



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 26. februarja 2019¹

Zadeva C-129/18

**SM
proti
Entry Clearance Officer, UK Visa Section**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva))

„Postopek predhodnega odločanja – Pravica državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic – Direktiva 2004/38/ES – Pojem potomca v ravni črti državljanov Unije – Združitev družine – Otrok pod skrbništvom v skladu s sistemom ‚kafala‘ po alžirskem pravu – Pravica do družinskega življenja – Varstvo otrokovih koristi“

1. Zakonca s francoskim državljanstvom, ki prebivata v Združenem kraljestvu, sta organe te države zaprosila, naj otroku z alžirskim državljanstvom, ki jima je bil v Alžiriji zaupan v varstvo in vzgojo (*recueil legal*) v skladu z ureditvijo „kafala“², izdajo dovoljenje za vstop.

2. Zoper odločbe britanskih organov o zavrnitvi prošnje za izdajo dovoljenja je otrok vložil ustrezna pravna sredstva, v okviru odločanja o katerih Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva) Sodišče sprašuje, če povzamem, ali se ta otrok v skladu z Direktivo 2004/38/ES³ lahko šteje za „potomca v ravni črti“ teh oseb, ki sta ga v okviru kafale sprejeli v varstvo in vzgojo. Če je tako, bi se olajšala njegova združitev z družino v državi članici, v kateri prebivata ti osebi.

¹ Jezik izvirnika: španščina.

² O značilnostih tega instituta glej točke od 34 do 39 spodaj.

³ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EGS (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 5, str. 46).

I. Pravni okvir

A. Mednarodno pravo

1. Konvencija o otrokovih pravicah⁴

3. Njen člen 20 določa:

„1. Otrok, ki je začasno ali za stalno prikrajšan za svoje družinsko okolje ali katerega koristi ne dopuščajo, da bi še naprej ostal v tem okolju, ima pravico do posebnega varstva in pomoči, ki mu jo zagotovi država.

2. Države pogodbenice morajo v skladu s svojo notranjo zakonodajo takemu otroku zagotoviti nadomestno skrb.

3. Takšna skrb lahko med drugim zajema rejništvo, kafalo po islamskem pravu, posvojitev ali, če je potrebno, nastanitev v primernih ustanovah, namenjenih skrbi za otroka [...]“.

2. Haaška konvencija z dne 29. marca 1993⁵

4. V njenem besedilu kafala ni omenjena.

3. Haaška konvencija z dne 19. oktobra 1996⁶

5. Njen člen 3 določa:

„Ukrepi, omenjeni v 1. členu, se lahko nanašajo predvsem na:

[...]

(e) namestitev otroka v rejniško družino ali zavod ali zagotovitev njegovega varstva v kafali ali podobni ustanovi;

[...]“.

6. Njen člen 33 določa:

„1. Če namerava organ, pristojen na podlagi 5. do 10. člena, otroka namestiti v rejniško družino ali zavod ali kafalo ali podobno ustanovo in naj bi bila ta namestitev ali zagotovitev varstva otroka v drugi državi pogodbenici, se najprej posvetuje z osrednjim ali drugim pristojnim organom te druge države. V ta namen mu pošlje poročilo o otroku in razlogih za predlagano namestitev ali zagotovitev varstva.

2. Odločba o namestitvi ali zagotovitvi varstva se lahko v državi prosilke sprejme le, če je osrednji ali drug pristojni organ zaprosene države odobril to namestitev ali zagotovitev varstva ob upoštevanju otrokovih koristi.“

⁴ Konvencija OZN z dne 20. novembra 1989.

⁵ Konvencija o varstvu otrok in sodelovanju pri meddržavnih posvojitvah (v nadaljevanju: Haaška konvencija iz leta 1993).

⁶ Konvencija o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju, uveljavljanju in sodelovanju glede starševske odgovornosti in ukrepov za varstvo otrok (v nadaljevanju: Haaška konvencija iz leta 1996).

B. Pravo Unije

*1. Listina Evropske unije o temeljnih pravicah*⁷

7. Člen 7 določa:

„Vsakdo ima pravico do spoštovanja svojega [...] družinskega življenja[...].“

8. Člen 24(2) določa:

„Pri vseh ukrepih javnih organov ali zasebnih ustanov, ki se nanašajo na otroke, se morajo upoštevati predvsem koristi otroka.“

2. Direktiva 2004/38

9. Člen 2, točka 2(c) določa:

„Za namene te direktive:

[...]

2. ‚Družinski član‘ pomeni:

[...]

(c) potomce v ravni črti, ki so mlajši od 21 let ali so vzdrževane osebe, in tiste zakonca ali partnerja, opredeljenega v točki (b)“.

10. Člen 3 določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za vse državljane Unije, ki se preselijo ali prebivajo v državi članici razen v tisti državi, katere državljani so, in za njihove družinske člane, kot opredeljene v točki 2 člena 2, ki jih spremljajo ali se jim pridružijo.

2. Brez vpliva na kakršno koli pravico do prostega gibanja in prebivanja, ki jo zadevne osebe lahko imajo, država članica gostiteljica, v skladu s svojo nacionalno zakonodajo, olajša vstop in prebivanje naslednjim osebam:

(a) katerim koli družinskim članom, ne glede na državljanstvo, ki ne spadajo pod opredelitev v točki 2 člena 2, ki so v državi, iz katere so prišli, vzdrževane osebe ali člani gospodinjstva državljana Unije, ki ima temeljno pravico do prebivanja [...]

[...]

Država članica gostiteljica temeljito preuči osebne razmere in utemelji vsako zavrnitev vstopa ali prebivanja tem ljudem.“

⁷ UL 2000, C 364, str. 1.

11. Člen 7(2) določa:

„Pravica do prebivanja, predvidena v odstavku 1, se razširi na družinske člane, ki niso državljani države članice in ki spremljajo ali so se pridružili državljanu Unije v državi članici gostiteljici, pod pogojem da takšen državljan Unije izpolnjuje pogoje, navedene v odstavku 1(a), (b) ali (c).“

12. Člen 27 določa:

„1. Ob upoštevanju določb tega poglavja lahko države članice omejijo svobodo gibanja in prebivanja državljanov Unije in njihovih družinskih članov ne glede na državljanstvo, in sicer zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja. Na te razloge se ne da sklicevati iz ekonomskih ciljev.

[...]“.

13. Člen 35 določa:

„Države članice lahko sprejmejo potrebne ukrepe za zavrnitev, prenehanje ali preklic katere koli pravice, dodeljene s to direktivo, v primeru zlorabe pravic ali prevare, kot so navidezne sklenitve zakonske zveze. [...]“.

C. Pravo Združenega kraljestva

1. The Immigration Regulations 2006 (uredba o priseljevanju iz leta 2006)⁸

14. Člen 7 določa:

„(1) Ob upoštevanju odstavka 2 se v tej uredbi za družinske člane osebe štejejo te osebe:

[...]

(b) njeni potomci v ravni črti in potomci v ravni črti njenega zakonca ali zunajzakonskega partnerja, ki:

(i) so mlajši od 21 let; ali

(ii) jih ta oseba ali njen zakonec ali zunajzakonski partner vzdržuje,

[...]“.

15. Člen 8 določa:

„1. V tej uredbi ‚širši družinski član‘ pomeni osebo, ki ni družinski član državljana EGP v skladu s členom 7(1)(a), (b) ali (c) in ki izpolnjuje pogoje iz odstavkov 2, 3, 4 ali 5.

[...]“.

⁸ SI 2006/1003.

2. Adoption and Children Act 2002 (zakon o posvojitvi in otrocih iz leta 2002)⁹

16. V skladu s členom 83 je kaznivo pripeljati otroka v Združeno kraljestvo, da bi bil v tej državi posvojen, ali v Združeno kraljestvo pripeljati v drugi državi posvojenega otroka, razen če je primernost posvojiteljev za posvojitev ocenila agencija za posvojitve iz Združenega kraljestva.

17. V členu 66(1) so našteje posvojitve, za katere se v pravu Anglije in Walesa priznava, da na njihovi podlagi otrok pridobi status posvojenca. Kafala na tem seznamu ni naštejana.

D. Alžirsko pravo

18. V alžirskem družinskem zakoniku (v nadaljevanju: ADZ) so v poglavju V, naslovljenem „Skrbnništvo“, knjige I, oziroma v poglavju VII, naslovljenem „O zakonskem skrbništvu (kafala)“, knjige II, določena ta pravila:

Člen 46: „Posvojitev (tabanni) je prepovedana s šeriatom in zakonom“.

Člen 116: „Zakonsko skrbništvo (kafala) je prostovoljna zaveza osebe, da bo za vzdrževanje, vzgojo in varstvo otroka skrbela enako, kot bi oče za svojega otroka. Ustanovi se s pravnim aktom.“

Člen 117: „Zakonsko skrbništvo se dogovori pred sodnikom ali notarjem z otrokovim soglasjem, če ima ta očeta in mater“.

Člen 118: „Imetnik pravice do zakonskega skrbništva (kafil) mora biti musliman, preudaren, pošten, otroka pod skrbništvom (makful) pa mora vzdrževati in ga biti sposoben varovati“.

Člen 119: „Starši otroka pod skrbništvom so lahko znani ali neznani“.

Člen 120: „Otrok pod skrbništvom mora ohraniti svojo prvotno razmerje s starši, če so ti znani. Če niso znani, se zanj uporabi člen 64 zakonika o zakonskem stanu.“

Člen 121: „Na podlagi zakonskega skrbništva pridobi njegov upravičenec skrbništvo in pravico do istih družinskih in šolskih dajatev, kakršne pripadajo zakonskemu otroku.“

Člen 122: „Z dodelitvijo pravice do zakonskega skrbništva se zagotovi, da se z otrokovim premoženjem, ki izhaja iz dediščine, volila ali darila, upravlja tako, kot je otroku najbolj v korist“.

Člen 123: „Imetnik pravice do zakonskega skrbništva lahko otroku pod skrbništvom voli volilo ali darilo do višine ene tretjine svojega premoženja. V delu, ki presega to tretjino, je oporočno razpolaganje nično in brez učinka, če vanj ne privolijo dediči.“

Člen 124: „Če oče in mati ali en od njiju zahteva, da se jima otrok pod skrbništvom vrne v varstvo in vzgojo, se lahko otrok, če je dosegel starost razsodnosti, odloči, ali se bo vrnil k svojim staršem ali ne. Če otrok pod skrbništvom še ni dosegel starosti razsodnosti, se lahko vrne staršem le z dovoljenjem sodnika in ob upoštevanju njegovih koristi“.

Člen 125: „Zahtevo za prenehanje zakonskega skrbništva je treba po predhodni obvestitvi državnega tožilca predložiti pri sodišču, ki ga je ustanovilo [...]“.

⁹ 2002 c. 38.

II. Dejansko stanje

19. V predložitvenem sklepu¹⁰ so opisana ta dejstva:

- „– Pritožnica, SM, se je rodila v Alžiriji 27. junija 2010 [...]. Je državljanka Alžirije. Njen skrbnik, g. M, je francoski državlján alžirskega rodu, ki ima dovoljenje za stalno prebivanje v Združenem kraljestvu. Njena skrbnica, ga. M, je francoska državljanka po rojstvu. Leta 2001 sta se v Združenem kraljestvu poročila. Ker nista mogla spočeti po naravni poti, sta leta 2009 odpotovala v Alžirijo, da bi tam ocenili njuno primernost za skrbnika po sistemu ‚kafala‘. Sodnik First-tier Tribunal (sodišče prve stopnje, Združeno kraljestvo) je [v sodbi z dne 7. oktobra 2013] odločil, da je bila to ‚odločitev, ki sta jo sprejela, ko sta izvedela, da je v Alžiriji lažje pridobiti skrbništvo nad otrokom kot v Združenem kraljestvu‘.
- Potem ko sta bila v postopku, ki ga je sodnik [First-tier Tribunal (sodišče prve stopnje)] štel za ‚omejenega‘, ocenjena kot primerna, sta bila junija 2010 obveščena, da je bila [SM] po rojstvu zapuščena. Zaposila sta, da bi postala njena skrbnika. Sledila je trimesečna čakalna doba, v kateri lahko po alžirski zakonodaji biološki starši otroka ponovno sprejmejo.
- Alžirsko ministrstvo za nacionalno solidarnost in družino v provinci Tizi Ouzou je 28. septembra 2010 izdalo sklep, s katerim je takrat trimesečno [SM] postavilo pod njuno skrbništvo.
- Na podlagi mnenja državnega tožilstva je bil 22. marca 2011 izdan akt o skrbništvu, s katerim jima je bilo podeljeno skrbništvo nad [SM] in nanju prenesena starševska skrb v skladu z alžirsko zakonodajo. V skladu s tem aktom sta dolžna: ‚otroku, ki jima je bil dodeljen v skrbništvo, dati islamsko izobrazbo, skrbeti za njegov telesni in duševni razvoj, izpolnjevati njegove potrebe, skrbeti za njegovo poučevanje, z njim ravnati kot biološki starši, ga ščititi, zagovarjati pred sodišči, prevzeti civilno odgovornost za škodljiva ravnanja‘.
- Z aktom sta pooblaščena tudi za prejemanje družinskih prejemkov, subvencij in odškodnin, do katerih sta ustrezno upravičena, za podpisovanje vseh upravnih in potovalnih listin ter za potovanje s [SM] zunaj Alžirije.
- Sodišče v provinci Tizi Ouzou je 3. maja 2011 izdalo sklep, naj se priimek [SM], ki je bil naveden na njenem rojstnem listu, spremeni v priimek g. in ge. M.
- Oktobra 2011 je g. M zapustil Alžirijo in se vrnil v Združeno kraljestvo, da bi se vrnil na delovno mesto kuharja. Ga. M je s [SM] ostala v Alžiriji.
- Januarja 2012 je [SM] zaprosila za vizum za obisk Združenega kraljestva, ki je bil zavržen. Maja 2012 je zaprosila za dovoljenje za vstop kot posvojen otrok državljana EGP v skladu s členom 12(1) ali podredno 12(2) uredbe o priseljevanju iz leta 2006.
- To je Entry Clearance Officer (ECO) zavrnil na osnovi tega, da (i) ker Alžirija ni bila podpisnica Haaške konvencije iz leta 1993 o meddržavnih posvojitvah in ni bila navedena v takrat veljavni Adoption (Designation of Overseas Adoptions) Order 1973 (odredba o posvojitvah (določitev posvojitvev, opravljenih v tretjih državah) iz leta 1973), alžirsko skrbništvo v okviru prava Združenega kraljestva ni bilo priznано kot posvojitev ter da (ii) ni bila vložena prošnja za meddržavno posvojitev v skladu s členom 83 zakona o posvojitvi in otrocih iz leta 2002“.

¹⁰ Točke od 11 do 15.

III. Postopki v Združenem kraljestvu¹¹

20. First-tier Tribunal (sodišče prve stopnje) je zavrnilo tožbo, ki jo je SM vložila zoper odločbo ECO. Menilo je, da SM ne izpolnjuje pogojev niti za zakonito niti za *de facto* posvojenega otroka. Prav tako naj ne bi spadala pod opredelitev pojmov „družinski član“, „širši družinski član“ ali „posvojeni otrok državljana EGP“ iz uredbe o priseljevanju iz leta 2006.

21. Upper Tribunal (višje sodišče, Združeno kraljestvo) je v okviru odločitve o pritožbi, ki jo je vložila SM, potrdilo, da ta ni „družinski član“ v skladu s členom 7 uredbe o priseljevanju iz leta 2006. Vendar pa je pritožbi ugodilo, ker je menilo, da SM spada pod opredelitev pojma „širši družinski član“ iz člena 8 te uredbe. Zadevo je zato vrnilo Secretary of State (ministrica, Združeno kraljestvo), da bi uporabila diskrecijsko pravico, ki ji je dodeljena s členom 12(2)(c) te uredbe.

22. Court of Appeal (pritožbeno sodišče, Združeno kraljestvo) je ugodilo pritožbi, ki jo je ECO vložil zoper odločbo Upper Tribunal (višje sodišče). Menilo je, da pravo vprašanje ni, ali SM spada pod opredelitev pojma „družinski član“ iz člena 7 ali pojma „širši družinski član“ iz člena 8 uredbe o priseljevanju iz leta 2006, temveč ali je „potomec v ravni črti“ v okviru opredelitve pojma „družinski član“ iz člena 2, točka 2(c), Direktive 2004/38, oziroma – če ni – ali spada pod pojem „kater[i] koli družinsk[i] član[i] [...], ki so v državi, iz katere so prišli, vzdrževane osebe ali člani gospodinjstva državljana Unije, ki ima temeljno pravico do prebivanja“ iz člena 3(2)(a) te direktive.

23. Court of Appeal (pritožbeno sodišče) je menilo, da Direktiva 2004/38 državam članicam dovoljuje omejitev oblik posvojitve, ki jih bodo priznavale za namene njenega člena 2, točka 2(c). Ker SM ni bila posvojena na način, ki ga pravo Združenega kraljestva priznava, ne more spadati pod ta člen, čeprav bi lahko spadala pod člen 3(2)(a).

24. Odločba Court of Appeal (pritožbeno sodišče) je bila izpodbijana pri Supreme Court (vrhovno sodišče, Združeno kraljestvo), ki je Sodišču predložilo vprašanja za predhodno odločanje.

IV. Vprašanja za predhodno odločanje

25. Supreme Court (vrhovno sodišče) skorajda „ne dvomi“, da je SM lahko zajeta s členom 3(2)(a) Direktive 2004/38, v zvezi z uporabo katerega v sporu je opravilo vrsto preudarkov, na katere se bom skliceval spodaj.

26. Vendar predložitveno sodišče navaja, da „ne more preprosto ugoditi pritožbi in uveljaviti odredbe Upper Tribunal (višje sodišče) na osnovi tega, da bi bilo treba primer SM obravnavati v skladu s členom 3(2)(a) Direktive 2004/38, če v resnici spada pod opredelitev pojma ‚družinski član‘ iz člena 2, točka 2(c). V tem primeru uživa samodejno pravico do vstopa in prebivanja, podeljeno z Direktivo. Kaj torej pomeni ‚potomec v ravni črti‘?“¹²

27. Najprej ugotavlja, da so v tem izrazu zajeti biološki otroci in vnuki ter ostali biološki potomci v ravni črti, nato pa navede, da ni prepričano, ali enako velja tudi za nebiološke. Po njegovem mnenju ni sporno, da morajo biti v njem zajeti tisti „potomci, ki so bili zakonito posvojeni v skladu z zahtevami države gostiteljice“.

¹¹ V skladu z besedilom predložitvenega sklepa (točki 14 in 15).

¹² Točka 22 predložitvenega sklepa.

28. Vendar po mnenju predložitvenega sodišča „obstajajo razlogi za stališče, da je obseg [tega izraza] širši“; v zvezi s tem se sklicuje na te preudarke:

- V točki 2.1.2 Sporočila Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu o smernicah za boljši prenos Direktive 2004/38/ES ter njeno učinkovitejšo uporabo¹³ je navedeno, da „pojem prednikov in potomcev velja tudi za posvojitelje in posvojence ter za mladoletnike pod skrbništvom stalnega zakonitega skrbnika“. Ker je SM pod stalnim zakonitim skrbništvom g. in ge. M., naj bi se zgornja navedba nanašala tudi nanjo.
- Pojem „potomec v ravni črti“ se ne more razlagati v skladu z nacionalnim pravom države članice gostiteljice, temveč je avtonomen pojem prava Unije, ki ga je treba v vsej Uniji razlagati enotno.¹⁴
- „Če nekatere države članice otroke ‚kafala‘ priznavajo kot potomce v ravni črti, druge pa ne, to očitno omejuje prosto gibanje državljanov Evropske unije, ki imajo takšne otroke. Diskriminira tudi tiste, ki zaradi verskih ali kulturnih razlogov ne morejo sprejeti pojma posvojitve, kot se ta razume v Združenem kraljestvu in nekaterih drugih evropskih državah, to je popoln prenos otroka iz ene družine in rodbine v drugo“.¹⁵
- „Po drugi strani dejstvo, da ima lahko pojem ‚potomec v ravni črti‘ avtonomen pomen, ne pomeni nujno, da bi moral imeti širok pomen“. Zato ni mogoče šteti, da gre pri vključitvi SM v to kategorijo za *acte clair*.¹⁶

29. Supreme Court, ki je izrazilo svojo zaskrbljenost, da bi zaradi razlagalnih razlik lahko nastajale priložnosti za izkoriščanje, zlorabo in trgovino z otroki ali njihovo umeščanje v neprimerne domove, se je v teh okoliščinah odločilo Sodišču predložiti ta vprašanja:

- „1. Ali je otrok, ki je pod stalnim skrbništvom državljana ali državljanov Unije v skladu s ‚kafala‘ ali drugo enakovredno ureditvijo, določeno z zakonodajo otrokove izvirne države, ‚potomec v ravni črti‘ v smislu člena 2, točka 2(c), Direktive 2004/38?
2. Ali se druge določbe te direktive, zlasti člena 27 in 35, lahko razlagajo tako, da se takim otrokom vstop zavrne, kadar so žrtve izkoriščanja, zlorabe ali trgovine z ljudmi ali so v nevarnosti, da to postanejo?
3. Ali ima država članica, preden prizna otroka, ki ni krvni potomec državljana EGP, za potomca v ravni črti na podlagi navedenega člena 2, točka 2(c), pravico preučiti, ali je bil postopek za postavitve otroka pod skrbništvo ali v varstvo tega državljana EGP takšen, da so bile v njem dovolj upoštevane otrokove koristi?“

V. Postopek pred Sodiščem

30. Sodno tajništvo Sodišča je predlog za sprejetje predhodne odločbe prejelo 19. februarja 2018.

31. Pisna stališča so predložile SM, organizaciji Choram Children Legal Centre in Aire Centre, vlade Češke republike, Nemčije, Belgije, Nizozemske, Poljske in Združenega kraljestva ter Komisija. Vse razen vlad Poljske in Češke republike so se udeležile obravnave, opravljene 4. decembra 2018.

13 COM(2009) 313 final; v nadaljevanju: Sporočilo.

14 V podporo temu stališču navaja sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi Coman (C-673/16, EU:C:2018:2, točka 32) in sklepne predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Rahman in drugi (C-83/11, EU:C:2012:174).

15 Točka 27, zadnji odstavek, predložitvenega sklepa.

16 Prav tam.

VI. Presoja

A. Uvodni preudarek

32. Jedro spora je vprašanje, ali je s pojmom „potomec v ravni črti“ (ki je del širšega pojma „družinski član“) iz člena 2, točka 2(c), Direktive 2004/38 zajet otrok pod stalnim skrbništvom državljana Unije, ki ga ta v okviru ureditve kafala sprejme v vzgojo in varstvo.¹⁷

33. Na to vprašanje ni mogoče odgovoriti na splošno ter *in abstracto*. Kafala je institut družinskega prava nekaterih držav z islamsko tradicijo, ki pa v vseh teh državah nima enotne vsebine. Za ugotovitev, ali se makful (otrok) lahko šteje za „potomca v ravni črti“ kafila ali kafile (odraslih oseb, ki ga sprejmeta v varstvo in vzgojo), je treba:

- najprej upoštevati civilnopravne predpise otrokove izvirne države (to je, države, ki je dovolila, da se ga zaupa v varstvo in vzgojo);
- razjasniti, ali ima v okviru teh predpisov kafala lahko različne pravne oblike, in če da, preučiti, kakšne pravne učinke ima ta, ki sta jo izbrala kafil ali kafila, ko sta otroka sprejela v varstvo in vzgojo; in
- preveriti, ali je med temi učinki tudi oblikovanje dejanske starševske vezi (kakršna obstaja med roditeljem in otrokom) med kafilom ali kafilo ter makfulom, ki presega vez, značilno za razmerja skrbništva. Če ta vez ni takšna, je treba preučiti, ali je razmerje med kafilom ali kafilo ter makfulom funkcionalno primerljivo s posvojitvijo.

34. Ob upoštevanju te sheme bom najprej preučil kafalo, kakor je urejena v alžirskem pravu in v mednarodnih dokumentih ter kakor jo je – zlasti kar zadeva razmerje med njo in posvojitvijo – v svoji sodni praksi obravnavalo Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP). Nato bom preveril, ali se otrok, poverjen v kafalo, glede na določbe, s katerimi je urejen njegov pravni status, lahko šteje za potomca v ravni črti oseb, ki ga sprejmeta v varstvo in vzgojo, v smislu člena 2, točka 2(c), Direktive 2004/38. Za to bo treba opraviti razlago te določbe.

B. Pravna ureditev kafale

1. Kafala v alžirskem pravu

35. Kot sem že poudaril, se kafala razlikuje glede na upoštevani pravni sistem. Vendar se zdi, da ni sporno, da je vsem skupno to, da izhaja iz Korana, na podlagi katerega so lahko kafili le muslimani,¹⁸ ki se zavežejo, da bodo makfulu dali islamsko vzgojo.¹⁹

¹⁷ Čeprav se predložitveno sodišče sklicuje na institut „kafala“ ali *drugo enakovredno uredit[ev]*“, pa ne poda nobenih navedb glede take morebitne ureditve, zaradi česar bom preučil zgolj kafalo, ki je edina oblika skrbništva, uporabljena v tem primeru.

¹⁸ Člen 118 ADZ.

¹⁹ Tako je izrecno navedeno v aktu o skrbništvu nad SM (točka 12 predložitvenega sklepa).

36. V Alžiriji na podlagi te oblike skrbništva kafil ali kafila skrb, vzgojo in zaščito makfula zagotavljata enako kot oče za otroka.²⁰ Kafil ali kafila prevzameta skrbništvo nad tem otrokom, pri čemer pa ta oblika skrbništva ne povzroči nastanka razmerja med starši in otrokom ter ni primerljiva s posvojitvijo²¹, ki je v navedeni državi izrecno prepovedana.²²

37. V Alžiriji makful ne pridobi statusa dediča oseb, ki ga sprejmejo v varstvo in vzgojo, čeprav lahko ti nanj v obliki daril ali volil prenesejo sredstva do največ ene tretjine svojega premoženja.²³

38. Kafala je poleg tega začasna (makful je lahko le mladoletnik) in preklicljiva, in sicer bodisi na zahtevo bioloških staršev, če jih makful ima, bodisi na prošnjo kafila ali kafil.²⁴

39. Kar zadeva procesna jamstva za dodelitev kafale, obstaja poleg zasebne kafale, ki se dodeli pred notarjem *adul* in v zvezi s katero pravila niso zelo stroga, še sodna kafala, ki se ustanovi ali potrdi pred pristojnim sodiščem ob posredovanju državnega tožilstva po ugotovitvi, da je bil otrok zapuščen. V zadevi v glavni stvari je bil uporabljen zadnjenavedeni postopek.

2. Kafala v mednarodnih dokumentih

40. Kafala je skupaj z drugimi ukrepi za varstvo otrok, ki so začasno ali za stalno prikrajšani za svoje družinsko okolje ali katerih koristi ne dopuščajo, da bi še naprej ostali v tem okolju, izrecno omenjena v členu 20 Konvencije o otrokovih pravicah.

41. Nekatero udeleženko postopka²⁵ so menile, da ta omemba pomeni priznanje, da je kafala enakovredna posvojitvi, saj sta v istem členu omenjeni obe. Vendar menim, da je v členu 20 Konvencije o otrokovih pravicah naštet spekter ukrepov za varstvo otrok, ki niso nujno primerljivi. Na podlagi takega pristopa bi bila mogoča primerjava z oddajo v rejništvo ali namestitvijo v skrbniških ustanovah. Poleg tega je iz posebne pozornosti, ki je posvojitvi namenjena v členu 21, razvidno, da ima ta institut posebne značilnosti, zaradi katerih se razlikuje od drugih.

42. SM se v svojih stališčih sklicuje na „Smernice o alternativnih oblikah varstva otrok“ (v nadaljevanju: Smernice)²⁶, ki so besedilo, ki dopolnjuje Konvencijo, da bi podkrepila trditev o enakovrednosti med posvojitvijo in kafalo, o kateri naj bi bilo mogoče sklepati na podlagi točke 2 teh smernic²⁷.

20 Člen 116 ADZ.

21 Islamski pravni sistemi temeljijo na načelu ohranitve krvnih vezi in nemožnosti posvojitve, ki je prepovedana v večini (a ne v vseh) muslimanskih državah. Iz pisnih stališč, ki sta jih predložili organizacija Aire centre in SM, so razvidne razlike med ureditvami različnih držav (točka 51 oziroma točka 65).

22 Člen 46 ADZ.

23 Člen 123 ADZ.

24 Člena 124 in 125 ADZ.

25 Organizacija Aire Centre, SM in organizacija Choram Children Legal Centre.

26 Generalna skupščina Združenih narodov, 64. zasedanje z dne 24. februarja 2010 (A/RES/64/142). Njihov namen je izboljšati izvajanje Konvencije o otrokovih pravicah (točka 1).

27 V skladu s katero je njihov namen „podpirati prizadevanja, da otroci ostanejo ali so vrnjeni v varstvo svojih družin, ali, če to ni mogoče, da se najde druga primerna in stalna rešitev, vključno s posvojitvijo in kafalo po islamskem pravu“.

43. Vendar menim, da ob upoštevanju celotnih Smernic prav tako ni mogoče sklepati o enakovrednosti kafale in posvojitve. Podana je ista okoliščina, ki sem jo omenil zgoraj v zvezi s členom 21 Konvencije o otrokovih pravicah: tako v tej konvenciji kot v Smernicah so zgolj naštete – kot instrumenti, s katerimi je mogoče zagotoviti varstvo in vzgojo mladoletnika v stabilnem družinskem okolju – različne oblike zaščitnih ukrepov, ki po svojih pravnih učinkih niso nujno enaki.²⁸ To je tudi logično, saj sta dokumenta povezana.

44. V Haaški konvenciji iz leta 1993 pa, kot sem že poudaril, kafala ni omenjena. Razlog za to, da mednarodni akt, namenjen ureditvi posvojitve, o tem molči, je treba iskati prav v razlikah med tem institutom in kafalo.

45. Med obravnavo je ena od udeleženk zatrjevala, da je učinke kafale mogoče primerjati z učinki nepopolne posvojitve²⁹, saj otrok v obeh primerih ohrani prvotne sorodstvene vezi. V skladu s Haaško konvencijo iz leta 1993 je sicer res dopuščena možnost, da ne pride do prekinitve predhodnega pravnega razmerja med otrokom in starši (člen 26(1)(c)), vendar je v istem odstavku tega člena prav tako nedvoumno določeno – in to je ključno – da „priznanje posvojitve obsega priznanje: a) pravnega razmerja starši – otrok med otrokom in posvojitelji“.

46. V Haaški konvenciji iz leta 1996 pa so določeni ukrepi v korist otroka ali njegovega premoženja, ki se razlikujejo od posvojitve, med katerimi sta našteta tudi namestitev mladoletnika v rejniško družino ali zavod ali zagotovitev njegovega varstva v kafali ali podobni ustanovi. S členom 4 te konvencije sta iz njenega področja uporabe med drugimi izključeni vprašanja o ugotavljanju in izpodbijanju očetovstva/materinstva in o odločbi o posvojitvi.

47. Na podlagi obeh haaških konvencij je mogoče potrditi – po eni strani – da je posvojitev edini institut zaščite, za katerega je bilo sprejeto, da ga je treba posebej urediti v mednarodnem aktu, in – po drugi strani – da se njena ureditev, če gre za meddržavne posvojitve, razlikuje od te, ki se uporabi za ostale zaščitne ukrepe, kot so kafala, pravica do varstva in vzgoje, skrbništvo, varuštvo, rejništvo in upravljanje, ohranjanje ali razpolaganje z otrokovim premoženjem.

48. V obrazložitvenem poročilu o Haaški konvenciji iz leta 1996 (poročilo Lagarda)³⁰ so napotki za boljše razumevanje te konvencije:

- V njem je navedeno, da je bil v „Konvenciji z dne 5. oktobra 1961 o pristojnosti in pravu, ki se uporablja, v zvezi z zaščito mladoletnih oseb^[31] pojem ‚zaščitni ukrepi‘ [uporabljen], ne da bi bil opredeljen. Delegacije držav, ki niso stranke te konvencije, so želele, če že ne opredelitve, pa vsaj seznam vprašanj, na katera se ti ukrepi nanašajo. Ker se ti v posameznih zakonodajah razlikujejo, je bil seznam iz tega člena lahko le eksemplifikativen.“
- Konkretno v zvezi s točko (e) člena 3 je v poročilu poudarjeno, da sta „ukrepa namestitve otroka v rejniško družino ali zavod [...] prototipa zaščitnih ukrepov in sta očitno zajeta s Konvencijo“.

²⁸ V skladu s točko 122 Smernic, ki je zajeta v podnaslovu o „skrbi, ki se nudi v nastanitvenih zavodih“, gre za zagotovitev stabilne skrbi za mladoletnika v nadomestnem družinskem okolju. V skladu s točko 151, ki spada v okvir „skrbi za otroka, ki je že v tujini“, je kafala primerljiva s predhodno namestitvijo otroka v družino posvojitelja. V točki 160 se v zvezi s „skrbjo v položajih sile“ in za položaje, v katerih je združitev družine nemogoča, priporoča, da se preučijo „stabilne in končne rešitve, kot sta posvojitev ali kafala po islamskem pravu“, vendar so omenjene tudi druge „dolgoročne možnosti, kot so namestitev v rejniško družino ali ustrezen zavod, vključno s skupinskimi domovi ali drugačnimi nadzorovanimi nastanitvenimi rešitvami“.

²⁹ Pri nepopolni posvojitvi je v državah, v katerih je dovoljena, običajno dopustna ohranitev pravnega razmerja med otrokom in starši iz predhodne družine, kar ne posega v enako razmerje med posvojencem in posvojiteljem.

³⁰ Besedilo, sprejeto na 18. zasedanju Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu. Pariz, 15. januar 1997.

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

- Pojasnjeno je, da kafala ni posvojitev, ki je v islamskem pravu prepovedana, in nima nobenih učinkov, kar zadeva razmerje med starši in otroki. Otrok, na katerega se ukrep nanaša, ne postane član družine kafila in to je razlog, zaradi katerega kafala ni zajeta s Konvencijo o meddržavnih posvojitvah z dne 29. maja 1993. Vendar pa gre nedvomno za zaščitni ukrep, ki mora biti zato vključen v področje uporabe konvencije o varstvu otrok“.

3. Kafala (v razmerju do posvojitve) v sodni praksi ESČP

49. ESČP je vprašanja, ki se v zvezi s kafalo postavljajo glede njenega razmerja do posvojitve, z vidika Evropske konvencije o človekovih pravicah (v nadaljevanju: EKČP) obravnavalo v dveh sodbah.

50. V prvi je izhajajoč iz svoje preučitve primerjalnega prava navedlo, da „nobena država ne izenačuje kafale s posvojitvijo, ampak da ima v tej državi [Francija] in drugih učinek, ki je primerljiv s skrbništvom, varuštvom ali predhodno namestitvijo v družino posvojitelja“.³²

51. V tej sodbi je znova poudarilo, da člen 8 EKČP ne zagotavlja pravice ustvariti družino ali pravice do posvojitve; vendar pa zaradi tega ni izključeno, da imajo lahko države, ki so pristopile h Konvenciji, v nekaterih položajih pozitivno obveznost dopustiti oblikovanje in razvoj družinskih vezi, če je podano družinsko razmerje z otrokom.³³

52. Kljub temu je presodilo, da zaradi zavrnitve zahteve po izenačitvi kafale s popolno posvojitvijo ni kršena pravica do družinskega življenja, saj je s (francosko) zakonodajo prepoved posvojitve, ki velja v alžirskem pravu, omiljena tako, da se postopoma odpravlja glede na obstoj objektivnih znakov, da se otrok vključuje v francosko družbo.³⁴

53. V drugi sodbi³⁵ je ESČP znova preučilo pravico do družinskega življenja iz člena 8 EKČP in spomnilo, da je za možnost njegove uporabe značilno, da so podane „*de facto* družinske vezi“. V položaju, o katerem je moralo odločiti, je menilo, da se obstoj vezi, ki temelji na kafali, ne razlikuje od družinskega življenja v običajno sprejetem pomenu tega izraza in da zaradi ohranitve prvotnih družinskih vezi ni izključen obstoj družinskega življenja z drugimi osebami.³⁶

54. Vendar je ESČP presodilo, da tožeče stranke zaradi tega, ker so belgijski organi zavrnil zahtevo po izenačitvi kafale s posvojitvijo, niso izgubile pravice, da priznanje vezi, ki jih združuje, dosežejo drugače (v navedenem primeru prek belgijskega instituta poluradnega skrbništva).³⁷

32 Sodba ESČP z dne 4. oktobra 2012, Harroudj proti Franciji (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), točka 48, v katerih je ponovljeno to, kar je pojasnjeno v točki 21: „V dvaindvajsetih državah pogodbenicah, ki so bile upoštevane v primerjalni študiji zakonodaje, [...] kafale, ki je bila ustanovljena v tujini, nobena ne izenačuje s posvojitvijo. V primerih, v katerih so nacionalna sodišča priznala učinke kafale, odobrene v tuji državi, so jo vselej obravnavala kot obliko skrbništva, varuštva ali predhodne namestitve v družino posvojitelja.“

33 Prav tam, točka 41.

34 Prav tam, točke od 46 do 52.

35 Sodba z dne 16. decembra 2014, Chbihi Loudoudi proti Belgiji (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

36 Prav tam, točki 78 in 79.

37 Prav tam, točki 101 in 102.

4. Kafala ter priznavanje in izvrševanje sodnih odločb v pravu Evropske unije

55. Kljub vzporednosti med Uredbo o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo znotraj Unije³⁸ ter Haaško konvencijo iz leta 1996 kafala³⁹ v tej uredbi ni omenjena.

56. Čeprav Uredba št. 2201/2003 glede tega molči, se strinjam z generalno pravobranilko J. Kokott, da je njene določbe mogoče razlagati ob upoštevanju Haaške konvencije iz leta 1996; koristne smernice za to je mogoče izpeljati iz pojasnil v poročilu Lagarda, ki sem jih obravnaval zgoraj.⁴⁰

57. Na podlagi te premise bi se lahko dopustila možnost, da kafala, ki jo prizna sodni organ ene države članice, v drugi državi članici učinkuje na podlagi Uredbe št. 2201/2003, v katere členu 1(2) so omenjene „pravice do varstva in vzgoje otroka in pravice do stikov z otrokom; [...] skrbništvo, rejništvo in podobni[i] institut[i]; [...] določitev in naloge katere koli osebe ali telesa, ki so dolžni skrbeti za otrokovo osebnost ali premoženje, za zastopanje ali pomoč otroku.“ To pa ne bi bilo mogoče v zvezi s posvojitvijo, saj so iz področja uporabe te uredbe izključene „odločbe o posvojitvi, ukrep[i] pred posvojitvijo“ (člen 1(3)(b)).

C. Pojem potomca v ravni črti v okviru Direktive 2004/38 (prvo vprašanje za predhodno odločanje)

1. Avtonomna razlaga pojma

58. Ali ima besedna zveza „potomec v ravni črti“, uporabljena v členu 2, točka 2(c) Direktive 2004/38, v pravu Unije avtonomen pomen? To je eno od vprašanj, glede katerega imajo udeleženske postopka razhajajoča stališča.⁴¹

59. V skladu z ustaljeno sodno prakso „tako iz zahtev po enotni uporabi prava Unije kakor iz načela enakosti izhajajo, da je treba izraziti določbe prava Unije, ki se za opredelitev smisla in obsega ne sklicujejo posebej na pravo držav članic, navadno razlagati avtonomno in enotno v celotni Uniji“.⁴²

60. Sodišče je navedlo, da je treba to razlago „poiskati poleg v besedilu te določbe tudi ob upoštevanju okvira določbe in ciljev, ki jih uresničuje ureditev, katere del je“.⁴³

38 Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 243).

39 Zakonodajalec se v členu 1 pri opredelitvi področja uporabe Uredbe sklicuje na starševsko odgovornost, kar zadeva pravice do varstva in vzgoje otroka in pravice do stikov z otrokom; skrbništvo, rejništvo in podobne institute; določitev in naloge katere koli osebe ali telesa, ki so dolžni skrbeti za otrokovo osebnost ali premoženje, za zastopanje ali pomoč otroku; namestitev otroka v rejniško družino ali v oskrbo zavoda; in na ukrepe za zaščito otroka v zvezi z upravljanjem, ohranjanjem njegovega premoženja ali razpolaganjem z njim. Takoj nato so iz področja uporabe Uredbe – enako kot v Haaški konvenciji iz leta 1996 – izključena vprašanja v zvezi z razmerjem roditelj-otrok in posvojitvijo.

40 Stališče v zadevi Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:177, točka 17: „Treba je priznati, da je [...] poročilo [Lagarda] v okviru zgodovinske in sistematčne razlage Uredbe št. 2201/2003 mogoče upoštevati kot podlago za razlago ustreznih določb Uredbe. Kajti določbe Uredbe o pravici do varstva in vzgoje temeljijo na pripravljalnem gradivu h [Konvenciji o zaščiti otrok] in so z njim v veliki meri skladne, tudi glede določb o področju uporabe, ki so tu predmet razlage. Določbe Uredbe in ustrezne določbe iz Haaške konvencije bi morale biti zato poleg tega razložene po možnosti enako, da se preprečijo različne rešitve glede na to, ali se primer nanaša na drugo državo članico ali na tretjo državo.“

41 Medtem ko vladi Poljske in Združenega kraljestva trdita, da so za njegovo opredelitev izključno pristojne države članice, preostale udeleženske zagovarjajo stališče, da ga je treba za vso Unijo razlagati avtonomno.

42 Sodba z dne 18. oktobra 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, točka 28 in navedena sodna praksa). Poljska vlada poudarja, da je v tej sodni praksi uporabljen pridevnik „navadno“, vendar ne pojasni, zakaj bi bilo treba v tem primeru kljub temu, da se navedena določba Direktive 2004/38 ne sklicuje posebej na nacionalno pravo, odstopiti od uporabe splošnega pravila.

43 Sodba z dne 27. septembra 2017, Nintendo (C-24/16 in C-25/16, EU:C:2017:724, točka 70 in navedena sodna praksa). Na to usmeritev se v zvezi z Direktivo 2004/38 sklicujeta tudi generalna pravobranilca Y. Bot in M. Wathelet v sklepnih predlogih v zadevah Rahman in drugi (C-83/11, EU:C:2012:174, točka 39) oziroma Coman in drugi (C-673/16, EU:C:2018:2, točki 34 in 35).

61. Zaradi okvira, v katerem je v Direktivi 2004/38 izraz „potomec v ravni črti“ uporabljen kot posebna podkategorija pojma „družinski član“, se nagibam k stališču, da je prvonavedeni izraz avtonomen pojem prava Unije. Pravzaprav menim, da bi moralo biti praviloma tako v primerih, v katerih je v posamezni določbi – kot tu – določeno, da „za namene te direktive [...] pomeni [...]“.

62. Opredelitve, navedene pod tem uvodnim stavkom, so zato oblikovane tako, da so prilagojene izrazitvi tega, kaj v okviru natančno določenega okvira prava Unije (v tem primeru Direktive 2004/38) „pomeni“ ustrezeni pojem. Razen v primeru, v katerem se v opredelitvi napotuje na pravo držav članic, je treba za razmejitev okvira instituta, ki je opisan s tem pojmom, vselej raziskati pomen, ki mu je lasten v skladu s pravom Unije.

63. Primer izrecne napotitve na pravo držav članic je v členu 2 Direktive 2004/38, v katerem je poleg zakonca (člen 2, točka 2(a)) naveden „partne[r]“, s katerim je državljan Unije sklenil registrirano partnerstvo na podlagi zakonodaje države članice“ (člen 2, točka 2(b)). Razen omenjenega primera pojmi iz tega člena niso – ponavljam – odvisni od tega, kako so obravnavani v zakonodajah držav članic.

64. Sodba z dne 5. junija 2018, ki jo je Sodišče sprejelo v zvezi s pojmom „zakonec“⁴⁴ iz člena 2 Direktive 2004/38, je lahko v pomoč pri razjasnitvi avtonomnosti razlage tega pojma, ki jo je metodološko mogoče prenesti tudi na pojem „potomec v ravni črti“.

65. Čeprav Sodišče v sodbi ne omenja avtonomne razlage (drugače od generalnega pravobranilca, ki je v sklepnih predlogih predlagal njeno uporabo)⁴⁵, pa ni dvoma, da nazadnje pride do istega rezultata: pojem „zakonec“ v smislu Direktive 2004/38 ima svoje značilnosti⁴⁶ in država članica se „ne more sklicevati na svojo nacionalno zakonodajo“⁴⁷, da bi na tej podlagi zavrnila priznanje pravice do prebivanja, ki temelji na Direktivi.

66. Vendar uporaba pravne kategorije iz prava Unije ne pomeni nujno, da je ločena od ustreznih kategorij v pravih držav članic. Zato je treba za razjasnitev, ali instituti, določeni v zakonikih ali zakonih, s katerimi je družinsko pravo urejeno v vsaki državi članici (za kar so te pristojne), za namene neke določene direktive ustrezajo tem, ki so opredeljeni v njej, upoštevati te zakonike ali zakone.

2. Potomec v ravni črti v okviru Direktive 2004/38

67. Pomen opredelitve okvira tega pojma Direktive 2004/38 postane očiten ob preučitvi posledic, ki jih ima za vstop in prebivanje mladoletnikov, ki kljub temu, da so del družine (v širokem smislu) državljanov Unije, niso zajeti v tej kategoriji:

- „potomc[i] v ravni črti, ki so mlajši od 21 let ali so vzdrževane osebe“ *samodejno*⁴⁸ pridobijo pravico do vstopa in prebivanja v državi članici, v kateri živijo njegovi predniki, ki so državljani Unije.

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

⁴⁵ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi Coman in drugi (C-673/16 EU:C:2012:174, točke od 33 do 42).

⁴⁶ Sodba z dne 5. junija 2018, Coman in drugi (C-673/16, EU:C:2018:385, točka 35): „[Najprej je treba] poudariti, da je pojem ‚zakonec‘ v smislu Direktive 2004/38 spolno nevtralen in torej lahko zajema tudi zakonca zadevnega državljana Unije, ki je istega spola“.

⁴⁷ Prav tam, točka 36.

⁴⁸ Prislov *samodejno* je treba natančneje pojasniti, saj se v skladu s členom 10 Direktive 2004/38 „[p]ravica do prebivanja družinskih članov državljana Unije, ki niso državljani države članice, [...] dokaže z izdajo listine, imenovane ‚dovoljenje za prebivanje družinskega člana državljana Unije‘“. Za to izdajo je treba med drugimi dokumenti predložiti „listino, ki potrjuje obstoj družinskega razmerja ali registriranega partnerstva“ in „v primerih, navedenih v točkah (c) [potomci v ravni črti] in (d) člena 2(2), dokazilo o izpolnjevanju pogojev, ki so v njih določeni“.

- V zvezi s preostalimi člani širše družine, ki so zajeti v členu 3(2) Direktive 2004/38, vključno z mladoletnimi, se mora, če so izpolnjeni določeni predhodni pogoji⁴⁹, opraviti postopek presoje, ki ga izvedejo organi države gostiteljice. Ti morajo na podlagi te presoje: (i) v skladu z nacionalno zakonodajo olajšati njihov vstop in prebivanje,⁵⁰ (ii) temeljito preučiti osebne razmere in (iii) utemeljiti vsako zavrnitev vstopa ali prebivanja.⁵¹

68. Kot sem že navedel, predložitveno sodišče skorajda ne dvomi, da je SM zajeta v tej drugi kategoriji. Še več, britanske organe, ki so zadolženi za presojo, opozarja, da morajo v skladu s pravom Unije⁵² *olajšati* vstop otroka v Združeno kraljestvo. Posebej pa jim naroča, da morajo „pri tej oceni [...], naj bo to v Home Office [(ministrstvo za notranje zadeve)] ali pritožbenem sistemu, upoštevati tudi, da je namen Direktive poenostaviti in okrepiti pravico do prostega gibanja in prebivanja za vse državljane Unije, pri čemer je svoboda gibanja ena od temeljnih svoboščin notranjega trga. Če je nekdo primoran živeti ločeno od družinskih članov ali članov družine v širšem smislu, ga lahko to močno odvrča od uresničevanja te svoboščine.“⁵³

69. Vendar se predložitveno sodišče ni zadovoljilo zgolj s to možnostjo in si je postavilo vprašanje, ali bi bilo razmerje, ki nastane na podlagi kafale, v primeru SM lahko primerljivo z razmerjem med posvojiteljem in posvojencem. Če bi bilo tako, bi se SM priznal status iz člena 2, točka 2(c), Direktive 2004/38, na podlagi katerega je zagotovljeno večje varstvo družinskega življenja in boljše jamstvo zaščite otrokovih koristi.

70. Izhajal bom iz premise (o katere pravilnosti ne dvomim), da so s pojmom potomcev v ravni črti, uporabljenem v Direktivi 2004/38, zajeti tako biološki otroci kot posvojenci. Razmerje, ki nastane na podlagi posvojitve, se z vidika prava za vse namene obravnava kot razmerje med starši in otroki.

71. Ta ugotovitev se potrdi ob pregledu določb prava Unije, ki so najtesneje povezane z vsebino tega spora. Tako je z Direktivo 2003/86/ES⁵⁴, ki določa „pogoje za uveljavljanje pravice do združitve družin za državljane tretjih držav, ki zakonito prebivajo na ozemlju držav članic“, ta pravica, če so izpolnjene nekatere zahteve, priznana tudi:

- „– mladoletnim otrokom sponzorja in njegovega zakonskega partnerja, *vključno z otroki, ki so posvojeni* v skladu z odločitvijo pristojnega organa v državi članici [...];
- *mladoletnim otrokom, vključno s posvojenimi otroki* sponzorja, če ima sponzor skrbništvo nad otroki in te otroke vzdržuje [...];
- *mladoletnim otrokom, vključno s posvojenimi otroki* zakonca, če ima zakonec skrbništvo nad otroki in te otroke vzdržuje. [...]“⁵⁵

49 Eden od njih je to, da je prosilec vzdrževana oseba ali član gospodinjstva državljan Unije, ki ima pravico do prebivanja, kar je podano v obravnavani zadevi.

50 Člen 3(2), prvi pododstavek, Direktive 2004/38. Osebe, ki so državljani tretjih držav in so člani širše družine, uživajo torej ugodnost, ki izhaja iz njihovega družinskega razmerja z državljani Unije, tako da jim morajo države članice olajšati (čeprav ne brezpogojno) vstop in prebivanje.

51 Člen 3(2), zadnji pododstavek, Direktive 2004/38.

52 „Čeprav [...] člen 3(2) Direktive 2004/38 držav članic ne zavezuje, da osebam, ki so družinski člani v širšem smislu in ki jih državljan Unije vzdržuje, priznajo pravico do vstopa in prebivanja, pa je iz uporabe glagola v sedanjiku ‚olajša‘ v navedenem členu 3(2) kljub temu razvidno, da ta določba državam članicam nalaga obveznost, da prošnjam, ki jih vložijo osebe, ki dokažejo, da jih državljan Unije vzdržuje, daje neko prednost pred prošnjami drugih državljanov tretjih držav za vstop in prebivanje“. Sodba z dne 5. septembra 2012, Rahman in drugi (C-83/11, EU:C:2012:519, točka 21).

53 Točka 21 predložitvenega sklepa.

54 Direktiva Sveta z dne 22. septembra 2003 o pravici do združitve družine (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 224).

55 Člen 4(1)(b), (c) in (d) Direktive 2003/86 (moj poudarek).

72. Podobno se v skladu s členom 2(j) Direktive 2011/95/ES⁵⁶ za družinskega člana prosilca za mednarodno zaščito štejejo „mladoletn[i] otro[ci] parov iz prve alinee ali upravičenca do mednarodne zaščite, pod pogojem, da so neporočeni, in ne glede na to, ali so bili rojeni v zakonski zvezi ali zunaj nje ali *posvojeni, kot je opredeljeno v nacionalnem pravu*“. Ta opredelitev je ponovljena v členu 2(g) Uredbe (EU) št. 604/2013⁵⁷.

73. V drugih predpisih prava Unije so potomci v ravni črti opredeljeni z napotitvijo bodisi na Direktivo 2004/38⁵⁸ bodisi na zakonodajo ustrezne države članice.⁵⁹

74. Izhajajoč iz te predpostavke bi makful, če bi se kafala lahko štela za obliko posvojitve, kot posvojenec lahko postal „potomec v ravni črti“ teh oseb, ki sta ga sprejeli v varstvo in vzgojo.

75. V prid tej izenačitvi pojmov je predložitveno sodišče, s katerim se glede tega strinjajo nekatere udeleženske postopka predhodnega odločanja,⁶⁰ navedlo zgoraj omenjeno Sporočilo Komisije⁶¹.

76. V točki 2.1.2 tega Sporočila, ki se nanaša na „družinske člane v ravni črti“,⁶² so razmerja med mladoletniki pod skrbništvom in njihovimi stalnimi zakonitimi skrbniki dejansko izenačena z razmerji med posvojitelji in posvojenci. Če bi se privzelo to merilo, bi se SM kot otrok pod skrbništvom zakoncev, ki sta jo sprejela v varstvo in vzgojo, lahko štela za njuno posvojenko.

77. Vendar menim, da to izenačenje ni v skladu s pravilno razlago člena 2, točka 2(c), Direktive 2004/38. Poleg tega skoraj ni treba opozarjati, da Sporočilo ni zakonodajno besedilo.

78. Menim, da mladoletnik, ki je pod „skrbništvom stalnega zakonitega skrbnika“, zaradi tega ne postane „potomec v ravni črti“ (na podlagi posvojitve) svojega skrbnika. Obstaja več razlogov, ki govorijo proti temu izenačenju, in sicer tako na splošno kot v konkretnem položaju SM kot osebe, ki je bila zaupana v kafalo, kot je urejena v alžirskem pravu.

79. Iz splošnega vidika razmerja skrbništva ni mogoče izenačiti z razmerjem med starši in otroki. Še več, razmerje med starši in otroki (biološkimi ali posvojenimi) in razmerje skrbništva sta lahko podani sočasno, pri čemer je skrbnik druga oseba kot (biološki) starši (ali posvojitelji). Kot trdi nemška vlada, bi morala za možnost izenačitve nujno obstajati popolna enakost s pravnega vidika.

80. Ob preučitvi tega vprašanja z vidika stalnosti vezi je treba tudi ne glede na njeno vsebino ugotoviti, da je skrbništvo (in *a fortiori* kafala) institut, ki ni stalen, temveč začasen, saj velja le med mladoletnostjo varovanca. Razmerje med starši in otroki pa je – tudi če temelji na nepopolni posvojitvi – trajno.

⁵⁶ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. decembra 2011 o standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da so upravičeni do mednarodne zaščite, glede enotnega statusa beguncev ali oseb, upravičenih do subsidiarne zaščite, in glede vsebine te zaščite (UL 2011, L 337, str. 9).

⁵⁷ Uredba Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, ki jo v eni od držav članic vloži državljan tretje države ali oseba brez državljanstva (UL 2013, L 180, str. 31).

⁵⁸ Tako v Uredbi (ES) št. 1931/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. decembra 2006 o pravilih za obmejni promet na zunanjih kopenskih mejah držav članic in spremembi določb Schengenske konvencije (UL 2006, L 405, str. 1), člen 3(4)(i); Uredbi (EU) 2016/399 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o Zakoniku Unije o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah) (UL 2016, L 77, str. 1), člen 2(5)(a); ali Direktivi (EU) 2016/801 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. maja 2016 o pogojih za vstop in prebivanje državljanov tretjih držav za namene raziskovanja, študija, opravljanja pripravništva, prostovoljskega dela, programov izmenjave učencev ali izobraževalnih projektov in dela varušku au pair (UL 2016, L 132, str. 21), člen 3, točka 24.

⁵⁹ Uredba (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 5, str. 72); člen 1, točka (i).

⁶⁰ Organizaciji Aire Centre in Choram Children Legal Centre, SM in sama Komisija.

⁶¹ Točka 27.

⁶² „Pojem prednikov in potomcev velja tudi za posvojitelje in *posvojence ter za mladoletnike pod skrbništvom stalnega zakonitega skrbnika*, kar pa ne vpliva na vprašanja v zvezi s priznavanjem odločb nacionalnih organov. Rejenci in rejniki z začasnim skrbništvom lahko uživajo pravice iz Direktive glede na moč njihovih vezi v posameznem primeru. Stopnja sorodnosti ni omejena. Nacionalni organi lahko zahtevajo dokazila o zatrjevanem družinskem razmerju“ (moj poudarek).

81. Poleg tega je v zadnjem stavku točke 2.1.2 Sporočila Komisije navedeno, da lahko nacionalni organi zahtevajo dokazila o zatrjevanem družinskem razmerju, kar je mogoče storiti le v okviru postopka predhodne preučitve iz člena 3(2) Direktive 2004/38. Ta postopek pa se ne more uporabiti za „potomce v ravni črti“.

82. Če torej pustim ob strani Sporočilo Komisije, je po mojem mnenju bistveni znak, po katerem se posvojitve razlikuje od kafale ravno razmerje med starši in otroki. Medtem ko na podlagi kafale razmerje med starši in otroki ne nastane, pa je pri posvojitvi vselej tako, in sicer tudi v primeru njene manj izrazite različice, torej nepopolne posvojitve.

83. Do enakega sklepa se pride s preučitvijo različnih zgoraj omenjenih mednarodnih pravnih aktov,⁶³ s katerimi so urejene – ne da bi se kjer koli skušale izenačevati – posvojitve na eni strani in oblike zaščite otrok, kakršna je kafala, na drugi.

84. Poleg tega je treba upoštevati, da bi bilo stroge nadzorne mehanizme meddržavnih posvojitvev, ki so v Haaški konvenciji iz leta 1993 določeni zaradi zagotovitve otrokovih koristi, mogoče enostavno obiti,⁶⁴ če bi se za posvojitve lahko štela oblika skrbništva, ki se – prav zato, ker nima istih učinkov kot posvojitve – ustanovi z izvedbo nacionalnega postopka, za katerega niso določena enaka jamstva (ali – v primeru kafale, ki se ustanovi pred notarjem *adul* – ki se lahko izvede celo brez posredovanja državnih organov).

85. Zgornja ugotovitev je posebej relevantna, če se upošteva, da Alžirija ni ratificirala nobene od dveh haaških konvencij, tako da je ne zavezujejo mednarodna pravila, s katerimi so določeni nadzorni in jamstveni mehanizmi v zvezi z ukrepi za varstvo otrok, s katerimi se jih postavi pod skrbništvo v okviru kafale ali kakršne koli druge enakovredne ureditve.

86. Treba je spomniti, da alžirsko pravo, v skladu s katerim je bila SM zaupana v kafalo, s tem, da dopušča to obliko skrbništva in obenem prepoveduje posvojitve makfule, nasprotuje želeni izenačitvi. In ta prepoved ne obvezuje le v primeru, v katerem otrok zato, ker so njegovi roditelji znani, s svojimi predniki ohrani vez starši – otrok, temveč tudi v preostalih primerih. Kafil ali kafila pridobita le skrbništvo nad makfulom, ki pa zaradi kafale ne postane njun potomec v ravni črti. Kljub najboljši volji zato po mojem mnenju ni mogoče trditi, da je SM kot posvojenka potomec v ravni črti oseb, ki sta jo sprejela v varstvo in vzgojo.⁶⁵

87. Zaradi navedenega pa ni izključeno, da se po ustanovitvi kafale kafil ali kafila odločita, če se jima to zdi primerno in je v skladu s pravnim redom zadevne države dopustno, da bosta makfula posvojila. Ta rešitev je bila določena v nekaterih državah članicah⁶⁶ in na njeni podlagi je po mojem mnenju omogočeno, da makful, ki je bil naknadno posvojen (to je, v okviru meddržavne posvojitve, za katero se uporablja Haaška konvencija iz leta 1993), pridobi status potomca v ravni črti svojih posvojiteljev in lahko na podlagi tega statusa vstopi v državo članico, v kateri imata ta stalno prebivališče, in v njej prebiva.

⁶³ Točke od 39 do 47 teh sklepnih predlogov.

⁶⁴ V tem smislu sta razlogovali britanska (v točki 52 in naslednjih svojih stališč) ter nemška (v točki 32 in naslednjih svojih stališč) vlada.

⁶⁵ V točki 56 svojih pisnih stališč sama SM (to je, njeni zastopniki v postopku) trdi, „da bi bilo za g. M in go. M nepredstavljivo, da ne bi spoštovala (ali da bi se pričakovalo, naj ne spoštujeta) obljube, ki sta jo dala pred alžirskim sodiščem, da bosta SM dala islamsko vzgojo, in da bi jo posvojila v skladu s Haaško konvencijo [iz leta 1993], kar je po alžirskem pravu prepovedano“.

⁶⁶ V primeru Francije je ESČP menilo, da kolizijsko pravilo iz člena 370–3 civilnega zakonika (posvojitve mladoletnega tujca se ne more odrediti, če je s pravom njegove države izvora ta institut prepovedan, razen če je bil mladoletnik rojen in ima običajno prebivališče v Franciji), katerega uporaba za alžirske makfule je zaradi prepovedi, določene v alžirskem pravu, onemogočala njihovo posvojitve v Franciji, ni ovira za možnost njegove posvojitve, ko otrok pridobi francosko državljanstvo. Glej sodbo z dne 4. oktobra 2012, Harroudj proti Franciji (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), točka 51.

88. Preučitev različnih zgoraj navedenih zakonodajnih aktov Unije, v katerih se uporablja izraz „družinski član“ in omenjajo mladoletniki, potrjuje, da se pojem „potomec v ravni črti“ lahko nanaša na posvojence v razmerju do posvojitelja, ne pa tudi na osebe pod skrbništvom v razmerju do skrbnika.

3. Pomen, ki ga imata pravica do družinskega življenja in otrokova korist za razlago pojma potomca v ravni črti iz Direktive 2004/38

89. (Vmesni) sklep, do katerega sem prišel v zgornjih točkah, je treba pretresti še glede na pravice in načela iz Listine. Lahko bi se namreč zdelo, da je razlaga, ki jo predlagam, preveč formalistična in da je zaradi obveznosti spoštovanja pravice do družinskega življenja in tega, da je treba „upoštevati predvsem“ koristi otroka, (člen 7 oziroma člen 24(2) Listine) izenačenje kafale in posvojitve nujno.

90. Pri tej razlagi bo zopet primerno opozoriti na sodbi ESČP⁶⁷, v katerih je to razlagalo člen 8 EKČP (o pravici do družinskega življenja) v okviru položaja, v katerem so organi različnih držav članic podpisnic te konvencije zavrnilo zahtevo po izenačitvi razmerja, nastalega na podlagi kafale, z razmerjem, ki nastane s posvojitvijo.

a) Kafala in varstvo družinskega življenja

91. V Direktivi 2004/38 sta določeni dve možnosti, kako lahko mladoletnik, ki ni državljan Unije, v spremstvu oseb, s katerimi ima „družinsko življenje“, vstopi v državo članico in v njej prebiva. Razlika med njima je v tem, da iz člena 2, točka 2(c) (potomci v ravni črti) izhaja, da se družinsko življenje nadaljuje samodejno,⁶⁸ medtem ko je v skladu s členom 3(2) za to potrebna predhodna presoja okoliščin.

92. V tej zadevi je SM pri britanskih organih zaprosila „za dovoljenje za vstop kot posvojen otrok državljana EGP“. ⁶⁹ Vendar se njeni prošnji za vstop in prebivanje ne glede na obstoj statusa posvojenca lahko – kot priznava predložitveno sodišča – ugotovi na podlagi možnosti, ki je v členu 3(2) Direktive 2004/38 določena za druge „družinske člane“. Še več, zaradi zgoraj navedenih preudarkov tega sodišča je zelo zmanjšano polje proste presoje britanskih organov, da SM ne priznajo pravice do vstopa in prebivanja v Združenem kraljestvu, da bi lahko uresničevala družinsko življenje z državljanoma Unije, ki sta jo sprejela v varstvo in vzgojo.

93. Tako ne najdem razlogov, zakaj bi zavrnitev ene možnosti (namenjene potomcem v ravni črti) pomenila oviro za razvoj družinskega življenja, če lahko mladoletnik na podlagi alternativne možnosti (izdaja dovoljenje za prebivanje, ki se prizna na podlagi preverjanja, da je SM vzdrževana oseba ali član gospodinjstva državljan Unije, ki ima pravico do prebivanja) doseže *dejansko* pravno varstvo tega družinskega življenja.

94. Res je, da bi bilo s samodejnim priznanjem v skladu s členom 2, točka 2, Direktive 2004/38 povezanih manj težav. Vendar sem prepričan, da je z vidika, ki je upošteven v tem okviru, pravica do družinskega življenja spoštovana, čeprav je tako priznanje zaradi – v tem primeru – (po mojem mnenju nepremostljivih) razlagalnih težav, ki sem jih izpostavil, onemogočeno, vendar lahko mladoletnik uporabi mehanizem, kakršen je ta iz člena 3(2) te direktive.

⁶⁷ Sodbi z dne 4. oktobra 2012, Harroudj proti Franciji (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109) in z dne 16. decembra 2014, Chbihi in drugi proti Belgiji (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

⁶⁸ Ob pridržku, na katerega sem opozoril v opombi 48.

⁶⁹ Točka 13 predložitvenega sklepa.

95. Do podobnega sklepa je v zgoraj omenjenih zadevah prišlo ESČP. V sodbi Chbihi in drugi proti Belgiji⁷⁰ je ob navajanju sodbe, sprejete v zadevi Harroudj proti Franciji⁷¹, navedlo, da „z določbami člena 8 pravica ustvariti družino ali pravica do posvojitve nista zagotovljeni [...]. Vendar zaradi tega ni izključeno, da imajo lahko države, ki so pristopile h Konvenciji, v nekaterih položajih pozitivno obveznost dopustiti oblikovanje in razvoj družinski vezi“. Dodalo je tudi, da „mora država v skladu z načeli, ki izhajajo iz sodne prakse Sodišča, v primerih, v katerih se ugotovi obstoj družinske vezi z otrokom, delovati tako, da omogoči razvoj te vezi in zagotovi pravno zaščito, na podlagi katere bo omogočena združitev otroka z njegovo družino“.

96. V primeru iz navedene sodbe, ki je nesporno podoben obravnavanemu, se je priznalo, da je na podlagi kafale, ki je bila (v Maroku) veljavno ustanovljena, nastala pravna vez med kafali in makfulom. Ker ta institut v Belgiji ne obstaja, je posvojitev, ki je bila zahtevana v tej državi, pomenila nov pravni položaj. ESČP je razlogovalo, da je „treba upoštevati pravično ravnotežje med navzkrižnimi interesi posameznika in družbe kot celote“ in da „ima država določeno polje proste presoje“.⁷² Zato je bila njegova naloga „predvsem preveriti, ali so odločitve belgijskih sodišč, da zavrnejo posvojitev, pomenile oviro za ustrezen razvoj družinskih vezi med otrokom in osebama, ki sta ga v okviru kafale sprejeli v varstvo in vzgojo“.⁷³

97. ESČP je ugotovilo, da „posledica zavrnitve posvojitve ni bilo nepriznanje vezi, ki združuje tožeče stranke. V skladu z belgijsko zakonodajo je namreč obstajala druga možnost, da dosežejo pravno varstvo svojega družinskega življenja. Gre za postopek pridobitve poluradnega skrbništva, ki je po namenu precej podoben kafali [...]“⁷⁴ in na podlagi katerega lahko odrasli osebi dosežeta pripoznanje zaveze, da bosta za otroka skrbeli in ga vzgajali“.⁷⁵

b) Kafala in otrokova korist

98. V skladu s členom 24(2) Listine se mora pri odločitvah javnih organov ali zasebnih ustanov o sprejetju ukrepov, ki se nanašajo na otroke, „upoštevati predvsem“ varstvo koristi tega otroka.

99. Če so bili ukrepi za varstvo otroka – kot v obravnavanem primeru – prvotno sprejeti v tretji državi (Alžirija) in se zahteva, naj učinkujejo v državi članici Unije (Združeno kraljestvo), morajo organi izvirne države in države gostiteljice pri izvajanju nadzora upoštevati zlasti koristi tega otroka, pri čemer pa morajo spoštovati pravila, ki so v pravu Unije določena za njihovo ugotavljanje.

100. Presoja koristi ima dva vidika: eden se nanaša na vsebino (ki je seveda odvisna od okoliščin položaja, v katerem je otrok), drugi pa zadeva postopke za njihovo presojanje.

101. Z vsebinskega vidika namestitev v rejniško družino ustreza zahtevam varstva otrokovih koristi; tako je ugotovilo Sodišče: „[k]ontinuirana in dolgoročna vključitev otrok, ki so zaradi svojega težkega družinskega položaja posebej ranljivi, v gospodinjstvo in družino rejnika, je primeren ukrep za varstvo otrokovih koristi, kot je določeno v členu 24 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah“.⁷⁶

⁷⁰ Sodba z dne 16. decembra 2014 (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510, točka 89).

⁷¹ Sodba z dne 4. oktobra 2012 (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109).

⁷² Sodba z dne 16. decembra 2014 (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510, točka 92).

⁷³ Prav tam, točka 93.

⁷⁴ ESČP napotuje na točki 64 in 65 te sodbe, v katerih je ureditev poluradnega skrbništva opisalo z navedbo člena 475bis belgijskega civilnega zakonika: „Če se oseba, ki je stara vsaj 25 let, zaveže, da bo vzdrževala mladoletnika, ki še ni samostojen, ter ga vzgajala in mu pomagala doseči zmožnost samostojnega preživljanja, lahko na podlagi soglasja subjektov, katerih privolitve je potrebna za posvojitev mladoletnika, postane njegov poluradni skrbnik.“

⁷⁵ Prav tam, točka 102.

⁷⁶ Sodba z dne 20. novembra 2018, Sindicatul Familia Constanța in drugi (C-147/17, EU:C:2018:926, točka 71). V omenjeni zadevi je šlo za romunski institut, namenjen temu, „da se otrok, dan v oskrbo rejniku, kontinuirano in dolgoročno vključi v gospodinjstvo in družino tega rejnika“ (točka 62). Tako rejništvo je po vsebini – kar zadeva skrb za mladoletnika – podobno kafali.

102. V zvezi s postopkovnimi vidiki pa naj na tem mestu zgolj spomnim, da se v določenih mednarodnih konvencijah o priznavanju razmerij, nastalih na podlagi posvojitve, in razmerji med starši in otroki, v katerih so podane mednarodne navezne okoliščine, ter v samem pravu Unije upošteva bistvo teh postopkov presoje.

103. Treba je poudariti, da je v okviru mednarodnih konvencij prav zaradi zagotovitve, da se upošteva otrokova korist,

- v Haaški konvenciji iz leta 1993 v okviru ureditve meddržavne posvojitve določen dvojni postopek, v katerem sodelujejo tako organi izvirne države kot organi države sprejema;⁷⁷
- v členu 33 Haaške konvencije iz leta 1996 prav tako vzpostavljen dvojni mehanizem, tako da „če namerava organ, pristojen na podlagi 5. do 10. člena, otroka namestiti v rejniško družino ali zavod ali kafalo ali podobno ustanovo in naj bi bila ta namestitev ali zagotovitev varstva otroka v drugi državi pogodbenici, se najprej posvetuje z osrednjim ali drugim pristojnim organom te druge države“.⁷⁸

104. V podobnem okviru, ki je sicer omejen na določbe prava Unije o tem, kdaj ima namestitev, izvedena v eni državi članici, učinke v drugi državi članici, člen 56 Uredbe št. 2201/2003 določa postopek nadzora, v katerem sodelujejo organi obeh držav.⁷⁹

105. Te določbe navajam, da bi poudaril značilnost zagotavljanja otrokove koristi v primerih, ki so podobni temu iz obravnavane zadeve, torej, da presojo teh koristi opravijo organi dveh držav članic, udeleženih v tem postopku, ki so zadolženi za izvedbo predhodnega nadzora.

106. V okviru Direktive 2004/38 je to jamstvo mogoče zagotoviti le, če se upošteva postopek iz njenega člena 3(2), ki določa pravni okvir, s katerim je mogoče v Uniji zagotoviti učinkovito zaščito otroka in obenem uskladiti prvotne cilje instituta skrbništva (kafala) s pravico do družinskega življenja.

107. Če bi se dopustilo samodejno priznanje iz člena 2, točka 2, Direktive 2004/38, pa bi bil mogoč le *a posteriori* nadzor, kar bi imelo paradoksalno posledico: sprejetje v kafalo, odobreno v državi, kakršna je Alžirija, ki ni ratificirala Haaške konvencije iz leta 1996, bi imelo neposredne učinke (ne da bi organi države gostiteljice lahko predhodno preučili upoštevanje otrokovih koristi), medtem ko bi bila veljavnost odločb držav podpisnic te konvencije v namembni državi odvisna od odobritve organov te države.

108. Skratka, zaradi zahteve, da se morajo „upoštevati predvsem“ otrokove koristi, je treba v okoliščinah, kakršne so te iz postopka v glavni stvari, njihovo presojo *ad causam* opraviti v skladu s postopkom predhodne preučitve, ki se razlikuje od tega, ki se uporabi za potomce v ravni črti.⁸⁰

⁷⁷ Člena 4 in 5 ter člen 14 in naslednji.

⁷⁸ V odstavku 2 tega člena je še določeno, da se lahko „[o]dločba o namestitvi ali zagotovitvi varstva [...] v državi prosilke sprejme le, če je osrednji ali drug pristojni organ zaprosene države odobril to namestitev ali zagotovitev varstva ob upoštevanju otrokovih koristi.“ Sodelovanje organov različnih držav članic je izjemno pomembno, saj je kljub splošnemu pravilu zakonitega priznanja ukrepov, ki jih sprejmejo organi države pogodbenice, to priznanje mogoče zavrniti – med drugimi razlogi – če se ni ravnilo v skladu s postopkom, določenim v 33. členu (tako člen 23 Haaške konvencije iz leta 1996).

⁷⁹ „Člen 56(2) Uredbe na eni strani omogoča, da pristojni organi zaprosene države izdajo ali zavrnejo soglasje glede morebitnega sprejetja zadevnega otroka, in na drugi strani, da sodišča zaprosene države pred sprejetjem odločbe o namestitvi otroka v oskrbo zavoda zagotovijo, da bodo v zaproseni državi sprejeti ukrepi za namestitev v tej državi. [...] [N]amestitev [mora] odobriti pristojni organ zaprosene države članice, preden sodišče zaprosene države članice izda odločbo o namestitvi. Obveznost soglasja poudarja dejstvo, da člen 23(g) Uredbe določa, da se sodna odločba v zvezi s starševsko odgovornostjo ne prizna, če ni bil upoštevan postopek, ki ga določa člen 56.“ Sodba z dne 26. aprila 2012, Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, točki 80 in 81).

⁸⁰ Če so ti potomci posvojeni, je bilo preverjanje otrokovih koristi opravljeno – zaradi spoštovanja pravil postopka, ki morajo biti izpolnjena za veljavno posvojitve – že v okviru ureditve ustreznih držav (ali, če gre za meddržavno posvojitve, Haaške konvencije iz leta 1993).

D. Drugo vprašanje za predhodno odločanje

109. Predložitveno sodišče mora razjasniti, ali je na podlagi Direktive 2004/38, zlasti njenih členov 27 in 35, mogoče zavrniti vstop mladoletnikov, sprejetih v kafalo, če so žrtve izkoriščanja, zlorabe ali trgovine z ljudmi ali so v nevarnosti, da to postanejo.

110. V skladu s členom 27 Direktive 2004/38 se lahko „zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja“ omeji svoboda gibanja in prebivanja državljana Unije ali njegovega družinskega člana.

111. Ker se v tej zadevi SM kot makful lahko šteje za širšega družinskega člana zakoncev (državljanov Unije), ki sta jo sprejela v varstvo in vzgojo, načeloma ni ovir za uporabo člena 27. Enako velja za omenjena zakonca, ki sta državljana Unije ter katerih svoboda gibanja in prebivanja se lahko omeji zaradi razlogov javnega reda, varnosti in zdravja.⁸¹

112. Vendar v predlogu za sprejetje predhodne odločbe ni nobenih navedb, na podlagi katerih bi bilo mogoče sumiti, da bi bili v obravnavani zadevi lahko upoštevni razlogi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja.⁸² Predložitveno sodišče omenja „otroke, ki so ali bi lahko bili žrtve izkoriščanja, zlorabe ali trgovine z ljudmi“⁸³; vendar bi bilo v primeru obstoja takih razlogov pravico do gibanja in prebivanja v Združenem kraljestvu eventualno mogoče omejiti storilcem takih resnih dejanj (ne pa njihovim žrtvam, če gre za otroke, kot je SM).⁸⁴

113. Na podlagi člena 35 Direktive 2004/38 lahko države članice sprejmejo potrebne ukrepe za „zavrnitev, prenehanje ali preklic katere koli pravice, dodeljene s to direktivo, v primeru zlorabe pravic ali prevare [...]“. Obseg tega pooblastila je zelo širok: v njem so zajeti tako ukrepi *ex ante* (zavrnitev pravic) kot *ex post* (prenehanje ali preklic že priznanih pravic). Za sprejetje enih in drugih zadostuje, da je podana zloraba pravice ali prevara, pri čemer mora biti dokazano, da je bila opravljena predhodna posamična preučitev vsakega primera.⁸⁵

114. Čeprav je v določbi kot konkreten primer zlorabe ali prevare navedena „navidezna sklenitev zakonske zveze“, zaradi tega niso izključene druge možnosti. V uvodni izjavi 28 Direktive 2004/38 so take navidezne zakonske zveze namreč izenačene s „katerimi koli drugimi oblikami razmerij, sklenjeni[mi] izključno zaradi uživanja pravice do prostega gibanja in prebivanja“.

115. Za zlorabo se lahko štejejo, kot je opozorila organizacija Aire Centre,⁸⁶ ravnanja v zvezi z izkoriščanjem otrok, na katera se nanaša Direktiva 2011/36.⁸⁷ S pojavom trgovine z ljudmi so zajete različne oblike izkoriščanja; nekatere od teh se, če zadevajo otroke, lahko izvajajo z nezakonitimi posvojitvami.⁸⁸

⁸¹ To omejitev svobode gibanja in prebivanja je, kot je logično, mogoče uveljaviti le ob spoštovanju strogih zahtev, določenih v sodni praksi Sodišča.

⁸² Vendar zaradi tega vprašanje za predhodno odločanje ni – kot so zatrjevale nekatere od udeleženk postopka – nedopustno, saj lahko le predložitveno sodišče presodi, ali so elementi dejanskega stanja povezani s predmetom tega vprašanja.

⁸³ Točka 30 predložitvenega sklepa.

⁸⁴ V uvodni izjavi 23 Direktive 2004/38 je navedeno, da je treba pri uporabi ukrepa izгона spoštovati načelo sorazmernosti in upoštevati „stopnjo vključenosti zadevnih oseb, trajanje njihovega prebivanja v državi članici gostiteljici, njihovo starost, zdravstveno stanje, družinske in ekonomske razmere in vezi z njihovo državo izvora“.

⁸⁵ Glej sodbo z dne 18. decembra 2014, McCarthy (C-202/13, EU:C:2014:2450, točke od 43 do 58), v katerih so obravnavana jamstva in omejitve uporabe člena 35 Direktive 2004/38.

⁸⁶ Točki 76 in 77 njenih pisnih stališč.

⁸⁷ Direktiva 2011/36/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. aprila 2011 o preprečevanju trgovine z ljudmi in boju proti njej ter zaščiti njenih žrtev in o nadomestitvi Okvirnega sklepa Sveta 2002/629/PNZ (UL 2011, L 101, str. 1).

⁸⁸ V uvodni izjavi 11 Direktive 2011/36 sta omenjeni „nezakonita posvojitve otrok“ in „prisilna poroka“.

116. Pri sprejemu otroka v varstvo in vzgojo gre za *prevaro*, če je njegov dejanski namen, ki je pravno zakrinkan v obliki kafale, premestitev otroka iz ene države v drugo zaradi „spolne zlorabe [...], prisiln[ega] del[a] ali storit[ev], vključno s prosjačenjem, suženjstvom ali podobnimi praksami, služabništvom, izkoriščanje[m] kriminalnih dejavnosti ali odstranit[vijo] organov“.⁸⁹

117. V takem položaju se lahko organi države sprejemnice na zlorabo ali prevaro odzovejo z uporabo „potrebnih ukrepov“ iz člena 35 Direktive 2004/38. V predložitvenem sklepu – tako kot v zvezi s členom 27 te direktive – ni naveden noben element, zaradi katerega bi bilo treba v primeru SM uporabiti te ukrepe.

E. Nadzor države članice nad postopkom, v katerem se mladoletnika postavi pod skrbništvo ali v varstvo

118. Predložitveno sodišče želi izvedeti, če povzamem, ali lahko organi Združenega kraljestva pred priznanjem otroka, ki je v položaju, v kakršnem je SM, „za potomca v ravni črti na podlagi [...] člena 2, točka 2(c)“ Direktive 2004/38, raziščejo ali preučijo (*enquire*), „ali je bil postopek za postavitve otroka pod skrbništvo ali v varstvo [...] takšen, da so bile v njem dovolj upoštevane otrokove koristi“?

119. Glede na to, da – po mojem mnenju – premisa, na kateri temelji ta del vprašanja, v položaju SM ni podana, ker se je ne more šteti za potomca v ravni črti v smislu navedene določbe, na to vprašanje ne bi bilo treba odgovoriti.

120. Še več, če bi se sprejelo, da ima SM zaradi družinskih vezi, ki so lastne razmerju, nastalem na podlagi kafale, status potomca v ravni črti in se ji zato vstop v državo članico prizna – kot je za osebe s takim statusom določeno v členu 2, točka 2(c), Direktive 2004/38 – *samodejno, preučitve*, o katere možnosti izvedbe dvomi predložitveno sodišče, sploh ne bi bilo mogoče opraviti.

121. Je pa ta preučitev mogoča, če se za olajšanje vstopa in prebivanja otroka v Združenem kraljestvu ter omogočitev, da uresničuje družinsko življenje v spremstvu državljanov Unije, ki sta ga sprejela v varstvo in vzgojo, uporabi možnost iz člena 3(2) Direktive 2004/38.

122. Pristojni organi Združenega kraljestva bi morali namreč pri „temeljit[i] preučitvi“ osebn[ih] razme[r]“ družinskih članov, ki je določena v zadnjem pododstavku navedenega člena, „upoštevati predvsem“ otrokovo korist. Brez potrebe po ponavljanju preudarkov, ki sem jih v zvezi s tem navedel pri analizi prvega vprašanja,⁹⁰ je mogoče ugotoviti, da v okvir takega upoštevanja med drugim spada tudi preučitev vsebinskih in postopkovnih okoliščin, v katerih je bil otrok zaupan v varstvo in vzgojo.

VII. Predlog

123. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je postavilo Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva), odgovori tako:

1. Člen 2, točka 2(c), Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC je treba razlagati tako, da za „potomca v ravni črti“ državljan Unije ni mogoče šteti otroka, ki je zgolj pod njegovim skrbništvom v skladu z ureditvijo *recueil legal (kafala)*, ki se uporablja v Republiki Alžiriji.

⁸⁹ To so oblike – katerih seznam ni izčrpen – izkoriščanja, omenjene v členu 2(3) Direktive 2011/36.

⁹⁰ Točke od 58 do 108 teh sklepnih predlogov.

Vendar se ta otrok lahko šteje za drugega „družinskega člana“, če so izpolnjeni preostali pogoji in se predhodno izvede postopek, določen v členu 3(2) Direktive 2004/38, ter mu mora država članica gostiteljica po izvedbi presoje varstva družinskega življenja in zaščite otrokovih koristi v skladu s svojo zakonodajo olajšati vstop in prebivanje na njenem ozemlju.

2. Člena 27 in 35 Direktive 2004/38 se lahko uporabita v katerem koli primeru, ki je naštet v tej direktivi, če so podani razlogi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja oziroma v primeru zlorabe pravic ali prevare.
3. Organi države članice gostiteljice lahko v okviru uporabe člena 3(2) Direktive 2004/38 preučijo, ali je bil postopek za postavitvev otroka pod skrbništvo ali v varstvo takšen, da so bile v njem dovolj upoštevane otrokove koristi.