белгийската държавна хазна в продължение на пет години, докато той работи в Plastoria — готовност, която странно контрастира с неохотата на друго белгийско министерство да му предостави

37 — Ще напомня, че обезщетението за безработица, което г-н Ruiz Zambrano понастоящем иска да получи, му се полага поради натрупания от него осигурителен стаж, при положение че трудовата му заетост в Plastoria от момента на раждането на Diego се включва в квалификационния период на трудова заетост.

разрешение за пребиваване[38]. Четвърто, постановената от Генералния комисариат за бежанците и лицата без гражданство забрана за връщане показва, че г-н Ruiz Zambrano и неговото семейство не могат да бъдат върнати в Колумбия, тъй като това би ги изложило на реална опасност. В този смисъл, ако бъдат принудени да напуснат Белгия, те ще трябва да намерят трета държава, която да е готова да ги приеме, с която биха могли да имат или не установени връзки. Пето, след като през 2009 г. белгийските власти предоставят на г-н Ruiz Zambrano временно разрешение за пребиваване, което подлежи на подновяване, те мълчаливо потвърждават, че присъствието му в Белгия не представлява опасност за обществото, както и че няма императивни съображения от обществен ред, които да обосновават той да бъде принуден да напусне незабавно страната.

66. По изложените съображения считам, че ако белгийските органи потвърдят отказа на г-н Ruiz Zambrano да се предостави разрешение за пребиваване след раждането в Белгия на първото му дете (Diego), като приведат в изпълнение спряното разпореждане той да напусне страната[39], има вероятност да се приеме, че е налице значително нарушение на основното право на семеен живот съгласно законодателството на ЕС на Diego, а оттам индиректно и на г-н Ruiz Zambrano.

Въпрос 1 — гражданство на Съюза

Встъпителни бележки

67. През 1992 г. Договорът от Маастрихт въвежда европейското гражданство като нов, допълващ статут за всички граждани на държавите членки. Като предоставя на всеки граждани правото да се движи и пребивава свободно на територията на държавите членки, новият договор признава основната роля на физическите лица, *независимо дали са икономически активни*, в рамките на новосъздадения Съюз. Всеки отделен гражданин се ползва с права и носи задължения, които заедно съставляват един нов статут — статут, по отношение на който през 2001 г. Съдът

38 — В Решение от 7 септември 2004 г. по дело Trojani (C-456/02, Recueil, стр. I-7573) обстоятелството, че макар белгийските осигурителни органи да оспорват изплащането на *minimex*, общинските органи на Брюксел са предоставили разрешение за пребиваване (*permis de séjour*), изглежда е повлияло на решението на Съда, че г-н Trojani може да се позовава на член 18 ЕО (понастоящем член 21 ДФЕС) във връзка с член 12 ЕО (понастоящем член 18 ДФЕС): вж. точка 44 от решението. Настоящото временно, подлежащо на подновяване разрешение за пребиваване на г-н Ruiz Zambrano е ограничено до продължителността на производството по обжалване пред Conseil d'État. Вж. точка 27 по-горе.

39 — Доколкото разбирам, въпреки че изпълнението на разпореждането за експулсиране е спряно до приключване на производството по обжалването му пред Conseil d'État, същото не е отменено.

заявява, че е „предвиден да бъде основен за гражданите на държавите членки“ [40].

Възможно ли е позоваването на права, изведени от гражданство на Съюза, единствено при пребиваване в държавата членка, на която съответното лице е гражданин?

Движението и класическите (икономически) права на свободно движение

68. Според мен последиците от това изявление са също толкова важни и със също толкова голямо значение като по-ранните основополагащи решения от практиката на Съда. Всъщност според мен описанието, което Съдът прави на гражданството в Решение по дело Gryzelczyk, вероятно притежава сходно значение като програмното му изявление в Решение по дело Van Gend en Loos, че „Общността съставлява нов правов ред на международното право, в полза на който държавите са ограничили суверенните си права […], и чиито субекти са не само държавите членки, но и техните граждани“ [41].

69. Не е никаква новост в правото, че обикновено е необходимо някакво движение между държавите членки, за да се претендира за наличието на класическите икономически права, свързани с четирите свободи. Дори в този контекст обаче е важно да се отбележи, че Съдът приема, че е важно да не се препятства или възпира упражняването на тези права и се отнася с известно недоверие към националните мерки, които могат да окажат възпиращо действие спрямо потенциалното упражняване на правото на свободно движение.

70. В Решение по дело Dassonville [42] Съдът прави известното изявление, че „[в] сяка търговскоправна уредба на държавите членки, която може пряко или непряко, действително или потенциално да възпрепятства търговията в рамките на Общността, следва да се счита за мярка с равностоен на количествени ограничения ефект“. Широтата на тази формулировка позволява на Съда да контролира дискриминационни и недискриминационни

40 — Решение от 20 септември 2001 г. по дело Grzelczyk (C-184/99, Recueil, стр. I-6193), точка 31, потвърдено по-късно, по-специално с Решение от 11 юли 2002 г. по дело D'Hoop (C-224/98, Recueil, стр. I-6191), точка 28, Решение от 17 септември 2002 г. по дело Baumbast и R (C-413/99, Recueil, стр. I-7091), точка 82, Решение от 29 април 2004 г. по дело Orfanopoulos и др. (C-482/01 и C-493/01, Recueil, стр. I-5257), точка 65, Решение от 2 октомври 2003 г. по дело Garcia Avello (C-148/02, Recueil, стр. I-11613), точка 22, Решение по дело Zhu и Chen, посочено по-горе в бележка под линия 22, точка 25, Решение от 29 април 2004 г. по дело Pusa (C-224/02, Recueil, стр. I-5763), точка 16, Решение от 7 юли 2005 г. по дело Комисия/Австрия (C-147/03, Recueil, стр. I-5969), точка 45, Решение от 15 март 2005 г. по дело Bidar (C-209/03, Recueil, стр. I-2119), точка 31, Решение от 12 юли 2005 г. по дело Schempp (C-403/03, Recueil, стр. I-6421), точка 15, Решение от 12 септември 2006 г. по дело Испания/Обединено кралство (C-145/04, Recueil, стр. I-7917), точка 74, Решение от 7 юни 2007 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-50/06, Сборник, стр. I-9705), точка 32 и Решение от 16 декември 2008 г. по дело Huber (C-524/06, Сборник, стр. I-9705), точка 69.

41 — Решение от 5 февруари 1963 г. по дело Van Gend en Loos (26/62, Recueil 1, стр. 12). В Решение по дело Van Gend en Loos Съдът заявява, че държавите членки са ограничили суверенните си права, „макар и в ограничени области“. Когато изявлението от Решение по дело Van Gend en Loos се повтаря в Становище 2/94, втората част от изречението не е запазена.

42 — Решение от 11 юли 1974 г. по дело Dassonville (8/74, Recueil, стр. 837), точка 5.

национални мерки, дори без непременно да има движение на стоки [43]. Охлаждащият ефект на националната мярка може да е достатъчен, за да доведе до прилагането на съдържащата се понастоящем в член 34 ДФЕС (по-рано в член 28 ЕО) разпоредба. В този смисъл в Решение по дело Carbonati [44], като възприема позицията на генералния адвокат Poiares Maduro, Съдът установява, че налозите върху стоки в рамките на отделна държава членка са в нарушение на Договора [45]. Съдът ясно заявява, че член 26, параграф 2 ДФЕС (предишен член 14, параграф 2 ЕО) определя вътрешния пазар като „пространство без вътрешни граници, в което [е осигурено] свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали", „без да провежда разграничение на вътрешнодържавните от междудържавните граници" [46].

71. Подобна проверка започва да се прилага и по отношение на свободното движение на хора и услуги в Решение по дело Säger [47], в което Съдът разяснява, че член 59 ЕИО (понастоящем член 56 ДФЕС) изисква „не само премахването на всяка дискриминация по отношение на доставчика на услуги поради неговото гражданство, а и вдигането на всякакви ограничения, дори да се прилагат без разграничение между националните доставчици и тези от другите държави членки, когато могат да възпрепятстват или по друг начин да попречат на осъществяването на дейността на доставчик, установен в друга държава членка, в която законно предоставя аналогични услуги" [48]. Тази линия на разсъждения придобива цялостен облик в Решение по дело Kraus [49], в което Съдът приема, че мерките, които „могат да нарушат или да направят по-непривлекателно упражняването на гарантираните с Договора основни свободи от общностните граждани, включително от гражданите на държавата членка, която е постановила мярката", също попадат в обхвата на общностното право [50].

72. Ето защо в момента съгласно установената съдебна практика лице, чиито възможности за движение в рамките на ЕС „са затруднени" или „са направени по-непривлекателни" дори от държавата членка, на

43 — Вж. по-специално Решение от 12 март 1987 г. по дело Комисия/Германия (178/84, Recueil, стр. 1227), точка 27, Решение от 23 септември 2003 г. по дело Комисия/Дания (C-192/01, Recueil, стр. I-9693), точка 39, Решение от 11 декември 2003 г. по дело Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, стр. I-14887), точка 66, Решение от 19 юни 2003 г. по дело Комисия/Италия (C-420/01, Recueil, стр. I-6445), точка 25 и Решение от 5 февруари 2004 г. по дело Комисия/Франция (C-24/00, Recueil, стр. I-1277), точка 22.

44 — Решение от 9 септември 2004 г. (C-72/03, Recueil, стр. I-8027).

45 — Генералният адвокат описва открито естеството на мерките, разглеждани по дела като Carbonati, като приема, че „дискриминацията не се причинява самостоятелно нито от националното законодателство, нито от общностното право. Тя е резултат от частичното прилагане на правото на ЕС към съответното национално законодателство. Макар положението да не е било нито преднамерено установено, нито очаквано, то е необходима последица от прилагането на правото на ЕС. Макар основно да попада в обхвата на вътрешното право, това положение се явява и „остатъчно" от гледна точка на правото на ЕС. В резултат от последиците, които правото на ЕС създава волно или неволно, то се превръща в съставна част от положението" (точка 62).

46 — Решение по дело Carbonati, посочено по-горе в бележка под линия 44, точка 23.

47 — Решение от 25 юли 1991 г. (C-76/90, Recueil, стр. I-4221).

48 — Решение по дело Säger, посочено по-горе в бележка под линия 47, точка 12.

49 — Решение от 31 март 1993 г. (C-19/92, Recueil, стр. I-1663), точки 28 и 32.

50 — Решение по дело Kraus, посочено по-горе в бележка под линия 49, точка 32. Вж. по-нататък особено Решение от 7 юли 1992 г. по дело Singh (C-370/90, Recueil, стр. I-4265), точка 23, което прилага споменатите положения от това решение по отношение на семейство, състоящо се от съпруг и съпруга.

която то е гражданин, може да се позовава на правата по Договора [51].

73. Съдът действително вече приема известно размиване на представата, че упражняването на правата изисква действително физическо придвижване през граница. В този смисъл в Решение по дело Alpine Investments [52] той заявява, че забраната за телефонни обаждания към потенциални клиенти в друга държава членка попада под действието на разпоредбите на Договора за свободно предоставяне на услуги, въпреки че не е свързана с физическо придвижване. В Решение по дело Carpenter [53] Съдът приема, че определящо за изхода от оспорването на разпореждане за експулсиране, направено от органите на Обединеното кралство срещу гражданин на Филипините, е правото на ЕС. Основанието за позоваване на правото на ЕС е, че съпругът на г-жа Carpenter, британски гражданин, понякога пътува до други държави членки, където предлага за продажба рекламни карета в британски вестник. Съдът приема довода, че съпругът на г-жа Carpenter по-лесно предоставя и получава услуги, тъй като тя полага грижи за неговите деца от първия му брак. Поради това Съдът стига до извода, че експулсирането на г-жа Carpenter би ограничило правото на нейния съпруг да предоставя и получава услуги, както и основното му право на семеен живот [54].

74. В по-близкото минало в Решение по дело Metock [55] Съдът приема, че предходно упражняване на правото на свободно движение от страна на г-жа Metock, гражданка на Камерун, която впоследствие придобива британско гражданство и която вече се била установила и е работила в Ирландия към момента на сключването на брак със съпруга си (също гражданин на Камерун, с когото тя се запознава в тази страна 12 години по-рано), е достатъчно, за да придобие той производно право на пребиваване в Ирландия, независимо че не отговаря на изискването по националното право да е пребивавал законно в друга държава членка преди пристигането си в Ирландия [56].

Движение и гражданство на Съюза

75. По редица свързани с гражданството дела се наблюдава ясно изразен трансграничен елемент едновременно с упражняването на класическите икономически права на свободно движение. В този

51 — Вж. по-специално Решение от 30 ноември 1995 г. по дело Gebhard (C-55/94, Recueil, стр. I-4165), точка 37, Решение от 9 септември 2003 г. по дело Burbaud (C-285/01, Recueil, стр. I-8219), точка 95, Решение от 14 октомври 2004 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-299/02, Recueil, стр. I-9761), точка 15, Решение от 26 май 2005 г. по дело Allard (C-249/04, Recueil, стр. I-4535), точка 32 и Решение от 17 юли 2008 г. по дело Комисия/Франция (C-389/05, Сборник, стр. I-5337), точка 56.

52 — Решение от 10 май 1995 г. (C-384/93, Recueil, стр. I-1141).

53 — Посочено по-горе в бележка под линия 20.

54 — Решение по дело Carpenter, посочено по-горе в бележка под линия 20, точка 39.

55 — Посочено по-горе в бележка под линия 24.

56 — Решение по дело Metock, посочено по-горе в бележка под линия 24, точка 58.

смисъл по делото Bickel и Franz [57] подсъдими по наказателно производство в областта Trentino — Alto Adige (т.е. в предишната област Süd Tirol) в Италия съответно са австрийски и германски гражданин, които желаят производството да се води на немски, а не на италиански език. По делото Martínez Sala [58] жалбоподателката е испанска гражданка, която се е преместила в Германия. По делото Bidar [59] Dany Bidar се е преместил от Франция в Обединеното кралство, където след смъртта на майка си остава с баба си, за да завърши училище, след което подава молба за студентски заем за финансиране на университетското му обучение.

76. Освен това, когато граждани на държава членка се позовават на права, произтичащи от гражданството на Съюза, спрямо собствената си държава членка, обикновено се наблюдава предходно движение в посока от тази държава членка, последвано от завръщане към нея. По делото D'Hoop [60] Marie-Nathalie D'Hoop се мести от Белгия във Франция, където завършва образованието си, след което се завръща в Белгия, където предявява претенции за получаването на помощта „първи стъпки", отпускана на млади хора, току-що завършили образованието си, в търсене на първото си работно място. По делото Grunkin и Paul [61] Leonhard Matthias Grunkin Paul пътува от Дания (където е роден, живее и ходи на училище) до Германия (страната, чийто гражданин е) и обратно, за да се вижда с разведения си баща, който живее в Германия. Трябва му германски паспорт, издаден съгласно законно определеното му в Дания име, а не на различно име.

77. Не мисля обаче, че упражняването на правата, изведени от гражданството на Съюза, винаги е неотменно и неразривно свързано с физическо придвижване. Вече съществуват и свързани с гражданството дела, при които елементът на действително придвижване или е едва забележим, или направо отсъства.

78. По делото García Avello [62] родителите са испански граждани, които се местят в Белгия; техните деца обаче, Esmeralda и Diego (които имат двойно — испанско и белгийско — гражданство и оспорването на чието бащино име е предмет на производството), са родени в Белгия и, доколкото е възможно да се установи от доклада по делото, никога не са напускали страната. По делото Zhu и Chen [63] Catherine Zhu е родена в една част на Обединеното кралство (Северна Ирландия) и се мести само *в рамките на* Обединеното кралство (като отива в Англия). Тогавашното законодателство, предоставящо ирландско гражданство на всеки, роден на остров

57 — Решение от 24 ноември 1998 г. (C-274/96, Recueil, стр. I-7637).

58 — Решение от 12 май 1998 г. по дело Martinez Sala (C-85/96, Recueil, стр. I-2591).

59 — Посочено по-горе в бележка под линия 40.

60 — Пак там.

61 — Решение от 14 октомври 2008 г. по дело Grunkin и Paul (C-353/06, Сборник, стр. I-7639).

62 — Посочено по-горе в бележка под линия 40.

63 — Посочено по-горе в бележка под линия 22.

Ирландия (включително в Северна Ирландия), в съчетание с добри правни съвети ѝ дава възможност да се позове на гражданството на Съюза, за да претендира право на пребиваване в Обединеното кралство, както за себе си, така ѝ за майки си, която е китайска гражданка, тъй като в противен случай поради невръстната ѝ възраст за нея би било невъзможно ефективно да упражнява правата си като гражданин на Съюза. Гражданството, което има основно значение по дело Rottmann [64] (германското гражданство по натурализация, а не предходното австрийско гражданство по рождение), е придобито от д-р Rottmann, след като той се премества от Австрия в Германия. В решението по делото обаче не се отчита предходното придвижване; то разглежда изключително *бъдещите* последици, които отнемането на германското гражданство би имало, превръщайки д-р Rottmann в лице без гражданство (покъсно ще се върна малко по-подробно към това важно наскоро постановено съдебно решение) [65].

79. При разглеждане на различните права, които Договорът предоставя на гражданите на Съюза, става ясно, че някои от тях — по-специално активното и пасивното избирателно право в местни избори и в избори за Европейски парламент — могат да се предявяват само в държава членка, различна от тази, на която съответното лице е гражданин [66]. Други права — правото на петиция до Европейския парламент в съответствие с член 227 ДФЕС и правото на жалба до Омбудсмана в съответствие с член 228 ДФЕС — изглежда, че могат да се упражняват без географски ограничения [67]. Правото на дипломатическа и консулска закрила съгласно член 23 ДФЕС (предишен член 20 ЕО) може да се упражнява във всяка трета страна, в която държавата членка, на която лицето е гражданин, няма свое представителство.

80. Може би „основното“ право — правото „свободно да се движи и да пребивава в рамките на територията на държавите членки“ [68] — не може да се очертае толкова лесно. Това право комбинирано ли е (право на „движение и пребиваване“)? Последователно право ли е („право на движение и след преместване в определен минал момент на пребиваване“)? Или се състои от

64 — Решение от 2 март 2010 г. по дело Rottmann (C-135/08, Сборник, стр. I-1449).

65 — Вж. точка 91 и сл. по-долу.

66 — Вж. член 22 ДФЕС (предишен член 19 ЕО), който изрично говори за „пребиваващ в държава членка, на която не е гражданин“, и член 20, параграф 2, буква б) ДФЕС (предишен член 17 ЕО), който говори за гражданите на Съюза, упражняващи тези права „в държавата членка, в която пребиват, при същите условия, както и гражданите на тази държава“.

67 — И двете права са установени от член 24 ДФЕС (предишен член 21 ЕО). Съгласно същия член всеки гражданин на Съюза (се предполага, че) може да се обръща от целия свят писмено към всяка от институциите, при положение че спазва езиковия режим, и има право да получава отговор. В този смисъл (например) децата на г-н Ruiz Zambrano могат да пишат на някоя от институциите на испански от някоя трета страна, както и от всяка държава членка, и имат право на отговор.

68 — Установено в член 20, параграф 2, буква а) ДФЕС (предишен член 17 ЕО) и в член 21, параграф 1 ДФЕС (предишен член 18, параграф 1 ЕО).

две самостоятелни права („право на движение“ *и* „право на пребиваване“)?

Значението на основните права

81. Изправен пред избора да ограничи тълкуването на правото „свободно да се движи и да пребивава в рамките на територията на държавите членки“, закрепено в член 20, параграф 2, буква а) и в член 21, параграф 1 ДФЕС, до положения, при които гражданинът на ЕС първо се е преместил в друга държава членка, или да приеме, че понятията „се движи“ и „пребивава“ могат да се разглеждат поотделно, в резултат от което гражданинът на ЕС не е лишен от възможността да се позовава на тези права, когато пребивава (без да се е местил преди това) в държавата членка на своето гражданство, как би следвало да постъпи Съдът?

82. На настоящия етап се налага да се върна към въпроса за защитата на основните права в рамките на правната система на ЕС.

83. Значението на основните права в класическия контекст на свободното движение е изложено най-красноречиво от генералния адвокат Jacobs по делото Konstandinidis [69], свързано с гръцки масажист, който работи в Германия и твърди, че неправилната официална транслитерация на името му е в нарушение на правата му съгласно правото на ЕС. Подходът на генералния адвокат Jacobs към съществуващата практика, установена с Решение по дело Wachauf, се оказва особено важна. Делото Konstandinidis вече не се свързва единствено с дискриминация, основана на гражданството, а се превръща в дело относно основното право на самоличност. Уважаването на правото на жалбоподателя (както в решението на Съда) означава да се възприеме предпоставката, че гражданин на ЕС, който отиде в друга държава членка *има* право да допусне „че където и да отиде в рамките на ЕС, за да изкарва прехраната си, той ще бъде третиран в съответствие с общ кодекс от основни ценности […]. С други думи, той има право да заяви „civis europeus sum“ и да се позове на този статут, за да се противопостави на всяко нарушение на основните си свободи“ [70]. Гражданинът на Съюза, който упражнява правото си на свободно движение, може да се позовава на пълния набор основни права, защитени от правото на ЕС (независимо дали са свързани с дейността от икономическо естество, за извършването на която се мести от една държава членка в друга). В противен случай той би се оказал възпрян от упражняването на посоченото право на свободно движение.

84. Би било (най-малкото) парадоксално, ако гражданин на Съюза може да се позове

69 — Решение от 30 март 1993 г. (C-168/91, Recueil, стр. I-1191).

70 — Заключение по дело Konstantinidis, посочено в предходната бележка под линия, точка 46.

на основните права съгласно правото на ЕС при упражняване на икономическо право на свободно движение като заето лице, когато националното право попада в обхвата на Договора (например разпоредбите за равно заплащане) или когато се позовава на вторичното законодателство на ЕС (например на директивите относно услугите), но не е в състояние да направи това, ако само „пребивава“ в съответната държава членка. Нека с цел онагледяване се абстрахираме от евентуалната защита, която би могла да се изведе в рамките на самия национален правопорядък по пътя на позоваването на член 8 от ЕКПЧ и да допуснем (колкото и неправдоподобно да е това), че национална норма в държавата членка А предоставя засилена защита на свободата на вероизповедание само на лицата, които са пребивавали непрекъснато в нея в продължение на 20 години. Гражданин на държавата членка А (като Marie-Nathalie D'Hoop), който по-рано е упражнил правото си на свободно движение, като се е преместил в съседната държава членка Б и съвсем наскоро се е завърнал в държавата членка А, би могъл да се позове на своето основно право в отношенията си с държавата членка на своето гражданство в контекста на гражданството си на Съюза (основавайки се едновременно на член 9 от ЕКПЧ и на член 10 от Хартата). Би ли могъл 18-годишен гражданин на Съюза, който е бил гражданин на държавата членка Б, но е бил роден и винаги е живял в държавата членка А, да направи същото? (Оспорваната национална норма не води до дискриминация, пряко или непряко основана на гражданството, поради което позоваването на член 18 ДФЕС (предишен член 12 ЕО) е невъзможно.) Въз основа на Решение по дело Garcia Avello отговорът със сигурност е „да“— но ако се даде този отговор, „правото на пребиваване“ би се оказало самостоятелно право, а не право, скачено с някаква правна пъпна връв към правото на движение. Накрая, какво е положението (като в това отношение предварително засягам обсъждането на обратната дискриминация) с 18-годишен гражданин на Съюза, който е гражданин на държавата членка А, пребивава в нея, но не може да посочи никаква по-нататъшна връзка с правото на ЕС, която да е възникнала било то по случайност или съзнателно (например че е пътувал до държавата членка Б на учебно посещение)?

85. При очертаните обстоятелства се връщам към съществуващата практика на Съда относно гражданството.

86. Ако се отстоява позицията, че физическото придвижване към държава членка, различна от тази на гражданството, е необходима предпоставка, за да е възможно позоваване на правото на пребиваване като гражданин на Съюза, има опасност резултатът да се окаже едновременно странен и нелогичен. Да допуснем, че съсед, който е приятелски настроен, заведе веднъж или два пъти Diego и Jessica в парка „Астерикс“ в Париж или на море в

Бретан [71]. При това положение те ще са ползвали услуги в друга държава членка. Ако тогава решат да потърсят правата си, произтичащи от тяхното „движение", не би могло да се твърди, че тяхното положение е „чисто вътрешно" за Белгия [72]. Едно посещение би ли се оказало достатъчно? Ами две? А няколко? Достатъчно ли е пътуването да е еднодневно; или пък би трябвало да пренощуват един-два пъти във Франция?

87. Ако, принудено да напусне Белгия, а всъщност и Европейския съюз, семейството трябва да търси убежище, да речем в Аржентина, Diego и Jessica биха могли, като граждани на ЕС, да потърсят дипломатическа и консулска закрила от представителствата на други държави членки в посочената трета страна. Те биха могли да поискат достъп до документи и да пишат на Омбудсмана. Но в тази хипотеза те не биха могли да се позоват на правото си като граждани на Съюза да продължат да пребивават в Белгия.

88. Усещането за неудобство при стигането до подобен резултат е неизбежно. Сякаш упражняването на правата, свързани с гражданството на ЕС, се ръководи от правилата на лотарията, а не на логиката.

89. Би ли се наложило да се начертае някакво радикално продължение на практиката относно гражданството, за да се приеме по настоящото дело, че се прилагат правата на децата на г-н Ruiz Zambrano като граждани на Съюза — въпреки че те все още не са напускали държавата членка, на която са граждани — и (ако това е така) на следващо място да се разгледа дали той може да претендира за съществуването на производно право на пребиваване?

90. Не мисля, че трябва да се прави особено голяма крачка.

Чисто вътрешно ли е това положение?

91. В настоящото производство държавите членки, които представят писмено становище, единодушно твърдят, че положението на г-н Ruiz Zambrano е „чисто вътрешно" за Белгия, поради което разпоредбите на правото на ЕС, включително относно гражданството на Съюза, не намират приложение. Доводите на Комисията са сходни. В по-малка или по-голяма степен всички те изтъкват, че на г-н Ruiz Zambrano и неговото семейство защита може евентуално да се предостави или по националното право, или по ЕКПЧ, и приканват Съда — с различна степен на настоятелност — да не обмисля възможността

71 — Очевидно родителите на децата не биха могли разумно да планират сами предприемането на подобна експедиция и да рискуват да се окаже, че няма да бъдат допуснати обратно в Белгия.

72 — Решение от 2 февруари 1989 г. по дело Cowan (186/87, Recueil, стр. 195), точка 15.

за прилагане на правата съгласно разпоредбите относно гражданството.

92. Не споделям това виждане.

93. Следва да се отбележи, че по дело Rottmann както Германия (държавата членка по натурализацията на д-р Rottmann), така и Австрия (държавата членка, от която той произхожда), подкрепяни от Комисията, твърдят, че „към момента на решението за отмяна на [неговата] натурализацията […] в главното производство [д-р Rottmann] е живеещ в Германия германски гражданин, който е адресат на административен акт на германски орган […]. [П]оради това става въпрос за *чисто вътрешно положение*, което няма никаква връзка с правото на Съюза, тъй като последното не следва да се прилага само поради факта че дадена държава членка е предприела някаква мярка по отношение на свой гражданин. Обстоятелството, че в положение като това в главното производство *заинтересованото лице е упражнило правото си на свободно движение, преди да бъде натурализирано, само по себе си не представлявало трансграничен елемент*, който може да има значение във връзка с отмяната на посочената натурализация“ [73].

94. Разглеждайки тези доводи, Съдът се съобразява с изразеното желание да не взема предвид предходното упражняване от страна на д-р Rottmann на правото му на свободно движение (от Австрия в Германия) и обръща поглед към бъдещето, а не към миналото. Съдът убедено заявява, че макар предоставянето и отнемането на гражданство да са въпроси от компетентността на държавите членки, в случаите, попадащи под действието на правото на ЕС, съответните национални норми все пак трябва да са съобразени с него. В заключение Съдът заявява, че „положението на гражданин на Съюза, по отношение на който […] [има] решение за отмяна на натурализацията, с което той е поставен *в положение* […,] *което може да доведе до загубване на предоставения* от член [20 ДФЕС] *статут и на свързаните с него права, по естеството и последиците си* попада в приложното поле на правото на Съюза“ [74].

95. Струва ми се, че мотивите на Съда в Решение по дело Rottmann във връзка с по-ранното му произнасяне в Решение по дело Zhu и Chen могат без затруднения да се пренесат по настоящото дело. По него предоставянето на белгийско гражданство на децата на г-н Ruiz Zambrano — Diego и Jessica, е въпрос от компетентността на тази държава членка. След предоставяне на гражданството обаче децата стават граждани на Съюза и имат право да упражняват предоставените им в това качество права едновременно с правата си на белгийски граждани. Те все още не са напускали собствената си държава членка. След натурализацията си г-н Rottmann също не е напускал своята държава членка.

73 — Решение по дело Rottmann, посочено по-горе в бележка под линия 64, точка 38, курсивът е мой.

74 — Решение по дело Rottmann, точка 42, курсивът е мой.

Ако родителите не разполагат с производно право на пребиваване и са принудени да напуснат Белгия, по всяка вероятност децата ще трябва да заминат заедно с тях. На практика това би поставило Diego и Jessica в „положение […,] което може да доведе до загубване на предоставения [от тяхното гражданство на Съюза] статут и на свързаните с него права“. Оттук следва — както в случая на д-р Rottmann — че *положението на децата* „по естеството и последиците си попада в приложното поле на правото на Съюза“.

96. Освен това също като Catherine Zhu Diego и Jessica не могат пълно и ефективно да упражняват правата си като граждани на Съюза (и по-специално правото си на движение и пребиваване във всяка държава членка) без присъствието и подкрепата на своите родители. Поради действието на същата връзка, която Съдът приема в Решение по дело Zhu и Chen (осигурявайки на малкото дете възможност да упражнява ефективно правата, свързани с гражданството му), следва, че *положението на г-н Ruiz Zambrano* също не е „чисто вътрешно“ за държавата членка. То също попада в приложното поле на правото на Съюза.

97. Ето защо (както в Решение по дело Rottmann) следва също, че „[п]ри това положение Съдът следва да се произнесе по поставените от запитващата юрисдикция преюдициални въпроси“ — или, казано по същество с други думи, че фактите по делото *не* представляват чисто вътрешно положение, лишено от всякаква връзка с правото на ЕС. В рамките на този процес считам, че Съдът ще трябва да разреши следните въпроси: а) има ли вероятност да е налице намеса в правата като граждани на Съюза на децата на г-н Ruiz Zambrano на свободно движение и пребиваване в рамките на територията на държавите членки?, б) ако е налице такава намеса, допустима ли е тя по принцип?, в) ако по принцип е допустима, подлежи ли все пак на някакви ограничения (например поради пропорционалност)?

Има ли намеса?

98. Като граждани на Съюза децата на г-н Ruiz Zambrano без съмнение имат право „свободно да се движ[ат] и да пребивава[т] в рамките на територията на държавите членки“. На теория те могат да упражняват това право. На практика обаче предвид възрастта си няма как да направят това без своите родители.

99. Ако г-н Ruiz Zambrano не получи производно право на пребиваване в Белгия (което е от решаващо значение за правото му на обезщетение за безработица), рано или късно той ще трябва да напусне държавата членка, на която децата му са граждани. Предвид възрастта им (и ако, разбира

се, отпътуването не се отложи до момента на навършване на пълнолетие от децата), децата му ще трябва да заминат заедно с него [75]. Те няма да са в състояние да упражнят правото си на движение и пребиваване в рамките на територията на Европейския съюз. Сходствата с дело Rottmann са очевидни. Правата на д-р Rottmann като гражданин на Съюза са сериозно застрашени, тъй като отмяната на неговата натурализация в Германия би довела до невъзможност той да упражнява тези права ratione personae. По настоящото дело децата на г-н Ruiz Zambrano са изправени пред нелишената от сходства заплаха за своите права ratione loci. Те трябва физически да останат в пределите на територията на Европейския съюз, за да се движат в държавите членки или да пребивават в определена държава членка [76].

100. Както бе установено (най-вече въз основа на Решение по дело Garcia Avello, на Решение по дело Zhu и Chen и на Решение по дело Rottmann), съществуващата съдебна практика вече дава възможност за позоваване на определени права, свързани с гражданството, независимо от предходно презгранично придвижване на съответния гражданин на ЕС. Според мен, ако жалбоподателите по първите две от посочените дела са *имали потребността* да противопоставят на властите на съответните държави членки самостоятелно право на пребиваване (испански граждани в Белгия, ирландска гражданка в Обединеното кралство), със сигурност Съдът щеше да им признае това право. Още в Решение по дело Rottmann Съдът отива по-нататък, като защитава бъдещите свързани с гражданството права на германски гражданин, който пребивава в Германия. При това положение би било изкуствено да не се приеме открито (въпреки че в много голяма част от случаите правото на пребиваване на практика вероятно се упражнява след упражняване на правото на движение), че член 21 ДФЕС съдържа самостоятелно право на пребиваване, независимо от правото на свободно движение.

101. В съответствие с изложеното препоръчвам на Съда по настоящото дело да признае вече наличието на това самостоятелно право на пребиваване.

102. Поради вече обсъдените съображения Diego и Jessica не могат да упражняват подобно право на пребиваване без подкрепата на своите родители. Поради това стигам до извода, че при обстоятелствата по настоящото дело отказът да се признае производно право на пребиваване на г-н Ruiz Zambrano може евентуално да съставлява намеса в правото на пребиваване, което имат Diego и Jessica като граждани на Съюза.

103. Ще добавя, че дори Съдът да не е склонен да приеме, че член 21 ДФЕС предоставя самостоятелно право на пребиваване, все пак бих направила извода,

75 — Вж. точки 86 и 87 по-горе, в които се разглежда значението на правото на семеен живот.

76 — Разбира се, на теория е възможно друга държава членка да е готова да приеме семейството. Тогава Diego и Jessica все пак биха могли поне до известна степен да продължат да упражняват правата си на граждани на Съюза.

предвид обстоятелствата по делото, че евентуалната намеса в правото на Diego и Jessica да се движат и пребивават в рамките на територията на Съюза е достатъчно сходна с намесата в правата на Catherine Zhu (която никога по-рано не е пребивавала в Република Ирландия и всъщност никога не е напускала територията на Обединеното кралство), поради което тяхното положение следва да се приравни към нейното.

Възможно ли е намесата да се приеме за обоснована?

104. Най-напред ще отбележа, че като избира да се въздържи от изрично изявление в смисъл, че децата му следва да придобият колумбийско гражданство и вместо това избира те да придобият гражданството на държавата членка на ЕС, в която са родени, г-н Ruiz Zambrano се възползва от възможност, дадена му по закон. В това отношение поведението му може с основание да се сравни с това на г-н и г-жа Zhu. Съдът изяснява, че използването на предоставена по закон възможност не е укоримо и тази хипотеза е ясно отличима от злоупотребата с права [77]. След настъпването на обстоятелствата по настоящото дело белгийското законодателство за гражданството е променено [78] и лице в положението на г-н Ruiz Zambrano вече няма да може по свой избор да се въздържи от регистрацията на своето дете при дипломатическите или консулски власти на собствената си страна, за да гарантира придобиването от тях на белгийско гражданство. Към съответния момент обаче действията му са били напълно правомерни.

105. Важно е това обстоятелство да се има предвид — особено с оглед на доводите за „отприщване на бента". Държавите членки контролират кой може да стане техен гражданин [79]. В настоящия случай изключителен предмет на разглеждане от Съда са правата, на които могат да се позовават тези лица, *след като са станали граждани на държава членка*, чрез едновременното придобиване на гражданство на Съюза.

106. В този смисъл по делото Kaur [80] г-жа Manjit Kaur не е можела да бъде „лишена" от правата, произтичащи от статута на гражданин на Съюза, тъй като не е отговаряла на определението за гражданин на Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия. Тъй като не отговаря

77 — Вж. Решение по дело Akrich, посочено по-горе в бележка под линия 24, точки 55—57 (относно правата съгласно правото на ЕС) и Решение по дело Zhu и Chen, посочено по-горе в бележка под линия 22, точка 36 (относно права, първоначално изведени от националното право).

78 — Ирландският закон за гражданството също е изменен (но *след* произнасянето на Съда по делото Zhu и Chen) с ирландския Nationality and Citizenship Act 2004.

79 — Вж. Решение от 7 юли 1992 г. по дело Micheletti (C-369/90, Recueil, стр. I-4239), точка 10, Решение от 11 ноември 1999 г. по дело Mesbah (C-179/98, Recueil, стр. I-7955), точка 29, Решение от 20 февруари 2001 г. по дело Kaur (C-192/99, Recueil, стр. I-1237), точка 19 и Решение по дело Zhu и Chen, посочено по-горе в бележка под линия 22, точка 37.

80 — Решение по дело Kaur, посочено в предходната бележка под линия

на първия критерий и съгласно приложимите спрямо нея норми относно гражданството не може да се квалифицира като лице, „което притежава гражданство на държава членка", впоследствие тя не може да се позовава на правата си на гражданин на Съюза съгласно правото на ЕС да пребивава във всяка държава членка (включително в Обединеното кралство)[81]. По настоящото дело обаче децата на г-н Ruiz Zambrano притежават и се ползват от обичайните права на белгийски граждани, също както д-р Rottmann притежава и се ползва от обичайните права, свързани с неговото придобито по натурализация германско гражданство.

Пропорционалност

107. Очевидно съществуват случаи, при които упражняването на права от страна на гражданин на ЕС *не* зависи от предоставянето на право на пребиваване на възходящ член на семейството. В този смисъл гражданин на ЕС, навършил пълнолетие, може да упражнява правото си да пътува и да пребивава в рамките на територията на Европейския съюз, без да се налага едновременно с това на неговите родители да се предоставя право на пребиваване в избраната държава членка.

108. Ето защо според мен потенциалната намеса в правата, произтичащи от гражданството на ЕС, която възниква, ако на възходящия член на семейството не се предостави автоматично производното право на пребиваване в държавата членка, на която гражданинът на ЕС е гражданин, по принцип е допустима. В някои случаи обаче тази намеса не може да се счита за допустима (по-специално, тъй като може да се окаже непропорционална).

109. Както Съдът заявява в Решение по дело Micheletti[82], в Решение по дело Kaur[83] и неотдавна в Решение по дело Rottmann, въпреки че предоставянето на гражданство е въпрос от компетентността на всяка държава членка, когато упражнява тази компетентност, тя трябва да спазва правото на [ЕС][84]. Той стига до същия извод и в Решение по дело Bickel и Franz във връзка с наказателното право и наказателното производство[85], в Решение по дело García Avello във връзка с националните норми относно бащиното име[86] и в Решение по дело Schempp относно прякото данъчно облагане[87] — все чувствителни области, в които държавите членки все още упражняват значителни правомощия.

81 — Решение по дело Kaur, посочено по-горе в бележка под линия 79 (и цитирано в Решение по дело Rottmann, точка 49): вж. по-специално точки 20—24.

82 — Посочено по-горе в бележка под линия 79, точка 10.

83 — Пак там, точка 19.

84 — Посочено по-горе в бележка под линия 64, точки 41 и 42.

85 — Посочено по-горе в бележка под линия 40, точка 17.

86 — Посочено по-горе в бележка под линия 40, точка 25.

87 — Посочено по-горе в бележка под линия 40, точка 19.

110. И тук, както много често, положението е свързано с упражняването на право и с евентуалната обоснованост на намесата в (или дерогирането на) това право; въпросът се свежда до пропорционалността. Пропорционално ли е предвид обстоятелствата по настоящото дело на г-н Ruiz Zambrano да се откаже признаване на право на пребиваване, изведено от правата на неговите деца като граждани на ЕС? Въпреки че (както обикновено) решението относно пропорционалността в крайна сметка е въпрос, по който се произнася националната юрисдикция, някои кратки бележки могат да се окажат полезни.

111. Прилагането на принципа на пропорционалност по настоящото дело (както по дело Rottmann) изисква националният съд „да провери дали с разглежданото в главното производство решение [...] се спазва принципът на пропорционалност, що се отнася до неговите последици за положението на съответното лице от гледна точка на правото на [ЕС]“ [88] (наред с евентуалната преценка на пропорционалността от гледна точка на националното право). Както Съдът по-нататък изяснява по това дело, „предвид значението, което първичното право придава на статута на гражданин на Съюза, е необходимо [...] да се отчитат възможните последици от това решение за съответното лице и евентуално за членовете на неговото семейство, що се отнася до загубата на правата, от които се ползва всеки гражданин на Съюза. В това отношение следва по-специално да се провери дали това загубване е обосновано [...]“ [89].

112. По време на съдебното заседание встъпилите държави членки подчертават, че изискванията за пребиваване на граждани на трети страни попадат в компетентността на държавата членка. Процесуалните представители на Белгия и Дания заявяват, че г-н Ruiz Zambrano е неуспешен кандидат за получаване на убежище, на когото е разпоредено да напусне територията на Белгия скоро след пристигането му през 1999 г. През значителен период от време след това той пребивава незаконно и не би следвало да се ползва с право на пребиваване съгласно правото на ЕС. Процесуалният представител на Ирландия обрисува драматична картина на имиграционната вълна от граждани на трети страни, която неизбежно би последвала, ако се приеме, че г-н Ruiz Zambrano притежава право на пребиваване, изведено от белгийското гражданство на своите деца.

113. Процесуалният представител на г-н Ruiz Zambrano отбелязва, че доверителят му работи непрекъснато в Plastoria през почти пет години. През този период той надлежно прави своите социалноосигурителни вноски. Проверката на белгийските органи в Plastoria не установява нарушения на разпоредбите на данъчното, социалноосигурителното и трудовото законодателство във връзка с трудовата

88 — Решение по дело Rottmann, посочено по-горе в бележка под линия 79, точка 55.

89 — Решение по дело Rottmann, посочено по-горе в бележка под линия 79, точка 56.

заетост на г-н Ruiz Zambrano. Единствените проблеми са липсата на разрешение за работа и на разрешение за пребиваване; срещу работодателя му също не са предприети действия. Diego и Jessica се раждат няколко години, след като г-н Ruiz Zambrano и неговата съпруга влизат в Белгия с първото си дете. Няма данни, че увеличаването на семейството поради раждането най-напред на Diego, а после и на Jessica представлява циничен опит за използване на всички съществуващи вратички в закона с цел оставане в Белгия. Семейството е истинско. Г-н Ruiz Zambrano е напълно интегриран в Белгия. Децата му редовно посещават местното училище. Той има чисто съдебно минало. Впоследствие получава както временно, подлежащо на подновяване разрешение за пребиваване, така и разрешение за работа тип C.

114. В основни линии вече разгледах доводите на ирландското правителство за „отприщване на бента“. Както самата тази държава членка показа след Решението на Съда по дело Zhu и Chen, ако определени правила относно придобиването на нейното гражданство могат — или има вероятност да се окаже, че могат — да доведат до „неуправляеми“ резултати, съответната държава членка има възможност да ги измени, за да разреши проблема.

115. С това изявление не насърчавам държавите членки нито да проявяват ксенофобия, нито да захлопнат капаците и да превърнат Европейския съюз в „европейска крепост“. Тази стъпка в действителност би била укорима проява на ретроградност, която освен това би се оказала в явно противоречие със заявените политически цели [90]. Единствено напомням, че определянето на правилата за придобиване на гражданство е от изключителната компетентност на държавите членки. Държавите членки обаче — след като сами създадоха понятието „гражданство на Съюза“ — не могат да упражняват същите неограничени правомощия по отношение на *последиците* съгласно правото на ЕС от гражданството на Съюза, което се получава по силата на предоставено гражданство на държава членка.

116. Що се отнася до обстоятелството, че г-н Ruiz Zambrano не напуска Белгия, след като молбата му за убежище е отхвърлена, ще напомня, че той оспорва съответните административни актове;

90 — Заключенията на председателството по време на Европейския съвет в Тампере, състоял се на 15 и 16 октомври 1999 г., гласят, че „сега предизвикателството [...] е да се гарантира, че свободата, която включва правото на свободно движение в целия Съюз, може да се упражнява при условията на сигурност и справедливост, достъпни за всички [...]. Тази свобода обаче не би следвало да се разглежда като изключително достояние на собствените граждани на Съюза. Самото й съществуване действа като притегателна сила за много други хора по целия свят, които не могат да се ползват от свободата, която гражданите на Съюза приемат за даденост. Би било в противоречие с традициите в Европа тази свобода да се откаже на лицата, които обстоятелствата оправдано са принудили да потърсят достъп до нашата територия“ [неофициален превод] (точки 2 и 3). По сходен начин в Европейския пакт за имиграцията и убежището от 15 и 16 октомври 2008 г. Европейският съвет приканва държавите членки „да насърчават хармоничната интеграция в приемащите страни на имигрантите, които има вероятност да се установят за постоянно; тези политики, чието прилагане ще изисква реални усилия от страна на приемащите страни, следва да се основават на равновесието между правата (в частност на образование, труд, осигуряване, обществени и социални услуги) и задълженията на мигрантите“ [неофициален превод].

освен това съответните съдопроизводствени действия продължават много дълго време. Ще напомня също, че по делото Carpenter гражданинът на трета страна (г-жа Carpenter) е нарушила националната имиграционна уредба, като не е напуснала Обединеното кралство преди изтичането на разрешението ѝ да остане в страната като посетител. Съдът не разглежда това обстоятелство като непреодолима преграда пред последващата ѝ претенция за наличието на права съгласно правото на ЕС, като отбелязва, че „поведението ѝ след пристигането в Обединеното кралство през септември 1994 г. не дава повод за никакви други оплаквания, които да послужат като основание за опасения, че в бъдеще тя би могла да представлява опасност за обществения ред или обществената безопасност“ [91].

117. За разлика от това, по настоящото дело по-дългосрочните последици за Diego и Jessica, ако на г-н Ruiz Zambrano *не* бъде признато производно право на пребиваване, са сурови. Те не могат ефективно да упражнят правото си на пребиваване като граждани на Съюза без помощта и подкрепата на своите родители. Поради това — докато не навършват необходимата възраст за самостоятелно упражняване на правото си на пребиваване — то ще бъде почти изцяло лишено от съдържание (както би било в случая на Catherine Zhu, ако майка ѝ, г-жа Zhu, не се намираше постоянно в Обединеното кралство).

91 — Решение по дело Carpenter, посочено по-горе в бележка под линия 20, точка 44.

118. За пълнота ще засегна накратко един допълнителен довод, който възниква с оглед на предмета на производството пред националната юрисдикция, а именно възможния риск г-н Ruiz Zambrano да се превърне в „прекомерно бреме“ за публичните финанси.

119. В Решение по дело Baumbast [92] Съдът подчертава, че ограниченията и условията, упоменати в член 21 ДФЕС, се основават на представата, че упражняването на правото на пребиваване на гражданите на Съюза може да се подчини на легитимните интереси на държавите членки. В това отношение „притежателите на правото на пребиваване не трябва да се превръщат в „прекомерно“ бреме за публичните финанси на приемащата държава членка“ [93]. Съдът обаче приема също, че „тези ограничения и условия трябва да се прилагат в съответствие с границите, определени от правото на ЕС, и в съответствие с общите принципи на това право, и по-специално с принципа на пропорционалност“ [94]. С други думи, приетите по въпроса национални мерки трябва да са подходящи и необходими за постигането на преследваната цел [95].

92 — Посочено по-горе в бележка под линия 40.

93 — Решение по дело Baumbast, посочено по-горе в бележка под линия 40, точка 90.

94 — Решение по дело Baumbast, посочено по-горе в бележка под линия 40, точка 91.

95 — Вж. по-специално Решение от 2 август 1993 г. по дело Allué и др. (съединени дела C-259/91, C-331/91 и C-332/91, Recueil, стр. I-4309), точка 15, Решение по дело Zhu и Chen, посочено по-горе в бележка под линия 22, точка 32, Решение по дело Rottmann, посочено по-горе в бележка под линия 64, точка 56.

120. При оценката на пропорционалността по настоящото дело националната юрисдикция ще трябва да вземе предвид, че г-н Ruiz Zambrano работи на пълно работно време почти пет години в Plastoria. Трудовият му договор е обявен в Office national de la sécurité sociale. Той прави необходимите социалноосигурителни отчисления, а работодателят му плаща припадащите се на работодателя вноски. В този смисъл в миналото той постоянно и редовно дава своя принос към публичните финанси на приемащата държава членка.

121. Според мен тези фактори обосновават извода, че би било непропорционално да не се признае производно право на пребиваване по настоящото дело. В крайна сметка обаче решението следва да се вземе от националната юрисдикция и само от нея.

122. Ето защо стигам до извода, че членове 20 ДФЕС и 21 ДФЕС следва да се тълкуват в смисъл, че предоставят право на пребиваване на територията на държавите членки, основаващо се на гражданството на Съюза, което е отделно от правото на движение между държавите членки. Тези разпоредби не са пречка държавите членки да откажат предоставянето на производно право на пребиваване на възходящ роднина на гражданин на Съюза, който е гражданин на съответната държава членка и все още не е упражнил правото си на свободно движение, при положение че това решение е съобразено с принципа на пропорционалност.

Въпрос 2 — Обратна дискриминация

123. Целта на този въпрос е да се установи дали може да се направи позоваване на член 18 ДФЕС, за да се преодолее обратната дискриминация, създадена от взаимодействието на правото на ЕС (в случая на разпоредбите, уреждащи гражданството на Съюза) и националното право. Проблемът би могъл да се формулира по следния начин. Ако малките деца (като Catherine Zhu) са придобили гражданството на държава членка, различна от тази в която пребивават, техните родители ще получат производно право на пребиваване в приемащата държава членка по силата на член 21 ДФЕС и Решение на Съда по дело Zhu и Chen. Diego и Jessica са белгийски граждани и пребиват в Белгия. Може ли г-н Ruiz Zambrano да се позове на член 18 ДФЕС, който в рамките на приложното поле на Договорите забранява „всякаква дискриминация на основание гражданство“, за да претендира за наличието на същото производно право на пребиваване?

124. Ако Съдът възприеме мотивите, които излагам във връзка с въпрос 1, настоящият въпрос става излишен. Ако обаче Съдът не възприеме моята позиция, става наложително да се разгледа дали може да се направи позоваване на член 18 ДФЕС, за да се преодолее обратна дискриминация от този вид.

Критика на съществуващата съдебна практика

125. В Решение по дело Baumbast [96] Съдът заявява, че член 18 ЕО (понастоящем член 21 ДФЕС) има пряко действие, като предоставя на икономически неактивни физически лица самостоятелно право на свободно движение. По този начин той разпростира правото на свободно движение по отношение на лица, които нямат пряка връзка с икономиката на единния пазар и които поради тази причина не са в състояние да се позовават на „класическите" права на свободно движение. Това развитие, струва ми се, е както последователно, така и неизбежно, тъй като по логичен начин следва от създаването на гражданството на Съюза. След като Европейският съюз ще се развива като нещо повече от удобна и ефективна рамка за развитието на търговията, той трябва да осигури подходяща роля за онези, които решава да започне да нарича свои граждани [97].

126. Това развитие обаче по необходимост води и до редица други последици.

127. Първо, от момента, в който държавите членки решиха към съществуващите понятия за гражданство да добавят новия допълнителен статут на „гражданин на Съюза", стана невъзможно такива лица да се разглеждат единствено като икономически производствени фактори. Гражданите не са „ресурси", използвани за производството на стоки и услуги, а личности, обвързани с определена политическа общност и ползващи се от защитата на основни права [98].

128. Второ, когато гражданите се движат, те правят това като човешки същества, а не като роботи. Те се влюбват, сключват брак и създават семейства. Семейството, в зависимост от обстоятелствата, може да се състои само от граждани на ЕС или от обвързани помежду си граждани на ЕС и на трети страни. Ако членовете на семейството не се третират по същия начин като гражданина на ЕС, упражняващ правото на свободно движение, понятието за свобода на движение се оказва лишено от всякакво реално значение [99].

96 — Посочено по-горе в бележка под линия 40, точки 82—84.

97 — Две по-ранни задълбочени изследвания на обхвата и смисъла на Европейското гражданство след Договора от Маастрихт са направени от *O'Leary* S. The Evolving Concept of Community Citizenship. The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, *Closa*, C. The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union — Common Market Law Review 1992, p. 1137—1169.

98 — Относно значението на европейското гражданство вж. Решение по дело Испания/Обединено кралство, посочено по-горе в бележка под линия 40, точки 78 и 79.

99 — Вж. Решение по дело Carpenter, посочено по-горе в бележка под линия 20, точка 39. Директива 2004/38/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно правото на граждани на Съюза и на членове на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите членки (ОВ L 158, 2004 г., стр. 77; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 56), макар да не намира приложение по настоящото дело, в съображение 5 гласи, че „[з]а да бъде упражнявано при обективни условия на свобода и зачитане на достойнството, правото на всички граждани на Съюза да се движат и пребивават свободно на територията на държавите членки следва да бъде предоставено също така и на членовете на техните семейства, независимо от тяхната националност".

129. Трето, като предоставя на своите граждани основни права съгласно правото на ЕС и заявява, че тези права са в основата на Съюза (член 6, параграф 1 от ДЕС), Европейският съюз се ангажира с принципа, че гражданите ще упражняват правото на свободно движение под защитата на тези основни права [100].

130. Четвърто, като ратифицират Договора от Маастрихт и последващите договори за неговото изменение, държавите членки приемат, че тъй като техните граждани са и граждани на ЕС, преодоляването на напрежението или трудностите, възникващи от упражняването на правото на свободно движение на тези граждани, представлява споделена задача. Тя е на отделните държави членки, но също и на Европейския съюз [101].

131. Тези последици са трудно съвместими с представата, че по отношение на гражданството на Съюза е необходимо просто да се следва ортодоксалният подход към свободното движение на стоки и свободното движение на заети и самостоятелно заети лица и на капитали.

132. Целта, която е в основата на фундаменталните икономически свободи и обосновава тяхното съществуване, е създаването на единен пазар чрез премахване на препятствията за търговия и чрез укрепване на конкуренцията. Инструментариумът, който Договорът предоставя за осъществяване на целите на общия пазар (очертан по-специално в настоящия член 3 ДЕС), е доразвит от Съда в съответствие с тези цели. В този смисъл Съдът по-специално установява критерии за определяне на съдържанието на необходимата връзка с всяка основна свобода. Например още след Решението по делото Dassonville [102] потенциалното, както и действително физическо придвижване, е от значение за свободното движение на стоки. Въпреки че съдебната практика, установена с това решение, не изисква действително предварително да е извършено придвижване, все пак представата за *движение* (макар и движението да е хипотетично) продължава да бъде ключ за предоставените с основните свободи права.

133. Последица от този подход към вътрешния пазар е опасността „статичните“ производствени фактори да се окажат в по-неблагоприятно положение от аналогичните „подвижни“ фактори, макар във всяко друго отношение те да се намират в сходни или идентични обстоятелства. В резултат от това се получава обратна дискриминация, създадена от взаимодействието на правото на ЕС с националното право — дискриминация, разрешаването на която Съдът до момента оставя на всяка държава членка, независимо че този резултат на пръв поглед представлява нарушение на принципа на

100 — Вж. Решение по дело Metock, посочено по-горе в бележка под линия 24, точка 56.

101 — Вж. Решение по дело Rottmann, посочено по-горе в бележка под линия 64, точки 41 и 42.

102 — Посочено по-горе в бележка под линия 42.

недопускане на дискриминация, основана на гражданството [103].

134. Приемлив ли е такъв резултат от гледна точка на правото на ЕС в настоящия специфичен контекст на гражданството на Съюза?

135. Разглеждането на три дела от близкото минало показва, че ако този традиционен, дистанциран подход продължи да се прилага, могат да се получат любопитно непоследователни резултати [104].

136. В резултат от Решение по дело Carpenter [105] самостоятелно заето лице, което има клиенти в други държави членки, може да предостави производно право на пребиваване на свой съпруг, гражданин на трета страна, в интерес на защитата на правото на семеен живот. Ако същото самостоятелно заето лице има клиенти само в своята държава членка, правото на ЕС е неотносимо. Днес обаче, именно поради успеха на вътрешния пазар, провеждането на такова строго разграничение между самостоятелно заетите лица с интереси в друга държава членка и самостоятелно заетите лица с интереси единствено в собствената си държава членка е проблематично. Г-н Carpenter понякога пътува в други държави членки, за да продава реклами във вестник. Може ли да се допусне, че физически не се е придвижвал, но въпреки това понякога е предоставял услуги на клиенти в други държави членки — по телефона или по интернет? Може ли да се допусне, че понякога сред неговите клиенти има дъщерни дружества, установени в Обединеното кралство, на германски или френски дружества майки? Може ли да се допусне, че поне веднъж е продал рекламно каре във вестник на клиент, който не е изключително установен в Обединеното кралство?

137. По дело Zhu и Chen [106] майката на Catherine Zhu, която е китайска гражданка, получава производно право на пребиваване по силата на ирландското гражданство на дъщеря си, придобито въз основа на правилото за екстратериториалност, което тогава е било част от правната уредба на гражданството на тази държава членка. Цялото „движение“ в случая се изразява

103 — –Вж. по-специално Решение от 13 март 1970 г. по дело Peureux (86/78, Recueil, стр. 897), точка 38, Решение от 23 октомври 1986 г. по дело Driancourt (355/85, Recueil, стр. 3231), точки 10 и 11, Решение от 18 февруари 1987 г. по дело Mathot (98/86, Recueil, стр. 809), точка 7, Решение по дело Правителство на Communauté française и Gouvernement wallon/Gouvernement flamand, посочено по-горе в бележка под линия 18, точка 33 и Решение по дело Metock, посочено по-горе в бележка под линия 24, точка 77. Генералните адвокати заемат различни позиции по този въпрос. Вж. заключението на генералния адвокат Léger по дело Granarolo (C-294/01, Recueil, стр. I-13429, точка 78 и сл., заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по дело Carbonati, посочено по-горе в бележка под линия 44, точка 51 и сл. и моето заключение по дело Правителство на Communauté française и Gouvernement wallon/Gouvernement flamand, посочено по-горе в бележка под линия 18, точка 112 и сл.

104 — За критичен анализ вж. по-специално *Tryfonidou*, A. Reverse Discrimination in EC Law. Kluwer Law International. The Hague 2009, *Spaventa*, E. Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context. Kluwer Law International. The Hague 2007;Barnard, C. EC Employment Law. 3. ed., Oxford, OUP 2006, p. 213—214; *Shuibhne*, N. Nic. Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On? — Common Market Law Review, 2002, p. 748 et *Ritter*, C. Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234. 31 European Law Review. 2006.

105 — Посочено по-горе в бележка под линия 20.

106 — Посочено по-горе в бележка под линия 22.

в прекосяване на канала Сейнт Джордж между Англия и Северна Ирландия в рамките на една и съща държава членка (Обединеното кралство). Въпреки това съществува достатъчна връзка с правото на ЕС, в резултат от която както майката, така и дъщерята претендират за право на пребиваване в Обединеното кралство. Това става възможно само благодарение на раждането на Catherine Zhu в Северна Ирландия. Трябва ли обаче въпросът дали при подобни обстоятелства следва да има позоваване на правото на ЕС да е поставен в зависимост от исторически обусловен шанс (правило за екстериториалност в уредбата на гражданството на държава членка)? Този резултат разумен ли е от гледна точка на правната сигурност и равното третиране на гражданите на Съюза?

Предложение

138. Неотдавнашното Решение по дело Metock елегантно онагледява тази несигурност — и произтичащата от нея дискриминация. През 2003 г. голям състав на Съда приема в Решение по дело Akrich, че „за да се ползва от правата, предвидени в член 10 от Регламент (ЕИО) № 1612/68 на Съвета от 15 октомври 1968 година относно свободното движение на работници в Общността (ОВ L 257, 1968 г.; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 1, стр. 11), гражданинът на трета страна, който е съпруг на гражданин на Съюза, трябва да пребивава законно в държавата членка, когато се премества в друга държава членка, в която гражданинът на Съюза мигрира или е мигрирал“ [107]. Пет години по-късно Съдът приема, че в светлината на Решение по дело MRAX [108] и на Решение по дело Комисия/Испания [109] практиката, установена с Решение по дело Akrich, трябва да се преразгледа. И става точна така: ползването от същите права, които са предмет на разглеждане по делото Akrich, вече не може да зависи от предходното законно пребиваване в друга държава членка на съпруга, гражданин на трета страна. Въпреки това Съдът продължава да провежда разграничение между гражданите на Съюза, които вече са упражнили правото си на свободно движение, и онези, които не са го направили, напомняйки лаконично, че всички държави членки са подписали ЕКПЧ, както и че член 8 от ЕКПЧ закриля правото на семеен живот [110]. Поради това „статичните“ граждани на Съюза продължават все още да търпят потенциалните последици от обратната дискриминация, въпреки че правата на „мобилните“ граждани на Съюза са значително разширени.

139. Според мен настоящата насока в разсъжденията на Съда крие значителни недостатъци. Ето защо съм убедена, че е настъпил моментът Съдът да бъде

107 — Решение по дело Akrich, посочено по-горе в бележка под линия 24, точка 50, обобщено в Решение по дело Metock, точка 58.

108 — Посочено по-горе в бележка под линия 21.

109 — Посочено по-горе в бележка под линия 24.

110 — Вж. Решение по дело Akrich, посочено по-горе в бележка под линия 24, точки 77—79.

приканен да разгледа открито въпроса за обратната дискриминация. Доводите, които ще посоча, следват предложената от мен насока по дело Правителство на Communauté française и Gouvernement wallon/Gouvernement flamand; ще рискувам обаче да предложа — в специфичния контекст на делата, свързани с произтичащите от гражданство права по член 21 ДФЕС — критерии, които биха могли да се използват, за да се определи дали е възможно самостоятелно позоваване на член 18 ДФЕС, за да се противодейства на подобна дискриминация.

140. Радикална промяна в цялата съдебна практика във връзка с обратната дискриминация не може да настъпи изведнъж. Всъщност аз не предлагам това. Предложенията ми се простират до делата, свързани с гражданството на Съюза. В тази област резултатите от настоящата съдебна практика най-ясно водят до уреждане; в нея може би необходимостта от промяна е назряла в най-голяма степен.

141. В решенията, които току-що разгледах — по дело Carpenter, по дело Zhu и Chen, както и по дело Metock — се откриват две общи особености. Те създават правна несигурност в деликатна област както на правото на ЕС, така и на националното право; те освен това са дела, по които Съдът избира да възприеме широко тълкуване на член 21 ДФЕС, за да защити основните права. При определяне на равновесието между правната сигурност и защитата на основните права Съдът в този смисъл винаги отдава предимство на последните. Мотивите му са в съответствие с предходното му програмно изявление, че гражданството на Съюза е статут, „предвиден да бъде основен за гражданите на държавите членки“ [111].

142. Въпреки това несигурността, която съдебната практика създава, е нежелателна. Поради това възниква въпросът в каква посока да поеме сега Съдът?

143. От една страна, се налага да се избегне изкушението член 21 ДФЕС да се „разтегне“ и да предостави защита на лицата, на които „съвсем малко“ не им достига, за да я получат. За всяко правило, с което се предоставят права, трябва да има поставена граница. Ако няма граница, правилото става неразгадаемо и никой не е в състояние със сигурност да каже кой може и кой не може да се ползва от облагата, която то предоставя. Това не е в интерес на държавите членки или гражданите; така се подкопава и авторитетът на Съда. От друга страна, ако член 21 ДФЕС се тълкува твърде ограничително, ще възникнат още по-голям брой случаи на обратна дискриминация, с които държавите членки ще трябва да се справят. Това също не изглежда особено удовлетворителен резултат.

111 — Вж. съдебната практика, посочена по-горе в бележка под линия 40.

144. Ето защо предлагам на Съда член 18 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че забранява обратната дискриминация, причинена от взаимодействието между член 21 ДФЕС и националното право, свързана с нарушаването на основно, защитено от правото на ЕС право, ако по националното право няма най-малко еквивалентна защита.

145. Ако се възприеме този подход, член 18 ДФЕС ще намери приложение, когато (и само тогава когато) са изпълнени три кумулативни условия.

146. Първо, жалбоподателят трябва да е гражданин на Съюза, който пребивава в държавата членка, на която е гражданин, и не е упражнявал правото си на свободно движение по ДФЕС (независимо дали правото на класическо икономическо свободно движение или на свободно движение по член 21 ДФЕС), но чието положение е сравнимо в други съществени отношения с това на други граждани на Съюза в същата държава членка, които могат да се позовават на правата по член 21 ДФЕС. В този смисъл обратната дискриминация, която е предмет на обжалване, ще трябва да е *предизвикана от* обстоятелството, че съответните представители, с които се прави сравнение (други граждани на Съюза), са били в състояние да отстоят правата си по член 21 ДФЕС, докато „статичният" гражданин на Съюза, пребиваващ в държавата членка, на която е гражданин, prima facie не е бил в състояние да се позове на националното право, за да получи такава защита.

147. Второ, обратната дискриминация, която е предмет на обжалване, трябва да е свързана с нарушение на основно право, защитавано от правото на ЕС. Не всяка незначителна проява на обратна дискриминация би попаднала под действието на член 18 ДФЕС. Какво представлява „нарушение на основно право" ще се определя при възможност чрез позоваване на практиката на Съда в Страсбург [112]. Ако обратната дискриминация е довела до резултат, за който съдът в Страсбург би могъл да счита, че представлява нарушение на защитено право, то също би се считало за нарушение на защитено право и от нашия Съд. В този смисъл правото на ЕС би поело отговорност за поправянето на последиците от обратната дискриминация, предизвикана от взаимодействието на правото на ЕС и националното право, когато (и само тогава когато) тези последици не са в съответствие с минималните изисквания за защита, определени в ЕКПЧ. Като при подобни обстоятелства се гарантира ефективна защита на основните права в съответствие с минималните „изисквания от Страсбург", Съдът отчасти ще изпревари изискванията, които биха могли да произтекат от планираното присъединяване на Европейския съюз към ЕКПЧ. Подобно развитие единствено би

112 — Доколкото се прави позоваване на основни права по Хартата, които не се откриват в ЕКПЧ, ще бъде необходимо да се развие отделна съдебна практика; в обичайния контекст на правото на ЕС обаче има вероятност това да се случи така или иначе.

укрепило съществуващия дух на сътрудничество и взаимно доверие между двете съдилища [113].

148. Трето, член 18 ДФЕС би представлявал единствено субсидиарно средство за защита, ограничено до случаите, при които националното право не предоставя достатъчна защита на основните права. Правото на ЕС има богата история, свързана с предоставянето на субсидиарна по естеството си защита. В този смисъл принципите на ефективност [114] и равностойност [115], правото на ефективна правна защита [116] и принципът на отговорност на държавата за нарушение на правото на ЕС [117] са все инструменти, които се прилагат само когато националните норми се окажат недостатъчни. Последното условие служи за поддържането на подходящо равновесие между самостоятелността на държавата членка и „полезния ефект“ на правото на ЕС [118]. То гарантира, че субсидиарната защита, предоставена от правото на ЕС, ще допълва националното право, а няма грубо да го измества. Националната юрисдикция ще трябва да определи а) дали националното право е предоставяло защита, и б) ако по принцип се е предлагала защита, дали тя е била (или не е била) поне равностойна на защитата съгласно правото на ЕС.

149. По време на съдебното заседание процесуалният представител на г-н Ruiz Zambrano посочва, че белгийският Conseil d'État и Cour Constitutionnelle наскоро се

113 — Тази задача за осъществяване на сътрудничество имплицитно е поверена на Съда в член 52, параграф 3 от Хартата на основните права, в който е записано, че „Доколкото настоящата Харта съдържа права, съответстващи на права, гарантирани от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, техният смисъл и обхват са същите като дадените им в посочената Конвенция. Тази разпоредба не пречи правото на Съюза да предоставя по-широка защита“. Практическата необходимост Съдът да заема изпреварваща позиция при популяризирането на минималните „страсбургски“ изисквания е описана по-специално от *Alonso*, R. The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union — European Law Journal, 8 2002, p. 450 et sq., Torres Pérez, A. Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication. Oxford University Press, Oxford 2009, p. 31 et sq.

114 — Вж. по-специално Решение от 14 декември 1995 г. по дело Peterbroeck (C-312/93, Recueil, стр. I-4599), точка 14 и Решение от 13 март 2007 г. по дело Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Сборник, стр. I-2107), точка 123.

115 — Вж. по-специално Решение от 15 септември 1998 г. по дело Edis (C-231/96, Recueil, стр. I-4951), точка 36 и Решение от 1 декември 1998 г. по дело Levez (C-326/96, Recueil, стр. I-7835), точка 41.

116 — Вж. по-специално Решение от 15 май 1986 г. по дело Johnston (222/84, Recueil, стр. 1651), точка 18 и Решение от 27 ноември 2001 г. по дело Комисия/Австрия (C-424/99, Recueil, стр. I-9285), точка 45.

117 — Вж. по-специално Решение от 19 ноември 1991 г. по дело Francovich и др. (C-6/90 и C-9/90, Recueil, стр. I-5357), точка 35, Решение от 5 март 1996 г. по дело Brasserie du Pêcheur и Factortame (C-46/93 и C-48/93, Recueil, стр. I-1029), точка 31 и Решение от 24 март 2009 г. по дело Danske Slagterier (C-445/06, Сборник, стр. I-2119), точка 19.

118 — За съжаление невинаги националните съдилища неотменно разглеждат и поправят обратната дискриминация, предизвикана от правото на ЕС. В своето Решение по дело Правителство на Communauté française и Gouvernement wallon/Gouvernement flamand, посочено по-горе в бележка под линия 18, Съдът открито приканва националната юрисдикция да поправи разликата в третирането, претърпяна от лицата, които не попадат в обхвата на правото на ЕС (точка 40). Впоследствие делото е върнато на белгийския Конституционен съд, който пропуска да разгледа въпроса (вж. Решение 11/2009 от 21 януари 2009 г. и критичния анализ на *Van Elsuwege*, P. et *Adam*, S. The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination — European Constitutional Law Review № 5, 2009, p. 327 et sq.). За по-окуражаващ пример относно готовността на национална върховна юрисдикция да поправи обратната дискриминация (макар и без непременно да се позовава на свързано с нея постановено по-рано от Съда решение) вж. решението на испанския Конституционен съд (Решение 96/2002 от 25 април 2002 г.).

произнасят по обратната дискриминация, претърпяна от гражданин на държава, която не е член на ЕС, в случай, подобен на този на неговия доверител [119]. Разбира се, по настоящото дело националната юрисдикция е изцяло компетентна да установи дали г-н Ruiz Zambrano може да изведе необходимата защита от националното право, без да прибягва до член 18 ДФЕС. Съгласно моето предложение националната юрисдикция ще има за задача и да приложи трите кумулативни критерия, които очертах; както и да даде възможност за позоваване на правото на ЕС, за да се предотврати обратна дискриминация само когато тези критерии са изпълнени.

150. Ето защо предлагам отговорът на втория въпрос да бъде в смисъл, че член 18 ДФЕС следва да се тълкува като установяващ забрана за обратна дискриминация, предизвикана от взаимодействието на член 21 ДФЕС с националното право, водеща до нарушение на основно право, защитено от правото на ЕС, ако по националното право липсва поне равностойна защита.

Въпрос 3 — Основни права

151. Ако Съдът приеме, че отговорите и на първия, и на втория въпрос (изложени по-горе) не би следвало да са в полза на г-н Ruiz Zambrano, възниква необходимостта от разглеждане на третия въпрос. Може ли той да се позове на основното право на ЕС на семеен живот отделно от всякакви други разпоредби на правото на ЕС?

152. Това положение повдига много сериозен принципен въпрос: какво е приложното поле на основните права съгласно правото на ЕС? Може ли на тях да се прави позоваване като на самостоятелни права, противопоставими на държавите членки? Или трябва да има някаква друга връзка с правото на ЕС? Необходимо е да се разгледа потенциалното значение на отговора на този въпрос.

153. Разбира се, самият Съд е отговорен за ранното признаване на основните принципи на правото и на основните права в рамките на правната система на ЕС [120]. През 1992 г. Договорът за Европейския съюз инкорпорира плодовете на тази съдебна практика, като закрепва (в член 6 ДЕС) задължението на Съюза да зачита основните права.

154. През следващите години ЕС укрепи политиката си в областта на основните права чрез (например) създаването на

119 — Вж. решенията, посочени по-горе в бележка под линия 17.

120 — Вж. например Решение от 11 декември 1970 г. по дело Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Recueil, стр. 1125), Решение от 14 май 1974 г. по дело Nold/Комисия (4/73, Recueil, стр. 491), Решение от 13 декември 1979 г. по дело Hauer (44/79, Recueil, стр. 3727) и Решение от 21 септември 1989 г. по дело Hoechst и др./Комисия (46/87 и 227/88, Recueil, стр. 2859).

Агенция за основните права [121], обособяването на самостоятелна област на компетентност в рамките на Комисията, посветена на основните права [122], подкрепата на хуманитарни проекти по целия свят [123] и преобразуването на Хартата на основните права на ЕС, прокламирана за първи път през 2000 г., от правно незадължителен текст („soft law“) в първично право [124]. В този смисъл основните права се превръщат в основен елемент от развитието на Съюза като процес на икономическа, правна и социална интеграция, насочена към осигуряването на мир и просперитет за всички свои граждани.

Съюза. Действително в Решение по дело Bosphorpus [125] съдът в Страсбург посочва, че Съдът на Европейския съюз играе основна роля като гарант на правата, произтичащи от ЕКПЧ и протоколите към нея, когато същите намират приложение по въпроси, предмет на уредба от правото на ЕС — функция, която ще придобива все по-голямо значение с присъединяването на Европейския съюз, когато то настъпи, към ЕКПЧ [126]. По тази причина за Съда е особено важно да тълкува Договорите по начин, който да отразява последователно настоящата роля и значение на основните права на ЕС.

Приложно поле на основните права на ЕС

155. Разбира се, вярно е, че Съдът сам по себе си не е „съд по правата на човека“. Като върховен тълкувател на правото на ЕС Съдът все пак е неотменно отговорен да гарантира зачитането на тези права в сферата на компетентност на

156. Съгласно установената практика на Съда позоваване на основните права на ЕС може да се направи, когато (и само тогава когато) оспорената мярка попада в приложното поле на правото на ЕС [127]. Следователно всички мерки, постановени от институциите, подлежат на контрол за съответствие с основните права на ЕС.

121 — Вж. Регламент (ЕО) № 168/2007 на Съвета от 15 февруари 2007 година за създаване на Агенция на Европейския съюз за основните права (ОВ L 53, 2007 г., стр. 1) и Решение 2008/203/ЕО на Съвета от 28 февруари 2008 година за изпълнение на Регламент (ЕО) № 168/2007 по отношение на приемането на многогодишна рамка за Агенцията на Европейския съюз за основните права за периода 2007—2012 г. (ОВ L 63, 2008 г., стр. 14).

122 — За първи път един от настоящите заместник-председатели на Комисията е комисарят по правосъдие, основни права и гражданство.

123 — Вж. по-специално Регламент (ЕО) № 1257/96 на Съвета от 20 юни 1996 година относно хуманитарната помощ (ОВ L 163, 1996 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г. глава 11, том 13, стр. 160) или Регламент (ЕО) № 1889/2006 на Европейския парламент и на Съвета от 20 декември 2006 година за установяване на финансов инструмент за насърчаване на демокрацията и правата на човека по света (ОВ L 386, 2006 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 7, стр. 126).

124 — Понастоящем член 6, параграф 1 ДЕС предоставя на правата, свободите и принципите, закрепени в Хартата, „същата юридическа сила като Договорите“.

125 — Решение по дело Bosphorus Hava Yollari Turizm c/y Ирландия от 30 юни 2005 г.

126 — Вж. член 6, параграф 2 ДЕС и Протокол № 8 относно член 6, параграф 2 от Договора за Европейския съюз относно присъединяването на Съюза към Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи.

127 — Решение от 28 октомври 1975 г. по дело Rutili (36/75, Recueil, стр. 1219), точка 26, Решение от 15 май 1986 г. по дело Johnston (222/84, Recueil, стр. 1651), точки 17—19 и Решение от 15 октомври 1987 г. по дело Heylens и др. (222/86, Recueil, стр. 4097), точки 14 и 15.

Същото се отнася и за актовете на държавите членки, постановени в изпълнение на задължения, произтичащи от правото на ЕС, или в по-общ план, попадащи в приложното поле на правото на ЕС [128]. Очевидно този аспект е деликатен [129], тъй като поверява защитата на основните права на ЕС на всяка държава членка, където тя ще съжителства с изискванията за защита на основните права, закрепени в националното право или в ЕКПЧ. Произтичащите проблеми, които възникват относно припокриващите се нива на защита по различните системи (правото на ЕС, националното конституционно право и ЕКПЧ) и нивото на защита на основните права, гарантирано от правото на ЕС, са добре известни [130] и тук няма да ги изследвам по-подробно.

157. Съдът развива обширна практика, с която потвърждава първоначалното си изявление в Решение по дело Wachauf [131], че „изискванията [в областта на основните права] са задължителни и за държавите членки, когато те прилагат нормите на правото [на ЕС]“. Важно е да се отбележи, че прилагането на това правило се приема и когато държава членка дерогира основна икономическа свобода, гарантирана от правото на ЕС [132]. В Решение по дело Carpenter [133] Съдът отива още по-далеч, като доразвива практиката относно„нежеланите телефонни обаждания“, установена с Решение по дело Alpine Investments [134], с цел да защити основните права на гражданин на ЕС (г-н Carpenter), който пребивава в собствената си държава членка, но понякога предоставя услуги на получатели, намиращи се в други държави членки. Признаването на факта, че експулсирането на г-жа Carpenter ще бъде непропорционална намеса в правото на семеен живот на г-н Carpenter, води до предоставяне на г-жа Carpenter — гражданка на трета страна, за която по никакъв начин не е било възможно да е упражнявала правото на свободно движение на ЕС — на право на пребиваване.

158. Съдът обаче е приложил ограничения на обхвата на основните права на ЕС — особено във връзка с положения, за които

128 — Вж. по-специално Решение от 25 ноември от 1986 г. по дело Klensch и др. (201/85 и 202/85, Recueil, стр. 3477), точки 10 и 11, Решение от 13 юли 1989 г. по дело Wachauf (5/88, Recueil, стр. 2609), точка 22, Решение от 24 март 1994 г. по дело Bostock (C-2/92, Recueil, стр. I-955), точка 16 и Решение от 10 юли 2003 г. по дело Booker Aquaculture и Hydro Seafood (C-20/00 и C-64/00, Recueil, стр. I-7411), точка 68.

129 — Вж. например Решение от 12 януари 2000 г. по дело Kreil (C-285/98, Recueil, стр. I-69), точки 15 и 16.

130 — Вж. по-специално решението на германския Bundesverfassungsgericht от 29 май 1974 г., известно като Solange I (2 BvL 52/71) и решението му от 22 октомври 1986 г., известно като Solange II (2 BvR 197/83), решението на италианския Corte Costituzionale от 21 април 1989 г. (№ 232, Fragd, in Foro it., 1990 г., I, 1855), декларацията на испанския Tribunal Constitucional от 13 декември 2004 г. (DTC 1/2004) и Решението на Европейския съд по правата на човека по делото Bosphorus, посочено по-горе в бележка под линия 125.

131 — Посочено по-горе в бележка под линия 128, точка 19.

132 — Вж. по-специално Решение от 18 юли 1991 г. по дело ERT (C-260/89, Recueil, стр. I-2925), точка 42 и сл., Решение от12 юни 2003 г. по дело Schmidberger (C-112/00, Recueil, стр. I-5659), точка 75 и Решение от14 октомври 2004 г. по дело Omega (C-36/02, Recueil, стр. I-9609), точки 30 и 31.

133 — Посочено по-горе в бележка под линия 20, точки 43 и 44.

134 — Посочено по-горе в бележка под линия 52.

приема, че попадат извън обхвата на правото на ЕС.

159. В този смисъл в Решение по дело Maurin [135] подсъдимият е обвинен, че продава хранителни продукти след изтичане на срока им на годност за консумация. Той твърди, че правото му на защита е нарушено в хода на националното производство. Съдът отбелязва, че въпреки наличието на директива, установяваща изискването върху хранителните продукти да се посочва срокът им на годност за консумация, тя *не* урежда продажбата на надлежно етикетирани хранителни продукти, чийто срок на годност за консумация е изтекъл. Следователно нарушението, в което е обвинен г-н Maurin, „е свързано с национално законодателство, излизащо извън обхвата на [...] правото [на ЕС] [...]. [П]оради това Съдът не е компетентен да се произнесе дали приложимите за такова нарушение процесуални норми съставляват нарушение на принципите относно зачитането на правото на защита и състезателния характер на производството“ [136].

160. В Решение по дело Kremzow [137] Съдът също отхвърля претенциите на австрийски гражданин, признат за виновен в Австрия с осъдителна присъда, по чиято жалба обаче впоследствие Съдът в Страсбург решава, че правото му на справедлив процес по член 6 от ЕКПЧ е било нарушено. Г-н Kremzow иска да му бъде присъдено обезщетение и твърди, че е било нарушено правото му на свободно движение по правото на ЕС в резултат от незаконното му лишаване от свобода. Съдът изразява несъгласие с този подход, като заявява, че „макар лишаването от свобода всякога да е в състояние да възпрепятства съответното лице да упражни правото си на свободно движение, [...] чисто хипотетичната възможност за упражняване на това право не доказва наличието на достатъчна връзка с правото [на ЕС], която да обосновава прилагането на разпоредбите на [ЕС]“ [138].

161. Решение по дело Kremzow обаче представлява важно допълнение към поранната съдебна практика. След като потвърждава хипотетичното естество на претенцията, Съдът заявява, че след като „г-н Kremzow е бил осъден за убийство и незаконно притежаване на огнестрелно оръжие съгласно националноправни разпоредби, които не са били предназначени да обезпечат съответствие с нормите на правото [на ЕС], [от това следва,] че националното законодателство, приложимо по главното производство, е свързано с положение, което не попада в приложното поле на правото [на ЕС]“ [139]. A contrario, изглежда следва, че *е могло* да се установи наличието на относима връзка с правото на ЕС, ако нарушенията са били свързани с някоя област от политиката на ЕС

135 — Решение от 13 юни 1996 г. по дело Maurin (C-144/95, Recueil, стр. I-2909).

136 — Решение по дело Maurin, посочено в предходната бележка под линия, точки 12 и 13.

137 — Решение от 29 май 1997 г. по дело Kremzow (C-299/95, Recueil, стр. I-2629), точка 15.

138 — Решение по дело Kremzow, посочено в предходната бележка под линия, точка 16.

139 — Решение по дело Kremzow, посочено по-горе в бележка под линия 137, точки 17 и 18.

(например ако са били предвидени, за да обезпечат съответствие със закрепена във вторичното законодателство на ЕС цел на неговата правна уредба) [140].

162. От значение ли са конкретната правна област, която е засегната, и до каква степен ЕС е компетентен в нея с оглед на въпроса за основните права? Този въпрос изглежда важен. Желанието да се насърчава подходяща закрила на основните права не трябва да води до присвояването на компетентност. Докато правомощията на Европейския съюз продължават да се основават на принципа на предоставената компетентност, основните права на ЕС трябва да зачитат ограниченията, съпътстващи това предоставяне [141].

163. Прозрачността и яснотата изискват да има възможност със сигурност да се установи значението на „обхвата на правото на Съюза“ за целите на защитата на основните права на ЕС. Струва ми се, че в дългосрочен план най-ясното правило би било онова, което няма да постави наличието на защита на основните права на ЕС в зависимост нито от това дали някоя разпоредба от Договора е пряко приложима, нито от това дали е прието вторично законодателство, а по-скоро от *наличието и обхвата на материална компетентност на ЕС*. Казано с други думи, правилото би било, че при наличие на компетентност у ЕС (изключителна или споделена) в определена област от правото, основните права на ЕС би следвало да защитават гражданина на ЕС, *дори ако тази компетентност все още не е била упражнена*.

164. Защо правя това предложение?

165. Държавите членки прехвърлят компетенции на Европейския съюз, като го овластяват да приема мерки, които ще се ползват с предимство пред националното право и биха могли да са пряко приложими. Като необходима последица вследствие от предоставянето на тези правомощия Европейският съюз би трябвало едновременно да е оправомощен и задължен да гарантира основните права, независимо дали съответните правомощия действително са били упражнени. ЕС „се основава на ценностите на зачитане на човешкото достойнство, на свободата, демокрацията, равенството, правовата държава, както и на зачитането на правата на човека“ [142].

140 — Решение от 13 септември 2005 г. по дело Комисия/Съвет (C-176/03, Recueil, стр. I-7879).

141 — Вж. по-специално Определение от 3 април 2000 г. по дело Германия/Парламент и Съвет(C-376/98, Recueil, стр. I-8419), точка 83, Решение от 3 септември 2008 г. по дело Kadi и др./Съвет и Комисия (C-402/05 P и C-415/05 P, Сборник, стр. I-6351), точка 203, Решение от 30 април 2009 г. по дело Италия и др./Парламент (C-393/07 и C-9/08, Сборник, стр. I-3679), точка 67 и Решение от 1 октомври 2009 г. по дело Комисия/Съвет (C-370/07, Сборник, стр. I-8917), точка 46.

142 — Член 2 ДЕС. Предишната разпоредба, а именно член 6, параграф 1 ДЕС, гласеше, че „Съюзът се основава на принципите на свободата, демокрацията, зачитането на правата на човека и основните свободи и на принципа на правовата държава, които са общи принципи за държавите членки“.

Тази гаранция от Договора не трябва да се поставя в зависимост от действителното упражняване на законодателната компетентност. В Европейския съюз, изграден върху основните права и законността, защитата не трябва да зависи от законодателната инициатива на институциите и от политическия процес. Подобна условна защита на правата е антитеза на начина, по който съвременните демокрации легитимират държавата власт [143].

166. Такъв подход би имал редица предимства.

167. Първо, той избягва необходимостта да се създават или да се поддържат фиктивни или хипотетични „връзки с правото на Съюза“ от вида, който в миналото води до обърквање относно, а вероятно и до разширяване на приложното поле на разпоредбите на Договора. Няма да се налага лицето, което е упражнило правото си на свободно движение, да доказва наличието на връзка между основното право, на което впоследствие се позовава, която да опосредства това свободно движение [144]. Лицето, което все още не е упражнило това право, няма да се налага да го прави, за да създаде обстоятелствата, при които би могло да се ползва от защитата на основните права [145] (в това отношение от четирите свободи най-лесно би било да се използва свободното движение с цел получаване на услуги). Обратната дискриминация срещу гражданите на държава членка, предизвикана от защитата на основни права на ЕС, предоставени на техни съграждани от ЕС и на техни съграждани от същата държава, които *са* упражнили правото на свободно движение, би била преустановена [146]. В бъдеще не би се наблюдавало разминаване (що се отнася до защитата на основните права на ЕС) между напълно и частично хармонизираните политики. Положението значително би се подобрило от гледна точка на правната сигурност.

168. Второ, подобен подход поддържа ЕС в рамките на неговите правомощия. Защитата на основните права съгласно правото на ЕС би била релевантна единствено когато обстоятелствата, които водят до позоваването на тази защита, попадат в някоя от областите на изключителната

143 — Locke, J. Two Treatises of Government, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, book II, section II.

144 — Решение по дело Singh, посочено по-горе в бележка под линия 50, Решение по дело Cowan, посочено по-горе в бележка под линия 72 и Решение по дело Carpenter, посочено по-горе в бележка под линия 20, предлагат примери за обстоятелства, при които връзката между свободното движение и основното право/допълнителната защита, предоставени от правото на ЕС, не е съвсем пряка. В никакъв случай не поставям под въпрос правилността от гледна точка на правата на решението, до което Съдът достига по тези три дела. Целта ми е единствено да подчертая, че понякога връзката, на която се основава тази защита, е сложна.

145 — В Решение по дело Akrich, посочено по-горе в бележка под линия 24, по време на събеседването си с компетентните национални органи г-н и г-жа Akrich съвсем открито споделят факта, че тя се е преместила в Ирландия с оглед започване на работа по срочно правоотношение, за да може след това да се завърне в Обединеното кралство със съпруга си и да поиска да му бъде предоставено правото да влезе в страната на основание на общностното право.

146 — Вж. Решение по дело Правителство на Communauté française и Gouvernement wallon/Gouvernement flamand, посочено по-горе в бележка под линия 18.

или споделена компетентност на ЕС[147]. Съответният вид компетентност би бил от значение при определяне на обхвата на защитата, която се полага. В случай на споделена компетентност самата логика в основата на споделянето на компетентност би предполагала, че защитата на основните права съгласно правото на ЕС допълва защитата, предоставена от националното право[148] (това отразява подхода, който предложих по-горе във връзка с обратната дискриминация).

169. Трето, ако е известно, че основните права съгласно правото на ЕС се гарантират във всичките области на споделена или изключителна компетентност на Съюза, това би могло да насърчи държавите членки да се насочат към по-подробно вторично законодателство на ЕС в някои особено чувствителни области (например имиграцията или наказателното право), което да *включва* подходящо определяне на точния обхват на основните права на ЕС, вместо проблемите, свързани с основните права, да се оставят за разрешаване от Съда ad hoc, ако и когато възникналият във връзка с тях спор бъде отнесен до съд.

170. Четвърто, определянето на приложното поле на основните права на ЕС по този начин би било в съответствие с пълния набор последици от гражданството на Съюза, което е статут, „предвиден да бъде основен за гражданите на държавите членки“[149]. Такъв статут е трудно съвместим с идеята, че защитата на основните права е частична и разпокъсана; че зависи от това дали определена относима материалноправна разпоредба има пряко действие или дали Съветът и Европейският парламент са упражнили законодателните си правомощия. В дългосрочен план единствено пълната защита на основните права съгласно правото на ЕС във всичките области на изключителна или споделена

147 — Вж. относно изключителната и споделената компетентност Решение от 15 декември 1976 г. по дело Donckerwolcke и Schou (41/76, Recueil, стр. 1921), точка 32, Решение от 18 февруари 1986 г. по дело Bulk Oil (174/84, Recueil, стр. 559), точка 31 и Решение от 16 март 1977 г. по дело Комисия/Франция (68/76, Recueil, стр. 515), точка 23. Относно прилагането на тези правила във връзка с външната компетентност на ЕС вж. по-специално Решение от 31 март 1971 г. по дело ERTA (22/70, Recueil, стр. 263).

148 — Разясненията относно Харата (ОВ C 303, 2007 г., стр. 17) са ясни по този въпрос: „[г]арантираните в Съюза основни права пораждат последици единствено в рамките на областите на компетентност, определени от Договорите. Следователно задължението на институциите на Съюза да насърчават прогласените в Хартата принципи […] може да възникне само в границите на тези области на компетентност“. Разясненията обаче по-нататък гласят, че „препратката към Хартата в член 6 от Договора за Европейския съюз, разбира се, не може да бъде тълкувана като разширяваща сама по себе си набора от действия на държавите членки, считани като „прилагащи правото на Съюза“. Според мен тези бележки недвусмислено обвързват защитата на основните права съгласно правото на ЕС с въпросите, които попадат в сферата на компетентност на ЕС. Взети заедно, защитата на основните права съгласно правото на ЕС и защитата на основните права по националното право би следвало все пак да доведат до достатъчна защита (поне по отношение на всички основни права, които се съдържат както в Хартата, така и в ЕКПЧ).

149 — Вж. съдебната практика, посочена по-горе в бележка под линия 40.

компетентност на ЕС отговаря на представата за гражданството на ЕС.

171. Независимо от тези значителни предимства не мисля, че по настоящото дело Съдът може едностранно да предприеме тази стъпка.

172. Прилагането на основните права на ЕС в зависимост единствено от наличието на изключителна или споделена компетентност на ЕС би било свързано с въвеждането на твърде силен федерален елемент в устройството на правно-политическата система на ЕС. Просто казано, подобна промяна би била сходна с промяната в конституционното право на САЩ след постановяването на Решение по дело Gitlow/Ню Йорк [150], когато Върховният съд на САЩ разпростира действието на някои закрепени с Първата поправка на Конституцията права по отношение на отделните щати. Съдебната практика на „инкорпориране“, която впоследствие се основава на разпоредбата от Четиринадесетата поправка относно „справедливия процес“, не изисква нито придвижване между щатите, нито приемането на законодателни актове от Конгреса. Според Върховния съд някои основни права са толкова значими, че се нареждат „сред основните лични права и свободи, закриляни срещу нарушения от страна на щатите по силата на разпоредбата за справедлив процес […]“ [151].

173. Федеративното действие на американската доктрина за инкорпориране е добре известно. От правно-политическа гледна точка подобна промяна би засегнала самото естество на основните права съгласно правото на ЕС. Поради това тя по необходимост следва да се основава както на еволюция в съдебната практика, *така и* на недвусмислена политическа воля, изразена от учредителите на ЕС (неговите държави членки), насочена към определянето на нова роля за основните права в ЕС.

174. За целите на настоящото производство меродавен е моментът на раждането на второто дете на г-н Ruiz Zambrano,

150 — 268 U.S. 652 (1925).

151 — „Относно решението по дело Gitlow/Ню Йорк и доктрината за инкорпорирането, вж. *Cortner*, R. The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties. Madison, University of Wisconsin Press 1981; *Henkin*, L. Selective Incorporation“ in the Fourteenth Amendment — Yale Law Journal, 1963, p. 74—88 et *Pohlman*, H.L. Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution, NYU Press, New York 1991, p. 82—87.

Diego, на 1 септември 2003 г. Това е събитието (появата на гражданин на Съюза като величина в уравнението), което — ако г-н Ruiz Zambrano се окаже прав — е трябвало да накара белгийските органи да приемат, че той разполага с производно право на пребиваване, и в съответствие с това да разгледат молбата му за предоставяне на обезщетение за безработица.

175. Към посочения момент Договорът за Европейския съюз в основни линии е бил запазен без промени след Договора от Маастрихт. В Становище 2/94 Съдът ясно е заявил, че на този етап Европейската общност не е била оправомощена да ратифицира Европейската конвенция за правата на човека [152]. Хартата е била все още част от soft law, нямала е пряко действие и не е била призната от Договора. Договорът от Лисабон дори не се е очертавал на хоризонта. При тези обстоятелства просто не считам, че е била настъпила необходимата конституционна еволюция в основите на ЕС, която би могла да обоснове твърдението, че вече е възможно да се направи независимо позоваване на основните права съгласно правото на ЕС в качеството им на самостоятелни права.

176. Ето защо, в отговор на последния от преформулираните от мен въпроси, стигам до извода, че към момента на настъпване на относимите факти не е можело да се направи позоваване на основното право на семеен живот съгласно правото на ЕС нито от страна на гражданин на държава извън ЕС, нито от страна на гражданин на Съюза, независимо дали на територията на държавата членка, на която това лице е гражданин, нито другаде на територията на държавите членки.

177. Предлагайки такъв отговор, приемам, че по настоящото дело Съдът не би трябвало открито да изпреварва настъпването на промените. Според мен обаче ще се наложи (като че ли по-скоро, отколкото изглежда) Съдът да избира между това да е в крак с променящото се положение или да изостава от законодателните и политически събития, които вече са настъпили. В определен момент има вероятност Съдът да е изправен пред дело — може само да се предполага, че би ставало дума за преюдициално запитване от национална юрисдикция — което да изисква от него да разгледа въпроса дали моментът за конституционна промяна не е настъпил (както самият Съд предвижда при приемането на Становище 2/94). За момента отговорът на този въпрос може да се отложи, но може би не за твърде дълго време.

152 — Становище 2/94 на Съда от 28 март 1996 г. (Recueil, стр. I-1759), точка 6.

Заключение

178. Предвид изложените съображения считам, че Съдът би следвало да отговори на повдигнатите от Tribunal du travail de Bruxelles въпроси по следния начин:

— членове 20 ДФЕС и 21 ДФЕС (предишни членове 17 ЕО и 18 ЕО) следва да се тълкуват в смисъл, че предоставят право на пребиваване на територията на държавите членки, основаващо се на гражданството на Съюза, което е отделно от правото на движение между държавите членки. Тези разпоредби не са пречка държавите членки да откажат предоставянето на производно право на пребиваване на възходящ роднина на гражданин на Съюза, който е гражданин на съответната държава членка и все още не е упражнил правото си на свободно движение, при положение че това решение е съобразено с принципа на пропорционалност,

— член 18 ДФЕС (предишен член 12 ЕО) следва да се тълкува като установяващ забрана за обратна дискриминация, предизвикана от взаимодействието на член 21 ДФЕС с националното право, водеща до нарушение на основно право, защитено от правото на ЕС, ако по националното право липсва поне равностойна защита,

— към момента на настъпване на обстоятелствата по главното производство не е можело да се направи позоваване на основното право на семеен живот съгласно правото на ЕС като самостоятелно право, независимо от наличието на друга връзка с правото на ЕС, нито от страна на гражданин на държава извън ЕС, нито от страна на гражданин на Съюза, независимо дали на територията на държавата членка, на която това лице е гражданин, или другаде на територията на държавите членки.