Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØE
przedstawiona w dniu 20 września 2018 r.[1]

Sprawa C-393/18 PPU

UD
przeciwko
XB

{wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez High Court of Justice (England & Wales), Family Division [wysoki trybunał sprawiedliwości (Anglia i Walia), wydział rodzinny, Zjednoczone Królestwo]}

Odesłanie prejudycjalne – Współpraca sądowa w sprawach cywilnych – Jurysdykcja w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej – Rozporządzenie (WE) nr 2201/2003 – Artykuł 8 ust. 1 – Pojęcie „zwykłego miejsca pobytu dziecka” – Urodzenie i ciągły pobyt niemowlęcia w państwie trzecim wbrew woli matki – Brak fizycznej obecności niemowlęcia w państwie członkowskim – Sytuacja wynikająca z przymusu wywieranego przez ojca i ewentualnego naruszenia praw podstawowych matki i niemowlęcia – Brak przepisu, zgodnie z którym dziecko nie może mieć swojego miejsca zwykłego pobytu w państwie członkowskim, w którym nigdy nie było fizycznie obecne

I. Wprowadzenie

1. W swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym High Court of Justice (England & Wales), Family Division [wysoki trybunał sprawiedliwości (Anglia i Walia), wydział rodzinny, Zjednoczone Królestwo) zwraca się do Trybunału o dokonanie wykładni art. 8 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 2201/2003 w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej[2] (zwanego dalej „rozporządzeniem Bruksela II bis”).

2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu między matką, obywatelką Bangladeszu, a ojcem, obywatelem brytyjskim, o dziecko, które w chwili wniesienia sprawy do sądu było w wieku około jednego roku. Dziecko zostało poczęte, urodziło się i przebywało w sposób ciągły w Bangladeszu. Według twierdzeń matki, ojciec zatrzymał ją wbrew jej woli w tym państwie trzecim, do którego po około sześciomiesięcznym pobycie z ojcem dziecka w Zjednoczonym Królestwie udała się tylko z zamiarem odbycia tymczasowej wizyty. W wyniku przymusu ze strony ojca dziecka została ona zmuszona urodzić dziecko w Bangladeszu i z nim tam pozostać. Matka wnosi do sądu odsyłającego o, po pierwsze, uznanie jego właściwości w zakresie ochrony dziecka, oraz po drugie, zarządzenie jej powrotu wraz z dzieckiem do Anglii i Walii w celu wzięcia udziału w postępowaniu sądowym.

1 Język oryginału: francuski.

2 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 listopada 2003 r. uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.U. 2003, L 338, s. 1).

3. Zgodnie z art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis sąd odsyłający byłby właściwy do orzekania w przedmiocie tego wniosku tylko wtedy, gdyby dziecko posiadało miejsce zwykłego pobytu w Zjednoczonym Królestwie w chwili wniesienia sprawy do sądu. Sąd ten dąży do ustalenia, czy okoliczność, że dziecko nigdy nie było fizycznie obecne w tym państwie członkowskim, stoi na przeszkodzie uznaniu, że ma ono w nim miejsce zwykłego pobytu. Sąd odsyłający zapytuje Trybunał również o wpływ, jaki ma w tym kontekście fakt, że ta nieobecność na terytorium Zjednoczonego Królestwa wynika ze stosowanego przez ojca wobec matki dziecka przymusu, potencjalnie z naruszeniem praw podstawowych zarówno matki, jak i dziecka.

4. W zwieńczeniu mojej analizy dochodzę do wniosku, że fakt, iż dziecko nie było nigdy w państwie członkowskim, nie wyklucza możliwości, by miało w nim miejsce swojego zwykłego pobytu. Określę również elementy, które należy uwzględnić w celu ustalenia zwykłego miejsca pobytu dziecka w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, wśród których znajduje się powód nieobecności matki i jej dziecka na terytorium tego państwa członkowskiego.

II. Ramy prawne

5. Motyw 12 rozporządzenia Bruksela II bis ma następujące brzmienie:

„Podstawy jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej ustanowione w niniejszym rozporządzeniu ukształtowane są w świetle najlepszych interesów dziecka, w szczególności na podstawie kryterium bliskości. Oznacza to, że jurysdykcję sprawuje w pierwszym rzędzie państwo członkowskie miejsca stałego pobytu dziecka […]”.

6. Artykuł 8 tego rozporządzenia, zatytułowany „Jurysdykcja ogólna”, stanowi w ust. 1, że „[w] sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej jurysdykcję mają sądy państwa członkowskiego, w którym w chwili wniesienia pozwu lub wniosku dziecko ma zwykły pobyt”.

III. Postępowanie główne, pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

7. Skarżąca w postępowaniu głównym (UD), obywatela Bangladeszu, zawarła w 2013 r. w Bangladeszu aranżowany związek małżeński z pozwanym w postępowaniu krajowym (XB), obywatelem brytyjskim. Skarżącą i pozwanym w postępowaniu głównym są matka i ojciec dziewczynki, która została poczęta w Bangladeszu w maju 2016 r.

8. W czerwcu lub lipcu 2016 r. UD udała się do Zjednoczonego Królestwa w celu zamieszkania z XB. Skorzystała ona z wizy dla małżonków wydanej przez United Kingdom Home Office (ministerstwo spraw wewnętrznych Zjednoczonego Królestwa), obowiązującej od dnia 1 lipca 2016 r. do dnia 1 kwietnia 2019 r.

9. UD zarzuca XB i jego rodzinie dopuszczanie się aktów przemocy domowej, zarówno fizycznej, jak i psychicznej. Zarzuca ona również XB dwukrotny gwałt. Ten ostatni kwestionuje te zarzuty.

10. W dniu 24 grudnia 2016 r., gdy UD była w zaawansowanej ciąży, wraz z XB odbyła podróż do Bangladeszu, gdzie w dniu 2 lutego 2017 r. urodziło się dziecko. Od tego czasu UD przebywa tam wraz z dzieckiem. Z początkiem stycznia 2018 r. XB powrócił do Anglii i Walii.

11. Strony w postępowaniu głównym przedstawiają dwie różne wersje związane z ich podróżą do Bangladeszu i późniejszymi wydarzeniami.

12. UD twierdzi, że wbrew jej woli XB zatrzymał ją wraz z dzieckiem w Bangladeszu niezgodnie z prawem. Była ona zmuszona urodzić tam dziecko i tam pozostać, co stanowiło naruszenie praw podstawowych jej i dziecka na podstawie artykułów 3 i 5 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC"). Zgodnie z twierdzeniami UD XB pozostawił ją w rodzinnej wiosce jej ojca, wskazując, że odbierze ją stamtąd tydzień później. Miał jednak nigdy nie powrócić i zabrać jej paszport oraz inne dokumenty, aby nie mogła wyjechać z Bangladeszu. UD twierdzi, że gdyby znała rzeczywiste zamiary XB, to nigdy by się tam nie udała. UD wskazuje, że w wiosce jej pobytu nie ma ona dostępu do gazu, energii elektrycznej, wody pitnej ani też żadnego dochodu. Społeczność tej wioski piętnuje ją ze względu na rozłąkę z XB.

13. XB zaprzecza wszystkim tym zarzutom. Twierdzi, że to na prośbę UD pojechali do Bangladeszu, bo w Zjednoczonym Królestwie miała się ona czuć nieszczęśliwa. XB miał również wrócić do tego państwa członkowskiego na życzenie UD.

14. W dniu 20 marca 2018 r. UD wniosła skargę do High Court of Justice (England & Wales) [wysokiego trybunału sprawiedliwości (Anglia i Walia), wydział rodzinny]. Matka zwraca się do tego sądu, po pierwsze, o uznanie jego jurysdykcji w zakresie ochrony dziecka, a po drugie, o zarządzenie, by matka wraz z dzieckiem wrócili do Anglii i Walii, aby móc uczestniczyć w postępowaniu w sprawie skargi.

15. Podczas rozprawy, która odbyła się tego samego dnia, UD podniosła, że sąd odsyłający jest właściwy do orzekania w przedmiocie tej skargi. Przede wszystkim wskazuje ona, że w chwili wniesienia sprawy do sądu odsyłającego dziecko miało miejsce zwykłego pobytu w Anglii i Walii. Tytułem żądania ewentualnego UD podnosi, że na mocy prawa krajowego sąd ten posiada jurysdykcję parens patriae (tj. jurysdykcję na podstawie narodowości lub obywatelstwa brytyjskiego) wobec dziecka i powinien skorzystać z niej w przedmiotowej sprawie.

16. Na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r. XB zakwestionował jurysdykcję High Court of Justice (England & Wales) [wysokiego trybunału sprawiedliwości (Anglia i Walia), wydział rodzinny]. Zdaniem XB w dniu wniesienia skargi w postępowaniu głównym dziecko miało miejsce zwykłego pobytu w Bangladeszu. Ponadto sąd ten nie ma jego zdaniem jurysdykcji parens patriae wobec dziecka, ponieważ nie jest ono obywatelem brytyjskim. W każdym wypadku, nawet gdyby sąd ten posiadał taką jurysdykcję, nie powinien z niej korzystać w niniejszej sprawie.

17. W postanowieniu odsyłającym sąd ten podnosi, że nie dokonał żadnych ustaleń faktycznych, ponieważ uważa za konieczne rozstrzygnięcie na wstępie kwestii swojej właściwości. Sąd odsyłający uważa, że przed ewentualnym badaniem innej podstawy jurysdykcji należy ustalić, czy dziecko miało zwykły pobyt w Zjednoczonym Królestwie w momencie wniesienia skargi rozumieniu art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis.

18. W tym względzie odesłanie prejudycjalne stało się konieczne w celu wyjaśnienia, czy zwykły pobyt dziecka może mieć miejsce w państwie członkowskim, w którym dziecko to fizycznie nigdy się nie znajdowało. Sąd odsyłający zmierza w szczególności do ustalenia, czy sytuacja taka może mieć miejsce, gdy matka twierdzi, że dziecko urodziło się i przebywa w państwie trzecim, w którym jego rodzice, posiadający odpowiedzialność rodzicielską, nie mają zamiaru wspólnego zamieszkiwania i w którym ojciec pod przymusem przetrzymuje matkę i dziecko w sposób niezgodny z prawem. Sąd ten wskazuje, że gdyby się to potwierdziło, działanie XB stanowiłoby prawdopodobnie naruszenie praw podstawowych matki i dziecka na podstawie artykułów 3 i 5 EKPC.

19. W tych okolicznościach High Court of Justice (England & Wales), Family Division [wysoki trybunał sprawiedliwości (Anglia i Walia), wydział rodzinny] postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy fizyczna obecność dziecka w danym państwie stanowi zasadniczy element zwykłego miejsca zamieszkania w rozumieniu art. 8 [rozporządzenia Bruksela II bis]?

2) Czy sytuacji, w której oboje rodzice posiadają odpowiedzialność rodzicielską, fakt, że matka została nakłoniona do udania się do innego państwa, a następnie bezprawnie uwięziona przez ojca na terenie tego państwa z zastosowaniem przymusu lub w wyniku innego bezprawnego działania, a w rezultacie musiała urodzić dziecko w tym państwie, ma wpływ na odpowiedź na pytanie [pierwsze], w przypadku gdy mogło dojść do naruszenia praw człowieka przynależnych matce lub dziecku zgodnie z art. 3 i 5 [EKPC] lub na innej podstawie?”.

20. Sąd odsyłający wniósł o zastosowanie do niniejszego odesłania pilnego trybu prejudycjalnego przewidzianego w art. 107 regulaminu postępowania przed Trybunałem. Na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego pierwsza izba Trybunału w dniu 5 lipca 2018 r. postanowiła uwzględnić ten wniosek.

21. UD, XB, rząd Zjednoczonego Królestwa oraz Komisja Europejska przedstawili uwagi na piśmie. Wszyscy wyżej wymienieni oraz rząd czeski byli reprezentowani na rozprawie, która odbyła się w dniu 7 września 2018 r.

IV. Analiza

A. W przedmiocie dopuszczalności

22. Rząd Zjednoczonego Królestwa podnosi zarzut niedopuszczalności pytań prejudycjalnych ze względu na to, że art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis reguluje tylko spory jurysdykcyjne pomiędzy sądami państw członkowskich. Zgodnie z art. 61 lit. c) WE, obecnie art. 67 TFUE, który stanowi jedną z podstaw prawnych tego rozporządzenia, geograficzny zakres stosowania tego rozporządzenia jest ograniczony do sytuacji odnoszących się do powiązania pomiędzy dwoma lub więcej państwami członkowskimi. Artykuł 8 ust. 1 tego rozporządzenia nie ma więc zdaniem wspomnianego rządu zastosowania w ramach sporu, w którym istnieje powiązanie pomiędzy państwem członkowskim a państwem trzecim.

23. W tym względzie brzmienie tego przepisu wskazuje, że sądy danego państwa członkowskiego mają jurysdykcję, pod warunkiem że „w chwili wniesienia pozwu lub wniosku dziecko ma [w tym państwie członkowskim] zwykły pobyt”, bez ograniczenia tej jurysdykcji do sporów, w których istnieje powiązanie z innym państwem członkowskim.

24. Artykuł 61 lit. a) rozporządzenia Bruksela II bis potwierdza taką interpretację. Zgodnie z tym przepisem, w związku z Konwencją o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzonej w Hadze dnia 19 października 1996 r. (zwaną dalej „konwencją haską z 1996 r.”)[3], rozporządzenie to ma zastosowanie, w przypadku gdy dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w państwie członkowskim.

3 Konwencja haska z 1996 r. zastąpiła Konwencję o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich, sporządzoną w Hadze dnia 5 października 1961 r. (zwaną dalej „konwencją haską z 1961 r.”). O ile Unia Europejska nie jest stroną konwencji haskiej z 1996 r., o tyle wszystkie państwa członkowskie są jej sygnatariuszami.

Rozporządzenie Bruksela II bis ma zatem pierwszeństwo przed tą konwencją w każdym przypadku, gdy to kryterium jest spełnione, i bez znaczenia jest przy tym fakt, że spór obejmuje potencjalny konflikt jurysdykcji między państwami członkowskimi lub między państwem członkowskim a państwem trzecim będącym sygnatariuszem wspomnianej konwencji.

25. Ponadto art. 12 ust. 4 tego rozporządzenia, który przewiduje utrzymanie pod pewnymi warunkami jurysdykcji sądów państwa członkowskiego, które orzekały w przedmiocie żądania rozwodu rodziców, nawet jeśli dziecko nie ma w nim zwykłego pobytu, odnosi się do sytuacji dziecka mającego zwykły pobyt w państwie trzecim, które nie jest stroną konwencji haskiej z 1996 r. Przepis ten ma konkretnie zastosowanie do sporów wykazujących związek z państwem członkowskim i państwem trzecim [4].

26. Wykładnia celowościowa art. 8 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia prowadzi mnie również do uznania, że jurysdykcja międzynarodowa sądów państwa członkowskiego występuje w sytuacji, gdy dziecko ma w nim miejsce zwykłego pobytu, nawet w przypadku braku więzi z innym państwem członkowskim.

27. W tym kontekście w wyroku Owusu [5] Trybunał wyjaśnił, że Konwencja z dnia 27 września 1968 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (zwana dalej „konwencją brukselską") [6], akt prawny będący poprzednikiem rozporządzenia (WE) nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (zwanego dalej „rozporządzeniem Bruksela I") [7], miała na celu ułatwienie funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez przyjęcie przepisów jurysdykcyjnych dla wynikających z niego sporów oraz zmniejszenie trudności związanych z uznawaniem i wykonywaniem orzeczeń. Trybunał uznał, że ujednolicenie przepisów jurysdykcyjnych odnoszących się do sporów przedstawiających związek z państwem trzecim jest częścią realizacji tego celu poprzez umożliwienie usunięcia przeszkód mogących wynikać z różnic w uregulowaniach krajowych w tej dziedzinie. Wywnioskował on z tego, że stosowanie przewidzianej w art. 2 konwencji brukselskiej zasady przyznającej jurysdykcję ogólną sądom państwa członkowskiego miejsca zamieszkania pozwanego nie jest uzależnione od istnienia stosunku prawnego wykazującego związek z kilkoma umawiającymi się państwami tej konwencji [8].

28. Moim zdaniem rozumowanie przeprowadzone w tym wyroku znajduje zastosowanie również w kontekście art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis. Zgodnie bowiem z art. 67 ust. 4 TFUE Unia wspiera wzajemne uznawanie orzeczeń wydanych przez sądy państw członkowskich w sprawach cywilnych [9]. Tymczasem harmonizacja przepisów dotyczących jurysdykcji międzynarodowej, zwiększając pewność prawa, służy wspomaganiu rozwoju wzajemnego zaufania, które umożliwia ustanowienie systemu automatycznego uznawania orzeczeń [10]. W związku z tym zbliżanie przepisów jurysdykcyjnych dla rozstrzygania sporów przedstawiających związek z państwem trzecim pozwala usunąć przeszkody dotyczące uznawania i wykonywania orzeczeń wydanych w państwach członkowskich we wszystkich sprawach cywilnych, w tym w sprawach rodzinnych.

4 Natomiast niektóre przepisy rozporządzenia Bruksela II bis dotyczące jurysdykcji zakładają, jak wynika z ich brzmienia, potencjalny konflikt jurysdykcji między sądami dwóch lub większej liczby państw członkowskich (zob. art. 9, 10, 15, 19 i 20). Ponadto przepisy tego rozporządzenia dotyczące uznawania i wykonywania mają zastosowanie tylko do orzeczeń wydanych przez sądy państw członkowskich [zob. postanowienie z dnia 12 maja 2016 r., Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, pkt 19–22); wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988, pkt 27)]. Bezsporne jest również, że zastosowanie art. 11 wspomnianego rozporządzenia, dotyczącego powrotu dziecka, zakłada, że odmowa powrotu dziecka lub uprowadzenie miało miejsce z jednego państwa członkowskiego do innego. Podsumowując – należy zastanowić się nie tyle nad geograficznym zakresem zastosowania rozporządzenia Bruksela II bis jako całości, ile nad zastosowaniem każdego z jego przepisów.

5 Wyrok z dnia 1 marca 2005 r. (C-281/02, EU:C:2005:120, pkt 33).

6 Dz.U. 1972, L 299, s. 32.

7 Rozporządzenie Rady z dnia 22 grudnia 2000 r. (Dz.U. 2001, L 12, s. 1).

8 Wyrok z dnia 1 marca 2005 r., Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, pkt 34, 35). Zobacz także opinia 1/03 (nowa konwencja z Lugano) z dnia 7 lutego 2006 r. (EU:C:2006:81, pkt 146–148).

9 Artykuł 81 ust. 2 TFUE przewiduje tu przyjęcie środków harmonizacji w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach cywilnych, „w *szczególności* jeżeli jest to niezbędne do należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego" (podkreślenie moje).

10 Zobacz pkt 13 sprawozdania wyjaśniającego A. Borrása (Dz.U. 1998, C 221, s. 27), opracowanego w ramach procedury przyjęcia Konwencji sporządzonej na podstawie artykułu K.3 [TUE] w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich zawartej w Brukseli w dniu 28 maja 1998 r. (Dz.U. 1998, C 221, s. 1, zwanej „konwencją brukselską II").

29. Wniosek ten świadczy zresztą o sposobie, w jaki zarówno sądy krajowe [11], jak i doktryna [12] rozumieją zakres zastosowania art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis.

30. Z tego względu podniesiony przez rząd Zjednoczonego Królestwa zarzut niedopuszczalności pytania prejudycjalnego należy oddalić.

31. Dla pełnego obrazu sytuacji dodam, że dopuszczalność zadanych pytań nie może zostać podważona również ze względu na to, że dotyczą one wersji przebiegu wydarzeń, która uwzględnia niektóre okoliczności faktyczne, które nie zostały ustalone przez sąd odsyłający, lecz przedstawione wyłącznie przez matkę [13].

B. Co do istoty

1. Uwagi wstępne

32. Kluczowe dla rozporządzenia Bruksela II bis i konwencji międzynarodowych, na których się ono opiera, pojęcie „zwykłego pobytu dziecka" pełni w ramach tych instrumentów podwójną funkcję.

33. Po pierwsze, kryterium miejsca zwykłego pobytu dziecka w chwili wniesienia pozwu lub wniosku, na podstawie art. 8 ust. 1 tego rozporządzenia, uzasadnia jurysdykcję ogólną sądów państwa członkowskiego do orzekania w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej [14]. Przepis ten ma tę samą treść co art. 5 ust. 1 konwencji haskiej z 1996 r.

34. Po drugie, pojęcie „zwykłego pobytu" dziecka znajduje się w centrum mechanizmu powrotowego przewidzianego w konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r. (zwanej dalej „konwencją haską z 1980 r.", a łącznie z konwencją haską z 1996 r., zwanymi dalej „konwencjami haskimi") [15]. Mechanizm ten, wraz z przepisami rozporządzenia Bruksela II bis, a w szczególności jego art. 11, stosuje się nadal między państwami członkowskimi w sprawach regulowanych przez to rozporządzenie [16]. W istocie

11 Zobacz w szczególności: Cour de Cassation (Francja), pierwsza izba cywilna, z dnia 13 maja 2015 r., nr 15-10.872; Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa), Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, pkt 29; a także High Court of Ireland (sąd wyższej instancji, Irlandia) O'K v A, 1 lipca 2008 r. [2008] IEHC 243, pkt 5.8.

12 Zobacz w szczególności: E. Gallant, „Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale", Répertoire de droit international, Dalloz, 2013, pkt 24 i nast.; U. Magnus i P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, s. 21.

13 Trybunał orzekł już, że sąd krajowy może złożyć wniosek o wykładnię, „nawet gdyby opierał się on na twierdzeniach jednej ze stron w postępowaniu głównym, których zasadności sąd ten jeszcze nie zweryfikował, gdyż uważa, w świetle szczególnych okoliczności sprawy, że orzeczenie w trybie prejudycjalnym jest niezbędne do wydania wyroku oraz że pytania prejudycjalne […] są istotne" [wyrok z dnia 9 grudnia 2003 r., Gasser (C-116/02, EU:C:2003:657, pkt 27)]. W niniejszej sprawie sąd odsyłający twierdzi, że odpowiedź Trybunału na postawione przez niego pytania jest konieczna w celu wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie jego właściwości, z uwzględnieniem jednak, że standard udowodnienia istotnych okoliczności faktycznych, który powinien w tym celu zostać spełniony, różni się od standardu ustalenia okoliczności faktycznych w sprawie głównej. W tym względzie Trybunał stwierdził w wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r., Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, pkt 59–63), że zakres obowiązków kontrolnych spoczywających na sądach krajowych przy badaniu ich jurysdykcji na podstawie rozporządzenia Bruksela I podlega wewnętrznemu prawu procesowemu, z zastrzeżeniem zachowania skuteczności (effet utile) tego rozporządzenia. Zdaniem Trybunału sąd krajowy powinien mieć możliwość w łatwy sposób orzec w przedmiocie swojej jurysdykcji bez konieczności rozpatrywania sprawy co do istoty poprzez pełne postępowanie dowodowe na zaistnienie okoliczności faktycznych dotyczących zarówno jurysdykcji, jak i istoty sprawy. Moim zdaniem zasada ta ma zastosowanie również wtedy, gdy chodzi o przepisy jurysdykcyjne przewidziane w rozporządzeniu Bruksela II bis.

14 Bezsporne jest, że sprawa w postępowaniu głównym dotyczy kwestii odpowiedzialności rodzicielskiej w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Bruksela II bis.

15 Wszystkie państwa członkowskie złożyły podpisy pod konwencją haską z 1980 r. Unia jednak do niej nie przystąpiła. Ponadto Republika Bangladeszu nie jest sygnatariuszem ani tej konwencji, ani konwencji haskiej z 1996 r.

16 Zobacz art. 62 ust. 2 oraz motyw 17 rozporządzenia Bruksela II bis. Na mocy art. 60 lit. e) tego rozporządzenia przepisy tego rozporządzenia mają pierwszeństwo przed postanowieniami konwencji haskiej z 1980 roku. Zobacz wyrok z dnia 5 października 2010 r., McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, pkt 36).

uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka jest bezprawne, jeśli nastąpiło z naruszeniem prawa do pieczy przyznanego na mocy prawa państwa miejsca zwykłego pobytu dziecka bezpośrednio przed tym wydarzeniem [17]. Jeżeli uprowadzenie lub zatrzymanie jest bezprawne, powrót dziecka do tego państwa członkowskiego co do zasady musi zostać zarządzony niezwłocznie [18].

35. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału pojęcie „zwykłego pobytu" dziecka ma takie samo znaczenie w obu tych kontekstach [19]. Podejście to jest uzasadnione w szczególności w świetle faktu, że zarówno art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis, jak i mechanizm powrotowy służą temu, by spory dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej były rozstrzygane przez sądy państwa członkowskiego miejsca zwykłego pobytu dziecka, jako najbardziej odpowiednie do ochrony jego interesów [20].

36. Ściślej rzecz biorąc, z motywu 12 tego rozporządzenia wynika, że zasada jurysdykcji ogólnej przewidziana w art. 8 ust. 1 tego rozporządzenia odzwierciedla kryterium bliskości, za pomocą którego prawodawca zamierzał oddać cel ochrony nadrzędnego interesu dziecka. Prawodawca uznał, że sądy państwa członkowskiego miejsca zwykłego pobytu dziecka, z uwagi na ich bliski kontakt z jego środowiskiem społecznym i rodzinnym, są w najlepszej sytuacji, by dokonać oceny jego sytuacji w ramach postępowania co do istoty sprawy [21], w stosownych przypadkach po powrocie dziecka do tego państwa członkowskiego, przeprowadzonego stosownie do postanowień konwencji haskiej z 1980 r., uzupełnionych rozporządzeniem Bruksela II bis. Ta zasada jurysdykcji, tak samo jak mechanizm powrotowy, wynikają z pewnej koncepcji nadrzędnego interesu dziecka pojmowanej w sposób ogólny [22]. Bardziej szczegółowa konkretyzacja tego interesu ma miejsce później, na etapie postępowania w sprawie dotyczącej odpowiedzialności rodzicielskiej [23].

37. Ani konwencje haskie, ani rozporządzenie Bruksela II bis nie definiują pojęcia „miejsca zwykłego pobytu dziecka". W tych okolicznościach, na wzór sądów państw sygnatariuszy tych konwencji, Trybunał ustanowił zarys testu umożliwiającego określenie miejsca zwykłego pobytu dziecka w każdym konkretnym przypadku. Zadanie to zakłada osiągnięcie równowagi między różnymi wymogami.

17 Zobacz art. 3 konwencji haskiej z 1980 r. oraz art. 2 pkt 11 rozporządzenia Bruksela II bis.

18 Zobacz art. 12 konwencji haskiej z 1980 r. oraz art. 11 rozporządzenia Bruksela II bis.

19 Wyroki: z dnia 9 października 2014 r., C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, pkt 54); z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 41).

20 Zobacz sprawozdanie wyjaśniające E. Péreza-Very, Actes et documents de la XIVième session (1980), tom III (zwany dalej „raportem Péreza-Very"), pkt 16, 19, 66. W szczególności z pkt 16 tego dokumentu wynika, że niemożność konwencyjnego uregulowania kryteriów jurysdykcji w zakresie prawa do pieczy doprowadziła do wyboru drogi mechanizmu powrotowego, która, „mimo że nadużywana, w większości przypadków pozwala, by ostateczna decyzja w sprawie pieczy została podjęta przez władze miejsca zwykłego pobytu dziecka przed jego uprowadzeniem".

21 Zobacz podobnie wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, pkt 84).

22 Zobacz pkt 24 i 25 sprawozdania Pérez-Vera oraz wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo).

23 Zobacz podobnie wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 66).

38. Z jednej strony test ten musi być wystarczająco elastyczny, aby sądy mogły dostosowywać swoje rozstrzygnięcia w zależności od okoliczności danego przypadku w celu jak najlepszego odzwierciedlenia kryterium bliskości. W tym względzie z prac przygotowawczych nad przyjęciem konwencji haskich wynika, że ich autorzy celowo nie zdefiniowali pojęcia „miejsca zwykłego pobytu dziecka". Uznali oni, że pojęcie to należy do oceny okoliczności faktycznych i nie powinno być ujęte w sztywne przepisy prawne, takie jak oznaczenie miejsca zamieszkania [24].

39. Z drugiej strony zastosowany test powinien gwarantować pewien poziom przewidywalności i pewności prawa, ograniczając w dostatecznie określonym zakresie swobodne uznanie sędziowskie. Wymóg ten odpowiada również celowi jednolitości w stosowaniu rozporządzenia Bruksela II bis i konwencji haskich: im bardziej kryteria będą precyzyjne i jasne, tym bardziej wynik ich stosowania będzie przewidywalny, a w konsekwencji jednolity w poszczególnych sądach.

40. Warto moim zdaniem podkreślić znaczenie spójnego i jednolitego stosowania kryterium miejsca zwykłego pobytu dziecka zarówno w Unii, jak i we wszystkich państwach sygnatariuszach konwencji haskich. Najważniejsze jest uniknięcie konfliktów jurysdykcji pomiędzy sądami państw członkowskich i innych państw sygnatariuszy konwencji haskiej z 1996 r., a także umożliwienie harmonijnego stosowania mechanizmu powrotowego ustanowionego na mocy konwencji haskiej z 1980 r. [25]. W tym kontekście właściwe wydaje mi się uwzględnienie w mojej analizie niektórych orzeczeń sądów państw trzecich będących sygnatariuszami tych konwencji [26].

2. W przedmiocie wymogu fizycznej obecności dziecka w państwie członkowskim w celu ustanowienia w nim zwykłego pobytu (pytanie pierwsze)

a) Uwagi wstępne

41. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy do tego, by dziecko miało miejsce zwykłego pobytu w danym państwie członkowskim w rozumieniu art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis, konieczne jest, że aby było ono, choćby w przeszłości i przez czas ograniczony, fizycznie w nim obecne.

42. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, kanwą dla tego pytania jest spór, jaki toczył się przed Supreme Court of the United Kingdom (sądem najwyższym Zjednoczonego Królestwa) w ramach sporu, którego okoliczności faktyczne częściowo pokrywają się z niniejszą sprawą. W wyroku w sprawie A przeciwko A (Children: Habitual Residence) [27] sąd ten wypowiedział się w kwestii miejsca zwykłego pobytu dziecka urodzonego w Pakistanie, które nigdy nie pojawiło się na terytorium

24 Od przyjęcia konwencji haskiej z 1961 r. kryterium miejsca zwykłego pobytu dziecka było preferowane zarówno wobec obywatelstwa, które tradycyjnie stanowiło podstawę jurysdykcji w odniesieniu do statusu osób, jednak uznane zostało za nieaktualne, jak i wobec kryterium miejsca zamieszkania, które stanowiło pojęcie prawne różnie zdefiniowane w zależności od prawa krajowego. Miejsce zwykłego pobytu było postrzegane jako „pojęcie faktyczne" odpowiadające „rzeczywistemu ośrodkowi interesów życiowych małoletniego" (sprawozdanie wyjaśniające W. de Steigera, Actes et documents de la IX[ème] session, tom IV, s. 9, 13, 14]. Prace przygotowawcze nad przyjęciem konwencji haskiej z 1980 r. potwierdzają, że miejsce zwykłego pobytu stanowi, w przeciwieństwie do koncepcji „miejsca zamieszkania", „pojęcie czysto faktyczne" (sprawozdanie E. Péreza-Very, pkt 66). Podczas prac przygotowawczych poprzedzających przyjęcie konwencji haskiej z 1996 r. odrzucono propozycję dotyczącą dodania definicji tego pojęcia z tego powodu, że taka definicja mogłaby utrudnić wykładnię wielu innych konwencji posługujących się takim samym pojęciem [sprawozdanie objaśniające P. Lagarde'a, Actes et documents de la IX[ème] session (1996), tom II, pkt 40]. Sprawozdania te są również dostępne na stronie internetowej https://www.hcch.net/fr/instruments.

25 Zobacz w tym względzie opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie A (C-523/07, EU:C:2009:39, pkt 26, 30).

26 W szczególności poszedłbym śladem sądów brytyjskich i kanadyjskich, których orzecznictwo zawiera liczne odniesienia do orzeczeń sądów innych państw sygnatariuszy tej konwencji oraz orzecznictwa naszego Trybunału. Zobacz w szczególności: Cour suprême du Canada (sąd najwyższy Kanady), Balev, 2018 SCC 16, pkt 40–57; Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa), A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, pkt 46 i nast.

27 [2013] UKSC 60.

Zjednoczonego Królestwa. Jego matka, po spędzeniu kilku lat w Wielkiej Brytanii, gdzie urodziła już troje dzieci, przed poczęciem czwartego dziecka udała się do Pakistanu, na czasową wizytę. Następnie, wraz z trojgiem dzieci była tam przetrzymywana przez ich ojca, który między innymi zabrał ich paszporty, oraz zmuszona została do urodzenia tam czwartego dziecka.

43. Powołując się na orzecznictwo naszego Trybunału, zgodnie z którym zwykły pobyt dziecka stanowi pojęcie faktyczne [28], przewodząca większości Lady Hale skłonna była uznać fizyczną obecność dziecka na terytorium Zjednoczonego Królestwa za warunek wstępny dla określenia miejsca zwykłego pobytu. Uznając jednak, że kwestii tej nie da się rozwiązać bez udzielenia przez Trybunał wyjaśnień w trybie prejudycjalnym, większość sędziów orzekających pozostawiło ostatecznie tę kwestię otwartą, zasadzając jurysdykcję sądów brytyjskich na innej podstawie jurysdykcji, a mianowicie jurysdykcji parens patriae [29]. Wyrażając zdanie odrębne, zgodnie z przyjętym również przez Trybunał podejściem opartym na faktach, Lord Hughes stwierdził, że dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w Zjednoczonym Królestwie, jeżeli członkowie jego rodziny osiedlili się w nim na tyle, by mieć tam miejsce zwykłego pobytu, a dziecko było w nim nieobecne jedynie z powodu przymusu stosowanego przez ojca [30].

44. Kwestia podniesiona w pierwszym pytaniu prejudycjalnym została również poddana ocenie sądów francuskich. Cour de cassation (sąd kasacyjny, Francja) miał okazję rozstrzygać sprawę, w której matka, zamieszkująca w Stanach Zjednoczonych Ameryki z ojcem dzieci i ich pierwszym dzieckiem, będąc w ciąży, udała się z tym dzieckiem do Francji z tymczasową wizytą rodzinną. Następnie matka pozostała na terytorium Francji, gdzie urodziła drugie dziecko i jednostronnie postanowiła o zatrzymaniu dzieci i odmówieniu ich powrotu do Stanów Zjednoczonych Ameryki. W tych okolicznościach Cour de cassation (sąd kasacyjny, Francja) orzekł, że obydwoje dzieci miało miejsce zwykłego pobytu w Stanach Zjednoczonych Ameryki, pomimo iż nowo narodzone dziecko nigdy tam nie było [31].

45. O ile Trybunał wielokrotnie podkreślał, że fizyczna obecność dziecka *nie wystarczy* do uzasadnienia miejsca jego zwykłego pobytu, to moim zdaniem nie rozstrzygnął jeszcze, czy fizyczna obecność w określonym państwie stanowi przesłankę *konieczną* w tym celu [32]. W pierwszej kolejności odniosę się do tego orzecznictwa oraz do testu prawnego, jaki z niego wynika [sekcja b)]. W dalszej kolejności rozwinięte zostaną powody, dla których uważam, w świetle wynikających z orzecznictwa zasad, a także celów i kontekstu rozporządzenia Bruksela II bis, że fizyczna obecność dziecka w danym państwie nie stanowi warunku wstępnego do ustalenia miejsca jego zwykłego pobytu w tym państwie [sekcja c)].

b) W przedmiocie testu ustanowionego w orzecznictwie Trybunału

46. W swoich wyrokach Trybunał opracował i udoskonalił test umożliwiający określenie miejsca zwykłego pobytu dziecka w oparciu o kazuistyczne i zasadniczo faktyczne podejście. Zmierzał również do uściślenia kryterium bliskości przyjętego przez prawodawcę w imię nadrzędnego interesu dziecka.

28 Zobacz pkt 47 i nast. niniejszej opinii.

29 [2013] UKSC 60, pkt 55–58.

30 Zobacz w szczególności [2013] UKSC 60, pkt 82–93. Ponadto, w szczególnych okolicznościach, porównywalnych ze sprawą A v A (Children: Habitual Residence), sąd odsyłający uznał, że dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w Zjednoczonym Królestwie, chociaż nigdy „nie postawiło tu stopy". Zobacz High Court of Justice (England & Wales), Family Division [wysoki trybunał sprawiedliwości (Anglia i Walia), wydział rodzinny], B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 Cour de cassation (sąd kasacyjny, Francja), pierwsza izba cywilna, 26 października 2011 r., nr 10-199.05 (Bulletin 2011, I, nr 178).

32 Zobacz pkt 47 oraz 54–63 niniejszej opinii.

47. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem miejsce zwykłego pobytu dziecka wskazuje na „pewną integrację ze środowiskiem rodzinnym i społecznym”[33] lub zgodnie ze sformułowaniem użytym przez Trybunał w niedawnym wyroku w sprawie HR – na „miejsce, w którym faktycznie znajduje się centrum życia dziecka”[34]. Zastosowanie tego testu prawnego przez sądy krajowe wymaga oceny faktycznej w celu określenia tego miejsca w świetle wszystkich okoliczności danego przypadku. W tym względzie „poza fizyczną obecnością dziecka na terytorium państwa członkowskiego należy uwzględnić inne czynniki, które powinny wykazać, że obecność ta nie ma w żadnym razie charakteru tymczasowego lub okazjonalnego i że pobyt dziecka wskazuje na pewną integrację w środowisku społecznym i rodzinnym”[35] – czy też, by posłużyć się sformułowaniem z wyroku Mercredi, na „pewn[ą] trwałość i regularność”[36].

48. Do czynników tych należą w szczególności długość, regularność, warunki oraz przyczyny pobytu w państwie członkowskim (państwach członkowskich), obywatelstwo dziecka[37], miejsce i warunki uczęszczania do szkoły, znajomość języków oraz stosunki rodzinne i społeczne dziecka w tym państwie (w tych państwach członkowskich)[38]. Zamiar rodziców co do miejsca pobytu dziecka, pod warunkiem że jest on potwierdzony konkretnymi działaniami (takimi jak zakup lub najem mieszkania), stanowi dodatkową wskazówkę[39]. Względna siła tych dowodów zależy od okoliczności każdego indywidualnego przypadku[40].

49. Trybunał, skłoniony do zastosowania tego testu do celów określenia zwykłego miejsca pobytu niemowlęcia[41], po raz pierwszy w wyroku w sprawie Mercredi[42] uznał, że ocena integracji dziecka ze środowiskiem społecznym i rodzinnym nie może pominąć okoliczności dotyczących pobytu osób, od których jest ono zależne. Trybunał wskazał, że środowiskiem małego dziecka jest w istocie środowisko rodzinne, tworzone przede wszystkim przez osobę bądź osoby stanowiące punkt odniesienia, z którymi dziecko żyje, które w rzeczywistości zajmują się dzieckiem i o nie dbają[43] – a więc głownie rodzice[44]. W związku z tym jeżeli dziecko mieszka na co dzień z rodzicami, określenie zwykłego miejsca jego pobytu oznacza miejsce, gdzie jego rodzice przebywają na stałe i gdzie są integrowani ze środowiskiem społecznym i rodzinnym[45].

33 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 2 kwietnia 2009 r., A (C-523/07, EU:C:2009:225, pkt 38); z dnia 22 grudnia 2010 r., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, pkt 47); z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 42).

34 Wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r. (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 42). Zobacz także opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie A (C-523/07, EU:C:2009:39, pkt 38). Test ten odpowiada testowi „rzeczywistego ośrodka interesów życiowych małoletniego”, określonemu już na etapie prac przygotowawczych do konwencji haskiej z 1961 r. (zob. przypis 24 do niniejszej opinii).

35 Wyroki: z dnia 2 kwietnia 2009 r., A (C-523/07, EU:C:2009:225, pkt 38); z dnia 9 października 2014 r., C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, pkt 51). Zobacz także wyroki: z dnia 22 grudnia 2010 r., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, pkt 49); z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 43); z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 41).

36 Wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r. (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, pkt 44).

37 Określenie tego kryterium spotyka się z zarzutem, że obywatelstwo dziecka stanowi łącznik o charakterze prawnym, który autorzy konwencji haskich (na których opiera się rozporządzenie Bruksela II bis) zamierzali odrzucić na korzyść kryterium faktycznego miejsca zwykłego pobytu dziecka (zob. przypis 24 do niniejszej opinii). Zobacz R. Lamont, komentarz do wyroku z dnia 2 kwietnia 2009 r., A (C-523/07, EU:C:2009:225), *Common Market Law Review* 47, 2010, s. 241. W związku z tym obywatelstwo dziecka wchodzi w grę tylko w zakresie, w jakim stanowi wskazówkę, która odzwierciedla rzeczywistość społeczną środowiska dziecka. Zobacz podobnie wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 57–60).

38 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 2 kwietnia 2009 r., A (C-523/07, EU:C:2009:225, pkt 39); z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 43).

39 Zobacz wyroki: z dnia 2 kwietnia 2009 r., A (C-523/07, EU:C:2009:225, pkt 40); z dnia 22 grudnia 2010 r., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, pkt 50); z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 46); z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 46).

40 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 48); z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 49).

41 Zgodnie ze słownikiem Larousse'a „niemowlę” oznacza dziecko od końca okresu poporodowego do lat dwóch, a pojęcie „noworodka” odnosi się do dzieci mających najwyżej 28 dni. Dla ułatwienia będę się posługiwał terminem „niemowlę” dla określenia obu kategorii wiekowych. Dziewczynka, której dotyczy postępowanie główne, była niemowlęciem w chwili wydania postanowienia odsyłającego.

42 Wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r. (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

43 Wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, pkt 52–54). Zobacz także wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 45).

44 Wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 44).

45 Zobacz wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 45).

50. Miejsce to należy określać w oparciu o niewyczerpujący wykaz wskazówek, rodzajowo tych samych co te, które potwierdzają integrację dziecka z takim otoczeniem. Wskazówki te obejmują długość, regularność, warunki oraz przyczyny pobytu rodziców w danym państwie członkowskim (państwach członkowskich), ich znajomość języków, pochodzenie geograficzne i rodzinne oraz stosunki rodzinne i społeczne, jakie utrzymują [46]. Zamiar rodziców zamieszkania wraz z dzieckiem w określonym miejscu brany jest o tyle pod uwagę, o ile oznacza rzeczywistą integrację rodziców (a więc i dziecka) ze środowiskiem społecznym i rodzinnym [47]. W związku z tym taki zamiar rodziców stanowi czynnik, który – choć istotny – niekoniecznie jest rozstrzygający [48]. Znaczenie nadane aspektom związanym z integracją rodziców zależy od stopnia zależności dziecka od swoich rodziców, który zmienia się wraz z wiekiem.

51. Logika takiego podejścia widoczna jest najlepiej, gdy chodzi o zwykłe miejsce pobytu noworodka. Gdyby mieć na względzie jedynie obiektywne elementy dotyczące integracji w trakcie pobytu dziecka w określonym miejscu, to każdy noworodek, który z definicji nie miał czasu na zintegrowanie się z jakimkolwiek miejscem, byłby pozbawiony zwykłego miejsca pobytu. Wynikałoby z tego, że żaden noworodek nie byłby chroniony przez mechanizm powrotowy przewidziany w konwencji haskiej z 1980 r. uzupełnionej rozporządzeniem Bruksela II bis.

52. Z uzasadnienia tego wynika, że Trybunał ustanowił tzw. podejście hybrydowe, zgodnie z którym zwykłe miejsce pobytu dziecka ustala się w oparciu z jednej strony o obiektywne czynniki charakteryzujące pobyt dziecka w określonym miejscu, a z drugiej strony o okoliczności pobytu rodziców oraz ich zamiar co do miejsca pobytu dziecka. O ile pojęcie „zwykłego miejsca pobytu" ukierunkowane jest na dziecko, w zakresie, w jakim określa miejsce, które faktycznie stanowi centrum jego spraw życiowych, o tyle samo w sobie miejsce to zależy, w stopniu zróżnicowanym w zależności od wieku dziecka, od miejsca, w którym znajduje się faktyczne centrum spraw życiowych rodziców dziecka oraz gdzie mają oni zamiar je wychowywać.

53. Jak podkreślił juridiction suprême du Canada (sąd najwyższy Kanady) [49], opierając się na licznych wyrokach wydanych w państwach będących sygnatariuszami konwencji haskiej z 1980 r., przyjęcie podejścia hybrydowego zamiast podejścia ukierunkowanego wyłącznie na „aklimatyzację" dziecka [50] oraz przyznającego pierwszorzędne znaczenie zamiarowi rodziców [51] odpowiada obecnie tendencji dającej się zaobserwować na szczeblu międzynarodowym w orzecznictwie dotyczącym tej konwencji.

46 Wyroki: z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 45); z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 45). Zobacz także wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, pkt 55, 56).

47 Zobacz podobnie Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa), Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, pkt 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 Zobacz wyroki: z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 47, 50); z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 64).

49 Zobacz Cour suprême du Canada (sąd najwyższy Kanady), 20 kwietnia 2018 r., Balev, 2018 SCC 16, pkt 50–57.

50 Zobacz United States Court of Appeals, 6th Circuit (sąd apelacyjny dla 6. okręgu, Stany Zjednoczone Ameryki), Friedrich v Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) oraz Robert v Tesson 507 F.3d 981 (2007), jak również Cour d'appel de Montréal (sąd apelacyjny w Montrealu, Kanada), 8 września 2000 r., nr 500-09-010031-003.

51 Zobacz w szczególności United States Court of Appeals, 9th Circuit (sąd apelacyjny dla 9. okręgu, Stany Zjednoczone Ameryki), Mozes v Mozes, 239 F. 3d 1067 (2001), a także United States Court of Appeals, 11th Circuit (sąd apelacyjny dla 11. okręgu, Stany Zjednoczone Ameryki) Ruiz v Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

c) W przedmiocie wniosków, jakie można wyprowadzić z orzecznictwa Trybunału co do niezbędnego charakteru fizycznej obecności

1) W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym Trybunał miał już rozstrzygnąć tę kwestię

54. Żadna z zainteresowanych stron nie kwestionuje, że w praktyce całościowa ocena okoliczności konkretnego przypadku z reguły prowadzi do wniosku, zgodnie z którym faktyczne centrum interesów życiowych dziecka – a tym samym miejsce jego zwykłego pobytu – znajduje się tam, gdzie fizycznie dziecko było już obecne. Jednakże UD, rząd Zjednoczonego Królestwa i rząd czeski uważają, w przeciwieństwie do XB i Komisji, że w pewnych wyjątkowych okolicznościach całościowa ocena może uzasadniać, by dziecko miało zwykłe miejsce pobytu w państwie, w którym nigdy nie przebywało.

55. Przedstawione dotychczas orzecznictwo Trybunału zawiera w tym względzie, jak podnieśli to XB i Komisja, pewne fragmenty przemawiające na pierwszy rzut oka za wnioskiem, zgodnie z którym ustalenie zwykłego miejsca pobytu dziecka w danym państwie członkowskim zakłada, że jest ono w nim fizycznie obecne. Lektura tych fragmentów, rozpatrywanych we właściwym kontekście, domaga się jednak zachowania ostrożności przed wyciągnięciem takiego wniosku.

56. Po pierwsze, wielokrotne użycie wyrażenia „poza fizyczną obecnością […]”[52], poprzedzającego określenie innych istotnych czynników, mogłoby sugerować, że element ten jest niezbędny do ustanowienia miejsca zwykłego pobytu dziecka. Trybunał jednakże, mając na uwadze sytuację faktyczną zawisłych przed nim spraw, nigdy w sposób szczególny nie zbadał kwestii niezbędnego charakteru fizycznej obecności. Jak podnieśli UD oraz rząd Zjednoczonego Królestwa, jedynym wnioskiem, jaki można wyciągnąć z zastosowania tego terminu, jest fakt, iż fizyczna obecność *nie wystarczy* do uzasadnienia ustalenia zwykłego miejsca pobytu dziecka. Nie można na tej podstawie zakładać, że element ten jest w tym celu *niezbędny*.

57. Nie jest przekonywający fragment wyroku W i V[53], zgodnie z którym „ustalenie zwykłego pobytu dziecka w danym państwie członkowskim wymaga co najmniej fizycznej obecności dziecka w tym państwie członkowskim”. Fragment ten należy bowiem interpretować w świetle kontekstu faktycznego, w jakim zapadł ten wyrok. Jedno z rodziców dziecka twierdziło, że dziecko miało miejsce zwykłego pobytu na Litwie, chociaż to obywatelstwo dziecka stanowiło jedyny związek z tym państwem członkowskim. Trybunał uznał zatem, że samo obywatelstwo państwa członkowskiego nie może rekompensować braku rzeczywistych więzi z danym państwem członkowskim, ponieważ dziecko nie „postawiło w nim nawet stopy”[54]. Trybunałowi nie zostało przedstawione pytanie dotyczące kwestii, czy w przypadku istnienia takich powiązań mogłyby one w niektórych przypadkach kompensować brak fizycznej obecności w danym państwie członkowskim.

58. Ponadto wyrok OL[55] również nie potwierdza tezy przedstawionej przez XB oraz Komisję. Sprawa, która doprowadziła do jego wydania, dotyczyła dziecka pochodzącego od matki Greczynki i ojca Włocha, przed urodzeniem dziecka wspólnie zamieszkujących we Włoszech. Według ojca porozumieli się oni co do narodzin dziecka w Grecji, z tym jednak, że matka z dzieckiem miała następnie wrócić do Włoch – którego to planu matka jednak nie wykonała. Przed sądem greckim ojciec twierdził, że matka bezprawnie przetrzymuje dziecko w państwie członkowskim (Grecja) innym niż to, w którym

52 Zobacz pkt 47 niniejszej opinii.

53 Wyrok z dnia 15 lutego 2017 r. (C-499/15, EU:C:2017:118, pkt 61).

54 Zobacz w tym względzie przypis 37 do niniejszej opinii.

55 Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r. (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

znajdowało się miejsce jego zwykłego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem (Włochy) w rozumieniu art. 11 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis. Sąd ten musiał zatem zbadać, czy w rozpatrywanym czasie dziecko miało miejsce zwykłego pobytu we Włoszech, chociaż nigdy tam nie przebywało.

59. W tym kontekście sąd ten wystąpił do Trybunału z pytaniem, czy fizyczna obecność dziecka w państwie członkowskim stanowi w każdym przypadku warunek wstępny ustalenia w tym państwie miejsca jego zwykłego pobytu. Gdyby Trybunał uznał, że dotychczasowe orzecznictwo udzieliło już twierdzącej odpowiedzi na to pytanie, mógłby się ograniczyć do jego wskazania sądowi krajowemu – co z łatwością pozwoliłoby mu rozstrzygnąć zawisły przed nim spór. Rzecznik generalny N. Wahl proponował zresztą Trybunałowi, w szczególności w oparciu o wyrok W i V[56], wypowiedzenie się w ten sposób w tej sprawie[57].

60. Trybunał jednak przeformułował pytanie prejudycjalne, aby uniknąć rozstrzygnięcia tej kwestii w sposób ogólny i abstrakcyjny, wspierając dany sąd w rozpatrzeniu zawisłego przed nim sporu[58]. Trybunał skoncentrował się dokładniej na sytuacji, takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie, w której dziecko urodziło się i przebywało nieprzerwanie z matką przez kilka miesięcy, zgodnie ze wspólną wolą jego rodziców, poza państwem członkowskim, w którym mieli oni miejsce pobytu przed jego narodzinami. Zbadał on, czy w takiej sytuacji początkowy zamiar rodziców odnośnie do powrotu matki wraz z dzieckiem do tego państwa członkowskiego stanowi czynnik decydujący dla uznania, że dziecko ma w nim miejsce zwykłego pobytu, niezależnie od tego, że nigdy nie było w nim fizycznie obecne.

61. W odpowiedzi na tak przeformułowane pytanie Trybunał ograniczył się, po pierwsze, do odmowy zastosowania ogólnej zasady, zgodnie z którą wspólna wola osób posiadających odpowiedzialność rodzicielską w kwestii powrotu dziecka do państwa członkowskiego jest decydująca i ma automatycznie pierwszeństwo przed fizyczną obecnością dziecka w innym państwie członkowskim. Ponadto nie istnieje bezwzględna zasada, zgodnie z którą miejsce zamieszkania dziecka oznacza koniecznie miejsce zamieszkania jego rodziców, które nie może zostać zmienione jednostronnie przez jedno z rodziców, na którym spoczywa odpowiedzialność rodzicielska, wbrew woli drugiego rodzica[59].

62. Po drugie, Trybunał dokonał oceny, czy okoliczności przedstawione przez sąd krajowy pozwalają uznać, że dziecko miało miejsce zwykłego pobytu w państwie członkowskim, w którym jego rodzice pierwotnie zamierzali z nim zamieszkać (Włochy) – czynność, którą Trybunał mógł uznać za zbędną, gdyby jasne wydawało mu się, że brak fizycznej obecności dziecka we Włoszech jest wystarczający do wykluczenia, by miało ono tam miejsce zwykłego pobytu. Po przeprowadzeniu tego badania Trybunał stwierdził, że dziecko nie mogło mieć miejsca pobytu w tym państwie członkowskim, skoro od kilku miesięcy przebywało w Grecji, gdzie urodziło się zgodnie z wolą jego rodziców[60]. Trybunał w żaden sposób nie wykluczył, że w innych okolicznościach, w szczególności gdy miejsce urodzenia nie wynika ze zgodnej woli rodziców, sąd krajowy musiałby stwierdzić, że w świetle wszystkich istotnych czynników faktyczne centrum interesów życiowych dziecka znajduje się w państwie członkowskim, w którym nigdy nie zamieszkiwało.

56 Wyrok z dnia 15 lutego 2017 r. (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Opinia w sprawie OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, pkt 57, 61). W pkt 81–83 tej opinii rzecznik generalny N. Wahl różnicuje jednak swoje stanowisko, stwierdzając, że w szczególnych okolicznościach nie można wykluczyć odstąpienia od kryterium fizycznej obecności, jeśli istnieje obiektywna więź z państwem członkowskim, w którym dziecko nigdy nie przebywało. Tego rodzaju więź, w interesie dziecka, powinna opierać się na „silnych i realnych dowodach", które mogłyby przeważać nad fizyczną obecnością.

58 Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 35).

59 Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 50 i nast.).

60 Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 49, 50).

2) W przedmiocie wyboru podejścia dającego się najlepiej pogodzić z orzecznictwem i celami określonymi w art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis

63. Ponieważ Trybunał nie rozstrzygnął jeszcze kwestii niezbędnego charakteru fizycznej obecności w państwie członkowskim w celu ustalenia miejsca zwykłego pobytu dziecka, zbadać należy, czy podejście oparte na faktach, przyjęte w orzecznictwie w świetle określonego przez prawodawcę kryterium bliskości, daje się pogodzić z rozwiązaniami zaproponowanymi przez którąś z zainteresowanych stron.

64. Zdaniem UD, rządu Zjednoczonego Królestwa i rządu czeskiego charakter faktyczny pojęcia „zwykłego pobytu dziecka" nie byłby odpowiedni dla ustanowienia zasady, zgodnie z którą fizyczna obecność w państwie członkowskim stanowiłaby warunek sine qua non ustalenia w nim miejsca zwykłego pobytu dziecka, niezależnie od analizy innych istotnych okoliczności. Twierdzący w ten sposób podkreślają w szczególności znaczenie czynników odnoszących się do integracji rodzica sprawującego faktyczną opiekę nad małym dzieckiem. XB i Komisja uważają natomiast, że skoro dziecko z definicji nie może być zintegrowane z miejscem, w którym nigdy nie przebywało, to ustalenie zwykłego pobytu w takim miejscu stanowiłoby fikcję niezgodną z faktyczną naturą tego pojęcia.

65. Pierwsze z tych stanowisk, moim zdaniem, jest bardziej zgodne z podejściem faktycznym przyjętym przez Trybunał. Uznanie braku fizycznej obecności za kryterium wykluczające doprowadziłby do utworzenia quasi-testu prawnego, ponieważ brak spełnienia warunku wstępnego dotyczącego fizycznej obecności dziecka oznaczałby, iż żaden inny czynnik nie mógłby być zbadany. Taka ogólna i abstrakcyjna zasada spowodowałaby utratę elastyczności, pozwalającej urzeczywistniać kryterium bliskości w nadrzędnym interesie dziecka. Jak bowiem wynika z przytoczonego powyżej orzecznictwa, zamiast samej bliskości geograficznej między dzieckiem a konkretnym miejscem kryterium to dotyczy bliskości między dzieckiem a środowiskiem społecznym i rodzinnym w danym miejscu.

66. Elastyczne podejście okazuje się konieczne zwłaszcza w odniesieniu do szczególnej sytuacji niemowląt, które rodzą się i przebywają w innym państwie niż państwo, w którym ich rodzice, ze względu na związki rodzinne i społeczne, posiadają rzeczywiste centrum interesów życiowych. Przypomnieć należy w tym względzie, że Trybunał uznał, że w przypadku niemowląt, które z definicji w sposób niezależny od swoich rodziców nie mogły stworzyć emocjonalnych związków w dowolnym miejscu, rzeczywiste centrum ich interesów życiowych zależy w praktyce od ich rodziców [61]. Moim zdaniem nieznajomość tych społecznych i rodzinnych realiów prowadziłaby do wniosków bardziej sztucznych niż uznanie faktu, że w takich wyjątkowych sytuacjach niemowlę może mieć miejsce zwykłego pobytu w miejscu, w którym nigdy nie było fizycznie obecne.

67. Ustalenie miejsca zwykłego pobytu niemowlęcia wymaga zatem uwzględnienia nie tylko obiektywnych kryteriów dotyczących pobytu niemowlęcia w kraju, w którym się ono znajduje, ale także okoliczności świadczących o integracji jednego lub obojga rodziców ze środowiskiem społecznym i rodzinnym w innym kraju. W tym kontekście okoliczności związane z obecnością dziecka i jednego lub obojga rodziców w jednym z państw – i, odpowiednio, ich nieprzebywaniem w innym kraju – podczas narodzin i krótko po nich nabierają szczególnego znaczenia.

68. Moim zdaniem jeżeli okoliczności niezwiązane z wolą jednego lub obojga rodziców, takie jak zdarzenie losowe lub siła wyższa, prowadzą do narodzin i pobytu niemowlęcia poza państwem, w którym jego rodzina, założona przez rodzica lub rodziców i obejmująca, w danym przypadku, innych członków, zamieszkuje w sposób stały i regularny, to niemowlę ma miejsce zwykłego pobytu w tym państwie. Centrum interesów życiowych niemowlęcia znajduje się wtedy faktycznie tam, gdzie ma być częścią rodziny i gdzie miałoby się już znajdować w braku takich zewnętrznych okoliczności.

61 Zobacz pkt 49 i 50 niniejszej opinii.

69. Przykład podany przez Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa) w sprawie A przeciwko A (Children: Habitual Residence) [62], jak również uwagi rządu Zjednoczonego Królestwa i rządu czeskiego ilustrują mój punkt widzenia. Wyobraźmy sobie, że para zamieszkująca w sposób stały i regularny w Niemczech wyjeżdża na wakacje do Francji, gdzie matka dziecka zostaje zmuszona do przedwczesnego porodu. Czy należałoby uznać, że zaraz po jego narodzinach dziecko ma miejsce pobytu tam, gdzie zamieszkują jego rodzice (oraz, w stosownych przypadkach, jego starsze rodzeństwo), gdzie ma przebywać i gdzie być może czeka już na niego kołyska (czyli w Niemczech), czy też zanim uda się do Niemiec dziecko nie ma żadnego zwykłego pobytu [63]?

70. Nie ulega moim zdaniem wątpliwości, że wniosek, zgodnie z którym dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w Niemczech zaraz po narodzinach, lepiej odzwierciedlałby realia integracji dziecka ze środowiskiem społecznym i rodzinnym [64].

71. Rozważania te czynione są bez uszczerbku dla możliwości zmiany miejsca zwykłego pobytu dziecka w miarę upływu czasu i zmiany obiektywnych okoliczności. Podobnie jeżeli dziecko urodzone w nagłych wypadkach poza państwem, w którym osiedliła się jego rodzina, ma miejsce zwykłego pobytu w tym państwie, to wniosek ten aktualny jest tak długo, jak długo trwa pobyt dziecka w państwie urodzenia i wynikające z niego związki kulturowe i społeczne nie zaczynają przemawiać za stwierdzeniem, że interesy życiowe dziecka zaczęły się tu faktycznie skupiać. W miarę upływu czasu rzeczywiste stosunki dziecka z państwem, w którym miało ono zostać zintegrowane ze środowiskiem społecznym i rodzinnym, zanikają, aż staną się fikcyjne.

72. Proponowana przeze mnie analiza nie podważa zresztą faktu, że *w większości przypadków* miejsce zwykłego pobytu dziecka odpowiada miejscu, w którym było ono fizycznie obecne. Oznacza to jedynie, że ustalenie miejsca zwykłego pobytu dziecka powinno odzwierciedlać rzeczywistą integrację ze środowiskiem społecznym i rodzinnym bez ograniczeń ze strony sztywnych uregulowań prawnych. W szczególnych przypadkach dotyczących niemowląt ocena okoliczności właściwych każdemu z rozpatrywanych przypadków może prowadzić do uznania, że dziecko posiada faktyczne centrum swoich interesów życiowych w państwie, w którym nigdy się nie znajdowało.

73. Niektórzy sędziowie Supreme Court of the United Kingdom (sądu najwyższego Zjednoczonego Królestwa) przedstawili bardzo pouczające rozważania w tym zakresie. Wielokrotnie stwierdzili oni, że jeżeli znaczenie czynników pozwalających na ustalenie miejsca zwykłego pobytu dziecka nie może być uregulowane przepisami prawa, to może być ono jednak określone przez pewne „faktyczne uogólnienia". Innymi słowy – niektóre wnioski okazują się zazwyczaj, choć nie zawsze, odpowiadać sytuacji faktycznej, w jakiej znajduje się dziecko [65].

62 [2013] UKSC 60, pkt 42.

63 Trzecie podejście, zgodnie z którym dziecko ma zwykłe miejsce pobytu we Francji jedynie dlatego, że przebywa tam od urodzenia, na pierwszy rzut oka wydaje się wykluczone, ponieważ ta przypadkowa obecność nie może posiadać cechy stabilności i regularności wymaganych w celu ustalenia miejsca zwykłego pobytu dziecka.

64 Wbrew temu, co zasugerował rzecznik generalny N. Wahl w opinii w sprawie OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, pkt 85), podejście, które proponuję, nie oznacza w żadnym razie, że dziecko może już posiadać miejsce zwykłego pobytu przed urodzeniem ani, w konsekwencji, że nienarodzone dziecko może zostać objęte zakresem stosowania rozporządzenia Bruksela II bis. Podejście to ogranicza się do odzwierciedlenia realiów społecznych, zgodnie z którymi niemowlę nie może być zintegrowane z niezależnym środowiskiem rodzinnym i społecznym oraz w oderwaniu od osób, które na co dzień nim się zajmują.

65 Zobacz A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, pkt 44 (wyrok większościowy), pkt 73–75, a także pkt 83 i 84 (zdanie odrębne). Zobacz również Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, pkt 21.

74. Podobnie dotyczy to wniosku, zgodnie z którym miejsce zwykłego pobytu niemowlęcia pochodzi od miejsca zwykłego pobytu rodzica lub rodziców [66], tak samo jak wniosku, zgodnie z którym miejsce zwykłego pobytu dziecka wymaga pewnej fizycznej obecności w danym państwie [67]. Fakt, że te dwa wnioski mogą ze sobą kolidować (jak wynika to z przykładu powyżej), wskazuje na brak możliwości uwzględnienia ich przez przepisy bezwzględnie obowiązujące.

75. Wniosku tego moim zdaniem nie podważają ustalenia dotyczące wymogów przewidywalności, pewności prawa i jednolitości rozwiązań w ramach Unii.

76. Przede wszystkim metoda poszlak przyjęta w utrwalonym orzecznictwie od czasu wyroku w sprawie A [68] wiąże się w sposób konieczny z pewnym ryzykiem niejednolitości rozwiązań przyjmowanych przez różne sądy w podobnych przypadkach jako korelatem swobody oceny, jaką dysponują sądy krajowe [69]. „Cena" ta jest powszechnie akceptowana w imię koniecznej elastyczności w realizowaniu, w nadrzędnym interesie dziecka, kryterium bliskości z jego środowiskiem społecznym i rodzinnym. Nie dostrzegam, w jaki sposób szczególne przypadki niemowląt, które rodzą się i przebywają w państwie innym niż to, w którym faktycznie znajduje się centrum życiowych interesów jego rodziców – jedyny scenariusz, w którym w praktyce możliwe jest, by dziecko miało miejsce zwykłego pobytu w państwie członkowskim, w którym nigdy nie przebywało – miały w przeciwieństwie do wszystkich pozostałych przypadków być traktowane w sposób nieelastyczny.

77. W dalszej kolejności – nie przekonuje mnie argumentacja Komisji, zgodnie z którą elastyczne podejście nie jest konieczne w tego rodzaju sytuacjach, pod warunkiem że dziecko przebywa w państwie członkowskim. Komisja zauważa, że w przypadku braku zwykłego pobytu art. 13 rozporządzenia Bruksela II bis przewiduje dodatkową podstawę jurysdykcji w oparciu o obecność dziecka. Zauważam jednak, że podstawa ta reprezentuje tylko wymiar geograficzny kryterium bliskości i nie przedstawia żadnej cechy stabilności, skąd jej subsydiarny charakter [70]. W związku z tym zastosowanie art. 13 wspomnianego rozporządzenia ograniczone jest do wyjątkowych sytuacji, w których ustalenie miejsca zwykłego pobytu dziecka okazuje się niemożliwe [71]. Co więcej, jak wskazał rząd Zjednoczonego Królestwa, kwestia ta ma zasadniczo jeszcze bardziej praktyczne znaczenie w ramach procedury powrotowej. W przypadku gdy w przedstawionym powyżej przykładzie jedno z rodziców odmówiłoby powrotu z dzieckiem do Niemiec, procedura ta mogłaby zostać uruchomiona pod warunkiem, że dziecko to miałoby tam swoje miejsce zwykłego pobytu.

78. Wątpię ponadto, czy zasada, zgodnie z którą miejsce pobytu dziecka wymaga koniecznie elementu fizycznej obecności, przynosiłaby w każdym przypadku rzeczywiste korzyści pod względem pewności prawa. Zamieszkujący w Niemczech rodzice urodzonego we Francji w wyniku siły wyższej dziecka mogą zgodnie z prawem oczekiwać, że sądy niemieckie będą właściwe dla wszystkich sporów

66 Zobacz wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 50) oraz Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, pkt 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". Zobacz również Supreme Court of the United States (sąd najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki), Delvoye v 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 Zobacz w tym względzie zdanie odrębne Lorda Hughesa w sprawie A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, pkt 92.

68 Wyrok z dnia 2 kwietnia 2009 r. (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 Artykuł 19 ust. 2 rozporządzenia Bruksela II bis pozwala jednak uniknąć konfliktów jurysdykcji. Przepis ten stanowi, że „[j]eżeli pozwy lub wnioski dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej w odniesieniu do tego samego dziecka oraz na tej samej podstawie roszczenia zostały wniesione do sądów różnych państw członkowskich, sąd, do którego pozew lub wniosek wniesiono później, zawiesza z urzędu postępowanie do czasu ustalenia jurysdykcji sądu, do którego najpierw wniesiono pozew lub wniosek".

70 Zobacz podobnie opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie A (C-523/07, EU:C:2009:39, pkt 20, 21).

71 Wyrok z dnia 2 kwietnia 2009 r., A (C-523/07, EU:C:2009:225, pkt 43). Artykuł 13 rozporządzenia Bruksela II bis dotyczy w szczególności wyjątkowych przypadków zmiany miejsca zamieszkania, gdy w okresie przejściowym dziecko utraciło miejsce zwykłego pobytu w państwie wyjazdu, nie uzyskując jeszcze miejsca zwykłego pobytu w państwie przyjmującym. Zobacz opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie A (C-523/07, EU:C:2009:39, pkt 45), jak również „Praktyczny przewodnik dotyczący stosowania rozporządzenia Bruksela II bis" (dostępny na stronie internetowej https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f7d39509–3f10–4ae2-b993–53ac6b9f93ed/language-pl, s. 29).

dotyczących władzy rodzicielskiej. Z ich punktu widzenia przepis nakładający na te sądy obowiązek stwierdzenia swojej niewłaściwości z tego tylko powodu, że dziecko nie znajduje się jeszcze w Niemczech w wyniku nieprzewidzianych i niezamierzonych okoliczności, stanowiłby źródło niepewności prawnej [72].

79. Z uwagi na powyższe nie można automatycznie nadawać decydującego znaczenia kryterium fizycznej obecności bez uwzględnienia szczególnych okoliczności każdej sprawy. Fizyczna obecność dziecka w danym państwie członkowskim nie stanowi więc warunku wstępnego, by móc stwierdzić, że ma ono w nim miejsce zwykłego pobytu w rozumieniu art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis.

3. W przedmiocie znaczenia przymusu w celu ustalenia miejsca zwykłego pobytu dziecka (pytanie drugie)

a) Uwagi wstępne

80. Zgodnie z drugim pytaniem sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie kwestii wpływu, jaki na ustalenie, czy dziecko ma zwykły pobyt w danym państwie członkowskim, pomimo że nigdy nie było w nim fizycznie obecne, ma fakt, że zgodnie z twierdzeniami matki została ona oszukana przez ojca w celu przybycia do państwa trzeciego, a następnie była w nim przetrzymywana w sposób niezgodny z prawem i zmuszona do urodzenia tam dziecka. Sąd ten dodaje, że sytuacja ta może pociągać za sobą naruszenie praw podstawowych matki i dziecka na podstawie artykułów 3 i 5 EKPC, których treść powtarzają przepisy art. 4 i 6 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą").

81. Zagadnienie to wymaga uściślenia przez Trybunał znaczenia okoliczności, zgodnie z którą obecność matki i dziecka w Bangladeszu w chwili wszczęcia postępowania – oraz, tym samym, ich nieobecność na terytorium Zjednoczonego Królestwa – wynikałaby jedynie z przymusu stosowanego przez ojca. Z postanowienia odsyłającego wynika, że UD twierdzi zasadniczo, że jej pierwotnym zamiarem, którym miała się podzielić z XB (wraz z którym UD współposiadała odpowiedzialność rodzicielską) w chwili wyjazdu do Bangladeszu, był poród i pobyt z dzieckiem w Zjednoczonym Królestwie [73]. Zachowanie XB miało jednak uniemożliwić realizację tego zamiaru.

82. Taka sytuacja faktyczna nie wydaje się niestety ograniczona do wyjątkowego i odosobnionego przypadku. Jak podkreślił rząd Zjednoczonego Królestwa, odpowiada ona dostrzeżonemu już zjawisku, poddawanemu, co więcej, dyskusji przed sądami Zjednoczonego Królestwa w innych sprawach [74].

83. Postaram się w pierwszej kolejności ocenić, w jakim stopniu wymiar wskazanego powyżej przymusu powinien być uwzględniany przy stosowaniu zasady wynikającej z orzecznictwa [sekcja b)]. W dalszej kolejności zostanie poruszona kwestia, czy nadrzędny interes dziecka oraz prawa podstawowe określone w karcie wymagają w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym stosowania innych zasad [sekcja c)].

72 Ponadto w tego typu przypadkach takie uregulowanie pozbawiłoby sąd możliwości wyciągnięcia prostego wniosku dotyczącego miejsca zwykłego pobytu dziecka w świetle całości innych istotnych okoliczności.

73 Z pewnością można wątpić w to, czy matka nie spodziewała się urodzić dziecka w Bangladeszu, ponieważ udała się do tego kraju będąc w ponadsiedmiomiesięcznej ciąży. Ponieważ jednak sąd odsyłający twierdzi, że winien ustalić swoją jurysdykcję w oparciu o oświadczenia matki, zgodnie z którymi miała ona zostać zmuszona przez ojca do urodzenia dziecka w Bangladeszu, swoją analizę oprę na tym właśnie założeniu.

74 Zobacz Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa), A v A (Children), [2013] UKSC 60, jak również High Court of Justice (England & Wales), Family Division [wysoki trybunał sprawiedliwości (Anglia i Walia), wydział rodzinny], B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

b) W przedmiocie stosowania zasad wynikających z istniejącego orzecznictwa

84. Zgodnie z przyjętym przez Trybunał podejściem opartym na faktach okoliczność, że matka urodziła dziecko w państwie trzecim i przebywała tam wraz z dzieckiem tylko z powodu przymusu ze strony ojca, stanowi moim zdaniem istotny element oceny więzi dziecka zarówno z państwem trzecim, w którym faktycznie ono przebywa, jak i z państwem członkowskim, w którym by się urodziło i żyło, gdyby nie stosowany przymus [75].

85. Z jednej strony okoliczność ta jest częścią „warunków i powodów pobytu" matki i dziecka w tym państwie trzecim w rozumieniu orzecznictwa [76]. W niniejszej sprawie mogłaby ona stanowić wskazówkę, że dziecko nie ma miejsca zwykłego pobytu w Bangladeszu, chociaż siłą rzeczy wszystkie jego sprawy koncentrują się w tym kraju – w którym zamieszkuje od urodzenia oraz z którym związane jest geograficznie i kulturowo.

86. Środowisko tego dziecka, z uwagi na jego młody wiek, określone jest głównie przez osobę lub osoby, od których zależy – czyli prawdopodobnie i w oparciu o okoliczności faktyczne ustalone w postanowieniu odsyłającym – jego matkę (ponieważ ojciec powrócił do Zjednoczonego Królestwa). Według twierdzeń UD przymus ze strony XB miał utrudnić jej podjęcie decyzji, gdzie zamieszkać z dzieckiem, i zmusić ją do pozostania na wsi, gdzie miała być piętnowana przez społeczność lokalną i pozbawiona podstawowych udogodnień oraz dochodu. Otóż wątpię, aby przymusowy i niepewny pobyt matki i dziecka w państwie trzecim charakteryzował się stabilnością i regularnością wystarczającą, by dziecko miało w nim miejsce swojego zwykłego pobytu. Czy można bowiem rzeczywiście mówić o integracji ze środowiskiem społecznym i rodzinnym, jeżeli związki dziecka z tym państwem trzecim mogły się rozwinąć tylko z powodu przymusu stosowanego przez jego ojca [77]?

87. Rozważania te pozostają aktualne, pomimo tego, że UD jest pochodzenia bangladeskiego i przebywa tam w rodzinnej wsi. W istocie pochodzenie geograficzne i rodzinne rodzica sprawującego opiekę nad dzieckiem – podobnie jak wynikające z nich więzi kulturowe i rodzinne dziecka – stanowią tylko jeden z czynników, które mogą być brane pod uwagę w ramach ogólnej oceny okoliczności danego przypadku [78]. Czynnik ten nie może przesłaniać innych obiektywnych okoliczności, takich jak okoliczność, że matka jest potencjalnie zatrzymywana wraz z córką w Bangladeszu pod przymusem.

75 Jak wynika z postanowienia odsyłającego, sąd krajowy ma się wypowiedzieć w przedmiocie swojej właściwości na podstawie niektórych okoliczności faktycznych podniesionych przez matkę i jeszcze nie ustalonych (zob. pkt 17 i 31 niniejszej opinii). W tych okolicznościach poniższe rozważania mają na celu udzielenie temu sądowi wskazówek w celu określenia miejsca zwykłego pobytu dziecka w okolicznościach faktycznych odpowiadających tej wersji wydarzeń, bez uszczerbku dla oceny przez ten sąd okoliczności faktycznych co do istoty sprawy.

76 Zobacz pkt 48 niniejszej opinii.

77 W ten sam sposób niektóre sądy Stanów Zjednoczonych Ameryki uwzględniły przymus, którego dopuszczano się na matce dziecka, w celu określenia jego miejsca zamieszkania. W ten sposób District Court of Utah (sąd okręgowy w Utah, Stany Zjednoczone Ameryki) orzekł, że dziecko, mimo że przebywało w Niemczech, nie miało tam miejsca zwykłego pobytu, ponieważ wyjazd matki i dziecka z tego kraju był utrudniony poprzez przemoc werbalną, psychiczną i fizyczną, której stosowania dopuszczał się ojciec dziecka [Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993)]. District Court of Washington (sąd okręgowy w stanie Waszyngton, Stany Zjednoczone Ameryki) stwierdził, że matka dzieci nie miała zwykłego miejsca pobytu w Grecji, gdzie z nimi mieszkała w odosobnieniu i w sposób niesamodzielny, bez znajomości norm kulturowych i językowych tego państwa, z ograniczonym odstępem do pieniędzy, a jednocześnie będąc ofiarą aktów przemocy, których dopuszczał się ojciec dzieci [Tsarbopoulos v Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045, (2001)]. Na tej samej zasadzie District Court of Minnesota (sąd okręgowy w stanie Minnesota, Stany Zjednoczone Ameryki) uwzględnił okoliczność, że ojciec dziecka utrudniał matce opuszczenie terytorium Izraela, którego oboje byli obywatelami i w którym matka spędziła 11 miesięcy z tymże ojcem i ich dziećmi, aby uniemożliwić, by dzieci miały miejsce zwykłego pobytu w tym państwie [Silverman v Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313].

78 Zobacz wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 52–58).

88. Jednakże z drugiej strony twierdzenie, zgodnie z którym w braku przymusu ze strony ojca dziecko byłoby urodzone w konkretnym państwie członkowskim, w którym przebywałoby od urodzenia, nie wystarczy, aby uzasadnić ustalenie w tym państwie członkowskim miejsca jego zwykłego pobytu. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału nawet taka fizyczna obecność nie byłaby wystarczająca. Potrzebne byłyby jeszcze faktyczne związki między dzieckiem a wspomnianym państwem członkowskim, które pozwoliłyby uznać, że dziecko faktycznie ma w nim centrum swoich życiowych interesów.

89. Jak zauważyłem powyżej [79], niemowlę będące częścią rodziny, której członkowie mają faktyczne centrum interesów życiowych w państwie członkowskim, ma w nim miejsce zwykłego pobytu, nawet jeśli się w nim nie urodziło ani w nim nie przebywało z powodu okoliczności niezależnych od rodzica lub rodziców, od których jest ono zależne. To do sądu odsyłającego będzie należało dokonanie oceny, w świetle wszystkich istotnych okoliczności, czy sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym odpowiada takiemu przypadkowi. Przedstawione poniżej rozważania mogą okazać się pomocne dla tej oceny.

90. W pierwszej kolejności *czynniki charakteryzujące pobyt matki w Zjednoczonym Królestwie* oraz więzi społeczne i rodzinne, które utrzymywała, zasługują na szczególną uwagę. Centrum życiowych interesów dziecka mogłoby się znajdować w Zjednoczonym Królestwie tylko w przypadku, gdyby jego matka, od której dziecko zależy, sama była tam zintegrowana ze środowiskiem społecznym i rodzinnym. W tym kontekście należałoby uwzględnić w szczególności okres pobytu UD w Zjednoczonym Królestwie, okres ważności wizy małżeńskiej, jej znajomość języków, a także jej ewentualne więzi społeczne i kulturowe z tym państwem członkowskim.

91. Pojawia się w związku z tym pytanie, w jakim stopniu należy uwzględnić *zamiar* UD, który według niej miała dzielić z XB w chwili wyjazdu do Bangladeszu, a dotyczący pobytu dziecka w Zjednoczonym Królestwie po jego narodzinach. W tym względzie należy przypomnieć, że zamiar rodziców w kwestii miejsca pobytu dziecka niekoniecznie ma pierwszeństwo przed faktycznymi związkami dziecka z innym miejscem [80]. Znaczenie, jakie należy nadać temu czynnikowi, zależy od okoliczności każdego konkretnego przypadku.

92. Moim zdaniem gdy pomimo początkowego zamiaru rodziców – lub jednego rodzica, który zamierza sprawować pieczę nad dzieckiem [81] – aby zamieszkać wraz z dzieckiem w określonym miejscu, dziecko to rodzi się i przebywa wbrew woli rodzica, od którego zależy, w innym miejscu, wówczas element zamiaru może mieć szczególne znaczenie. Jest tak dlatego, że w takiej sytuacji obiektywne przesłanki dotyczące pobytu dziecka i tego rodzica w państwie, w którym się znajdują, są słabej jakości wskazówkami miejsca, gdzie rzeczywiście zintegrowali się oni ze środowiskiem rodzinnym i społecznym. Zamiar dotyczący miejsca pobytu dziecka w danym państwie, pod warunkiem że jest on wyrażony w sposób wyraźny, stanowi czynnik mogący mieć pierwszeństwo przed tymi obiektywnymi elementami, wspierając integrację rodzica, od którego dziecko w tym państwie zależy, mimo że rodzic ten jest tam nieobecny od narodzin dziecka.

79 Zobacz pkt 65–71 niniejszej opinii.

80 Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, pkt 48). Zobacz pkt 60 niniejszej opinii.

81 Komisja stoi na stanowisku, że jednostronny zamiar jednego z rodziców współposiadającego odpowiedzialność rodzicielską nie może w żadnym wypadku równoważyć braku fizycznej obecności dziecka w tym państwie członkowskim. Argumentację tę należy odrzucić w świetle wyroku z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 63), z którego wynika, że zamiar rodzica, który będąc posiadaczem prawa do pieczy nad dzieckiem, nie wykonuje faktycznej opieki nad nim, powinien być brany pod uwagę tylko w zakresie, w jakim rodzic ten zamierza skorzystać z prawa do pieczy. W związku z tym jednostronny zamiar jednego rodzica, który zamierza skutecznie wykonywać swoje prawo do pieczy, może zostać wzięty pod uwagę. Rozwiązanie to jest zresztą zgodne z duchem postępowania w sprawie powrotu dziecka na mocy konwencji haskiej z 1980 r., uzupełnionej rozporządzeniem Bruksela II bis. W istocie art. 3 lit. b) tej konwencji, która w art. 2 pkt 11 lit. b) rozporządzenia Bruksela II bis znajduje potwierdzenie, przewiduje, że uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka jest bezprawne tylko wtedy, kiedy jest ono dokonane z naruszeniem prawa do pieczy zgodnie z prawem państwa miejsca zwykłego pobytu dziecka oraz kiedy prawo do pieczy *było faktycznie wykonywane* w czasie uprowadzenia lub zatrzymania dziecka lub byłoby wykonywane, gdyby uprowadzenie lub zatrzymanie nie nastąpiło.

93. Wszelkie wskazania, zgodnie z którymi rodzice lub sama matka przed wyjazdem do Bangladeszu podjęli kroki mające doprowadzić do narodzin dziecka w Zjednoczonym Królestwie, do zamieszkania z nim w stabilnych warunkach w tym państwie członkowskim i otoczenia go tam codzienną opieką powinny być zatem uwzględnione ze szczególną starannością w celu ustalenia miejsca zwykłego pobytu dziecka.

94. W drugiej kolejności, jeśli chodzi o okoliczności dotyczące *integracji ojca* z danym państwem członkowskim, to z orzecznictwa wynika, że rodzic, który nie sprawuje faktycznej pieczy nad dzieckiem (nawet jeżeli posiada odpowiedzialność rodzicielską), jest częścią jego środowiska rodzinnego tylko o tyle, o ile dziecko utrzymuje z nim regularne kontakty [82]. W sytuacji gdy ojciec wraca do danego państwa członkowskiego i uniemożliwia matce powrót z dzieckiem, kontakty takie nie są już utrzymywane. Pobyt i integracja ojca ze wspomnianym państwem członkowskim w chwili wszczęcia postępowania nie dają w tych okolicznościach odpowiednich wskazówek co do miejsca, w którym znajduje się w centrum życiowych interesów dziecka.

95. W trzeciej kolejności – *okres* pomiędzy narodzinami dziecka a wytoczeniem powództwa przed sądem odsyłającym również będzie brany pod uwagę. Długość pobytu w danym państwie stanowi co do zasady czynnik mogący odzwierciedlać integrację dziecka z tym właśnie państwem, a tym samym brak wyraźnych związków z innym państwem. Jego znaczenie w ramach całościowej oceny istotnych okoliczności różni się jednak również w zależności od konkretnego przypadku [83].

96. Ten czynnik nie oznacza automatycznie rzeczywistej integracji dziecka, jeżeli okres jego ciągłego pobytu w danym państwie i tym samym nieobecność w innym państwie jest wynikiem przymusu. Oczywiście jeżeli nie dodamy sztucznej warstwy do pojęcia „zwykłego pobytu", to dziecko, które dorasta i rozwija więzi w państwie, w którym zostało zmuszone przebywać i nie nawiązuje żadnych relacji z państwem, w którym powinno się było znajdować, gdyby nie zastosowany przymus, do pewnego stopnia traci swoje miejsce zwykłego pobytu w tym państwie [84]. Jednakże nie musi tak być w sytuacji dziecka, które, jak w niniejszym przypadku, w chwili wniesienia powództwa było jeszcze niemowlęciem. W związku z tym długość pobytu dziecka w Bangladeszu nie powinna moim zdaniem uniemożliwiać sama w sobie ustalenia miejsca zwykłego pobytu dziecka w Zjednoczonym Królestwie.

97. Całość powyższych rozważań, w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której dziecko urodziło się w państwie trzecim i nie miało możliwości udać się ze swoją matką do państwa członkowskiego z powodu stosowanego przez ojca przymusu i w której dziecko wciąż było niemowlęciem w chwili wniesienia sprawy do sądu odsyłającego, prowadzi do następującego wniosku: w takiej sytuacji dziecko ma miejsce zwykłego pobytu w danym państwie członkowskim w rozumieniu art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis tylko pod warunkiem, że w braku przymusu byłoby ono tam obecne w sposób stały i regularny oraz zintegrowane z rodziną, której członkowie mają rzeczywiste centrum interesów życiowych w tym państwie członkowskim. Spełnienie tego warunku wymaga, aby matka była zintegrowana ze środowiskiem społecznym i rodzinnym w tym danym państwie członkowskim. Do sądu krajowego należy ustalenie, w świetle wszystkich istotnych okoliczności, do których należą obiektywne czynniki towarzyszące wcześniejszemu pobytowi matki i jej integracji w tym państwie członkowskim, jak również wyraźne przejawy zamiaru co do miejsca pobytu dziecka, czy taki przypadek ma miejsce.

82 Zobacz wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r., HR (C-512/17, EU:C:2018:513, pkt 48).

83 Zgodnie z wyrokiem z dnia 22 grudnia 2010 r., Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, pkt 51), o ile pobyt dziecka w danym państwie członkowskim „musi charakteryzować się co do zasady określoną długością, odzwierciedlającą dostateczny stopień trwałości", o tyle rozporządzenie Bruksela II bis nie przewiduje minimalnej długości pobytu, a długość ta stanowi tylko jeden z wielu wskaźników.

84 Zobacz pkt 71 niniejszej opinii.

c) W przedmiocie uwzględniania praw podstawowych dziecka i matki

98. Wydaje mi się użyteczne wyjaśnić, w trosce o wyczerpujący charakter rozważań zawartych w niniejszej opinii, że w przypadku gdyby zastosowanie testu „faktycznego centrum interesów życiowych dziecka" nie pozwalało uzasadnić ustalenia podstawy jurysdykcji ogólnej sądów państwa członkowskiego w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, ochrona nadrzędnego interesu dziecka gwarantowana w art. 24 karty oraz praw podstawowych zapisanych w art. 4 i 6 karty [85] nie uzasadniałaby odmiennego wniosku.

99. Test ten odzwierciedla, jak przypominam, kryterium bliskości, na którym opiera się art. 8 ust. 1 tego rozporządzenia i poprzez który prawodawca chciał chronić nadrzędny interes dziecka określony w sposób ogólny [86]. Przedstawione poniżej uwagi stoją moim zdaniem na przeszkodzie wypracowaniu przez sądy testu odstępstwa od tego kryterium, w przypadku gdy nadrzędny interes dziecka uwzględniany w konkretnym przypadku i inne jego prawa podstawowe są zagrożone w państwie trzecim, w którym się on znajduje.

100. Po pierwsze, zgodnie z art. 51 ust. 2 karty „nie rozszerza ona zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii". W związku z tym Trybunał jest właściwy do dokonywania wykładni, w świetle postanowień karty, prawa Unii w granicach powierzonych mu kompetencji [87]. Unia i jej państwa członkowskie nie są zobowiązane na mocy prawa Unii lub na mocy EKPC do wykonywania swojej jurysdykcji w stosunku do sytuacji mających miejsce w państwach trzecich w przypadku braku powiązania przewidzianego przez prawo Unii lub EKPC zgodnie z wykładnią orzecznictwa strasburskiego [88].

101. Po drugie, rozporządzenie Bruksela II bis ustanawia już mechanizm upoważniający państwa członkowskie do ochrony interesów dziecka nawet w przypadku braku związków wynikających z prawa Unii. Jeżeli żaden sąd państwa członkowskiego nie jest właściwy na podstawie artykułów 8–13 rozporządzenia Bruksela II bis, art. 14 tego rozporządzenia stanowi, że państwa członkowskie mogą przyznać swoim sądom jurysdykcję zgodnie z ich prawem krajowym. W ten sposób każde państwo członkowskie zachowuje prawo, jeżeli przepisy tego rozporządzenia w oparciu o kryterium bliskości nie pozwalają na wskazanie sądu żadnego innego państwa członkowskiego, do ustalenia jurysdykcji swoich sądów na mocy przepisów prawa krajowego z odrzuceniem tego kryterium.

102. W niniejszym przypadku taka dodatkowa jurysdykcja istnieje w porządku prawnym Zjednoczonego Królestwa w postaci jurysdykcji parens patriae sądów tego państwa członkowskiego. Jak wynika z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi, stosowanie tej podstawy jurysdykcyjnej jest jednak ograniczone do obywateli Zjednoczonego Królestwa i leży w gestii sądów krajowych.

85 Zobacz motyw 12 rozporządzenia Bruksela II bis oraz motyw 33 tego rozporządzenia, zgodnie z którym rozporządzenie to uznaje i szanuje prawa podstawowe zagwarantowane w karcie.

86 Zobacz pkt 36 niniejszej opinii.

87 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 5 października 2010 r., McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, pkt 51).

88 Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zwanego dalej „ETPC") jurysdykcja umawiających się państw, zgodnie z art. 1 EKPC, ograniczona jest zasadniczo do ich własnego terytorium. Zasada ta zna wyjątki jedynie w ściśle określonych okolicznościach, które nie dotyczą kontekstu niniejszej sprawy. Zobacz w szczególności wyrok ETPC z dnia 7 lipca 2011 r. w sprawie Al-Skeini i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, § 130–142 i przytoczone tam orzecznictwo).

103. Ponadto XB twierdził, że w stosownym przypadku UD mogłaby zwrócić się do sądów w Bangladeszu, w szczególności w przypadku, gdyby prawo tego państwa trzeciego przewidywało zasady jurysdykcji w oparciu o obecność dziecka. W tym względzie sąd odsyłający uściśla, że o ile poprzez przetrzymywanie UD i dziecka XB mógł naruszyć ich prawa podstawowe, o tyle UD nie podniosła wyraźnie zarzutów, zgodnie z którymi Republika Bangladeszu miałaby naruszyć ciążący na niej obowiązek ochrony tych praw, zwłaszcza na drodze sądowej [89]. W tych okolicznościach nie wydaje mi się stosowne opieranie niniejszej analizy na tych twierdzeniach.

104. W każdym wypadku art. 14 rozporządzenia Bruksela II bis wydaje się potwierdzać ideę, zgodnie z którą do każdego państwa członkowskiego należy podjęcie decyzji, w stosownych przypadkach na podstawie „comity" (wzajemnego poszanowania między narodami), czy obawa, że sądy państwa trzeciego nie stosują wobec matki i dziecka przepisów ochronnych zgodnych z prawami i wartościami, które obowiązują w danym państwie członkowskim, uzasadnia wprowadzenie tej podstawy jurysdykcji szczególnej do prawa krajowego [90].

105. W związku z tym nawet w przypadku gdy nadrzędny interes oraz prawa podstawowe dziecka mogły być naruszone w państwie trzecim, art. 8 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis nie może być interpretowany w taki sposób, że pozwalałby ustalić miejsce zwykłego pobytu dziecka na podstawie kryteriów, które różniłyby się od kryterium bliskości, jakim jest test „faktycznego centrum interesów życiowych dziecka".

V. Wnioski

106. W świetle całości powyższych rozważań proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedłożone przez High Court of Justice (England & Wales), Family Division [wysoki trybunał sprawiedliwości (Anglia i Walia), wydział rodzinny, Zjednoczone Królestwo] Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

1) Miejsce zwykłego pobytu dziecka w rozumieniu art. 8 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 2201/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 listopada 2003 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, oznacza miejsce, w którym dziecko faktycznie ma centrum swoich interesów życiowych. Miejsce to powinno być określone w świetle wszystkich okoliczności danego przypadku. W niektórych wyjątkowych sytuacjach całościowa ocena wszystkich okoliczności może prowadzić do uznania, że dziecko ma w rzeczywistości centrum swoich życiowych interesów w miejscu, w którym nie było nigdy fizycznie obecne. Fizyczna obecność dziecka na terytorium państwa członkowskiego nie stanowi zatem warunku wstępnego dla określenia w nim miejsca jego zwykłego pobytu.

2) Okoliczność, że matka niemowlęcia, która w rzeczywistości sprawuje nad nim pieczę, została zmuszona przez ojca dziecka do urodzenia w państwie trzecim oraz do przebywania tam wraz z dzieckiem po jego urodzeniu, potencjalnie z naruszeniem ich praw podstawowych określonych w art. 4 i 6 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, stanowi istotny element dla określenia miejsca zwykłego pobytu dziecka w rozumieniu art. 8 ust. 1 rozporządzenia nr 2201/2003.

89 O ile Republika Bangladeszu nie jest związana ani EKPC, ani kartą, o tyle art. 7 i 9 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, przyjętego w dniu 16 grudnia 1966 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ, który wszedł w życie w dniu 23 marca 1976 r. – aktu, do którego Republika Bangladeszu przystąpiła – gwarantują prawa podobne do tych określonych, odpowiednio, w art. 3 i 5 EKPC oraz w art. 4 i 6 karty.

90 Zobacz w tym względzie zdanie odrębne Lorda Sumptiona w sprawie Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, pkt 66, 76. Stwierdzono w nim, że sama dezaprobata wobec przepisów, które miałyby zastosowanie w świetle prawa państwa, w którym dziecko jest obecne, nie może wystarczyć do uzasadnienia właściwości sądów Zjednoczonego Królestwa.

W takiej sytuacji niemowlę może jednak mieć miejsce zwykłego pobytu w państwie członkowskim, chociaż nie było w nim nigdy fizycznie obecne, jedynie wtedy, gdy matka ma tam faktyczne centrum swoich życiowych interesów, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabierają ewentualne więzi rodzinne, społeczne i kulturowe matki w tym państwie członkowskim, jak również ewentualny wyraźnie przejawiany przez matkę zamiar przebywania tam z dzieckiem po jego narodzinach.