Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
esitatud 20. septembril 2018 [1]

Kohtuasi C-393/18 PPU

UD
versus
XB

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud High Court of Justice (England & Wales), Family Division (kõrge kohus (Inglismaa ja Wales), perekonnaasjade osakond, Ühendkuningriik)

Eelotsusetaotlus – Õigusalane koostöö tsiviilasjades – Kohtualluvus vanemliku vastutusega seotud asjades – Määrus (EÜ) nr 2201/2003 – Artikli 8 lõige 1 – Mõiste „lapse harilik viibimiskoht“ – Imiku sündimine ja pidev viibimine kolmandas riigis vastu ema tahtmist – Imiku füüsiline mitteviibimine liikmesriigis – Olukord, mis tuleneb isapoolsest sundusest ning ema ja imiku põhiõiguste potentsiaalsest rikkumisest – Niisuguse eeskirja puudumine, mille kohaselt ei saa lapse harilik viibimiskoht olla liikmesriigis, kus ta ei ole kunagi füüsiliselt viibinud

I. Sissejuhatus

1. High Court of Justice (England & Wales), Family Division (kõrge kohus (Inglismaa ja Wales), perekonnaasjade osakond, Ühendkuningriik) küsib käesoleva eelotsusetaotlusega Euroopa Kohtult, kuidas tõlgendada määruse (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega (edaspidi „Brüsseli IIa määrus“) [2], artikli 8 lõiget 1.

2. Eelotsusetaotlus esitati vaidluse raames, mille pooled on selle kohtu poole pöördumise hetkel ühe umbes aastase lapse Bangladeshi kodanikust ema ja Briti kodanikust isa. See laps eostati ja sündis Bangladeshis ning on seal pidevalt elanud. Ema väidete kohaselt hoiab isa teda vastu tahtmist kinni selles kolmandas riigis, kuhu ta sõitis ainult kavatsusega külastada seda riiki ajutiselt pärast umbes kuuekuulist kooselu isaga Ühendkuningriigis. Väidetavalt sundis lapse isa teda sünnitama Bangladeshis ja jääma lapsega sinna. Ema palub eelotsusetaotluse esitanud kohtul määrata esiteks, et laps võetakse selle kohtu kaitse alla, ning teiseks, et tema ja laps naasevad Inglismaale ja Walesi, et neil oleks võimalik võtta osa kohtumenetlusest.

1 Algkeel: prantsuse.

2 Nõukogu 27. novembri 2003. aasta määrus, millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000 (ELT 2003, L 338, lk 1; ELT eriväljaanne 19/06, lk 243).

3. Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 kohaselt on eelotsusetaotluse esitanud kohus selle taotluse kohta pädev otsust tegema ainult juhul, kui lapse harilik viibimiskoht oli selle kohtu poole pöördumise kuupäeval Ühendkuningriigis. See kohus soovib teada, kas asjaolu, et laps ei ole kunagi füüsiliselt selles liikmesriigis viibinud, tähendab tingimata, et tema harilik viibimiskoht ei ole seal. Ta küsib Euroopa Kohtult ka, missugune tähtsus on seejuures asjaolul, et laps ei ole Ühendkuningriigi territooriumil kunagi viibinud isa poolt emale avaldatud sunni tõttu, mis võib kujutada endast ema ja lapse põhiõiguste rikkumist.

4. Oma analüüsi tulemusena jõuan järeldusele, et asjaolu, et laps ei ole kunagi teatavas liikmesriigis viibinud, ei tähenda tingimata, et tema harilik viibimiskoht ei saa olla seal. Täpsustan ka, milliseid asjaolusid tuleb lapse hariliku viibimiskoha kindlaksmääramisel arvesse võtta niisuguses olukorras nagu põhikohtuasjas, kusjuures nende asjaolude hulgas on asjaolu, et ema ja laps ei viibi selle liikmesriigi territooriumil.

II. Õiguslik raamistik

5. Brüsseli IIa määruse põhjendus 12 on sõnastatud järgmiselt:

„Käesoleva määrusega kehtestatud kohtualluvuse alused vanemliku vastutuse küsimustes kujundatakse lapse huve silmas pidades, eeskätt läheduskriteeriumi põhjal. See tähendab, et jurisdiktsioon peaks esimeses järjekorras olema lapse alalise elukoha [mõiste „alaline elukoht“ asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „harilik viibimiskoht“] liikmesriigil […].“

6. Selle määruse artikli 8 „Üldine kohtualluvus“ lõikes 1 on sätestatud, et „[l]iikmesriigi kohtutel on vanemliku vastutuse asjus pädevus lapse suhtes, kelle [harilik viibimiskoht] on hagi esitamise ajal selles liikmesriigis“.

III. Põhikohtuasi, eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

7. Põhikohtuasja hageja (UD), kes on Bangladeshi kodanik, sõlmis 2013. aastal Bangladeshis põhikohtuasja kostjaga (XB), kes on Briti kodanik, korraldatud abielu. Põhikohtuasja hageja ja kostja on vastavalt ühe väikese, Bangladeshis 2016. aasta mais eostatud tüdruku ema ja isa.

8. UD tuli 2016. aasta juunis või juulis Ühendkuningriiki, et seal XB-ga koos elada. United Kingdom Home Office (Ühendkuningriigi siseministeerium) väljastas talle abikaasaviisa, mis kehtib 1. juulist 2016 kuni 1. aprillini 2019.

9. UD heidab XB-le ja tema perekonnale ette, et XB pani toime koduvägivalda, mis oli nii füüsiline kui ka psühholoogiline. Ta väidab ka, et XB vägistas teda kahel korral. Viimane vaidleb nendele süüdistustele vastu.

10. Kui UD-l oli raseduse lõppjärk, reisis ta 24. detsembril 2016 koos XB-ga Bangladeshi, kus laps 2. veebruaril 2017 sündis. Sellest ajast peale on ema ja laps seal elanud. 2018. aasta jaanuari algul pöördus XB Inglismaale ja Walesi tagasi.

11. Põhikohtuasja pooled esitavad oma reisist Bangladeshi ja hiljem aset leidnud sündmustest kaks erinevat versiooni.

12. UD väidab, et XB hoiab teda ebaseaduslikult vastu tema tahtmist koos lapsega Bangladeshis kinni. Teda sunniti väidetavalt seal sünnitama ja sinna jäämagi, millega rikuti nii tema kui ka lapse põhiõigusi, mis neil on Roomas 4. novembril 1950 allkirjastatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (edaspidi „EIÕK“) artiklite 3 ja 5 alusel. UD sõnul jättis XB ta tema isa koduküla,

öeldes, et tuleb talle nädala pärast järele. Mees ei tulnud aga kunagi ning võttis temalt ära tema passi ja muud dokumendid, et ta ei saaks Bangladeshist lahkuda. UD kinnitab, et ta ei oleks sinna kunagi läinudki, kui oleks teadnud, missugused on XB tegelikud kavatsused. UD väidab, et tal ei ole selles külas ei gaasi, elektrit ega joogivett ega ka vähimatki sissetulekut. Küla kogukond häbimärgistab teda XB-st lahkumineku pärast.

13. XB vaidleb kõigile neile väidetele vastu. Tema sõnul sõitsid nad Bangladeshi UD palvel, sest viimane oli Ühendkuningriigis õnnetu. Ka tagasi sellesse liikmesriiki sõitis XB üksi UD soovil.

14. UD esitas 20. märtsil 2018 High Court of Justice (England & Wales), Family Divisionile (kõrge kohus (Inglismaa ja Wales), perekonnaasjade osakond) hagi. Ta palub sellel kohtul määrata esiteks, et laps võetaks selle kohtu kaitse alla, ning teiseks, et tema ja laps naasevad Inglismaale ja Walesi, et nad saaks võtta osa kohtumenetlusest.

15. Samal päeval toimunud kohtuistungil väitis UD, et eelotsusetaotluse esitanud kohus on pädev selle hagi kohta otsust tegema. Ta väidab esimese võimalusena, et lapse harilik viibimiskoht oli eelotsusetaotluse esitanud kohtu poole pöördumise hetkel Inglismaal ja Walesis. Teise võimalusena väidab UD, et riigisisese õiguse kohaselt allub lapse asi sellele kohtule *parens patriae* põhimõtte alusel (st asi allub talle Briti kodakondsuse alusel) ja et käsitletaval juhul tuleks kohaldada seda kohtualluvust.

16. XB vaidles kohtuistungil, mis toimus 16. aprillil 2018, vastu sellele, et asi allub High Court of Justice (England & Wales), Family Divisionile (kõrge kohus (Inglismaa ja Wales), perekonnaasjade osakond). XB sõnul oli lapse harilik viibimiskoht põhikohtuasjas hagi esitamise hetkel Bangladeshis. Lisaks ei allu asi *parens patriae* põhimõtte alusel sellele kohtule, sest laps ei ole Briti kodanik. Igal juhul isegi kui asi allub sellele kohtule niisuguse põhimõtte alusel, peaks kohus käsitletaval juhul hoiduma oma pädevust kasutamast.

17. See kohus märgib oma eelotsusetaotluses, et ta ei ole tuvastanud mingeid faktilisi asjaolusid, sest ta leiab, et kõigepealt on vaja võtta seisukoht küsimuses, kas asi allub talle. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et enne teise kohtualluvuse aluse mis tahes võimalikku analüüsi tuleb teha kindlaks, kas lapse harilik viibimiskoht oli sellesse kohtusse pöördumise hetkel Ühendkuningriigis Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 tähenduses.

18. Sellega seoses pidas ta vajalikuks esitada eelotsusetaotlus, et selgitada välja, kas teatava liikmesriigi võib määrata lapse harilikuks viibimiskohaks, kui ta ei ole seal kunagi füüsiliselt viibinud. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib eelkõige teada, kas nii võib see olla siis, kui ema väidab, et laps sündis ja viibib kolmandas riigis, kus tema vanemad – vanemliku vastutuse kandjad – ei kavatsegi koos elada ning kus isa ema ja last vägisi ebaseaduslikult kinni hoiab. Nimetatud kohus märgib, et kui see leiab kinnitust, kujutab XB käitumine endast tõenäoliselt ema ja lapse põhiõiguste rikkumist EIÕK artiklite 3 ja 5 tähenduses.

19. Selles olukorras otsustas High Court of Justice (England & Wales), Family Division (kõrge kohus (Inglismaa ja Wales), perekonnaasjade osakond) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas lapse füüsiline kohalviibimine mingis riigis on [Brüsseli IIa määruse] artikli 8 tähenduses hariliku viibimiskoha oluline komponent?

2. Kui mõlemad vanemad on vanemliku vastutuse kandjad, siis kas asjaolu, et isa on ema meelitanud teise riiki ja hoiab teda seal õigusvastaselt sunni- või muu õigusvastase meetodiga kinni, mistõttu ema on olnud sunnitud oma lapse seal sünnitama, mõjutab vastust esimesele küsimusele, kui sellises olukorras võib tegemist olla ema ja/või lapse inimõiguste rikkumisega [EIÕK] artiklite 3 ja 5 või muus tähenduses?“

20. Eelotsusetaotluse esitanud kohus palus, et eelotsusetaotluse suhtes kohaldataks Euroopa Kohtu kodukorra artiklis 107 ette nähtud kiirmenetlust. Euroopa Kohtu esimene koda otsustas 5. juulil 2018 ettekandja-kohtuniku ettepanekul pärast kohtujuristi ärakuulamist selle taotluse rahuldada.

21. UD, XB, Ühendkuningriigi valitsus ja Euroopa Komisjon esitasid kirjalikud seisukohad. Nemad ja Tšehhi valitsus olid esindatud kohtuistungil, mis toimus 7. septembril 2018.

IV. Õiguslik analüüs

A. Vastuvõetavus

22. Ühendkuningriigi valitsus väidab, et eelotsuse küsimused on vastuvõetamatud sel põhjusel, et Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõige 1 reguleerib ainult kohtualluvuskonflikte liikmesriikide kohtute vahel. EÜ artikli 61 punkti c (nüüd ELTL artikkel 67) kohaselt – mis on üks selle määruse õiguslikke aluseid – on selle määruse geograafiline kohaldamisala piiratud olukordadega, mille puhul esinevad seosed kahe või mitme liikmesriigi vahel. Selle määruse artikli 8 lõiget 1 ei kohaldata seega niisuguse vaidluse kontekstis, mille puhul esineb seos liikmesriigi ja kolmanda riigi vahel.

23. Viidatud sätte sõnastus näitab, et liikmesriigi kohtutel on pädevus „lapse suhtes, kelle [harilik viibimiskoht] on hagi esitamise ajal selles liikmesriigis“, ilma et see pädevus oleks piiratud kohtuvaidlustega, millel on seosed teise liikmesriigiga.

24. Brüsseli IIa määruse artikli 61 punkt a kinnitab seda tõlgendust. Viimati viidatud sätte järgi kohaldatakse seda määrust seoses vanemliku vastutuse ja lastekaitsemeetmetega seotud kohtualluvust, kohaldatavat seadust, tunnustamist, kohtuotsuste täitmist ja koostööd käsitleva 19. oktoobri 1996. aasta Haagi konventsiooniga (edaspidi „Haagi 1996. aasta konventsioon“)[3] juhul, kui kõnealuse lapse harilik viibimiskoht on liikmesriigi territooriumil. Brüsseli IIa määrus on seega konventsiooni suhtes ülimuslik alati, kui on täidetud see kriteerium, ilma et tähtsust oleks sellel, et vaidlus kätkeb endas potentsiaalset kohtualluvuskonflikti liikmesriikide või liikmesriigi ja selle konventsiooni allkirjastanud kolmanda riigi vahel.

25. Lisaks on selle määruse artikli 12 lõikes 4 – milles on teatavatel juhtudel ette nähtud asja allumine vanemate abielulahutuse avalduse kohta otsuse teinud liikmesriigi kohtutele isegi juhul, kui lapse harilik viibimiskoht ei ole seal – silmas peetud niisuguse lapse olukorda, kelle harilik viibimiskoht on kolmandas riigis, mis ei ole allkirjastanud 1996. aasta Haagi konventsiooni. Seda sätet kohaldatakse seega konkreetselt vaidluste suhtes, millel on seosed liikmesriigi ja sellise kolmanda riigi vahel.[4]

26. Selle määruse artikli 8 lõike 1 teleoloogiline tõlgendus viib mind samuti mõttele, et rahvusvaheline kohtualluvus kuulub kindlalt liikmesriigi kohtutele, kui lapse harilik viibimiskoht on seal, isegi kui puuduvad seosed teise liikmesriigiga.

3 1996. aasta Haagi konventsiooniga asendati Haagis 5. oktoobril 1961 sõlmitud alaealiste kaitse suhtes ametiasutuste volitusi ja kohaldatavat seadust käsitlev konventsioon (edaspidi „1961. aasta Haagi konventsioon“). Kuigi Euroopa Liit ei ole 1996. aasta Haagi konventsiooniga ühinenud, on selle allkirjastanud kõik liikmesriigid.

4 Seevastu Brüsseli IIa määruse teatavad kohtualluvust käsitlevad sätted eeldavad tingimata – nagu nende sõnastuski näitab – potentsiaalsest kohtualluvuskonflikti kahe või enama liikmesriigi kohtute vahel (vt artiklid 9, 10, 15, 19 ja 20). Lisaks kohaldatakse selle määruse tunnustamist ja täitmist käsitlevaid sätteid ainult kohtuotsuste suhtes, mille on teinud liikmesriikide kohtud (vt 12. mai 2016. aasta kohtumäärus Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, punktid 19–22) ja 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988, punkt 27)). Sama kindel on, et selle määruse lapse tagasitoomist käsitleva artikli 11 kohaldamine eeldab, et laps viidi ühest liikmesriigist teise, et teda seal kinni pidada. Kokkuvõttes tuleb kindlaks teha mitte Brüsseli IIa määruse geograafiline kohaldamisala tervikuna, vaid nendest sätetest igaühe geograafiline kohaldamisala.

27. Euroopa Kohus täpsustas selle kohta kohtuotsuses Owusu[5], et 27. septembri 1968. aasta konventsiooni kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusasjades (edaspidi „Brüsseli konventsioon“)[6] – määruse (EÜ) nr 44/2001 kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusasjades[7] (edaspidi „Brüsseli I määrus“) eelkäija – eesmärk oli hõlbustada siseturu toimimist kohtualluvuseeskirjade vastuvõtmisega vastavate vaidluste puhuks ning vähendada kohtuotsuste tunnustamise ja täitmisega seotud raskusi. Euroopa Kohus leidis, et nende kohtualluvuseeskirjade ühtlustamine, mis puudutavad vaidlusi, millel on seos kolmanda riigiga, aitab seda eesmärki saavutada, sest võimaldab kõrvaldada takistused, mis võivad tuleneda vastavate riigisiseste õigusaktide lahknevusest. Ta järeldas sellest, et see, kas kohaldada tuleb Brüsseli konventsiooni artiklis 2 sätestatud eeskirja – mille kohaselt kuulub kohtualluvus üldiselt kostja elukoha liikmesriigi kohtutele –, ei sõltu sellest, kas eksisteerib õigussuhe, millesse on kaasatud mitu selle konventsiooni osalisriiki.[8]

28. Minu arvates on selles kohtuotsuses esitatud arutluskäik õige ka Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 kontekstis. Vastavalt ELTL artikli 67 lõikele 4 soosib liit liikmesriikide kohtute tehtud kohtuotsuste vastastikust tunnustamist kõikides tsiviilvaldkondades.[9] Rahvusvahelise kohtualluvuse eeskirjade ühtlustamisega õiguskindlust tugevdades soovitakse aga hõlbustada vastastikust usaldust, mis võimaldab luua kohtuotsuste automaatse tunnustamise süsteemi.[10] Sellest vaatevinklist võimaldab see, kui ühtlustatakse kohtualluvuseeskirju niisuguste vaidluste lahendamisel, millel on seos kolmanda riigiga, kõrvaldada teistes liikmesriikides tehtud kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise takistused kõikides tsiviilvaldkondades, sh perekonnaasjades.

29. See järeldus peegeldab pealegi nii seda, kuidas on Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 kohaldamisala mõistnud riigisisesed kohtud,[11] kui ka seda, kuidas on nimetatud sätte kohaldamisala mõistetud õigusteoorias[12].

30. Seega ei saa nõustuda eelotsuse küsimuste vastuvõetamatuse põhjusega, mida nimetab Ühendkuningriigi valitsus.

5 1. märtsi 2005. aasta kohtuotsus (C-281/02, EU:C:2005:120, punkt 33).

6 EÜT 1972, L 299, lk 32.

7 22. detsembri 2000. aasta määrus (EÜT 2001, L 12, lk 1; ELT eriväljaanne 19/04, lk 42).

8 1. märtsi 2005. aasta kohtuotsus Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, punktid 34 ja 35). Vt ka 7. veebruari 2006. aasta arvamus 1/03 (uus Lugano konventsioon) (EU:C:2006:81, punktid 146–148).

9 ELTL artikli 81 lõikes 2 on näiteks ette nähtud ühtlustamismeetmete võtmine tsiviilasjades tehtava õigusalase koostöö valdkonnas, *„eriti* kui see on vajalik siseturu nõuetekohaseks toimimiseks“ (kohtujuristi kursiiv).

10 Vt A. Borrási selgitav aruanne (EÜT 1998, C 221, lk 27), mis koostati menetluse raames, milles võeti vastu [ELL] artiklil K.3 põhinev ja Brüsselis 28. mail 1998 sõlmitud abieluasjade kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise konventsioon (EÜT 1998, C 221, lk 1, nn „Brüsseli II konventsioon“), punkt 13.

11 Vt eelkõige Cour de Cassationi (Prantsusmaa kassatsioonikohus) 1. tsiviilkoja 13. mai 2015. aasta otsus nr 15-10.872, Supreme Court of the United Kingdomi (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus), otsus Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, punkt 29, ja High Court of Irelandi (kõrge kohus, Iirimaa) 1. juuli 2008. aasta O'K v A [2008] IEHC 243, punkt 5.8.

12 Vt eelkõige Gallant, E., „Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale“, Répertoire de droit international, Dalloz, 2013, punkt 24 jj, ning Magnus, U. ja Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law*: Brussels II bis *Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, lk 21.

31. Ammendavuse huvides lisan, et nende küsimuste vastuvõetavust ei saa kahtluse alla seada ka põhjusel, et need puudutavad stsenaariumi, mis ei peegelda mitte eelotsusetaotluse esitanud kohtu tuvastatud faktilisi asjaolusid, vaid ainult faktilisi asjaolusid nii, nagu ema neid kirjeldab.[13]

B. Sisulised küsimused

1. Sissejuhatavad märkused

32. Brüsseli IIa määruse ja seda inspireerinud rahvusvaheliste konventsioonide keskne element mõiste „lapse harilik viibimiskoht“ täidab nende õigusaktide kontekstis kahesugust otstarvet.

33. Esiteks põhineb selle määruse artikli 8 lõike 1 kohaselt liikmesriigi kohtute pädevus teha otsus vanemliku vastutuse küsimustes kriteeriumil, mille kohaselt on määrava tähtsuse lapse harilik viibimiskoht hagi esitamise hetkel.[14] Selle sätte sisu on sama nagu 1996. aasta Haagi konventsiooni artikli 5 lõikel 1.

34. Teiseks on mõiste „lapse harilik viibimiskoht“ Haagis 25. oktoobril 1980 sõlmitud lapseröövi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise rahvusvahelise konventsiooniga (edaspidi „1980. aasta Haagi konventsioon“ ja koos 1996. aasta Haagi konventsiooniga „Haagi konventsioonid“)[15] ette nähtud tagasitoomissüsteemi keskmes. Seda süsteemi niisugusena, nagu seda on täiendatud Brüsseli IIa määrusega ja eelkõige selle artikliga 11, kohaldatakse liikmesriikide vahel selle määrusega reguleeritud valdkondades edasi.[16] Sisuliselt on lapse äraviimine ja kinnipidamine ebaseaduslikud, kui seejuures rikutakse isikuhooldusõigust, mis on määratud selle riigi õiguse kohaselt, kus oli lapse harilik viibimiskoht vahetult enne seda sündmust.[17] Kui äraviimine või kinnipidamine on ebaseaduslik, tuleb korraldus laps sellesse riiki tagasi tuua anda põhimõtteliselt viivitamatult.[18]

35. Euroopa Kohtu praktika kohaselt on mõistel „lapse harilik viibimiskoht“ nendes kahes kontekstis sama tähendus.[19] Niisugune lähenemisviis on seletatav eelkõige sellega, et nii Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 kui ka tagasitoomissüsteemi eesmärk on see, et vaidlused vanemliku vastutuse küsimuses lahendatakse lapse hariliku viibimiskoha liikmesriigi kohtutes, mis leitakse olevat sobivaimad lapse huve kaitsma.[20]

13 Euroopa Kohus on juba otsustanud, et riigisisene kohus võib talle esitada tõlgendamistaotluse „isegi siis, kui see põhineb põhikohtuasja poolte väidetel, mille põhjendatust ei ole see kohus veel kontrollinud, kui ta arvab kohtuasja eripära arvestades, et eelotsusetaotluse esitamine on tema otsuse tegemiseks vajalik ja et eelotsuse küsimused […] on asjakohased“ (9. detsembri 2003. aasta kohtuotsus Gasser (C-116/02, EU:C:2003:657, punkt 27)). Käsitletaval juhul leiab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et Euroopa Kohtu vastus tema küsimustele on vajalik, et ta saaks teha otsuse, kas asi allub temale, sest asjakohaste faktiliste asjaolude tõendatuse tase, mis peab sel puhul olema täidetud, erineb sisulistes küsimustes nõutavast faktiliste asjaolude tõendatuse tasemest. Euroopa Kohus märkis selles küsimuses 28. jaanuari 2015. aasta kohtuotsuses Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punktid 59–63), et liikmesriikide kohtute kontrollikohustuste ulatus sõltub siis, kui nad kontrollivad, kas asi allub Brüsseli I määruse kohaselt neile, riigisisesest menetlusõigusest, tingimusel et säilitatakse selle määruse kasulik mõju. Euroopa Kohtu arvates peab liikmesriigi kohus saama hõlpsalt lahendada asja talle allumise küsimuse ilma kohustuseta asuda asja sisulisele läbivaatamisele nii, et ta kogub juba selles menetlusetapis üksikasjalikke tõendeid nii kohtualluvuse kontrollimiseks kui ka asja sisuliseks hindamiseks. See loogika on minu arvates õige ka Brüsseli IIa määruses sätestatud kohtualluvuseeskirjade puhul.

14 Ei ole vaieldud vastu, et põhikohtuasjas esitatud hagi puudutab vanemliku vastutuse küsimusi niisugusena, nagu see vastutus on määratletud Brüsseli IIa määruse artikli 2 punktis 7.

15 1980. aasta Haagi konventsiooni on allkirjastanud kõik liikmesriigid. Liit ei ole sellega siiski ühinenud. Samas ei ole Bangladeshi Rahvavabariik allkirjastanud ei seda konventsiooni ega 1996. aasta Haagi konventsiooni.

16 Vt Brüsseli IIa määruse artikli 62 lõige 2 ja põhjendus 17. Selle määruse artikli 60 punkti e kohaselt on see määrus 1980. aasta Haagi konventsiooni suhtes ülimuslik. Vt 5. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punkt 36).

17 Vt 1980. aasta Haagi konventsiooni artikkel 3 ja Brüsseli IIa määruse artikli 2 punkt 11.

18 Vt 1980. aasta Haagi konventsiooni artikkel 12 ja Brüsseli IIa määruse artikkel 11.

19 9. oktoobri 2014. aasta kohtuotsus C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 54) ja 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 41).

20 Vt E. Pérez-Vera selgitav aruanne Actes et documents de la XIV^{ème} session (1980), tome III (edaspidi „Pérez-Vera aruanne“), punktid 16, 19 ja 66. Eelkõige selle dokumendi punkt 16 näitab, et võimatus määrata konventsiooniga kindlaks kohtualluvuskriteeriumid isikuhooldusõiguse alal on viinud selleni, et valiti tagasitoomissüsteem, mis „võimaldab – hoolimata sellest, et seda eiratakse – enamikul juhtudel lapse hariliku viibimiskoha ametiasutustel teha enne tema äraviimist lõpliku otsuse isikuhooldusõiguse küsimuses“.

36. Täpsemalt ilmneb selle määruse põhjendusest 12, et selle artikli 8 lõikes 1 sätestatud üldine kohtualluvuseeskiri peegeldab läheduskriteeriumi, millega seadusandja soovis saavutada lapse huvide kaitse eesmärki. Seadusandja leidis, et lapse hariliku viibimiskoha liikmesriigi kohtutel on läheduse tõttu tema ühiskondliku ja perekondliku keskkonnaga kõige lihtsam tema olukorda sisulises menetluses hinnata,[21] mõnikord pärast seda, kui laps on 1980. aasta Haagi konventsiooni sätete alusel, mida on täiendatud Brüsseli IIa määrusega, sellesse liikmesriiki tagasi toodud. See kohtualluvuseeskiri ja tagasitoomissüsteem on seega kantud teatavast lapse huvide kontseptsioonist üldises tähenduses.[22] Need huvid saavad konkreetsema kuju hiljem, vanemlikku vastutust puudutavate küsimuste sisulise arutamise etapis.[23]

37. Ei Haagi konventsioonides ega Brüsseli IIa määruses ei ole määratletud mõistet „lapse harilik viibimiskoht“. Selles olukorras on Euroopa Kohus – nagu ka need konventsioonid allkirjastanud liikmesriigid – pidanud üldjoontes välja töötama testi, mis peab aitama lapse hariliku viibimiskoha igal konkreetsel juhtumil kindlaks teha. See eeldab tasakaalu leidmist mitme nõude vahel.

38. Esiteks peab see test olema piisavalt paindlik, et kohtud saaksid kohandada oma otsuseid iga juhtumi konkreetsetele asjaoludele, et need otsused peegeldaksid nii palju kui võimalik läheduskriteeriumi. Selles küsimuses näitavad Haagi konventsioonide vastuvõtmisele eelnevad ettevalmistavad materjalid, et nende autorid jätsid mõiste „lapse harilik viibimiskoht“ meelega määratlemata. Nad leidsid, et see mõiste kuulub faktilistele asjaoludele antavate hinnangute valda ning seda ei tohiks kammitseda niisuguste jäikade õigusnormide raamistikku nagu need, mis reguleerivad viibimiskoha kindlaksmääramist.[24]

39. Teisalt peab valitud test tagama teatava ennustatavuse ja õiguskindluse, piirates kohtute kaalutlusõigust piisavate tähistega. Viimane nõue vastab ka ühtluse eesmärgile Brüsseli IIa määruse ja Haagi konventsioonide kohaldamisel: mida täpsemad ja selgemad on tähised, seda ennustatavamad ja seega ühtlasemad on tulemused erinevates asjaomastes kohtutes.

40. Pean vajalikuks rõhutada siin seda, kui oluline on kohaldada lapse hariliku viibimiskoha kriteeriumi nii liidus kui ka kõikides Haagi konventsioonid allkirjastanud riikides ühtlaselt ja ühetaoliselt. Eesmärk on vältida kohtualluvuskonflikte liikmesriikide kohtute ja 1996. aasta Haagi konventsiooni allkirjastanud teiste riikide kohtute vahel ning teha võimalikuks 1980. aasta Haagi konventsiooniga loodud tagasitoomissüsteemi ühetaoline kohaldamine.[25] Seepärast näib mulle vajalik võtta oma analüüsis arvesse teatavaid otsuseid, mille on teinud need konventsioonid allkirjastanud kolmandate riikide kohtud.[26]

21 Vt selle kohta 9. novembri 2010. aasta kohtuotsus Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, punkt 84).

22 Vt Pérez-Vera aruande punktid 24 ja 25 ning 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 59 ja seal viidatud kohtupraktika).

23 Vt selle kohta 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 66).

24 Juba alates 1961. aasta Haagi konventsiooni vastuvõtmisest peale eelistati lapse hariliku viibimiskoha kriteeriumi nii kodakondsuse kriteeriumile – mis oli traditsiooniliselt kohtualluvuse aluseks isikute staatuse valdkonnas, kuid mis leiti olevat ajast ja arust, – kui ka elukohakriteeriumile, mis kujutas endast õigusmõistet, mis oli määratletud riigisisestes õigussüsteemides erinevalt. Harilikku viibimiskohta peeti „faktiliseks mõisteks“, mis vastab „alaealise elu tegelikule keskmele“ (M. W. de Steigeri selgitav aruanne „Actes et documents de la IX^{ème} session“ (1960), tome IV, lk 9, 13 ja 14). 1980. aasta Haagi konventsiooni vastuvõtmisele eelnevates ettevalmistavates materjalides korrati, et harilik viibimiskoht kujutab endast – vastupidi „elukoha“ kontseptsioonile – „puhtalt faktilist mõistet“ (Pérez-Vera aruanne, punkt 66). 1996. aasta Haagi konventsiooni vastuvõtmisele eelnevates ettevalmistavates materjalides lükati ettepanek lisada selle mõiste määratlus tagasi põhjendusel, et niisugune määratlus võib häirida nende paljude teiste konventsioonide tõlgendamist, kus on kasutatud sama mõistet (P. Lagarde'i selgitav aruanne „Actes et documents de la XVIII^{ème} session“ (1996), tome II, punkt 40). Need aruanded on kättesaadavad ka veebilehel https://www.hcch.net/fr/instruments.

25 Vt selle kohta kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas A (C-523/07, EU:C:2009:39, punktid 26 ja 30).

26 Ma käin seega eelkõige Briti ja Kanada kohtute jälgedes, kelle kohtupraktikas on palju viiteid teiste 1980. aasta Haagi konventsiooni allkirjastanud riikide kohtute ja Euroopa Kohtu otsustele. Vt eelkõige Kanada kõrgeima kohtu otsus Balev, 2018 SCC 16, punktid 40–57 ja Supreme Court of the United Kingdomi (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) otsus A *vs*. A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, punkt 46 jj.

2. Kas laps peab liikmesriigis füüsiliselt viibima, et tema harilikuks viibimiskohaks saaks määrata selle liikmesriigi (esimene küsimus)?

a. Sissejuhatavad märkused

41. Oma esimese küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas selleks, et lapse harilik viibimiskoht oleks liikmesriigis Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 tähenduses, on tarvis, et see laps oleks – kas või minevikus ja lühiajaliselt – füüsiliselt seal viibinud.

42. Nagu ilmneb eelotsusetaotlusest, on selle küsimuse taustaks kohtulik arutelu, mis toimus Supreme Court of the United Kingdomis (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) vaidluse raames, mille faktilisel kontekstil oli ühiseid jooni käesoleva kohtuasjaga. Kohtuotsuses A *vs*. A (Children: Habitual Residence)[27] pidi see kohus võtma seisukoha Pakistanis sündinud ja mitte kunagi Ühendkuningriigi pinnale astunud lapse hariliku viibimiskoha küsimuses. Tema ema, kes oli elanud mitu aastat Ühendkuningriigis, kus ta oli juba toonud ilmale kolm last, oli sõitnud enne neljanda lapse eostamist Pakistani kavatsusega jääda sinna ajutiselt. Seal hoidis isa teda koos kolme esimese lapsega kinni, võttes neilt eelkõige passid ära, ning sundis ta sünnitama neljanda lapse seal.

43. Enamus, keda juhtis Lady Hale, oli – tuginedes Euroopa Kohtu praktikale, mille kohaselt on lapse harilik viibimiskoht faktiline mõiste[28] – selle poolt, et pidada lapse füüsilist kohalviibimist Ühendkuningriigis eeltingimuseks, mis peab olema täidetud, et tema harilik viibimiskoht võiks olla seal. Nõustudes siiski, et seda küsimust ei saa lahendada, ilma et Euroopa Kohtus seda eelotsusega selgitaks, jätsid enamuses olevad kohtunikud selle tegelikult lahtiseks, rajades asja alluvuse Briti kohtutele teisele alusele, see tähendab põhimõttele *parens patriae*.[29] Lord Hughes, kes avaldas eriarvamust, leidis – lähtudes samuti Euroopa Kohtu faktipõhisest lähenemisviisist –, et lapse harilik viibimiskoht on Ühendkuningriigis, sest tema pereliikmed olid end seal piisavalt püsivalt sisse seadnud, et nende harilik viibimiskoht oleks seal, ning laps ei olnud seal olnud ainult oma isa sunnimeetmete tõttu.[30]

44. Esimeses eelotsuse küsimuses tõstatatud probleem on esitatud lahendamiseks ka Prantsusmaa kohtutele. Cour de cassation (Prantsusmaa kassatsioonikohus) on pidanud seisukoha võtma olukorra kohta, kus ema, kes elas isa ja nende esimese lapsega Ameerika Ühendriikides, läks rasedana koos selle lapsega Prantsusmaale, et külastada peret ja jääda sinna ajutiselt. Seejärel jäi ema Prantsusmaa territooriumile, sünnitas seal teise lapse ning otsustas ühepoolselt, et et ei vii lapsi Ameerika Ühendriikidesse. Selles olukorras otsustas Cour de cassation (Prantsusmaa kassatsioonikohus), et nende kahe lapse harilik viibimiskoht on Ameerika Ühendriikides, ehkki vastsündinu ei olnud seal kunagi käinud.[31]

45. Kuigi Euroopa Kohus on mitu korda rõhutanud, et lapse füüsilisest kohalviibimisest riigis *ei piisa* selleks, et tema harilik viibimiskoht oleks seal, ei ole ta minu arvates veel ära otsustanud küsimust, kas füüsiline kohalviibimine teatavas riigis kujutab endast tingimust, mis *peab olema* selleks *täidetud*.[32] Kõigepealt meenutan seda kohtupraktikat ja õiguslikku testi, mis sellest tuleneb (osa b). Seejärel on

27 [2013] UKSC 60.

28 Vt käesoleva ettepaneku punkt 47 jj.

29 [2013] UKSC 60, punktid 55–58.

30 Vt eelkõige [2013] UKSC 60, punktid 82–93. Lisaks leidis eelotsusetaotluse esitanud kohus teatavatel asjaoludel, mis olid sarnased kohtuasja A *vs*. A (Children: Habitual Residence) asjaoludega, et lapse harilik viibimiskoht on Ühendkuningriigis, kuigi ta ei olnud kunagi sinna „oma jalga tõstnud“. Vt High Court of Justice (England & Wales) Family Divisioni (kõrge kohus (Inglismaa ja Wales), perekonnaasjade osakond) otsus B *vs*. H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 Cour de cassationi (Prantsusmaa kassatsioonikohus) 1. tsiviilkoja 26. oktoobri 2011. aasta otsus nr 10-19905 (Bulletin 2011, I, nr 178).

32 Vt käesoleva ettepaneku punkt 47 ja punktid 54–63.

käsitletud põhjuseid, miks ma arvan – lähtudes olemasolevast kohtupraktikast tulenevatest põhimõtetest ning Brüsseli IIa määruse eesmärkidest ja kontekstist –, et lapse füüsiline kohalviibimine teatavas riigis ei kujuta endast eeltingimust, mis peab olema täidetud, et tema harilik viibimiskoht oleks selles riigis (osa c).

b. Test, mis on välja kujundatud Euroopa Kohtu praktikas

46. Nende kohtuotsustega on Euroopa Kohus välja töötanud ja täiustanud testi, mis võimaldab teha lapse hariliku viibimiskoha kindlaks lähenemisviisi põhjal, mis on peamiselt faktipõhine ja kasuistlik. Seega on ta püüdnud muuta konkreetsemaks kriteeriumi, mille seadusandja on lapse huvides valinud.

47. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on lapse „harilik viibimiskoht" koht, mis väljendab „lapse teatavat integratsiooni sotsiaalsesse ja perekondlikku keskkonda",[33] või kui kasutada hiljutises kohtuotsuses HR kasutatud väljendit, „koht, kus faktiliselt on tema elu kese".[34] Selle õigusliku testi kohaldamine riigisisestes kohtutes eeldab faktipõhist hindamist, mille käigus määratakse see koht kindlaks nii, et arvesse võetakse iga juhtumi konkreetseid asjaolusid. Selles küsimuses tuleb märkida, et „lisaks lapse füüsilisele kohalviibimisele liikmesriigis peab tulenema ka muudest täiendavatest asjaoludest, et lapse viibimine liikmesriigis ei ole vaid ajutine või juhuslik ning et harilik viibimiskoht vastab kohale, mis väljendab lapse teatud integratsiooni sotsiaalsesse ja perekondlikku keskkonda"[35] – ehk, kui kasutada kohtuotsuses Mercredi kasutatud väljendit, „viibimine peab olema teataval määral stabiilne või korrapärane".[36]

48. Nende tegurite hulgas on eelkõige asjaomases liikmesriigis või asjaomastes liikmesriikides kohalviibimise kestus, korrapärasus, tingimused ja põhjused, lapse kodakondsus,[37] kooliskäimise koht ja tingimused, keeleoskus ning lapse perekondlikud ja ühiskondlikud sidemed selles liikmesriigis või nendes liikmesriikides.[38] Vanemate kavatsus asuda koos lapsega elama teatud liikmesriiki on lisategur, kui see kavatsus väljendub konkreetsetes meetmetes (näiteks eluaseme ost või üürimine).[39] Nende tegurite kaal sõltub iga konkreetse juhtumi asjaoludest.[40]

33 Vt eelkõige 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 38), 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 47) ja 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 42).

34 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 42). Vt ka kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkt 38). See test vastab „alaealise elu tegeliku keskme" testile, mis on ette nähtud juba alates 1961. aasta Haagi konventsiooni vastuvõtmisele ettevalmistavatest materjalidest (vt käesoleva ettepaneku 24. joonealune märkus).

35 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 38) ja 9. oktoobri 2014. aasta kohtuotsus C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 51). Vt ka 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 49), 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 43) ja 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 41).

36 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 44).

37 See kriteerium põrkub vastuväitele, et lapse kodakondsus kujutab endast sõltumatut õiguslikku seost, mille Haagi konventsioonide autorid (millest on kantud Brüsseli IIa määrus) soovisid just kõrvale jätta, et teha ruumi faktipõhisele kriteeriumile, milleks on lapse hariliku viibimiskoha kriteerium (vt käesoleva ettepaneku 24. joonealune märkus). Vt R. Lamont kommentaar 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsusele A (C-523/07, EU:C:2009:225), Common Market Law Review 47, 2010, lk 241. Sellest vaatevinklist tuleb lapse kodakondsus arvesse ainult juhul, kui see kujutab endast asjaolu, mis peegeldab lapse kasvukeskkonna ühiskondlikku reaalsust. Vt selle kohta 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punktid 57–60).

38 Vt selle kohta 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 39) ja 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 43).

39 Vt selle kohta 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 40), 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 50), 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 46) ja 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 46).

40 Vt selle kohta 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 48) ja 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 49).

49. Kohaldades seda testi, et teha kindlaks imiku[41] harilik viibimiskoht, nõustus Euroopa Kohus esimest korda kohtuotsuses Mercredi[42], et hinnates imiku lõimumist ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda, ei tohiks kõrvale jätta nende isikute teatavas kohas elamise asjaolusid, kellest ta sõltub. Euroopa Kohus märkis, et väikelapse kasvukeskkond on peaasjalikult perekond ja selle moodustab viiteisik või -isikud, kellega laps elab, kes teda tegelikult hoiavad ja tema eest hoolitsevad[43] – ja kelleks tavaliselt on vanemad.[44] Järelikult kui väikelaps elab iga päev oma vanematega, tuleb eelkõige teha kindlaks koht, kus tema vanemad on stabiilselt paigal ning integreerunud sotsiaalsesse ja perekondlikku keskkonda.[45]

50. See koht tuleb määrata kindlaks mitteammendava loetelu põhjal lähtuvalt sama laadi asjaoludest nagu need, mis näitavad lapse lõimumist niisugusesse keskkonda. Nende asjaolude hulgas on vanemate asjaomases liikmesriigis või asjaomastes liikmesriikides viibimise kestus, korrapärasus, tingimused ja põhjused, nende keeleoskus, nende geograafiline ja perekondlik päritolu ning nende perekondlikud ja ühiskondlikud suhted.[46] Vanemate kavatsust asuda koos lapsega teatavasse kohta elama võetakse arvesse, kui see peegeldab vanemate (ja seega lapse) ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda lõimumise tegelikkust.[47] Sellest vaatevinklist kujutab vanemate kavatsus endast tegurit, mis on küll oluline, kuid mitte tingimata määrava tähtsusega.[48] Kaal, mis vanemate lõimumise aspektidele omistatakse, sõltub lapse vanematest sõltuvuse tasemest, mis on eri vanuses erinev.

51. Selle lähenemisviisi loogika tuleb kõige selgemalt esile, kui küsimuse all on vastsündinu harilik viibimiskoht. Kui arvesse läheksid ainult lapse teatavas kohas viibimisest tingitud lõimumise objektiivsed asjaolud, ei oleks ühelgi vastusündinul – kellel ei ole juba oma definitsiooni poolest olnud aega kuhugi lõimuda – harilikku viibimiskohta. Selle tulemus oleks, et 1980. aasta Haagi konventsiooniga loodud tagasitoomissüsteem, mida on täiendatud Brüsseli IIa määrusega, ei kaitseks ühtegi vastsündinut.

52. Sellest olukorra kirjeldusest ilmneb, et Euroopa Kohus peab õigeks niinimetatud „hübriidset lähenemisviisi“, mille kohaselt määratakse lapse harilik viibimiskoht kindlaks esiteks objektiivsete tegurite põhjal, mis lapse viibimist teatavas kohas iseloomustavad, ning teiseks tema vanemate teatavas kohas viibimise asjaolude ja nende kavatsuste põhjal, mis puudutab lapse viibimiskohta. Kuigi mõiste „harilik viibimiskoht“ on keskendatud lapsele, sest see tähistab kohta, kus on faktiliselt tema elu kese, sõltub see koht ise – määral, mis sõltub lapse vanusest, – kohast, kus on tema vanemate elu kese ja kus nad kavatsevad teda koolitada.

41 Sõnaraamatu Larousse järgi tähistab mõiste „imik“ last alates vastsündinu etapist kuni kaheaastaseks saamiseni, samas kui „vastsündinu“ hõlmab lapsi, kes on kuni 28 päeva vanused. Mugavuse huvides kasutan terminit „imik“, et tähistada neid mõlemat väga väikeste laste kategooriat. Väike tüdruk, kellega oli tegemist põhikohtuasjas, oli eelotsusetaotluse esitanud kohtu poole pöördumise hetkel imik.

42 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

43 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punktid 52–54). Vt ka 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 45).

44 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 44).

45 Vt 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 45).

46 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 45) ja 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 45). Vt ka 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punktid 55 ja 56).

47 Vt selle kohta Supreme Court of the United Kingdomi (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) otsus Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, punkt 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 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punktid 47 ja 50) ning 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 64).

53. Nagu on rõhutanud Kanada kõrgeim kohus[49], tuginedes mitmele kohtuotsusele, mis on tehtud 1980. aasta Haagi konventsiooni allkirjastatud riikides, vastab hübriidne lähenemisviis – mida eelistatakse üksnes lapse „aklimatiseerumisele" keskendatud lähenemisviisile[50] ja lähenemisviisile, mille puhul on rõhk vanemate kavatsusel[51] – nüüd suunale, mis tuleneb seda konventsiooni käsitlevast kohtupraktikast rahvusvahelisel tasemel.

c. Euroopa Kohtu praktikas leiduvad juhised selle kohta, kas füüsiline kohalviibimine teatavas kohas on hädavajalik

1. Ettepanek, mille kohaselt on Euroopa Kohus juba küsimuse lahendanud

54. Ükski asjast huvitatud pool ei vaidle vastu, et praktikas viib iga konkreetse juhtumi asjaolude üldine hindamine tavaliselt järelduseni, et lapse elu tegelik kese – ja seega tema harilik viibimiskoht – on kohas, kus ta on juba füüsiliselt viibinud. UD, Ühendkuningriigi valitsus ja Tšehhi valitsus on siiski – vastupidi XB-le ja komisjonile – arvamusel, et teatavatel erandlikel asjaoludel võib see üldine hinnang anda alust järeldusele, et lapse harilik viibimiskoht on riigis, kus ta ei ole kunagi käinud.

55. Selle kohta on Euroopa Kohtu eespool viidatud praktikas – nagu väidavad XB ja komisjon – mõned lõigud, mis toetavad esmapilgul järeldust, et teatava liikmesriigi määramine lapse harilik viibimiskohaks eeldab, et ta on seal füüsiliselt viibinud. Nende lõikude lugemisel nende kontekstis selgub siiski, et niisuguse järelduse tegemisel tuleks olla ettevaatlik.

56. Kõigepealt võib väljend „lisaks […] füüsilisele kohalviibimisele"[52], mis eelneb teiste asjakohaste tegurite loetelule, viia mõttele, et see kriteerium kujutab endast kõige lapse hariliku viibimiskoha kindlaksmääramisel arvessevõetava hädavajalikku koostisosa. Euroopa Kohus ei ole – talle hindamiseks esitatud juhtumite faktilisi asjaolusid arvestades – kunagi konkreetselt analüüsinud küsimust, kas füüsiline kohalviibimine teatavas kohas on vajalik või mitte. Nagu väitsid UD ja Ühendkuningriigi valitsus, võib selle väljendi kasutamisest teha ainult järelduse, et füüsilisest kohalviibimisest teatavas kohas *ei piisa* selleks, et lapse harilik viibimiskoht võiks olla seal. Sellest ei saa järeldada, et see kohalviibimine seal on *hädavajalik*.

57. Lõplikku vastust ei anna ka kohtuotsuse W ja V[53] lõik, milles on märgitud, et „selleks, et otsustada, et lapse harilik viibimiskoht on konkreetses liikmesriigis, peab laps olema selles liikmesriigis vähemalt füüsiliselt viibinud". Seda katket tuleb tõlgendada, lähtudes selle kohtuasja faktilisest kontekstist, milles see kohtuotsus tehti. Üks vanematest väitis, et lapse harilik viibimiskoht on Leedus, kuigi ainus seos selle liikmesriigiga oli lapse kodakondsus. Euroopa Kohus juhtis niisiis tähelepanu, et ainuüksi teatava liikmesriigi kodakondsus ei saa korvata seda, et puuduvad igasugused konkreetsed seoses selle liikmesriigiga, sest laps ei ole sinna isegi „oma jalga tõstnud".[54] Euroopa Kohtule ei olnud esitatud küsimust, kas juhul, kui niisugused seosed on olemas, võivad need teatavatel juhtudel korvata selle, et laps ei ole asjaomases liikmesriigis füüsiliselt viibinud.

49 Vt Kanada kõrgeima kohtu 20. aprilli 2018. aasta otsus Balev, 2018 SCC 16, punktid 50–57.

50 Vt United States Court of Appeals, 6th Circuiti (6. ringkonna apellatsioonikohus, Ameerika Ühendriigid) otsus Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996), ja otsus Robert v. Tesson, 507 F.3d 981 (2007), ning Cour d'appel de Montréali (Montréali apellatsioonikohus, Kanada) 8. septembri 2000. aasta otsus nr 500-09-010031-003.

51 Vt eelkõige United States Court of Appeals, 9th Circuiti (9. ringkonna apellatsioonikohus, Ameerika Ühendriigid) otsus Mozes *vs*. Mozes, 239 F 3d 1067 (2001) ja United States Court of Appeals, 11th Circuiti (11. ringkonna apellatsioonikohus, Ameerika Ühendriigid) otsus Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

52 Vt käesoleva ettepaneku punkt 47.

53 15. veebruari 2017. aasta kohtuotsus (C-499/15, EU:C:2017:118, punkt 61).

54 Vt käesoleva ettepaneku 37. joonealune märkus.

58. Lõpuks tuleb nentida, et ka kohtuotsus OL[55] ei kinnita XB ja komisjoni väidet. Kohtuasjas, milles see tehti, oli tegemist lapsega, kelle ema oli kreeklanna ja isa itaallane, kusjuures mõlemad elasid enne tema sündi Itaalias. Isa sõnul leppisid nad kokku, et laps sünnib Kreekas ning seejärel pöörduvad laps ja ema tagasi Itaaliasse, et elada seal – kavatsus, mida ema keeldus väidetavalt täide viimast. Isa väitis Kreeka kohtus, et ema pidas last ebaseaduslikult kinni muus liikmesriigis (Kreekas) kui liikmesriik, kus oli tema harilik viibimiskoht vahetult enne kinnihoidmist (Itaalia) Brüsseli IIa määruse artikli 11 lõike 1 tähenduses. See kohus pidi seega analüüsima, kas lapse harilik viibimiskoht oli asjakohasel hetkel Itaalias, ehkki ta ei olnud seal kunagi käinud.

59. Selles kontekstis oli see kohus küsinud Euroopa Kohtult, kas lapse füüsiline kohalviibimine liikmesriigis kujutab endast kõikidel juhtudel eeltingimust, mis peab olema täidetud, et tema harilik viibimiskoht oleks seal. Kui Euroopa Kohus oleks leidnud, et varasemas kohtupraktikas oli juba sellele küsimusele jaatavalt vastatud, oleks ta võinud piirduda sellega, et juhib riigisisese kohtu tähelepanu sellele – mis oleks viimasel võimaldanud lahendada kergesti vaidluse, mille ta lahendama peab. Kohtujurist Wahl oli muide teinud Euroopa Kohtule – eelkõige kohtuotsuse W ja V[56] põhjal – ettepaneku valida see tee.[57]

60. Euroopa Kohus sõnastas siiski eelotsuse küsimuse ümber nii, et ei peaks seda lahendama üldiselt ja abstraktselt, abistades asjaomast kohut siiski nii, et sellest oli kasu selle vaidluse lahendamisel, mille viimane lahendama pidi.[58] Euroopa Kohus pidas konkreetselt silmas niisugust olukorda nagu selles vaidluses, kus laps sündis ja elas katkestusteta koos oma emaga mitu kuud vastavalt vanemate ühisele soovile väljaspool liikmesriiki, kus oli viimaste harilik viibimiskoht enne tema sündi. Ta analüüsis, kas niisuguses olukorras kujutab vanemate esialgne kavatsus, et ema tuleb koos lapsega sellesse liikmesriiki tagasi, ülekaalukat tegurit, mis võimaldab asuda seisukohale, et lapse harilik viibimiskoht oli seal, vaatamata sellele, et ta ei olnud seal kunagi käinud.

61. Vastuseks nii ümber sõnastatud küsimusele piirdus Euroopa Kohus esiteks sellega, et keeldus sedastamast üldreeglit, et vanemliku vastutuse kandjate ühine kavatsus laps liikmesriiki tagasi tuua on kõige tähtsam ja automaatselt olulisem kui lapse füüsiline kohalviibimine teises liikmesriigis. Seega ei ole olemas absoluutset reeglit, et lapse harilik viibimiskoht on tingimata vanemate harilik viibimiskoht ja üks vanem, kes on vanemliku vastutuse kandja, ei saa seda vastu teise vanema tahtmist ühepoolselt muuta.[59]

62. Teiseks hindas Euroopa Kohus, kas asjaolud, millele riigisisene kohus tema tähelepanu juhtis, võimaldavad asuda seisukohale, et lapse harilik viibimiskoht oli liikmesriigis, kus oli tema vanematel esialgu kavatsus koos temaga elada (Itaalia) – ülesanne, mida Euroopa Kohus oleks võinud pidada üleliigseks, kui talle oleks olnud selge, et asjaolust, et laps ei ole füüsiliselt Itaalias viibinud, piisab selle välistamiseks, et seal on tema harilik viibimiskoht. Selle hindamise tulemusena järeldas Euroopa Kohus, et lapse harilik viibimiskoht ei saa olla selles liikmesriigis, sest ta elab juba mitu kuud Kreekas ja sündiski seal vastavalt vanemate ühisele tahtele.[60] Ta ei välistanud sugugi, et teistsugustel asjaoludel – eelkõige juhul, kui sünnikoht ei peegelda vanemate ühist tahet – peab riigisisene kohus tuvastama, et lähtudes kõikidest asjakohastest teguritest, on lapse elu tegelik kese liikmesriigis, kus ta ei ole kunagi viibinud.

55 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

56 15. veebruari 2017. aasta kohtuotsus (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Ettepanek kohtuasjas OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punktid 57 ja 61). Punktides 81–83 pehmendas kohtujurist Wahl siiski oma seisukohta, leides, et ei saa välistada, et teatavas kohas füüsilise kohalviibimise tuleb teatavatel erandlikel asjaoludel kõrvale heita, kui eksisteerib konkreetne seos liikmesriigiga, kus laps ei ole kunagi käinud. Niisugune seos peaks lapse parimates huvides põhinema „veenvatel ja reaalsetel asjaoludel“, mis võivad seega kaaluda üle lapse füüsilise kohalviibimise asjaolu.

58 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 35).

59 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 50 jj).

60 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punktid 49 ja 50).

2. Niisuguse lähenemisviisi valik, mis sobitub kõige paremini kokku kohtupraktikaga ja Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 eesmärkidega

63. Kuna Euroopa Kohus ei ole seega veel lahendanud küsimust, kas selleks, et lapse harilik viibimiskoht võiks olla teatavas liikmesriigis, on vaja, et ta oleks seal füüsiliselt olnud, tuleb analüüsida, kas faktipõhine lähenemisviis, mis on kohtupraktikas seadusandja läheduskriteeriumi arvesse võttes valitud, sobib paremini kokku ühe või teise asjast huvitatud poolte välja pakutud lahendusega.

64. UD, Ühendkuningriigi valitsuse ja Tšehhi valitsuse sõnul ei võimalda asjaolu, et mõiste „lapse harilik viibimiskoht“ on faktiline mõiste, hästi kehtestada reeglit, et füüsiline kohalviibimine liikmesriigis on tingimus *sine qua non*, mis peab olema täidetud, et lapse harilik viibimiskoht võiks olla seal, olenemata sellest, millise järelduseni viivad muud asjakohased asjaolud. Viimased rõhutavad eelkõige, kui olulised on tegurid, mis on seotud selle vanema lõimumisega, kellele väikelapse tegelik isikuhooldusõigus kuulub. XB ja komisjon leiavad seevastu, et kuna laps ei saa juba definitsiooni poolest olla lõimunud kohas, kus ta ei ole kunagi käinud, oleks selle koha harilikuks viibimiskohaks määramine fiktsioon, mis ei sobi kokku asjaoluga, et see mõiste on faktiline mõiste.

65. Esimene nendest seisukohtadest sobib Euroopa Kohtu faktipõhise lähenemisviisiga minu arvates paremini kokku. Füüsilise kohalviibimise puudumise tõstmine kriteeriumi seisusesse viib selleni, et loome õigusliku alatesti, sest kui niisugune lapse füüsilise kohalviibimise eeltingimus ei ole täidetud, ei saa analüüsida ühtegi teist asjakohast asjaolu. Niisugune üldine ja abstraktne reegel tooks kaasa selle, et kaob paindlikkus, mis võimaldab materialiseerida läheduskriteeriumi lapse huvides. Nagu ilmneb eespool viidatud kohtupraktikast, ei ole see kriteerium seotud mitte niivõrd lapse ja teatava koha geograafilise lähedusega kui lapse ning teatavas kohas välja kujunenud ühiskondliku ja perekondliku keskkonna lähedusega.

66. Paindlik lähenemisviis osutub vajalikuks eelkõige selleks, et saaks käsitleda juhtumeid, mil tegemist on imikutega, kes tulevad ilmale ja elavad teises riigis kui riik, kus on nende vanemate elu tegelik kese nende perekondlike ja ühiskondlike sidemete tõttu. Selle kohta meenutan, et Euroopa Kohus on nõustunud, et kuna imikud ei saa juba definitsiooni poolest arendada tegelikke sidemeid ükskõik missuguses kohas oma vanematest sõltumatult, sõltub imikute elu tegelik kese praktikast nende vanemate elu keskmest.[61] Minu arvates viib selle ühiskondliku ja perekondliku reaalsuse eiramine tulemusteni, mis on veel kunstlikumad kui nõustumine sellega, et nendes erandlikes olukordades võib imiku harilik viibimiskoht olla kohas, kus ta ei ole kunagi füüsiliselt viibinud.

67. Imiku hariliku viibimiskoha kindlaksmääramine eeldab seega, et arvesse ei võeta mitte üksnes objektiivseid asjaolusid, mille tõttu viibib imik riigis, kus ta asub, vaid ka selle vanema või nende vanemate teise riigi ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda lõimumise asjaolusid, kellest ta sõltub. Selles kontekstis on asjaoludel, mille tõttu viibivad imik ja vanem või vanemad, kellest ta sõltub, tema sündimise ja lühikese olemasolu ajal esimeses riigis – ja seega mitte teises – eriti tähtsad.

68. Mina arvan, et kui asjaolud, mis ei olene selle vanema või nende vanemate tahtest, kellest imik sõltub – näiteks juhuslik sündmus või vääramatu jõud –, toovad kaasa selle, et imik sünnib ja viibib väljaspool riiki, kus elab stabiilselt ja korrapäraselt perekondlik rakuke, millesse ta kuulub, mille on rajanud see vanem või need vanemad ja milles võib olla teisigi liikmeid, on imiku harilik viibimiskoht selles riigis. Imiku elu kese asub siis faktiliselt seal, kus ta võib lõimuda sellesse rakukesse ja kus ta oleks pidanud olema, kui niisuguseid väliseid asjaolusid ei oleks esinenud.

61 Vt käesoleva ettepaneku punktid 49 ja 50.

69. Minu sõnu illustreerib näide, mis on inspireeritud nendest, mille toob Supreme Court of the United Kingdom (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) kohtuasjas A *vs*. A (Children: Habitual Residence)[62] ning mis on esitatud Ühendkuningriigi ja Tšehhi valitsuse seisukohtades. Kujutlegem, et stabiilselt ja korrapäraselt Saksamaal elav paar läheb puhkusele Prantsusmaale, kus ema on sunnitud ennetähtaegselt sünnitama. Kas tuleks asuda seisukohale, et vahetult pärast sündi oli lapse harilik viibimiskoht seal, kus elavad tema vanemad (ning kui on, siis vanemad vennad ja õed), kus ta elama hakkab ja kus teda ootab võib-olla juba hällgi (st Saksamaa), või ei ole lapsel enne Saksamaale minekut ühtegi harilikku viibimiskohta?[63]

70. Minu arvates on vaevalt mingit kahtlust, et järeldus, et lapse harilik viibimiskoht vahetult pärast sündimist on Saksamaal, peegeldab paremini lapse ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda lõimumise tegelikkust.[64]

71. Need kaalutlused ei piira mõistagi võimalust, et lapse harilik viibimiskoht muutub aja möödudes ja objektiivsete asjaolude muutudes. Seega kui lapse puhul, kes sündis erakorraliselt väljaspool riiki, kus elab perekondlik rakuke, mille osa ta on, on harilik viibimiskoht selles riigis, siis see järeldus on õige ainult nii kaua, kui lapse sünniriigis viibimise kestus ning sellest tulenevad kultuurilised ja ühiskondlikud sidemed ei nihuta seda paigast, et teha ruumi järeldusele, et lapse elu kese tekkis faktiliselt seal. Aja möödudes nõrgenevad lapse tegelikud sidemed riigiga, kus ta pidi ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda lõimuma, kuni muutuvad juba pigem fiktsiooniks.

72. Lisaks ei sea tõlgendus, mille ma soovitan valida, kahtluse alla seda, et *enamikul juhtudest* vastab lapse harilik viibimiskoht kohale, kus ta on füüsiliselt viibinud. See tähendab üksnes seda, et koht, mis määratakse lapse harilikuks viibimiskohaks, peab peegeldama tema ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda lõimumise tegelikkust ning selle kindlaksmääramist ei tohi piirata jäigad õigusnormid. Imikute konkreetsetes olukordades võib konkreetse juhtumi kõigi asjaolude hindamine viia järeldusele, et lapse elu kese on faktiliselt riigis, kus ta ei ole kunagi viibinud.

73. Mõned Supreme Court of the United Kingdomi (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) kohtunikud on esitanud väga kõnekaid arutluskäike selle kohta. Nad on mitu korda märkinud, et kui nende tegurite kaalumisel, mis võimaldavad teha kindlaks lapse hariliku viibimiskoha, ei saa piire seada õigusnormid, võivad seda siiski väga hästi reguleerida mõned „faktilised üldistused“. Teiste sõnadega ilmneb, et mõned ettepanekud on üldiselt – kuigi mitte muutumatult – kooskõlas faktilise olukorraga, milles laps on.[65]

62 [2013] UKSC 60, punkt 42.

63 Kolmas lähenemisviis, mille kohaselt on lapse harilik viibimiskoht Prantsusmaal ainuüksi seetõttu, et ta viibib sünnist saati seal, näib kohe välistatud, sest seda juhuslikku viibimist Prantsusmaal ei saa pidada stabiilseks ja korrapäraseks, nagu on nõutav, et määrata see riik lapse harilikuks viibimiskohaks.

64 Vastupidi sellele, mida soovitas kohtujurist Wahl oma ettepanekus kohtuasjas OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punkt 85), ei tähenda minu soovitatud lähenemisviis sugugi nõustumist sellega, et lapsel võiks olla harilik viibimiskoht juba enne sündi, ega seega sellega, et peagi sündiv laps võiks kuuluda Brüsseli IIa määruse kohaldamisalasse. See lähenemisviis peegeldab ainult ühiskondlikku reaalsust, mille kohaselt ei saa imik lõimuda omaenda sõltumatusse perekondlikku ja ühiskondlikku keskkonda, mis asub eraldi nende isikute omast, kes tema eest iga päev hoolitsevad.

65 Vt A *vs*. A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, punktid 44 (enamuse arvamust väljendav kohtuotsus), 73–75 ning 83 ja 84 (eriarvamus). Vt ka Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, punkt 21.

74. Nii on see ettepanekuga, et imiku harilik viibimiskoht on selle vanema või nende vanemate harilik viibimiskoht, kellest ta sõltub,[66] samuti ettepanekuga, et lapse harilik viibimiskoht eeldab teatavat füüsilist viibimist asjaomases riigis.[67] Asjaolu, et need kaks ettepanekut võivad olla vastandlikud (nagu eespool toodud näite puhul), kinnitab, et nendest ei saa teha absoluutseid õiguslikke reegleid.

75. Seda järeldust ei sea minu meelest kahtluse alla kaalutlused, mis puudutavad liidus valitavate lahenduste ennustatavuse, õiguskindluse ja ühetaolisuse nõudeid.

76. Kõigepealt tuleb märkida, et asjaolude meetodiga, mis on väljakujunenud kohtupraktikas valitud alates kohtuotsusest A,[68] käib riigisiseste kohtute kaalutlusõiguse tagajärjena tingimata kaasas teatav oht, et lahendused, mille erinevad kohtud sarnastel juhtudel valivad, on ebaühtlased.[69] Selle „hinnaga, mis tuleb maksta“, nõustutakse tavaliselt selleks, et ühiskondliku ja perekondliku keskkonna läheduse kriteeriumi konkretiseerimine toimuks lapse huvides paindlikult. Ma ei mõista, miks peaks nende imikute konkreetseid juhtumeid, kes sünnivad ja viibivad teises riigis kui riik, kus on faktiliselt nende vanemate elu kese – ainsad juhtumid, mil on praktikas mõeldav, et lapse harilik viibimiskoht on liikmesriigis, kus ta ei ole kunagi käinud –, vastupidi kõikidele teistele juhtumitele käsitama mittepaindlikult.

77. Seejärel tuleb märkida, et komisjoni argument, et paindlik lähenemisviis ei ole seda liiki olukordades vajalik, tingimusel et laps viibib mõnes liikmesriigis, ei veena mind. Komisjon märgib, et hariliku viibimiskoha puudumise puhuks on Brüsseli IIa määruse artiklis 13 ette nähtud lapse kohalviibimisel põhinev täiendav kohtualluvus. Märgin siiski, et see kohtualluvuse alus, mis kujutab endast ainult lähenduskriteeriumi geograafilist dimensiooni, ei ole üldse stabiilne – mistõttu ongi see täiendav.[70] Nii on selle määruse artikli 13 kohaldamine piiratud erandlike juhtumitega, mil lapse hariliku viibimiskoha kindlaksmääramine osutub võimatuks.[71] Veelgi enam, nagu Ühendkuningriigi valitsus rõhutas, tagasitoomismenetluse raames on sellel probleemil veelgi suurem praktiline tähtsus. Juhul kui eespool toodud näite puhul keeldub üks vanematest imikuga Saksamaale tagasi tulemast, saab selle menetluse algatada üksnes siis, kui asutakse seisukohale, et viimase harilik viibimiskoht on seal.

78. Lõpuks kahtlen, kas reegel, et lapse harilik viibimiskoht eeldab tingimata füüsilist teatavas kohas viibimist, toob igal juhul reaalset kasu õiguskindluse seisukohast. Vääramatu jõu tõttu Prantsusmaal sündinud lapse vanemad, kelle elukoht on Saksamaal, võivad nimelt õiguspäraselt oodata, et Saksamaa kohtud teevad otsuse iga vanemlikku vastutust puudutava vaidluse kohta. Nende silmis kujutaks reegel, mis kohustab neid kohtuid asuma seisukohale, et asi ei allu neile, ainuüksi seepärast, et laps ei ole ettenägematu ja soovimatu sündmuse tõttu veel Saksamaal, endast õiguskindlusetuse allikat.[72]

66 Vt 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 50) ja kohtuotsus Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, punkt 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“. Vt ka Supreme Court of the United States (Ameerika Ühendriikide kõrgeim kohus), Delvoye *vs.* 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 Vt selle kohta Lord Huguesi eriarvamus kohtuasjas A *vs.* A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, point 92.

68 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 Brüsseli IIa määruse artikli 19 lõige 2 võimaldab siiski kohtualluvuskonflikte vältida. Selles sättes on nähtud ette, et „[k]ui erinevate liikmesriikide kohtutes algatatakse ühe ja sama lapse suhtes ühe ja sama alusega hagide põhjal vanemlikku vastutust käsitlev menetlus, peatab kohus, kellele hagi on esitatud hiljem, menetluse omal algatusel seni, kuni on kindlaks tehtud selle kohtu pädevus, kellele hagi on esitatud esimesena“.

70 Vt selle kohta kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas A (C-523/07, EU:C:2009:39, punktid 20 ja 21).

71 2. aprilli 2009. aasta kohtuotsus A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 43). Brüsseli IIa määruse artiklis 13 on konkreetselt silmas peetud teatavaid erandlikke kolimisjuhtumeid, mil laps kaotas üleminekuperioodil oma hariliku viibimiskoha lähteliikmesriigis, ilma et ta oleks veel omandanud harilikku viibimiskohta sihtliikmesriigis. Vt kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkt 45) ning komisjoni „Praktiline juhend Brüsseli IIa määruse kohaldamiseks“ (mis on kättesaadav veebilehel https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed/language-fr, lk 29).

72 Pealegi võtab niisugune reegel seda liiki juhtudel kohtult võimaluse teha lapse hariliku viibimiskoha küsimuses lihtne järeldus kõikide muude asjakohaste asjaolude põhjal.

79. Eelneva põhjal ei saa anda füüsilise teatavas kohas viibimise kriteeriumile automaatselt määravat kaalu, võtmata arvesse iga juhtumi eripära. Lapse füüsiline kohalviibimine liikmesriigis ei ole seega eeltingimus, mis peab olema täidetud, et asuda seisukohale, et tema harilik viibimiskoht on seal Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 tähenduses.

3. Sunduse arvesse võtmine lapse hariliku viibimiskoha kindlaksmääramisel (teine küsimus)

a. Sissejuhatavad märkused

80. Teise küsimusega palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtul selgitada, milline tähtsus on asjaolul, et ema väidete kohaselt meelitas isa teda pettusega endaga kaasa kolmandasse riiki ning seejärel hoidis seal ebaseaduslikult kinni, nii et ta oli sunnitud sünnitama seal, selle kindlaks tegemisel, kas lapse harilik viibimiskoht on teatavas liikmesriigis hoolimata sellest, et ta ei ole seal kunagi füüsiliselt viibinud. See kohus lisab, et niisugune olukord võib kätkeda endas ema ja lapse EIÕK artiklites 3 ja 5 sätestatud põhiõiguste rikkumist – põhiõigused, mille sisu on võetud üle Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artiklitesse 4 ja 6.

81. Selle küsimusega palutakse Euroopa täpsustada, kui tähtis on asjaolu, et ema ja laps asusid hagi esitamise hetkel Bangladeshis – ja seega ei viibinud nad samal ajal Ühendkuningriigi territooriumil – ainult isa sunduse tõttu. Eelotsusetaotlusest ilmneb, et UD väidab sisuliselt, et tema algne kavatsus – mida ta enda arvates XB-ga (kes on koos UD-ga vanemliku vastutuse kandja) nende Bangladeshi jõudmise hetkel jagas – oli sünnitada nende laps ja elada koos temaga Ühendkuningriigis.[73] XB sunnimeetmed takistasid aga sellel kavatsusel teoks saamast.

82. Niisugune faktiliste asjaolude kontekst ei näi paraku piirduvat erandliku üksikjuhtumiga. Nagu rõhutas Ühendkuningriigi valitsus, vastab see juba käsitletud juhtumile, mida on lisaks arutatud Ühendkuningriigi kohtutes teistes kohtuasjades.[74]

83. Kõigepealt püüan hinnata, mil määral võib olemasolevast kohtupraktikast tulenevate põhimõtete kohaldamisel arvesse võtta sundust kui asjaolu (osa b). Siis käsitlen küsimust, kas lapse huvide ja hartas sätestatud põhiõiguste tõttu tuleb niisuguses olukorras nagu põhikohtuasi kohaldada muid põhimõtteid (osa c).

b. Olemasolevast kohtupraktikast tulenevate põhimõtete kohaldamine

84. Vastavalt Euroopa Kohtu faktipõhisele lähenemisviisile kujutab asjaolu, et ema sünnitas lapse kolmandas riigis ja jäi koos temaga sinna ainult isa sunnimeetmete tõttu, endast minu arvates asjakohast asjaolu, kui hinnatakse nii lapse sidemeid kolmanda riigiga, kus ta tegelikult elab, kui ka liikmesriigiga, kus ta oleks sündinud ja elanud niisuguse sunduse puudumisel.[75]

73 Võib mõistagi kahelda, et ema ei olnud valmis selleks, et sünnitus leiab aset Bangladeshis, sest ta reisis sinna, kui oli üle 7 kuu rase. Et eelotsusetaotluse esitanud kohus kinnitab aga, et ta peab selle, kas asi allub talle, kindlaks tegema ema väite põhjal, et isa sundis teda sünnitama Bangladeshis, lähtun oma analüüsis siiski sellest eeldusest.

74 Vt Supreme Court of the United Kingdomi (Ühendkuninngriigi kõrgeim kohus) otsus A *vs*. A (Children), [2013] UKSC 60, ja High Court of Justice (England &Wales), Family Divisioni (kõrge kohus (Inglismaa ja Wales), perekonnaasjade osakond) otsus B *vs*. H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

75 Nagu ilmneb eelotsusetaotlusest, peab riigisisene kohus küsimuses, kas asi allub temale, seisukoha võtma teatavate faktiliste asjaolude põhjal, millele ema viitab ja mida ei ole veel tuvastatud (vt käesoleva ettepaneku punktid 17 ja 31). Selles olukorras on järgnev arutluskäik mõeldud nimetatud kohtu abistamiseks lapse hariliku viibimiskoha kindlakstegemisel niisuguses faktilises kontekstis nagu faktiliste asjaolude see versioon, ilma et see piiraks selle kohtu poolset faktiliste asjaolude hindamist.

85. Esiteks on see asjaolu osa ema ja lapse selles kolmandas riigis „kohalviibimise tingimustest ja põhjustest“ kohtupraktika tähenduses.[76] Käsitletaval juhul võib see olla märk sellest, et lapse harilik viibimiskoht ei ole Bangladeshis, ehkki kõik tema elu tähised on asjaolude tõttu selles riigis, kus ta sünnist peale elab ning millega teda seob geograafiline ja kultuuriline päritolu.

86. Selle lapse keskkonna määrab seetõttu, et ta on väike, ära peamiselt isik või isikud, kellest ta sõltub, see tähendab tõenäoliselt ja eelotsusetaotluse esitanud kohtu kirjeldatud faktiliste asjaolude põhjal tema ema (tema isa naasis Ühendkuningriiki). UD sõnul takistasid XB sunnimeetmed tal ise otsustada, kus ta imikuga elama hakkab, ning ta peab selle tõttu jääma külla, kus kohalik kogukond teda häbimärgistab ning kus tal puuduvad põhilised mugavused ja sissetulek. Ma kahtlen aga, kas ema ja lapse soovimatu ja ajutine viibimine kolmandas riigis on piisavalt stabiilne ja korrapärane kohalviibimine riigis, et lapse harilik viibimiskoht võiks olla seal. Kas võib tõesti kõnelda lõimumisest ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda, kui imiku sidemed selle kolmanda riigiga said tekkida ainult olukorra tõttu, mis oli tingitud isa sundimisest?[77]

87. Need kaalutlused on asjakohased hoolimata sellest, et UD on pärit Bangladeshist ja viibib seal oma perekonna külas. Selle vanema geograafilised ja perekondlikud sidemed, kes lapse eest hoolitseb – samuti lapse sellest tulenevad kultuurilised ja perekondlikud sidemed –, kujutavad endast ainult ühte tegurit, mis võib tulla mängu, kui analüüsitakse üldiselt iga juhtumi konkreetseid asjaolusid.[78] See tegur ei saa varjata muid objektiivseid asjaolusid, näiteks asjaolu, et ema hoitakse koos tütrega Bangladeshis kinni sundusega.

88. Kuigi see on nii, et piisa kaalutlusest, et isa sunnimeetmete puudumise korral oleks laps sündinud kõnesolevas liikmesriigis ja elanud pärast sündi seal, teisalt selleks, et lapse harilikuks viibimiskohaks saaks määrata selle liikmesriigi. Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei oleks selleks piisanud isegi füüsilisest kohalviibimisest. On ka vaja, et tegelikud sidemed lapse ja selle liikmesriigi territooriumi vahel võimaldaksid asuda seisukohale, et lapse elu kese on faktiliselt seal.

89. Nagu ma juba eespool märkisin,[79] on imiku puhul, kes kuulub perekondlikku rakukesse, mille liikmete elu tegelik kese on liikmesriigis, harilik viibimiskoht seal, isegi kui ta ei ole seal sündinud ega ole seal veel käinud asjaolude tõttu, mis ei olene selle vanema või nende vanemate tahtest, kellest ta sõltub. Seda, kas põhikohtuasjas käsitletav olukord kujutab endast niisugust juhtumit, hindab kõiki asjakohaseid asjaolusid arvesse võttes eelotsusetaotluse esitanud kohus. Tagapool toodud kaalutlused aitavad teda selles ülesandes.

90. Esiteks tuleb erilist tähelepanu pöörata *asjaoludele, mis iseloomustavad ema viibimist Ühendkuningriigis* ning ühiskondlikke ja perekondlikke sidemeid, mis tal seal olid. Lapse elu kese saab seal olla ainult juhul, kui tema ema – kellest ta sõltub – on seal ise ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda lõimunud. Selles küsimuses tuleb arvesse võtta eelkõige UD Ühendkuningriigis viibimise kestust, tema abikaasaviisa kestust, tema keeleoskust ning tema võimalikke ühiskondlikke ja kultuurilisi sidemeid selles liikmesriigis.

76 Vt käesoleva ettepaneku punkt 48.

77 Samamoodi on mõned Ameerika Ühendriikide kohtud arvesse võtnud lapse ema sundimist lapse elukoha kindlaksmääramisele. Näiteks District Court of Utah (Utahi osariigi kohus, Ameerika Ühendriigid) on otsustanud, et lapse puhul, kes elas küll Saksamaal, ei ole harilik viibimiskoht seal, sest isa takistas verbaalse, emotsionaalse ja füüsilise vägivallaga ema ja last sellest riigist lahkumast (Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993)). District Court of Washington (Washingtoni osariigi kohus, Ameerika Ühendriigid) leidis, et asjaomaste laste ema harilik viibimiskoht ei olnud Kreekas, kus ta elas koos lastega ühiskondlikus eraldatuses ja ilma igasuguse sõltumatuseta, tundmata kultuurinorme ega oskamata keelt ning piiratud rahaliste vahenditega, kannatades samal aja isa vägivalla all (Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045, (2001)). Ka District Court of Minnesota (Minnesota osariigi kohus, Ameerika Ühendriigid) võttis arvesse asjaolu, et isa oli takistanud emal lahkumast Iisraeli territooriumilt, mille kodakondsus neil mõlemal oli ning kus ema oli veetnud 11 kuud isa ja lastega, ning välistas selle, et laste harilik viibimiskoht võiks olla see riik [Silverman *vs.* Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313].

78 Vt 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punktid 52–58).

79 Vt käesoleva ettepaneku punktid 65–71.

91. Sellega seoses tekib küsimus, mil määral tuleb arvesse võtta UD *kavatsust* – mida ta enda sõnul enda arvates XB-ga jagas, kui nad Bangladeshi sõitsid –, see tähendab kavatsust, et laps elab pärast sündimist Ühendkuningriigis. Selles küsimuses meenutan, et vanemate kavatsus, mis puudutab lapse viibimiskohta, ei ole tingimata tähtsam tegelikest sidemetest lapse ja selle koha vahel.[80] Kaal, mis sellele tegurile tuleb anda, sõltub iga konkreetse juhtumi asjaoludest.

92. Minu arvates on nii, et kui hoolimata vanemate esialgsest kavatsusest – või ainult selle ühe vanema kavatsusest, kes kavatseb kasvatada last üksi,[81] – asuda lapsega elama teatavasse kohta, sünnib see laps ja elab selle vanema tahte vastaselt, kellest ta sõltub, teises kohas, võib kavatsusel olla eriline tähtsus. Nii on see siis, kui sellises olukorras ei näita lapse ja vanema asukohariigis viibimise objektiivsed asjaolud õieti kohta, kus nad on perekondlikku ja ühiskondlikku keskkonda integreerunud. Kavatsus, et lapse viibimiskoht saab olema teatavas riigis, kujutab endast – juhul kui seda konkreetselt ka väljendatakse – seega tegurit, mis võib olla olulisem kui need objektiivsed asjaolud, sest kinnitab selle vanema lõimumist selles riigis, kellest laps sõltub, isegi kui ta ei ole seal alates lapse sünnist viibinud.

93. Võimalikke märke sellest, et vanemad või ema üksi astusid enne Bangladeshi sõitmist samme, et laps sünniks Ühendkuningriigis, et sisse seada stabiilne elukoht selles liikmesriigis ja hoolitseda lapse eest iga päev, tuleks lapse hariliku viibimiskoha kindlaksmääramisel seega hoolikalt arvesse võtta.

94. Teiseks tuleb *isa* asjaomases liikmesriigis *lõimumise* asjaolude kohta märkida, et kohtupraktikast ilmneb, et vanem, kes lapse eest tegelikult ei hoolitse (isegi kui ta on vanemliku vastutuse kandja), on osa tema perekondlikust keskkonnast üksnes juhul, kui lapsel on temaga ikka veel korrapärased kokkupuuted.[82] Juhul, kui isa pöördub sellesse liikmesriiki tagasi ja takistab emal sinna koos lapsega tagasi tulemast, ei ole neid kokkupuuteid enam olemas. Isa viibimine ja lõimumine selles liikmesriigis hagi esitamise hetkel ei näita selles olukorras piisavalt kohta, kus on faktiliselt lapse elu kese.

95. Kolmandaks tuleb arvesse ka *ajavahemik* lapse sünni ja eelotsusetaotluse esitanud kohtu poole pöördumise vahel. Teatavas riigis viibimise kestus on tavaliselt tegur, mis võib peegeldada lapse lõimumist selles riigis ja vastavalt tegelike sidemete puudumist teise riigiga. Selle teguri olulisus asjakohaste asjaolude üldisel hindamisel on siiski erinev, sõltudes igast konkreetsest juhtumist.[83]

96. Seega ei peegelda nimetatud tegur automaatselt lapse lõimumise tegelikkust, kui tema kestev viibimine ühes riigis ja samal ajal mitteviibimine teises riigis on tingitud sunnimeetmetest. Muidugi – kui me just mõistet „harilik viibimiskoht“ kunstikult ei ilusta – kaotab laps, kes kasvab ja loob sidemed riigis, kus ta on sunnitud viibima, loomata mingit sidet riigiga, kus ta oleks pidanud sunduse puudumise korral asuma, teataval hetkel hariliku viibimiskoha selles viimases riigis.[84] Nii ei ole siiski tingimata lapsega, kes oli hagi esitamise hetkel – nagu käsitletaval juhul – veel imik. Seepärast ei tohiks lapse Bangladeshis viibimise kestus minu arvates olla iseenesest takistuseks, mis ei võimalda tema harilikuks viibimiskohaks määrata Ühendkuningriiki.

80 8. juuni 2017. aasta kohtuotsus OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 48). Vt käesoleva ettepaneku punkt 60.

81 Komisjon väidab, et nendest vanematest, kes on ühiselt vanemliku vastutuse kandjad, ainult ühe ühepoolne kavatsus ei saa ühelgi juhul korvata asjaolu, et laps ei ole asjaomases liikmesriigis füüsiliselt viibinud. See argument tuleb tagasi lükata, võttes arvesse 28. juuni 2018. aasta kohtuotsust HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 63), millest ilmneb, et selle vanema kavatsust, kellele kuulub küll isikuhooldusõigus, kuid kes lapse eest tegelikult ei hoolitse, tuleb arvesse võtta ainult juhul, kui ta kavatseb oma isikuhooldusõigust kasutada. Järelikult võib arvesse võtta ainult selle vanema ühepoolset kavatsust, kes kavatseb tõesti oma isikuhooldusõigust kasutada. See lahendus on kooskõlas ka 1980. aasta Haagi konventsioonis ette nähtud ja Brüsseli IIa määrusega täiendatud tagasitoomismenetluse vaimuga. Selle konventsiooni artikli 3 punktis b – mille sisu on võetud üle selle määruse artikli 2 punkti 11 alapunkti b – on nähtud ette, et lapse äraviimine või kinnihoidmine on ebaseaduslik ainult siis, kui sellega rikutakse isikuhooldusõigust selle liikmesriigi seaduse alusel, kus laps alaliselt elas, või kui seda *isikuhooldusõigust teostati tegelikult* äraviimise või kinnipidamise ajal või seda oleks teostatud, kui äraviimist või kinnipidamist ei oleks toimunud.

82 28. juuni 2018. aasta kohtuotsus HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 48).

83 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsuses Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 51) on märgitud, et kuigi lapse asjaomases liikmesriigis viibimise puhul „peab […] põhimõtteliselt esinema teatud kestus“, ei ole Brüsseli IIa määruses ette nähtud minimaalset kestust ja selles asjaomases liikmesriigis viibimise kestus on ainult üks asjaolu teise hulgas.

84 Vt käesoleva ettepaneku punkt 71.

97. Kõikide nende kaalutluste põhjal tuleb niisuguses olukorras nagu põhikohtuasjas, kus laps sündis kolmandas riigis ega saanud minna koos emaga liikmesriiki isa sunnimeetmete tõttu ning oli eelotsusetaotluse esitanud kohtu poole pöördumise hetkel veel imik, teha järgmine järeldus. Niisuguses olukorras on lapse harilik viibimiskoht selles liikmesriigis Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõike 1 tähenduses ainult juhul, kui sunduse puudumise korral oleks ta elanud stabiilselt ja korrapäraselt seal ning lõimunud perekondliku rakukese liikmena sellesse – rakuke, mille ühel või mitmel liikmel on tegelikkuses nende elu kese selles liikmesriigis. Kui nimetatud tingimus on täidetud, tähendab see, et ema on lõimunud selles liikmesriigis ühiskondlikku ja perekondlikku keskkonda. Seda, kas see on nii, arvestades kõiki asjakohaseid asjaolusid – nende hulgas objektiivsed tegurid, mis on seotud ema varasema viibimise ja lõimumisega selles liikmesriigis ning tema tegelike avaldustega oma lapse viibimiskohta puudutava kavatsuse küsimuses –, peab kontrollima eelotsusetaotluse esitanud kohus.

c. Lapse ja ema põhiõiguste arvesse võtmine

98. Ammendavuse huvides näib mulle oluline täpsustada, et juhul kui „lapse elu tegelikku keskme“ test ei kinnita, et üldine kohtualluvus kuulub niisuguses olukorras nagu põhikohtuasjas liikmesriigi kohtutele, ei anna harta artikliga 24 tagatud lapse huvi ning harta artiklites 4 ja 6 sätestatud põhiõiguste kaitse [85] alust teistsugusele järeldusele.

99. Meenutan, et see test peegeldab läheduskriteeriumi, mis on selle määruse artikli 8 lõike 1 aluseks ja millega seadusandja soovis kaitsta lapse huve üldiselt. [86] Järgnevad kaalutlused ei võimalda minu arvates luua kohtupraktikas erandlikku testi, mille puhul kaldutakse sellest kriteeriumist kõrvale, kui lapse huvid konkreetsel juhul ja tema muud põhiõigused on kolmandas riigis, kus ta asub, ohus.

100. Esiteks on harta artikli 51 lõikes 2 sätestatud, et harta „ei laienda liidu õiguse reguleerimisala kaugemale senisest pädevusest“. Seega on Euroopa Kohus harta põhjal pädev tõlgendama liidu õigust hartaga kindlaks määratud pädevuspiirides. [87] Liit ja liikmesriigid ei ole aga liidu õiguse ja EIÕK järgi kohustatud kasutama oma pädevust olukordades, mis tekivad kolmandates riikides ja millel puudub seos, mis on nähtud ette liidu õiguses või EIÕK-s niisugusena, nagu seda on tõlgendatud Strasbourg'i kohtupraktikas. [88]

101. Teiseks loob Brüsseli IIa määrus juba süsteemi, mis lubab liikmesriikidel kaitsta lapse huve isegi liidu õigusest tuleneva seose puudumise korral. Juhuks, kui ükski liikmesriigi kohus ei ole Brüsseli IIa määruse artiklite 8–13 järgi pädev, on selle määruse artiklis 14 täpsustatud, et liikmesriigid võivad äärmisel juhul määrata kohtualluvuse kindlaks oma õigusaktide alusel. Seega saab iga liikmesriik juhul, kui selle määruse läheduskriteeriumil põhinevad sätted ei võimalda määrata kindlaks ühtegi liikmesriiki, mille kohtutele asi allub, määrata kohtualluvuse kindlaks oma õigusaktide alusel, kaldudes sellest kriteeriumist kõrvale.

102. Käsitletaval juhul eksisteerib Ühendriigi õiguskorras niisugune kohtualluvus, mille kohaselt allub asi selle liikmesriigi kohtutele *parens patriae* põhimõtte alusel. Nagu ilmneb Euroopa Kohtule edastatud toimikust, on selle kohtualluvuseeskirja kohaldamine siiski piiratud Briti kodanikega ja selle üle otsustavad selle riigi kohtud.

85 Vt Brüsseli IIa määruse põhjendus 12 ja selle määruse põhjendus 33, mille kohaselt tunnustatakse selles määruses põhiõigusi ja peetakse kinni Euroopa Liidu põhiõiguste harta põhimõtetest.

86 Vt käesoleva ettepaneku punkt 36.

87 Vt eelkõige 5. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punkt 51).

88 Euroopa Inimõiguste Kohtu (edaspidi „EIK“) praktika kohaselt on konventsiooniosaliste riikide jurisdiktsioon EIÕK artikli 1 tähenduses põhimõtteliselt piiratud nende oma territooriumiga. Sellel põhimõttel on erandeid ainult täpselt kindlaks määratud asjaoludel, mis ei ole seotud käesoleva kohtuasja asjaoludega. Vt eelkõige EIK 7. juuli 2011. aasta otsus Al-Skeini jt *vs.* Ühendkuningriik (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, punktid 130–142 ja seal viidatud kohtupraktika).

103. Lisaks väidab XB, et UD võib soovi korral pöörduda Bangladeshi kohtute poole, eelkõige juhul, kui nimetatud kolmanda riigi õiguses on sätestatud kohtualluvuseeskirjad, mis põhinevad lapse teatavas kohas viibimisel. Selles küsimuses tuleb märkida, et kuigi eelotsusetaotluse esitanud kohus täpsustab, et asjaolu, et XB hoiab UD-d ja last kinni, võib kujutada endast nende põhiõiguste rikkumist, ei märgi ta sõnaselgelt, et Bangladeshi Rahvavabariik on rikkunud oma positiivset kohustust kaitsta neid õigusi, eelkõige kohtulikul teel.[89] Selles olukorras näib mulle asjakohatu rajada käesolev analüüs vastavatele oletustele.

104. Igal juhul tundub mulle, et Brüsseli IIa määruse artikkel 14 on kantud ideest, et iga liikmesriik otsustab ise – eelkõige niinimetatud *comity*-kaalutluste põhjal (*courtoisie entre les nations*), kui neid on, kas hirm, et kolmanda riigi kohtud ei kohalda ema ja lapse suhtes kaitse-eeskirju, mis on kooskõlas õiguste ja väärtustega, mis valitsevad kõnesolevas liikmesriigis, õigustab või mitte eraldi kohtualluvuse aluse kehtestamist nende riigisiseses õiguses.[90]

105. Järelikult isegi siis, kui on võimalik, et kolmandas riigis eiratakse lapse huve ja põhiõigusi, ei saa Brüsseli IIa määruse artikli 8 lõiget 1 tõlgendada nii, et lapse harilik viibimiskoht määratakse kindlaks kriteeriumide põhjal, mis kalduvad kõrvale läheduskriteeriumist, millest on kantud „lapse elu tegeliku keskme“ test.

V. Ettepanek

106. Kõikide eelnevate kaalutluste põhjal teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata High Court of Justice (England & Wales), Family Divisioni (kõrge kohus (Inglismaa ja Wales), perekonnaasjade osakond, Ühendkuningriik) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Lapse harilik viibimiskoht Euroopa Parlamendi ja nõukogu 27. novembri 2003. aasta määruse (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000, artikli 8 lõike 1 tähenduses on koht, kus on faktiliselt lapse elu kese. See koht tuleb kindlaks määrata, lähtudes konkreetse juhtumi kõikidest asjaoludest. Teatavatel erandlikel juhtudel võib kõikide asjaolude üldine hindamine anda alust järeldusele, et lapse elu kese on faktiliselt kohas, kus ta ei ole kunagi füüsiliselt viibinud. Lapse füüsiline kohalviibimine liikmesriigi territooriumil ei kujuta endast seega eeltingimust, mis peab olema täidetud, et tema harilik viibimiskoht saaks olla seal.

2. Asjaolu, et isa sundis imiku ema, kes imiku eest tegelikult hoolitseb, sünnitama kolmandas riigis ja jääma imikuga pärast selle sündi sinna – võib-olla asetades nad olukorda, mis on vastuolus Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklites 4 ja 6 sätestatud põhiõigustega –, kujutab endast asjakohast asjaolu lapse hariliku viibimiskoha kindlaksmääramisel määruse nr 2201/2003 artikli 8 lõike 1 tähenduses.

   Niisuguses olukorras saab imiku harilik viibimiskoht siiski olla liikmesriigis – hoolimata sellest, et ta ei ole seal kunagi füüsiliselt viibinud –, ainult juhul, kui ema elu kese on faktiliselt seal – mida peab kontrollima eelotsusetaotluse esitanud kohus. Selles küsimuses on eriline tähtsus ema võimalikel perekondlikel, ühiskondlikel ja kultuurilistel sidemetel selles liikmesriigis, samuti ema võimalikel konkreetsetel avaldustel, mille kohaselt soovib ta lapsega tema sündides seal elada.

89 Kuigi Bangladeshi Rahvavabariik ei ole seotud ei EIÕK ega hartaga, tagavad ÜRO Peaassamblee poolt 16. detsembril 1966 vastu võetud ja 23. märtsil 1976 jõustunud kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvahelise pakti – õigusakt, millega Bangladeshi Rahvavabariik on ühinenud – artiklid 7 ja 9 samalaadsed õigused nendega, mis on vastavalt ette nähtud EIÕK artiklites 3 ja 5 ning harta artiklites 4 ja 6.

90 Vt selle kohta Lord Sumptioni eriarvamus kohtuasjas Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, punktid 66 ja 76. Selles on väidetud, et ainuüksi mittenõustumisest eeskirjadega, mida kohaldatakse selle riigi õiguse alusel, kus laps viibib, ei piisa, et asi alluks Ühendkuningriigi kohtutele.