Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
föredraget den 20 september 2018 [1]

Mål C-393/18 PPU

UD
mot
XB

(begäran om förhandsavgörande från High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Överdomstolen för England & Wales, avdelningen för familjemål, Förenade kungariket))

”Begäran om förhandsavgörande – Civilrättsligt samarbete – Behörighet i mål om föräldraansvar – Förordning (EG) nr 2201/2003 – Artikel 8.1 – Begreppet barnets hemvist – Ett spädbarns födelse och fortsatta vistelse i ett tredjeland i strid med moderns önskan – Avsaknad av ett spädbarns fysiska närvaro i en medlemsstat – Situation till följd av tvång som utövats av fadern och potentiell kränkning av moderns och spädbarnets grundläggande rättigheter – Avsaknad av bestämmelse om att ett barn inte kan ha hemvist i en medlemsstat där det aldrig varit fysiskt närvarande”

I. Inledning

1. Genom sin begäran om förhandsavgörande vänder sig High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Överdomstolen för England och Wales, avdelningen för familjemål) till EU-domstolen i fråga om tolkningen av artikel 8.1 i förordning (EG) nr 2201/2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar [2] (nedan kallad Bryssel IIa-förordningen).

2. Denna begäran har framställts i en tvist mellan modern, bangladeshisk medborgare, och fadern, brittisk medborgare, till ett barn på ungefär ett år vid den tidpunkt då talan väcktes vid denna domstol. Barnet hade avlats, fötts och vistats kontinuerligt i Bangladesh. Enligt vad modern påstår kvarhåller fadern henne mot hennes vilja i detta tredjeland dit hon begett sig, efter att ha vistats ungefär sex månader i Förenade kungariket med fadern, endast i avsikt att där avlägga ett tillfälligt besök. Hon skulle på grund av tvång som utövats av fadern blivit tvingad att föda barnet i Bangladesh och stanna där med barnet. Modern begär att den hänskjutande domstolen ska förordna om att barnet ska ställas under beskydd av denna domstol och om att hon själv och barnet ska få återvända till England och Wales i syfte att kunna delta i det rättsliga förfarandet.

1 Originalspråk: franska.

2 Rådets förordning av den 27 november 2003, genom vilken förordning (EG) nr 1347/2000 (EUT L 338, 2003, s. 1) upphävdes.

3. I enlighet med artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen är den hänskjutande domstolen behörig att fatta beslut om denna ansökan endast om barnet har sin hemvist i Förenade kungariket vid den tidpunkt då talan väcks vid denna domstol. Domstolen önskar få veta om det förhållande att barnet aldrig varit fysiskt närvarande i denna medlemsstat med nödvändighet hindrar att det där har sin hemvist. Den hänskjutande domstolen frågar också EU-domstolen om vilken betydelse det i detta sammanhang har om frånvaron från Förenade kungarikets territorium beror på det tvång som av fadern utövats mot modern och som kan kränka moderns och barnets grundläggande rättigheter.

4. Som avslutning på min bedömning kommer jag att konstatera att det förhållande att ett barn aldrig befunnit sig i en medlemsstat inte nödvändigtvis hindrar att det skulle ha sin hemvist där. Jag kommer också att ange de inslag, däribland skälet till moderns och barnets frånvaro från denna medlemsstat, vilka bör beaktas vid fastställandet av barnets hemvist i en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet.

II. Tillämpliga bestämmelser

5. Skäl 12 i Bryssel IIa-förordningen har följande lydelse:

”De behörighetsregler som fastställs i denna förordning i fråga om föräldraansvar är utformade med hänsyn till barnets bästa, särskilt kriteriet om närhet. Det innebär att behörigheten i första hand skall ligga hos domstolarna i den medlemsstat där barnet har hemvist ….”

6. I artikel 8 i denna förordning föreskrivs i punkt 1 under rubriken ”Allmän behörighet” att ”(d)omstolarna i en medlemsstat skall vara behöriga i mål om föräldraansvar för ett barn som har hemvist i den medlemsstaten vid den tidpunkt då talan väcks”.

III. Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

7. Käranden i det nationella målet (UD), bangladeshisk medborgare, ingick äktenskap 2013 i Bangladesh med svaranden i det nationella målet (XB), brittisk medborgare. Käranden och svaranden i det nationella målet är mor respektive far till en liten flicka som avlats i Bangladesh i maj 2016.

8. I juni eller juli 2016 reste UD till Förenade kungariket för att leva där med XB. Hon beviljades ett familjevisum (maka) av United Kingdom Home Office (Förenade kungarikets inrikesdepartement), giltigt från den 1 juli 2016 till den 1 april 2019.

9. UD beskyller XB och dennes familj för att ha utövat våld inom familjen, såväl fysiskt som psykiskt. Hon hävdar också att hon utsatts för två våldtäkter av XB. Denne bestrider anklagelserna.

10. Den 24 december 2016, då UD var höggravid, for hon med XB till Bangladesh, där barnet föddes den 2 februari 2017. UD och barnet har sedan dess vistats där. I början av januari 2018 återvände XB till England och Wales.

11. Parterna i det nationella målet lägger fram två skilda versioner av omständigheterna kring deras resa till Bangladesh och av vad som därefter utspelade sig.

12. UD hävdar att hon mot sin vilja olovligen kvarhållits i Bangladesh med barnet av XB. Hon skulle också ha tvingats att föda där och stanna där i strid med sina egna och barnets grundläggande rättigheter enligt artiklarna 3 och 5 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen). Enligt vad UD påstår har XB lämnat kvar henne i hennes fars hemby och förklarat att han skulle komma tillbaka och hämta henne en vecka senare. Han återkom dock aldrig

och beslagtog hennes pass och övriga handlingar för att hon inte skulle kunna lämna Bangladesh. UD hävdar att hon aldrig skulle ha begett sig dit om hon känt till XB:s egentliga avsikter. Hon hävdar att hon i byn i fråga varken har gas, elektricitet eller dricksvatten och inte heller några inkomster. I bysamhället stigmatiserades hon på grund av sin separation från XB.

13. XB bestrider samtliga dessa påståenden. Enligt honom var det på begäran av UD som de begett sig till Bangladesh, eftersom hon inte kände sig lycklig i Förenade kungariket. Det skulle också vara i enlighet med UD:s önskan som XB ensam återvänt till Förenade kungariket.

14. Den 20 mars 2018 väckte UD talan vid High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Överdomstolen för England och Wales, avdelningen för familjemål). Hon yrkade att denna domstol ska förordna dels att barnet ska ställas under beskydd av denna domstol, dels att hon själv och barnet ska få återvända till England och Wales i syfte att kunna delta i det rättsliga förfarandet.

15. Vid den förhandling som hölls samma dag hävdade UD att den hänskjutande domstolen är behörig att pröva talan. Hon hävdar i första hand att barnet hade sin hemvist i England och Wales vid den tidpunkt då talan väcktes vid den hänskjutande domstolen. I andra hand hävdar hon att denna domstol i kraft av nationell lagstiftning har behörighet *parens patriae* (det vill säga behörighet på grundval av brittisk nationalitet eller medborgarskap) i fråga om barnet och att den bör utöva sin behörighet i det här aktuella fallet.

16. Vid en förhandling den 16 april 2018 bestred XB att High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Överdomstolen för England och Wales, avdelningen för familjemål) skulle vara behörig i målet. Enligt XB hade barnet sin hemvist i Bangladesh vid den tidpunkt då talan väcktes vid den nationella domstolen. För övrigt hade denna domstol inte behörighet *parens patriae* då barnet inte är brittisk medborgare. Om trots allt domstolen skulle ha denna behörighet borde den i alla händelser avstå från att utöva den i det här aktuella fallet.

17. I sitt beslut om att begära förhandsavgörande anger nämnda domstol att den inte utfört något konstaterande av fakta, eftersom den finner det nödvändigt att först yttra sig över sin behörighet. Den hänskjutande domstolen anser att det bör fastställas om barnet hade sin hemvist i Förenade kungariket vid den tidpunkt då talan väcktes, i den mening som avses i artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen före någon som helst tänkbar prövning av en annan behörighetsgrund.

18. Domstolen fann att det var nödvändigt att begära ett förhandsavgörande för att bringa klarhet i om man kan fastställa att ett barn har hemvist i en medlemsstat där det aldrig varit fysiskt närvarande. Den hänskjutande domstolen söker framför allt svar på om så kan vara fallet när modern påstår att barnet fötts och vistats i ett tredjeland där dess föräldrar, vilka har föräldraansvar, inte har någon gemensam avsikt att bosätta sig och i vilket hon olagligen genom tvång kvarhållits av fadern. Denna domstol anger att om så visar sig vara fallet, skulle XB:s beteende sannolikt utgöra en kränkning av moderns och barnets grundläggande rättigheter enligt artiklarna 3 och 5 i Europakonventionen.

19. Mot denna bakgrund beslutade High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Överdomstolen för England och Wales, avdelningen för familjemål) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Utgör ett barns fysiska närvaro i en stat ett väsentligt inslag för hemvist i enlighet med artikel 8 [i Bryssel IIa-förordningen]?

2) För det fall båda föräldrar har föräldraansvar, har då den omständigheten att en mor har lurats att resa till ett annat land och sedan genom tvång eller annan olaglig handling av fadern olovligen hållits kvar i det landet, vilket har resulterat i att modern tvingats föda ett barn i det landet någon

inverkan på svaret på [den första frågan], under omständigheter som kan innebära en kränkning av moderns och/eller barnets mänskliga rättigheter enligt artiklarna 3 och 5 [i Europakonventionen] eller på annat sätt?”

20. Den hänskjutande domstolen har ansökt om att begäran om förhandsavgörande ska handläggas enligt det förfarande för brådskande mål om förhandsavgörande som föreskrivs i artikel 107 i domstolens rättegångsregler. Domstolens första avdelning beslutade den 5 juli 2018, på förslag av referenten och efter att ha hört generaladvokaten, att bifalla denna ansökan.

21. UD, XB, Förenade kungarikets regering och Europeiska kommissionen har ingett skriftliga yttranden. Dessa var liksom den tjeckiska regeringen företrädda vid den muntliga förhandling som hölls den 7 september 2018.

IV. Bedömning

A. Upptagande till sakprövning

22. Den brittiska regeringen har gjort gällande att tolkningsfrågorna inte kan tas upp till prövning eftersom artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen endast reglerar behörighetskonflikter mellan medlemsstaternas domstolar. I enlighet med artikel 61 c EG, numera artikel 67 FEUF, vilken utgör en av de rättsliga grunderna för förordningen, är det geografiska tillämpningsområdet för denna förordning begränsat till fall med anknytning till två eller flera medlemsstater. Artikel 8.1 i samma förordning är således inte tillämplig i samband med en tvist som har anknytning till en medlemsstat samt till ett tredjeland.

23. I denna bestämmelse anges att domstolarna i en medlemsstat är behöriga om ”barnet har hemvist i denna medlemsstat vid den tidpunkt då talan väcks vid domstolen” utan att begränsa denna behörighet till tvister med anknytning till en annan medlemsstat.

24. Artikel 61 a i Bryssel IIa-förordningen stöder detta. Enligt denna bestämmelse gäller i förhållande till konventionen om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet och samarbete i frågor om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn, undertecknad i Haag den 19 oktober 1996 (nedan kallad 1996 års Haagkonvention) [3], att förordningen ska tillämpas i de fall då barnet har sin hemvist i en medlemsstat. Bryssel IIa-förordningen har således företräde framför denna konvention i samtliga fall där detta kriterium är uppfyllt utan att tvisten måste medföra en potentiell behörighetskonflikt mellan medlemsstater eller mellan en medlemsstat och ett tredjeland som undertecknat denna konvention.

25. För övrigt tar artikel 12.4 i denna förordning, i vilken det under vissa förhållanden föreskrivs en utvidgning av behörigheten för de domstolar i en medlemsstat som fattat beslut om föräldrarnas skilsmässoansökan även om barnet inte har sin hemvist där, upp den situation då ett barn har sin hemvist i ett tredjeland som inte undertecknat 1996 års Haagkonvention. Denna bestämmelse tillämpas specifikt på tvister med anknytning till en medlemsstat och ett tredjeland. [4]

3 1996 års Haagkonvention ersatte konventionen om myndigheters behörighet och tillämplig lag i fråga om skydd för underåriga, ingången i Haag den 5 oktober 1961 (nedan kallad 1961 års Haagkonvention). Trots att Europeiska unionen inte är part i 1996 års Haagkonvention är dock samtliga medlemsstater undertecknare.

4 I gengäld medför vissa bestämmelser i Bryssel IIa-förordningen i fråga om behörighet ofrånkomligen, så som deras rubricering indikerar, en potentiell konflikt i fråga om behörighet mellan domstolarna i två eller flera medlemsstater (se artiklarna 9, 10, 15, 19 och 20). För övrigt tillämpas bestämmelserna i denna förordning om erkännande och verkställighet endast på domar som meddelats av medlemsstaternas domstolar (se beslut av den 12 maj 2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, punkterna 19–22) och dom av den 20 december 2017, Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988, punkt 27)). Det är också utrett att tillämpningen av artikel 11 i denna förordning när det gäller barnets återlämnande förutsätter att bortförandet och kvarhållandet av barnet har skett från en medlemsstat till en annan. Sammanfattningsvis är det relevant att söka svar inte i fråga om det geografiska tillämpningsområdet för Bryssel IIa-förordningen i dess helhet utan i stället i fråga om tillämpligheten av var och en av dessa bestämmelser.

26. Även en teleologisk tolkning av artikel 8.1 i denna förordning leder mig till betraktelsesättet att domstolarna i en medlemsstat är internationellt behöriga om barnet har sin hemvist där, även i avsaknad av anknytning till en annan medlemsstat.

27. I detta sammanhang har EU-domstolen i domen i målet Owusu [5] angett att konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (nedan kallad Brysselkonventionen), [6] instrument som föregick förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (nedan kallad Bryssel I-förordningen), [7] syftade till att underlätta den inre marknadens funktion genom att införa behörighetsregler för därmed sammanhängande tvister och genom att de svårigheter som har samband med erkännande och verkställighet av domar undanröjs. EU-domstolen ansåg att harmoniseringen av behörighetsreglerna för mål med vissa anknytningsfakta till en tredjestat också syftar till att undanröja de hinder för den inre marknadens funktion som kan följa av att de nationella lagstiftningarna på detta område skiljer sig åt. Domstolen slöt sig till att den bestämmelse i artikel 2 i Brysselkonventionen som ger en allmän behörighet åt domstolarna i den medlemsstat där svaranden har hemvist inte endast kan tillämpas när det aktuella rättsförhållandet involverar flera konventionsstater. [8]

28. Jag anser att det resonemang som följs i denna dom även äger giltighet i samband med artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen. I enlighet med artikel 67.4 FEUF förordar unionen just ömsesidigt erkännande av domar som meddelats av medlemsstaternas domstolar i samtliga tvistemål. [9] Harmoniseringen av reglerna för internationell behörighet syftar dock till att stärka rättssäkerheten och underlätta uppkomsten av ömsesidigt förtroende som möjliggör inrättandet av ett system för automatiskt erkännande av domar. [10] Således möjliggör tillnärmningen av reglerna för behörigheten att avgöra tvister som har anknytning till ett tredjeland att undanröja hinder för erkännande och verkställighet av domar meddelade i medlemsstaterna inom alla civilrättsliga mål, inbegripet i familjemål.

29. Denna slutsats avspeglar för övrigt hur såväl de nationella domstolarna [11] som den juridiska doktrinen [12] uppfattar tillämpningsområdet för artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen.

30. Således bör den brittiska regeringens skäl mot att ta upp tolkningsfrågorna till prövning avfärdas.

5 Dom av den 1 mars 2005 (C-281/02, EU:C:2005:120, punkt 33).

6 EGT L 299, 1972, s. 32.

7 Rådets förordning av den 22 december 2000 (EGT L 12, 2001, s. 1).

8 Dom av den 1 mars 2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, punkterna 34 och 35). Se även yttrande 1/03 (om den nya Luganokonventionen) av den 7 februari 2006 (EU:C:2006:81, punkterna 146–148).

9 I artikel 81.2 FEUF föreskrivs sålunda beslut om åtgärder om tillnärmning i fråga om civilrättsligt samarbete *"särskilt* när det är nödvändigt för att den inre marknaden ska fungera väl" (min markering).

10 Se punkt 13 i Alegría Borrás förklarande rapport (EGT C 221, 1998, s. 27), avfattad inom förfarandet för antagandet av den konvention som upprättats på grundval av artikel K 3 [FEU] om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål, ingången i Bryssel den 28 maj 1998 (EGT C 221, 1998, s. 1, kallad "Bryssel II-konventionen").

11 Se bland annat Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike), första tvistemålsavdelningen, 13 maj 2015, nr 15–10.872, Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol), Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, punkt 29, samt High Court of Ireland (Irlands högsta domstol) O'K mot A, 1 juli 2008, [2008] IEHC 243, punkt 5.8.

12 Se bland annat E. Gallant, Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale, Répertoire de droit international, Dalloz, 2013, punkt 24 och följande punkter, samt U. Magnus och P. Mankowski, European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation, Sellier European Law Publisher, 2012, s. 21.

31. För att vara uttömmande tillägger jag att det inte heller kan ifrågasättas att dessa frågor kan tas upp till prövning med motiveringen att de gäller ett scenario som inte avspeglar de sakförhållanden som fastställts av den hänskjutande domstolen utan endast moderns uppgifter. [13]

B. Prövning i sak

1. Inledande synpunkter

32. Det centrala begreppet barnets hemvist i Bryssel IIa-förordningen och i de internationella konventioner som den stöder sig på har en dubbel funktion i samband med dessa instrument.

33. För det första ligger kriteriet för barnets hemvist vid den tidpunkt då talan väcks, i enlighet med artikel 8.1 i denna förordning, till grund för en allmän behörighet för domstolarna i en medlemsstat att avgöra ärenden som rör föräldraansvar. [14] Denna bestämmelse har samma innehåll som artikel 5.1 i 1996 års Haagkonvention.

34. För det andra står begreppet barnets hemvist i centrum för den mekanism för återlämnande som föreskrivs i konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn, som ingicks i Haag den 25 oktober 1980 (nedan kallad 1980 års Haagkonvention, och tillsammans med 1996 års Haagkonvention Haagkonventionerna). [15] Denna mekanism, kompletterad genom bestämmelserna i Bryssel IIa-förordningen, särskilt av artikel 11, tillämpas alltjämt mellan medlemsstaterna i ärenden som regleras av denna förordning. [16] I själva sakfrågan är bortförande och kvarhållande av ett barn olovligt om detta strider mot en vårdnadsrätt som tilldelats enligt lagstiftningen i den stat där barnet hade sin hemvist omedelbart innan. [17] Om bortförandet och kvarhållandet är olovligt ska det i princip utan dröjsmål förordnas om återlämnande av barnet till den berörda medlemsstaten. [18]

35. I enlighet med EU-domstolens praxis får begreppet barnets hemvist samma betydelse i dessa båda sammanhang. [19] Detta synsätt bottnar framför allt i att både artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen och mekanismen för återlämnande syftar till att tvister gällande föräldraansvar ska avgöras av domstolarna i den medlemsstat där barnet har sin hemvist, vilka ses som mest lämpade att skydda barnets intressen. [20]

13 EU-domstolen har redan förklarat att en nationell domstol kan lägga fram en tolkningsfråga ”även om den hänskjutande domstolens bedömning grundas på påståenden av den ena parten i det nationella målet utan att det har utretts om partens påståenden är riktiga, då den mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedömer att ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken och att de frågor som ställs … är relevanta” (dom av den 9 december 2003, Gasser (C-116/02, EU:C:2003:657, punkt 27)). I detta fall anser den hänskjutande domstolen att EU-domstolens svar på dess frågor är nödvändigt för att den ska kunna avgöra om den är behörig, under förutsättning att den beviskraft för relevanta fakta som här krävs skiljer sig från den beviskraft som är tillämplig för att avgöra i sak. EU-domstolen har i dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punkterna 59–63) angett att räckvidden av de nationella domstolarnas skyldigheter i samband med fastställandet av deras behörighet enligt Bryssel I-förordningen omfattas av nationell processrätt med förbehåll för att den ändamålsenliga verkan av denna förordning bevaras. Enligt domstolen ska den nationella domstolen lätt kunna avgöra sin egen behörighet utan att vara tvungen att göra en prövning av målet i sak och inleda ett ingående bevisförfarande rörande fakta såväl i fråga om behörighet som i sak. Jag finner att detta synsätt inställer sig även när det gäller de behörighetsregler som anges i Bryssel IIa-förordningen

14 Det har inte bestridits att talan vid den nationella domstolen gäller frågor som rör föräldraansvar enligt definition i artikel 2.7 i Bryssel IIa-förordningen.

15 1980 års Haagkonvention har undertecknats av samtliga medlemsstater men unionen har inte anslutit sig till den. För övrigt har Republiken Bangladesh varken undertecknat denna konvention eller 1996 års Haagkonvention.

16 Se artikel 62.2 samt skäl 17 i Bryssel IIa-förordningen. I enlighet med artikel 60 e i denna förordning gäller bestämmelserna i den förordningen framför bestämmelserna i 1980 års Haagkonvention. Se dom av den 5 oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punkt 36).

17 Se artikel 3 i 1980 års Haagkonvention och artikel 2.11 i Bryssel IIa-förordningen.

18 Se artikel 12 i 1980 års Haagkonvention och artikel 11 i Bryssel IIa-förordningen

19 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).

20 Se förklarande rapport av E. Pérez-Vera, Actes et documents de la XIVème session (1980), volym III (nedan kallad Pérez-Vera-rapporten), punkterna 16, 19 och 66. Framför allt sägs i punkt 16 i detta dokument att omöjligheten att med konventionella kriterier fastställa behörighet när det gäller rätt till vårdnad av barn har medfört att man väljer mekanismen för återlämnande som trots att den har annan grund ändå i flertalet fall innebär att ett slutgiltigt beslut i fråga om vårdnaden kan och ska fattas av myndigheterna i den stat där barnet hade sin hemvist innan det bortfördes.

36. Mer exakt framgår det av skäl 12 i den nämnda förordningen att bestämmelsen om allmän behörighet i artikel 8.1 i förordningen avspeglar kriteriet om närhet, genom vilket lagstiftaren har avsett att omsätta målet att se till barnets bästa. Lagstiftaren har ansett att domstolarna i den medlemsstat där barnet har sin hemvist på grund av sin närhet till dess sociala miljö och familjemiljö är bäst lämpade att bedöma barnets situation inom ramen för prövningen i sak, [21] i förekommande fall efter det att barnet har återlämnats till denna medlemsstat genom tillämpning av bestämmelserna i 1980 års Haagkonvention kompletterad genom Bryssel IIa-förordningen. Denna bestämmelse om behörighet fungerar liksom mekanismen för återlämnande sålunda utifrån en viss uppfattning om vad som är barnets bästa betraktat ur ett allmänt perspektiv. [22] Den mer specifika konkretiseringen av barnets intressen sker längre fram i samband med att en talan väcks i samband med frågor rörande föräldraansvar. [23]

37. Varken i Haagkonventionerna eller i Bryssel IIa-förordningen definieras begreppet barnets hemvist. Mot denna bakgrund har EU-domstolen, i likhet med domstolarna i de stater som undertecknat denna konvention, behövt teckna konturerna av en form av test för att fastställa barnets hemvist i de konkreta fallen. Detta innebär att man söker göra en avvägning mellan flera krav.

38. Å ena sidan bör detta test vara tillräckligt flexibelt så att domstolarna kan anpassa sina beslut utifrån de förhållanden som utmärker varje enskilt fall i syfte att på bästa sätt uppfylla kriteriet om närhet. Här visar förberedelserna inför antagandet av Haagkonventionerna att konventionernas upphovsmän avsiktligt avstått från att definiera begreppet barnets hemvist. De ansåg att detta begrepp ligger inom bedömningen av fakta och inte borde styras av strikta rättsregler såsom de som styr fastställandet av den juridiska hemvisten. [24]

39. Det test man väljer bör å andra sidan garantera ett visst mått av förutsägbarhet och rättssäkerhet genom att på ett tillräckligt sätt kringgärda domstolarnas utrymme för fri bedömning. Detta krav svarar också mot syftet att på ett enhetligt sätt tillämpa Bryssel IIa-förordningen och Haagkonventionerna: ju exaktare och tydligare referenspunkterna är, desto mer blir resultaten förutsägbara och därmed enhetliga i de olika berörda domstolarna.

40. Jag finner det ändamålsenligt att här framhålla vikten av en konsekvent och enhetlig tillämpning av kriteriet för ett barns hemvist både inom unionen och i alla andra stater som undertecknat Haagkonventionerna. Det gäller att undvika behörighetskonflikter mellan domstolarna i en medlemsstat och domstolarna i andra stater som undertecknat 1996 års Haagkonvention samt att möjliggöra en samstämmig tillämpning av den mekanism för återlämnande som inrättats genom 1980 års Haagkonvention. [25] Det förefaller av detta skäl lämpligt att i min bedömning beakta vissa avgöranden som meddelats av domstolar i tredjeländer som undertecknat dessa konventioner. [26]

21 Se för ett liknande resonemang dom av den 9 november 2010, Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, punkt 84).

22 Se punkterna 24 och 25 i Pérez-Vera-rapporten samt dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 59 och där angiven rättspraxis).

23 Se för ett liknande resonemang dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 66).

24 Alltsedan antagandet av 1961 års Haagkonvention har kriteriet barnets hemvist (stadigvarande bosättning, franska: résidence habituelle) haft företräde både framför kriteriet nationalitet, som av tradition legat till grund för behörigheten i fråga om ställning för personer men nu ansågs obsolet, och det likalydande kriteriet hemvist (franska: domicile), som var ett juridiskt begrepp som definierades på olika sätt i olika nationella lagstiftningar. Den stadigvarande bosättningen betraktades som ett faktum motsvarande det ”faktiska centrumet för barnets liv” (förklarande rapport av M. W. de Steiger, Actes et documents de la IXème session (1960), volym IV, s. 9, 13 och 14). Inom det arbete som föregick antagandet av 1980 års Haagkonvention upprepades det att den stadigvarande bosättningen i motsats till begreppet hemvist utgör ett rent konstaterande av faktum (Pérez-Vera-rapporten, punkt 66). Vid det förberedande arbetet inför antagandet av 1996 års Haagkonvention avvisades ett förslag om att införa en definition av detta begrepp med motiveringen att en sådan definition riskerar att störa tolkningen av flera andra konventioner, där samma begrepp förekommer [förklarande rapport av P. Lagarde, Actes et documents de la XVIIIème session (1996), volym II, punkt 40]. De nämnda rapporterna kan också läsas på webbplats https://www.hcch.net/fr/instruments.

25 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkterna 26 och 30).

26 Jag går här på samma linje som framför allt de brittiska och kanadensiska domstolarna, vilkas rättspraxis i fråga om 1980 års Haagkonvention innehåller många hänvisningar till avgöranden av domstolarna i andra stater som undertecknat denna konvention samt till EU-domstolens avgöranden. Se bland annat Kanadas högsta domstols avgörande i målet Balev, 2018 SCC 16, punkterna 40–57 liksom Förenade kungarikets högsta domstol, A mot A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, punkt 46 och följande punkter.

2. Nödvändigheten av barnets fysiska närvaro i en medlemsstat för fastställande av att det har sin hemvist där (första frågan)

a) Inledande anmärkningar

41. Med sin första fråga söker den hänskjutande domstolen i sakfrågan nå klarhet i om det för att anse att ett barn har sin hemvist i en medlemsstat i enlighet med artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen är ett absolut krav att barnet varit fysiskt närvarande där, om än i det förflutna och under en begränsad tid.

42. Såsom framgår av beslutet om att begära förhandsavgörande har denna fråga som bakgrund en domstolsförhandling vid Förenade kungarikets högsta domstol inom ramen för en tvist där den faktiska konfigurationen uppvisar likheter med det förevarande målet. I dom i målet A mot A (Children: Habitual Residence) [27] ombads denna domstol att yttra sig om hemvisten för ett barn fött i Pakistan som aldrig satt sin fot i Förenade kungariket. Efter att ha vistats i flera år i Förenade kungariket där hon redan hade fött tre barn begav sig modern till Pakistan i avsikt att där avlägga ett tillfälligt besök, innan hon blev gravid med ett fjärde barn. Hon blev kvarhållen där med sina tre barn av fadern som bland annat hade beslagtagit deras pass, och hon tvingades att föda det fjärde barnet där.

43. Majoriteten under ledning av Lady Hale var benägen att under åberopande av EU-domstolens praxis, enligt vilken ett barns hemvist utgör ett faktiskt förhållande, [28] betrakta barnets fysiska närvaro i Förenade kungariket som en förutsättning för att kunna motivera att barnet har hemvist där. Majoritetsgruppen erkände dock att frågan inte kunde lösas utan att EU-domstolen gör ett klarläggande i form av förhandsavgörande och lämnade till sist frågan öppen och placerade de brittiska domstolarnas behörighet på en annan behörighetsgrund, nämligen behörighet *parens patriae*. [29] Lord Hughes, som framförde en avvikande åsikt, ansåg även han med hänvisning till det faktiska synsätt som antagits av EU-domstolen, att barnet hade hemvist i Förenade kungariket eftersom medlemmarna i den familjeenhet i vilken det ingick var tillräckligt etablerade där för att ha hemvist där och att barnet varit frånvarande endast på grund av det tvång som utövades av fadern. [30]

44. Den problemställning som tas upp i den första tolkningsfrågan har också tagits upp inför franska domstolar. Högsta domstolen i Frankrike har behandlat en situation där en mor, som bodde i Förenta staterna med fadern och deras första barn, gravid begett sig till Frankrike med barnet för ett tillfälligt familjebesök. Modern stannade sedan kvar i Frankrike, födde där det andra barnet och beslutade själv att kvarhålla båda barnen i Frankrike. Under dessa förhållanden fann Högsta domstolen i Frankrike att de båda barnen hade sin hemvist i Förenta staterna, trots att det nyfödda barnet aldrig varit där. [31]

45. Fastän EU-domstolen vid flera tillfällen har framhållit att den fysiska närvaron av barnet i en viss stat *inte är tillräcklig* för att motivera att barnet har hemvist där har den enligt min åsikt ännu inte gett något svar på frågan huruvida den fysiska närvaron i en viss stat utgör ett *nödvändigt* villkor för detta. [32] Jag kommer att som ett första steg återkomma till denna rättspraxis och till den rättsliga test som denna gett upphov till [avsnitt b]. Som ett andra steg ämnar jag vidareutveckla skälen till att jag att mot bakgrund av de principer som härleds ur befintlig rättspraxis samt syftena med Bryssel IIa-förordningen och det sammanhang där den tillkommit anser att barnets fysiska närvaro i en viss stat inte utgör en förutsättning för att kunna fastställa dess hemvist i denna stat [avsnitt c].

27 [2013] UKSC 60.

28 Se punkt 47 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

29 [2013] UKSC 60, punkterna 55–58.

30 Se bland annat [2013] UKSC 60, punkterna 82–93. Dessutom hade den hänskjutande domstolen funnit att ett barn under särskilda förhållanden jämförbara med förhållandena i målet A mot A (Children: Habitual Residence), hade hemvist i Förenade kungariket fastän det aldrig ”satt sin fot” där. Se High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Överdomstolen för England och Wales, avdelningen för familjemål), B mot H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike), första tvistemålsavdelningen, 26 oktober 2011, nr 10–19.905 (Bulletin 2011, I, no 178).

32 Se punkt 47 samt punkterna 54–63 i detta förslag till avgörande.

b) Det test som fastlagts genom domstolens praxis.

46. I sina domar har EU-domstolen vidareutvecklat ett test som gör det möjligt att fastställa barnets hemvist på grundval av ett huvudsakligen sakligt och kasuistiskt synsätt. EU-domstolen har därmed försökt konkretisera det kriterium om närhet som valts av lagstiftaren med tanke på barnets bästa.

47. Enligt fast rättspraxis är barnets hemvist den plats där det ”i viss utsträckning är integrerat i socialt hänseende och i familjehänseende”[33] eller, med den formulering som använts i den nyligen meddelade domen i målet HR, på ”den plats som utgör centrum för barnets liv”.[34] De nationella domstolarnas användning av detta rättsliga test innebär en saklig bedömning i syfte att fastställa denna plats med ledning av samtliga omständigheter i varje enskilt fall. Förutom barnets fysiska närvaro i en medlemsstat ska hänsyn här även tas till ”andra omständigheter som kan visa att denna närvaro på intet sätt är tillfällig eller sporadisk och att barnets hemvist avspeglar det förhållande att barnet i viss utsträckning är integrerat i socialt hänseende och i familjehänseende”[35] – eller, för att återge formuleringen i domen Mercredi, ”en viss stabilitet eller regelbundenhet”.[36]

48. Bland dessa faktorer förekommer särskilt varaktighet och regelbundenhet samt villkoren för och skälen till vistelsen i den eller de berörda medlemsstaterna, barnets nationalitet,[37] plats och villkor för skolgång, språkkunskaper samt barnets familjeband och sociala band i denna eller dessa medlemsstater.[38] En förälders avsikt i fråga om barnets bostadsort, förutsatt att denna manifesteras genom konkreta åtgärder (som förvärv eller hyrande av bostad), utgör ett tillkommande faktor.[39] Den relativa vikten av dessa inslag är avhängig av omständigheterna i varje konkret fall.[40]

49. Påkallad att använda testet i syfte att fastställa hemvisten för ett spädbarn,[41] erkände EU-domstolen i domen i målet Mercredi[42] för första gången att man vid bedömningen av ett barns integrering i socialt hänseende och i familjehänseende inte kan bortse från de omständigheter som omger vistelsen för de personer som barnet är beroende av. EU-domstolen har angett att den miljö där ett litet barn utvecklas främst är familjemiljön, definierad med den eller de referenspersoner med vilka barnet lever

33 Se bland annat dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 38), dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 47) samt dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 42).

34 Dom av den 28 juni 2018 (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 42). Se även förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkt 38). Resultatet av testet utgör det ”faktiska centrumet för barnets liv”, vilket angetts alltsedan förberedelserna inför 1961 års Haagkonvention (se fotnot 24 i detta förslag till avgörande).

35 Dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 38) och dom av den 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punkt 51). Se även dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 49), dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 43) samt dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 41).

36 Dom av den 22 december 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 44).

37 Mot detta kriterium invänds att barnets nationalitet utgör en separat anknytning, av juridisk karaktär, vilken upphovsmännen till Haagkonventionerna (utgångspunkten för Bryssel IIa-förordningen) just avsett att undanröja till förmån för det faktiska kriteriet barnets hemvist (se fotnot 24 i detta förslag till avgörande). Se Ruth Lamont, Case C-523/07, A, Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2009 (C-523/07, EU:C:2009:225), Common Market Law Review, volym 47 (2010), s. 241. Härvid bör barnets nationalitet beaktas endast om den utgör en indikation om den sociala realiteten när det gäller barnets miljö. Se för ett liknande resonemang dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkterna 57–60).

38 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).

39 Se dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 40), dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 50), dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 46) samt dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 46).

40 Se för ett liknande resonemang dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 48) och dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 49).

41 Enligt ordboken Larousse betecknar ordet ”nourrisson” (spädbarn) barn från slutet av nyfött stadium till upp till två års ålder medan ”nouveau-né” (nyfött barn) avser barn som är högst 28 dagar. För enkelhetens skull kommer jag att använda termen spädbarn för att inbegripa båda dessa kategorier av mycket små barn. Den lilla flickan i det nationella målet var ett spädbarn vid den tidpunkt då talan väcktes vid den hänskjutande domstolen.

42 Dom av den 22 december 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

och som verkligen utövar vårdnaden och tar hand om barnet [43] – normalt barnets föräldrar. [44] Om detta barn 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. [45]

50. Denna plats bör fastställas utifrån en icke uttömmande förteckning över indikatorer av samma slag som de som styrker barnets integrering i en viss miljö. Dessa indikatorer inbegriper varaktighet och regelbundenhet samt villkoren för och skälen till föräldrarnas vistelse i den eller de berörda medlemsstaterna, deras språkkunskaper, deras geografiska ursprung och familjebakgrund samt de familjeband och sociala band de har. [46] En förälders avsikt att med barnet bosätta sig på en viss ort ska beaktas om den ger uttryck för föräldrarnas reella integrering (och därmed barnets) i socialt hänseende och i familjehänseende. [47] Härvid utgör denna avsikt hos en förälder en faktor som, ehuru av vikt, inte nödvändigtvis är avgörande. [48] Den vikt som tillmäts aspekter rörande föräldrarnas integrering är avhängig av hur beroende barnet är av sina föräldrar, vilket varierar med åldern.

51. Tanken med detta synsätt framstår som tydligast när det gäller hemvisten för ett nyfött barn. Om man endast beaktar de objektiva inslagen i fråga om den allmänna integreringen under barnets vistelse på en viss ort skulle alla nyfödda barn som av naturliga skäl inte haft tid att integreras i någon som helst miljö sakna hemvist. Detta skulle leda till att inget nyfött barn kan vara skyddat av den mekanism för återlämnande som föreskrivs i 1980 års Haagkonvention och kompletterad genom Bryssel IIa-förordningen.

52. Av denna redogörelse framgår att EU-domstolen fastlagt ett synsätt kallat hybridmetoden, enligt vilken barns hemvist ska fastställas på grundval av dels objektiva faktorer som kännetecknar barnets vistelse på en viss ort, dels omständigheter som omger dess föräldrars vistelse samt dessas avsikter i fråga om barnets bostadsort. Om begreppet hemvist centreras kring barnet genom att det betecknar den plats som utgör centrum för barnets liv är denna plats, i varierade grad på grund av barnets ålder, avhängig av var föräldrarnas faktiska centrum för sitt liv befinner sig och var dessa avser att fostra barnet.

53. Som Kanadas högsta domstol [49] har framhållit, med stöd av flera domar som meddelats i stater som undertecknat 1980 års Haagkonvention, svarar hybridmodellen, vilken är att föredra framför ett synsätt som är centrerat endast på barnets ”acklimatisering” [50] och ett synsätt som lägger den huvudsakliga vikten vid förälderns avsikt, [51] mot en tendens som numera kan urskiljas på det internationella planet när det gäller rättspraxis rörande denna konvention.

43 Dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkterna 52–54). Se även dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 45).

44 Dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 44).

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

46 Dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 45) och dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 45). Se även dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkterna 55 och 56).

47 Se för ett liknande resonemang Supreme Court of the United Kingdom (Högsta domstolen, Förenade kungariket), Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, punkt 23: ”it is clear that parental intent does play a part in establishing or changing the habitual residence of a child: not parental intent in relation to habitual residence as a legal concept, but parental intent in relation to the reasons for a child's leaving one country and going to stay in another”.

48 Se dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkterna 47 och 50) samt dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 64).

49 Se Cour suprême du Kanada (Högsta domstolen, Kanada), 20 april 2018, Balev, 2018 SCC 16, punkterna 50–57.

50 Se United States Court of Appeals, 6th Circuit (Appellationsdomstolen i sjätte distriktet, Förenta staterna), Friedrich mot Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) och Robert mot Tesson, 507 F.3d 981 (2007) samt Cour d'appel de Montréal (Appellationsdomstolen i Montreal (Kanada)), 8 september 2000, nr 500–09–010031–003.

51 Se bland annat United States Court of Appeals, 9th Circuit (Appellationsdomstolen i nionde domsagan, Förenta staterna), Mozes mot Mozes, 239 F 3d 1067 (2001) samt United States Court of Appeals, 11th Circuit (Appellationsdomstolen i elfte domsagan, Förenta staterna), Ruiz mot Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

c) De lärdomar som kan dras av domstolens praxis när det gäller huruvida det krävs en fysisk närvaro

1) Tankegången att domstolen redan har avgjort frågan

54. Ingen av de berörda parterna bestrider att en helhetsbedömning av omständigheterna i varje konkret fall i praktiken normalt leder till slutsatsen att det faktiska centrumet för barnets liv – och därmed dess hemvist – är en plats där det redan varit fysiskt närvarande. Emellertid anser UD samt Förenade kungarikets och den tjeckiska regeringen i motsats till XB och kommissionen att denna helhetsbedömning under vissa exceptionella förhållanden kan motivera att barnet har hemvist i en stat där det aldrig varit.

55. Härvid innehåller EU-domstolens ovan redovisade praxis, såsom XB och kommissionen hävdat, vissa moment som vid första påseende talar för slutsatsen att fastställandet att ett barn har hemvist i en medlemsstat förutsätter att det där varit fysiskt närvarande. När dessa moment sätts i sitt sammanhang är dock försiktighet påkallad innan en sådan slutsats dras.

56. Först och främst skulle den återkommande användningen av formuleringen ”utöver barnets fysiska närvaro …”,[52] vilken föregår uppräkningen av andra relevanta faktorer, kunna leda tankarna till att denna parameter utgör ett nödvändigt inslag för att kunna placera barnets hemvist. Emellertid har EU-domstolen, mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i de mål som förts inför domstolen, aldrig särskilt prövat frågan huruvida den fysiska närvaron utgör ett krav. Enligt vad som hävdats av UD och Förenade kungarikets regering består den enda lärdom som kan dras av att denna formulering används i att den fysiska närvaron *inte är tillräcklig* för att motivera barnets hemvist. Det kan här inte extrapoleras att detta inslag är *nödvändigt* för ändamålet.

57. Följande moment i domen W mot V[53] är inte heller övertygande: ”För att det ska fastställas att ett barn har sin hemvist i en viss medlemsstat måste åtminstone barnet fysiskt befinna sig i den medlemsstaten”. Denna mening måste nämligen tolkas mot bakgrund av det faktiska sammanhanget i det mål som ledde till denna dom. En av föräldrarna uppgav att barnet hade sin hemvist i Litauen trots att barnets nationalitet utgjorde den enda anknytningen till denna medlemsstat. EU-domstolen har därmed angett att endast nationalitet i en medlemsstat inte kan uppväga avsaknaden av någon som helst konkret anknytning till denna medlemsstat när barnet inte ens ”satt sin fot” där.[54] Inför domstolen väcktes inte frågan huruvida anknytning, i fall där det finns en sådan, i vissa fall kan kompensera avsaknaden av fysisk närvaro i den berörda medlemsstaten.

58. Slutligen stöder inte heller domen i målet OL[55] det påstående som förts fram av XB och kommissionen. Det mål som ledde till den domen rörde barnet till en grekisk mor och en italiensk far, vilka båda bodde i Italien före barnets födelse. Enligt fadern var man överens om att barnet skulle födas i Grekland, förutsatt att barnet och modern senare skulle återvända och bosätta sig i Italien – vilket modern skulle ha vägrat att uppfylla. Fadern hävdade inför en grekisk domstol att modern olovligen kvarhöll barnet i en annan medlemsstat (Grekland) än den där det hade sin hemvist omedelbart före sitt kvarhållande (i Italien) i enlighet med artikel 11.1 i Bryssel IIa-förordningen. Den domstolen skulle därmed pröva om barnet hade sin hemvist i Italien vid den relevanta tidpunkten fastän det aldrig hade varit där.

52 Se punkt 47 i detta förslag till avgörande.

53 Dom av den 15 februari 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118, punkt 61).

54 Se fotnot 37 i detta förslag till avgörande.

55 Dom av den 8 juni 2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

59. Här hade den domstolen frågat EU-domstolen om barnets fysiska närvaro i en medlemsstat i samtliga fall utgör en förutsättning för att fastställa att det har sin hemvist där. Om EU-domstolen hade ansett att tidigare praxis redan gett ett jakande svar på denna fråga hade den kunna begränsa sig till att för den nationella domstolen ange detta vilket hade gjort det möjligt att på ett lätt sätt lösa den tvist som hänskjutits. Generaladvokat Wahl hade för övrigt föreslagit att EU-domstolen på grundval av bland annat domen i målet W mot V [56] skulle agera på detta sätt. [57]

60. EU-domstolen omformulerade dock tolkningsfrågan i syfte att inte behöva avgöra ärendet på ett generellt och abstrakt sätt samtidigt som man på ett ändamålsenligt sätt hjälpte den berörda domstolen med lösningen av den tvist som anhängiggjorts vid denna. [58] EU-domstolen inriktade sig mer specifikt på den för tvisten aktuella situationen, där barnet fötts och oavbrutet vistats under flera månader med sin mor utanför den medlemsstat där dessa hade sin hemvist före barnets födsel, i enlighet med föräldrarnas gemensamma vilja. Domstolen prövade huruvida föräldrarnas ursprungliga avsikt att modern skulle återvända med barnet till denna medlemsstat är en avgörande faktor för att anse att barnet har hemvist där oberoende av att barnet aldrig har varit fysiskt närvarande där.

61. Som svar på den sålunda omformulerade frågan begränsade sig domstolen till att för det första vägra att lägga fast en generell regel enligt vilken en gemensam avsikt hos de personer som hade föräldraansvar i fråga om barnets återlämnande till en medlemsstat är avgörande och automatiskt har företräde framför barnets fysiska närvaro i en annan medlemsstat. Det finns inte heller någon absolut regel enligt vilken barnets hemvist nödvändigtvis följer föräldrarnas och inte ensidigt kan ändras av en av de föräldrar som har föräldraansvar mot den andres vilja. [59]

62. För det andra bedömde domstolen huruvida de förhållanden som lagts fram av den nationella domstolen gjorde det möjligt att anse att barnet hade sin hemvist i den medlemsstat där dess föräldrar från början avsåg att leva med barnet (Italien) – vilket EU-domstolen hade kunnat finna överflödigt om den hade ansett att det var uppenbart att avsaknaden av barnets fysiska närvaro i Italien var tillräcklig för att utesluta att barnet hade sin hemvist där. Som avslutning på denna bedömning förklarade EU-domstolen att barnet inte kan ha hemvist i Italien eftersom det sedan flera månader vistades i Grekland och fötts där i enlighet med föräldrarnas gemensamma önskan. [60] Domstolen har på intet sätt uteslutit att det under andra omständigheter, i enlighet med föräldrarnas gemensamma vilja, och i synnerhet i de fall då födelseorten inte avspeglar föräldrarnas gemensamma önskan, kan vara påkallat för en nationell domstol att med beaktande av samtliga relevanta faktorer fastställa det faktiska centrumet för barnets liv befinner sig i en medlemsstat där det aldrig vistats.

2) Val av det synsätt som är mest förenligt med rättspraxis och målen med artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen.

63. Eftersom EU-domstolen ännu inte har avgjort frågan huruvida det krävs en fysisk närvaro i en medlemsstat för att förlägga ett barns hemvist dit bör det prövas om det sakliga synsätt som antagits inom rättspraxis avseende det kriterium om närhet som angetts av lagstiftaren, är mer förenligt med den ena eller den andra av de lösningar som föreslagits av de berörda parterna.

56 Dom av den 15 februari 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Förslag till avgörande i mål OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punkterna 57 och 61). I punkterna 81–83 nyanserar generaladvokat Wahl dock sitt ställningstagande genom bedömningen att det inte är uteslutet att frångå kriteriet om fysisk närvaro i särskilda undantagsfall under förutsättning att det finns en konkret anknytning till en medlemsstat i vilken barnet aldrig varit. Ett sådant band bör i barnets intresse vara grundat på ”starka och tydliga skäl” som kan tar överhanden framför barnets fysiska närvaro.

58 Dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 35).

59 Dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 50 och följande punkter).

60 Dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkterna 49 och 50).

64. Enligt UD samt Förenade kungarikets och den tjeckiska regeringen rimmar den sakliga karaktären i begreppet barnets hemvist illa med fastställandet av en regel enligt vilken fysisk närvaro i en medlemsstat utgör ett absolut villkor för att motivera att barnet har sin hemvist där, oberoende av prövningen av de övriga relevanta faktorerna. De framhåller framför allt vikten av faktorer som berör integreringen av den förälder som har den faktiska vårdnaden om ett litet barn. XB och kommissionen anser däremot att fastställandet av att ett barn har hemvist på en plats där det aldrig har varit blir så overkligt att det inte längre är förenligt med de faktiska förhållandena eftersom ett barn av naturliga skäl inte kan vara integrerat på en plats där det aldrig varit.

65. Jag finner att den första av dessa ståndpunkter är mer förenlig med det sakliga synsätt som valts av EU-domstolen. Att upphöja avsaknaden av fysisk närvaro till ett absolut kriterium skulle medföra att man inför ett rättslig deltest i så måtto att ingen av de övriga relevanta faktorerna skulle kunna prövas om inte det villkor som gäller barnets fysiska närvaro är uppfyllt. En sådan generell och abstrakt regel skulle leda till att man går miste om den flexibilitet som gör det möjligt att uppfylla kriteriet om närhet till barnets bästa. Som det framgår av ovan redovisad rättspraxis pekar detta kriterium faktiskt mer mot närheten mellan barnet och en social miljö och en familjemiljö som fastställs på en given ort än mot endast geografisk närhet mellan barnet och en viss plats.

66. Ett flexibelt synsätt visar sig nödvändigt, framför allt när det gäller att behandla de specifika scenarier som rör spädbarn som föds och vistas i ett annat land än där deras föräldrar genom sina familjeband och sociala band har det faktiska centrumet för sitt liv. Jag erinrar härvid om att EU-domstolen har konstaterat att det faktiska centrumet för ett spädbarns liv i praktiken är beroende av dess föräldrars centrum, eftersom det ligger i sakens natur att ett spädbarn inte har kunnat utveckla en faktisk anknytning på en viss ort självständigt från sina föräldrar.[61] Jag finner att det skulle leda till mer artificiella resultat att bortse från denna sociala och familjemässiga realitet än att erkänna det faktum att ett spädbarn i undantagsfall kan ha sin hemvist på en plats där det aldrig har varit fysiskt närvarande.

67. När man fastställer ett spädbarns hemvist ska man således beakta inte bara de objektiva parametrar som omger spädbarnets vistelse i det land där det befinner sig utan också indikationer rörande den eller de föräldrars integrering i ett annat land, av vilken eller vilka barnet i socialt hänseende och i familjehänseende är beroende. Här har de omständigheter som ligger bakom närvaron i det första landet av spädbarnet och den eller de föräldrar av vilken eller vilka det är beroende – och, i analogi härmed, deras frånvaro från det andra landet – vid barnets födelse och under dess korta levnad en särskild vikt.

68. Jag finner att ett spädbarn – i de fall då förhållanden som strider mot den eller de föräldrars önskan av vilken eller vilka barnet är beroende, såsom något icke planerat eller force majeure, medför att detta fötts och vistats utanför den stat i vilken den familjeenhet i vilken det ingår, vilken upprättats av föräldern eller föräldrarna och som kan omfatta ytterligare medlemmar, har etablerats på ett stadigvarande och regelbundet sätt – har sin hemvist i den stat där familjeenheten är etablerad. Centrum för spädbarnets liv befinner sig i så fall egentligen där det är tänkt att integreras i denna familjeenhet och där det redan hade befunnit sig om inte yttre omständigheter förekommit.

69. Ett exempel inspirerat av de exempel som Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) redogjort för i målet A mot A (Children: Habitual Residence)[62] och som det redogjorts för i yttrandena från Förenade kungariket och den tjeckiska regeringen belyser vad jag menar. Låt oss tänka oss att ett par som stadigvarande och regelbundet är bosatt i Tyskland är på

61 Se punkterna 49–50 i detta förslag till avgörande.

62 [2013] UKSC 60, punkt 42.

semesterresa i Frankrike, där modern tvingas föda i förtid. Ska man anse att barnet omedelbart efter sin födelse har sin hemvist där dess föräldrar bor (och i förekommande fall dess bröder och systrar), där det kommer att vistas och där dess vagga kanske redan väntar (nämligen i Tyskland) eller saknar barnet hemvist innan det kommer till Tyskland? [63]

70. Jag finner att det knappast råder något tvivel om att slutsatsen att barnet har sin hemvist i Tyskland omedelbart efter sin födelse mer verklighetstroget avspeglar barnets integrering i socialt hänseende och i familjehänseende. [64]

71. Dessa överväganden inverkar självfallet inte på möjligheten att barnets hemvist förflyttas efterhand som tiden går och de faktiska förhållandena ändras. Om barnet som fötts akut utanför den stat där den familjeenhet det tillhör är etablerad har sin hemvist i denna stat, gäller denna slutsats således endast så länge som varaktigheten av barnets vistelse i den stat där det fötts och de kulturella och sociala band som följer därav inte flyttar markören till förmån för att konstatera att barnet där fått centrum för sitt liv. Med tiden avtar barnets band till den stat där det skulle vara integrerat i socialt hänseende och i familjehänseende till dess att de snarare blir fiktiva.

72. För övrigt ifrågasätts det inte genom mitt förslag till tolkning att barnets hemvist *i flertalet fall* är en plats där det varit fysiskt närvarande. Det innebär bara att fastställandet av barnets hemvist bör avspegla reell integrering i socialt hänseende och i familjehänseende utan att detta begränsas av strikta rättsregler. I särskilda fall som gäller spädbarn kan bedömningen av ett helt spektrum av omständigheter i det enskilda fallet ge vid handen att ett barn anses ha centrum för sitt liv i ett land där det aldrig varit.

73. Vissa domare i Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) har härvid redovisat mycket upplysande överväganden. De har vid flera tillfällen angett att även om viktningen av de faktorer som gör det möjligt att fastställa barnets hemvist inte kan regleras genom rättsliga bestämmelser, kan denna hemvist dock ändamålsenligt bestämmas med hjälp av vissa ”generella förhållanden”. Med andra ord ter sig vissa tankegångar i varierande grad förenliga med den faktiska situation i vilken barnet befinner sig. [65]

74. Så är det med den tankegång enligt vilken hemvisten för ett spädbarn kan härledas ur den eller de föräldrars hemvist av vilken eller vilka det är beroende, [66] just som den tankegång enligt vilken barnets hemvist förutsätter en viss fysisk närvaro i det berörda landet. [67] Att dessa båda tankegångar kan stå i strid med varandra (så som ovanstående exempel belyser) visar på omöjligheten att upphöja dem till ovillkorliga rättsregler.

75. Jag anser att denna slutsats inte ifrågasatts av överväganden rörande kraven på förutsägbarhet, rättssäkerhet och enhetliga lösningar inom unionen.

63 Ett tredje synsätt, enligt vilket barnet hade sin hemvist i Frankrike endast på grund av att det befunnit sig där sedan det föddes förefaller helt uteslutet eftersom denna slumpmässiga närvaro inte kan präglas av den stabilitet eller regelbundenhet som krävs för att fastställa barnets hemvist.

64 I motsats till vad generaladvokat Wahl har anfört i sitt förslag till avgörande i mål OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punkt 85) innebär det synsätt som jag förordar på intet sätt ett godtagande av att barnet redan före födseln kan ha en hemvist och därmed inte heller av att ett barn som ska födas kan omfattas av Bryssel IIa-förordningen. Det här synsättet begränsar sig till att avspegla den sociala verklighet där ett spädbarn inte kan vara integrerat i en separat familjemiljö och social miljö skild från den miljö där de personer vistas som dagligen vårdar barnet.

65 Se A mot A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, punkt 44 (flertalets bedömning) samt punkterna 73–75, 83 och 84 (avvikande mening). Se även Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, punkt 21.

66 Se dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 50) och dom Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, punkt 21: ”the proposition … that a young child in the sole lawful custody of his mother will necessarily have the same habitual residence as she does, is to be regarded as a helpful generalisation of fact, which will usually but not invariably be true, rather than a proposition of law”. Se även Förenta staternas högsta domstol, Delvoye mot 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 Se Lord Hugues avvikande åsikt i målet A mot A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, punkt 92.

76. Först och främst åtföljs ofrånkomligen den metod byggd på indikationer som antagits i fast rättspraxis sedan domen i målet A,[68] i dess egenskap av följdsats till det utrymme för skönsmässig bedömning som den ger de nationella domstolarna, av en viss risk för heterogenitet bland de lösningar som väljs av olika domstolar i likartade fall.[69] Detta ”pris som måste betalas” godtas normalt för barnets bästa med tanke på den flexibilitet som behövs för att konkretisera kriteriet om närhet till barnets sociala miljö och familjemiljö. Jag kan inte inse varför de särskilda fall med spädbarn som föds och vistas i ett annat land än det där centrum för föräldrarnas liv befinner sig – det enda scenario där det i praktiken är tänkbart att ett barn har hemvist i en medlemsstat där det aldrig varit – i motsats till alla övriga scenarier ska behandla utan flexibilitet.

77. Vidare låter jag mig inte övertygas av kommissionens argumentering, enligt vilken ett flexibelt synsätt inte skulle krävas i detta slags situationer, under förutsättning att barnet befinner sig i en medlemsstat. Kommissionen påpekar att det i artikel 13 i Bryssel IIa-förordningen, om en hemvist skulle saknas, föreskrivs en behörighetsgrund i andra hand som baseras på barnets närvaro. Jag noterar dock att denna behörighetsgrund, som endast har en geografisk dimension av kriteriet om närhet, saknar stadga och därför getts en andrahandskaraktär.[70] Sålunda begränsas tillämpningen av artikel 13 i denna förordning till undantagsfall där det visar sig omöjligt att fastställa barnets hemvist.[71] Därtill har problemställningen, såsom Förenade kungarikets regering har framhållit en mer grundläggande praktisk betydelse även inom förfarandet för återlämnande. Om dock, i det ovanstående exemplet, en av föräldrarna skulle vägra att återvända till Tyskland med det nyfödda barnet, skulle det nämnda förfarandet ha kunnat inledas endast om det anses att barnet har sin hemvist där.

78. Slutligen betvivlar jag att en bestämmelse om att barnets hemvist nödvändigtvis inbegriper ett inslag av fysisk närvaro i alla situationer medför reella fördelar i fråga om rättssäkerhet. Föräldrarna, bosatta i Tyskland, till det barn som på grund av force majeure fötts i Frankrike skulle faktiskt legitimt kunna förvänta sig att de tyska domstolarna beslutar i fråga om eventuella tvister rörande föräldraansvar. Ur deras perspektiv skulle en bestämmelse som ålägger dessa domstolar att förklara sig icke behöriga av det enda skälet att barnet ännu inte befinner sig i Tyskland på grund av en oförutsägbar och ofrivillig händelse skapa rättsosäkerhet.[72]

79. Sammantaget kan kriteriet om fysisk närvaro inte med automatik ges en avgörande tyngd utan att hänsyn tas till särdragen i varje mål. Barnets fysiska närvaro i en medlemsstat utgör således inte en förutsättning för att anse att det har hemvist där i enlighet med artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen.

68 Dom av den 2 april 2009 (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 Artikel 19.2 i Bryssel IIa-förordningen gör det emellertid möjligt att undvika behörighetskonflikter. I denna bestämmelse föreskrivs följande: ”Om talan om föräldraansvar för ett barn, rörande samma sak, väcks vid domstolar i olika medlemsstater skall, till dess att det har fastställts att den domstol vid vilken talan först har väckts är behörig, den domstol vid vilken talan har väckts senare självmant låta handläggningen av målet vila.”

70 Se för ett liknande resonemang förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkterna 20 och 21).

71 Dom av den 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punkt 43). Artikel 13 i Bryssel IIa-förordningen avser framför allt undantagsfall i form av vissa förflyttningar där barnet under en övergångsperiod mist sin hemvist i ursprungslandet och ännu inte förvärvat hemvist i den mottagande staten. Se förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkt 45) samt kommissionens Handledning för tillämpningen av Bryssel IIa-förordningen (tillgänglig på webbplats https://publications.europa.eu/sv/publication-detail/-/publication/f7d39509–3f10–4ae2-b993–53ac6b9f93ed/language-sv, s. 29).

72 I den här typen av fall skulle en sådan bestämmelse dessutom frånta domstolen möjligheten att dra slutsatser i fråga om barnets hemvist med beaktande av samtliga övriga, relevanta omständigheter.

3. Betydelsen av utövat tvång vid fastställande av ett barns hemvist (andra frågan)

a) Inledande anmärkningar

80. I sin andra fråga begär den hänskjutande domstolen svar från EU-domstolen om vilken inverkan det har vid fastställandet av om ett barn har hemvist i en medlemsstat fastän det aldrig varit fysiskt närvarande där att modern, enligt vad hon uppger, av fadern lurats att bege sig till ett tredjeland där hon olagligen kvarhållits, så att hon tvingades att föda barnet där. Den hänskjutande domstolen tillfogar att detta kan innebära en kränkning av moderns och barnets grundläggande rättigheter enligt artiklarna 3 och 5 i Europakonventionen, vars innehåll återges i artiklarna 4 och 6 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad *stadgan*).

81. I denna fråga uppmanas domstolen att förtydliga vilken betydelse det har att modern och barnet skulle ha befunnit sig i Bangladesh vid den tidpunkt då talan väcktes – och i analogi vilken betydelse det har att de inte befann sig på Förenade kungarikets territorium – enbart på grund av det tvång som utövades av fadern. Det framgår av beslutet att begära förhandsavgörande att UD i huvudsak uppger att hennes ursprungliga avsikt, vilken hon trodde sig dela med XB (som delar föräldraansvaret med henne) vid tidpunkten för deras avresa till Bangladesh, var att föda och vistas med barnet i Förenade kungariket.[73] Det tvång som utövades av XB skulle dock ha förhindrat detta.

82. Sådana sakförhållanden förefaller dessvärre inte bara utgöra exceptionella och isolerade fall. Som Förenade kungarikets regering framhållit utgör de en företeelse som redan iakttagits och för övrigt debatterats vid domstolarna i Förenade kungariket i andra mål.[74]

83. Jag ska som ett första steg försöka bedöma i vilken utsträckning som omfattningen av det tvång som ovan påtalats bör beaktas genom en tillämpning av principerna i befintlig rättspraxis [avsnitt b]. Som ett andra steg tar jag upp frågan huruvida barnets bästa och de grundläggande rättigheter som fastställs i stadgan påkallar tillämpningen av andra principer i en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet [avsnitt c].

b) Tillämpningen av principerna i befintlig rättspraxis

84. I enlighet med det sakliga synsätt som fastlagts av EU-domstolen utgör det förhållande att modern endast skulle ha fött sitt barn i ett tredjeland och endast kvarstannat där med barnet på grund av det tvång som utövades av fadern, enligt min åsikt, ett relevant inslag för bedömningen av barnets anknytning både med det tredjeland där det faktiskt vistas och med den medlemsstat i vilken det hade fötts och levt om detta tvång inte förekommit.[75]

85. Å ena sidan ingår detta förhållande i moderns och barnets ”villkor för och skäl till vistelsen” i detta tredjeland i enlighet med rättspraxis.[76] I förekommande fall skulle denna omständighet kunna utgöra en indikation om att barnet inte har hemvist i Bangladesh fastän det på grund av omständigheterna har alla sina referenspunkter i detta land där det lever sedan födseln och till vilket det har sina geografiska och kulturella band.

73 Man kan förvisso betvivla att modern inte förväntade sig att föda i Bangladesh eftersom hon rest till detta land gravid i minst åttonde månaden. Eftersom den hänskjutande domstolen dock förklarar att den måste fastställa sin behörighet på grundval av moderns påstående att hon av fadern tvingats att föda i Bangladesh kommer jag att grunda min bedömning på denna premiss.

74 Se Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol), A mot A (Children), [2013] UKSC 60 samt High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Överdomstolen för England och Wales, avdelningen för familjemål), B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

75 Som framgår av beslutet att begära förhandsavgörande är den nationella domstolen påkallad att yttra sig om sin behörighet grundat på vissa ännu inte bekräftade utsagor av modern (se punkterna 17 och 31 i detta förslag till avgörande). Mot denna bakgrund syftar följande resonemang till att hjälpa denna domstol att fastställa barnets hemvist inom en faktisk konfiguration som motsvarar denna version av förhållandena utan att därmed föregripa domstolens bedömning av sakförhållandena.

76 Se punkt 48 i detta förslag till avgörande.

86. Detta barns miljö bestäms med tanke på dess ringa ålder huvudsakligen av den eller de personers miljö som det är beroende av det vill säga, sannolikt och grundat på de uppgifter som redovisats i beslutet att begära förhandsavgörande, dess mor (barnets far hade återvänt till Förenade kungariket). Enligt vad UD påstår skulle det tvång som utövades av XB ha hindrat henne från att besluta var hon skulle leva med sitt spädbarn och tvingat henne att kvarstanna i en by där hon var stigmatiserad av lokalsamhället och utan livets nödtorft och en inkomst. Jag betvivlar dock att en ofrivillig och otrygg vistelse för modern och barnet i ett tredjeland är tillräckligt varaktig eller regelbunden för att barnet ska ha sin hemvist där. Kan man egentligen faktiskt tala om integrering i socialt hänseende och i familjehänseende om spädbarnets band till detta tredjeland inte hade kunnat knytas om det inte varit för en situation till följd av tvång som utövats av fadern? [77]

87. Dessa överväganden är relevanta trots att UD ursprungligen kommer från Bangladesh och vistas där i sin familjs hemby. Var den förälder som vårdar barnet har sitt geografiska och familjemässiga ursprung – liksom barnets kulturella och familjemässiga anknytning, vilken följer av detta – är endast en av de faktorer som kan beaktas vid en helhetsbedömning av förhållandena i varje enskilt fall. [78] Denna faktor får inte skymma andra objektiva förhållanden som att modern påstås ha kvarhållits i Bangladesh med sin dotter genom tvång.

88. I sammanhanget är å andra sidan övervägandet att barnet, om fadern inte använt tvång, skulle vara fött i den berörda medlemsstaten och efter sin födelse ha vistats där inte tillräckligt för att motivera barnets hemvist i denna medlemsstat. Enligt EU-domstolens praxis skulle inte ens en sådan fysisk närvaro ha varit tillräcklig för detta. Det skulle också ha krävts faktiska band mellan barnet och denna medlemsstats territorium vilka gör att man kan anse att barnet har centrum för sitt liv där.

89. Som jag ovan anfört [79] har också ett spädbarn sin hemvist i en medlemsstat där medlemmarna i den familjeenhet det ingår i har faktiskt centrum för sitt liv, trots att det inte fötts där och ännu inte varit där på grund av omständigheter som inte avsetts av den eller de föräldrar det är beroende av. Det tillkommer den hänskjutande domstolen att med beaktande av alla relevanta omständigheter bedöma om förhållandet i det nationella målet faller inom ett sådant scenario. De överväganden som redovisas här nedan gör det möjligt att vägleda domstolen beträffande detta.

90. I första hand förtjänar de *inslag som kännetecknar moderns vistelse i Förenade kungariket* och de sociala och familjära band som hon har där en särskild uppmärksamhet. Egentligen skulle centrum för barnets liv endast kunna befinna sig där om barnets mor, som barnet är beroende av, själv är integrerad där i socialt hänseende och i familjehänseende. I detta avseende bör man särskilt beakta varaktigheten av UD:s vistelse i Förenade kungariket, giltighetstiden för hennes besöksvisum i egenskap av maka, hennes språkkunskaper samt hennes eventuella sociala och kulturella anknytning till denna medlemsstat.

77 I samma anda har vissa domstolar i Förenta staterna vid fastställandet av ett barns hemvist beaktat tvång som utövats mot barnets moder. Sålunda har District Court of Utah (regionala överdomstolen i Utah, Förenta staterna) funnit att ett barn inte hade sin hemvist i Tyskland fastän det vistades där eftersom modern och barnet var förhindrade att lämna landet genom verbala, emotionella och fysiska övergrepp från faderns sida [Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993)]. District Court of Washington (regionala överdomstolen i Washington, Förenta staterna) ansåg att modern till berörda barn inte hade hemvist i Grekland, där hon socialt isolerad levde med dessa, utan oberoende och utan att vara bekant med vare sig de kulturella normerna eller språket samt med begränsad tillgång till finansiella medel, eftersom hon var offer för våldshandlingar från faderns sida [Tsarbopoulos mot Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045, (2001)]. I samma anda har också District Court of Minnesota (regionala överdomstolen i Minnesota, Förenta staterna) beaktat att en fader hindrat en moder från att lämna Israel, där de båda var medborgare och där modern bott elva månader med fadern och deras barn, på så sätt att den uteslöt att barnen hade hemvist i Israel [Silverman mot Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313].

78 Se dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkterna 52–58).

79 Se punkterna 65–71 i detta förslag till avgörande.

91. Här inställer sig frågan i vilken mån UD:s *avsikt*, vilken hon enligt uppgift trodde sig dela med XB vid den tidpunkt då de reste till Bangladesh, bör beaktas när det gäller vistelse för barnet i Förenade kungariket när det fötts. Jag erinrar härvid om att en förälders avsikt i fråga om platsen för barnets vistelse inte nödvändigtvis har företräde framför de faktiska banden mellan barnet och en annan ort. [80] Vilken vikt som bör tillmätas denna faktor beror på omständigheterna i varje enskilt fall.

92. När ett barn, trots föräldrarnas ursprungliga avsikt – eller avsikten hos endast den förälder, vilken ämnar utöva vårdnaden av barnet [81] – att bosätta sig med barnet på en viss ort, mot den förälders önskan som det är beroende av föds och vistas på annan ort, kan avsikten enligt min åsikt vara av särskild betydelse. Detta beror på att de objektiva inslag som omger barnets och denna förälders vistelse i ett land där de befinner sig i en sådan situation är dåliga indikatorer i fråga om var de faktiskt är integrerade i socialt hänseende och i familjehänseende. Avsikten i fråga om barnets hemvist i en viss stat är, om den manifesteras genom konkreta åtgärder, således en faktor som kan få företräde framför de objektiva inslagen genom att den styrker integreringen i denna stat av den förälder som barnet är beroende av även om föräldern varit frånvarande från denna stat alltsedan barnet föddes.

93. Eventuella indikationer om att föräldrarna eller bara modern, före avresan till Bangladesh, skulle ha vidtagit åtgärder i syfte att föda barnet i Förenade kungariket, att hysa det i en stadigvarande bostad i denna medlemsstat och ta daglig vård om barnet ska således beaktas särskilt ingående vid fastställandet av barnets hemvist.

94. För det andra framgår det i fråga om de omständigheter som omger *faderns integrering* i den berörda medlemsstaten av rättspraxis 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. [82] Om dock fadern återvänder till denna medlemsstat och hindrar modern från att återvända dit med deras barn upprätthålls inte längre sådana kontakter. Faderns vistelse och integrering i medlemsstaten vid den tidpunkt då talan väcks ger under dessa förhållanden inga adekvata indikationer om vilken plats som utgör centrum för barnets liv.

95. För det tredje bör den *tid som förflutit* mellan barnets födelse och väckandet av talan vid den hänskjutande domstolen också tas i beaktande. Varaktigheten av en vistelse i en viss stat är normalt en faktor som kan avspegla barnets integrering i denna stat och, i analogi med detta, dess avsaknad av konkreta band till en annan stat. Dess betydelse vid helhetsbedömningen av de relevanta omständigheterna varierar emellertid också i varje enskilt fall. [83]

96. Således ger denna faktor inte med automatik uttryck för barnets reella integrering om den sammanhängande varaktigheten av dess vistelse i en stat och, i analogi härmed, dess frånvaro från en annan stat är resultatet av tvång. Förutom om man förser begreppet hemvist med ett konstlat inslag, förlorar förvisso ett barn, som växer upp och knyter band i den stat där det tvingats att vistas och inte utvecklar någon anknytning till den stat där det skulle ha befunnit sig om inget tvång förekommit, vid

80 Dom av den 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punkt 48).

81 Kommissionen hävdar att en avsikt hos bara en av föräldrarna med gemensamt föräldraansvar under inga omständigheter kan uppväga avsaknaden av barnets fysiska närvaro i den berörda medlemsstaten. Denna argumentering bör tillbakavisas mot bakgrund av dom av den 28 juni 2018 i målet HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 63), av vilken det framgår att avsikten hos den förälder som visserligen har vårdnadsrätt men faktiskt inte utövar vårdnaden av barnet endast bör beaktas om denne avser att utöva sin vårdnadsrätt. Därav följer att man beaktar avsikten hos denne enda förälder som faktiskt ämnar utöva sin vårdnadsrätt. Denna lösning överensstämmer för övrigt med andan i det förfarande för återlämnande som föreskrivs i 1980 års Haagkonvention och kompletteras genom Bryssel IIa-förordningen. Det föreskrivs nämligen i artikel 3 b i nämnda konvention, och återges till sitt innehåll i artikel 2.11 b i förordningen att bortförandet och kvarhållandet av ett barn endast är olovligt om detta strider mot en vårdnadsrätt i kraft av lagstiftningen i den stat där barnet har sin hemvist och att vårdnaden verkligen utövades vid tidpunkten för bortförandet och kvarhållandet eller skulle ha utövats om sådana händelser inte hade inträffat.

82 Se dom av den 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punkt 48).

83 Enligt dom av den 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punkt 51) måste barnets vistelse i den berörda medlemsstaten ”vanligtvis vara en viss tid för att den ska anses tillräckligt stadigvarande”. I Bryssel IIa-förordningen föreskrivs emellertid inte någon kortaste varaktighet utan vistelsetiden är bara en indikator bland flera.

en viss tidpunkt sin hemvist i denna stat.[84] Detta är emellertid inte nödvändigtvis fallet då ett barn, som i förevarande mål, alltjämt var ett spädbarn vid den tidpunkt då talan väcktes. Därmed bör varaktigheten av barnets vistelse i Bangladesh enligt min åsikt inte i sig hindra att dess hemvist fastställs vara i Förenade kungariket.

97. Sammantaget föranleder dessa överväganden följande slutsats i en situation som den här aktuella i det nationella målet, där barnet är fött i ett tredjeland och har hindrats från att tillsammans med sin mor resa till en medlemsstat genom det tvång som utövades av fadern och då barnet alltjämt var ett spädbarn vid den tidpunkt då talan väcktes vid den hänskjutande domstolen. I en sådan situation har barnet hemvist i denna medlemsstat i enlighet med artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen endast om det, såvida tvång inte förekommit, hade befunnit sig där stadigvarande och regelbundet och varit integrerat som medlem i en familjeenhet vars övriga medlem eller medlemmar faktiskt har centrum för sitt liv i denna medlemsstat. Uppfyllelse av detta villkor innebär att modern är integrerad i socialt hänseende och i familjehänseende i den berörda medlemsstaten. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera om så är fallet med beaktande av samtliga relevanta omständigheter, däribland de objektiva faktorer som omger moderns tidigare vistelse och integrering i denna medlemsstat samt konkreta yttringar av hennes avsikt i fråga om platsen för barnets vistelse.

c) Beaktandet av barnets och moderns grundläggande rättigheter

98. För fullständighetens skull förefaller det ändamålsenligt att förklara att om tillämpningen av testet avseende ”det faktiska centrumet för barnets liv” inte gör det möjligt att motivera allmän behörighet för domstolarna i en medlemsstat i en situation som den i det nationella målet, skulle det skydd för barnets bästa som garanteras genom artikel 24 i stadgan samt de grundläggande rättigheter som fastlagts i artiklarna 4 och 6 i stadgan[85] inte berättiga till någon annan slutsats.

99. Jag erinrar om att testet avspeglar det kriterium om närhet som ligger till grund för artikel 8.1 i denna förordning och genom vilken lagstiftaren har velat skapa ett skydd för barnets bästa i allmänhet.[86] Jag finner att de här följande övervägandena talar mot att det genom rättspraxis inrättas ett test som kan avvika från detta kriterium i händelse av att barnets bästa, så som detta betraktas i ett enskilt fall, samt dess övriga grundläggande rättigheter är hotade i det tredjeland där det befinner sig.

100. För det första innebär stadgan i enlighet med artikel 51.2 i denna ”inte någon utvidgning av tillämpningsområdet för unionsrätten utanför unionens befogenheter”. Domstolen ska således tolka unionsrätten mot bakgrund av stadgan, inom ramen för de befogenheter unionen tilldelats.[87] Unionen och dess medlemsstater behöver dock i enlighet med unionsrätten eller i enlighet med Europakonventionen inte utöva sin jurisdiktion när det gäller situationer som utvecklar sig i tredjeländer när den anknytning som föreskrivs genom unionsrätten eller genom Europakonventionen saknas, så som denna tolkats inom Europadomstolens rättspraxis.[88]

84 Se punkt 71 i detta förslag till avgörande.

85 Se skäl 12 i ingressen till Bryssel IIa-förordningen samt skäl 33 i ingressen i samma förordning, enligt vilket denna förordning står i överensstämmelse med och respekterar de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan.

86 Se punkt 36 i detta förslag till avgörande.

87 Se bland annat dom av den 5 oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punkt 51).

88 Enligt praxis från Europadomstolen för mänskliga rättigheter (nedan kallad Europadomstolen) är de fördragsslutande staternas rättskipning i enlighet med artikel 1 i Europakonventionen i princip begränsad till deras eget territorium. Undantag från denna princip förekommer endast i väl definierade fall som inte hör hemma i faktabilden för detta mål. Se särskilt Europadomstolens avgörande av den 7 juli 2011, i målet Al-Skeini m.fl. mot Förenade kungariket (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, 130–142 § samt anförd rättspraxis).

101. För det andra inrättas redan genom Bryssel IIa-förordningen en mekanism som bemyndigar medlemsstaterna att skydda ett barns intressen, även i avsaknad av anknytning i kraft av unionsrätten. I artikel 14 i denna förordning anges att medlemsstaterna kan ge sina domstolar en behörighet i övriga fall i enlighet med nationell lagstiftning om ingen domstol i en medlemsstat är behörig i enlighet med artiklarna 8–13 i Bryssel IIa-förordningen. Om bestämmelserna i denna förordning grundade på kriteriet om närhet inte gör det möjligt att utse domstolarna i en medlemsstat kan en medlemsstat sålunda grunda sina egna domstolars behörighet på nationella rättsregler och därmed frångå nämnda kriterium.

102. I detta fall finns en sådan behörighet i övriga fall i Förenade kungarikets rättsordning i form av behörighet *parens patriae* för domstolarna i denna medlemsstat. Som framgår av de handlingar som lagts fram för EU-domstolen är således tillämpningen av denna bestämmelse om behörighet dock begränsad till brittiska medborgare och ligger inom de nationella domstolarnas skönsmässiga bedömning.

103. För övrigt har XB hävdat att UD vid behov kunde ha vänt sig till domstolarna i Bangladesh, i synnerhet om det i lagstiftningen i detta tredjeland anges regler om behörighet grundade på närvaron av detta barn. Trots att den hänskjutande domstolen har förklarat att XB:s kvarhållande av UD och barnet kan utgöra en kränkning av deras grundläggande rättigheter har den inte uttryckligen framfört påståenden om att Republiken Bangladesh inte skulle ha uppfyllt sin positiva skyldighet att skydda dessa rättigheter, framför allt genom domstolsprövning.[89] Mot denna bakgrund förefaller det olämpligt att för ändamålet grunda bedömningen på hypoteser.

104. I alla händelser förefaller artikel 14 i Bryssel IIa-förordningen tala för att det tillkommer varje medlemsstat att fatta beslut, bland annat där så anses nödvändigt på grundval av ”comity of nations” (hövlighet mellan stater), om huruvida farhågor för att domstolarna i ett tredjeland inte tillämpar skyddsbestämmelser på modern och barnet i enlighet med de rättigheter och värderingar som råder i den berörda medlemsstaten, motiverar att en särskild behörighetsgrund införs i deras nationella lagstiftning.[90]

105. Även om barnets bästa och grundläggande rättigheter således kan åsidosättas i ett tredjeland kan inte artikel 8.1 i Bryssel IIa-förordningen tolkas så att man fastställer barnets hemvist utifrån kriterier som avviker från kriteriet om närhet uppfyllt genom testen för det ”faktiska centrumet för barnets liv”.

V. Förslag till avgörande

106. Med beaktande av samtliga ovanstående överväganden föreslår jag att EU-domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som ställts av High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Överdomstolen för England och Wales, avdelningen för familjemål) på följande sätt:

1) Ett barns hemvist i enlighet med artikel 8.1 i rådet 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 är den plats där barnet i själva verket har centrum för sitt liv. Denna plats bör fastställas med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. I vissa exceptionella fall kan helhetsbedömningen av samtliga omständigheter medföra att man finner att barnet har centrum

89 Trots att Republiken Bangladesh varken är bunden av Europakonventionen eller av stadgan garanterar artiklarna 7 och 9 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, som antogs den 16 december 1966 av Förenta nationernas generalförsamling och trädde i kraft den 23 mars 1976 – ett instrument till vilket Republiken Bangladesh anslutit sig – rättigheter motsvarande dem i artiklarna 3 och 5 i Europakonventionen och artiklarna 4 och 6 i stadgan.

90 Se härom Lord Sumptions avvikande åsikt i mål Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, punkterna 66 och 76. Det anförs där att endast avvisandet av de regler som skulle ha tillämpats i kraft av lagstiftningen i det land där barnet befinner sig inte är tillräckligt för att motivera behörighet för de brittiska domstolarna.

för sitt liv på en plats där det aldrig varit fysiskt närvarande. Barnets fysiska närvaro inom en medlemsstats territorium utgör således inte en förutsättning för att fastställa att det har hemvist där.

2) Det förhållande att modern till ett spädbarn, vilken faktiskt vårdar detta, av fadern tvingats att föda i ett tredjeland och stanna kvar där med spädbarnet efter födseln, eventuellt genom att försätta dessa i en situation som står i strid med de grundläggande rättigheter som fastlagts i artiklarna 4 och 6 i EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna utgör ett relevant inslag vid fastställandet av barnets hemvist i enlighet med artikel 8.1 i förordning nr 2201/2003.

I en sådan situation kan ett spädbarn emellertid endast ha hemvist i en medlemsstat, trots att det aldrig varit fysiskt närvarande där, om barnets mor där har centrum för sitt liv, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka. Härvid är moderns eventuella band i familjehänseende samt i socialt och kulturellt hänseende inom denna medlemsstat, liksom de eventuella konkreta yttringar av moderns avsikt att vistas där med barnet efter födseln, av särskild betydelse.