Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEA
od 20. rujna 2018.[1]

Predmet C-393/18 PPU

UD
protiv
XB-a

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Visoki sud, Engleska i Wales, Obiteljski odjel, Ujedinjena Kraljevina))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Pravosudna suradnja u građanskim stvarima – Nadležnost u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću – Uredba (EZ) br. 2201/2003 – Članak 8. stavak 1. – Pojam ‚djetetovo uobičajeno boravište' – Rođenje i neprekidni boravak dojenčeta u trećoj državi protiv majčine volje – Dojenče koje nije fizički prisutno u državi članici – Situacija koja je posljedica prisile koju izvršava otac i moguće povrede temeljnih prava majke i dojenčeta – Nepostojanje pravila prema kojem dijete ne može imati uobičajeno boravište u državi članici u kojoj nikada nije bilo fizički prisutno"

I. Uvod

1. Zahtjevom za prethodnu odluku, High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Visoki sud, Engleska i Wales, Obiteljski odjel, Ujedinjena Kraljevina) pita Sud o tumačenju članka 8. stavka 1. Uredbe (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanima s roditeljskom odgovornošću[2] (u daljnjem tekstu: Uredba Bruxelles II.a).

2. Taj je zahtjev podnesen u okviru spora između majke, bangladeške državljanke, i britanskog državljanina, koji je otac djeteta koje je imalo otprilike jednu godinu u trenutku pokretanja postupka pred tim sudom. To je dijete začeto i rođeno u Bangladešu gdje je i neprekidno boravilo. Prema majčinim tvrdnjama, otac je protiv njezine volje zadržava u toj trećoj državi u koju je, nakon što je otprilike šest mjeseci boravila u Ujedinjenoj Kraljevini s ocem, otputovala samo radi privremenog posjeta. Ona je zbog prisile koju je izvršio otac bila prisiljena roditi u Bangladešu i ostati ondje s djetetom. Majka traži od suda koji je uputio zahtjev da naloži, s jedne strane, da se dijete stavi pod skrbništvo tog suda i, s druge strane, da se ona i dijete vrate u Englesku i Wales kako bi mogli sudjelovati u sudskom postupku.

1 Izvorni jezik: francuski

2 Uredba Vijeća od 27. studenoga 2003. kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000 (SL 2003., L 338, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 133. i ispravak SL 2014., L 46. str. 22.))

3. Na temelju članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a sud koji je uputio zahtjev nadležan je za odlučivanje o tom zahtjevu samo ako je dijete imalo uobičajeno boravište u Ujedinjenoj Kraljevini na dan pokretanja postupka pred tim sudom. Navedeni sud želi znati znači li nužno okolnost da dijete nikada nije bilo fizički prisutno u toj državi članici to da ono ondje ne može imati uobičajeno boravište. Također pita Sud o utjecaju koji u tom kontekstu ima činjenica da ta odsutnost s državnog područja Ujedinjene Kraljevine proizlazi iz prisile koju je otac izvršio na majku čime je potencijalno povrijedio temeljna prava majke i djeteta.

4. Nakon svoje analize zaključit ću da činjenica da se dijete nikada nije nalazilo u državi članici ne znači nužno da ono ondje nema uobičajeno boravište. Pojasnit ću i elemente koje treba uzeti u obzir, među kojima je i razlog odsustva majke i djeteta s državnog područja te države članice, u svrhu određivanja djetetova uobičajenog boravišta u situaciji kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku.

II. Pravni okvir

5. Uvodna izjava 12. Uredbe Bruxelles II.a glasi kako slijedi:

„Nadležnost u predmetima povezanim s roditeljskom odgovornošću, utvrđena ovom Uredbom, temelji se u svjetlu zaštite interesa djeteta, posebno na kriteriju blizine. To znači da bi u prvome redu trebala biti nadležna država članica u kojoj dijete ima uobičajeno boravište […]”

6. Člankom 8. te uredbe, naslovljenim „Opća nadležnost”, u njegovu stavku 1. određuje se da su „[s]udovi države članice nadležni […] u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću prema djetetu koje ima uobičajeno boravište u državi članici u trenutku pokretanja postupka”.

III. Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

7. Tužiteljica u glavnom postupku (UD), bangladeška državljanka, sklopila je 2013. dogovoreni brak u Bangladešu s tuženikom u glavnom postupku (XB), britanskim državljaninom. Tužiteljica i tuženik u glavnom postupku su majka i otac djevojčice začete u Bangladešu u svibnju 2016.

8. U lipnju/srpnju 2016. UD je došla u Ujedinjenu Kraljevinu kako bi ondje živjela s XB-om. Majci je vizu za bračnog druga, koja vrijedi od 1. srpnja 2016. do 1. travnja 2019., izdao United Kingdom Home Office (Ministarstvo unutarnjih poslova Ujedinjene Kraljevine).

9. UD optužuje XB-a i njegovu obitelj za fizičko i psihičko obiteljsko nasilje. Ona tvrdi i da ju je XB dva puta silovao. XB osporava te optužbe.

10. UD je 24. prosinca 2016., u poodmakloj trudnoći, otputovala s XB-om u Bangladeš gdje je 2. veljače 2017. rođeno dijete. UD i dijete otad su ondje. XB se na početku siječnja 2018. vratio u Englesku i Wales.

11. Stranke glavnog postupka iznose dvije različite verzije okolnosti njihova putovanja u Bangladeš i događaja koji su uslijedili.

12. UD tvrdi da ju je XB protiv njezine volje nezakonito zadržao u Bangladešu s djetetom. Bila je prisiljena ondje roditi i ostati protivno svojim i djetetovim temeljnim pravima na temelju članaka 3. i 5. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenoga 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP). Prema tvrdnjama UD, XB ju je ostavio u selu njezina oca, pri čemu je izjavio da će se vratiti po nju za tjedan dana. Međutim, on se nikada nije vratio te joj je oduzeo

putovnicu kao i ostale dokumente kako ona ne bi mogla napustiti Bangladeš. UD tvrdi da nikada ne bi tamo otputovala da je znala XB-ove prave namjere. UD tvrdi da u predmetnom selu nema pristup plinu, struji ili pitkoj vodi niti ima ikakve prihode. Zajednica tog sela je stigmatizira jer se razdvojila od XB-a.

13. XB osporava sve te tvrdnje. Prema riječima XB-a, u Bangladeš su otputovali na UD-in zahtjev jer je ona bila nesretna u Ujedinjenoj Kraljevini. U skladu s UD-inim željama, XB se sam vratio u tu državu članicu.

14. UD je 20. ožujka 2018. podnijela zahtjev za prethodnu odluku pred High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Visoki sud, Engleska i Wales, Obiteljski odjel). Od tog suda traži da naloži, kao prvo, da se dijete stavi pod skrbništvo navedenog suda i, kao drugo, da se majka i dijete vrate u Englesku i Wales kako bi mogli sudjelovati u tužbenom postupku.

15. Na raspravi koja se održala istog dana UD je tvrdila da je sud koji je uputio zahtjev nadležan za odlučivanje o toj tužbi. Ona najprije tvrdi da je dijete imalo uobičajeno boravište u Engleskoj i Walesu na dan pokretanja postupka pred sudom koji je uputio zahtjev. Podredno, UD tvrdi da taj sud u odnosu na dijete, na temelju nacionalnog prava, ima nadležnost *parens patriae* (odnosno nadležnost na temelju državljanstva, u ovom slučaju britanskog) i tu nadležnost u ovom slučaju treba izvršiti.

16. Na raspravi koja je održana 16. travnja 2018. XB je osporavao nadležnost High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Visoki sud, Engleska i Wales, Obiteljski odjel). Prema XB-ovu mišljenju, dijete je imalo uobičajeno boravište u Bangladešu na datum podnošenja tužbe u glavnom postupku. Nadalje, taj sud nema nadležnost *parens patriae* u odnosu na dijete jer ono nije britanski državljanin. U svakom slučaju, čak i da navedeni sud ima takvu nadležnost, ne bi je trebao izvršavati u ovom slučaju.

17. U svojoj odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku isti sud ističe da nije utvrdio nikakve činjenice jer smatra da je nužno da najprije odluči o svojoj nadležnosti. Sud koji je uputio zahtjev smatra da valja odrediti je li dijete imalo uobičajeno boravište u Ujedinjenoj Kraljevini u trenutku kad je pred njim pokrenut postupak, u smislu članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a, prije eventualnog ispitivanja alternativne osnove nadležnosti.

18. U tom pogledu smatra da je zahtjev za prethodnu odluku potreban kako bi se razjasnilo može li se djetetovo uobičajeno boravište utvrditi u državi članici u kojoj ono nikada nije bilo fizičko prisutno. Sud koji je uputio zahtjev konkretno želi znati može li to biti slučaj kada majka tvrdi da je dijete rođeno i boravi u trećoj državi u kojoj njegovi roditelji, koji su nositelji roditeljske odgovornosti, nemaju nikakvu zajedničku namjeru boraviti i u kojoj otac nezakonito prisilno zadržava majku i dijete. Taj sud ističe da, ako se to dokaže, XB-ovo ponašanje najvjerojatnije bi dovelo do povrede temeljnih prava majke i djeteta na temelju članaka 3. i 5. EKLJP-a.

19. U tim je okolnostima High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Visoki sud, Engleska i Wales, Obiteljski odjel) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Je li fizička prisutnost djeteta u državi bitni element uobičajenog boravišta u smislu članka 8. [Uredbe Bruxelles II.a]?

2. U situaciji u kojoj su oba roditelja nositelji roditeljske odgovornosti, utječe li na odgovor na prvo pitanje činjenica da je majka prijevarom dovedena u drugu državu i ondje nezakonito zadržana prisilom ili drugom nezakonitom radnjom oca u toj državi, zbog čega je bila prisiljena roditi dijete u toj državi, ako su možda povrijeđena majčina ili djetetova ljudska prava u skladu s člancima 3. i 5. [EKLJP-a] ili na neki drugi način?”

20. Sud koji je uputio zahtjev zatražio je da se o zahtjevu za prethodnu odluku odluči u hitnom postupku predviđenom člankom 107. Poslovnika Suda. Prvo vijeće Suda odlučilo je 5. srpnja 2018., na prijedlog suca izvjestitelja, nakon što je saslušalo nezavisnog odvjetnika, prihvatiti taj zahtjev.

21. UD, XB, vlada Ujedinjene Kraljevine i Europska komisija podnijeli su pisana očitovanja. Potonje stranke kao i češka vlada bile su zastupane na raspravi održanoj 7. rujna 2018.

IV. Analiza

A. Dopuštenost

22. Vlada Ujedinjene Kraljevine ističe nedopuštenost prethodnih pitanja uz obrazloženje da se člankom 8. stavkom 1. Uredbe Bruxelles II.a uređuju samo sukobi nadležnosti između sudova država članica. Na temelju članka 61. točke (c) UEZ-a, sada članak 67. UFEU-a, koji je jedna od pravnih osnova te uredbe, zemljopisno područje primjene navedene uredbe ograničeno je na situacije koje su povezane s dvije ili više država članica. Članak 8. stavak 1. iste uredbe ne primjenjuje se stoga u kontekstu spora koji je povezan s državom članicom i trećom državom.

23. U tom pogledu, u tekstu te odredbe navodi se da su sudovi država članica nadležni ako „d[ijete] […] ima uobičajeno boravište u državi članici u trenutku pokretanja postupka" a da se pritom ta nadležnost ne ograničava na sporove koji su povezani s nekom drugom državom članicom.

24. Člankom 61. točkom (a) Uredbe Bruxelles II.a potvrđuje se to tumačenje. U skladu s tom odredbom, u odnosu na konvenciju o nadležnosti, primjenjivom pravu, priznavanju, izvršenju i suradnji u području roditeljske odgovornost i mjerama za zaštitu djece, potpisanu u Haagu 19. listopada 1996. (u daljnjem tekstu: Haška konvencija iz 1996.)[3], ta uredba primjenjuje se kada dijete ima uobičajeno boravište u državi članici. Uredba Bruxelles II.a stoga ima prednost pred tom konvencijom svaki put kad je taj kriterij ispunjen a da pritom spor ne mora uključivati moguć sukob nadležnosti između država članica ili između države članice i treće države potpisnice navedene konvencije.

25. Osim toga, članak 12. stavak 4. te uredbe, kojim se u određenim okolnostima predviđa prorogacija nadležnosti sudova države članice koji odlučuju o zahtjevu roditelja za razvod braka čak i kada dijete nema uobičajeno boravište u toj državi članici, odnosi se na situaciju djeteta koje ima uobičajeno boravište u trećoj državi koja nije potpisnica Haške konvencije iz 1996. Ta se odredba stoga posebno primjenjuje na sporove koji su povezani s državom članicom i takvom trećom državom[4].

26. Teleološko tumačenje članka 8. stavka 1. navedene uredbe također me navodi na zaključak da je međunarodna nadležnost sudova države članice utvrđena kada dijete ima uobičajeno boravište u toj državi članici, čak i ako ne postoji povezanost s drugom državom članicom.

3 Haška konvencija iz 1996. zamijenila je konvenciju o ovlastima tijela i primjenjivom pravu s obzirom na zaštitu maloljetnika, sklopljenu u Haagu 5. listopada 1961. (u daljnjem tekstu: Haška konvencija iz 1961.). Iako Europska unija nije stranka Haške konvencije iz 1996., sve su države članice potpisnice navedene konvencije.

4 Nasuprot tomu, određene odredbe Uredbe Bruxelles II.a koje se odnose na nadležnost nužno uključuju, kao što je navedeno u njihovu tekstu, moguć sukob nadležnosti između sudova dvije ili više država članica (vidjeti članke 9., 10., 15., 19. i 20.). Nadalje, odredbe te uredbe koje se odnose na priznavanje i izvršenje primjenjuju se samo na odluke koje su donijeli sudovi država članica (vidjeti rješenje od 12. svibnja 2016., Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, t. 19. do 22.) i presudu od 20. prosinca 2017., Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988, t. 27.)). Nesporno je i da se primjenom članka 11. navedene uredbe, koji se odnosi na predaju djeteta, pretpostavlja da se odvođenje i zadržavanje djeteta odvijalo iz jedne države članice u drugu. Ukratko, nije važno pitati se o zemljopisnom području primjene Uredbe Bruxelles II.a u cijelosti, nego o primjenjivosti svake od njezinih odredbi.

27. U tom je pogledu Sud u presudi Owusu [5] pojasnio da se Konvencijom od 27. rujna 1968. o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima [6] (u daljnjem tekstu: Briselska konvencija), instrumentom koji je prethodio Uredbi (EZ) br. 44/2001 o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima [7] (u daljnjem tekstu: Uredba Bruxelles I), nastojalo olakšati funkcioniranje unutarnjeg tržišta donošenjem pravila o nadležnosti za sporove koji se na njih odnose i smanjiti poteškoće povezane s priznavanjem i izvršenjem sudskih odluka. Sud je smatrao da ujednačavanje pravila o nadležnosti koja se odnose na sporove povezane s trećom državom doprinosi ostvarenju tog cilja jer omogućuje uklanjanje prepreka koje mogu proizaći iz razlika između nacionalnih zakonodavstava u tom području. Iz toga je zaključio da primjena pravila predviđenog člankom 2. Briselske konvencije, kojom se dodjeljuje opća nadležnost sudovima države članice tuženikova domicila, nije uvjetovana postojanjem pravnog odnosa koji uključuje nekoliko država ugovornica te konvencije [8].

28. Prema mojem mišljenju, obrazloženje iz te presude vrijedi i u kontekstu članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a. Naime, u skladu s člankom 67. stavkom 4. UFEU-a, Unija daje prednost uzajamnom priznavanju sudskih odluka koje donose sudovi država članica u svim građanskim stvarima [9]. Međutim, usklađivanje međunarodnih pravila o nadležnosti, povećavanjem pravne sigurnosti, ima za cilj olakšati izgradnju uzajamnog povjerenja koje omogućuje uspostavu sustava automatskog priznavanja sudskih odluka [10]. S tog stajališta, usklađivanje pravila o nadležnosti za rješavanje sporova povezanih s trećom državom omogućuje uklanjanje prepreka priznavanju i izvršenju sudskih odluka donesenih u državama članicama u svim građanskim stvarima, uključujući u obiteljskim stvarima.

29. Taj zaključak nadalje odražava način na koji nacionalni sudovi [11] i pravna teorija [12] shvaćaju područje primjene članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a.

30. Slijedom toga, razlog nedopuštenosti prethodnih pitanja koji je istaknula vlada Ujedinjene Kraljevine treba odbiti.

31. Radi sveobuhvatnosti dodajem da se dopuštenost tih pitanja ne može dovesti u pitanje ni zbog toga što se odnose na scenarij koji odražava određene činjenice koje nije utvrdio sud koji je uputio zahtjev, nego ih samo navodi majka [13].

5 Presuda od 1. ožujka 2005. (C-281/02, EU:C:2005:120, t. 33.)

6 SL 1972., L 299, str. 32. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 15., str 3.)

7 Uredba Vijeća od 22. prosinca 2000. (SL 2001., L 12, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 30.)

8 Presuda od 1. ožujka 2005., Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, t. 34. i 35.). Vidjeti i mišljenje 1/03 (Nova luganska konvencija) od 7. veljače 2006. (EU:C:2006:81, t. 146. do 148.).

9 Člankom 81. stavkom 2. UFEU-a stoga se predviđa donošenje mjera usklađivanja u području pravosudne suradnje u građanskim stvarima „*osobito* kada je to potrebno za pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta" (moje isticanje).

10 Vidjeti točku 13. izvješća s obrazloženjem A. Borrás (SL 1998., C 221, str. 27.) sastavljenog u okviru postupka donošenja Konvencije sastavljene na temelju članka K.3 [UEU-a] o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima sklopljene u Bruxellesu 28. svibnja 1998. (SL 1998., C 221, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 14., str. 189.), nazvana „Briselska konvencija II").

11 Vidjeti osobito Cour de cassation (Kasacijski sud, Francuska), prvo građansko vijeće, 13. svibnja 2015., br. 15-10.872; Supreme Court of the United Kingdom (Vrhovni sud Ujedinjene Kraljevine), Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016.] UKSC 4, t. 29., kao i High Court of Ireland (Visoki sud, Irska) O'K protiv A, 1. srpnja 2008., [2008.] IEHC 243, t. 5.8.

12 Vidjeti osobito Gallant, E., „Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale", *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013., t. 24. i sljedeće točke, kao i Magnus, U., i Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012., str. 21.

13 Sud je već presudio da mu nacionalni sud može podnijeti zahtjev za tumačenje „čak i ako se temelji na tvrdnjama jedne od stranaka glavnog postupka čiju osnovanost navedeni sud još nije provjerio, ako smatra, uzimajući u obzir posebnosti predmeta, da je prethodna odluka nužna kako bi mogao donijeti svoju odluku i da su prethodna pitanja […] relevantna" (presuda od 9. prosinca 2003., Gasser (C-116/02, EU:C:2003:657, t. 27)). U ovom slučaju sud koji je uputio zahtjev smatra da je odgovor Suda na njegova pitanja nužan kako bi odlučio o svojoj nadležnosti, uzimajući u obzir da se standard dokazivanja relevantnih činjenica koji treba ispuniti u tu svrhu razlikuje od standarda primjenjivog na utvrđivanje meritornih činjenica. U tom je pogledu Sud u presudi od 28. siječnja 2015., Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, t. 59. do 63.), istaknuo da je opseg obveze nadzora koju nacionalni sudovi imaju prilikom provjere svoje nadležnosti na temelju Uredbe Bruxelles I dio nacionalnog postupovnog prava pod uvjetom da se očuva koristan učinak te uredbe. Prema mišljenju Suda, nacionalni sud treba moći lako odlučiti o svojoj nadležnosti a da pritom ne mora ispitivati meritum predmeta provođenjem opsežnog dokaznog postupka o činjeničnim pitanjima koja se odnose na nadležnost i osnovanost. Ta je logika, prema mojem mišljenju, neophodna i u pogledu pravila o nadležnosti predviđenih Uredbom Bruxelles II.a.

B. Meritum

1. Uvodna razmatranja

32. Glavni dio Uredbe Bruxelles II.a i međunarodnih konvencija na kojima se temelji, pojam „djetetovo uobičajeno boravište", ima dvostruku ulogu u kontekstu tih instrumenata.

33. Kao prvo, na kriteriju djetetova uobičajenog boravišta u trenutku pokretanja postupka, na temelju članka 8. stavka 1. te uredbe, temelji se opća nadležnost sudova države članice za odlučivanje o pitanjima koja se odnose na roditeljsku odgovornost [14]. Ta odredba ima isti sadržaj kao članak 5. stavak 1. Haške konvencije iz 1996.

34. Kao drugo, pojam djetetovo „uobičajeno boravište" okosnica je mehanizma predaje predviđenog Konvencijom o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece, sklopljenom u Haagu 25. listopada 1980. (u daljnjem tekstu: Haška konvencija iz 1980. i, zajedno s Haškom konvencijom iz 1996., Haške konvencije) [15]. Taj mehanizam, kako je dopunjen odredbama Uredbe Bruxelles II.a i osobito njezinim člankom 11., i dalje se primjenjuje između država članica u područjima uređenim tom uredbom [16]. Odvođenje ili zadržavanje djeteta u biti je nezakonito ako je riječ o kršenju prava na skrb stečenog u skladu sa zakonom države u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište neposredno prije tog događaja [17]. Kada je odvođenje ili zadržavanje nezakonito, predaja djeteta u tu državu članicu treba se načelno odmah naložiti [18].

35. Na temelju sudske prakse Suda, pojam „djetetovo uobičajeno boravište" ima jednako značenje u tim dvama kontekstima [19]. Taj se pristup osobito objašnjava činjenicom da je cilj članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a i mehanizma predaje da sporove koji se odnose na roditeljsku odgovornost riješe sudovi države članice u kojoj dijete ima uobičajeno boravište koji se smatraju najprimjerenijim za zaštitu njegovih interesa [20].

36. Konkretnije, iz uvodne izjave 12. te uredbe proizlazi da pravilo o općoj nadležnosti predviđeno u članku 8. stavku 1. navedene uredbe odražava kriterij blizine kojim je zakonodavac namjeravao izraziti cilj zaštite interesa djeteta. Zakonodavac je smatrao da su za ocjenu situacije u okviru postupka o meritumu primjereniji sudovi države članice u kojoj dijete ima uobičajeno boravište zbog toga što su upoznati s njegovom društvenom i obiteljskom okolinom [21], po potrebi nakon što je dijete predano u tu državu članicu u skladu s odredbama Haške konvencije iz 1980. kako su dopunjene Uredbom Bruxelles II.a. To pravilo o nadležnosti, kao i mehanizam predaje, temelji se stoga na određenom pojmu najboljeg interesa djeteta koji se tumači općenito [22]. Taj se interes konkretnije utvrđuje kasnije u fazi postupka o meritumu pitanja koja se odnose na roditeljsku odgovornost [23].

14 Nije sporno da se tužba u glavnom postupku odnosi na pitanja o roditeljskoj odgovornosti koja je definirana u članku 2. točku 7. Uredbe Bruxelles II.a.

15 Hašku konvenciju iz 1980. potpisale su sve države članice. Međutim, Unija joj nije pristupila. Osim toga, Narodna Republika Bangladeš nije potpisnica te konvencije ni Haške konvencije iz 1996.

16 Vidjeti članak 62. stavak 2. i uvodnu izjavu 17. Uredbe Bruxelles II.a Na temelju članka 60. točke (e) te uredbe, odredbe navedene uredbe imaju prednost pred odredbama Haške konvencije iz 1980. Vidjeti presudu od 5. listopada 2010., McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, t. 36.).

17 Vidjeti članak 3. Haške konvencije iz 1980. i članak 2. točku 11. Uredbe Bruxelles II.a.

18 Vidjeti članak 12. Haške konvencije iz 1980. i članak 11. Uredbe Bruxelles II.a.

19 Presude od 9. listopada 2014., C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, t. 54.) i od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 41.)

20 Vidjeti izvješće s objašnjenjem E. Pérez-Vere, Actes et documents de la XIV^{ème} session (1980.), sv. III. (u daljnjem tekstu: izvješće Pérez-Vere), t. 16., 19. i 66. Konkretno, u točki 16. tog dokumenta ističe se da je nemogućnost da se konvencijama utvrde kriteriji nadležnosti u području prava na skrb dovela do odabira mehanizma predaje koji će, „iako je neizravan, u većini slučajeva omogućiti da konačnu odluku o skrbi donesu tijela države u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije njegova odvođenja".

21 Vidjeti u tom smislu presudu od 9. studenoga 2010., Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, t. 84.).

22 Vidjeti točke 24. i 25. izvješća Pérez-Vere kao i presudu od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 59. i navedena sudska praksa).

23 Vidjeti u tom smislu presudu od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 66.).

37. Ni u Haškim konvencijama ni u Uredbi Bruxelles II.a ne definira se pojam „djetetovo uobičajeno boravište". U tim se okolnostima od Suda, kao i od sudova država potpisnica tih konvencija, tražilo da odrede okvir testa za određivanje djetetova uobičajenog boravišta u svakom pojedinom slučaju. Takvo postupanje podrazumijeva odvagivanje nekoliko zahtjeva.

38. S jedne strane, taj test treba biti dovoljno fleksibilan da omogući sudovima donošenje odluke ovisno o konkretnim okolnostima svakog pojedinog slučaja kako bi se na najbolji način odrazio kriterij blizine. U tom pogledu, pripremni akti koji su prethodili donošenju Haških konvencija pokazuju da njihovi autori namjerno nisu definirali pojam „djetetovo uobičajeno boravište". Potonji autori smatrali su da se taj pojam odnosi na činjenične ocjene i da ne treba biti ograničen strogim pravnim pravilima kao što su ona kojima se uređuje utvrđivanje domicila [24].

39. S druge strane, utvrđeni test treba jamčiti određen stupanj predvidljivosti i pravne sigurnosti ograničavanjem diskrecijske ovlasti sudova dovoljnim smjernicama. Taj potonji zahtjev odgovara i cilju ujednačenosti u primjeni Uredbe Bruxelles II.a i Haških konvencija: što su smjernice točnije i jasnije, to su rezultati predvidljiviji i, prema tome, ujednačeniji u različitim predmetnim sudovima.

40. Smatram da je ovdje korisno istaknuti važnost dosljedne i ujednačene primjene kriterija djetetova uobičajenog boravišta unutar Unije i u svim državama potpisnicama Haških konvencija. Izazov je u tom da se izbjegnu sukobi nadležnosti između sudova država članica i sudova drugih država potpisnica Haške konvencije iz 1996. kao i omogućavanju usklađene primjene mehanizma predaje koji je uveden Haškom konvencijom iz 1980. [25] U tom smislu, čini mi se da je primjereno u mojoj analizi uzeti u obzir određene odluke koje su donijeli sudovi trećih država potpisnica tih konvencija [26].

2. Nužnost djetetove fizičke prisutnosti u državi članici kako bi se ondje utvrdilo njegovo uobičajeno boravište (prvo pitanje)

a) Uvodne napomene

41. Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti želi znati je li nužno, kako bi dijete imalo uobičajeno boravište u državi članici u smislu članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a, da je to dijete, makar samo u prošlosti i u određenom razdoblju, bilo fizički prisutno u toj državi članici.

42. Kao što proizlazi iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, u pozadini tog pitanja je sudska rasprava koja se vodila pred Supreme Court of the United Kingdom (Vrhovni sud Ujedinjene Kraljevine) u okviru spora čiji činjenični kontekst ima dodirnih točaka s ovim predmetom. U presudi A protiv A (Children: Habitual Residence) [27] taj se sud pozvalo da odluči o djetetovu uobičajenom boravištu koje je rođeno u Pakistanu i nikada nije bilo u Ujedinjenoj Kraljevini. Njegova je majka,

24 Nakon donošenja Haške konvencije iz 1961. kriterij djetetova uobičajenog boravišta imao je prednost pred kriterijem državljanstva, na kojem se tradicionalno temeljila nadležnost u području statusa osoba, ali koji se smatrao zastarjelim, te kriterijem domicila koji je pravni pojam različito definiran ovisno o nacionalnim pravima. Uobičajeno boravište smatralo se „činjeničnim pojmom" koji odgovara „stvarnom središtu maloljetnikovih životnih interesa" (izvješće s objašnjenjem W. de Steigera, Actes et documents de la IX^{ème} session (1960.), sv. IV., str. 9., 13. i 14.). U pripremnim aktima koji su prethodili donošenju Haške konvencije iz 1980. ponavlja se da je uobičajeno boravište, suprotno pojmu „domicil", „u potpunosti činjenični pojam" (izvješće Pérez-Vere, t. 66.). Tijekom pripremnih akata koji su prethodili donošenju Haške konvencije iz 1996., prijedlog da se uvede definicija tog pojma odbijen je uz obrazloženje da bi se takvom definicijom moglo narušiti tumačenje brojnih drugih konvencija koje se koriste istim pojmom (izvješće s objašnjenjem P. Lagardea, Actes et documents de la XVIII^{ème} session (1996.), sv. II., t. 40.). Ta izvješća dostupna su i na internetskoj stranici https://www.hcch.net/fr/instruments.

25 Vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu A (C-523/07, EU:C:2009:39, t. 26. i 30.).

26 Stoga osobito slijedim primjer britanskih i kanadskih sudova čija sudska praksa sadržava brojna upućivanja na odluke sudova drugih država potpisnica Haške konvencije iz 1980. kao i Suda. Vidjeti osobito Cour suprême du Canada (Vrhovni sud Kanade), Balev, 2018. SCC 16, t. 40. do 57., kao i Supreme Court of the United Kingdom (Vrhovni sud Ujedinjene Kraljevine), A protiv A (Children: Habitual Residence), [2013.] UKSC 60, t. 46. i sljedeće točke.

27 [2013.] UKSC 60.

nakon što je nekoliko godina boravila u Ujedinjenoj Kraljevini gdje je već rodila troje djece, otputovala u Pakistan prije začeća četvrtog djeteta radi privremenog posjeta. U Pakistanu ju je zatim s njezino troje djece zadržao otac koji je, među ostalim, zaplijenio njihove putovnice i prisilio je da ondje rodi četvrto dijete.

43. Većina članova tog suda, na čelu sa sutkinjom B. M. Hale, bila je sklona smatrati, pozivajući se na sudsku praksu Suda prema kojoj je djetetovo uobičajeno boravište činjenični pojam [28], da je djetetova fizička prisutnost u Ujedinjenoj Kraljevini pretpostavka toga da se se ondje utvrdi njegovo uobičajeno boravište. Međutim, s obzirom na to da su priznali da se to pitanje ne može riješiti a da ga Sud ne pojasni u prethodnom postupku, većina članova tog suda ostavila ga je u konačnici otvorenim, pri čemu su nadležnost britanskih sudova temeljili na alternativnoj osnovi nadležnosti, odnosno nadležnosti *parens patriae* [29]. U izdvojenom mišljenju sudac A. Hughes smatrao je, također na temelju činjeničnog pristupa koji je primijenio Sud, da je dijete imalo uobičajeno boravište u Ujedinjenoj Kraljevini jer su se članovi obiteljske zajednice koje je on dio dovoljno integrirali kako bi ondje imali uobičajeno boravište i da je dijete bilo odsutno iz te države samo zbog prisile koju je izvršio otac [30].

44. Na problematiku istaknutu u prvom prethodnom pitanju skrenula se i pozornost francuskih sudova. Cour de cassation (Kasacijski sud) odlučivao je o situaciji u kojoj je majka, koja je boravila u Sjedinjenim Američkim Državama s ocem i njihovim prvim djetetom, trudna otputovala u Francusku s tim djetetom radi privremenog obiteljskog posjeta. Majka se zatim zadržala na francuskom državnom području, ondje je rodila drugo dijete i jednostrano odlučila da se djeca neće vratiti u Sjedinjene Američke Države. U tim okolnostima, Cour de cassation (Kasacijski sud) presudio je da oba djeteta imaju uobičajeno boravište u Sjedinjenim Američkim Državama, iako novorođenče ondje nikada nije bilo [31].

45. Iako je Sud nekoliko puta istaknuo da djetetova fizička prisutnost u određenoj državi *nije dovoljna* da se ondje utvrdi njegovo uobičajeno boravište, prema mojem mišljenju, još nije odlučio o pitanju je li fizička prisutnost *nužan* uvjet u tu svrhu [32]. Najprije ću razmotriti tu sudsku praksu i pravni test koji iz nje proizlazi (odjeljak (b)). Zatim ću iznijeti razloge iz kojih smatram, s obzirom na načela izvedena iz postojeće sudske prakse te ciljeva i konteksta Uredbe Bruxelles II.a, da djetetova fizička prisutnost u određenoj državi nije pretpostavka utvrđivanja njegova uobičajenog boravišta u toj državi (odjeljak (c)).

b) Test utvrđen u sudskoj praksi Suda

46. Sud je kroz svoje presude izradio i usavršio test koji omogućuje određivanje djetetova uobičajenog boravišta na temelju uglavnom činjeničnog i kazuističkog pristupa. Tako je nastojao konkretizirati kriterij blizine koji je zakonodavac utvrdio u svrhu zaštite interesa djeteta.

28 Vidjeti točku 47. i sljedeće točke ovog mišljenja.

29 [2013.] UKSC 60, t. 55. do 58.

30 Vidjeti osobito [2013.] UKSC 60, t. 82. do 93. Štoviše, sud koji je uputio zahtjev smatrao je u posebnim okolnostima, koje su slične onima u predmetu A protiv A (Children: Habitual Residence), da je dijete imalo uobičajeno boravište u Ujedinjenoj Kraljevini iako nikada nije u nju „kročilo nogom". Vidjeti High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Visoki sud, Engleska i Wales, Obiteljski odjel), B protiv H (Habitual Residence: Wardship) [2002.] 1 FLR 388.

31 Cour de cassation (Kasacijski sud), prvo građansko vijeće, 26. listopada 2011., br. 10-19.905 (zbirka presuda iz 2011., I., br. 178)

32 Vidjeti točku 47. kao i točke 54. do 63. ovog mišljenja.

47. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, djetetovo uobičajeno boravište odgovara mjestu koje odražava „određenu integraciju u društvenu i obiteljsku okolinu”[33] ili, prema izrazu upotrijebljenom u nedavnoj presudi HR, „odgovara mjestu gdje se stvarno nalazi središte njegovih životnih interesa”[34]. Primjena tog pravnog testa od strane nacionalnih sudova podrazumijeva činjeničnu ocjenu kojom se nastoji odrediti to mjesto s obzirom na sve konkretne okolnosti svakog pojedinog slučaja. U tom pogledu, „osim fizičke prisutnosti djeteta u nekoj državi članici, treba uzeti u obzir i druge čimbenike koji mogu uputiti na to da ta prisutnost nije vremenski ograničenog ili povremenog karaktera i da djetetovo boravište upućuje na određenu integraciju u društvenu i obiteljsku okolinu”[35] ili, prema riječima iz presude Mercredi, na „određenu stabilnost ili redovitost”[36].

48. Ti čimbenici osobito uključuju trajanje, regularnost, uvjete i razloge djetetova boravka u predmetnoj državi članici ili predmetnim državama članicama, djetetovo državljanstvo[37], mjesto i okolnosti školovanja, jezična znanja te obiteljske i društvene odnose djeteta u toj državi članici ili tim državama članicama[38]. Namjera roditelja u pogledu djetetova mjesta boravišta, pod uvjetom da se očituje konkretnim radnjama (kao što su kupnja ili najam stambenog prostora), dodatna je indicija[39]. Relativna težina tih elemenata ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja[40].

49. Kad je bio pozvan da primijeni taj test u svrhu utvrđivanja uobičajenog boravišta dojenčeta[41], Sud je, prvi put u presudi Mercredi[42], priznao da se pri ocjeni integracije djeteta u društvenu i obiteljsku okolinu ne mogu zanemariti okolnosti koje se odnose na boravak osoba o kojima ono ovisi. Sud je istaknuo da je okolina u kojoj maloljetno dijete raste uglavnom obiteljska, a određuju je referentna osoba ili osobe s kojima živi, koje stvarno o njemu skrbe i svakodnevno se o njemu brinu[43] – u pravilu njegovi roditelji[44]. Prema tome, ako takvo dijete svakodnevno živi sa svojim roditeljima, kako bi se odredilo njegovo uobičajeno boravište potrebno je odrediti mjesto gdje su oni stalno prisutni i integrirani u društvenu i obiteljsku okolinu[45].

50. To mjesto treba odrediti s obzirom na netaksativan popis indicija jednake prirode kao što su one koje potvrđuju djetetovu integraciju u takvoj okolini. Te indicije uključuju trajanje, regularnost, uvjete i razloge boravka roditelja u predmetnoj državi članici ili predmetnim državama članicama, njihovo znanje jezika, geografsko i obiteljsko podrijetlo kao i obiteljske i društvene veze koje oni ondje

33 Vidjeti osobito presude od 2. travnja 2009., A (C-523/07, EU:C:2009:225, t. 38.); od 22. prosinca 2010., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, t. 47.) i od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 42.).

34 Presuda od 28. lipnja 2018. (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 42.). Vidjeti i mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu A (C-523/07, EU:C:2009:39, t. 38.). Taj test odgovara testu „stvarnog središta maloljetnikovih životnih interesa” navedenom u pripremnim aktima Haške konvencije iz 1961. (vidjeti bilješku 24. ovog mišljenja).

35 Presude od 2. travnja 2009., A (C-523/07, EU:C:2009:225, t. 38.) i od 9. listopada 2014., C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, t. 51.). Vidjeti i presude od 22. prosinca 2010., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, t. 49.); od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 43.) i od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 41.).

36 Presuda od 22. prosinca 2010., (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, t. 44.)

37 Navođenje tog kriterija protivi se cilju prema kojem je djetetovo državljanstvo autonomna poveznica pravne prirode koju su autori Haških konvencija (na kojima se temelji Uredba Bruxelles II.a) upravo namjeravali odbiti u korist činjeničnog kriterija djetetova uobičajenog boravišta (vidjeti bilješku 24. ovog mišljenja). Vidjeti Lamont, R., komentar presude od 2. travnja 2009., A (C-523/07, EU:C:2009:225), Common Market Law Review 47, 2010., str. 241. U tom smislu, djetetovo državljanstvo uzima se u obzir samo kad čini indiciju koja odražava društvenu stvarnost djetetove okoline. Vidjeti u tom smislu presudu od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 57. do 60.).

38 Vidjeti u tom smislu presude od 2. travnja 2009., A (C-523/07, EU:C:2009:225, t. 39.) i od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 43.).

39 Vidjeti presude od 2. travnja 2009., A (C-523/07, EU:C:2009:225, t. 40.); od 22. prosinca 2010., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, t. 50.); od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 46.) i od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 46.).

40 Vidjeti u tom smislu presude od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 48.) i od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 49.).

41 Prema rječniku Larousse, pojam „dojenče” označava dijete od neonatalnog razdoblja do dvije godine starosti, dok se pojam „novorođenče” odnosi na djecu koja nisu starija od 28 dana. Radi praktičnosti koristit ću se pojmom „dojenče” kako bih obuhvatio te obje kategorije vrlo male djece. Dotična djevojčica u glavnom predmetu bila je dojenče na dan pokretanja postupka pred sudom koji je uputio zahtjev.

42 Presuda od 22. prosinca 2010. (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829)

43 Presuda od 22. prosinca 2010., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, t. 52. i 54.). Vidjeti i presudu od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 45.).

44 Presuda od 28. lipnja 2018. HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 44.)

45 Vidjeti presudu od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 45.).

održavaju[46]. Namjera roditelja da se s djetetom nastane u određenom mjestu uzima se u obzir jer se njome odražava stvarnost integracije roditelja (i stoga djeteta) u društvenu i obiteljsku okolinu[47]. U tom smislu, ta namjera roditelja je čimbenik koji, iako je važan, nije nužno odlučujuć[48]. Težina koja se pripisuje tim aspektima koji se odnose na integraciju roditelja ovisi o stupnju djetetove ovisnosti o roditeljima koja se mijenja ovisno o njegovoj dobi.

51. Logika tog pristupa najočitija je kada je riječ o uobičajenom boravištu novorođenčeta. Kad bi se u obzir uzeli samo objektivni elementi koji se odnose na integraciju nastalu tijekom djetetova boravka u određenom mjestu, svoj bi novorođenčadi, s obzirom na to da se prema definiciji nisu imala vremena integrirati u nekom mjestu, bilo uskraćeno uobičajeno boravište. Iz toga proizlazi da nijedno novorođenče ne bi bilo zaštićeno mehanizmom predaje predviđenim Haškom konvencijom iz 1980. i dopunjenim Uredbom Bruxelles II.a.

52. Iz tog izlaganja proizlazi da je Sud primijenio takozvani „mješoviti" pristup prema kojem se djetetovo uobičajeno boravište određuje na temelju, s jedne strane, objektivnih čimbenika koji obilježavaju djetetov boravak u određenom mjestu i, s druge strane, okolnosti koje se odnose na boravak njegovih roditelja kao i njihove namjere u pogledu djetetova boravišta. Ako je pojam „uobičajeno boravište" usmjeren na dijete jer označava mjesto u kojem se stvarno nalazi središte njegovih životnih interesa, sâmo to mjesto ovisi, u mjeri koja se mijenja ovisno o djetetovoj dobi, o mjestu u kojem se nalazi stvarno središte životnih interesa njegovih roditelja i u kojem ga oni namjeravaju odgajati.

53. Kao što je istaknuo Cour suprême du Canada (Vrhovni sud Kanade)[49], pri čemu se oslonio na brojne sudske odluke donesene u državama potpisnicama Haške konvencije iz 1980., mješoviti pristup, kojem se daje prednost u odnosu na pristup koji je usmjeren samo na djetetovu „aklimatizaciju"[50] i na pristup u kojem prevladava namjera roditelja[51], sada odgovara tendenciji koja proizlazi iz sudske prakse koja se odnosi na tu konvenciju na međunarodnoj razini.

c) Zaključci koji se mogu izvesti iz sudske prakse Suda u pogledu nužnosti fizičke prisutnosti

1) Prijedlog prema kojem je Sud već riješio pitanje

54. Nijedna zainteresirana stranka ne osporava da u praksi ukupna ocjena okolnosti svakog pojedinog slučaja obično dovodi do zaključka prema kojem se stvarno središte djetetovih životnih interesa, a time i njegovo uobičajeno boravište, nalazi u mjestu u kojem je već bilo fizički prisutno. Međutim, UD, vlada Ujedinjene Kraljevine i češka vlada, suprotno mišljenju XB-a i Komisije, smatraju da se u određenim iznimnim okolnostima tom ukupnom ocjenom može opravdati da dijete ima uobičajeno boravište u državi u kojoj nikada nije bilo.

46 Presude od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 45.) i od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 45.). Vidjeti i presudu od 22. prosinca 2010., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, t. 55. i 56.).

47 Vidjeti u tom smislu Supreme Court of the United Kingdom (Vrhovni sud Ujedinjene Kraljevine), Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013.] UKSC 75, t. 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 Vidjeti presude od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 47. i 50.) i od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t 64.).

49 Vidjeti Vrhovni sud Kanade, 20. travnja 2018., Balev, 2018. SCC 16, t. 50. do 57.

50 Vidjeti United States Court of Appeals, 6th Circuit (Žalbeni sud za šesti okrug, Sjedinjene Američke Države), Friedrich protiv Friedricha, 78 F.3d 1060 (1996) i Robert protiv Tessona, 507 F.3d 981 (2007) kao i Cour d'appel de Montréal (Žalbeni sud u Montréalu, Kanada), 8. rujna 2000., br. 500-09-010031-003.

51 Vidjeti osobito United States Court of Appeals, 9th Circuit (Žalbeni sud za deveti okrug, Sjedinjene Američke Države), Mozes protiv Mozesa, 239 F 3d 1067 (2001.) kao i United States Court of Appeals, 11th Circuit (Žalbeni sud za jedanaesti okrug, Sjedinjene Američke Države), Ruiz protiv Tenorioa, 392 F.3d 1247 (2004.).

55. U tom pogledu, prethodno navedena sudska praksa Suda sadržava, kao što su tvrdili XB i Komisija, određene odlomke koji na prvi pogled idu u prilog zaključku prema kojem utvrđivanje djetetova uobičajenog boravišta u državi članici pretpostavlja da je ono već ondje bilo fizički prisutno. Međutim, tumačenje tih odlomaka u njihovu kontekstu iziskuje opreznost prije donošenja takvog zaključka.

56. Najprije, s obzirom na to da se u više navrata upotrjebljava izraz „osim fizičke prisutnosti” [52] prije navođenja ostalih relevantnih čimbenika, moglo bi se smatrati da je taj parametar nužan element za utvrđivanje djetetova uobičajenog boravišta. Međutim, Sud nikad nije, uzimajući u obzir činjenični kontekst predmeta koji su se pred njim vodili, posebno ispitao pitanje je li fizička prisutnost nužna. Kao što su tvrdili UD i vlada Ujedinjene Kraljevine, jedini zaključak koji se može izvesti iz uporabe tih izraza jest da fizička prisutnost *nije dovoljna* da se utvrdi djetetovo uobičajeno boravište. Iz toga se ne može ekstrapolirati da je taj element *nužan* u tu svrhu.

57. Nadalje, nije uvjerljiv ni odlomak iz presude W i V [53] prema kojem „određivanje uobičajenog boravišta djeteta u dotičnoj državi članici iziskuje barem da je dijete [ondje] fizički prisutno”. Naime, tu umetnutu rečenicu treba tumačiti s obzirom na činjenični okvir predmeta u kojem je donesena ta presuda. Jedan od roditelja tvrdio je da je dijete imalo uobičajeno boravište u Litvi, iako je djetetovo državljanstvo njegova jedina poveznica s tom državom članicom. Sud je stoga napomenuo da se samim državljanstvom neke države članice ne može nadoknaditi nedostatak jasne povezanosti s tom državom članicom, s obzirom na to da dijete ondje nije ni bilo [54]. Sudu nije postavljeno pitanje može li se takvom povezanošću, kada postoji, u određenim slučajevima nadoknaditi nedostatak fizičke prisutnosti u predmetnoj državi članici.

58. Naposljetku, presuda OL [55] ne potkrepljuje tezu koju su iznijeli XB i Komisija. Predmet u kojem je donesena ta presuda odnosio se na dijete majke Grkinje i oca Talijana koji su oboje boravili u Italiji prije djetetova rođenja. Prema očevim tvrdnjama, dogovorili su se da će se dijete roditi u Grčkoj, s time da se dijete i majka nakon toga vrate i nastane u Italiji, ali je majka odbila provesti taj plan. Otac je pred grčkim sudom tvrdio da je majka nezakonito zadržala dijete u državi članici (Grčka) koja nije država članica u kojoj je imao uobičajeno boravište neposredno prije njegova zadržavanja (Italija) u smislu članka 11. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a. Taj je sud stoga trebao ispitati je li dijete imalo uobičajeno boravište u Italiji u relevantnom trenutku, iako ondje nikada nije bilo.

59. U tom kontekstu, navedeni sud pitao je Sud je li djetetova fizička prisutnost u državi članici u svakom slučaju pretpostavka toga da se ondje utvrdi njegovo uobičajeno boravište. Ako je Sud smatrao da se u prijašnjoj sudskoj praksi već dao potvrdan odgovor na to pitanje, mogao ga je samo uputiti nacionalnom sudu, što bi mu omogućilo da lako riješi spor koji se pred njim vodi. Nezavisni odvjetnik N. Wahl predložio je uostalom Sudu, među ostalim, na temelju presude W i V [56], da tako postupi [57].

60. Međutim, Sud je preoblikovao prethodno pitanje kako ga ne bi trebao riješiti na općenit i apstraktan način, pri čemu je pružio korisnu pomoć predmetnom sudu u svrhu rješavanja spora koji se pred njim vodi [58]. Konkretnije, Sud se usmjerio na situaciju, kao što je ona u tom sporu, u kojoj je dijete rođeno i neprekidno boravi sa svojom majkom više mjeseci, sukladno zajedničkoj želji svojih

52 Vidjeti točku 47. ovog mišljenja.

53 Presuda od 15. veljače 2017. (C-499/15, EU:C:2017:118, t. 61.)

54 Vidjeti u tom pogledu bilješku 37. ovog mišljenja.

55 Presuda od 8. lipnja 2017. (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436)

56 Presuda od 15. veljače 2017. (C-499/15, EU:C:2017:118)

57 Mišljenje u predmetu OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, t. 57. i 61.) U točkama 81. do 83. nezavisni odvjetnik N. Wahl ipak je izmijenio svoje stajalište, pri čemu je smatrao da se ne može isključiti da se kriterij fizičke prisutnosti može zanemariti u iznimnim okolnostima, ako postoji jasna povezanost s državom članicom u kojoj dijete nikada nije bilo. Takva se povezanost, u svjetlu zaštite interesa djeteta, mora temeljiti na „snažnim i stvarnim indicijama” koje bi mogle prevladati nad fizičkom prisutnosti.

58 Presuda od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 35.)

roditelja, izvan države članice u kojoj su roditelji imali uobičajeno boravište prije njegova rođenja. Sud je ispitao je li u takvoj situaciji prvotna namjera roditelja u odnosu na vraćanje majke zajedno s djetetom u tu državu članicu presudan čimbenik za zaključak da dijete ondje ima svoje uobičajeno boravište, neovisno o tome što nije nikada ondje bilo fizički prisutno.

61. U odgovoru na tako preoblikovano pitanje, Sud je samo, s jedne strane, odbio uspostaviti opće pravilo prema kojem je zajednička namjera nositelja roditeljske odgovornosti u pogledu djetetova povratka u državu članicu presudna i automatski ima prednost pred djetetovom fizičkom prisutnošću u drugoj državi članici. Ne postoji ni apsolutno pravilo prema kojem je djetetovo uobičajeno boravište nužno ono njegovih roditelja i ne može ga jednostrano izmijeniti jedan od roditelja nositelja roditeljske odgovornosti protivno volji drugog roditelja [59].

62. S druge strane, Sud je ocijenio može li se na temelju okolnosti na koje mu je pozornost skrenuo nacionalni sud smatrati da dijete ima uobičajeno boravište u državi članici u kojoj su njegovi roditelji prvotno namjeravali živjeti s njim (Italija), zadatak koji je Sud mogao smatrati suvišnim da mu se činilo jasnim da je to što dijete nije bilo fizički prisutno u Italiji bilo dovoljno za isključivanje mogućnosti da ono ondje ima uobičajeno boravište. Nakon te ocjene Sud je zaključio da dijete nema boravište u toj državi članici jer je nekoliko mjeseci živjelo u Grčkoj gdje je i rođeno sukladno zajedničkoj želji svojih roditelja [60]. Nikako nije isključio da u drugim okolnostima, osobito kada mjesto rođenja nije odraz zajedničke volje roditelja, nacionalni sud može utvrditi, s obzirom na sve relevantne čimbenike, da se stvarno središte djetetovih životnih interesa nalazi u državi članici u kojoj nikada nije boravilo.

2) Odabir pristupa koji je najviše u skladu sa sudskom praksom i ciljevima članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a

63. Budući dakle da Sud još nije odlučio o pitanju je li fizička prisutnost u državi članici nužna u svrhu utvrđivanja djetetova uobičajenog boravišta, valja ispitati je li činjenični pristup, koji se u sudskoj praksi primjenjuje s obzirom na kriterij blizine koji je propisao zakonodavac, više u skladu s jednim ili drugim rješenjem, koja su predložile zainteresirane stranke.

64. Prema mišljenju UD, vlade Ujedinjene Kraljevine i češke vlade, činjeničnoj prirodi pojma „djetetovo uobičajeno boravište" ne odgovara propisivanje pravila prema kojem je fizička prisutnost u državi članici uvjet *sine qua non* kako bi se ondje utvrdilo djetetovo uobičajeno boravište, neovisno o ispitivanju ostalih relevantnih okolnosti. Konkretno, potonje stranke ističu važnost čimbenika koji se odnose na integraciju roditelja koji stvarno skrbi o maloljetnom djetetu. Suprotno tomu, XB i Komisija smatraju da je, s obzirom na to da se dijete prema definiciji ne može integrirati u mjesto u kojem nikada nije bilo, utvrđenje njegova uobičajenog boravišta u takvom mjestu fikcija koja nije u skladu s činjeničnom prirodom predmetnog pojma.

65. Prvo od tih stajališta, prema mojem mišljenju, više je u skladu s činjeničnim pristupom koji je utvrdio Sud. Kada bi se fizičku neprisutnost smatralo nevažećim kriterijem došlo bi do stvaranja dodatnog pravnog testa jer se zbog toga što nije ispunjena pretpostavka koja se odnosi na djetetovu fizičku prisutnost ne bi mogao ispitati nijedan drugi relevantan čimbenik. Takvo općenito i apstraktno pravilo dovelo bi do gubitka fleksibilnosti koja omogućuje provedbu kriterija blizine u interesu djeteta. Naime, kao što proizlazi iz prethodno navedene sudske prakse, taj kriterij odnosi se na blizinu između djeteta te društvene i obiteljske okoline utvrđene u određenom mjestu, a ne isključivo na samu zemljopisnu blizinu između djeteta i određenog mjesta.

59 Presuda od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 50. i sljedeće točke)

60 Presuda od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 49. i 50.)

66. Fleksibilan pristup osobito je nužan za rješavanje posebnih slučajeva dojenčadi koja je rođena i boravi u zemlji različitoj od one u kojoj je stvarno središte životnih interesa njihovih roditelja, zbog obiteljskih i društvenih veza. U tom pogledu podsjećam da je Sud priznao da, s obzirom na to da dojenčad prema definiciji ne može razviti stvarne veze u nekom mjestu neovisno o svojim roditeljima, stvarno središte životnih interesa dojenčadi u praksi ovisi o onome njihovih roditelja [61]. Prema mojem mišljenju, zanemarivanje te društvene i obiteljske stvarnosti dovelo bi do više umjetnih rezultata nego priznavanje činjenice da u tim iznimnim situacijama dojenče može imati uobičajeno boravište u mjestu u kojem nikada nije bilo fizički prisutno.

67. Stoga, kako bi se odredilo uobičajeno boravište dojenčeta treba uzeti u obzir ne samo objektivne parametre koji okružuju boravak dojenčeta u zemlji u kojoj se nalazi, nego i indicije koje se odnose na integraciju jednog ili obaju roditelja o kojima ono ovisi u društvenu i obiteljsku okolinu u drugoj zemlji. U tom su kontekstu okolnosti koje su dovele do prisutnosti dojenčeta i jednog ili obaju roditelja o kojima ono ovisi u prvoj zemlji i, prema tome, njihove odsutnosti u drugoj zemlji, prilikom njegova rođenja i tijekom njegova kratkog života, osobito važne.

68. Prema mojem mišljenju, ako okolnosti koje nisu u skladu sa željom jednog ili obaju roditelja o kojima dojenče ovisi, kao što su nepredvidive okolnosti ili viša sila, dovedu do rođenja i boravka dojenčeta izvan države u kojoj je obiteljska zajednica koje je ono dio, a koju je stvorio taj roditelj ili ti roditelji i koja, ovisno o slučaju, uključuje i druge članove, te koja je u toj državi trajno i redovito nastanjena, dojenče u njoj ima uobičajeno boravište. Stoga se središte životnih interesa dojenčeta zapravo nalazi ondje gdje se ono može integrirati u tu obiteljsku zajednicu i gdje bi već bilo da ne postoje takve vanjske okolnosti.

69. Moje tvrdnje pojašnjava primjer sličan primjerima koje ističe Supreme Court of the United Kingdom (Vrhovni sud Ujedinjene Kraljevine) u predmetu A protiv A (Children: Habitual Residence) [62] kao i u očitovanjima vlade Ujedinjene Kraljevine i češke vlade. Na primjer, par koji se trajno i redovito nastanio u Njemačkoj ode na odmor u Francusku gdje je majka prisiljena prijevremeno roditi. Treba li smatrati da dijete neposredno nakon rođenja ima uobičajeno boravište ondje gdje borave njegovi roditelji (i, ovisno o slučaju, njegova starija braća i sestre), gdje može živjeti i gdje ga možda već čeka njegova kolijevka (odnosno u Njemačkoj) ili pak da prije dolaska u Njemačku dijete nema uobičajeno boravište [63]?

70. Nema nikakve dvojbe, prema mojem mišljenju, da zaključak prema kojem dijete ima uobičajeno boravište u Njemačkoj neposredno nakon svojeg rođenja vjernije odražava stvarnost djetetove integracije u društvenu i obiteljsku okolinu [64].

71. Ta razmatranja ne utječu, naravno, na mogućnost da se djetetovo uobičajeno boravište izmijeni ovisno o proteku vremena i promjeni objektivnih okolnosti. Stoga, ako dijete koje je rođeno u iznimnim okolnostima izvan države u kojoj se nastanila njegova obiteljska zajednica koje je ono dio ima uobičajeno boravište u toj državi, taj zaključak vrijedi samo dok trajanje djetetova boravka u državi njegova rođenja te kulturološke i društvene veze koje iz toga proizlaze ne promjene okolnosti u prilog utvrđenju prema kojem je za dijete ondje zapravo nastalo središte životnih interesa. Kako vrijeme protječe, stvarnost djetetove povezanosti s državom u kojoj se mogao integrirati u društvenu i obiteljsku okolinu blijedi sve dok ne postane samo fikcija.

61 Vidjeti točke 49. do 50. ovog mišljenja.

62 [2013.] UKSC 60, t. 42.

63 Treći pristup prema kojem dijete ima uobičajeno boravište u Francuskoj samo zbog toga što se ondje nalazi od svojeg rođenja odmah se isključuje jer ta slučajna prisutnost ne može imati stabilnost i redovitost koje se zahtijevaju u svrhu utvrđivanja djetetova uobičajenog boravišta.

64 Suprotno onomu što je predložio nezavisni odvjetnik N. Wahl u svojem mišljenju u predmetu OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, t. 85.), pristupom koji predlažem nikako se ne priznaje da dijete može već imati uobičajeno boravište prije rođenja ni, slijedom toga, da nerođeno dijete može biti obuhvaćeno područjem primjene Uredbe Bruxelles II.a. Tim se pristupom odražava samo društvena stvarnost prema kojoj se dojenče ne može integrirati u obiteljsku i društvenu okolinu koja je samostalna i odvojena od okoline osoba koje se za njega svakodnevno brinu.

72. Osim toga, tumačenjem koje predlažem ne dovodi se u pitanje činjenica da *u većini slučajeva* djetetovo uobičajeno boravište odgovara mjestu u kojem je bilo fizički prisutno. Njime se samo podrazumijeva da određivanje djetetova uobičajenog boravišta treba odražavati stvarnost njegove integracije u društvenu i obiteljsku okolinu a da u tom pogledu nije ograničena strogim pravnim pravilima. U posebnim slučajevima koji se odnose na dojenčad, ocjena skupa konkretnih okolnosti svakog pojedinog slučaja može dovesti do toga da se smatra da je zapravo središte djetetovih životnih interesa u zemlji u kojoj nikada nije bilo.

73. Određeni suci Supreme Court of the United Kingdom (Vrhovni sud Ujedinjene Kraljevine) iznijeli su razmatranja koja su to učinila puno jasnijim. U nekoliko su navrata istaknuli da, iako se odvagivanje čimbenika koji omogućuju određivanje djetetova uobičajenog boravišta ne može propisati pravnim pravilima, potonje boravište ipak se može korisno utvrditi određenim „generaliziranjem činjenica". Drugim riječima, određeni prijedlozi općenito su, iako ne uvijek, u skladu s činjeničnom situacijom u kojoj se nalazi dijete [65].

74. Isto vrijedi za prijedlog prema kojem uobičajeno boravište dojenčeta proizlazi iz uobičajenog boravišta jednog ili oboje roditelja o kojima ono ovisi [66], kao i, konkretno, za prijedlog prema kojem djetetovo uobičajeno boravište podrazumijeva određenu fizičku prisutnost u predmetnoj zemlji [67]. Činjenicom da ta dva prijedloga mogu biti u suprotnosti (kao što prikazuje gore navedeni primjer) ističe se da ih je nemoguće utvrditi kao apsolutna pravna pravila.

75. Taj se zaključak, prema mojem mišljenju, ne dovodi u pitanje razmatranjima koja se odnose na zahtjeve predvidljivosti, pravne sigurnosti i ujednačenosti rješenja unutar Unije.

76. Najprije, indikativna metoda koja se primjenjuje u ustaljenoj sudskoj praksi nakon presude A [68] nužno uključuje, kao posljedicu diskrecijske ovlasti koja se tom metodom dodjeljuje nacionalnim sudovima, određen rizik od heterogenosti rješenja koja su donijeli različiti sudovi u sličnim slučajevima [69]. Ta „cijena koju treba platiti" obično se prihvaća radi fleksibilnosti koja je nužna kako bi se u interesu djeteta konkretizirao kriterij blizine s njegovom društvenom i obiteljskom okolinom. Ne vidim zašto bi se s posebnim slučajevima dojenčadi koja su rođena i borave u zemlji različitoj od one u kojoj se zapravo nalazi središte životnih interesa njihovih roditelja – jedini scenariji u kojima se u praksi može zamisliti da dijete ima uobičajeno boravište u državi članici u kojoj nikada nije bilo – trebalo postupati nefleksibilno.

77. Nadalje, smatram da Komisijina argumentacija, prema kojoj fleksibilan pristup nije nužan u takvoj situaciji jer je dijete u državi članici, nije uvjerljiva. Komisija ističe da se u nedostatku uobičajenog boravišta člankom 13. Uredbe Bruxelles II.a predviđa alternativna supsidijarna nadležnost koja se temelji na djetetovoj nazočnosti. Međutim, napominjem da ta alternativna nadležnost koja uključuje samo zemljopisnu dimenziju kriterija blizine nema nikakvo obilježje stabilnosti, zbog čega i je alternativna [70]. Stoga je primjena članka 13. navedene uredbe ograničena na iznimne slučajeve u

65 Vidjeti A protiv A (Children: Habitual Residence), [2013.] UKSC 60, t. 44. (presuda donesena većinom) i 73. do 75. kao i t. 83. i 84. (izdvojeno mišljenje). Vidjeti i Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013.] UKSC 75, t. 21.

66 Vidjeti presudu od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 50.) i Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013.] UKSC 75, t. 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". Vidjeti i Supreme Court of the United States (Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država), Delvoye protiv Leea, 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 Vidjeti u tom pogledu izdvojeno mišljenje suca A. Hughesa u predmetu A protiv A (Children: Habitual Residence), [2013.] UKSC 60, t. 92.

68 Presuda od 2. travnja 2009. (C-523/07, EU:C:2009:225)

69 Međutim, člankom 19. stavkom 2. Uredbe Bruxelles II.a omogućuje se izbjegavanje sukoba nadležnosti. Ta odredba predviđa da „[a]ko je postupak koji se odnosi na roditeljsku odgovornost u vezi s istim djetetom i o istom predmetu pokrenut pred sudovima različitih država članica, sud pred kojim je postupak započeo kasnije s njim zastaje, po službenoj dužnosti, dok se ne utvrdi nadležnost suda pred kojim je postupak započeo ranije".

70 Vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu A (C-523/07, EU:C:2009:39, t. 20. i 21.).

kojima se ne može utvrditi djetetovo uobičajeno boravište [71]. Štoviše, kao što ističe vlada Ujedinjene Kraljevine, problematika je od praktične važnosti koja je još bitnija u okviru postupka predaje. Naime, u slučaju da se u prethodno navedenom primjeru jedan od roditelja odbije vratiti u Njemačku s novorođenčetom, taj postupak može se pokrenuti samo ako se smatra da potonje novorođenče ondje ima uobičajeno boravište.

78. Naposljetku, sumnjam da pravilo prema kojem djetetovo boravište nužno uključuje element fizičke prisutnosti u svakom slučaju pruža stvarne koristi u pogledu pravne sigurnosti. Osobe koje imaju boravište u Njemačkoj, a koje su roditelji djeteta koje je zbog više sile rođeno u Francuskoj mogu zaista legitimno očekivati da će njemački sudovi odlučivati o svim sporovima koji se odnose na roditeljsku odgovornost. Sa stajališta potonjih sudova, pravilo koje ih obvezuje da se proglase nenadležnim samo zbog toga što se dijete još ne nalazi u Njemačkoj zbog nepredvidljivog i nesvojevoljnog događaja, izvor je pravne nesigurnosti [72].

79. S obzirom na sve prethodno navedeno, ne može se automatski, a da se ne uzmu u obzir posebnosti svakog predmeta, dati odlučujuću važnost kriteriju fizičke prisutnosti. Djetetova fizička prisutnost u državi članici stoga nije pretpostavka tomu da se smatra da je ondje njegovo uobičajeno boravište u smislu članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a.

3. Utjecaj prisile u svrhu određivanja djetetova uobičajenog boravišta (drugo pitanje)

a) Uvodne napomene

80. Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita Sud o utjecaju koji, kako bi se odredilo ima li dijete uobičajeno boravište u državi članici iako nikada ondje nije bilo fizički prisutno, ima činjenica da je majku, prema njezinim tvrdnjama, otac prevario kako bi došla u treću zemlju gdje ju je zatim nezakonito zadržao, tako da je bila prisiljena ondje roditi. Taj sud dodaje da ta situacija može uključivati povredu temeljnih prava majke i djeteta na temelju članaka 3. i 5. EKLJP-a čiji je sadržaj preuzet u člancima 4. i 6. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja).

81. Tim se pitanjem poziva Sud da pojasni važnost okolnosti prema kojoj je prisutnost majke i djeteta u Bangladešu u trenutku pokretanja postupka i istodobno njihovo odsustvo s državnog područja Ujedinjene Kraljevine, isključivo posljedica prisile koju je izvršio otac. Iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku proizlazi da UD u biti tvrdi da je njezina prvotna namjera, za koju je vjerovala da je dijeli s XB-om (koji s UD-om ima zajedničku roditeljsku odgovornost) u trenutku njihova odlaska u Bangladeš, bila da rodi i boravi s djetetom u Ujedinjenoj Kraljevini [73]. Međutim, zbog XB-ova prisilnog ponašanja ta namjera nije ostvarena.

82. Nažalost, čini se da takav činjenični kontekst nije izniman i izdvojen slučaj. Kao što je istaknula vlada Ujedinjene Kraljevine, on odgovara fenomenu koji se već pojavio te se o njemu i raspravljalo pred sudovima Ujedinjene Kraljevine u drugim predmetima [74].

71 Presuda od 2. travnja 2009., A (C-523/07, EU:C:2009:225, t. 43.) Članak 13. Uredbe Bruxelles II.a odnosi se osobito na iznimne slučajeve određenih preseljenja u kojima je dijete, tijekom prijelaznog razdoblja, izgubilo svoje uobičajeno boravište u državi polaska a da pritom još nije steklo uobičajeno boravište u državi domaćinu. Vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu A (C-523/07, EU:C:2009:39, t. 45.), kao i Komisijin *Praktični priručnik za primjenu Uredbe Bruxelles II.a* (dostupan na internetskoj stranici https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed/language-fr, str. 29.).

72 Štoviše, u slučajevima te vrste takvim pravilom sud bi se lišilo mogućnosti da donese jednostavan zaključak o djetetovu uobičajenom boravištu s obzirom na sve ostale relevantne okolnosti.

73 Točno je da se može sumnjati u činjenicu da majka nije namjeravala roditi u Bangladešu s obzirom na to da je otputovala u tu zemlju kada je bila trudna dulje od sedam mjeseci. Međutim, s obzirom na to da sud koji je uputio zahtjev tvrdi da treba odrediti svoju nadležnost na temelju majčine tvrdnje prema kojoj ju je otac prisilio da rodi u Bangladešu, temeljit ću svoju analizu na toj pretpostavci.

74 Vidjeti Supreme Court of the United Kingdom (Vrhovni sud Ujedinjene Kraljevine), A protiv A (Children), [2013.] UKSC 60 kao i High Court of Justice (England &Wales), Family Division (Visoki sud, Engleska i Wales, Obiteljski odjel), B/H (Habitual Residence: Wardship) [2002.] 1 FLR 388.

83. Pokušat ću najprije procijeniti u kojoj mjeri dimenziju prethodno navedene prisile treba uzeti u obzir u skladu s načelima koja su izvedena iz postojeće sudske prakse (odjeljak (b)). Zatim ću analizirati pitanje zahtijevaju li interes djeteta i temeljna prava navedena u Povelji primjenu drugih načela u situaciji kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku (odjeljak (c)).

b) Primjena načela koja su izvedena iz postojeće sudske prakse

84. U skladu s činjeničnim pristupom koji je primijenio Sud, okolnost prema kojoj je majka rodila svoje dijete u trećoj zemlji i ostala s njim ondje samo zbog prisile koju je izvršio otac, prema mojem mišljenju, relevantan je element za procjenu djetetove povezanosti s trećom zemljom u kojoj stvarno boravi i s državom članicom u kojoj bi bilo rođeno i živjelo da nije bilo takve prisile[75].

85. S jedne strane, ta je okolnost jedan od „uvjeta i razloga boravka" majke i djeteta u toj trećoj zemlji u smislu sudske prakse[76]. U ovom slučaju ona može biti indicija da dijete nema uobičajeno boravište u Bangladešu iako su mu, silom prilika, sve referentne točke u toj zemlji u kojoj živi od svojeg rođenja i s kojom ga povezuje njegovo zemljopisno i kulturološko podrijetlo.

86. Okolina tog djeteta, s obzirom na njegovu mladu dob, uglavnom je određena okolinom osobe ili osoba o kojima ono ovisi, odnosno, najvjerojatnije i na temelju činjenica navedenih u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, njegove majke (s obzirom na to da se njegov otac vratio u Ujedinjenu Kraljevinu). Prema tvrdnjama UD, prisilno XB-ovo ponašanje spriječilo ju je da odluči gdje će živjeti sa svojim dojenčetom te ju je prisililo da ostane u selu u kojem je lokalna zajednica stigmatizira i u kojem nema osnovnih sredstava za život ni prihoda. Međutim, sumnjam da je nesvojevoljan i privremen boravak majke i djeteta u trećoj zemlji dovoljno stabilan i redovit da bi dijete ondje imalo uobičajeno boravište. Može li se doista govoriti o integraciji u društvenu i obiteljsku okolinu ako se povezanost dojenčeta s tom trećom zemljom mogla razviti samo zbog situacije koja je posljedica prisile koju je izvršio otac[77]?

87. Ta su razmatranja i dalje relevantna unatoč činjenici da je UD podrijetlom iz Bangladeša i da ondje boravi u selu svoje obitelji. Naime, geografsko i obiteljsko podrijetlo roditelja koji skrbi o djetetu, kao i djetetove kulturološke i obiteljske veze koje iz toga proizlaze, samo su jedan od čimbenika koji se mogu uzeti u obzir u okviru općenite analize okolnosti svakog pojedinačnog slučaja[78]. Taj čimbenik ne može prikriti druge objektivne okolnosti, kao što je činjenica da je majka navodno prisilno zadržana u Bangladešu sa svojom kćeri.

75 Kao što proizlazi iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, od nacionalnog suda traži se da odluči o svojoj nadležnosti na temelju određenih činjenica koje je navela majka i koje još nisu utvrđene (vidjeti točke 17. i 31. ovog mišljenja). U tim okolnostima, razmatranjima koja slijede želi se pomoći tom sudu u svrhu određivanja djetetova uobičajenog boravišta u činjeničnom kontekstu koji odgovara toj verziji činjenica a da se pritom ne utječe na meritornu ocjenu činjenica tog suda.

76 Vidjeti točku 48. ovog mišljenja.

77 U tom smislu, određeni sudovi Sjedinjenih Američkih Država uzeli su u obzir prisilu koja je izvršena na djetetovu majku u svrhu određivanja njegova uobičajenog boravišta. Stoga je District Court of Utah (Okružni sud u Uti, Sjedinjene Američke Države) odlučio da dijete, iako je boravilo u Njemačkoj, ondje nema uobičajeno boravište jer su majka i dijete bili spriječeni napustiti tu zemlju zbog verbalnog, emocionalnog i fizičkog nasilja koje je izvršio otac (Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993.)). District Court of Washington (Okružni sud u Washingtonu, Sjedinjene Američke Države) smatrao je da majka dotične djece nema uobičajeno boravište u Grčkoj gdje je s njima živjela u društvenoj izolaciji i bez autonomije a da nije poznavala kulturološke norme ni jezik te je imala ograničen pristup financijskim sredstvima, a pritom je bila i žrtva nasilja koje je izvršavao otac (Tsarbopoulos protiv Tsarbopoulosa, 176 F. Supp. 2d 1045, (2001.)). District Court of Minnesota (Okružni sud u Minnesoti, Sjedinjene Američke Države) uzeo je u obzir okolnost prema kojoj je otac spriječio majku da napusti državno područje Izraela, čije su državljanstvo oboje imali i gdje je majka provela jedanaest mjeseci s ocem i njihovom djecom, kako bi isključio mogućnost da ta djeca imaju uobičajeno boravište u toj državi (Silverman protiv Silvermana, 2002. U. S. Dist. LEXIS 8313).

78 Vidjeti presudu od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 52. do 58.).

88. Bez obzira na to, s druge strane, razmatranje prema kojem bi se dijete, da nije bilo prisilnog ponašanja oca, rodilo u predmetnoj državi članici i ondje boravilo nakon rođenja, nije dovoljno da se utvrdi djetetovo uobičajeno boravište u toj državi članici. Prema sudskoj praksi Suda, čak ni takva fizička prisutnost ne bi bila dovoljna u tu svrhu. Bilo bi potrebno i da se na temelju stvarne djetetove povezanosti s državnim područjem navedene države članice može smatrati da dijete ondje zapravo ima središte životnih interesa.

89. Kao što sam prethodno naveo [79], dojenče koje je dio obiteljske zajednice, čijim je članovima stvarno središte životnih interesa u državi članici, ondje ima uobičajeno boravište iako nije ondje rođeno i još nije ondje bilo zbog okolnosti koje ne ovise o želji jednog ili oboje roditelja o kojima dojenče ovisi. Na sudu koji je uputio zahtjev jest da ocijeni, s obzirom na sve relevantne okolnosti, odnosi li se situacija o kojoj je riječ u glavnom postupku na takav slučaj. Razmatranja navedena u nastavku usmjerit će ga u okviru tog ocjenjivanja.

90. Kao prvo, *elementima koji obilježavaju boravak majke u Ujedinjenoj Kraljevini* te društvenim i obiteljskim vezama koje je ondje održavala treba posvetiti posebnu pozornost. Naime, središte djetetovih životnih interesa može se ondje nalaziti samo ako se njegova majka, o kojoj ono ovisi, ondje sama integrirala u društvenu i obiteljsku okolinu. U tom pogledu treba uzeti u obzir, među ostalim, trajanje UD-ina boravka u Ujedinjenoj Kraljevini, razdoblje obuhvaćeno njezinom vizom za bračnog druga, njezino znanje jezika kao i moguće društvene i kulturološke veze u toj državi članici.

91. U tom se kontekstu postavlja pitanje u kojoj mjeri treba uzeti u obzir UD-inu *namjeru*, za koju je, prema njezinim riječima, vjerovala da je dijeli s XB-om u trenutku njihova odlaska u Bangladeš, u pogledu djetetova boravka u Ujedinjenoj Kraljevini nakon njegova rođenja. U tom pogledu podsjećam da namjera roditelja u pogledu djetetova boravka nema nužno prednost pred stvarnom povezanošću između djeteta i nekog drugog mjesta [80]. Težina koju valja dati tom čimbeniku ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja.

92. Prema mojem mišljenju, ako se unatoč prvotnoj namjeri roditelja, ili samo jednog roditelja koji namjerava skrbiti za dijete [81], da se s djetetom nastani u određenom mjestu, to dijete rodi i boravi protiv želje roditelja o kojem ovisi u nekom drugom mjestu, element namjere može biti od osobite važnosti. Isto vrijedi kada su, u takvoj situaciji, objektivni elementi koji se odnose na boravak djeteta i tog roditelja u zemlji u kojoj se nalaze nedovoljni pokazatelji mjesta u kojem su potonje osobe stvarno integrirane u obiteljsku i društvenu okolinu. Namjera u pogledu djetetova boravišta u određenoj državi, pod uvjetom da je izražena konkretnim mjerama, stoga je čimbenik koji može imati prednost pred tim objektivnim elementima i pritom podržati integraciju roditelja o kojem dijete ovisi u tu državu iako je on odsutan od njegova rođenja.

93. Moguće indicije prema kojima su roditelji ili majka sama, prije njihova odlaska u Bangladeš, poduzeli korake kako bi se dijete rodilo u Ujedinjenoj Kraljevini, kako bi mu pronašli trajan smještaj u toj državi članici i svakodnevno brinuli o njemu treba stoga osobito pažljivo uzeti u obzir u svrhu određivanja djetetova uobičajenog boravišta.

79 Vidjeti točke 65. do 71. ovog mišljenja.

80 Presuda od 8. lipnja 2017., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, t. 48.). Vidjeti točku 60. ovog mišljenja.

81 Komisija tvrdi da jednostrana namjera samo jednog od roditelja koji imaju zajedničku roditeljsku odgovornost ni u kojem slučaju ne može nadoknaditi nedostatak djetetove fizičke prisutnosti u predmetnoj državi članici. Tu argumentaciju treba odbiti s obzirom na presudu od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 63.), iz koje proizlazi da namjeru roditelja koji, kao nositelj prava na skrb, ne skrbi stvarno o djetetu, treba uzeti u obzir samo ako on namjerava izvršavati svoje pravo na skrb. Slijedom toga, jednostrana namjera samo jednog roditelja koji namjerava stvarno izvršavati svoje pravo na skrb može se uzeti u obzir. To je rješenje usto u skladu s duhom postupka predaje predviđenim Haškom konvencijom iz 1980. i dopunjenim Uredbom Bruxelles II.a. Naime, člankom 3. točkom (b) te konvencije, čiji se sadržaj preuzima u članku 2. točki 11. podtočki (b) te uredbe, predviđa se da je odvođenje i zadržavanje djeteta nezakonito samo ako je riječ o povredi prava na skrb na temelju prava države u kojoj je djetetovo uobičajeno boravište i ako se to pravo na skrb *stvarno izvršavalo* u trenutku odvođenja ili zadržavanja ili bi se bilo izvršavalo da nije došlo do tih događaja.

94. Kao drugo, što se tiče okolnosti koje se odnose na *integraciju oca* u predmetnu državu članicu, iz sudske prakse proizlazi da je roditelj koji ne skrbi stvarno o djetetu (iako je nositelj roditeljske odgovornosti) dio njegove obiteljske okoline samo ako dijete s njim nastavlja imati redovite kontakte [82]. Međutim, u slučaju da se otac vrati u tu državu članicu i spriječi majku da se ondje vrati s njihovim djetetom, takvi se kontakti više ne održavaju. Integracija oca u navedenu državu članicu i njegov boravak ondje u trenutku pokretanja postupka ne daju, u tim okolnostima, dovoljne naznake o mjestu u kojem se zapravo nalazi središte djetetovih životnih interesa.

95. Kao treće, *razdoblje* od djetetova rođenja do pokretanja postupka pred sudom koji je uputio zahtjev također će se uzeti u obzir. Trajanje boravka u određenoj državi u pravilu je čimbenik koji može održavati djetetovu integraciju u tu državu i, prema tome, nedostatak njegove jasne povezanosti s drugom državom. Njegova važnost u ukupnoj ocjeni relevantnih okolnosti također se ipak mijenja ovisno o pojedinom posebnom slučaju [83].

96. Stoga taj čimbenik ne odražava automatski stvarnost djetetove integracije kad je neprekidno trajanje njegova boravka u jednoj državi i istodobno njegovo odsustvo iz druge države rezultat prisile. Točno je da, osim ako se pojmu „uobičajeno boravište" ne doda umjetno značenje, dijete koje raste i stvara veze u državi u kojoj je prisiljeno boraviti a da pritom ne razvija nikakve veze s državom u kojoj se trebalo nalaziti da nije bilo prisile, gubi u određenoj mjeri svoje uobičajeno boravište u toj potonjoj državi [84]. Međutim, to nije nužno slučaj s djetetom koje je, kao u ovom slučaju, još bilo dojenče na datum pokretanja postupka. Slijedom toga, trajanje djetetova boravka u Bangladešu ne treba kao takvo, prema mojem mišljenju, spriječiti da se njegovo uobičajeno boravište utvrdi u Ujedinjenoj Kraljevini.

97. Sva ta razmatranja dovode do sljedećeg zaključka u situaciji, poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku, u kojoj je dijete rođeno u trećoj državi i spriječeno vratiti se s majkom u državu članicu zbog prisile koju je izvršio otac te u kojoj je dijete još bilo dojenče u trenutku pokretanja postupka pred sudom koji je uputio zahtjev. U takvoj situaciji, dijete ima uobičajeno boravište u toj državi članici, u smislu članka 8. stavka 1. Uredbe Bruxelles II.a, samo ako je, pod uvjetom da ne postoji prisila, bilo trajno i redovito prisutno i integrirano kao član obiteljske zajednice čijem je barem jednom članu središte životnih interesa zapravo u navedenoj državi članici. Ispunjenje tog uvjeta podrazumijeva da je majka integrirana u društvenu i obiteljsku okolinu u predmetnoj državi članici. Na nacionalnom sudu je da provjeri je li to slučaj s obzirom na sve relevantne okolnosti, među kojima su objektivni čimbenici koji se odnose na raniji boravak majke i njezinu integraciju u tu državu članicu kao i konkretno izražavanje majčine namjere u pogledu djetetova boravka.

c) Uzimanje u obzir temeljnih prava djeteta i majke

98. Čini mi se da je radi sveoubuhvatnosti korisno pojasniti da, u slučaju da se na temelju primjene testa „stvarnog središta djetetovih životnih interesa" ne može utvrditi opća nadležnost sudova države članice u situaciji kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku, drukčiji se zaključak ne može opravdati zaštitom najboljih interesa djeteta koja je zajamčena u članku 24. Povelje i temeljnih prava propisanih člancima 4. i 6. Povelje [85].

82 Vidjeti presudu od 28. lipnja 2018., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, t. 48.).

83 U skladu s presudom od 22. prosinca 2010., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, t. 51.), iako djetetov boravak u predmetnoj državi članici „mora imati određeno trajanje da bi bio dovoljno stabilan", Uredbom Bruxelles II.a ne predviđa se najmanje trajanje, uzimajući u obzir da je trajanje boravka samo jedna od brojnih indicija.

84 Vidjeti točku 71. ovog mišljenja.

85 Vidjeti uvodnu izjavu 12. Uredbe Bruxelles II.a i uvodnu izjavu 33. te uredbe u skladu s kojima se navedenom uredbom priznaju i poštuju temeljna prava koja su zajamčena Poveljom.

99. Podsjećam da taj test odražava kriterij blizine na kojem se temelji članak 8. stavak 1. te uredbe i kojim je zakonodavac želio zaštititi interes djeteta koji se općenito predviđa [86]. Sljedećim razmatranjima, prema mojem mišljenju, protivi se to da sudovi izrade izniman test kojim bi se taj kriterij zanemario ako su interes djeteta koji se razmatra u posebnom slučaju i njegova druga temeljna prava ugrožena u trećoj državi u kojoj se nalazi.

100. Kao prvo, u skladu s člankom 51. stavkom 2. Povelje, potonjom Poveljom „ne proširuje [se] područje primjene prava Unije izvan ovlasti Unije". Stoga je Sud nadležan tumačiti, u odnosu na Povelju, pravo Unije u njime dodijeljenim mu granicama [87]. Međutim, Unija i njezine države članice nisu dužne, na temelju prava Unije ili na temelju EKLJP-a, izvršavati svoju nadležnost nad situacijama koje se odvijaju u trećim državama kad ne postoji povezanost predviđena pravom Unije ili EKLJP-om, kako je tumačena u sudskoj praksi Strasbourga [88].

101. Kao drugo, uredbom Bruxelles II.a već se uspostavlja mehanizam kojim se državama članicama dopušta zaštita interesa djeteta čak i kad ne postoji povezanost na temelju prava Unije. Ako nijedan sud države članice nije nadležan u skladu s člancima 8. do 13. Uredbe Bruxelles II.a, u članku 14. te uredbe pojašnjava se da države članice mogu preostalu nadležnost dodijeliti svojim sudovima na temelju vlastitih nacionalnih prava. Stoga svaka država članica može, ako odredbe navedene uredbe koje se temelje na kriteriju blizine ne omogućuju određivanje sudova nijedne države članice, utvrditi nadležnost vlastitih sudova na temelju pravila nacionalnog prava kojim se zanemaruje taj kriterij.

102. U ovom slučaju, takva preostala nadležnost postoji u pravnom poretku Ujedinjene Kraljevine u obliku nadležnosti *parens patriae* sudova te države članice. Kao što proizlazi iz spisa podnesenog Sudu, primjena tog pravila o nadležnosti ipak je ograničena na britanske građane i u diskreciji je nacionalnih sudova.

103. Osim toga, XB tvrdi da se UD, ako je potrebno, mogla obratiti sudovima u Bangladešu, osobito u slučaju u kojem se pravom te treće države predviđaju pravila o nadležnosti koja se temelje na djetetovoj prisutnosti. U tom pogledu, iako sud koji je uputio zahtjev pojašnjava da se činjenicom da XB zadržava UD i dijete mogu povrijediti njihova temeljna prava, ne navodi izričito tvrdnje prema kojima je Narodna Republika Bangladeš povrijedila svoju pozitivnu obvezu da zaštiti ta prava, osobito sudskim putem [89]. U tim okolnostima, čini mi se neprikladnim temeljiti ovu analizu na pretpostavkama u tom smislu.

104. U svakom slučaju, čini mi se da se člankom 14. Uredbe Bruxelles II.a provodi ideja prema kojoj svaka država članica treba odlučiti, osobito na temelju, ako je potrebno, razmatranja „comity" („uljudnost među nacijama"), može li strah da sudovi trećih država na majku i dijete ne primjenjuju zaštitna pravila koja su u skladu s pravima i vrijednostima koja prevladavaju u predmetnoj državi članici opravdati uvođenje posebne alternativne nadležnosti u njihova nacionalna prava [90].

86 Vidjeti točku 36. ovog mišljenja.

87 Vidjeti osobito presudu od 5. listopada 2010., McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, t. 51.).

88 Prema sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP), nadležnost država ugovornica, u smislu članka 1. EKLJP-a, načelno je ograničena na njihovo vlastito državno područje. Iznimke od tog načela postoje samo u okolnostima koje su jasno određene i nepovezane s činjeničnim kontekstom ovog predmeta. Vidjeti osobito ESLJP, 7. srpnja 2011., Al-Skeini i dr. protiv Ujedinjene Kraljevine (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, t. 130. do 142. kao i navedena sudska praksa).

89 Iako Narodnu Republiku Bangladeš ne obvezuju ni EKLJP ni Povelja, člancima 7. i 9. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, koji je 16. prosinca 1966. donijela Opća skupština Ujedinjenih naroda i koji je stupio na snagu 23. ožujka 1976., te kojemu je Narodna Republika Bangladeš pristupila, jamče se prava jednaka onima koja su predviđena člancima 3. i 5. EKLJP-a i člancima 4. i 6. Povelje.

90 Vidjeti u tom pogledu izdvojeno mišljenje suca J. Sumptiona u predmetu Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016.] UKSC 4, t. 66. i 76. U tom se predmetu tvrdi da samo neodobravanje pravila koja se primjenjuju na temelju prava zemlje u kojoj je dijete prisutno nije dovoljno da se utvrdi nadležnost sudova Ujedinjene Kraljevine.

105. Slijedom toga, iako se interes djeteta i temeljna prava djeteta mogu povrijediti u trećoj državi, članak 8. stavak 1. Uredbe Bruxelles II.a ne može se tumačiti na način da se djetetovo uobičajeno boravište utvrđuje na temelju kriterija kojima se zanemaruje kriterij blizine koji se primjenjuje u testu „stvarnog središta djetetovih životnih interesa”.

V. Zaključak

106. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je postavio High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Visoki sud, Engleska i Wales, Obiteljski odjel, Ujedinjena Kraljevina), odgovori na sljedeći način:

1. Djetetovo uobičajeno boravište, u smislu članka 8. stavka 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000, odgovara mjestu u kojem je zapravo središte djetetovih životnih interesa. To mjesto treba odrediti s obzirom na sve konkretne okolnosti svakog pojedinog slučaja. U određenim iznimnim slučajevima, ukupna ocjena svih okolnosti može dovesti do toga da se smatra da je zapravo središte djetetovih životnih interesa u mjestu u kojem dijete nikada nije bilo fizički prisutno. Djetetova fizička prisutnost na državnom području države članice stoga nije pretpostavka toga da se ondje utvrdi njegovo uobičajeno boravište.

2. Okolnost prema kojoj je majku dojenčeta, koja stvarno skrbi o njemu, otac prisilio da rodi u trećoj državi i da ondje ostane s dojenčetom nakon njegova rođenja, pri čemu ih se, ovisno o slučaju, dovodi u situaciju koja je protivna temeljnim pravima propisanim člancima 4. i 6. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, relevantan je element u svrhu određivanja djetetova uobičajenog boravišta u smislu članka 8. stavka 1. Uredbe br. 2201/2003.

   U takvoj situaciji dojenče ipak može imati uobičajeno boravište u državi članici, unatoč činjenici da ondje nikada nije bilo fizički prisutno, ali samo ako je ondje zapravo središte životnih interesa njegove majke, a što treba provjeriti sud koji je uputio zahtjev. U tom su pogledu od osobite važnosti moguće obiteljske, društvene i kulturološke veze majke u toj državi članici, kao i eventualno konkretno izražavanje njezine namjere da ondje boravi s djetetom od njegova rođenja.