

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

MACIEJA SZPUNARA

przedstawiona w dniu 20 maja 2014 r.(1)

Sprawa C-202/13

Sean Ambrose McCarthy

Helena Patricia McCarthy Rodriguez

Natasha Caley McCarthy Rodriguez

przeciwko

Secretary of State for the Home Department

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Zjednoczone Królestwo)]

Prawo wjazdu i pobytu krótkoterminowego – Obywatel państwa trzeciego, będący członkiem rodziny obywatela Unii, posiadający kartę pobytową państwa członkowskiego – Przepisy krajowe uzależniające wjazd na terytorium kraju od wcześniejszego uzyskania pozwolenia na wjazd

Spis treści

I – Wprowadzenie

II – Ramy prawne

A – Prawo Unii

1. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

2. Protokół nr 20

3. Dyrektywa 2004/38
4. Rozporządzenie (WE) nr 539/2001
5. Rozporządzenie (WE) nr 562/2006

B – Prawo krajowe

III – Okoliczności powstania sporu w postępowaniu głównym

IV – Pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

V – Analiza

A – W przedmiocie stosowania dyrektywy 2004/38

1. Uwagi wstępne i szczególne okoliczności sprawy
2. Analiza pochodnego prawa pobytu w aktualnym orzecznictwie Trybunału
3. Stosowanie dyrektywy 2004/38 w przypadku, gdy obywatel Unii, który faktycznie skorzystał wcześniej z przysługującej mu swobody przemieszczania się, udaje się do państwa członkowskiego, którego jest obywatelem
 - a) Uzasadnienie celowościowe rozszerzającej wykładni dyrektywy 2004/38
 - i) W przedmiocie braku zbieżności między państwem członkowskim, z którego obywatel Unii pochodzi, a państwem członkowskim jego przynależności państwowej
 - ii) W przedmiocie różnych kierunków, w których udają się obywatele Unii

b) Krótkie przypomnienie stosownego orzecznictwa dotyczącego pochodnego prawa pobytu

c) Wniosek cząstkowy

4. Stosowanie dyrektywy 2004/38, gdy obywatel Unii, który faktycznie korzysta z przysługującej mu swobody przemieszczania się, przebywając w państwie przyjmującym, korzysta z niej jednocześnie, udając się do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej: przypadek dotyczący prawa wjazdu i pobytu krótkoterminowego

a) Korzystanie ze swobody przemieszczania się w przyjmującym państwie członkowskim i jednoczesny pobyt w państwie członkowskim, którego przynależność państwową posiada obywatel Unii

b) Korzystanie ze swobody przemieszczania się w następstwie faktycznego pobytu w przyjmującym państwie członkowskim, któremu jednocześnie towarzyszy korzystanie z prawa wjazdu i pobytu krótkoterminowego w państwie członkowskim, którego przynależność państwową posiada obywatel Unii

c) Wniosek cząstkowy

B – W przedmiocie określenia środków, jakie mogą zostać przyjęte na podstawie art. 35 dyrektywy 2004/38

1. W przedmiocie pojęcia nadużycia prawa w stosownym orzecznictwie Trybunału

2. W przedmiocie wykładni art. 35 dyrektywy 2004/38 w świetle orzecznictwa Trybunału

3. W przedmiocie zastrzeżeń podnoszonych przez Zjednoczone Królestwo

C – W przedmiocie protokołu nr 20

VI – Wnioski

I – Wprowadzenie

1. Państwo członkowskie wprowadziło i utrzymuje w mocy środek mający ogólne zastosowanie, który wymaga, by obywatele państw trzecich, którzy są członkami rodziny obywatela Unii i zamierzają wjechać na terytorium tego państwa członkowskiego, posiadali wizę wjazdową wydaną przez owo państwo.

2. W niniejszej sprawie Trybunał rozpatruje po raz pierwszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczący wykładni, po pierwsze, art. 35 dyrektywy 2004/38/WE(2), a po drugie art. 1 protokołu nr 20 załączonego do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (traktatu FUE)(3).

3. Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, Trybunał winien w szczególności zająć stanowisko w przedmiocie możliwości stosowania dyrektywy 2004/38 do obywatelki państwa trzeciego mieszkającej wraz z małżonkiem i córką, obywatelami Unii, w państwie członkowskim innym niż państwo, którego małżonek i córka są obywatelami, w sytuacji gdy obywatelka państwa trzeciego zamierza im towarzyszyć podczas krótkich podróży w państwie członkowskim, którego są obywatelami. Wprawdzie kwestia blisko związana z rozpatrywaną tu kwestią została już zbadana przez Trybunał w niedawnym wyroku w sprawie O(4), to jednak rozwiązanie przyjęte w tym wyroku nie wydaje się zadowalające w świetle okoliczności niniejszej sprawy. W związku z tym zaproponuję bardziej ogólne rozwiązanie, które pozwoli zapewnić spójność między zakresem stosowania traktatu FUE a zakresem stosowania dyrektywy 2004/38.

II – Ramy prawne

A – Prawo Unii

1. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

4. Artykuł 20 ust. 1 TFUE ustanawia obywatelstwo Unii i stanowi, że obywatelem Unii jest „każda osoba mająca obywatelstwo państwa członkowskiego”. Zgodnie z art. 20 ust. 2 lit. a) obywatele Unii mają „prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich”.

5. Artykuł 21 ust. 1 TFUE stanowi, że prawo to stosuje się „z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków ustanowionych w traktatach i w środkach przyjętych w celu ich wykonania”.

2. Protokół nr 20

6. Artykuł 1 protokołu nr 20 stanowi:

„Zjednoczone Królestwo jest uprawnione – bez względu na artykuły 26 i 77 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, bez względu na każde inne postanowienie tego traktatu lub Traktatu o Unii Europejskiej, każdy środek przyjęty na mocy tych traktatów lub każdą umowę międzynarodową zawartą przez Unię lub Unię i jej państwa członkowskie z jednym lub wieloma państwami trzecimi – do wykonywania na swych granicach z innymi państwami członkowskimi kontroli, które uważa za konieczne, wobec osób zamierzających wjechać na jego terytorium. Celem takich kontroli jest:

- a) sprawdzenie, czy obywatele państw członkowskich lub osoby pozostające na ich utrzymaniu, wykonujące prawa przyznane przez prawo Unii oraz obywatele innych państw, którym te prawa zostały przyznane na mocy umowy wiążącej Zjednoczone Królestwo, mają prawo wjazdu na terytorium Zjednoczonego Królestwa; oraz
- b) podjęcie decyzji o przyznaniu lub nieprzyznaniu innym osobom zezwolenia na wjazd na terytorium Zjednoczonego Królestwa.

Artykuły 26 i 77 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej ani inne postanowienie tego traktatu lub Traktatu o Unii Europejskiej, ani żaden środek przyjęty w ich wykonaniu w niczym nie naruszają praw Zjednoczonego Królestwa do ustanowienia i przeprowadzania tych kontroli. Nawiązania w niniejszym artykule do Zjednoczonego Królestwa dotyczą również terytoriów, za których stosunki zewnętrzne Zjednoczone Królestwo ponosi odpowiedzialność”.

3. Dyrektywa 2004/38

7. Z motywu 5 tej dyrektywy wynika, że „[p]rawo wszystkich obywateli Unii do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich powinno być również zagwarantowane członkom ich rodzin bez względu na przynależność państwową, aby korzystanie z niego mogło opierać się na obiektywnych warunkach wolności i godności”.

8. Zgodnie z motywem 28 dyrektywy 2004/38 „[p]aństwa członkowskie powinny mieć możliwość przyjęcia niezbędnych środków w celu ochrony przed nadużyciami prawa lub

praktykami oszukańczymi, w szczególności fikcyjnymi małżeństwami lub innymi formami związków zawartymi wyłącznie w celu możliwości korzystania z prawa swobodnego przemieszczania się i pobytu”.

9. Jeśli chodzi o podmiotowy zakres stosowania dyrektywy 2004/38, art. 3 ust. 1 zatytułowany „Beneficjenci” stanowi:

„Niniejszą dyrektywę stosuje się w odniesieniu do wszystkich obywateli Unii, którzy przemieszczają się do innego państwa członkowskiego lub przebywają w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie, którego są obywatelami, oraz do członków ich rodziny, jak zdefiniowano w art. 2 [pkt] 2, którzy im towarzyszą lub do nich dołączają”.

10. Co się tyczy prawa wjazdu obywateli Unii i członków ich rodzin będących obywatelami państw trzecich, art. 5 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/38 stanowi:

„1. Bez uszczerbku dla przepisów dotyczących dokumentów podróży, mających zastosowanie do krajowych kontroli granicznych, państwa członkowskie przyznają obywatelom Unii prawo wjazdu na ich terytorium z ważnym dokumentem tożsamości lub paszportem oraz przyznają prawo wjazdu na ich terytorium członkom rodziny, którzy nie są obywatelami jednego z państw członkowskich, z ważnym paszportem.

W stosunku do obywateli Unii nie nakłada się obowiązku posiadania wiz wjazdowych lub równoważnych formalności.

2. Członkowie rodziny, którzy nie są obywatelami państwa członkowskiego, są jedynie zobowiązani posiadać wizę wjazdową zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 539/2001 lub, w określonym przypadku, prawem krajowym. Do celów niniejszej dyrektywy, posiadanie ważnej karty pobytowej, określonej w art. 10, zwalnia takich członków rodziny z wymogu posiadania wizy.

Państwa członkowskie przyznają takim osobom wszelkie ułatwienia w uzyskaniu niezbędnych wiz. Wizy takie są wydawane nieodpłatnie, tak szybko jak to jest możliwe, oraz na podstawie procedury przyśpieszonej”.

11. Jeśli chodzi o prawo pobytu i wydanie karty pobytowej członkom rodziny obywatela Unii, którzy są obywatelami państwa trzeciego, art. 10 tej dyrektywy stanowi:

„1. Prawo pobytu dla członków rodziny obywatela Unii, którzy nie są obywatelami jednego z państw członkowskich, zostaje stwierdzone poprzez wydanie dokumentu zwanego »Karta pobytowa członka rodziny obywatela Unii« nie później niż sześć miesięcy od dnia, w którym złożyli wniosek. Zaświadczenie o złożeniu wniosku na kartę pobytową jest wydawane bezzwłocznie.

2. W celu wydania karty pobytowej, państwa członkowskie wymagają okazania następujących dokumentów:

a) ważnego paszportu;

b) dokumentu poświadczającego istnienie więzi rodzinnych lub zarejestrowanego związku;

c) zaświadczenia o rejestracji lub – w przypadku braku systemu rejestracji – jakiegokolwiek innego dowodu pobytu w przyjmującym państwie członkowskim obywatela Unii, któremu towarzyszą lub do którego dołączają;

d) w przypadkach objętych art. 2 ust. 2 lit. c) i d), udokumentowanego dowodu, że warunki w nim ustanowione zostały spełnione;

e) w przypadkach objętych art. 3 ust. 2 lit. a), dokumentu wydanego przez odpowiedni organ w kraju pochodzenia lub kraju, z którego przyjeżdżają, poświadczającego, że pozostają na utrzymaniu lub są członkami gospodarstwa domowego obywatela Unii, lub dowodu potwierdzającego występowanie poważnych względów zdrowotnych, które ściśle wymagają osobistej opieki obywatela Unii nad członkiem rodziny;

f) w przypadkach objętych art. 3 ust. 2 lit. b), dowodu potwierdzającego istnienie stałego związku z obywatelem Unii”.

12. Zgodnie z art. 11 dyrektywy 2004/38 karta pobytowa wydana na podstawie art. 10 jest zasadniczo ważna przez pięć lat. Artykuły 12–15 przewidują reguły dotyczące zachowania i utraty prawa pobytu przez członków rodziny obywatela Unii.

13. Jeśli chodzi o przyjęcie środków wymierzonych przeciwko ewentualnym nadużyciom praw przysługujących na podstawie dyrektywy 2004/38, art. 35 stanowi:

„Państwa członkowskie mogą przyjąć niezbędne środki w celu odmowy, zniesienia lub wycofania jakiegokolwiek prawa przyznanego niniejszą dyrektywą w przypadku nadużycia praw lub oszustw, na przykład małżeństw fikcyjnych. Wszelkie środki tego typu muszą być proporcjonalne i podlegają zabezpieczeniom proceduralnym przewidzianym w art. 30 i 31”.

4. Rozporządzenie (WE) nr 539/2001

14. Motyw 4 rozporządzenia (WE) nr 539/2001(5) stanowi, że „[n]a podstawie art. 1 Protokołu w sprawie stanowiska Zjednoczonego Królestwa i Irlandii załączonego do Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską Irlandia oraz Zjednoczone Królestwo nie uczestniczą w przyjęciu niniejszego rozporządzenia. W rezultacie i bez uszczerbku dla postanowień art. 4 wspomnianego protokołu przepisów niniejszego rozporządzenia nie stosuje się ani do Irlandii, ani do Zjednoczonego Królestwa”.

5. Rozporządzenie (WE) nr 562/2006

15. Rozporządzenie (WE) nr 562/2006(6) przewiduje brak kontroli granicznej osób przekraczających granice wewnętrzne pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej oraz ustanawia zasady regulujące kontrolę graniczną osób przekraczających granice zewnętrzne państw członkowskich Unii Europejskiej. Zgodnie z jego motywem 27 rozporządzenie to „stanowi rozwinięcie postanowień dorobku Schengen, w którym nie uczestniczy Wielka Brytania, zgodnie z decyzją Rady 2000/365/WE z dnia 29 maja 2000 r. dotyczącą wniosku Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej o zastosowanie wobec niego niektórych przepisów dorobku Schengen [...]. W związku z tym Wielka Brytania nie uczestniczy w jego przyjmowaniu, nie jest ono dla niej wiążące i nie jest zobowiązana do jego stosowania”.

B – *Prawo krajowe*

16. Jeśli chodzi o prawo wjazdu obywateli państwa trzeciego, którzy są członkami rodziny obywatela Unii, art. 11 ust. 2–4 rozporządzenia z 2006 r. w sprawie imigracji (Europejski Obszar Gospodarczy) [„Immigration (European Economic Area) Regulations 2006/1003”, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie imigracji”)] stanowi:

„2. Osobie, która nie jest obywatelem państwa EOG, należy udzielić zezwolenia na wjazd do Zjednoczonego Królestwa, jeżeli jest ona członkiem rodziny obywatela państwa EOG, członkiem rodziny, który zachował prawo pobytu, lub osobą posiadającą prawo stałego pobytu na podstawie art. 15 oraz przedstawi w chwili przybycia:

- a) ważny paszport; oraz
- b) pozwolenie rodzinne EOG, kartę pobytową lub kartę stałego pobytu.

3. Urzędnik imigracyjny nie powinien umieszczać pieczęci w paszporcie osoby niebędącej obywatelem państwa EOG, której zezwolono na wjazd na terytorium Zjednoczonego Królestwa na podstawie niniejszego artykułu, jeżeli osoba taka przedstawi kartę pobytową lub kartę stałego pobytu.

4. Zanim urzędnik imigracyjny odmówi na podstawie niniejszego artykułu udzielenia zezwolenia danej osobie na wjazd na terytorium Zjednoczonego Królestwa z uwagi na nieprzedstawienie przy wjeździe przez tę osobę dokumentu, o którym mowa w ust. 1 lub 2, urzędnik imigracyjny powinien zapewnić tej osobie wszelką rozsądną możliwość uzyskania takiego dokumentu lub spowodowania doręczenia jej tego dokumentu w rozsądnym terminie lub też wykazania przy użyciu innych środków, że jest ona:

- a) obywatelem państwa EOG;
- b) członkiem rodziny obywatela państwa EOG z prawem do towarzyszenia temu obywatelowi lub dołączenia do niego w Zjednoczonym Królestwie; lub
- c) członkiem rodziny, który zachował prawo pobytu, lub osobą posiadającą prawo stałego pobytu [...]”.

17. Jeśli chodzi o wydanie pozwolenia rodzinnego EOG, o którym mowa w art. 11 rozporządzenia w sprawie imigracji, art. 12 ust. 1, 4 i 5 tego rozporządzenia stanowi:

„1. Urzędnik odpowiedzialny za rozpatrywanie wniosków o wjazd powinien wydać pozwolenie rodzinne EOG ubiegającej się o nie osobie, jeżeli osoba taka jest członkiem rodziny obywatela państwa EOG oraz:

- a) dany obywatel państwa EOG:
 - (i) przebywa w Zjednoczonym Królestwie zgodnie z niniejszym rozporządzeniem; lub

(ii) będzie podróżował do Zjednoczonego Królestwa w ciągu sześciu miesięcy od dnia złożenia wniosku i jest obywatelem państwa EOG przebywającym w Zjednoczonym Królestwie zgodnie z niniejszym rozporządzeniem w chwili przybycia do Zjednoczonego Królestwa; oraz

b) członek rodziny towarzyszy obywatelowi państwa EOG w drodze do Zjednoczonego Królestwa lub dołącza do obywatela państwa EOG w Zjednoczonym Królestwie oraz:

(i) zgodnie z prawem przebywa w państwie EOG; lub

(ii) spełniłby wymagania przewidziane w przepisach z zakresu imigracji [inne niż dotyczące zezwolenia na wjazd (entry clearance)] w celu uzyskania zgody na wjazd (leave to enter) do Zjednoczonego Królestwa w charakterze członka rodziny obywatela państwa EOG lub w przypadku bezpośrednich zstępnych lub pozostających na utrzymaniu bezpośrednich krewnych w linii wstępnej jego małżonka lub zarejestrowanego partnera, jako członek rodziny jego małżonka lub zarejestrowanego partnera, gdyby obywatel państwa EOG, małżonek lub zarejestrowany partner był osobą obecną i osiedloną w Zjednoczonym Królestwie.

4. Pozwolenie rodzinne EOG wydawane na podstawie niniejszego artykułu wydaje się nieodpłatnie i bez zbędnej zwłoki.

5. Jednakże pozwolenia rodzinnego EOG nie wydaje się na podstawie niniejszego artykułu w przypadku, gdy dany wnioskodawca lub obywatel państwa EOG podlega zakazowi wjazdu na terytorium Zjednoczonego Królestwa uzasadnionemu względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego zgodnie z art. 21”.

III – Okoliczności powstania sporu w postępowaniu głównym

18. Sean Ambrose McCarthy posiada podwójne obywatelstwo: brytyjskie i irlandzkie(7). Pozostaje on w związku małżeńskim z obywatelką kolumbijską; para ta ma córkę.

19. Zgodnie z wyjaśnieniami zaprezentowanymi podczas rozprawy przed Trybunałem przez przedstawicieli skarżących w postępowaniu głównym S.A. McCarthy posiada status „poddanego brytyjskiego mającego prawo zamieszkania w Zjednoczonym Królestwie”(8). Ów status wynika z faktu jego urodzenia w Irlandii przed wejściem w życie ustawy z 1948 r. o obywatelstwie brytyjskim(9).

20. Ponadto z wyjaśnień przedstawionych podczas rozprawy wynika też, że S.A. McCarthy mieszkał w Irlandii przez pięćdziesiąt dwa lata, podczas gdy w Zjednoczonym Królestwie mieszkał tylko przez sześć lat, mianowicie w latach 1967–1973.
21. Jeśli chodzi o jego córkę, jej podwójne brytyjsko-irlandzkie obywatelstwo wynika jednocześnie ze statusu jej ojca oraz z faktu jej urodzenia w Zjednoczonym Królestwie, w którym to państwie członkowskim nigdy jednak nie zamieszkiwała.
22. Helena Patricia McCarthy Rodriguez posiada kartę pobytową członka rodziny obywatela Unii wydaną przez władze hiszpańskie na podstawie art. 10 dyrektywy 2004/38(10).
23. Skarżący w postępowaniu głównym mieszkają od maja 2010 r. w Hiszpanii, gdzie posiadają dom. Posiadają też dom w Zjednoczonym Królestwie, dokąd regularnie podróżują.
24. Zgodnie z przepisami krajowego prawa imigracyjnego, aby móc podróżować do Zjednoczonego Królestwa, posiadacze karty pobytowej winni wystąpić o pozwolenie na wjazd („pozwolenie rodzinne EOG”), które jest ważne przez sześć miesięcy. Owo pozwolenie rodzinne może zostać przedłużone, pod warunkiem że jego posiadacz uda się osobiście do placówki dyplomatycznej Zjednoczonego Królestwa za granicą i wypełni formularz zawierający dane dotyczące środków finansowych i sytuacji zawodowej wnioskodawcy.
25. Zważywszy, że siedziba placówki dyplomatycznej Zjednoczonego Królestwa w Hiszpanii znajduje się w Madrycie, H.P. McCarthy jest zmuszona udać się z Marbelli, gdzie mieszka jej rodzina, do Madrytu za każdym razem, gdy chce ona przedłużyć ważność swego pozwolenia rodzinnego, aby móc podróżować do Zjednoczonego Królestwa razem z rodziną. Zdarzało się, że odmówiono jej wstępu na pokład samolotów lecących do Zjednoczonego Królestwa, gdy przedstawiła tylko kartę pobytową bez pozwolenia rodzinnego.
26. Jak wynika bowiem z postanowienia odsyłającego, Secretary of State for the Home Department(11) (zwany dalej „Secretary of State”) opublikował instrukcje skierowane do przewoźników zajmujących się przewozem osób do Zjednoczonego Królestwa. Owe instrukcje mają skłonić ich do odmowy przewozu pasażerów będących obywatelami państwa trzeciego, którzy nie posiadają pozwolenia na pobyt wydanego przez władze Zjednoczonego Królestwa lub dokumentów podróży, takich jak ważne pozwolenie rodzinne EOG(12).
27. W dniu 6 stycznia 2012 r. skarżący w postępowaniu głównym wnieśli do sądu odsyłającego skargę przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii

Północnej o stwierdzenie, że wspomniane państwo uchybiło spoczywającemu na nim obowiązkowi prawidłowej transpozycji do jego porządku prawnego art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/38. Podnoszą oni, że niedokonanie przez Zjednoczone Królestwo prawidłowej transpozycji tego przepisu oraz opublikowanie instrukcji skierowanych do przewoźników w sposób istotny narusza ich prawo do swobodnego przemieszczania się.

28. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, w dniu 22 czerwca 2011 r. Komisja Europejska skierowała do Zjednoczonego Królestwa, na podstawie art. 258 TFUE, wezwanie do usunięcia uchybienia, w którym stwierdziła brak prawidłowej transpozycji art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/38. Zjednoczone Królestwo odpowiedziało w dniu 22 września 2011 r. W dniu 26 kwietnia 2012 r. Komisja skierowała do Zjednoczonego Królestwa zawierającą podobne zarzuty uzasadnioną opinię, na którą Zjednoczone Królestwo odpowiedziało w dniu 24 lipca 2012 r.

29. Z postanowienia sądu odsyłającego wynika też, że skarżący w postępowaniu głównym podnieśli w szczególności, że system pozwolenia rodzinnego mający zastosowanie do posiadaczy kart pobytowych rodzi istotne koszty i jest źródłem niedogodności dla ich rodziny(13).

30. Za zgodą stron w postępowaniu głównym sąd odsyłający zastosował na rzecz H.P. McCarthy środek tymczasowy zobowiązujący do przedłużania ważności jej pozwolenia rodzinnego na pisemny wniosek wysłany pocztą do placówki dyplomatycznej w Madrycie bez konieczności jej osobistego stawiennictwa.

31. Secretary of State podniósł natomiast, że rozporządzenie w sprawie imigracji nie stanowi wykonania art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/38 i że jest uzasadnione jako środek niezbędny na podstawie art. 35 tej dyrektywy, jak również jako środek kontroli w rozumieniu art. 1 protokołu nr 20. Wskazał on także, że należało uwzględnić brak jednolitego modelu mającego zastosowanie do kart pobytowych, o których mowa w art. 10 dyrektywy 2004/38. W szczególności wspomniane karty nie są tłumaczone na język angielski i mogą zostać sfalszowane(14). Poza tym istnieje „systemowy problem nadużycia prawa i oszustw” przez obywateli państw trzecich(15). Secretary of State przedstawił w tym względzie sądowi odsyłającemu dowody(16).

32. Zbadawszy wspomniane dowody, sąd odsyłający stwierdził, że podziela obawy wyrażone przez Secretary of State w odniesieniu do nadużycia prawa.

IV – Pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

33. W tych okolicznościach sąd odsyłający, postanowieniem z dnia 25 stycznia 2013 r., które wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 17 kwietnia 2013 r., postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 35 [dyrektywy 2004/38] uprawnia państwo członkowskie do wprowadzenia powszechnie obowiązującego środka w celu odmowy, zniesienia lub wycofania prawa przyznanego w art. 5 ust. 2 dyrektywy zwalniającego członków rodziny niebędących obywatelami Unii, którzy są posiadaczami kart pobytowych wydanych na podstawie art. 10 dyrektywy, z wymogu posiadania wizy?

2) Czy art. 1 Protokołu nr 20 w sprawie stosowania niektórych aspektów artykułu 26 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do Zjednoczonego Królestwa i Irlandii uprawnia Zjednoczone Królestwo do wymagania od posiadaczy kart pobytowych posiadania wizy wjazdowej, która powinna być uzyskana przed przybyciem na granicę?

3) Jeżeli odpowiedź na pytanie pierwsze lub pytanie drugie jest twierdząca, czy postępowanie Zjednoczonego Królestwa wobec posiadaczy kart pobytowych jest w niniejszej sprawie uzasadnione, mając na uwadze podsumowany w postanowieniu sądu odsyłającego materiał dowodowy?”.

34. Skarżący w postępowaniu głównym, Republika Grecka, Królestwo Hiszpanii, Rzeczpospolita Polska, Republika Słowacka, Zjednoczone Królestwo oraz Komisja przedstawili uwagi na piśmie.

35. Skarżący w postępowaniu głównym, Republika Grecka, Królestwo Hiszpanii, Zjednoczone Królestwo oraz Komisja przedstawili również uwagi ustne podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 4 marca 2014 r.

V – Analiza

36. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 35 dyrektywy 2004/38 oraz protokół nr 20 pozwalają Zjednoczonemu Królestwu na przyjęcie środków takich jak środki, które są przedmiotem postępowania głównego, uzależniających zasadniczo prawo wjazdu do Zjednoczonego Królestwa obywateli państwa trzeciego, którzy posiadają kartę pobytową członka rodziny obywatela Unii, od wcześniejszego uzyskania wizy wjazdowej.

37. W pierwszej kolejności podejmę rozważania, czy osoba znajdująca się w takiej sytuacji jak H.P. McCarthy może skorzystać z przepisów prawa pochodnego, które pod pewnym warunkami zwalniają z obowiązku uzyskania wizy wjazdowej członków rodziny obywatela Unii, którzy nie mają obywatelstwa państwa członkowskiego. Jeżeli odpowiedź na to pytanie będzie twierdząca, zbadam następnie kwestię, czy Zjednoczone Królestwo ma prawo nałożyć na podstawie art. 35 dyrektywy 2004/38 na obywateli państw trzecich, którzy są członkami rodziny obywatela Unii i którzy posiadają kartę pobytową w rozumieniu art. 10 tej dyrektywy, wydaną przez inne państwo członkowskie, obowiązek posiadania „pozwolenia rodzinnego”, aby móc wjechać do Zjednoczonego Królestwa. Na koniec omówię tę samą kwestię, ale tym razem w świetle protokołu nr 20.

A – W przedmiocie stosowania dyrektywy 2004/38

38. Na wstępie należy zauważyć, że strony oraz inne podmioty, które przedstawiły stanowisko w sprawie – z wyjątkiem Zjednoczonego Królestwa – nie zakwestionowały stosowania dyrektywy 2004/38 ani w swych uwagach na piśmie, ani w swych wystąpieniach na rozprawie(17). Nawet jeśli prawdą jest, że Zjednoczone Królestwo zakwestionowało na rozprawie stosowanie dyrektywy, to jednak odwołuje się do niej w niniejszej sprawie. Również sąd odsyłający nie zgłasza wątpliwości w tej kwestii. Sąd ów też oparł bowiem swe rozumowanie na stosowaniu dyrektywy. Uważam jednak, że chodzi tu o kwestię, która zasługuje na zbadanie.

1. Uwagi wstępne i szczególne okoliczności sprawy

39. Wprowadzenie obywatelstwa Unii w 1992 r. przez traktat z Maastricht(18) stanowiło ukoronowanie długiej ewolucji(19). Od „Europy obywateli”(20), o której debatowano w latach 70. i 80., do obecnego obywatelstwa Unii przemierzono długą drogę, której myślą przewodnią były w szczególności prawo do swobodnego przemieszczania się i prawo pobytu na terytorium państw członkowskich. Obywatelstwo Unii określa dzisiaj status wszystkich obywateli, bez względu na to, czy są czynni zawodowo(21), czy też nie(22). Jego wprowadzenie do traktatów zwiększyło legitymację procesu integracji europejskiej, wzmacniając udział obywateli.

40. Odtąd obywatele Unii, którzy przemieszczają się na terytorium państw członkowskich, nie tylko traktują fakt przemieszczania się jako szczególnie ważną część ich życia codziennego, ale widzą w tym również centralny element sposobu, w jaki postrzegają siebie samych jako obywateli Unii. Ogół praw przysługujących im oraz członkom ich rodzin, a także spoczywających na nich obowiązków ułatwia im bowiem w szczególności przemieszczanie się, pobyt, dostęp do nauki, poszukiwanie przez nich zatrudnienia lub pracy. Obywatelstwo stanowi więc istotny element ich tożsamości europejskiej(23).

41. W sprawie będącej przedmiotem postępowania głównego H.P. McCarthy, będąca obywatelką państwa trzeciego, chce uzyskać prawo wjazdu do państwa członkowskiego, którego jej małżonek i córka są obywatelami, mianowicie do Zjednoczonego Królestwa, aby towarzyszyć im tam zwłaszcza podczas krótkich podróży.

42. Ponadto skarżący w postępowaniu głównym mają miejsce zamieszkania w państwie członkowskim innym niż państwo, którego obywatelem jest S.A. McCarthy, mianowicie w Hiszpanii, a władze tego kraju wydały H.P. McCarthy kartę pobytową na podstawie art. 10 dyrektywy 2004/38.

43. Wspomniane podróże są więc krótkimi podróżami, a ich celem jest państwo członkowskie, którego S.A. McCarthy i jego córka – obywatele Unii, którzy skorzystali z przysługującego im prawa do swobodnego przemieszczania się – są obywatelami.

44. W tym miejscu należy zauważyć, że – jak wynika z pkt 19–21 niniejszej opinii – podczas rozprawy wskazano, iż podwójne brytyjsko-irlandzkie obywatelstwo S.A. McCarthy’ego i jego córki wynika ze szczególnych okoliczności historycznych.

45. Natomiast na gruncie obecnie obowiązującego prawa Unii kwestia, czy dana osoba posiada obywatelstwo tego czy innego państwa członkowskiego, zależy wyłącznie od prawa krajowego danego państwa członkowskiego(24). Trybunał stwierdził w tym względzie, że „określanie przesłanek nabycia i utraty obywatelstwa należy zgodnie z prawem międzynarodowym do kompetencji państw członkowskich”(25).

46. W związku z tym zgodnie z deklaracją z 1983 r.(26) oraz dla celów prawa Unii S.A. McCarthy i jego córka są obywatelami brytyjskimi(27).

2. Analiza pochodnego prawa pobytu w aktualnym orzecznictwie Trybunału

47. Aby ustalić, czy pochodne prawo pobytu może zostać oparte na dyrektywie 2004/38, jako punkt wyjścia należy przyjąć jej art. 3. Trybunał dokonywał w swym orzecznictwie językowej, systemowej i celowościowej wykładni przepisów tej dyrektywy, którą potwierdził w bardzo niedawnym wyroku w sprawie O(28).

48. Uzasadniając przyjęte rozstrzygnięcie, Trybunał podkreślił bowiem po pierwsze, że wprawdzie art. 21 TFUE stanowi, iż każdy obywatel Unii ma prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich, jednak owo prawo nie jest absolutne, ponieważ zgodnie z tym przepisem jest ono wykonywane „z zastrzeżeniem

ograniczeń i warunków ustanowionych w traktatach i w środkach przyjętych w celu ich wykonania”(29). Po drugie, Trybunał przypomniał, że dyrektywa 2004/38 ma ułatwić korzystanie z podstawowego i indywidualnego prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, przyznanego obywatelom Unii bezpośrednio w art. 21 ust. 1 TFUE oraz że ma ona w szczególności na celu wzmocnienie tego prawa(30).

49. Trybunał wskazał też, że ani art. 21 ust. 1 TFUE, ani przepisy dyrektywy 2004/38 nie przyznają obywatelom państw trzecich żadnego odrębnego prawa. W istocie ewentualne prawa przyznane obywatelom państw trzecich przez przepisy traktatu dotyczące obywatelstwa Unii nie są prawami własnymi tych obywateli, lecz prawami pochodnymi wynikającymi ze skorzystania ze swobody przemieszczania się przez obywatela Unii(31).

50. Trybunał stwierdził w tym względzie, że jak wynika z językowej, systemowej i celowościowej wykładni przepisów dyrektywy 2004/38, przepisy te nie pozwalają na przyznanie pochodnego prawa pobytu obywatelom państw trzecich, członkom rodziny obywatela Unii, w państwie członkowskim, którego obywatelem jest obywatel Unii(32). Zakres podmiotowy dyrektywy 2004/38 został szczegółowo określony w jej art. 3 ust. 1, który stanowi, że stosuje się ją do wszystkich obywateli Unii, którzy „przemieszczają się” do innego państwa członkowskiego niż państwo członkowskie, którego są obywatelami, „lub przebywają” w tym innym państwie członkowskim oraz do członków ich rodziny wskazanych w art. 2 pkt 2, którzy im towarzyszą lub do nich dołączają(33).

51. W związku z tym zgodnie z wykładnią Trybunału jedynie beneficjent w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2004/38 może wywodzić z tej dyrektywy prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu. Taki beneficjent może być obywatelem Unii lub członkiem jego rodziny zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 2(34).

52. Wykładnia ta, zastosowana w niniejszym przypadku, oznacza, że H.P. McCarthy, jako małżonka obywatela Unii, jest objęta pojęciem „członka rodziny” wskazanym w art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38(35). Jednakże jak rząd polski zauważył w swych pismach, S.A. McCarthy i jego córka „przemieszczają się” do państwa członkowskiego, którego są obywatelami, a nie – jak przewiduje art. 3 dyrektywy 2004/38 – do innego państwa członkowskiego niż państwo członkowskie, którego są obywatelami. Innymi słowy, zasadniczo wydaje się, że przesłanki stosowania art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38 nie mogą zostać spełnione, jeżeli obywatel Unii przemieszcza się do państwa członkowskiego, którego jest obywatelem.

53. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału co najmniej racjonalny charakter takiej wykładni znajduje potwierdzenie w okoliczności, że pozostałe przepisy dyrektywy 2004/38, a zwłaszcza art. 6, art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 16 ust. 1 i 2 tego aktu, odnoszą się do prawa pobytu(36) obywatela Unii i do pochodnego prawa pobytu przysługującego

członkom jego rodziny albo w „innym państwie członkowskim”, albo w „przyjmującym państwie członkowskim”. Z orzecznictwa tego wynika zatem, że obywatel państwa trzeciego będący członkiem rodziny obywatela Unii nie może zasadniczo powoływać się na podstawie tej dyrektywy na pochodne prawo pobytu w państwie członkowskim, którego przynależność państwową posiada ów obywatel Unii(37).

54. Tak więc, jeśli chodzi o cel pochodnego prawa wjazdu i pochodnego prawa pobytu, które dyrektywa 2004/38 przewiduje dla członków rodziny obywatela Unii, Trybunał przypomina, że owa dyrektywa służy ułatwieniu korzystania z podstawowego i indywidualnego prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich(38). Trybunał dodaje jednak, że przedmiotem tej dyrektywy jest – jak wynika to z jej art. 1 lit. a) – ustanowienie warunków wykonywania tego prawa(39). Z orzecznictwa Trybunału wynika w tym względzie, że ponieważ zgodnie z zasadą prawa międzynarodowego(40) państwo nie może odmówić swym obywatelom prawa wjazdu na jego terytorium i prawa pobytu, dyrektywa 2004/38 reguluje wyłącznie warunki wjazdu i pobytu obywateli Unii na terytorium państw członkowskich innych niż państwo ich przynależności państwowej(41).

55. Czy w związku z tym należy uznać, że dyrektywa 2004/38 nie znajduje zastosowania w sytuacjach takich jak ta, która jest przedmiotem postępowania głównego?

56. Nie sędzę. Wprost przeciwnie, uważam, że rozszerzająca wykładnia zakresu stosowania dyrektywy 2004/38 jest konieczna do tego, aby nie pozbawić jej skuteczności (effet utile).

57. Tak więc, aby móc ustalić, czy w sytuacji opisanej w pkt 41–43 niniejszej opinii H.P. McCarthy może zostać zwolniona z obowiązku uzyskania wizy wjazdowej jako członek rodziny obywatela Unii, konieczne jest zadanie sobie następującego pytania: czy dyrektywa 2004/38, interpretowana w świetle art. 21 TFUE, pozwoliłaby na przyznanie takiego prawa na podstawie faktu wcześniejszego lub jednoczesnego korzystania ze swobody przemieszczania się przez S.A. McCarthy’ego?

58. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy przede wszystkim podkreślić, że na podstawie traktatów Trybunał przyznał członkom rodziny dwa rodzaje prawa pobytu w państwie, którego przynależność państwową posiada obywatel Unii(42). Pierwszy obejmuje prawo do łączenia rodzin, które przysługuje obywatelowi w wyniku wcześniejszego lub jednoczesnego skorzystania ze swobody przemieszczania się, oparte na ogólnym zakazie wprowadzania ograniczeń(43). Drugi wynika ze skuteczności art. 20 TFUE i ma zapobiec sytuacji, w której obywatel zostanie pozbawiony możliwości korzystania z istoty praw, które przysługują mu ze względu na obywatelstwo Unii(44).

59. W ramach niniejszej opinii należy zbadać wyłącznie pierwszy rodzaj prawa pobytu, o którym mowa powyżej. Moim zdaniem ten pierwszy rodzaj dotyczy dwóch sytuacji, które zostaną przeanalizowane poniżej. Pierwsza sytuacja odnosi się do obywatela, który „skorzystał” z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się i udaje się do państwa członkowskiego, którego jest obywatelem (wcześniejsze skorzystanie), zaś druga dotyczy obywatela, który „korzysta” w dalszym ciągu z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się w momencie, w którym udaje się on do państwa członkowskiego, którego jest obywatelem (jednoczesne skorzystanie).

3. Stosowanie dyrektywy 2004/38 w przypadku, gdy obywatel Unii, który faktycznie skorzystał wcześniej z przysługującej mu swobody przemieszczania się, udaje się do państwa członkowskiego, którego jest obywatelem

60. Moim zdaniem należałoby przyjąć szeroką wykładnię dyrektywy 2004/38, która pozwoli na stosowanie tego aktu prawnego wobec obywateli Unii oraz obywateli państw trzecich będących członkami ich rodzin, którzy udają się do państwa członkowskiego, którego wspomniani obywatele Unii mają przynależność państwową. Taka wykładnia wydaje mi się uzasadniona nie tylko w świetle roli, jaką odgrywa obywatelstwo na gruncie obecnie obowiązującego prawa Unii, jak wynika z moich rozważań w pkt 39 i 40 niniejszej opinii, ale również w świetle stosownego orzecznictwa Trybunału.

a) Uzasadnienie celowościowe rozszerzającej wykładni dyrektywy 2004/38

61. Status obywatela Unii „powinien stanowić podstawowy status obywateli państw członkowskich”(45). Można zatem powiedzieć, że obywatele Unii – przemieszczając się z jednego państwa członkowskiego do drugiego, w tym do państwa, którego mają obywatelstwo – korzystają z prawa do swobodnego przemieszczania się i prawa pobytu, przyznanych przez prawo Unii.

62. W dzisiejszej Unii Europejskiej obywatel może pochodzić z państwa członkowskiego, którego obywatelstwa nie posiada(46), lub posiadać obywatelstwo jednego lub kilku państw członkowskich, w którym lub w których nigdy nie mieszkał(47). Może też mieć kilka obywatelstw, a nawet mieszkać w dwóch lub kilku państwach członkowskich, zachowując przy tym realne więzy, zarówno zawodowe, jak i osobiste, ze wszystkimi tymi państwami.

i) W przedmiocie braku zbieżności między państwem członkowskim, z którego obywatel Unii pochodzi, a państwem członkowskim jego przynależności państwowej

63. Wydaje mi się, że postrzeganie państwa, z którego pochodzi obywatel Unii, oraz państwa jego przynależności państwowej jako tego samego państwa członkowskiego jest niezgodne ze współczesnymi realiami Unii.

64. Pozwolę sobie w tym względzie zilustrować sytuację wielu obywateli Unii na początku XXI wieku dwoma przykładami.

65. Zajmijmy się wpieryw przypadkiem pary francusko-niemieckiej, F i A. Mieszkają oni w Zjednoczonym Królestwie od 25 lat. Ich syn, FA, urodził się w Londynie i posiada podwójne francusko-niemieckie obywatelstwo. Przez wiele lat FA mieszkał w Berlinie, gdzie po ukończeniu szkoły hotelarstwa i gastronomii wykonywał różne zawody. Jego pobyty we Francji były bardzo krótkie i przypadały w szczególności na okres wakacji letnich. FA zawarł związek małżeński z obywatelką Argentyny. Mają dziecko, które jest obywatelem Unii, i od roku mieszkają w Lyonie.

66. Czy w tym przypadku należy uznać, że w momencie przeprowadzki do Lyonu FA powrócił do Francji (jednego z państw członkowskich, którego jest obywatelem), podczas gdy nigdy w nim nie mieszkał? Odpowiedź twierdząca opierałaby się na błędnym założeniu, że FA opuścił Francję w pewnym momencie swego życia, aby udać się do innego państwa członkowskiego.

67. Zajmijmy się następnie drugim przykładem dotyczącym pary litewsko-polskiej, L i P. Oboje mieszkają na Litwie od 30 lat i mają córkę, LP. LP urodziła się w Wilnie i posiada obywatelstwo litewskie, w związku z czym nie może mieć obywatelstwa polskiego(48). LP przebywała w kilku państwach członkowskich w okresie swych studiów uniwersyteckich, w tym w Polsce, gdzie spotkała swojego małżonka, obywatela chilijskiego. Para zamieszkała niedawno w Krakowie.

68. Czy mając na uwadze te dwa przykłady, powinienem automatycznie uznać, nie stawiając sobie pytań, że zawsze istnieje zbieżność między państwem członkowskim, z którego pochodzi obywatel Unii, a państwem członkowskim jego przynależności państwowej? Jeśli chodzi o FA, to pomimo swego podwójnego francusko-niemieckiego obywatelstwa nigdy nie mieszkał on we Francji przed przeprowadzką do Lyonu. Tymczasem w ogóle nie ulega wątpliwości fakt, iż owo państwo członkowskie jest jednym z państw, z których FA pochodzi.

69. Co się tyczy natomiast LP, nie ulega żadnej wątpliwości okoliczność, że pochodzi ona z dwóch państw członkowskich. Nie tylko bowiem jedno z jej rodziców posiada obywatelstwo polskie, a drugie – obywatelstwo litewskie, ale ona sama mówi biegle w dwóch

językach i studiowała w tych dwóch państwach członkowskich. Tymczasem LP nie ma obywatelstwa polskiego.

70. W związku z tym istnieje zbieżność między państwami, których obywatelem jest FA, i państwami, z których on pochodzi, co nie ma miejsca w przypadku LP.

71. Moim zdaniem te dwa przykłady stanowią odbicie realiów, w jakich funkcjonuje wielu obywateli Unii. Zajmę się teraz dyrektywą 2004/38.

72. Jeśli w tym względzie prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu przysługuje zasadniczo jedynie obywatelom Unii lub członkom ich rodzin, którzy udają się do państwa członkowskiego, którego nie są obywatelami, to czy nie jest co najmniej paradoksalna sytuacja, w której LP może powołać się na dyrektywę 2004/38, podczas gdy FA nie może tego uczynić?

73. Czy w tych okolicznościach obywatelstwo Unii nie byłoby w części ofiarą swego własnego sukcesu?

ii) W przedmiocie różnych kierunków, w których udają się obywatele Unii

74. Dyrektywa 2004/38 opiera się na założeniu, iż przemieszczając się wewnątrz Unii, obywatel Unii udaje się zawsze z państwa członkowskiego swej przynależności państwowej do innego państwa członkowskiego, podczas gdy nie zawsze ma to miejsce, na co wskazują przykłady zaprezentowane powyżej. Moim zdaniem wskazanie w wyczerpujący sposób różnych kierunków, w których obywatele Unii udają się na jej obszarze, również nie odpowiadałoby aktualnym realiom związanym z obywatelstwem Unii(49). Wydaje mi się, że prawodawca Unii nie zamierzał wprowadzać ograniczonej liczby przypadków przemieszczania się (numerus clausus), tak aby wykluczyć te przypadki, w których obywatel Unii przemieszcza się między przyjmującym państwem członkowskim a państwem członkowskim jego przynależności państwowej. Jak wyjaśniłem w pkt 62 niniejszej opinii, trudno jest wskazać wszystkie przypadki przemieszczania się obywatela Unii. Dlatego też nie uważam za właściwą wykładni art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38 w ten sposób, że prawodawca przewidział ograniczoną liczbę przypadków przemieszczania się i wykluczył w ten sposób z zakresu stosowania tej dyrektywy przypadki wskazane w pkt 64–73 niniejszej opinii.

75. W niniejszej sprawie taka wykładnia prowadziłaby do paradoksalnego wniosku, który przynajmniej skłania mnie do refleksji, że H.P. McCarthy mogłaby towarzyszyć swojemu małżonkowi podczas jego podróży do innych państw członkowskich z wyjątkiem tego państwa, którego on jest obywatelem! Innymi słowy, prawo do swobodnego przemieszczania

się obywatela Unii, któremu towarzyszą członkowie jego rodziny będący obywatelami państwa trzeciego, uległoby ograniczeniu w zależności od liczby obywatelstw, jakie on posiada! Ponadto, czy możemy zgodzić się na wykładnię dyrektywy 2004/38, która pozwoliłaby na zróżnicowane traktowanie członków rodziny obywatela Unii w zależności od państwa członkowskiego, do którego się udają?

76. Mając na względzie powyższe rozważania, jestem przekonany, że wykładnia dyrektywy 2004/38 powinna być bardziej spójna z realiami, w jakich żyją obywatele Unii, jeśli chcemy zapewnić jej skuteczność. Aby dokonać takiej wykładni, zajmę się wpiętych pokrótce stosownym orzecznictwem Trybunału dotyczącym pochodnego prawa pobytu.

b) Krótkie przypomnienie stosownego orzecznictwa dotyczącego pochodnego prawa pobytu

77. Jak zostało przypomniane w pkt 58 niniejszej opinii, zgodnie z orzecznictwem Trybunału obywatelowi Unii – bez względu na to, czy jest czynny zawodowo(50), czy też nie(51) – wracającemu do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej po skorzystaniu z przysługującej mu swobody przemieszczania się (wcześniejsze skorzystanie) w innym państwie członkowskim, w którym przebywał wraz z członkiem rodziny będącym obywatelem państwa trzeciego, przysługuje prawo do tego, by ów członek jego rodziny mu towarzyszył. Pozwolę sobie w tym względzie na krótkie przypomnienie wniosków, do jakich doszedł Trybunał w wyrokach w sprawie Singh(52) i w sprawie Eind(53).

78. W wyroku w sprawie Singh(54) Trybunał uznał bowiem, że obywatel, który wraca do państwa członkowskiego swej przynależności państwowej, aby prowadzić działalność na własny rachunek po tym, jak wykonywał przez pewien czas pracę najemną w innym państwie członkowskim, posiada on na mocy traktatów i prawa pochodnego prawo do tego, by towarzyszył mu jego małżonek będący obywatelem państwa trzeciego, na tych samych warunkach co warunki przewidziane w prawie pochodnym(55). W przeciwnym razie mógłby on być zniechęcony do opuszczenia swego kraju w celu wykonywania pracy najemnej lub działalności na własny rachunek w innym państwie członkowskim(56). Jeśli chodzi o podstawę prawną, na której oparty jest wyrok w sprawie Singh, pragnę zauważyć, że sentencja tego wyroku ma następujące brzmienie: „[p]rzepisy art. 52 traktatu EWG oraz przepisy dyrektywy 73/148/EWG [...] należy interpretować w ten sposób, że zobowiązują one państwo członkowskie do zezwolenia na wjazd i pobyt na jego terytorium małżonka – bez względu na jego przynależność państwową – obywatela tego państwa członkowskiego, który udał się wraz z tym małżonkiem na terytorium innego państwa członkowskiego, aby wykonywać tam pracę najemną [...], i który wraca, by zamieszkać [...] na terytorium państwa jego przynależności państwowej [...]”(57). Wydaje się jednak, że Trybunał zastosował dyrektywę 73/148 jedynie przez analogię, jak to później wyraźnie uczynił w wyrokach w sprawie Eind(58) i w sprawie O(59).

79. W wyroku w sprawie Eind(60) Trybunał uznał, że obywatel państwa członkowskiego, do którego dołączyła jego córka mieszkająca w państwie trzecim, podczas gdy pracował on w innym państwie członkowskim, miał prawo do tego, by córka towarzyszyła mu, jako osobie nieaktywnej zawodowo, po jego powrocie do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej. Trybunał dopatrywał się skutku zniechęcającego, który wynikałby ze zwykłej niemożności kontynuowania wspólnego życia z członkami rodziny po powrocie do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej. Dlatego też uzasadnienie wyroku w sprawie Eind(61) opiera się zarówno na przepisach traktatu, jak i na przepisach rozporządzenia Rady (EWG) nr 1612/68 z dnia 15 października 1968 r. w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty (Dz.U. L 257, s. 2). Trybunał stoi w tym względzie na stanowisku, że „prawo pracownika migrującego do powrotu i przebywania w państwie członkowskim, którego obywatelstwo posiada, po okresie wykonywania przez niego pracy najmniej w innym państwie członkowskim jest przyznane przez prawo wspólnotowe w zakresie, w jakim jest ono niezbędne do zagwarantowania skuteczności prawa swobodnego przepływu, które pracownicy wywodzą z art. 39 WE oraz przepisów wydanych w celu jego wykonania, takich jak przepisy rozporządzenia nr 1612/68. Za taką wykładnią przemawia wprowadzenie statusu obywatela Unii, który ma stanowić podstawowy status obywateli państw członkowskich”(62). Trybunał stwierdził jednak wyraźnie, że rozporządzenie nr 1612/68 stosuje się „przez analogię”(63).

80. Trybunał uznał niedawno w wyroku w sprawie O, że art. 21 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że dyrektywa 2004/38 stosuje się przez analogię(64) w sytuacji, w której obywatel Unii rozwinął lub utrzymał swoje życie rodzinne z obywatelem państwa trzeciego przy okazji rzeczywistego pobytu – na podstawie art. 7 ust. 1 i 2 lub art. 16 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/38 oraz przy spełnieniu określonych w tych przepisach przesłanek – w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie jego przynależności państwowej, jeśli ów obywatel Unii powraca wraz z członkiem swej rodziny do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej(65).

81. Po pierwsze, z powołanego wyżej orzecznictwa Trybunału wynika, że w świetle zarówno prawa pierwotnego, jak i prawa pochodnego uznaje się prawo pobytu obywatela Unii, oraz członków jego rodziny będących obywatelami państwa trzeciego, w państwie członkowskim jego przynależności państwowej w następstwie „wcześniejszego” skorzystania z prawa do swobodnego przemieszczania się. Innymi słowy, Trybunał uznał, że prawo pobytu przysługuje w razie definitywnego powrotu do państwa członkowskiego pochodzenia po zakończeniu pobytu w innym państwie.

82. Po drugie, z tego orzecznictwa wynika, że Trybunał uzasadnił swoje wyroki, opierając się raczej na traktatach niż na prawie pochodnym. Co prawda zgadzam się z konkluzjami, do których doszedł Trybunał, to jednak jestem sceptyczny, jeśli chodzi o ich uzasadnienie. Trybunał dokonał bowiem w tych wyrokach wykładni traktatu w oparciu o prawo pochodne, w szczególności dyrektywę 2004/38(66). Pozwolę sobie w tym względzie przynajmniej na wyrażenie wątpliwości co do takiej wykładni, mając na uwadze zasadę hierarchii norm prawa

pierwotnego i prawa pochodnego. Wydaje mi się bowiem, że to raczej prawo pochodne powinno być interpretowane w świetle traktatów, a nie na odwrót. Czy w przeciwnym razie nie należałoby się obawiać, że akt lub praktyka instytucji lub państw członkowskich mogłyby doprowadzić do rewizji traktatów z pominięciem przewidzianych w tym celu procedur?

83. W związku z powyższym uważam, że bardziej odpowiednia byłaby mniej restrykcyjna wykładnia dyrektywy 2004/38, która pozwoliłaby zapewnić spójność między zakresem stosowania traktatu i zakresem stosowania dyrektywy.

c) Wniosek częściowy

84. Jestem zdania, że niniejsza sprawa stwarza dla Trybunału wyjątkową okazję do zbadania kwestii stosowania dyrektywy 2004/38 po wcześniejszym skorzystaniu ze swobody przemieszczania się przez obywatela Unii, który – wraz z towarzyszącym mu członkiem rodziny będącym obywatelem państwa trzeciego – udaje się do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej.

85. Przede wszystkim uważam, że konieczne jest dokonanie spójnej wykładni tej dyrektywy w świetle systemu źródeł prawa Unii oraz roli, jaką odgrywa dzisiaj w Unii obywatelstwo Unii. Jak wynika z pkt 75 niniejszej opinii, taka wykładnia pozwoliłaby uniknąć nielogicznych następstw, takich jak chociażby to, iż H.P. McCarthy mogłaby towarzyszyć swojemu małżonkowi podczas jego podróży do wszystkich państw członkowskich, z wyjątkiem tego państwa członkowskiego, którego jej mąż jest obywatelem.

86. Niniejsza sprawa stwarza ponadto okazję do dalszego rozwinięcia orzecznictwa Trybunału dotyczącego prawa obywatela Unii, by podczas jego podróży towarzyszył mu członek jego rodziny będący obywatelem państwa trzeciego. Dzięki temu będzie można wierniej oddać realia dzisiejszej Unii, w której obywatele Unii przemieszczają się z miejsca na miejsce i w której pojęcie państwa pochodzenia staje się coraz mniej jednoznaczne. W tym kontekście wyrok w sprawie O. i B(67). stanowi pierwszy krok w tym kierunku, ponieważ Trybunał opowiedział się za stosowaniem przez analogię dyrektywy 2004/38. Nietrudno jednak sobie wyobrazić, że stosowanie tej dyrektywy w całości przez analogię może powodować szereg niedogodności.

87. Wreszcie Trybunał nie wziął pod uwagę innych sytuacji, które niewątpliwie pojawiają się w przyszłości, w szczególności przypadków obywateli Unii, którzy nigdy nie mieszkali w państwie członkowskim, którego przynależność państwową posiadają. Trybunał mógłby wykorzystać niniejszą sprawę, aby doprecyzować, że dyrektywa 2004/38 stosuje się do członków rodziny obywatela Unii, bez względu na państwo członkowskie przeznaczenia.

88. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję stwierdzić, że dyrektywa 2004/38 stosuje się do obywateli państw trzecich będących członkami rodziny obywatela Unii w rozumieniu art. 2 pkt 2 tej dyrektywy, jeżeli po wcześniejszym skorzystaniu z prawa do swobodnego przemieszczania się przez obywatela Unii oraz po faktycznym zamieszkiwaniu w innym państwie członkowskim obywatel i członkowie jego rodziny udają się do państwa członkowskiego przynależności państwowej tego obywatela.

4. Stosowanie dyrektywy 2004/38, gdy obywatel Unii, który faktycznie korzysta z przysługującej mu swobody przemieszczania się, przebywając w państwie przyjmującym, korzysta z niej jednocześnie, udając się do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej: przypadek dotyczący prawa wjazdu i pobytu krótkoterminowego

89. Zasugerowałem Trybunałowi rozszerzenie zakresu stosowania dyrektywy 2004/38 na pochodne prawo pobytu, które przysługiwałoby obywatelowi Unii, który po wcześniejszym skorzystaniu z przysługującej mu swobody przemieszczania się udaje się do państwa członkowskiego swej przynależności państwowej w towarzystwie członków jego rodziny będących obywatelami państwa trzeciego. Gdyby jednak Trybunał nie podzielił w tym zakresie mojego stanowiska, zbadam też możliwość zastosowania tej dyrektywy w przypadku, gdy obywatel Unii korzysta jednocześnie z przysługującej mu swobody przemieszczania się, udając się do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej, i uczynię to wyłącznie w odniesieniu do prawa wjazdu i pobytu krótkoterminowego.

90. W tym względzie należy zaznaczyć na wstępie, że prawo wjazdu zostało zagwarantowane wszystkim obywatelom w art. 21 TFUE. Artykuł 5 ust. 1 dyrektywy 2004/38 określa przesłanki stosowania tego prawa, które opiera się na samym tylko fakcie posiadania obywatelstwa Unii. Tak więc jest ono blisko związane z prawem pobytu przez okres nieprzekraczający trzech miesięcy, przewidzianym w art. 6 tej dyrektywy.

a) Korzystanie ze swobody przemieszczania się w przyjmującym państwie członkowskim i jednoczesny pobyt w państwie członkowskim, którego przynależność państwową posiada obywatel Unii

91. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału obywatel Unii, który, przebywając w państwie członkowskim jego przynależności państwowej wraz z członkiem rodziny będącym obywatelem państwa trzeciego, korzysta jednocześnie ze swobody przemieszczania się w innym państwie członkowskim, ma prawo do łączenia rodzin w odniesieniu do wspomnianego członka jego rodziny w państwie członkowskim swojej przynależności państwowej. Wynika to między innymi z wyroku w sprawie Carpenter(68).

92. Ów wyrok dotyczy usługodawcy mającego miejsce zamieszkania w państwie członkowskim, którego ma on obywatelstwo, świadczącego usługi odbiorcom przebywającym w innych państwach członkowskich. Trybunał uznał, że odmowa udzielenia zezwolenia na pobyt jego małżonki „zaszkodziłaby ich życiu rodzinnemu, a co za tym idzie również warunkom wykonywania jednej z podstawowych swobód przez Petera Carpentera”(69). Tak więc opierając się na art. 49 traktatu WE (obecnie art. 56 TFUE), Trybunał uznał, że państwo członkowskie, którego obywatelem był P. Carpenter, nie mogło odmówić prawa pobytu jego małżonce na podstawie traktatów, tym bardziej że decyzja o wydaleniu jego małżonki stanowiła ingerencję w wykonywanie przez P. Carpentera przysługującego mu prawa do poszanowania życia rodzinnego(70).

93. Trybunał orzekł niedawno w tym samym duchu w wyroku w sprawie S, że art. 45 TFUE przyznaje członkowi rodziny obywatela Unii będącemu obywatelem państwa trzeciego pochodne prawo pobytu w państwie członkowskim, którego przynależność państwową posiada ten obywatel Unii, jeżeli ów obywatel ma miejsce zamieszkania w tym państwie, jednak regularnie przemieszcza się do innego państwa członkowskiego jako pracownik w rozumieniu wspomnianego postanowienia, ponieważ odmowa przyznania takiego prawa pobytu ma zniechęcający wpływ na faktyczne korzystanie z praw wywodzonych przez pracownika z art. 45 TFUE(71).

94. Z powyższych wyroków wynika, że w przypadku jednoczesnego korzystania ze swobody przemieszczania się, w szczególności w celu regularnego przemieszczania się, które nie jest związane z zamieszkaniem przez obywatela Unii w innym państwie członkowskim, Trybunał przyjął, głównie w świetle prawa pierwotnego, pochodne prawo pobytu przysługujące obywatelom państwa trzeciego będącym członkami rodziny obywatela Unii.

b) Korzystanie ze swobody przemieszczania się w następstwie faktycznego pobytu w przyjmującym państwie członkowskim, któremu jednocześnie towarzyszy korzystanie z prawa wjazdu i pobytu krótkoterminowego w państwie członkowskim, którego przynależność państwową posiada obywatel Unii

95. Tytułem wstępu należy zauważyć, że w przypadku, w którym obywatel Unii nie skorzystał z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się(72) lub gdy nie są spełnione inne przesłanki przewidziane w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38, Trybunał nie przyznał w swoim orzecznictwie pochodnego prawa pobytu członkom jego rodziny będącym obywatelami państwa trzeciego ani w ramach dyrektywy, ani w świetle traktatu.

96. Uważam, że warto podkreślić w tym względzie fakt, iż w powyższym orzecznictwie Trybunał potwierdził, że jeżeli obywatel Unii przemieszcza się do państwa członkowskiego, którego przynależność państwową posiada, przesłanki zastosowania art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38 powinny zostać spełnione(73). Trybunał uznał bowiem, że prawo wjazdu i prawo

pobytu w państwie członkowskim na mocy dyrektywy 2004/38 nie przysługuje wszystkim obywatelom państw trzecich, ale wyłącznie tym, którzy w rozumieniu art. 2 pkt 2 tej dyrektywy są „członkami rodziny” obywatela Unii, który skorzystał z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się, osiedlając się w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie, którego przynależność państwową posiada(74).

97. Zastanawiam się jednak nad zasadnością wykorzystania tego orzecznictwa w przypadkach takich jak ten będący przedmiotem postępowania głównego. W szczególności moje wątpliwości dotyczą wyłączenia z zakresu stosowania dyrektywy 2004/38 obywatela Unii – a także towarzyszących mu członków jego rodziny będących obywatelami państwa trzeciego – który skorzystał z przysługującego mu prawa do swobodnego przepływu w innym państwie członkowskim i jednocześnie przemieszcza się do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej.

98. Inaczej bowiem niż w niniejszej sprawie, obywatele Unii, których dotyczyły w szczególności wyroki w sprawie McCarthy(75), w sprawie Dereci i in.(76), w sprawach połączonych O i S(77), w sprawie Ymeraga i in.(78) czy też w sprawie Iida(79): i) albo nigdy nie skorzystali z przysługującego im prawa do swobodnego przemieszczania się i zawsze przebywali w państwie członkowskim ich przynależności państwowej, ii) albo podczas przemieszczania się do innego państwa członkowskiego nie towarzyszył im ani nie dołączył do nich członek ich rodziny będący obywatelem państwa trzeciego. W tych sprawach obywatele Unii nie spełniali zatem przesłanek art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38.

99. Stan faktyczny sporu zawisłego przed sądem odsyłającym różni się też od stanów faktycznych, na gruncie których niedawno zapadły wyroki w sprawie O oraz w sprawie S(80)., ponieważ obywatele Unii zamieszkali w państwie członkowskim ich przynależności państwowej i) albo nie przebywali w przyjmującym państwie członkowskim jako pracownicy, ale jako obywatele Unii na podstawie art. 21 ust. 1 TFUE lub jako odbiorcy usług w rozumieniu art. 56 TFUE(81), ii) albo przekroczyli granicę, aby udać się do innego państwa członkowskiego w charakterze pracowników, zaś pracodawca miał siedzibę w innym państwie członkowskim, lub w charakterze pracowników, którzy w ramach pracy świadczonej na rzecz pracodawcy mającego siedzibę w państwie członkowskim ich przynależności państwowej udają się regularnie do innego państwa członkowskiego. Innymi słowy, podobnie zresztą jak w wyroku w sprawie Carpenter, we wspomnianych wyrokach obywatel Unii nie zamieszkiwał w przyjmującym państwie członkowskim.

100. Należy przypomnieć w tym względzie, że w niniejszej sprawie S.A. McCarthy i jego córka skorzystali z przysługującego im prawa do swobodnego przemieszczania się, jako że „osiedlili się w państwie członkowskim innym niż państwo, którego obywatelstwo posiadają”, a mianowicie w Hiszpanii. H.P. McCarthy towarzyszyła im w Hiszpanii, gdzie otrzymała kartę pobytową w rozumieniu art. 10 dyrektywy 2004/38. Fakt, iż skarżący w postępowaniu głównym przebywają „obecnie” w Hiszpanii, świadczy o ich osiedleniu się, a

w konsekwencji o faktycznym charakterze ich pobytu. Zgodnie z niedawnym orzecznictwem Trybunału ów faktyczny charakter pobytu stanowi istotny element przy ocenie, czy dyrektywa 2004/38 ma zastosowanie(82), nawet jeśli w grę wchodzi wyłącznie stosowanie przez analogię.

101. Przebywając faktycznie w Hiszpanii jako członek rodziny obywatela Unii, H.P. McCarthy chciała jednocześnie skorzystać z pochodnego prawa wjazdu i pobytu krótkoterminowego, aby towarzyszyć swej rodzinie w Zjednoczonym Królestwie. Jestem zatem zdania, że w niniejszym przypadku możliwość stosowania dyrektywy 2004/38 nie wydaje się budzić żadnych wątpliwości.

102. Za taką wykładnią przemawia brzmienie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38. Wprowadza on dwa warunki: a) aby obywatel Unii przemieszczał się do państwa członkowskiego innego niż państwo członkowskie jego przynależności państwowej lub przebywał w nim oraz b) aby członek rodziny będący obywatelem państwa trzeciego towarzyszył mu lub dołączył do niego.

103. Moim zdaniem chodzi tu o przesłanki, które powinny zostać spełnione łącznie w chwili, gdy z prawa wjazdu i pobytu krótkoterminowego chcą skorzystać członkowie rodziny danego obywatela Unii. W konsekwencji, skoro S.A. McCarthy i jego córka mieszkają zgodnie z prawem w Hiszpanii razem z H.P. McCarthy w chwili ich krótkoterminowych podróży do Zjednoczonego Królestwa, uważam, że stan faktyczny sprawy znajduje się w zakresie zastosowania dyrektywy 2004/38. S.A. McCarthy „przebywa” bowiem w innym państwie członkowskim, mianowicie w Hiszpanii, w chwili gdy powołuje się na prawa wynikające z dyrektywy, aby „przemieścić się” do Zjednoczonego Królestwa.

104. Zważywszy, że swobodny przepływ osób stanowi jeden z fundamentów Unii, odstępstwa od tej podstawowej wolności powinny podlegać ścisłej wykładni(83). Mając na względzie kontekst oraz cele realizowane przez dyrektywę 2004/38, jak również podstawową swobodę przemieszczania się i pobytu uznaną w art. 21 ust. 1 TFUE, przepisy tej dyrektywy nie mogą być przedmiotem wykładni zawężającej i w żadnym razie nie powinny zostać pozbawione skuteczności(84).

c) Wniosek cząstkowy

105. Gdyby Trybunał nie zgodził się z moją pierwszą propozycją(85), to mając na względzie okoliczność, iż art. 5 dyrektywy 2004/38 przewiduje jedynie prawo wjazdu, które jest ściśle związane z pobytem krótkoterminowym (pobyt przez okres nieprzekraczający trzech miesięcy)(86), proponuję, aby Trybunał dopuścił możliwość zastosowania dyrektywy 2004/38 przynajmniej do obywateli Unii i do członków ich rodzin będących obywatelami

państwa trzeciego, którzy korzystają faktycznie z przysługującej im swobody przemieszczania się, przebywając w innym państwie członkowskim, i jednocześnie podejmują krótkoterminowe podróże do państwa członkowskiego, którego są obywatelami. W takim przypadku Trybunał wykluczyłby z zakresu stosowania dyrektywy 2004/38 wyłącznie sytuacje, w których w wyniku wcześniejszego skorzystania ze swobody przemieszczania się przez obywatela Unii ów obywatel udaje się wraz z członkami swej rodziny będącymi obywatelami państwa trzeciego do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej w celu pobytu innego niż pobyt krótkotrwały.

B – W przedmiocie określenia środków, jakie mogą zostać przyjęte na podstawie art. 35 dyrektywy 2004/38

106. Pytania prejudycjalne pierwsze i trzecie, które należy zbadać łącznie, dotyczą kwestii, czy i w jakich warunkach art. 35 dyrektywy 2004/38 pozwala państwu członkowskiemu, które uważa, że stoi w obliczu „systemowego nadużycia prawa” przy wydawaniu kart pobytowych w rozumieniu art. 10 tej dyrektywy, na przyjęcie środka takiego jak ten, który jest przedmiotem postępowania głównego. Ów środek ma ogólne i prewencyjne zastosowanie i nie opiera się na wcześniejszym stwierdzeniu nadużycia prawa w konkretnym przypadku.

107. Aby odpowiedzieć na te pytania, zacznę od krótkiego przeanalizowania pojęcia nadużycia prawa w orzecznictwie Trybunału. Następnie zbadam w świetle tego orzecznictwa, w jaki sposób należy dokonać wykładni art. 35 dyrektywy 2004/38, w szczególności w kontekście argumentów podniesionych przez rząd Zjednoczonego Królestwa.

1. W przedmiocie pojęcia nadużycia prawa w stosownym orzecznictwie Trybunału

108. Pragnę od razu zaznaczyć, że pojęcie nadużycia prawa jest pojęciem znanym w większości państw członkowskich. Tytułem przykładu zgodnie z klasyczną definicją nadużycia prawa przyjętą w doktrynie francuskiej chodzi tu o „nadmierne korzystanie z określonej prerogatywy; działanie polegające na tym, że osoba, której przysługuje prawo, uprawnienie lub która pełni funkcję, przekracza przy ich wykonywaniu normy, które regulują korzystanie z nich w sposób zgodny z prawem”(87). Należy zatem podkreślić, że z istoty tego pojęcia wynika, że podmiotowi nadużywającemu przysługuje dane prawo(88).

109. Definicja zaproponowana przez doktrynę niemiecką jest następująca: „korzystanie z prawa podmiotowego, które odpowiada formalnie wymogom prawa, lecz które w świetle okoliczności danego przypadku okazuje się być sprzeczne z dobrą wiarą”(89).

110. Na gruncie prawa polskiego każde działanie lub zaniechanie uprawnionego formalnie zgodne z treścią prawa podmiotowego, lecz sprzeczne z zasadami współżycia społecznego lub społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony(90).

111. Jeśli chodzi o prawo Unii, zważywszy, że pojęcie to pojawia się w prawie pochodnym jedynie sporadycznie(91), jego analiza wymaga odwołania się do orzecznictwa Trybunału. Trybunał widzi w nim po pierwsze zasadę prawa krajowego w sytuacji, gdy podmiot prawa powołuje się na prawo Unii „jedynie w tym celu, aby doprowadzić do wyłączenia stosowania prawa krajowego”(92), a po drugie zasadę prawa Unii w sytuacji, w której podmiot prawa „korzysta w sposób nieuczciwy lub nadmierny z prawa, które mu przysługuje na gruncie prawa Unii”(93).

112. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że pojęcie nadużycia prawa stanowi autonomiczne pojęcie w prawie Unii, zgodnie z którym „stwierdzenie praktyki stanowiącej nadużycie wymaga, z jednej strony, zaistnienia ogółu obiektywnych okoliczności, z których wynika, że pomimo formalnego poszanowania warunków przewidzianych w uregulowaniach [Unii] cel realizowany przez te uregulowania nie został osiągnięty. Z drugiej strony wymaga to wystąpienia subiektywnego elementu w postaci woli uzyskania korzyści wynikającej z uregulowań [Unii] poprzez pozorne stworzenie warunków wymaganych do jej uzyskania”(94).

113. Do celów stosowania dyrektywy 2004/38 Komisja uważa, że nadużyciem prawa jest „[pozorne] zachowanie, którego celem jest wyłącznie uzyskanie wynikającego z dyrektywy prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu, które, mimo że formalnie spełnia kryteria określone w prawie [Unii], nie jest jednak zgodne z celem tego prawa”(95).

114. Trybunał podkreślił ponadto, że to do sądu krajowego należy stwierdzenie zaistnienia tych dwóch elementów, obiektywnego i subiektywnego. Elementy te powinny zostać wykazane na podstawie przepisów prawa krajowego, „o ile nie naruszy to skuteczności prawa [Unii]”(96). Trybunał przypomniał też, że zastosowanie przepisu krajowego dotyczącego nadużycia prawa nie może naruszać pełnej skuteczności i jednolitego stosowania przepisów Unii w państwach członkowskich i że w szczególności sądy krajowe nie mogą, dokonując oceny korzystania z prawa wynikającego z przepisu Unii, zmienić zakresu tego przepisu ani podważyć realizowanych przez ten przepis celów(97).

115. Moim zdaniem nie budzi w tym względzie żadnych wątpliwości okoliczność, że Zjednoczone Królestwo nie przedstawiło dowodu na nadużycie prawa, ponieważ w niniejszej sprawie nie można wskazać żadnego elementu, ani obiektywnego, ani subiektywnego. Wydaje mi się jednak bardziej odpowiednie szersze omówienie stanowiska, które właśnie

zaprezentowałem, w ramach analizy art. 35 dyrektywy 2004/38 w świetle orzecznictwa Trybunału i z uwzględnieniem argumentów podniesionych przez Zjednoczone Królestwo.

2. W przedmiocie wykładni art. 35 dyrektywy 2004/38 w świetle orzecznictwa Trybunału

116. Artykuł 35 dyrektywy 2004/38 pozwala państwom członkowskim przyjąć niezbędne środki w celu odmowy, zniesienia lub cofnięcia jakiegokolwiek prawa przyznanego tą dyrektywą w przypadku nadużyć prawa lub oszustw, na przykład małżeństw fikcyjnych.

117. W tym względzie pojawia się pytanie, jakiego rodzaju środki mogą przyjąć państwa członkowskie, aby chronić się przed nadużyciem prawa na podstawie tego artykułu: czy tylko środki indywidualne, czy również środki mające ogólne i prewencyjne zastosowanie?

118. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy rozpatrywać art. 35 w świetle orzecznictwa Trybunału przypomnianego w pkt 112 i 114 powyżej, zgodnie z którym dla ustalenia, czy doszło do nadużycia prawa w rozumieniu tego przepisu, konieczne jest przeprowadzenie oceny – w dwóch etapach – w odniesieniu do wspomnianych elementów, obiektywnego i subiektywnego(98).

119. Przed dokonaniem takiej oceny należy zastanowić się, jaki jest cel art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/38.

120. Z motywu 5 tej dyrektywy wynika w tym względzie, że „prawo wszystkich obywateli Unii do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich powinno być również zagwarantowane członkom ich rodzin bez względu na przynależność państwową [...]”.

121. Po pierwsze, jeśli chodzi o ogół obiektywnych okoliczności, z których ma wynikać, że pomimo formalnego spełnienia przesłanek przewidzianych w dyrektywie 2004/38 cel art. 5 ust. 2 tej dyrektywy nie został osiągnięty, władze Zjednoczonego Królestwa uchybiły spoczywającemu na nich obowiązkowi ich zbadania. Pragnę przypomnieć, że z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, iż badanie zachowania zarzucanego w ramach nadużycia prawa powinno odbywać się *in concreto*(99). Jak wynika z większości uwag na piśmie zaprezentowanych Trybunałowi, art. 35 dyrektywy 2004/38 wymaga stwierdzenia nadużycia prawa w konkretnym przypadku, aby móc odmówić posiadaczowi karty pobytowej w rozumieniu art. 10 tej dyrektywy prawa wjazdu bez wizy przyznanego na mocy art. 5.

122. Nie zawaham się więc stwierdzić, że w niniejszej sprawie brak jest obiektywnego elementu nadużycia prawa wskazywanego przez Secretary of State, jako że cel art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/38 został moim zdaniem osiągnięty. Skorzystanie przez skarżących w postępowaniu głównym z prawa do przemieszczania się doprowadziło bowiem de facto do ich osiedlenia się w państwie członkowskim, mianowicie w Hiszpanii, z zamiarem zamieszkiwania tam razem i chęcią przemieszczania się do Zjednoczonego Królestwa w celu odbywania pobytów krótkoterminowych. Innymi słowy, spełnienie przesłanek określonych w tym przepisie nie ma jedynie charakteru formalnego. Przypadki przemieszczania się skarżących w postępowaniu głównym nie są pozorne, ale rzeczywiste. Stanowią one legalne korzystanie z prawa do swobodnego przemieszczania się, ponieważ skarżący w postępowaniu głównym nie chcieli ani uniknąć stosowania uregulowań Zjednoczonego Królestwa, ani korzystać w sposób nieuczciwy i nadmierny z praw przysługujących na mocy dyrektywy, czego Zjednoczone Królestwo nie kwestionuje.

123. Po drugie, jeśli chodzi o element subiektywny w postaci woli uzyskania korzyści wynikającej z dyrektywy 2004/38, oczywiście jest, że brak również tego elementu. Władze Zjednoczonego Królestwa nie oparły się bowiem na indywidualnym zachowaniu skarżących w postępowaniu głównym, aby zawiesić stosowanie art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/38.

124. Wprost przeciwnie, władze Zjednoczonego Królestwa nie zakwestionowały w swych pismach lub podczas rozprawy ani prawdziwości małżeństwa S.A. i H.P. McCarthych, ani faktu, iż para faktycznie wiezie życie rodzinne w Hiszpanii. Małżeństwo może zostać uznane za małżeństwo fikcyjne w rozumieniu dyrektywy 2004/38 jedynie wówczas, gdy owo małżeństwo zostało zawarte „wyłącznie w celu skorzystania z przyznanego dyrektywą prawa swobodnego przemieszczania się i pobytu, które nie przysługiwałoby tej osobie w innym przypadku”(100).

125. Chciałbym następnie przypomnieć, że środki, o których mowa w art. 35 dyrektywy 2004/38, podlegają art. 30 i 31 te samej dyrektywy. Jak wynika z większości uwag przekazanych Trybunałowi, środek mający ogólne zastosowanie pozbawiłby gwarancje proceduralne przewidziane w tych przepisach ich istoty. W konsekwencji środki wskazane w art. 35 są środkami indywidualnymi, które nie uzasadniają systematycznego zawieszenia praw przysługujących na mocy tej dyrektywy. Wprost przeciwnie, systematyczne zawieszenie tych praw nie daje ani sądowi krajowemu, ani Trybunałowi możliwości sprawdzenia, czy przesłanki, które skłoniły władze Zjednoczonego Królestwa do odmowy tego prawa, są faktycznie spełnione w niniejszym przypadku.

126. Zgodnie z wytycznymi system stworzony przez dyrektywę 2004/38 opiera się właśnie na indywidualnych decyzjach, a władze krajowe powinny uwzględnić wszystkie okoliczności danego przypadku. Konkretnie winny one zbadać zachowanie odnośnych osób w świetle celów realizowanych przez prawo Unii i oprzeć się na elementach obiektywnych(101).

127. Jak słusznie bowiem Komisja stwierdza w rzeczonych wytycznych, przy wykładni pojęcia nadużycia w kontekście dyrektywy 2004/38 status obywatela Unii powinien zostać uwzględniony z należytą starannością. Zgodnie z zasadą nadrzędności prawa Unii ocena, czy nastąpiło nadużycie przepisów prawa Unii, winna zostać przeprowadzona w świetle prawa Unii, a nie na podstawie przepisów krajowego prawa migracyjnego. Dyrektywa nie stanowi dla państw członkowskich przeszkody w badaniu pewnych przypadków, w szczególności gdy istnieje uzasadnione podejrzenie nadużycia prawa. Prawo Unii zabrania jednak systematycznych kontroli. Ponadto środki podejmowane przez państwa członkowskie w ramach zwalczania fikcyjnych małżeństw nie mogą zniechęcać obywateli Unii i członków ich rodzin do korzystania z przysługującego im prawa do swobodnego przemieszczania się, ani bezpodstawnie naruszać ich uzasadnionych praw. Nie mogą również podważać skuteczności prawa Unii, ani dyskryminować ze względu na obywatelstwo(102).

128. Wreszcie moim zdaniem nie budzi żadnych wątpliwości okoliczność, że Zjednoczone Królestwo, badając fakt skorzystania przez H.P. McCarthy z prawa wjazdu, które wynika z art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/38, zmieniło zakres tego przepisu i podważyło realizowane przez ów przepis cele. Zjednoczone Królestwo twierdzi w tym względzie, że problem nadużycia prawa może zostać rozwiązany po prostu poprzez generalne wyłączenie zastosowania przepisu, który jest przedmiotem ewentualnego nadużycia prawa, co według mnie jest sprzeczne z samą istotą nadużycia prawa i podważa cele realizowane przez dyrektywę 2004/38.

3. W przedmiocie zastrzeżeń podnoszonych przez Zjednoczone Królestwo

129. W przeciwieństwie do innych stron i interwenientów, którzy przedstawili uwagi, Zjednoczone Królestwo podniosło w swych pismach oraz podczas rozprawy, że stoi obecnie w obliczu wielokrotnych nadużyć prawa wjazdu przez członków rodzin będących obywatelami państw trzecich w celu obejścia kontroli imigracyjnych oraz kontroli granicznych. Omawianą sytuację uznało za „systemowe nadużycie prawa”.

130. Zjednoczone Królestwo uważa, że gdyby zgodziło się na to, iż wszystkie karty pobytowe wydane rzekomo na podstawie art. 10 dyrektywy zwalniają obywateli państw trzecich z wszelkich kontroli wizowych, owe karty pozwoliłyby na łatwiejszy wjazd na jego terytorium. Rząd Zjednoczonego Królestwa podnosi w tym względzie, że przekazał dowody na istnienie systemowego nadużycia prawa.

131. Nawet jeśli użycie przymiotnika „systemowy” nie wydaje mi się zgodne z pojęciem nadużycia prawa w ramach prawa Unii, należy jednak zbadać, czy dowody przekazane przez to państwo członkowskie spełniają wymagane przesłanki.

132. Dokumenty przedłożone przez Zjednoczone Królestwo jako dowody obejmują w szczególności analizę przeprowadzoną w 2011 r. przez służbę kontroli granicznych tego państwa członkowskiego, która wykryła 1494 przypadki „usiłowania” posłużenia się fałszywymi dokumentami uzyskanymi w nieuczciwy sposób czy to poprzez fikcyjne małżeństwa, czy też na skutek wykorzystania sfałszowanych dokumentów potwierdzających inne okoliczności(103). Zjednoczone Królestwo rzeczywiście stoi w obliczu przypadków posługiwania się fałszywymi dokumentami lub dokumentami uzyskanymi w nieuczciwy sposób na skutek zawarcia małżeństw fikcyjnych lub wykorzystania fałszywych dokumentów potwierdzających inne okoliczności(104). Analiza kart pobytowych wydanych przez inne państwa członkowskie przeprowadzona przez władze Zjednoczonego Królestwa wykazała, że karty wydane przez dwanaście państw członkowskich nie spełniają minimalnych norm bezpieczeństwa ustalonych przez Międzynarodową Organizację Lotnictwa Cywilnego w zakresie dokumentów podróży Unii. Należy podkreślić, że oszustwa i nadużycie prawa do swobodnego przemieszczania się przez obywateli państw trzecich zostały uznane przez państwa członkowskie za poważny problem(105). Brak jednolitych norm minimalnych w zakresie kart pobytowych wskazanych w art. 10 oraz wynikające stąd ryzyko nadużyć w celu obejścia kontroli imigracyjnych niepokoją szczególnie Zjednoczone Królestwo.

133. Jest oczywiste, że dowody przedstawione przez Zjednoczone Królestwo nie mogą zostać uznane za konkretne dowody dotyczące indywidualnego zachowania skarżących w postępowaniu głównym. Owe dowody nie spełniają obiektywnych i subiektywnych warunków wymaganych dla stwierdzenia istnienia nadużycia prawa w konkretnym przypadku, wynikających z pkt 121–127 niniejszej opinii. Przypomnę w tym względzie, że nie zakwestionowano tego, iż zachowanie skarżących w postępowaniu głównym nie stanowi nadużycia prawa w rozumieniu prawa Unii.

134. Należy również przypomnieć, że ogólne domniemanie istnienia oszustwa nie wystarczy, by uzasadnić środek, który narusza cele traktatu FUE(106). Ocena zachowań stanowiących nadużycie należy zasadniczo do sądów krajowych, lecz ich opinia nie może w żadnym razie zagrażać jednolitości i skuteczności prawa Unii(107).

135. Ponadto, jeśli chodzi o wskazywane przez Zjednoczone Królestwo nieprzestrzeganie minimalnych norm bezpieczeństwa ustalonych przez Międzynarodową Organizację Lotnictwa Cywilnego, przedstawiciel Królestwa Hiszpanii podkreślił w toku rozprawy, że karty pobytowe członka rodziny obywatela Unii wydane przez władze hiszpańskie są zgodne z normami tej organizacji.

136. W każdym razie, co się tyczy ewentualnego nieprzestrzegania norm bezpieczeństwa stosowanych przez Królestwo Hiszpanii na jego terytorium, chciałbym podkreślić, że ewentualne nieprzestrzeganie dyrektywy 2004/38 przez państwo członkowskie nie stanowi nadużycia prawa, w związku z czym nie jest objęte art. 35 tej dyrektywy(108).

137. Jeśli chodzi o pozwolenie rodzinne, uważam, że jest ono po prostu równoznaczne z obowiązkiem wizowym, który jest sprzeczny nie tylko z art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/38, ale również z jej celami i jej systemem. Prawdą jest, że karta pobytowa wydana na podstawie art. 10 tej dyrektywy jedynie potwierdza istniejące już prawo, a nie przyznaje prawo. Można jednak uznać, że skoro przesłanki pozwalające na skorzystanie zgodnie z prawem Unii z prawa do swobodnego przemieszczania się są spełnione przez obywatela państwa trzeciego będącego członkiem rodziny obywatela Unii, owa karta winna zostać zaakceptowana przez państwa członkowskie(109).

138. Uważam wreszcie, że zezwolenie państwu członkowskiemu na nieuwzględnienie karty pobytowej wydanej przez inne państwo członkowskie byłoby sprzeczne z zasadą wzajemnego uznawania. Należy zaznaczyć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału korzystanie z praw wynikających ze swobody przemieszczania się nie jest możliwe bez przedstawienia dokumentów dotyczących stanu cywilnego, które są zasadniczo wydawane przez państwo pochodzenia pracownika. Wynika stąd, że władze administracyjne i sądowe państwa członkowskiego są zobowiązane uznać świadectwa i analogiczne dokumenty dotyczące stanu cywilnego, wydane przez właściwe władze innych państw członkowskich, chyba że ich prawdziwość zostaje poważnie podważona przez konkretne dowody odnoszące się do indywidualnego przypadku, który jest rozpatrywany(110).

139. W tym względzie zaakceptowanie faktu wprowadzenia przez Zjednoczone Królestwo środków mających ogólne zastosowanie byłoby równoznaczne z pozwoleniem państwu członkowskiemu na zakwestionowanie prawa do swobodnego przemieszczania się, czego skutkiem byłoby to, że inne państwa członkowskie mogłyby również przyjąć takie środki i zawiesić jednostronnie stosowanie dyrektywy.

140. W związku z tym jestem zdania, że dowody przedstawione przez Zjednoczone Królestwo nie wystarczają do poparcia jego twierdzenia dotyczącego ewentualnego systemowego nadużycia prawa.

141. Mając na uwadze wszystkie powyższe powody, uważam, że na pytania pierwsze i trzecie należy odpowiedzieć w ten sposób, że art. 35 dyrektywy 2004/38 nie pozwala państwu członkowskiemu na przyjęcie środka mającego ogólne zastosowanie polegającego na pozbawieniu członków rodziny obywatela Unii, którzy posiadają ważną kartę pobytową wydaną przez inne państwo członkowskie, prawa do zwolnienia z obowiązku uzyskania wizy, ponieważ ów środek ma charakter prewencyjny i nie opiera się na wcześniejszym ustaleniu w konkretnym przypadku nadużycia prawa.

142. W ramach pytania drugiego sąd odsyłający stawia w istocie Trybunałowi pytanie, czy art. 1 protokołu nr 20 pozwala Zjednoczonemu Królestwu na nałożenie na obywateli państwa trzeciego posiadających kartę pobytową członka rodziny obywatela Unii wydaną zgodnie z dyrektywą 2004/38 obowiązku posiadania wizy wjazdowej, którą należy uzyskać przed przybyciem na granicę.

143. Należy od razu podkreślić, że ranga prawna protokołów nie budzi żadnych wątpliwości. Zgodnie z art. 51 TUE „[p]rotokoły i załączniki załączone do traktatów stanowią ich integralną część”. Dlatego też w hierarchii norm protokoły stoją z całą pewnością ponad prawem pochodnym Unii.

144. Konkretnie protokół nr 20 stanowi odstępstwo od obowiązków, jakie ciążyą na Zjednoczonym Królestwie i na Irlandii na mocy art. 26 TFUE i 77 TFUE, wynikające z ich woli nieuczestniczenia w stosowaniu zawartego w części trzeciej traktatu FUE tytułu V, który jest poświęcony przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości(111). Jak Komisja wyraźnie wskazała, protokół ten nie ma jednak na celu przyznania Zjednoczonemu Królestwu szczególnych przywilejów, lecz został on przyjęty celem uwzględnienia wyrażonej przez to państwo członkowskie chęci utrzymania, po pierwsze, kontroli na granicach z większością państw członkowskich, a po drugie „wspólnej strefy podróżowania” istniejącej między Zjednoczonym Królestwem a Irlandią(112).

145. W tym względzie zgodnie z art. 2 protokołu nr 20 te dwa państwa członkowskie mogą nadal uzgadniać między sobą kwestie dotyczące przemieszczania się osób między ich terytoriami („wspólna strefa podróżowania”), przy pełnym poszanowaniu praw osób określonych w art. 1 akapit pierwszy lit. a) tego protokołu. Gdyby bowiem Zjednoczone Królestwo postanowiło nie korzystać więcej ze szczególnej możliwości nieuczestniczenia w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, Irlandia podjęłaby taką samą decyzję, ponieważ jej stanowisko znajduje uzasadnienie wyłącznie w okoliczności, że to państwo członkowskie jest związane ze Zjednoczonym Królestwem wspomnianą wspólną strefą podróżowania(113).

146. Ponadto art. 3 stanowi, że inne państwa członkowskie są uprawnione do przeprowadzania na ich granicach lub w każdym punkcie wjazdu na ich terytorium takich kontroli wobec osób, które chcą wjechać na ich terytorium ze Zjednoczonego Królestwa lub z Irlandii.

147. Uważam, że art. 1 protokołu nr 20 należy interpretować w świetle powyższych okoliczności.

148. Przede wszystkim Zjednoczone Królestwo jest uprawnione na podstawie tego przepisu do wykonywania „wyłącznie” na swoich granicach kontroli, które uważa za niezbędne celem sprawdzenia, czy prawo wjazdu na jego terytorium przysługuje obywatelom państw członkowskich lub osobom na ich utrzymaniu korzystającym z praw przyznanych przez prawo Unii.

149. Prawdą jest, że ani traktat FUE, ani protokół nr 20 nie przewidują definicji pojęcia „kontroli granicznej”. Jednak art. 2 pkt 9 rozporządzenia nr 562/2006 stanowi, że kontrola graniczna oznacza „wszystkie działania podejmowane na granicy, zgodnie z niniejszym rozporządzeniem i do celów w nim określonych, wyłącznie w odpowiedzi na zamiar przekroczenia tej granicy lub na akt jej przekroczenia, bez względu na wszelkie inne okoliczności, składając[e] się z odprawy granicznej oraz ochrony granicy”. W związku z tym w niniejszej sprawie obowiązek uzyskania pozwolenia rodzinnego nie stanowi ewidentnie kontroli na granicach, zważywszy w szczególności, że wniosek o pozwolenie rodzinne powinien zostać złożony przed podróżą w placówkach dyplomatycznych Zjednoczonego Królestwa znajdujących się w państwach członkowskich.

150. Nie budzi także wątpliwości okoliczność, że dyrektywa 2004/38 ma zastosowanie w niniejszej sprawie, co wynika jasno z art. 1 lit. a) protokołu nr 20, który nawiązuje do obywateli państw członkowskich lub osób pozostających na ich utrzymaniu, wykonujących „prawa przyznane przez prawo Unii”. Dlatego też prawo wjazdu należy oceniać w świetle art. 5 ust. 2 tej dyrektywy, który określa dokumenty pozwalające na wjazd członków rodziny obywatela Unii na terytorium państw członkowskich.

151. Wreszcie zgodnie z art. 1 lit. a) protokołu nr 20 kontrole graniczne obejmują między innymi badanie dokumentów pozwalające na zweryfikowanie, czy dane osoby mają prawo wjazdu na terytorium Zjednoczonego Królestwa. Taka weryfikacja nie pozwala jednak temu państwu członkowskiemu na to, by odmówiło w jednostronny sposób wjazdu obywateli Unii oraz członków ich rodzin posiadających kartę pobytową wydaną na podstawie art. 10 dyrektywy 2004/38, zobowiązując ich w ogólny sposób do uzyskania i przedstawienia na jego granicach dodatkowego dokumentu, który nie jest przewidziany w prawie Unii.

152. Proponuję zatem odpowiedzieć na drugie pytanie prejudycjalne w ten sposób, że art. 1 protokołu nr 20 nie pozwala Zjednoczonemu Królestwu na nałożenie na obywateli państwa trzeciego posiadających kartę pobytową członka rodziny obywatela Unii wydaną zgodnie z art. 10 dyrektywy 2004/38 obowiązku posiadania wizy wjazdowej, którą należy uzyskać przed przybyciem na granicę.

VI – Wnioski

153. Mając na względzie całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział w następujący sposób na pytania przedstawione przez High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court):

1) Artykuł 35 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG nie pozwala państwu członkowskiemu na przyjęcie środka mającego ogólne zastosowanie polegającego na pozbawieniu członków rodziny obywatela Unii, którzy posiadają ważną kartę pobytową wydaną przez inne państwo członkowskie, prawa do zwolnienia z obowiązku uzyskania wizy, ponieważ ów środek ma charakter prewencyjny i nie opiera się na wcześniejszym ustaleniu w konkretnym przypadku nadużycia prawa.

2) Artykuł 1 Protokołu nr 20 w sprawie stosowania niektórych aspektów artykułu 26 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do Zjednoczonego Królestwa i Irlandii nie pozwala Zjednoczonemu Królestwu na nałożenie na obywateli państwa trzeciego posiadających kartę pobytową członka rodziny obywatela Unii wydaną zgodnie z art. 10 dyrektywy 2004/38 obowiązku posiadania wizy wjazdowej, którą należy uzyskać przed przybyciem na granicę.

1 – Język oryginału: francuski.

2 – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz.U. L 158, s. 77).

3 – Protokół w sprawie stosowania niektórych aspektów artykułu 26 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do Zjednoczonego Królestwa i Irlandii.

4 – Sprawa C-456/12, EU:C:2014:135.

5 – Rozporządzenie Rady z dnia 15 marca 2001 r. wymieniające państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych, oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu (Dz.U. L 81, s. 1).

6 – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2001 r. ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (Dz.U. L 105, s. 1).

7 – Używając wyrażenia „obywatelstwo brytyjskie”, stosuję w tym miejscu i dalej sformułowanie zaczerpnięte z postanowienia odsyłającego.

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

9 – British Nationality Act 1948. An Act to make provision for British nationality and for citizenship of the United Kingdom and Colonies and for purposes connected with the matters aforesaid, 30th July 1948. Tymczasem zgodnie z nową deklaracją Zjednoczonego Królestwa z dnia 1 stycznia 1983 r. w sprawie definicji pojęcia „obywateli” (Dz.U. 1983, C 23, s. 1, zwaną dalej „deklaracją z 1983 r.”) definicję pojęcia „obywateli” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ona nie tylko do obywateli brytyjskich sensu stricto, ale również do poddanych brytyjskich, którzy posiadają prawo zamieszkania w Zjednoczonym Królestwie, w związku z czym nie podlegają kontroli imigracyjnej tego państwa członkowskiego, jak ma to miejsce w przypadku S.A. McCarthy’ego [deklaracja z 1983 r. została złożona w dniu 1 stycznia 1983 r. w chwili wejścia w życie ustawy z 1981 r. w sprawie obywatelstwa brytyjskiego (British Nationality Act 1981)].

10 – Z akt sprawy wynika, że wspomniana karta pobytowa traci ważność w dniu 25 kwietnia 2015 r.

11 – Minister spraw wewnętrznych Zjednoczonego Królestwa.

12 – Zgodnie z art. 40 Immigration and Asylum Act 1999 (ustawy z 1999 r. o imigracji i azylu) w razie naruszenia tego obowiązku przewoźnikowi grozi grzywna.

13 – Nawiązują oni w tym względzie do postępowania dotyczącego przedłużenia ważności „pozwolenia rodzinnego”, które zmusza ich do udania się do Madrytu i do znalezienia tam zakwaterowania.

14 – Z postanowienia odsyłającego wynika, że Secretary of State nawiązuje w szczególności do sporządzonej w 2011 r. przez agencję ochrony granic Zjednoczonego Królestwa analizy kart pobytowych wydanych przez inne państwa członkowskie w świetle minimalnych norm

bezpieczeństwa ustalonych przez Międzynarodową Organizację Lotnictwa Cywilnego w zakresie dokumentów podróży dających się odczytać maszynowo.

15 – Owo sformułowanie oraz sformułowanie „systemowe nadużycia” zostały użyte w postanowieniu odsyłającym w odniesieniu do korzystania w sposób stanowiący nadużycie przez obywateli państw trzecich z prawa do swobodnego przemieszczania się, a w szczególności z prawa wjazdu przysługującego członkowi rodziny, który nie jest obywatelem państwa EOG, celem obejścia krajowych kontroli imigracyjnych.

16 – Należy wyjaśnić w tym względzie, że karty pobytowe wydawane przez Republikę Federalną Niemiec i Republikę Estonii spełniają zasadniczo odpowiednie normy bezpieczeństwa, w szczególności normy przyjęte przez Międzynarodową Organizację Lotnictwa Cywilnego, tak że przewidziana jest zmiana rozporządzenia w sprawie imigracji w odniesieniu do osób, które posiadają kartę pobytową wydaną przez jedno z tych dwóch państw członkowskich.

17 – Jeśli chodzi o Rzeczpospolitą Polską, państwo to poprzestało wyłącznie na podniesieniu wątpliwości co do stosowania tej dyrektywy w niniejszej sprawie.

18 – Należy zauważyć, że dawny art. 17 ust. 1 traktatu WE stanowił, iż „obywatelstwo Unii uzupełnia obywatelstwo krajowe, nie zastępując go jednak”. Zdanie to, dodane przez traktat z Amsterdamu (Dz.U. 1997, C 340, s. 1), zostało zmienione przez traktat z Lizbony, którego art. 20 ust. 1 stanowi, że obywatelstwo „ma charakter dodatkowy w stosunku do obywatelstwa krajowego, nie zastępując go jednak”. Zobacz również art. 9 traktatu UE. W zakresie analizy tej zmiany zob. H. De Waele, *EU citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential*, *European Journal of Migration and Law*, 12 (2010), s. 319–336, s. 320.

19 – Jeśli chodzi o zarys historyczny formowania się obywatelstwa europejskiego, zob. S. O’Leary, *The evolving Concept of Community Citizenship, From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, La Haye, London, Boston, Kluwer 1996, s. 4; M. Carabot Benlolo, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant 2007, s. 1.

20 – Zobacz raport Tindemansa z dnia 29 grudnia 1975 r., *Bulletin des Communautés européennes*, dodatek 1/76; raport komitetu roboczego ds. Europy obywateli z dnia 29 marca 1985 r., *Bulletin des Communautés européennes*, 85/3.

21 – Zobacz art. 26 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE i 56 TFUE. Prawa przysługujące pracownikom najemnym, osobom prowadzącym działalność na własny rachunek lub

usługodawcom istniały przed wprowadzeniem obywatelstwa Unii i składają się na rynek wewnętrzny.

22 – Artykuł 21 TFUE.

23 – Ankiety przeprowadzone w 2010 r. wykazały, że blisko dziewięciu obywateli na dziesięciu wie, że posiada prawo do swobodnego przemieszczania się. Zobacz raport Komisji z 2010 r. na temat obywatelstwa Unii, „Usuwanie przeszkód w zakresie praw obywatelskich UE” [COM(2010) 603 wersja ostateczna, s. 16]. Obywatelstwo Unii jest niemalże synonimem prawa do swobodnego przemieszczania się. Zobacz projekt decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 sierpnia 2011 r. w sprawie Europejskiego Roku Obywateli (2013), [COM(2011) 489 wersja ostateczna, s. 1].

24 – Zobacz w szczególności: deklaracja nr 2 w sprawie obywatelstwa państwa członkowskiego załączona przez państwa członkowskie do Aktu końcowego Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.U. 1992, C 191, s. 98) oraz art. 3 Europejskiej konwencji o obywatelstwie, którą Rada Europy przyjęła w dniu 6 listopada 1997 r. i która weszła w życie w dniu 1 marca 2000 r. Królestwo Hiszpanii i Zjednoczone Królestwo ani nie podpisały, ani nie ratyfikowały tej konwencji.

25 – Zobacz w szczególności wyroki: Micheletti i in., C-369/90, EU:C:1992:295, pkt 10; Kaur, C-192/99, EU:C:2001:106, pkt 19; Zhu i Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, pkt 37.

26 – Zobacz przypis 9.

27 – W tym miejscu należy zauważyć, że Trybunał uznał, iż swobodny przepływ osób, swoboda przedsiębiorczości oraz swoboda świadczenia usług nie byłyby w pełni realizowane, gdyby państwo członkowskie mogło odmówić możliwości skorzystania z przepisów prawa Unii tym jego obywatelom, którzy mając miejsce zamieszkania w innym państwie członkowskim, którego są również obywatelami, korzystają z ułatwień wynikających z prawa Unii, aby wykonywać na terytorium pierwszego państwa działalność polegającą na świadczeniu usług. Zobacz wyrok Gullung, 292/86, EU:C:1988:15, pkt 12.

28 – EU:C:2014:135.

29 – Ibidem, pkt 34.

30 – Ibidem, pkt 35.

31 – Ibidem, pkt 36.

32 – Ibidem, pkt 37.

33 – Podkreślenie moje.

34 – Zobacz w szczególności opinię rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie O, EU:C:2013:837, pkt 68.

35 – Zobacz wyrok Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, pkt 57.

36 – Podkreślenie moje.

37 – Zobacz wyrok O, EU:C:2014:135, pkt 40.

38 – Zobacz wyroki: Metock i in., C-127/08, EU:C:2008:449, pkt 59, 82; McCarthy, C-434/09, EU:C:2011:277, pkt 28; Dereci i in., C-256/11, EU:C:2011:734, pkt 50.

39 – Zobacz wyroki: McCarthy, EU:C:2011:277, pkt 33; O, EU:C:2014:135, pkt 41.

40 – Owa zasada została skodyfikowana w art. 3 protokołu nr 4 do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 16 września 1963 r., który stanowi, że „nikt nie może być pozbawiony prawa wstępu na terytorium państwa, którego jest obywatelem”. Pragnę jednak zauważyć, że Zjednoczone Królestwo nie ratyfikowało tego protokołu. Wspomniany protokół wszedł w życie w dniu 2 maja 1968 r.

41 – Zobacz wyroki: McCarthy, EU:C:2011:277, pkt 29; O, EU:C:2014:135, pkt 42.

42 – Zobacz G. Gastaldi, *Citoyenneté de l’Union et libre circulation: du critère économique au statut unique*, *Dossiers de droit européen*, 28, 2013, s. 127.

43 – Zobacz wyroki: Singh, C-370/90, EU:C:1992:296; Carpenter, C-60/00, EU:C:2002:434; Eind, C-291/05, EU:C:2007:771.

44 – Zobacz wyrok Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124.

45 – Wyrok Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458. Orzecznictwo to zostało utrzymane w mocy w wielu późniejszych wyrokach Trybunału, zob. w szczególności wyrok Huber, C-524/06, EU:C:2008:724.

46 – Jest to w szczególności przypadek obywatela Unii, którego każdy z rodziców posiada inne obywatelstwo, a on posiada obywatelstwo tylko jednego z tych dwóch państw członkowskich.

47 – To również przypadek obywatela Unii, którego każdy z rodziców ma różne obywatelstwo, a ich dziecko urodziło się w państwie członkowskim innym niż państwa członkowskie, których są obywatelami.

48 – Prawo litewskie nie przewiduje możliwości posiadania – oprócz litewskiego – innego obywatelstwa.

49 – Odmiennie, zob. opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie O, EU:C:2013:837, pkt 77.

50 – Zobacz wyrok Singh, EU:C:1992:296.

51 – Zobacz wyrok Eind, EU:C:2007:771.

52 – EU:C:1992:296.

53 – EU:C:2007:771.

54 – EU:C:1992:296.

55 – Trybunał dopuścił pochodne prawo pobytu na podstawie art. 52 traktatu EWG (obecnie art. 49 TFUE) oraz dyrektywy Rady 73/148/EWG z dnia 21 maja 1973 r. w sprawie zniesienia ograniczeń w zakresie przemieszczania się i pobytu obywateli państw członkowskich w obrębie Wspólnoty, które dotyczą przedsiębiorczości i świadczenia usług (Dz.U. L 172, s. 14), która została uchylona i zastąpiona przez dyrektywę 2004/38.

56 – Zobacz wyrok Singh, EU:C:1992:296, pkt 19, 20.

57 – Ibidem, pkt 25.

58 – EU:C:2007:771.

59 – EU:C:2014:135.

60 – EU:C:2007:771.

61 – Ibidem.

62 – Ibidem, pkt 32.

63 – Ibidem, sentencja.

64 – Podkreślenie moje.

65 – Wyrok O, EU:C:2014:135, pkt 61, sentencja.

66 – Ibidem.

67 – Ibidem.

68 – EU:C:2002:434.

69 – Ibidem, pkt 39.

70 – Ibidem, pkt 41.

71 – Zobacz wyrok C-457/12, EU:C:2014:136, pkt 46 i sentencja.

72 – Co nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

73 – Zobacz w szczególności wyroki: McCarthy, EU:C:2011:277; Dereci i in., EU:C:2011:734, O. i S, C-356/11 i C-357/11, EU:C:2012:776; Ymeraga i in., C-87/12, EU:C:2013:291.

74 – Zobacz wyroki: Dereci i in., EU:C:2011:734, pkt 56; Iida, EU:C:2012:691, pkt 51; O i S, EU:C:2012:776, pkt 41; O, EU:C:2014:135, pkt 39.

75 – EU:C:2011:277, pkt 31, 39.

76 – EU:C:2011:734, pkt 54.

77 – EU:C:2012:776, pkt 42.

78 – EU:C:2013:291, pkt 30.

79 – EU:C:2012:691, pkt 65.

80 – EU:C:2014:135 oraz EU:C:2014:136.

81 – Owi obywatele nie osiedlili się w innym państwie członkowskim, co ma miejsce w przypadku S.A. McCarthy’ego.

82 – Zobacz wyrok O, EU:C:2014:135, pkt 53.

83 – Zobacz przez analogię wyroki: Kempf, 139/85, EU:C:1986:223, pkt 13; Jipa, C-33/07, EU:C:2008:396, pkt 23. Zobacz również komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczący wytycznych zmierzających do skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38 [COM(2009) 313 wersja ostateczna, s. 3, zwany dalej „wytycznymi”].

84 – Wyrok Metock i in., EU:C:2008:449, pkt 84.

85 – Zobacz podtytuł 3 tytułu A niniejszej opinii.

86 – Należy zaznaczyć w tym miejscu, że poza przesłankami określonymi w art. 5 dyrektywy 2004/38 państwa członkowskie nie mogą nałożyć żadnego innego wymogu w zakresie wjazdu obywateli, takiego jak wiza wjazdowa. Zobacz wyrok Yiadom, C-357/98, EU:C:2000:604, pkt 23. Zobacz również C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press 2010, s. 424.

87 – G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8e édition, Paris, PUF juin 2009.

88 – D. Simon i A. Rigaux, *La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit*, w: *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, tome 2 (2004), s. 559–587, s. 563.

89 – „Die Ausübung eines subjektiven Rechts ist missbräuchlich, wenn sie zwar formell dem Gesetz entspricht, die Geltendmachung jedoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls treuwidrig ist”. Zobacz Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 20. Auflage, München 2011, s. 977.

90 – Zobacz art. 5 polskiego kodeksu cywilnego; P. Machnikowski, *Kodeks cywilny – komentarz*, E. Gniewek (wyd.), Warszawa 2006, s. 14.

91 – Dotyczy to w szczególności art. 35 dyrektywy 2004/38.

92 – W takim przypadku pojęcie to obejmuje tworzenie pozornych konstrukcji faktycznych służących temu, aby doprowadzić do włączenia danego stanu faktycznego w zakres zastosowania prawa Unii, F. Lagondet, *loc.cit.*, s. 8.

93 – D. Simon, i A. Rigaux, loc.cit., s. 564. Zobacz również D. Waelbroeck, La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire, w: Mélanges en hommage à Jean Victor Louis, vol. I (2003), s. 565–616, s. 597.

94 – Wyrok Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, pkt 52, 53.

95 – Zobacz COM(2009) 313 wersja ostateczna, s. 15 i 16.

96 – Podkreślenie moje. Wyrok Emsland-Stärke, EU:C:2000:695, pkt 52–54, oraz niedawno wyrok Węgry/Słowacja, C-364/10, EU:C:2012:630, pkt 58.

97 – Wyroki: Pafitis i in., C-441/93, EU:C:1996:92, pkt 68; Kefalas i in., C-367/96, EU:C:1998:222, pkt 22.

98 – Zobacz opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie Bozkurt, C-303/08, EU:C:2010:413, pkt 67.

99 – Zobacz wyroki: Kefalas i in., EU:C:1998:222, pkt 28; Diamantis, C-373/97, EU:C:2000:150, pkt 34.

100 – Zobacz COM(2009) 313 wersja ostateczna, s. 16.

101 – Zobacz COM(2009) 313 wersja ostateczna, pkt 4.3. Zobacz również wyrok Metock i in., EU:C:2008:449, pkt 74, 75.

102 – COM(2009) 313 wersja ostateczna, s. 16.

103 – Należy zaznaczyć, że Zjednoczone Królestwo uznaje za nadużycie prawa dwie całkowicie różne sytuacje prawne: małżeństwa fikcyjne oraz posługiwanie się fałszywymi dokumentami potwierdzającymi. Pojęcie nadużycia prawa dotyczy tylko pierwszej sytuacji.

104 – Z dokumentu Komisji wynika, że na wniosek Rady Komisja wezwała państwa członkowskie do przekazania jej informacji dotyczących korzystania w sposób stanowiący nadużycie – w drodze małżeństw fikcyjnych – ze swobody przemieszczania się. Dwanaście

państw członkowskich przekazało statystyki dotyczące „wykrytych” przypadków. Zgodnie z tym dokumentem Zjednoczone Królestwo, powołując się na obawy związane z prawdziwością małżeństw, odrzuciło 176 wniosków o pozwolenie rodzinne (na 256 przypadków, w których podejrzewano nadużycie i które stanowią około 2% wniosków złożonych w tym okresie). Zobacz komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 25 listopada 2013 r.: „Swobodny przepływ obywateli UE i ich rodzin – pięć skutecznych działań” [COM(2013) 837 wersja ostateczna, s. 9].

105 – W kwietniu 2012 r. Rada przyjęła dokument określający środki, jakie należy zastosować, zatytułowany „Działanie UE w obliczu presji migracyjnej – odpowiedź strategiczna”, którego jednym z priorytetowych działań strategicznych jest „utrwalenie i ochrona swobody przemieszczania się poprzez zapobieżenie nadużyciom popełnianym przez obywateli państw trzecich”.

106 – Zobacz wyrok Komisja/Belgia, C-577/10, EU:C:2012:814, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo.

107 – D. Simon i A. Rigaux, *Le système juridique communautaire*, 3e édition, 2001, s. 582.

108 – Pragnę przypomnieć w tym względzie, że zgodnie z art. 258 TFUE i 259 TFUE, jeśli państwo członkowskie uchybiło jednemu z zobowiązań, które na nim ciąży na mocy traktatów, Komisja lub inne państwo członkowskie mogą ewentualnie wnieść do Trybunału skargę o stwierdzenie uchybienia.

109 – Zobacz podobnie wyrok Dias, C-325/09, EU:C:2011:498, pkt 54.

110 – Zobacz podobnie wyrok Dafeki, C-336/94, EU:C:1997:579, pkt 19.

111 – Owa wola znajduje odzwierciedlenie również w przypadku dorobku Schengen, który został włączony w ramy Unii Europejskiej. Zobacz protokół nr 19 w sprawie dorobku Schengen włączonego w ramy Unii Europejskiej.

112 – W przedmiocie modyfikacji wynikających z traktatu z Lizbony w zakresie stanowiska Zjednoczonego Królestwa i Irlandii w odniesieniu do przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości zob. w szczególności C. Chevallier-Govers, *Le traité de Lisbonne et la différenciation dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice*, *Le traité de Lisbonne*.

Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?, Bruylant 2009, s. 271 i nast.

113 – Zobacz A.G. Toth, The legal effects of the protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark, in *The European Union after Amsterdam. A legal analysis*, 1998, s. 227–252, s. 233; C. Guillard, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, thèse, Bruylant 2006, s. 466.