Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEJA,
predstavljeni 20. septembra 2018 [1]

Zadeva C-393/18 PPU

UD
proti
XB

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo High Court of Justice (England & Wales), Family Division (višje sodišče (Anglija in Wales), družinski oddelek, Združeno kraljestvo))

„Predhodno odločanje – Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Pristojnost v sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo – Uredba (ES) št. 2201/2003 – Člen 8(1) – Pojem ‚običajno prebivališče otroka' – Rojstvo in neprekinjeno prebivanje dojenčka v tretji državi proti volji njegove matere – Dojenček, ki ni fizično navzoč v državi članici – Položaj kot posledica prisile očeta in morebitne kršitve temeljnih pravic matere in dojenčka – Neobstoj pravila, v skladu s katerim otrok ne more običajno prebivati v državi članici, kjer ni bil nikoli fizično navzoč"

I. Uvod

1. High Court of Justice (England & Wales), Family Division (višje sodišče (Anglija in Wales), družinski oddelek, Združeno kraljestvo) s predlogom za sprejetje predhodne odločbe sprašuje Sodišče o razlagi člena 8(1) Uredbe (ES) št. 2201/2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo [2] (v nadaljevanju: Uredba Bruselj II a).

2. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med materjo, bangladeško državljanko, in očetom, britanskim državljanom, otroka, ki je bil v trenutku, ko je sodišče začelo postopek, star približno eno leto. Ta otrok je bil spočet, rojen in neprekinjeno prebiva v Bangladešu. Po navedbah matere jo oče proti njeni volji zadržuje v tej tretji državi, kamor je odšla samo na začasni obisk, potem ko je z očetom približno šest mesecev prebivala v Združenem kraljestvu. Oče naj bi mater prisilil, da je v Bangladešu rodila in tam ostala z otrokom. Mati predložitvenemu sodišču predlaga, naj odredi na eni strani, da se otrok postavi pod skrbništvo tega sodišča, in na drugi strani, da se ona in otrok vrneta v Anglijo in Wales, da bosta lahko sodelovala v sodnem postopku.

3. V skladu s členom 8(1) Uredbe Bruselj II a je predložitveno sodišče pristojno za odločanje o tem predlogu samo, če otrok običajno prebiva v Združenem kraljestvu v trenutku, ko je sodišče začelo postopek. Navedeno sodišče želi izvedeti, ali okoliščina, da otrok ni bil nikoli fizično navzoč v tej državi članici, nujno preprečuje, da tam običajno prebiva. Prav tako Sodišče sprašuje o pomenu, ki ga ima v teh okoliščinah dejstvo, da je bila ta odsotnost z ozemlja Združenega kraljestva posledica prisile, ki jo je oče izvajal nad materjo, ter s tem morebiti kršil temeljne pravice matere in otroka.

1 Jezik izvirnika: francoščina.

2 Uredba Sveta z dne 27. novembra 2003, s katero je bila razveljavljena Uredba (ES) št. 1347/2000 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 243, popravek v UL 2009, L 70, str. 19).

4. Ob koncu analize bom ugotovil, da dejstvo, da otrok ni bil nikoli v državi članici, ne preprečuje nujno tega, da ima tam običajno prebivališče. Prav tako bom natančno opredelil dejavnike, med katerimi je razlog za odsotnost matere in njenega otroka z ozemlja te države članice in ki jih je treba upoštevati pri določanju otrokovega običajnega prebivališča v okoliščinah, kakršne so obravnavane v postopku v glavni stvari.

II. Pravni okvir

5. V uvodni izjavi 12 Uredbe Bruselj II a je navedeno:

„Temelji pristojnosti v zadevah starševske odgovornosti, določeni v tej uredbi, so oblikovani tako, da kar najbolj upoštevajo interese otroka, zlasti kriterij [merilo] povezanosti. To pomeni, da je v prvi vrsti pristojna država članica, v kateri ima otrok običajno prebivališče […].“

6. Člen 8 te uredbe, naslovljen „Splošna pristojnost“, v odstavku 1 določa, da so „[s]odišča 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“.

III. Spor o glavni stvari, vprašanji za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

7. Tožeča stranka v postopku v glavni stvari (UD), bangladeška državljanka, je s toženo stranko v postopku v glavni stvari (XB), britanskim državljanom, leta 2013 v Bangladešu sklenila zakonsko zvezo, ki je bila dogovorjena. Tožeča in tožena stranka v postopku v glavni stvari sta mati in oče deklice, ki je bila spočeta v Bangladešu maja 2016.

8. Junija ali julija 2016 je UD odšla v Združeno kraljestvo, da bi tam živela z XB. United Kingdom Home Office (ministrstvo za notranje zadeve Združenega kraljestva) je materi odobrilo vizum za zakonca, veljaven od 1. julija 2016 do 1. aprila 2019.

9. UD očita XB in njegovi družini, da so izvajali fizično in psihično nasilje v družini. Prav tako trdi, da jo je XB dvakrat posilil. Slednji te obtožbe zanika.

10. UD je 24. decembra 2016 v visoki nosečnosti z XB odpotovala v Bangladeš, kjer se je 2. februarja 2017 otrok rodil. Od takrat sta UD in otrok v Bangladešu. Na začetku januarja 2018 se je XB vrnil v Anglijo in Wales.

11. Stranki iz postopka v glavni stvari navajata dve različici okoliščin svojega potovanja v Bangladeš in dogodkov, ki so nato sledili.

12. UD trdi, da XB proti njeni volji njo in otroka neupravičeno zadržuje v Bangladešu. Prisiljena naj bi bila, da tam rodi in ostane, pri čemer naj bi bile kršene njene in otrokove temeljne pravice iz členov 3 in 5 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane 4. novembra 1950 v Rimu (v nadaljevanju: EKČP). Po navedbah UD jo je XB pustil v vasi njenega očeta in rekel, da se bo vrnil ponjo čez en teden. Vendar naj se ne bi nikoli vrnil ter odvzel naj bi ji potni list in druge dokumente, tako da ne bi mogla zapustiti Bangladeša. UD trdi, da če bi vedela, kakšni so pravi nameni XB, ne bi nikoli odpotovala tja. UD trdi, da v zadevni vasi nima na voljo plina, elektrike niti pitne vode, prav tako pa je brez dohodkov. Vaška skupnost naj bi jo stigmatizirala zato, ker živi ločeno od XB.

13. XB izpodbija vse te trditve. Po navedbah XB sta odšla v Bangladeš na zahtevo UD, saj naj bi bila v Združenem kraljestvu nesrečna. Prav tako naj bi se XB na željo UD v to državo članico vrnil sam.

14. UD je 20. marca 2018 vložila tožbo pri High Court (England & Wales), Family Division (višje sodišče (Anglija in Wales), družinski oddelek). Temu sodišču predlaga, naj odredi, prvič, da se otrok postavi pod skrbništvo tega sodišča in, drugič, da se ona in otrok vrneta v Anglijo in Wales, da bosta lahko sodelovala v sodnem postopku.

15. Med obravnavo, ki je potekala istega dne, je UD trdila, da je predložitveno sodišče pristojno za odločanje o tej tožbi. Primarno trdi, da je bilo ob začetku postopka pred predložitvenim sodiščem otrokovo običajno prebivališče v Angliji in Walesu. Podredno UD trdi, da je v razmerju do otroka to sodišče na podlagi nacionalne zakonodaje pristojno *parens patriae* (pristojnost na podlagi britanske narodnosti ali državljanstva) in bi v tej zadevi moralo izvajati to pristojnost.

16. Na obravnavi, ki je potekala 16. aprila 2018, je XB izpodbijal pristojnost High Court (England & Wales), Family Division (višje sodišče (Anglija in Wales), družinski oddelek). Po mnenju XB je na datum vložitve tožbe v postopku v glavni stvari otrok običajno prebival v Bangladešu. Poleg tega naj to sodišče ne bi bilo pristojno *parens patriae* v razmerju do otroka, saj otrok ni britanski državljan. Tudi če bi navedeno sodišče imelo tako pristojnost, je v obravnavani zadevi nikakor ne bi smelo izvajati.

17. To sodišče v predložitveni odločbi poudarja, da ni ugotavljalo dejanskega stanja, saj meni, da se mora najprej izreči o svoji pristojnosti. Predložitveno sodišče meni, da je treba ugotoviti, ali je otrok običajno prebival v Združenem kraljestvu, ko je bil začet postopek pred njim, v smislu člena 8(1) Uredbe Bruselj II a, preden morda preuči druge podlage za svojo pristojnost.

18. V zvezi s tem je menilo, da je vložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe nujna, da se razjasni, ali je mogoče ugotoviti, da otrok običajno prebiva v državi članici, kjer ga fizično nikoli ni bilo. Predložitveno sodišče želi zlasti izvedeti, ali bi lahko bilo tako, če mati trdi, da je otrok rojen in prebiva v tretji državi, pri čemer njegova starša, ki sta nosilca starševske odgovornosti, nimata skupnega namena tam prebivati, oče pa mater in otroka tam s prisilo neupravičeno zadržuje. To sodišče poudarja, da če bi se tako ravnanje XB dokazalo, bi verjetno pomenilo kršitev temeljnih pravic matere in otroka v smislu členov 3 in 5 EKČP.

19. V teh okoliščinah je High Court of Justice (England & Wales), Family Division (višje sodišče (Anglija in Wales), družinski oddelek) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je fizična navzočnost otroka v državi bistveni sestavni del običajnega prebivališča v smislu člena 8 [Uredbe Bruselj II a]?

2. Če sta oba starša nosilca starševske odgovornosti, ali na odgovor na prvo vprašanje vpliva dejstvo, da je oče mater prelisičil, da je odšla v drugo državo, nato pa jo je tam neupravičeno zadrževal s prisilo ali z drugačnim nezakonitim ravnanjem, zaradi česar je morala mati roditi v tej državi, v okoliščinah, v katerih so lahko bile kršene človekove pravice matere in/ali otroka v smislu členov 3 in 5 [EKČP] ali na drug način?“

20. Predložitveno sodišče je zaprosilo, naj se predlog za sprejetje predhodne odločbe obravnava po nujnem postopku v skladu s členom 107 Poslovnika Sodišča. Prvi senat Sodišča je 5. julija 2018 na predlog sodnika poročevalca in po opredelitvi generalnega pravobranilca odločil, da temu predlogu ugodi.

21. Pisna stališča so predložili UD, XB, vlada Združenega kraljestva in Evropska komisija. Ti in češka vlada so bili zastopani na obravnavi 7. septembra 2018.

IV. Analiza

A. Dopustnost

22. Vlada Združenega kraljestva se sklicuje na nedopustnost vprašanj za predhodno odločanje, ker naj bi člen 8(1) Uredbe Bruselj II a urejal samo spore o pristojnosti med sodišči držav članic. Na podlagi člena 61(c) ES, zdaj člen 67 PDEU, ki je ena od pravnih podlag te uredbe, naj bi bila ozemeljska veljavnost navedene uredbe omejena na primere, v katerih gre za navezne okoliščine, ki se nanašajo na dve ali več držav članic. Člen 8(1) iste uredbe naj se torej ne bi uporabil v okoliščinah spora, v katerem gre za navezne okoliščine, ki se nanašajo na eno državo članico in tretjo državo.

23. S tega vidika iz besedila te določbe izhaja, da so sodišča države članice pristojna, če „otrok[…] običajno prebiva v tisti državi članici v trenutku, ko je sodišče začelo postopek“, ne da bi bila ta pristojnost omejena na spore, v katerih gre za navezne okoliščine, ki se nanašajo na drugo državo članico.

24. Člen 61(a) Uredbe Bruselj II a potrjuje to razumevanje. V skladu s to določbo se glede konvencije z dne 19. oktobra 1996 o pristojnosti, pravu, ki se uporabi, priznavanju, izvršitvi in sodelovanju na področju starševske odgovornosti in ukrepov za zaščito otrok, podpisane v Haagu 19. oktobra 1996 (v nadaljevanju: Haaška konvencija iz leta 1996)[3] ta uredba uporablja, kadar ima otrok običajno prebivališče v državi članici. Uredba Bruselj II a ima torej prednost pred to konvencijo vedno, kadar je izpolnjeno to merilo, pri čemer ni pomembno, ali se spor nanaša na morebitni spor o pristojnosti med državami članicami ali med državo članico in tretjo državo, ki je podpisnica navedene konvencije.

25. Poleg tega se člen 12(4) te uredbe, ki v nekaterih okoliščinah določa dogovor o pristojnosti sodišč države članice, ki so odločala o zahtevku za razvezo staršev, čeprav otrok tam nima običajnega prebivališča, nanaša na položaj otroka, ki običajno prebiva v tretji državi, ki ni podpisnica Haaške konvencije iz leta 1996. Ta določba se torej uporabi zlasti za spore, v katerih gre za navezne okoliščine, ki se nanašajo na državo članico in tako tretjo državo.[4]

26. Teleološka razlaga člena 8(1) navedene uredbe me prav tako pripelje do ugotovitve, da se mednarodna pristojnost sodišč države članice ugotovi, če ima otrok tam običajno prebivališče, čeprav ni naveznih okoliščin, ki se nanašajo na drugo državo članico.

27. V zvezi s tem je Sodišče v sodbi Owusu[5] pojasnilo, da je namen Konvencije z dne 27. septembra 1968 o sodni pristojnosti in izvrševanju odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (v nadaljevanju: Bruseljska konvencija),[6] ki je bila predhodnica Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (v nadaljevanju: Uredba Bruselj I),[7] olajšati delovanje notranjega trga s sprejetjem pravil o pristojnosti za spore, ki se nanj nanašajo, in zmanjšati težave, povezane s priznavanjem in izvrševanjem sodnih odločb. Sodišče je menilo, da poenotenje pravil o pristojnosti v sporih z navezno okoliščino, ki se nanaša na tretjo

3 Haaška konvencija iz leta 1996 je nadomestila Konvencijo o pristojnosti in pravu, ki se uporablja, v zvezi z zaščito mladoletnih oseb, podpisano v Haagu 5. oktobra 1961 (v nadaljevanju: Haaška konvencija iz leta 1961). Evropska unija sicer ni podpisnica Haaške konvencije iz leta 1996, so jo pa podpisale vse države članice.

4 Nasprotno se nekatere določbe Uredbe Bruselj II a v zvezi s pristojnostjo, kakor izhaja iz njihovega besedila, nujno nanašajo na morebitni spor med sodišči dveh ali več držav članic o pristojnosti (glej člene 9, 10, 15, 19 in 20). Poleg tega se določbe te uredbe v zvezi s priznavanjem in izvrševanjem uporabljajo samo za sodbe, ki so jih izdala sodišča držav članic (glej sklep z dne 12. maja 2016, Sahyouni, C-281/15, EU:C:2016:343, točke od 19 do 22, in sodbo z dne 20. decembra 2017, Sahyouni, C-372/16, EU:C:2017:988, točka 27). Prav tako je res, da je pogoj za uporabo člena 11 navedene uredbe, ki se nanaša na vrnitev otroka, da je do premestitve ali zadržanja otroka prišlo med dvema državama članicama. Skratka, vprašati se je treba o možnosti uporabe vsake od določb, ne pa o ozemeljski veljavnosti Uredbe Bruselj II a v celoti.

5 Sodba z dne 1. marca 2005 (C-281/02, EU:C:2005:120, točka 33).

6 UL 1972, L 299, str. 32.

7 Uredba Sveta z dne 22. decembra 2000 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 4, str. 42).

državo, prispeva k uresničevanju tega cilja, saj dopušča odpravo ovir, ki bi lahko izhajale iz neenotnosti nacionalnih zakonodaj na tem področju. Iz tega je izpeljalo, da uporaba pravila iz člena 2 Bruseljske konvencije, ki splošno pristojnost podeli sodiščem države članice, kjer ima toženec stalno prebivališče, ni pogojena z obstojem pravnega razmerja, v katero je vpletenih več držav, ki so pogodbenice te konvencije.[8]

28. Menim, da razlogovanje v tej sodbi velja tudi v okviru člena 8(1) Uredbe Bruselj II a. V skladu s členom 67(4) PDEU Unija namreč daje prednost vzajemnemu priznavanju sodnih odločb, ki so jih izdala sodišča držav članic, v vseh civilnih zadevah.[9] Namen harmonizacije pravil o mednarodni pristojnosti je, da se z okrepitvijo pravne varnosti olajša vzpostavitev vzajemnega zaupanja, ki omogoča izvajanje sistema samodejnega priznavanja sodnih odločb.[10] S tega vidika približevanje pravil o pristojnosti za odločanje o sporih, ki imajo navezno okoliščino, ki se nanaša na tretjo državo, omogoči odpravo ovir za priznavanje in izvrševanje sodnih odločb, izdanih v državah članicah, v vseh civilnih zadevah, vključno z družinskimi zadevami.

29. Ta ugotovitev sicer odraža način, kako nacionalna sodišča[11] in strokovnjaki[12] razumejo področje uporabe člena 8(1) Uredbe Bruselj II a.

30. Zato je treba ugovor nedopustnosti vprašanj za predhodno odločanje, ki ga je uveljavljala vlada Združenega kraljestva, zavrniti.

31. Zaradi celovitosti naj dodam, da se ne bi bilo mogoče spraševati o dopustnosti teh vprašanj niti, če bi se vprašanja nanašala na scenarij, ki bi odražal samo dejstva, ki jih zatrjuje mati, ne pa dejstev, ki jih je ugotovilo predložitveno sodišče.[13]

B. Vsebinska presoja

1. Uvodne ugotovitve

32. Osrednji element Uredbe Bruselj II a in mednarodnih konvencij, ki so ji bile za zgled, in sicer pojem „običajno prebivališče otroka“, ima v okviru teh instrumentov dvojno funkcijo.

8 Sodba z dne 1. marca 2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, točki 34 in 35). Glej tudi mnenje 1/03 (Nova Luganska konvencija) z dne 7. februarja 2006 (EU:C:2006:81, točke od 146 do 148).

9 Člen 81(2) PDEU tako predvideva sprejetje usklajevalnih ukrepov na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah, „*zlasti* kadar so ti potrebni za pravilno delovanje notranjega trga“ (moj poudarek).

10 Glej točko 13 pojasnjevalnega poročila A. Borrása (UL 1998, C 221, str. 27), pripravljenega v okviru postopka sprejemanja konvencije na podlagi člena K.3 [PEU] o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih, sklenjene v Bruslju 28. maja 1998 (UL 1998, C 221, str. 1, tako imenovana Konvencija Bruselj II).

11 Glej zlasti Cour de Cassation (vrhovno kasacijsko sodišče, Francija), prvi senat za civilne zadeve, 13. maj 2015, št. 15-10.872; Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva), Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, točka 29, in High Court of Ireland (vrhovno sodišče, Irska) O'K proti A, 1. julij 2008, [2008] IEHC 243, točka 5.8.

12 Glej, med drugim, Gallant, E., „Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale“, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013, točka 24 in naslednje, ter Magnus, U., in Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, str. 21.

13 Sodišče je že razsodilo, da mu nacionalno sodišče lahko predloži prošnjo za razlago, „tudi če se opira na trditve stranke v postopku v glavni stvari, katerih utemeljenosti navedeno sodišče še ni preverilo, če meni, da je glede na posebnosti zadeve predhodna odločba nujna, da bo lahko izdalo sodbo, in če so vprašanja za predhodno odločanje […] upoštevna“ (sodba z dne 9. decembra 2003, Gasser, C-116/02, EU:C:2003:657, točka 27). V obravnavani zadevi predložitveno sodišče meni, da je odgovor Sodišča na njegova vprašanja potreben, da bo lahko odločilo o svoji pristojnosti, ker se dokazni standard v zvezi z upoštevnimi dejstvi, ki mora biti dosežen v ta namen, razlikuje od standarda, ki velja za dokazovanje dejstev v okviru odločanja po vsebini. V zvezi s tem je Sodišče v sodbi z dne 28. januarja 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, točke od 59 do 63), poudarilo, da obseg obveznosti nadzora, ki so naložene nacionalnim sodiščem pri preizkusu njihove pristojnosti v skladu z Uredbo Bruselj I, izhaja iz nacionalnega postopkovnega prava, pri čemer pa je treba zaščititi polni učinek te uredbe. Po mnenju Sodišča mora biti nacionalnemu sodišču omogočeno, da se brez težav izreče o lastni pristojnosti, ne da bi moralo vsebinsko odločati o zadevi, tako da bi izvedlo obsežen dokazni postopek glede upoštevnih dejstev, ki se nanašajo tako na pristojnost kot na vsebino. Menim, da ta logika velja tudi za pravila o pristojnosti iz Uredbe Bruselj II a.

33. Prvič, merilo običajnega prebivališča otroka ob vložitvi tožbe je na podlagi člena 8(1) te uredbe podlaga za splošno pristojnost sodišč države članice, da odločajo o vprašanjih v zvezi s starševsko odgovornostjo.[14] Ta določba je po vsebini enaka členu 5(1) Haaške konvencije iz leta 1996.

34. Drugič, pojem „običajno prebivališče“ otroka je v osrčju mehanizma vrnitve, predvidenega s Konvencijo o civilnopravnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok, sklenjeno v Haagu 25. oktobra 1980 (v nadaljevanju: Haaška konvencija iz leta 1980, skupaj s Haaško konvencijo iz leta 1996: haaški konvenciji).[15] Ta mehanizem, kakor je dopolnjen z določbami Uredbe Bruselj II a in zlasti z njenim členom 11, se še naprej uporablja med državami članicami na področjih, urejenih s to uredbo.[16] Premestitev ali zadržanje otroka je v bistvu neupravičeno, če se je s tem kršila pravica do varstva in vzgoje, prisojena v skladu z zakonom države, v kateri je otrok običajno prebival neposredno pred tem dogodkom.[17] Če je premestitev ali zadržanje neupravičeno, je treba vrnitev otroka v to državo članico načeloma odrediti takoj.[18]

35. V skladu s sodno prakso Sodišča ima pojem „običajno prebivališče otroka“ enak pomen v obeh okvirih.[19] Ta pristop je mogoče pojasniti zlasti z dejstvom, da je namen člena 8(1) Uredbe Bruselj II a in mehanizma vrnitve, da o sporih glede starševske odgovornosti odločajo sodišča države članice, v kateri otrok običajno prebiva, saj se zanje šteje, da so najprimernejša za varovanje otrokovih koristi.[20]

36. Natančneje, iz uvodne izjave 12 te uredbe izhaja, da pravilo o splošni pristojnosti, določeno v členu 8(1) navedene uredbe, odraža merilo povezanosti, s katerim je zakonodajalec poskušal izraziti cilj varstva otrokove koristi. Zakonodajalec je ocenil, da lahko sodišča države članice, v kateri je otrokovo običajno prebivališče, zaradi svoje povezanosti z njegovim družbenim in družinskim okoljem najbolje presojajo njegov položaj v okviru meritornega odločanja,[21] če je to potrebno, po vrnitvi otroka v to državo članico na podlagi določb Haaške konvencije iz leta 1980, kakor so dopolnjene z Uredbo Bruselj II a. To pravilo o pristojnosti in mehanizem vrnitve izhajata torej iz določenega pojmovanja otrokove koristi v splošnem smislu.[22] Ta korist dobi konkretnejšo obliko pozneje, na stopnji meritornega odločanja o vprašanjih v zvezi s starševsko odgovornostjo.[23]

37. Niti haaški konvenciji niti Uredba Bruselj II a ne opredeljujejo pojma „običajno prebivališče otroka“. V teh okoliščinah je bilo Sodišče tako kot sodišča držav podpisnic teh konvencij primorano, da zasnuje test, s katerim se bo določilo otrokovo običajno prebivališče v vsakem posameznem primeru. Taka naloga pa pomeni, da se poskušajo uravnotežiti številne zahteve.

14 Ni sporno, da so predmet tožbe v glavni stvari vprašanja v zvezi s starševsko odgovornostjo, kakor je opredeljena v členu 2, točka 7, Uredbe Bruselj II a.

15 Haaško konvencijo iz leta 1980 so podpisale vse države članice. Vendar Unija k njej ni pristopila. Poleg tega Republika Bangladeš ni podpisnica niti te konvencije niti Haaške konvencije iz leta 1996.

16 Glej člen 62(2) in uvodno izjavo 17 Uredbe Bruselj II a. Na podlagi člena 60(e) te uredbe imajo določbe navedene uredbe prednost pred določbami Haaške konvencije iz leta 1980. Glej sodbo z dne 5. oktobra 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, točka 36).

17 Glej člen 3 Haaške konvencije iz leta 1980 in člen 2, točka 11, Uredbe Bruselj II a.

18 Glej člen 12 Haaške konvencije iz leta 1980 in člen 11 Uredbe Bruselj II a.

19 Sodbi z dne 9. oktobra 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, točka 54), in z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 41).

20 Glej pojasnjevalno poročilo E. Pérez-Vere, Actes et documents de la XIV^{ème} session (1980), zvezek III (v nadaljevanju: poročilo Pérez-Vera), točke 16, 19 in 66. Zlasti točka 16 tega dokumenta razkriva, da je bil, ker s konvencijo ni bilo mogoče določiti meril za pristojnost na področju pravice do varstva in vzgoje, izbran mehanizem vrnitve, ki bo, „čeprav je posreden, v večini primerov omogočil, da bodo končno odločitev sprejeli organi v kraju, kjer je otrok običajno prebival pred premestitvijo“.

21 Glej v tem smislu sodbo z dne 9. novembra 2010, Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, točka 84).

22 Glej točki 24 in 25 poročila Pérez-Vera ter sodbo z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 59 in navedena sodna praksa).

23 Glej v tem smislu sodbo z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 66).

38. Na eni strani mora biti ta test dovolj prožen, da lahko sodišča svoje odločitve prilagodijo posebnim okoliščinam posameznega primera, da bi kar najbolje izražale merilo povezanosti. Iz pripravljalnega gradiva za haaški konvenciji v zvezi s tem izhaja, da njuni avtorji namenoma niso opredelili pojma „običajno prebivališče otroka“. Menili so, da je pojem povezan z ugotovljenim dejanskim stanjem in se ga ne sme omejiti s togimi pravnimi pravili, kakršna so pravila o določitvi stalnega prebivališča.[24]

39. Na drugi strani mora uporabljeni test zagotavljati določeno stopnjo predvidljivosti in pravne varnosti tako, da z zadostnimi znamenji usmerja diskrecijsko pravico sodišč. Ta zadnja zahteva ustreza tudi cilju enotne uporabe Uredbe Bruselj II a in haaških konvencij: natančnejše in jasnejše so orientacijske točke, predvidljivejši in torej enotnejši so rezultati na različnih zadevnih sodiščih.

40. Menim, da bi bilo koristno, če bi se tu poudarila pomembnost koherentne in enotne uporabe merila otrokovega običajnega prebivališča v Uniji in v vseh državah podpisnicah haaških konvencij. Izziv je preprečiti spore o pristojnosti med sodišči držav članic in sodišči drugih držav podpisnic Haaške konvencije iz leta 1996 ter omogočiti usklajeno uporabo mehanizma vrnitve, uvedenega s Haaško konvencijo iz leta 1980.[25] S tega vidika se mi zdi primerno, da v analizi upoštevam nekatere odločbe, ki so jih izdala sodišča tretjih držav, ki so podpisnice teh konvencij.[26]

2. Nujna fizična navzočnost otroka v državi članici, zato da se tam določi njegovo običajno prebivališče (prvo vprašanje)

a) Uvodne ugotovitve

41. Predložitveno sodišče želi s prvim vprašanjem v bistvu izvedeti, ali je nujno, da je bil otrok fizično navzoč v državi članici, čeprav samo v preteklosti in le omejen čas, da bi se štelo, da tam običajno prebiva v smislu člena 8(1) Uredbe Bruselj II a.

42. Kakor izhaja iz predložitvene odločbe, je ozadje tega vprašanja pravna razprava pred Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva) v okviru spora, katerega dejansko stanje ima določene skupne točke z obravnavano zadevo. V sodbi A proti A (Children: Habitual Residence)[27] je bilo to sodišče pozvano, naj odloči o običajnem prebivališču otroka, ki je bil rojen v Pakistanu in ni nikoli stopil na ozemlje Združenega kraljestva. Njegova mati je, potem ko je več let živela v Združenem kraljestvu, kjer je rodila že tri otroke, pred spočetjem četrtega otroka odpotovala v Pakistan z namenom, da gre na začasni obisk. Tam jo je skupaj s prvimi tremi otroki zadržal oče, ki jim je med drugim odvzel potne liste, in je bila prisiljena tam roditi četrtega otroka.

24 Od sprejetja Haaške konvencije iz leta 1961 se je merilu otrokovega običajnega prebivališča dajala prednost pred merilom državljanstva, ki je bilo običajna podlaga za pristojnost na področju statusa oseb, vendar se je štelo za zastarelo, in pred merilom stalnega prebivališča, ki je bilo pravni pojem, ki so ga različne nacionalne zakonodaje različno opredeljevale. Običajno prebivališče se je štelo za „pojem, ki se določa glede na dejstva“ in ki ustreza „dejanskemu središču življenjskih interesov otroka“ (pojasnjevalno poročilo W. de Steigerja, Actes et documents de la IX^{ème} session (1960), zvezek IV, str. 9, 13 in 14). V pripravljalnem gradivu za Haaško konvencijo iz leta 1980 je bilo poudarjeno, da je običajno prebivališče v nasprotju s pojmom „stalnega prebivališča“ „pojem, ki se določi glede na dejstva“ (poročilo Pérez-Vera, točka 66). V pripravljalnem gradivu za Haaško konvencijo iz leta 1996 je bil predlog, da se vstavi opredelitev tega pojma, zavrnjen z obrazložitvijo, da bi taka opredelitev lahko posegla v razlago številnih drugih konvencij, v katerih je uporabljen enak pojem (pojasnjevalno poročilo P. Lagarda, Actes et documents de la XVIII^{ème} session (1996), zvezek II, točka 40). Ta poročila so na voljo tudi na spletni strani https://www.hcch.net/fr/instruments.

25 Glej v zvezi s tem sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi A (C-523/07, EU:C:2009:39, točki 26 in 30).

26 S tem sledim zgledu predvsem britanskih in kanadskih sodišč, katerih sodna praksa se v številnih primerih sklicuje na odločbe sodišč drugih držav, ki so podpisnice Haaške konvencije iz leta 1980, in tega sodišča. Glej zlasti Cour suprême du Canada (vrhovno sodišče Kanade), Balev, 2018 SCC 16, točke od 40 do 57, in Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva), A proti A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, točka 46 in naslednje.

27 [2013] UKSC 60.

43. Večina na čelu s sodnico Lady Hale se je s sklicevanjem na sodno prakso Sodišča, v skladu s katero je otrokovo običajno prebivališče pojem, ki se določi glede na dejstva,[28] nagibala k temu, da bi fizično navzočnost otroka v Združenem kraljestvu štela za pogoj, da bi se lahko tam določilo njegovo običajno prebivališče. Vendar je priznala, da tega vprašanja ni mogoče razrešiti, ne da bi se o njem Sodišče odločilo v postopku predhodnega odločanja, zato so sodniki, ki so bili v večini, pustili vprašanje odprto in pristojnost britanskih sodišč oprli na drugo podlago za pristojnost, in sicer pristojnost *parens patriae*.[29] Sodnik Lord Hughes je v ločenem odklonilnem mnenju prav tako na podlagi pristopa, ki temelji na dejstvih in ki ga je sprejelo Sodišče, navedel, da je otrok običajno prebival v Združenem kraljestvu, ker so se člani njegove družine, katere del je bil, tam dovolj ustalili, da so tam običajno prebivali, in da je bil otrok odsoten samo zaradi prisile očeta.[30]

44. S problematiko, izpostavljeno v prvem vprašanju za predhodno odločanje, so se ukvarjala tudi francoska sodišča. Cour de cassation (kasacijsko sodišče, Francija) je moralo odločati o položaju, v katerem je mati, ki je prebivala v Združenih državah Amerike z očetom in njunim prvim otrokom, noseča prišla v Francijo s tem otrokom z namenom, da začasno obišče družino. Mati je nato ostala na francoskem ozemlju, tam rodila drugega otroka in se enostransko odločila, da se z otrokoma ne bo vrnila v Združene države Amerike. V teh okoliščinah je Cour de cassation (kasacijsko sodišče) odločilo, da oba otroka običajno prebivata v Združenih državah Amerike, čeprav novorojenček še nikoli ni bil tam.[31]

45. Čeprav je Sodišče večkrat poudarilo, da fizična navzočnost *ne zadostuje* za utemeljitev običajnega prebivališča otroka, pa menim, da še ni odločalo o vprašanju, ali je fizična navzočnost v določeni državi *nujni* pogoj za to.[32] Najprej se bom vrnil k tej sodni praksi in k pravnemu testu, ki iz nje izhaja (razdelek (b)). Nato bom predstavil razloge, zaradi katerih glede na načela, ki izhajajo iz obstoječe sodne prakse ter iz ciljev in okvira Uredbe Bruselj II a, menim, da fizična navzočnost otroka v dani državi ni pogoj za določitev, da otrok v tej državi običajno prebiva (razdelek (c)).

b) Test, vzpostavljen s sodno prakso Sodišča

46. Sodišče je v vrsti svojih sodb izdelalo in izpopolnilo test, na podlagi katerega je mogoče ugotoviti otrokovo običajno prebivališče na podlagi pristopa, ki v bistvu temelji na dejstvih in je kazuističen. Tako je poskušalo konkretizirati merilo povezanosti, ki ga je določil zakonodajalec v imenu koristi otroka.

47. V skladu z ustaljeno sodno prakso otrokovo običajno prebivališče ustreza kraju, ki izraža „neko integracijo otroka v družbeno in družinsko okolje“[33] ali glede na formulacijo, uporabljeno v nedavni sodbi HR, „kraj[…], ki dejansko zanj pomeni središče njegovih življenjskih interesov“[34]. Nacionalna sodišča morajo pri uporabi tega pravnega testa presojati dejstva z namenom določitve tega kraja glede na vse posebne okoliščine vsakega posameznega primera. V zvezi s tem je treba „[p]oleg fizične

28 Glej točko 47 in naslednje teh sklepnih predlogov.

29 [2013] UKSC 60, točke od 55 do 58.

30 Glej zlasti [2013] UKSC 60, točke od 82 do 93. Poleg tega je predložitveno sodišče v posebnih okoliščinah, primerljivih z okoliščinami zadeve A proti A (Children: Habitual Residence), menilo, da otrok običajno prebiva v Združenem kraljestvu, čeprav nikoli ni „stopil“ na njegovo ozemlje. Glej High Court of Justice (England & Wales), Family Division (višje sodišče (Anglija in Wales), družinski oddelek), B proti H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 Cour de cassation (kasacijsko sodišče), prvi senat za civilne zadeve, 26. oktober 2011, št. 10-19.905 (Bulletin 2011, I, št. 178).

32 Glej točke 47 in od 54 do 63 teh sklepnih predlogov.

33 Glej zlasti sodbe z dne 2. aprila 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, točka 38), z dne 22. decembra 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, točka 47), in z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 42).

34 Sodba z dne 28. junija 2018 (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 42). Glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi A (C-523/07, EU:C:2009:39, točka 38). Ta test ustreza testu „dejansko središče otrokovih življenjskih interesov“, ki je bil določen v pripravljalnem gradivu za Haaško konvencijo iz leta 1961 (glej opombo 24 teh sklepnih predlogov).

navzočnosti otroka v državi članici […] upoštevati tudi druge dejavnike, na podlagi katerih se lahko izkaže, da ta nikakor ni začasna ali priložnostna in da prebivališče otroka pomeni neko integracijo v družbeno in družinsko okolje“ [35] – oziroma, če povzamemo besede v sodbi Mercredi, „nek[o] stalnost ali rednost“. [36]

48. Med temi dejavniki so med drugim dolžina, rednost, razmere bivanja in razlogi za bivanje v zadevni državi članici oziroma državah članicah, državljanstvo otroka, [37] kraj in razmere šolanja, znanje jezikov ter družinske in družbene vezi otroka v tej državi oziroma teh državah. [38] Namen staršev v zvezi s krajem prebivanja otroka, če se kaže v zunanjih okoliščinah (kot je nakup ali najem stanovanja), je dodatni indic. [39] Relativna teža teh dejavnikov je odvisna od okoliščin, ki so značilne za vsak konkretni primer. [40]

49. Sodišče, ki je moralo uporabiti ta test, da bi ugotovilo običajno prebivališče dojenčka, [41] je v sodbi Mercredi [42] prvič priznalo, da se pri presoji vključenosti otroka v družbeno in družinsko okolje ne sme prezreti okoliščin prebivanja oseb, od katerih je otrok odvisen. Sodišče je poudarilo, da je okolje, v katerem se razvija mlajši otrok, predvsem družinsko okolje, na katerega odločilno vpliva referenčna oseba oziroma referenčne osebe, s katerimi otrok živi in ki ga dejansko varujejo in vzgajajo ter zanj skrbijo [43] – praviloma njegovi starši. [44] Zato se, če tak dojenček vsakodnevno prebiva s starši, njegovo običajno prebivališče določi glede na kraj, kjer ti stalno prebivajo ter so vključeni v družbeno in družinsko okolje. [45]

50. Ta kraj je treba določiti glede na neizčrpen seznam indicev, ki so enaki tistim, ki potrjujejo vključenost otroka v tako okolje. Ti dejavniki so dolžina, rednost, razmere bivanja in razlogi za bivanje staršev v zadevni državi članici oziroma državah članicah, njihovo znanje jezikov, njihov geografski in družinski izvor ter družinske in družbene vezi, ki jih tam vzdržujejo. [46] Namen staršev, da se

35 Sodbi z dne 2. aprila 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, točka 38), in z dne 9. oktobra 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, točka 51). Glej tudi sodbe z dne 22. decembra 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, točka 49); z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 43), in z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 41).

36 Sodba z dne 22. decembra 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, točka 44).

37 Navedba tega merila trči ob očitek, da državljanstvo otroka pomeni avtonomno navezno okoliščino pravne narave, ki so jo avtorji haaških konvencij (po katerih se zgleduje Uredba Bruselj II a) ravno nameravali izključiti v korist merila otrokovega običajnega prebivališča, ki se določi glede na dejstva (glej opombo 24 teh sklepnih predlogov). Glej Lamont, R., komentar k sodbi z dne 2. aprila 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), Common Market Law Review 47, 2010, str. 241. S tega vidika se državljanstvo otroka upošteva samo, če gre za indic, ki izraža družbeno resničnost otrokovega okolja. Glej v tem smislu sodbo z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točke od 57 do 60).

38 Glej v tem smislu sodbi z dne 2. aprila 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, točka 39), in z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 43).

39 Glej sodbe z dne 2. aprila 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, točka 40); z dne 22. decembra 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, točka 50); z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 46), in z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 46).

40 Glej v tem smislu sodbi z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 48), in z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 49).

41 Glede na slovar Larousse pojem „nourrisson“ (dojenček) označuje otroka, ki ni več novorojenček in je mlajši od dveh let, medtem ko „nouveau-né“ (novorojenček) zajema otroke, mlajše od 28 dni. Zaradi poenostavitve bom uporabljal izraz „dojenček“ za obe kategoriji zelo majhnih otrok. Deklica, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, je bila dojenček, ko je bila vložena tožba pri predložitvenem sodišču.

42 Sodba z dne 22. decembra 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

43 Sodba z dne 22. decembra 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, točke od 52 do 54). Glej tudi sodbo z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 45).

44 Sodba z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 44).

45 Sodba z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 45).

46 Sodbi z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 45) in z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 45). Glej tudi sodbo z dne 22. decembra 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, točki 55 in 56).

z otrokom nastanijo v določenem kraju, se upošteva, če izraža dejansko vključenost staršev (in torej otroka) v družbeno in družinsko okolje.[47] S tega vidika je namen staršev dejavnik, ki je zagotovo pomemben, vendar ni nujno odločilen.[48] Teža, pripisana tem vidikom v zvezi z vključenostjo staršev, je odvisna od stopnje odvisnosti otroka od staršev, ki se spreminja glede na njegovo starost.

51. Logika tega pristopa je najbolj očitna, ko je sporno običajno prebivališče novorojenčka. Če bi bili pomembni samo objektivni dejavniki, ki se nanašajo na vključenost, ki je nastala med prebivanjem otroka v določenem kraju, vsak novorojenček, ki *per definitionem* ni imel časa, da bi se kamor koli vključil, ne bi imel običajnega prebivališča. Posledično noben novorojenček ne bi bil zaščiten z mehanizmom vrnitve, ki je določen s Haaško konvencijo iz leta 1980 in dopolnjen z Uredbo Bruselj II a.

52. Iz te razlage izhaja, da je Sodišče uporabilo tako imenovani „hibridni“ pristop, v skladu s katerim se otrokovo običajno prebivališče določi na eni strani na podlagi objektivnih dejavnikov, ki so značilni za prebivanje otroka v določenem kraju, in na drugi strani okoliščin prebivanja njegovih staršev ter njihovih namenov v zvezi s krajem prebivanja otroka. Čeprav je v središču pojma „običajno prebivališče“ otrok, saj ta pojem označuje kraj, kjer ima otrok dejansko središče življenjskih interesov, pa je ta kraj odvisen od tistega kraja, kjer je dejansko središče življenjskih interesov njegovih staršev oziroma kjer nameravajo otroka vzgajati, pri čemer se to spreminja glede na otrokovo starost.

53. Kot poudarja Cour suprême du Canada (vrhovno sodišče Kanade),[49] ki se opira na številne sodbe, izdane v državah članicah podpisnicah Haaške konvencije iz leta 1980, je hibridni pristop, ki mu je treba dati prednost pred pristopom, ki se osredotoča samo na „aklimatizacijo“ otroka,[50] in pristopom, ki največjo težo pripiše namenu staršev,[51] v skladu s trendom, ki mu sledi sodna praksa v zvezi s to konvencijo na mednarodni ravni.

c) Spoznanja, ki jih je mogoče izpeljati iz sodne prakse Sodišča v zvezi s tem, ali je fizična navzočnost nujna ali ne

1) Teza, da je Sodišče že obravnavalo to vprašanje

54. Nobena od zainteresiranih strank ne izpodbija, da v praksi celovita presoja okoliščin vsakega posameznega primera na splošno pripelje do ugotovitve, da je dejansko središče življenjskih interesov otroka – in torej njegovo običajno prebivališče – v kraju, kjer je že bil fizično navzoč. Vendar UD, vlada Združenega kraljestva in češka vlada drugače kot XB in Komisija menijo, da lahko v določenih izjemnih okoliščinah ta celovita presoja pripelje do utemeljitve, da otrok običajno prebiva v državi, v kateri nikoli ni bil.

47 Glej v tem smislu Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva), Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, točka 23: „it is clear that parental intent does play a part in establishing or changing the habitual residence of a child: not parental intent in relation to habitual residence as a legal concept, but parental intent in relation to the reasons for a child's leaving one country and going to stay in another“.

48 Glej sodbo z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točki 47 in 50), ter z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 64).

49 Glej Cour suprême du Canada (vrhovno sodišče Kanade), 20. april 2018, Balev, 2018 SCC 16, točke od 50 do 57.

50 Glej United States Court of Appeals, 6th Circuit (pritožbeno sodišče za 6. okrožje, Združene države Amerike), Friedrich proti Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) in Robert proti Tessonu, 507 F.3d 981 (2007), ter Cour d'appel de Montréal (pritožbeno sodišče v Montrealu, Kanada), 8. september 2000, št. 500-09-010031-003.

51 Glej med drugim United States Court of Appeals, 9th Circuit (pritožbeno sodišče za 9. okrožje, Združene države Amerike), Mozes proti Mozesu, 239 F.3d 1067 (2001), in United States Court of Appeals, 11th Circuit (pritožbeno sodišče za 11. okrožje, Združene države Amerike), Ruiz proti Tenoriu, 392 F.3d 1247 (2004).

55. V zvezi s tem so v zgoraj opisani sodni praksi Sodišča razkriti, kot sta trdila XB in Komisija, določeni odlomki, ki so na prvi pogled v prid ugotovitvi, da je vzpostavitev otrokovega običajnega prebivališča v državi članici pogojena s tem, da je bil otrok tam fizično navzoč. Vendar branje teh odlomkov, če se jih umesti v njihovo sobesedilo, narekuje previdnost pri izpeljavi takega sklepa.

56. Najprej bi lahko ponavljajoča se uporaba izrazov „poleg fizične navzočnosti […]“ [52] pred navedbo drugih upoštevnih dejavnikov dala vtis, da je ta element nujen sestavni del za določitev otrokovega običajnega prebivališča. Vendar Sodišče glede na dejansko stanje v zadevah, ki so mu bile predložene, ni nikoli konkretno preučilo vprašanja, ali je fizična navzočnost nujna ali ne. Kot sta trdili UD in vlada Združenega kraljestva, je edino spoznanje, ki ga je mogoče izpeljati iz uporabe teh izrazov, da fizična navzočnost *ne zadostuje* za določitev otrokovega običajnega prebivališča. Iz tega naj se ne bi moglo izpeljati, da je ta element *nujen* v ta namen.

57. Dalje ni mogoče tako sklepati niti iz odlomka sodbe W in V, [53] v skladu s katerim „se pri določitvi običajnega prebivališča otroka v neki državi članici zahteva vsaj to, da je bil otrok fizično navzoč v tej državi članici“. Ta odlomek je treba namreč razumeti glede na dejanski okvir zadeve, v kateri je bila izdana ta sodba. Eden od staršev je trdil, da otrok običajno prebiva v Litvi, čeprav je bilo državljanstvo otroka edina okoliščina, ki se je navezovala na to državo članico. Sodišče je zato poudarilo, da samo državljanstvo države članice ne more nadomestiti tega, da ni nobenih konkretnih naveznih okoliščin s to državo članico, saj otrok ni niti „stopil“ na njeno ozemlje. [54] Sodišče ni obravnavalo vprašanja, ali lahko v primeru, če take okoliščine obstajajo, te v nekaterih primerih nadomestijo neobstoj fizične navzočnosti v zadevni državi članici.

58. Nazadnje niti sodba OL [55] ne podpira trditve, ki sta jo navedla XB in Komisija. Zadeva, v kateri je bila izdana, se je nanašala na otroka grške matere in italijanskega očeta, ki sta pred otrokovim rojstvom prebivala v Italiji. Po navedbah očeta sta se dogovorila, da se bo otrok rodil v Grčiji ter da se bosta otrok in mati nato vrnila v Italijo – načrt, ki ga mati ni hotela izvesti. Oče je pred grškim sodiščem trdil, da mati neupravičeno zadržuje otroka v državi članici (Grčiji), ki ni bila država njegovega običajnega prebivališča pred njegovim zadržanjem (Italija) v smislu člena 11(1) Uredbe Bruselj II a. To sodišče je torej moralo preučiti, ali je otrok običajno prebival v Italiji v upoštevnem trenutku, čeprav še nikoli ni bil tam.

59. V tem okviru je navedeno sodišče vprašalo Sodišče, ali je fizična navzočnost otroka v državi članici v vseh primerih pogoj, da se tam določi običajno prebivališče. Če bi Sodišče menilo, da je predhodna sodna praksa že pritrdilno odgovorila na to vprašanje, bi lahko nacionalnemu sodišču odgovorilo tako, da bi samo navedlo to sodno prakso – to sodišče pa bi lahko zlahka razrešilo spor, o katerem je odločalo. Poleg tega je generalni pravobranilec N. Wahl, med drugim, na podlagi sodbe W in V [56] Sodišču predlagal, naj tako stori. [57]

60. Vendar je Sodišče preoblikovalo vprašanje za predhodno odločanje tako, da je preprečilo splošno in abstraktno obravnavanje ter da je hkrati podalo koristen odgovor zadevnemu sodišču za rešitev spora, o katerem je odločalo. [58] Sodišče se je posebej osredotočilo na primer, kakršen je bil obravnavani v tistem sporu, v katerem se je otrok rodil in po volji obeh staršev s svojo mamo več mesecev

52 Glej točko 47 teh sklepnih predlogov.

53 Sodba z dne 15. februarja 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118, točka 61).

54 Glej v zvezi s tem opombo 37 teh sklepnih predlogov.

55 Sodba z dne 8. junija 2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

56 Sodba z dne 15. februarja 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Sklepni predlogi v zadevi OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, točki 57 in 61). Vendar generalni pravobranilec N. Wahl v točkah od 81 do 83 navedenih sklepnih predlogov nekoliko spremeni svoje stališče, ko ugotavlja, da ni mogoče izključiti tega, da se merilo fizične navzočnosti v izjemnih okoliščinah ne bi upoštevalo, če bi obstajala konkretna navezna okoliščina z državo članico, v kateri otrok še nikoli ni bil. Taka navezna okoliščina bi morala v otrokovo korist temeljiti na „močnih in dejanskih indicih“, ki bi tako lahko prevladali nad fizično navzočnostjo.

58 Sodba z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 35).

neprekinjeno prebival zunaj države članice, kjer sta starša običajno prebivala pred njegovim rojstvom. Preučilo je, ali je v tem primeru prvotni namen staršev glede vrnitve matere skupaj z otrokom v to državo članico prevladujoč dejavnik, na podlagi katerega je treba šteti, da ima otrok v njej „običajno prebivališče“, ne glede na to, da tam ni bil nikoli fizično navzoč.

61. Sodišče je v odgovoru na tako preoblikovano vprašanje na eni strani zgolj zavrnilo določitev splošnega pravila, da je skupni namen nosilcev starševske odgovornosti v zvezi z vrnitvijo otroka v državo članico prevladujoč in da ima samodejno prednost pred fizično navzočnostjo otroka v drugi državi članici. Prav tako ne obstaja absolutno pravilo, v skladu s katerim običajno prebivališče otroka nujno sledi prebivališču njegovih staršev in ga eden od staršev kot nosilec starševske odgovornosti ne more enostransko spremeniti proti volji drugega od staršev.[59]

62. Na drugi strani je Sodišče presojalo, ali je mogoče na podlagi okoliščin, ki mu jih je predstavilo predložitveno sodišče, šteti, da otrok običajno prebiva v državi članici, kjer so njegovi starši prvotno nameravali živeti z njim (Italija) – naloga, za katero bi Sodišče lahko štelo, da je odveč, če bi se mu zdelo očitno, da to, da otrok ni bil fizično navzoč v Italiji, zadostuje, da se izključi, da tam običajno prebiva. Na koncu te presoje je Sodišče ugotovilo, da otrok ni mogel prebivati v tej državi članici, saj je več mesecev prebival v Grčiji in je bil tam rojen v skladu z voljo obeh staršev.[60] Nikakor ni izključilo, da bi moralo nacionalno sodišče v drugačnih okoliščinah, zlasti če kraj rojstva ne izraža skupne volje staršev, ugotoviti, da je glede na vse upoštevne dejavnike dejansko središče življenjskih interesov otroka v državi članici, kjer ni nikoli prebival.

2) Izbira pristopa, ki se najbolje sklada s sodno prakso in cilji člena 8(1) Uredbe Bruselj II a

63. Ker Sodišče torej še ni obravnavalo vprašanja, ali je fizična navzočnost v državi članici nujna, da se tam določi otrokovo običajno prebivališče, je treba preučiti, ali se pristop, ki temelji na dejstvih in ki je bil sprejet v sodni praksi na podlagi merila povezanosti, ki ga je določil zakonodajalec, bolje sklada z eno ali drugo od rešitev, ki so jih predlagale zainteresirane stranke.

64. Po mnenju UD, vlade Združenega kraljestva in češke vlade je to, da se pojem „otrokovo običajno prebivališče“ presoja glede na dejstva, slabo prilagojeno pravilu, v skladu s katerim bi bila fizična navzočnost v državi članici pogoj *sine qua non* za to, da se tam določi otrokovo običajno prebivališče ne glede na preučitev drugih upoštevnih okoliščin. Zlasti poudarjajo pomembnost dejavnikov v zvezi z vključenostjo enega od staršev, ki dejansko vzgaja zelo majhnega otroka in zanj skrbi. Nasprotno pa XB in Komisija trdita, da ker otrok *per definitionem* ne more biti vključen v kraj, kjer nikoli ni bil, bi to, da bi se tam določilo njegovo običajno prebivališče, izhajalo iz fikcije, ki ne bi bila združljiva z dejansko naravo zadevnega pojma.

65. Prvo od teh stališč je po mojem mnenju bolj združljivo s pristopom Sodišča, ki temelji na dejstvih. Če bi se dejstvo, da ni fizične navzočnosti, povzdignilo v merilo, ki razveljavlja, bi to pripeljalo do nastanka pravnega podtesta, saj če ne bi bil izpolnjen pogoj v zvezi s fizično navzočnostjo otroka, ne bi bilo mogoče preučiti nobenega drugega upoštevnega dejavnika. Zaradi takega splošnega in abstraktnega pravila bi bila izgubljena prožnost, ki omogoča, da se merilo povezanosti konkretizira v korist otroka. Kot izhaja iz zgoraj navedene sodne prakse, se to merilo nanaša na povezanost med otrokom ter družbenim in družinskim okoljem v določenem kraju, ne pa toliko na geografsko povezanost otroka in določenega kraja.

59 Sodba z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 50 in naslednje).

60 Sodba z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točki 49 in 50).

66. Prožen pristop se izkaže za nujnega predvsem pri obravnavi posebnih primerov dojenčkov, ki se rodijo in prebivajo v državi, ki ni država, kjer imajo njihovi starši zaradi svojih družinski in družbenih vezi svoje dejansko središče življenjskih interesov. Naj tu spomnim, da je Sodišče priznalo, da ker dojenčki *per definitionem* niso mogli razviti dejanskih vezi v katerem koli kraju neodvisno od svojih staršev, je dejansko središče življenjskih interesov dojenčkov v praksi odvisno od središča življenjskih interesov njihovih staršev.[61] Menim, da bi neupoštevanje te družbene in družinske resničnosti pripeljalo do bolj umetnih rezultatov kot priznanje dejstva, da ima dojenček v teh izjemnih okoliščinah lahko svoje običajno prebivališče v kraju, kjer nikoli ni bil fizično navzoč.

67. Običajno prebivališče dojenčka se zato določi ob upoštevanju ne samo objektivnih dejavnikov prebivanja dojenčka v državi, v kateri se nahaja, ampak tudi indicev, ki se nanašajo na vključenost enega ali obeh od staršev, od katerega ali katerih je odvisen, v družbeno in družinsko okolje v drugi državi. V tem okviru so posebno pomembne okoliščine, zaradi katerih so dojenček in eden ali oba od staršev, od katerega ali katerih je odvisen, ob njegovem rojstvu in med njegovim kratkim bivanjem navzoči v prvi državi – in hkrati odsotni iz druge.

68. Menim, da če okoliščine, ki niso odvisne od volje enega ali obeh od staršev, od katerega ali katerih je dojenček odvisen, kot je na primer nepredviden dogodek ali višja sila, povzročijo njegovo rojstvo in prebivanje zunaj države, v kateri je stalno in redno nastanjena družinska celica, katere del je in ki jo sestavljajo eden ali oba od njegovih staršev ter, odvisno od primera, drugi člani, dojenček običajno prebiva v tej državi. Središče življenjskih interesov dojenčka je torej dejansko tam, kjer se namerava dojenčka vključiti v to družinsko celico in kjer bi že moral biti, če ne bi bilo takih zunanjih okoliščin.

69. Moje navedbe ponazori primer, ki se zgleduje po primerih, ki jih je navedlo Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva) v zadevi A proti A (Children: Habitual Residence)[62] in ki so bili navedeni v stališčih vlade Združenega kraljestva in češke vlade. Predstavljajmo si, da gre par, ki stalno in redno prebiva v Nemčiji, na počitnice v Francijo, kjer je mati primorana prezgodaj roditi. Ali bi bilo treba šteti, da otrok takoj po rojstvu običajno prebiva tam, kjer prebivata njegova starša (in, odvisno od primera, njegovi starejši bratje in sestre), kjer naj bi prebival in kjer ga morda že čaka zibelka (in sicer v Nemčiji), ali pa da dokler ne odide v Nemčijo, otrok nima nobenega običajnega prebivališča?[63]

70. Menim, da skoraj ni dvoma, da ugotovitev, da ima otrok takoj po rojstvu običajno prebivališče v Nemčiji, najbolj točno odraža dejansko vključenost otroka v družbeno in družinsko okolje.[64]

71. Ti premisleki seveda ne posegajo v možnost, da se otrokovo običajno prebivališče spremeni zaradi poteka časa ali spremembe objektivnih okoliščin. Če se otrok rodi v izrednih razmerah zunaj države, kjer je družinska celica, katere del je, tako običajno prebiva v tej državi, ta sklep pa velja le tako dolgo, dokler dolžina prebivanja otroka v državi rojstva ter iz nje izvirajoče kulturne in družbene vezi ne nagnejo tehtnice na stran ugotovitve, da ima otrok tam dejansko središče svojih življenjskih interesov. S potekom časa resničnost vezi otroka z državo, v kateri bi lahko bil vključen v družbeno in družinsko okolje, zbledi, dokler ne postane zgolj fiktivna.

61 Glej točki 49 in 50 teh sklepnih predlogov.

62 [2013] UKSC 60, točka 42.

63 Tretji pristop, v skladu s katerim naj bi otrok običajno prebival v Franciji samo zato, ker je tam od svojega rojstva, se zdi že takoj izključen, saj naj ta naključna navzočnost ne bi bila stalna in redna, kar pa se zahteva za določitev otrokovega običajnega prebivališča.

64 V nasprotju s predlogom generalnega pravobranilca N. Wahla v sklepnih predlogih v zadevi OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, točka 85) pristop, ki ga predlagam, nikakor ne pripelje do tega, da bi se sprejelo, da ima otrok običajno prebivališče že pred svojim rojstvom, niti posledično, da bi lahko za še nerojenega otroka veljala Uredba Bruselj II a. Ta pristop zgolj zrcali družbeno resničnost, da dojenček ne more biti vključen v samostojno družinsko in družbeno okolje, ki nima nobene povezave z okoljem oseb, ki zanj vsakodnevno skrbijo.

72. Poleg tega razlaga, ki jo predlagam, ne povzroča dvoma o dejstvu, da otrokovo običajno prebivališče *v večini primerov* ustreza kraju, kjer je bil fizično navzoč. Pomeni samo, da mora določitev otrokovega običajnega prebivališča zrcaliti resničnost njegove vključenosti v družbeno in družinsko okolje, ne da bi bilo v ta namen omejeno s togimi pravnimi pravili. V posebnih primerih, ki se nanašajo na dojenčke, lahko presoja skupka okoliščin, ki so značilne za vsak posamezni primer, pripelje do ugotovitve, da ima otrok dejansko središče življenjskih interesov v državi, v kateri nikoli ni bil.

73. Nekateri sodniki Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva) so v zvezi s tem izrazili stališča, ki so izredno razsvetljujoča. Večkrat so poudarili, da če tehtanje dejavnikov, na podlagi katerih je mogoče določiti otrokovo običajno prebivališče, ne more biti odrejeno s pravnimi pravili, se lahko tako prebivanje vendarle koristno opredeli z določenimi „posplošitvami dejstev“. Drugače povedano, nekatere premise so na splošno, čeprav ne nespremenljivo, skladne z dejanskim položajem, v katerem je otrok.[65]

74. Tako je v primeru premise, da dojenčkovo običajno prebivališče izhaja iz običajnega prebivališča enega ali obeh od staršev, od katerega ali katerih je odvisen,[66] kot tudi konkretno premise, da otrokovo običajno prebivališče predpostavlja določeno fizično navzočnost v zadevni državi.[67] Dejstvo, da bi si lahko ti premisi nasprotovali (kot ponazarja zgornji primer), očitno pokaže, da ju ni mogoče določiti kot absolutni pravni pravili.

75. Menim, da tega sklepa ne ovržejo premisleki v zvezi z zahtevami po predvidljivosti, pravni varnosti in enotnosti rešitev v Uniji.

76. Prvič, metodo, ki temelji na indicih in ki je bila sprejeta v ustaljeni sodni praksi po sodbi A[68], zaradi diskrecije, ki jo podeli nacionalnim sodiščem, nujno spremlja določeno tveganje raznolikosti odločitev, ki jih v primerljivih primerih sprejmejo različna sodišča.[69] To „ceno, ki jo je treba plačati“ se na splošno sprejme zaradi prožnosti, ki je potrebna zaradi koristi otroka pri konkretizaciji merila povezanosti otroka z njegovim družbenim in družinskim okoljem. Ne razumem, zakaj bi bilo treba posebne primere dojenčkov, ki se rodijo in prebivajo v državi, ki ni država, v kateri je dejansko središče življenjskih interesov njihovih staršev – edini scenarij, v katerem si je v praksi mogoče predstavljati, da otrok običajno prebiva v državi članici, kjer ni nikoli bil – v nasprotju z vsemi drugimi obravnavanimi primeri obravnavati neprožno.

77. Drugič, argumentacija Komisije, da naj prožni pristop v tovrstnih primerih ne bi bil nujen, saj je otrok v državi članici, me ne prepriča. Komisija trdi, da če ni običajnega prebivališča, člen 13 Uredbe Bruselj II a določa subsidiarno pristojnost na podlagi navzočnosti otroka. Vendar menim, da ta podlaga za pristojnost, ki predstavlja samo geografsko razsežnost merila povezanosti, ne izraža nobene stalnosti – zaradi česar je subsidiarna.[70] Tako je uporaba člena 13 navedene uredbe omejena na

65 Glej A proti A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, točke 44 (večinska sodba) in od 73 do 75 ter 83 in 84 (ločeno odklonilno mnenje). Glej tudi Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, točka 21.

66 Glej sodbo z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 50), in sodbo Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, točka 21: „the proposition […] that a young child in the sole lawful custody of his mother will necessarily have the same habitual residence as she does, is to be regarded as a helpful generalisation of fact, which will usually but not invariably be true, rather than a proposition of law“. Glej tudi Supreme Court of the United States (vrhovno sodišče Združenih držav Amerike), Delvoye proti Lee, 2003 U.S. LEXIS 7737: „There is general agreement on a theoretical level that because of the factual basis of the concept there is no place for habitual residence of dependence. However, in practice it is often not possible to make a distinction between the habitual residence of a child and that of its custodian.“

67 Glej v zvezi s tem ločeno odklonilno mnenje sodnika Lorda Hughesa v zadevi A proti A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, točka 92.

68 Sodba z dne 2. aprila 2009 (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 Vendar je na podlagi člena 19(2) Uredbe Bruselj II a mogoče preprečiti spore o pristojnosti. Ta določba določa, da „[č]e pred sodišči različnih držav članic tečejo postopki z istim zahtevkom v zvezi s starševsko odgovornostjo do istega otroka, sodišče, ki je drugo začelo postopek, po uradni dolžnosti prekine svoj postopek, vse dokler se ne ugotovi pristojnost sodišča, ki je prvo začelo postopek“.

70 Glej v tem smislu sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi A (C-523/07, EU:C:2009:39, točki 20 in 21).

izjemne primere, v katerih se izkaže, da ni mogoče določiti otrokovega običajnega prebivališča.[71] Poleg tega, kot je poudarila vlada Združenega kraljestva, postane vprašanje še pomembnejše v okviru postopka vrnitve. Če bi se zgodilo, da se tako kot v zgoraj navedenem primeru eden od staršev ne bi hotel z novorojenčkom vrniti v Nemčijo, bi se ta postopek lahko začel samo, če bi se štelo, da novorojenček tam običajno prebiva.

78. Nazadnje, dvomim, da bi bilo pravilo, v skladu s katerim je prebivališče otroka nujno povezano z elementom fizične navzočnosti, v vsakem primeru res koristno v smislu pravne varnosti. Starša, ki prebivata v Nemčiji in se jima zaradi višje sile otrok rodi v Franciji, bi namreč lahko upravičeno pričakovala, da bodo o vseh sporih v zvezi z roditeljsko pravico odločala nemška sodišča. Z vidika teh sodišč bi bilo pravilo, ki bi ta sodišča zavezovalo, da se razglasijo za nepristojna samo zato, ker otrok zaradi nepredvidljivega in nehotenega dogodka še ni v Nemčiji, vir pravne negotovosti.[72]

79. Glede na vse zgoraj navedeno se brez upoštevanja posebnosti vsake zadeve ne sme samodejno pripisati odločilne teže merilu fizične navzočnosti. Fizična navzočnost otroka v državi torej ni pogoj za to, da se šteje, da tam običajno prebiva v smislu člena 8(1) Uredbe Bruselj II a.

3. Vpliv prisile na določitev otrokovega običajnega prebivališča (drugo vprašanje)

a) Uvodne ugotovitve

80. Z drugim vprašanjem predložitveno sodišče sprašuje Sodišče o vplivu, ki ga ima na določitev, ali otrok običajno prebiva v državi članici, čeprav tam nikoli ni bil fizično navzoč, dejstvo, da je oče po navedbah matere to preslepil, da je odšla v tretjo državo, in jo je tam nato neupravičeno zadržal, tako da je bila prisiljena tam roditi. To sodišče dodaja, da ta položaj lahko pomeni kršitev temeljnih pravic matere in otroka v smislu členov 3 in 5 EKČP, katerih vsebina je prevzeta v členih 4 in 6 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina).

81. S tem vprašanjem je Sodišče pozvano, naj pojasni, kaj pomeni okoliščina, da je bila navzočnost matere in otroka v Bangladešu ob vložitvi tožbe – in torej to, da nista bila navzoča na ozemlju Združenega kraljestva – zgolj posledica prisile očeta. Iz predložitvene odločbe izhaja, da UD v bistvu trdi, da je bil njen prvotni namen roditi in z otrokom prebivati v Združenem kraljestvu, pri čemer je, ko sta odhajala v Bangladeš, mislila, da ima tak namen tudi XB (ki je skupaj z UD nosilec starševske odgovornosti).[73] Vendar se ta namen zaradi prisile XB ni uresničil.

82. Tako dejansko stanje se žal ne zdi omejeno na določen izjemen in izoliran primer. Kot poudarja vlada Združenega kraljestva, gre za že opažen pojav, o katerem se je sicer že razpravljalo pred sodišči Združenega kraljestva v drugih zadevah.[74]

71 Sodba z dne 2. aprila 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, točka 43). Člen 13 Uredbe Bruselj II a se nanaša zlasti na izjemne primere selitev, pri katerih je otrok v prehodnem obdobju izgubil svoje običajno prebivališče v državi odhoda, ne da bi že pridobil običajno prebivališče v državi gostiteljici. Glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi A (C-523/07, EU:C:2009:39, točka 45) in Praktični vodnik za uporabo Uredbe Bruselj II a, ki ga je izdala Komisija (na voljo na spletni strani https://publications.europa.eu/sl/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed, str. 29).

72 Poleg tega v takem primeru sodišče zaradi takega pravila ne bi imelo možnosti, da ugotovi otrokovo običajno prebivališče glede na vse ostale upoštevne okoliščine.

73 Seveda je mogoče dvomiti o tem, da mati ni pričakovala, da bo rodila v Bangladešu, saj je bila noseča več kot 7 mesecev, ko je odpotovala v to državo. Vendar bom – ker je predložitveno sodišče navedlo, da mora o svoji pristojnosti odločiti na podlagi trditve matere, da jo je oče prisilil roditi v Bangladešu – svojo analizo oprl na to domnevo.

74 Glej Supreme Court of the United Kingdom (vrhovno sodišče Združenega kraljestva), A proti A (Children), [2013] UKSC 60 in High Court of Justice (England &Wales), Family Division (višje sodišče (Anglija in Wales), družinski oddelek), B proti H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

83. Najprej bom poskušal oceniti, v kakšnem obsegu je treba upoštevati razsežnost navedene prisile na podlagi načel, ki izhajajo iz obstoječe sodne prakse (razdelek (b)). Potem se bom lotil vprašanja, ali korist otroka in temeljne pravice iz Listine v položaju, kakršen je obravnavani v postopku v glavni stvari, zahtevajo uporabo drugih načel (razdelek (c)).

b) Uporaba načel, izpeljanih iz obstoječe sodne prakse

84. V skladu s pristopom Sodišča, ki temelji na dejstvih, je po mojem mnenju okoliščina, da je mati otroka rodila v tretji državi in je z njim tam ostala samo zaradi prisile očeta, upoštevni element za presojo vezi otroka tako s tretjo državo, kjer dejansko prebiva, kot tudi z državo članico, v kateri bi se rodil in živel, če ne bi bilo te prisile.[75]

85. Na eni strani je ta okoliščina eden od „pogojev in razlogov za prebivanje“ matere in otroka v tej tretji državi v smislu sodne prakse.[76] V obravnavanem primeru bi bila lahko indic, da otrok ne prebiva običajno v Bangladešu, čeprav so zaradi okoliščin vse njegove referenčne točke v tej državi, v kateri živi od rojstva in na katero se navezuje njegov geografski in kulturni izvor.

86. Okolje tega otroka je glede na to, kako mlad je, v bistvu določeno z okoljem osebe oziroma oseb, od katere oziroma katerih je odvisen, in sicer po vsej verjetnosti in na podlagi dejstev, navedenih v predložitveni odločbi, njegove matere (njegov oče je odšel v Združeno kraljestvo). Po navedbah UD ji prisila XB preprečuje, da bi odločala, kje naj živi s svojim dojenčkom, in jo sili v to, da ostane v vasi, kjer jo lokalna skupnost stigmatizira in kjer nima niti osnovnih dobrin niti prihodka. Dvomim, da je neprostovoljno in negotovo prebivanje matere in otroka v tretji državi dovolj stalno in redno, da bi otrok tam imel svoje običajno prebivališče. Ali je dejansko mogoče govoriti o vključenosti v družbeno in družinsko okolje, če so se vezi tega dojenčka s to tretjo državo stkale samo zaradi položaja, ki je posledica prisile očeta?[77]

87. Ti premisleki so še vedno pomembni kljub dejstvu, da je UD po poreklu iz Bangladeša in prebiva v vasi svoje družine. Geografski in družinski izvor enega od staršev, ki izvaja pravico do varstva in vzgoje otroka – tako kot kulturne in družinske vezi otroka, ki iz tega izvirajo – je samo eden od dejavnikov, ki jih je mogoče upoštevati pri celoviti analizi okoliščin vsakega posameznega primera.[78] Ta dejavnik ne more prikriti drugih objektivnih okoliščin, kakršna je dejstvo, da sta mati in hči domnevno s prisilo zadržani v Bangladešu.

88. Na drugi strani ugotovitev, da bi bil otrok – če ne bi bilo prisile s strani očeta – rojen v zadevni državi članici in bi tam prebival po svojem rojstvu, ne zadostuje za utemeljitev otrokovega običajnega prebivališča v tej državi članici. V skladu s sodno prakso Sodišča niti taka fizična navzočnost ne bi zadostovala za to. Še vedno bi bilo nujno, da bi bilo mogoče na podlagi dejanskih vezi med otrokom in ozemljem navedene države članice šteti, da ima otrok tam dejansko središče svojih življenjskih interesov.

75 Kot izhaja iz predložitvene odločbe, se mora nacionalno sodišče izreči o svoji pristojnosti na podlagi nekaterih navedb matere, ki še niso bile dokazane kot dejstva (glej točki 17 in 31 teh sklepnih predlogov). V teh okoliščinah je namen razprave, ki sledi, temu sodišču pomagati, da določi otrokovo običajno prebivališče v dejanskem okviru, ki ustreza tej različici dejstev, ne da bi se posegalo v vsebinsko presojo dejstev s strani predložitvenega sodišča.

76 Glej točko 48 teh sklepnih predlogov.

77 V tem smislu so nekatera sodišča Združenih držav Amerike upoštevala prisilo, izvršeno nad materjo otroka, za določitev njegovega prebivališča. Tako je District Court of Utah (okrožno sodišče zvezne države Utah, Združene države Amerike) razsodilo, da čeprav je otrok prebival v Nemčiji, tam ne prebiva običajno, saj je oče z verbalno, čustveno in fizično zlorabo materi in otroku preprečil, da odideta iz te države (Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993)). District Court of Washington (okrožno sodišče zvezne države Washington, Združene države Amerike) je menilo, da mati otrok, ki so se obravnavali, ne prebiva običajno v Grčiji, kjer je živela z njimi družbeno izolirano in ji je bila odvzeta avtonomija, kjer ni poznala kulturnih norm niti jezika, z omejenim dostopom do finančnih sredstev, pri čemer je bila žrtev nasilja s strani očeta (Tsarbopoulos proti Tsarbopoulosu, 176 F. Supp. 2d 1045, (2001)). District Court of Minnesota (okrožno sodišče zvezne države Minnesota, Združene države Amerika) je upoštevalo okoliščino, da je oče materi preprečil odhod z ozemlja Izraela, katerega državljana sta bila in kjer je mati preživela 11 mesecev z očetom in njunimi otroki, zato da bi izključilo, da so ti otroci običajno prebivali v tej državi (Silverman proti Silvermanu, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313).

78 Glej sodbo z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točke od 52 do 58).

89. Kot sem pojasnil zgoraj,[79] dojenček, ki je del družinske celice, katere člani imajo dejansko središče življenjskih interesov v neki državi članici – čeprav tam ni bil rojen in še ni odpotoval tja zaradi okoliščin, ki niso odvisne od volje enega ali obeh od staršev, od katerega ali katerih je odvisen – v tej državi članici dejansko prebiva. Naloga predložitvenega sodišča je, da glede na vse upoštevne okoliščine presodi, ali gre pri položaju, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, za tak primer. Premisleki, ki so predstavljeni spodaj, mu bodo lahko pri tem v pomoč.

90. Prvič, *dejavniki, ki označujejo prebivanje matere v Združenem kraljestvu*, ter družbene in družinske vezi, ki jih je tam vzdrževala, si zaslužijo posebno pozornost. Otrokovo središče življenjskih interesov je tam samo, če je njegova mati, od katere je odvisen, tam vključena v družbeno in družinsko okolje. V zvezi s tem je treba upoštevati med drugim trajanje prebivanja UD v Združenem kraljestvu, obdobje, ko je veljal njen vizum za zakonca, njeno znanje jezika in njene morebitne družbene in kulturne vezi v tej državi članici.

91. V tem okviru se zastavlja vprašanje, koliko bi bilo treba upoštevati *namen* UD v zvezi s prebivanjem otroka v Združenem kraljestvu po njegovem rojstvu, pri čemer je glede na svoje navedbe ob odhodu v Bangladeš menila, da je bil to tudi namen XB. V zvezi s tem naj spomnim, da namen staršev v zvezi s krajem prebivanja otroka ne prevlada nujno nad dejanskimi vezmi med otrokom in drugim krajem.[80] Teža, ki jo je treba pripisati temu dejavniku, je odvisna od okoliščin vsakega konkretnega primera.

92. Če se kljub prvotnemu namenu staršev – ali enega od staršev, ki namerava izvajati pravico do varstva in vzgoje otroka[81] – da se z otrokom nastanita v določenem kraju, ta otrok proti volji tistega od staršev, od katerega je odvisen, rodi in prebiva v drugem kraju, je po mojem mnenju lahko namen še posebej pomemben dejavnik. Enako velja, če so v takem primeru objektivni dejavniki v zvezi s prebivanjem otroka in tega od staršev v državi, v kateri sta, pomanjkljivi indikatorji kraja, kjer sta zadnjenavedena dejansko vključena v družinsko in družbeno okolje. Namen glede kraja prebivanja otroka v določeni državi, če se kaže v zunanjih okoliščinah, je torej dejavnik, ki lahko prevlada nad temi objektivnimi dejavniki in podpre vključenost tistega od staršev, od katerega je otrok odvisen, v tej državi, čeprav ga tam ni bilo od rojstva otroka.

93. Pri določitvi otrokovega običajnega prebivališča bi bilo torej treba še posebej skrbno upoštevati kakršne koli indice, da so starši ali pa samo mati pred odhodom v Bangladeš storili kar koli, da bi se otrok rodil v Združenem kraljestvu, da bi se z otrokom nastanila v stalnem bivališču v tej državi članici in da bi tam zanj vsakodnevno skrbela.

94. Drugič, v zvezi z okoliščinami, ki kažejo na *vključenost očeta* v zadevni državi članici, iz sodne prakse izhaja, da je tisti od staršev, ki dejansko ne skrbi za otroka (čeprav je nosilec starševske odgovornosti), del družinskega okolja otroka samo, če ima otrok še vedno redne stike z njim.[82] Če se oče vrne v to državo članico, materi pa prepreči, da bi se tja vrnila z njunim otrokom, se taki stiki ne vzdržujejo več. Prebivanje očeta v navedeni državi članici in njegova vključenost v njej ob vložitvi tožbe v teh okoliščinah nista ustrezna indica za kraj, kjer je dejansko središče življenjskih interesov otroka.

79 Glej točke od 65 do 71 teh sklepnih predlogov.

80 Sodba z dne 8. junija 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, točka 48). Glej točko 60 teh sklepnih predlogov.

81 Komisija trdi, da enostranski namen enega od staršev, ki sta nosilca starševske odgovornosti, nikakor ne bi mogel nadomestiti tega, da otrok ni fizično navzoč v zadevni državi članici. To utemeljitev je treba zavrniti glede na sodbo z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 63), iz katere izhaja, da se sme namen enega od staršev, ki je sicer imetnik pravice do varstva in vzgoje, nima pa dejansko otroka, upoštevati samo, če namerava izvajati svojo pravico do varstva in vzgoje. Zato se sme upoštevati enostranski namen enega od staršev, ki namerava dejansko izvajati svojo pravico do varstva in vzgoje. Ta rešitev je poleg tega v skladu z duhom postopka vrnitve, ki je določen s Haaško konvencijo iz leta 1980 in dopolnjen z Uredbo Bruselj II a. Člen 3(b) te konvencije, katerega vsebina je prevzeta v členu 2, točka 11(b), te uredbe, določa, da je premestitev ali zadržanje otroka neupravičeno samo, kadar je to kršitev pravic do varstva in vzgoje v skladu z zakonodajo države, v kateri je imel otrok običajno prebivališče, in če *so se* te pravice do varstva in vzgoje v času premestitve ali zadržanja *dejansko izvajale* ali bi se bile izvajale, če do premestitve ali zadržanja ne bi prišlo.

82 Glej sodbo z dne 28. junija 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, točka 48).

95. Tretjič, pomembno je tudi *obdobje* med rojstvom otroka in začetkom postopka pred predložitvenim sodiščem. Trajanje prebivanja v zadevni državi je na splošno dejavnik, ki lahko kaže na vključenost otroka v tej državi in temu primerno neobstoj konkretnih vezi z drugo državo. Njegova pomembnost pri celoviti presoji upoštevnih okoliščin pa se spreminja glede na vsak posamezen primer.[83]

96. Tako ta dejavnik ne odraža samodejno resničnosti otrokove vključenosti, če je nadaljnje prebivanje otroka v državi in torej njegova odsotnost iz druge države zgolj posledica prisile. Res je, da – razen če se pojmu „običajno prebivališče“ umetno doda odtenek – otrok, ki odraste in splete vezi v državi, v kateri je prisiljen prebivati, ne da bi razvil kakršne koli vezi z državo, v kateri bi moral biti, če ne bi bilo prisile, v nekem trenutku izgubi svoje običajno prebivališče v tej zadnji državi.[84] Vendar to ne velja nujno za otroka, ki je bil – tako kot v tej zadevi – ob vložitvi tožbe še dojenček. Zato menim, da trajanje prebivanja otroka v Bangladešu kot tako ne more preprečiti, da bi imel običajno prebivališče v Združenem kraljestvu.

97. Vsi ti premisleki v položaju, kakršen je obravnavani v postopku v glavni stvari, v katerem je otrok rojen v tretji državi in mu je oče s prisilo preprečil, da se s svojo materjo vrne v državo članico, ter je bil otrok še dojenček ob začetku postopka pred predložitvenim sodiščem, pripeljejo do naslednje ugotovitve. V takem položaju otrok običajno prebiva v tej državi članici v smislu člena 8(1) Uredbe Bruselj II a samo, če bi bil – če ne bi bilo prisile – tam stalno in redno navzoč ter vključen kot član družinske celice, katere drugi član ali člani imajo dejansko središče življenjskih interesov v navedeni državi članici. Če je ta pogoj izpolnjen, pomeni, da je mati vključena v družbeno in družinsko okolje v zadevni državi članici. Naloga predložitvenega sodišča je, da glede na vse upoštevne okoliščine – med katerimi so objektivni dejavniki v zvezi s predhodnim prebivanjem in vključenostjo matere v to državo članico ter konkretne okoliščine, ki kažejo na namen matere glede kraja prebivanja otroka – preveri, ali je tako.

c) Upoštevanje temeljnih pravic otroka in matere

98. Zaradi celovitosti se mi zdi koristno pojasniti, da če z uporabo testa „dejanskega središča življenjskih interesov otroka“ ne bi bilo mogoče utemeljiti splošne pristojnosti sodišč države članice v primeru, kakršen je obravnavani v postopku v glavni stvari, varstvo koristi otroka, zagotovljeno s členom 24 Listine, in temeljnih pravic iz členov 4 in 6 Listine[85] ne bi upravičilo kakršnega koli drugačnega sklepa.

99. Ta test, naj spomnim, izraža merilo povezanosti, na katerem temelji člen 8(1) te uredbe in s katerim je zakonodajalec želel zaščititi splošno pojmovano korist otroka.[86] Menim, da spodnji premisleki nasprotujejo temu, da bi sodišča ustvarila test, ki bi bil izjema in ne bi upošteval tega merila, če so korist otroka, kakor je razumljena v konkretnem primeru, in njegove druge temeljne pravice v tretji državi, v kateri se nahaja, ogrožene.

83 V skladu s sodbo z dne 22. decembra 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, točka 51), čeprav mora prebivanje otroka v zadevni državi članici „praviloma trajati določen čas, da izkazuje zadostno stalnost“, pa Uredba Bruselj II a ne določa minimalnega trajanja, zaradi česar je trajanje prebivanja le eden od indicev.

84 Glej točko 71 teh sklepnih predlogov.

85 Glej uvodno izjavo 12 Uredbe Bruselj II a in uvodno izjavo 33 iste uredbe, v skladu s katero navedena uredba priznava in upošteva temeljne pravice, zagotovljene z Listino.

86 Glej točko 36 teh sklepnih predlogov.

100. Prvič, v skladu s členom 51(2) Listine ta „ne razširja področja uporabe prava Unije čez pristojnosti Unije“. Tako je Sodišče pristojno, da razlaga pravo Unije, upoštevaje Listino, v mejah pristojnosti, ki so prenesene na Unijo.[87] Unija in njene države članice na podlagi prava Unije ali na podlagi EKČP niso dolžne izvajati svoje sodne pristojnosti nad položaji, ki nastanejo v tretjih državah, če ni nobene navezne okoliščine, predvidene v pravu Unije ali v EKČP, kakor se razlaga v sodni praksi sodišča v Strasbourgu.[88]

101. Drugič, Uredba Bruselj II a že vzpostavlja mehanizem, ki državam članicam dovoljuje, da zaščitijo koristi otroka tudi, če ni navezne okoliščine, ki bi izhajala iz prava Unije. Če v skladu s členi od 8 do 13 Uredbe Bruselj II a niso pristojna sodišča nobene države članice, člen 14 te uredbe določa, da lahko države članice v okviru subsidiarne pristojnosti določijo pristojnost v skladu s svojo nacionalno zakonodajo. Tako lahko vsaka država članica – če na podlagi določb navedene uredbe, ki temeljijo na merilu povezanosti, ni mogoče določiti sodišč nobene države članice – pristojnost svojih sodišč utemelji na pravilih nacionalnega prava, ki odstopajo od tega merila.

102. V obravnavanem primeru v pravnem redu Združenega kraljestva taka subsidiarna pristojnost obstaja v obliki pristojnosti *parens patriae* sodišč te države članice. Kot izhaja iz spisa, predloženega Sodišču, pa je uporaba tega pravila pristojnosti omejena na britanske državljane in je v diskreciji nacionalnih sodišč.

103. Poleg tega je XB trdil, da bi se UD lahko po potrebi obrnila na sodišča v Bangladešu, zlasti če zakonodaja te tretje države določa pravila pristojnosti na podlagi navzočnosti otroka. Čeprav predložitveno sodišče pojasnjuje, da bi lahko to, da XB zadržuje UD in otroka, pomenilo kršitev njunih temeljnih pravic, pa v zvezi s tem ne navede izrecno, da Republika Bangladeš ni izpolnila svoje pozitivne obveznosti, da zaščiti te pravice, predvsem po sodni poti.[89] V teh okoliščinah se mi ne zdi primerno, da bi to analizo oprl na take hipoteze.

104. Vsekakor se mi zdi, da člen 14 Uredbe Bruselj II a izraža idejo, da mora vsaka država članica zlasti na podlagi, odvisno od primera, premislekov o „comity“ („prijateljski odnosi med narodi“) odločiti, ali strah, da sodišča tretje države za mater in otroka ne bodo uporabila pravil o varstvu, skladnih s pravicami in vrednotami, ki veljajo v zadevni državi članici, upravičuje uvedbo posebne podlage za pristojnost v njihovih nacionalnih zakonodajah.[90]

105. Zato tudi če obstaja možnost, da se koristi in temeljne pravice otroka v tretji državi ne bodo upoštevale, člena 8(1) Uredbe Bruselj II a ni mogoče razlagati tako, da vzpostavlja otrokovo običajno prebivališče na podlagi meril, ki odstopajo od merila povezanosti, ki se konkretizira kot test „dejanskega središča otrokovih življenjskih interesov“.

87 Glej med drugim sodbo z dne 5. oktobra 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, točka 51).

88 V skladu s sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) je pristojnost držav pogodbenic v smislu člena 1 EKČP načeloma omejena na njihovo ozemlje. To načelo dovoli izjeme samo v točno določenih okoliščinah, ki nimajo ničesar skupnega z dejanskim okvirom te zadeve. Glej zlasti ESČP, 7. julij 2011, Al-Skeini in drugi proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, točke od 130 do 142 in navedena sodna praksa).

89 Čeprav Republike Bangladeš ne zavezujeta niti EKČP niti Listina, člena 7 in 9 Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah, ki ga je 16. decembra 1966 sprejela Generalna skupščina Združenih narodov in ki je začel veljati 23. marca 1976 – instrument, h kateremu je pristopila Republika Bangladeš – zagotavljata pravice, ki so podobne pravicam, določenim v členih 3 in 5 EKČP ter členih 4 in 6 Listine.

90 Glej v zvezi s tem ločeno odklonilno mnenje sodnika Lorda Sumptiona v zadevi Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, točki 66 in 76. Trdil je, da samo neodobravanje pravil, ki bi se uporabila na podlagi prava države, kjer je otrok navzoč, ne more zadostovati za utemeljitev pristojnosti sodišč Združenega kraljestva.

V. Predlog

106. Glede na vse zgornje premisleke Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je postavilo High Court of Justice (England & Wales), Family Division (višje sodišče (Anglija in Wales), družinski oddelek, Združeno kraljestvo), odgovori:

1. Otrokovo običajno prebivališče v smislu člena 8(1) 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 ustreza kraju, kjer je dejansko središče njegovih življenjskih interesov. Ta kraj je treba določiti glede na vse okoliščine, ki so značilne za vsako posamezno zadevo. V določenih izjemnih primerih lahko celovita presoja vseh okoliščin pripelje do ugotovitve, da ima otrok dejansko središče življenjskih interesov v kraju, kjer ni bil nikoli fizično navzoč. Fizična navzočnost otroka na ozemlju države članice zato ni pogoj za to, da se tam določi njegovo običajno prebivališče.

2. Okoliščina, da je oče mater dojenčka, ki za slednjega dejansko skrbi, prisilil, da rodi v tretji državi in tam po rojstvu dojenčka ostane – po potrebi tako, da ju postavi v položaj, ki je v nasprotju s temeljnimi pravicami iz členov 4 in 6 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah – je pomemben dejavnik pri določanju otrokovega običajnega prebivališča v smislu člena 8(1) Uredbe št. 2201/2003.

   V takem položaju pa dojenček lahko običajno prebiva v državi članici, čeprav v njej ni bil nikoli fizično navzoč, samo v primeru, da ima mati tam dejansko središče svojih življenjskih interesov, kar mora preveriti predložitveno sodišče. V zvezi s tem so še posebej pomembne morebitne družinske, družbene in kulturne vezi matere v tej državi članici ter morebitne konkretne okoliščine, ki kažejo na namen matere, da bo tam prebivala z otrokom po njegovem rojstvu.