Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PRIIT PIKAMÄE
föredraget den 14 juli 2021 [1(i)]

Mål C-262/21 PPU

A
mot
B

(begäran om förhandsavgörande från Högsta domstolen (Finland))

”Begäran om förhandsavgörande – Civilrättsligt samarbete – Domstols behörighet, erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar – Förordning (EG) nr 2201/2003 – Materiellt tillämpningsområde – Begreppet civilrättsliga frågor – Ansökan om internationellt skydd från en förälder i ett underårigt barns namn – Förordning (EU) nr 604/2013 – Beslut om överföring av ett underårigt barn till den medlemsstat som är ansvarig för att pröva ansökan – Ansökan om återlämnande – Olovligt bortförande eller kvarhållande av barn – Artikel 2 led 11 – Rubricering – 1980 års Haagkonvention – Hemvist – Otillbörligt agerande”

I. Inledning

1. Kan ett beslut om överföring av ett underårigt barn, som fattats med stöd av förordning (EU) nr 604/2013 [2] och med anledning av en ansökan om internationellt skydd som en av föräldrarna har lämnat in i barnets namn utan den andra förälderns samtycke, omfattas av det materiella tillämpningsområdet för förordning (EG) nr 2201/2003 [3] och, om så är fallet, betraktas som ett internationellt bortförande av barnet?

2. Det är en av de frågor som ställs i förevarande mål, vars originalitet består i att två unionsrättsakter med uppenbart olika föremål och syften sätts i relation till varandra och som domstolen ska uttala sig om för första gången.

1 Originalspråk: franska.

2 Europaparlamentets och rådets förordning av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat (EUT L 180, 2013, s. 31).

3 Rådets förordning av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 (EUT L 338, 2003, s. 1).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Haagkonventionen av den 25 oktober 1980

3. I artikel 3 i konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn, som ingicks i Haag den 25 oktober 1980 (nedan kallad 1980 års Haagkonvention) stadgas följande:

”Ett bortförande eller ett kvarhållande av ett barn ska betraktas som olovligt om

a) det strider mot en rätt till vårdnad som har anförtrotts en person, en institution eller något annat organ, antingen gemensamt eller för sig, enligt lagen i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet, och

b) denna rätt verkligen utövades, antingen gemensamt eller för sig, vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum.

Rätten till vårdnad enligt a kan i första hand uppkomma på grund av lag eller genom ett judiciellt eller administrativt avgörande men även genom en överenskommelse som har rättslig verkan enligt lagen i den ifrågavarande staten.”

4. I artikel 12 i konventionen föreskrivs följande:

”Om ett barn olovligen har förts bort eller hållits kvar enligt vad som sägs i artikel 3 och det den dag då förfarandet inleds hos den judiciella eller administrativa myndigheten i den fördragsslutande stat där barnet befinner sig har förflutit mindre än ett år från den dag det olovliga bortförandet eller kvarhållandet ägde rum, skall vederbörande myndighet besluta om barnets omedelbara återlämnande.

Även i det fall då förfarandet har inletts efter utgången av den ettårsperiod som avses i föregående stycke, skall den judiciella eller administrativa myndigheten besluta om barnets återlämnande, såvida inte det visas att barnet har funnit sig till rätta i sin nya miljö.

Om den judiciella eller administrativa myndigheten i den stat hos vilken återlämnande begärts har skäl att tro att barnet har förts till en annan stat, kan den inställa förfarandet eller avvisa ansökningen om återlämnande av barnet.”

5. Artikel 13 i konventionen har följande lydelse:

”Utan hinder av bestämmelserna i föregående artikel är den judiciella eller administrativa myndigheten i den stat där återlämnande har begärts inte förpliktad att besluta om barnets återlämnande, då den person eller institution eller det organ av annat slag som motsätter sig återlämnandet visar att:

a) den person eller institution eller det organ av annat slag som hade vård om barnets person faktiskt inte utövade vårdnadsrätten vid den tid då bortförandet eller kvarhållandet ägde rum eller hade samtyckt till eller i efterhand godtagit bortförandet eller kvarhållandet; eller

b) det finns en allvarlig risk för att barnets återlämnande skulle utsätta det för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätta det i en situation som inte är godtagbar.

Den judiciella eller administrativa myndigheten kan också vägra att besluta om barnets återlämnande, om den finner att barnet motsätter sig att bli återlämnat och att barnet har uppnått en ålder och mognad vid vilken det är skäligt att ta hänsyn till dess åsikt.

Vid övervägande av de omständigheter som avses i denna artikel skall de judiciella och administrativa myndigheterna ta hänsyn till de upplysningar om barnets sociala bakgrund som tillhandahållits av centralmyndigheten eller annan behörig myndighet i den stat där barnet har sitt hemvist.”

B. Unionsrätten

1. Förordning nr 2201/2003

6. I skäl 5 i förordning nr 2201/2003 anges följande:

”För att säkerställa att alla barn behandlas lika omfattar denna förordning alla avgöranden om föräldraansvar, inklusive åtgärder för att skydda barnet, oberoende av eventuella anknytningar till ett äktenskapsmål.”

7. Skäl 10 i förordning nr 2201/2003 har följande lydelse:

”Denna förordning är inte avsedd att tillämpas på frågor som rör social trygghet, offentligrättsliga åtgärder av allmän karaktär för utbildning och hälsa eller beslut om asylrätt och invandring …”

8. Skäl 17 i förordning nr 2201/2003 har följande lydelse:

”Vid olovligt bortförande eller kvarhållande av ett barn bör barnet omedelbart återföras, och i det syftet bör [1980 års Haagkonvention] fortsätta att tillämpas, med de kompletteringar som följer av bestämmelserna i denna förordning, särskilt artikel 11. Domstolarna i den medlemsstat dit barnet olovligt har förts eller där det kvarhålls bör kunna motsätta sig ett återförande i särskilda fall, om det finns vägande skäl. En sådan dom bör dock kunna ersättas med en senare dom av domstolen i den medlemsstat där barnet hade hemvist före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet. Om den sistnämnda domen innebär att barnet skall återlämnas, bör återlämnandet verkställas utan att något särskilt förfarande för erkännande och verkställighet behöver anlitas i den medlemsstat där det bortförda barnet befinner sig.”

9. Artikel 1 i förordning nr 2201/2003, med rubriken ”Tillämpningsområde”, har följande lydelse:

”1. Denna förordning skall, oberoende av domstolstyp, tillämpas på civilrättsliga frågor om

…

b) tillerkännande, utövande, delegering, upphörande eller begränsande av föräldraansvar.

2. Frågorna enligt punkt 1 b kan bland annat röra

a) vårdnad och umgänge,

…”

10. I artikel 2 i förordningen, med rubriken ”Definitioner”, anges följande:

”I denna förordning används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

…

7) *föräldraansvar*: alla rättigheter och skyldigheter som en fysisk eller juridisk person har tillerkänts genom en dom, på grund av lag eller genom en överenskommelse med rättslig verkan, med avseende på ett barn eller dess egendom. Föräldraansvar omfattar bland annat vårdnad och umgänge.

…

9) *vårdnad*: de rättigheter och skyldigheter som hänför sig till omvårdnaden om barnets person, särskilt rätten att bestämma var barnet skall bo.

…

11) *olovligt bortförande eller kvarhållande av barn*: ett bortförande eller ett kvarhållande av ett barn

a) som strider mot den vårdnad som har anförtrotts en person genom dom, på grund av lag eller genom en överenskommelse med rättslig verkan enligt lagen i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet,

och

b) under förutsättning att denna vårdnad verkligen utövades, antingen gemensamt eller för sig, vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum. Vårdnaden skall anses utövas gemensamt när en av personerna med föräldraansvar, enligt en dom eller på grund av lag, inte får besluta var barnet skall bo utan medgivande från en annan person med föräldraansvar.”

11. I artikel 11 i nämnda förordning föreskrivs följande:

”1. Om en person, en institution eller ett organ som har vårdnad om barnet ansöker hos de behöriga myndigheterna i en medlemsstat om att de skall meddela ett beslut på grundval av Haagkonventionen av den 25 oktober 1980 … i syfte att utverka återlämnande av ett barn som olovligt bortförts eller kvarhållits i en annan medlemsstat än den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet, skall punkterna 2–8 tillämpas.

…

4. En domstol kan inte vägra att återlämna ett barn på grundval av artikel 13 b i 1980 års Haagkonvention om det styrks att lämpliga åtgärder har vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnandet.”

2. Förordning nr 604/2013

12. Artikel 12 i förordning nr 604/2013 har följande lydelse:

”1. Om sökanden har ett giltigt uppehållstillstånd, ska den medlemsstat som utfärdat tillståndet ansvara för prövningen av ansökan om internationellt skydd.

…

3. Om sökanden har flera giltiga uppehållstillstånd eller viseringar, utfärdade av olika medlemsstater, ska ansvaret för att pröva ansökan om internationellt skydd tilldelas medlemsstaterna i följande ordning:

a) Den medlemsstat som har utfärdat uppehållstillstånd med längst giltighetstid eller, om tillstånden gäller för lika lång tid, den medlemsstat som har utfärdat det uppehållstillstånd som löper ut sist.

b) Den medlemsstat som har utfärdat den visering som löper ut sist, om de olika viseringarna är av samma art.

c) Om viseringarna är av olika art, den medlemsstat som har utfärdat viseringen med den längsta giltighetstiden eller, om viseringarna gäller för lika lång tid, den medlemsstat som har utfärdat den visering som löper ut sist.

…”

13. Artikel 29.1 i förordningen har följande lydelse:

”Överföringen av sökanden eller en annan person som avses i artikel 18.1 c eller d från den anmodande medlemsstaten till den ansvariga medlemsstaten ska verkställas i enlighet med den anmodande medlemsstatens nationella rätt, efter samråd mellan de berörda medlemsstaterna, så snart det är praktiskt möjligt och senast inom sex månader efter det att framställan från en annan medlemsstat om övertagande eller återtagande av den berörda personen godtogs eller det slutliga beslutet i fråga om överklagande eller omprövning med suspensiv verkan fattades i enlighet med artikel 27.3.

Om överföringar till den ansvariga medlemsstaten sker genom kontrollerad avresa eller avresa med eskort ska medlemsstaterna se till att de genomförs på ett humant sätt och med full respekt för de berörda personernas grundläggande rättigheter och mänskliga värdighet.

Vid behov ska den anmodande medlemsstaten förse sökanden med en passersedel. Kommissionen ska genom genomförandeakter fastställa passersedelns utformning. Dessa genomförandeakter ska antas i enlighet med det granskningsförfarande som avses i artikel 44.2.

Den ansvariga medlemsstaten ska alltefter omständigheterna underrätta den anmodande medlemsstaten om huruvida den berörda personen kommit fram i god ordning eller inte har infunnit sig inom den fastställda tidsfristen.”

C. Finländsk rätt

14. Barnets återlämnande regleras av lag 361/1983 angående vårdnad om barn och umgängesrätt. Bestämmelserna i denna lag motsvarar bestämmelserna i 1980 års Haagkonvention.

III. Bakgrunden, det nationella förfarandet och frågorna i begäran om förhandsavgörande

15. Det framgår av beslutet om hänskjutande och av svaren på domstolens begäran om handlingar och upplysningar att det nationella målet avser en tvist mellan två iranska medborgare, föräldrar till ett barn som är 20 månader gammalt.

16. År 2016 bodde fadern och modern i Finland. I det landet hade modern uppehållstillstånd på grund av familjeband (fadern hade uppehållstillstånd i egenskap av anställd) för en fyraårsperiod från och med den 28 december 2017. I maj 2019 flyttade föräldrarna till Sverige och modern beviljades uppehållstillstånd i Sverige för perioden mellan den 11 mars 2019 och den 16 september 2020. Parternas gemensamma barn föddes där den 5 september 2019. Föräldrarna hade gemensam vårdnad.

17. De svenska myndigheterna beslutade den 11 november 2019 att placera modern och barnet i ett familjehem med anledning av det våld som modern hade utsatts för i hemmet. Beslutet fastställdes genom dom meddelad den 17 januari 2020. Den 21 november 2019 ansökte fadern om uppehållstillstånd i Sverige på grund av sina familjeband till barnet. Den 4 december 2019 ansökte även modern om uppehållstillstånd i Sverige för barnet. Den 7 augusti 2020 ingav modern en ansökan om internationellt skydd i Sverige, för sig och för barnet, och motiverade denna ansökan med hänvisning till våld i hemmet från fadern och hedersrelaterade hot om våld från faderns familj i Iran, för det fall att hon skulle återvända till Iran. Den 27 augusti 2020 meddelade Republiken Finland Konungariket Sverige att den enligt artikel 12.3 i förordning nr 604/2013 var ansvarig för att pröva moderns ansökan.

18. Den 27 oktober 2020 avvisade Migrationsverket (Sverige) moderns och barnets asylansökan, avskrev faderns ansökan om uppehållstillstånd på grund av familjeband och beslutade att överföra modern och barnet till Finland i enlighet med tillämpning av förordning nr 604/2013. Den 24 november samma år överfördes modern och barnet i enlighet med artikel 29 i förordningen, vilket medförde att beslutet om omhändertagande och placering av barnet upphävdes. Den 11 januari 2021 ansökte modern om asyl i Finland för henne och barnet. Prövningen av asylansökan pågår.

19. Den 7 december 2020 överklagade fadern det beslut Migrationsverket (Sverige) hade fattat den 27 oktober 2020 angående avskrivningen av hans ansökan om uppehållstillstånd och överföringen av barnet till Finland. Den 21 december 2020 upphävde en svensk domstol beslutet på grund av att fadern inte hade hörts och återförvisade målet till denna myndighet. Efter en omprövning beslutade Migrationsverket (Sverige) den 29 december 2020 att avskriva de ärendena rörande barnet, eftersom barnet hade lämnat landet. Den 19 januari 2021 överklagade fadern beslutet av den 29 december 2020. Genom dom av den 6 april 2021 ogillade en svensk domstol faderns yrkanden, däribland yrkandet om att barnet skulle överföras till Sverige med tillämpning av förordning nr 604/2013. Enligt de uppgifter som lämnats av Migrationsverket (Sverige) har barnet för närvarande inte uppehållstillstånd i Sverige, varför det inte kan resa in i landet.

20. Samtidigt fastställde en svensk domstol, genom ett interimistiskt beslut som meddelades i november 2020, att föräldrarna skulle tillerkännas gemensam vårdnad om barnet. I dom av den 29 april 2021 dömde denna domstol till föräldrarnas äktenskapsskillnad, gav modern ensam vårdnad om barnet med omedelbar verkan, ogillade faderns yrkande om umgängesrätt och preciserade att det interimistiska beslutet upphörde att gälla.

21. Den 21 december 2020 väckte fadern talan vid Helsingfors hovrätt (Finland). Han gjorde gällande att barnet olovligen hade bortförts eller kvarhållits och yrkade därför att hovrätten skulle meddela ett beslut om att barnet omedelbart ska återlämnas till Sverige. Helsingfors hovrätt avslog denna ansökan genom beslut av den 25 februari 2021. Fadern överklagade beslutet till Högsta domstolen (Finland). Vid prövningen av överklagandet beslutade nämnda domstol den 23 april 2021 att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska artikel 2 led 11 … om olovligt bortförande av ett barn i förordningen [nr 2201/2003] tolkas så, att den omfattar en situation där en av föräldrarna, utan den andra förälderns samtycke, förflyttar barnet från sin hemviststat till en annan medlemsstat, vilken är den medlemsstat som är ansvarig enligt ett beslut om överföring av prövningen, vilket fattats av en myndighet med tillämpning av förordningen [nr 604/2013]?

2) Om den första frågan besvaras nekande: Ska artikel 2 led 11 i förordningen [nr 2201/2003] om olovligt kvarhållande tolkas så, att den omfattar en situation där en domstol i barnets hemviststat har upphävt en myndighets beslut att överföra prövningen av ärendet, vilket avskrevs utan vidare åtgärder efter det att barnet och modern lämnade sin hemviststat, men det barn som ska återlämnas inte längre innehar giltigt uppehållstillstånd eller har rätt att resa in eller vistas i denna stat? [4]

3) Om artikel 2 led 11 i förordningen [nr 2201/2003], mot bakgrund av svaret på den första eller den andra frågan, ska tolkas så, att det rör sig om ett olovligt bortförande eller kvarhållande av barnet, och att barnet följaktligen ska återföras till den stat där barnet har hemvist, ska då artikel 13 första stycket led b i 1980 års Haagkonvention tolkas så, att den utgör hinder för att barnet återlämnas

   a) på grund av att det föreligger en allvarlig risk, i den mening som avses i denna bestämmelse, att om ett spädbarn måste återlämnas ensamt, efter det att modern personligen har tagit hand om det, utsätts för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätter barnet i en inte godtagbar situation, eller

   b) på grund av att barnet i sin hemviststat kommer att omhändertas och placeras i ett familjehem, antingen ensamt eller tillsammans med sin moder, vilket tyder på att det föreligger en allvarlig risk, i den mening som avses i denna bestämmelse, för att barnet, om det återlämnas, utsätts för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätts i en inte godtagbar situation, eller

   c) på grund av att barnet utan giltigt uppehållstillstånd skulle försättas i en inte godtagbar situation, i den mening som avses i denna bestämmelse?

[4] Här återges formuleringen av den andra tolkningsfrågan, såsom den har preciserats av den hänskjutande domstolen i sitt svar av den 21 maj 2021 på domstolens informella begäran om upplysningar.

4) Om det, mot bakgrund av svaret på den tredje frågan, är möjligt att tolka skälen för avslag i artikel 13 första stycket led b i 1980 års Haagkonvention på så sätt att det finns en allvarlig risk för att barnets återlämnande skulle utsätta det för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätta det i en situation som inte är godtagbar, ska då artikel 11.4 i förordningen [nr 2201/2003], tillsammans med begreppet barnets bästa, som avses i artikel 24 i unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [nedan kallad stadgan], tolkas på så sätt att, i en situation där varken barnet eller modern har giltigt uppehållstillstånd i den stat där barnet har sin hemvist, den stat där barnet har sin hemvist ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att barnet och dess moder lagligen kan bosätta sig i denna medlemsstat?

   Om staten där barnet har sin hemvist har en sådan skyldighet, ska då principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna tolkas så, att den medlemsstat som överlämnar barnet i enlighet med denna princip kan presumera att barnets hemviststat fullgör dessa skyldigheter, eller kräver barnets bästa att myndigheterna i bosättningsstaten preciserar vilka konkreta åtgärder som har vidtagits eller kommer att vidtas för att skydda barnet, så att den medlemsstat som överlämnar barnet bland annat ska kunna bedöma lämpligheten av dessa åtgärder?

5) Om den stat där barnet har sin hemvist inte har den i fråga 4 ovan beskrivna skyldigheten att vidta lämpliga åtgärder, ska då artikel 20 i 1980 års Haagkonvention, mot bakgrund av artikel 24 i stadgan, tolkas så, att den i sådana situationer som beskrivs i fråga 3 a–c utgör hinder för att återlämna barnet på grund av att barnets återlämnande skulle kunna anses strida mot de grundläggande principerna om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, i den mening som avses i denna bestämmelse?”

IV. Förfarandet vid domstolen

22. Den hänskjutande domstolen har ansökt om att begäran om förhandsavgörande ska handläggas enligt förfarandet för brådskande mål om förhandsavgörande enligt artikel 107 i domstolens rättegångsregler. EU-domstolens första avdelning beslutade den 12 maj 2021, på förslag av referenten och efter att ha hört generaladvokaten, att bifalla denna ansökan.

23. Den 21 maj 2021 besvarade den hänskjutande domstolen EU-domstolens begäran om informella upplysningar. Genom inlaga av den 31 maj 2021 besvarade den svenska regeringen de skriftliga frågor som domstolen hade ställt och ingav de handlingar som domstolen hade efterfrågat.

24. Motparten i det nationella målet, den finländska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Dessa parter och klaganden i det nationella målet yttrade sig vid förhandlingen den 28 juni 2021.

V. Bedömning

A. Frågorna 1 och 2

1. Inledande synpunkter

25. För det första framgår det av formuleringen av de två första frågorna att den hänskjutande domstolen i huvudsak vill få klarhet i vilka konsekvenser ett beslut om överföring av ett barn och dess moder som fattats med tillämpning av förordning nr 604/2013 ska få för frågan huruvida ett bortförande eller kvarhållande ska betraktas som olovligt enligt definitionen i artikel 2 led 11 i förordning nr 2201/2003. Båda frågorna innefattar således en gemensam frågeställning, varför jag anser att det är lämpligt att pröva dem tillsammans.

26. För det andra har den hänskjutande domstolen ställt dessa frågor om tolkningen av artikel 2 led 11 i förordning nr 2201/2003 utifrån antagandet att denna bestämmelse är tillämplig i det nationella målet, vilket motparten i det nationella målet, med stöd av kommissionen, har bestritt. Eftersom tillämpligheten av bestämmelserna i förordning nr 2201/2003 inte är klar och har varit föremål för diskussion vid domstolen, ska det prövas huruvida en sådan situation som den som beskrivs i beslutet om hänskjutande omfattas av tillämpningsområdet för denna förordning.[5] Om så är fallet, ska kriterierna för att betrakta att ett bortförande eller kvarhållande är olovligt undersökas.

2. Huruvida förordning nr 2201/2003 är tillämplig

27. Motparten i det nationella målet har, med stöd av kommissionen, gjort gällande dels att tillämpningen av förordning nr 604/2013 utgör ett led i medlemsstaternas utövande av den utländska offentliga makten på de civilrättsliga frågor som berörs av förordning nr 2201/2003, dels att beslut om asylrätt och invandring uttryckligen är undantagna från tillämpningsområdet för förordning nr 2201/2003.

28. Jag anser att det är svårt att godta en sådan bedömning. Det ska nämligen påpekas att förordning nr 2201/2003, enligt dess artikel 1.1 b, ska tillämpas på civilrättsliga frågor om tillerkännande, utövande, upphörande eller begränsande av föräldraansvar. Domstolen har vid ett flertal tillfällen funnit att begreppet civilrättsliga frågor i detta sammanhang inte ska tolkas restriktivt utan ska ses som ett självständigt unionsrättsligt begrepp som i synnerhet omfattar samtliga yrkanden, åtgärder eller beslut i frågor som rör ”föräldraansvar”, däribland, i enlighet med skäl 5 i förordning nr 2201/2003, åtgärder för att skydda barnet.[6] I linje med denna extensiva tolkning har domstolen funnit att begreppet civilrättsliga frågor även omfattar

[5] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 december 2014, McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:2450, punkt 30), dom av den 25 juli 2018, Alheto (C-585/16, EU:C:2018:584, punkt 67), samt dom av den 12 mars 2020, VW (Rätt till tillgång till försvarare vid utebliven inställelse) (C-659/18, EU:C:2020:201, punkterna 22 och 23).

[6] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 november 2007, C (C-435/06, EU:C:2007:714, punkterna 46–51), dom av den 21 oktober 2015, Gogova (C-215/15, EU:C:2015:710, punkt 26), samt dom av den 19 september 2018, C.E. och N.E. (C-325/18 PPU och C-375/18 PPU, EU:C:2018:739, punkt 55).

skyddsåtgärder som enligt medlemsstaternas lagstiftning faller under den offentliga rätten.[7] En sådan tolkning av civilrättsliga frågor innebär att det, oberoende av hur en åtgärd betecknas, ska prövas huruvida åtgärden till sin art bidrar till att skydda barnet.

29. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag att, under de särskilda omständigheter som råder i förevarande fall, den överföring av barnet som ägt rum i enlighet med förordning nr 604/2013 omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 2201/2003. Beslutet om överföring ska nämligen inte betraktas separat, utan som en del av hela det förfarande som det ingår i. Härav följer att överföringen inte kan skiljas från den ansökan om internationellt skydd som överföringen direkt grundar sig på. I förevarande fall syftar ansökningen om internationellt *skydd*[8] till att säkerställa att barnet har en bestående status som skyddar det mot potentiell fara. Följaktligen utgör denna ansökan en skyddsåtgärd för barnet och omfattas av begreppet civilrättsliga frågor i den mening som avses i artikel 1 i förordning nr 2201/2003.

30. Jag anser att denna slutsats inte påverkas av skäl 10 i förordning nr 2201/2003, enligt vilket denna förordning ”inte [är] avsedd” att tillämpas på ”beslut om asylrätt och invandring”. Med hänsyn till lydelsen av denna text drar jag av användningen av orden ”är inte avsedd”[9] slutsatsen att unionslagstiftaren inte har avsett att systematiskt undanta alla beslut om asylrätt från civilrättsliga frågor. En sådan bedömning är för övrigt förenlig med domstolens extensiva synsätt att åtgärder för att skydda barn som faller under den offentliga rätten, mot bakgrund av skäl 5 i förordningen, omfattas av civilrättsliga frågor.

31. Förutom ordalydelsen i skäl 10, vilket under alla omständigheter saknar bindande rättslig verkan,[10] följer det inte av bestämmelserna i förordning nr 2201/2003 att beslut om asylrätt i princip är undantagna från förordningens tillämpningsområde. Till stöd för denna bedömning noterar jag att sådana beslut inte anges i artikel 1.3 i förordningen, som innehåller en uttömmande förteckning över de frågor som inte omfattas av förordningens tillämpningsområde.[11] Den omständigheten att beslut om asylrätt inte anges bland de civilrättsliga frågor som berörs av artikel 1.2 i förordning nr 2201/2003 är, för övrigt, inget giltigt argument. Såsom domstolen redan har slagit fast innebär nämligen användningen av uttrycket ”bland annat” i artikel 1.2 i förordning nr 2201/2003 att uppräkningen i denna bestämmelse inte är uttömmande.[12]

32. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag, i motsats till vad kommissionen och motparten i det nationella målet har hävdat, att beslut om asylrätt omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 2201/2003 i den mån de, såsom i förevarande fall, utgör en åtgärd för att skydda barnet.

7 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 november 2007, C (C-435/06, EU:C:2007:714, punkterna 34, 50 och 51), dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkterna 24, 27–29), och dom av den 26 april 2012, Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, punkterna 60 och 61).

8 I domen av den 21 oktober 2015, Gogova (C-215/15, EU:C:2015:710, punkt 28), slog domstolen fast att föremålet för ansökan ska beaktas vid bedömningen av huruvida en ansökan omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 2201/2003. Jag vill påpeka att det i förevarande fall nästan räcker med att hålla sig till ordalydelsen i den aktuella ansökan.

9 Formuleringen ska särskiljas från den mer tvingande formuleringen ”ska inte tillämpas”.

10 Dom av den 25 november 2020, Istituto nazionale della previdenza sociale (Familjeförmåner för varaktigt bosatta) (C-303/19, EU:C:2020:958, punkt 26).

11 Dom av den 13 oktober 2016, Mikołajczyk (C-294/15, EU:C:2016:772, punkt 29). Vad vidare gäller lydelsen i skäl 10 i förordning nr 2201/2003, erinrar jag om att ingressen till en unionsrättsakt inte är juridiskt bindande och inte kan åberopas för att göra avsteg från själva bestämmelserna i rättsakten eller för att tolka dessa bestämmelser på ett sätt som uppenbart strider mot deras lydelse (dom av den 25 november 2020, Istituto nazionale della previdenza sociale (Familjeförmåner för varaktigt bosatta) (C-303/19, EU:C:2020:958, punkt 26).

12 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 november 2007, C (C-435/06, EU:C:2007:714, punkt 30).

3. Huruvida bortförandet eller kvarhållandet ska betraktas som olovligt

33. I enlighet med det resonemang som beskrivits ovan ska vart och ett av villkoren för att ett bortförande eller ett kvarhållande av barn ska betraktas som olovligt bedömas. Vidare ska det, mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall, prövas huruvida dessa villkor är uppfyllda.

34. Artikel 2 led 11 i förordning nr 2201/2003, som till sitt innehåll är i stort sett identiskt med artikel 3 i 1980 års Haagkonvention, omfattar såväl olovligt bortförande som kvarhållande i samma definition. Enligt domstolen framgår det av denna definition att ett olovligt bortförande eller ett kvarhållande i den mening som avses i artikel 2 led 11 i nämnda förordning dels förutsätter att barnet hade hemvist i ursprungsmedlemsstaten omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet, dels är resultatet av ett åsidosättande av den rätt till vårdnad som har fastställts med stöd av lagen i den medlemsstaten. [13] Härav följer att bedömningen av huruvida det är fråga om ett ”olovligt bortförande eller ett kvarhållande” i huvudsak bygger på de två kumulativa begreppen barnets hemvist och åsidosättande av rätten till vårdnad. För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar ska således vart och ett av dessa två villkor undersökas i tur och ordning.

a) Barnets hemvist

35. Begreppet hemvist förekommer i förordning nr 2201/2003 i två olika hänseenden. För det första utgör hemvist, i enlighet med artikel 2 led 11 och artikel 11 i förordningen, en avgörande aspekt för att bedöma huruvida det är fråga om ett ”olovligt bortförande eller ett kvarhållande” och för mekanismen för återförande av barn som föreskrivs i ett sådant fall. För det andra utgör hemvist, inom ramen för artiklarna 8–10 i förordningen, ett allmänt kriterium för att fastställa domstols behörighet. [14] Eftersom begreppet hemvist ska ges en enhetlig innebörd i förordning nr 2201/2003, har domstolen slagit fast att den tolkning av detta begrepp som gjorts i samband med artiklarna 8 och 10 i förordningen kan överföras till artiklarna 2 led 11 och 11 i förordningen. [15]

36. Det ska påpekas att förordning nr 2201/2003 inte innehåller någon definition av begreppet hemvist. Utifrån ordet hemvist kan man dock dra slutsatsen att det ska vara fråga om ett boende som präglas av en viss stabilitet eller regelbundenhet. [16] Förordningen innehåller inte heller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar. Domstolen drog härav slutsatsen att begreppet hemvist ska ges en självständig tolkning, med beaktande av det sammanhang i vilket bestämmelserna i förordning nr 2201/2003 ingår och det mål som eftersträvas med förordningen, bland annat det som framgår av skäl 12, enligt vilket nämnda förordning har utarbetats med hänsyn till barnets bästa och, i synnerhet, kriteriet om närhet. [17]

[13] Se dom av den 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 47).

[14] För mer ingående uppgifter om denna åtskillnad, se förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punkterna 44–51).

[15] Se dom av den 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 54), och dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 41).

[16] Se dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 44), och dom av den 17 oktober 2018, UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:835, punkt 45).

[17] Se dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkterna 34 och 35), dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkterna 44–46), dom av den 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 50), dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 40), dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 40), samt dom av den 17 oktober 2018, UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:835, punkt 45).

37. På grundval av detta slog domstolen fast att barnets hemvist, i den mening som avses i förordning nr 2201/2003, motsvarar den plats som enligt omständigheterna i fråga utgör centrum för barnets liv.[18] Med detta konkreta synsätt ska det inte enbart tas hänsyn till barnets fysiska närvaro i en medlemsstat, utan även till andra omständigheter som kan visa att denna närvaro på intet sätt är tillfällig eller sporadisk och att barnets hemvist avspeglar att barnet i viss utsträckning är integrerat i socialt hänseende och familjehänseende.[19] I detta sammanhang bör det i varje enskilt fall tas hänsyn till en rad samstämmiga uppgifter, såsom hur varaktiga och regelbundna vistelserna i de olika medlemsstaterna i fråga är, förhållandena för och skälen till vistelserna, platsen och förutsättningarna för barnets skolgång samt dess familjeförhållanden och sociala band i nämnda medlemsstater.[20]

38. För det fall att barnet, såsom i det aktuella målet, är litet, har domstolen slagit fast att bedömningen av huruvida barnet är integrerat i socialt hänseende och familjehänseende ska göras med beaktande av omständigheterna kring vistelsen avseende de personer som barnet står i ett beroendeförhållande till.[21] Den miljö där ett litet barn utvecklas är nämligen främst familjemiljön, vilken bestäms av den eller de referenspersoner som barnet bor tillsammans med och som rent faktiskt utövar vårdnaden och tar hand om barnet[22] – oftast barnets föräldrar. Om barnet dagligen lever med sina föräldrar innebär det följaktligen att hemvisten fastställs vara den plats där dess föräldrar stadigvarande vistas och är integrerade i socialt hänseende och i familjehänseende.[23] För att fastställa denna plats är det nödvändigt att undersöka en rad faktiska omständigheter, vilka på ett icke uttömmande sätt innefattar varaktigheten, regelbundenheten, villkoren för och skälen till föräldrarnas vistelse i den eller de berörda medlemsstaterna, deras språkkunskaper, deras geografiska ursprung och familjeursprung samt deras familjeband och sociala band där. Dessa objektiva omständigheter kan, i förekommande fall, kompletteras med ett beaktande av avsikten hos de föräldrar som har vårdnaden om barnet att bosätta sig tillsammans med barnet på en viss plats när den kommer till uttryck genom konkreta åtgärder för föräldrarnas och därmed barnets integration i socialt hänseende och i familjehänseende.[24]

39. Såsom generaladvokaten Saugmandsgaard Øe har påpekat i målet UD, har domstolen utvecklat ett synsätt kallat hybridmetoden, enligt vilken barns hemvist ska fastställas på grundval av dels objektiva faktorer som är kännetecknande för barnets vistelse på en viss ort, dels omständigheter som omger dess föräldrars vistelse samt dessas avsikter i fråga om barnets bostadsort.[25] Det ankommer på den hänskjutande domstolen att utifrån dess omständigheter fastställa huruvida barnet hade sitt hemvist i Sverige omedelbart före det påstådda olovliga bortförandet eller kvarhållandet, genom att beakta samtliga de faktiska omständigheter som förekommer i det aktuella fallet.

[18] Se dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkterna 41 och 42).

[19] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkterna 37 och 38), dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkterna 44 och 47–49), dom av den 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 51), dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkterna 42 och 43), samt dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 41).

[20] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 39) och dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 43).

[21] Se dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkterna 53–55).

[22] Se dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 45).

[23] Se dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 45).

[24] Se dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 40), och dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkterna 46 och 47).

[25] Se förslag till avgörande av generaladvokaten Saugmandsgaard Øe i målet UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:749, punkt 52).

40. I syfte att ge den hänskjutande domstolen användbara uppgifter, noterar jag dock, vad gäller frågan huruvida det ska anses vara fråga om ett ”olovligt bortförande”, att barnet och modern överfördes till Finland den 24 november 2020. Före bortförandet var barnet emellertid bosatt i Sverige sedan den 5 september 2019, dagen då barnet föddes, medan barnets föräldrar, som hade vårdnaden om barnet, levde i detta land sedan maj 2019 och hade uppehållstillstånd i det landet. Härav följer, med förbehåll för de ytterligare uppgifter som den hänskjutande domstolen förfogar över, att det förefaller vara fastställt att barnet hade hemvist i Sverige före bortförandet.

41. Med avseende på bedömningen av huruvida det ska anses vara fråga om ett ”olovligt kvarhållande” anser jag däremot inte alls att barnet, mot bakgrund av ovannämnda kriterier, hade behållit sitt hemvist i Sverige omedelbart före det påstådda olovliga kvarhållandet. Som jag redan har påpekat är ett litet barns hemvist nära förknippat med hemvisten för de referenspersoner med vilka barnet bor, som utövar den faktiska vårdnaden och tar hand om barnet. Det framgår dock av de uppgifter som lämnats till domstolen att barnet, på grund av de beslut som de svenska myndigheterna fattade med anledning av faderns beteende, nästan inte längre har någon kontakt med fadern och bor med sin moder. Det ska vidare påpekas att barnet förflyttades till Finland till följd av ett omedelbart verkställbart beslut om överföring som hade sitt ursprung i moderns ansökan om internationellt skydd i barnets namn och att barnet sedan överföringen har uppehållit sig i detta land [26] med sin moder och inte har rätt att resa in eller uppehålla sig i Sverige. Enligt min mening kan sådana omständigheter som vittnar om barnets förankring i Finland på ett ändamålsenligt sätt beaktas vid fastställandet av barnets hemvist och visa sig vara avgörande för att fastställa att det inte föreligger något olovligt kvarhållande.

b) Åsidosättandet av rätten till vårdnad

42. Det framgår av artikel 2 led 11 i förordning nr 2201/2003 att bortförandet eller kvarhållandet av barnet är olovligt om det strider mot den vårdnad som verkligen utövas och som anförtrotts enligt lagen i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet. För att ett barns bortförande eller kvarhållande ska betraktas som olovligt för att tillämpa förordning nr 2201/2003 krävs med andra ord att vårdnad enligt tillämplig nationell lagstiftning har anförtrotts och att bortförandet eller kvarhållandet strider mot denna vårdnad.

43. I förevarande fall vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida barnets bortförande, som ägt rum i samband med en överföring till den medlemsstat som är ansvarig för att pröva ansökningen om internationellt skydd, och kvarhållande i denna stat kan anses utgöra ett åsidosättande av rätten till vårdnad. För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar är det nödvändigt att inte bara precisera omfattningen av begreppet ”vårdnad”, utan framför allt att mer utförligt definiera begreppet ”åsidosättande” av denna rätt. I detta sistnämnda hänseende, vill jag inledningsvis påpeka att den omständigheten att barnets bortförande följer av tillämpningen av förordning nr 604/2013 enligt min mening visar på att åsidosättandet av rätten till vårdnad kräver att den person som olovligen bortfört eller kvarhållit barnet kan tillskrivas ett otillbörligt agerande.

[26] Enligt barnets moder går barnet under dagen på ett finskt daghem och talar redan finska som alla andra barn i samma ålder. I domen av den 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 56), preciserade domstolen att behovet att skydda barnets bästa kräver att faktiska omständigheter som visar på att barnet sedan förflyttningen har funnit sig till rätta i socialt hänseende och i familjehänseende beaktas.

1) Faktiskt utövande av vårdnad

44. Domstolen har slagit fast att begreppet vårdnad, såsom det definieras i artikel 2 led 9 i förordning nr 2201/2003, är ett självständigt begrepp som ska ges en enhetlig tolkning och inbegriper, för att förordningen ska vara tillämplig, under alla förhållanden att innehavaren av denna rätt har rätt att bestämma var barnet ska bo.[27] Även om begreppet vårdnad definieras i unionsrätten, hänvisar artikel 2 led 11 i förordning nr 2201/2003 till lagen i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet för att fastställa vem som har rätten till vårdnad. Det framgår nämligen av denna bestämmelse att frågan huruvida bortförandet eller kvarhållandet av ett barn är olovligt beror på ”den vårdnad som har anförtrotts en person genom dom, på grund av lag eller genom en överenskommelse med rättslig verkan enligt lagen i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet”. Vårdnaden ska därför tillerkännas antingen båda föräldrarna eller en av dem enbart på grundval av lagen i ursprungsmedlemsstaten.

45. Härav följer att det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida fadern hade vårdnad som gav honom rätt att bestämma var barnet skulle bo och som hade anförtrotts honom av den medlemsstat där barnet hade sin hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet. I detta hänseende noterar jag att fadern och modern, enligt de uppgifter som EU-domstolen förfogar över, hade gemensam vårdnad fram till den dom som meddelades den 29 april 2021, genom vilken en svensk domstol beslutade att med omedelbar verkan ge modern ensam vårdnad om barnet.[28]

46. Detta första rättsliga kriterium, som avser frågan huruvida det föreligger en rätt till vårdnad, kompletteras med ett andra kriterium som mer avser de faktiska omständigheterna. Enligt artikel 2 led 11 b i förordning nr 2201/2003 är bortförandet eller kvarhållandet endast olovligt om vårdnad ”verkligen utövades, antingen gemensamt eller för sig, vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum”. Detta andra kriterium utgör en naturlig följd, eftersom frågan huruvida det är fråga om ett ”olovligt bortförande eller kvarhållande” medför att den mekanism för omedelbart återlämnande av barnet som föreskrivs i förordning nr 2201/2003 tillämpas. I en situation där en vårdnad enbart är teoretisk, utan några konkreta uttryck i verkligheten, skulle verkställigheten av ett förfarande för omedelbart återlämnande inte vara förenligt med det syfte att skydda barnets grundläggande intressen som eftersträvas med förordning nr 2201/2003.

47. Såvitt jag känner till har domstolen ännu inte haft tillfälle att uttryckligen precisera innebörden av kriteriet ”faktiskt utövande av vårdnad”. Generaladvokaten Saugmandsgaard Øe har sitt förslag till avgörande i målet UD föreslagit en definition som motsatsvis följer av detta begrepp, genom att påpeka ”att den förälder som faktiskt inte utövar vårdnad av barnet (även om denne har ett föräldraansvar) endast ingår i dess familjemiljö om barnet alltjämt upprätthåller regelbundna kontakter med denne”.[29] Vidare noterar jag att begreppet ”faktiskt utövande av vårdnad” även anges i 1980 års Haagkonvention, vars artikel 3 innehåller en definition av olovligt bortförande eller kvarhållande som har nästan samma lydelse som artikel 2 led 11 i förordning nr 2201/2003. Det framgår emellertid av den förklarande rapporten till nämnda konvention att frågan huruvida vårdnaden verkligen utövas, som ska prövas mot bakgrund av de särskilda

[27] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punkt 41).

[28] Den omständigheten att den gemensamma vårdnaden upphörde den 29 april 2021 medför att kvarhållandet, under alla omständigheter, endast kan betraktas som olovligt för perioden mellan den 24 november 2020 och den 29 april 2021.

[29] Se förslag till avgörande av generaladvokaten Saugmandsgaard Øe i målet UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:749, punkt 94).

omständigheterna i varje enskilt fall, ska ges en vid tolkning [30] och omfattar de situationer där vårdnadshavaren tar hand om barnet, även om denne rent konkret men av legitima skäl inte bor tillsammans med barnet. [31]

48. Härav drar jag slutsatsen att en förälder verkligen utövar vårdnaden om barnet om föräldern tar hand om och upprätthåller regelbundna kontakter med barnet. Detta kriterium ska emellertid prövas och tillämpas försiktigt och strikt för att förhindra att det missbrukas för att motivera att ett barn förs bort eller hålls kvar. I annat fall skulle det syfte att skydda barnets bästa som eftersträvas med förordning nr 2201/2003 åsidosättas. I sin bedömning ska den hänskjutande domstolen ta hänsyn till att barnet redan två månader efter födseln var föremål för ett beslut om omhändertagande och placering i ett familjehem tillsammans med sin moder på grund av faderns våldsamma beteende och att fadern sedan dess, enligt de uppgifter som de svenska myndigheterna har lämnat, enbart haft sporadiska kontakter med barnet.

2) Huruvida barnets moder kan tillskrivas ett otillbörligt agerande

49. För att belysa detta sistnämnda villkor är det lämpligt att utgå ifrån betydelsen av begreppet olovligt bortförande enligt 1980 års Haagkonvention och förordning nr 2201/2003. När det gäller denna konvention vill jag, i likhet med kommissionen, påpeka att det i punkt 11 i den förklarande rapporten till 1980 års Haagkonvention anges att ”konventionen avser situationer där tvång använts för att på konstlad väg skapa behörighet på internationell nivå i syfte att erhålla vårdnaden om ett barn”. Denna anmärkning förklaras närmare i punkterna 12–15 i den förklarande rapporten, av vilka det i huvudsak framgår att ett olovligt bortförande, som får till följd att barnet avlägsnas från den familje- och sociala miljö i vilken barnet lever, syftar till att anförtros vårdnad av de myndigheter i det land dit barnet har förts. Med andra ord avser den person som olovligen bortfört barnet att dennes otillbörliga agerande får rättslig verkan på så sätt att agerandet på mer eller mindre konstlad väg skapar domstols behörighet.

50. En identisk uppfattning av olovligt bortförande eller kvarhållande framgår även av domstolens domar om tolkningen av förordning nr 2201/2003. Domstolen har exempelvis slagit fast att ”ett olovligt bortförande av barnet *efter ett ensidigt beslut* av en av barnets föräldrar i de flesta fall [innebär] att barnet fråntas möjligheten att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkta kontakter med den andra föräldern”. [32] Domstolen har använt samma resonemang för att anse att bestämmelserna i förordning nr 2201/2003, bland annat de om omedelbart återlämnande av barnet, syftar till att säkerställa att ”ingen av föräldrarna kan stärka sin position vad gäller vårdnaden om barnet genom att kringgå – *genom otillbörligt agerande* – den behörighet som tillkommer de domstolar som, i enlighet med de bestämmelser som anges bland annat i förordningen, i princip ska pröva frågor om föräldraansvar för barnet”. [33]

[30] En bedömning av de avgöranden som sammanfattats i databasen Incadat (denna databas innehåller en systematisk förteckning över rättsfall från domstolarna i stater som undertecknat 1980 års Haagkonvention) visar att medlemsstaternas domstolar ger begreppet ”faktiskt utövande av vårdnad” en sådan vid tolkning.

[31] Förklarande rapport till 1980 års Haagkonvention, E. Perez-Vera, punkterna 72, 73 och 115 (https://assets.hcch.net/docs/a5fb103C-2ceb-4d17–87e3-a7528a0d368c.pdf).

[32] Dom av den 23 december 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punkt 56), och dom av den 1 juli 2010, Povse (C-211/10 PPU, EU:C:2010:400, punkt 64).

[33] Dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 63). Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punkt 57), och dom av den 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 67). I dom av den 1 juli 2010, Povse (C-211/10 PPU, EU:C:2010:400, punkt 41) och dom av den 24 mars 2021, SS (C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, punkt 45), använder domstolen det gemensamma begreppet bortförande, som är mer uttryckligt och slagkraftigt. Begreppet används även i rubriken till 1980 års Haagkonvention

51. Av det ovan anförda följer att åsidosättandet av rätten till vårdnad, som ligger till grund för olovligt bortförande eller kvarhållande, ska förstås på samma sätt i 1980 års Haagkonvention och i förordning nr 2201/2003. Enligt båda rättsakterna består åsidosättandet av rätten till vårdnad huvudsakligen i ett olovligt handlande som gör det möjligt för den förälder som har bortfört eller kvarhållit barnet att kringgå reglerna om internationell domstols behörighet. Av det ovan anförda drar jag slutsatsen att frågan huruvida ett bortförande eller ett kvarhållande ska betraktas som olovligt, i motsats till vad den finländska regeringen har hävdat, inte enbart beror på att det rent materiellt och objektivt fastställs att barnet, utan samtycke från den person som har ensam eller gemensam vårdnad om barnet, har bortförts till eller kvarhållits på en annan plats än den där det har sitt hemvist. Det krävs även att vårdnadshavarens vårdnad åsidosätts genom ett otillbörligt agerande som kan tillskrivas den förälder som har bortfört eller kvarhållit barnet och som, i strid med barnets bästa, är avsett att ge denna förälder en praktisk eller rättslig fördel till nackdel för den andra föräldern.

52. Det som är speciellt för det aktuella fallet är den omständigheten att barnet bortfördes efter ett beslut som fattats i enlighet med förordning nr 604/2013 om överföring av barnet och barnets moder till den medlemsstat som är ansvarig för att pröva ansökningarna om internationellt skydd som modern har lämnat in. Härvidlag bör påpekas att varje enskild myndig person med rättskapacitet, enligt artikel 7.1 i direktiv 2013/32/EU,[34] ska ha rätt att lämna in en ansökan om internationellt skydd för sin egen räkning. Såvitt avser underåriga föreskriver artikel 7.3 i direktiv 2013/32 att de ska ha rätt att lämna in en ansökan om internationellt skydd för sin egen räkning, om de har rättslig handlingsförmåga enligt den berörda medlemsstatens rätt, och att de, i alla medlemsstater som är bundna av direktivet, ska ha rätt att genom vuxen företrädare, såsom sina föräldrar eller andra vuxna familjemedlemmar, ge in en sådan ansökan om internationellt skydd. Det framgår av dessa bestämmelser att unionslagstiftningen inte utgör hinder vare sig mot att flera familjemedlemmar var för sig ger in en ansökan om internationellt skydd eller mot att någon av dessa även ger in en ansökan för en underårig familjemedlems räkning.[35]

53. Enligt artikel 20 i förordning nr 604/2013 ska förfarandet för att fastställa den ansvarig medlemsstat inledas när en ansökan lämnas in. Enligt artikel 20.3 ska situationen för den underårige som medföljer sökanden och som uppfyller definitionen av familjemedlemmar betraktas som oskiljaktig från hans eller hennes familjemedlems situation och det ska ankomma på den medlemsstat som är ansvarig för att pröva den familjemedlemmens ansökan om internationellt skydd, även om den underårige inte själv är en sökande, förutsatt att detta är för den underåriges bästa. Domstolen slog fast att i avsaknad av bevis för motsatsen uppställs i sistnämnda bestämmelse en presumtion för att det är till barnets bästa att barnets situation behandlas oskiljaktigt från föräldrarnas situation.[36]

54. Den behöriga nationella myndighet som ska pröva en sådan ansökan om internationellt skydd ska inte tilldela ansvaret för att pröva en ansökan om internationellt skydd till en medlemsstat som utsetts efter sökandens gottfinnande, utan ska tillämpa de ansvarskriterier som unionslagstiftaren har föreskrivit i kapitel III i förordning nr 604/2013 för att, med beaktande av barnets bästa, avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva denna ansökan.[37] På grundval av de kriterier för att fastställa ansvarig medlemsstat kan den medlemsstat där ansökan om internationellt skydd har lämnats in anmoda en annan medlemsstat att överta eller återta sökanden på de villkor som anges

[34] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd (EUT L 180, 2013, s. 60).

[35] Se dom av den 4 oktober 2018, Ahmedbekova (C-652/16, EU:C:2018:801, punkterna 53–55).

[36] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 januari 2019, M.A. m.fl. (C-661/17, EU:C:2019:53, punkterna 87–90).

[37] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 juni 2016, Ghezelbash (C-63/15, EU:C:2016:409, punkt 54).

i artiklarna 21, 23 och 24 i förordning nr 604/2013. Om den anmodade staten, efter de kontroller som föreskrivs i artiklarna 22 och 25 i förordningen, anser att den är ansvarig för att pröva ansökan om internationellt skydd, ska sökanden, i enlighet med artikel 26, bli föremål för ett beslut om överföring till den staten.

55. Beslutet är, med förbehåll för de rättsmedel som föreskrivs i artikel 27 i förordning nr 604/2013, bindande för sökanden, som på de villkor som anges i artikel 28 andra stycket i förordningen kan tas i förvar för att säkerställa överföringsförfarandet, när det föreligger en betydande risk för avvikande. Enligt artikel 29 i samma förordning ska överföringen verkställas så snart det är praktiskt möjligt och senast inom sex månader efter det att den anmodade medlemsstaten godtagit övertagandet.

56. Det följer av denna bedömning att tillämpningen av de objektiva kriterier i förordning nr 604/2013 för att fastställa ansvarig medlemsstat innebär att sökanden, som inte är bosatt i den medlemsstat som är ansvarig för att pröva dennes ansökan om internationellt skydd, är föremål för ett överföringsförfarande som ska genomföras och som är bindande för sökanden. Under dessa omständigheter kan överföringen av ett barn med stöd av artikel 29 i förordning nr 604/2013 efter en ansökan om internationellt skydd som endast en förälder som har gemensam vårdnad om barnet, och som också är föremål för överföringsförfarandet, har lämnat in inte *i sig* utgöra ett åsidosättande av denna rätt i den mening som avses i artikel 2 led 11 i förordning nr 2201/2003. I ett sådant fall följer bortförandet av barnet inte av ett otillbörligt agerande som kan tillskrivas denna förälder, utan av tillämpningen av en särskild lagstiftning som såväl medlemsstaterna som de personer som ansöker om internationellt skydd omfattas av.

57. Det skulle förhålla sig annorlunda för det fall att en förälder, med sin egen och barnets ansökan om internationellt skydd, i själva verket hade avsett att agera otillbörligt för att kringgå reglerna om domstols behörighet enligt förordning nr 2201/2003.[38] Även om det, under alla omständigheter, ankommer på den nationella domstol som är ansvarig för att pröva samtliga omständigheter i det enskilda fallet att bedöma huruvida det föreligger ett otillbörligt agerande, anser jag att ett sådant otillbörligt agerande inte kan fastställas på grundval av de uppgifter som den hänskjutande domstolen och parterna har lämnat.[39]

58. Av beslutet om hänskjutande kan nämligen inte utläsas att det föreligger sådana faktiska omständigheter som skulle tyda på att modern har missbrukat förfarandet för asylansökan för att kringgå de bestämmelser om domstols behörighet som föreskrivs i förordning nr 2201/2013.[40] Det bör påpekas att modern, efter att ha ansökt om uppehållstillstånd för barnet i Sverige den 4 december 2019, begärde den 7 augusti 2020 att *samma medlemsstat* skulle bevilja henne och barnet någon typ av internationellt skydd. Den omständigheten att modern inte har meddelat barnets fader om den ansökan om internationellt skydd som denne lämnat in till de svenska myndigheterna och om dess följder utgör inte i sig bevis på att hon hade uppsåt att vilseleda. Det ska dessutom påpekas att modern drevs av rädsla på grund av tidigare våld i hemmet. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, lämnade modern in en ansökan om ensam vårdnad om barnet vid en svensk domstol den 2 september 2020, dagen då Migrationsverket (Sverige) redan

[38] I domen av den 18 december 2014, McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:2450, punkt 54), preciserade domstolen att det, för att det ska anses styrkt att det är fråga om missbruk, åtminstone ska prövas huruvida den berörda personen har försökt erhålla en förmån som följer av unionsbestämmelserna genom att på konstlad väg konstruera de omständigheter som krävs för att erhålla den.

[39] Jag anser dessutom att den objektiva svårigheten att känna till och förstå den komplexa mekanism som föreskrivs i förordning nr 604/2013 i syfte att fastställa vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd, och den slumpmässiga följden av ett sådant förfarande, bidrar till fastställandet att en strategi som syftar till att kringgå bestämmelserna i denna rättsakt i syfte att på konstlad väg skapa domstols behörighet på internationell nivå är föga realistisk.

[40] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 64).

hade meddelat henne att Finland var ansvarig för hennes och barnets ansökan om internationellt skydd. Även om modern frivilligt åkte till Finland, kvarstår det faktum att flyttningen skedde för att verkställa ett bindande beslut om överföring som hon inte förväntades överklaga [41] och än mindre undandra sig från.

59. Enligt överföringsbeslutet bodde modern och barnet oavbrutet i Finland, som är den medlemsstat som är ansvarig för att pröva ansökningarna om internationellt skydd. Förfarandet pågår för närvarande. Barnets moder kallades på möte den 27 maj 2021. Det ska konstateras att det inte har gjorts någon framställan eller fattats något beslut om återtagande av modern och barnet i Sverige, eftersom de berördas rättsliga ställning fortfarande är den som gäller för personer som ansöker om internationellt skydd och som är bosatta i Finland, som är den stat som är ansvarig för att pröva deras ansökan. Genom dom av den 6 april 2021, som vann laga kraft den 12 maj samma år enligt motparten i det nationella målet, ogillade en svensk förvaltningsdomstol faderns yrkande om återlämnande av barnet med stöd av förordning nr 604/2013. Det ska slutligen påpekas att varken modern eller barnet för närvarande har uppehållstillstånd i Sverige och att en domstol i denna medlemsstat som är behörig i familjefrågor har anförtrott modern ensam vårdnad om barnet och avslagit faderns ansökan om umgängesrätt.

60. Jag anser att sådana omständigheter talar för att rätten till vårdnad inte har åsidosatts och därmed att det inte är fråga om ett ”olovligt bortförande eller kvarhållande”.

B. Frågorna 3, 4 och 5

61. Slutligen vill jag påpeka att frågorna 3, 4 och 5 avser de villkor som ska vara uppfyllda för att en domstol som har att pröva en ansökan om återlämnande med tillämpning av artikel 13 första stycket led b i 1980 års Haagkonvention och artikel 11.4 i förordning nr 2201/2003 kan avslå denna ansökan för att skydda barnet.

62. Det framgår av själva formuleringen av begäran om förhandsavgörande att dessa frågor är villkorade. Frågorna uppkommer endast för det fall att det, på grundval av svaren på de två första frågorna, kan anses att omständigheterna i det nationella målet kan anses vara sådana att det är fråga om ett ”olovligt bortförande eller kvarhållande” av barnet i den mening som avses i artikel 2.11 i förordningen. Såsom har angetts ovan på ett sätt som enligt min mening inte lämnar något utrymme för tvivel, kan denna rubricering emellertid inte godtas. Det saknas således anledning att besvara frågorna 3, 4 och 5. Det ska för övrigt påpekas att om det styrks att det föreligger ett domstolsavgörande, såsom åberopats vid förhandlingen av motparten i det nationella målet, genom vilket faderns överklagande av domen av den 29 april 2021 om att tillerkänna modern ensam vårdnad om det gemensamma barnet ogillades, kan detta innebära att diskussionen vid den hänskjutande domstolen om barnets återlämnande till Sverige får anses avslutad.

VI. Förslag till avgörande

Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Högsta domstolen (Finland) på följande sätt:

[41] I domen av den 7 juni 2016, Ghezelbash (C-63/15, EU:C:2016:409, punkt 54), preciserade domstolen för övrigt att ett överklagande enligt förordning nr 604/2013 inte kan likställas med den *forum shopping* som Dublinsystemet avser att förhindra.

Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 ska tolkas så, att en situation, såsom den i det nationella målet, där ett barn och dess moder har rest in och vistats i en medlemsstat för att verkställa ett beslut om överföring som fattats av den behöriga myndigheten i ursprungsmedlemsstaten, i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat, inte kan betraktas som ett olovligt bortförande eller kvarhållande i den mening som avses i artikel 2 led 11 i förordning nr 2201/2003, om modern, med barnets ansökan om internationellt skydd, inte har avsett att agera otillbörligt för att kringgå reglerna om domstols behörighet enligt förordning nr 2201/2003, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva mot bakgrund av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

[i] — ”I punkterna 1, 8, 27, 29, 39, 43, 47 och 52 samt i fotnoterna 18 och 33 i förevarande text har ändringar gjorts efter det att den offentliggjordes på nätet för första gången”.