Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 26 февруари 2019 година[1]

Дело C-129/18

SM
срещу
Entry Clearance Officer, UK Visa Section

(Преюдициално запитване, отправено от Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство)

„Преюдициално запитване — Право на гражданите на Съюза и на членовете на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите членки — Директива 2004/38/ЕО — Понятие за пряк низходящ на гражданин на Съюза — Събиране на семейството — Дете под настойничество или попечителство по алжирския режим „кафала“ — Право на семеен живот — Защита на висшия интерес на детето“

1. Двама съпрузи с френско гражданство, пребиваващи в Обединеното кралство, искат от органите на тази държава разрешение за влизане на нейна територия, в качеството на осиновено дете, на дете с алжирско гражданство, за което в Алжир им е разрешено да полагат грижи (recueil legal) под режим „кафала“[2].

2. Предвид отказа на органите на Обединеното кралство да предоставят такова разрешение, срещу който детето подава съответните жалби, Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство) по същество поставя на Съда въпроса дали Директива 2004/38/ЕО[3] допуска детето да се разглежда като „пряк [низходящ]“ на лицата, грижещи се за него под режим „кафала“. При утвърдителен отговор би се улеснило събирането на семейството в държавата членка, където последните пребивават.

1 Език на оригиналния текст: испански.

2 Относно характеристиките на този институт вж. точки 35—39 по-долу.

3 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно правото на граждани на Съюза и на членове на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите членки, за изменение на Регламент (ЕИО) № 1612/68 и отменяща Директиви 64/221/ЕИО, 68/360/ЕИО, 72/194/ЕИО, 73/148/ЕИО, 75/34/ЕИО, 75/35/ЕИО, 90/364/ЕИО, 90/365/ЕИО и 93/96/ЕИО (ОВ L 158, 2004 г., стр. 77; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 56).

I. Правна уредба

A. Международното право

1. Конвенцията за правата на детето[4]

3. В член 20 се предвижда:

„1. Дете, което е лишено временно или постоянно от неговата семейна среда или на което с оглед на неговите висши интереси не може да бъде разрешено да остане в тази среда, има право на специална закрила и помощ, оказвана от държавата.

2. Държавите — страни по конвенцията, в съответствие със своето национално законодателство осигуряват алтернативни грижи за това дете.

3. Тези грижи могат да включват наред с другото даване за отглеждане, Кафала по ислямското право, осиновяване или ако е необходимо, настаняване в подходящо детско заведение […]“.

2. Хагската конвенция от 29 март 1993 г.[5]

4. В текста ѝ не се споменава режимът „кафала“.

3. Хагската конвенция от 19 октомври 1996 г.[6]

5. Член 3 гласи:

„Мерките, посочени в член 1, могат по-специално да се отнасят до:

[…]

д) настаняването на детето в приемно семейство или институция или осигуряване на грижи за детето чрез kafala или друг подобен институт;

[…]“.

6. Съгласно член 33:

„1. Ако орган, който има компетентност по силата на членове от 5 до 10, възнамерява да настани детето в приемно семейство или в институция, или под грижите на kafala или на аналогичен институт, и ако такова настаняване на детето или осигуряване на грижи следва да се осъществи в друга договаряща държава, този орган предварително се консултира с централния орган или с друг компетентен орган на тази държава. За целта той изпраща доклад за детето заедно с причините, налагащи предлаганото настаняване на детето в институция или приемно семейство.

4 Конвенция на ООН от 20 ноември 1989 г.

5 Конвенция за защита на децата и сътрудничество в областта на международното осиновяване (наричана по-нататък „Хагската конвенция от 1993 г.“).

6 Конвенция за компетентността, приложимото право, признаването, изпълнението и сътрудничеството във връзка с родителската отговорност и мерките за закрила на децата (наричана по-нататък „Хагската конвенция от 1996 г.“).

2. Решението за настаняване или за осигуряване на грижи може да се вземе в молещата държава само ако централният орган или друг компетентен орган на замолената държава е одобрил настаняването или осигуряването на грижи, имайки предвид висшия интерес на детето“.

Б. Правото на Съюза

1. Хартата на основните права на Европейския съюз [7]

7. Съгласно член 7:

„Всеки има право на зачитане на неговия [...] семеен живот [...]“.

8. Член 24, параграф 2 гласи:

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

2. Директива 2004/38

9. Съгласно член 2, точка 2, буква в):

„За целите на настоящата директива:

[...]

2) „Член на семейство“ означава:

[...]

в) преки [низходящи], които са на възраст под 21 години или които са лица на издръжка, както и такива, които са [низходящи] на съпруга/съпругата или партньора така, както е определен в буква б)“.

10. Член 3 гласи:

„1. Настоящата директива се прилага за всички граждани на Съюза, които се движат или пребивават в държава членка, различна от тази, на която са граждани, и за членовете на техните семейства така, както са определени в член 2, точка 2, които ги придружават или се присъединяват към тях.

2. Без да се засягат правата на свободно движение и пребиваване, които въпросните лица могат да имат сами по себе си, приемащата държава членка в съответствие с нейното национално законодателство улеснява влизането и пребиваването на следните лица:

а) всякакви други членове на семейството (независимо от тяхната националност), които не отговарят на определението, посочено в член 2, точка 2, и които в държавата, от която идват, са лица на издръжка или са членове на домакинството на гражданина на Съюза, който има основното право на пребиваване [...];

7 ОВ C 364, 2000 г., стр. 1.

[…].

Приемащата държава членка извършва подробен преглед на личните обстоятелства и аргументира всеки отказ на разрешение за влизане или пребиваване на тези лица“.

11. В член 7, параграф 2 се предвижда:

„Правото на пребиваване, предвидено в параграф 1, обхваща и членове на семейството, които не са граждани на държава членка и които придружават или се присъединяват към гражданина на Съюза в приемащата държава членка, при условие че този гражданин на Съюза отговаря на условията, посочени в параграф 1, букви а), б) или в)“.

12. Член 27 гласи:

„1. При спазване на разпоредбите на настоящата глава държавите членки могат да ограничат свободата на движение и пребиваване на граждани на Съюза и на членове на техните семейства, независимо от националността им, от съображения, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве. Забранява се позоваването на такива съображения за икономически цели.

[…]“.

13. Съгласно член 35:

„Държавите членки могат да приемат необходимите мерки за отказване, прекратяване или отнемане на някое от правата, предоставени с настоящата директива, в случаи на злоупотреба с права или измама, като фиктивните бракове например. […]“.

B. Правото на Обединеното кралство

1. The Immigration Regulations 2006 (Правилник за имиграцията от 2006 г.)[8]

14. Съгласно член 7:

„(1) При спазване на параграф 2, за целите на настоящия правилник за членове на семейството на дадено лице се считат следните лица:

[…]

(b) преките му низходящи и тези на неговия/неговата съпруг(а) или граждански партньор, които са:

(i) на възраст под 21 години, или

(ii) на негова издръжка или на издръжка на неговия/неговата съпруг(а) или граждански партньор,

[…]“.

8 SI 2006/1003.

15. Член 8 гласи:

„(1) За целите на настоящия правилник „член на семейството в широк смисъл“ означава всяко лице, което не е член на семейството на гражданин на държава от ЕИП съгласно член 7, параграф 1, букви a), b) или c) и което отговаря на условията, предвидени в параграфи 2, 3, 4 или 5.

[…]“.

2. Adoption and Children Act 2002 (Закон за осиновяването и децата от 2002 г.)[9]

16. Съгласно член 83 довеждането на дете в Обединеното кралство с цел да бъде осиновено там или след като е било осиновено в друга държава е престъпление, освен ако е извършена оценка на годността на осиновителите за осиновяване от агенция за осиновявания в Обединеното кралство.

17. В член 66, параграф 1 са изброени онези осиновявания, които са признати за такива от правото на Англия и Уелс. Режимът „кафала“ не присъства в този списък.

Г. Алжирското право

18. В книга I, глава V „Произход“ и в книга II, глава VII „Законно осигуряване на грижи (кафала)“ от алжирския семеен кодекс (наричан по-нататък „АСК“) се съдържат следните разпоредби:

Член 46: „Осиновяването (tabanni) е забранено от шериата и закона“.

Член 116: „Законното осигуряване на грижи (кафала) представлява доброволно поемане от дадено лице на издръжката, образованието и закрилата на непълнолетно дете по същия начин както баща по отношение на син. То се извършва с правен акт“.

Член 117: „Поставянето под режим „кафала“ се извършва пред съд или нотариус със съгласието на детето, когато то има баща и майка“.

Член 118: „Носителят на правото на осигуряване на грижи (kafil) трябва да бъде разумен и честен мюсюлманин и да има възможност да издържа и закриля съответното дете (makful)“.

Член 119: „Детето под режим „кафала“ може да бъде с установен или с неустановен произход“.

Член 120: „Детето под режим „кафала“ запазва първоначалния си произход, ако родителите му са известни. В противен случай се прилага член 64 от Кодекса за гражданското състояние“.

Член 121: „Носителят на правото на осигуряване на грижи е законен настойник на детето и има право на същите семейни и училищни помощи като за родено в брака дете“.

Член 122: „Предоставянето на правото на осигуряване на грижи се отнася и за управлението в най-добрия интерес на детето под този режим на неговото имущество, получено като наследство, завет или дарение“.

9 2002 c. 38.

Член 123: „Носителят на правото на осигуряване на грижи може да завещае или да дари на детето под този режим определено имущество, което не надхвърля една трета от цялото му имуществото. Отвъд тази една трета завещателното разпореждане е нищожно и не поражда действие, освен при съгласие на наследниците“.

Член 124: „Ако бащата и майката или един от тях искат отново да упражняват родителските си права спрямо детето под режим „кафала“, последното, ако е на възраст, позволяваща му да преценява, следва да избере дали да се върне при родителите си. То може да бъде върнато само с разрешение от съда, като се вземе предвид неговият интерес, ако не е достигнало възраст, позволяваща му да преценява“.

Член 125: „Искът за прекратяване на режима „кафала“ се предявява пред съда, който го е учредил, след уведомяване на прокуратурата […]“.

II. Фактите по спора

19. В акта за преюдициално запитване [10] са изложени следните факти:

– „Жалбоподателката SM е родена в Алжир на 27 юни 2010 г. […]. Тя е гражданин на Алжир. Нейният настойник от мъжки пол, г-н M, е френски гражданин от алжирски произход, който има право на постоянно пребиваване в Обединеното кралство. Настойникът ѝ от женски пол, г-жа M, е френски гражданин по рождение. Настойниците са сключили брак в Обединеното кралство през 2001 г. Тъй като не могат да заченат по естествен път, през 2009 г. те пътуват до Алжир, за да бъде оценена годността им да станат настойници по системата „кафала“. First Tier Tribunal [Първоинстанционен административен съд, Обединеното кралство] посочва [в решението си от 7 октомври 2013 г.], че това „е избор, който те правят, след като узнават, че е по-лесно родителски права по отношение на дете да се получат в Алжир, отколкото в Обединеното кралство“.

– След като биват оценени като годни в процедура, описана от съдията [от First Tier Tribunal (Първоинстанционен административен съд)] като „ограничена“, през юни 2010 г. те са информирани, че [SM] е била изоставена след раждането ѝ, и кандидатстват да станат нейни настойници. Следва тримесечен период на изчакване, през който съгласно алжирското право биологичните родители имат възможност да поискат връщането на детето.

– С решение от 28 септември 2010 г. алжирското Министерство на националната солидарност и семейството на Провинция Тизи Узу поставя под тяхното настойничество [SM], тогава на възраст от три месеца.

– На 22 март 2011 г., след като е получено становище от прокуратурата, е издаден акт за възлагане на родителски права, по силата на който те получават родителските права по отношение на [SM] и им се възлага упражняването им съгласно алжирското законодателство. Актът за настойничество изисква от тях: „да осигурят ислямско образование на детето, по отношение на което упражняват родителски права, да поддържат физическото и психическото му здраве, да задоволяват потребностите му, да се грижат за неговото обучение, да се държат с него като биологични родители, да го закрилят, да го защитават пред съдебни органи и да носят гражданска отговорност за увреждащи действия“.

– Актът за настойничество също така им позволява да получават семейните помощи, субсидиите и обезщетенията, за които могат надлежно да претендират, да подписват всякакви административни и пътни документи и да пътуват със [SM] извън Алжир.

10 Точки 11—15.

– На 3 май 2011 г. Съдът на Тизи Узу издава постановление, съгласно което фамилното име на [SM], посочено в удостоверението ѝ за раждане, се променя на това на господин и госпожа M.

– През октомври 2011 г. г-н M напуска Алжир и се връща в Обединеното кралство, за да възобнови работата си като готвач. Г-жа M остава в Алжир със [SM].

– През януари 2012 г. [SM] кандидатства за виза за посещение в Обединеното кралство, която ѝ е отказана. През май 2012 г. тя иска разрешение за влизане в качеството си на осиновено дете на гражданин на държава от ЕИП на основание член 12, параграф 1 или при условията на евентуалност — член 12, параграф 2 от Правилника за имиграцията от 2006 г.

– Entry Clearance Officer (служител, отговарящ за разрешението за влизане, Обединеното кралство, наричан по-нататък „ECO“) отказва да издаде такова разрешение, тъй като: i) Алжир не е страна по Хагската конвенция от 1993 г. и не е посочен в действащата тогава Adoption (Designation of Overseas Adoptions) Order 1973 (Наредба за осиновяването (определяне на отвъдморските осиновявания) от 1973 г.), поради което алжирското настойничество не се признава за осиновяване в правото на Обединеното кралство; и ii) не е подадено никакво искане за международно осиновяване по член 83 от Закона за осиновяването и децата от 2002 г.“.

III. Производства в Обединеното кралство [11]

20. First Tier Tribunal (Първоинстанционен административен съд) отхвърля жалбата на SM срещу решението на ECO. Според него SM не може да бъде квалифицирана нито правно, нито фактически като осиновено дете. Според тази юрисдикция SM не попада и в обхвата на понятията „член на семейството“, „член на семейството в широк смисъл“ или „осиновено дете на гражданин на държава от ЕИП“ съгласно Правилника за имиграцията от 2006 г.

21. Произнасяйки се по жалбата на SM, Upper Tribunal (Второинстанционен административен съд, Обединеното кралство) потвърждава, че детето не е „член на семейството“ по смисъла на член 7 от Правилника за имиграцията от 2006 г. Той обаче уважава жалбата на SM, приемайки че тя попада в обхвата на понятието „член на семейството в широк смисъл“ по член 8 от този правилник. В резултат на това делото е върнато на Secretary of State (държавен секретар, Обединеното кралство), който следва да упражни правото си на преценка, предоставено му по силата на член 12, параграф 2, буква c) от посочения правилник.

22. Court of Appeal (Апелативен съд, Обединеното кралство) уважава жалбата на ECO срещу постановлението на Upper Tribunal (Второинстанционен административен съд). Според него истинският въпрос е не дали SM е „член на семейството“ съгласно член 7 или „член на семейството в широк смисъл“ съгласно член 8 от Правилника за имиграцията от 2006 г., а дали тя може да се определи като „пряк [низходящ]“ в рамките на понятието „член на семейството“ по член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38 и ако не може, дали попада в категорията „всякакви други членове на семейството […], които в държавата, от която идват, са лица на издръжка или са членове на домакинството на гражданина на Съюза, който има основното право на пребиваване […]“ по член 3, параграф 2, буква а) от въпросната директива.

11 Съгласно точки 14 и 15 от акта за преюдициално запитване.

23. Според Court of Appeal (Апелативен съд) Директива 2004/38 допуска държавите членки да ограничават формите на осиновяване, които се признават за целите на член 2, точка 2, буква в) от нея. Тъй като не е била осиновена по начин, признат от правото на Обединеното кралство, SM не би могла да попадне в приложното поле на посочения член, дори да попада в обхвата на член 3, параграф 2, буква а).

24. Решението на Court of Appeal (Апелативен съд) е обжалвано пред Supreme Court (Върховен съд), който отправя преюдициално запитване до Съда.

IV. Преюдициалните въпроси

25. Supreme Court (Върховен съд) „има малко съмнения“, че SM може да попадне в обхвата на член 3, параграф 2, буква а) от Директива 2004/38, относно чието прилагане в спора той излага редица съображения, на които ще се спра по-нататък.

26. Запитващата юрисдикция обаче посочва, че „не може просто да уважи касационната жалба и да потвърди постановлението на Upper Tribunal (Второинстанционен административен съд) — с мотива, че случаят на SM следва да се разглежда съгласно член 3, параграф 2, буква а) от Директива 2004/38 — ако в действителност SM попада в обхвата на понятието за „член на семейството“ по член 2, точка 2, буква в) от тази директива, което предполага тя автоматично да се ползва с правата на влизане и пребиваване, предоставени ѝ по силата на Директива 2004/38. Какво тогава означава изразът „пряк [низходящ]“?“ [12].

27. След като посочва, че този израз обхваща родени деца, внуци и други кръвни низходящи по права линия, запитващата юрисдикция изразява съмнение дали той се отнася и за лица, с които не съществува кръвна връзка. Във всеки случай тя счита, че това понятие трябва да включва „тези низходящи, които са законно осиновени в съответствие с изискванията на приемащата държава“.

28. Според запитващата юрисдикция обаче „има основания да се предположи, че може да се отиде още по-далеч“, за което твърдение излага следните доводи:

– В точка 2.1.2 от Съобщението на Комисията до Европейския парламент и до Съвета относно насоки за по-добро транспониране и прилагане на Директива 2004/38 [13] се посочва, че „понятието за преки родственици във възходяща или низходяща линия обхваща осиновителни връзки или [ненавършили пълнолетие лица] под опека на постоянен законен настойник [или попечител]“. Тъй като SM се намира под постоянно законно настойничество на господин и госпожа M, тя следва да попада в обхвата на посочената в Съобщението хипотеза.

– Понятието „пряк [низходящ]“ не може да се тълкува съгласно националното право на приемащата държава членка, а представлява самостоятелно понятие, което трябва да се тълкува по еднакъв начин в целия Съюз [14].

– „Ако някои държави членки признават децата под режим „кафала“ за преки низходящи, а други — не, това очевидно поставя пречки пред свободното движение на онези граждани на Европейския съюз, които имат такива деца. Това също така дискриминира тези, които по

12 Точка 22 от акта за преюдициално запитване.

13 COM(2009) 313 окончателен, наричано по-долу „Съобщението“.

14 В подкрепа на това виждане запитващата юрисдикция цитира заключенията на генералния адвокат Wathelet по дело Coman (C-673/16, EU:C:2018:2, т. 32) и на генералния адвокат Bot по дело Rahman и др. (C-83/11, EU:C:2012:174).

религиозни или културни причини не могат да приемат концепцията за осиновяването, която е възприета в Обединеното кралство и някои други европейски страни, а именно като пълно прехвърляне на дете от едно семейство и потекло към други“ [15].

– „Обстоятелството, че понятието „пряк [низходящ]“ може да има самостоятелно значение, не означава непременно, че то трябва да се тълкува в широк смисъл“. Следователно включването на SM в тази категория не може да се счита за acte clair [16].

29. В този контекст и след като отбелязва притесненията си, че разликите в тълкуването биха могли да създадат възможности за експлоатация на деца, както и за злоупотреба и трафик с тях или за настаняването им в неподходящи домове, Supreme Court (Върховен съд) решава да отправи до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Може ли дете, което е поставено под постоянно законно настойничество или попечителство на гражданин или граждани на Съюза чрез института „кафала“ или друг еквивалентен режим, предвиден в правото на неговата страна на произход, да се счита за „пряк [низходящ]“ по смисъла на член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38?

2) Могат ли други разпоредби от Директива 2004/38, и по-специално членове 27 и 35, да се тълкуват така, че да се откаже влизането в страната на такива деца, ако са жертви на експлоатация, злоупотреба или трафик на хора или са изложени на такъв риск?

3) Има ли право държава членка да провери — преди да признае дете, което не е кръвен роднина на гражданин на държава от ЕИП, за пряк низходящ по смисъла на член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38 — дали висшият интерес на детето е бил зачетен в достатъчна степен в процедурата, чрез която на този гражданин на държава от ЕИП е възложено настойничеството или попечителството или пък упражняването на родителските права по отношение на това дете?“.

V. Производството пред Съда

30. Актът за преюдициално запитване постъпва в секретариата на Съда на 19 февруари 2018 г.

31. Писмени становища представят SM, Choram Children Legal Centre, Aire Centre, чешкото, германското, белгийското, нидерландското и полското правителство, правителството на Обединеното кралство, както и Комисията. Всички те вземат участие в проведеното на 4 декември 2018 г. съдебно заседание, без правителствата на Полша и на Чешката република.

VI. Анализ

A. Предварително съображение

32. Центърът на тежестта на спора е дали понятието „пряк [низходящ]“ (включено в по-широкото понятие „член на семейство“) по член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38 обхваща ненавършило пълнолетие лице, поставено под постоянното настойничество или попечителство на гражданин на Съюза при режима „кафала“ [17].

15 Точка 27, последна алинея от акта за преюдициално запитване.

16 Пак там.

17 Макар запитващата юрисдикция да посочва „института „кафала“ или друг *еквивалентен режим, предвиден в правото на неговата страна на произход*“, тя не предоставя никаква информация за такъв еквивалентен режим, поради което ще се ограничи до анализ на „кафала“ — единствения механизъм за осигуряване на грижи, използван в разглеждания случай.

33. Така изразените съмнения не предполагат общ, абстрактен отговор. „Кафала“ е институт на семейното право в някои държави с традиции, свързани с Корана, който не е уреден еднакво във всички от тях. За да се прецени дали makful (детето) може да се счита за „пряк [низходящ]“ на kafil или kafila (пълнолетните лица, които осигуряват грижи за него), е необходимо:

– на първо място, да се вземе предвид гражданското право на страната на произход на детето (тоест на страната, допуснала осигуряването на грижи за него),

– да се изясни дали в рамките на това право режимът „кафала“ може да има различни правни форми, и ако е така, да се анализират правните последици на формата, избрана от kafil или kafila, за да поемат грижите за детето, и

– да се докаже, че една от тези правни последици е формирането на истинска родителска връзка (родител—дете) между kafil или kafila и makful, отиваща по-далеч от връзката, присъща за настойничеството или попечителството. Ако това не може да се докаже, следва да се провери дали отношенията между kafil или kafila и makful функционално могат да се приравнят на тези при осиновяване.

34. Следвайки тази схема, най-напред ще разгледам института „кафала“ съгласно алжирското право и международноправните актове, както и съгласно практиката на Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ), и по-специално спрямо осиновяването. По-нататък, ще анализирам дали в светлината на правилата, уреждащи правния му статут, детето под режим „кафала“ може да се приеме за пряк низходящ на грижещите се за него лица по смисъла на член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38. За целта ще е необходимо тълкуване на последната разпоредба.

Б. Правният режим „кафала“

1. Режимът „кафала“ в алжирското право

35. Както вече подчертах, режимът „кафала“ се среща в различни форми в зависимост от съответния правен ред. Изглежда обаче се приема за безспорно, че общият елемент на този институт са корените му в Корана, като kafil може да бъде само мюсюлманин[18], който се задължава да осигури ислямско образование на makful[19].

36. В Алжир чрез тази форма на осигуряване на грижи kafil или kafila поема издръжката, образованието и закрилата на makful по същия начин като баща по отношение на син[20]. Kafil или kafila става законен настойник на това дете, без обаче тази форма на осигуряване на грижи да създава връзка по произход, нито да е равнозначна на осиновяване[21], което изрично е забранено в тази държава[22].

37. В Алжир makful не придобива качеството на наследник на грижещите се за него лица, въпреки че чрез дарение или завещание последните могат да му прехвърлят определено имущество, което не надхвърля една трета от цялото им имуществото[23].

18 Член 118 от АСК.

19 Видно от акта за настойничество на SM (точка 12 от акта за преюдициално запитване).

20 Член 116 от АСК.

21 Ислямските правни системи изхождат от принципа на запазване на кръвните връзки и на изключване на осиновяването, което е забранено в повечето (не във всички) мюсюлмански държави. Писмените становища на Aire Centre и SM отразяват разликите в правната уредба на различните държави (съответно в точки 51 и 65).

22 Член 46 от АСК.

23 Член 123 от АСК.

38. Освен това режимът „кафала“ е временен (makful може да бъде само ненавършило пълнолетие лице) и може да бъде прекратен или по искане на биологичните родители, ако такива има, или по искане на kafil или kafila [24].

39. Що се отнася до процесуалните гаранции относно поставянето под режим „кафала“, освен частноправната процедура пред нотариус adul, при която няма особено строги правила, този режим възниква и се одобрява също и по съдебен ред, което се извършва от компетентния съд с участието на прокуратурата, след като е обявено изоставянето на детето. Именно последното производство е следвано в разглеждания случай.

2. Режимът „кафала“ в международните актове

40. В член 20 от Конвенцията за правата на детето режимът „кафала“ се споменава изрично наред с други мерки за закрила на децата, които са временно или постоянно лишени от семейна среда или чиито висши интереси налагат те да не останат в тази среда.

41. Според някои от встъпилите страни в производството [25] това споменаване означава признаване на института „кафала“ като равностоен на осиновяването, тъй като и двата института са посочени в една и съща разпоредба. Считам обаче, че в член 20 от Конвенцията за правата на детето са изброени мерки за закрила на детето, които не са непременно сравними. Следвайки същата логика, би могло да се направи приравняване и с даването за отглеждане или с настаняването в заведения за закрила на детето. Освен това специалното внимание, отделено на осиновяването в член 21, подчертава специфичните характеристики на този институт в сравнение с останалите.

42. В писменото си становище като текст, допълващ Конвенцията, SM посочва „Насоките за алтернативна грижа за деца“ (наричани по-нататък „Насоките“) [26] в подкрепа на виждането си за равностойност на осиновяването и режима „кафала“, която можела да се изведе от точка 2 от тях [27].

43. Считам обаче, че цялостният прочит на Насоките също не позволява да се заключи, че в тях институтите на осиновяването и на „кафала“ се приравняват. Налице е същото обстоятелство като вече посоченото във връзка с член 20 от Конвенцията за правата на детето: и последната, и Насоките само изброяват, като подходящи инструменти за осигуряване на децата на грижи в стабилна семейна среда, различни мерки за закрила, които нямат непременно едни и същи правни последици [28]. Логично е да бъде така, понеже двата документа са свързани.

44. Както вече посочих, в Хагската конвенция от 1993 г. институтът „кафала“ не се споменава. Причината за това мълчание в международен акт, посветен на уреждането на осиновяването, следва да се търси именно в разликите между този институт и „кафала“.

24 Членове 124 и 125 от АСК.

25 Aire Centre, SM и Choram Children Legal Centre.

26 64-та сесия на Общото събрание на ООН, 24 февруари 2010 г. (A/RES/64/142). Насоките са предназначени да подобрят прилагането на Конвенцията за правата на детето (точка 1).

27 Посочената цел е да се „подпомогнат усилията децата да останат или да бъдат върнати на грижите на своите семейства, а когато това е невъзможно, да [се] намер[и] друго уместно постоянно решение, включително осиновяване или „кафала“ по [и]слямското право“.

28 Съгласно точка 123 от Насоките, намираща се в частта, озаглавена „Институционална грижа“, целта е да се намери постоянно решение за алтернативна грижа от семеен тип. В точка 152, отнасяща се до „полагане[то] на грижа за дете, което вече е в чужбина“, „кафала“ се приравнява на настаняване с перспектива за осиновяване. В точка 161 относно „[г]рижа[та] при бедствени ситуации“ и при такива, когато събирането на семейството се окаже невъзможно, в Насоките се препоръчват „постоянни и окончателни решения като „кафала“ по [и]слямското право или осиновяване“, но в допълнение се посочват и други „дългосрочни варианти, като приемна грижа или подходяща институционална грижа, включително малки групови домове или друго настаняване под надзор“.

45. В съдебното заседание една от страните настоява, че правните последици на режима „кафала“ могат да се сравнят с тези на непълното осиновяване[29], тъй като и в двата случая първоначалните родствени връзки на детето се запазват. Вярно е, че в Хагската конвенция от 1993 г. се дава възможност съществуващата отпреди връзка по произход да не бъде прекъсвана (член 26, параграф 1, буква c), но също така е вярно и е от ключово значение, че в същия член и параграф абсолютно недвусмислено се посочва, че „[п]ризнаването на осиновяване включва признаването на: a) отношенията между детето и осиновителите му за законови отношения между родители и дете“.

46. В Хагската конвенция от 1996 г. обаче се предвиждат мерки в полза на личността или имуществото на детето, които са различни от тези при осиновяването, като сред тях са посочени настаняването на детето в приемно семейство или институция или осигуряване на грижи за детето чрез „кафала“ или друг подобен институт. Член 4 изключва от приложното поле на тази конвенция по-специално въпросите относно установяването на произхода и решението за осиновяване.

47. Прочитът на тези две Хагски конвенции потвърждава, от една страна, че осиновяването е единственият институт за закрила, заслужил да бъде уреден с отделен международен акт, и от друга страна, че когато става въпрос за международно осиновяване, режимът му се различава от приложимия спрямо останалите мерки за закрила като режима „кафала“, правото на упражняване на родителски права, настойничеството, попечителството, осигуряването на грижи, както и управлението, запазването и разпореждането с имуществото на детето.

48. Обяснителният доклад относно Хагската конвенция от 1996 г. (наричан по-нататък „докладът „Lagarde“)[30] съдържа полезни насоки за по-доброто ѝ разбиране:

– В него се посочва, че в „Конвенцията от 5 октомври 1961 г. относно компетентността на органите и приложимото право в областта на закрилата на непълнолетните[31] е използван изразът „мерки за закрила“, без той да бъде дефиниран. Делегациите на държавите, които не са страни по тази конвенция, желаят, ако не дефиниция, то поне изброяване на въпросите, до които се отнасят тези мерки. Тъй като последните са различни в различните законодателства, изброяването в този член може да бъде само примерно“.

– По-специално във връзка с член 3, буква e) се посочва, че „мерките за настаняване на дете в приемно семейство или в институция са […] първообраз на мерките за закрила и очевидно са обхванати от Конвенцията“.

– В доклада се разяснява още, че режимът „кафала“ не представлява осиновяване, което е забранено от ислямското право, и не поражда никакви последици по отношение на произхода. Детето под този режим не става член на семейството на kafil и това е причината институтът „кафала“ да не бъде уреден от Конвенцията относно осиновяването от 29 май 1993 г. Той обаче безспорно е мярка за закрила, която като такава трябва да попадне в приложното поле на конвенция относно закрилата на децата“.

29 В страните, които го допускат, т.нар. опростено или непълно осиновяване обикновено позволява запазване на връзката по произход с предишното семейство, без да се засягат отношенията от този вид между осиновителя и осиновения.

30 Текст, приет на 18-ата сесия на Хагската конференция по международно частно право. Париж, 15 януари 1997 г.

31 https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid= 39.

3. Режимът „кафала“ (във връзка с осиновяването) в практиката на ЕСПЧ

49. В две свои решения ЕСПЧ е разглеждал проблемите, които поражда институтът „кафала“, съотнесен към осиновяването, от гледна точка на Европейската конвенция за правата на човека (наричана по-нататък ЕКПЧ).

50. В първото от тях, основавайки се на сравнителноправен анализ, ЕСПЧ приема, че „никоя държава не приравнява института „кафала“ на осиновяването, но във френското право, както и в други държави, той има сходни последици като настойничеството, попечителството или настаняването с перспектива за осиновяване [32]“.

51. В същото решение ЕСПЧ припомня, че член 8 от ЕКПЧ не гарантира правото на създаване на семейство, нито правото на осиновяване, но това не означава, че държавите, които са страни по ЕКПЧ, не могат да се окажат в положение, при което за тях възниква позитивно задължение да разрешат зараждането и развитието на семейни връзки, когато е установена семейна връзка с определено дете [33].

52. Въпреки това ЕСПЧ приема, че отказът режимът „кафала“ да се приравни на пълното осиновяване, не нарушава правото на семеен живот, тъй като (френското) законодателство предвижда възможности за смекчаване на действащата в алжирското право забрана за осиновяване, като постепенно я елиминира в зависимост от обективните индикации за интеграция на детето във френското общество [34].

53. Във второто решение [35] ЕСПЧ отново анализира правото на семеен живот по член 8 от ЕКПЧ, като припомня, че тази разпоредба може да се приложи при наличието на „de facto семейни връзки“. Във връзка с конкретния случай, по който е трябвало да се произнесе, ЕСПЧ приема, че наличието на връзка, основана на режима „кафала“, не се различава от семейния живот в обичайния му смисъл, като запазването на първоначалните семейни връзки не изключва наличието на семеен живот с други лица [36].

54. ЕСПЧ обаче приема, че отказът на белгийските органи да приравнят осиновяването на режима „кафала“ не лишава жалбоподателите от правото да им бъде призната съществуващата между тях връзка по други начини (в разглеждания случай чрез белгийския институт на неформалното настойничество) [37].

32 ЕСПЧ, решение от 4 октомври 2012 г., Harroudj с/у Франция (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), § 48, където се повтаря изложеното в § 21: „От 22-те договарящи държави, до които се отнася сравнителноправният анализ […], никоя не приравнява на осиновяване режима на „кафала“, учреден в чужбина. Там, където националните съдилища признават правните последици на учредения в чужбина режим „кафала“, той винаги е сравняван с настойничеството, с попечителството или с настаняването с перспектива за осиновяване“.

33 Пак там, § 41.

34 Пак там, §§ 46—52.

35 ЕСПЧ, решение от 16 декември 2014 г., Chbihi Loudoudi с/у Белгия (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

36 Пак там, §§ 78 и 79.

37 Пак там, §§ 101 и 102.

4. Режимът „кафала“ и признаването и изпълнението на съдебни решения в правото на Европейския съюз

55. Въпреки паралелизма с Хагската конвенция от 1996 г. на Регламента относно признаването и изпълнението на съдебни решения по семейни и свързани с родителските отношения дела в рамките на Европейския съюз [38], в него институтът „кафала“ не се споменава [39].

56. Въпреки това мълчание съм съгласен с генералния адвокат Kokott, че разпоредбите на Регламент № 2201/2003 могат да се тълкуват в светлината на Хагската конвенция от 1996 г., за което посочените от мен по-горе обяснения в доклада „Lagarde“ предоставят полезни насоки [40].

57. Изхождайки от тази отправна точка, би могла да се допусне възможността режим „кафала“, признат от юрисдикция на една държава членка, да разпростре действието си в друга държава членка в съответствие с Регламент № 2201/2003, в чийто член 1, параграф 2 се посочват „правото на упражняване на родителски права и правото на лични отношения […]; настойничество[то], попечителство[то] и други сходни институти […]; определянето и действи[ята] на всяко лице или орган, [отговарящи] за личността на детето или неговото имущество, [за неговото] представ[ителство] или подпомага[не]“. Не би било възможно обаче да се приеме същото и по отношение на осиновяването, тъй като от приложното поле на посочения регламент се изключват „решенията за осиновяване [и] мерките, подготвящи осиновяването“ (член 1, параграф 3, буква б).

B. Понятието за пряк низходящ в Директива 2004/38 (първи преюдициален въпрос)

1. Самостоятелно тълкуване на понятието

58. Има ли самостоятелно значение в правото на Съюза изразът „преки [низходящи]“, употребен в член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38? Това е един от аспектите, по които вижданията на страните в спора се разминават [41].

38 Регламент (ЕО) № 2201/2003 на Съвета от 27 ноември 2003 година относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по брачни дела и делата, свързани с родителската отговорност, с който се отменя Регламент (ЕО) № 1347/2000 (ОВ L 338, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 6, стр. 183).

39 При определянето на приложното му поле в член 1 се посочва родителската отговорност във връзка с правото на упражняване на родителски права и правото на лични отношения; настойничеството, попечителството и други сходни институти; определянето и действията на всяко лице или орган, отговарящи за личността на детето или неговото имущество, за неговото представителство или подпомагане; поставянето на детето в семейство за отглеждане или под институционална грижа; и мерките за закрила на детето, свързани с управлението, запазването и разпореждането с неговото имущество. Веднага след това, подобно на Хагската конвенция от 1996 г., от приложното поле на Регламента се изключват въпросите относно произхода и осиновяването.

40 Становище по дело Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:177, т. 17): „В рамките на тълкуването с оглед на предисторията и на систематичното тълкуване на Регламент № 2201/2003 [докладът „Lagarde“] може да има указваща роля за тълкуването на релевантните разпоредби на Регламента. Всъщност разпоредбите относно упражняването на родителски права се основават на подготвителните работи във връзка с Конвенцията от 1996 г. и до голяма степен са в съответствие с тях, като същото важи и по отношение на подлежащите на тълкуване по настоящото дело разпоредби относно обхвата на прилагане. Освен това разпоредбите на Регламента и тези на Конвенцията следва да се тълкуват, доколкото е възможно, и по един и същи начин, за да се избегнат различни резултати в зависимост от това дали става дума за отношения с друга държава членка или с трета страна“.

41 Полското правителство и правителството на Обединеното кралство твърдят, че държавите членки имат изключителна компетентност да го дефинират, но според останалите участници в преюдициалното производство понятието подлежи на самостоятелно тълкуване в целия Съюз.

59. Съгласно постоянната съдебна практика „както от изискването за еднакво прилагане на правото на Съюза, така и от принципа за равенство следва, че разпоредба от правото на Съюза, чийто текст не съдържа изрично препращане към правото на държава членка с оглед на определяне на нейния смисъл и обхват, трябва по принцип да получи самостоятелно и еднакво тълкуване навсякъде в Съюза“ [42].

60. Съдът отбелязва, че това тълкуване трябва „да отчита не само съдържанието на разпоредбата, но и контекста и целта на правната уредба, от която тя е част“ [43].

61. Контекстът, в който Директива 2004/38 използва израза „пряк [низходящ]“ като специфична подкатегория на „членове на семейството“ ме навежда на извода, че това понятие има самостоятелно значение в правото на Съюза. Всъщност считам, че това следва да бъде правилото, ако в определена разпоредба се посочва, какъвто е настоящият случай, че „за целите на настоящата директива [се дават следните определения]“.

62. Затова определенията, които следват това въведение, са формулирани, за да посочат какво „означава“ съответният термин в точно определена правна рамка в правото на Съюза (в настоящия случай Директива 2004/38). Освен когато в дефиницията има препращане към правото на държавите членки, за да се очертаят границите на описвания с този термин институт, същинският смисъл на последния трябва да се изследва с оглед на правото на Съюза.

63. Член 2 от Директива 2004/38 съдържа пример за изрично препращане към правото на държавите членки: освен съпруга/съпругата (точка 2, буква а) се посочва и „партньор, с когото гражданинът на Съюза е сключил регистрирано съжителство въз основа на законодателството на държава членка“ (точка 2, буква б). Извън тази хипотеза, повтарям, смисълът на понятията в този член не зависи от уредбата им в националните правни системи.

64. Решението от 5 юни 2018 г., постановено от Съда във връзка с понятието „съпруг/съпруга“ [44] по член 2 от Директива 2004/38, може да осветли въпроса за самостоятелността на тълкуването на това понятие, като тази самостоятелност може методологически да се пренесе и върху понятието „пряк [низходящ]“.

65. Макар в решението да не се споменава изрично изразът „самостоятелно тълкуване“ (за разлика от заключението, в което генералният адвокат е склонен да го използва) [45], сигурно е, че Съдът достига до същия резултат: понятието „съпруг/съпруга“ по смисъла на Директива 2004/38 има собствени характеристики [46], на които „държавата членка не може да [противопостави] своето национално право“ [47], за да откаже да признае право на пребиваване, защитено от Директивата.

42 Решение от 18 октомври 2016 г., Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, т. 28 и цитираната съдебна практика). Полското правителство подчертава употребата на израза „по принцип“ в това решение, но не обяснява защо в разглеждания случай следва да се изключи прилагането на общото правило въпреки липсата на изрично препращане към националното право в цитираната разпоредба от Директива 2004/38.

43 Решение от 27 септември 2017 г., Nintendo (C-24/16 и C-25/16, EU:C:2017:724, т. 70 и цитираната съдебна практика). Във връзка с Директива 2004/38 тази насока е използвана от генералните адвокати Bot и Wathelet в съответните им заключения по дело Rahman и др. (C-83/11, EU:C:2012:174, т. 39) и по дело Coman и др. (C-673/16, EU:C:2018:2, т. 34 и 35).

44 Дело Coman и др. (C-673/16, EU:C:2018:385).

45 Заключение на генералния адвокат Whatelet по дело Coman и др. (C-673/16, EU:C:2012:174, т. 33—42).

46 Решение от 5 юни 2018 г., Coman и др. (C-673/16, EU:C:2018:385, т. 35): „следва най-напред да се подчертае, че понятието „съпруг/съпруга“ по смисъла на Директива 2004/38 е неутрално от гледна точка на пола и съответно може да обхваща съпруга от същия пол на съответния гражданин на Съюза“.

47 Пак там, т. 36.

66. Използването обаче на правна категория, предвидена в правото на Съюза, не означава непременно, че тя няма връзка с равностойните категории в правото на държавите членки. Затова следва да се вземат предвид кодексите или законите, уреждащи семейното право във всяка държава членка (за което са компетентни държавите членки), с цел да се определи дали неговите институти съответстват, за целите на определена директива, на дефинираните в последната.

2. Понятието „пряк [низходящ]“ съгласно Директива 2004/38

67. Важността на определянето на характеристиките на посоченото понятие от Директива 2004/38 проличава при анализа на неговите последици по отношение на влизането и пребиваването на деца, които, макар и част от семейството (в широк смисъл) на гражданите на Съюза, не попадат в тази категория:

– „[П]реки[те] [низходящи], които са на възраст под 21 години или които са лица на издръжка“, получават *автоматично*[48] правото да влизат и пребиват в държавата членка, в която живеят техните възходящи, граждани на Съюза.

– Останалите по-далечни членове на семейството по член 3, параграф 2 от Директива 2004/38, включително децата, трябва да отговарят на определени предварителни условия[49] и да преминат през оценка от страна на органите в приемащата държава. В резултат на тази оценка последните трябва: i) в съответствие с националното законодателство да улеснят влизането и пребиваването на тези лица[50], ii) да извършат подробен преглед на личните обстоятелства и iii) да аргументират всеки отказ на разрешение за влизане или пребиваване[51].

68. Както вече посочих, запитващата юрисдикция не се съмнява, че SM попада във втората категория. Нещо повече, тя предупреждава натоварените с оценката органи на Обединеното кралство, че правото на Съюза[52] ги задължава да *улеснят* влизането на детето в Обединеното кралство. Но тя най-вече им обръща внимание, че „при извършването на тази оценка вземащите решения лица, независимо дали са в Home Office (Министерство на вътрешните работи) или в различните съдебни инстанции, също трябва да имат предвид, че целта на Директива 2004/38 е да опрости и укрепи правото на свободно движение и пребиваване на всички граждани на Съюза, тъй като свободата на движение е една от основните свободи на вътрешния пазар. Животът отделно от членове на семейството или членове на семейството в по-широк смисъл може да бъде мощен възпиращ фактор за упражняване на тази свобода[53]“.

48 Определението „*автоматично*“ трябва да се нюансира, тъй като съгласно член 10 от Директива 2004/38 „[п]равото на пребиваване на членове на семейството на гражданин на Съюза, които не са граждани на държава членка, се доказва чрез издаването на документ, наричан „Карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза“. Това издаване е обусловено от представянето в частност на документ, „удостоверяващ съществуването на семейни взаимоотношения или регистрирано съжителство“, а „в случаите, попадащи в приложното поле на член 2, [точка] 2, букви в) [преки низходящи] и г), [на] документално доказателство, че са изпълнени условията, постановени в тези разпоредби“.

49 Сред които лицето да е на издръжка или да е член на домакинството на гражданина на Съюза, който има основното право на пребиваване, както в настоящия случай.

50 Член 3, параграф 2, първа алинея от Директива 2004/38. Така гражданите на трети страни, които са по-далечни членове на семейството, се ползват от предимство, произтичащо от семейната им връзка с граждани на Съюза, като държавите членки трябва да улесняват влизането и пребиваването им (макар и не по безусловен начин).

51 Член 3, параграф 2, първа алинея от Директива 2004/38.

52 „Макар […] че член 3, параграф 2 от Директива 2004/38 не задължава държавите членки да признаят право на влизане и на пребиваване в полза на лицата, които са членове на семейството в широк смисъл на издръжка на гражданин на Съюза, при все това, както следва от използването на глагола в сегашно време и изявително наклонение „улеснява“ в посочения член 3, параграф 2, тази разпоредба възлага в тежест на държавите членки задължение да предоставят определено предимство — в сравнение с молбите за влизане и пребиваване на други граждани на трети държави — на молбите, подадени от лица, които имат особена връзка на зависимост с гражданин на Съюза“. Решение от 5 септември 2012 г., Rahman и др. (C-83/11, EU:C:2012:519, т. 21).

53 Точка 21 от акта за преюдициално запитване.

69. Тъй като обаче не е удовлетворена от тази възможност, запитващата юрисдикция поставя въпроса дали отношенията, създадени въз основа на режима „кафала“, в случая на SM могат да се приравнят на произхода по осиновяване. При утвърдителен отговор SM би се ползвала от статута по член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38 като средство за по-голяма закрила на семейния живот и като гаранция за защита на висшия интерес на детето.

70. Изхождам от отправната точка (за която нямам съмнения), че понятието за преки низходящи, употребено в Директива 2004/38, обхваща както рожденитe, така и осиновените деца. От правна гледна точка осиновяването във всяко отношение има характеристиките на връзката по произход.

71. Това твърдение се подкрепя от прегледа на разпоредбите от правото на Съюза, които са най-близки до материята на настоящия спор. Така, когато определя „условията за упражняване на правото на събиране на семейството от граждани на трети страни, пребиваващи законно на територията на държавите членки“, Директива 2003/86/ЕО [54] разширява при определени условия обхвата на това право до:

„– малолетните и непълнолетните деца на кандидата за събиране на семейството и на неговия съпруг, *включително децата, осиновени* в съответствие с решение, взето от компетентния орган на […] държава[та] членка […];

– *малолетните и непълнолетните деца, включително осиновени деца* на кандидата за събиране на семейството, когато то[й] притежава родителските права и децата се намират на негова издръжка […];

– малолетните и непълнолетните деца, *включително осиновени деца* на съпруга, когато той притежава родителските права и децата се намират на негова издръжка […]“ [55].

72. По същия начин в член 2, буква й) от Директива 2011/95/ЕС [56] като членове на семейството на молителя за международна закрила се определят *„непълнолетните деца* на двойките, посочени в първото тире, или на лицето, на което е предоставена международна закрила, при условие че те не са семейни, без да се взема под внимание обстоятелството дали те са родени в брака, родени извън брака или *осиновени съгласно определенията на вътрешното право*“. Това определение се повтаря в член 2, буква ж) от Регламент (ЕС) № 604/2013 [57].

54 Директива на Съвета от 22 септември 2003 година относно правото на събиране на семейството (ОВ L 251, 2003 г., стр. 12; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 6, стр. 164).

55 Член 4, параграф 1, букви б), в) и г) от Директива 2003/86 (курсивът е мой).

56 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 13 декември 2011 година относно стандарти за определянето на граждани на трети държави или лица без гражданство като лица, на които е предоставена международна закрила, за единния статут на бежанците или на лицата, които отговарят на условията за субсидиарна закрила, както и за съдържанието на предоставената закрила (ОВ L 337, 2011 г., стр. 9).

57 Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 година за установяване на критерии и механизми за определяне на държавата членка, компетентна за разглеждането на молба за международна закрила, която е подадена в една от държавите членки от гражданин на трета държава или от лице без гражданство (ОВ L 180, 2013 г., стр. 31).

73. Посочването на преките низходящи в други разпоредби от правото на Съюза се извършва чрез препращане или към Директива 2004/38[58], или към законодателството на съответната държава[59].

74. Въз основа на тази предпоставка, ако режимът „кафала“ може да се счете за вид осиновяване, в качеството му на осиновено дете makful би могъл да представлява „пряк низходящ“ на грижещите се за него лица.

75. В подкрепа на подобно приравняване запитващата юрисдикция, както и някои от участниците в преюдициалното производство[60], изтъкват посоченото по-горе съобщение на Комисията[61].

76. В точка 2.1.2 от това съобщение, отнасяща се до „членове[те] на семейството по пряка линия“[62], отношенията при произход по осиновяване всъщност се приравняват на тези при децата под опека на постоянен законен настойник или попечител. Ако се възприеме този критерий, в качеството ѝ на дете, поставено под законното настойничество на грижещите се за нея съпрузи, SM би могла да се разглежда като тяхна осиновена дъщеря.

77. Считам обаче, че подобно приравняване не съответства на правилното тълкуване на член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38. Освен това на практика е излишно да се припомня, че Съобщението няма нормативен характер.

78. Според мен „опека[та] на постоянен законен настойник [или попечител]“ не превръща детето под настойничество или попечителство в пряк низходящ (чрез осиновяване) на своя настойник или попечител. Различни причини не допускат подобно приравняване както по принцип, така и в конкретния случай на SM в качеството ѝ на дете под режим „кафала“ по алжирското право.

79. Абстрактно погледнато, отношенията при настойничеството или попечителството не са равностойни на тези при произхода. Освен това едновременно могат да съществуват произход (биологичен или по осиновяване) и настойничество или попечителство, възложено на лице, което е различно от родителите (биологични или осиновители). Както твърди германското правителство, за да може да се направи подобно приравняване, е необходимо пълно съответствие от правна гледна точка.

58 Така например Регламент (ЕО) № 1931/2006 на Европейския парламент и на Съвета от 20 декември 2006 година за определяне на правилата за местния граничен трафик на външните сухопътни граници на държавите членки и за изменение на разпоредбите на Шенгенската конвенция (ОВ L 405, 2006 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 9, стр. 140), член 3, точка 4, подточка i); Регламент (ЕС) 2016/399 на Европейския парламент и на Съвета от 9 март 2016 година относно Кодекс на Съюза за режима на движение на лица през границите (Кодекс на шенгенските граници) (ОВ L 77, 2016 г., стр. 1), член 2, точка 5, буква а); или Директива (ЕС) 2016/801 на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2016 година относно условията за влизане и пребиваване на граждани на трети държави с цел провеждане на научно изследване, следване, стаж, доброволческа дейност, програми за ученически обмен или образователни проекти и работа по програми „au pair“ (ОВ L 132, 2016 г., стр. 21), член 3, точка 24.

59 Регламент (ЕО) № 883/2004 на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година за координация на системите за социална сигурност (ОВ L 166, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 82 и поправка в ОВ L 33, 2008 г., стр. 12), член 1, буква и).

60 Aire Centre, Choram Children Legal Centre, SM и самата Комисия.

61 Точка 28.

62 „Без да се засягат въпросите, свързани с признаване на решения на национални органи, понятието за преки родственици във възходяща или низходяща линия обхваща *осиновителни връзки или непълнолетни под опека на постоянен законен настойник [или попечител*]. Деца, които са дадени за отглеждане, и лица, които отглеждат такива деца и които имат временн[а опека], могат да имат права по [Д]ирективата, в зависимост от силата на връзките във всеки отделен случай. Няма ограничения по отношение на степента на родство. Националните органи могат да изискват доказателства за твърдяната семейна връзка“ (курсивът е мой).

80. Ако въпросът се анализира с оглед на трайността на връзката, включително при абстрахиране от нейното съдържание, настойничеството и попечителството (и a fortiori режимът „кафала“) са институти с временен, а не с постоянен характер, тъй като съществуват само докато лицето е малолетно или непълнолетно. Обратно, произходът е незаличим, дори при непълно осиновяване.

81. Освен това в последното изречение от точка 2.1.2 от Съобщението на Комисията се посочва, че националните органи могат да изискват доказателства за твърдяната семейна връзка, което може да бъде направено само в хода на процедурата за предварителна оценка по член 3, параграф 2 от Директива 2004/38. Тази процедура обаче не се прилага за „преките [низходящи]“.

82. Така, оставяйки настрана Съобщението на Комисията, считам, че основната характеристика, по която се различават осиновяването и режимът „кафала“, е именно връзката по произход. Докато при режима „кафала“ не възникват връзки по произход, при осиновяването винаги се създават такива, включително при по-смекчената форма на непълното осиновяване.

83. До същия резултат се стига и след анализ на различните посочени по-горе международни актове[63], които уреждат, от една страна, осиновяването, и от друга, мерки на закрила на детето като например режима „кафала“, без те да бъдат приравнявани в никой момент.

84. Освен това следва да се има предвид, че строгите механизми за контрол при международното осиновяване, предвидени в Хагската конвенция от 1993 г., за да се гарантира висшият интерес на детето, лесно могат да бъдат заобиколени[64], ако за осиновяване се счете някаква форма на законното настойничество или попечителство, която, именно защото няма същите последици като осиновяването, се предхожда от национална процедура без същите гаранции (а при режим „кафала“, учреден пред нотариус adul — без дори да се изисква намеса на публичните органи).

85. Предходното съображение е от особено значение, като се има предвид, че Алжир не е ратифицирал никоя от Хагските конвенции, поради което тази страна не е обвързана от международни норми, чрез които се въвеждат механизми за контрол и гаранции относно мерките за закрила на децата, независимо дали става въпрос за поставяне под режим „кафала“, или за друга равностойна мярка.

86. Следва да се припомни, че действащото алжирско право, в съответствие с което SM е поставена под режим „кафала“, допуска тази форма на осигуряване на грижи и същевременно забранява осиновяването на makful, което означава, че то не допуска твърдяното приравняване. Тази забрана съществува не само когато детето е с установен произход и поради това запазва родствените си връзки със своите възходящи, но и в останалите случаи. Kafil или kafila получават само законно настойничество над makful, но чрез режима „кафала“ последният не се превръща в пряк низходящ на тези лица. Ето защо, колкото и добра воля да се влага, не ми се струва възможно да се приеме, че в качеството си на осиновено дете SM е пряк низходящ на грижещите се нея лица[65].

63 Точки 40—47 от настоящото заключение.

64 В този смисъл са твърденията на правителството на Обединеното кралство (точка 52 и сл. от писменото му становище) и на германското правителство (точка 32 и сл. от неговото писмено становище).

65 В точка 56 от писменото ѝ становище самата SM (тоест нейните процесуални представители) твърди, че „би било крайно неприемливо господин и госпожа M да не спазят (или от тях да се очаква да не спазят) даденото пред алжирския съд обещание, че ще осигурят ислямско образование на SM, и да я осиновят в съответствие с Хагската конвенция [от 1993 г.], което е забранено от алжирското право“.

87. Горното не изключва възможността, след като детето е поставено под режим „кафала“, kafil или kafila да решат да осиновят makful, ако намират това за подходящо и правният ред на съответната държава го допуска. Това разрешение е възприето в някои държави членки[66] и според мен то би позволило осиновеният впоследствие makful (тоест при международно осиновяване в съответствие с Хагската конвенция от 1993 г.) да придобие качеството на пряк низходящ на своите осиновители и да може да влезе и да пребивава на това основание в държавата членка, където последните живеят.

88. Анализът на вече посочените различни нормативни актове на Съюза, в които се използва изразът „членове на семейството“ и се споменават малолетните или непълнолетните лица, подкрепя твърдението, че понятието „пряк [низходящ]“ не може да обхваща, освен осиновените деца, и децата под законно настойничество или попечителство на съответните лица.

3. Значението на правото на семеен живот и на висшия интерес на детето за тълкуването на понятието „пряк [низходящ]“ по Директива 2004/38

89. (Междинното) заключение, до което достигнах в предходните точки, трябва да премине проверката за съответствие със защитените от Хартата права и принципи. Всъщност би могло да се приеме, че предлаганото от мен тълкуване е прекалено формалистично и че задължението за зачитане на правото на семеен живот и на висшия интерес на детето, като съображение от „първостепенно значение“ (съответно член 7 и член 24, параграф 2 от Хартата), налага приравняването на режима „кафала“ и осиновяването.

90. В следващия анализ е уместно отново да се разгледат решенията на ЕСПЧ[67], с които се тълкува член 8 от ЕКПЧ (относно правото на семеен живот) във връзка с отказа на органите на някои държави — страни по тази конвенция, да приравнят връзката при режима „кафала“ на тази при осиновяване.

а) Режимът „кафала“ и закрилата на семейния живот

91. Директива 2004/38 предвижда два начина дете, което не е гражданин на Съюза, да може да влезе и да пребивава в държава членка заедно с лицата, с които има „семеен живот“. Разликата се корени в това, че докато член 2, точка 2, буква в) (преки низходящи) предполага автоматично[68] продължаване на съвместния семеен живот, член 3, параграф 2 налага предварителна преценка на обстоятелствата.

92. В разглеждания случай SM иска от органите на Обединеното кралство да ѝ „предоставят разрешение за влизане в качеството на осиновено дете на гражданин на държава от ЕИП“[69]. Оставяйки обаче настрана основанието „осиновяване“, искането за влизане и пребиваване може да бъде уважено и на основанието, предвидено в член 3, параграф 2 от Директива 2004/38 за други „членове на семейството“, което се признава от запитващата юрисдикция. Освен това посочените по-горе съображения на тази юрисдикция оставят малко свобода на органите на Обединеното кралство да откажат правото на влизане и пребиваване на SM в Обединеното кралство, за да може тя да има семеен живот с гражданите се за нея граждани на Съюза.

66 В случая на Франция ЕСПЧ приема, че стълкновителната норма, съдържаща се в член 370-3 от Гражданския кодекс („осиновяването на ненавършил пълнолетие чужденец не се допуска, ако личният му закон забранява този институт, освен ако лицето е родено или има обичайно местопребиваване във Франция“), чието прилагане спрямо алжирския makful препятства неговото осиновяване във Франция заради действащата в Алжир забрана, би могла да позволи осиновяването, когато ненавършилото пълнолетие лице получи френско гражданство. Вж. ЕСПЧ, решение от 4 октомври 2012 г., Harroudj с/у Франция (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), § 51.

67 ЕСПЧ, решения от 4 октомври 2012 г., Harroudj с/у Франция (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), и от 16 декември 2014 г., Chbihi и др. с/у Белгия (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

68 С нюанса, който вече посочих в бележка под линия 48.

69 Точка 13 от акта за преюдициално запитване.

93. Ето защо не виждам причина отхвърлянето на един от начините (като пряк низходящ) да представлява пречка пред воденето на семейния живот, когато алтернативата (предоставяне на разрешение за пребиваване след проверка, че SM е на издръжка или че е член на домакинството на гражданина на Съюза, който има право на пребиваване) не пречи детето да получи *реална* правна закрила на същия този семеен живот.

94. Автоматичното признаване по член 2, точка 2 от Директива 2004/38 действително би създало по-малко трудности. Но от гледната точка, която е от значение понастоящем, ако в разглеждания случай това признаване е препятствано от подчертаните от мен тълкувателни трудности (които според мен не могат да се преодолеят), а същевременно детето има възможност да се възползва от механизъм като този по член 3, параграф 2 от тази директива, то настоявам, че при това положение правото на семеен живот не е нарушено.

95. До аналогичен извод достига и ЕСПЧ по посочените по-горе дела. В решението си по дело Chbihi и др. с/у Белгия[70], цитирайки решението, постановено по дело Harroudj с/у Франция[71], ЕСПЧ посочва, че „разпоредбите на член 8 не гарантират нито правото на създаване на семейство, нито правото на осиновяване […]. Това обаче не изключва при определени обстоятелства за държавите — страни по Конвенцията, да може да възникне позитивно задължение да разрешат зараждането и развитието на семейни връзки“. ЕСПЧ допълва, че „съгласно принципите, установени в практиката на този съд, там, където се установи наличие на семейна връзка с дете, държавата трябва да действа така, че да позволи тази връзка да се развие, и да предостави правна защита, позволяваща интегриране на детето в неговото семейство“.

96. В горепосоченото дело, в което не могат да се отрекат известни сходства с настоящото, се признава, че с надлежно учредения режим „кафала“ (в Мароко) се създава правна връзка между kafil и makful. Тъй като този институт не съществува в Белгия, искането осиновяване в тази държава представлява ново правно положение. ЕСПЧ преценява, че е „необходим справедлив баланс между успоредно съществуващите интереси на индивида и на обществото като цяло“ и че „държавата разполага с известна свобода на преценка“[72]. На тази основа ЕСПЧ има за задача „преди всичко да провери дали решенията на белгийските съдилища да не допуснат осиновяването, пречат на правилното развитие на семейните връзки между детето и грижещите се за него лица при режим „кафала“[73].

97. ЕСПЧ заключава, че „недопускането на осиновяване не лишава жалбоподателите от признание на връзката между тях. Всъщност белгийското право предоставя на жалбоподателите друга възможност за предоставяне на правна закрила на семейния им живот. Става въпрос за неформалното настойничество, чийто предмет е твърде сходен с този на режима „кафала“ […][74] и което прави възможно признаването на ангажимента на навършили пълнолетие лица да издържат и възпитават определено дете“[75].

70 ЕСПЧ, решение от 16 декември 2014 г. (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510), § 89.

71 ЕСПЧ, решение от 4 октомври 2012 г. (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109).

72 ЕСПЧ, решение от 16 декември 2014 г. (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510), § 92.

73 Пак там, § 93.

74 ЕСПЧ препраща към §§ 64 и 65 от същото решение, в които режимът на неформално настойничество е описан чрез цитиране на член 475 bis от белгийския граждански кодекс: „Когато лице, навършило поне 25 години, поеме задължение да издържа нееманципирано дете, да го възпитава и да го постави в положение, позволяващо му да си изкарва прехраната, то може да стане негов неформален настойник при съгласие на лицата, чието одобрение се изисква за осиновяване на ненавършили пълнолетие лица“.

75 Пак там, § 102.

б) Режимът „кафала“ и висшият интерес на детето

98. Съгласно член 24, параграф 2 от Хартата защитата на висшия интерес на детето трябва да бъде „от първостепенно значение“ за решенията на публичните власти или частните институции, когато предприемат действия по отношение на това дете.

99. Когато, както в настоящия случай, действията за закрила на дете, изоставено от биологичните си родители, са предприети първоначално в трета държава (Алжир) и се твърди, че се пораждат правни последици в държава — членка на Съюза (Обединеното кралство), контролът, извършван от органите на държавата по произход и на приемащата държава, трябва да се съсредоточи върху висшия интерес на съответното дете, но без да се нарушават правилата, които позволяват оценката на този интерес в правото на Съюза.

100. Преценката на висшия интерес има два аспекта: този по същество (очевидно зависещ от обстоятелствата във връзка с положението на детето) и този относно процедурите за оценка на висшия интерес на детето.

101. Що се отнася до аспекта по същество, както Съдът приема, осигуряването на грижи в семейна среда отговаря на изискванията за защита на висшия интерес на детето: „[п]остоянното и дългосрочно интегриране в дома и семейството на приемния родител на деца, които поради трудното положение, в което се намира семейството им, са особено уязвими, представлява подходяща мярка, за да се защити висшият интерес на детето, така както е закрепен в член 24 от Хартата на основните права на Европейския съюз“[76].

102. Що се отнася до процедурния аспект, тук ще се ограничa до това да припомня как същността на процедурите за оценка се урежда в споразуменията за признаване на отношенията между осиновители и осиновени и между родители и деца при наличие на международен елемент, както и в самото право на Съюза.

103. Именно за да се гарантира отчитането на висшия интерес на детето, по отношение на тези споразумения следва да се подчертае, че:

– уреждайки международното осиновяване, Хагската конвенция от 1993 г. предвижда процедура за двоен контрол, в която участват органите както на държавата по произход, така и на приемащата държава[77],

– в член 33 от Хагската конвенция от 1996 г. също се предвижда двоен механизъм, така че, „[а]ко орган, който има компетентност по силата на членове от 5 до 10, възнамерява да настани детето в приемно семейство или в институция, или под грижите на kafala или на аналогичен институт, и ако такова настаняване на детето или осигуряване на грижи следва да се осъществи в друга договаряща държава, този орган предварително се консултира с централния орган или с друг компетентен орган на тази държава“[78].

76 Решение от 20 ноември 2018 г., Sindicatul Familia Constanţa и др. (C-147/17, EU:C:2018:926, т. 71). Това дело се отнася до румънска институция, която „цели да интегрира непрекъснато и дългосрочно детето, поверено на приемния родител, в неговия дом и семейство“ (точка 62). Грижата с тези характеристики има сходно с режима „кафала“ съдържание, що се отнася до подпомагането на детето.

77 Членове 4 и 5, както и член 14 и сл.

78 В параграф 2 от този член се допълва, че „[р]ешението за настаняване или за осигуряване на грижи може да се вземе в молещата държава само ако централният орган или друг компетентен орган на замолената държава е одобрил настаняването или осигуряването на грижи, имайки предвид висшия интерес на детето“. Сътрудничеството между органите на различните държави е от особено значение, тъй като въпреки общото правило за автоматично признаване на мерките, приети от органите на договаряща държава, се допуска отказ на признаване, в частност ако не е спазена процедурата по член 33 (вж. член 23 от Хагската конвенция от 1996 г.).

104. От аналогична гледна точка, но във връзка с разпоредбите от правото на Съюза по въпроса кога осигуряването на грижи в една държава членка трябва да произведе действие в друга държава членка, в член 56 от Регламент № 2201/2003 се урежда процедура за контрол, в която участват органите и на двете държави [79].

105. Посочвам тези разпоредби, за да подчертая една характерна черта на защитата на висшия интерес на детето в сходни на настоящия случаи, а именно че преценката в това отношение се извършва от органите и на двете участващи в процедурата държави членки, които са натоварени с осъществяването на предварителен контрол.

106. Ето защо в обхвата на Директива 2004/38 тази гаранция може да се запази само ако се следва правилото, установено в член 3, параграф 2 от нея — разпоредба, която предлага подходяща правна рамка за ефективна закрила на детето вътре в Съюза, като същевременно съвместява първоначалните цели на института на настойничеството („кафала“) с правото на семеен живот.

107. Обратно, ако се възприеме автоматичното признаване по член 2, точка 2 от Директива 2004/38, ще е възможен само последващ контрол, като резултатът би бил парадоксален: осигуряването на грижи под режим „кафала“, учреден в държава като Алжир, която не е ратифицирала Хагската конвенция от 1996 г., би пораждало непосредствени последици (без органите на приемащата държава да могат да извършат предварителна оценка във връзка с висшия интерес на детето), докато решенията, приети в подписалите тази конвенция държави, ще подлежат на одобрение от органите на държавата по предназначение.

108. В обобщение, „първостепенното значение“ на интереса на детето изисква при обстоятелства като тези в настоящия случай преценката ad casum да се извършва в съответствие с процедура за предварителна оценка, която е различна от приложимата за преките низходящи [80].

Г. По втория преюдициален въпрос

109. Запитващата юрисдикция иска да си изясни дали Директива 2004/38, и по-специално членове 27 и 35 от нея, допуска да се откаже влизането в страната на деца под режим „кафала“, ако те са жертви на експлоатация, злоупотреба или трафик на хора или са изложени на такъв риск.

110. Член 27 от Директива 2004/38 допуска ограничаване на свободата на движение и пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза или на самия този гражданин на Съюза „от съображения, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве“.

79 „Член 56, параграф 2 от Регламента цели да позволи, от една страна, на компетентните органи на замолената държава да дадат или откажат съгласие за евентуалното приемане на съответното дете, а от друга страна, на юрисдикциите на молещата държава да се убедят, преди да вземат решението за настаняване на дете в специализирана институция, че в замолената държава ще бъдат взети мерки за целите на настаняването в тази държава. […] [З]а настаняването е необходимо да има съгласие на компетентния орган на замолената държава членка, преди юрисдикцията на молещата държава да е взела решение за настаняване. Обстоятелството, че получаването на съгласие е задължително, се подчертава от това, че съгласно член 23, буква ж) от Регламента решение по дело, свързано с родителска отговорност, не се признава, ако процедурата, предвидена в член 56, не е спазена“. Решение от 26 април 2012 г., Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, т. 80 и 81).

80 Когато последните са осиновени, проверката във връзка с интереса на детето вече е била извършена, като са били спазени процедурните правила, гарантиращи редовността на осиновяването съгласно законодателството на съответната държава (или евентуално, ако става въпрос за международно осиновяване, съгласно Хагската конвенция от 1993 г.).

111. Доколкото в настоящия случай SM в качеството си на makful може да се приеме за член на семейството в широк смисъл на съпрузите (граждани на Съюза), които се грижат за нея, по принцип няма пречки член 27 да се приложи. Същото важи и за посочените съпрузи — граждани на Съюза, чиято свобода на движение и пребиваване може да бъде ограничена от съображения, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве [81].

112. В акта за преюдициално запитване обаче не се съдържат никакви данни, пораждащи съмнение, че в настоящия случай биха могли да се изтъкнат съображения, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве [82]. Запитващата юрисдикция споменава „децата, които са или биха могли да бъдат жертва на експлоатация, злоупотреба или трафик“ [83], но ако такива съображения съществуват, правото на движение и пребиваване в Обединеното кралство би могло евентуално да бъде ограничено за извършителите на подобни сериозни деяния (а не за жертвите, когато става въпрос за деца като SM) [84].

113. Съгласно член 35 от Директива 2004/38 държавите членки могат за приемат мерки „за отказване, прекратяване или отнемане на някое от правата, предоставени с настоящата директива, в случаи на злоупотреба с права или измама […]“. Обхватът на тази възможност е много широк: включват се както мерките ex ante (отказване на правото), така и мерките ex post (прекратяване и отнемане на вече признати права). И при едните, и при другите е достатъчно да е налице злоупотреба с право или измама, стига тя да е установена след индивидуално разглеждане на всеки отделен случай [85].

114. Въпреки че в тази разпоредба като конкретен пример за злоупотреба или измама се посочват „фиктивните бракове“, не се изключват и други хипотези. Всъщност в съображение 28 от Директива 2004/38 въпросните фиктивни бракове се съизмерват с „всякакви други форми на взаимоотношения, установени с единствената цел лицето да се възползва от правото на свободно движение и пребиваване“.

115. Както посочва Aire Centre [86], в категорията „злоупотреба“ биха могли да се включат споменатите в Директива 2011/36 [87] форми на експлоатация на деца. Явлението трафик на хора обхваща различни форми на експлоатация, някои от които, ако засягат деца, могат да бъдат улеснени посредством незаконно осиновяване [88].

116. Осигуряването на грижи за детето би представлявало *измама*, когато действителната му цел, облечена в правната форма на „кафала“, е детето да бъде преместено от една страна в друга, за да бъде използвано за „сексуална експлоатация, принудителен труд или услуги, включително просия, робство или практики, подобни на робството, принудително подчинение, или експлоатация за престъпни дейности, или отнемане на телесни органи“ [89].

81 Логично е, че това ограничаване на свободата на движение и пребиваване е свързано с изпълнението на строги изисквания, установени в практиката на Съда.

82 Преюдициалният въпрос не е недопустим на това основание, както твърдят някои от участниците в преюдициалното производство, тъй като само запитващата юрисдикция може да знае дали фактите по спора имат връзка с предмета на този въпрос.

83 Точка 30 от акта за преюдициално запитване.

84 В съображение 23 от Директива 2004/38 се изтъква принципът на пропорционалност при прилагането на мерки за експулсиране, като трябва „да се вземе предвид степента на интегриране на въпросните лица, продължителността на тяхното пребиваване в приемащата държава членка, тяхната възраст, здравословно състояние, семейно и финансово положение и връзките им със страната им на произход“.

85 Вж. решение от 18 декември 2014 г., McCarthy (C-202/13, EU:C:2014:2450, т. 43—58), относно гаранциите и ограниченията при прилагането на член 35 от Директива 2004/38.

86 Точки 76 и 77 от писменото му становище.

87 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 5 април 2011 година относно предотвратяването и борбата с трафика на хора и защитата на жертвите от него и за замяна на Рамково решение 2002/629/ПВР на Съвета (ОВ L 101, 2011 г., стр. 1).

88 В съображение 11 от Директива 2011/36 се посочват „незаконно осиновяване или принудителен брак“.

89 Това е неизчерпателно изброяване на формите на експлоатация съгласно член 2, параграф 3 от Директива 2011/36.

117. В този контекст органите на приемащата държава ще имат правото да реагират срещу злоупотребата или измамата, като прибягнат до „необходимите мерки“ по член 35 от Директива 2004/38. Както във връзка с член 27 от тази директива, нищо в акта за преюдициално запитване не налага прилагането на такива мерки в случая на SM.

Д. Контрол на държавата членка върху процедурата, чрез която е възложено настойничеството или попечителството или пък упражняването на родителските права по отношение на детето

118. Запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали, преди да признаят „за пряк низходящ по смисъла на член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38“ дете в положението на SM, органите на Обединеното кралство могат да изследват или проверят (enquire) дали „висшият интерес на детето е бил зачетен в достатъчна степен в процедурата, чрез която […] е възложено настойничеството или попечителството или пък упражняването на родителските права“.

119. Според мен не е необходимо да се отговаря на този въпрос, понеже предпоставката, на която той се основава, не е налице в случая на SM, която не може да се разглежда като пряк низходящ по смисъла на въпросната разпоредба.

120. Освен това, ако се приеме, че SM има качеството на пряк низходящ заради присъщите за режима „кафала“ семейни връзки и че затова правото ѝ на влизане в държава членка трябва да бъде признато *автоматично*, каквото е правилото за преките низходящи съгласно член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38, то не би било възможно да се извърши *проверката*, с която са свързани съмненията на запитващата юрисдикция.

121. Обратно, тази проверка е възможна, ако се възприеме процедурата по член 3, параграф 2 от Директива 2004/38 като начин за улесняване на влизането и пребиваването на детето в Обединеното кралство, позволявайки му да има семеен живот с грижещите се за него граждани на Съюза.

122. Всъщност като „извършва[т] подробен преглед на личните обстоятелства“ на членовете на семейството, както предвижда последното изречение на този член, компетентните органи на Обединеното кралство трябва да се съобразяват с висшия интерес на детето, който е „от първостепенно значение“. Без да е необходимо да повтарям съображенията в това отношение, изложени от мен при анализа на първия въпрос [90], при това съобразяване следва да се извърши проверка, в частност на обстоятелствата по същество и относно процедурата, при които детето е поставено под съответния режим.

VII. Заключение

123. По изложените съображения предлагам на Съда да отговори на Supreme Court of the United Kingdom (Върховен съд на Обединеното кралство), както следва:

„1) Член 2, точка 2, буква в) от Директива 2004/38/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 29 април 2004 година относно правото на граждани на Съюза и на членове на техните семейства да се движат и да пребивават свободно на територията на държавите членки, за изменение на Регламент (ЕИО) № 1612/68 и отменяща Директиви 64/221/ЕИО, 68/360/ЕИО, 72/194/ЕИО, 73/148/ЕИО, 75/34/ЕИО, 75/35/ЕИО, 90/364/ЕИО, 90/365/ЕИО и 93/96/ЕИО,

90 Точки 58—108 от настоящото заключение.

трябва да се тълкува в смисъл, че за „пряк [низходящ]“ на гражданин на Съюза не може да се счита дете, което само е поставено под негово законно настойничество или попечителство съгласно института на recueil legal (кафала), съществуващ в Алжирската република.

Това дете обаче може да се счете за „друг член на семейството“, ако са изпълнени останалите условия и след като се проведе процедурата, предвидена в член 3, параграф 2 от Директива 2004/38, като приемащата държава членка трябва да улесни в съответствие с националното си законодателство влизането и пребиваването на детето в нея, след като отчете закрилата на семейния живот и защитата на висшия интерес на детето.

2) Членове 27 и 35 от Директива 2004/38 могат да се приложат във всяка от предвидените в тази директива хипотези, ако са налице съответно съображения, свързани с обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве, както и в случай на злоупотреба с права или измама.

3) При прилагането на член 3, параграф 2 от Директива 2004/38 органите на приемащата държава членка могат да проверят дали висшият интерес на детето е бил зачетен в достатъчна степен в процедурата, чрез която е възложено настойничеството или попечителството или пък упражняването на родителските права“.