



Конвенция о правах ребенка

Distr.: General
5 November 2018
Russian
Original: French

Комитет по правам ребенка

Соображения, принятые Комитетом в соответствии с Факультативным протоколом к Конвенции о правах ребенка, касающимся процедуры сообщений, относительно сообщения № 12/2017* **

<i>Сообщение представлено:</i>	И.Б. и Н.С. (представлены адвокатом мэтром Сильвией Саролеа)
<i>Предполагаемая жертва:</i>	С.Е.
<i>Государство-участник:</i>	Бельгия
<i>Дата сообщения:</i>	22 марта 2017 года
<i>Дата принятия Соображений:</i>	27 сентября 2018 года
<i>Тема сообщения:</i>	отказ в выдаче гуманитарной визы ребенку, принятому на воспитание в рамках отношения «кафала» супругами, имеющими бельгийское и марокканское подданство
<i>Вопросы процедуры:</i>	исчерпание внутренних средств правовой защиты; обоснованность жалобы
<i>Вопросы существа:</i>	наилучшее обеспечение интересов ребенка; дискриминация по признаку этнического происхождения; свобода мнений; развитие ребенка; защита ребенка от всех форм насилия, оставления или лишения заботы; защита ребенка, лишённого семейного окружения
<i>Статьи Конвенции:</i>	2, 3, 10, 12 и 20
<i>Статья Факультативного протокола:</i>	пункты е) и f) статьи 7

1. Авторами сообщения являются подданный Бельгии И.Б. 1953 года рождения и подданная Марокко и Бельгии Н.С. 1963 года рождения. Они представляют сообщение от имени подданной Марокко С.Е. 2011 года рождения. Авторы утверждают, что С.Е. является жертвой нарушения статей 2, 3, 10, 12 и 20 Конвенции. Авторы

* Приняты Комитетом на его семьдесят девятой сессии (17 сентября – 5 октября 2018 года).

** В рассмотрении данного сообщения принимали участие следующие члены Комитета: Сюзанна Ахо Асоума, Амаль Салман Альдосери, Джордж Кардона Лоренс, Бернар Гасто, Ольга А. Хазова, Хатем Котране, Гехад Мади, Беньям Давит Мезмур, Кларенс Нельсон, Микико Отани, Луис Эрнесто Педернера Рейна, Хосе Анхел Родригес Рейес, Кирстен Сандберг, Энн Мари Скелтон, Велина Тодорова и Ренат Винтер.



представлены адвокатом. Факультативный протокол вступил в силу для государства-участника 30 августа 2014 года.

Факты в изложении авторов сообщения

2.1 Авторы состоят в браке и являются членами общины под названием «Ла пудриер»¹ в Перувельзе (Бельгия). Они взяли на воспитание в рамках отношения «кафала»² С.Е., родившуюся 21 апреля 2011 года в Марракеше и являющуюся подданной Марокко. Сведения об отце С.Е. отсутствуют; мать С.Е. отказалась от нее при рождении. Решение о ее признании ребенком, от которого отказались родители, было принято судом первой инстанции в Марракеше 19 августа 2011 года.

Процедуры, применяемые в Марокко в рамках установления отношения «кафала»

2.2 22 сентября 2011 года суд первой инстанции города Марракеш назначил авторов стороной в рамках установления отношения «кафала» и опекунами С.Е. в качестве несовершеннолетнего ребенка, оставленного родителями. По итогам проведенной согласно распоряжению Генеральной прокуратуры компетентными марокканскими органами проверки был сделан вывод о том, что авторы отвечают материальным и социальным критериям, что позволяет им принять С.Е. на воспитание в рамках отношения «кафала». 13 октября 2011 года тот же суд выдал авторам разрешение на совместный с С.Е. выезд за рубеж.

2.3 Согласно марокканскому праву «кафала» регулируется дахиром № 1-02-172 от 13 июня 2002 года о промугляции Закона № 15-01, касающегося принятия на воспитание и содержания (установления отношения «кафала») детей, оставленных родителями. Согласно статье 2 этого Закона «кафала» представляет собой «обязательство предоставлять оставленному родителями ребенку такие же защиту, образование и оказывать ему такую же заботу, которые обеспечивает отец своему родному ребенку. Отношение "кафала" не создает правовых последствий, создаваемых усыновлением, и не является основанием для возникновения права наследования». Оставленный родителями ребенок временно помещается в государственный центр или государственное учреждение социальной защиты детей. После проведения проверок может быть вынесено постановление об отказе от ребенка. Опеку над детьми, которые были объявлены оставленными родителями, обеспечивает судья по делам опеки. Затем такие дети могут быть переданы на воспитание в рамках отношения «кафала» являющимися мусульманами супругам или мусульманской женщине.

Заявления, поданные на получение долгосрочной визы в Бельгию

2.4 Авторы отмечают, что «кафала» не приводит к установлению родственных отношений с ребенком, вследствие чего им не удалось подать заявление по основанию воссоединения семьи. По этой причине 21 декабря 2011 года они подали заявление на получение долгосрочной визы по гуманитарным соображениям на основании статьи 9 Закона Бельгии от 15 декабря 1980 года о въезде иностранцев в страну, их пребывании в ней и высылке. В этой связи они сослались на то, что С.Е. была оставлена родителями и передана им на воспитание. Они представили свидетельства, подтверждающие их достойный образ жизни и добропорядочность, которые подтверждают их возможности содержать ребенка и обеспечить ему безопасные условия жизни как в плане личной неприкосновенности, так и финансовом отношении.

2.5 27 ноября 2012 года Управление по делам иностранцев отклонило заявление авторов о выдаче визы, поскольку оно сочло, что решение о передаче ребенка на воспитание в рамках отношения «кафала» не является удочерением и не является

¹ Авторы утверждают, что эта община является некоммерческой ассоциацией, члены которой придерживаются «изолированного» образа жизни в том смысле, что они живут за счет своей собственной деятельности и делятся друг с другом своими ресурсами. Члены этой общины являются членами общества взаимного страхования, а их дети посещают государственные школы.

² См. пункт 2.3 настоящих Соображений.

основанием для возникновения права на нахождение на территории страны; что авторы не ходатайствовали перед Федеральной государственной службой юстиции (ранее Министерство юстиции) о признании им отношения «кафала»; что заявление на выдачу разрешения на пребывание в стране по гуманитарным соображениям не может заменить заявления на усыновление; и что нет никаких доказательств того, что ребенок был взят заявителями на воспитание и у авторов имеются достаточные средства к существованию.

2.6 Решение об отказе в выдаче визы было обжаловано в Совете по рассмотрению споров, касающихся иностранцев. 29 сентября 2015 года Совет отменил это решение об отказе на том основании, что административный орган не выполнил предъявляемое требование относительно включения в решение официальной мотивировочной части; ссылка на тот факт, что авторы не обратились в Федеральную государственную службу юстиции с ходатайством об удочерении, является неправомерной, поскольку отношение «кафала» не предусматривает усыновления (удочерения); постановление об установлении отношения «кафала» не может быть отклонено по той единственной причине, что оно не дает права на проживание, хотя правомерность самого постановления не была поставлена под сомнение, поскольку в нем ясно указано, что авторы располагают материальными возможностями и что ребенок передается под их попечение.

2.7 После того как оспоренное решение было аннулировано, авторы неоднократно обращались в Управление по делам иностранцев с ходатайством принять новое решение, но их обращения остались без ответа. 19 июля 2016 года Управление по делам иностранцев приняло новое решение об отказе в выдаче визы по следующим причинам: а) в 2012 году авторы уже пытались начать процедуру удочерения, но они отказались от нее и обратились с заявлением на получение гуманитарной визы в рамках процедуры, которая может быть использована для того, чтобы обойти процедуру удочерения; б) постановление об установлении отношения «кафала» было принято в Марокко, и в нем был указан официальный адрес авторов в Марокко, хотя их основное место жительства находится в Бельгии; в) отношение «кафала» не дает права на проживание в Бельгии, поскольку соответствующий правовой акт не создает семейных связей с воспитанником; г) гуманитарные критерии не были установлены в достаточной степени: мать отказалась от ребенка, но она еще жива, а авторы не предоставили доказательств того, что у ребенка нет никаких других родственников, включая родственников третьей степени, которые могли бы ухаживать за ребенком; д) авторы могли бы обеспечить воспитание ребенка в его собственной стране, его культурной среде и семейном окружении; е) авторы сообщения не представили доказательств наличия у них материальных возможностей, которые позволили бы им удовлетворять потребности их воспитанницы в Бельгии; и г) авторы не представили доказательств того, что марокканские власти разрешили ребенку покинуть Марокко, поскольку для них его местожительством является Марокко.

2.8 25 октября 2016 года авторы вновь обжаловали это второе решение об отказе в выдаче визы в Совете по рассмотрению споров, касающихся иностранцев, причем на момент представления авторами сообщения Комитету данное обжалование еще находилось на рассмотрении³. Авторы утверждают, что Совет наделен только ограниченными полномочиями, которые позволяют отменить принятое решение, но он не уполномочен выносить собственное решение взамен отмененного им решения.

Заявления на получение визы для краткосрочного пребывания в Бельгии

2.9 В 2014 и 2015 годах авторы подали два заявления на получение краткосрочной визы, которые были отклонены решениями Управлением по делам иностранцев 29 октября 2014 года и 2 апреля 2015 года соответственно на основании статьи 32 Регламента (ЕС) № 810/2009 Парламента и Совета от 13 июля 2009 года о принятии визового кодекса Сообщества. В контексте заявления на получение гуманитарной

³ Постановлением от 26 апреля 2018 года Совет по рассмотрению споров, касающихся иностранцев, отменил решение об отказе в выдаче визы от 19 июля 2016 года (см. пункт б).

визы в этих решениях отмечаются серьезные сомнения относительно реальной цели пребывания и отсутствие гарантий возвращения.

Содержание жалобы

3.1 Авторы утверждают, что государство-участник нарушило права С.Е., закрепленные в статьях 2, 3, 10, 12 и 20 Конвенции.

3.2 Авторы утверждают, что в статье 2 Конвенции установлен запрет на дискриминацию в отношении детей, в том числе по признаку их рождения. По их мнению, тот факт, что С.Е. является подданной государства, в котором действует институт «кафала», который отличен от процедуры усыновления (удочерения), является препятствием для воссоединения семьи в Бельгии. В контексте выдачи разрешения на проживание в Бельгии к С.Е. не было применено обращение, применяемое к усыновленным (удочеренным) детям, поскольку она была взята на воспитание в рамках отношения «кафала». Из этого следует, что в соответствии с бельгийским законодательством она не может воспользоваться правовой защитой. Однако отношение «кафала» признано как мера защиты ребенка согласно Гаагской конвенции о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мер по защите детей от 19 октября 1996 года. С.Е. имеет право на помещение под опеку и применение мер защиты в ее отношении. Она также имеет право на совместное проживание с авторами в стране, подданными которой они являются. В свою очередь авторы имеют право на совместное проживание в Бельгии.

3.3 Авторы утверждают, что в вопросах усыновления (удочерения) предусмотренный в статье 3 Конвенции принцип наилучшего обеспечения интересов ребенка имеет еще большую силу и что в его обоснование должна быть представлена более весомая аргументация. В решении должно быть указано, каким образом были приняты во внимание права ребенка, с конкретизацией использованных критериев, доводов и, в частности, согласования принципа наилучшего обеспечения интересов ребенка с другими соображениями. Эту оценку должен проводить компетентный, предпочтительно межведомственный, орган. Должно быть принято во внимание мнение ребенка. Решения должны приниматься оперативным образом, при этом они могут стать предметом для обжалования в надзорном порядке. В данном случае ни в одном из четырех решений об отказе в выдаче визы не упомянут принцип наилучшего обеспечения интересов ребенка, который не был принят во внимание. Принцип наилучшего обеспечения интересов ребенка впервые был упомянут в замечаниях государства-участника, которое утверждает, что в отличие от процедуры усыновления (удочерения), нет никакой уверенности в том, что в рамках процедуры установления отношения «кафала» было действительно проведено тщательное рассмотрение вопроса об обеспечении таких интересов. Однако это заявление имеет лишь умозрительный характер, поскольку оно не нашло применения в случае С.Е. Кроме того, государство-участник подменяет критерий наилучшего обеспечения интересов ребенка крайне ограничительным критерием, связанным с наличием тяжелой и не терпящей отлагательства гуманитарной ситуации, которая создает угрозу для жизни, здоровья или личной неприкосновенности.

3.4 Авторы утверждают, что они добиваются воссоединения с С.Е. с 2011 года и что их заявления были дважды отклонены, вследствие чего С.Е. находится на положении оставленного без попечения ребенка, законными представителями которого с точки зрения как марокканского, так и бельгийского права являются только авторы. В соответствии с бельгийскими правовыми нормами, принятыми во исполнение Бельгийского кодекса международного частного права (статья 20) и Гаагской конвенции от 19 октября 1996 года, «кафала» признается в качестве одной из форм опеки. В этих нормативных документах она признана в качестве родственной связи. Кроме того, в Бельгии в аналогичном случае была одобрена и официально признана договоренность об установлении неформальной опеки.

3.5 Европейский суд также счел, что, несмотря на отсутствие биологического родства или родства в связи с усыновлением (удочерением), наличие связей де-факто образует «семейную жизнь». По мнению суда, необходимо учитывать время

совместной жизни, качество отношений, а также ту роль, которую взрослые играют по отношению к детям. В тех случаях, когда установлено наличие родственных связей с ребенком, государство должно действовать таким образом, чтобы такие связи могли развиваться, и предоставлять правовую защиту, которая бы открывала возможности для интеграции ребенка в семью⁴.

3.6 Авторы отмечают, что С.Е. не имеет семьи в Марокко; следовательно, ее передача биологической семье не имеет смысла. Кроме того, С.Е. имеет смешанную культурную принадлежность, поскольку она родилась в Марокко и была взята на воспитание отцом, который является бельгийцем, и матерью марокканского происхождения, которая имеет бельгийское подданство. Слова «своя собственная страна и ее культура» являются не более чем шаблонной фразой и не подтверждаются фактами из дела.

3.7 Авторы утверждают, что в замечании общего порядка № 12 (2009) Комитета по правам ребенка о праве ребенка быть заслушанным предусмотрено обязательство для всех государств гарантировать каждому ребенку, способному сформулировать свои собственные взгляды, право свободно выражать эти взгляды по всем затрагивающим его вопросам, причем эти взгляды должны надлежащим образом приниматься во внимание с учетом возраста и зрелости ребенка⁵. Даже несмотря на ранний возраст С.Е., не позволяющий ей быть заслушанной, государство тем не менее обязано учесть ее интересы и принять меры для обеспечения ее представительства.

3.8 В заключение авторы отмечают, что статью 20 Конвенции следует толковать с учетом положений Гаагской конвенции от 19 октября 1996 года, которая применяется к институту «кафала».

Замечания государства-участника относительно приемлемости и существа сообщения

4.1 В своих замечаниях от 26 сентября 2017 года государство-участник утверждает, что сообщение является неприемлемым ввиду неисчерпания внутренних средств правовой защиты. Ходатайство об отмене решения, принятого Управлением по делам иностранцев 5 сентября 2016 года, до сих пор находится на рассмотрении Совета по рассмотрению споров, касающихся иностранцев. Хотя Совет осуществляет надзор за соблюдением законности и его оценка не может заменить оценку органа, принявшего решение, он рассматривает вопрос об использовании этим органом его дискреционных полномочий в связи с оценкой фактов. Следовательно, процедура обжалования в Совете является эффективным средством правовой защиты. Кроме того, авторы не воспользовались процедурой приостановки исполнения принятого решения, которая позволила бы получить решение Совета в более сжатые сроки. И хотя в случае такой приостановки речь не идет о выдаче разрешения на проживание в стране, но тем не менее орган, принявший соответствующее решение, обязан провести пересмотр дела и принять решение о целесообразности нового решения.

4.2 По существу вопроса государство-участник отмечает, что «кафала» и усыновление (удочерение) являются двумя разными системами. «Кафала», возможно, соответствует предусмотренной бельгийским законодательством системе неофициальной опеки, которая не создает родственных связей между родителями и ребенком, может быть отменена и заканчивается по достижении ребенком совершеннолетия. В то же время усыновление (удочерение) позволяет ребенку вступить в родственные отношения и получить более надежную защиту. По этой причине процедура усыновления (удочерения) оговорена жесткими условиями и гарантиями.

⁴ Авторы ссылаются на решения Европейского суда по правам человека, вынесенные по делам *Wagner c. Luxembourg*, № 76240/01, 6 октября 2011 года; *Moretti et Benedetti c. Italie*, № 16318/07, 27 апреля 2010 года; *Harroudj c. France*, № 43631/09, 4 октября 2012 года; и *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, № 52265/10, 16 декабря 2014 года.

⁵ Замечание общего порядка № 12, пункт 1.

4.3 До проведения реформы нормативной основы усыновления (удочерения) при принятии ребенка под опеку в форме «кафала» ему предоставлялось разрешение на жительство в Бельгии в рамках процедуры усыновления (удочерения), которое становилось неограниченным по времени в случае усыновления (удочерения). Положения, касающиеся усыновления (удочерения), были изменены Законом от 24 апреля 2003 года, принятым с целью осуществления Гаагской конвенции от 29 мая 1993 года о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления. Гарантии, благодаря которым международное усыновление (удочерение) наилучшим образом обеспечивает соблюдение интересов ребенка и его/ее основных прав, были включены в бельгийское законодательство. Итогом проведения этой реформы стало то, что отныне ребенок, в государстве происхождения которого нет ни процедуры усыновления (удочерения), ни процедуры помещения под опеку с целью усыновления (удочерения) (как это имеет место в Марокко), не может быть перемещен в Бельгию с целью усыновления (удочерения).

4.4 В Гражданский кодекс Бельгии также были внесены изменения (статьи 361–363), допускающие усыновление (удочерение) путем установления отношения «кафала» и обеспечивающие соблюдение гарантий, относящихся к усыновлению (удочерению), а именно: а) усыновители обязаны пройти подготовку, дающую им право на усыновление (удочерение) и получить соответствующее заключение об их соответствии; б) предложение об усыновлении (удочерении) ребенка должно быть доведено до центрального компетентного органа сообщества государством происхождения; в) не допускаются какие-либо предварительные контакты приемных родителей с лицами, под опекой которых находится ребенок, до того, как центральный компетентный орган и соответствующий орган государства происхождения не дадут своего согласия на «установление родственных отношений»; г) ребенок, на которого распространяется процедура усыновления (удочерения), должен быть сиротой по отцу и матери или же в его отношении должно быть принято судебное решение об оставлении родителями, и он должен находиться под надзором государственного органа государства происхождения; и е) компетентный орган государства происхождения должен поместить ребенка под опеку и выдать разрешение на выезд ребенка за рубеж к постоянному месту жительства. В период 2014–2015 годов в Бельгии на основе установления опеки в форме «кафала» было усыновлено (удочерено) 25 детей из Марокко; таким образом, Марокко оказалось на втором месте среди стран происхождения детей, усыновленных (удочеренных) семьями, не использовавшими стандартную процедуру международного усыновления (удочерения).

4.5 Государство-участник также ссылается на статью 33 Гаагской конвенции от 19 октября 1996 года, в соответствии с которой при рассмотрении центральным органом возможности установить для ребенка отношение «кафала», и если такое помещение должно иметь место в другом Договаривающемся государстве, такой орган сначала консультируется с центральным органом принимающего государства и представляет отчет о ребенке с указанием причин предполагаемого обеспечения заботы. Установление отношения «кафала» может быть принято, только если центральный орган запрашиваемого государства согласился на обеспечение заботы, принимая во внимание наилучшее обеспечение интересов ребенка.

4.6 Государство-участник отмечает, что в рассматриваемом случае авторы нарушили условия, изложенные в статье 365-1 Гражданского кодекса. Тем не менее у них не возникло бы никаких трудностей с получением информации, необходимой в связи с усыновлением (удочерением) ребенка. Центральный орган сообщества имеет веб-сайт с информацией о различных процедурах, а также «горячую» телефонную линию. Однако в ходатайстве, поданном 27 декабря 2012 года в Совет по рассмотрению споров, касающихся иностранцев, в рамках заявления об отмене оспариваемого решения указано, что авторы не желают удочерить С.Е. Государство-участник утверждает, что если установление отношения «кафала» будет иметь следствием перемещение ребенка в другое государство и утрату им географических и культурных корней, то от лиц, устанавливающих отношение «кафала», можно ожидать принятия мер к тому, что они предварительно выяснят возможности для получения разрешения на проживание в стране для этого ребенка.

4.7 Авторы отмечают, что С.Е. была оставлена своей матерью и помещена в приют для сирот. Однако не было представлено никакой информации относительно использовавшейся в Марокко процедуры передачи С.Е. авторам, в том числе информации о том, был ли установлен прямой контакт с приютом, а также о критериях, которые были положены в основу решения о ее передаче на попечение. Вопреки процедуре, применяемой в случае международного усыновления (удочерения), нет никакой уверенности в том, что решение о передаче С.Е. авторам было принято по итогам действительного тщательного рассмотрения вопроса о наилучшем обеспечении интересов ребенка. Кроме того, в постановлении об установлении отношения «кафала» и в разрешении на выезд за рубеж указано, что лица, принимающие ребенка под опеку в форме «кафала», проживают в Марокко. Это разрешение не предусматривает постоянного проживания С.Е. за рубежом.

4.8 По поводу помещения под неофициальную опеку государство-участник утверждает, что эта мера означает обязательство неофициального опекуна обеспечить материальное содержание несовершеннолетней, заботу о ее воспитании и подготовить ее к тому, чтобы она могла зарабатывать себе на жизнь. Опекун осуществляет право на опеку только потому, что ребенок совместно проживает с ним по месту его постоянного местожительства. Кроме того, эта процедура не гарантирует проведения предметного рассмотрения возможностей для наилучшего обеспечения интересов ребенка.

4.9 Учитывая, что при установлении опеки в форме «кафала» не была соблюдена предварительная процедура, предусмотренная на случай усыновления (удочерения) ребенка, в рамках которой заключение о соответствии должно быть вынесено после проведения углубленной проверки бельгийскими властями условий, в которых ребенок будет принят в Бельгии, что марокканские власти также не были в состоянии проверить эти условия и опека в форме «кафала» была установлена не с целью выезда за рубеж на постоянное место жительства, бельгийские власти пришли к тому выводу, что выдача разрешения на проживание не могла бы наилучшим образом обеспечить интересы ребенка.

4.10 Решение авторов не удочерять С.Е. или их неосведомленность о действующем порядке не обязывают бельгийское государство выдавать разрешение С.Е. на проживание в стране в нарушение норм, принятых в ее интересах и в ее защиту, за исключением не терпящей отлагательства гуманитарной ситуации, наличие которой не было подтверждено.

4.11 Европейский суд по правам человека считает, что нет никакого вмешательства в право на частную и семейную жизнь, когда рассматривается вопрос о выдаче первого разрешения на въезд в страну⁶. С.Е. посещает школу, а Н.С. имеет в Марокко трудовые доходы; вместе с тем ни Н.С., ни И.Б. не подтвердили наличия доходов в Бельгии. Они живут в общине, объединяющей малообеспеченных лиц, которые совместно используют свои ресурсы, при этом происхождение этих ресурсов не установлено. Кроме того, не была представлена конкретная информация об окружении С.Е. в Марокко.

4.12 Государство-участник отмечает, что ссылка авторов на решения Европейского суда по правам человека по делам *Харрудж, Вагнер и Шбихи Лудуби и других* не имеют отношения к данному случаю, поскольку дети, затронутые ими, оказались на территории соответствующих государств, а затем налаживали на ней свою семейную жизнь законным образом.

4.13 По поводу статьи 12 Конвенции государство-участник отмечает, что на время принятия первого и второго решений С.Е. исполнился один год и пять лет соответственно, и в этой связи представляется затруднительным утверждать, что она была способна сформулировать свои собственные взгляды. Кроме того, если необходимость заслушать ребенка вполне вписывается в затрагивающую его/ее процедуру помещения под опеку или усыновления (удочерения), такая необходимость

⁶ Решение по делу *Ahmut c. Pays Bas*, 28 ноября 1996 года, № 21702/93.

отсутствует в случае применения законодательства, касающегося выдачи разрешения на проживание в стране или отказа в нем.

4.14 И наконец, положения статьи 20 Конвенции были соблюдены, поскольку ответственность за установление опеки в форме «кафала» для С.Е. в Марокко взяли на себя марокканские власти. Следовательно, вопрос о выдаче разрешения на проживание не имеет отношения к этой статье.

Комментарии авторов к замечаниям государства-участника

5.1 В комментариях от 5 декабря 2017 года авторы отмечают, что проводимое в настоящее время в судебном органе Бельгии разбирательство не является гарантией получения эффективного средства правовой защиты. Как признает само государство-участник, Совет по рассмотрению споров, касающихся иностранцев, наделен лишь ограниченными полномочиями, позволяющими ему отменить решение, но, как показывает данный случай, он не может принять свое решение, заменяющее отмененное им решение. Спустя четыре года после своего первого решения об отказе в выдаче визы миграционные власти приняли решение, которое практически повторяет ранее отмененное решение, хотя оно было признано незаконным. По поводу подачи ходатайства о приостановке исполнения решения авторы отметили, что приостановка вынесенного в не их пользу решения, как это отмечалось самим государством-участником, не дает права на доступ на территорию Бельгии и поэтому такое ходатайство не явилось бы эффективным средством защиты.

5.2 По поводу фактов авторы поясняют, что Н.С. была зачислена марокканским государством на должность учителя математики в системе государственного образования и что И.Б. с 2005 года живет в общине «Ла пудриер» в Бельгии и работает в ней садовником. И.Б. имеет двоих детей от первого брака и трех внуков. В апреле 2006 года Н.С. и И.Б. поженились в Марракеше (Марокко), где они проживали на постоянной основе до сентября 2007 года. В мае 2009 года Н.С. получила разрешение на проживание в Бельгии⁷ и предприняла шаги по досрочному выходу на пенсию с марокканской государственной службы, с тем чтобы поселиться в Бельгии в общине «Ла пудриер». В конечном итоге она была освобождена от должности государственного служащего и с августа 2017 года получает пенсию в качестве лица, досрочно вышедшего на пенсию.

5.3 Авторы отмечают, что у С.Е. больше нет родственников, которые могли бы взять ее под опеку в Марокко, поскольку она является сиротой, а факт ее оставления официально установлен марокканскими властями. С момента ее взятия под опеку авторами С.Е. постоянно проживает в доме Н.С. в Марракеше и посещает частную начальную школу, расположенную неподалеку от места жительства. В некоторых случаях ее оставляют под присмотром матери или сестры Н.С. С.Е. травмирована отказом от нее и испытывает большую привязанность к авторам. Она с трудом переживает расставания, особенно с Н.С. В 2016 году, во время поездки Н.С. в Бельгию, она была госпитализирована. Н.С. проживает преимущественно в Марокко и выезжает в Бельгию один–три раза в год на две недели. И.Б. проживает в Бельгии и два–три месяца в год проводит с Н.С. и С.Е. в Марокко.

5.4 Авторы отмечают, что судебные разбирательства в Марокко не были оспорены. За шесть лет государство-участник не провело ни одной проверки и ни разу не попыталось получить информацию от компетентных органов Марокко, даже несмотря на то, что оно располагает ресурсами в Марокко для получения информации об этом деле, в частности через свое консульство и свое посольство. По мнению авторов, это обстоятельство демонстрирует пассивность государства-участника и отсутствие у него желания найти решение в интересах С.Е. Вместе с тем авторы неизменно проявляли активность и готовность участвовать в различных процедурах.

5.5 Авторы отмечают факт выдачи судебного разрешения покинуть территорию Марокко, а также осведомленность судьи о бельгийском подданстве И.Б. Даже если

⁷ В феврале 2013 года Н.С. получила бельгийское подданство.

бы авторы проживали исключительно в Марокко, у них есть право устроиться на жительство в стране, выходцами из которой они являются.

5.6 По поводу личных качеств авторов судебными органами Марокко была проведена серьезная проверка, в ходе которой были рассмотрены их моральные качества и материальные возможности, необходимые для ухода за ребенком в Бельгии. Наличие возможностей для ухода за С.Е. также гарантировано выдачей бельгийским судьей разрешения на неофициальную опеку. Финансовая самостоятельность авторов гарантирована их статусом добровольцев в общине «Ла пудриер». Кроме того, авторы имеют в собственности квартиры в Бельгии и квартиру в Марокко.

5.7 Авторы самостоятельно инициировали соответствующие процедуры в Бельгии, а именно они ходатайствовали о выдаче визы по гуманитарным соображениям и выдаче им разрешения на установление неофициальной опеки. Предыдущие контакты между авторами и ребенком исключили возможность изменить отношение «кафала» и упрочить ее в соответствии с бельгийским законодательством.

5.8 Авторы настаивают на том, что в четырех решениях об отказе в выдаче долгосрочных и краткосрочных виз нет ссылок на наилучшее обеспечение интересов ребенка. Непризнание института «кафала» в Бельгии явилось причиной для отказа международной по составу семье в праве перемещаться между Марокко и Бельгией, т. е. между странами, в которых семья имеет свои привязанности. Кроме того, семья имеет право вносить изменения в свой состав. Следовательно, занятая государством-участником позиция не допускает совместного проживания членов семьи. Чтобы не оставить С.Е. одну в Марокко, Н.С. живет с ней в Марокко, тем самым отказываясь от своего права жить в стране, подданной которой она является, а также от совместной жизни с И.Б. Он же в свою очередь должен отказаться от проживания в стране своего гражданства, от своих занятий и своей семьи в Бельгии. Такое положение дел также не позволяет С.Е. наладить связи с проживающими в Бельгии членами семьи.

Дополнительная информация, представленная авторами сообщения

6. В письме от 3 мая 2018 года авторы заявляют о том, что Совет по рассмотрению споров, касающихся иностранцев, 26 апреля 2018 года вынес решение, которым он отменил решение от 19 июля 2016 года об отказе в выдаче визы. Совет счел, что в оспариваемом решении не было упомянуто решение Суда по делам несовершеннолетних города Турне, которым был утвержден акт о помещении несовершеннолетнего ребенка под неофициальную опеку.

Вопросы и процедура их рассмотрения в Комитете

Рассмотрение вопроса о приемлемости

7.1 Прежде чем рассматривать любые утверждения, содержащиеся в каком-либо сообщении, Комитет во исполнение правила 20 своих правил процедуры должен принять решение о том, является ли оно приемлемым в соответствии с Факультативным протоколом к Конвенции о правах ребенка, касающимся процедуры сообщений.

7.2 Комитет принимает к сведению довод государства-участника о неприемлемости, основанный на исчерпании имеющихся внутренних средств правовой защиты, поскольку, с одной стороны, ходатайство, поданное в Совет по рассмотрению споров, касающихся иностранцев, об отмене второго отрицательного решения, принятого Управлением по делам иностранцев 19 июля 2016 года, на время представления сообщения находилось на рассмотрении Совета по рассмотрению споров, касающихся иностранцев, а, с другой стороны, авторы не ходатайствовали о приостановлении действия оспариваемого решения. Вместе с тем Комитет принимает к сведению утверждение авторов, согласно которому 26 апреля 2018 года Совет по рассмотрению споров, касающихся иностранцев, отменил решение об отказе в выдаче визы, и отмечает, что Совет осуществляет надзор за соблюдением законности лишь в ограниченной степени и не имеет полномочий принимать свое решение взамен

отмененного им же. В силу этого новое решение должно быть принято Управлением по делам иностранцев. Однако это учреждение уже дважды отклоняло ходатайство авторов 27 ноября 2012 года и 19 июля 2016 года на одном и том же основании. Соответственно, возможное третье решение вряд ли будет в их пользу. По поводу приостановления действия оспариваемого решения Комитет принимает к сведению заявление сторон, согласно которому возможное приостановление не будет означать выдачу разрешения на проживание и, следовательно, оно не является эффективным средством защиты. С учетом вышесказанного, и в частности того факта, что со времени подачи авторами первого ходатайства прошло семь лет, и того, что пересмотр ходатайства должен проводить тот же орган, который уже дважды отклонил его, Комитет считает, что авторы исчерпали все доступные и эффективные средства защиты. Исходя из этого, Комитет считает, что в соответствии с положениями пункта е) статьи 7 Факультативного протокола ничто не мешает считать сообщение приемлемым.

7.3 Комитет отмечает, что авторы ссылаются на статью 20 Конвенции, но не обосновывают свои утверждения. Соответственно, Комитет делает вывод о том, что жалоба на нарушение этой статьи является явно необоснованной, и объявляет ее неприемлемой согласно подпункту f) статьи 7 Факультативного протокола.

7.4 Вместе с тем Комитет считает, что жалобы авторов на дискриминацию С.Е. по признаку ее гражданства (статья 2 Конвенции), отказ в наилучшем обеспечении интересов и заслушивании мнения ребенка в ходе судебного разбирательства, проведенного миграционными властями Бельгии (статьи 3 и 12 Конвенции), а также в воссоединении семьи (статья 10 Конвенции) были достаточно обоснованы для целей приемлемости, и объявляет их приемлемыми и переходит к их рассмотрению по существу.

Рассмотрение существа дела

8.1 Комитет рассмотрел данное сообщение с учетом всей информации, представленной сторонами дела, в соответствии с пунктом 1 статьи 10 Факультативного протокола.

8.2 Комитет принимает к сведению утверждения авторов о том, что в четырех решениях об отказе в выдаче виз, принятых миграционными властями Бельгии, не приводятся ссылки на принцип наилучшего обеспечения интересов ребенка. Комитет также принимает к сведению доводы государства-участника, согласно которым эти решения были приняты во исполнение действующего внутреннего законодательства с изменениями, внесенными в целях осуществления Гаагской конвенции 1993 года, а также гарантирования наилучшего обеспечения интересов ребенка при международном усыновлении (удочерении).

8.3 Комитет напоминает о том, что наилучшее обеспечение интересов ребенка должно быть главным соображением во всех соответствующих решениях и что концепция наилучшего обеспечения интересов ребенка «подлежит корректировке и определению в индивидуальном порядке применительно к особенностям положения соответствующего ребенка или детей с учетом их личных обстоятельств, положения и потребностей. При принятии решений по индивидуальным случаям оценка и определение наилучших интересов ребенка должны проводиться в свете конкретных обстоятельств, в которых находится данный ребенок»⁸.

8.4 Комитет также напоминает о том, что, как правило, рассмотрение фактов и доказательств входит в компетенцию национальных судебных органов за исключением тех случаев, когда подобное рассмотрение является очевидно произвольным или приравнивается к судебной ошибке⁹. В этой связи Комитет не подменяет собой национальные органы при толковании национального

⁸ Замечание общего порядка № 14 (2013) о праве ребенка на уделение первоочередного внимания наилучшему обеспечению его интересов (пункт 1 статьи 3), пункт 32.

⁹ *У.А.И. против Испании* (CRC/C/73/D/2/2015), пункт 4.2; и *А.И. против Дании* (CRC/C/78/D/7/2016), пункт 8.8.

законодательства и оценке фактов и доказательств, однако он обязан проверить отсутствие произвола или отказа в правосудии в оценке властей и гарантировать, что в качестве основного критерия в этой оценке был использован принцип наилучшего обеспечения интересов ребенка.

8.5 По поводу рассматриваемого случая Комитет отмечает, что основанием для принятия миграционными властями Бельгии решения об отказе в выдаче визы явился тот факт, что опека в форме «кафала» не дает никакого права на проживание в стране, при этом авторы не продемонстрировали, что: а) биологическая семья С.Е. в Марокко не может заботиться о ней; б) авторы не могут заниматься ее воспитанием, если они оставляют ее в Марокко; и с) авторы располагают финансовыми возможностями, необходимыми для удовлетворения потребностей С.Е. Вместе с тем Комитет отмечает, что эти доводы носят общий характер и свидетельствуют о том, что конкретная ситуация, в которой оказалась С.Е., не была рассмотрена; в частности, не был учтен тот факт, что она является ребенком, родившимся от неизвестного отца и оставленным своей биологической матерью, и что по этой причине нереалистично и в любом случае нет никаких оснований предполагать, что ее биологическая семья будет оказывать ей заботу. В доводе об отсутствии необходимых финансовых возможностей, по-видимому, не принят во внимание тот факт, что марокканские власти установили опеку в форме «кафала» по итогам проверки социального положения авторов и их финансовых возможностей. Марокканские власти признали, что она отвечает соответствующим критериям и установили отношение «кафала» между С.Е. и авторами, а бельгийские власти в свою очередь вынесли постановление об установлении неофициального опекунства над ней. Государство-участник в общей форме ставит под вопрос процедуру, использованную в Марокко, в рамках которой было установлено отношение «кафала», но не указывает на то, в какой степени эта процедура в данном случае, возможно, не обеспечивает необходимые гарантии. И наконец, вариант, связанный с оставлением С.Е. в Марокко, не позволяет принять во внимание разницу между обеспечением потребностей в воспитании ребенка, находящегося в приюте для сирот, и удовлетворением эмоциональных, социальных и финансовых потребностей этого ребенка в условиях совместного проживания с ним, которые соответствовали бы отношениям, существующим между родителями и ребенком. Этот довод означает, что миграционные власти не учли эмоциональную связь, сложившуюся между авторами и С.Е. начиная с 2011 года. В частности, помимо правовых отношений, созданных в рамках «кафала», иммиграционные власти, судя по всему, не учли ни тот факт, что Н.С. совместно жила с С.Е. с момента ее рождения, ни семейных связей, которые естественным образом с течением лет де-факто¹⁰ завязались в условиях такой совместной жизни.

8.6 По поводу жалобы авторов о нарушении статьи 12 Конвенции Комитет принимает к сведению доводы государства-участника, согласно которым С.Е. был один год на время принятия первого решения и пять лет, когда было принято второе решение, и что она не была способна сформулировать свои собственные взгляды, в связи с чем было бы неоправданно заслушивать ребенка в рамках применения норм, касающихся выдачи или невыдачи разрешения на проживание в стране.

8.7 Однако Комитет напоминает о том, что «в статье 12 не устанавливается какого-либо возрастного ограничения в отношении права ребенка выражать свои взгляды и она не поощряет государства-участники к введению в законодательстве или на практике возрастных ограничений, которые бы ущемляли право ребенка быть заслушанным по всем затрагивающим его вопросам. [...] Ребенок отнюдь не должен иметь всеобъемлющие знания по всем аспектам затрагивающих его вопросов и ему достаточно такого понимания вопроса, которое позволяло бы ему надлежащим образом сформулировать по нему свои мнения; [...]»¹¹. Комитет также напоминает о том, что «любое решение, которое принимается без учета взглядов ребенка и не придает им надлежащей значимости, сообразной его возрасту и степени зрелости,

¹⁰ В этой связи см. решения Европейского суда по правам человека по делам *Wagner c. Luxembourg*, *Moretti et Benedetti c. Italie* и *Harroudj c. France*.

¹¹ Замечание общего порядка № 12, пункт 21.

означает, что ребенку или детям не предоставлена возможность повлиять на процесс определения их наилучших интересов. [...] Малый возраст ребенка или уязвимость его положения (например, инвалидность, принадлежность к тому или иному меньшинству, к числу мигрантов и т. п.) не лишают его права на выражение своих взглядов и не снижают значимости, придаваемой взглядам ребенка при определении его наилучших интересов. Конкретные меры, гарантирующие осуществление детьми своих прав на равной основе в подобных ситуациях, должны приниматься с учетом индивидуальной оценки, которая призвана отвести самим детям определенную роль в процессе принятия решений и в обеспечении, при необходимости, разумного приспособления и поддержки с целью добиться их полноправного участия в оценке их наилучших интересов»¹².

8.8 По поводу рассматриваемого случая Комитет отмечает, что С.Е. исполнилось пять лет, когда было вынесено решение по итогам второй процедуры рассмотрения поданного авторами заявления на выдачу визы по гуманитарным причинам, и что она могла составить мнение о возможности постоянного проживания в Бельгии с авторами. Комитет не разделяет позицию государства-участника, заявившего о том, что в ходе рассмотрения вопроса о выдаче разрешения на жительство в стране не было необходимости принимать во внимание взгляды ребенка, и придерживается противоположного мнения. В данном случае последствия указанной процедуры имеют первостепенное значение для жизни и будущего С.Е. в силу того, что для нее они непосредственно связаны с возможностью совместной жизни с авторами в одной семье.

8.9 В свете вышеизложенного Комитет приходит к выводу о том, что государство-участник не провело конкретного рассмотрения вопроса о наилучшем обеспечении интересов ребенка в процессе рассмотрения вопроса о выдаче С.Е. визы и в нарушение статей 3 и 12 Конвенции не обеспечило соблюдение ее права быть заслушанной.

8.10 В отношении жалобы авторов, касающейся несоблюдения статьи 10 Конвенции, Комитет принимает к сведению доводы государства-участника, согласно которым не допускается никакого вмешательства в право на частную и семейную жизнь при рассмотрении первого заявления на выдачу визы и, следовательно, нет оснований утверждать, что даже при отсутствии биологического родства или родства в силу усыновления (удочерения) наличие фактических связей образует «семейную жизнь», которая дает право на «воссоединение семьи».

8.11 Комитет считает, что статья 10 Конвенции не обязывает государство-участник признать в общем плане право на воссоединение семей за детьми, помещенных в детские учреждения в порядке «кафалы». Несмотря на это, Комитет считает, что при оценке и определении способов наилучшего обеспечения интересов ребенка с точки зрения последствий принятия или отклонения заявления на выдачу разрешения на проживание С.Е. в стране государство-участник было обязано принимать во внимание существующие де-факто связи между ребенком и авторами (особенно с Н.С.), которые сложились на основе отношения «кафала». Комитет напоминает о том, что при оценке возможностей сохранения семейного окружения и поддержания отношений в качестве одного из элементов, которые следует учитывать при определении способов наилучшего обеспечения интересов ребенка «термин "семья" следует понимать в широком смысле как включающий биологических, приемных или fosterных родителей либо, в соответствующих случаях, членов расширенной семьи или общины, как это предусмотрено местным обычаем (статья 5)»¹³.

8.12 Принимая во внимание тот факт, что сложившиеся де-факто семейные связи в данном случае не были приняты во внимание, и тот факт, что время, истекшее с момента подачи авторами заявления на выдачу визы, превысило семь лет, Комитет делает вывод о том, что в нарушение статьи 10 Конвенции государство-участник не выполнило свое обязательство рассмотреть заявление авторов, равносильное заявлению на воссоединение семьи, позитивным, гуманным и оперативным образом,

¹² Замечание общего порядка № 14, пункты 53 и 54.

¹³ Замечание общего порядка № 14, пункт 59.

обеспечив, чтобы представление такой просьбы не приводило к неблагоприятным последствиям для заявителей и членов их семьи.

8.13 Сделав вывод о нарушении статей 3, 10 и 12 Конвенции, Комитет не считает необходимым рассматривать вопрос о том, являются ли эти же самые факты равносильными нарушению статьи 2.

8.14 Комитет, действуя в соответствии с пунктом 5 статьи 10 Факультативного протокола, считает, что представленные ему факты свидетельствуют о нарушении государством-участником статей 3, 10 и 12 Конвенции.

9. Государство-участник обязано безотлагательно пересмотреть заявление на выдачу визы для С.Е. положительным образом, придав первостепенное значение принципам наилучшего обеспечения интересов ребенка и необходимости заслушать С.Е. С учетом наилучшего обеспечения интересов ребенка государству-участнику следует принять во внимание сложившиеся де-факто родственные связи между С.Е. и авторами. Оно также обязано принять все необходимые меры к тому, что подобные нарушения не повторялись впредь.

10. Комитет напоминает о том, что, став участником Факультативного протокола к Конвенции, касающегося процедуры сообщений, государство-участник признало компетенцию Комитета выносить решения по факту наличия или отсутствия нарушений Конвенции.

11. Согласно статье 11 Факультативного протокола, устанавливающей процедуры рассмотрения сообщений, Комитет хотел бы получить от государства-участника в течение 180 дней информацию о мерах, принятых для осуществления настоящих Соображений Комитета. Государству-участнику предлагается также включить информацию о принятых мерах в доклады, которые он представит Комитету в соответствии со статьей 44 Конвенции. Наконец, государству-участнику предлагается опубликовать настоящие Соображения и обеспечить их широкое распространение на официальном языке страны.