Zbiór Orzeczeń

EDICIÓN PROVISIONAL 20/09/2018

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA BORDONY
przedstawiona w dniu 26 lutego 2019 r.[1]

Sprawa C-129/18

SM
przeciwko
Entry Clearance Officer, UK Visa Section

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa)]

Postępowanie w trybie prejudycjalnym – Prawo obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich – Dyrektywa 2004/38/WE – Pojęcie bezpośredniego zstępnego obywatela Unii – Łączenie rodzin – Opieka nad dziećmi w ramach algierskiego systemu *kafali* – Prawo do życia rodzinnego – Ochrona najlepszego interesu dziecka

1. Małżonkowie obywatelstwa francuskiego, zamieszkujący w Zjednoczonym Królestwie, zwrócili się do władz tego państwa z wnioskiem o zezwolenie na wjazd małoletniej Algierce – w charakterze dziecka przysposobionego – nad którą opieka (oddanie na wychowanie) została im przyznana w ramach algierskiej *kafali*[2].

2. W związku z odmową wydania zezwolenia przez władze Zjednoczonego Królestwa, od której małoletnia wniosła odwołanie, Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa) zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, w skrócie, czy dyrektywa 2004/38/WE[3] pozwala na uznanie jej za „bezpośrednią zstępną" osób, które przyjęły ją pod opiekę w ramach *kafali*. W takim przypadku łączenie rodzin byłoby ułatwione w państwie członkowskim miejsca zamieszkania tych ostatnich.

1 Język oryginału: hiszpański.

2 W przedmiocie cech charakterystycznych tej instytucji zob. pkt 35–39 poniżej.

3 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. 2004, L 158, s. 77).

I. Ramy prawne

A. Prawo międzynarodowe

1. Konwencja o prawach dziecka [4]

3. Artykuł 20 stanowi:

„1. Dziecko pozbawione czasowo lub na stałe swego środowiska rodzinnego lub gdy ze względu na swoje dobro nie może pozostawać w tym środowisku, będzie miało prawo do specjalnej ochrony i pomocy ze strony państwa.

2. Państwa-strony zgodnie ze swym prawem wewnętrznym zapewnią takiemu dziecku opiekę zastępczą.

3. Tego rodzaju opieka może obejmować, między innymi, umieszczenie w rodzinie zastępczej, *kafala* w prawie islamskim, adopcję lub – gdy jest to niezbędne – umieszczenie w odpowiedniej instytucji powołanej do opieki nad dziećmi" […].

2. Konwencja haska z dnia 29 marca 1993 r. [5]

4. W swoim tekście nie odwołuje się do *kafali*.

3. Konwencja haska z dnia 19 października 1996 r. [6]

5. Artykuł 3 stanowi:

„Środki, o których mowa w art. 1, mogą w szczególności odnosić się do:

[…]

e) umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczej albo opieki nad nim przez *kafala* lub podobną instytucję;

[…]".

6. Artykuł 33 stanowi:

„1. Jeżeli organ mający jurysdykcje z mocy artykułów 5–10 bierze pod uwagę umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczej albo sprawowanie opieki nad nim przez *kafala* lub podobną instytucję, a to umieszczenie lub opieka będą miały miejsce w innym umawiającym się państwie, to przeprowadza najpierw konsultacje z organem centralnym lub innym właściwym organem tego ostatniego państwa. Przekazuje mu w tym celu sprawozdanie o dziecku oraz uzasadnienie swojej propozycji w sprawie umieszczenia lub opieki.

4 Konwencja ONZ z dnia 20 listopada 1989 r.

5 Konwencja o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego (zwana dalej „konwencją haską z 1993 r.").

6 Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci (zwana dalej „konwencją haską z 1996 r.").

2. Orzeczenie w sprawie umieszczenia lub opieki będzie mogło być podjęte w państwie wzywającym tylko wówczas, gdy organ centralny lub inny organ właściwy państwa wezwanego wyrazi zgodę na takie umieszczenie lub opiekę, przy uwzględnieniu dobra dziecka".

B. Prawo Unii

1. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej [7]

7. Artykuł 7 stanowi:

„Każdy ma prawo do poszanowania życia […] rodzinnego […]".

8. Artykuł 24 ust. 2 wskazuje:

„We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka".

2. Dyrektywa 2004/38

9. Zgodnie z art. 2 pkt 2 lit. c):

„Do celów niniejszej dyrektywy:

[…]

2) »członek rodziny« oznacza:

[…]

c) bezpośrednich zstępnych, którzy nie ukończyli dwudziestego pierwszego roku życia lub pozostają na utrzymaniu, oraz tych współmałżonka lub partnera, jak zdefiniowano w lit. b)".

10. Artykuł 3 stanowi:

„1. 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 ust. 2, którzy im towarzyszą lub do nich dołączają.

2. Bez uszczerbku dla jakiegokolwiek osobistego prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu zainteresowanych osób, przyjmujące państwo członkowskie, zgodnie ze swoim ustawodawstwem krajowym, ułatwia wjazd i pobyt następujących osób:

a) wszelkich innych członków rodziny, bez względu na ich przynależność państwową, którzy nie są objęci definicją określoną w art. 2 ust. 2, a w kraju, z którego przybyli, pozostają na utrzymaniu lub są członkami gospodarstwa domowego obywatela Unii [posiadającego] pierwotne prawo pobytu […]

[…]

7 Dz.U. 2000, C 364, s. 1.

Przyjmujące państwo członkowskie dokonuje szczegółowej analizy osobistych okoliczności i uzasadnia każdą odmowę wjazdu lub pobytu wobec tych osób".

11. Artykuł 7 ust. 2 wskazuje:

„Prawo pobytu przewidziane w ust. 1 rozciąga się na członków rodziny, którzy nie są obywatelami jednego z państw członkowskich, towarzyszących lub dołączających do obywatela Unii w przyjmującym państwie członkowskim, o ile tacy obywatele Unii spełniają warunki określone w ust. 1 lit. a), b) lub c)".

12. Artykuł 27 stanowi:

„1. Z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozdziału, państwa członkowskie mogą ograniczyć swobodę przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i członków ich rodziny, bez względu na przynależność państwową, kierując się względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Na względy te nie można się powoływać do celów gospodarczych.

[…]".

13. Artykuł 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. […]".

C. Prawo Zjednoczonego Królestwa

1. The Immigration Regulations 2006 (rozporządzenie w sprawie imigracji z 2006 r.)[8]

14. Artykuł 7 stanowi:

„1. Z zastrzeżeniem ust. 2 do celów niniejszego rozporządzenia następujące osoby są uznawane za członków rodziny innej osoby:

[…]

b) jej bezpośredni zstępni i bezpośredni zstępni współmałżonka lub partnera cywilnego, którzy:

(i) nie ukończyli dwudziestego pierwszego roku życia; lub

(ii) pozostają na jej utrzymaniu lub na utrzymaniu jej współmałżonka lub partnera cywilnego;

[…]".

15. Artykuł 8 stanowi:

„1. Do celów niniejszego rozporządzenia »członek rodziny rozszerzonej« oznacza każdą osobę, która nie jest członkiem rodziny obywatela EOG zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. a), b) lub c) i która spełnia wymogi przewidziane w ust. 2, 3, 4 lub 5.

8 SI 2006/1003.

[…]”.

2. Adoption and Children Act 2002 (ustawa z 2002 r. o adopcji i dzieciach)[9]

16. Na mocy art. 83 czynem zabronionym jest przywóz do Zjednoczonego Królestwa małoletnich dzieci w celu dokonania tam ich adopcji lub przysposobionych w innym państwie, chyba że brytyjska agencja adopcyjna dokonała oceny kwalifikacji do adopcji.

17. Artykuł 66 ust. 1 wymienia sposoby adopcji uznane za zgodne z prawem Anglii i Walii. *Kafala* nie znajduje się na tej liście.

D. Prawo Algierii

18. Kodeks rodzinny Algierii (zwany dalej „KRA”) zawiera odpowiednio w księdze I, rozdziale V, zatytułowanym „O pochodzeniu dziecka”, oraz w księdze II, rozdz. VII, zatytułowanym „W przedmiocie przyjęcia na wychowanie (*kafala*)”, następujące przepisy:

Artykuł 46: „Adopcja (*tabanni*) jest zabroniona przez szariat i ustawę”.

Artykuł 116: „Przyjęcie na wychowanie (*kafala*) jest dobrowolnym zobowiązaniem się do przejęcia utrzymania, edukacji i ochrony małoletniego w taki sam sposób, w jaki rodzic zajmowałby się swoim dzieckiem. Ustanawia się je na mocy aktu prawnego”.

Artykuł 117: „Przyjęcie na wychowanie ustanawianie jest przed sędzią lub notariuszem za zgodą małoletniego, gdy ma on ojca i matkę”.

Artykuł 118: „Osoba uprawniona do przyjęcia na wychowanie (*kafil*) jest muzułmaninem, jest rozsądna, uczciwa, jednocześnie utrzymuje oddane jej na wychowanie dziecko (*makfula*) i jest zdolna do jego ochrony”.

Artykuł 119: „Dziecko przyjęte na wychowanie może mieć znane lub nieznane pochodzenie”.

Artykuł 120: „Dziecko przyjęte na wychowanie zachowuje swoje pierwotne pochodzenie, jeśli jego rodzice są znani. W przeciwnym przypadku stosuje się do niego art. 64 kodeksu stanu cywilnego”.

Artykuł 121: „Przyjęcie na wychowanie przyznaje osobie uprawnionej opiekę prawną i uprawnia ją do takich samych świadczeń rodzinnych i szkolnych, jakie posiada wobec prawowitego dziecka”.

Artykuł 122: „Przyznanie prawa do przyjęcia na wychowanie obejmuje sprawowanie pieczy w najlepszym interesie dziecka nad majątkiem przyjętego małoletniego, pochodzącym z dziedziczenia, zapisu lub darowizny”.

Artykuł 123: „Osoba przyjmująca na wychowanie może przekazać w drodze zapisu lub darowizny maksymalnie jedną trzecią swojego majątku na rzecz przyjętego małoletniego. Powyżej tej trzeciej części postanowienie testamentowe jest nieważne i bezskuteczne, chyba że zgodę na nie wyrażą pozostali spadkobiercy”.

9 2002 c. 38.

Artykuł 124: „Jeżeli ojciec i matka lub jedno z nich wnosi o powrót dziecka pod ich opiekę dziecka oddanego na wychowanie, do tego dziecka, jeżeli osiągnęło wiek pozwalający na rozeznanie, należy decyzja, czy wrócić do domu rodziców, czy nie. Powrót może nastąpić wyłącznie za zgodą sędziego, z uwzględnieniem interesu dziecka oddanego na wychowanie, jeżeli nie osiągnęło ono wieku pozwalającego na rozeznanie".

Artykuł 125: „Wniosek o zakończenie przyjęcia na wychowanie należy złożyć do organu sądowego, który je przyznał, po powiadomieniu prokuratury […]".

II. Okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym

19. Postanowienie odsyłające [10] przedstawia następujące okoliczności faktyczne:

„– Skarżąca SM urodziła się w Algierii w dniu 27 czerwca 2010 r. […]. Jest obywatelką Algierii. Jej opiekun, pan M, jest obywatelem francuskim pochodzenia algierskiego posiadającym prawo stałego pobytu w Zjednoczonym Królestwie. Jej opiekunka, pani M, jest obywatelką Francji przez urodzenie. Państwo M. pobrali się w Zjednoczonym Królestwie w roku 2001. Nie mogąc począć dziecka w sposób naturalny, udali się w 2009 r. do Algierii, aby poddać się tam ocenie, czy kwalifikują się jako opiekunowie w ramach *kafali*. Sędzia First-tier Tribunal [sądu pierwszej instancji, Zjednoczone Królestwo] uznał [w wyroku z dnia 7 października 2013 r.], że był to »wybór, jakiego dokonali, gdy dowiedzieli się, że łatwiej będzie im uzyskać pieczę nad dzieckiem w Algierii niż w Zjednoczonym Królestwie «.

– Po uzyskaniu pozytywnej oceny w toku procedury kwalifikującej, którą sąd [First-tier Tribunal (sąd pierwszej instancji)] uznał za » ograniczoną «, w czerwcu 2010 r. zostali oni poinformowani, że [SM] została porzucona po urodzeniu. Wystąpili wówczas z wnioskiem o przyznanie im prawa do opieki nad dziewczynką. Następnie rozpoczął się okres trzymiesięcznego oczekiwania, podczas którego zgodnie z algierskim prawem rodzice biologiczni mieli możliwość odzyskania córki.

– W dniu 28 września 2010 r. algierskie ministerstwo solidarności narodowej i rodziny w prowincji Tizi Wuzu wydało postanowienie, na podstawie którego [SM], mająca wówczas trzy miesiące, została oddana pod opiekę państwa M.

– W dniu 22 marca 2011 r. wydane zostało postanowienie o ustanowieniu pieczy, uwzględniające opinię prokuratury, powierzające państwu M. pieczę nad [SM] i przenoszące na nich władzę rodzicielską na gruncie algierskiego prawa. W dokumencie określono następujące wymogi: » zapewnić dziecku oddanemu pod ich pieczę wykształcenie w duchu islamu, utrzymywać je w dobrej kondycji fizycznej i psychicznej, zaspokajać jego potrzeby, troszczyć się o jego edukację, traktować je tak, jakby byli rodzicami biologicznymi, chronić je, występować w jego obronie przed sądami, przejmować odpowiedzialność cywilną za działania szkodliwe«.

– Postanowienie upoważnia ich również do uzyskiwania należnych zasiłków rodzinnych, dopłat i zwrotów, podpisywania wszelkich dokumentów administracyjnych i związanych z podróżami oraz do wyjeżdżania z [SM] poza Algierię.

– W dniu 3 maja 2011 r. sąd w Tizi Wuzu wydał postanowienie, na mocy którego nazwisko [SM] zawarte w jej akcie urodzenia zostało zmienione na nazwisko państwa M.

– W październiku 2011 r. pan M. wyjechał z Algierii i wrócił do Zjednoczonego Królestwa, aby ponownie podjąć zatrudnienie w charakterze kucharza. Pani M. pozostała w Algierii z [SM].

10 Punkty 11–15.

– W styczniu 2012 r. [SM] wystąpiła do Zjednoczonego Królestwa z wnioskiem o wizę w celu odwiedzin, jednak wniosek został odrzucony. W maju 2012 r. wystąpiła z wnioskiem o zezwolenie na wjazd przysposobionego przez obywatela EOG dziecka, na podstawie art. 12 ust. 1 lub, alternatywnie, art. 12 ust. 2 rozporządzenia z 2006 r. w sprawie imigracji.

– Entry Clearance Officer (ECO) odmówił jego wydania, powołując się na okoliczności, że (i) Algieria nie była stroną konwencji haskiej w sprawie przysposobienia międzynarodowego z 1993 r., nie była też wymieniona w obowiązującym wówczas Adoption (Designation of Overseas Adoptions) Order 1973 [rozporządzeniu w sprawie adopcji (określenie adopcji zamorskiej) z 1973 r.], a opieka przyznana w Algierii nie była uznawana za adopcję na gruncie prawa Zjednoczonego Królestwa, oraz że (ii) nie złożono żadnego wniosku o adopcję międzynarodową na podstawie art. 83 ustawy z 2002 r."

III. Postępowania toczące się w Zjednoczonym Królestwie [11]

20. First-tier Tribunal (sąd pierwszej instancji) odrzucił skargę [SM] na decyzję ECO. W ocenie sądu nie mogła ona zostać uznana za dziecko adoptowane ani prawnie, ani faktycznie. Nie mieściła się także w definicji „członka rodziny", „członka rodziny rozszerzonej" ani też „dziecka adoptowanego przez obywatela EOG" na gruncie rozporządzenia z 2006 r. w sprawie imigracji.

21. W odpowiedzi na wniesiony przez SM środek odwoławczy Upper Tribunal (sąd wyższej instancji, Zjednoczone Królestwo) podtrzymał stanowisko, że nie jest ona „członkiem rodziny" w rozumieniu art. 7 rozporządzenia z 2006 r. w sprawie imigracji. Uwzględnił jednak wniesiony przez SM środek odwoławczy, stwierdzając, że mieści się ona w definicji „członka rodziny rozszerzonej" na podstawie art. 8. W związku z tym sąd ponownie przekazał sprawę Secretary of State (sekretarzowi stanu, Zjednoczone Królestwo), aby skorzystał z uprawnień dyskrecjonalnych przyznanych mu na mocy art. 12 ust. 2 lit. c) tego rozporządzenia.

22. Court of Appeal (sąd apelacyjny, Zjednoczone Królestwo) uwzględnił odwołanie od wyroku wydanego przez Upper Tribunal (sąd wyższej instancji) wniesione przez ECO. W ocenie sądu podstawowym zagadnieniem nie jest to, czy SM mieści się w definicji „członka rodziny" w rozumieniu art. 7 lub „członka rodziny rozszerzonej" w rozumieniu art. 8 rozporządzenia z 2006 r. w sprawie imigracji, ale to, czy można ją uznać za „bezpośredniego zstępnego" w ramach definicji „członka rodziny" z art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38 lub, ewentualnie, czy mieści się w kategorii „wszelkich innych członków rodziny, którzy […] w kraju, z którego przybyli, pozostają na utrzymaniu lub są członkami gospodarstwa domowego obywatela Unii [posiadającego] pierwotne prawo pobytu […]", określonej w art. 3 ust. 2 lit. a) dyrektywy.

23. Zdaniem Court of Appeal (sądu apelacyjnego) dyrektywa 2004/38 zezwala państwom członkowskim na ograniczenie form adopcji, które będą przez nie uznawane dla celów art. 2 ust. 2 lit. c). Jako że SM nie została adoptowana w formie uznawanej przez prawo Zjednoczonego Królestwa, nie mogła zostać objęta zakresem stosowania rzeczonego artykułu, choć mogła być objęta art. 3 ust. 2 lit. a).

24. Orzeczenie Court of Appeal (sądu apelacyjnego) zostało zaskarżone przed Supreme Court (sądem najwyższym), który wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym.

11 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym, pkt 14, 15.

IV. Pytanie prejudycjalne

25. Supreme Court (sąd najwyższy) „zasadniczo nie ma wątpliwości", że SM może zostać objęta art. 3 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/38, do którego zastosowania w sporze przedstawia szereg uwag, do czego odniosę się w dalszej części.

26. Sąd odsyłający stwierdza, że „nie może jednak poprzestać na uwzględnieniu wniesionego odwołania i przywrócić postanowienia Upper Tribunal (sądu wyższej instancji), powołując się na okoliczność, że sprawa SM powinna być rozpatrywana na gruncie art. 3 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/38, jeśli w rzeczywistości dziecko to mieści się w definicji »członka rodziny« w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. c), co wiąże się z tym, że SM przysługuje automatycznie prawo wjazdu i pobytu na podstawie dyrektywy 2004/38. Co zatem należy rozumieć pod pojęciem »bezpośredniego zstępnego«?" [12]

27. Po stwierdzeniu, że wyrażenie to obejmuje spokrewnione dzieci i wnuki oraz innych spokrewnionych zstępnych w linii prostej, nie jest pewien, czy dotyczy ono również niespokrewnionych. Uważa on w każdym razie, że pojęcie to powinno obejmować „zstępnych, którzy zostali zgodnie z prawem adoptowani zgodnie z wymogami państwa przyjmującego".

28. Zdaniem sądu odsyłającego „są jednak podstawy, by twierdzić, że pojęcie to jest jeszcze szersze". Twierdzenie to opiera się na następujących argumentach:

– Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczący wytycznych w celu skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38 [13] stanowi w pkt 2.1.2, że „pojęcie krewnych zstępnych i wstępnych w linii prostej obejmuje swym zakresem związki adopcyjne oraz osoby nieletnie pod stałą pieczą opiekuna prawnego". Ponieważ SM pozostaje pod stałą opieką prawną państwa M., jest objęta założeniem przywołanego komunikatu.

– Pojęcia „bezpośredniego zstępnego" nie można interpretować zgodnie z prawem krajowym przyjmującego państwa członkowskiego, ponieważ jest to pojęcie autonomiczne, które wymaga jednolitej wykładni w całej Unii [14].

– „Gdyby niektóre państwa członkowskie uznawały dzieci objęte instytucją *kafala* za bezpośrednich zstępnych, a inne nie, stanowiłoby to oczywistą przeszkodę dla swobodnego przemieszczania się obywateli Unii posiadających takie dzieci. Byłoby to również dyskryminujące wobec osób, które ze względów religijnych lub kulturowych nie mogą zaakceptować koncepcji adopcji przyjętej w Zjednoczonym Królestwie i niektórych innych krajach europejskich, tj. adopcji rozumianej jako całkowite przeniesienie dziecka z jednej rodziny i rodu do innego" [15].

– „To, że pojęcie »bezpośredniego zstępnego« może mieć charakter autonomiczny, nie musi oznaczać, że należy je interpretować szeroko". Nie można zatem uznać za acte clair objęcia SM tą kategorią [16].

12 Punkt 22 postanowienia odsyłającego.

13 COM(2009)313 wersja ostateczna; zwany dalej „komunikatem".

14 Na poparcie tego stanowiska sąd odsyłający powołuje się na opinie: rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie Coman (C-673/16, EU:C:2018:2), pkt 32; i rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:174).

15 Punkt 27, ostatni akapit, postanowienia odsyłającego.

16 Ibidem.

29. W tych okolicznościach i po wyrażeniu zaniepokojenia, że ewentualne rozbieżności interpretacyjne mogą prowadzić do wykorzystania, nadużyć lub handlu dziećmi, lub umieszczania ich w nieodpowiednich rodzinach zastępczych, Supreme Court (sąd najwyższy) postanowił skierować do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy dziecko pozostające pod stałą opieką prawną obywatela lub obywateli Unii, w ramach instytucji *kafala* lub innego analogicznego reżimu przewidzianego w prawie kraju jego pochodzenia, jest »bezpośrednim zstępnym« w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38?

2) Czy inne postanowienia dyrektywy, w szczególności jej art. 27 i 35, mogą być interpretowane w ten sposób, że można odmówić wjazdu na terytorium kraju takim dzieciom, jeśli są ofiarami wykorzystania, nadużycia lub handlu ludźmi, lub są narażone na takie ryzyko?

3) Czy przed uznaniem dziecka niebędącego spokrewnionym zstępnym obywatela Europejskiego Obszaru Gospodarczego (zwanego dalej »EOG«) za bezpośredniego zstępnego w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. c) państwo członkowskie jest uprawnione do zbadania, czy procedura umieszczenia dziecka pod opieką lub pieczą tego obywatela EOG zapewniała należyte uwzględnienie najlepszego interesu dziecka?”.

V. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

30. Postanowienie odsyłające wpłynęło do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości w dniu 19 lutego 2018 r.

31. Uwagi na piśmie zostały złożone przez SM, Choram Children Legal Centre, Aire Centre, rządy Republiki Czeskiej, Niemiec, Belgii, Niderlandów, Polski i Zjednoczonego Królestwa, a także Komisję. Wszyscy, oprócz rządów Polski i Republiki Czeskiej, stawili się na rozprawie w dniu 4 grudnia 2018 r.

VI. Ocena

A. Uwagi wstępne

32. Głównym zagadnieniem niniejszej debaty jest to, czy pojęcie „bezpośredniego zstępnego” (stanowiące część szerszego pojęcia „członków rodziny”) z art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38 obejmuje dziecko, które znajduje się pod stałą opieką obywatela Unii, przyjmującego je pod opiekę w ramach *kafali* [17].

33. Wskazana w ten sposób wątpliwość nie dopuszcza możliwości udzielenia odpowiedzi uogólnionej, in abstracto. *Kafala* jest instytucją prawa rodzinnego niektórych krajów tradycji koranicznej, która nie jest jednolicie traktowana we wszystkich z nich. Aby ustalić, czy *makfula* (małoletniego) można uznać za „bezpośredniego zstępnego” *kafila* lub *kafili* (przyjmujących pod opiekę dorosłych), należy:

– uwzględnić, przede wszystkim, prawo cywilne kraju pochodzenia dziecka (tj. kraju, który zezwolił na jego przysposobienie);

– wyjaśnić, czy na mocy tych przepisów *kafala* może przybierać różne formy prawne, a jeśli tak, przeanalizować, jakie skutki prawne ma forma wybrana przez *kafila* lub *kafilę* w celu przejęcia opieki nad dzieckiem; oraz

17 Chociaż sąd odsyłający odwołuje się do „instytucji *kafali* lub […] *analogicznego reżimu przewidzianego w prawie kraju jego pochodzenia*”, nie daje żadnej wskazówki na temat tego ostatniego, w związku z czym ograniczę się do analizy *kafali*, jedynego mechanizmu przyjęcia dziecka mającego zastosowanie w niniejszej sprawie.

– sprawdzić, czy wśród tych skutków prawnych znajduje się powstanie rzeczywistych więzów rodzinnych (rodzic-dziecko) między *kafilem* lub *kafilą* a *makfulem*, wykraczających poza stosunek opieki; jeśli tak nie jest, należy rozważyć, czy relację pomiędzy *kafilem* lub *kafilą* a *makfulem* można porównać, funkcjonalnie, do tej z adopcji.

34. Zgodnie z tym schematem rozpocznę od zbadania instytucji *kafali* według tego, jak została ujęta w prawie algierskim i tekstach międzynarodowych oraz jak była traktowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), w szczególności w porównaniu z adopcjąNastępnie rozważę, czy dziecko przekazane w ramach *kafali* można, w świetle przepisów regulujących jego status prawny, uznać za bezpośredniego potomka osób przyjmujących je pod opiekę w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38. W tym celu konieczne będzie zbadanie interpretacji tego ostatniego przepisu.

B. System prawny kafala

1. Kafala w prawie algierskim

35. Jak już podkreśliłem, *kafala* oferuje różne warianty w zależności od systemu prawnego, który przyjmuje się za punkt odniesienia. Wydaje się jednak, że istnieje zgoda co do tego, że ich elementem wspólnym jest koraniczne pochodzenie, w związku z czym tylko muzułmanie [18], którzy zobowiążą się do zapewnienia *makfulowi* islamskiej edukacji, mogą być *kafilami* [19].

36. W Algierii na podstawie tej formy przyjęcia *kafil* lub *kafila* przejmuje opiekę, edukację i ochronę nad *makfulem* w taki sam sposób, w jaki rodzic zajmowałby się swoim dzieckiem [20]. *Kafil* lub *kafila* przejmuje opiekę prawną nad tym dzieckiem, przy czym ta forma przyjęcia nie tworzy więzów pokrewieństwa ani nie jest równoważna z adopcją [21], która jest w tym kraju wyraźnie zabroniona [22].

37. *Makful* nie nabywa w Algierii statusu spadkobiercy tych, którzy przyjmują go pod opiekę, chociaż mogą oni, w drodze darowizny lub zapisu, przekazać mu dobra nieprzekraczające jednej trzeciej ich majątku [23].

38. *Kafala* jest ponadto tymczasowa (*makful* może być tylko małoletni) i odwoływalna, albo na wniosek rodziców biologicznych, jeśli tacy istnieją, albo na wniosek *kafila* lub *kafili* [24].

39. Jeśli chodzi o gwarancje procesowe jej udzielenia, obok *kafali* prywatnej, udzielanej przed *adulem* (notariuszem), która nie ma ścisłych reguł, istnieje *kafala* sądowa, którą ustanawia się lub zatwierdza przed właściwym sądem, przy udziale prokuratury, po uprzednim stwierdzeniu porzucenia małoletniego. Ta ostatnia procedura została zastosowana w sprawie głównej.

18 Artykuł 118 KRA.

19 Wskazuje tak protokół przyjęcia SM (pkt 12 postanowienia odsyłającego).

20 Artykuł 116 KRA.

21 Islamskie systemy prawne opierają się na zasadzie zachowania więzów krwi i wyłączają adopcję, która jest zabroniona w większości krajów muzułmańskich (nie we wszystkich). Uwagi na piśmie Aire Centre i SM odzwierciedlają różnice w przepisach w poszczególnych krajach (odpowiednio pkt 51 i 65).

22 Artykuł 46 KRA.

23 Artykuł 123 KRA.

24 Artykuły 124, 125 KRA.

2. Kafala w tekstach międzynarodowych

40. *Kafala* jest wyraźnie wskazana w art. 20 Konwencji o prawach dziecka obok innych środków ochrony dzieci pozbawionych czasowo lub na stałe środowiska rodzinnego lub które ze względu na swoje dobro nie mogą pozostawać w tym środowisku.

41. Dla niektórych stron biorących udział w postępowaniu [25] odniesienie to będzie oznaczać uznanie instytucji *kafala* za równoważną z adopcją, gdyż obie znajdują się w tym samym przepisie. Uważam jednak, że art. 20 Konwencji o prawach dziecka określa szereg środków ochrony dzieci, które nie muszą być porównywalne. Kierując się tym samym rozumowaniem, można by dokonać takiego samego porównania z umieszczeniem w rodzinie zastępczej lub w instytucji powołanej do opieki nad dziećmi. Ponadto szczególna uwaga poświęcona adopcji w art. 21 podkreśla wyjątkowe cechy tej instytucji w odróżnieniu od pozostałych.

42. SM powołuje się w swoich uwagach na „Wytyczne dotyczące opieki zastępczej nad dziećmi" (zwane dalej „wytycznymi") [26], jako tekst uzupełniający konwencję, na poparcie swojej tezy o równoważności instytucji adopcji i *kafali*, którą można wywnioskować z ich pkt 2 [27].

43. Uważam jednak, że pełna lektura wytycznych nie pozwala na stwierdzenie, że zrównują one *kafalę* z adopcją. Podobnie dzieje się w przypadku art. 20 Konwencji o prawach dziecka: konwencja i wytyczne ograniczają się do wskazania, jako odpowiednich instrumentów umożliwiających umieszczenie dziecka w stabilnym środowisku rodzinnym, różnych form środków ochronnych, niekoniecznie równych pod względem skutków prawnych [28]. Logiczne jest, że tak jest, ponieważ oba dokumenty są ze sobą powiązane.

44. Konwencja haska z 1993 r. nie odnosi się, jak już wskazałem, do instytucji *kafali*. Przyczyny tego milczenia międzynarodowego instrumentu poświęconego uregulowaniu adopcji należy szukać właśnie w różnicach między tą instytucją a *kafalą*.

45. W trakcie rozprawy jedna ze stron nalegała, aby skutki *kafali* można było zrównać ze skutkami przysposobienia niepełnego [29], ponieważ w obu przypadkach pierwotne więzy rodzinne dziecka pozostają nienaruszone. Prawdą jest, że konwencja haska z 1993 r. pozostawia otwartą możliwość, że nie dojdzie do zerwania więzów istniejącego wcześniej pokrewieństwa [art. 26 ust. 1 lit. c)], ale prawdą jest również, i ma to zasadnicze znaczenie, że ten sam artykuł i ustęp wskazują, bez podania jakichkolwiek szczegółów, że „uznanie przysposobienia obejmuje uznanie: a) prawnego stosunku pokrewieństwa między dzieckiem a przysposabiającymi, jaki istnieje między rodzicami a dzieckiem".

46. Konwencja haska z 1996 r. przewiduje natomiast środki na rzecz osoby lub majątku dzieci inne niż adopcja, wśród których wymienia umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczej albo opiekę nad nim przez *kafalę* lub podobną instytucję. Artykuł 4 wyłącza z zakresu stosowania tej konwencji, między innymi, kwestie związane z ustaleniem i zaprzeczeniem rodzicielstwa oraz orzeczeń w sprawach adopcji.

25 Aire Centre, SM i Choram Children Legal Centre.

26 Zgromadzenie Ogólne ONZ, sześćdziesiąta czwarta sesja z dnia 24 lutego 2010 r. (A/RES/64/142). Ich celem jest promowanie wdrażania Konwencji o prawach dziecka (ust. 1).

27 Za cel przyjmuje „wspieranie wysiłków mających na celu utrzymanie dzieci pod opieką swojej rodziny lub przywracanie ich rodzinie, lub, w przypadku jej braku, znalezienie innego odpowiedniego i trwałego rozwiązania, w tym adopcji i *kafali* prawa islamskiego".

28 Zgodnie z pkt 123 wytycznych, zatytułowanym „umieszczenie dziecka w placówce", dąży się do osiągnięcia stabilnego umieszczenia dziecka w zastępczym środowisku rodzinnym. Punkt 151 dotyczący „opieki zastępczej nad dzieckiem znajdującym się za granicą" traktuje *kafalę* jak umieszczenie dziecka w rodzinie preadopcyjnej. W pkt 160, odnosząc się do „opieki zastępczej w sytuacjach nagłych" oraz do sytuacji, w których połączenie z rodziną jest niemożliwe, zaleca się zbadanie „stabilnych i definitywnych rozwiązań, takich jak adopcja lub *kafala* prawa islamskiego", ale dodaje się inne „możliwości długoterminowe, takie jak umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub odpowiedniej placówce, w tym placówkach funkcjonalnych i innych formach mieszkań nadzorowanych".

29 W państwach, które je uznają, przysposobienie niepełne lub mniej pełne pozwala zazwyczaj na utrzymanie więzów pokrewieństwa z poprzednią rodziną, bez uszczerbku dla tego rodzaju relacji między przysposabiającym a przysposobionym.

47. Lektura tych dwóch konwencji haskich potwierdza z jednej strony, że adopcja jest jedyną instytucją ochronną, która zasłużyła na to, by być szczególnym przedmiotem instrumentu międzynarodowego; z drugiej strony, że jej system, w przypadku adopcji międzynarodowych, różni się od systemu mającego zastosowanie do reszty środków ochronnych, takich jak *kafala*, prawo do pieczy, opieka, kuratela, piecza zastępcza oraz administrowanie, ochrona lub zarząd majątkiem dziecka.

48. W sprawozdaniu wyjaśniającym do konwencji haskiej z 1996 r. (sprawozdanie P. Lagarde'a) [30] znajdują się odpowiednie wskazania umożliwiające lepsze zrozumienie:

– Zauważa się, że „Konwencja z dnia 5 października 1961 r. o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich[[31]] [używała] terminu »środki ochronne«, nie definiując ich. Delegacje państw niebędących stronami tej Konwencji chciały, jeśli nie definicji, to przynajmniej wykazu spraw objętych tymi środkami. Ponieważ różnią się one w zależności od prawodawstwa, wyliczenie podane w tym artykule może mieć jedynie charakter przykładowy".

– W szczególności w odniesieniu do art. 3 lit. e) podkreśla się, że „środki dotyczące umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce są […] prototypami środków ochronnych i pozostają oczywiście objęte Konwencją".

– Wyjaśnia się, że „*kafala* nie jest adopcją, zakazaną przez prawo islamskie, i nie wywołuje żadnego skutku w odniesieniu do filiacji. Dziecko korzystające ze środka nie staje się członkiem rodziny *kafila* i dlatego też *kafala* nie jest objęta Konwencją o przysposobieniu z dnia 29 maja 1993 r. Jest to jednak bezsprzecznie środek ochrony, który w ramach tego tytułu musi wchodzić w zakres konwencji o ochronie dzieci".

3. Kafala (w porównaniu z adopcją) w orzecznictwie ETPC

49. W dwóch wyrokach ETPC zajmował się problemami, jakie stwarza *kafala*, w porównaniu z adopcją, z perspektywy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC).

50. W pierwszym, na podstawie analizy prawa porównawczego, ETPC stwierdził, że „żadne państwo nie traktuje *kafali* jak adopcji, lecz w tym państwie [Francji] i innych ma ona skutek porównywalny z opieką, kuratelą lub umieszczeniem w celu adopcji" [32].

51. W tym samym wyroku Trybunał powtórzył, że art. 8 EKPC nie gwarantuje prawa do założenia rodziny ani prawa do adopcji, co nie oznacza, że Państwa-Strony EKPC nie mogą znaleźć się w sytuacjach, w których może powstać pozytywny obowiązek umożliwienia tworzenia i rozwoju więzi rodzinnej tam, gdzie istnieje związek rodziny z dzieckiem [33].

52. Uznał jednak, że odmowa traktowania *kafali* jak przysposobienia całkowitego nie narusza prawa do życia rodzinnego, ponieważ (francuskie) ustawodawstwo łagodzi zakaz adopcji obowiązujący w prawie algierskim, stopniowo eliminując ten zakaz, zgodnie z obiektywnymi oznakami integracji dziecka w społeczeństwie francuskim [34].

30 Tekst przyjęty na osiemnastej sesji Konferencji haskiej w sprawie międzynarodowego prawa prywatnego. Paryż, dnia 15 stycznia 1997 r.

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

32 Wyrok ETPC z dnia 4 października 2012 r. w sprawie Harroudj przeciwko Francji (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), § 48, powtarzający stwierdzenia zawarte w § 21: „W dwudziestu dwóch umawiających się państwach, które były przedmiotem analizy porównawczej ustawodawstwa […], żadne z nich nie traktuje *kafali* ustanowionej za granicą jak adopcji. Tam, gdzie sądy krajowe uznawały skutki *kafali* ustanowionej za granicą, zawsze utożsamiano ją z opieką, kuratelą lub umieszczeniem w celu adopcji".

33 Ibidem, § 41.

34 Ibidem, §§ 46–52.

53. W drugim wyroku [35] ETPC ponownie przeanalizował prawo do życia rodzinnego z art. 8 EKPC, przypominając, że możliwość zastosowania tego przepisu zależy od istnienia „faktycznej więzi rodzinnej". W tej konkretnej sytuacji, w której musiał się wypowiedzieć, Trybunał uznał, że istnienie więzi opartej na *kafali* nie różni się od życia rodzinnego w jego zwykłym znaczeniu, a brak utrzymania pierwotnych więzów rodzinnych nie wyklucza istnienia życia rodzinnego z innymi osobami [36].

54. ETPC uznał jednak, że odmowa zrównania adopcji z *kafalą* przez władze belgijskie nie pozbawiła skarżących prawa do uznania istniejącej między nimi więzi w inny sposób (w tym przypadku za pośrednictwem belgijskiej instytucji mniej formalnej opieki) [37].

4. Kafala oraz uznawanie i wykonywanie orzeczeń sądowych w prawie Unii Europejskiej

55. Pomimo podobieństw z konwencją haską z 1996 r. rozporządzenie w sprawie uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w sprawach rodzinnych i rodzicielskich w Unii Europejskiej [38] nie wspomina o *kafali* [39].

56. Pomimo tego milczenia zgadzam się z rzecznik generalną J. Kokott, że przepisy rozporządzenia nr 2201/2003 można interpretować w świetle przepisów konwencji haskiej z 1996 r., do której dostarczają wspomniane przeze mnie wcześniej wyjaśnienia zawarte w sprawozdaniu P. Lagarde'a [40].

57. Na tej podstawie można dopuścić możliwość, że *kafala* uznana przez organ sądowy jednego państwa członkowskiego mogłaby rozszerzyć swoje skutki na inne państwo członkowskie, na podstawie rozporządzenia nr 2201/2003, którego art. 1 ust. 2 dotyczy „pieczy nad dzieckiem i prawa do osobistej styczności z dzieckiem; […] opieki, kurateli i podobnych instytucji prawnych; […] wyznaczenia oraz zakresu zadań każdej osoby lub jednostki, która jest odpowiedzialna za osobę lub majątek dziecka, reprezentuje je lub udziela mu pomocy". Nie dotyczy to jednak adopcji, ponieważ wyłączone z zakresu stosowania tego rozporządzenia są „orzecze[nia] w sprawach adopcji, środk[i] przygotowując[e] do adopcji" [art. 1 ust. 3 lit. b)].

35 Wyrok z dnia 16 grudnia 2014 r., Chbihi Loudoudi przeciwko Belgii (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

36 Ibidem, §§ 78, 79.

37 Ibidem, §§ 101, 102.

38 Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.U. 2003, L 338, s. 1).

39 Określając zakres stosowania art. 1, powołuje się na odpowiedzialność rodzicielską w odniesieniu do: prawa do pieczy nad dzieckiem i prawa do osobistej styczności z dzieckiem; opieki, kurateli i podobnych instytucji prawnych; wyznaczenia oraz zakresu zadań każdej osoby lub jednostki, która jest odpowiedzialna za osobę lub majątek dziecka, reprezentuje je lub udziela mu pomocy; umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczej; środków mających na celu ochronę dziecka w odniesieniu do zarządu, zabezpieczenia lub rozporządzania majątkiem dziecka. Bezpośrednio potem wyłącza ze swojego zakresu stosowania, podobnie jak konwencja haska z 1996 r., kwestie dotyczące pochodzenia dziecka i adopcji.

40 Stanowisko w sprawie Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:177), pkt 17: „W ramach historycznej i systemowej wykładni rozporządzenia nr 2201/2003 sprawozdanie to może dostarczać wskazówek dla wykładni odnośnych przepisów rozporządzenia. Przepisy rozporządzenia dotyczące pieczy oparte są bowiem na pracach przygotowawczych dotyczących konwencji haskiej i w znacznej części odpowiadają przepisom tej konwencji; jest tak również w przypadku przepisów dotyczących zakresu zastosowania rozporządzenia, których wykładnia ma tutaj zostać dokonana. Z tego względu przepisy rozporządzenia i odnośne postanowienia konwencji powinny być w miarę możliwości interpretowane w ten sam sposób, tak aby rezultaty stosowania tych aktów prawnych nie różniły się między sobą w zależności od tego, czy dany przypadek dotyczy państwa członkowskiego, czy też państwa trzeciego".

C. Pojęcie bezpośredniego zstępnego w rozumieniu dyrektywy 2004/38 (pierwsze pytanie prejudycjalne)

1. Autonomiczna wykładnia pojęcia

58. Czy wyrażenie „bezpośredni zstępny" użyte w art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38 ma w prawie Unii autonomiczne znaczenie? Jest to jeden z punktów spornych między stronami postępowania [41].

59. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „względy zarówno jednolitego stosowania prawa Unii, jak i zasady równości wskazują na to, że treści przepisu prawa Unii, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia swego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii autonomiczną i jednolitą wykładnię" [42].

60. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że wykładnię tę „należy ustalić, uwzględniając nie tylko brzmienie [przepisu], ale także jego kontekst i cele uregulowania, którego część ten przepis stanowi" [43].

61. Kontekst, w jakim dyrektywa 2004/38 posługuje się wyrażeniem „bezpośredni zstępny" jako określeniem szczególnej podkategorii „członków rodziny", skłania mnie do opowiedzenia się za koncepcją autonomii tego pojęcia w prawie Unii. Uważam w istocie, że powinien on stanowić regułę, gdy pojedynczy przepis stanowi, tak jak w niniejszym przypadku, że „[d]o celów niniejszej dyrektywy […] [oznacza]".

62. Definicje następujące po tym nagłówku zostały zatem opracowane w celu określenia, co w precyzyjnych ramach prawnych prawa Unii (tutaj dyrektywy 2004/38) „oznacza" dany termin. O ile definicja nie odwołuje się do prawa państw członkowskich, w celu określenia kształtu instytucji opisanej tym terminem musi ona zostać zbadana w jej własnym znaczeniu, zgodnie z prawem Unii.

63. W art. 2 dyrektywy 2004/38 znajduje się przykład wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich: obok współmałżonka [pkt 2 lit. a)] odnosi się on do „partnera, z którym obywatel Unii zawarł zarejestrowany związek partnerski, na podstawie ustawodawstwa danego państwa członkowskiego" [pkt 2 lit. b)]. Poza tym ostatnim przypadkiem, powtarzam, pojęcia zawarte w tym artykule nie są zależne od podejścia do nich w prawie krajowym.

64. Wyrok z dnia 5 czerwca 2018 r., wydany przez Trybunał Sprawiedliwości w związku z pojęciem „współmałżonka" [44] z art. 2 dyrektywy 2004/38, może rzucić nieco światła na autonomię w zakresie wykładni tego pojęcia, którą metodologicznie można rozszerzyć na pojęcie „bezpośredniego zstępnego".

41 Podczas gdy rządy Polski i Zjednoczonego Królestwa podtrzymują wyłączną kompetencję państw członkowskich do jego definiowania, pozostali uczestnicy postępowania bronią tezy, że powinien on być interpretowany autonomicznie w całej Unii.

42 Wyrok z dnia 18 października 2016 r., Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774), pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo. Rząd polski podkreśla zastosowanie przysłówka „zwykle" w tym orzecznictwie, ale nie wyjaśnia, dlaczego w tym przypadku, pomimo faktu, że cytowany przepis dyrektywy 2004/38 nie odnosi się wyraźnie do prawa krajowego, stosowanie ogólnej zasady powinno być wyłączone.

43 Wyrok z dnia 27 września 2017 r., Nintendo (C-24/16 i C-25/16, EU:C:2017:724), pkt 70 i przytoczone tam orzecznictwo. Do wskazówek tych ustosunkowali się, w odniesieniu do dyrektywy 2004/38, rzecznicy generalni Y. Bot i M. Wathelet odpowiednio w swoich opiniach w sprawach Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:174), pkt 39; oraz Coman i in. (C-673/16, EU:C:2018:2), pkt 34, 35.

44 Sprawa Coman i in. (C-673/16, EU:C:2018:385).

65. Chociaż (w przeciwieństwie do opinii, w której rzecznik generalny skłaniał się ku jej zastosowaniu)[45] wyrok nie odnosi się do autonomicznej wykładni, faktem jest, że Trybunał Sprawiedliwości osiągnął ten sam rezultat: pojęcie „współmałżonka" w rozumieniu dyrektywy 2004/38 ma swoje własne cechy[46], wobec których „państwo członkowskie nie może powoływać się na swoje prawo krajowe"[47] w celu nieuznawania prawa pobytu chronionego przez dyrektywę.

66. Zastosowanie kategorii prawnej, o której mowa w prawie Unii, nie oznacza jednak, że jest ona koniecznie oddzielona od swych odpowiedników w prawie państw członkowskich. Konieczne będzie zatem uwzględnienie kodeksów lub przepisów prawa rodzinnego w każdym z państw członkowskich (którym przysługuje kompetencja w tym zakresie), w celu ustalenia, czy do celów danej dyrektywy ich instytucje odpowiadają instytucjom określonym w dyrektywie.

2. Bezpośredni zstępny w dyrektywie 2004/38

67. Znaczenie określenia zarysów tego pojęcia w dyrektywie 2004/38 jest zauważalne podczas badania jego skutków dla wjazdu i pobytu małoletnich, którzy, mimo że stanowią część rodziny (w szerokim znaczeniu) obywateli Unii, nie są zaliczani do tej kategorii:

– „[B]ezpośredni[…] zstępn[i], którzy nie ukończyli dwudziestego pierwszego roku życia lub pozostają na utrzymaniu", uzyskują *automatycznie*[48] prawo do wjazdu i pobytu w państwie członkowskim, w którym mieszkają ich wstępni, obywatele Unii.

– Pozostali członkowie rodziny rozszerzonej, o których mowa w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38, w tym małoletni, muszą poddać się, pod warunkiem, że spełniają pewne warunki wstępne[49], ocenie władz państwa przyjmującego. Te ostatnie, w wyniku tej oceny, powinny: (i) ułatwić, zgodnie z ustawodawstwem krajowym, ich wjazd i pobyt[50]; (ii) dokonać szczegółowej analizy osobistych okoliczności; oraz (iii) uzasadnić każdą odmowę wjazdu lub pobytu[51].

68. Jak już wskazałem, sąd odsyłający nie ma wątpliwości, że SM mieści się w tej drugiej kategorii. Co więcej, ostrzega władze brytyjskie odpowiedzialne za przeprowadzenie oceny, że prawo Unii[52] nakłada na nie obowiązek *ułatwienia* dziecku wjazdu do Zjednoczonego Królestwa. Przede wszystkim zauważa, że, „[d]okonując tej oceny, osoby władne do podjęcia decyzji, czy to w ramach Home Office (ministerstwa spraw wewnętrznych), czy też systemu odwoławczego, powinny także wziąć pod uwagę,

45 Opinia rzecznika generalnego M. Whateleta w sprawie Coman i in. (C-673/16, EU:C:2018:2), pkt 33–42.

46 Wyrok z dnia 5 czerwca 2018 r., Coman i in. (C-673/16, EU:C:2018:385), pkt 35: „należy przede wszystkim podkreślić, że pojęcie »współmałżonka« w rozumieniu dyrektywy 2004/38 jest neutralne pod względem płci i może obejmować małżonka danego obywatela Unii posiadającego tę samą płeć".

47 Ibidem, pkt 36.

48 Kwalifikator *automatycznie* należy zatem wyjaśnić na podstawie art. 10 dyrektywy 2004/38, „[p]rawo 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«". Kwestia ta jest uzależniona od przedstawienia, między innymi, dokumentów „poświadczając[ych] istnienie więzi rodzinnych lub zarejestrowanego związku" oraz „w przypadkach objętych art. 2 ust. 2 lit. c) [bezpośredni zstępni] i d), udokumentowanego dowodu, że warunki w nim ustanowione zostały spełnione".

49 Obejmują one pozostawanie na utrzymaniu lub bycie członkiem gospodarstwa domowego obywatela Unii, posiadającego pierwotne prawo pobytu, co ma miejsce w niniejszej sprawie.

50 Artykuł 3 ust. 2 pierwszy akapit dyrektywy 2004/38. Obywatele państw trzecich należący do rodziny rozszerzonej korzystają zatem z przywilejów wynikających ze stosunków rodzinnych z obywatelami Unii, a państwa członkowskie powinny (ale nie bezwarunkowo) ułatwić im wjazd i pobyt.

51 Artykuł 3 ust. 2 ostatni akapit dyrektywy 2004/38.

52 „O ile […] art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38 nie zobowiązuje państw członkowskich do uznania prawa wjazdu i pobytu na rzecz osób, które są członkami szeroko pojętej rodziny pozostającymi na utrzymaniu obywatela Unii, o tyle, jak to wynika z zastosowania formy trybu oznajmującego w czasie teraźniejszym »ułatwia« we wspomnianym art. 3 ust. 2, przepis ten nakłada na państwa członkowskie obowiązek pewnego uprzywilejowania – w stosunku do wniosków o zezwolenie na wjazd i pobyt złożonych przez innych obywateli państw trzecich – wniosków złożonych przez osoby, które wykazują szczególny związek zależności względem obywatela Unii". Wyrok z dnia 5 września 2012 r., Rahman i in. (C-83/11, EU:C:2012:519), pkt 21.

że celem dyrektywy jest uproszczenie i wzmocnienie prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu wszystkich obywateli Unii, jako że swoboda przemieszczania się jest jedną z podstawowych swobód w ramach rynku wewnętrznego. Konieczność życia z dala od członków rodziny lub członków rodziny w znaczeniu szerszym może istotnie ograniczać możliwość skorzystania z tej swobody”[53].

69. Organ odsyłający, nie będąc jednak zadowolonym z tej możliwości, zastanawia się, czy relację ustanowioną na podstawie *kafali* można by w przypadku SM traktować jak stosunek przysposobienia. Jeśli tak, to SM korzystałaby ze statusu przewidzianego w art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38 jako środka najlepszej ochrony życia rodzinnego i gwarancji obrony najlepszego interesu dziecka.

70. Zacznę od założenia (co do którego nie mam wątpliwości), że pojęcie bezpośrednich zstępnych stosowane w dyrektywie 2004/38 obejmuje zarówno dzieci biologiczne, jak i adopcyjne. Z prawnego punktu widzenia adopcja zawiera w sobie uznanie filiacji dla wszystkich celów.

71. Przegląd przepisów prawa Unii, które są najbliższe przedmiotowi niniejszego sporu, potwierdza to stwierdzenie. I tak dyrektywa 2003/86/WE[54], ustanawiając „warunk[i] wykonania prawa do łączenia rodziny przez obywateli państwa trzeciego zamieszkujących legalnie na terytorium państw członkowskich”, rozszerza to prawo, z zastrzeżeniem pewnych warunków, na:

„– nieletnie dzieci członka rodziny rozdzielonej i jego małżonka, włącznie z dziećmi przysposobionymi zgodnie z decyzją podjętą przez właściwe organy danego państwa członkowskiego […];

– *nieletnie dzieci włącznie z dziećmi przysposobionymi* członka rodziny rozdzielonej, w przypadku gdy członek rodziny rozdzielonej sprawuje opiekę, a dzieci pozostają na jego utrzymaniu […];

– nieletnie dzieci *włącznie z dziećmi przysposobionymi* małżonka, w przypadku gdy małżonek sprawuje opiekę, a dzieci pozostają na jego utrzymaniu […]”[55].

72. Podobnie dyrektywa 2011/95/UE[56] kwalifikuje w art. 2 lit. j) jako członków rodziny osoby ubiegającej się o udzielenie ochrony międzynarodowej „małoletnie dzieci par, o których mowa w tiret pierwszym, lub beneficjenta ochrony międzynarodowej, pod warunkiem że nie pozostają w związku małżeńskim oraz bez względu na to, czy są dziećmi ślubnymi, nieślubnymi czy *adoptowanymi zgodnie z przepisami prawa krajowego*”. Definicję tę powtarza art. 2 lit. g) rozporządzenia (UE) nr 604/2013[57].

73. Funkcję odesłania do bezpośrednich zstępnych w innych przepisach prawa Unii pełni odniesienie do dyrektywy 2004/38[58] lub ustawodawstwa danego państwa[59].

53 Punkt 21 postanowienia odsyłającego.

54 Dyrektywa Rady z dnia 22 września 2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin, Dz.U. 2003, L 251, s. 12.

55 Artykuł 4 ust. 1 lit. b), c) i d) dyrektywy 2003/86 (wyróżnienie własne).

56 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (Dz.U. 2011, L 337, s. 9).

57 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (Dz.U. 2013, L 180, s. 31).

58 Rozporządzenie (WE) nr 1931/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. ustanawiające przepisy dotyczące małego ruchu granicznego na zewnętrznych granicach lądowych państw członkowskich i zmieniającego postanowienia Konwencji z Schengen (Dz.U. 2006, L 405, s. 1), art. 3 ust. 4 lit. i); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) (Dz.U. 2016, L 77, s. 1), art. 2 ust. 5 lit. a); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/801 z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w celu prowadzenia badań naukowych, odbycia studiów, szkoleń, udziału w wolontariacie, programach wymiany młodzieży szkolnej lub projektach edukacyjnych oraz podjęcia pracy w charakterze au pair (Dz.U. 2016, L 132, s. 21), art. 3 ust. 24.

59 Rozporządzenie (WE) nr 883/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. 2004, L 166, s. 1), art. 1 lit. i).

74. Przy takim założeniu, jeśli *kafalę* można by uważać za formę adopcji, *makful*, jako dziecko przysposobione, mógłby stać się „bezpośrednim zstępnym" tych, którzy go przyjęli.

75. Na poparcie takiego zrównania sąd krajowy, popierany przez niektóre strony w postępowaniu prejudycjalnym [60], powołuje się na komunikat Komisji, o którym mowa powyżej [61].

76. Punkt 2.1.2 tego komunikatu poświęcony „członkom rodziny w linii prostej" [62], porównuje w rzeczywistości relacje ze stosunku przysposobienia do relacji dzieci będących pod stałą pieczą opiekuna prawnego. Jeżeli uznać to kryterium, SM jako dziecko podlegające opiece prawnej małżonków, którzy ją przyjmują, może zostać uznana za ich przysposobioną córkę.

77. Uważam jednak, że to zrównanie nie jest zgodne z prawidłową wykładnią art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38. Ponadto nie ma chyba potrzeby przypominać, że komunikat nie ma charakteru normatywnego.

78. Moim zdaniem, „stał[a] piecz[a] opiekuna prawnego" nie czyni z małoletniego pod opieką bezpośredniego zstępnego (przez adopcję) jego opiekuna. Istnieje kilka powodów, które przemawiają przeciwko takiemu utożsamieniu, zarówno in abstracto, jak i w konkretnej sytuacji SM, w zakresie w jakim podlega ona *kafali*, która jest regulowana w prawie algierskim.

79. Abstrakcyjnie rzecz ujmując, związku opiekuńczego nie można zrównać z filiacją. Ponadto może współistnieć filiacja (biologiczna lub adopcyjna) i opieka, przypisana osobie innej niż rodzice (biologiczni lub adopcyjni). Jak argumentuje rząd niemiecki, aby doszło do takiego zrównania, niezbędna jest całkowita równość prawna.

80. Skupiając się na tej kwestii z perspektywy trwałości więzi, nawet niezależnie od jej treści, należy stwierdzić, że opieka (i, a fortiori, *kafala*) jest instytucją o charakterze tymczasowym, a nie stałym, gdyż trwa tylko w okresie małoletniości znajdującego się pod opieką. Natomiast filiacja, nawet ta oparta na przysposobieniu niepełnym, jest nieusuwalna.

81. Ponadto ostatnie zdanie pkt 2.1.2 komunikatu Komisji wskazuje, że organy krajowe mogą wymagać przedstawienia dowodu potwierdzającego powoływaną relację rodzinną, co można zrobić jedynie w ramach procedury wstępnej oceny przewidzianej w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38. Procedura ta nie rozszerza się jednak na „bezpośrednich zstępnych".

82. Pomijając zatem komunikat Komisji, uważam, że zasadniczym elementem odróżniającym adopcję od *kafali* jest właśnie więź filiacyjna. Podczas gdy *kafala* nie tworzy więzi filiacyjnych, adopcja czyni to zawsze, nawet w swojej najbardziej łagodnej formie przysposobienia niepełnego.

83. Do tych samych wniosków dochodzi się dzięki analizie wyżej wymienionych instrumentów międzynarodowych [63], które z jednej strony regulują adopcję, a z drugiej środki ochrony małoletniego takie jak *kafala*, nie powodując w żadnym momencie ich zrównania.

60 Aire Centre, Choram Children Legal Centre, SM oraz samą Komisję.

61 Punkt 28.

62 „Bez uszczerbku dla kwestii związanych z uznawaniem decyzji organów krajowych, pojęcie krewnych zstępnych i wstępnych w linii prostej obejmuje swym zakresem związki *adopcyjne oraz osoby nieletnie pod stałą pieczą opiekuna prawnego*. Dzieci przybrane i rodzice zastępczy sprawujący tymczasową pieczę mogą powołać się na prawa przysługujące na podstawie dyrektywy w zależności od siły relacji w poszczególnym przypadku. Nie ma ograniczeń, jeśli chodzi o stopień pokrewieństwa. Organy krajowe mogą wymagać przedstawienia dowodu potwierdzającego rzekomą relację rodzinną" (wyróżnienie własne).

63 Punkty 40–47 niniejszej opinii.

84. Należy zauważyć ponadto, że rygorystyczne mechanizmy kontroli adopcji międzynarodowych przewidziane w konwencji haskiej z 1993 r. w celu zapewnienia najlepszego interesu dziecka mogłyby łatwo zostać przekroczone [64], gdyby dopuszczono jako adopcję taką formę opieki nad dzieckiem, która właśnie dlatego, że nie ma takich samych skutków jak adopcja, poprzedzona jest postępowaniem krajowym bez takich samych gwarancji (lub tak jak w przypadku *kafali* przed *adulem* (notariuszem), nawet bez konieczności interwencji władz publicznych).

85. Jest to szczególnie istotne, biorąc pod uwagę, że Algieria nie ratyfikowała żadnej z dwóch konwencji haskich, a zatem nie podlega standardom międzynarodowym, które ustanawiają mechanizmy kontroli i gwarancji środków ochrony małoletnich, niezależnie od tego, czy są one przyjmowane w drodze *kafali* lub w innej równoważnej formie.

86. Należy pamiętać, że algierskie prawo, na mocy którego SM została oddana w *kafalę*, zezwalając na tę formę przyjęcia i jednocześnie zakazując adopcji *makfula*, sprzeciwia się takiemu zrównaniu. A zakaz ten ma zastosowanie nie tylko wtedy, gdy małoletni, którego pochodzenie jest znane, utrzymuje więź rodzinną ze swoimi wstępnymi, ale także w innych przypadkach. *Kafil* lub *kafila* otrzymuje tylko prawną opiekę nad *makfulem*, ale *kafala* nie czyni tego ostatniego jego bezpośrednim zstępnym. Nie widzę zatem możliwości stwierdzenia, niezależnie od dobrej woli, że SM jest bezpośrednim zstępnym tych, którzy ją przyjęli, tak jak miałoby to miejsce w przypadku adopcji [65].

87. Nie wyklucza to jednak możliwości, aby po ustanowieniu *kafali kafil* lub *kafila* zdecydowali się na adopcję *makfula*, jeśli uznają to za stosowne, a system prawny danego kraju na to pozwala. Rozwiązanie to zostało wprowadzone w niektórych państwach członkowskich [66] i moim zdaniem pozwoliłoby, aby *makful* następnie adoptowany (tj. w ramach adopcji międzynarodowej podlegającej konwencji haskiej z 1993 r.) uzyskał status bezpośredniego zstępnego rodziców adopcyjnych oraz aby na tej podstawie mógł wjeżdżać do państwa członkowskiego ich miejsca zamieszkania oraz w nim przebywać.

88. Analiza różnych, przywołanych już instrumentów normatywnych Unii, w których używa się wyrażenia „członkowie rodziny" i które odnoszą się małoletnich, potwierdza, że pojęcie „bezpośredniego zstępnego" nie może być rozszerzone poza dzieci przysposobione, tak aby obejmowało również dzieci znajdujące się pod opieką prawną tych, którzy ją sprawują.

3. Wpływ prawa do życia rodzinnego i najlepszego interesu dziecka na interpretację pojęcia „bezpośredniego zstępnego" z dyrektywy 2004/38

89. Wniosek (pośredni), do którego doszedłem w poprzednich punktach, powinien przejść test praw i zasad podlegających ochronie na mocy karty. Można by sądzić, że interpretacja, za którą się opowiadam, jest zbyt formalistyczna, a także, że obowiązek poszanowania prawa do życia rodzinnego i najlepszego interesu dziecka jako „nadrzędne kryterium" (odpowiednio art. 7 i art. 24 ust. 2 karty) wymaga zrównania *kafali* i adopcji.

64 W tym kontekście rząd Zjednoczonego Królestwa (pkt 52 i nast. uwag) oraz rząd niemiecki (pkt 32 i nast. uwag) złożyły oświadczenia.

65 W pkt 56 swoich uwag na piśmie sama SM (tj. jej przedstawiciele w sporze) stwierdza, że „wstrętnym byłoby dla państwa M. złamanie (lub oczekiwanie tego od nich) obietnicy złożonej sądowi algierskiemu, że zapewnią SM wykształcenie w duchu islamu, i adoptowanie jej na mocy konwencji haskiej [z 1993 r.], co jest zakazane przez prawo w Algierii".

66 W przypadku Francji ETPC uznał, że norma kolizyjna zawarta w art. 370-3 kodeksu cywilnego („adopcja małoletniego cudzoziemca nie może zostać ogłoszona, jeżeli jego prawo osobiste zakazuje tej instytucji, chyba że małoletni urodził się i ma miejsce zwykłego pobytu we Francji"), której stosowanie do algierskiego *makfula* uniemożliwiło jego adopcję we Francji, ze względu na zakaz obowiązujący w Algierii, mogłaby otworzyć drogę do ewentualnej adopcji, gdyby dziecko nabyło obywatelstwo francuskie. Zobacz wyrok z dnia 4 października 2012 r., Harroudj przeciwko Francji (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), § 51.

90. W niniejszej analizie właściwe będzie ponowne odniesienie się do dwóch wyroków ETPC[67], w których dokonano wykładni art. 8 EKPC (dotyczącego prawa do życia rodzinnego) w związku z odmową władz dwóch państw sygnatariuszy tej konwencji zrównania relacji wynikającej z *kafali* z relacją adopcyjną.

a) Kafala i ochrona życia rodzinnego

91. Dyrektywa 2004/38 ustanawia dwa sposoby, aby małoletni niebędący obywatelem Unii mógł wjechać i przebywać w państwie członkowskim w towarzystwie osób, z którymi prowadzi „życie rodzinne". Różnica polega na tym, że podczas gdy z art. 2 ust. 2 lit. c) (bezpośredni zstępni) wynika, że ciągłość życia rodzinnego następuje automatycznie[68], art. 3 ust. 2 wymaga uprzedniego rozważenia okoliczności.

92. W niniejszej sprawie SM nalegała, aby władze Zjednoczonego Królestwa przyznały jej „zezwolenie na wjazd jako adoptowane[mu] dzieck[u] obywatela EOG"[69]. Jednak, jak wskazuje sąd odsyłający, jeżeli pominąć status dziecka przysposobionego, wniosek o zezwolenie na wjazd i pobyt może zostać uwzględniony w trybie przewidzianym w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38 dla innych „członków rodziny". Co więcej, opisane powyżej rozważania tego sądu pozostawiają władzom brytyjskim niewielkie pole manewru w zakresie odmowy SM prawa wjazdu i pobytu w Zjednoczonym Królestwie, aby cieszyć się życiem rodzinnym z obywatelami Unii, którzy ją przyjęli.

93. Nie widzę zatem powodu, dla którego odrzucenie jednego sposobu (dotyczącego bezpośrednich zstępnych) stanowiło przeszkodę dla rozwoju życia rodzinnego, skoro alternatywa (przyznanie zezwolenia na pobyt uzależnionego od zweryfikowania okoliczności, że SM pozostaje na utrzymaniu obywatela Unii posiadającego pierwotne prawo pobytu) nie uniemożliwia małoletniej osiągnięcia *rzeczywistej* ochrony prawnej tego życia rodzinnego.

94. Prawdą jest, że automatyczne uznanie z art. 2 ust. 2 dyrektywy 2004/38 stwarzałoby mniejsze trudności. Jednak z perspektywy, która jest istotna w niniejszej sprawie, jeżeli takie uznanie napotyka w tym przypadku na trudności interpretacyjne (w mojej ocenie nie do przezwyciężenia), na które zwróciłem uwagę, a jednocześnie otwiera się małoletniemu mechanizm taki, jak przewidziany w art. 3 ust. 2 tej dyrektywy, to nalegam, aby prawo do życia rodzinnego było szanowane.

95. Do analogicznych wniosków doszedł ETPC w sprawach przywołanych powyżej. W wyroku w sprawie Chbihi i in. przeciwko Belgii[70], powołując się na wyrok w sprawie Harroudj przeciwko Francji[71], ETPC stwierdził, że „przepisy art. 8 nie gwarantują ani prawa do założenia rodziny, ani prawa do adopcji […]. Nie wyklucza to jednak, że państwa będące stronami konwencji mogą w pewnych okolicznościach znaleźć się w sytuacjach, w których może powstać pozytywny obowiązek umożliwienia tworzenia i rozwoju więzi rodzinnej tam, gdzie istnieje związek rodziny z dzieckiem". I dodał, że „[w]edług zasad wynikających z orzecznictwa Trybunału, w przypadku stwierdzenia istnienia więzi rodzinnej z dzieckiem, państwo powinno podjąć takie działania, aby umożliwić rozwój tej więzi i zapewnić ochronę prawną, która umożliwia integrację dziecka z jego rodziną".

96. W tamtej sprawie, której zbieżność z niniejszą sprawą jest niezaprzeczalna, uznano, że należycie ustanowiona *kafala* (w Maroku) stworzyła związek prawny pomiędzy *kafilem* a *makfulem*. Wobec braku takiej instytucji w Belgii adopcja, o którą wystąpiono w tym państwie, stanowiła nową sytuację prawną. ETPC uznał, że „konieczne jest znalezienie sprawiedliwej równowagi pomiędzy

67 Wyroki: z dnia 4 października 2012 r., Harroudj przeciwko Francji (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109); z dnia 16 grudnia 2014 r., Chbihi i in. przeciwko Belgii (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

68 Z pewnym niuansem podkreślonym już w przypisie 48.

69 Punkt 13 postanowienia odsyłającego.

70 Wyrok z dnia 16 grudnia 2014 r. (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510), § 89.

71 Wyrok z dnia 4 października 2012 r. (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109).

konkurencyjnymi interesami jednostki i społeczeństwa jako całości" oraz że „państwo ma pewien zakres uznania"[72]. Na tej podstawie należało do niego „upewnienie się przede wszystkim, czy decyzje belgijskich sądów o odmowie adopcji utrudniały właściwy rozwój więzi rodzinnych między małoletnim a osobami, które przyjęły go w ramach *kafali*"[73].

97. ETPC stwierdził, że „odmowa adopcji nie pozbawiła skarżących prawa do uznania więzi między nimi. W rzeczywistości prawo belgijskie oferowało skarżącym inną możliwość udzielenia ochrony prawnej ich życiu rodzinnemu. Była to procedura nieformalnej opieki, której cel był zbliżony do celu *kafali* […][74] i która pozwala osobom dorosłym na uznanie ich zobowiązania się do zapewnienia opieki i edukacji dziecka"[75].

b) Kafala i najlepszy interes dziecka

98. Zgodnie z art. 24 ust. 2 karty ochrona najlepszego interesu dziecka musi być „nadrzędnym kryterium" regulującym decyzje władz publicznych lub instytucji prywatnych przy wydawaniu aktów dotyczących tego dziecka.

99. Jeżeli, jak ma to miejsce w niniejszym przypadku, działania mające na celu ochronę dziecka, porzuconego przez jego biologicznych rodziców, mają początkowo miejsce w państwie trzecim (Algieria) i dąży się do tego, aby odnosiły skutki w państwie członkowskim Unii (Zjednoczone Królestwo), kontrola sprawowana przez organy państwa pochodzenia i państwa przyjmującego musi leżeć w najlepszym interesie dziecka, nie ignorując jednak zasad, które na mocy prawa Unii pozwalają na jego ocenę.

100. Ocena najlepszego interesu dziecka ma dwa aspekty: ten, który wpływa na istotę sprawy (zależy oczywiście od okoliczności dotyczących sytuacji dziecka), i ten, który dotyczy procedur jej oceny.

101. Co do istoty sprawy, umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej spełnia wymogi ochrony najlepszego interesu dziecka, tak jak rozumie go Trybunał Sprawiedliwości: „ciągła i trwająca przez długi okres […] integracja w domu i rodzinie rodzica zastępczego małoletnich, którzy z powodu swej trudnej sytuacji rodzinnej wykazują szczególną podatność na zagrożenia, stanowi właściwy środek do celów ochrony najlepszego interesu dziecka, jaki został określony w art. 24 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej"[76].

102. Jeśli chodzi o aspekty proceduralne, to ograniczę się teraz do przypomnienia, w jaki sposób uwzględnia się istotę tych procedur oceny w konwencyjnych instrumentach uznawania stosunków adopcyjnych i rodzicielskich, jeżeli zawierają łączniki międzynarodowe, oraz w samym prawie Unii.

103. Jeżeli chodzi o te instrumenty konwencyjne, należy podkreślić, że właśnie w celu zapewnienia, że zostanie uwzględniony najlepszy interes dziecka:

– konwencja haska z 1993 r., regulując adopcję międzynarodową, przewiduje procedurę podwójnej kontroli, w którą zaangażowane są organy zarówno kraju pochodzenia, jak i kraju przyjmującego[77];

72 Wyrok z dnia 16 grudnia 2014 r. (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510), § 92.

73 Ibidem, § 93.

74 ETPC powołuje się na pkt 64 i 65 samego wyroku, w których opisuje system nieformalnej opieki poprzez przytoczenie art. 475a belgijskiego kodeksu cywilnego: „Jeżeli osoba, która ukończyła 25. rok życia, zobowiązuje się utrzymywać małoletniego, który nie jest traktowany jak pełnoletni, wykształcić go i pomóc mu osiągnąć stan, w którym sam zarabia na życie, może zostać jego nieoficjalnym opiekunem na mocy porozumienia między tymi, których zgoda jest wymagana do adopcji małoletnich".

75 Ibidem, pkt 102.

76 Wyrok z dnia 20 listopada 2018 r., Sindicatul Familia Constanța i in. (C-147/17, EU:C:2018:926), pkt 71. W sprawie tej chodziło o rumuńską instytucję, której „celem jest integracja powierzonego rodzicowi zastępczemu małoletniego, w sposób ciągły i na długi okres […], w jego domu i z jego rodziną" (pkt 62). Jeżeli chodzi o opiekę nad dzieckiem, to umieszczenie dziecka o takiej charakterystyce ma zakres podobny do *kafali*.

77 Artykuły 4 i 5, a także 14 i nast.

– artykuł 33 konwencji haskiej z 1996 r. ustanawia również podwójny mechanizm polegający na tym, że „jeżeli organ mający jurysdykcję z mocy artykułów 5–10 bierze pod uwagę umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczej albo sprawowanie opieki nad nim przez *kafala* lub podobną instytucję, a to umieszczenie lub opieka będą miały miejsce w innym umawiającym się państwie, to przeprowadza najpierw konsultacje z organem centralnym lub innym właściwym organem tego ostatniego państwa”[78].

104. Z podobnej perspektywy, ale ograniczonej do przepisów prawa Unii dotyczących tego, kiedy opieka świadczona w jednym państwie członkowskim powinna wywoływać skutki w innym państwie członkowskim, art. 56 rozporządzenia nr 2201/2003 przewiduje procedurę kontroli z udziałem organów obu państw członkowskich[79].

105. Przywołuję te przepisy, aby podkreślić charakterystyczną cechę ochrony najlepszego interesu dziecka w sprawach podobnych do niniejszego sporu, a mianowicie, że jego ocena leży w gestii władz dwóch państw członkowskich uczestniczących w procedurze, którym powierzono sprawowanie kontroli ex ante.

106. Na mocy dyrektywy 2004/38 gwarancja ta może zostać utrzymana jedynie wówczas, gdy podąża się za rozwiązaniem oferowanym przez art. 3 ust. 2, przepis, który zapewnia odpowiednie ramy prawne dla skutecznej ochrony małoletnich w Unii, godząc pierwotne cele instytucji opieki (*kafala*) z prawem do życia rodzinnego.

107. W przeciwnym razie, gdyby dopuszczono automatyczne uznanie z art. 2 ust. 2 dyrektywy 2004/38, istniałby jedynie nadzór a posteriori z paradoksalnym skutkiem – przyjęcie dziecka w *kafalę*, ustanowione w państwie takim jak Algieria, które nie ratyfikowało konwencji haskiej z 1996 r., przyniosłoby natychmiastowe skutki (bez możliwości poddania uprzedniej ocenie przez władze państwa przyjmującego najlepszego interesu dziecka), podczas gdy decyzje państw będących sygnatariuszami tej konwencji podlegałyby zatwierdzeniu przez władze państwa przeznaczenia.

108. Krótko mówiąc, „nadrzędne kryterium” najlepszego interesu dziecka wymaga, w okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie, aby jego ocena ad casum została przeprowadzona zgodnie z procedurą oceny ex ante, inną niż procedura mająca zastosowanie do bezpośrednich zstępnych[80].

D. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

109. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy dyrektywa 2004/38, w szczególności jej art. 27 i art. 35, zezwalają na odmowę wjazdu małoletnim umieszczonym w *kafali*, jeżeli są oni ofiarami wykorzystania, nadużycia lub handlu ludźmi lub są na takie ryzyko narażeni.

78 W ust. 2 dodaje, że „orzeczenie w sprawie umieszczenia lub opieki będzie mogło być podjęte w państwie wzywającym tylko wówczas, gdy organ centralny lub inny organ właściwy państwa wezwanego wyrazi zgodę na takie umieszczenie lub opiekę, przy uwzględnieniu dobra dziecka”. Współpraca między organami różnych państw członkowskich jest sprawą najwyższej wagi, ponieważ w porównaniu z ogólną zasadą pełnego uznania środków podjętych przez organy umawiającego się państwa odmowa uznania jest dopuszczalna, między innymi, jeżeli nie przestrzegano postępowania określanego w art. 33 (art. 23 konwencji haskiej z 1996 r.).

79 „Artykuł 56 ust. 2 rozporządzenia ma na celu z jednej strony umożliwienie właściwym organom państwa wezwanego udzielenia lub odmowy udzielenia zgody na ewentualne przyjęcie dziecka, którego sprawa dotyczy, a z drugiej strony umożliwienie sądom państwa wzywającego upewnienia się – przed wydaniem orzeczenia o umieszczeniu dziecka w placówce – że w państwie wezwanym zostaną podjęte środki zmierzające do umieszczenia dziecka w tym państwie. […] [Z]goda na umieszczenie dziecka poza rodziną musi być wydana przez właściwy organ wezwanego państwa członkowskiego, zanim sąd wzywającego państwa członkowskiego wyda orzeczenie o takim umieszczeniu. Obligatoryjność zgody podkreślona jest przez fakt, że art. 23 lit. g) rozporządzenia przewiduje, iż orzeczenia dotyczącego odpowiedzialności rodzicielskiej nie uznaje się, jeżeli nie przestrzegano procedur określonych w art. 56”. Wyrok z dnia 26 kwietnia 2012 r., Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:255), pkt 80, 81.

80 Podczas adopcji tych ostatnich dokonano już weryfikacji najlepszego interesu dziecka zgodnie z zasadami proceduralnymi dotyczącymi nadania skutków adopcji, na podstawie ustawodawstwa danego państwa (lub, w stosownych przypadkach, jeżeli adopcja jest adopcją międzypaństwową, na podstawie konwencji haskiej z 1993 r.).

110. Artykuł 27 dyrektywy 2004/38 zezwala na ograniczenie swobody przemieszczania się i pobytu członkowi rodziny obywatela Unii lub jemu samemu, motywując to „względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego".

111. Skoro w niniejszej sprawie SM, jako *makful*, może zostać zakwalifikowana jako członek rodziny rozszerzonej małżonków (obywateli Unii), którzy ją przyjęli, to nic co do zasady nie stoi na przeszkodzie, aby w grę wchodził art. 27. To samo dotyczy tych małżonków, obywateli Unii, których swoboda przemieszczania się i pobytu może zostać ograniczona ze względu na konieczność zachowania porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego [81].

112. W postanowieniu odsyłającym nie ma jednak informacji, które pozwoliłyby domyślać się, jakie względy porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego miałyby być w tej sprawie powołane [82]. Sąd odsyłający odnosi się do „dzieci, które są lub mogłyby być ofiarami wykorzystania, nadużyć lub handlu ludźmi" [83], ale gdyby względy te zaistniały, to jedynie sprawcy tych poważnych zachowań (a nie ich ofiary, w przypadku małoletnich takich jak SM) mogliby spotkać się z ograniczeniem ich prawa do przemieszczania się i pobytu w Zjednoczonym Królestwie [84].

113. Zgodnie z art. 35 dyrektywy 2004/38 państwa członkowskie są uprawnione do „odmowy, zniesienia lub wycofania jakiegokolwiek prawa przyznanego niniejszą dyrektywą w przypadku nadużycia praw lub oszustw". Zakres tego uprawnienia jest bardzo szeroki: obejmuje zarówno środki ex ante (odmowa prawa), jak i ex post (zniesienie i wycofanie już przyznanych praw). W obu przypadkach wystarczy, aby doszło do nadużycia praw lub oszustwa, pod warunkiem że zostało to wykazane na podstawie uprzedniej indywidualnej analizy każdego przypadku [85].

114. Nawet jeśli przepis ten wskazuje „fikcyjne małżeństwo" jako konkretny przykład nadużycia lub oszustwa, nie wyklucza innych hipotez. W rzeczywistości motyw 28 dyrektywy 2004/38 zrównuje takie fikcyjne małżeństwa z „innymi formami związków zawartymi wyłącznie w celu możliwości korzystania z prawa swobodnego przemieszczania się i pobytu".

115. Jak wskazuje Aire Centre [86], kategoria nadużyć może obejmować zachowania w postaci wyzysku małoletnich, o których mowa w dyrektywie 2011/36 [87]. Zjawisko handlu ludźmi obejmuje różne formy wyzysku, z których część, jeśli dotyczą małoletnich, mogą ułatwiać nielegalne adopcje [88].

116. Przyjęcie małoletniego będzie *oszukańcze*, jeżeli jego prawdziwym celem, ubranym w strój prawny *kafali*, jest przesiedlenie dziecka z jednego kraju do drugiego w celu udziału w „wykorzystywani[u] seksualn[ym], przymusow[ej] prac[y] lub służb[ie]ę, w tym żebractw[ie], niewolnictw[ie] lub praktyk[ach] podobn[ych] do niewolnictwa, zniewoleni[a], wyzyskiwani[a] do działalności przestępczej lub usunięci[a] organów" [89].

81 Logiczne jest, że to ograniczenie swobody przemieszczania się i pobytu jest uzależnione od przestrzegania ścisłych wymogów, określonych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.

82 Pytanie prejudycjalne nie jest zatem niedopuszczalne, jak twierdziły niektóre strony, ponieważ tylko sąd odsyłający jest w stanie stwierdzić, czy elementy faktyczne sporu odnoszą się do przedmiotu tego pytania.

83 Punkt 30 postanowienia odsyłającego.

84 Motyw dwudziesty trzeci dyrektywy 2004/38 odwołuje się do zasady proporcjonalności w celu zastosowania środka w postaci wydalenia, uwzględniając „stopień integracji danej osoby, długość jej pobytu w przyjmującym państwie członkowskim, jej wiek, stan zdrowia, sytuację rodzinną i ekonomiczną oraz związki z krajem pochodzenia".

85 Zobacz wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., McCarthy (C-202/13, EU:C:2014:2450), pkt 43–58, w sprawie gwarancji i ograniczeń stosowania art. 35 dyrektywy 2004/38.

86 Punkty 76 i 77 uwag.

87 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/JAI (Dz.U. 2011, L 101, s. 1).

88 „[N]ielegalna adopcja lub przymusowe małżeństwo", o których mowa w motywie jedenastym dyrektywy 2011/36.

89 Jest to niewyczerpująca lista metod wyzysku, o których mowa w art. 2 ust. 3 dyrektywy 2011/36.

117. W tym kontekście władze państwa przyjmującego są uprawnione do reagowania na nadużycia lub oszustwa poprzez skorzystanie z „niezbędnych środków" z art. 35 dyrektywy 2004/38. Podobnie jak w przypadku art. 27 tej dyrektywy w postanowieniu odsyłającym nie ma żadnych elementów, które mogłyby skutkować uruchomieniem tych środków w przypadku SM.

E. Kontrola sprawowana przez państwo członkowskie postępowania, w ramach którego udzielono opieki lub pieczy nad dzieckiem

118. Sąd krajowy pragnie dowiedzieć się, w skrócie, czy przed uznaniem „za bezpośredniego zstępnego w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38" dziecka, które znajduje się w takich warunkach jak SM, władze Zjednoczonego Królestwa mogą sprawdzać lub badać (*enquire*), czy „procedura umieszczenia dziecka pod opieką lub pieczą […] zapewniała należyte uwzględnienie najlepszego interesu dziecka".

119. Ponieważ – moim zdaniem – założenie, na którym opiera się to pytanie, nie jest zbieżne z sytuacją SM, której nie można zakwalifikować jako bezpośredniego zstępnego w rozumieniu tego przepisu, odpowiedź na nie nie jest konieczna.

120. Ponadto, gdyby przyjąć, że SM posiada status bezpośredniego zstępnego na podstawie więzi rodzinnych typowych dla *kafali* i że w związku z tym jej wjazd na terytorium państwa członkowskiego powinien korzystać z automatycznego uznania, które przysługuje takim osobom na mocy art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/38, nie byłoby możliwe *badanie*, co do którego sąd krajowy ma wątpliwości.

121. Z drugiej strony, takie zapytanie jest możliwe, jeżeli art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38 zostanie przyjęty jako środek ułatwiający dziecku wjazd i pobyt w Zjednoczonym Królestwie, umożliwiając mu korzystanie z życia rodzinnego w towarzystwie obywateli Unii, którzy je przyjęli.

122. W istocie, dokonując „szczegółowej analizy osobistych okoliczności" członków rodziny, o której mowa w ostatnim akapicie tego artykułu, właściwe organy Zjednoczonego Królestwa powinny uwzględniać, jako „kryterium nadrzędne", najlepszy interes dziecka. Nie ma potrzeby powtarzać tego, co wyraziłem w tym ostatnim temacie podczas analizy pierwszego pytania [90], że kryterium to obejmuje między innymi badanie okoliczności, materialnych i proceduralnych, w jakich małoletnia została przyjęta.

VII. Wnioski

123. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi Sprawiedliwości, by na pytania przedstawione przez Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa) odpowiedział w sposób następujący:

1) Artykuł 2 pkt 2 lit. c) 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, należy interpretować w ten sposób, że małoletni pozostający wyłącznie pod opieką prawną nie może być uznany za „bezpośredniego zstępnego" obywatela Unii w ramach instytucji *recueil légal* (*kafala*) obowiązującej w Algierii.

90 Punkty 58–108 niniejszej opinii.

Tego małoletniego można jednak uznać za „innego członka rodziny”, jeżeli spełnione są pozostałe warunki i po zakończeniu procedury przewidzianej w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38, przy czym przyjmujące państwo członkowskie jest zobowiązane, zgodnie ze swoim ustawodawstwem krajowym, do ułatwienia mu wjazdu i pobytu w tym państwie, uwzględniając ochronę życia rodzinnego i obronę najlepszego interesu dziecka.

2) Artykuły 27 i 35 dyrektywy 2004/38 mogą być stosowane w każdym z przypadków objętych rzeczoną dyrektywą, jeżeli istnieją, odpowiednio, względy porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego lub jeżeli dochodzi do nadużycia prawa lub oszustwa.

3) W ramach stosowania art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38 władze przyjmującego państwa członkowskiego mogą badać, czy procedura, w ramach której ustanowiono opiekę lub pieczę, zapewniała należyte uwzględnienie najlepszego interesu dziecka.