KOHTUJURISTI SEISUKOHT
NIILO JÄÄSKINEN
esitatud 22. septembril 2010[1]

I – Sissejuhatus

1. Käesolevas eelotsusemenetluses palutakse Euroopa Kohtul otsustada, kuidas tõlgendada nõukogu 27. novembri 2003. aasta määrust (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000[2] ja mida nimetatakse ka „Brüsseli IIa määruseks".

2. Taotlus esitati seoses apellatsioonkaebusega, mille esitas kolme lapse isa[3] J. McB. Supreme Courtile (Iirimaa) High Courti (Iirimaa) 28. aprilli 2010. aasta otsuse peale põhjusel, et viimane jättis rahuldamata tema avalduse, milles ta palus teha otsuse või anda kinnituse selle kohta, et juulis 2009 laste Ühendkuningriiki äraviimine nende ema L. E. poolt oli ebaseaduslik määruse nr 2201/2003 artikli 2 punkti 11 tähenduses ning et laste isal oli hooldusõigus laste äraviimise ajal. J. McB. ei ole ega ole ka kunagi olnud abielus L. E.-ga. Sellist kohtuotsust, mis annaks talle nende ühiste laste suhtes hooldusõiguse määruse nr 2201/2003 tähenduses, ei ole tehtud.

3. See küsimus on Iirimaa kohtute menetluses, kuna Inglise kohus, kelle poole isa pöördus laste tagasitoomise saavutamiseks (High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Ühendkuningriik)), palus tal vastavalt 25. oktoobri 1980. aastal Haagis koostatud lapseröövi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise rahvusvahelise konventsiooni[4] artiklile 15 esitada laste asukohariigi, s.o Iirimaa ametiisikute otsuse selle kohta, et lapse äraviimine oli ebaseaduslik.

4. Iiri õiguse kohaselt ei ole laste bioloogilisel isal automaatselt seadusest tulenevat hooldusõigust, kuid ta võib selle saada kohtuotsuse alusel. Asjaolu, et vanemad, kes ei ole omavahel abielus, on elanud koos, ja et isa on aktiivselt osalenud lapse kasvatamises, nagu käesoleval juhul, ei anna isale kõnealust

1 – Algkeel: prantsuse.

2 – ELT L 338, lk 1, ELT eriväljaanne 19/06, lk 243.

3 – . McB. Esindaja täpsustas kohtuistungil, et J. McB.-d on nimetatud isana esimese lapse sünnitunnistusel, kuid mitte J. McB. ja L. E. ülejäänud kahe lapse sünnitunnistusel. Siiski tundub mulle, et pooled ei vaidlusta kolme lapse põlvnemist sellest isast.

4 – Edaspidi „1980. aasta Haagi konventsioon".

õigust. Eelotsuse küsimusega soovitakse teada, kas määrusega nr 2201/2003, tõlgendatuna kooskõlas Euroopa Liidu põhiõiguste harta [5] artikliga 7, on vastuolus see, kui Iiri õiguses seatakse bioloogilise isa hooldusõiguse eelduseks niisugune otsus.

II – Õiguslik raamistik

A – *Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon*

5. Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (edaspidi „EIÕK") [6] artiklis 8 on ette nähtud järgmist:

„Õigus era- ja perekonnaelu austamisele

1. Igaühel on õigus sellele, et austataks tema era- ja perekonnaelu ja kodu ning korrespondentsi saladust.

2. Võimud ei sekku selle õiguse kasutamisse muidu, kui kooskõlas seadusega ja kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik riigi julgeoleku, ühiskondliku turvalisuse või riigi majandusliku heaolu huvides, korratuse või kuriteo ärahoidmiseks, tervise või kõlbluse või kaasinimeste õiguste ja vabaduste kaitseks."

B – *1980. aasta Haagi konventsioon*

6. 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklis 1 on ette nähtud:

„Konventsiooni eesmärgid on:

a) tagada osalisriiki õigusvastaselt viidud või osalisriigis kinni hoitava lapse viivitamatu tagasitoomine tema hariliku viibimiskoha riiki;

b) osalisriigi seaduste alusel võimaldada last hooldada ja külastada teises osalisriigis."

5 – 7. detsembril 2000 Nice'is välja kuulutatud hartat (EÜT C 364, lk 1) muudeti ja sellele anti siduv õigusjõud Lissaboni lepingu vastuvõtmisega (ELT 2007, C 303, lk 1), edaspidi „harta".

6 – Allkirjastatud 4. novembril 1950.

7. 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklis 3 on sätestatud:

„Lapse äraviimine või kinnihoidmine on õigusvastane, kui:

a) see on vastuolus füüsilisele või muule isikule või asutusele vahetult enne lapse äraviimist või kinnihoidmist tema hariliku viibimiskoha riigi seaduse alusel antud hooldamisõigusega;

b) äraviimise või kinnihoidmise ajal hooldamisõigust teostati või oleks teostatud, kui last ei oleks ära viidud või kinni hoitud.

Punktis a nimetatud hooldamisõigus tekib seaduse, kohtu või haldusorgani otsuse või riigi seaduse kohase lepingu alusel."

8. 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklis 4 on sätestatud:

„Konventsiooni kohaldatakse lapse suhtes, kelle harilik viibimiskoht on konventsiooniosalises riigis vahetult enne hooldamisõiguse või külastamisõiguse rikkumist. Konventsiooni ei kohaldata, kui laps on saanud 16-aastaseks."

9. 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklis 5 on ette nähtud:

„Konventsioonis kasutatakse järgmisi mõisteid:

a) *hooldamisõigus* tähendab lapse hooldamisega seotud õigust ja eelkõige õigust määrata lapse elukoht;

b) *külastamisõigus* tähendab õigust viia laps piiratud ajaks kohta, mis asub mujal kui lapse harilik viibimiskoht."

10. Kõnealuse konventsiooni III peatükk käsitleb lapse tagastamist ning selle artikli 8 lõikes 1 on sätestatud:

„Isik või asutus või muu institutsioon, kes teatab, et laps on ära viidud või kinni hoitud hooldamisõigust rikkudes, võib taotleda lapse alalise elukoha järgselt keskasutuselt või riigi muult asjaomaselt asutuselt abi lapse tagasipöördumiseks."

11. Sama konventsiooni artiklis 15 on ette nähtud:

„Konventsiooniosalise kohus või haldusasutus võib enne lapse tagastamise nõudmist taotleda, et taotluse esitaja saaks lapse asukohariigi ametiisikutelt otsuse või muu kinnituse selle kohta, et lapse äraviimine või kinnihoidmine on seadusvastane konventsiooni artikli 3 tähenduses, kui sellist otsust või kinnitust on selles riigis võimalik saada. Konventsiooni osalisriikide keskasutus aitab otsust või kinnitust saada oma võimaluste kohaselt."

Hartas esitatud õigusi, vabadusi ja põhimõtteid tõlgendatakse vastavalt harta VII jaotise üldsätetele, mis reguleerivad selle tõlgendamist ja kohaldamist, võttes nõuetekohaselt arvesse hartas osutatud selgitusi, milles on esitatud asjaomaste sätete allikad.

[…]

3. Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga tagatud ja liikmesriikide ühistest põhiseaduslikest tavadest tulenevad põhiõigused on liidu õiguse üldpõhimõtted."

C – *Aluslepingud*

12. ELL artiklis 6 on ette nähtud:

„1. Liit tunnustab 7. detsembri 2000. aasta Euroopa Liidu põhiõiguste hartas, nagu seda on kohandatud 12. detsembril 2007. aastal Strasbourgis, sätestatud õigusi, vabadusi ja põhimõtteid, millel on aluslepingutega võrreldes samaväärne õigusjõud.

Harta sätted ei laienda mingil viisil liidu pädevust, mis on määratletud aluslepingutega.

13. ELTL artiklis 4 on sätestatud:

„1. Liidul on liikmesriikidega jagatud pädevus, kui aluslepingud annavad liidule pädevuse, mis ei ole seotud artiklites 3 ja 6 osutatud valdkondadega.

2. Liit ja liikmesriigid jagavad pädevust järgmistes põhivaldkondades:

[…]

j) vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajanev ala".

14. ELTL artiklis 81 on ette nähtud:

„1. Liit arendab õigusalast koostööd piiriülese toimega tsiviilasjades, lähtudes kohtuotsuste ja kohtuväliste otsuste vastastikuse tunnustamise põhimõttest. Selline koostöö võib hõlmata meetmete võtmist liikmesriikide õigus- ja haldusnormide lähendamiseks.

2. Lõikes 1 osutatud eesmärgil, ja eriti kui see on vajalik siseturu nõuetekohaseks toimimiseks, võtavad Euroopa Parlament ja nõukogu seadusandliku tavamenetluse kohaselt vastu meetmeid, mille eesmärk on tagada:

a) kohtuotsuste ja kohtuväliste otsuste vastastikune tunnustamine ja täitmine liikmesriikide vahel;

[…]

c) liikmesriigis kohaldatavate rahvusvahelise eraõiguse normide ja kohtualluvust reguleerivate normide kokkusobivus;

[…]

e) õiguskaitse tõhus kättesaadavus".

15. Protokollis (nr 30) Euroopa Liidu põhiõiguste harta kohaldamise kohta Poola ja Ühendkuningriigi suhtes artiklis 1 on sätestatud:

„1. Harta ei laienda Euroopa Liidu Kohtu ega mis tahes Poola või Ühendkuningriigi kohtu pädevust leida, et Poola või Ühendkuningriigi seadused, määrused ja haldussätted, -praktika või -toimingud on vastuolus põhiõiguste, vabaduste ja põhimõtetega, mida ta kinnitab.

2. Eelkõige, ja kahtluse vältimiseks, sätestatakse, et miski harta IV jaotises ei anna Poola või Ühendkuningriigi suhtes kohaldamiseks kohtujurisdiktsiooni alla kuuluvaid õigusi, välja arvatud selles ulatuses, mis Poola või Ühendkuningriik on selliste õiguste osas näinud ette oma siseriiklikes õigusaktides."

D – *Euroopa Liidu põhiõiguste harta*

16. Harta artiklis 7 on ette nähtud järgmist:

„Igaühel on õigus sellele, et austataks tema era- ja perekonnaelu, kodu ja edastatavate sõnumite saladust."

17. Harta artikli 24 lõike 3 on sätestatud:

„Igal lapsel on õigus säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt oma mõlema vanemaga, kui see ei ole lapse huvidega vastuolus."

18. Harta VII jaotis sisaldab harta tõlgendamist ja kohaldamist reguleerivaid üldsätteid. Artiklis 51 „Reguleerimisala" on ette nähtud:

„1. Harta sätted on subsidiaarsuse põhimõtet arvesse võttes ette nähtud liidu institutsioonidele, organitele ja asutustele ning liikmesriikidele üksnes liidu õiguse kohaldamise korral. Seepärast austavad nad õigusi, järgivad põhimõtteid ning edendavad nende kohaldamist oma asjaomase pädevuse kohaselt, võttes arvesse liidule aluslepingute muudes osades antud volituste piire.

2. Harta ei laienda liidu õiguse reguleerimisala kaugemale senisest pädevusest, ei lisa liidule uusi pädevusvaldkondi ja ülesandeid ega muuda aluslepingute teistes osades määratletud pädevust ja ülesandeid."

E – *Määrus nr 2201/2003*

19. Määruse nr 2201/2003 põhjendus 5 on sõnastatud järgmiselt:

„Kõigi laste võrdsuse tagamiseks hõlmab käesolev määrus kõiki vanemlikku vastutust reguleerivaid otsuseid, sealhulgas meetmeid lapse kaitseks, sõltumatult nende seostest abieluõigusliku menetlusega."

20. Nimetatud määruse põhjenduses 17 on ette nähtud:

„Lapse ebaseadusliku äraviimise või kinnipidamise korral tuleks viivitamatult saavutada lapse tagastamine ja sel eesmärgil kohaldatakse jätkuvalt 25. oktoobri 1980. aasta Haagi

konventsiooni, mida täiendavad käesoleva määruse sätted, eriti artikkel 11. Kohtud liikmesriigis, kuhu laps on ebaseaduslikult ära viidud või kus teda ebaseaduslikult kinni peetakse, peaksid saama konkreetsetel nõuetekohaselt põhjendatud juhtudel tema tagastamist vastustada. Sellise otsuse võiks asendada selle liikmesriigi kohtu hilisema otsusega, kus oli lapse alaline elukoht enne tema ebaseaduslikku äraviimist või kinnipidamist. Kui see otsus sisaldab lapse tagasitoomist, peaks tagasitoomine toimuma, ilma et liikmesriigis, kuhu laps on ära viidud või kus teda kinni peetakse, oleks otsuse tunnustamiseks ja täitmisele pööramiseks vaja erimenetlust."

21. Määruse nr 2201/2003 põhjendusest 30 ilmneb, et Iirimaa ning Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik on teatanud oma soovist osaleda selle määruse vastuvõtmisel ja kohaldamisel.

22. Määruse nr 2201/2003 põhjendus 33 on sõnastatud järgmiselt:

„Käesolevas määruses tunnustatakse põhiõigusi ja peetakse kinni Euroopa Liidu põhiõiguste harta põhimõtetest. Eeskätt püütakse sellega tagada lapse põhiõiguste austamist, mis on sätestatud Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 24".

23. Määruse nr 2201/2003 artiklis 1 on ette nähtud:

„1. Käesolevat määrust kohaldatakse järgmisi valdkondi käsitlevate tsiviilasjade suhtes igat liiki kohtutes:

[…]

b) vanemliku vastutuse tekkimine, teostamine, piiramine või äravõtmine.

2. Artikli 1 lõikes b osutatud küsimused võivad käsitleda eelkõige järgmist:

a) eestkosteõigus ja suhtlusõigus; [mõiste „eestkosteõigus" asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hooldusõigus]

[…]"

24. Määruse nr 2201/2003 artikli 2 punktid 7, 9 ja 11 sisaldavad järgmisi määratlusi:

„Käesolevas määruses kasutatakse järgmisi mõisteid:

[…]

7) mõiste vanemlik vastutus” tähendab kõiki lapse isiku või varaga seotud õigusi ja kohustusi, mis antakse füüsilisele või juriidilisele isikule kohtuotsusega, seaduse alusel või õigusliku toimega kokkuleppe põhjal. See mõiste hõlmab [hooldusõigust] ja suhtlusõigust;

[…]

9) mõiste „[hooldusõigus]” hõlmab lapse isiku eest hoolitsemisega seotud õigusi ja kohustusi, eeskätt õigust määrata lapse elukoht;

[…]

11) mõiste „ebaseaduslik äraviimine või kinnipidamine” tähendab lapse äraviimist või kinnipidamist juhul, kui:

a) sellega rikutakse kohtuotsusega, seaduse alusel või õigusliku toimega kokkuleppe põhjal saadud [hooldusõigust] liikmesriigi seaduse alusel, kus laps alaliselt elas vahetult enne äraviimist või kinnipidamist;

ning

b) seda [hooldusõigust] teostati tegelikult äraviimise või kinnipidamise ajal üksi või ühiselt või seda oleks teostatud, kui äraviimist või kinnipidamist ei oleks toimunud. [Hooldusõigust] loetakse ühiselt teostatavaks, kui vastavalt kohtuotsusele või seaduse alusel ei saa üks vanemliku vastutuse kandja ilma teise vanemliku vastutuse kandja nõusolekuta otsustada lapse elukohta.”

25. Määruse nr 2201/2003 artiklis 10 „Kohtualluvus lapseröövi korral” on sätestatud:

„Lapse ebaseadusliku äraviimise või kinnipidamise korral säilitavad selle liikmesriigi kohtud, kus oli lapse alaline elukoht vahetult enne äraviimist või kinnipidamist, oma pädevuse, kuni laps on saanud alalise elukoha teises liikmesriigis ja

a) iga isik, institutsioon või muu organ, kellel on [hooldusõigus], on nõustunud äraviimise või kinnipidamisega;

või

b) laps on elanud kõnealuses teises liikmesriigis vähemalt ühe aasta pärast seda, kui isik, institutsioon või muu organ, kellel on [hooldusõigus], on saanud või peaks olema saanud teada lapse asukoha ning laps on oma uues keskkonnas kohanenud ja vähemalt üks järgmistest tingimustest on täidetud:

i) ühe aasta jooksul pärast seda, kui [hooldusõiguse] kasutaja on saanud või peaks olema saanud teada lapse asukoha, ei ole esitatud tagasitoomise taotlust pädevatele asutustele liikmesriigis, kuhu laps on ära viidud või kus teda kinni peetakse;

ii) [hooldusõiguse] kasutaja esitatud tagasitoomistaotlus on tühistatud ja alapunktis i sätestatud ajavahemiku jooksul ei ole esitatud uut taotlust;

iii) läbivaatamisel olev kohtuasi liikmesriigis, kus laps vahetult enne ebaseaduslikku äraviimist või kinnipidamist elas, on lõpetatud vastavalt artikli 11 lõikele 7;

iv) selle liikmesriigi kohtutes, kus laps alaliselt elas vahetult enne ebaseaduslikku äraviimist või kinnipidamist, on tehtud [hooldusõigust] käsitlev kohtuotsus, mis ei hõlma lapse tagasitoomist.”

26. Nimetatud määruse artiklis 11 „Lapse tagasitoomine” on ette nähtud:

„1. Kui isik, institutsioon või muu organ, kellel on [hooldusõigus], taotleb liikmesriigi pädevatelt asutustelt kohtuotsuse tegemist [1980. aasta Haagi konventsiooni] alusel, et

saavutada lapse tagasitoomist, kes on ebaseaduslikult ära viidud või kinni peetud liikmesriigis, mis ei ole see liikmesriik, kus laps vahetult enne ebaseaduslikku äraviimist või kinnipidamist alaliselt elas, kohaldatakse lõikeid 2–8.

[…]

3. Kohus, kellele on esitatud lõikes 1 nimetatud lapse tagasitoomise taotlus, tegutseb taotluse menetlemisel kiiresti, kasutades kõige kiiremat siseriiklikus õiguses sätestatud korda.

Ilma et see piiraks esimese lõigu kohaldamist, teeb kohus otsuse hiljemalt kuus nädalat pärast taotluse esitamist, kui see ei ole erandlike asjaolude tõttu võimatu.

[…]”

27. Määruse nr 2201/2003 artiklites 60 ja 62 on ette nähtud:

„*Artikkel 60*

Suhe teatavate mitmepoolsete konventsioonidega

Liikmesriikide vahelistes suhetes on käesolev määrus ülimuslik järgmiste konventsioonide suhtes, niivõrd kui need käsitlevad käesoleva määrusega reguleeritud küsimusi:

[…]

e) rahvusvahelise lapseröövi tsiviilõiguslikke küsimusi käsitlev […] 1980. aasta Haagi konventsioon.

[…]

Artikkel 62

Toimeulatus

1. Artikli 59 lõikes 1, artiklis 60 ja artiklis 61 osutatud kokkulepped ja konventsioonid kehtivad edasi küsimustes, mida käesolev määrus ei reguleeri.

2. Artiklis 60 osutatud konventsioonid, eeskätt 1980. aasta Haagi konventsioon, toimivad jätkuvalt nende liikmesriikide vahel, kes on selle lepinguosalised, kooskõlas artikliga 60."

F – *Siseriiklik õigus*

28. 1964. aasta alaealiste hooldusõiguse seaduse [7] §-s 6A on sätestatud, et „kui isa ja ema ei ole omavahel abielus, võib kohus isa taotluse alusel määrata otsusega isa alaealise lapse eestkostjaks". Lisaks on 1964. aasta seaduse [8] § 11 lõikes 4 sätestatud:

„Juhul kui alaealise lapse isa ja ema ei ole omavahel abielus, laieneb käesoleva paragrahvi alusel lapse hooldusõigust ja isa või ema suhtlusõigust käsitleva avalduse esitamise õigus isale, kes ei ole lapse eestkostja, ning sellest tulenevalt käsitatakse käesolevas paragrahvis sisalduvaid viiteid lapse isale või vanemale sellist isa hõlmavate viidetena".

29. 1991. aasta seaduse lapseröövi ning hooldusõigust puudutavate kohtuotsuste täitmise kohta (edaspidi „1991. aasta seadus") [9] § 15 lõikes 1 on ette nähtud, et pädev kohus võib tuvastada, et laste Iirimaalt äraviimine on liikmesriiki äraviimise või liikmesriigis kinnipidamise korral ebaseaduslik äraviimine või kinnipidamine määruse nr 2201/2003 artikli 2 tähenduses või ebaseaduslik 1980. aasta Haagi konventsiooni artikli 3 tähenduses.

III – Põhikohtuasja asjaolud ja eelotsuse küsimus

30. Nende laste ema, kelle hooldamise õiguse üle toimub vaidlus, on Ühendkuningriigi kodanik. Isa on Iiri kodanik. Nad ei ole kunagi olnud abielus, kuid nad elasid koos Inglismaal, Austraalias, Põhja-Iirimaal ning alates novembrist 2008 Iirimaal. Vaidluse faktilise ja menetlusliku raamistiku peamised asjaolud võib kokku võtta tabeli kujul:

7 – Guardianship of Infants Act 1964, lisatud 1987. aasta laste staatuse seaduse (Status of Children Act 1987) §-ga 12.

8 – Muudetud 1987. aasta seaduse §-ga 13.

9 – Child Abduction and Enforcement of Custody Orders Act, No. 6/1991.

Kuupäev	Iirimaa	Ühendkuningriik
2000		Esimese lapse sünd (Inglismaa).
2002		Teise lapse sünd (Inglismaa).
2007		Kolmanda lapse sünd (Põhja-Iirimaa).
november 2008	Pooled asusid elama Iirimaal.	
11. juuli 2009	Ema viis lapsed naiste varjupaika.	
25. juuli 2009		Ema viis lapsed Ühendkuningriiki.
2. november 2009		Isa esitas High Court of Justice (England & Wales), Family Divisionile avalduse, milles ta palus määrata laste Iirimaale tagasitoomise vastavalt Ühendkuningriigi õigusnormidele, millega rakendatakse 1980. aasta Haagi konventsiooni ja määrust nr 2201/2003.
20. november 2009		Inglise kohus palus isal vastavalt 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklile 15 hankida High Courtilt (Iirimaa) otsus või kinnitus selle kohta, et laste Iirimaalt äraviimine oli ebaseaduslik nimetatud konventsiooni artikli 3 tähenduses.

Kuupäev	Iirimaa	Ühendkuningriik
22. detsember 2009	Isa algatas High Courtis (Iirimaa) menetluse, paludes 1980. aasta Haagi konventsiooni ja selle artiklit 15 rakendavate Iiri õigusnormide alusel tuvastada, et laste Iirimaalt äraviimine juulis 2009 oli ebaseaduslik nii nimetatud konventsiooni artikli 3 kui ka määruse nr 2201/2003 artikli 2 tähenduses. Sama avaldusega palus isa High Courtil määrata laste hooldus- ja hooldusõigus talle. Neid kahte viimast küsimust ei ole Iiri kohtud veel lahendanud.	
28. aprill 2010	1. High Court (Iirimaa) otsustas, et põhikohtuasja apellandil ei olnud laste hooldusõigust nende Iirimaalt äraviimise ajal ning et äraviimine ei olnud järelikult ebaseaduslik nimetatud konventsiooni ega määruse tähenduses.	
	Isa esitas selle kohtuotsuse peale apellatsioonkaebuse Supreme Courtile.	
30. juuli 2010	Supreme Court esitas eelotsuse küsimuse.	

31. Supreme Court märgib eelotsusetaotluses, et isal ei olnud 25. juulil 2009 oma laste suhtes hooldusõigust 1980. aasta Haagi konventsiooni sätete tähenduses. Kohus mainib siiski, et mõiste „hooldusõigus" on seoses nimetatud konventsiooni alusel laste ühest liikmesriigist teise tagasitoomise taotlustega nüüd määratletud määruse nr 2201/2003 artikli 2 lõikes 9.

IV – Seisukoht

32. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et määruse nr 2201/2003 sätted ega harta artikkel 7 ei tähenda, et lapse äraviimise ebaseaduslikkuse tuvastamisel tuleb lapse bioloogilist isa tingimata pidada laste suhtes hooldusõigust omavaks, kui puudub talle sellist õigust andev kohtuotsus. Kohus märgib siiski, et liidu õigusnormide tõlgendamine kuulub Euroopa Kohtu pädevusse.

A – *Vastuvõetavus*

33. Supreme Court otsustas menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas […] määrusega [nr 2201/2003], tõlgendatuna kooskõlas […] harta artikliga 7 või muul viisil, on vastuolus see, kui liikmesriigi seaduses on nõutud, et lapse isa, kes ei ole abielus lapse emaga, peab selleks, et tunnustataks tema „hooldusõigust", mis muudab lapse äraviimise tema elukohariigist kõnealuse määruse artikli 2 lõike 11 tähenduses ebaseaduslikuks, saama pädevalt kohtult otsuse, millega määratakse ta lapse eestkostjaks?"

34. Euroopa Komisjon esitas väite eelotsuse küsimuse võimaliku vastuvõetamatuse kohta. Saksamaa Liitvabariik viitas samuti sellele, et Euroopa Kohtul puudub pädevus vastata eelotsuse küsimusele. Saksamaa valitsuse sõnul käsitletakse tegelikult 1980. aasta Haagi konventsiooni, mitte määruse nr 2201/2003 tõlgendamist. Tõstatatud probleemid puudutavad ka kõnealuse konventsiooni ja määruse omavahelist suhestatust.

35. Komisjon märgib, et Iiri kohtute poole pöörduti 1991. aasta seaduse § 15 alusel avaldusega, mis esitati vastavalt 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklile 15 ja milles paluti tuvastada, et põhikohtuasja apellandi laste Iirimaalt äraviimine oli ebaseaduslik nimetatud konventsiooni artikli 3 ja määruse nr 2201/2003 artikli 2 tähenduses.

36. Komisjonil on kahtlused küsimuses, kas eelotsuse küsimus puudutab tõepoolest määruse nr 2201/2003 artikli 2 punkti 11 tõlgendamist või pigem 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklite 1 ja 3 tõlgendamist. Kui see oleks nii, ei oleks Euroopa Kohtul volitusi vastata talle esitatud küsimusele, kuna Euroopa Liit ei ole kõnealuse konventsiooni osaline, kuigi kõik liikmesriigid on selle osalised.

37. Komisjoni hinnangul räägib kitsa tõlgenduse kasuks asjaolu, et ajal, mil Iiri kohtute poole pöörduti, ei olnud määrus nr 2201/2003 veel kohaldatav.

38. Esiteks tuleb meenutada, et Supreme Courti menetluses olev sisuline vaidlus puudutab otseselt määruse nr 2201/2003 ja harta kohaldamist, mitte 1980. aasta Haagi konventsiooni kohaldamist. Seda ei muuda kuidagi asjaolu, et Ühendkuningriigis pooleli olev menetlus puudutab kõnealuse konventsiooni kohaldatavust. Seega tekib liidu õigust puudutav küsimus, mis ei ole hüpoteetiline ega eelotsusetaotluse esitanud kohtu jaoks asjakohatu.

39. Teiseks tuletan ma meelde, et 1980. aasta Haagi konventsioon ei kuulu iseenesest liidu õiguskorda ning Euroopa Kohtul puudub seega pädevus seda tõlgendada. [10]

40. Asutamislepingu sätete kohaselt on liidul siiski pädevus reguleerida kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise küsimusi, mis on seotud vanemliku vastutusega. [11] 1980. aasta Haagi konventsiooni kohaldamisala üle võttes on määruse nr 2201/2003 artiklis 1 täpsemalt ette nähtud, et seda määrust kohaldatakse vanemliku vastutuse tekkimise, teostamise, piiramise või äravõtmise suhtes igat liiki kohtutes. Alles määruse nr 2201/2003 artiklitega 60 ja 62 taastas seadusandja kõnealuse konventsiooni toime, tunnistades selle liikmesriikidevahelistes suhetes kohaldatavaks küsimuste suhtes, mis ei ole nimetatud määrusega hõlmatud. Määrus nr 2201/2003 on 1980. aasta Haagi konventsiooni suhtes ülimuslik osas, milles nimetatud konventsioon käsitleb selle määrusega reguleeritud valdkondi, kuid 1980. aasta Haagi konventsioonil on jätkuvalt

10 – Liikmesriigid on selle konventsiooni osalised, kuid liit ei ole. Kohtupraktikast värske ülevaate saamiseks vt 4. mai 2010. aasta otsus kohtuasjas C-533/08: TNT Express Nederland (EKL 2010, lk I-4107, punktid 58–61).

11 – Määruses nr 2201/2003 on õigusliku alusena nimetatud EÜ artikli 61 punkti c (mis viitab artiklile 65) ja EÜ artikli 67 lõiget 1; pärast Lissaboni lepingu jõustumist vt ELTL artikkel 81.

toime valdkondades, mida määruses ei ole reguleeritud.[12] Seadusandja otsustas seega viidata rahvusvahelise õiguse olemasoleva instrumendi sätetele, selle asemel et võtta vastu liidu õigusnormid, mis käsitlevad sama valdkonda.

41. Vajadus hõlmata määruse nr 2201/2003 eelnõusse sätted, mis käsitlevad sama valdkonda kui 1980. aasta Haagi konventsioon, oli toona vastuolusid tekitav küsimus.[13] Vastuvõetud kujul hõlmab määrus nr 2201/2003 paljusid olukordi, mis puudutavad vanemliku vastutusega seotud kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist. Nimetatud määruse kohaselt kohaldatakse lapse ebaseadusliku äraviimise või kinnipidamise korral „jätkuvalt […] 1980. aasta Haagi konventsiooni, mida täiendavad käesoleva määruse sätted, eriti artikkel 11".[14]

42. Kuigi näib, et määruse nr 2201/2003 artiklis 11 on määruse kohaldatavuse eelduseks seatud 1980. aasta Haagi konventsiooni kohaldatavuse tuvastamine, on samuti tõsi, et seoses ühest liikmesriigist teise viimisega on 1980. aasta Haagi konventsioon ja määrus nr 2201/2003 kohaldamise poolest üksteisega lahutamatult seotud.

43. Kuna sarnast määratlust on kasutatud nii 1980. aasta Haagi konventsioonis kui määruses nr 2201/2003, siis tuleb lisaks järeldada, et selline sõnastus on „toodud ühenduse tasandile" ja Euroopa Kohus võib seda tõlgendada.[15] Niisugune on olukord näiteks küsimuse puhul, kas äraviimine või kinnipidamine on seaduslik või mitte – see on kindlaks määratud 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklis 3 ja määruse nr 2201/2003 artikli 2 punktis 11. Sellegipoolest tuleb märkida, et selle määruse ja nimetatud konventsiooni vahel on teatavaid erinevusi.[16]

44. Kuna eelotsusetaotlus puudutab liidu õiguse tõlgendamist, teen ma Euroopa Kohtule seega ettepaneku lugeda küsimus vastuvõetavaks.

12 – Vt määruse nr 2201/2003 artiklid 60 ja 62.

13 – Vt eelkõige McEleavy, P., „The New Child Abduction Regime of the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?" *Journal of Private International Law,* aprill 2005, lk 5.

14 – Vt määruse nr 2201/2003 põhjendus 17.

15 – Vt Borrás, A., „Protection of Minors and Child Abduction under the Hague Conventions and the Brussels II bis Regulation", *Japanese and European Private International Law in Comparative perspective,* koostajad de Basedow, J., jt, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, lk 345, lk 355.

16 – Näiteks eestkosteõiguse andmise kolme vormi puhul eelneb konventsioonis neile määrsõna „eelkõige", mis tekitab mõtte, et loetelu on kõigest näitlik, samas kui määruse nr 2201/2003 sõnastuse kohaselt näib sama loetelu olevat ammendav.

B – *Sisulised küsimused*

1. Määruse nr 2201/2003 artikli 2 punkti 11 alapunkti a tõlgendus

45. Ma märgin, et määruse artikli 2 punkti 11 alapunktis a on ette nähtud, et väljend „ebaseaduslik äraviimine või kinnipidamine" tähendab lapse äraviimist või kinnipidamist juhul, kui „sellega rikutakse kohtuotsusega, seaduse alusel või õigusliku toimega kokkuleppe põhjal saadud hooldusõigust *liikmesriigi seaduse alusel, kus laps alaliselt elas* vahetult enne äraviimist või kinnipidamist". Mõiste „hooldusõigus" hõlmab määruse artikli 2 punkti 9 kohaselt „lapse isiku eest hoolitsemisega seotud õigusi ja kohustusi, eeskätt õigust määrata lapse elukoht".

46. Sarnaselt Supreme Courti ja komisjoniga leian ma, et nende kahe sätte sõnastus ei jäta mingit kahtlust ega ebaselgust nende tõlgenduse suhtes: ilmselgelt tuleb selle liikmesriigi seaduse alusel, kus laps enne äraviimist või kinnipidamist alaliselt elas, kindlaks teha, kas kõnealune äraviimine või kinnipidamine on seaduslik või mitte. Kuna Supreme Court tuvastas selgelt, et isal ei ole Iiri õiguse kohaselt hooldusõigust ning et isa ei saa tugineda sätetele, mis võimaldaksid tal laste äraviimisele vastuväiteid esitada, järeldub sellest, et laste viimine väljapoole Iirimaad ja nende kinnipidamine Ühendkuningriigis ei olnud ebaseaduslik määruse nr 2201/2003 artikli 2 punkti 11 tähenduses.

47. Selge vahetegemine isale peaaegu automaatselt hooldusõiguse andmise ja selle andmata jätmise vahel olenevalt asjaolust, kas ta on abielus või mitte, näib olevat liikmesriikides küllaltki levinud.

48. Selles suhtes on tarvilik mainida hiljutist aruannet, milles on antud ülevaade „vanemliku vastutuse" tekkimisest Euroopa Nõukogu mõningates liikmesriikides. [17] Kuna selles aruandes on analüüsitud „vanemliku vastutuse" küsimust, tuleb märkida, et see ei ole tingimata sama, mis määruses nr 2201/2003 sätestatud hooldusõigus. Igal juhul tõdeb professor Lowe, et „kõik uuritud liikmesriigid omistavad abielust sündinud laste vanematele ühise vanemliku vastutuse ning väljaspool abielu sündinud laste puhul vanemliku

17 – Vt professor Lowe, N. aruanne „Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation" (Uurimus mitmesugust liiki abielulise või mitteabielulise partnerluse ja kooselu raames üleskasvatatavate laste õigusliku staatuse kohta), Euroopa Nõukogu, Strasbourg, 25. september 2009, CJ-FA(2008) 5, lk 32. Aruanne hõlmab ligikaudu kolmekümmend riiki, see tähendab peaaegu kõiki liidu liikmesriike ning teatud hulka Euroopa Nõukogu teisi liikmeid.

vastutuse emale". See vastab samasisulistele soovitustele, mis on antud teatavates rahvusvahelistes instrumentides.

49. Nende paaride laste puhul, kes ei ole abielus, on olukord teistsugune ja küllaltki mitmekesine. Üheteistkümnes riigis on siis, kui isadus on tuvastatud isaduse omaksvõtmise teel või kohtuotsusega, vanematel ühine vanemlik vastutus. Üheteistkümnes teises riigis aga sellest siiski ei piisa. Isa peab vanemliku vastutuse saamiseks võtma ka muid meetmeid (näiteks emaga abielluma või kokkuleppe sõlmima või saama kohtuotsuse). Niisugune lähenemisviiside erinevus peegeldub ka rahvusvaheliste instrumentide lahknevuses selle küsimuse osas. [18]

50. Sellest tulenevalt ei ole Iiri õigusnormid, mis näivad olevat teisele käsitletud rühmale lähedased, kuidagi erandlikud.

51. Kokkuvõtteks tuleb märkida, et määruses nr 2201/2003 ei ole kehtestatud hooldusõiguse tekkimise tingimusi, kuigi selles on kõnealuse õiguse saamise kolme vormina loetletud kohtuotsusega, seaduse alusel või õigusliku toimega kokkuleppe põhjal hooldusõiguse andmist, jättes ära määrsõna „eelkõige", mis sisaldub 1980. aasta Haagi konventsioonis [19], mistõttu on võimalik järeldada, et see loetelu on ammendav. Määruses nr 2201/2003 ei ole kindlaks määratud, kummal vanemal peaks olema hooldusõigus. Seda küsimust ei ole reguleeritud ka 1980. aasta Haagi konventsioonis. See küsimus kuulub siseriikliku õiguse kohaldamisalasse.

52. Lõpuks sisaldab määruse nr 2201/2003 artikli 2 punkt 11 ka kollisiooninormi. Selles on kindlaks määratud ebaseadusliku lapseröövi korral hooldusõiguse määratluse suhtes kohaldatav seadus. Erinevate võimaluste hulgast on selles määruses otsustatud selle „liikmesriigi seaduse [kasuks], kus laps alaliselt elas vahetult enne äraviimist või kinnipidamist". Selles suhtes osutub määruse nr 2201/2003 kohaldatavuse seisukohast asjassepuutumatuks mis tahes muu hooldusõigus, mis võib olla omandatud mõnes teises riigis kui see, kus perekond varem elas.

18 – Professor Lowe tõstatab eespool viidatud aruandes küsimuse, kas tulevikus ei tuleks ühtlustada lähenemisviise, mida kasutatakse abielus või vallaliste paaride puhul; praegu ei ole need lähenemisviisid veel ühtlustatud.

19 – 1980. aasta Haagi konventsioonis näib määrsõnas „eelkõige" seisnev täpsustus olevat kindla tähtsusega: „Samuti on kõik allikad, millest võib tuleneda eestkosteõigus, mida püütakse kaitsta, niisugused, mis võivad kõnealuses õigussüsteemis olla nõude aluseks. Selles suhtes on artikli 3 teises lõigus käsitletud mõningaid – kahtlemata kõige olulisemaid – nendest allikatest, kuid samas on rõhutatud, et loetelu ei ole ammendav […]. Nagu järgmistest lõikudest ilmneb, hõlmavad aluseks võetud allikad laia õiguslikku gammat; asjaolu, et nende osalisust on täpsustatud, tuleb seega mõista eelkõige kasutatud mõistete paindlikku tõlgendamist soodustavana, võimaldades arvestada võimalikult suure hulga olukordadega". Vt Pérez-Vera, E. selgitav aruanne, *Actes et documents de la quatorzième session (1980)*, Haagi Rahvusvahelise Eraõiguse Konverents, III kd., lk 446, punkt 67 (selgitava aruandega on võimalik tutvuda järgmisel aadressil: http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf).

2. Kas liidu õiguses on bioloogilisel isal „vaikimisi tuletatav" hooldusõigus (*inchoate right*)?

53. Isa peamine argument näib olevat järgmine: vaatamata Iiri õigusele tuleks leida, et tal on „vaikimisi tuletatav" hooldusõigus, mida on võimalik tunnustada (*inchoate right*) [20]. Liidu õiguses tuleks tunnustada selle õiguse kuulumist bioloogilisele isale, kes on emaga koos elanud ja kes seetõttu on sarnaselt abielus oleva isaga nõustunud osalema perekonnaeluga kaasneva vastutuse kandmises. See õigus rajaneb EIÕK artiklil 8 ning harta artiklil 7 ja artikli 24 lõikel 3. Selle seisukoha põhjendamiseks viitab ta muu hulgas teatud hulgale Euroopa Inimõiguste Kohtu otsustele.

54. Harta osas tuleb meenutada kahte põhilist asjaolu. Hartal on küll aluslepingutega võrreldes samaväärne õigusjõud, kuid harta sätted ei laienda kuidagi liidu pädevust, nagu see on määratletud aluslepingutes. [21] Kui asutamislepinguga ei ole liidule antud hooldusõiguse sisuliste tingimuste reguleerimise pädevust, ei luba seda ka harta. [22]

55. Vajaduse korral võib isale hooldusõiguse andmise tingimuste õiguspärasust kontrollida EIÕK alusel. Selle kohta tuleb teha kolm tähelepanekut.

56. Kõigepealt tuleb märkida, et loomulikult tagab Euroopa Kohus põhiõiguste, sealhulgas EIÕK-ga tagatud õiguste järgimise, [23] kuid ta täidab seda ülesannet liidu õiguse kohaldamisalas. Kehtivas olukorras ei ole liidul siiski pädevust reguleerida hooldusõiguse tekkimise küsimust. Kuigi liidul on pädevus paljudes valdkondades, ei hõlma see käesolevas asjas käsitletavaid materiaalõiguse küsimusi, see tähendab küsimust, millisel isikul peab olema hooldusõigus. [24]

57. Võttes arvesse, et hooldusõiguse tekkimise sisulisi tingimusi liidu õigusega üldse ei reguleerita, järeldub sellest, et käesoleval juhul puudub seos liidu õiguse ja EIÕK vahel.

58. Kui liikmesriigi õigusnormidest tulenevad hooldusõiguse tekkimise tingimused osutuvad siiski EIÕK-ga vastuolus olevaks, ei ole minu hinnangul välistatud, et sellel võivad määruse nr 2201/2003 kohaldamise osas olla

20 – Ei ole lihtne leida väljendile *inchoate right* täpset tõlget. Mulle tundub siiski, et 1980. aasta Haagi konventsiooni andmebaasis kasutatud termin („vaikimisi tuletatav eestkosteõigus") ei hõlma täpselt seda, mida J. McB. siinkohal silmas peab.

21 – Vt ELL artikli 6 lõige 1.

22 – Vt harta artikli 51 lõige 1.

23 – Vt ELL artikli 6 lõige 3.

24 – Ma märgin lisaks, et asutamislepingus – st ELL artikli 6 lõikes 2 – on nüüd ette nähtud liidu ühinemine EIÕK-ga. Samas lõikes on sarnaselt eelmises lõikes sisalduva sättega rõhutatud, et ühinemine ei mõjuta liidu pädevust, mis on määratletud aluslepingutega.

tagajärjed. Täpsemalt peaks Euroopa Kohus vajaduse korral analüüsima teise liikmesriigi kohustust tunnustada hooldusõiguse tekkimist puudutavaid kohtuotsuseid.

59. Ma sooviksin veel täiendavalt analüüsida Euroopa Inimõiguste Kohtu selle praktika mõningaid aspekte, millele isa J. McB. on viidanud.

60. J. McB. viidatud kohtupraktika puudutab hooldusõiguse tekkimist ja sellele siseriikliku õigusega kehtestatud piire, eelkõige vallaliste isade osas. Nii tuvastas Euroopa Inimõiguste Kohus kohtuasjas Zaunegger *vs.* Saksamaa, et Saksamaa Liitvabariik oli rikkunud EIÕK-d. Euroopa Inimõiguste Kohus leidis, et Saksa õiguses vallalisele isale hooldusõiguse andmise väga piiratud tingimused, mis annavad emale täieliku vetoõiguse, ei ole EIÕK-ga kooskõlas. [25]

61. Mulle tundub, et kohtuasja Guichard *vs.* Prantsusmaa asjaolud on meie käsitletavale kohtuasjale väga lähedased. [26]

62. Selles kohtuasjas pöördus isa EIÕK rikkumise tõttu Euroopa Inimõiguste Kohtusse. Euroopa Inimõiguste Kohus märgib oma otsuses, et 1980. aasta Haagi konventsiooni sätetest tuleneb, et keskvõim peab võtma kõik kohased meetmed, et tagada õigusvastaselt ära viidud laste viivitamatu tagasitoomine. Kõnealuses konventsioonis on selles suhtes ette nähtud, et „õigusvastaseks" tuleb pidada äraviimist, mis on toimunud „hooldamisõigust" rikkudes, kusjuures hooldamisõigus tähendab lapse hooldamisega seotud õigust ja eelkõige õigust määrata lapse elukoht. 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklis 3 on muu hulgas täpsustatud, et hooldamisõigus võib olla antud seaduse alusel. Sellise olukorraga oligi tegemist kõnealuses asjas, kuna lapse Prantsusmaalt Kanadasse äraviimise ajal omistasid Prantsuse õigusnormid seaduse alusel automaatselt vanemliku vastutuse (millega kaasneb hooldusõigus) emale, kuigi nii isa kui ema olid oma väljaspool abielu sündinud lapse omaks võtnud. Neil asjaoludel ei saanud äraviimist käsitada „õigusvastasena" 1980. aasta Haagi konventsiooni tähenduses. Seetõttu ei saanud kaebaja, kellel ei olnud

25 – Euroopa Inimõiguste Kohtu 3. detsembri 2009. aasta otsus kohtuasjas Zaunegger *vs.* Saksamaa (kaebus nr 22028/04). Selle alusel otsustas Saksamaa konstitutsioonikohus (BVerfG) hiljuti, et Saksa õigusnormid on selles osas vastuolus Saksamaa põhiseadusega (21. juuli 2010. aasta otsus, 1 BvR 420/09).

26 – Euroopa Inimõiguste Kohtu 2. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas Guichard *vs.* Prantsusmaa (kaebus nr 56838/00).

„hooldamisõigust" 1980. aasta Haagi konventsiooni tähenduses, kasutada selle konventsiooniga pakutavat kaitset.

63. Neid kaalutlusi silmas pidades leidis Euroopa Inimõiguste Kohus, et kõnealusel juhul ei pannud EIÕK artikkel 8, tõlgendatuna koostoimes 1980. aasta Haagi konventsiooniga, Prantsuse ametivõimudele positiivseid kohustusi lapse tagasitoomiseks. Kohtuasi tunnistati siiski vastuvõetamatuks, kuna isa ei olnud enne Euroopa Inimõiguste Kohtu poole pöördumist ammendanud siseriiklikke õiguskaitsevahendeid.

64. Kõikide eespool viidatud kohtuasjade ühiseks jooneks on see, et siseriiklikud ametivõimud jätsid rahuldamata taotluse saada luba kasutada hooldusõigusest tulenevaid õigusi.

65. Käesolevas kohtuasjas ei olnud laste äraviimise ajal isa isegi esitanud taotlust hooldusõiguse saamiseks, kuigi see võimalus on siseriiklike õigusnormidega ette nähtud. Ma märgin ka, et ema ei saaks isale sellise õiguse andmist takistada, kui pädev siseriiklik kohus teeks vastava otsuse.

66. Kuna puudub siseriiklik otsus, millega keeldutaks J. McB.-le hooldusõigust andmast, ei ole isegi võimalik arutleda EIÕK võimaliku rikkumise üle.

67. Täielikkuse huvides tõden siiski, et hooldusõiguse andmise tingimused ei ole minu hinnangul vastuolus EIÕK-ga tagatud õigustega. Euroopa Inimõiguste Kohtu praktika ei kinnita kuidagi J. McB. väidet, et see, kui bioloogilise isa vanemliku vastutusega seotud õigused ei tulene isegi kooselu korral automaatselt seadusest, vaid sõltuvad nende õiguste andmisest kohtuotsusega (või olenevalt olukorrast kokkuleppe alusel), on vastuolus EIÕK-ga. EIÕK-st ei tulene isale mingit hooldusõigust. Tal on üksnes õigus saada sellised õigused emaga võrdsetel alustel, kui see on lapse huvidega kooskõlas.

68. Mis puudutab täpsemalt perekonnaelu kaitset, millele isa viitab ja mida on nimetatud harta artiklis 7, siis seda aspekti on Euroopa Inimõiguste Kohus analüüsinud vertikaalsest aspektist, see tähendab liikmesriikide selliste sekkumiste puhul, [27] mis mõjutavad kõnealust

27 – Ma tuletan meelde, et J. McB.-d ei ole nimetatud kolmest kõnealusest lapsest kahe sünnitunnistusel.

kaitset teatud peres. [28] See, millega seoses isa käesolevas asjas niisugusele kaitsele viitab, on täiesti teistsugune: viidatakse perekonnaliikmete vaheliste suhete horisontaalsele aspektile, mitte suhetele Iiri ametivõimudega, kelle poole isa ei ole pöördunud selleks, et saada kohaldatavates õigusnormides ette nähtud korras kaitset oma perekonnaelu puudutavale põhiõigusele, ega hooldusõiguse saamiseks. Tegelikult palub J. McB. Euroopa Kohtul anda tõlgenduse, mille kohaselt ta võiks saada EIÕK-st vaikimisi tuletatava hooldusõiguse, mida ei tunta asjaomase liikmesriigi õiguses ja mida saab tagantjärele kasutada ema vastu ning mis seega tagantjärele piirab viimase hooldusõigust, mis on kõnealuses riigis tunnustatud. See ei ole võimalik. Tõlgendus, mida isa J. McB. soovib saada, tähendaks EIÕK kohaldamist otse üksikisiku vastu.

69. Bioloogilise isa „vaikimisi tuletatava" hooldusõiguse tagantjärele tunnustamine tekitaks pealegi mitu probleemi. Kõigepealt võiks see tõlgendus takistada isikute vaba liikumist, mis asutamislepingu kohaselt puudutab ka ema. Ema ei saaks enam vabalt määrata lapse elukohta ning sellest tulenevalt ka omaenda elukohta. Edasi ei oleks kõnealusel isikul, see tähendab emal, võimalik olla teadlik omaenda õiguslikust olukorrast.

70. Lõpuks ei oleks niisugune „vaikimisi tuletatav" hooldusõigus, mis tuleneb ainuüksi bioloogilisest isadusest, ilma selge ja kontrollitava õigusliku aluseta – näiteks perekonnaseisuakti või haldus- või kohtudokumendita, mis puudutab niisuguse õigusliku staatuse olemasolu (mis on antud seaduse alusel, kohtuotsusega või hooldusõigust puudutava õigusliku toimega kokkuleppe põhjal) –, isegi faktilise kooselu korral kooskõlas ka õiguskindluse jaoks vajaliku selguse nõudega, et tagada määruse nr 2201/2003 nõuetekohane kohaldamine liikmesriikide kohtute ja haldusasutuste poolt. Minu hinnangul on vanemate ja laste vaheliste õigussuhete puhul niisuguse selguse nõudmine täielikult kooskõlas lapse põhiõigusega säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt oma mõlema vanemaga, mis on ette nähtud harta artikli 24 lõikes 3, mida omakorda on mainitud määruse nr 2201/2003 põhjenduses 33.

71. Tulles tagasi eelotsusetaotluse eesmärgi enda juurde, meenutan ma liidu õiguse osas lõpetuseks, et käesoleval juhul ei ole tegemist küsimusega, kas isal peaks olema hooldusõigus või mitte, samamoodi nagu ei ole küsimus selles, millistel tingimustel ja viisil võib hooldusõiguse anda. Euroopa Kohtus toimuva menetluse eesmärk on tõlgendada tingimusi, mis peavad olema täidetud selleks, et määrus nr 2201/2003 oleks eeldatava lapseröövi korral kohaldatav.

28 – Vt EIÕK artikli 7 lõige 2 ja näiteks Euroopa Inimõiguste Kohtu 12. jaanuari 2010. aasta otsus kohtuasjas A. W. Khan *vs.* Ühendkuningriik (kaebus nr 47486/06).