# STALIŠČE GENERALNE PRAVOBRANILKE ELEANOR SHARPSTON, predstavljeno 16. junija 2010[1]

1. Otrok, rojen leta 2006 v Italiji očetu Italijanu in materi Avstrijki, ki nista bila nikoli poročena, je v tem trenutku proti volji očeta v Avstriji z materjo. V okviru postopka, katerega namen je bil določiti izvrševanje starševske odgovornosti do otroka, je italijansko sodišče odredilo otrokovo vrnitev v Italijo. Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče) (Avstrija) postavlja pet vprašanj o razlogih, iz katerih bi bilo mogoče zavrniti izvršitev te odredbe.

## Pravni okvir

2. Na ravni Evropske unije so taki primeri urejeni z Uredbo Sveta (ES) št. 2201/2003[2] v povezavi s Haaško konvencijo iz leta 1980[3].

### *Konvencija*

3. V preambuli Konvencije države podpisnice izjavljajo, da so „trdno prepričane, da je interes otroka bistvenega pomena za vsa vprašanja v zvezi z njegovim varstvom in vzgojo“ ter zatrjujejo, da želijo „na mednarodni ravni otroka varovati pred škodljivimi učinki neupravičene premestitve ali zadržanja ter uvesti postopke za zagotovitev takojšnje vrnitve

1 – Jezik izvirnika: francoščina.

2 – Uredba 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 L 338, str. 1, v nadaljevanju: Uredba).

3 – Konvencija o civilnopravnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok, sklenjena 25. oktobra 1980 in veljavna od 1. decembra 1983, katere pogodbenice so vse države članice (v nadaljevanju: Konvencija). V nasprotju z Uredbo Konvencija ne vsebuje pravil o pristojnosti. V zvezi s tem Uredba temelji na Konvenciji o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju, uveljavljanju in sodelovanju glede starševske odgovornosti in ukrepov za varstvo otrok, sklenjeni 19. oktobra 1996 v Haagu (UL 2008, L 151, str 39). Navesti je treba, da Uredba na podlagi člena 60 prevlada nad Konvencijo, če se ta nanaša na področja, urejena z Uredbo.

otroka v državo, kjer ima običajno prebivališče, in varstva pravice do stikov“.

4. Člen 3 Konvencije določa:

„Šteje se, da je otrok nezakonito odpeljan ali zadržan:

(a) če so s tem kršene pravice do skrbi zanj, ki jih je dobila oseba, institucija ali katerokoli drugo bodisi kolektivno bodisi posamično telo po zakonu države, v kateri je otrok stalno prebival, preden je bil odpeljan ali zadržan;

(b) če so se v času, ko je bil otrok odpeljan ali zadržan, te pravice uveljavljale bodisi kolektivno bodisi posamično ali bi se uveljavljale, če otrok ne bi bil odpeljan ali zadržan.

Pravice do skrbi za otroka, omenjene v prvem odstavku pod (a), se lahko pridobijo predvsem z izvajanjem zakona ali na podlagi sodne ali upravne odločbe ali na podlagi sporazuma, ki ima pravni učinek po zakonu zadevne države.“

5. Člen 12 Konvencije določa:

„Če je bil otrok nezakonito odpeljan ali zadržan po 3. členu, na dan, ko se je začel postopek pred sodnim ali upravnim organom pogodbenice, v kateri je otrok, pa je minilo manj kot leto dni od dneva, ko je bil nezakonito odpeljan ali zadržan, odredi pristojni organ takojšnjo vrnitev otroka.

Tudi če se je pravni postopek začel po poteku enoletnega roka iz prejšnjega odstavka, odredi sodni ali upravni organ vrnitev otroka, če se ne dokaže, da se je otrok prilagodil novemu okolju.

[…]“

6. Člen 13 Konvencije določa:

„Sodnemu ali upravnemu organu države, ki ji je bila poslana zahteva, ne glede na določbe prejšnjega člena ni treba odrediti vrnitve otroka, če oseba, institucija ali kakšno drugo telo, ki nasprotuje njegovi vrnitvi, dokaže:

(a) da v času, ko je bil otrok odpeljan ali zadržan, oseba, institucija ali drugo telo, ki skrbi za otrokovo osebnost, ni dejansko uveljavljalo pravice do skrbi zanj, ali da se je strinjalo ali pozneje pristalo, da se otrok odpelje ali zadrži;

(b) da obstaja resna nevarnost, da bi bil otrok zaradi vrnitve izpostavljen telesnemu nasilju ali duševni travmi ali kako drugače pripeljan v neugoden položaj.

Prav tako lahko sodni ali upravni organ zavrne, da odredi otrokovo vrnitev, če ugotovi, da otrok nasprotuje vrnitvi in da je dopolnil tisto starost in je na taki stopnji zrelosti, ko je treba upoštevati njegovo mnenje.

Pri obravnavi okoliščin iz tega člena upoštevata sodni in upravni organ podatke o otrokovem socialnem poreklu, ki jih dobita od centralnega izvršilnega organa ali kakšnega drugega pristojnega organa države, v kateri je otrokovo stalno prebivališče."

7. Člen 17 Konvencije določa:

„Samo dejstvo, da je izdana odločba, ki se nanaša na skrb za otroka, ali da jo je treba priznati v državi, ki ji je poslana zahteva, še ni podlaga za zavrnitev vrnitve otroka na podlagi te konvencije, vendar pa lahko sodni in upravni organi države, ki ji je poslana zahteva, upoštevajo razloge za izdajo te odločbe pri uporabi te konvencije."

8. Člen 19 Konvencije določa:

„Odločba na podlagi te konvencije v zvezi z vrnitvijo otroka se ne šteje za meritorno odločbo o kateremkoli vprašanju v zvezi s pravico do skrbi za otroka."

*Uredba*

9. Zdi se, da je v okviru analize vprašanj, postavljenih s tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe, upoštevnih več uvodnih izjav Uredbe, zlasti:

„(12) Temelji pristojnosti v zadevah starševske odgovornosti, določeni v tej uredbi, so oblikovani tako, da kar najbolj upoštevajo interese otroka, zlasti kriterij povezanosti. To pomeni, da je v prvi vrsti pristojna država članica, v kateri ima otrok običajno prebivališče, z izjemo nekaterih primerov spremembe otrokovega prebivališča ali v skladu s sporazumom med nosilcema starševske odgovornosti.

[…]

(17) V primerih neupravičene premestitve ali zadržanja otroka je treba nemudoma doseči otrokovo vrnitev in v ta namen se Haaška konvencija z dne 25. oktobra 1980 uporablja še naprej, kot je bila dopolnjena z določbami te uredbe, zlasti s členom 11. Sodišča države članice, v katero ali v kateri je bil otrok neupravičeno premeščen ali zadržan, bi morala biti upravičena do nasprotovanja otrokovi vrnitvi v posebnih, ustrezno utemeljenih primerih. Vendar pa tako odločbo lahko nadomesti kasnejša odločba sodišča države članice otrokovega običajnega prebivališča pred njegovo neupravičeno premestitvijo ali zadržanjem. Če je posledica odločbe vrnitev otroka, za njegovo vrnitev ni potrebno [potreben] za priznanje in izvršitev navedene sodne odločbe v državi članici, v katero ali v kateri je bil otrok premeščen ali zadržan, noben poseben postopek.

(23) Evropski svet v Tampereju je v svojih sklepih (točka 34) upošteval, da je treba sodne odločbe z družinskopravnega področja ‚avtomatično priznavati v vsej Uniji, brez kakršnih koli vmesnih postopkov ali razlogov za zavrnitev izvršitve'. Zato se morajo sodne odločbe o pravici do stikov z otrokom in sodne odločbe o vrnitvi, za katere je bilo v državi članici izvora izdano potrdilo v skladu z določbami te uredbe, priznati in izvršiti v vseh drugih državah članicah, ne da bi bil za to potreben kakršenkoli nadaljnji postopek. Ureditev za priznavanje takšnih sodnih odločb še naprej ureja nacionalna zakonodaja.

(24) Zoper potrdilo, izdano za lažjo izvršitev sodne odločbe, ni pravnega sredstva. Popraviti ga je mogoče le, kadar je nastala vsebinska napaka, t.j. kadar ne odraža pravilno sodne odločbe."

[…]

(21) Priznavanje in izvrševanje sodnih odločb, izrečenih v državi članici, mora temeljiti na načelu medsebojnega zaupanja, razloge za nepriznanje pa je treba omejiti na kar najmanjši obseg.

10. V členu 2 Uredbe so opredeljeni nekateri pojmi, ki se uporabljajo v njej. Zlasti:

[…]

„4. ‚sodna odločba' pomeni odločbo o razvezi, prenehanju življenjske skupnosti ali

razveljavitvi zakonske zveze, kakor tudi sodno odločbo, ki se nanaša na starševsko odgovornost in jo je izdalo sodišče države članice, ne glede na to, kakšno je ime sodne odločbe, vključno s sklepom, odredbo ali odločbo;

od nosilcev starševske odgovornosti ne more odločati o kraju otrokovega prebivališča brez soglasja drugega nosilca starševske odgovornosti."

[…]

11. V skladu s členom 8 Uredbe ter ob upoštevanju členov 9, 10 in 12 so sodišča države članice pristojna v zadevah starševske odgovornosti v zvezi z otrokom, ki običajno prebiva v tisti državi članici v trenutku, ko je sodišče začelo postopek.

11. ‚neupravičena premestitev ali zadržanje' pomeni premestitev ali zadržanje otroka, kadar:

12. V zvezi s tem člen 10 Uredbe[4] določa:

(a) je to kršitev pravic do varstva in vzgoje, pridobljenih s sodno odločbo ali po samem zakonu ali z dogovorom, ki ima pravno veljavo v skladu z zakonodajo države članice, v kateri je imel otrok običajno prebivališče neposredno pred premestitvijo ali zadržanjem,

„Pri neupravičeni premestitvi ali zadržanju otroka sodišča države članice, v kateri je otrok običajno prebival neposredno pred neupravičeno premestitvijo ali zadržanjem, obdržijo svojo pristojnost, dokler otrok ne pridobi običajnega prebivališča v drugi državi članici in:

in

(b) pod pogojem, da so se pravice do varstva in vzgoje otroka v času premestitve ali zadržanja dejansko izvajale, skupaj ali posamezno, ali bi se bile izvajale, če do premestitve ali zadržanja ne bi prišlo. Za varstvo in vzgojo otroka se šteje, da se izvršuje skupno, kadar v skladu s sodno odločbo ali po samem zakonu eden

(a) vse osebe, institucije ali drugi organi, ki imajo pravico do varstva in vzgoje otroka, privolijo v premestitev ali zadržanje

4 – Člena 9 in 12, ki se nanašata na primere, v katerih se otrok zakonito preseli iz ene države članice v drugo, oziroma na tiste, v katerih pristojnost sodišč druge države članice, s katero je otrok posebej povezan, nedvoumno sprejemajo vse stranke, v tej zadevi nista upoštevna.

ali

(iv) sodno odločbo o varstvu in vzgoji otroka, ki ne nalaga vrnitve otroka, so izdala sodišča države članice, kjer je otrok običajno prebival neposredno pred neupravičeno premestitvijo ali zadržanjem."

(b) otrok prebiva v drugi državi članici najmanj eno leto po tem, ko so bile ali bi morale biti osebe, institucije ali drugi organi, ki imajo pravico do varstva in vzgoje otroka, seznanjeni s krajem otrokovega bivanja in se je otrok vživel v novo okolje ter je bil izpolnjen najmanj eden od naslednjih pogojev:

13. Člen 11 Uredbe določa:

(i) v enem letu, ko je ali bi lahko bil nosilec pravic do varstva in vzgoje otroka seznanjen s krajem bivanja otroka, ni bila vložena nobena zahteva za vrnitev pri pristojnih organih države članice, kamor je bil otrok premeščen ali kjer je zadržan;

„1. Kadar oseba, institucija ali drug organ, ki ima pravico do varstva in vzgoje otroka, zahteva od pristojnih organov v državi članici, da izdajo sodno odločbo na podlagi [Konvencije], da bi dosegla vrnitev otroka, ki je bil neupravičeno premeščen ali zadržan v drugi državi članici, ki ni država članica, kjer je običajno prebival neposredno pred neupravičeno premestitvijo ali zadržanjem, se uporablja[jo] odstavk[i] 2 do 8.

(ii) zahteva za vrnitev, ki jo je vložil nosilec pravic do varstva in vzgoje otroka, je bila umaknjena in v roku iz [pod]odstavka (i) ni bila vložena nobena nova zahteva;

2. Pri uporabi členov 12 in 13 [Konvencije] se zagotovi otroku možnost biti med postopkom zaslišan, razen če to ni primerno zaradi otrokove starosti ali zrelosti.

(iii) primer pred sodiščem v državi članici, kjer je otrok običajno prebival neposredno pred neupravičeno premestitvijo ali zadržanjem, je bil zaključen na podlagi člena 11(7);

3. Sodišče, pri katerem je bil vložen zahtevek za vrnitev otroka iz odstavka 1, ukrepa v postopku na podlagi zahtevka kar se da hitro in uporabi najhitrejši postopek, ki ga predvideva nacionalno pravo.

Brez poseganja v prvi pododstavek izda sodišče sodno odločbo v roku šestih tednov po vložitvi zahtevka, razen takrat, kadar izjemne okoliščine to onemogočajo.

4. Sodišče ne more zavrniti vrnitve otroka na podlagi člena 13(b) [Konvencije], če se ugotovi, da so sprejeti vsi potrebni ukrepi za zagotovitev zaščite otroka po njegovi vrnitvi.

5. Sodišče ne more zavrniti vrnitve otroka, ne da bi bila osebi, ki zahteva vrnitev otroka, dana možnost biti zaslišana.

6. Če je sodišče v skladu s členom 13 [Konvencije] izdalo sodno odločbo, da se otrok ne vrne, mora v skladu z nacionalno zakonodajo takoj neposredno ali preko svojega osrednjega organa poslati kopijo odločbe, da se otrok ne vrne, in kopije ustreznih dokumentov, zlasti prepisa zaslišanja pred sodiščem, pristojnemu sodišču ali osrednjemu organu v državi članici, kjer je otrok običajno prebival neposredno pred neupravičeno premestitvijo ali zadržanjem. Sodišče mora prejeti vse omenjene dokumente v enem mesecu od dne izdaje odločbe o tem, da se otrok ne vrne.

7. Razen v primeru, da je ena od strank začela postopek pred sodišči v državi članici, kjer je otrok običajno prebival neposredno pred neupravičeno premestitvijo ali zadržanjem, mora sodišče ali osrednji organ, ki prejme dokumente iz odstavka 6, o tem obvestiti stranke in jih povabiti, naj v skladu z nacionalno zakonodajo predložijo sodišču v roku treh mesecev od dne obvestila svoje predloge, da bi lahko sodišče preučilo vprašanje dodelitve varstva in vzgoje otroka.

Brez poseganja v pravila o pristojnosti iz te uredbe sodišče zaključi primer, če v roku ne prejme nobenih predlogov.

8. Ne glede na sodno odločbo, da se otrok ne vrne, na podlagi člena 13 [Konvencije] je kakršna koli kasnejša sodna odločba, ki zahteva vrnitev otroka in jo izda na podlagi te uredbe pristojno sodišče, izvršljiva v skladu z Oddelkom 4 Poglavja III spodaj, da bi se zagotovila vrnitev otroka.“

14. Člen 15 Uredbe zadeva možnost prenosa pristojnosti na sodišče, ki je primernejše za odločanje o zadevi. Ta člen določa:

„1. Izjemoma lahko sodišča države članice, ki so po vsebini pristojna za zadevo, če menijo, da bi bilo sodišče druge države članice,

s katero je otrok posebej povezan, primernejše za obravnavo zadeve ali njenega dela in če je to v korist otroka:

(a) prekinejo obravnavo zadeve ali njenega dela ter pozovejo stranke, naj začnejo postopek pri sodišču te druge države članice v skladu z odstavkom 4, ali

(b) zaprosijo sodišče druge države članice, naj prevzame pristojnost v skladu z odstavkom 5.

2. Odstavek 1 se uporabi:

(a) na pobudo stranke, ali

(b) po uradni dolžnosti, ali

(c) na podlagi zahteve sodišča druge države članice, s katero je otrok v skladu z odstavkom 3 posebej povezan.

S prenosom po uradni dolžnosti ali na podlagi zahteve sodišča druge države članice se mora strinjati vsaj ena od strank.

3. Za otroka se šteje, da je posebej povezan z državo članico v smislu odstavka 1, če je:

(a) otrok v njej pridobil običajno prebivališče, po tem ko se je začel postopek pred sodiščem iz odstavka 1, ali

(b) v njej prejšnje običajno prebivališče otroka, ali

(c) otrok njen državljan, ali

(d) v njej običajno prebivališče nosilca starševske odgovornosti, ali

(e) v njej otrokovo premoženje in se zadeva tiče ukrepov za zaščito otroka, ki se nanašajo na upravljanje, ohranjanje in razpolaganje s tem premoženjem.

4. Sodišče države članice, ki je po vsebini pristojno, določi rok, v katerem je treba pred sodišči druge države članice začeti postopek v skladu z odstavkom 1.

Če sodišča v tem roku ne začnejo postopka, nadaljuje z izvrševanjem pristojnosti v skladu s člen[i] od 8 do 14 sodišče, ki je začelo postopek.

5. Sodišča te druge države članice lahko, kadar je to zaradi posebnih okoliščin v korist otroka, sprejmejo pristojnost v šestih tednih od začetka postopka pred njimi v skladu z odstavkom 1(a) ali 1(b). V tem primeru sodišče, pred katerim se je po[s]topek najprej začel, odkloni pristojnost. V nasprotnem primeru sodišče, pred katerim se je po[s]topek najprej začel, nadaljuje z izvrševanjem pristojnosti v skladu s členi od 8 do 14.

6. Sodišča za namene tega člena sodelujejo neposredno ali preko osrednjih organov, določenih v skladu s členom 53[5] .“

15. Poglavje III Uredbe je naslovljeno „Priznavanje in izvršitev“. Oddelek 1 tega poglavja se nanaša na priznavanje. V tem oddelku so zlasti v členu 23 navedeni razlogi za nepriznanje sodnih odločb o starševski odgovornosti. Ta člen določa:

„Sodna odločba v zvezi s starševsko odgovornostjo se ne prizna:

(a) če bi bilo njeno priznanje v očitnem nasprotju z javnim redom v državi članici, v kateri se zahteva priznanje, z upoštevanjem otrokovih koristi;

(b) če je bila izdana, razen v nujnih primerih, ne da bi bila otroku dana možnost zaslišanja in so bila kršena temeljna načela postopka države članice, v kateri se zahteva priznanje;

(c) če zadevni osebi, ki se ni spustila v postopek, ni bilo vročeno pisanje o začetku postopka ali enakovredno pisanje pravočasno in na tak način, da bi lahko pripravila obrambo, razen če je ugotovljeno, da se ta oseba s sodno odločbo nedvoumno strinja;

(d) na zahtevo osebe, ki zatrjuje, da sodna odločba posega v njeno starševsko odgovornost, če je bila izdana, ne da bi bila tej osebi dana možnost zaslišanja;

5 – V členu 53 Uredbe je predvideno, da vsaka država članica določi enega ali več osrednjih organov ‚za pomoč pri uporabi te uredbe‘ (glej točko 22 tega stališča).

(e) če je nezdružljiva s poznejšo sodno odločbo o starševski odgovornosti, izdano v državi članici, v kateri se zahteva priznanje;

(f) če je nezdružljiva s poznejšo sodno odločbo o starševski odgovornosti, izdani v drugi državi članici ali državi nečlanici, kjer ima otrok običajno prebivališče, pod pogojem, da poznejša sodna odločba izpolnjuje pogoje, potrebne za njeno priznanje v državi članici, kjer se zahteva priznanje,

ali

(g) če ni bil upoštevan postopek, ki ga določa člen 56[6].“

16. Člen 24 istega oddelka 1 določa:

„Pristojnosti sodišča države članice izvora se ne sme preverjati. Preizkusa javnega reda iz člen[a] […] 23(a) ni dovoljeno uporabiti glede pravil o pristojnosti, določenih v členih od [8] do 14[7].“

17. Oddelek 4 poglavja 3, naslovljen „Izvršljivost nekaterih sodnih odločb o pravici do stikov in nekaterih sodnih odločb o vrnitvi otroka“, zajema člene od 40 do 45. Člen 40 z naslovom „Področje uporabe“ določa:

„1. Ta oddelek se uporablja za:

[…]

(b) vrnitev otroka, ki je določena v sodni odločbi, izrečeni v skladu s členom 11(8).

2. Določbe tega oddelka ne preprečujejo nosilcu starševske odgovornosti, da zahteva priznanje in izvršitev sodne odločbe v skladu z določbami oddelkov 1 in 2 tega poglavja.“

6 – Člen 56 Uredbe zadeva namestitev otroka v oskrbo zavoda ali rejniške družine v drugi državi članici.

7 – Ta navedba vsebuje samo sklicevanje na določbe o starševski odgovornosti, medtem ko je sklicevanje na določbe o razvezi, prenehanju življenjske skupnosti ali razveljavitvi zakonske zveze, ki tu niso upoštevne, izpuščeno.

18. Člen 42 z naslovom „Vrnitev otroka“ določa:

„1. Vrnitev otroka iz člena 40(1)(b), priznana v izvršljivi sodni odločbi, izrečeni v državi članici, se prizna in je izvršljiva v drugi državi članici, ne da bi bila potrebna razglasitev izvršljivosti in brez možnosti nasprotovanja njenemu priznanju, če je bilo o sodni odločbi v državi članici izvora izdano potrdilo v skladu z odstavkom 2.

Celo kadar nacionalno pravo za odločbo o vrnitvi otroka ne predvideva izvršljivosti po samem zakonu, lahko sodišče izvora odloči, da je sodna odločba izvršljiva ne glede na možnost pravnega sredstva.

2. Sodnik izvora, ki je izdal sodno odločbo iz člena 40(1)(b), izda potrdilo iz odstavka 1 le, če:

(a) je bila otroku dana možnost biti zaslišan, razen če se je smatralo, da zaslišanje ni primerno zaradi otrokove starosti ali zrelosti;

(b) so stranke imele možnost biti zaslišane in

(c) je sodišče upoštevalo pri izdaji sodne odločbe razloge in dokaze, na podlagi katerih se izda odredba v skladu s členom 13 [Konvencije].

Če sodišče ali drug organ sprejme ukrepe za zagotovitev zaščite otroka po njegovi vrnitvi v državo običajnega prebivališča, vsebuje potrdilo podrobne podatke o takšnih ukrepih.

Sodnik izvora po lastni presoji izda navedeno potrdilo na standardnem obrazcu iz Priloge IV (potrdilo o vrnitvi otroka (otrok)).

Potrdilo se izpolni v jeziku, v katerem je sestavljena sodna odločba.“

19. Med elementi, ki jih je treba potrditi v zvezi s tem, je v točki 13 Priloge IV to potrdilo:

„Iz sodne odločbe izhaja vrnitev otrok in sodišče je pri izdaji sodne odločbe upoštevalo razloge in dokaze, na katere se opira odločitev, ki je bila sprejeta v skladu s členom 13 [Konvencije].“

20. Člen 43 Uredbe določa:

„1. Za vsak popravek potrdila se uporablja pravo države članice izvora.

2. Zoper izdajo potrdila v skladu s členoma 41(1) ali 42(1) ni pravnega sredstva.“

21. Člen 47 Uredbe, naslovljen „Postopek izvršitve“, določa:

„1. Postopek izvršitve ureja pravo države članice izvršitve.

2. Vsaka sodna odločba, ki jo izda sodišče druge države članice in ki je razglašena za izvršljivo v skladu z oddelkom 2 ali se o njej izda potrdilo v skladu s členom 41(1) ali členom 42(1), se izvrši v državi članici izvršitve pod enakimi pogoji, kot če bi bila izdana v tej državi članici.

Zlasti velja, da sodna odločba, o kateri je bilo izdano potrdilo v skladu s členom 41(1) ali členom 42(1), ne more biti izvršena, če je nezdružljiva s kasnejšo izvršljivo sodno odločbo.“

22. V členu 53 Uredbe je predvideno, da vsaka država članica določi enega ali več osrednjih organov za pomoč pri uporabi Uredbe. V skladu s členom 55(c) Uredbe je ena od nalog teh organov v okviru posameznih zadev v zvezi s starševsko odgovornostjo, da „omogoči[jo] lažje komuniciranje med sodišči, zlasti za uporabo člena 11(6) in (7) in člena 15“.

**Dejanski in postopkovni okvir**

23. V tej zadevi bom uporabila enak pristop kot pri svojem stališču v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Rinau[8], in sicer bom glavne elemente dejanskega in postopkovnega okvira spora, kakor izhaja iz predložitvene odločbe in priloženih dokumentov, povzela v preglednici.

8 – Sodba z dne 11. julija 2008 (C-195/08 PPU, ZOdl., str. I-5271).

| Datum | Italija | Avstrija |
|---|---|---|
| 6. 12. 2006 | Rojstvo otroka; v skladu z italijansko zakonodajo imajo starši skupno pravico do varstva in vzgoje otroka. | |
| 31. 1. 2008 | Mati z otrokom zapusti skupno prebivališče. | |
| 4. 2. 2008 | Oče pri Tribunale per i Minorenni di Venezia (sodišče za mladoletnike v Benetkah) vloži predlog, naj se mu podeli izključna pravica do varstva in vzgoje otroka ter naj se materi prepove zapustitev italijanskega ozemlja z otrokom. | |
| 8. 2. 2008 | Tribunale per i Minorenni di Venezia materi začasno prepove zapustitev italijanskega ozemlja z otrokom. | |
| | Mati vloži predlog, naj se ji podeli izključna pravica do varstva in vzgoje otroka. | Mati kljub prepovedi z otrokom odide v Avstrijo. |
| 16. 4. 2008 | | Oče vloži predlog za vrnitev otroka na podlagi Konvencije. |
| 23. 5. 2008 | Pred sprejetjem dokončne odločbe o varstvu in vzgoji otroka Tribunale per i Minorenni di Venezia odredi, naj zadevne socialne službe pridobijo psihološko izvedensko mnenje ter zagotovijo redne stike med otrokom in očetom, delno v Italiji in delno v Avstriji; umakne prepoved zapustitve ozemlja, da bi se lahko mati z otrokom gibala med obema državama, s čimer bi se očetu omogočili stiki z otrokom; staršem začasno podeli skupno pravico do varstva in vzgoje otroka, materi pa dovoli, da skrbi za otroka v Avstriji s pravico do odločanja samo glede otrokovega vsakdanjega življenja. | Avstrijska sodišča sprva ne upoštevajo vsebine te odločbe. |

| Datum | Italija | Avstrija |
|---|---|---|
| 6. 6. 2008 | | Na materin predlog Bezirksgericht Judenburg (okrajno sodišče v Judenburgu, okraju, v katerem prebivata mati in otrok) očetu prepove stike z materjo in otrokom, ker naj bi nadlegoval mater. |
| 3. 7. 2008 | | Bezirksgericht Leoben (okrajno sodišče v Leobnu, okraju, ki meji na okraj Judenburg)[9] na podlagi člena 13(b) Konvencije (resna nevarnost, da bi bil otrok v primeru ločitve od matere izpostavljen duševni travmi) zavrne očetov predlog (z dne 16. aprila 2008), naj se odredi vrnitev otroka v Italijo. |
| 1. 9. 2008 | | Na očetovo pritožbo Landesgericht Leoben (deželno sodišče v Leobnu) na podlagi člena 11(5) Uredbe razveljavi odredbo z dne 3. julija 2008, ker Bezirksgericht ni zaslišalo očeta. |

9 – Iz spisa ni jasno, zakaj sta bila postopka v Avstriji vložena pri dveh različnih okrajnih sodiščih.

| Datum | Italija | Avstrija |
|---|---|---|
| 6. 9. 2008 | | Odredba Bezirksgericht Judenburg z dne 6. junija 2008 preneha veljati zaradi izteka veljavnosti. |
| 21. 11. 2008 | | Bezirksgericht Leoben zasliši očeta in znova zavrne njegov predlog, tokrat s sklicevanjem na odredbo Tribunale per i Minorenni di Venezia z dne 23. maja 2008 (s katero je bil oče na ta dan seznanjen), na podlagi katere otrok ostane z materjo v Avstriji. |
| 7. 1. 2009 | | Landesgericht Leoben potrdi zavrnitev očetovega predloga, spet z obrazložitvijo na podlagi člena 13(b) Konvencije. |

| Datum | Italija | Avstrija |
|---|---|---|
| 9. 4. 2009 | Oče pri Tribunale per i Minorenni di Venezia vloži predlog, naj se odredi vrnitev otroka na podlagi člena 11(8) Uredbe. | |
| 15. 5. 2009 | Mati se na podlagi člena 10 Uredbe sklicuje na nepristojnost Tribunale per i Minorenni di Venezia; podredno predlaga, naj se zadeva na podlagi člena „15(b)(5)“[10] Uredbe prenese na Bezirksgericht Judenburg. | |
| 30. 4. 2009 in 19. 5. 2009 | Tribunale per i Minorenni di Venezia zasliši zastopnike strank, pri čemer mati osebno ni navzoča; zastopniki navedejo, da so pripravljeni razpravljati o načrtu stikov med očetom in otrokom, pri čemer naj bi ta načrt pripravil izvedenec, ki ga imenuje to sodišče. | |

10 – Glej opombo 36 tega stališča.

| Datum | Italija | Avstrija |
|---|---|---|
| 26. 5. 2009 | | Bezirksgericht Judenburg se na materin predlog (ki Tribunale per i Minorenni di Venezia ni bil priglašen) „na podlagi člena 15(5)“ Uredbe izreče za pristojno za odločanje o predlogu za dodelitev varstva in vzgoje otroka, ki ga je vložila mati; od Tribunale per i Minorenni di Venezia zahteva, naj odkloni pristojnost in postopek prenese nanj. |
| 26. 6. 2009 | Oče navede, da je pripravljen upoštevati načrt stikov, ki bo določen. | |
| 27. 6. 2009 | Mati navede, da noče sprejeti načrta stikov, ki bo določen, pri čemer se sklicuje na osebne težave in strah za dobrobit otroka. | |
| 8. 7. 2009 | Izvedenec predloži predlog načrta stikov Tribunale per i Minorenni di Venezia, ki istega dne prejme predlog Bezirksgericht Judenburg za prenos postopka. | |

| Datum | Italija | Avstrija |
|---|---|---|
| 10. 7. 2009 | Tribunale per i Minorenni di Venezia zavrne ugovor nepristojnosti, ki ga je podala mati, in prenos pristojnosti na Bezirksgericht Judenburg z obrazložitvijo, da pogoji iz člena 15 Uredbe niso izpolnjeni (položaj ni izjemen v smislu odstavka 1 in posebna povezava z Avstrijo v smislu odstavka 3 ni dokazana); ugotovi, da psihološkega izvedenskega mnenja ni bilo mogoče pridobiti zaradi materinega nesodelovanja; odredi takojšnjo vrnitev otroka v Italijo bodisi skupaj z materjo (v tem primeru bi bilo tej zagotovljeno socialno stanovanje in določen bi bil časovni razpored stikov) bodisi k očetu, da bi se spet vzpostavil odnos med očetom in otrokom; izda potrdilo o odločbi v skladu s členom 42(2) Uredbe. | |
| 25. 8. 2009 | | Bezirksgericht Judenburg varstvo in vzgojo otroka začasno dodeli materi z obrazložitvijo, da bi vrnitev v Italijo ogrozila višji interes otroka. Ta odločba se vroči očetu, in sicer brez prevoda in informacij o pravici do zavrnitve sprejema. |

| Datum | Italija | Avstrija |
|---|---|---|
| 22. 9. 2009 | | Oče pri Bezirksgericht Leoben vloži predlog za izvršitev odločbe Tribunale per i Minorenni di Venezia o vrnitvi otroka z dne 10. julija 2009, pri čemer se sklicuje na člen 47 Uredbe. |
| 23. 9. 2009 | | Bezirksgericht Judenburg izda potrdilo, da je postala njegova odredba z dne 25. avgusta 2009 pravnomočna in da je izvršljiva. |
| 12. 11. 2009 | | Bezirksgericht Leoben zavrne predlog za izvršitev odločbe Tribunale per i Minorenni di Venezia o vrnitvi otroka z obrazložitvijo, da bi bil otrok ob vrnitvi k očetu izpostavljen duševni travmi. |
| 30. 11. 2009 | | Oče vloži pritožbo zoper odločbo Bezirksgericht Leoben z dne 12. novembra 2009. |

| Datum | Italija | Avstrija |
|---|---|---|
| 20. 1. 2010 | | Landesgericht Leoben ugodi očetovi pritožbi, pri čemer se sklicuje na strogo uporabo določb Uredbe. |
| 16. 2. 2010 | | Mati pri Oberster Gerichtshof vloži predlog za revizijo odločbe Landesgericht Leoben z dne 20. januarja 2010. |
| 20. 4. 2010 | | Oberster Gerichtshof na Sodišče naslovi pet vprašanj za predhodno odločanje in predlaga, naj se obravnavajo po nujnem postopku. |
| 3. 5. 2010 | | Predlog za sprejetje predhodne odločbe prispe na Sodišče. |

**Vprašanja, predložena Sodišču**

24. Predložitveno sodišče priznava, da lahko v skladu s sodbo Rinau[11], kadar je bilo izdano potrdilo na podlagi člena 42 Uredbe, sodišče države izvršitve le ugotovi izvršljivost odločbe, sprejete na podlagi člena 11(8) Uredbe, in ugodi predlogu za takojšnjo vrnitev otroka. Torej je vsebinska preučitev odločbe italijanskega sodišča načelno izključena. Poleg tega se v skladu z nacionalnimi postopkovnimi pravili ni mogoče sklicevati na krajevno nepristojnost tega sodišča v okviru predloga za revizijo. Vendar po mnenju predložitvenega

11 – Navedena v opombi 8.

sodišča nekateri vidiki vseeno zahtevajo temeljitejšo preučitev.

25. Zato je Oberster Gerichtshof Sodišču postavilo teh pet vprašanj:

„1. Ali ‚odločba o varstvu in vzgoji otroka, ki ne nalaga vrnitve otroka' v smislu člena 10(b)(iv) Uredbe […] zajema tudi začasno odredbo, s katero se do sprejetja dokončne odločbe v zvezi s pravico do varstva in vzgoje otroka ‚starševska pravica do odločanja', predvsem pravica do določitve kraja otrokovega prebivališča, podeli tistemu od staršev, ki je otroka ugrabil?

2. Ali spada odredba o vrnitvi otroka na področje člena 11(8) Uredbe samo takrat, kadar sodišče odredi vrnitev otroka na podlagi odločbe v zvezi s pravico do varstva in vzgoje otroka, ki jo je sámo sprejelo?

3. Če je odgovor na prvo ali drugo vprašanje pritrdilen:

(a) Ali se je v drugi državi zoper izvršitev odločbe, o kateri je sodišče izvora izdalo potrdilo v skladu s členom 42(2) Uredbe, mogoče sklicevati na nepristojnost sodišča izvora (prvo vprašanje) ali na neuporabljivost člena 11(8) Uredbe (drugo vprašanje),

(b) ali mora nasprotna stranka v takem primeru od države izvora zahtevati razveljavitev potrdila, pri čemer je do sprejetja odločbe države izvora izvršitev v drugi državi mogoče zadržati?

4. Če so odgovori na prvo ali drugo vprašanje ali na točko (a) tretjega vprašanja nikalni:

Ali v skladu s členom 47(2) Uredbe odločba – ki jo je sprejelo sodišče druge države in jo je po pravu te države treba šteti za izvršljivo – s katero se začasno varstvo in vzgoja preneseta na tistega od staršev, ki je ugrabil otroka, nasprotuje izvršitvi odredbe o vrnitvi otroka, ki je bila prej sprejeta v državi izvora na podlagi člena 11(8) Uredbe, tudi takrat, ko ne ovira izvršitve odredbe druge države o vrnitvi otroka, sprejete v skladu s Haaško konvencijo?

5. Če je odgovor na četrto vprašanje prav tako nikalen:

(a) Ali se lahko v drugi državi zavrne izvršitev odločbe, o kateri je sodišče izvora izdalo potrdilo v skladu s členom 42(2) Uredbe, če so se okoliščine od njenega sprejetja tako spremenile, da bi zdaj izvršitev močno ogrožala dobrobit otroka;

(b) ali mora, nasprotno, nasprotna stranka te spremenjene okoliščine uveljavljati v državi izvora, pri čemer je do sprejetja odločbe države izvora izvršitev v drugi državi mogoče zadržati?“

**Postopek pred Sodiščem**

26. Ker se zadeva obravnava po nujnem postopku, urejenem s členom 104b Poslovnika Sodišča, sta pisna stališča predložili avstrijska vlada in Evropska komisija, ki lahko poleg strank v sporu o glavni stvari edini intervenirata v tej fazi. Ti stranki ter češka, nemška, francoska, italijanska, latvijska in slovenska vlada ter vlada Združenega kraljestva so bile zastopane na obravnavi 14. junija 2010. Čeprav imajo starši pravico do predložitve pisnih stališč in zastopanja na obravnavi, v obravnavanem primeru te pravice niso uveljavljali.

**Analiza**

*Uvodne opombe*

27. Vprašanja Oberster Gerichtshof so pretežno posledica dejstva, da je mogoče opaziti navzkrižje med dobesedno in teleološko razlago nekaterih določb Uredbe. Zato se zdi pomembno upoštevati tri temeljna načela, ki so osnova za upoštevne določbe Uredbe in ki morajo biti vodilo vsake teleološke razlage[12].

12 – Glej tudi v opombi 8 navedeno sodbo Rinau (točka 47 in naslednje) in moje stališče, predstavljeno v isti zadevi (točka 15 in naslednje).

28. Prvič, Uredba temelji na primarnosti otrokovega interesa in spoštovanju njegovih pravic. Ta zamisel je razen v prizadevanju za to, da se v vsakem primeru upošteva višji interes otroka, izražena predvsem v splošnem pravilu, da so za urejanje vseh vprašanj v zvezi z varstvom in vzgojo otroka ter starševske odgovornosti najprimernejša sodišča v kraju običajnega prebivališča in načelno torej morajo biti pristojna za odločanje o tem. Vendar se mi zdi, da mora razlaga Uredbe – če mora sodišče, ki je v konkretnem primeru pozvano k sprejetju odločitve, upoštevati poseben interes vsakega zadevnega otroka – temeljiti na obsežnejšem in splošno uporabnem pojmu višjega interesa otroka.

29. Drugič, namen Uredbe je zagotoviti, da vsaka neupravičena premestitev otroka ostane brez pravnega učinka, razen če vanjo pozneje privolijo druge zadevne stranke. V zvezi s tem je v Uredbi po eni strani predviden skoraj samodejni mehanizem za doseganje takojšnje vrnitve otroka, po drugi strani pa se z njo zelo strogo omejujejo možnosti prenosa pristojnosti na sodišča države članice, v katero je bil otrok neupravičeno premeščen, kar sodiščem države članice, v kateri je imel otrok prej običajno prebivališče, omogoča, da ne upoštevajo morebitne odločbe, da se otrok ne vrne, sprejete na podlagi člena 13 Konvencije.

30. Tako se z Uredbo tudi na omejenem področju starševske odgovornosti in neupravičenega premeščanja otrok sledi vsaj dvema ciljema, in sicer sta to pristojnost sodišč države običajnega prebivališča otroka in – po neupravičeni premestitvi – njegova vrnitev v državo predhodnega običajnega prebivališča, pri čemer bi se lahko ta cilja izkazala za delno nezdružljiva, vsaj če premestitev traja več časa, tako da je otrok pridobil novo običajno prebivališče v državi članici, v katero je bil premeščen.

31. Tretjič, z Uredbo se od nacionalnih sodišč zahteva visoka raven medsebojnega zaupanja, zaradi katerega se razlogi za nepriznavanje odločb sodišča druge države članice kar najbolj omejijo, priznavanje in izvrševanje teh odločb pa postaneta skoraj samodejna. Poleg tega v istem duhu Uredba določa mehanizem sodelovanja ter spodbuja nacionalna sodišča k njegovi uporabi.

32. Po mojem mnenju je treba poudariti še dva druga vidika Uredbe.

33. Po eni strani Uredba določa samo pravila o pristojnosti, priznavanju in izvrševanju. Nikakor se ne nanaša na vsebinska vprašanja. V nasprotju s tem, kar je, kot se zdi, na obravnavi navedla avstrijska vlada, se Uredba ne uporablja za „evropsko povezovanje na račun otrok“, pač pa je njen namen v čezmejnih primerih jasno določiti pristojno sodišče in zagotoviti, da druga sodišča zaupajo v njegove odločitve, ker morajo *vsa* sodišča držav članic sprejemati odločitve z dajanjem prednosti višjemu interesu zadevnega otroka.

34. Po drugi strani se z Uredbo predpostavlja, v nekaterih primerih pa tudi zahteva, da sodišča in stranke na področju neupravičenega premeščanja ali zadrževanja otrok[13] ukrepajo hitro. Če to hitro ukrepanje dejansko ni zagotovljeno, je uporaba Uredbe ogrožena, kot kaže ta zadeva. Zlasti je namen Uredbe preprečiti, da se primer ne zaplete zaradi novih povezav, ki bi jih lahko otrok vzpostavil z državo članico neupravičene premestitve.

35. Nazadnje, upoštevati je treba zaporedne faze postopka, ki ga določata Konvencija in Uredba v primeru neupravičene (in izpodbijane) premestitve. Tisti od staršev, ki je otroka izgubil, mora na podlagi člena 12 Konvencije vložiti predlog pri sodiščih države članice premestitve, da bi dosegel odreditev otrokove vrnitve. Temu predlogu je treba ugoditi, razen če obstaja izjemen razlog za zavrnitev, kot so navedeni v členu 13 Konvencije, in če – v primeru zavrnitve na podlagi točke (b) tega člena – ni bilo ugotovljeno, da so bili sprejeti ustrezni ukrepi za zagotovitev zaščite otroka po njegovi vrnitvi (glej člen 11(4) Uredbe). V vseh primerih, razen v izjemnih okoliščinah, mora biti odločba sprejeta v šestih tednih (člen 11(3) Uredbe). Če je bila izdana odločba, da se otrok ne vrne, jo je treba poslati organom države članice predhodnega običajnega prebivališča, stranke (načelno starši) pa morajo imeti možnost izraziti svoje stališče pred pristojnim sodiščem te države. Kadar je to primerno, lahko to sodišče vseeno odredi vrnitev otroka (člen 11(8) Uredbe), njegova odločba pa je neposredno izvršljiva v državi članici premestitve, če je bilo o tej odločbi izdano potrdilo v skladu s členom 42 Uredbe. Vendar je izdaja takega potrdila mogoča samo, če je sodišče upoštevalo razloge in dokaze, na katerih temelji odločba, da se otrok ne vrne. Sodišče, ki odredi vrnitev otroka v teh okoliščinah, mora poleg tega organom države članice premestitve priglasiti

13 – Uredba zadeva primere neupravičene premestitve in primere neupravičenega zadržanja. V nadaljevanju bom govorila samo o „neupravičeni premestitvi“, ker je ta predmet obravnavane zadeve. Kljub temu se vsi izraženi premisleki nanašajo na obe vrsti primerov.

podrobnosti o vseh ukrepih, sprejetih za zagotovitev zaščite otroka po njegovi vrnitvi.

*Prvo vprašanje*

36. Oberster Gerichtshof sprašuje, ali je treba začasno odredbo, s katero se do sprejetja dokončne odločbe o varstvu in vzgoji otroka „starševska pravica do odločanja,, predvsem pravica do določitve kraja otrokovega prebivališča, podeli tistemu od staršev, ki je otroka ugrabil, šteti za 'odločbo o varstvu in vzgoji otroka, ki ne nalaga vrnitve otroka" v smislu člena 10(b)(iv) Uredbe.[14]

37. V okoliščinah navedenega postopka je treba ugotoviti, ali je Tribunale per i Minorenni di Venezia zaradi svoje odločbe z dne 23. maja 2008 izgubilo pristojnost, ki bi jo na podlagi splošnega pravila iz člena 10 Uredbe sicer obdržalo kot sodišče države članice, v kateri je otrok običajno prebival tik pred neupravičeno premestitvijo. Oberster Gerichtshof namreč ocenjuje, da je otrok zdaj pridobil novo običajno prebivališče v Avstriji in da sta, če ni izpolnjen pogoj iz točke (a) tega člena (v obravnavanem primeru privolitev očeta), po drugi strani izpolnjena prva dva pogoja, določena kot druga možnost v točki (b) (in sicer, da je otrok prebival v Avstriji najmanj eno leto po tem, ko je bil oče seznanjen s krajem otrokovega bivanja, in da se je vživel v novo okolje). Če je izpolnjen vsaj še en dodaten pogoj iz podtočk od (i) do (iv), se splošna pristojnost prenese na sodišča Avstrije, kjer ima otrok novo običajno prebivališče. Oberster Gerichtshof izključuje pogoje iz podtočk od (i) do (iii), vendar meni, da je – če je odločba Tribunale per i Minorenni di Venezia z dne 23. maja 2008 „odločba o varstvu in vzgoji otroka, ki ne nalaga vrnitve otroka", kot trdi mati – izpolnjen pogoj iz podtočke (iv).

38. Vendar se po mnenju Oberster Gerichtshof ta pogoj po teleološki razlagi ne bi smel šteti za izpolnjen, čeprav bi bila v skladu z dobesedno razlago zadevna odločba res „odločba o varstvu in vzgoji otroka", saj določa varstvo in vzgojo otroka, čeprav samo začasno,

14 – Kot je na obravnavi pojasnila italijanska vlada, se zdi, da izraz „‚starševska pravica do odločanja', predvsem pravica do določitve kraja otrokovega prebivališča", uporabljen v vprašanju za predhodno odločanje, ne izraža povsem pravilno vsebine odločbe Tribunale per i Minorenni di Venezia z dne 23. maja 2008. Vendar je jasno, da ta odločba dejansko zadeva varstvo in vzgojo otroka in da se z njo ne odreja njegova vrnitev.

in se z njo ne odreja njegova vrnitev, vsaj ne takojšnja.

39. Sklepanje tega sodišča je tako: kadar se z *dokončno* odločbo o varstvu in vzgoji otroka ne odreja njegova vrnitev, ni razloga, da bi sodišča države predhodnega običajnega prebivališča obdržala pristojnost. Sodišča nove države običajnega prebivališča so vedno primernejša za sprejetje poznejših odločb v zvezi z otrokom, pogoji iz člena 10(b)(iv) Uredbe pa so jasni in smiselni. Če je po drugi strani namen *začasnega* dovoljenja, v skladu s katerim lahko otrok ostane s tistim od staršev, ki ga je ugrabil, samo preprečiti premeščanje otroka do sprejetja dokončne odločbe, bi dobesedna razlaga, na podlagi katere sodišče predhodnega običajnega prebivališča izgubi pristojnost, pomenila oviro za to, da navedeno sodišče sprejme dokončno odločbo. Vendar bi moralo glede na cilj Uredbe to sodišče izgubiti pristojnost samo, če je bil postopek v zvezi z varstvom in vzgojo otroka končan, ne da bi se odredila otrokova vrnitev. Avstrijska vlada se v celoti strinja s tem sklepanjem.

40. V istem smislu Komisija poudarja tveganje, da sodišče države članice predhodnega običajnega prebivališča ne bi hotelo sprejeti začasne odločbe o varstvu in vzgoji otroka, na podlagi katere bi lahko otrok ostal v državi članici novega običajnega prebivališča in ki bi bila v otrokovem interesu, zaradi strahu, da bi pozneje izgubilo pristojnost za sprejetje dokončne odločbe. Komisija še meni, da bi bilo treba pogoje za prenos pristojnosti, ki so navedeni v členu 10 Uredbe, kot izjeme za splošno pravilo, da sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča obdržijo pristojnost, prej razlagati ozko kot široko.

41. Države članice, ki so bile zastopane na obravnavi, so razen Republike Slovenije pravzaprav vse zagovarjale isto stališče.

42. Na splošno se lahko strinjam s tem stališčem, čeprav se mi zdi, da je treba podrobneje obravnavati nekatere njegove podrobnosti in preučiti nekatere druge premisleke, ki pripeljejo do nasprotnih ugotovitev in ki jih ni mogoče kar izpustiti.

43. Najprej opozarjam, da premisleki Oberster Gerichtshof delno temeljijo na razlogih, ki so spodbudili Tribunale per i Minorenni di Venezia, da je varstvo in vzgojo otroka začasno dodelilo materi. Sama imam pomisleke o takem pristopu. Načelno se mi ne zdi primerno, da se Uredba razlaga glede na konkretne razloge za neko odločbo o varstvu in vzgoji otroka. Primerneje je ugotoviti, ali je mogoče objektivno razlikovanje izluščiti iz tega, ali je odločba začasna ali ne. Poleg tega vedno obstaja nevarnost, da bo sodišče neke

države članice napačno razlagalo obrazložitev sodišča druge države članice.[15] Zato bom poskusila to vprašanje analizirati z uporabo splošnejšega pristopa.

44. Dalje, sama bi bila v okoliščinah, kakršne se pojavljajo v tem primeru, previdna pri uporabi zgolj načela, po katerem je treba izjeme ali odstopanja za neko pravilo razlagati ozko. V primeru člena 10 je namreč izjema – če pravilo, da pristojnost obdrži sodišče predhodnega običajnega prebivališča, ustreza drugemu temeljnemu načelu Uredbe, in sicer načelu, da se neupravičenemu ravnanju tistega od staršev, ki je ugrabil otroka, odvzame vsak pravni učinek – zasnovana na drugem temeljnem načelu, ker gre za pravilo o pristojnosti, „oblikovan[o] tako, da kar najbolj upošteva[…] interese otroka, zlasti kriterij povezanosti“[16].

45. Nazadnje, priznati je treba, da bi lahko nekateri argumenti – naj se zdi rezultat, ki ga zagovarjajo predložitveno sodišče, Komisija in skoraj vse na obravnavi zastopane države članice, še tako privlačen – nasprotovali temu rezultatu. Povzeti jih je mogoče, kot sledi.

46. Člen 10(b)(iv) Uredbe se nanaša na položaj, v katerem je otrok najmanj eno leto prebival v državi članici neupravičene premestitve, tam pridobil novo običajno prebivališče in se vživel v novo okolje ter v katerem sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča v tem obdobju ne samo niso sprejela dokončne odločbe v zvezi z varstvom in vzgojo otroka, ampak so tudi ocenila, da je – seveda začasno, vendar vsekakor najmanj za zadevno obdobje enega leta – v njegovem višjem interesu, da ostane v državi članici premestitve. Glede na čas, ki je minil, je zelo verjetno, da bodo ta sodišča vse težje dobila informacije o trenutnem položaju in okolju otroka (na primer s psihološkimi izvedenskimi mnenji, poročili socialnih služb in/ali glede na otrokovo starost neposrednim izpraševanjem). Poleg tega so ta sodišča v državi članici, s katero otrok brez dvoma postopno izgublja stik. Ali ne bi moralo imeti v takih okoliščinah načelo pristojnosti sodišča, ki je otroku najbližje, prednost pred pravilom, da

15 – Sprašujem se, ali to nekoliko ne drži tudi v tej zadevi. Zdi se namreč, da Oberster Gerichtshof predpostavlja, da je Tribunale per i Minorenni di Venezia varstvo in vzgojo otroka začasno dodelilo materi predvsem z namenom preprečiti nadaljnje premeščanje otroka, medtem ko po mojem mnenju iz branja odredbe z dne 23. maja 2008 izhaja, da je to sodišče želelo zlasti olajšati gibanje otroka skupaj z materjo med Avstrijo in Italijo, da bi lahko otrok ohranil stike z očetom.

16 – Glej uvodno izjavo 12 Uredbe. Treba je še pripomniti, da je merilo povezanosti po naravi tako, da lahko sčasoma pripelje do različnih rezultatov.

pristojnost obdrži sodišče predhodnega običajnega prebivališča?

47. Mislim, da odgovor na to vprašanje ne more biti pritrdilen.

48. Kadar je bil otrok neupravičeno premeščen v drugo državo članico, je takojšnji cilj Uredbe in Konvencije zagotoviti njegovo hitro vrnitev, da bi se tistemu od staršev, ki je otroka ugrabil, odvzela vsaka praktična ali pravna prednost, ki bi jo želel izvleči iz tega položaja.[17] Če se ta cilj dejansko doseže, je njegova posledica tudi nezanemarljiv odvračalni učinek. Toda kot je navedeno v obrazložitvenem memorandumu predloga Komisije, na podlagi katerega je bila sprejeta Uredba[18], „se lahko v nekaterih primerih izkaže za zakonito, da dejanski položaj, ki nastane z ugrabitvijo otroka, povzroči pravni učinek v obliki prenosa pristojnosti. V ta namen je treba poiskati ravnovesje med priložnostjo za to, da se sodišču, ki je odtlej otroku najbližje, omogoči, da se izreče za pristojno, in potrebo po preprečevanju tega, da bi ugrabitelj zaradi svojega neupravičenega dejanja pridobil prednosti“.

49. Prav to ravnovesje med načeloma, ki sem ju opredelila zgoraj[19], se želi vzpostaviti s členom 10 Uredbe, kar zadeva, prvič, splošno pristojnost glede starševske odgovornosti, in drugič, prek člena 11(8) Uredbe, posebno pristojnost za odreditev otrokove vrnitve.

50. V zvezi z neupravičenim premeščanjem temeljno načelo – katerega namen je tistemu od staršev, ki je ugrabil otroka, odvzeti vsako prednost, ki bi jo pridobil z neupravičenim dejanjem – zahteva, da sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča obdržijo pristojnost. To načelo ne velja le za splošno pristojnost, ampak tudi in toliko bolj za pristojnost za odreditev vrnitve.

51. Kljub temu se v resnici zdi razumno – in v skladu z iskanjem zgoraj opisanega ravnovesja – določiti, kot je to storjeno v členu 10(a) Uredbe, da lahko pridobitev novega običajnega prebivališča *skupaj s privolitvijo*

17 – Kljub temu se strinjam s pojasnilom, ki ga je na obravnavi podala francoska vlada, in sicer, da pri tem ne gre za kazen, naloženo tistemu od staršev, ki je otroka ugrabil, ampak da je to prej ukrep, katerega namen je vzpostaviti pravni položaj, ki bi obstajal, če otrok ne bi bil neupravičeno premeščen.

18 – Predlog uredbe Sveta z dne 17. maja 2002 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 in o spremembi Uredbe (ES) št. 44/2001 v zvezi s preživninami (COM(2002) 222 konč./2), kar zadeva člen 21 predloga te uredbe, ki je postal člen 10 Uredbe. Besedilo te določbe je bilo spremenjeno, vsebina pa je v glavnem ostala ista.

19 – Glej točki 28 in 29 tega stališča.

*vseh strank, ki imajo pravico do varstva in vzgoje otroka*, pripelje do prenosa te pristojnosti na sodišča države članice novega običajnega prebivališča. V tem primeru ni več razloga za obstoj pristojnosti za odreditev otrokove vrnitve.

52. Prav tako razumno bi se lahko zdelo predvideti enak prenos pristojnosti vedno, ko otrok ni le pridobil novega običajnega prebivališča, ampak je v novi državi članici tudi prebival več kot eno leto in se vživel v novo okolje, čeprav ob neobstoju izrecne privolitve vseh strank, ki imajo pravico do varstva in vzgoje otroka. V resnici je to rešitev, predvidena v členu 7 Haaške konvencije iz leta 1996[20], ki je, kot kaže, zaradi višjega interesa otroka skladna z načelom pristojnosti sodišč običajnega prebivališča. Toda čeprav iz pripravljalnih dokumentov, na podlagi katerih je bila sprejeta Uredba, izhaja, da je bilo več delegacij naklonjenih tej rešitvi[21], je bil na koncu zavestno izbran zahtevnejši pristop, s katerim se prenos pristojnosti strogo omejuje na štiri primere, ki so taksativno našteti v končnem besedilu člena 10(b) Uredbe.

53. Prvi trije navedeni primeri vključujejo tiho privolitev imetnikov pravice do varstva in vzgoje otroka (to je navadno tisti od staršev, ki je izgubil otroka), če v državi članici neupravičene premestitve ni bil vložen noben predlog za vrnitev otroka ali če je bil tak predlog bodisi umaknjen bodisi zavrnjen, ne da bi njegov vlagatelj v državi članici predhodnega običajnega prebivališča začel postopek na podlagi člena 11(7) in (8) Uredbe.

54. Četrti primer, in ta nas zanima v tej zadevi, se nanaša na odločbo o varstvu in vzgoji otroka, *ki ne nalaga vrnitve otroka* in ki jo sprejme sodišče države članice predhodnega običajnega prebivališča. Ta primer ne vključuje tihe privolitve navedenega sodišča v prenos pristojnosti, pač pa gre pri njem bolj za odločbo, s katero se odobri otrokova pridobitev novega običajnega prebivališča v drugi državi članici, in to novo običajno prebivališče bo razlog za prenos pristojnosti. Tako mora pri neupravičeni premestitvi v nasprotju s primerom, v katerem otrok spremeni običajno prebivališče z zakonito selitvijo iz ene države

20 – Navedena v opombi 3. To konvencijo so podpisale vse države članice Unije razen Republike Malte, vendar jo je do danes ratificiralo samo osem od teh držav, z izjemo Republike Avstrije in Italijanske republike. Vse druge države članice, razen Kraljevine Danske, so bile pooblaščene, da jo v interesu Unije ratificirajo ali sočasno pristopijo k njej (glej Odločbo Sveta 2008/431/ES z dne 5. junija 2008 o pooblastitvi nekaterih držav članic, da v interesu Evropske skupnosti ratificirajo haaško konvencijo iz leta 1996 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju, uveljavljanju in sodelovanju glede starševske odgovornosti in ukrepov za varstvo otrok ali pristopijo k njej, ter pooblastitvi nekaterih držav članic, da dajo izjavo o uporabi ustreznih notranjih predpisov zakonodaje Skupnosti – Konvencija o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju, uveljavljanju in sodelovanju glede starševske odgovornosti in ukrepov za varstvo otrok, UL L 151, str. 36).

21 – Glej zlasti oddelek II(a) dokumenta Sveta 13940/02 z dne 8. novembra 2002 (točka 11 in naslednje).

članice v drugo in je prenos pristojnosti na podlagi členov 8 in 9 Uredbe samodejen, sodišče države članice predhodnega običajnega prebivališča potrditi to premestitev z njeno odobritvijo, da doseže enak rezultat.

55. Ni sporno, da ima taka odobritev obliko odločbe, katere namen je trajno rešiti vprašanje varstva in vzgoje otroka, če so izpolnjeni preostali pogoji iz člena 10(b) Uredbe (otrok ima novo običajno prebivališče najmanj eno leto in se je vživel v novo okolje). Po dobesedni razlagi (slovenska vlada je poudarila zelo široko opredelitev pojma „sodna odločba“ iz člena 2(4) Uredbe) bi enako veljalo za začasno odločbo, ki naj bi jo nadomestila poznejša trajna odločba.

56. Vendar mislim, da ne bi smelo biti tako. Obdobje enega leta, ki je pogoj za prenos pristojnosti v vseh primerih, predvidenih v členu 10(b) Uredbe, v prvih treh primerih brez dvoma pomeni rok za vložitev ali potrditev predloga, s katerim se želi doseči vrnitev otroka. Zato bi bilo presenetljivo in protislovno, če bi v četrtem primeru to obdobje pomenilo rok za končanje postopka. Vendar je to rezultat, do katerega bi pripeljala vključitev začasnih odločb v pojem „odločba o varstvu in vzgoji otroka, ki ne nalaga vrnitve otroka“. V navedenem primeru bi sodišče, ki ne bi sprejelo nobene „odločbe o varstvu in vzgoji otroka, ki ne nalaga [takojšnje] vrnitve otroka“, obdržalo pristojnost vse do konca postopka, medtem ko bi si sodišče, ki je tako odločbo sprejelo (kar se lahko v otrokovem interesu pogosto izkaže za zaželeno), s tem postavilo rok za sprejetje trajnejše odločbe.

57. Kadar sodišče odloča o sporu v zvezi z varstvom in vzgojo otroka ter zlasti kadar ta spor zadeva neupravičeno premestitev, je to sodišče postavljeno pred veliko težavo. Ogorčenje, ki navdaja starše, lahko katerega koli od njih spodbudi k uporabi vseh razpoložljivih postopkov za vrnitev otroka. V nekaterih primerih lahko tisti od staršev, ki je izgubil otroka, ubere napačno pot, v drugih pa te postopke uporabi zavestno. Ker poleg tega spor nujno zadeva sodišča v obeh državah članicah, lahko postopki v eni državi članici povzročijo zamude pri postopkih v drugi državi članici, morebitne komunikacijske težave pa lahko te zamude še povečajo. Vendar pa v vseh primerih obstaja velika nevarnost, da trajanje postopka sodišču, ki odloča o sporu

v državi članici predhodnega običajnega prebivališča, dejansko uide izpod nadzora.

58. Ponazoritev tega je mogoče najti v obravnavanem primeru. Najprej, kot kaže, je Bezirksgericht Leoben predlog, ki ga je vložil oče na podlagi Konvencije, zavrnilo šele 3. julija 2008, to je približno enajst tednov po vložitvi tega predloga 16. aprila 2008, čeprav člen 11(3) Uredbe določa rok šestih tednov, „razen takrat, kadar izjemne okoliščine to onemogočajo“. Dalje, po tej zavrnitvi se je oče, namesto da bi se obrnil neposredno na Tribunale per i Minorenni di Venezia in tam poskušal doseči odreditev na podlagi člena 11(8) Uredbe, pritožil zoper navedeno zavrnitev v Avstriji, in sicer dvakrat, ker je bila prva zavrnitev razveljavljena, temu pa je sledila nova odločitev o zavrnitvi. Poleg tega je oče po zavrnitvi druge pritožbe 7. januarja 2009 čakal še tri mesece, preden je vložil predlog na podlagi člena 11(8) Uredbe.[22] V celotnem navedenem obdobju ukrepov, ki jih je predvidelo Tribunale per i Minorenni di Venezia, da bi imelo dovolj informacij za sprejetje trajne odločbe o varstvu in vzgoji otroka (stiki z očetom, poročilo psihološkega izvedenca), in ki so bili razlog za odločitev, da se začasno dovoli prebivanje otroka z materjo v Avstriji, ni bilo mogoče izvajati zaradi materinega popolnega zavračanja sodelovanja. Tako se je obdobje enega leta izteklo, ne da bi bilo mogoče to pripisati očetovi privolitvi ali neukrepanju Tribunale per i Minorenni di Venezia.[23]

59. Vendar mora sodišče, ki prvo odloča o takem sporu, zelo pogosto takoj sprejeti začasne ukrepe, da poskrbi za najnujnejše vidike, medtem ko čaka na vse elemente, ki jih potrebuje za sprejetje trajne odločbe o varstvu in vzgoji otroka. In prav to se je zgodilo v obravnavanem primeru. Ne morem si predstavljati, da bi zakonodajalec v takem primeru želel, da se pristojnost ob izteku enega leta samodejno prenese, medtem ko bi jo prvo sodišče obdržalo, če ne bi moralo takoj sprejeti začasnega ukrepa, s katerim se trajna odločba o varstvu in vzgoji otroka odloži na poznejši datum. Tako bi se postopek, ki je bil začet pred pristojnim sodiščem, prekinil samo zato, ker je moralo to sodišče sprejeti začasni ukrep, ki ga je štelo za nujnega.

22 – To zamudo bi bilo mogoče pojasniti s slabim razumevanjem člena 11(7) Uredbe, ki določa trimesečni rok, v katerem lahko stranke predložijo stališča glede odločbe, da se otrok ne vrne, vendar informacij v zvezi s tem nimam.

23 – Tu opisujem obravnavani primer, vendar primerljive okoliščine izhajajo tudi iz zgoraj navedene zadeve Rinau in iz zadeve Purrucker (C-256/09), še nerešene pred Sodiščem. V tem primeru ugotavljam, da so lahko nekatere zamude pri posredovanju odločbe Tribunale per i Minorenni di Venezia z dne 23. maja 2008 avstrijskim sodiščem in predloga za prenos pristojnosti, ki ga je Bezirksgericht Judenburg 26. maja 2009 naslovilo na Tribunale per i Minorenni di Venezia, prav tako prispevale k podaljšanju postopka.

60. Nasprotno se lahko po mojem mnenju prenos pristojnosti na sodišča države članice neupravičene premestitve utemelji samo, če iztek navedenega obdobja spremlja privolitev tistega od staršev, ki je vložil predlog – s čimer se dokončno ustavi vsak postopek, ki je bil začet, ali izključi vsak poznejši postopek, ki bi lahko pripeljal do izvršljive odločbe o vrnitvi otroka na podlagi člena 11(8) in člena 42 Uredbe – ali če pristojno sodišče v sporu sprejme odločitev, s katero se konča postopek, predložen temu sodišču, in s katero se ne odreja vrnitev otroka. Tako imajo vsi štirje primeri, predvideni v členu 10(b) Uredbe, skladno podlago v odločitvi, izrecni ali implicitni, s katero se izključuje poznejši postopek, začet na podlagi členov 11(8) in 42 Uredbe.

61. Na obravnavi je bilo postavljeno vprašanje, kako lahko sodišče države članice neupravičene premestitve z gotovostjo ugotovi, ali je odločba sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča začasna ali dokončna. Dejansko so odločbe v zvezi z varstvom in vzgojo otroka po naravi take, da so vedno lahko podvržene reviziji zaradi spremembe okoliščin in da nikoli ne vključujejo enake stopnje dokončnosti kot večina drugih sodnih odločb.[24] Poleg tega lahko postopkovne in terminološke razlike med pravnimi sistemi držav članic otežijo nalogo razlikovanja začasne odločbe od „dokončne“ odločbe.

62. Zdi se mi, da je treba ta odgovor poiskati v merilu, ki ga je navedla francoska vlada, in sicer da je treba odločbo o varstvu in vzgoji otroka šteti za začasno tako dolgo, dokler sodišče ne „konča postopka“. Torej zadošča preučitev – po potrebi ob pomoči ustreznih osrednjih organov – ali je v zadevnem postopku še treba sprejeti ukrepe, ne da bi bilo treba začeti nov postopek pred sodiščem.

63. Zato ugotavljam, da cilji Uredbe nasprotujejo dobesedni razlagi njenega člena 10(b)(iv) in da začasna odredba, s katero se varstvo in vzgoja otroka – dokler se ne sprejme dokončna (ali trajna) odločba o varstvu in vzgoji otroka – dodelita tistemu od staršev, ki je otroka ugrabil, ni „odločba o varstvu in vzgoji otroka, ki ne nalaga vrnitve otroka“ v smislu tega člena.

*Drugo vprašanje*

64. Oberster Gerichtshof sprašuje, ali spada odredba o vrnitvi otroka na področje uporabe

24 – Glej moje sklepne predloge v zadevi Purrucker, navedeni v opombi 23 (točka 118 in naslednje).

člena 11(8) Uredbe samo takrat, kadar sodišče odredi vrnitev otroka na podlagi odločbe o varstvu in vzgoji otroka, ki jo je sámo sprejelo.

65. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da mati trdi, da na področje člena 11(8) Uredbe spada samo odredba o vrnitvi otroka, sprejeta na podlagi odločbe o varstvu in vzgoji otroka. Odločba Tribunale per i Minorenni di Venezia z dne 10. julija 2009, katere izvršitev želi doseči oče, naj ne bi temeljila na odločbi o varstvu in vzgoji otroka in naj torej ne bi spadala v okvir te določbe.

66. Oberster Gerichtshof upravičeno priznava, da take razlage ne podpira ne besedilo te določbe, ki se brez opredelitve nanaša na „kakršno koli kasnejšo sodno odločbo, ki zahteva vrnitev otroka“, ne sodba Rinau[25], v kateri je poudarjena postopkovna avtonomija odločitve, ki se navezuje na odločbo, da se otrok ne vrne, vendar meni, da je ni mogoče izključiti v okviru sistematične in teleološke razlage. Po eni strani naj bi iz člena 11(7) Uredbe izhajalo, da je sistem, določen v odstavkih od 6 do 8, v skladu s katerim imajo zadnjo besedo sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča, utemeljen samo, če odredba o vrnitvi temelji na odločbi o varstvu in vzgoji otroka, s katero se nalaga njegova vrnitev. Po drugi strani naj bi bil s tako razlago sistem iz členov 10 in 11 skladnejši kot celota.

67. Takoj bi pojasnila, da nikakor nisem prepričana, da bi morale ugotovitve predložitvenega sodišča pripeljati do rezultata, ki ga zagovarja. Kot sem navedla pri prvem vprašanju, je prvi cilj Konvencije zagotoviti, razen v izjemnih okoliščinah, *takojšnjo* vrnitev otroka, *preden* se obravnava vprašanje varstva in vzgoje otroka ali starševske odgovornosti. Namen člena 11 Uredbe je okrepiti ta sistem, še vedno v smislu *takojšnje* vrnitve, in ne po sprejetju odločitve o vprašanju varstva in vzgoje otroka oziroma po končanju postopka, ki se lahko izkaže za dolgotrajnega.

68. Vendar Oberster Gerichtshof meni – in to stališče je na obravnavi zagovarjalo tudi več držav članic – da odredba o vrnitvi otroka, ki temelji na odločbi o varstvu in vzgoji otroka, s katero se nalaga otrokova vrnitev ter ki se sprejme po ugotavljanju dejanskega stanja in pridobivanju dokazov, omogoča boljše jamstvo za utemeljenost kot odločba, sprejeta v preprostem postopku za izdajo začasne odredbe.

69. Kot poleg tega navaja predložitveno sodišče, če zadnjenavedena odločba spada v okvir

25 – Navedena v opombi 8 (zlasti točka 63 in naslednje).

člena 11(8) Uredbe, je ta člen težko razumljiv kot celota. Namesto zahteve, da sodišče države neupravičene premestitve najprej izvede postopek za vrnitev na podlagi Konvencije, naj bi namreč lahko sodišče države predhodnega običajnega prebivališča takoj po ugrabitvi izdalo preprosto odredbo o vrnitvi, ki bi bila lahko prav tako kot odločba, sprejeta na podlagi navedenega člena 11(8), neposredno izvršljiva v drugi državi članici. Postopek iz Konvencije, ki se zahteva s členom 11, naj bi povzročal izgubo časa in naj bi bil sam po sebi brez vsake koristi.

70. Kar zadeva prvi del tega sklepanja, priznavam, da postopek, ki vključuje temeljitejšo preučitev dejanskega stanja, omogoča boljše jamstvo za utemeljenost. Vendar postopek iz člena 11(8) Uredbe, če se izvede pravilno, po mojem mnenju omogoča povsem zadostno jamstvo. Gre za položaj, v katerem je sodišče države neupravičene premestitve že zavrnilo možnost, da odredi vrnitev otroka, iz enega ali več razlogov, navedenih v členu 13 Konvencije, in je sodišču države predhodnega običajnega prebivališča – ob morebitni pomoči ustreznih osrednjih organov, predvideni v členu 55(c) Uredbe – poslalo izvod svoje odločbe skupaj z vsemi upoštevnimi dokumenti. Zadnjenavedeno sodišče, ki je primernejše za presojo okoliščin, v katerih je otrok živel pred premestitvijo, in po potrebi tistih, v katerih bo živel po vrnitvi, lahko o svoji odločbi, sprejeti na podlagi člena 11(8) Uredbe, izda potrdilo iz člena 42 Uredbe samo, če je upoštevalo razloge in dokaze, na katerih temelji odločba, da se otrok ne vrne.[26] Torej se lahko domneva – kar je tudi v skladu z načelom medsebojnega zaupanja, na katerem temelji Uredba – da je to sodišče zavrnilo navedene razloge in dokaze na podlagi drugih elementov, s katerimi prvo sodišče ni bilo seznanjeno.

71. Zdi se, da pristop, ki so ga na obravnavi zagovarjale nekatere države članice, temelji na nezaupanju sodišč države članice premestitve do odločb, ki jih sprejmejo sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča. Tak pristop ne pomeni le zanikanja načela medsebojnega zaupanja, temveč tudi popolno neupoštevanje očitne prednosti, ki izhaja iz dvojne preučitve predloga za vrnitev otroka s strani dveh sodišč, od katerih je eno primernejše za upoštevanje sedanjih okoliščin, v katerih živi otrok, drugo pa za presojo okoliščin, v katerih je otrok živel prej in v katerih bo živel v primeru vrnitve.

26 – Člen 42(2), prvi pododstavek, točka (c), in Priloga IV, točka 13, Uredbe.

72. Glede drugega dela sklepanja se mi zdi, da temelji na napačni predstavi o razmerju med Konvencijo in Uredbo. Konvencija nedvoumno določa, da se je treba v primeru ugrabitve otroka najprej obrniti na sodišča države članice, v katero je bil otrok premeščen, da bi se dosegla njegova takojšnja vrnitev. Ta sodišča so namreč najprimernejša za to, da kar najučinkoviteje odredijo njegovo vrnitev. Njihove odločbe se izvršijo neposredno in v skladu z nacionalnim postopkom. Samo če ta sodišča ocenijo, da obstaja kateri od razlogov, da se otrok ne vrne, kot so navedeni v členu 13 Konvencije – torej samo v primerih, ki se štejejo za izjemne – se je treba na podlagi člena 11 Uredbe obrniti na pristojno sodišče države članice predhodnega običajnega prebivališča. To sodišče mora biti v tem primeru prepričano, da navedeni razlog ni ovira za vrnitev otroka, preden lahko uporabi možnost neupoštevanja odločbe, da se otrok ne vrne, sprejete na podlagi Konvencije.

73. Če bi morala v nasprotnem primeru sodišča države predhodnega običajnega prebivališča takoj odrediti vrnitev otroka, bi bil po eni strani postopek izvršitve vedno, in ne samo v primerih uporabe člena 11(8) Uredbe, otežen zaradi potrebe po sodelovanju med različnimi organi obeh držav članic, kar bi v večini primerov vključevalo potrebo po prevajanju upoštevnih dokumentov, po drugi strani pa ne bi bilo ključne zaščite višjega interesa otroka, to je dvojne preučitve, ki je obvezna ob dvomu o možnosti za odreditev njegove vrnitve.

74. Zato se mi zdi, da je sistem iz člena 11 Uredbe v svoji celoti popolnoma skladen, pri tem pa ni potrebna zahteva po predhodni odločbi o varstvu in vzgoji otroka kot podlagi za odločbo, sprejeto v skladu z odstavkom 8 tega člena.

75. Oberster Gerichtshof še opozarja, da bi bil lahko otrok zaradi odločbe, sprejete na podlagi člena 11(8) Uredbe – če se ta sprejme *pred* trajno odločbo v zvezi z varstvom in vzgojo otroka, katere rezultat bi bil lahko drugačen – prisiljen dvakrat spremeniti kraj prebivališča. Tudi ta premislek je na obravnavi poudarilo več držav članic.

76. Možnosti dvakratne selitve ni mogoče zanikati. Vendar gre po mojem mnenju za element, ki so ga avtorji Konvencije in Uredbe sprejeli kot nujno posledico cilja, da se v primeru neupravičene premestitve ali neupravičenega zadržanja zagotovi takojšnja vrnitev otroka. Ta cilj se mi zdi v sistemu upoštevnih določb Uredbe zelo jasen. Najprej se otrok vrne v državo članico predhodnega običajnega prebivališča, nato pa se sprejmejo odločitve o vprašanjih varstva in vzgoje otroka ter

starševske odgovornosti. V nekaterih primerih to nujno vključuje dvakratno ali celo trikratno premestitev, če se upošteva tudi prva, neupravičena. Čeprav večkratno premeščanje gotovo ni v interesu zadevnega otroka, se mi zdi, da mora v skladu z duhom Uredbe (in Konvencije) nad njim prevladati širši interes – preprečiti vsak poskus ugrabitve tako, da se temu dejanju odvzame vsak praktični ali pravni učinek.

77. Poleg tega je treba na ta postopek gledati z vidika zastavljenega cilja, to je vrnitve otroka pred pristojno sodišče. Ta vrnitev je samo „poprava“ prve, neupravičene premestitve. Pristojno sodišče mora nato preučiti vprašanje varstva in vzgoje otroka ob upoštevanju vseh okoliščin in vsaj nekateri vidiki te preučitve, kot so psihološka opažanja, poročila socialnih služb ali po potrebi neposredno izpraševanje, navadno zahtevajo otrokovo navzočnost. Oteževanje in podaljševanje tega procesa z zadrževanjem otroka v državi članici neupravičene premestitve ne more biti v njegovem interesu. Na koncu sodišče sprejme odločitev, katere rezultat je ali ni poslednja premestitev, ki pa se sprejme ob popolnem poznavanju zadeve.

78. Nazadnje, Oberster Gerichtshof namiguje, da je možnost, da sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča odredijo vrnitev otroka na podlagi člena 11(8) Uredbe, ne da bi predhodno sprejela odločbo o varstvu in vzgoji otroka, v nasprotju z načelom medsebojnega zaupanja, saj ta možnost pomeni, da lahko sodišča druge države članice zavrnejo vrnitev iz subjektivnih razlogov.

79. Ta trditev me nikakor ne prepriča. Kot sem pojasnila že zgoraj, se s postopkom prej zagotavlja jamstvo dvojne preučitve ob dvomu o možnosti za odreditev vrnitve otroka in zahteva premišljena obrazložitev za vsako odločbo o vrnitvi otroka, sprejeto na podlagi člena 11(8) Uredbe. To se mi nikakor ne zdi nezdružljivo z načelom medsebojnega zaupanja, na katerem temelji Uredba in ki, prav nasprotno, zahteva, da sodišče prve države članice sodiščem druge države članice ne pripisuje subjektivnih in skritih namenov, ampak da predpostavlja, da so njihove odločitve prav tako objektivno utemeljene kot odločitve sodišč iz njegove države.

80. Zato menim, da noben element besedila ali splošne logike Uredbe ne omejuje možnosti, da se odredi vrnitev otroka na podlagi člena 11(8) Uredbe, če je isto sodišče že sprejelo odločbo o varstvu in vzgoji otroka.

*Tretje vprašanje*

81. Če je odgovor na prvo ali drugo vprašanje pritrdilen, Oberster Gerichtshof sprašuje, ali se je v državi izvršitve mogoče sklicevati na nepristojnost sodišča izvora (prvo vprašanje) ali na neuporabljivost člena 11(8) Uredbe (drugo vprašanje) zoper izvršitev odločbe, o kateri je sodišče izvora izdalo potrdilo v skladu s členom 42(2) Uredbe, ali pa mora v tem primeru tožena stranka od države izvora zahtevati razveljavitev potrdila, kar bi omogočalo, da se do sprejetja odločbe v državi izvora zadrži ta izvršitev v državi izvršitve.

82. Ker predlagam, naj se na prvi dve vprašanji odgovori nikalno, se tretje vprašanje ne postavlja več. Vseeno ga bom preučila ob upoštevanju možnosti, da Sodišče na prvo ali drugo vprašanje odgovori pritrdilno, in predvsem glede na splošnejši interes, ki lahko obstaja za pojasnitev meja možnosti nasprotovanja izvršitvi odločbe, o kateri je bilo izdano potrdilo v skladu s členom 42(2) Uredbe.

83. Oberster Gerichtshof opozarja, da ker je Tribunale per i Minorenni di Venezia izdalo potrdilo v skladu s členom 42 Uredbe, avstrijska sodišča niso pristojna za vsebinsko preučitev njegove odločbe. Vendar ni mogoče izključiti, da ta sodišča lahko preverijo, ali je bila navedena odločba v resnici izrečena na podlagi člena 11(8) Uredbe. Ker se v skladu s členom 40 Uredbe njen oddelek 4 uporablja za „vrnitev otroka, ki je določena v sodni odločbi, izrečeni v skladu s členom 11(8)“, bi se člen 42(1) Uredbe uporabljal, potrdilo pa bi torej imelo zavezujoči učinek le, če bi obstajala taka odločba – kar pa ni mogoče, če bi bil odgovor na eno ali drugo od prvih dveh vprašanj pritrdilen.

84. Predložitveno sodišče meni tudi, da ker navedeno potrdilo omogoča takojšnjo izvršitev brez druge vsebinske preučitve, lahko le sodišče izvora ugotovi, da je bilo izdano neupravičeno. Vendar je v členu 43 Uredbe predviden samo „popravek“ potrdila. Nasprotno je v členu 10 Uredbe št. 805/2004[27], to je v novejši določbi, v kateri se obravnava podobna težava, določeno, da se potrdilo o evropskem nalogu za izvršbo na zahtevo sodišča izvora umakne, kadar je bilo očitno napačno odobreno. Ker zakonodajalec Skupnosti gotovo

27 – Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov (UL L 143, str. 15).

ne bi želel določiti manjšega sodnega varstva pred vrnitvijo otroka kot pred izterjavo nespornih zahtevkov, bi po mnenju Oberster Gerichtshof moralo to veljati tudi za potrdilo, predvideno v tej zadevi. V tem primeru bi bilo treba po analogiji uporabiti tudi člen 23 Uredbe št. 805/2004[28], da bi se omogočila odložitev izvršitve, dokler sodišče izvora ne bi odločilo o zahtevi za popravek ali razveljavitev potrdila.

85. Sklepanje predložitvenega sodišča tako večinoma temelji na primerjavi z Uredbo št. 805/2004, sprejeto manj kot pet mesecev po Uredbi, pripravljalna dela za obe uredbi pa so v Svetu Evropske unije potekala večinoma v istem obdobju. Po mojem mnenju bi bilo torej presenetljivo, če velika razlika med obema aktoma (popravek le v primeru vsebinske napake v okviru Uredbe ter popravek v primeru vsebinske napake in razveljavitev, če je bilo potrdilo odobreno napačno, v okviru Uredbe št. 805/2004) ne bi bila izraz želje zakonodajalca po razlikovanju. Iz navedenih pripravljalnih del namreč izhaja, da so bile v obeh primerih predvidene različne možnosti, preden sta bili sprejeti sedanji različni besedili[29].

86. Torej se mi ne zdi potrebno poskusiti razložiti prvo od teh uredb z vidika druge, zlasti ker – čeprav obe spadata na splošno področje pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah – sta natančno določeni področji, na kateri se nanašata, zelo različni in ne zahtevata nujno primerljivih pristopov. Primerjava med interesom za zagotovitev vrnitve otroka v primeru neupravičene premestitve in interesom za izterjavo nespornega zahtevka namreč ni mogoča. Poleg tega opozarjam, da se položaji, ki jih urejajo upoštevne določbe, razlikujejo tudi, ker gre v okviru Uredbe za spor in torej izpodbijanje, ki ju vsaj dve sodišči že poznata in sta ju upoštevali, medtem ko se v okviru Uredbe št. 805/2004 z zahtevo za razveljavitev potrdila domnevno nesporen zahtevek spremeni v vsaj delno sporen zahtevek, kar

28 – „Kadar je dolžnik zahteval […] umik potrdila o evropskem nalogu za izvršbo v skladu s členom 10, lahko pristojno sodišče ali organ v državi članici izvršbe na zahtevo dolžnika: […] (c) pod izjemnimi pogoji prekine postopek izvršbe."

29 – Glej na primer v okviru Uredbe dokument 7730/03 nemške delegacije z dne 21. marca 2003, v katerem ta vneto (str. 10) zagovarja možnost pravnega sredstva zoper izdajo potrdila – to je stališče, ki pa v Uredbi, kot je bila sprejeta, ni bilo upoštevano. Nasprotno je treba v okviru Uredbe št. 805/2004 ugotoviti, da je bilo v prvotnem predlogu Komisije (COM(2002) 159 konč.) predvideno le, čeprav s popolnim in izrecnim sklepanjem v obrazložitvi, da zoper odločbo, s katero se odloči o zahtevi za izdajo potrdila, „ni mogoče vložiti pravnega sredstva" – to stališče je Komisija ohranila v spremenjenem predlogu (COM(2003) 341 konč.) tudi po predlogu Evropskega parlamenta za spremembe, ki je vseboval možnost pravnega sredstva, vendar ga Parlament in Svet v nazadnje sprejetem aktu nista upoštevala.

lahko upraviči odložitev s strani sodišča države izvršitve, ki prej ni odločalo o zahtevku.

87. Skratka, očitno je, da se postavlja vprašanje, kakšne možnosti so na voljo, kadar se izkaže, da je bilo potrdilo, na kakršno se nanaša člen 42 Uredbe, izdano neupravičeno. Čeprav interes za dosego takojšnje vrnitve otroka, ki je bil premeščen neupravičeno, in za zagotovitev preproste in hitre izvršitve odločb, s katerimi se odreja ta vrnitev po končanem postopku iz člena 11 Uredbe, preprečuje možnost izpodbijanja potrdila iz navedenega člena 42, je še vedno mogoče, da sodišče izda tako potrdilo, ker se napačno šteje za pooblaščeno za izdajo takega potrdila, čeprav v resnici pogoji, potrebni za izdajo odločbe na podlagi člena 11(8) Uredbe, niso izpolnjeni.

88. Na obravnavi je bil naveden primer sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča, ki odredi vrnitev otroka, ne da bi bila prej na podlagi člena 13 Konvencije v državi članici neupravičene premestitve izdana odločba, da se otrok ne vrne, in ki potrdi odredbo v skladu s členom 42 Uredbe. Zadevno sodišče bi bilo v teh okoliščinah seveda pristojno za sprejetje odločbe, da se otrok vrne, vendar v tem primeru ne bi šlo za odločbo iz člena 11(8) Uredbe. Zato izdaja potrdila za tako odločbo v skladu z navedenim členom 42 ni predvidena[30], potrdilo pa bi bilo torej izdano neupravičeno.

89. Ni si mogoče zamisliti, da je zakonodajalec želel odpraviti vsakršno sredstvo za odpravo take napake, ki ne ustreza nujno edini možnosti popravka, navedeni v uvodni izjavi 24 Uredbe, in sicer „kadar [potrdilo] ne odraža pravilno sodne odločbe“.

90. Tu gre za problematiko, ki sem jo obravnavala že v stališču, predstavljenem v zadevi Rinau[31], ter pred kratkim v nekoliko drugačnih okoliščinah v sklepnih predlogih, predstavljenih v zadevi Purrucker[32]. Tu bom le povzela stališče, ki sem ga oblikovala v zvezi s tem, in se sklicevala na sklepanje, ki sem ga predstavila v zgoraj navedenih zadevah.

91. V Uredbi je jasno prepovedano vsakršno pravno sredstvo zoper izdajo potrdila. Nasprotno ni prepovedano pravno sredstvo zoper odločbo, o kateri je bilo izdano potrdilo. Če stranka meni, da pogoji za to, da zadevno

30 – Glej v opombi 8 navedeno sodbo Rinau, točka 58 in naslednje. Čeprav taka odredba ni takoj izvršljiva, kot je določeno v členih 42 in 47 Uredbe, je vseeno lahko upravičena do postopkov priznavanja in izvrševanja, ki sta za druge odločbe določena v členu 28 in naslednjih.

31 – Navedena v opombi 8; glej zlasti točke od 85 do 96 stališča.

32 – Navedena v opombi 23; glej zlasti točke 127, 128 in od 148 do 154 sklepnih predlogov.

sodišče izda to odločbo, niso izpolnjeni, mora imeti možnost izpodbijati pristojnost tega sodišča pred samim sodiščem – zdi se, da je to storila mati v obravnavani zadevi – in morebiti vložiti pritožbo pri višjem sodišču. Če nacionalno pravo v teh okoliščinah ne omogoča pravnega sredstva, mora sodišče na podlagi člena 267, tretji odstavek, PDEU zadevo predložiti Sodišču. Vsako pravno sredstvo ali predložitev zadeve Sodišču v teh okoliščinah se mora obravnavati čim hitreje.

92. Taka ugotovitev je odgovor na prvi del tretjega vprašanja predložitvenega sodišča, vendar to sodišče v drugem delu vprašanja sprašuje tudi, ali lahko zaprošeno sodišče – če je bila sprejeta odločba, o kateri je bilo izdano potrdilo, vendar se utemeljenost potrdila izpodbija – odloži izvršitev odločbe, da bi omogočilo morebitno razveljavitev potrdila.

93. Opozarjam, da v obravnavanem primeru niti v predložitveni odločbi niti v drugih dokumentih, predloženih Sodišču, nič ne kaže, da bi mati izpodbijala pristojnost Tribunale per i Minorenni di Venezia, tako da bi se v Italiji pritožila zoper odločbo z dne 10. julija 2009, katere izvršitev zahteva oče v Avstriji.

94. V takih okoliščinah se mi zdi popolnoma nemogoče, da lahko avstrijska sodišča odložijo izvršitev te odločbe, da bi materi omogočila vložitev pravnega sredstva. Ta sodišča niso pristojna za odločanje o pravnem sredstvu, in ker pri pristojnem sodišču ni bilo vloženo nobeno pravno sredstvo, v besedilu ali ciljih Uredbe nič ne utemeljuje odložitve izvršitve odločbe, katere cilj je – naj spomnim – doseči takojšnjo vrnitev otroka.

95. Ali bi bilo drugače, če bi mati že vložila tako pravno sredstvo, preden bi oče poskušal doseči izvršitev odločbe v Avstriji? Odložitev izvršitve bi se v teh okoliščinah lahko zdela bolj upravičena, ker bi se sodišče države članice izvršitve spopadalo z resnično, in ne hipotetično negotovostjo glede izvršljivosti izpodbijane odločbe. Tako bi lahko preprečilo neupravičeno premestitev otroka, ki bi ji sledila bodisi nova premestitev bodisi neupravičeno zadržanje otroka v državi članici izvora.

96. Vendar nisem prepričana, da Uredba omogoča tako odložitev. Ne le da je ne predvideva izrecno, temveč je poleg tega mogoče iz tega, da drugje v Uredbi obstaja določba, ki omogoča prekinitev odločanja o zahtevi za razglasitev izvršljivosti odločbe o izvrševanju

starševske odgovornosti[33], mogoče sklepati, da je ta opustitev namerna, ta namera pa je poleg tega potrjena s tem, da se je med pripravo Uredbe odločno nasprotovalo določbam sedanjih členov 43 in 44[34], ne da bi bila sprejeta določba, ki bi omogočala odložitev izvršitve.

97. Vendar se mi po zgledu ugotovitve, do katere sem prišla v zvezi z možnostjo izpodbijanja odločbe[35], zdi očitno, da mora imeti tisti od staršev, ki izpodbija to odločbo v državi članici izvora, tudi možnost, da v tej državi članici predlaga odložitev izvršitve odločbe, to odložitev pa bi morala upoštevati tudi sodišča države članice izvršitve.

98. Na podlagi zgornjih ugotovitev torej ugotavljam, da bi Sodišče moralo na tretje vprašanje Oberster Gerichtshof odgovoriti, da kadar se odločba, o kateri je sodišče države članice izdalo potrdilo v skladu s členom 42(2) Uredbe, izpodbija zaradi nepristojnosti sodišča izvora ali neuporabljivosti člena 11(8) Uredbe, je edino pravno sredstvo pritožba zoper samo odločbo (in ne zoper potrdilo), ki se vloži pri sodiščih te države članice. Sodišča države članice izvršitve nimajo nobene pristojnosti za zavrnitev ali odložitev izvršitve.

*Četrto vprašanje*

99. Če je odgovor na prvo ali drugo vprašanje za predhodno odločanje ali na prvi del tretjega vprašanja nikalen, Oberster Gerichtshof sprašuje, ali odločba, ki jo je sprejelo sodišče države izvršitve in jo je po pravu te države treba šteti za izvršljivo ter s katero sta bila začasna varstvo in vzgoja zaupana tistemu od staršev, ki je ugrabil otroka, v skladu s členom 47(2) Uredbe nasprotuje izvršitvi odredbe o vrnitvi otroka, predhodno sprejete v državi izvora na podlagi člena 11(8) Uredbe, tudi takrat, ko ne bi ovirala izvršitve odredbe o vrnitvi otroka, sprejete v državi izvršitve v skladu s Konvencijo.

100. Preden se bom lotila tega vprašanja, ki se v tem postopku v glavni stvari nanaša na učinke odredbe Bezirksgericht Judenburg z dne 25. avgusta 2009, se mi zdi koristno

33 – Člen 35 Uredbe, v oddelku 2 poglavja III, ki se ne uporablja za odločbe o vrnitvi otroka, za katere se uporablja oddelek 4.

34 – Glej v opombi 29 naveden dokument 7730/03 nemške delegacije z dne 21. marca 2003. Tedaj je šlo za člen 48 osnutka Uredbe.

35 – Glej točko 91 tega stališča.

preučiti pogoje, pod katerimi se je to sodišče štelo za pristojno za sprejetje navedene odredbe.

101. Iz odločbe Tribunale per i Minorenni di Venezia z dne 10. julija 2009 izhaja, da je mati najprej predlagala italijanskemu sodišču, naj pristojnost za spor prenese na avstrijska sodišča na podlagi člena 15 Uredbe.[36] Ta predlog je bil zavrnjen, prvič, ker položaj ni izjemen, temveč se nanaša na spor med starši v zvezi z varstvom in vzgojo njihovega otroka (medtem ko se člen 15 uporablja „izjemoma"), in drugič, ker otrok ni „posebej povezan" z Avstrijo glede na opredelitev v navedenem členu 15(3).

102. Ta odločba je v pristojnosti Tribunale per i Minorenni di Venezia in se ne obravnava v okviru te predložitvene odločbe. Vseeno pa mi vzbuja nekatere pridržke.

103. Prvič, ne zdi se mi pravilno, da se uporaba člena 15 Uredbe *izključi* zato, ker se postopek nanaša na običajen spor med starši v zvezi z varstvom in vzgojo njihovega otroka. Uvodna beseda „Izjemoma" po mojem mnenju ne zahteva, da mora biti položaj izjemen, preden se ta določba lahko uporabi. Pristojnemu sodišču namreč dovoljuje, da *odstopa* od splošnih pravil o pristojnosti in zadevo ali del zadeve prenese na sodišče druge države članice, s katero je otrok posebej povezan, *če* meni, da je to sodišče primernejše za obravnavo zadeve, in če je to v višjem interesu otroka – primer, ki bo načeloma izjemen.

104. Drugič, zdi se mi, da je bilo v nasprotju s tem, kar Tribunale per i Minorenni di Venezia trdi v obrazložitvi, v tej zadevi izpolnjenih več drugih meril iz člena 15(3) Uredbe (posledično bi obstoj le enega zadostoval za ugotovitev „posebne povezave"). Tako ni sporno, da je imel otrok poleg italijanskega tudi avstrijsko državljanstvo, s čimer je izpolnjen pogoj iz točke (c) navedene določbe, ki ni omejen le na primer enega državljanstva. Poleg tega se zdi jasno, da je mati, ko je bil predlog za prenos pristojnosti zavrnjen, prijavila običajno prebivališče v Avstriji, kar ustreza pogoju iz točke (d).[37]

36 – Ni gotovo, ali se je Tribunale per i Minorenni di Venezia s sklicevanjem na člen „15(b)(5)" želelo sklicevati na točko (b) odstavka 1, 2 ali 3 člena 15 Uredbe, saj je lahko po potrebi vsak upošteven. Vseeno se zdi, da je najverjetnejša razlaga, da je mati temu sodišču na podlagi odstavka 1(b) predlagala, naj Bezirksgericht Judenburg zaprosi, „naj prevzame pristojnost v skladu z odstavkom 5".

37 – Poleg tega opozarjam, da je imel otrok običajno prebivališče v Avstriji več kot polovico svojega življenja (ne glede na to, ali je pridobil „običajno prebivališče" v smislu Uredbe), s čimer je lahko po potrebi izpolnjen pogoj iz točke (b) glede na besedilo v francoskem jeziku, ne pa nujno tudi glede na druge jezikovne različice.

105. Glede na navedeno, in čeprav bi se obrazložitev Tribunale per i Minorenni di Venezia v nekaterih pogledih lahko štela za pomanjkljivo, je jasno, da to sodišče na podlagi nobenega elementa iz člena 15 Uredbe ni moglo biti *dolžno* presoditi, da je Bezirksgericht Judenburg primernejše za poznavanje zadeve in da bi bil prenos pristojnosti v višjem interesu otroka, in odstopiti zadeve avstrijskemu sodišču. Poudarjam tudi, da Sodišče ni bilo obveščeno o morebitni materini pritožbi zoper to zavrnitev prenosa, kar bi bila normalna pot, ki bi jo mati morala ubrati, če bi izpodbijala obrazložitev Tribunale per i Minorenni di Venezia.

106. Dalje, iz predložitvene odločbe je razvidno, da je mati, ne da bi počakala, da Tribunale per i Minorenni di Venezia obravnava njen predlog, neposredno pri Bezirksgericht Judenburg vložila predlog za dodelitev varstva in vzgoje otroka. To sodišče se je 26. maja 2009 „na podlagi člena 15(5) Uredbe“ izreklo za pristojno in od italijanskega sodišča zahtevalo, naj prenese postopek nanj. Kot kaže, je Bezirksgericht Judenburg na podlagi tega izreka o pristojnosti sprejelo odločbo z dne 25. avgusta 2009, s katero je varstvo in vzgojo otroka začasno dodelilo materi ter glede katere se Oberster Gerichtshof sprašuje, ali bi lahko ovirala izvršitev odredbe o vrnitvi otroka, ki jo je 10. julija 2009 izdalo Tribunale per i Minorenni di Venezia.

107. Besedila te odločbe z dne 26. maja 2009 nimam, vendar se na podlagi kratkega povzetka, ki ga je v zvezi s tem podalo Oberster Gerichtshof, zdi, da se je Bezirksgericht Judenburg izreklo za pristojno ob napačni razlagi člena 15 Uredbe. Ta člen namreč z ničimer ne omogoča, da se sodišče izreče za pristojno na lastno pobudo. Iz člena 15(5) Uredbe jasno izhaja, da mora tak izrek[38] o pristojnosti slediti začetku postopka „v skladu z odstavkom 1(a) ali 1(b)“, torej posredni ali neposredni pobudi pristojnega sodišča, ki prekine odločanje in pozove stranke, naj predložijo zadevo sodišču druge države članice, ali sámo zaprosi navedeno sodišče, naj prevzame pristojnost. Predlog za prenos pristojnosti, ki ga vloži sodišče druge države članice, s katero je otrok posebej povezan, je seveda mogoč na podlagi odstavka 2(c)[39], vendar je nadaljevanje postopka v domeni sodišča, ki je zanj pristojno po vsebini, torej sodišča države članice (predhodnega) običajnega prebivališča.

108. Zato se zdi pristojnost Bezirksgericht Judenburg za sprejetje odločbe z dne

38 – Ugotavljam, da angleška različica Uredbe bolj izrecno določa, da zadevno sodišče *sprejme* pristojnost, in ne, da se *izreče* za pristojno.

39 – Iz odločbe Tribunale per i Minorenni di Venezia z dne 10. julija 2009 je razvidno, da je Bezirksgericht Judenburg dejansko vložilo tak predlog, vendar hkrati z izrekom o lastni pristojnosti, in torej ne da bi počakalo na odgovor na ta predlog.

25. avgusta 2009 sporna. Če bi na podlagi člena 10(b)(iv) Uredbe Tribunale per i Minorenni di Venezia takrat izgubilo pristojnost (predlagam, naj se na to vprašanje odgovori nikalno), je verjetno, da bi Bezirksgericht Judenburg postalo pristojno z uporabo običajnega pravila iz člena 8 Uredbe. Ni pa moglo postati pristojno na podlagi člena 15 Uredbe, saj Tribunale per i Minorenni di Venezia ni dalo nobene pobude v tej smeri.[40]

109. Oberster Gerichtshof v predložitveni odločbi navaja nekatere razloge, iz katerih naj bi bilo mogoče, da je bilo potrdilo Bezirksgericht Judenburg o tem, da je postala njegova odločba z dne 25. avgusta 2009 pravnomočna in da je izvršljiva, izdano neupravičeno, zlasti zaradi morebitnih nepravilnosti pri priglašanju odločbe. Vendar pojasnjuje, da to potrdilo zavezuje vsa druga avstrijska sodišča in da ga lahko po potrebi razveljavi samo Bezirksgericht Judenburg, na zahtevo ali po uradni dolžnosti. Oberster Gerichtshof ne vidi možnosti, da bi se Bezirksgericht Judenburg napačno izreklo za pristojno, in zato ne navaja, ali je tudi morebitna nepristojnost zunaj njegovega nadzora. Vsekakor se mi zdi, da bi morala v avstrijskem pravnem sistemu obstajati možnost nadzora izrekanja pristojnosti na podlagi člena 15 Uredbe.

110. Glede na zadnje ugotovitve, ki jih bo moralo Oberster Gerichtshof po potrebi upoštevati, bom pri preučitvi četrtega vprašanja za predhodno odločanje, kot je to storilo tudi Oberster Gerichtshof, obravnavala odločbo Bezirksgericht Judenburg z dne 25. avgusta 2009, s katero sta bila varstvo in vzgoja otroka začasno zaupana materi, kot izvršljivo.

111. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da čeprav na področju pravice do varstva in vzgoje otroka izvršljiva odločba, ki ni združljiva s prej sprejeto odločbo, načelno ovira izvršitev te odločbe – kot je izrecno predvideno v členu 47(2), drugi pododstavek, Uredbe – pa to ne drži nujno v nacionalnem pravu. Oberster Gerichtshof naj bi namreč nedavno razsodilo, da je treba odredbo o vrnitvi otroka, izdano na podlagi Konvencije v Avstriji, izvršiti, čeprav ji začasna odločba o varstvu in vzgoji otroka, ki jo je sprejelo drugo avstrijsko sodišče, nasprotuje, saj člen 17 Konvencije določa, da samo dejstvo, da je v državi, ki ji je poslana zahteva, sprejeta odločba o varstvu in vzgoji otroka, še ni podlaga za zavrnitev vrnitve otroka. Če je treba na podlagi člena 47(2) Uredbe odredbo o vrnitvi, izdano v tujini, obravnavati enako kot odločbo nacionalnega sodišča, naj začasna odločba o dodelitvi

40 – Poleg tega poudarjam, da se člen 15 uporablja le, če je sodišče, ki prenese zadevo, tudi sámo pristojno. Bezirksgericht Judenburg je torej z opiranjem na ta člen 26. maja 2009 implicitno, toda nujno priznalo pristojnost Tribunale per i Minorenni di Venezia.

varstva in vzgoje otroka ne bi mogla ovirati njene izvršitve.

112. Oberster Gerichtshof v svojem vprašanju torej predpostavlja, da se določba iz člena 47(2), drugi pododstavek, Uredbe („sodna odločba, o kateri je bilo izdano potrdilo v skladu s […] členom 42(1), ne more biti izvršena, če je nezdružljiva s kasnejšo izvršljivo sodno odločbo“) nanaša na vsako izvršljivo odločbo, ki je bila sprejeta pozneje, tudi v državi članici izvršitve. Komisija ugovarja tej razlagi s trditvijo, da se z njo izničuje mehanizem, ki ga je zakonodajalec želel uvesti s členom 11(8) in na podlagi katerega imajo zadnjo besedo v zvezi z vrnitvijo otroka sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča. Namen določbe iz člena 47(2), drugi pododstavek, Uredbe naj bi bil natančneje opredeliti, da se lahko s poznejšo odločbo sodišča *države članice izvora* razveljavi odločba o vrnitvi otroka, sprejeta na podlagi člena 11(8), ki potem ne sme biti izvršena.

113. Čeprav besedilo te določbe ne vsebuje natančnejše opredelitve, ki jo predlaga Komisija, se strinjam z njenim stališčem. Poleg trditev, ki jih navaja – in člen 11(8) Uredbe gotovo ne bi bil smiseln, če bi bilo mogoče odločbo, na katero se nanaša, izpodriniti s poznejšo odločbo sodišča, ki je na podlagi člena 13 Konvencije že sprejelo odločbo, da se otrok ne vrne – je jasno, da je lahko „kasnejša izvršljiva sodna odločba“ samo odločba pristojnega sodišča. Če bi gledano hipotetično šlo za odločbo v zvezi s starševsko odgovornostjo, bi bila pristojna sodišča države članice, v kateri je bila sprejeta odločba na podlagi člena 11(8) Uredbe, in ne sodišča države članice, v katero je bil otrok neupravičeno premeščen.

114. Na obravnavi je bilo postavljeno vprašanje, zakaj ni zakonodajalec, če je določba iz člena 47(2), drugi pododstavek, Uredbe omejena na primer razveljavitve z odločbo, o kateri je bilo izdano potrdilo v državi članici izvora, tega izrecno pojasnil, namesto da je izbral besedo „nezdružljiva“, ki bi se lahko nanašala tudi na primer poznejše odločbe, sprejete v državi članici izvršitve. Vendar se mi zdi, da je bilo tudi na to vprašanje primerno odgovorjeno. Čeprav se izključuje možnost, da sodišče države članice s preprostim sprejetjem nasprotne odločbe izniči učinek odločbe, ki mora biti na podlagi člena 11(8) Uredbe zadnja beseda v zvezi z vrnitvijo otroka, lahko obstajajo tudi druge vrste odločb, ki niso združljive z odredbo o vrnitvi – če se na primer vrnitev otroka odredi v korist enega od staršev, ki je bil medtem obsojen na zaporno kazen. Prav tako je treba navesti, da se člen 47 Uredbe uporablja tudi za odločbe, o katerih je bilo izdano potrdilo v skladu s členom 41 iste

uredbe in ki zadevajo pravico do stikov ter na katere torej lahko vplivajo poznejše odločbe različnih vrst.

115. Vsekakor bi se morala Uredba razlagati čim skladneje s Konvencijo in zlasti ne tako, da bi se okrepljeni pravici do odločanja, ki se podeljuje sodiščem države članice predhodnega običajnega prebivališča s členom 11(8) Uredbe in sistemom za izdajo potrdil iz člena 42 Uredbe, dal obseg, ki bi to pravico spet oslabil glede na določbo iz člena 17 Konvencije, ki zlasti določa, da samo dejstvo, da je v državi, ki ji je poslana zahteva, sprejeta odločba o varstvu in vzgoji otroka, še ni podlaga za zavrnitev vrnitve otroka, vendar da lahko organi te države upoštevajo razloge za tako odločbo.

*Peto vprašanje*

116. Nazadnje, če je odgovor na četrto vprašanje nikalen, Oberster Gerichtshof sprašuje, ali se lahko v državi izvršitve zavrne izvršitev odločbe, o kateri je sodišče države izvora izdalo potrdilo v skladu s členom 42(2) Uredbe, če so se okoliščine od njenega sprejetja tako spremenile, da bi lahko ta izvršitev močno ogrožala višji interes otroka, ali pa se je treba na te spremembe okoliščin sklicevati v državi izvora in ali je mogoče zadržati to izvršitev v državi izvršitve, dokler sodišče države izvora ne sprejme odločbe.

117. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da se mati najverjetneje ne bo hotela vrniti z otrokom v Italijo in da je v to ni mogoče prisiliti. Z izvršitvijo odredbe o vrnitvi naj bi se torej otrok ločil od matere in vrnil očetu. V skladu s členom 47(2) Uredbe naj bi morali za to izvršitev veljati enaki pogoji, kot če bi bila odločba sprejeta v Avstriji. Vendar naj v skladu z avstrijsko sodno prakso ne bi bilo mogoče izvršiti odredbe o vrnitvi, izdane v Avstriji na podlagi Konvencije, če se je zaradi sprememb okoliščin pojavila huda nevarnost, da bi bil otrok izpostavljen telesnemu nasilju ali duševni travmi, kar bi se lahko zgodilo, če je dolgo prebival v državi izvršitve.

118. V obravnavanem primeru naj bi otrok nekaj več kot eno leto živel v Italiji, Tribunale per i Minorenni di Venezia pa naj bi izdalo odredbo o vrnitvi leto in pol po neupravičeni premestitvi otroka v Avstrijo. V devetih mesecih po tej odredbi naj oče in otrok ne bi

imela stikov, v osemnajstih mesecih pred njo pa naj bi bili stiki omejeni na obiske. Tako naj bi otrok preživel več kot dve tretjini življenja ločeno od očeta. Po mnenju predložitvenega sodišča ni mogoče izključiti možnosti, da bi odvzem otroka materi in njegova vrnitev očetu resno ogrozila njegov duševni razvoj in da to, čeprav materino vedenje zasluži grajo, ne utemeljuje tveganja izpostavitve otroka taki nevarnosti.

119. Torej naj bi bilo mogoče, da se taka odredba o vrnitvi otroka, izdana v Avstriji, ne izvrši. Ker člen 47 Uredbe določa enako obravnavo, kot se uporablja za odločbe, sprejete v državi izvršitve, naj bi moralo enako veljati za odločbo Tribunale per i Minorenni di Venezia.

120. Vendar naj bi bila v skladu z duhom in ciljem upoštevnih določb naloga Tribunale per i Minorenni di Venezia, da presodi, ali so se okoliščine spremenile. Šlo naj ne bi za samo izvršitev, ampak za vsebinsko utemeljitev odredbe o vrnitvi otroka. V skladu s tem stališčem bi morala mati pri Tribunale per i Minorenni di Venezia vložiti predlog za razveljavitev odločbe tega sodišča. Medtem bi se morala dovoliti odložitev izvršitve odločbe v Avstriji.

121. V zvezi s tem avstrijska vlada navaja, da v skladu s členom 47(1) Uredbe postopek izvršitve ureja pravo države članice izvršitve. Upoštevati naj bi bilo treba vse ovire za izvršitev, ki izhajajo iz tega prava. V obravnavanem primeru naj bi te ovire vključevale vse pozneje nastale okoliščine, ki bi lahko ogrozile višji interes otroka. Če bi moralo take okoliščine preučiti sodišče države izvora, naj bi to pripeljalo do ločenega preučevanja različnih ovir in do vzporedne pristojnosti sodišč obeh držav, kar naj ne bi bilo koristno ne za medsebojno zaupanje ne za višji interes otroka, ki mora ostati najvišje načelo. Nazadnje, pristojnost sodišč države izvršitve naj bi ustrezala splošni logiki Uredbe. Na podlagi načela bližine naj bi bili organi države, v kateri otrok prebiva, primernejši za presojo, ali so se od sprejetja odločbe okoliščine spremenile.

122. Komisija nasprotno meni, da je treba člen 47(2) Uredbe razlagati ob upoštevanju načela hitre vrnitve otroka in delitve pristojnosti, ki izhaja iz tega. Ker je dokončna in zavezujoča odločba v zvezi z vrnitvijo v domeni sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča, mora sodišče države izvršitve določiti samo podrobnosti izvršitve. Člen 47(2), prvi pododstavek, Uredbe naj bi zato pomenil, da se formalne zahteve države izvršitve – kar na primer zadeva roke, pristojne službe in sisteme kazni – uporabljajo za samo izvršitev, medtem ko naj bi bilo sodišče države članice izvora edino pristojno za odločanje o vsebinskih očitkih v zvezi

s pravilnostjo naloga o izvršbi – na primer o tem, ali je treba odložiti izvršitev odločbe, ker zaradi sprememb okoliščin od izdaje naloga o izvršbi izvajanje te odločbe ne bi bilo več v višjem interesu otroka.

123. Strinjam se s stališčem Komisije, ki je, kot se zdi, delno prepričalo tudi predložitveno sodišče[41]. V skladu s splošno logiko Uredbe je dokončna odločba o možnosti za odreditev vrnitve otroka v izključni domeni sodišč države njegovega predhodnega običajnega prebivališča. Če je eno od sodišč države neupravičene premestitve na podlagi člena 13 Konvencije sprejelo odločbo, da se otrok ne vrne, je njihova pristojnost v zvezi s tem izčrpana, razen kar po potrebi zadeva umik ali razveljavitev te odločbe. Vsaka poznejša odločba glede vsebine – v kateri je treba upoštevati razloge in dokaze, na podlagi katerih je bila sprejeta odločba, da se otrok ne vrne – je v domeni pristojnega sodišča države članice predhodnega običajnega prebivališča. Ta poznejša odločba mora biti, če obstaja, obvezno izvršena v drugi državi članici, seveda v skladu s *postopkom* (to je *formalnimi zahtevami*), določenim v njeni zakonodaji, vendar ne da bi bila lahko ta država obvezana upoštevati *vsebinske* premisleke, ki bi lahko ovirali izvršitev.

124. Vendar se mi zdi očitno, da morebitna nevarnost telesnega nasilja ali duševne travme spada v okvir vsebinskih, ne formalnih premislekov. V primeru izpodbijanja dokončne odločbe, s katero se odreja vrnitev otroka, se mora zato zadevna stranka obrniti na sodišče, ki je sprejelo to odločbo, in ne na tisto, ki je odgovorno za njeno izvršitev.

125. Glede možnosti, da se med čakanjem na rezultat takega izpodbijanja postopek prekine, veljajo iste ugotovitve, kot sem jih navedla v točkah od 93 do 97 tega stališča, in treba je sklepati, da taka možnost ne obstaja pred sodiščem države članice izvršitve, ampak da bi morala imeti v primeru izpodbijanja pred sodišči države članice izvora ta sodišča možnost, da odredijo odložitev izvršitve, dokler se ne sprejme odločba o izpodbijanju.

126. Nazadnje vsekakor opozarjam, da se predložitveno sodišče sklicuje na možnost duševne travme, ki ne izhaja le iz ločitve otroka od očeta v devetih mesecih po sprejetju odločbe Tribunale per i Minorenni di Venezia z dne 10. julija 2009, ampak tudi iz ločitve v osemnajstih mesecih pred tem sprejetjem.

41 – Glej točko 120 tega stališča.

Vendar tudi če bi se izvršitev te odločbe lahko kakor koli izpodbijala s poznejšimi dogodki, to izpodbijanje ne bi bilo mogoče na podlagi nobenega vidika predhodnih okoliščin, ki jih je Tribunale per i Minorenni di Venezia nujno moralo upoštevati. In glede teh poznejših dogodkov je treba poudariti, da preprostega izteka časa ne bi bilo mogoče uvrstiti mednje, če bi se pravilno upošteval postopek, določen v Uredbi, ker je odredba, sprejeta na podlagi člena 11(8) Uredbe, takoj izvršljiva, njenemu priznanju pa ni mogoče nasprotovati.

## Predlog

127. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev menim, da bi moralo Sodišče na vprašanja, ki jih je postavilo Oberster Gerichtshof, odgovoriti:

1. Začasna odredba, s katero se varstvo in vzgoja otroka – dokler se ne sprejme dokončna (ali trajna) odločba o varstvu in vzgoji otroka – dodelita tistemu od staršev, ki je ugrabil otroka, ni „odločba o varstvu in vzgoji otroka, ki ne nalaga vrnitve otroka“ v smislu člena 10(b)(iv) Uredbe 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.

2. Odredba o vrnitvi otroka spada na področje uporabe člena 11(8) Uredbe št. 2201/2003 ne glede na to, ali jo je sodišče izdalo na podlagi odločbe o varstvu in vzgoji otroka, ki jo je sámo sprejelo, ali ne.

3. Kadar se odločba, o kateri je sodišče države članice izdalo potrdilo v skladu s členom 42(2) Uredbe št. 2201/2003, izpodbija zaradi nepristojnosti sodišča izvora ali neuporabljivosti člena 11(8) navedene uredbe, je edino pravno sredstvo pritožba zoper samo odločbo (in ne zoper potrdilo), ki se vloži pri sodiščih te države članice. Sodišča države članice izvršitve nimajo nobene pristojnosti za zavrnitev ali odložitev izvršitve.

4. Odločba, ki jo je sprejelo sodišče države izvršitve in s katero sta bila varstvo in vzgoja otroka začasno dodeljena tistemu od staršev, ki je ugrabil otroka, ni ovira za izvršitev odredbe o vrnitvi otroka, ki je bila predhodno izdana v državi izvora na podlagi člena 11(8) Uredbe št. 2201/2003.

5. Kadar se odločba, o kateri je sodišče države članice izdalo potrdilo v skladu s členom 42(2) Uredbe št. 2201/2003, izpodbija zato, ker bi izvršitev te odločbe zaradi spremenjenih okoliščin od njenega sprejetja resno ogrozila višji interes otroka, je edino pravno sredstvo pritožba zoper samo odločbo (in ne zoper potrdilo), ki se vloži pri sodiščih te države članice. Sodišča države članice izvršitve nimajo nobene pristojnosti za zavrnitev ali odložitev izvršitve.