Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MICHALA BOBEKA
od 10. travnja 2018.[1]

Predmet C-89/17

Secretary of State for the Home Department
protiv
Rozanne Banger

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London (Viši sud u Londonu, Odjel za imigraciju i azil, Ujedinjena Kraljevina))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Građanstvo Unije – Članak 21. UFEU-a – Povratak građanina Unije u državu članicu čiji je taj građanin državljanin nakon što je u drugoj državi članici ostvarivao prava na slobodno kretanje – Pravo boravka državljanina treće zemlje koji je član šire obitelji građanina Unije – Primjena Direktive 2004/38/EZ po analogiji – Članak 3. stavak 2. točka (b) – Obveza olakšavanja, u skladu s nacionalnim zakonodavstvom, ulaska i boravka partneru s kojim je građanin Unije u trajnoj vezi – Pravo na žalbu – Opseg sudskog nadzora – Članak 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima”

I. Uvod

1. Rozanne Banger je iz Južne Afrike. Njezin partner, Philip Rado, državljanin je Ujedinjene Kraljevine. Zajedno su živjeli u Nizozemskoj, gdje je R. Banger izdana boravišna iskaznica kao nevjenčanoj partnerici građanina Unije.

2. R. Banger je boravišna iskaznica u Nizozemskoj izdana na temelju članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38/EZ[2]. Ta odredba predviđa da država članica *domaćin* u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom *olakšava* ulazak i boravak osoba koje u članku 2. točki 2. nisu navedene kao članovi obitelji. To uključuje partnera s kojim građanin Unije ima dokazanu trajnu vezu.

3. Par se kasnije odlučio preseliti u Ujedinjenu Kraljevinu. Tamošnja nadležna tijela odbila su zahtjev R. Banger za boravišnu iskaznicu iz razloga što nije bila u braku sa svojim partnerom.

4. U Ujedinjenoj Kraljevini također postoje propisi namijenjeni prenošenju članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38. Međutim, za P. Rada to je *matična* država članica. R. Banger se stoga nije mogla pozvati na te propise jer se oni primjenjuju jedino na „članove šire obitelji” građana Unije *iz drugih država članica*, a ne na „članove šire obitelji” državljana Ujedinjene Kraljevine koji se u tu državu članicu vraćaju nakon boravka u drugoj državi članici.

1 Izvorni jezik: engleski

2 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica, o izmjeni Uredbe (EEZ) br. 1612/68 i stavljanju izvan snage direktiva 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ (SL 2004., L 158, str. 77.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 2., str. 42. i ispravak SL 2016., L 87, str. 36.) (u daljnjem tekstu: Direktiva 2004/38)

5. U tom kontekstu Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) (Viši sud, Odjel za imigraciju i azil) Sudu u biti upućuje dva pitanja.

6. Kao prvo, jesu li države članice osobi koja je nevjenčani partner građanina Unije koji se vraća u svoju matičnu državu članicu obvezne *izdati* boravišnu iskaznicu ili joj *olakšati* njezino pribavljanje? Ako jesu, sud koji je uputio zahtjev pita je li osnova takve obveze Direktiva 2004/38 ili su to načela koja je Sud utvrdio u presudi Singh [3].

7. Kao drugo, sud koji je uputio zahtjev želi utvrditi opseg sudske zaštite koju pravo Unije zahtijeva za situacije obuhvaćene člankom 3. stavkom 2. Direktive, u kontekstu pravnog uređenja Engleske i Walesa, koje, ovisno o vrsti dotičnog zahtjeva, predviđa različite oblike sudske zaštite: žalbeni postupak i sudski nadzor. U činjeničnom stanju ovog predmeta, u kojem odluku pobija „član šire obitelji", sudski nadzor jedino je dostupno pravno sredstvo.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

8. U skladu s uvodnom izjavom 6. Direktive 2004/38:

„Kako bi se sačuvalo jedinstvo obitelji u širem smislu i ne dovodeći u pitanje zabranu diskriminacije na temelju državljanstva, država članica domaćin trebala bi na temelju svog nacionalnog zakonodavstva ispitati položaj osoba koje nisu obuhvaćene definicijom članova obitelji prema ovoj Direktivi i koje zbog toga ne uživaju automatsko pravo na ulazak u državu članicu domaćina i boravak u njoj, kako bi odlučila može li odobriti ulazak i boravak tim osobama, uzimajući pritom u obzir njihovu vezu s građaninom Unije i sve ostale okolnosti, kao što su njihova financijska ili fizička ovisnost o građaninu Unije."

9. Članak 2. te direktive sadržava sljedeće definicije:

„1. ‚građanin Unije' znači svaka osoba s državljanstvom države članice;

2. ‚član obitelji' znači:

(a) bračni drug;

(b) partner s kojim je građanin Unije sklopio registrirano partnerstvo na temelju zakonodavstva države članice, ako je zakonodavstvom države članice domaćina registrirano partnerstvo izjednačeno s brakom, i u skladu s uvjetima utvrđenima u relevantnom zakonodavstvu države članice domaćina;

[…]

3. ‚država članica domaćin' znači država članica u koju se useljava građanin Unije kako bi ostvario svoje pravo na slobodno kretanje i boravak."

3 Presude od 7. srpnja 1992., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296); od 11. prosinca 2007., Eind (C-291/05, EU:C:2007:771); i od 12. ožujka 2014., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135)

10. Članak 3. Direktive predviđa:

„1. Ova se Direktiva primjenjuje na sve građane Unije koji se useljavaju ili borave u državi članici različitoj od one čiji su državljani i na članove njihovih obitelji, u smislu članka 2. točke 2. ove Direktive, koji ih prate ili im se pridružuju.

2. Ne dovodeći u pitanje bilo koje osobno pravo na slobodno kretanje i boravak koje dotične osobe imaju, država članica domaćin u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom olakšava ulazak i boravak sljedećim osobama:

[…]

(b) partneru s kojim je građanin Unije u trajnoj vezi, uz odgovarajuću potvrdu.

Država članica domaćin poduzima opsežno ispitivanje osobnih okolnosti i obrazlaže svako odbijanje ulaska ili boravka tim osobama."

11. U skladu s člankom 15. stavkom 1. Direktive, „[p]ostupci predviđeni člancima 30. i 31. primjenjuju se po analogiji na sve odluke kojima se ograničava slobodno kretanje građana Unije i članova njihovih obitelji zbog razloga koji nisu javni poredak, javna sigurnost ili javno zdravlje".

12. Članak 31. Direktive glasi:

„1. Dotične osobe imaju pristup postupcima sudske i, prema potrebi, upravne zaštite u državi članici domaćinu radi podnošenja žalbe ili zahtjeva za preispitivanje protiv bilo koje odluke donesene zbog razloga javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja.

[…]

3. U žalbenom se postupku preispituju zakonitost odluke, kao i činjenice te okolnosti na kojima se odluka temelji. Ti postupci osiguravaju da odluka nije neproporcionalna, posebno u pogledu zahtjeva utvrđenih u članku 28.

[…]"

B. Pravo Ujedinjene Kraljevine

13. Direktiva 2004/38 prenesena je Uredbom o useljavanju iz 2006. (Europski gospodarski prostor) [SI 2006/1003] (u daljnjem tekstu: Uredba iz 2006.).

14. Članak 8. sadržava odredbe o „članovima šire obitelji":

„1. U ovoj Uredbi ‚član šire obitelji' znači osoba koja nije član obitelji državljanina države EGP-a u skladu s člankom 7. stavkom 1. točkom (a), (b) ili (c) te koja ispunjava uvjete iz stavka 2., 3., 4. ili 5.

[…]

5. Osoba ispunjava uvjet iz ovog stavka ako je partner državljanina države EGP-a (osim ako je s njim u civilnom partnerstvu) te može tijelu nadležnom za donošenje odluka dokazati da je s njim u trajnoj vezi.

6. U ovoj Uredbi ‚relevantni državljanin države EGP-a' znači, u odnosu na člana šire obitelji, državljanin države EGP-a koji je srodnik člana šire obitelji, ili je to njegov bračni drug ili civilni partner, u smislu stavka 2., 3. ili 4., ili državljanin države EGP-a koji je partner člana šire obitelji u smislu stavka 5."

15. Članak 9., koji se, kako se čini, primjenjivao u vrijeme nastanka činjeničnog stanja u ovom predmetu, predviđao je sljedeća pravila u pogledu članova obitelji državljana Ujedinjene Kraljevine:

„1. Ako su uvjeti iz stavka 2. ispunjeni, ova se Uredba primjenjuje na osobu koja je član obitelji britanskog državljanina kao da je on državljanin države EGP-a.

2. Uvjeti su sljedeći:

(a) britanski državljanin boravi u državi EGP-a kao radnik ili samozaposlena osoba ili je tamo boravio prije povratka u Ujedinjenu Kraljevinu; i

(b) ako je član obitelji britanskog državljanina njegov bračni drug ili civilni partner, stranke zajedno žive u državi EGP-a ili su sklopile brak ili civilno partnerstvo te su zajedno živjele u toj državi prije nego što se britanski državljanin vratio u Ujedinjenu Kraljevinu.

[…]."

III. Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

16. R. Banger državljanka je Južne Afrike. Njezin partner, P. Rado, državljanin je Ujedinjene Kraljevine. Od 2008. do 2010. živjeli su zajedno u Južnoj Africi. U svibnju 2010. preselili su se u Nizozemsku, gdje se P. Rado zaposlio. Nizozemska tijela su R. Banger izdala boravišnu iskaznicu kao članu šire obitelji građanina Unije na temelju nacionalnih odredbi kojima je prenesen članak 3. stavak 2. Direktive 2004/38.

17. Par je 2013. odlučio preseliti se u Ujedinjenu Kraljevinu. Secretary of State for the Home Department (ministar unutarnjih poslova, Ujedinjena Kraljevina) odbio je zahtjev koji je R. Banger u Ujedinjenoj Kraljevini podnijela za boravišnu iskaznicu iz razloga što nije bila u braku s P. Radom. Ta se odluka temeljila na članku 9. Uredbe iz 2006., kojom su uređena prava članova obitelji državljana Ujedinjene Kraljevine koji se vraćaju u Ujedinjenu Kraljevinu nakon što su ostvarivali prava na slobodno kretanje. U skladu s odlukom koju je ministar unutarnjih poslova donio na temelju te odredbe, podnositelj zahtjeva mora biti bračni drug ili partner britanskog državljanina kako bi se smatrao njegovim članom obitelji [4].

18. R. Banger je tu odluku pobijala pred First-tier Tribunalom (Prvostupanjski sud, Ujedinjena Kraljevina). Taj je sud utvrdio da R. Banger, kao partner (iz treće zemlje) britanskog državljanina koji je ostvarivao svoja prava na slobodno kretanje te se vraća u državu članicu svojeg podrijetla, uživa pogodnosti koje proizlaze iz presude Singh [5].

4 Iz očitovanja R. Banger proizlazi da je ona 27. rujna 2014. sa svojim partnerom sklopila brak u Ujedinjenoj Kraljevini, nakon što su napustili Nizozemsku. Međutim, ministar unutarnjih poslova tu činjenicu *nije uzeo u obzir* jer točka (b) stavka 2. članka 9. Uredbe o EGP-u, koja se odnosi na prava članova obitelji britanskih državljana, zahtijeva da bračni drugovi „u državi EGP-a žive zajedno ili su sklopili brak […] i živjeli zajedno u državi EGP-a *prije nego što se britanski državljanin vratio* u Ujedinjenu Kraljevinu". Moje isticanje

5 U skladu s kojom, kada se građani Unije vrate u državu članicu svojeg državljanstva nakon što su u drugoj državi članici ostvarivali pravo na boravak, članovi njihove obitelji moraju uživati prava najmanje ekvivalentna onima koja bi imali na temelju prava Unije u drugoj državi članici. Presuda od 7. srpnja 1992., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296)

19. Ministru unutarnjih poslova dopušteno je podnošenje žalbe Upper Tribunalu (Viši sud) (sud koji je uputio zahtjev), utemeljene na tomu da je First-tier Tribunal (Prvostupanjski sud) navodno počinio pogrešku koja se tiče prava. Sud koji je uputio zahtjev naglašava relevantnost zaključaka iz presude Singh [6] za glavni postupak. Navodi da jedinu razliku u ovom predmetu čini okolnost da R. Banger i P. Rado nisu bili u braku, dok su S. Singh i R. Singh bili u braku. Iako bi primjena načela iz te presude na predmetnu situaciju zahtijevala „relativno malu prilagodbu", sud koji je uputio zahtjev dvoji u pogledu pravne osnove takve primjene. Također naglašava specifičnost članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38: osobe na koje se odnosi ne mogu se pozivati na pravo na boravak. Osim toga, ta odredba državama članicama daje jasnu marginu prosudbe, tako da se relevantno zakonodavstvo u pojedinim državama članicama može međusobno razlikovati.

20. U tim okolnostima Upper Tribunal (Viši sud) odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Primjenjuju li se načela iz odluke [Singh, C-370/90] na način da od države članice zahtijevaju da izda boravišnu iskaznicu ili, podredno, olakša njezino pribavljanje osobi koja nije građanin Unije i nevjenčani je partner građaninu Unije koji se, nakon što je ostvarivao svoje pravo iz Ugovora na slobodno kretanje radi zaposlenja u drugoj državi članici, vraća zajedno s takvim partnerom u državu članicu svojeg državljanstva?

2. Podredno, postoji li obveza izdavanja takve boravišne iskaznice ili, podredno, olakšavanja njezina pribavljanja na temelju [Direktive 2004/38]?

3. Ako odluka o odbijanju izdavanja boravišne iskaznice nije utemeljena na opsežnom ispitivanju osobnih okolnosti podnositelja zahtjeva i nije prikladno i dostatno obrazložena, je li takva odluka nezakonita jer povređuje članak 3. stavak 2. [Direktive 2004/38]?

4. Je li u skladu s Direktivom pravilo nacionalnog prava prema kojem nije moguće podnijeti žalbu sudu protiv odluke izvršnog tijela kojom se osobi koja tvrdi da je član šire obitelji odbija izdati boravišna iskaznica?"

21. Pisana očitovanja podnijeli su R. Banger, španjolska, austrijska, poljska vlada i vlada Ujedinjene Kraljevine te Europska komisija. R. Banger, španjolska vlada i vlada Ujedinjene Kraljevine iznijele su i usmena očitovanja na raspravi održanoj 17. siječnja 2018.

IV. Ocjena

22. Ovo je mišljenje strukturirano na sljedeći način. Prva tri prethodna pitanja zajedno ću razmatrati jer se sva na neki način tiču pravne osnove i sadržaja obveza država članica u pogledu ulaska i boravka nevjenčanih partnera građana Unije „koji se vraćaju" (A). Nakon toga ću analizirati četvrto pitanje, koje se odnosi na opseg sudskog nadzora koji je obvezan u pogledu „članova šire obitelji" [7], o kojima govori članak 3. stavak 2. (B).

6 Presuda od 7. srpnja 1992., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296)

7 Pojam „članovi šire obitelji" obuhvaća obje potkategorije iz članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38, to jest „druge članove obitelji" iz članka 3. stavka 2. točke (a) i „partnera s kojim je građanin Unije u trajnoj vezi, uz odgovarajuću potvrdu" iz članka 3. stavka 2. točke (b).

A. Prvo, drugo i treće pitanje: „članovi šire obitelji” „građana Unije koji se vraćaju”

23. Sud koji je uputio zahtjev svojim prvim pitanjem želi saznati zahtijevaju li načela iz presude Singh [8] od države članice da nevjenčanim partnerima građana Unije „koji se vraćaju” *izda* boravišnu iskaznicu ili da im *olakša* njezino pribavljanje. Drugim pitanjem pita, podredno, proizlazi li takva obveza izdavanja boravišne iskaznice ili olakšavanja njezina pribavljanja izravno iz Direktive 2004/38.

24. Ta su pitanja dvoslojna. Kao prvo, odnose se na *pravnu osnovu* prava koja trajni partneri građana Unije „koji se vraćaju” izvode iz prava Unije. Kao drugo, njima se prešutno pita o *sadržaju* tih prava: postoji li obveza izdavanja takve iskaznice ili samo obveza da se olakša njezino pribavljanje. Potonji se problem aktualizira u trećem prethodnom pitanju. Tim se pitanjem konkretno pita dopušta li članak 3. stavak 2. Direktive 2004/38 usvajanje odluke o odbijanju izdavanja boravišne iskaznice koja nije utemeljena na opsežnom ispitivanju osobnih okolnosti podnositelja zahtjeva i nije prikladno i dostatno obrazložena.

25. Prema mojemu mišljenju, ti su slojevi očito isprepleteni. Pravna osnova određuje sadržaj, koji pak u određenoj mjeri opravdava odluku. Stoga smatram da je prva tri pitanja najbolje zajedno razmatrati.

26. Stoga ću u ovom odjeljku prvo razmatrati pravnu osnovu prava koja nevjenčani partneri građana Unije „koji se vraćaju” izvode iz prava Unije. U tu ću svrhu ocijeniti je li na građane Unije „koji se vraćaju” u zemlju svojeg državljanstva moguće po analogiji primijeniti pravila Direktive 2004/38, kako su razvijena u sudskoj praksi Suda u pogledu članka 3. stavka 2. točke (b) (1). Kao drugo, bavit ću se tumačenjem te odredbe, kojom je uveden pojam „olakšavanja” ulaska i boravka nevjenčanih partnera (2). Kao treće, razmotrit ću značaj tih zaključaka za ovaj predmet (3).

1. Građani koji se vraćaju

27. Direktiva 2004/38 sadržava posebnu odredbu – članak 3. stavak 2. točku (b) – o položaju osobe s kojom je građanin Unije u trajnoj vezi. Međutim, ta odredba kao takva nije primjenjiva na ovaj predmet. Odredbe Direktive koje se tiču pravâ na ulazak i boravak ne primjenjuju se na okolnosti u kojima se građanin Unije ili članovi njegove obitelji pozivaju na te odredbe protiv *države članice državljanstva* građanina Unije [9].

28. Logično, isto treba vrijediti i u pogledu članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38, koji se odnosi na „članove šire obitelji”.

29. Istina, stavak 2. članka 3. Direktive, za razliku od stavka 1., ne govori izričito o članovima šire obitelji koji *prate* građanina Unije ili mu se *pridružuju* u drugoj državi članici. Međutim, on se, kako potvrđuje uvodna izjava 6. Direktive, jasno odnosi na obveze „države članice *domaćina*”. Osim toga, isti sustavni i teleološki razlozi zbog kojih je Sud utvrdio da Direktiva osobama iz trećih zemalja koji su članovi obitelji građana Unije ne daje pravo na boravak u državi državljanstva tih građana [10] vrijede i u pogledu „članova šire obitelji”.

8 Presuda od 7. srpnja 1992., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296)

9 Presude od 12. ožujka 2014., O. i B., C-456/12 (EU:C:2014:135, t. 37.). Također vidjeti presude od 8. studenoga 2012., Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, t. 61. i sljedeće); od 10. svibnja 2017., Chavez-Vilchez i dr. (C-133/15, EU:C:2017:354, t. 53.); i od 14. studenoga 2017., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, t. 33.).

10 Presude od 12. ožujka 2014., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, t. 39. do 43.), i od 14. studenoga 2017., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, t. 33. do 37.)

30. Međutim, činjenica da članak 3. stavak 2. Direktive 2004/38 kao takav nije primjenjiv u predmetu poput ovog ne čini tu odredbu potpuno irelevantnom. U sudskoj praksi Suda je na temelju pravila primarnog prava utvrđeno da se razni instrumenti sekundarnog prava o slobodnom kretanju mogu u određenim okolnostima *po analogiji* primijeniti na situacije koje se tiču građana Unije koji se vraćaju u državu članicu svojeg državljanstva nakon što su ostvarivali svoja prava na slobodno kretanje [11].

31. Ta je sudska praksa Suda izgrađena na logici odvraćanja. U skladu s presudom Singh, „državljanina države članice može od odlaska iz njegove zemlje podrijetla kako bi se u skladu s Ugovorom zaposlio ili bavio samostalnom djelatnošću u drugoj državi članici odvratiti činjenica da, pri povratku u državu članicu čiji je državljanin, kako bi se tamo zaposlio ili bavio samostalnom djelatnošću, uvjeti njegova ulaska i boravka neće biti najmanje ekvivalentni onima koji bi za njega na temelju Ugovora ili sekundarnog prava vrijedili na području druge države članice” [12]. Prava na slobodno kretanje ne bi bila potpuno djelotvorna ako bi građanina Unije „od njihova ostvarivanja mogle odvratiti prepreke koje u zemlji njegova podrijetla postoje u pogledu ulaska ili boravka njegova bračnog druga” [13]. Sud je u presudi Eind dodao da takav odvraćajući učinak može jednostavno proizlaziti iz „[mogućnosti da po povratku u državu članicu svojeg podrijetla neće] moći nastaviti obiteljski život koji je eventualno započeo, kroz brak ili spajanje obitelji, u državi članici domaćinu” [14].

32. Sud je na temelju toga utvrdio da članak 21. stavak 1. UFEU-a podrazumijeva da se uvjeti sekundarnog prava u pogledu pravâ na ulazak i boravak članova obitelji, osobito oni iz Direktive 2004/38, po analogiji primjenjuju na članove obitelji „građana Unije koji se vraćaju” u pogledu njihova ulaska i boravka u državu članicu državljanstva tih građana Unije. Sud je u presudi O. i B. dodatno pojasnio da se ta sudska praksa primjenjuje kada je građanin Unije zasnovao ili ustalio obiteljski život s državljaninom treće zemlje prilikom stvarnog boravka u državi članici različitoj od one čiji je državljanin [15].

33. U ovom predmetu vlada Ujedinjene Kraljevine tvrdi da se načela iz gorenavedene sudske prakse tiču isključivo *pravâ* na ulazak i boravak na temelju Direktive 2004/38. U skladu s njezinim člankom 3. stavkom 1., ta prava uživaju samo članovi obitelji obuhvaćeni popisom iz članka 2. točke 2., ali ne i „članovi šire obitelji” u smislu članka 3. stavka 2. Stoga primjena po analogiji utemeljena na odvraćajućem učinku koji na ostvarivanje pravâ na slobodno kretanje građanina Unije ima odbijanje pravâ na boravak njegovim članovima obitelji ne bi bila opravdana u ovom predmetu, koji se odnosi na nevjenčanog partnera koji, u skladu s člankom 3. stavkom 2., nema takvo pravo na boravak.

34. Ne slažem se.

11 Sud se pozivao na različite odredbe primarnog prava kako bi po analogiji proširio primjenu različitih instrumenata sekundarnog prava na „državljane koji se vraćaju”. U pogledu članka 52. Ugovora o EEZ-u i Direktive Vijeća 73/148/EEZ od 21. svibnja 1973. o ukidanju ograničenja kretanja i boravka u Zajednici za državljane država članica u vezi s poslovnim nastanom i pružanjem usluga (SL 1973., L 172, str. 14.), vidjeti presudu od 7. srpnja 1992., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, t. 25.). U pogledu članka 39. UEZ-a i Uredbe br. 1612/68/EEZ Vijeća od 15. listopada 1968. o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice (SL, posebno englesko izdanje 1968. II, str. 475.), vidjeti presudu od 11. prosinca 2007., Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, t. 32. i 45.). Članak 21. stavak 1. UFEU-a je u presudi od 12. ožujka 2014., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, t. 61.), služio kao temelj za primjenu Direktive 2004/38 po analogiji.

12 Presuda od 7. srpnja 1992., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, t. 19.)

13 Presuda od 7. srpnja 1992., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, t. 23.)

14 Presuda od 11. prosinca 2007., Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, t. 36.). Također vidjeti presude od 8. studenoga 2012., Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, t. 70.), i od 12. ožujka 2014., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, t. 46.).

15 Presuda od 12. ožujka 2014., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, t. 61.)

35. Kao prvo, točno je da se novija sudska praksa Suda o pravima na boravak državljana trećih zemalja koji su članovi obitelji „građana Unije koji se vraćaju" odnosila na status onih koji su „članovi obitelji" u smislu članka 2. Direktive 2004/38 [16]. Ne smatram da tu činjenicu treba obrnuti i tumačiti kao namjeru ograničavanja sudske prakse samo na „članove obitelji". Jednako moguće objašnjenje (koje je iz moje perspektive u biti puno vjerojatnije) jest da su se ti predmeti odnosili samo na članove obitelji jer su se jednostavno samo na njih i odnosili.

36. To osobito vrijedi zato što je, kao drugo, opća logika na kojoj počiva primjena Direktive po analogiji na „članove obitelji" u potpunosti primjenjiva na „članove šire obitelji". Kako je Komisija pravilno istaknula, to se osobito odnosi na nevjenčanog partnera građanina Unije koji je zakonito boravio, u skladu s pravom Unije, u državi članici domaćinu [17].

37. Logika odvraćanja izgrađena je na pretpostavci da se građanin Unije neće željeti preseliti ako mu se njemu *bliske* osobe neće moći pridružiti. Treba istaknuti da se društvene predodžbe mijenjaju i da danas postoje različiti oblici zajedničkog življenja. Stoga je mogućnost odvraćanja u stvarnosti možda veća kada je riječ o partneru u smislu članka 3. stavka 2. točke (b) nego kada je riječ o nekim kategorijama iz članka 2. točke 2. Direktive 2004/38. Time uopće ne želim reći da će to uvijek biti tako. Samo ističem da formalne generalizacije nisu prikladne za utvrđivanje stvarne „bliskosti" među osobama [18].

38. Moglo bi se dodati da uvodna izjava 6. Direktive potvrđuje da je „jedinstvo obitelji u širem smislu" cilj na kojem počiva njezin članak 3. stavak 2. [19]. Tako se „šire" obiteljske veze u tom smislu jednako mogu zasnovati ili ustaliti u državi članici domaćinu tijekom stalnog boravka građanina Unije te mogu opravdati pozivanje na odvraćajući učinak.

39. Ipak, moram priznati da postoji jedan element logike odvraćanja koji je upotrijebljen kao opravdanje primjene Direktive 2004/38 po analogiji na građane Unije koji se vraćaju u svoje matične države članice, a nije sasvim uvjerljiv. Ukratko, za odvraćanje je potrebno znanje. Prilično je teško da će me od neke radnje odvratiti nešto za što u trenutku donošenja odluke nisam znao da postoji ili čije je buduće postojanje u najboljem slučaju neizvjesno.

40. S jedne strane, takav odvraćajući učinak može postojati kada član (šire) obitelji već uživa status u državi državljanstva građanina Unije prije selidbe u inozemstvo. Slobodno kretanje može se pokazati riskantnim pothvatom ako je članu obitelji iz treće zemlje već dodijeljen imigracijski status u državi članici podrijetla građanina Unije. On taj status može izgubiti ako se pridruži građaninu Unije u drugoj državi članici. Iako pravo Unije jamči prava na boravak u drugoj (ili kasnijoj) državi članici domaćinu, razumno se može reći da mogućnost gubitka tih prava po povratku u državu članicu podrijetla igra odvraćajuću ulogu u osobnoj ocjeni čimbenika koji se uzimaju u obzir pri donošenju odluke o ostvarivanju slobodnog kretanja [20].

16 Primjerice, Sud je u presudi od 7. srpnja 1992., Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), govorio o „bračnom drugu i djeci" (t. 20.). Presuda od 11. prosinca 2007., Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), odnosila se na dijete građanina Unije. Presuda od 12. ožujka 2014., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135), odnosila se na bračne parove.

17 Vidjeti, po analogiji, presudu od 12. ožujka 2014., O. i B. (C-456/12, EU:C:2014:135, t. 47.)

18 Moglo bi se dodati da je razvoj pojma „obiteljski život", u smislu da se sada uvažavaju i uzimaju u obzir stvarne veze, prisutan i u sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava (ESLJP). Neovisno o pitanju posebnih obveza koje proizlaze iz postojanja obiteljskog života u specifičnom kontekstu migracija, ESLJP je utvrdio, u pogledu situacija u kojima je dijete rođeno izvan braka, da pojam „obitelj" iz članka 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP) „nije ograničen na veze utemeljene na braku te može obuhvaćati druge stvarne ‚obiteljske' veze, kakve postoje kada stranke žive zajedno izvan braka". Vidjeti presudu ESLJP-a od 24. lipnja 2010., Schalk i Kopf protiv Austrije, CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, t. 91. ESLJP je u točki 94. dodatno potvrdio da su pojmom obiteljskog života obuhvaćeni istospolni nevjenčani parovi koji žive u stabilnim stvarnim partnerstvima.

19 Sličan zahtjev u pogledu „olakšavanja" bio je predviđen člankom 10. stavkom 2. Uredbe br. 1612/68 i člankom 1. stavkom 2. Direktive 73/148.

20 Mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Tesaura u predmetu Singh (C-370/90, EU:C:1992:229, t. 8.)

41. S druge strane, puno mi je teže raspoznati takav jasan odvraćajući učinak na odluku o napuštanju matične države članice radi ostvarivanja slobodnog kretanja kada građanin Unije još nije uspostavio nikakav obiteljski život. Može li se doista razumno tvrditi da će, primjerice, na svježeg diplomanta na sveučilištu, koji razmišlja o preseljenju u drugu državu članicu (države članice), pri donošenju odluke u tom pogledu utjecati pomisao da bi u toj državi članici (ili drugoj ili trećoj državi članici) mogao upoznati ljubav svog života i da će se kasnije, pod pretpostavkom da je to doživotna ljubav, možda s tom osobom željeti trajno vratiti u svoju matičnu državu članicu, ali ga od ikakvog ostvarivanja prava na slobodno kretanje odvrati spoznaja – do koje je došao pažljivim i detaljnim proučavanjem imigracijskih propisa svoje matične države članice, koji bi se mogli primjenjivati i u bliskoj ili daljoj budućnosti – da toj osobi neće biti priznato pravo na boravak te jednostavno odluči ostati doma?

42. Ostavljajući po strani scenarije u kojima pronalazak životne ljubavi *jest* glavni razlog zbog kojeg pojedinac ostvaruje prava na slobodno kretanje, daleka i hipotetska narav takvih događaja i njihova (ne)vjerojatnost kao stvarna osnova na kojoj svaka prosječna osoba donosi životne odluke ne čini najčvršći temelj za primjenu Direktive 2004/38 po analogiji (to jest za proširenje njezina područja primjene u odnosu na ono što izričito predviđa njezin tekst) na građane Unije koji se vraćaju.

43. Stoga predlažem da Sud veći naglasak stavi na podredno opravdanje primjene uvjeta Direktive 2004/38 po analogiji na građane Unije „koji se vraćaju" i članove njihove (šire) obitelji: da to ne bude nužno okolnost da će osoba vjerojatno biti u startu obeshrabrena u selidbi, nego to da ne smije naknadno trpjeti posljedice zbog selidbe [21].

44. U sudskoj praksi Suda već je utvrđeno, u kontekstu zabrane diskriminacije, da ostvarivanje slobodnog kretanja ne smije građane Unije *naknadno staviti u nepovoljan položaj* [22]. Prema mojem mišljenju, takav nepovoljan položaj javlja se kada nacionalna pravila, iako građani Unije „koji se vraćaju" podliježu istom regulatornom režimu kao i državljani koji nikada nisu ostvarivali slobodno kretanje, ne priznaju obiteljske veze koje su zasnovane ili ustaljene u drugoj državi članici [23].

45. Prema objektivno različitim situacijama ne smije se i ne treba jednako postupati. U suprotnom će postojati opasnost (ovaj put ni daleka ni hipotetska) da slobodno kretanje rezultira davanjem jednosmjerne karte. To bi dovelo do toga da bi pojedinci nastavljali boraviti izvan države članice svojeg podrijetla. To nije u skladu s pravom na *slobodno* kretanje i boravak *unutar Europske unije* [24].

46. Ukratko, razlozi zbog kojih je Sud prava na ulazak i boravak po analogiji priznao članovima obitelji građana Unije koji se vraćaju u državu članicu svojeg podrijetla, navedena u članku 2. točki 2. Direktive 2004/38, jednako su primjenjivi, makar uz određenu prilagodbu, kada je riječ o „članovima šire obitelji" iz članka 3. stavka 2. te direktive.

47. Stoga se mora zaključiti, u skladu s navodima španjolske, austrijske i poljske vlade kao i Komisije, da se prema državljaninu treće zemlje, koji je u trajnoj partnerskoj vezi s građaninom Unije koji je ostvarivao svoje pravo na slobodno kretanje, ne smije, po povratku građanina Unije u svoju matičnu državu članicu, lošije postupati nego što to Direktiva predviđa za članove šire obitelji građana Unije koji ostvaruju slobodu kretanja u drugim državama članicama.

21 To je opravdanje predviđeno još u mišljenju nezavisnog odvjetnika G. Tesaura u predmetu Singh (C-370/90, EU:C:1992:229, t. 7. i 8.).

22 Vidjeti, primjerice, presude od 11. srpnja 2002., D'Hoop (C-224/98, EU:C:2002:432, t. 31.); od 29. travnja 2004., Pusa (C-224/02, EU:C:2004:273, t. 19.); od 18. srpnja 2006., De Cuyper (C-406/04, EU:C:2006:491, t. 39.); ili od 11. rujna 2007., Schwarz i Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, t. 88.).

23 Naime, stvarnost slobodnog kretanja proizvodi situacije različite od situacija „statičnih građana" pa prema njima ne treba jednako postupati. U tom pogledu, vidjeti presudu od 2. listopada 2003., Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, t. 31. i sljedeće).

24 U tom pogledu, vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu O. i B. (C-456/12 i C-457/12, EU:C:2013:837, t. 89.).

2. „Olakšavanje" ulaska i boravka „članova šire obitelji" predviđeno člankom 3. stavkom 2. Direktive 2004/38

48. Sud koji je uputio zahtjev prvim i drugim pitanjem pita Sud nalažu li zahtjevi iz prava Unije državama članicama da nevjenčanom partneru građanina Unije koji se vraća *izdaju* boravišnu iskaznicu ili da mu, podredno, *olakšaju* njezino pribavljanje.

49. Kako su Komisija i sve vlade koje su podnijele očitovanja Sudu pravilno istaknule, primjena po analogiji utemeljena na načelu iz presude Singh [25] podrazumijeva da nevjenčani partneri „građana Unije koji se vraćaju" imaju pravo na *olakšavajući* režim predviđen člankom 3. stavkom 2. Direktive 2004/38.

50. R. Banger tomu ne proturječi, barem ne izravno. Njezin je argument razrađeniji: priznajući obvezu olakšavanja iz članka 3. stavka 2. Direktive, ona ističe da se odluka kojom joj je odbijeno izdavanje boravišne iskaznice nije temeljila na opsežnom ispitivanju njezinih osobnih okolnosti te da nije prikladno i dostatno obrazložena, kako ta odredba zahtijeva.

51. Sud je u presudi Rahman [26] već pojasnio sadržaj posebnog „olakšavajućeg režima" iz članka 3. stavka 2. Direktive, koji se primjenjuje na članove šire obitelji. U toj su presudi naglašene tri dimenzije tog režima: nepostojanje automatskog prava na ulazak i boravak (i); obveza uspostave olakšavajućeg režima u nacionalnom pravu, u pogledu čega države članice imaju marginu prosudbe (ii); i činjenica da ta margina prosudbe nije neograničena (iii).

52. Kao prvo, članak 3. stavak 2. Direktive 2004/38 ne daje članovima šire obitelji *pravo* na ulazak i boravak. Članove obitelji kako su definirani u članku 2. točki 2. Direktive, koji imaju pravo na ulazak i boravak, razlikuje se od onih navedenih u članku 3. stavku 2., čiji ulazak i boravak „samo treba olakšati" [27]. Stoga Direktiva ne obvezuje države članice da odobre sve zahtjeve za ulazak ili boravak koji se temelje na članku 3. stavku 2. [28]. Osim toga, i različito od prava koja građani Unije i članovi njihovih obitelji imaju, članak 3. stavak 2. „nije dovoljno precizan da podnositelju zahtjeva za ulazak ili boravak omogući izravno pozivanje na tu odredbu kako bi se prilikom ocjene njegova zahtjeva primijenili *kriteriji* koje on smatra prikladnima" [29].

53. Kao drugo, sadržaj obveze olakšavanja predviđene člankom 3. stavkom 2. Direktive 2004/38 definiran je kao obveza država članica da osiguraju da njihovi propisi sadržavaju kriterije koji članovima šire obitelji omogućuju da ishode donošenje odluke o njihovom zahtjevu za boravak, a ne na način da oni imaju pravo na boravak. Ta se odluka mora temeljiti na opsežnom ispitivanju osobnih okolnosti podnositelja zahtjeva te mora biti obrazložena ako se zahtjev njome odbija [30].

54. Kako potvrđuje uvodna izjava 6. Direktive, država članica domaćin položaj „članova šire obitelji" mora ispitati *„na temelju svog nacionalnog zakonodavstva* […] kako bi odlučila *može li odobriti* ulazak i boravak tim osobama". To znači da, u nedostatku konkretnijih pravila u Direktivi te s obzirom na riječi „u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom", države članice imaju široku marginu

25 Presuda od 7. srpnja 1992. (C-370/90, EU:C:1992:296)

26 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519)

27 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 19.)

28 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 18.). Također vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Watheleta u predmetu Coman i dr. (C-673/16, EU:C:2018:2, t. 94. do 96.).

29 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 25.). Moje isticanje

30 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 22.)

prosudbe u pogledu *odabira čimbenika* koje će uzimati u obzir prilikom primjene svojih obveza iz članka 3. stavka 2.[31]. Ta margina prosudbe nužno podrazumijeva da države članice u svojim nacionalnim zakonodavstvima mogu definirati *posebne* uvjete i kriterije za primjenu te odredbe i čimbenike koje treba uzeti u obzir.

55. Također je jasno da ta margina prosudbe nužno znači da se ti uvjeti, kriteriji i čimbenici mogu *razlikovati* u pojedinim državama članicama jer države članice mogu svoje obveze prenošenja direktive izvršiti na različite načine[32].

56. Kao treće, margina prosudbe koju pruža članak 3. stavak 2. Direktive 2004/38 nije neograničena. Ta odredba sadržava konkretna ograničenja regulatorne slobode koju države članice uživaju: relevantna nacionalna pravila moraju biti u skladu s pojmom „olakšavanje" i zahtjevima u pogledu opsežnog ispitivanja osobnih okolnosti i obrazlaganja odluke ako je njome zahtjev odbijen.

57. Prvo ograničenje proizlazi iz teksta odredbe i pojma „olakšavanje". Naime, riječ „olakšava" upućuje na to da članak 3. stavak 2. „države članice obvezuje na povoljnije postupanje u usporedbi sa zahtjevima drugih državljana trećih zemalja za ulazak i boravak […]"[33]. Stoga „država članica domaćin mora osigurati da njezino zakonodavstvo sadržava kriterije koji su u skladu s uobičajenim značenjem izraza ‚olakšati' […]"[34]. Sud je podsjetio da obveza olakšavanja ujedno znači da usvojene odredbe ne smiju članak 3. stavak 2. lišiti njegove učinkovitosti[35].

58. Jednostavno rečeno, države članice prilikom „olakšavanja" imaju poprilično regulatornu slobodu, i u pogledu sadržajnih kriterija i u pogledu postupovnih uvjeta. Unatoč tomu, „članovi šire obitelji" u svakom slučaju moraju biti u povoljnijem položaju nego *opća* kategorija državljana trećih zemalja[36].

59. Drugo ograničenje proizlazi iz zadnjeg izraza u članku 3. stavku 2. Direktive 2004/38. Ta odredba državama članicama nameće dvostruku obvezu: da „poduzmu opsežno ispitivanje osobnih okolnosti" i da „obrazlože svako odbijanje ulaska ili boravka tim osobama". Stoga „države članice im moraju omogućiti ishodovanje odluke o njihovom zahtjevu koja se temelji na opsežnom ispitivanju njihovih osobnih okolnosti te koja je, ako se njome zahtjev odbija, obrazložena"[37]. Opsežno ispitivanje znači, u skladu s uvodnom izjavom 6., uzimanje u obzir raznih relevantnih čimbenika, kao što su veza s građaninom Unije i sve druge okolnosti, kao što su financijska ili fizička ovisnost o građaninu Unije[38].

60. Posljedično, iz teksta članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38, kako ga je Sud protumačio u presudi Rahman te kako je opisan u ovom odjeljku, proizlazi da ta odredba ne podrazumijeva automatsko pravo na boravak. Stoga ni primjena te odredbe po analogiji na situacije u kojima se član šire obitelji pridružuje „građaninu Unije koji se vraća" u državu članicu svojeg podrijetla ne može rezultirati automatskim pravom na boravak. Primjena članka 3. stavka 2. Direktive po analogiji može sezati samo onoliko koliko bi sam članak 3. stavak 2. sezao da je izravno primjenjiv – ali ne dalje od toga. Naime,

31 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 24.)

32 U tom pogledu, vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika Y. Bota u predmetu Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:174, t. 64.).

33 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 21.)

34 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 24.)

35 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 24.)

36 Pri čemu, naravno, treba istaknuti da određeni državljani trećih zemalja (koji nisu članovi obitelji građana Unije) mogu imati *prava* na ulazak i boravak, primjerice na temelju prava na obiteljski život. Vidjeti Direktivu Vijeća 2003/86/EZ od 22. rujna 2003. o pravu na spajanje obitelji (SL 2003., L 251, str. 12.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 8., str. 70.). Stoga navod iz presude od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 21.), treba shvatiti na način da se odnosi na *opću* kategoriju državljana trećih zemalja koji *nemaju* takva prava na ulazak i boravak. U pogledu tog pitanja, vidjeti Guild, E., Peers, S., i Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014., str. 74., bilješka 203.

37 Presuda od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 22.)

38 Također vidjeti presudu od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 23.).

kako je već potvrđeno u sudskoj praksi Suda, „primjena po analogiji" sekundarnog prava o slobodnom kretanju na članove obitelji građana Unije „koji se vraćaju" ne rezultira automatskim priznavanjem prava na boravak koja se uživaju u drugoj državi članici: primjena odredbi sekundarnog prava po analogiji ostaje podložna uvjetima iz tih odredbi [39].

3. Ovaj predmet

61. U okolnostima ovog predmeta, temelji iz primarnog prava za primjenu relevantnih odredbi Direktive 2004/38 po analogiji nalaze se u članku 45. UFEU-a (ako sud koji je uputio zahtjev potvrdi da je P. Rado, kako se čini, ostvarivao svoje pravo na slobodno kretanje kao radnik u Nizozemskoj) ili, podredno, u članku 21. stavku 1. UFEU-a.

62. U skladu s tom primjenom po analogiji, nevjenčani partner s kojim je građanin Unije u trajnoj vezi te s kojim je zasnovao ili ustalio obiteljske veze u drugoj državi članici dok je ostvarivao svoja prava na slobodno kretanje ima pravo da se, po povratku građanina Unije u zemlju svojeg podrijetla, njegov zahtjev ispita u skladu s uvjetima iz članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38.

63. U ovom se predmetu čini da je R. Banger boravišna iskaznica u Nizozemskoj izdana na temelju članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38. Ona je živjela s P. Radom kao član šire obitelji dok je P. Rado u toj državi članici ostvarivao svoja prava na boravak. Čini se da im je to omogućilo da ustale svoj obiteljski život.

64. U tim okolnostima, iz zajedničkog tumačenja UFEU-a (članka 21. stavka 1. ili članka 45.) i članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38 proizlazi da R. Banger ima pravo da se njezin zahtjev opsežno ispita i da joj se eventualno odbijanje ulaska ili boravka obrazloži na temelju tog ispitivanja. To ispitivanje obuhvaća, osobito, njezine konkretne osobne okolnosti, uključujući njezinu vezu s građaninom Unije.

65. Iz elemenata pruženih u odluci kojom je upućeno prethodno pitanje i očitovanja podnesenih Sudu čini se da je jedini razlog odbijanja njezina zahtjeva za boravišnu iskaznicu bio taj što R. Banger i P. Rado nisu bili u braku u trenutku podnošenja zahtjeva. Ako je tomu doista tako, to ne zadovoljava zahtjev u pogledu pružanja obrazloženja utemeljenog na opsežnom ispitivanju osobnih okolnosti članova šire obitelji iz članka 3. stavka 2. točke (b), koji obuhvaća osobe koje *nisu u braku*, ali su u trajnoj vezi s građaninom Unije.

66. Iz samog izraza „opsežno ispitivanje osobnih okolnosti" razumno proizlazi da se u okviru tog ispitivanja utvrđuje narav veze s građaninom Unije koji se vraća. To logično onda uključuje i uzimanje u obzir, u svrhu dokazivanja, činjenice da je postojanje trajne veze već priznato i odgovarajuće potvrđeno, na što upućuje boravišna iskaznica koju je izdala druga država članica.

67. Međutim, želim naglasiti da ta činjenica sama po sebi ne rezultira nužno priznavanjem prava na boravak u državi članici podrijetla građanina Unije (ili u bilo kojoj drugoj državi članici u koju bi se par eventualno odlučio preseliti). Ponovno ističem, kako sam općenito raspravljao u prethodnom odjeljku (u pogledu tog konkretnog razloga prilično opsežno), da obveza *olakšavanja* ne podrazumijeva obvezu *automatskog* izdavanja boravišne iskaznice. Činjenica da države članice u tom području mogu, uz određena ograničenja, utvrditi vlastite različite kriterije logično znači da ne postoji ni „obveza uzajamnog priznavanja" boravišnih iskaznica koje su izdale druge države članice, a ni obveza jednakog ili boljeg postupanja nego u prethodnoj državi članici domaćinu (ili više njih).

39 Presuda od 11. prosinca 2007., Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, t. 39.). Također vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Mengozzija u predmetu Eind (C-291/05, EU:C:2007:407, t. 38. i 39.).

68. Prema mojemu mišljenju, ni logiku prethodnog odvraćanja/obeshrabrivanja ni logiku naknadne penalizacije ne treba rastezati do te mjere da svaka sljedeća država članica u koju se građanin Unije odluči odseliti treba pružiti najmanje jednako ili bolje postupanje nego prethodna država članica (države članice). To bi uvelike nadilazilo primjenu po analogiji i pojam olakšavanja.

4. Međuzaključak

69. Stoga predlažem da se na prva tri pitanja suda koji je uputio zahtjev odgovori na sljedeći način:

– Članak 21. stavak 1. i članak 45. UFEU-a treba tumačiti na način da je olakšavajući režim predviđen člankom 3. stavkom 2. Direktive 2004/38, kada je građanin Unije tijekom ostvarivanja pravâ na boravak u drugoj državi članici zasnovao ili ustalio obiteljski život, po analogiji primjenjiv na partnera s kojim je građanin Unije u trajnoj vezi po povratku u državu članicu svojeg podrijetla. Posljedično, ta država članica mora olakšati, u smislu članka 3. stavka 2. Direktive te u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom, ulazak i boravak partnera s kojim je građanin Unije u odgovarajuće potvrđenoj trajnoj vezi.

– Kada se građanin Unije vraća u državu članicu svojeg podrijetla nakon što je svoja prava na boravak ostvarivao u drugoj državi članici, u kojoj je zasnovao ili ustalio obiteljski život s partnerom s kojim je u odgovarajuće potvrđenoj trajnoj vezi, članak 21. stavak 1. i članak 45. UFEU-a zahtijevaju da država članica podrijetla građanina Unije, kada odlučuje o ulasku i boravku tog partnera, poduzme opsežno ispitivanje osobnih okolnosti i obrazloži eventualno odbijanje ulaska ili boravka, u skladu s člankom 3. stavkom 2. Direktive 2004/38.

B. Četvrto pitanje: pravo na djelotvoran pravni lijek

70. Sud koji je uputio zahtjev svojim četvrtim pitanjem želi saznati je li u skladu s Direktivom 2004/38 pravilo nacionalnog prava prema kojem nije moguće podnijeti žalbu sudu protiv odluke izvršnog tijela kojom se odbija izdati boravišna iskaznica osobi koja tvrdi da je član šire obitelji građanina Unije.

71. Odluka kojom je upućeno prethodno pitanje sugerira da je to pitanje motivirano činjenicom da je drugačije sastavljeno vijeće Upper Tribunala (Viši sud) odlučilo da podnositelj zahtjeva kojemu je odbijeno izdavanje boravišne iskaznice kao „članu šire obitelji" nema pravo, u skladu s člankom 26. Uredbe iz 2006., podnijeti žalbu nadležnom sudu [40]. To je zato što se diskrecijska odluka ministra unutarnjih poslova o neizdavanju boravišne iskaznice članu šire obitelji ne smatra odlukom o „pravu osobe da joj se izda […] boravišna iskaznica" [41]. Sud koji je uputio zahtjev objašnjava da bi presuda Sala, ako je zaključak iz nje pravilan, podrazumijevala da žaliteljica nema pravo voditi glavni postupak. U tom bi slučaju sudski nadzor bio jedini dostupan pravni lijek [42].

72. Iz očitovanja koje su zainteresirane stranke podnijele Sudu (odluka kojom je upućeno prethodno pitanje u tom je pogledu veoma štura) proizlazi da je sustav „sudskog nadzora", prema pravu Engleske i Walesa, redoviti sustav pobijanja akata upravnih tijela. Zakonska prava na žalbu u propisima su uspostavljena za posebna područja ili situacije [43]. Potonje vrijedi i za prava članova obitelji građana

40 Presuda Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016.] UKUT 411 (IAC)

41 Presuda Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016.] UKUT 411 (IAC), t. 84.

42 U točki 23. presude Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016.] UKUT 411 (IAC) izričito se navodi da je „Sud u presudi Rahman razjasnio da Direktiva 2004/38 ne zahtijeva mogućnost podnošenja pune žalbe o meritumu, nego samo sudski nadzor koji osigurava da je donositelj odluke ‚ostao unutar granica margine prosudbe utvrđenih Direktivom'". Međutim, čini se da je Court of Appeal of England and Wales (Žalbeni sud, Ujedinjena Kraljevina) u novijoj presudi od 9. studenoga 2017., Khan v. Secretary of State for the Home Department & Anor [2017.] EWCA Civ 1755, oblikovao drugačije pravno mišljenje. Vlada Ujedinjene Kraljevine na raspravi je inzistirala da ta presuda nije relevantna za predmetni postupak jer se odnosi na tumačenje nacionalnog prava koje više nije na snazi.

43 Općenito vidjeti, primjerice, Sir Clive Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, 5. izdanje, Sweet & Maxwell, 2015., ili Supperstone, M., Goudie, J., Walker, P., i Fenwick, H., *Judicial Review*, 5. izdanje, LexisNexis, UK, 2014.

Unije. Vlada Ujedinjene Kraljevine pojasnila je da, u skladu s pravom Engleske i Walesa, članovi obitelji obuhvaćeni člankom 2. točkom 2. Direktive 2004/38 imaju pravo na žalbu First-tier Tribunalu (Prvostupanjski sud) (i kasnije Upper Tribunalu (Viši sud)). Međutim, s obzirom na presudu Sala, osobe obuhvaćene člankom 3. stavkom 2. te direktive nemaju pristup tom žalbenom sustavu. Odluku o odbijanju boravišne iskaznice mogu pobijati u okviru sudskog nadzora od strane High Court of England and Wales (Administrative Court) (Visoki sud, Engleska i Wales, Upravni sud, Ujedinjena Kraljevina).

73. Stoga četvrto pitanje suda koji je uputio zahtjev treba tumačiti s obzirom na taj konkretni nacionalni pravni kontekst. Ako ga promatramo iz te perspektive, glavni problem kojeg se tiče četvrto pitanje suda koji je uputio zahtjev nije jesu li članovi šire obitelji *potpuno* lišeni sudske zaštite, nego je li sustav sudskog nadzora u skladu sa zahtjevima prava Unije ili pak mora postojati pristup sustavu žalbi.

74. Vlada Ujedinjene Kraljevine i R. Banger u tom pogledu imaju oprečna stajališta.

75. R. Banger tvrdi da sudski nadzor nije moguće smatrati djelotvornim pravnim lijekom u smislu Direktive 2004/38 i članka 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja). Sudski nadzor nije zadovoljavajući način preispitivanja odluke o odbijanju izdavanja boravišne iskaznice. On nije usmjeren na samu odluku, nego na postupak njezina donošenja. R. Banger je na raspravi dalje objasnila razlike između sustava žalbi i sustava sudskog nadzora kada je riječ o pristupu tim sustavima, troškovima, opsegu nadzora i naravi zaštite koju je moguće pružiti. Navela je da se pobijanje u sudskom nadzoru tiče samo zakonitosti odluke i da su razlozi nadzora ograničeni. Prema njezinu mišljenju, sudski nadzor se u ovom predmetu uspješno može temeljiti samo na razlogu koji se tiče nerazumnosti, što znači da je opseg pobijanja smanjen i ne obuhvaća činjenične elemente.

76. Nasuprot tomu, vlada Ujedinjene Kraljevine ističe da je sustav sudskog nadzora potpuno u skladu sa zahtjevima prava Unije. Pravo Unije od država članica ne zahtijeva da osiguraju konkretno zakonsko pravo na žalbu. Niti od njih zahtijeva da osiguraju cjelovito preispitivanje merituma odluke u okviru kojeg sud može ocjenu iz izvorne odluke zamijeniti vlastitom. Ta se vlada na raspravi složila s Komisijinim navodima da pravo Unije zahtijeva cjelovito preispitivanje odluke, uključujući činjeničnih elemenata i proporcionalnosti [44]. Ta je vlada istaknula da je sudski nadzor potpuno u skladu s tim standardima jer omogućuje razmatranje ne samo pravne osnove odluke, nego i činjeničnih pogrešaka i proporcionalnosti [45].

77. Objašnjenjem pozadine četvrtog pitanja suda koji je uputio zahtjev i stajalištima zainteresiranih stranaka detaljno sam se bavio zbog jednog razloga: kako bih pokazao zašto mislim da Sud na to pitanje ne bi trebao odgovoriti kako je ono postavljeno. Tri su bitna razloga za to.

78. Kao prvo, nije zadaća Suda da razmatra različita obilježja raznolikih sustava sudskog nadzora u nacionalnom pravu [46]. Za to bi bilo potrebno detaljno razmotriti i proučiti nacionalno pravo, što je zadaća nacionalnih sudova.

44 Vlada Ujedinjene Kraljevine u vezi s time navodi presude od 3. rujna 2008., Kadi i Al Barakaat International Foundation/Vijeće i Komisija (C-402/05 P i C-415/05 P, EU:C:2008:461), i od 8. prosinca 2011., KME Germany i dr./Komisija (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

45 Vlada Ujedinjene Kraljevine u tom se pogledu osobito pozvala na presudu Court of Appeal of England and Wales (Žalbeni sud, Engleska i Wales, Ujedinjena Kraljevina) u predmetu T-Mobile (UK) Ltd v Office of Communications [2009.] 1 WLR 1565, i na presudu Supreme Courta (Vrhovni sud, Ujedinjena Kraljevina) u predmetu R (on the application of Kiarie) v Secretary of State for the Home Department i R (on the application of Byndloss) v Secretary of State for the Home Department [2017.] UKSC 42.

46 Slično tomu, vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika D. Ruiz-Jaraba Colomera u spojenim predmetima Shingara i Radiom (C-65/95 i C-111/95, EU:C:1996:451, t. 60.).

79. Kao drugo, još je manje uloga Suda da takvo razmatranje provodi u pogledu pravnog područja koje je prilično složeno te se stalno razvija, kakva je narav sudskog nadzora u engleskom pravu [47], te potom rješava sporove između raznih nacionalnih subjekata koji se ne slažu oko toga koji se standardi u danom trenutku primjenjuju.

80. Kao treće, prethodni postupak uvijek je vezan uz konkretan spor u glavnom postupku pred nacionalnim sudom. U tom je kontekstu doista moguće *neizravno* razmatranje *konkretne* postupovne ili materijalne odredbe nacionalnog prava. Međutim, Sud ne može pružati apstraktna mišljenja o (ne)prikladnosti čitavih pravnih područja ili sustava sudske zaštite općenito [48], za što bi bilo potrebno raspravljati o svemu od procesne legitimacije do troškova, rokova, opsega nadzora, zaštite koju je moguće pružiti ili načina pobijanja.

81. Međutim, ono što bi Sud mogao pružiti te što u duhu suradnje, kako bi pomogao nacionalnom sudu u pogledu problema koje otvara četvrto pitanje, možda i treba pružiti jest pojašnjenje obveza i zahtjeva iz prava Unije koji se tiču djelotvornog pravnog lijeka u kontekstu primjene članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38 po analogiji [49].

82. S tim ciljem na umu, u ovom ću odjeljku prvo razmotriti postupovna jamstva iz same Direktive (1), nakon čega ću se posvetiti općim zahtjevima koji proizlaze iz članka 47. Povelje (i načela djelotvornosti i ekvivalentnosti) (2). Naposljetku ću razmotriti značaj temeljnog prava na djelotvoran pravni lijek u kontekstu članka 3. stavka 2. Direktive (3).

1. Sudska zaštita na temelju članaka 15. i 31. Direktive 2004/38

83. Direktiva 2004/38 sadržava posebne odredbe o sudskoj zaštiti pravâ na slobodno kretanje. One koje su relevantne za ovaj predmet nalaze se u člancima 15. i 31. Potonjim su odredbama prethodila postupovna jamstva iz Direktive 64/221, koja je izričito omogućavala ograničenja sudske zaštite, uključujući ograničavanje žalbi na pitanje pravne valjanosti odluka [50]. Ta izrazito prijeporna ograničenja [51] u konačnici su zamijenjena Direktivom 2004/38. Potonjom je izričito priznato pravo na pristup sudskoj ocjeni pravnih i činjeničnih pitanja kako u pogledu odluka donesenih zbog javnog reda i javne sigurnosti tako i u pogledu bilo kojih drugih ograničenja pravâ na kretanje i boravak.

84. U točkama 23. do 47. ovog mišljenja predložio sam da olakšavajući režim iz članka 3. stavka 2. Direktive 2004/38 treba po analogiji primijeniti na članove šire obitelji građana Unije koji se vraćaju. Također je navedeno da ta primjena po analogiji znači upravo to: primjena sadržaja Direktive, ne stvaranje nikakvih novih prava.

85. Konkretan problem koji takva primjena direktive po analogiji izaziva u ovom predmetu je taj da sâm članak 3. stavak 2. Direktive ne predviđa posebna postupovna jamstva koja trebaju pratiti provedbu te odredbe. Stoga nije sasvim jasno kakva bi ta sudska jamstva bila ako bi članak 3. stavak 2. kao takav bio primjenjiv na članove šire obitelji u državi članici domaćinu.

47 Kako je nezavisna odvjetnica E. Sharpston istaknula u predmetu East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, t. 84.)

48 U pogledu slične novije situacije, koja se odnosila na pitanje je li određivanje građanskih, a ne upravnih sudova kao nadležnih za ovrhu u pogledu Unijinih potraživanja u skladu s načelom djelotvornosti, vidjeti moje mišljenje u predmetu Dimos Zagoriou (C-217/16, EU:C:2017:385, t. 28. i 60. do 63.).

49 Ponovno, slično mišljenju nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, t. 84.)

50 Direktiva Vijeća 64/221/EEZ od 25. veljače 1964. godine o koordiniranju posebnih mjera o kretanju i boravku stranih državljana koje su opravdane razlozima javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja (SL, posebno englesko izdanje, 1963.-1964., str. 117.), osobito njezin članak 9.

51 Tvrdilo se da ograničenja nisu bila u skladu s načelom djelotvorne sudske zaštite. Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika D. Ruiz-Jaraba Colomera u spojenim predmetima Shingara i Radiom (C-65/95 i C-111/95, EU:C:1996:451, t. 70. i sljedeće). U pogledu tumačenja relevantnih odredbi, vidjeti presudu od 25. srpnja 2002., MRAX (C-459/99, EU:C:2002:461), i od 2. lipnja 2005., Dörr i Ünal (C-136/03, EU:C:2005:340).

86. Ključno pitanje stoga postaje osobno područje primjene članka 15. Direktive. Komisija i Ujedinjena Kraljevina navode da članak 15. načelno nije primjenjiv na situacije iz članka 3. stavka 2. Direktive. To je zato što se članak 15. odnosi samo na građane Unije i „članove njihovih obitelji". Pojam „članovi obitelji", koji je pravno definiran u članku 2. točki 2. Direktive, ne uključuje članove šire obitelji.

87. Prihvaćam vrijednost tog tekstualnog argumenta. Logičan zaključak koji iz tog navoda treba proizlaziti je, unatoč tomu, u određenoj mjeri uvjetovan sustavnom činjenicom da se pojam „članovi obitelji" u narednim odredbama Direktive ne koristi dosljedno [52].

88. Međutim, postoji prilično snažan argument u prilog šire primjenjivosti članka 15. Direktive 2004/38. Ta odredba predviđa da se postupovna jamstva primjenjuju „na sve odluke koje ograničavaju slobodno kretanje građana Unije i članova njihovih obitelji". Stoga, iako bi se moglo reći da članovi šire obitelji nisu obuhvaćeni pojmom članova obitelji iz te odredbe, odbijanje izdavanja boravišne iskaznice tim osobama zapravo bi se vrlo lako moglo smatrati „ograničenjem" pravâ na slobodno kretanje samog *građanina Unije*, koji očito jest obuhvaćen citiranim izrazom.

89. Iako to iz humanističke perspektive nije najvažniji segment njegove sudske prakse, Sud je još davno priznao da je izvedeno pravo na boravak članova obitelji građana Unije *od ključne važnosti* za prava na slobodno kretanje samih građana Unije [53]. Kako je navedeno u točkama 36. do 38. ovog mišljenja, olakšavajući režim iz članka 3. stavka 2. Direktive također osnažuje prava na slobodno kretanje građana Unije. U okviru takve logike neizravnih ograničenja i prepreka, čini mi se sasvim razumnim odbijanje da se članu šire obitelji dopusti pridruživanje građaninu Unije koji se vraća shvatiti kao odluku koja u biti „ograničava slobodno kretanje građanina Unije".

90. Neovisno o tomu, praktični značaj primjenjivosti članka 15. Direktive 2004/38 na određeni je način ograničen u okolnostima ovog predmeta. Kako ću objasniti u narednom odjeljku ovog mišljenja, podnositelji zahtjeva na temelju članka 3. stavka 2. te direktive u svakom slučaju imaju pravo na postupovna jamstva koja proizlaze iz članka 47. Povelje, koji odražava opće načelo prava Unije o djelotvornoj sudskoj zaštiti.

2. Djelotvorna sudska zaštita na temelju članka 47. Povelje

91. Još je od presude Heylens [54] jasno da načelo djelotvorne sudske zaštite zahtijeva da, čak i u nedostatku posebnih odredbi sekundarnog prava kojima su uspostavljena postupovna jamstva, mora postojati sudski pravni lijek protiv odluka nacionalnih tijela kojima je odbijeno priznavanje prava dodijeljenih pravom Unije. Ta obveza proizlazi i iz članka 4. stavka 3. UEU-a i članka 19. stavka 1. UEU-a [55].

92. Takav sudski pravni lijek mora biti dostupan ne samo u pogledu prava na ulazak dodijeljenog pravom Unije. Sud je nedavno, u predmetu El Hassani, koji se odnosio na odbijanje izdavanja schengenske vize, potvrdio potrebu za osiguravanjem sudskog nadzora u skladu s člankom 47. Povelje i načelom djelotvornosti. To je područje u kojem nacionalna tijela imaju široku marginu prosudbe u

52 Pojam „članovi obitelji" u drugim odredbama Direktive upućuje na osobe obuhvaćene člankom 3. stavkom 2. točkom (a) Direktive. Primjerice, u točkama (e) i (f) stavka 2. članka 10., kojim je uređeno izdavanje boravišnih iskaznica članovima obitelji, govori se o ispravama koje države članice moraju zahtijevati u pogledu osoba obuhvaćenih člankom 3. stavkom 2.; članak 7. stavak 4. odstupa od općih zahtjeva u pogledu prava na boravak članova obitelji u uzlaznoj liniji kada je riječ o građanima Unije koji su studenti, pri čemu upućuje na pravilo iz članka 3. stavka 2. (pritom ne sugerira da se te osobe ne smatraju „članovima obitelji" za potrebe postupovnih jamstava koja se na njih primjenjuju); članak 8. stavak 5. govori o ispravama koje treba predočiti radi izdavanja potvrde o prijavi „članovima obitelji", što uključuje spominjanje u točkama (e) i (f) osoba obuhvaćenih člankom 3. stavkom 2. U pogledu raznolike uporabe pojma „članovi obitelji" u vezi s člankom 3. stavkom 2., vidjeti Guild, E., Peers, S., i Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014., str. 80.

53 Vidjeti, primjerice, presude od 12. ožujka 2014., S. i G. (C-457/12, EU:C:2014:136, t. 41. i navedenu sudsku praksu), i od 14. studenoga 2017., Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, t. 32., 47. i 48. i navedenu sudsku praksu).

54 Presuda od 15. listopada 1987., Heylens i dr. (222/86, EU:C:1987:442, t. 14.). Također vidjeti, primjerice, presude od 3. prosinca 1992., Oleificio Borelli/Komisija (C-97/91, EU:C:1992:491, t. 14. i 15.), ili od 19. rujna 2006., Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, t. 46. i 47.).

55 Presuda od 14. rujna 2017., The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, EU:C:2017:687, t. 47.)

pogledu primjenjivih uvjeta i ocjene relevantnih činjenica [56]. Osim toga, smatram da *ne postoji pravo* na dobivanje vize. Međutim, činjenica da zakonodavstvo ne predviđa nikakvo materijalno pravo na određeni ishod ne znači da podnositelj zahtjeva nema pravo na pošteno i pravilno ispitivanje svojeg zahtjeva te po potrebi, u tom pogledu, pravo na sudsku zaštitu [57].

93. Stoga je nesporno da u ovom predmetu, čak i pod pretpostavkom da članak 15. Direktive 2004/38 nije primjenjiv na osobe obuhvaćene njezinim člankom 3. stavkom 2., pristup *sudskoj* zaštiti proizlazi iz zajedničkog djelovanja njezina članka 3. stavka 2. i članka 47. Povelje. Nijedna od zainteresiranih stranaka koja je podnijela očitovanja ne tvrdi da pristup sudovima ne treba biti pravilo u slučajevima u kojima je članovima šire obitelji odbijeno izdavanje boravišne iskaznice. Umjesto toga, spor postoji oko opsega i dubine sudskog nadzora.

94. Neprimjenjivost članka 15. Direktive 2004/38 u pogledu članka 3. stavka 2. te direktive značila bi da ne postoje posebna pravila kojima je određen opseg sudskog nadzora. Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da te elemente, u nedostatku takvih posebnih zahtjeva, treba utvrditi sustav organizacije sudova svake pojedine države članice [58]. Međutim, tu postupovnu autonomiju država članica ograničavaju dva čimbenika: načelo ekvivalentnosti i načelo djelotvornosti [59].

95. Osim toga, nesporno je i da se ovaj predmet odnosi na situaciju u kojoj država članica provodi pravo Unije u smislu članka 51. stavka 1. Povelje. Stoga se mora poštovati standard zaštite iz članka 47. Povelje [60].

a) Ekvivalentnost

96. Načelo ekvivalentnosti zahtijeva da se nacionalna odredba o kojoj je riječ primjenjuje bez razlikovanja pravnih sredstava koja se temelje na povredama prava Unije i usporedivih pravnih sredstava koja se temelje na povredama unutarnjeg prava te da se njome prema prvonavedenima ne postupa nepovoljnije nego prema potonjima [61].

97. Ništa u elementima predočenima Sudu ne upućuje na to da je to načelo povrijeđeno. Ovaj se predmet odnosi na različitu sudsku zaštitu koju jedna skupina osoba (članovi šire obitelji) uživa u usporedbi s drugom skupinom osoba koje svoja prava izvode iz prava Unije (članovi obitelji u užem smislu). Takva usporedba izvan je opsega načela ekvivalentnosti jer obje skupine osoba proizlaze iz prava Unije [62].

98. Međutim, R. Banger je na raspravi tvrdila da nepostojanje prava na žalbu za trajne partnere (kao članove šire obitelji) građana Unije podrazumijeva različito postupanje u usporedbi s trajnim partnerima britanskih državljana, vjerojatno onih koji nisu ostvarivali svoja prava na slobodno kretanje. Budući da ta tvrdnja nije dodatno razvijena, Sud ne može odrediti nacionalna pravna sredstva u pogledu kojih treba ispitati poštovanje načela ekvivalentnosti. Stoga ostaje na sudu koji je uputio zahtjev da utvrdi da se prema pravnim sredstvima protiv odbijanja boravišne iskaznice članovima šire obitelji (kako u situacijama na koje se Direktiva izričito primjenjuje tako i u situacijama koje se tiču „građana koji se vraćaju”, na koje se Direktiva primjenjuje po analogiji) ne postupa nepovoljnije nego prema ostalim sličnim domaćim pravnim sredstvima.

56 Presuda od 13. prosinca 2017., El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:960, t. 36. do 41.)

57 Vidjeti moje mišljenje u predmetu El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:659, t. 103. do 106.).

58 Vidjeti, primjerice, presude od 5. ožujka 1980., Pecastaing (98/79, EU:C:1980:69, t. 11.), i od 17. lipnja 1997., Shingara i Radiom (C-65/95 i C-111/95, EU:C:1997:300, t. 24.).

59 Vidjeti, primjerice, presudu od 6. listopada 2015., East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, t. 52. i navedenu sudsku praksu).

60 Vidjeti presude od 26. veljače 2013., Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, t. 29.), i od 26. veljače 2013., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, t. 60.).

61 U tom pogledu, vidjeti presudu od 17. ožujka 2016., Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, t. 29. i navedenu sudsku praksu).

62 Vidjeti presudu od 20. listopada 2016., Danqua (C-429/15, EU:C:2016:789, t. 32.).

b) Djelotvornost

99. Nakon usvajanja Ugovora iz Lisabona nastale su dvije struje djelotvornosti sudske zaštite: djelotvornost kao jedan od dvaju zahtjeva u kontekstu postupovne autonomije država članica i djelotvornost u smislu temeljnog prava na sudski pravni lijek iz članka 47. Povelje.

100. Još se raspravlja o naravi odnosa između tih dvaju oblika djelotvornosti[63]. Međutim, u praktičnom smislu ne vidim što članak 47. Povelje, u području *sudskih* pravnih lijekova, točno dodaje načelu djelotvornosti, a da to već nije njegov sastavni dio (ili nije moglo biti, ako se takvo pitanje ikada postavilo). To svakako vrijedi ako bi se načelo djelotvornosti shvatilo na način da ne sprječava samo *nemogućnost* ostvarenja zahtjeva utemeljenog na pravu Unije, nego i *pretjerane poteškoće* pri njegovu ostvarivanju. Valja podsjetiti da su oba oblika djelotvornosti bila primjenjiva samo unutar područja primjene prava Unije te u odnosu na stvarni zahtjev utemeljen na pravu Unije.

101. Neovisno o tomu, čini se da od usvajanja Povelje njezin članak 47. dobiva na važnosti te se snažnije razvija[64]. Ako promotrimo sudsku praksu Suda, doista se čini da članak 47. Povelje trenutno postavlja viši standard od načela djelotvornosti. Pitanje u kojoj mjeri to proizlazi iz samog teksta članka 47. Povelje, a u kojoj je mjeri ta činjenica logična i jednostavna posljedica novije sudske prakse, koja je nastala nakon usvajanja Ugovora iz Lisabona te je usredotočena na taj članak i na temelju njega se razvija, može se ostaviti teorijskim raspravama. Bitni elementi sudske prakse mogu se sažeti na sljedeći način.

102. Sud je u kontekstu načela djelotvornosti kao ograničenja postupovne autonomije država članica utvrdio da nije u svim okolnostima potrebno da sudovi mogu *zamijeniti* odluku o meritumu i činjenicama[65]. Sudska praksa Suda pokazuje i da sudski nadzor koji je ograničen u pogledu ocjene određenih činjeničnih pitanja u praksi neće uvijek onemogućiti ili pretjerano otežati ostvarivanje prava dodijeljenih pravom Unije[66]. Ono što je važno jest da nacionalni postupci sudskog nadzora „omogući[e] sudu kojem je podnesena tužba za poništenje takve odluke da učinkovito primijeni, u okviru nadzora zakonitosti te odluke, relevantna načela i pravila prava Unije[67]. Opseg i dubina sudskog nadzora koje zahtijeva načelo djelotvornosti ovise o sadržaju i naravi relevantnih načela i pravila prava Unije koja su provedena pobijanom nacionalnom odlukom[68].

103. Zahtjevi iz članka 47. Povelje naglašavaju obvezu provedbe cjelovitijeg nadzora, koji uključuje preispitivanje činjenica i merituma odluke, ako je takav nadzor relevantan s obzirom na okolnosti predmeta u pitanju. Doista, Sud je u pogledu prava na *pristup sudu* utvrdio da „‚sud' mora imati ovlast razmatranja *svih činjeničnih i pravnih pitanja koja su relevantna za predmet koji se pred njim vodi* da bi mogao u skladu s člankom 47. Povelje riješiti spor koji se tiče prava i obveza koje proizlaze

63 Kao primjer ranije rasprave, vidjeti Prechal, S., i Widdershoven, R., „Redefining the Relationship between ‚Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection", *Review of European Administrative Law*, sv. 4., 2011., str. 31. do 50., str. 46.

64 U tom pogledu, vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu Puškár (C-73/16, EU:C:2017:253, t. 49. i sljedeće) i mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Camposa Sánchez-Bordone u predmetu Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, t. 65. i sljedeće).

65 Osobito, i slično preispitivanju akata Unije koje vrše sudovi Unije, kada upravno tijelo mora provesti složene ocjene te stoga ima široku marginu prosudbe. Vidjeti presudu od 21. siječnja 1999., Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, t. 34. i 35.).

66 Vidjeti presudu od 6. listopada 2015., East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, t. 58.), u kojoj je sud koji je uputio zahtjev naglasio vrlo ograničen prostor za preispitivanje relevantnih činjeničnih zaključaka upravnog tijela.

67 Presuda od 6. listopada 2015., East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, t. 58.). Također vidjeti presude od 21. siječnja 1999., Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, t. 30., 35. i 36.), i od 9. lipnja 2005., HLH Warenvertrieb i Orthica (C-211/03, C-299/03 i C-316/03 do C-318/03, EU:C:2005:370, t. 75. do 79.).

68 U pogledu sudskog nadzora u području javne nabave koji je bio ograničen na arbitrarnost te se smatrao nedostatnim, vidjeti presude od 11. prosinca 2014., Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, t. 40. do 45.), i od 18. lipnja 2002., HI (C-92/00, EU:C:2002:379, t. 59. do 64.). U pogledu sudskog nadzora, u tom istom području, koji se temeljio na razumnosti, vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Camposa Sánchez-Bordone u predmetu Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, t. 65. i sljedeće).

iz prava Unije”[69]. U kontekstu nadzora upravnih radnji, Sud je utvrdio i da zahtjev u pogledu nepristranosti predviđen drugim stavkom članka 47. Povelje podrazumijeva da je „odluka upravnog tijela koje samo po sebi ne ispunjava uvjete neovisnosti i nepristranosti podvrgnuta kasnijem nadzoru sudbenog tijela koje mora, među ostalim, imati nadležnost ispitati *sva relevantna pitanja*”[70].

104. Stoga poštovanje prava na djelotvornu sudsku zaštitu treba ocjenjivati s obzirom na konkretan kontekst i relevantne okolnosti pojedinog predmeta, „osobito s obzirom na prirodu akta o kojem je riječ, kontekst u kojem je on donesen i pravna pravila kojima se uređuje predmetno pravno područje”[71]. Stoga je Sud, imajući na umu posebna pravila prava Unije i posebnu narav prava i interesa u pitanju, inzistirao na potrebi za temeljitim preispitivanjem odluka, koje obuhvaća i činjenična i pravna pitanja, osobito kada su odnosni instrumenti već sadržavali određene usklađene postupovne standarde[72].

105. Naposljetku, dodatnu opću inspiraciju[73] moguće je pronaći u sudskoj praksi ESLJP-a koja se odnosi na tumačenje članaka 6. i 13. EKLJP-a. U skladu sa sudskom praksom ESLJP-a u pogledu članka 6. EKLJP-a, dostatnost sudskog nadzora koji je tužitelju dostupan ocjenjuje se s obzirom na ovlasti sudbenog tijela u pitanju i čimbenike kao što su: „(a) predmet pobijane odluke, a osobito odnosi li se na pitanje koje zahtijeva stručno znanje ili iskustvo te je li njezino donošenje od upravnog tijela zahtijevalo slobodnu prosudbu i, ako jest, u kojoj mjeri; (b) način na koji se došlo do te odluke, a osobito postupovna jamstva koja su bila na raspolaganju u postupku pred upravnim tijelom; i (c) sadržaj spora, uključujući željene i stvarne razloge pobijanja”[74].

106. Možda valja istaknuti da je ESLJP, razmatrajući te čimbenike, nekoliko puta utvrdio da je sudski nadzor predviđen engleskim pravom dostatan[75]. Međutim, ESLJP je utvrdio da se radilo o povredi članka 6. stavka 1. EKLJP-a kada sud koji je provodio nadzor nije mogao razmatrati *središnje sporno pitanje* ili kada su se domaći sudovi smatrali vezanima ranijim zaključcima upravnih tijela koji su bili odlučujući za ishode predmeta pred njima i odnosna pitanja nisu samostalno razmatrali[76].

107. Umjesto zaključka valja istaknuti dvije (međusobno povezane) stvari: kao prvo, najbolja moguća generalizacija u pogledu opsega i dubine nadzora koja proizlazi iz sudske prakse prilično je lakonska: sve ovisi. Ovisi o konkretnoj naravi prava i ovlaštenja koja su predviđena primjenjivim Unijinim pravilima u pitanju, promatranima u danom kontekstu povezanom s predmetom spora. Kao drugo, što su ti (postupovni) standardi usklađeniji u samom pravu Unije, to će nadzor na nacionalnoj razini vjerojatno morati biti temeljitiji. Nasuprot tomu, kao u mnogim drugim područjima prava Unije, što su odredbe prava Unije o danom pitanju neodređenije, to države članice imaju veću slobodu u oblikovanju načina pružanja sudske zaštite.

69 Presuda od 6. studenoga 2012., Otis i dr. (C-199/11, EU:C:2012:684, t. 49.). Moje isticanje. Također vidjeti presudu od 17. prosinca 2015., Imtech Marine Belgium (C-300/14, EU:C:2015:825, t. 38.).

70 Presuda od 16. svibnja 2017., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, t. 55.). Moje isticanje

71 Vidjeti, primjerice, presude od 18. srpnja 2013., Komisija i dr./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P i C-595/10 P, EU:C:2013:518, t. 102.); od 9. veljače 2017., M (C-560/14, EU:C:2017:101, t. 33.); ili od 26. srpnja 2017., Sacko (C-348/16, EU:C:2017:591, t. 41.).

72 Vidjeti, primjerice, u području azila, presudu od 28. srpnja 2011., Samba Diouf (C-69/10, EU:C:2011:524, t. 56., 57. i 61.). Dodatno vidjeti, primjerice, Reneman, M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

73 I to doista samo inspiracija, jer se područje članka 47. Povelje čini širim od područja primjene članka 6. stavka 1. EKLJP-a (koje je ograničeno na utvrđivanje prava i obveza ili optužnica za kazneno djelo) i članka 13. EKLJP-a (koje je ograničeno na prava i slobode predviđene Konvencijom).

74 Presuda ESLJP-a od 21. srpnja 2011., Sigma Rado Television Ltd. protiv Cipra, CE:ECHR:2011:0721JUD003218104, t. 154. i navedena sudska praksa

75 Vidjeti, primjerice, presude ESLJP-a od 22. studenoga 1995., Bryan protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, t. 44. do 47.; od 27. listopada 2009., Crompton protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, t. 78. i 79.; od 20. listopada 2015., Facia Ali protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:2015:1020JUD004037810, t. 79. i sljedeće. U pogledu članka 13. EKLJP-a, vidjeti presude od 7. srpnja 1989., Soering protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1989:0707JUD001403888, t. 121. i 124., i od 30. listopada 1991., Vilvarajah i dr. protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, t. 122. do 127.

76 Presude ESLJP-a od 28. svibnja 2002., Kingsley protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:2002:0528JUD003560597, t. 32. do 34.; i od 14. studenoga 2006., Tsfayo protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:2006:1114JUD006086000, t. 46. do 49. U pogledu članka 13. EKLJP-a, vidjeti presude od 27. rujna 1999., Smith i Grady protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, t. 135. do 139., i od 8. srpnja 2003., Hatton i dr. protiv Ujedinjene Kraljevine, CE:ECHR:2003:0708JUD003602297, t. 140. do 142.

3. Djelotvorna sudska zaštita i članak 3. stavak 2. Direktive 2004/38

108. Koja su onda točno prava koja odredbe prava Unije primjenjive u ovom predmetu pružaju? Kako je navedeno u presudi Rahman, članak 3. stavak 2. Direktive daje državama članicama široku marginu prosudbe[77]. Međutim, ta margina prosudbe nije neograničena. Komisija je pravilno istaknula da se takva margina prosudbe odnosi na odabir čimbenika i uvjeta radi izvršenja obveze država članica da usvoje nacionalne odredbe kojima će osigurati olakšavajući režim ulaska i boravka članova šire obitelji. Ta se margina prosudbe odnosi i na konkretnu ocjenu relevantnih činjenica radi utvrđivanja jesu li ti uvjeti ispunjeni.

109. Međutim, margina prosudbe nije šifra za „crnu kutiju". U skladu sa sudskom praksom Suda, čak i kada nadležna tijela imaju marginu prosudbe, u okviru sudskog nadzora mora se ispitati temelji li se odluka na dovoljno čvrstoj činjeničnoj osnovi te je li u skladu s postupovnim jamstvima[78]. Kako bi utvrdili je li se poštovalo granice margine prosudbe predviđene Direktivom, nacionalni sudovi moraju biti u mogućnosti preispitati sve postupovne aspekte kao i materijalne elemente odluke, uključujući njezinu činjeničnu osnovu[79].

110. Ponovno, u presudi Rahman već su pružene kvalitetne smjernice u tom pogledu: podnositelj zahtjeva na temelju članka 3. stavka 2. „ima pravo na sudski nadzor u pogledu pitanja jesu li nacionalno zakonodavstvo i njegova primjena ostali unutar granica margine prosudbe predviđenih Direktivom"[80]. Naime, iako direktiva ostavlja znatnu marginu prosudbe, nacionalni sudovi moraju imati mogućnost provjeriti sukladnost nacionalne odluke s obvezama iz članka 3. stavka 2. Direktive.

111. U skladu s člankom 3. stavkom 2. Direktive, sudskom nadzoru, osim zahtjeva u pogledu olakšavanja, moraju u biti podlijegati tri elementa: da je odluka koja se preispituje donesena na temelju *opsežnog ispitivanja* (i), što se pak mora logično odraziti u razlozima koji su navedeni kao moguće *opravdanje odbijanja ulaska ili boravka* (ii). Nadalje, ispitivanje se mora temeljiti na *osobnim okolnostima*, koje uključuju vezu s građaninom Unije i položaj ovisnosti (iii).

112. Sve te elemente sud mora biti u mogućnosti preispitati. Nacionalni sud mora biti ovlašten provjeriti, ako to smatra potrebnim, ključne relevantne činjenice koje su bile temelj upravne odluke[81]. Mora biti moguće ocijeniti odgovara li obrazloženje koje je upravno tijelo pružilo kriterijima koji su, unutar granica utvrđenih Direktivom, predviđeni nacionalnim pravom. Također mora biti moguće utvrditi dostatnost i prikladnost obrazloženja. Osobito, mora biti moguće ocijeniti jesu li konkretne osobne okolnosti koje su relevantne za predmetne kriterije odgovarajuće ispitane.

113. Nasuprot tomu, sve dok je sve te elemente moguće preispitati te je upravnu odluku kojom su ti zahtjevi povrijeđeni moguće poništiti, smatram da djelotvoran pravni lijek u smislu članka 47. Povelje ne zahtijeva da sud koji provodi nadzor ima ovlast razmatranja novih dokaza. Ne zahtijeva ni da sud utvrdi činjenice koje upravnom tijelu nisu izložene niti da ima ovlast upravnu odluku trenutno zamijeniti vlastitom presudom.

114. Na sudu koji je uputio zahtjev, koji je jedini nadležan tumačiti nacionalno pravo, je da utvrdi zadovoljava li te zahtjeve sustav sudskog nadzora iz glavnog postupka te u kojoj mjeri.

77 Vidjeti točke 53. do 55. ovog mišljenja.

78 U tom pogledu, vidjeti presudu od 4. travnja 2017., Fahimian (C-544/15, EU:C:2017:255, t. 45. i 46.).

79 U tom pogledu, vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Fahimian (C-544/15, EU:C:2016:908, t. 78.).

80 Presude od 7. rujna 2004., Waddenvereniging i Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, EU:C:2004:482, t. 66.); od 26. svibnja 2011., Stichting Natuur en Milieu i dr. (C-165/09 do C-167/09, EU:C:2011:348, t. 100. do 103.); i od 5. rujna 2012., Rahman i dr. (C-83/11, EU:C:2012:519, t. 25.), u kojima se upućuje na presudu od 24. listopada 1996., Kraaijeveld i dr. (C-72/95, EU:C:1996:404, t. 56.).

81 Želim naglasiti da to samo znači da činjenične elemente koje je upravno tijelo utvrdilo nije moguće *potpuno* isključiti iz sudskog nadzora. Pitanje žalbenog razloga u koji u nacionalnom upravnom sudovanju taj element spada te u okviru kojeg će se razmatrati (kao što je pogrešna ocjena činjenica; očita pogreška u ocjeni; iskrivljavanje dokaza) također se uređuje nacionalnim pravom. Za komparativnu analizu raznih nacionalnih sustava nadzora, vidjeti, primjerice, Schwarze, J., *Droit administratif européen*, 2. izdanje, Bruylant 2009., str. 274. do 311.

4. Međuzaključak

115. S obzirom na prethodna razmatranja, smatram da odgovor na četvrto prethodno pitanje treba biti da članak 3. stavak 2. Direktive 2004/38 treba tumačiti na način da zahtijeva djelotvoran sudski nadzor odluka o odbijanju ulaska ili boravka članovima šire obitelji, u skladu s člankom 47. Povelje. Na nadležnom je nacionalnom sudu da utvrdi je li sustav sudskog nadzora uspostavljen nacionalnim pravom u skladu s tim zahtjevom.

V. Zaključak

116. S obzirom na navedeno, predlažem da Sud na sljedeći način odgovori na pitanja koja mu je uputio Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London (Viši sud u Londonu, Odjel za imigraciju i azil):

– Članak 21. stavak 1. i članak 45. UFEU-a treba tumačiti na način da je olakšavajući režim predviđen člankom 3. stavkom 2. Direktive 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica, o izmjeni Uredbe (EEZ) br. 1612/68 i stavljaju izvan snage direktiva 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ, kada je građanin Unije tijekom ostvarivanja pravâ na boravak u drugoj državi članici zasnovao ili ustalio obiteljski život, po analogiji primjenjiv na partnera s kojim je građanin Unije u trajnoj vezi po povratku u državu članicu svojeg podrijetla. Posljedično, ta država članica mora olakšati, u smislu članka 3. stavka 2. Direktive te u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom, ulazak i boravak partnera s kojim je građanin Unije u odgovarajuće potvrđenoj trajnoj vezi.

– Kada se građanin Unije vraća u državu članicu svojeg podrijetla nakon što je svoja prava na boravak ostvarivao u drugoj državi članici, u kojoj je zasnovao ili ustalio obiteljski život s partnerom s kojim je u odgovarajuće potvrđenoj trajnoj vezi, članak 21. stavak 1. i članak 45. UFEU-a zahtijevaju da država članica podrijetla građanina Unije, kada odlučuje o ulasku i boravku tog partnera, poduzme opsežno ispitivanje osobnih okolnosti i obrazloži eventualno odbijanje ulaska ili boravka, u skladu s člankom 3. stavkom 2. Direktive 2004/38.

– Članak 3. stavak 2. Direktive 2004/38 treba tumačiti na način da zahtijeva djelotvoran sudski nadzor odluka o odbijanju ulaska ili boravka članovima šire obitelji, u skladu s člankom 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima. Na nadležnom je nacionalnom sudu da utvrdi je li sustav sudskog nadzora uspostavljen nacionalnim pravom u skladu s tim zahtjevom.