



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-ЖА V. TRSTENJAK
представено на 15 май 2012 година¹

Дело C-40/11

Yoshikazu Iida
срещу
Stadt Ulm

(Преюдициално запитване, отправено от Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Германия))

„Член 6 ДЕС — Членове 20 ДФЕС и 21 ДФЕС — Членове 7, 24 и 51 от Хартата на основните права на Европейския съюз — Член 2, член 3, член 7, параграф 2, член 10 и член 12 от Директива 2004/38/ЕО — Член 8 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи — Непълнолетен гражданин на държава членка, който се е преместил с майка си в друга държава членка — Право на пребиваване на гражданин на трета страна и носител на родителски права в държавата членка по произход на детето му — Приложно поле на Хартата на основните права на Европейския съюз — Прилагане на правото на Съюза“

I – Въведение

1. Преюдициалното запитване се отнася до въпроса дали граждани на трети държави могат и ако да, в какъв обхват и при какви условия, да се позовават в съответствие с правото на Европейския съюз на право на пребиваване поради техните семейни връзки и лични отношения с непълнолетни граждани на Съюза. По този начин преюдициалното запитване е свързано с разгледания в Решение по дело *Dereci*² и в Решение по дело *Ruiz Zambrano*³ проблем до каква степен правата на пребиваване, от които се ползват гражданите на Съюза, се разпростират върху граждани на трети държави. В това отношение особеност на настоящото дело е, че гражданинът на трета страна иска да му бъде предоставено правото на пребиваване в държавата членка по пребиваване на дъщеря му, която е гражданин на Съюза.

¹ — Оригинален език за заключението: немски; език на производството: немски.

² — Решение от 15 ноември 2011 г. по дело *Dereci* и др. (C-256/11, Сборник, стр. I-1177).

³ — Решение от 8 март 2011 г. по дело *Ruiz Zambrano* (C-34/09, Сборник, стр. I-11315).

II – Правна уредба

A– Правна уредба на Съюза

1. Хартата на основните права на Европейския съюз

2. Член 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата на основните права“), озаглавен „Зачитане на личния и семейния живот“, гласи:

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

3. Член 24 от Хартата на основните права, озаглавен „Права на детето“, предвижда:

„1. Децата имат право на закрила и на грижите, необходими за тяхното благоденствие. [...]

[...]

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

4. Член 51, параграф 1, първо изречение от Хартата на основните права гласи:

„Разпоредбите на настоящата харта се отнасят за институциите, органите, службите и агенциите на Съюза при зачитане на принципа на субсидиарност, както и за държавите членки, единствено когато те прилагат правото на Съюза“.

2. Директива 2004/38/ЕО

5. Съображение 5 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 (наричана по-нататък „Директива 2004/38“) ⁴, предвижда:

„За да бъде упражнявано при обективни условия на свобода и зачитане на достойнството, правото на всички граждани на Съюза да се движат и пребивават свободно на територията на държавите членки следва да бъде предоставено също така и на членовете на техните семейства, независимо от тяхната националност [...]“.

6. Член 1 от Директива 2004/38 определя предмета на тази директива, както следва:

„Настоящата директива определя:

- a) условията, уреждащи упражняването на правото на гражданите на Съюза и на членовете на техните семейства на свободно движение и пребиваване на територията на държавите членки;

4 — ОВ L 158, стр. 77; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 56 и последно изменена с Регламент (ЕС) № 492/2011 на Европейския парламент и на Съвета от 5 април 2011 година относно свободното движение на работници в Съюза (ОВ L 141, стр. 1).

[...]“.

7. Съгласно определенията, дадени в член 2 от Директива 2004/38, под „член на семейство“ следва да се разбира по-конкретно „преки роднини по възходяща линия на издръжка, както и такива преки роднини на съпруга/съпругата или партньора [...]“ (член 2, точка 2, буква г). Следва да се добави, че съгласно член 2, точка 3 от посочената директива „приемаща държава членка“ означава държавата членка, в която гражданинът на Съюза се движи, за да упражни своето право на свободно движение и пребиваване.

8. Член 3 от Директива 2004/38, озаглавен „Бенефициенти“, предвижда:

„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 или в случаите, когато сериозни здравословни причини задължително изискват лична грижа за члена на семейството от страна на гражданина на Съюза;

[...]“.

9. Съгласно разпоредбата на член 7, параграф 2 от Директива 2004/38:

„Правото на пребиваване [...] 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 [...]“.

10. Член 10 от Директива 2004/38, озаглавен „Издаване на карти за пребиваване“, гласи:

„1. Правото 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“, не по-късно от шест месеца от датата на внасяне на молбата. [...]“

2. За да бъде издадена картата за пребиваване, държавите членки изискват представяне на следните документи:

[...]

в) удостоверение за регистрация или при липса на система за регистрация, всякакви други доказателства за пребиваването в приемащата държава членка на гражданина на Съюза, когато те придружават или към когото се присъединяват;

[...]“.

11. Член 12 от Директива 2004/38 предвижда относно „Запазване на правото на пребиваване на членове на семейството в случай на смърт или отпътуване на гражданина на Съюза“:

„[...]

3. Отпътуването на гражданина на Съюза от приемащата държава членка или неговата/нейната смърт не води до загуба на правото на пребиваване на неговите/нейните деца или на родителя, който [в действителност упражнява родителските права върху тях], независимо от националността, ако децата пребивават в приемащата държава членка и са записани в учебно заведение, с цел да учат в него, до приключването на тяхното обучение“.

Б– Европейска конвенция за защита на правата на човека и основните свободи

12. Член 8 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (наричана по-нататък „ЕКПЧ“) се отнася до правото на зачитане на личния и семейния живот и гласи:

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

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

В– Национална правна уредба

1. Закон за пребиваването, заетостта и интеграцията на чужденците на територията на Федерална република Германия

13. Член 7 от германския Закон за пребиваването, заетостта и интеграцията на чужденците на територията на Федерална република Германия (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet, наричан по-нататък „Aufenthaltsgesetz“)⁵ урежда разрешението за пребиваване и предвижда:

„1. Разрешението за пребиваване е документ за пребиваване, валиден за определен срок. Той се издава за целите на пребиваването, посочени в следващите раздели. Когато това е обосновано, разрешение за пребиваване може да се издаде и за цел, която не е предвидена в настоящия закон.

[...]“.

14. Член 18, параграф 2 от Aufenthaltsgesetz гласи:

„На чужденец може да бъде издадено разрешение за пребиваване за целите на упражняване на трудова дейност [...]“.

⁵ — Aufenthaltsgesetz в редакцията на обнародването му от 25 февруари 2008 г. (BGBl. I, стр. 162), изменен с член 2, параграф 25 от Закона от 22 декември 2011 г. (BGBl. I, стр. 3044).

2. Закон за свободното движение на гражданите на Съюза

15. Съгласно член 2 от германския Закон за свободното движение на гражданите на Съюза (Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern, наричан по-нататък „Freizügigkeitsgesetz/EU“)⁶ гражданите на Съюза, ползващи се от правото на свободно движение, имат право на влизане и пребиваване на федералната територия съобразно разпоредбите на посочения закон, докато членовете на техните семейства се ползват с това право по принцип само „при условие че придружават или се присъединяват към гражданина на Съюза“ (член 3, параграф 1 от Freizügigkeitsgesetzes/EU) или ако след законно пребиваване в продължение на пет години придобият право на постоянно пребиваване (член 4a от Freizügigkeitsgesetzes/EU).

16. Член 5 от Freizügigkeitsgesetzes/EU, озаглавен „Удостоверения за пребиваване в съответствие с общностното право, карти за пребиваване“, гласи:

„[...]

2. В срок до шест месеца след изпращането на необходимата информация на членовете на семейството, които се ползват от свободата на движение, без да бъдат граждани на Съюза, се издава служебно карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза, която е валидна за срок от пет години. [...]“.

III – Фактите по главното производство

17. Жалбоподателят по главното производство е японски гражданин. От 1998 г. той е женен за германска гражданка. През 2004 г. в САЩ се ражда тяхната дъщеря, която притежава, освен американското и японското гражданство, и германско гражданство.

18. В края на декември 2005 г. семейството се премества от САЩ в град Улм (Германия). На 9 януари 2006 г. жалбоподателят получава национално разрешение за пребиваване в качеството му на чуждестранен съпруг на германски гражданин.

19. Считано от февруари 2006 г., въз основа на безсрочен трудов договор жалбоподателят е нает на работа в Улм на пълен работен ден и с брутно месечно възнаграждение в размер на 4 850 EUR.

20. След като през лятото на 2007 г. съпругата на жалбоподателя приема предложение за назначаване на работа във Виена, считано от март 2008 г., тя се премества да живее в този град и взема дъщеря им при себе си. Жалбоподателят остава в град Улм. И двамата родители разполагат с родителските права върху дъщерята, която ходи на училище във Виена. Жалбоподателят посещава дъщеря си редовно веднъж в месеца за събота и неделя и ѝ плаща месечна издръжка в размер на 300 EUR. Освен това дъщерята прекарва по-голямата част от ваканцията с жалбоподателя.

21. През юни 2008 г. съпругата заявява пред германската служба за чужденците, че още от 1 януари 2008 г. тя и жалбоподателят не живеят заедно. Вследствие на това срокът на разрешението за пребиваване на жалбоподателя, издадено му първоначално в качеството му на съпруг на германски гражданин на основание на германския Aufenthaltsgesetz, не е продължен.

⁶ — Freizügigkeitsgesetz/EU от 30 юли 2004 г. (BGBl. I, стр. 1950, 1986), изменен с член 14 от Закона от 20 септември 2011 г. (BGBl. I, стр. 2854).

22. Към настоящия момент обаче жалбоподателят пребивава законно в Германия след издадено в съответствие с член 18 от германския Aufenthaltsgesetz национално разрешение за пребиваване на основание упражняването на трудова заетост.

23. Жалбоподателят обаче счита, че разполага и с произтичащо от правото на Съюза право на пребиваване в Германия, поради факта че упражнява родителски права върху дъщеря си, която живее в Австрия. Според жалбоподателя от това право произтича право на издаване на „карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза“ по смисъла на член 10 от Директива 2004/38.

24. На 30 май 2008 г. жалбоподателят подава молба за издаване на такава карта за пребиваване, която обаче е отхвърлена. Понастоящем посочената молба е предмет на въззивното производство, висящо пред запитващата юрисдикция.

IV – Преюдициалните въпроси

25. При тези обстоятелства запитващата юрисдикция решава да постави на Съда следната поредица от преюдициални въпроси:

„А. По членове 2, 3 и 7 от Директива 2004/38:

1. В светлината по-специално на членове 7 и 24 от Хартата на основните права, както и на член 8 от ЕКПЧ и съгласно разширителното тълкуване на член 2, точка 2, буква г) от Директива 2004/38 следва ли под „член на семейството“ да се разбира и родителят на дете, което в качеството си на гражданин на Европейския съюз се ползва от свобода на движение в хипотезата, в която посоченият родител, който е гражданин на трета страна и носител на родителски права, не е на издръжка на това дете?
2. При утвърдителен отговор: в светлината по-специално на членове 7 и 24 от Хартата на основните права, както и на член 8 от ЕКПЧ и съгласно разширителното тълкуване на член 3, параграф 1 от Директива 2004/38 прилага ли се посочената директива за този родител и в случай че той нито придружава, нито се присъединява към детето си, което вече е установено в друга държава членка, а продължава да пребивава в държавата членка по произхода на детето?
3. При утвърдителен отговор: в светлината по-специално на членове 7 и 24 от Хартата на основните права, както и на член 8 от ЕКПЧ, произтича ли за този родител право на пребиваване на повече от три месеца в държавата членка по произхода на детето по силата на разширително тълкуване на член 7, параграф 2 от Директива 2004/38, при всички положения, докато той притежава и действително упражнява родителски права?

Б. По член 6, параграф 1 ДЕС във връзка с Хартата на основните права:

Първи въпрос:

- а) Приложима ли е Хартата на основните права съгласно член 51, параграф 1, първо изречение, втора хипотеза от нея, когато предметът на спора се обуславя от национален закон (или от част от закон), с който — но не единствено — са транспонирани европейски директиви?
- б) При отрицателен отговор: приложима ли е Хартата на основните права съгласно член 51, параграф 1, първо изречение, втора хипотеза от нея само поради това че жалбоподателят би могъл евентуално да се позове на право на пребиваване съгласно правото на

Европейския съюз и че следователно в съответствие с член 5, параграф 2, първо изречение от Freizügigkeitsgesetz/EU той може да поиска да му бъде издадена карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза на основание член 10, параграф 1, първо изречение от Директива 2004/38?

- в) При отрицателен отговор: приложима ли е Хартата на основните права съгласно член 51, параграф 1, първо изречение, втора хипотеза от нея, като се вземе предвид и съдебната практика по дело ERT (Решение на Съда от 18 юни 1991 г. по дело C-260/89, точки 41—45), когато държава членка ограничава правото на пребиваване на бащата на непълнолетен гражданин на Съюза, който през по-голямата част от времето пребивава с майка си в друга държава — членка на Съюза, поради нейната професионална заетост, при положение че бащата, гражданин на трета страна, е също носител на родителски права?

Втори въпрос:

- а) В случай че Хартата е приложима: възможно ли е да се изведе пряко от член 24, параграф 3 от Хартата право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза за бащата, гражданин на трета страна, при всички положения, когато е носител на родителските права и когато ги упражнява реално по отношение на детето си, дори когато детето пребивава през по-голямата част от времето в друга държава — членка на Европейския съюз?
- б) При отрицателен отговор: произтича ли от правото на свободно движение, от което се ползва дете в качеството му на гражданин на Съюза съгласно член 45, параграф 1 от Хартата, според случая, във връзка с член 24, параграф 3 от Хартата, право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза за бащата, гражданин на трета страна, при всички положения, когато той е носител на родителските права и когато той ги упражнява реално по отношение на детето си, без правото на свободно движение на детето да изгубва по-специално своето полезно действие?

В. По член 6, параграф 3 ДЕС във връзка с общите принципи на правото на Съюза:

1. Могат ли „неписаните“ основни права на Европейския съюз, разгърнати в съдебната практика на Съда, считано от приемане на Решение по дело Stauder (дело 29/69, точка 7) до, например, Решение по дело Mangold (дело C-144/04, точка 75), да се прилагат в пълния им обхват дори когато в конкретния случай Хартата на основните права е неприложима, с други думи, съществуват ли основните права, които съгласно член 6, параграф 3 ДЕС имат качеството на общи принципи на Съюза, самостоятелно и независимо едновременно с основните права от Хартата съгласно член 6, параграф 1 ДЕС?
2. При утвърдителен отговор: може ли с оглед ефективното упражняване на родителските права от общите принципи на правото на Съюза, и по-специално в светлината на зачитането на семейния живот съгласно член 8 ЕКПЧ, да бъде изведено право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза за бащата на непълнолетен гражданин на Съюза, който през по-голямата част от времето пребивава с майка си в друга държава — членка на Съюза, поради нейната професионална заетост, при положение че бащата е гражданин на трета страна?

Г. По член 21, параграф 1 ДФЕС във връзка с член 8 ЕКПЧ:

Когато член 6, параграф 1 или параграф 3 ДЕС не позволяват на жалбоподателя придобиването на право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза: може ли с оглед гарантиране на ефективното упражняване на родителските права и като се вземе предвид съдебната практика по Решение по дело Zhu и Chen (Решение на Съда от 19 октомври 2004 г. по дело C-200/02,

точки 45—47) от правото на свободно движение на непълнолетен гражданин на Съюза, който през по-голямата част от времето пребивава с майка си в друга държава — членка на Съюза, поради нейната професионална заетост, да се изведе въз основа на член 21, параграф 1 ДФЕС, евентуално в светлината на член 8 от ЕКПЧ, право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза в държавата членка по произхода на детето за бащата, гражданин на трета страна?

Д. По член 10 от Директива 2004/38:

Ако бъде признато право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза: има ли родител — гражданин на трета страна, намиращ се в положението на жалбоподателя — право да му бъде издадена „карта за пребиваване за член на семейството на гражданин на Съюза“ евентуално съгласно член 10, параграф 1, първо изречение от Директивата?“.

26. Запитващата юрисдикция обаче посочва, че „[в]сички преюдициални въпроси, разбира се, могат да бъдат обобщени в един-единствен въпрос:

За да може гражданин на трета страна, който упражнява родителски права в качеството му на родител, да поддържа редовно лични отношения и преки контакти с детето си, което притежава гражданство на Съюза, предоставя ли правото на Европейския съюз на този родител право да остане в държавата членка по произход на детето въз основа на „карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза“, когато поради упражняването на правото му на свободно движение детето е установено в друга държава членка?“⁷.

V – Анализ на преюдициалните въпроси

A– *Поредност на разглеждане на преюдициалните въпроси*

27. Отправна точка на последващото изложение следва да бъде възпроизведеният в точка 26 по-горе обобщен въпрос, който следва да бъде анализиран в светлината на засегнатите в точка 25 правни аспекти, доколкото последните са релевантни.

28. Ето защо, на първо място, запитващата юрисдикция иска да се установи дали при обстоятелствата по главното производство жалбоподателят може да се позове на изведено от правото на Съюза право на пребиваване в държавата членка по произход на детето му, което е германски гражданин. На второ място, запитващата юрисдикция иска да се установи дали въз основа на това право жалбоподателят има право да му бъде издадена „карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза“.

Б– *По правото на пребиваване на гражданин на трета страна и носител на родителски права в държавата членка по произхода на непълнолетен гражданин на Съюза, който се е преместил в друга държава членка*

29. Възможно е правото на пребиваване на жалбоподателя в Германия в съответствие с правото на Съюза да бъде изведено от Директива 2004/38 или от първичното право.

30. По-долу следва да се провери преди всичко дали подобно право на пребиваване може да бъде основано на Директива 2004/38.

⁷ — Вж. стр. 16 от акта за преюдициално запитване.

1. Директива 2004/38

31. При проверката дали е възможно право на пребиваване да бъде основано на Директива 2004/38, най-напред е необходимо да се анализират текстът на нейните разпоредби, нейната обща структура, смисъл и цел. След това следва да се прецени дали резултатът от това тълкуване на Директива 2004/38 съответства на основните права с оглед на текста, общата структура и целта на тази директива.

а) Граматическо тълкуване на Директива 2004/38

32. Право на пребиваване за жалбоподателя в Германия би могло да се изведе от член 7, параграф 2 или от член 12, параграф 3 от Директива 2004/38. Освен това следва да бъде взето предвид съображение 5 от тази директива.

i) Член 7, параграф 2 във връзка с член 2, точка 2, буква г) от Директива 2004/38

33. Когато гражданин на Съюза отива в друга държава членка, на която не е гражданин, член 7, параграф 2 от Директива 2004/38 във връзка с член 2, точка 2, буква г) от нея предоставя на родителите на гражданина на Съюза право на пребиваване в тази държава членка за повече от три месеца, ако са на издръжка на гражданина на Съюза. Посоченото право на пребиваване обаче се прилага само при условие че съответният член на семейството действително придружава или се присъединява към гражданина на Съюза в приемащата държава членка.

34. Посочените по-горе условия не са изпълнени в главното производство. Всъщност, от една страна, бащата, който е гражданин на трета страна, не се позовава на право на пребиваване точно в приемащата държава членка, в която е отишла дъщеря му, а именно Австрия, а в държавата членка по произход на дъщеря си, а именно Германия. От друга страна, от текста на член 7, параграф 2 от Директива 2004/38 не може да се изведе, че той си прилага в настоящия случай, поради факта че бащата, японец, нито се е присъединил към дъщеря си, нито я е придружил в приемащата държава членка. На последно място, условието по член 2, точка 2, буква г) от Директива 2004/38 също не е изпълнено, тъй като *в конкретния случай* не бащата е на издръжка на гражданина на Съюза, а гражданинът на Съюза е на издръжка на бащата⁸.

ii) Член 12, параграф 3 от Директива 2004/38

35. Безспорно, член 12, параграф 3 от Директива 2004/38 предоставя на „родителя, който [в действителност упражнява родителските права]“, независимо от гражданството му, право на пребиваване до приключване на обучението на детето. Тази разпоредба, предвид ясният ѝ текст, се прилага само в хипотезата на отпътуване на гражданина на Съюза *от приемащата го държава членка*, а не в разглежданата в случая хипотеза на отпътуване на гражданина на Съюза *от държавата членка по неговия произход*. Това означава, че и тази разпоредба не предоставя на бащата японец на преместилия си в Австрия германски гражданин право на пребиваване в Германия.

iii) Съображение 5 от Директива 2004/38

36. На пръв поглед текстът на съображение 5 от Директива 2004/38 е широко формулиран и разгледан сам по себе си, изглежда предоставя на гражданите на трети държави в рамките на Съюза право на пребиваване „на територията на държавите членки“.

⁸ — Що се отнася до съдържащото се в член 1, параграф 1, буква б) от Директива 90/364/ЕИО подобно правило, вж. също Решение от 19 октомври 2004 г. по дело Zhu и Chen (C-200/02, Recueil, стр. I-9925, точка 44).

37. Това изявление обаче, формулирано като съображение, може да се квалифицира само като принцип, който следва да се има предвид при тълкуването на Директива 2004/38. Той не може да обезсмисли изчерпателното изброяване и конкретните условия за прилагане на правата на пребиваване, които тази директива предоставя, и да ги замени с безусловно право на пребиваване на членовете на семейството в рамките на Съюза⁹. В противен случай не би се запазило самостоятелното приложно поле например на член 7, параграф 2 и член 12, параграф 3 от Директива 2004/38.

38. Следователно от съображение 5 от Директива 2004/38 също не може да бъде изведено за гражданина на трета страна право на пребиваване в държавата членка по произход на неговото дете.

iv) Междинно заключение

39. Налага се изводът, че граматическото тълкуване на Директива 2004/38 не позволява да се изведе право на пребиваване на жалбоподателя в Германия. Съгласно трайната практика на Съда при тълкуването на разпоредба на правото на Съюза трябва да се взема предвид не само нейното съдържание, но и нейният контекст и целите на правната уредба, от която тя е част¹⁰.

40. След като текстът на Директива 2004/38 не позволява да се обоснове право на пребиваване на гражданина на трета страна и носител на родителски права в държавата членка по произход на непълнолетния гражданин на Съюза, следва да се провери дали разглежданата директива, отчитайки общата ѝ структура и цели, подлежи на „по-широко тълкуване“¹¹ от буквалния ѝ текст.

б) Систематично тълкуване на Директива 2004/28

41. Що се отнася до въпроса дали са налице систематични съображения в подкрепа на тезата за позоваване на Директива 2004/38 отвъд буквалния ѝ текст с цел да се обоснове в полза на граждани на трети държави и носители на родителски права право на пребиваване в държавата членка по произход на тяхното дете, което се е преместило в друга държава членка, Комисията правилно отбелязва¹², че общата структура на Директива 2004/38 не допуска никаква свобода на действие за разширяване на обхвата на правото на пребиваване по отношение на положения, в които членовете на семейството на гражданин на Съюза, които са граждани на трети държави, искат да пребивават в държавата членка по неговия произход, след като самият гражданин на Съюза се е преместил в друга държава членка.

9 — Във връзка с това вж. Riesenhuber, Karl. Die Auslegung. — In: Riesenhuber, K. Europäische Methodenlehre. 2. ed. Walter de Gruyter, Berlin/New York 2010, § 11, 37: „Правата трябва винаги да се извеждат от нормативната част на даден правен акт“.

10 — Вж. Решение от 18 май 2000 г. по дело KVS International (C-301/98, Recueil, стр. I-3583, точка 21), Решение от 23 ноември 2006 г. по дело ZVK (C-300/05, Recueil, стр. I-11169, точка 15) и Решение от 29 януари 2009 г. по дело Petrosian и др. (C-19/08, Сборник, стр. I-495, точка 34). Относно особеностите на методите на тълкуване на правото на Съюза вж. Wendehorst, C. Methodenlehre und Privatrecht in Europa. — In: Jabloner, C. et al. Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2011, p. 827 sq.; що се отнася до специфичните рискове, свързани с многоезичието в правото на Съюза, вж. Müller, F./Christensen, R. Juristische Methodik, Band II, Europarecht. 2. ed., Duncker & Humblot, Berlin 2007, 324—344.

11 — Вж. стр. 16 от акта за преюдициално запитване.

12 — Вж. точка 45 от нейното писмено становище. По настоящото дело не е необходимо по-подробно изложение по въпроса за евентуалната релевантност на Директива 2004/38 след последващо завръщане на гражданина на Съюза в неговата държава членка по произход поради липсата на фактически данни в този смисъл. Относно подобна проблематика вж. Решение от 11 декември 2007 г. по дело Eind (C-291/05, Сборник, стр. I-10719).

42. Всъщност правото на пребиваване, което Директива 2004/38 предоставя на член на семейството, който е гражданин на трета страна, в член 7, параграф 2 от Директива 2004/38 е обусловено от изискването членът на семейството да е придружил или да се е присъединил към гражданина на Съюза в приемащата държава членка.

43. Наистина Съдът подчертава, че в интерес на полезното действие на Директива 2004/38 изразът „членове на семейство[то] [на гражданин на Съюза], които го придружават“ сам по себе си не трябва да се тълкува стеснително и че например е без значение дали съответните лица са влезли едновременно в приемащата държава членка¹³.

44. Както става ясно обаче от член 3, параграф 1 от Директива 2004/38, регулаторният подход на тази директива по принцип визира само хипотези, в които става въпрос за права на пребиваване на гражданина на Съюза и на членовете на неговото семейство в държави членки, различни от тази, на която гражданинът на Съюза е гражданин¹⁴.

45. Ето защо правото на пребиваване на член на семейството, който е гражданин на трета страна *в държавата членка по произход на гражданина на Съюза*, по принцип не попада в обхвата на Директива 2004/38, включително в хипотезата, в която гражданинът на Съюза, но не и член на неговото семейство, напуска държавата членка по своя произход, за да се установи в приемаща държава членка.

46. Законодателят на Съюза не е пренебрегнал въпроса за евентуалното отпътуване на гражданина на Съюза в рамките на Директива 2004/38, а го е уредил подробно в член 12 от нея. Член 12, параграф 3 от Директива 2004/38 обаче предоставя право на пребиваване на члена на семейството, който е гражданин на трета страна, само в приемащата държава членка, но не и в държавата членка по произход на гражданина на Съюза. Посочената разпоредба се прилага по-конкретно в хипотезата, в която гражданин на Съюза и носител на родителски права, първоначално се премества заедно със своя(та) съпруг(а), който/която е гражданин на трета страна, и с техните деца в приемащата държава членка, от която на свой ред отпътува, а другият родител, който е гражданин на трета страна, иска да остане с децата и занапред в тази държава до приключване на тяхното обучение. За разлика от това член 12 от Директива 2004/38 не урежда хипотезата на отпътуване от държавата членка по произход и въпроса за запазване за гражданина на трета страна на правото на пребиваване в тази държава, а освен това не е налице причина, поради която възприетият в член 12, параграф 3 от Директива 2004/38 законодателен избор следва да се прилага по аналогия към държавата членка по произход откъд предмета на регулиране на разглежданата директива. Нещо повече, дори в хипотезата на прилагане по аналогия на член 12, параграф 3 от Директива 2004/38 в настоящия случай, от тази разпоредба не би могло да се изведе право на пребиваване на бащата поради съображението, че бащата, който е гражданин на трета страна, и неговото дете не пребивават повече в една и съща държава членка, който принцип обаче очевидно е в основата на член 12, параграф 3 от Директива 2004/38.

47. В крайна сметка общото за нормативната структура на член 7, параграф 2 и на член 12, параграф 3 от Директива 2004/38 е, че правото на пребиваване на гражданина на трета страна зависи от това на гражданина на Съюза, доколкото първият най-напред трябва да е придружил гражданина на Съюза в дадена приемаща държава членка, тоест в държава, различна от държавата членка по произход на гражданина на Съюза. Това условие не е изпълнено в главното производство, тъй като гражданинът на Съюза се е преместил в Австрия само с майка си.

13 — Решение от 25 юли 2008 г. по дело Metock и др. (C-127/08, Сборник, стр. I-6241, точка 93) и Определение от 19 декември 2008 г. по дело Sahin (C-551/07, Сборник, стр. I-10453, точка 28).

14 — Относно понятието „бенефициент“ по смисъла на Директива 2004/38/ЕО вж. точки 25—45 от заключението на генералния адвокат Kokott по дело McCarthy (Решение от 5 май 2011 г. по дело C-434/09, Сборник, стр. I-3375).

48. Ето защо предвид общата структура на Директива 2004/38 не е възможно позоваване на последната с цел да се обоснове в полза на гражданин на трета страна и носител на родителски права право на пребиваване в държавата членка по произхода на непълнолетен гражданин на Съюза, който се е преместил в друга държава членка.

49. На следващо място възниква въпросът дали отвъд общата нормативна структура на Директива 2004/38 по телеологични съображения е възможно позоваване на нея с цел да се обоснове в полза на гражданин на трета страна и носител на родителски права право на пребиваване в държавата членка по произход на непълнолетен гражданин на Съюза, който се е преместил в друга държава членка.

в) По телеологичното тълкуване на Директива 2004/38

50. Както посочих по-горе, Директива 2004/38 има за цел да уреди хипотези, в които става въпрос за права на пребиваване на гражданина на Съюза и на членовете на неговото семейство в държави членки, различни от тази, на която гражданинът на Съюза е гражданин. Поради това, предвид смисъла и целта на тази директива, не може да се изисква в приложното ѝ поле да попадат положения като разглежданото в главното производство, в което става въпрос единствено за държавата членка по произход на отпътувалия гражданин на Съюза и за право на пребиваване на член на семейството, което евентуално съществува в тази държава.

51. Запитващата юрисдикция поставя обаче и въпроса дали е възможно „разширително тълкуване“ на Директива 2004/38 в светлината на членове 7 и 24 от Хартата на основните права¹⁵, съгласно които семейният живот следва да се зачита и децата имат право на грижи и право да поддържат редовно лични отношения с родителите си.

г) Тълкуване на Директива 2004/38 в съответствие с основните права

52. Възможно е доразвиване на разпоредбите на Директива 2004/38 по пътя на тълкуване в съответствие с основните права.

53. Съгласно член 6 ДЕС Хартата на основните права е част от първичното право. Вторичното право на Съюза, каквото е посочената директива, трябва да се тълкува, доколкото е възможно, в съответствие с първичното право и следователно в съответствие с основните права. Доколкото даден правен акт може да се тълкува по няколко начина, следва да се даде предимство на тълкуването, което не би влязло в конфликт с основните права, защитавани от правния ред на Съюза¹⁶.

54. Съгласно член 51 от Хартата на основните права последната следва да се зачита при прилагането на Директива 2004/38. Въпросът за тълкуването и прилагането на правен акт в съответствие с основните права обаче изобщо не може да се постави извън приложното поле на този акт. Следователно, след като по-горе приех за установено, че Директива 2004/38

15 — Наистина запитващата юрисдикция обмисля възможността за подобно „разширително тълкуване“, но го счита по-скоро за „свързано с трудности“ (вж. стр. 16 от акта за преюдициално запитване).

16 — Вж. напр. Решение от 26 юни 2007 г. по дело *Ordre des barreaux francophones et germanophone* и др. (C-305/05, Сборник, стр. I-5305, точка 28 и цитираната съдебна практика) и Решение от 19 ноември 2009 г. по дело *Sturgeon* и др. (C-402/07 и C-432/07, Сборник, стр. I-10923, точка 48); относно предимството на основните права и на тълкуването в съответствие с основните права вж. Jarass, H. D. EU-Grundrechte. C. H. Beck, München 2005, § 3, 7.

изобщо не урежда разглежданата в настоящия случай хипотеза на правото на пребиваване на гражданин на трета страна в държавата членка по произхода на гражданина на Съюза, не е необходимо да се разглежда и въпросът за преценка на разпоредбите на Директивата в светлината на Хартата на основните права¹⁷.

55. Същият извод важи и по отношение на разпоредбите на ЕКПЧ¹⁸, които, подобно на Хартата на основните права, също биха могли да са от значение за целите на тълкуването единствено във връзка с приложното поле на Директива 2004/38. Като се има предвид, че разглежданата директива урежда само права на пребиваване в държави членки, различни от тази, на която гражданинът на Съюза е гражданин, този аспект също не е необходимо да бъде разглеждан по-задълбочено.

56. В този контекст обаче се поставя и въпросът дали основните права биха могли да намерят пряко приложение по други съображения и да предоставят на жалбоподателя, независимо от Директива 2004/38, право на пребиваване в държавата членка по произход на неговата дъщеря. Този въпрос ще бъде разгледан в точка 75 и сл. от настоящото заключение.

57. Основните права обаче не налагат да се доразвива установената с Директива 2004/38 правна уредба, за да може да се обоснове в полза на гражданин на трета страна и носител на родителски права право на пребиваване в държавата членка по произход на преместил се в друга държава непълнолетен гражданин на Съюза.

д) Междинно заключение

58. Като междинно заключение следва да се посочи, че от Директива 2004/38 не може да се изведе за гражданин на трета страна и носител на родителски права право на пребиваване в държавата членка по произход на преместил се в друга държава членка непълнолетен гражданин на Съюза.

59. След като вторичното право не предоставя на жалбоподателя претендираното право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза, по-нататък ще разгледам първичното право.

2. Първичното право

60. Жалбоподателят би могъл, в светлината на гарантираните от член 6, параграфи 1 и 3 ДЕС основни права, да се позове на право на пребиваване в държавата членка по произход на своето преместило се в Австрия дете на основание членове 20 и 21 ДФЕС.

17 — В точка 31 от заключението си по дело McCarthy (C-434/09) генералният адвокат Kokott отбелязва, че посочената директива като такава е в съответствие с първичното право, както впрочем се посочва и в съображение 31 от тази директива, по-специално по отношение на спазването на основните права.

18 — Относно тяхното отношение към Хартата на основните права вж. моето заключение, представено на 22 септември 2011 г. по дело N. S. и др. (C-411/10 и C-493/10, Решение от 21 декември 2011 г., Сборник, стр. I-13905, точки 142—148).

а) Право на пребиваване на гражданина на трета страна и носител на родителски права с оглед на ефективното гарантиране на най-съществената част от правата на непълнолетния, свързана със статута му на гражданин на Съюза

61. В настоящия случай бащата, който е гражданин на трета страна и носител на родителски права, не може да се позовава пряко на установената в членове 20 и 21 ДФЕС свобода на движение или на право на пребиваване въз основа на гражданството на Съюза. Съгласно практиката на Съда обаче качеството гражданин на Съюза може в конкретни случаи да доведе до признаване на право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза и на член на неговото семейство, който е гражданин на трета страна.

і) Досегашната практика на Съда¹⁹

62. Съгласно практиката на Съда признаването на изведено от първичното право право на пребиваване на родител, който е гражданин на трета страна, предполага, че отказът да се предостави право на пребиваване на този родител, който е гражданин на трета страна, накърнява възможността за действително упражняване на най-съществената част от правата, които предоставя статутът на гражданин на Съюза²⁰. Следователно право на пребиваване на родител, който е гражданин на трета страна — трябва да се подчертае, в същата държавата членка, в която пребивава непълнолетното лице, — се признава например ако „вследствие на [...] отказ да се предостави право на пребиваване [...] деца[та], [...], би трябвало да напуснат територията на Съюза“²¹ или ако в противен случай „правото на пребиваване на детето [би било] лишено от всякакво полезно действие“²².

63. Наскоро в Решение по дело Deresi²³, позовавайки се на критерия за „най-съществената част от правата, които предоставя статутът на гражданин на Съюза“, Съдът отново подчерта, че по принцип вторично право на пребиваване на гражданин на трета страна може да бъде признато само по изключение, като във връзка с това е посочил, че „макар да е възможно по икономически съображения или с цел запазване на единството на семейството на територията на Съюза за гражданина на държава членка да изглежда желателно членовете на семейството му, които не са граждани на някоя от държавите членки, да могат да пребивават с него на територията на Съюза, само по себе си това обстоятелство не е достатъчно, за да се приеме, че гражданинът на Съюза ще бъде принуден да напусне територията на Съюза, ако не им бъде предоставено такова право“. Същевременно обаче Съдът изрично е оставил открит въпроса „дали няма други съображения, свързани например с правото на закрила на семейния живот, които не допускат да се откаже право на пребиваване. Този въпрос обаче трябва да бъде разгледан в контекста на разпоредбите за защита на основните права и в зависимост от приложимостта им в съответния случай“.

19 — Вж. освен Решение по дело Deresi и др. (посочено в бележка под линия 2), Решение по дело Ruiz Zambrano (посочено в бележка под линия 3) и Решение по дело Zhu и Chen (посочено в бележка под линия 8), например Решение от 11 юли 2002 г. по дело Carpenter (C-60/00, Recueil, стр. I-6279, точка 46) относно свободното предоставяне на услуги „в светлината на основното право на зачитане на семейния живот“ и Решение от 5 май 2011 г. по дело McCarthy, C-434/09, Сборник, стр. I-3375, точка 57).

20 — Така Решение по дело Ruiz Zambrano (посочено в бележка под линия 3), точка 42, съгласно което национални мерки „[не може да лишават] гражданите на Съюза от възможността действително да се ползват от най-съществената част от правата, които статутът им на граждани на Съюза им предоставя“.

21 — Решение по дело Ruiz Zambrano (посочено в бележка под линия 3), точка 44.

22 — Решение по дело Zhu и Chen (посочено в бележка под линия 8), точка 45.

23 — Решение по дело Deresi и др. (посочено в бележка под линия 2), точки 65—69.

ii) Прилагане на изведените от съдебната практика принципи към фактите по главното производство

64. В настоящия случай едва ли може от самото начало да се застъпи тезата, че най-съществената част от правата на непълнолетния, свързана със статута му на гражданин на Съюза, би била засегната, ако на неговия баща, който е гражданин на трета страна, не бъде предоставено право на пребиваване в Германия в съответствие с правото на Съюза.

65. Тази теза се опровергава от обстоятелството, че гражданинът на Съюза на практика вече се е преместил с майка си в Австрия и следователно е упражнил свободата си на движение в пълен обем, въпреки че на неговия баща все още не е предоставено право да пребивава в Германия в съответствие с правото на Съюза. Доколкото това означава, че в конкретния случай не съществува явна заплаха за полезното действие на съществената част от правата, предоставени на гражданина на Съюза, в съответствие с изведените от съдебната практика принципи най-напред следва да се приеме, че не е налице основаващо се на гражданството на Съюза, съответно на свободата на движение на дъщерята вторично право на пребиваване на нейния баща в съответствие с правото на Съюза.

66. Следва обаче да се има предвид, че по всяка вероятност бащата, който е гражданин на трета страна и носител на родителски права, упражнява съвместно с майката на детето правото да се определя местопребиваването на това дете и следователно може да решава (съвместно с майката) къде да пребивава неговото дете. Не е изключено майката и бащата, в случай че има вероятност да не бъде продължено разрешението му за пребиваване в Германия или да му бъде отказано право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза, да обмислят възможността детето да се върне обратно в Германия.

67. В това — все още хипотетично — положение към настоящия момент трудно може да се установи наличието на конкретна намеса в най-съществената част от правата на дъщерята, предоставени ѝ от правото на Съюза.

iii) Междинно заключение

68. С оглед на изложеното по-горе и като се има предвид досегашната тенденция в практиката на Съда, в случай като разглеждания в главното производство не може да се обоснове право на пребиваване на гражданина на трета страна и носител на родителски права в държавата членка по произход на непълнолетния гражданин на Съюза.

69. В съдебната практика все още не е подробно разгледан въпросът дали с оглед на ефективното гарантиране на основните права първичното право позволява при обстоятелства като тези в главното производство да се обоснове в полза на гражданина на трета страна право на пребиваване в държавата членка по произход на гражданина на Съюза.

б) Право на пребиваване на гражданина на трета страна с оглед на ефективното гарантиране на основните права

70. В Решение по дело Deresi Съдът е съобразил тази възможност, като посочва: „ако [...] с оглед на фактите [...] прецени, че положението на жалбоподателите в главните производства се урежда от правото на Съюза, запитващата юрисдикция ще трябва да провери дали отказът да им се предостави право на пребиваване накърнява предвиденото в член 7 от Хартата право на

зачитане на личния и семейния живот. Обратно, ако приеме, че положението не попада в приложното поле на правото на Съюза, тя ще трябва да провери същия въпрос от гледна точка на член 8, точка 1 от ЕКПЧ²⁴.

71. Безспорно делото *Deresi* се отнася до въпроса за съвместното пребиваване на гражданин на Съюза и гражданин на трета страна в една и съща държава членка. Посочените по-горе съображения по делото *Deresi* обаче са толкова общо формулирани, че изглеждат приложими и към настоящия случай, в който става въпрос за две различни държави членки.

72. Тази проблематика следва да се разгледа по-долу, като в това отношение най-напред е необходимо да се провери дали Хартата на основните права изобщо е приложима в настоящия случай. Съгласно член 51, параграф 1 от Хартата на основните права това предполага да е налице връзка с прилагането на правото на Съюза.

73. Това означава, че не би било достатъчно да е налице връзка с чисто национални разпоредби без какъвто и да било елемент, свързан с правото на Съюза²⁵. Следва обаче да се приеме, че поначало е налице достатъчна връзка с прилагането на правото на Съюза, при положение че макар да не съставлява намеса в най-съществената част на правата, които статутът на гражданин на Съюза предоставя, отказът да се издаде разрешение за пребиваване в съответствие с правото на Съюза все пак ограничава правото на свободно движение на непълнолетния гражданин на Съюза, макар и в по-малка степен.

74. Част от доктрината, позовавайки се на текста на член 51 от Хартата на основните права, който предполага прилагане на правото на Съюза, поставя под въпрос приложимостта на основните права в контекста на ограниченията на основните свободи²⁶. Тези опасения важат и по отношение на установеното с член 21 ДФЕС право на свободно движение²⁷. Позоваването в Разясненията относно Хартата на основните права²⁸ на практиката на Съда, в която е призната приложимостта на основните права към мерки, които ограничават основните свободи²⁹, обаче подкрепя тезата, че установените с Хартата основни права се прилагат и по отношение на ограниченията на свободата на движение по смисъла на член 21 ДФЕС.

i) Ограничение на свободата на движение по смисъла на член 21 ДФЕС като фактор, който обуславя приложимостта на Хартата на основните права

75. Въпросът дали и ако това е така, в какъв обхват съществува ограничение на свободата на движение по смисъла на член 21 ДФЕС, в крайна сметка зависи от обстоятелствата по конкретния случай, които запитващата юрисдикция трябва да прецени.

24 — Решение по дело *Deresi* и др. (посочено в бележка под линия 2), точка 72.

25 — Запитващата юрисдикция изглежда обмисля тази възможност в раздел Б.1 от изложението на въпросите си.

26 — Относно състоянието на обсъжданията вж. Borowsky, M. — In: Meyer, J. *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 3. ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011, article 51, 29–31; Ehlers, D. — In: Ehlers, D. *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*. 3. Aufl., De Gruyter, Berlin 2009, § 14, 53 и Jarass, Op. cit. (посочено в бележка под линия 16), § 4, точка 15.

27 — Относно неговата правна природа вж. Решение по дело *Zhu и Chen* (посочено в бележка под линия 8), точки 39–41 и Решение от 2 октомври 2003 г. по дело *Garcia Avello* (C-148/02, Recueil, стр. I-11613, точка 24), както и Seyr, S./Rümke, H.-C. *Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft — zugleich eine Anmerkung zum Urteil in der Rechtssache Chen*. EuR 2005, 667, 672 sq.; Calliess, C. *Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik*. EuR 2007, p. 7, 23 sq.; и позовавайки се на съображение 2 от Директива 2004/38, Graf Vitzthum, N. *Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger*. EurR 2011, p. 550, 555, и по-специално бележка под линия 29.

28 — Във връзка с това вж. Разясненията по член 51 от Хартата на основните права, които могат да бъдат намерени в ОВ С 303, 2007 г., стр. 32.

29 — Вж. напр. Решение от 25 март 2004 г. по дело *Karner* (C-71/02, Recueil, стр. I-3025, точка 48 и сл. и цитираната съдебна практика), Решение от 11 юли 2002 г. по дело *Carpenter* (посочено в бележка под линия 19), точка 40 и Решение от 26 юни 1997 г. по дело *Familiapress* (C-368/95, Recueil, стр. I-3689, точка 24).

76. Не може да се отрече обаче, че евентуално несигурното в бъдеще положение на бащата от гледна точка на правото му на пребиваване в Германия може потенциално да разубеди непълнолетната му дъщеря в качеството ѝ на гражданин на Съюза да продължи да упражнява правото си на свободно движение³⁰ и следователно може да представлява ограничение на това право на свободно движение, дори и да не е намеса в най-съществената част от правата, предоставени от статута на гражданин на Съюза, по смисъла на досегашната съдебна практика³¹.

77. В това отношение евентуално има необходимост от по-подробни фактически констатации от страна на запитващата юрисдикция. Всъщност съдържанието на преписката по делото не позволява да се установят последиците от евентуално несигурното положение на жалбоподателя от гледна точка на правото му на пребиваване върху бъдещите планове за живота на майката и детето.

78. При все това изглежда правдоподобна възможността за гражданина на Съюза — дори да се предположи, че отношенията между баща и дъщеря, както следва от преписката по делото, са добри — да бъде възпрян да упражни правото си на свободно движение, още повече като се има предвид, че вследствие на евентуален отказ да се предостави право на пребиваване в Германия в съответствие с правото на Съюза би съществувал риск за бащата в качеството му на гражданин на трета страна да бъде принуден да заживее далече от нея. В това отношение обаче е необходимо да се направи цялостна преценка и освен това да се вземе предвид обстоятелството, посочено от германското правителство³², че съгласно националното право гражданинът на трета страна може да претендира за запазване на националното си разрешение за пребиваване.

79. Ако обаче *в конкретния случай* се приеме, че е налице подобно възпиращо действие на отказа да се предостави право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза и следователно ограничение на свободата на движение, основните права биха били приложими.

80. В този контекст е необходимо надлежно отчитане на основните права, като по-специално следва да се провери дали все пак от тях не произтича право на признаване на право на пребиваване на гражданина на трета страна в съответствие с правото на Съюза.

ii) Възможно ли е право на пребиваване въз основа на основните права?

81. От съображенията, които изложих по-горе, следва, че по силата на член 51, параграф 1, първо изречение от Хартата на основните права последната е приложима, при условие че отказът да се предостави право на пребиваване, накърнява правото на свободно движение на дъщерята по смисъла на член 21 ДФЕС и следователно става въпрос за прилагането на правото на Съюза.

82. От гледна точка на основните права в настоящия случай са релевантни по-специално правото на детето да поддържа редовно лични отношения и преки контакти с двамата си родители (член 24, параграф 3 от Хартата на основните права) и зачитането на семейния живот (член 7 от Хартата на основните права).

30 — Относно широкото тълкуване на понятието за ограничение вж. напр. Решение от 26 октомври 2006 г. по дело Tas-Hagen и Tas (C-192/05, Recueil, стр. I-10451, точка 30 и сл. и цитираната съдебна практика) и Решение от 18 юли 2006 г. по дело De Cuypere (C-406/04, Recueil, стр. I-6947, точка 39). Във връзка с това вж. също точка 69 от заключението на генералния адвокат Bot, представено на 27 март 2012 г. по дело Rahman и др. (C-83/11).

31 — Във връзка с това вж. стр. 21 и сл. от писменото становище на Комисията.

32 — Във връзка с това вж. точка 95 и сл. от писменото становище на Федерална република Германия.

83. Въпросът обаче дали в това отношение отказът да се предостави право на пребиваване, съставлява намеса в основните права, е спорен и на свой ред зависи от обстоятелствата в конкретния случай, които запитващата юрисдикция трябва да прецени³³.

84. Всъщност, ако на бащата бъде отказано право на пребиваване в Германия, това обстоятелство не би трябвало непременно да има последици върху неговата възможност да поддържа редовно контакт с детето си, което живее в Австрия. Напротив, член 24, параграф 3 от Хартата на основните права би следвало да гарантира именно възможността за бащата да поддържа контакт с детето си и в Австрия, след като то е упражнило правото на свободно движение.

85. Ако в конкретния случай обаче се окаже, че отказът да се предостави право на пребиваване, е съпроводен от осуетяване на възможността редовно да се поддържат лични отношения, това би могло да съставлява намеса в основните права, обосноваването на която би трябвало да се прецени от гледна точка на пропорционалността. В това отношение би следвало да се вземе предвид по-конкретно обстоятелството дали бащата на детето, който е гражданин на трета страна, освен това действително упражнява родителските си права и полага усилия да изпълни родителските си задължения.

86. В тази хипотеза по всяка вероятност от член 24, параграф 3 във връзка с член 7 от Хартата на основните права би могло да бъде изведено основано на основните права право на пребиваване на гражданина на трета страна по смисъла на Решение по дело *Dereci*³⁴.

87. Освен това следва да се отбележи, че аналогична преценка следва и от член 8 от ЕКПЧ, който е приложим за отношенията между родители и дете и когато родителите и детето повече не живеят постоянно в общо домакинство³⁵. Съгласно член 52, параграф 3 от Хартата на основните права правата съгласно Хартата, които съответстват на права, гарантирани от ЕКПЧ, имат същия смисъл и обхват като дадените им в ЕКПЧ. Член 52, параграф 3 от Хартата изрично изяснява, че тази разпоредба не е пречка правото на Съюза да предоставя по-широка защита³⁶.

в) Междинно заключение

88. Ето защо като междинно заключение следва да се установи, че от членове 20 ДФЕС и 21 ДФЕС в светлината на гарантираните съгласно член 6, параграфи 1 и 3 ДЕС основни права, и по-специално в светлината на установените с членове 7 и 24 от Хартата на основните права, може да произтича за родител, гражданин на трета страна и носител на родителски права, и за целите на редовно поддържане на лични отношения и преки родителски контакти право на пребиваване в държавата членка по произход на неговото дете, гражданин на Съюза, когато детето, упражнявайки правото на свободно движение, се е преместило от тази в друга държава членка. За да е налице такова право на пребиваване, отказът то да бъде предоставено, трябва да

33 — В този смисъл е също точка 78 от заключението на генералния адвокат Bot по дело *Rahman* и др. (посочено в бележка под линия 30), което обаче се отнася до пребиваване на членовете на семейството в същата държава членка.

34 — Относно релевантността на първичното право от гледна точка на правото на пребиваване във връзка с основните права и правата на човека вж. също точки 74 и 79 от заключението на генералния адвокат Bot по дело *Rahman* и др. (посочено в бележка под линия 30).

35 — Във връзка с това вж. Karpenstein, U./Mayer, F. C. EMRK. C. H. Beck, München 2012, article 8, 41—53 и цитираната съдебна практика, както и Grabenwarter, C. Europäische Menschenrechtskonvention. 4. ed., C. H. Beck, München 2009, § 22, 16—18. Относно установеното в член 8 от ЕКПЧ право вж. най-общо ЕСПЧ, Решение от 28 ноември 1996 г. по дело *Ahmut c/y Нидерландия* (Receuil des arrêts et décisions 1996-VI, 2030, § 71), Решение от 19 февруари 1996 г. по дело *Gül c/y Швейцария* (Receuil des arrêts et décisions 1996-I, 174, § 38) и Решение от 21 декември 2001 г. по дело *Sen c/y Нидерландия* (Receuil des arrêts et décisions 2001-I, § 31).

36 — Вж. моето заключение по дело *N. S.* и др. (посочено в бележка под линия 18), точка 143 и сл.

има ограничителен ефект върху правото на свободно движение на детето и в светлината на посочените по-горе основни права този отказ трябва да се счита за непропорционална намеса в основните права. Задача на запитващата юрисдикция е да извърши проверката в това отношение.

В – Право на издаване на „карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза“ по силата на правото на Съюза

89. Независимо от въпроса дали от гледна точка на основните права гражданинът на трета страна може в крайна сметка да се позовава на основано на първичното право право на пребиваване в Германия, той не може да иска да му бъде издадена „карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза“ въз основа на правото на Съюза.

90. Условието за издаване на тази карта са посочени изчерпателно в член 10 от Директива 2004/38 и специално са съобразени с правото на пребиваване, което Директива 2004/38 предоставя на гражданите на трети държави. Така по-конкретно се изисква да се представи удостоверение за регистрация на гражданина на Съюза, когото гражданинът на трета страна придружава или към когото се присъединява. Жалбоподателят в главното производство не е в състояние да представи такава карта, тъй като той всъщност не е последвал своята дъщеря в Австрия.

91. Както по отношение на материалното право на пребиваване, така и в този случай не е възможно прилагане на посочената разпорежба извън приложното поле на Директива 2004/38, поради което не съществува право на издаване на посочената карта за пребиваване в съответствие с правото на Съюза. Независимо от това, запитващата юрисдикция трябва да прецени, ако е необходимо, дали националното право предвижда издаването на посочената карта за всички случаи, в които съществува право на пребиваване в съответствие с правото на Съюза, тоест и извън приложното поле на Директива 2004/38.

VI – Заключение

92. Предвид гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, както следва:

„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, не предоставя на родител, гражданин на трета страна и носител на родителски права, за целите на редовно поддържане на лични отношения и преки родителски контакти, подлежащо на удостоверяване с карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза право да остане на територията на държавата членка по произхода на неговото дете, гражданин на Съюза, когато детето, упражнявайки правото на свободно движение, се е преместило от тази в друга държава членка.

От членове 20 ДФЕС и 21 ДФЕС в светлината на гарантираните съгласно член 6, параграфи 1 и 3 ДЕС основни права, и по-специално в светлината на установените с членове 7 и 24 от Хартата на основните права, може да произтича за родител, гражданин на трета страна и носител на родителски права, и за целите на редовно поддържане на лични отношения и преки родителски контакти право на пребиваване в държавата членка по произход на неговото дете, гражданин на Съюза, когато детето, упражнявайки правото на свободно движение, се е преместило от тази в друга държава членка. За да е налице това право на пребиваване, отказът

то да бъде предоставено, трябва да има ограничителен ефект върху правото на свободно движение на детето и в светлината на посочените по-горе основни права този отказ трябва да се счита за непропорционална намеса в основните права. Задача на запитващата юрисдикция е да извърши проверката в това отношение.

По силата на правото на Съюза не съществува право на издаване на карта за пребиваване на член на семейството на гражданин на Съюза, която да удостоверява посоченото право на пребиваване“.