Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
20 päivänä syyskuuta 2018 [1]

Asia C-393/18 PPU

UD
vastaan
XB

(Ennakkoratkaisupyyntö – High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Englannin ja Walesin alioikeus, perheosasto, Yhdistynyt kuningaskunta))

Ennakkoratkaisupyyntö – Oikeudellinen yhteistyö yksityisoikeudellisissa asioissa – Tuomioistuimen toimivalta vanhempainvastuuta koskevissa asioissa – Asetus (EY) N:o 2201/2003 – 8 artiklan 1 kohta – Lapsen asuinpaikan käsite – Lapsen syntyminen ja sylilapsen jatkuva oleskelu kolmannessa valtiossa äidin tahdon vastaisesti – Sylilapsella ei ole fyysistä olinpaikkaa missään jäsenvaltiossa – Lapsen isän harjoittamasta pakottamisesta sekä äidin ja sylilapsen perusoikeuksien mahdollisesta loukkaamisesta johtuva tilanne – Ei ole sääntöä, jonka mukaan lapsen asuinpaikka ei voi olla jäsenvaltiossa, jossa hän ei ole ollut koskaan fyysisesti

I Johdanto

1. High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Englannin ja Walesin alioikeus, perheosasto, Yhdistynyt kuningaskunta) tiedustelee ennakkoratkaisupyynnöllään unionin tuomioistuimen näkemystä tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa annetun asetuksen (EY) N:o 2201/2003 [2] (jäljempänä Bryssel II a -asetus) 8 artiklan 1 kohdan tulkinnasta.

2. Pyyntö on esitetty riita-asiassa, jonka osapuolina ovat asian vireillepanoajankohtana ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa noin yhden vuoden ikäisen lapsen äiti ja isä, joista edellinen on Bangladeshin ja jälkimmäinen Ison-Britannian kansalainen. Bangladeshissa alulle pantu lapsi syntyi siellä ja on sittemmin oleskellut maassa pysyvästi. Äiti väittää lapsen isän pitävän häntä vastoin hänen tahtoaan kyseisessä kolmannessa valtiossa, jonne hän oli saapunut aikomuksenaan ainoastaan vierailla maassa tilapäisesti oleskeltuaan Yhdistyneessä kuningaskunnassa lapsen isän kanssa noin puolen vuoden ajan. Äiti on väitetysti joutunut synnyttämään Bangladeshissa ja jäämään sinne lapsen kanssa isän harjoittamasta pakosta. Äiti vaatii ennakkoratkaisua pyytänyttä tuomioistuinta yhtäältä määräämään lapsi valtion holhottavaksi ja huollettavaksi ja toisaalta määräämään lapsi ja äiti palaamaan Englanti ja Walesiin, jotta he voivat osallistua asian tuomioistuinkäsittelyyn.

1 Alkuperäinen kieli: ranska.

2 27.11.2003 annettu neuvoston asetus, jolla kumottiin asetus (EY) N:o 1347/2000 (EYVL 2003, L 338, s. 1).

3. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdan nojalla toimivaltainen käsittelemään kyseisen vaatimuksen ainoastaan, jos lapsen asuinpaikka oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa asian vireillepanoajankohtana. Kyseinen tuomioistuin haluaakin tietää, onko se, että lapsi ei ole ollut fyysisesti koskaan kyseisessä jäsenvaltiossa, välttämättä esteenä sille, että hän asuu siellä. Kyseinen tuomioistuin tiedustelee unionin tuomioistuimelta myös sitä, mikä merkitys tässä yhteydessä on sillä, että tällainen poissaolo Yhdistyneen kuningaskunnan alueelta on seurausta lapsen isän lapsen äitiä kohtaan harjoittamasta pakottamisesta, joka mahdollisesti loukkaa äidin ja lapsen perusoikeuksia.

4. Arvioni päätteeksi totean, että se, ettei lapsi ole koskaan ollut jäsenvaltiossa, ei välttämättä ole esteenä sille, että hän asuu siellä. Selvennän myös niitä tekijöitä – kuten syy äidin ja lapsen poissaoloon kyseisen jäsenvaltion alueelta –, jotka on otettava huomioon ratkaistaessa lapsen asuinpaikkaa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

5. Bryssel II a -asetuksen johdanto-osan 12 perustelukappaleen sanamuoto on seuraava:

”Tässä asetuksessa vahvistetut toimivaltasäännökset vanhempainvastuuta koskevissa asioissa on muotoiltu lapsen edun perusteella ja ottaen erityisesti huomioon läheisyyden periaate. Niinpä toimivallan pitäisi ensisijaisesti olla tuomioistuimilla siinä jäsenvaltiossa, jossa lapsen asuinpaikka on – –”

6. Saman asetuksen 8 artiklassa, jonka otsikkona on ”Yleinen toimivalta”, 1 kohdassa säädetään, että ”jäsenvaltion tuomioistuimet ovat toimivaltaisia vanhempainvastuuta koskevissa asioissa, jos lapsen asuinpaikka on asian vireillepanoajankohtana kyseisessä jäsenvaltiossa”.

III Pääasia, ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa

7. Pääasian kantaja (jäljempänä UD), joka on Bangladeshin kansalainen, solmi järjestetyn avioliiton Bangladeshissa vuonna 2013 pääasian vastaajan (jäljempänä XB) kanssa, joka on Yhdistyneen kuningaskunnan kansalainen. Pääasian kantaja on Bangladeshissa toukokuussa 2016 alulle pannun tyttölapsen äiti, ja vastaaja on lapsen isä.

8. Kesä-heinäkuussa 2016 UD saapui Yhdistyneeseen kuningaskuntaan asumaan siellä XB:n kanssa. United Kingdom Home Office (Yhdistyneen kuningaskunnan sisäasiainministeriö) myönsi lapsen äidille puolison viisumin, joka oli voimassa 1.7.2016–1.4.2019.

9. UD väittää XB:n ja tämän perheen harjoittaneen niin fyysistä kuin psykologistakin perheväkivaltaa. Lisäksi UB väittää XB:n raiskanneen hänet kahdesti. XB kiistää väitteet.

10. UD:n raskauden ollessa jo pitkällä hän matkusti XB:n kanssa 24.12.2016 Bangladeshiin, missä lapsi syntyi 2.2.2017. UD ja lapsi ovat siitä lähtien asuneet siellä. Tammikuun 2018 alkupuolella XB palasi Englanti ja Walesiin.

11. Pääasian asianosaisten esittämät näkemykset heidän Bangladeshiin matkustamiseensa liittyneistä olosuhteista ja sen jälkeisistä tapahtumista ovat erilaiset.

12. UD väittää, että XB on laittomasti pakottanut hänet jäämään lapsen kanssa Bangladeshiin vastoin hänen omaa tahtoaan. UD kertoo olleensa pakotettu synnyttämään siellä ja jäämään sinne, mikä loukkaa niitä perusoikeuksia, jotka hänellä ja lapsella on Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun, ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä Euroopan

ihmisoikeussopimus) 3 ja 5 artiklan nojalla. UD:n väitteiden mukaan XB on jättänyt hänet hänen isänsä kotikylään luvaten tulla noutamaan hänet viikkoa myöhemmin. UD:n mukaan mies ei kuitenkaan palannut, vaan on pitänyt itsellään hänen passinsa ja muut asiakirjat, jottei hän voisi matkustaa pois Bangladeshista. UD kertoo, ettei hän olisi ylipäätään matkustanut Bangladeshiin, jos hän olisi tiennyt XB:n todelliset aikeet. UD väittää, ettei hänellä ole kyseisessä kylässä kaasua, sähköä tai juomavettä eikä minkäänlaisia tuloja. Hänen mukaansa kyläyhteisö on leimannut hänet sen vuoksi, että hän asuu erossa XB:stä.

13. XB kiistää kaikki nämä väitteet. Hänen mukaansa he matkustivat Bangladeshiin nimenomaan UD:n pyynnöstä, sillä tämä ei viihtynyt Yhdistyneessä kuningaskunnassa. XB:n mukaan oli myös UD:n toiveiden mukaista, että hän palasi yksin kyseiseen jäsenvaltioon.

14. UD nosti 20.3.2018 kanteen High Court of Justice (England & Wales), Family Divisionissa. Hän vaati kyseistä tuomioistuinta ensinnäkin määräämään lapsi valtion holhottavaksi ja huollettavaksi ja toiseksi määräämään äiti ja lapsi palaamaan Englanti ja Walesiin, jotta he voivat osallistua asian käsittelyyn.

15. UD totesi samana päivänä pidetyssä istunnossa, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on toimivaltainen ratkaisemaan kanteen. Hän väittää ensisijaisesti, että lapsi asui Englanti ja Walesissa silloin, kun asia pantiin vireille ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa. UD väittää toissijaisesti, että ennakkoratkaisua pyytäneellä tuomioistuimella on kansallisen lainsäädännön nojalla lapseen nähden *parens patriae* -toimivalta (eli kansalaisuuteen tai Ison-Britannian kansalaisuuteen perustuva toimivalta), jota sen tulisi käyttää nyt käsiteltävässä tapauksessa.

16. Istunnossa, joka pidettiin 16.4.2018, XB kiisti High Court of Justice (England & Wales), Family Divisionin toimivallan. XB:n mukaan lapsi asui Bangladeshissa silloin, kun kanne nostettiin pääasiassa. Hänen mielestään kyseisellä tuomioistuimella ei myöskään ole *parens patriae* -toimivaltaa lapseen nähden, sillä tämä ei ole Ison-Britannian kansalainen. Vaikka mainitulla tuomioistuimella olisikin sellainen toimivalta, sen pitäisi XB:n mielestä olla käyttämättä sitä nyt käsiteltävässä tapauksessa.

17. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa ennakkoratkaisupyynnössään, ettei se ole määrittänyt tosiseikkoja, sillä sen mielestä ensin on syytä ratkaista kysymys sen toimivallasta. Se katsoo, että ennen jonkin toisen toimivaltaperusteen mahdollista tarkastelua on ratkaistava se, oliko Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu lapsen asuinpaikka Yhdistyneessä kuningaskunnassa asian vireillepanoajankohtana.

18. Ennakkoratkaisupyynnön esittäminen onkin sen mielestä tämän osalta välttämätöntä sen selvittämiseksi, voidaanko lapsen asuinpaikaksi määrittää jäsenvaltio, jossa hän ei ole milloinkaan ollut fyysisesti. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa erityisesti tietää, voiko tilanne olla tällainen silloin, kun äiti väittää lapsen syntyneen ja oleskelleen kolmannessa valtiossa, jossa vanhempainvastuuta yhdessä kantavilla lapsen vanhemmilla ei ole yhteistä aikomusta asua ja jonne isä on laittomasti pakottanut lapsen ja äidin jäämään. Kyseinen tuomioistuin katsoo, että jos näin on, XB:n käyttäytyminen todennäköisesti merkitsisi äidin ja lapsen Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 ja 5 artiklan mukaisten perusoikeuksien loukkausta.

19. High Court of Justice (England & Wales), Family Division päätti näin ollen lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko lapsen fyysinen olinpaikka jossain valtiossa [Bryssel II a -asetuksen] 8 artiklassa tarkoitetun asuinpaikan kannalta olennainen osatekijä?

2) Onko tilanteessa, jossa vanhempainvastuu on molemmilla vanhemmilla, sillä seikalla, että lapsen isä on houkutellut lapsen äidin lähtemään toiseen valtioon ja sen jälkeen laittomasti saanut hänet jäämään sinne pakottamalla tai muulla laittomalla teolla, minkä seurauksena äiti on joutunut

synnyttämään lapsen kyseisessä valtiossa, vaikutusta [ensimmäiseen kysymykseen] annettavaan vastaukseen tilanteessa, jossa on voinut olla kyseessä [Euroopan ihmisoikeussopimuksen] 3 ja 5 artiklan mukainen tai muunlainen äidin ja/tai lapsen ihmisoikeuksien loukkaus?”

20. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on pyytänyt ennakkoratkaisupyynnön käsittelemistä unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 107 artiklan mukaisessa kiireellisessä menettelyssä. Esittelevän tuomarin ehdotuksesta ja julkisasiamiestä kuultuaan unionin tuomioistuimen ensimmäinen jaosto päätti 5.7.2018 hyväksyä kyseisen pyynnön.

21. UD, XB, Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus ja Euroopan komissio ovat jättäneet kirjallisia huomautuksia. Edellä mainittujen lisäksi myös Tšekin tasavalta oli edustettuna 7.9.2018 pidetyssä istunnossa.

IV Asian tarkastelu

A Tutkittavaksi ottaminen

22. Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus vetoaa siihen, ettei näitä ennakkoratkaisukysymyksiä voida ottaa tutkittavaksi siitä syystä, että sen mukaan Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa säännellään ainoastaan jäsenvaltioiden tuomioistuinten välisiä toimivaltaristiriitoja. Mainitun hallituksen mukaan kyseisen asetuksen maantieteellinen soveltamisala on EY 61 artiklan c alakohdan (sittemmin SEUT 67 artikla), joka on yksi kyseisen asetuksen oikeusperustoista, nojalla rajattu tilanteisiin, joilla on liittymä kahteen tai useampaan jäsenvaltioon. Se katsoo, että kyseisen asetuksen 8 artiklan 1 kohtaa ei siksi voida soveltaa sellaisen oikeusriidan yhteydessä, jolla on liittymä johonkin jäsenvaltioon ja kolmanteen valtioon.

23. Mainitun säännöksen sanamuodosta ilmenee tämän osalta, että jäsenvaltion tuomioistuimet ovat toimivaltaisia sikäli kuin ”lapsen asuinpaikka on asian vireillepanoajankohtana kyseisessä jäsenvaltiossa”, eikä tätä toimivaltaa rajata oikeusriitoihin, joilla on liittymä johonkin toiseen jäsenvaltioon.

24. Bryssel II a -asetuksen 61 artiklan a alakohta tukee tätä tulkintaa. Kyseisen säännöksen mukaan asetusta sovelletaan suhteessa toimivallasta, sovellettavasta laista, toimenpiteiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta sekä yhteistyöstä vanhempainvastuuseen ja lasten suojeluun liittyvissä asioissa Haagissa 19.10.1996 tehtyyn yleissopimukseen (jäljempänä vuoden 1996 Haagin yleissopimus)[3] silloin, kun lapsen asuinpaikka on jäsenvaltiossa. Bryssel II a -asetus on siis ensisijainen kyseiseen yleissopimukseen nähden aina, kun mainittu peruste täyttyy, eikä merkitystä ole sillä, että oikeusriitaan mahdollisesti liittyy toimivaltaristiriita jäsenvaltioiden kesken tai jäsenvaltion ja mainitun yleissopimuksen allekirjoittaneen kolmannen valtion välillä.

3 Vuoden 1996 Haagin yleissopimuksella korvattiin alaikäisten suojelun suhteen toimivaltaisista viranomaisista ja sovellettavasta lainsäädännöstä Haagissa 5.10.1961 tehty yleissopimus (jäljempänä vuoden 1961 Haagin yleissopimus). Vaikka Euroopan unioni ei olekaan vuoden 1996 Haagin yleissopimuksen osapuoli, kaikki jäsenvaltiot ovat allekirjoittaneet sen.

25. Kyseisen asetuksen 12 artiklan 4 kohdassa, jossa tiettyjen olosuhteiden varalta säädetään vanhempien avioerohakemusta käsitelleitä jäsenvaltion tuomioistuimia koskevasta oikeuspaikkasopimuksesta silloinkin, kun lapsen asuinpaikka ei ole siellä, on lisäksi kyse tilanteesta, jossa lapsen asuinpaikka on kolmannessa valtiossa, joka ei ole allekirjoittanut vuoden 1996 Haagin yleissopimusta. Kyseistä säännöstä sovelletaan siis erityisesti oikeusriitoihin, joilla on liittymä johonkin jäsenvaltioon ja tällaiseen kolmanteen valtioon. [4]

26. Katson myös kyseisen asetuksen 8 artiklan 1 kohdan teleologisen tulkinnan perusteella, että jäsenvaltion tuomioistuimilla on kansainvälinen toimivalta silloin, kun lapsen asuinpaikka on siellä, vaikkei liittymiä toiseen jäsenvaltioon olisikaan.

27. Unionin tuomioistuin totesi tämän osalta tuomiossa Owusu, [5] että tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden täytäntöönpanosta yksityisoikeuden alalla 27.9.1968 tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä Brysselin yleissopimus), [6] joka edelsi tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla annettua asetusta (EY) N:o 44/2001 [7] (jäljempänä Bryssel I -asetus), tarkoituksena oli helpottaa sisämarkkinoiden toimintaa vahvistamalla niihin liittyviä riitoja koskevat toimivaltasäännöt ja vähentämällä tuomioiden tunnustamiseen ja täytäntöönpanoon liittyviä vaikeuksia. Unionin tuomioistuin katsoi, että toimivaltasääntöjen yhtenäistäminen sellaisten oikeusriitojen osalta, joissa on kyse liittymästä kolmanteen valtioon, edistää mainitun tavoitteen toteutumista, sillä sen avulla voidaan poistaa esteitä, joita voi aiheutua tätä koskevien kansallisten lainsäädäntöjen eroavaisuuksista. Unionin tuomioistuin päätteli tämän perusteella, että Brysselin yleissopimuksen 2 artiklassa säädetyn säännön soveltaminen, jonka mukaan yleinen toimivalta kuuluu vastaajan kotipaikkana olevan jäsenvaltion tuomioistuimille, ei edellytä useaan kyseiseen yleissopimukseen liittyneeseen valtioon liittyvää oikeussuhdetta. [8]

28. Mainitussa tuomiossa noudatettu päättely pätee mielestäni myös Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdan yhteydessä. SEUT 67 artiklan 4 kohdan mukaisesti unioni edistää jäsenvaltioiden tuomioistuinten kaikissa yksityisoikeudellisissa asioissa antamien päätösten vastavuoroista tunnustamista. [9] Kansainvälistä toimivaltaa koskevien sääntöjen yhdenmukaistamisella pyritään kuitenkin oikeusvarmuutta vahvistamalla helpottamaan keskinäisen luottamuksen ilmapiirin syntymistä, joka on edellytys ilman eri toimenpiteitä tapahtuvaa tuomioiden tunnustamista koskevalle järjestelmälle. [10] Tältä kannalta katsoen toimivaltasääntöjen yhdenmukaistaminen sellaisten oikeusriitojen ratkaisemiseksi, joilla on liittymä johonkin kolmanteen valtioon, mahdollistaa jäsenvaltioissa annettujen tuomioiden tunnustamisen ja täytäntöönpanon tiellä olevien esteiden poistamisen kaikissa yksityisoikeudellisissa asioissa, myös perheasioissa.

4 Tietyt, toimivaltaa koskevat Bryssel II a -asetuksen säännökset sitä vastoin edellyttävät välttämättä, kuten niiden sanamuodosta ilmenee, mahdollista toimivaltaristiriitaa kahden tai useamman jäsenvaltion tuomioistuinten välillä (ks. 9, 10, 15, 19 ja 20 artikla). Lisäksi niitä kyseisen asetuksen säännöksiä, jotka koskevat tunnustamista ja täytäntöönpanoa, sovelletaan ainoastaan jäsenvaltioiden tuomioistuinten antamiin tuomioihin (ks. määräys 12.5.2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, 19–22 kohta) ja tuomio 20.12.2017, Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988, 27 kohta)). On myös kiistatonta, että lapsen palauttamista koskevan kyseisen asetuksen 11 artiklan soveltaminen edellyttää, että lapsen poisvieminen tai palauttamatta jättäminen on tapahtunut kahden jäsenvaltion välillä. Kaiken kaikkiaan ei ole merkityksellistä tarkastella niinkään Bryssel II a -asetuksen maantieteellistä soveltamisalaa kokonaisuudessaan, vaan luonnollisestikin kunkin sen säännöksen sovellettavuutta.

5 Tuomio 1.3.2005 (C-281/02, EU:C:2005:120, 33 kohta).

6 EYVL 1972, L 299, s. 32.

7 Neuvoston asetus, 22.12.2000 (EYVL 2001, L 12, s. 1).

8 Tuomio 1.3.2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, 34 ja 35 kohta). Ks. myös lausunto 1/03 (uusi Luganon yleissopimus) 7.2.2006 (EU:C:2006:81, 146–148 kohta).

9 SEUT 81 artiklan 2 kohdassa määrätäänkin yhdenmukaistamistoimenpiteiden toteuttamisesta yksityisoikeudellisissa asioissa tehtävässä yhteistyössä ”*erityisesti* sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan sitä edellyttäessä” (kursivointi tässä).

10 Ks. [SEU] K.3 artiklan perusteella tuomioistuimen toimivallasta ja tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoasioissa Brysselissä 28.5.1998 tehdyn yleissopimuksen (EYVL 1998, C 221, s. 1, niin kutsuttu Bryssel II -yleissopimus) tekomenettelyn yhteydessä laaditun professori Alegría Borrásin selitysmuistion (EYVL 1998, C 221, s. 27) 13 kohta.

29. Tämä päätelmä ilmentää myös sitä, millä tavoin Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdan soveltamisala mielletään niin kansallisissa tuomioistuimissa [11] kuin oikeuskirjallisuudessa. [12]

30. Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen esittämä peruste ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamisen edellytysten puuttumisesta on näin ollen hylättävä.

31. Huomautan vielä perusteellisuuden vuoksi, ettei näiden ennakkoratkaisukysymysten tutkittavaksi ottamista voida kyseenalaistaa myöskään siitä syystä, että niissä on kyse tilanteesta, joka kuvastaa tiettyjä tosiseikkoja, joita ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei ole määrittänyt vaan jotka ovat pelkästään äidin väittämiä. [13]

B Asiakysymys

1 Alustavat huomautukset

32. Käsitteellä ”lapsen asuinpaikka”, joka on Bryssel II a -asetuksen ja sen taustalla olevien kansainvälisten yleissopimusten keskeinen periaate, on kyseisten välineiden yhteydessä kaksi tehtävää.

33. Ensinnäkin jäsenvaltion tuomioistuinten yleinen toimivalta käsitellä vanhempainvastuuta koskevia kysymyksiä perustuu kyseisen asetuksen 8 artiklan 1 kohdan nojalla lapsen asuinpaikkaa kanteen nostamisajankohtana koskevaan kriteeriin. [14] Kyseisellä säännöksellä on sama sisältö kuin vuoden 1996 Haagin yleissopimuksen 5 artiklan 1 kohdalla.

34. Toiseksi lapsen asuinpaikan käsite on avainasemassa siinä palauttamisjärjestelmässä, josta on sovittu Haagissa 25.10.1980 kansainvälisestä lapsikaappauksesta tehdyssä yksityisoikeuden alaa koskevassa yleissopimuksessa (jäljempänä vuoden 1980 Haagin yleissopimus ja – yhdessä vuoden 1996 Haagin yleissopimuksen kanssa – Haagin yleissopimukset). [15] Tätä Bryssel II a -asetuksen säännöksillä ja erityisesti sen 11 artiklalla täydennettyä järjestelmää sovelletaan edelleen jäsenvaltioiden välillä kyseisen asetuksen soveltamisalaan kuuluvissa asioissa. [16] Lapsen poisvieminen tai palauttamatta

11 Ks. erityisesti Cour de Cassation (France) (ylin tuomioistuin, Ranska), siviiliasioita käsittelevä 1. jaosto, tuomio 13.5.2015, nro 15-10.872; Supreme Court of the United Kingdom (ylin tuomioistuin, Yhdistynyt kuningaskunta), tuomio Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisciction) (2016) UKSC 4, 29 kohta ja High Court of Ireland (ylin tuomioistuin, Irlanti), tuomio O'K v. A, 1.7.2008, (2008) IEHC 243, 5.8 kohta.

12 Ks. erityisesti Gallant, E., ”Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale”, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013, 24 kohta ja sitä seuraavat kohdat sekä Magnus, U. ja Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, s. 21.

13 Yhteisöjen tuomioistuin on jo katsonut, että kansallinen tuomioistuin voi esittää sille tulkintapyynnön ”sellaistenkin pääasian asianosaisen väitteiden perusteella, joiden oikeellisuutta se ei vielä ole varmistanut, kun se asian erityispiirteiden perusteella katsoo, että ennakkoratkaisu on tarpeen asian ratkaisemiseksi ja että sen – – esittämillä kysymyksillä on merkitystä asian kannalta” (tuomio 9.12.2003, Gasser (C-116/02, EU:C:2003:657, 27 kohta)). Nyt käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pitää unionin tuomioistuimen vastausta sen esittämiin kysymyksiin välttämättömänä, jotta se voisi ottaa kantaa toimivaltaansa olettaen, että merkityksellisiä tosiseikkoja koskeva näyttökynnys, jonka on täytyttävä tässä tarkoituksessa, eroaa siitä näyttökynnyksestä, jota sovelletaan pääasiaa koskevien tosiseikkojen määrittämiseen. Tämän osalta unionin tuomioistuin on todennut 28.1.2015 antamassaan tuomiossa Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, 59–63 kohta), että sen valvontavelvollisuuden laajuus, joka kansallisilla tuomioistuimilla on niiden tarkistaessa, ovatko ne Bryssel I -asetuksen nojalla toimivaltaisia, kuuluu kansallisen prosessioikeuden alaan edellyttäen kuitenkin, että kyseisen asetuksen tehokas vaikutus säilyy. Unionin tuomioistuin on katsonut, että kansallisen tuomioistuimen on voitava helposti ratkaista oma toimivaltansa ilman, että se joutuisi tutkimaan pääasiaa selvittämällä yksityiskohtaisesti niin toimivaltaan kuin pääasiaan liittyviä tosiseikkoja. Samaa logiikkaa voidaan mielestäni soveltaa myös Bryssel II a -asetuksen mukaisiin toimivaltasääntöihin.

14 On riidatonta, että pääasian kanteen kohteena ovat Bryssel II a -asetuksen 2 artiklan 7 alakohdassa määriteltyyn vanhempainvastuuseen liittyvät kysymykset.

15 Kaikki jäsenvaltiot ovat allekirjoittaneet vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen. Unioni ei kuitenkaan ole liittynyt siihen. Myöskään Bangladeshin tasavalta ei ole allekirjoittanut mainittua yleissopimusta eikä vuoden 1996 Haagin yleissopimusta.

16 Ks. Bryssel II a -asetuksen 62 artiklan 2 kohta ja johdanto-osan 17 perustelukappale. Kyseisen asetuksen 60 artiklan e alakohdan nojalla asetuksen säännöksillä on etusija suhteessa vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen määräyksiin. Ks. tuomio 5.10.2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, 36 kohta).

jättäminen on luvatonta lähinnä silloin, kun se loukkaa sen jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti myönnettyä oikeutta lapsen huoltoon, jossa lapsen asuinpaikka oli välittömästi ennen kyseistä tapahtumaa.[17] Silloin, kun poisvieminen tai palauttamatta jättäminen on luvatonta, lapsen palauttamisesta asianomaiseen jäsenvaltioon on lähtökohtaisesti määrättävä viipymättä.[18]

35. Lapsen asuinpaikan käsitteellä on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön nojalla sama merkitys näissä molemmissa tilanteissa.[19] Tämä lähestymistapa selittyy erityisesti sillä seikalla, että niin Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdan kuin palauttamisjärjestelmän tarkoituksena on vanhempainvastuuta koskevien riitojen ratkaiseminen lapsen asuinpaikkana olevan jäsenvaltion tuomioistuimissa, joilla katsotaan olevan parhaat edellytykset suojella lapsen etua.[20]

36. Tarkemmin sanoen kyseisen asetuksen johdanto-osan 12 perustelukappaleesta ilmenee, että saman asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa säädetty yleinen toimivaltasääntö ilmentää läheisyyden periaatetta, jonka avulla unionin lainsäätäjän tarkoituksena on ollut toteuttaa lapsen edun suojelua koskeva tavoite. Unionin lainsäätäjä on katsonut, että lapsen asuinpaikkana olevan jäsenvaltion tuomioistuimilla, jotka ovat lähellä hänen sosiaalista ympäristöään ja perheympäristöään, on parhaat edellytykset arvioida hänen tilannettaan pääasiassa[21] mahdollisesti sen jälkeen, kun lapsi on palautettu asianomaiseen jäsenvaltioon vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen määräysten, sellaisina kuin niitä on täydennetty Bryssel II a –asetuksella, nojalla. Tämä toimivaltasääntö samoin kuin palauttamisjärjestelmä perustuvat siis tietynlaiseen käsitykseen yleisellä tasolla tarkastellusta lapsen edusta.[22] Kyseisen edun yksityiskohtaisempi konkretisointi tapahtuu myöhemmin, kun oikeudenkäyntivaiheessa tarkastellaan asiallisesti vanhempainvastuuta koskevia kysymyksiä.[23]

37. Lapsen asuinpaikan käsitettä ei määritellä Haagin yleissopimuksissa eikä Bryssel II a -asetuksessa. Siksi unionin tuomioistuin on kyseisten yleissopimusten allekirjoittajana valtioiden tuomioistuinten tapaan joutunut hahmottelemaan arviointiperusteen lapsen asuinpaikan ratkaisemiseksi kussakin yksittäistapauksessa. Tällainen menettely edellyttää tasapainon löytämistä useiden vaatimusten välillä.

38. Yhtäältä tämän oikeudellisen arviointiperusteen on oltava riittävän joustava, jotta tuomioistuimet voivat mukauttaa ratkaisunsa kullekin tapaukselle ominaisten olosuhteiden mukaan siten, että läheisyyden periaate tulisi otettua parhaiten huomioon. Haagin yleissopimusten esitöistä ilmenee tältä osin, että niiden laatijat ovat harkitusti jättäneet määrittelemättä lapsen asuinpaikan käsitteen. Ne ovat katsoneet, että kyseinen käsite kuuluu tosiseikkojen arviointiin, joten siitä ei pidä antaa yhtä tiukkoja oikeussääntöjä kuin oikeussäännöt, jotka koskevat kotipaikan määrittämistä.[24]

17 Ks. vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen 3 artikla ja Bryssel II a -asetuksen 2 artiklan 11 alakohta.

18 Ks. vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen 12 artikla ja Bryssel II a -asetuksen 11 artikla.

19 Tuomio 9.10.2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, 54 kohta) ja tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 41 kohta).

20 Ks. E. Pérez-Veran laatima selitysmuistio, *Actes et documents de la XIV*ème *session* (1980), nide III (jäljempänä Pérez-Veran selitysmuistio), 16, 19 ja 66 kohta. Erityisesti kyseisen asiakirjan 16 kohdasta ilmenee, että sen seurauksena, ettei toimivaltaperusteita ole kyetty määrittämään sopimuksin asioissa, jotka koskevat oikeutta lapsen huoltoon, on päädytty käyttämään palauttamisjärjestelmää, joka ”mahdollistaa siitä huolimatta, että se on epäsuora menettely, useimmissa tapauksissa sen, että lopullisen päätöksen huollosta tekevät sen valtion viranomaiset, jossa lapsen asuinpaikka oli ennen hänen poisviemistään”.

21 Ks. vastaavasti tuomio 9.11.2010, Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, 84 kohta).

22 Ks. Pérez-Veran selitysmuistion 24 ja 25 kohta ja tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 59 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

23 Ks. vastaavasti tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 66 kohta).

24 Lapsen asuinpaikkaa koskevaa kriteeriä on vuoden 1961 Haagin yleissopimuksen tekemisen jälkeen pidetty parempana kuin kansalaisuutta koskevaa kriteeriä, johon henkilöiden asemaa koskeva toimivalta perinteisesti perustui mutta jota pidettiin vanhentuneena, ja parempana kuin kotipaikkaa koskevaa kriteeriä, joka on oikeudellinen käsite, joka määritellään eri tavoin eri valtioiden lainsäädännöissä. Asuinpaikkaa pidettiin tosiseikkoihin perustuvana käsitteenä, joka vastasi alaikäisen tosiasiallisen elinpiirin keskuksen käsitettä (W. de Steigerin selitysmuistio, *Actes et documents de la IX*ème *session* (1960), nide IV, s. 9, 13 ja 14). Vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen esitöissä toistetaan, että toisin kuin kotipaikan käsite, asuinpaikka on puhtaasti tosiseikkoja koskeva kysymys (Pérez-Veran selitysmuistio, 66 kohta). Vuoden 1996 Haagin yleissopimuksen esitöiden aikana eräs ehdotus, joka koski kyseisen käsitteen määritelmän sisällyttämistä sopimukseen, hylättiin sillä perusteella, että tällainen määritelmä olisi saattanut vaikeuttaa niiden lukuisten muiden yleissopimusten tulkintaa, joissa käytetään samaa käsitettä (P. Lagarden selitysmuistio, *Actes et documents de la XVIII*ème *session* (1996), nide II, 40 kohta). Mainitut selitysmuistiot ovat saatavilla myös seuraavalla internetsivustolla: https://www.hcch.net/fr/instruments

39. Valitulla arviointiperusteella on toisaalta voitava taata tietynasteinen ennakoitavuus ja oikeusvarmuus vahvistamalla tuomioistuinten harkintavallalle riittävät suuntaviivat. Jälkimmäinen vaatimus vastaa myös Bryssel II a -asetuksen ja Haagin yleissopimusten yhtenäisen soveltamisen tavoitetta: mitä täsmällisempiä ja selkeämpiä ohjenuorat ovat, sitä ennakoitavampia ja näin ollen yhtenäisempiä ovat myös tulokset asianomaisissa eri tuomioistuimissa.

40. Nähdäkseni on hyödyllistä korostaa tässä, kuinka tärkeätä on soveltaa lapsen asuinpaikan kriteeriä johdonmukaisesti ja yhtenäisesti niin unionissa kuin kaikissa Haagin yleissopimusten allekirjoittajavaltioissakin. Haasteena on välttyä toimivaltaristiriidoilta jäsenvaltioiden tuomioistuinten ja vuoden 1996 Haagin yleissopimuksen muiden allekirjoittajavaltioiden välillä ja mahdollistaa vuoden 1980 Haagin yleissopimuksella perustetun palauttamisjärjestelmän yhdenmukainen soveltaminen.[25] Tältä kannalta katsoen minun on asianmukaista ottaa arvioinnissani huomioon muutamat kyseiset yleissopimukset allekirjoittaneiden kolmansien valtioiden tuomioistuimissa annetut ratkaisut.[26]

2 Onko lapsen oltava välttämättä fyysisesti jossain jäsenvaltiossa, jotta kyseinen jäsenvaltio voitaisiin määrittää hänen asuinpaikakseen (ensimmäinen kysymys)

a) Alustavia toteamuksia

41. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä kysymyksellään lähinnä sitä, onko sen kannalta, että lapsen voidaan katsoa asuvan jossakin jäsenvaltiossa Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla, välttämätöntä, että hän on ollut siellä fyysisesti vaikka vain aiemmin ja lyhyen ajan.

42. Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, tämän kysymyksen taustalla on Supreme Court of United Kingdomissa käyty vilkas keskustelu oikeusriidassa, jonka tosiseikastoon liittyi yhteisiä tekijöitä nyt käsiteltävän asian kanssa. Tuomiossa A v. A (Children: Habitual Residence),[27] Supreme Courtia pyydettiin ottamaan kantaa sellaisen Pakistanissa syntyneen lapsen asuinpaikkaan, joka ei ollut koskaan käynyt Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Lapsen äiti oli oleskeltuaan ensin usean vuoden ajan Yhdistyneessä kuningaskunnassa, jossa hän oli synnyttänyt jo kolme lasta, matkustanut ennen neljännen lapsensa alulle panemista Pakistaniin tarkoituksenaan vain vierailla siellä tilapäisesti. Lasten isä, joka oli tämän jälkeen ottanut haltuunsa äidin ja heidän kolme vanhimman lapsensa passit, kuitenkin pakotti heidät jäämään maahan, joten äidin oli synnytettävä neljäs lapsensa siellä.

43. Vedoten unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan lapsen asuinpaikka on tosiseikkoihin perustuva kysymys,[28] Supreme Courtin enemmistö tuomari Halen johdolla oli taipuvainen katsomaan, että asianomaisen lapsen fyysinen läsnäolo Yhdistyneessä kuningaskunnassa oli edellytys sille, että hänen asuinpaikkansa voitiin katsoa olevan siellä. Enemmistöön kuuluneet tuomarit kuitenkin totesivat, ettei tätä kysymystä voida ratkaista unionin tuomioistuimen tuomatta siihen ensin selvyyttä ennakkoratkaisullaan, ja jättivät asian lopulta avoimeksi perustamalla isobritannialaisten tuomioistuinten toimivallan toiseen toimivaltaperusteeseen, *parens patriae* -toimivaltaan.[29] Eriävän mielipiteen esittänyt tuomari Hughes katsoi myös unionin

25 Ks. tältä osin julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus asiassa A (C-523/07, EU:C:2009:39, 26 ja 30 kohta).

26 Seuraan tässä erityisesti isobritannialaisten ja kanadalaisten tuomioistuimien esimerkkiä, sillä niiden oikeuskäytännöstä löytyy useita viittauksia vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen muiden allekirjoittajavaltioiden tuomioistuinten ja myös unionin tuomioistuimen ratkaisuihin. Ks. mm. Supreme Court of Canada (ylin tuomioistuin, Kanada), Balev, 2018 SCC 16, 40–57 kohta ja Supreme Court of the United Kingdom, A v. A (Children: Habitual Residence), (2013) UKSC 60, 46 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

27 (2013) UKSC 60.

28 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 47 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

29 (2013) UKSC 60, 55–58 kohta.

tuomioistuimen noudattaman, tosiseikkoihin perustuvan tarkastelutavan nojalla, että lapsi asui Yhdistyneessä kuningaskunnassa, sillä hänen perheyhteisönsä muut jäsenet asuivat siellä riittävän vakituisesti, jotta heidän asuinpaikkansa voitiin katsoa olevan siellä, ja että se, ettei lapsi itse ollut siellä, johtui ainoastaan hänen isänsä harjoittamasta pakottamisesta.[30]

44. Ensimmäisessä ennakkoratkaisukysymyksessä esiin tuotu ongelmakysymys on saatettu myös Ranskan tuomioistuinten tietoon. Cour de cassationin käsiteltävänä on ollut tilanne, jossa äiti, joka asui Amerikan yhdysvalloissa lapsen isän ja heidän ensimmäisen lapsensa kanssa, matkusti raskaana ollessaan kyseisen lapsen kanssa lyhytaikaiselle perhevierailulle Ranskaan. Äiti jäi sen jälkeen Ranskan alueelle, synnytti siellä toisen lapsensa ja päätti yksipuolisesti jättää palauttamatta lapset Amerikan Yhdysvaltoihin. Cour de cassation katsoi tässä tilanteessa, että molemmat lapset asuivat Amerikan yhdysvalloissa, vaikka vastasyntynyt lapsi ei ollut vielä koskaan käynyt siellä.[31]

45. Vaikka unionin tuomioistuin onkin toistuvasti tähdentänyt, että lapsen fyysinen läsnäolo tietyssä valtiossa *ei riitä* kyseisen valtion määrittämiseen lapsen asuinpaikaksi, se ei nähdäkseni ole vielä ratkaissut kysymystä siitä, onko fyysinen läsnäolo tässä tarkoituksessa *välttämätön* edellytys.[32] Tarkastelen ensin kyseistä oikeuskäytäntöä ja siitä ilmenevää oikeudellista arviointiperustetta (osa b). Esitän tämän jälkeen syyt, joiden vuoksi katson niin olemassa olevaan oikeuskäytäntöön sisältyvien periaatteiden kuin Bryssel II a -asetuksen tavoitteiden ja asiayhteyden nojalla, että lapsen fyysinen läsnäolo tietyssä valtiossa ei ole edellytys kyseisen valtion vahvistamiselle hänen asuinpaikakseen (osa c).

b) Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistettu arviointiperuste

46. Unionin tuomioistuin on vuosien saatossa antamissaan tuomioissa kehitellyt edelleen arviointiperustetta, jonka avulla lapsen asuinpaikka voidaan ratkaista olennaisesti tosiseikkoihin perustuvan ja tapauskohtaisen lähestymistavan perusteella, ja se on vähitellen tarkentanut tätä lähestymistapaa. Se on näin pyrkinyt konkretisoimaan läheisyyden periaatteen, jonka unionin lainsäätäjä on vahvistanut lapsen edun vuoksi.

47. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti lapsen asuinpaikka vastaa paikkakuntaa, joka ”ilmentää tiettyä integroitumista sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön”[33] tai – äskettäin annetussa tuomiossa HR käytetyn sanamuodon mukaisesti – ”paikkakuntaa, jossa hänellä käytännössä on elinpiirinsä keskus”.[34] Tämän oikeudellisen arviointiperusteen soveltaminen kansallisissa tuomioistuimissa edellyttää tosiseikkojen arvioimista kyseisen paikkakunnan määrittämiseksi kullekin yksittäistapaukselle ominaisten olosuhteiden perusteella. Siinä ”on otettava huomioon paitsi se, että lapsi on fyysisesti jossakin jäsenvaltiossa, myös muita tekijöitä, joista voi ilmetä, että tällainen olinpaikka ei ole millään tavalla väliaikainen tai satunnainen ja että lapsen asuinpaikka ilmentää tiettyä integroitumista sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön”[35] – tai tuomiossa Mercredi käytetyn sanamuodon mukaisesti ”tiettyä pysyvyyttä tai säännöllisyyttä”.[36]

30 Ks. erityisesti (2013) UKSC 60, 82–93 kohta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on lisäksi katsonut asian A v. A (Children: Habitual Residence) olosuhteisiin rinnastettavissa erityisolosuhteissa, että lapsi asui Yhdistyneessä kuningaskunnassa, vaikkei tämä ollut koskaan edes käynyt siellä. Ks. High Court of Justice (England & Wales), Family Division, B v. H (Residence: Wardship) (2002) 1 FLR 388.

31 Cour de cassation (France), siviiliasioita käsittelevä 1. jaosto, 26.10.2011, nro 10-19.905 (Bulletin 2011, I, nro 178).

32 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 47 ja 54–63 kohta.

33 Ks. mm. tuomio 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, 38 kohta); tuomio 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, 47 kohta) ja tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 42 kohta).

34 Tuomio 28.6.2018 (C-512/17, EU:C:2018:513, 42 kohta). Ks. myös julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus asiassa A (C-523/07, EU:C:2009:39, 38 kohta). Tämä arviointiperuste vastaa vuoden 1961 Haagin yleissopimuksen esitöiden jälkeen esitettyä alaikäisen tosiasiallisen elinpiirin keskuksen käsitettä (ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 24).

35 Tuomio 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, 38 kohta) ja tuomio 9.10.2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, 51 kohta). Ks. myös tuomio 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, 49 kohta), tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 43 kohta) ja tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 41 kohta).

36 Tuomio 22.12.2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, 44 kohta).

48. Näitä tekijöitä ovat muun muassa yhdessä tai useammassa asianomaisessa jäsenvaltiossa oleskelun kesto, säännöllisyys sekä olosuhteet ja syyt, lapsen kansalaisuus,[37] koulunkäynnin paikka ja olosuhteet, se, osaako lapsi kyseisen valtion kieltä, sekä lapsen perhesiteet ja sosiaaliset siteet kyseisessä jäsenvaltiossa tai kyseisissä jäsenvaltioissa.[38] Lisätekijänä on vanhempien aikomus lapsen asuinpaikan suhteen, kunhan siitä ovat osoituksena tietyt ulkoiset seikat, kuten asunnon ostaminen tai vuokraaminen.[39] Näiden seikkojen suhteellinen painoarvo riippuu kullekin yksittäistapaukselle ominaisista olosuhteista.[40]

49. Unionin tuomioistuin, jonka oli sovellettava tätä arviointiperustetta sylilapsen[41] asuinpaikan määrittämiseksi, totesi ensimmäistä kertaa tuomiossa Mercredi,[42] että arvioitaessa lapsen integroitumista sosiaaliseen ja perheympäristöön ei voida jättää ottamatta huomioon niiden henkilöiden oleskeluun liittyviä olosuhteita, joista hän on riippuvainen. Unionin tuomioistuin totesi, että pienen lapsen kasvuympäristö on pääasiallisesti perheympäristö, johon vaikuttavat henkilö tai henkilöt, joiden kanssa lapsi elää ja jotka tosiasiallisesti hoitavat häntä ja huolehtivat hänestä[43] – yleensä siis hänen vanhempansa.[44] Näin ollen kun tällainen lapsi elää normaalisti vanhempiensa kanssa hänen asuinpaikkansa määrittäminen edellyttää sen paikkakunnan määrittämistä, jossa hänen vanhempansa oleskelevat vakituisesti ja ovat integroituneet sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön.[45]

50. Kyseinen paikkakunta on määritettävä sellaisen luettelon perusteella, joka ei ole tyhjentävä ja johon sisältyy samantapaisia tekijöitä kuin ne, jotka kertovat lapsen integroitumisesta mainitun kaltaiseen ympäristöön. Näihin tekijöihin kuuluvat vanhempien yhdessä tai useammassa asianomaisessa jäsenvaltiossa oleskelun kesto, säännöllisyys, olosuhteet ja syyt, heidän kielitaitonsa ja se, mistä he ovat maantieteellisesti lähtöisin ja mikä on hänen perhetaustansa, sekä heidän perhesuhteensa ja sosiaaliset suhteensa kyseisessä jäsenvaltiossa tai kyseisissä jäsenvaltioissa.[46] Vanhempien aikomus asettua lapsen kanssa tietylle paikkakunnalle otetaan huomioon sikäli kuin se kuvastaa vanhempien – ja siten myös lapsen – todellista integroitumista sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön.[47] Vanhempien aikomus on tältä kannalta katsoen tekijä, joka ei tärkeydestään huolimatta ole välttämättä ratkaiseva.[48] Vanhempien integroitumiseen liittyville näkökohdille annettavan painoarvon ratkaisee se, miten riippuvainen lapsi on vanhemmistaan, ja tämä vaihtelee hänen ikänsä mukaan.

37 Tämän perusteen esittämistä vastaan voidaan tuoda esiin väite, että lapsen kansalaisuus edustaa itsenäistä, juridisluontoista sidettä, joka on nimenomaisesti haluttu hylätä muissa (Bryssel II a -asetuksen lähtökohtina olevissa) Haagin yleissopimuksissa lapsen asuinpaikkaa koskevan, tosiseikkoihin perustuvan kriteerin hyväksi (ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 24). Ks. Lamont, R., kommentaari tuomioon 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), *Common Market Law Review*, 47, 2010, s. 241. Lapsen kansalaisuus on sen vuoksi otettava huomioon ainoastaan sikäli kuin se on indisio, joka kuvastaa lapsen elinympäristön sosiaalista todellisuutta. Ks. vastaavasti tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 57–60 kohta).

38 Ks. vastaavasti tuomio 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, 39 kohta) ja tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 43 kohta).

39 Ks. tuomio 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, 40 kohta), tuomio 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, 50 kohta), tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 46 kohta) ja tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 46 kohta).

40 Ks. vastaavasti tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 48 kohta) ja tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 49 kohta).

41 Laroussen sanakirjan mukaan sylilapsella (*nourrisson*) tarkoitetaan lasta neonataalivaiheen päättymisestä kahden vuoden ikään asti ja vastasyntyneellä (*nouveau-né*) tarkoitetaan puolestaan enintään 28 vuorokauden ikäisiä lapsia. Käytännöllisyyden vuoksi käytän ilmaisua sylilapsi näistä molemmista hyvin pienten lasten ryhmistä. Pääasiassa kyseessä oleva pieni tyttö oli sylilapsi ajankohtana, jona asia pantiin vireille ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa.

42 Tuomio 22.12.2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

43 Tuomio 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, 52–54 kohta). Ks. myös tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 45 kohta).

44 Tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 44 kohta).

45 Ks. tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 45 kohta).

46 Tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 45 kohta) ja tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 45 kohta). Ks. myös tuomio 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, 55 ja 56 kohta).

47 Ks. vastaavasti Supreme Court of the United Kingdom, tuomio Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) (2013) UKSC 75, 23 kohta: "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 Ks. tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 47 ja 50 kohta) ja tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 64 kohta).

51. Tämän lähestymistavan logiikka käy ilmi selvimmin silloin, kun kyse on vastasyntyneen asuinpaikasta. Jos merkitystä olisi ainoastaan objektiivisilla seikoilla, jotka koskevat sitä, miten lapsi on integroitunut tietyssä paikassa oleskelunsa aikana, yhdelläkään vastasyntyneellä ei olisi asuinpaikkaa, sillä heillä ei lähtökohtaisesti ole ollut aikaa integroitua mihinkään paikkaan. Näin ollen vastasyntyneitä ei suojeltaisi vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen mukaisella palauttamisjärjestelmällä, jota on täydennetty Bryssel II a -asetuksella.

52. Edellä esitetystä ilmenee, että unionin tuomioistuin on vahvistanut eräänlaisen ”hybridisen” lähestymistavan, jonka mukaan lapsen asuinpaikka määräytyy toisaalta lapsen oleskelulle tietyssä paikassa ominaisten objektiivisten tekijöiden perusteella ja toisaalta lapsen vanhempien oleskelua ympäröivien olosuhteiden perusteella sekä niiden aikomusten perusteella, joita heillä on lapsen asuinpaikkakunnan suhteen. Vaikka lapsi itse onkin keskeisessä asemassa asuinpaikan käsitteessä siltä osin kuin kyseinen käsite määrittää paikkakunnan, jossa lapsella käytännössä on elinpiirinsä keskus, tämä paikkakunta puolestaan on lapsen iän mukaan vaihtelevassa määrin riippuvainen paikkakunnasta, jossa hänen vanhempiensa tosiasiallinen elinpiiri sijaitsee ja jossa he aikovat kasvattaa hänet.

53. Kuten Kanadan ylin tuomioistuin [49] on korostanut nojautuen lukuisiin vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen allekirjoittaja valtioissa annettuihin tuomioihin, tällainen hybridinen lähestymistapa, jota pidetään suositeltavampana kuin yksinomaan lapsen ”sopeutumiseen” [50] keskittyvää tai vanhempien aikomukselle [51] pääpainon antavaa lähestymistapaa, vastaa mainittua yleissopimusta käsittelevässä oikeuskäytännössä kansainvälisellä tasolla nykyään havaittavissa olevaa pyrkimystä.

c) Ohjeet, jotka voidaan johtaa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä siltä osin kuin on kyse siitä, onko fyysinen läsnäolo välttämätön

1) Väite, jonka mukaan unionin tuomioistuin olisi jo ratkaissut tämän kysymyksen

54. Kukaan asianosaisista ei kiistä sitä, että käytännössä kunkin yksittäistapauksen olosuhteiden kokonaisarvioinnissa päädytään yleensä siihen johtopäätökseen, että lapsen elinpiirin tosiasiallinen keskus – ja niin ollen hänen asuinpaikkansa – sijaitsee paikkakunnalla, jossa hän on ollut jo fyysisesti. UD, Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus ja Tšekin hallitus ovat kuitenkin toisin kuin XB ja komissio sitä mieltä, että tietyissä poikkeuksellisissa olosuhteissa kyseisen kokonaisarvioinnin perusteella voidaan katsoa, että lapsi asuu valtiossa, jossa hän ei ole koskaan käynyt.

55. Edellä tarkasteltuun unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön sisältyy tämän osalta, kuten XB ja komissio ovat huomauttaneet, tiettyjä kohtia, jotka ensi näkemältä puoltavat sellaista päätelmää, että jonkin jäsenvaltion määrittäminen lapsen asuinpaikaksi edellyttää, että hän on ollut siellä fyysisesti. Kyseisten kohtien tulkitseminen niiden omassa asiayhteydessä osoittaa kuitenkin, että on syytä olla varovainen ennen tällaisen päätelmän tekemistä niiden perusteella.

56. Ensinnäkin ilmaisun ”paitsi se, että lapsi on fyysisesti” [52] toistuva käyttö ennen muiden merkityksellisten tekijöiden esittämistä voisi antaa aiheen ajatella, että kyseinen muuttuja on olennainen osatekijä lapsen asuinpaikan määrittämisessä. Unionin tuomioistuin ei kuitenkaan ole sen käsiteltäväksi saatettujen asioiden tosiseikaston perusteella vielä koskaan tarkastellut nimenomaisesti

49 Ks. Supreme Court of Canada, tuomio 20.4.2018, Balev, SCC 16, 50–57 kohta.

50 Ks. United States Court of Appeals, 6th Circuit (muutoksenhakutuomioistuin, 6. tuomiopiiri, Amerikan yhdysvallat), tuomio Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) ja tuomio Robert v. Tesson, 507 F.3d 981 (2007) sekä Cour d’appel de Montréal (Canada) (Montrealin muutoksenhakutuomioistuin, Kanada), tuomio 8.9.2000, N:o 500-09-010031-003.

51 Ks. mm. United States Court of Appeals, 9th Circuit (muutoksenhakutuomioistuin, 9. tuomiopiiri, Amerikan yhdysvallat), tuomio Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (2001) ja United States Court of Appeals, 11th Circuit (muutoksenhakutuomioistuin, 11. tuomiopiiri, Amerikan yhdysvallat), tuomio Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

52 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 47 kohta.

kysymystä siitä, onko fyysinen läsnäolo välttämätön. Kuten UD ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus ovat väittäneet, kyseisten ilmaisujen käytöstä voidaan päätellä ainoastaan, että fyysinen läsnäolo *ei riitä* lapsen asuinpaikan perustaksi. Siitä ei voida päätellä, että kyseinen osatekijä on tässä tarkoituksessa *välttämätön*.

57. Sitä ratkaisevampi ei myöskään ole sen tuomion W ja V[53] kohta, jonka mukaan se, että ”lapsen asuinpaikan määritetään olevan tietyssä jäsenvaltiossa, edellyttää ainakin sitä, että lapsi on ollut fyysisesti [kyseisessä jäsenvaltiossa]”. Tämä täsmennys on näet ymmärrettävä kyseiseen tuomioon johtaneen asiaan liittyvän tosiseikaston perusteella. Toinen vanhemmista väitti lapsen asuinpaikan olevan Liettuassa, vaikka ainoana siteenä kyseiseen jäsenvaltioon oli lapsen kansalaisuus. Unionin tuomioistuin totesikin, että pelkkä jäsenvaltion kansalaisuus ei voi korvata sitä, ettei lapsella ollut kyseiseen jäsenvaltioon minkäänlaista konkreettista sidettä, sillä hän ei ollut koskaan edes käynyt siellä.[54] Unionin tuomioistuimelta ei tiedusteltu sitä, voivatko tällaiset siteet – jos niitä on – joissain tapauksissa korvata fyysisen läsnäolon puutteen kyseessä olevassa jäsenvaltiossa.

58. Myöskään asiassa OL[55] annettu tuomio ei tue XB:n ja komission esittämää näkemystä. Kyseiseen tuomioon johtaneessa asiassa oli kyse sellaisen kreikkalaisen äidin ja sellaisen italialaisen isän lapsesta, jonka molemmat vanhemmat asuivat Italiassa ennen lapsen syntymää. Isän mukaan vanhemmat olivat sopineet siitä, että lapsi syntyy Kreikassa ja palaa sitten äitinsä kanssa asumaan Italiaan. Isän mukaan äiti oli kieltäytynyt toteuttamasta tätä suunnitelmaa. Isä väitti kreikkalaisessa tuomioistuimessa, että äiti piti lasta laittomasti jäsenvaltiossa (Kreikassa), joka ei ollut se jäsenvaltio (Italia), jossa lapsella oli asuinpaikka välittömästi ennen hänen Bryssel II a -asetuksen 11 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua palauttamatta jättämistään. Kreikkalaisen tuomioistuimen olikin selvitettävä, oliko lapsen asuinpaikka Italiassa asian kannalta merkityksellisenä ajankohtana, vaikka hän ei ollut koskaan käynyt siellä.

59. Kyseinen tuomioistuin tiedusteli tässä asiayhteydessä unionin tuomioistuimelta, voiko lapsen fyysinen läsnäolo jossain jäsenvaltiossa kaikissa tapauksissa olla edellytys sille, että kyseinen jäsenvaltio voidaan vahvistaa hänen asuinpaikakseen. Jos unionin tuomioistuin olisi katsonut, että oikeuskäytännössä olisi jo aiemmin annettu myöntävä vastaus tähän kysymykseen, se olisi voinut tyytyä vain osoittamaan sen kansalliselle tuomioistuimelle, joka olisi näin osannut helposti ratkaista sen käsiteltävänä olleen oikeusriidan. Julkisasiamies Wahl oli lisäksi ehdottanut erityisesti tuomion W ja V[56] perusteella, että unionin tuomioistuin omaksuisi tämän linjan.[57]

60. Unionin tuomioistuin muotoili kuitenkin ennakkoratkaisukysymyksen uudestaan välttääkseen antamasta yleisluontoista ja abstraktia ratkaisua ja voidakseen tarjota asianomaiselle tuomioistuimelle tarpeellisen avun ratkaisun löytämiseksi siinä vireillä olleeseen riita-asiaan.[58] Unionin tuomioistuimen tarkastelun kohteena oli erityisesti kyseisessä oikeusriidassa kyseessä olleen kaltainen tilanne, jossa lapsi on vanhempiensa yhteisestä tahdosta syntynyt sen jäsenvaltion ulkopuolella, jossa hänen vanhempiensa asuinpaikka oli ennen hänen syntymäänsä, ja asunut siellä äitinsä kanssa yhtäjaksoisesti useita kuukausia. Unionin tuomioistuin tutki, oliko tällaisessa tilanteessa se, että vanhempien aikomuksena oli alun perin ollut, että äiti palaa lapsen kanssa kyseiseen jäsenvaltioon, määräävä tekijä, jotta voidaan katsoa, että lapsen asuinpaikka on siellä, vaikkei hän ollut milloinkaan ollut fyysisesti mainitussa jäsenvaltiossa.

53 Tuomio 15.2.2017 (C-499/15, EU:C:2017:118, 61 kohta).

54 Ks. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 37.

55 Tuomio 8.6.2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

56 Tuomio 15.2.2017 (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Ratkaisuehdotus asiassa OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, 57 ja 61 kohta). Ratkaisuehdotuksensa 81–83 kohdassa julkisasiamies Wahl kuitenkin lieventää kantaansa toteamalla, että on mahdollista, että fyysistä läsnäoloa koskeva kriteeri sivuutetaan poikkeuksellisissa olosuhteissa, kunhan on olemassa konkreettinen liittymäkohta siihen jäsenvaltioon, jossa lapsi ei ole koskaan käynyt. Tällaisen liittymäkohdan pitäisi lapsen edun vuoksi perustua ”vahvoihin ja konkreettisiin tekijöihin”, jotka voisivat olla tärkeämpiä kuin lapsen fyysinen läsnäolo.

58 Tuomio 8.6.2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 35 kohta).

61. Vastatessaan tuohon uudelleen muotoiltuun kysymykseen unionin tuomioistuin tyytyi yhtäältä olemaan vahvistamatta yleistä sääntöä, jonka mukaan vanhempainvastuun kantajien yhteinen aikomus lapsen palaamisesta johonkin jäsenvaltioon on määräävä tekijä, joka automaattisesti painaa enemmän kuin lapsen fyysinen läsnäolo jossain toisessa jäsenvaltiossa. Ei myöskään ole ehdotonta sääntöä, jonka mukaan lapsen asuinpaikka on välttämättä sama kuin hänen vanhempiensa asuinpaikka eikä toinen vanhempainvastuun kantajista voi muuttaa sitä yksipuolisesti vastoin toisen vanhemman tahtoa. [59]

62. Toisaalta unionin tuomioistuin arvioi, oliko sen mahdollista kansalliselta tuomioistuimelta kyseisistä olosuhteista saamiensa tietojen perusteella katsoa, että lapsi asui jäsenvaltiossa, jossa vanhemmat olivat alun perin aikoneet elää hänen kanssaan (Italia). Unionin tuomioistuin olisi voinut katsoa tällaisen arvioinnin tarpeettomaksi, jos siitä olisi ollut selvää, että pelkästään sen perusteella, ettei lapsi ollut fyysisesti Italiassa, voitiin katsoa, ettei hän asunut siellä. Tarkastelunsa päätteeksi unionin tuomioistuin totesi, ettei lapsi voi asua kyseisessä jäsenvaltiossa, sillä hän oli oleskellut jo usean kuukauden ajan Kreikassa, missä hän oli syntynyt vanhempiensa yhteisestä tahdosta. [60] Unionin tuomioistuin ei silti sulkenut pois sitä mahdollisuutta, että toisenlaisissa olosuhteissa – erityisesti silloin, kun syntymäpaikka ei ilmennä vanhempien yhteistä tahtoa – kansallinen tuomioistuin voi joutua toteamaan kaikkien merkityksellisten tekijöiden valossa, että lapsen elinpiirin tosiasiallinen keskus sijaitsee jäsenvaltiossa, jossa hän ei ole koskaan asunut.

2) Oikeuskäytännön ja Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdan tavoitteiden kanssa parhaiten yhteensopivan lähestymistavan valinta

63. Koska unionin tuomioistuin ei vielä ole ratkaissut kysymystä siitä, onko fyysinen läsnäolo jäsenvaltiossa välttämätöntä, jotta lapsen voidaan katsoa asuvan siellä, on tarkasteltava, soveltuuko tosiseikkoihin perustuva lähestymistapa, joka on omaksuttu oikeuskäytännössä unionin lainsäätäjän esittämän läheisyyden periaatteen valossa, paremmin jompaankumpaan asianosaisten ehdottamista ratkaisuista.

64. UD:n, Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen ja Tšekin hallituksen mukaan se, että lapsen asuinpaikan käsite liittyy tosiseikkoihin, sopisi huonosti yhteen sellaisen säännön asettamisen kanssa, jonka mukaan fyysinen läsnäolo jäsenvaltiossa olisi ehdoton edellytys sille, että lapsen asuinpaikan voitaisiin katsoa olevan siellä, riippumatta muiden merkityksellisten olosuhteiden tutkimisesta. Nämä asianosaiset korostavat erityisesti niiden tekijöiden merkitystä, jotka koskevat sen vanhemman integroitumista, joka on pienen lapsen tosiasiallinen huoltaja. XB ja komissio sen sijaan katsovat, että koska lapsi ei lähtökohtaisesti voi integroitua paikkaan, jossa hän ei ole koskaan ollut, tällaisen paikan määrittäminen hänen asuinpaikakseen olisi kuvitteellista ja ristiriidassa kyseessä olevan käsitteen tosiseikkoihin perustuvan luonteen kanssa.

65. Näistä kannoista ensimmäinen sopii mielestäni paremmin yhteen unionin tuomioistuimen vahvistaman, tosiseikkoihin perustuvan lähestymistavan kanssa. Sen asettaminen ratkaisevaksi perusteeksi, ettei lapsi ole ollut fyysisesti läsnä, johtaisi toissijaisen oikeudellisen arviointiperusteen käyttöön ottamiseen siltä osin kuin lapsen fyysistä läsnäoloa koskevan ennakkoedellytyksen jäädessä täyttymättä ei voitaisi tutkia mitään muita merkityksellisiä tekijöitä. Tällaisen yleisluonteisen ja abstraktin säännön myötä menetettäisiin se joustavuus, jonka avulla läheisyyden periaate saadaan toteutumaan lapsen edun nimissä. Kuten edellä esitetystä oikeuskäytännöstä ilmenee, kyseinen arviointiperuste ei näet liity niinkään pelkkään lapsen ja tietyn paikkakunnan väliseen maantieteelliseen läheisyyteen, vaan lapsen ja tietyssä paikassa vakiintuneen sosiaalisen ympäristön ja perheympäristön väliseen läheisyyteen.

59 Tuomio 8.6.2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 50 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

60 Tuomio 8.6.2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 49 ja 50 kohta).

66. Joustava lähestymistapa osoittautuukin välttämättömäksi erityisesti sellaisten sylilasten erityistapauksia tarkasteltaessa, jotka syntyvät ja asuvat muussa maassa kuin siinä, jossa heidän vanhempiensa elinpiirin tosiasiallinen keskus on vanhempien perhesiteiden ja sosiaalisten siteiden vuoksi. Muistutan tämän osalta unionin tuomioistuimen todenneen, että koska sylilapset eivät lähtökohtaisesti ole voineet luoda tosiasiallisia siteitä mihinkään paikkaan vanhemmistaan riippumattomasti, heidän elinpiirinsä tosiasiallinen keskus on käytännössä riippuvainen heidän vanhempiensa elinpiirin tosiasiallisesta keskuksesta.[61] Tällaisen sosiaalisen ja perhe-elämään liittyvän realiteetin jättäminen huomiotta johtaisi mielestäni keinotekoisempiin lopputuloksiin kuin sen tosiseikan tunnustaminen, että poikkeuksellisissa tilanteissa sylilapsen asuinpaikka voi olla paikkakunnalla, jossa hän ei ole koskaan ollut fyysisesti.

67. Sylilapsen asuinpaikan määrittäminen edellyttääkin, että huomiota ei kiinnitetä ainoastaan niihin objektiivisiin muuttujiin, jotka liittyvät lapsen oleskeluun maassa, jossa hän on, vaan myös tekijöihin, jotka koskevat sellaisten vanhempien – tai toisen heistä –, joista lapsi on riippuvainen, integroitumista sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön jossain toisessa maassa. Tässä yhteydessä erityisen merkityksellisiä ovat ne olosuhteet lapsen syntymän ja vasta lyhyen olemassaolon aikana, joihin sylilapsen ja vanhempien – tai toisen heistä –, joista lapsi on riippuvainen, läsnäolo ensimmäiseksi mainitussa maassa – ja vastaavasti se, että he eivät ole jälkimmäisessä maassa – perustuu.

68. Silloin kun olosuhteet, jotka eivät ole vanhempien – tai toisen heistä – joista sylilapsi on riippuvainen, tahdon vallassa, kuten ennalta arvaamaton tapahtuma tai ylivoimainen este, johtavat sylilapsen syntymiseen ja oleskeluun sen valtion ulkopuolella, jossa asianomaisen vanhemman tai asianomaisten vanhempien perustama perheyhteisö, johon sylilapsi kuuluu ja joka mahdollisesti käsittää myös muita jäseniä, on asettunut pysyvästi ja säännöllisesti, sylilapsen asuinpaikka on mielestäni kyseisessä valtiossa. Tällöin sylilapsen elinpiirin keskus sijaitsee käytännössä siellä, missä hänen on tarkoitus integroitua kyseiseen perheyhteisöön ja missä hänen olisi jo pitänyt olla, jos tällaisia ulkoisia olosuhteita ei olisi ollut.

69. Väitettäni havainnollistaa esimerkki, joka perustuu Supreme Court of the United Kingdomin asiassa A v. A (Children: Habitual Residence)[62] esittämiin sekä Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen ja Tšekin hallituksen huomautuksissaan esiin tuomiin esimerkkeihin. Kuvitellaan, että Saksaan pysyvästi ja säännöllisesti asettunut pariskunta lähtee lomalle Ranskaan, jossa äiti joutuu synnyttämään ennenaikaisesti. Olisiko katsottava, että lapsen asuinpaikka on heti hänen syntymänsä jälkeen siellä, missä hänen vanhempansa (ja tilanteen mukaan vanhemmat sisaruksensa) asuvat ja missä hänen on tarkoitus asua ja missä vauvansänky ehkä jo odottaa häntä (nimittäin Saksassa), vai että lapsella ei ole lainkaan asuinpaikkaa ennen kuin hän on saapunut Saksaan?[63]

70. Nähdäkseni ei ole epäilystäkään siitä, etteikö se johtopäätös, että lapsen asuinpaikka on Saksassa heti hänen syntymänsä jälkeen, ilmentäisi luotettavammin lapsen todellista integroitumista sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön.[64]

61 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 49 ja 50 kohta.

62 (2013) UKSC 60, 42 kohta.

63 Kolmas lähestymistapa, jonka mukaan lapsi asuisi Ranskassa vain siitä syystä, että hän on oleskellut siellä syntymästään lähtien, näyttää heti alkuun pois suljetulta, sillä tällaiseen satunnaiseen läsnäoloon ei voi liittyä sellaista pysyvyyttä ja säännöllisyyttä, joita lapsen asuinpaikkana määrittäminen edellyttää.

64 Toisin kuin julkisasiamies Wahl esitti ratkaisuehdotuksessaan asiassa OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, 85 kohta), nyt ehdottamassani lähestymistavassa ei millään muotoa ole tarkoitus hyväksyä sitä, että lapsella voisi jo ennen hänen syntymäänsä olla asuinpaikka, eikä siis sitä, että vielä syntymätön lapsi voisi kuulua Bryssel II a -asetuksen soveltamisalaan. Esittämäni lähestymistapa vain kuvastaa sosiaalista todellisuutta, jossa sylilapsi ei voi integroitua sellaiseen sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön, joka on itsenäinen ja hänestä päivittäin huolta pitävien henkilöiden sosiaalisesta ympäristöstä ja perheympäristöstä erillinen.

71. Näiden näkökohtien soveltamisessa on tietenkin otettava huomioon se mahdollisuus, että lapsen asuinpaikka siirtyy ajan kuluessa ja objektiivisten olosuhteiden muuttuessa. Vaikka lapsella, joka on syntynyt ennenaikaisesti sen valtion ulkopuolella, johon hänen perheyhteisönsä on asettunut, onkin asuinpaikka kyseisessä valtiossa, tämä johtopäätös pätee vain niin kauan kuin lapsen oleskelu hänen syntymävaltiossaan ja siitä johtuvat kulttuuriset ja sosiaaliset siteet eivät kallista vaakaa sen toteamuksen puolelle, että lapsen elinpiirin keskus on käytännössä muodostunut sinne. Lapsen todelliset siteet valtioon, jossa hänen oli tarkoitus integroitua sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön, heikkenevät ajan myötä ja muuttuvat pikemminkin kuvitteellisiksi.

72. Suosittelemani tulkinta ei myöskään kyseenalaista sitä, että lapsen asuinpaikka on *useimmissa tapauksissa* paikka, jossa hän on ollut fyysisesti. Tulkintani tarkoittaa ainoastaan sitä, että lapsen asuinpaikan määrittämisen on ilmennettävä hänen tosiasiallista integroitumistaan sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön ilman, että sitä rajoittaisivat tässä tarkoituksessa tiukat oikeussäännöt. Sylilapsia koskevissa erityistilanteissa kullekin yksittäistapaukselle ominaisten olosuhteiden muodostaman kokonaisuuden arviointi voi johtaa siihen, että katsotaan, että lapsen elinpiirin keskus on käytännössä maassa, jossa hän ei ole koskaan ollut.

73. Eräät Supreme Court of United Kingdomin tuomareista ovat esittäneet erittäin valaisevia näkemyksiä tällaisesta tilanneesta. He ovat useaan kertaan esittäneet, että jos lapsen asuinpaikan määrittämisen mahdollistavien tekijöiden painottamisesta ei voida määrätä oikeussäännöillä, sitä voidaan kuitenkin säännellä hyödyllisesti tietyillä ”tosiseikkoja koskevilla yleistyksillä”. Tietyt propositiot osoittautuvat toisin sanoen yleensä – vaikkakaan eivät aina – lapsen tosiasiallista tilannetta vastaaviksi.[65]

74. Tämä koskee propositiota, jonka mukaan sylilapsen asuinpaikka määräytyy sellaisten vanhempien – tai toisen heistä –, joista lapsi on riippuvainen, asuinpaikan perusteella,[66] samoin kuin nimenomaisesti sitä propositiota, jonka mukaan lapsen asuinpaikka edellyttää tietynasteista fyysistä läsnäoloa kyseisessä maassa.[67] Se, että nämä kaksi propositiota voivat olla ristiriidassa keskenään (kuten edellä mainittu esimerkki osoittaa), kertoo siitä, ettei niitä koskevia ehdottomia oikeussääntöjä ole mahdollista laatia.

75. Tätä päätelmää eivät mielestäni aseta kyseenalaiseksi ne näkökohdat, jotka liittyvät unionissa omaksuttujen ratkaisujen ennakoitavuutta, oikeusvarmuutta ja yhtenäisyyttä koskeviin vaatimuksiin.

76. Ensinnäkin näyttöön perustuvaan menetelmään, joka on omaksuttu vakiintuneessa oikeuskäytännössä asiassa A[68] annetun tuomion jälkeen, liittyy väistämättä – välittömänä seurauksena siitä harkintavallasta, joka siinä annetaan kansallisille tuomioistuimelle – tietty riski eri tuomioistuinten vertailukelpoisissa tapauksissa antamien ratkaisujen kirjavuudesta.[69] Yleensä tuo ”hinta, joka on maksettava,” hyväksytään sen joustavuuden vuoksi, joka on välttämätöntä, jotta periaate, joka koskee lapsen läheisyyttä hänen sosiaalisen ympäristönsä ja perheympäristönsä kanssa, saataisiin käytännössä toteutumaan lapsen edun vuoksi. En näe, miksi sellaisia sylilapsia koskevia

65 Ks. tuomio A v. A (Children: Habitual Residence), (2013) UKSC 60, 44 kohta (enemmistötuomio) ja 73–75 sekä 83 ja 84 kohta (eriävä mielipide). Ks. myös tuomio Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) (2013) UKSC 75, 21 kohta.

66 Ks. tuomio 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 50 kohta) ja tuomio Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) (2013) UKSC 75, 21 kohta: ”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.” Ks. myös Supreme Court of the United States (Yhdysvaltojen ylin tuomioistuin), tuomio Delvoye v. Lee, 2003 U.S. LEXIS 7737: ”There is general agreement on a theoretical level that because of the factual basis of the concept there is no place for habitual residence of dependence. However, in practice it is often not possible to make a distinction between the habitual residence of a child and that of its custodian.”

67 Ks. tämän osalta tuomari Huguesin eriävä mielipide asiassa A v. A (Children: Habitual Residence), (2013) UKSC 60, 92 kohta.

68 Tuomio 2.4.2009 (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 Bryssel II a -asetuksen 19 artiklan 2 kohdan nojalla on kuitenkin mahdollista välttyä toimivaltaristiriidoilta. Siinä säädetään, että ”jos eri jäsenvaltioiden tuomioistuimissa pannaan vireille vanhempainvastuuseen liittyviä kanteita, jotka koskevat samaa lasta ja samaa asiaa, tuomioistuimen, jossa kanne on nostettu myöhemmin, on omasta aloitteestaan lykättävä asian käsittelyä, kunnes on ratkaistu, onko tuomioistuin, jossa kanne on ensin nostettu, toimivaltainen”.

erikoistapauksia, jotka syntyvät ja asuvat muussa kuin siinä maassa, jossa heidän vanhempiensa elinpiirin keskus käytännössä sijaitsee – siis ainoita tilanteita, joissa on käytännössä ajateltavissa, että lapsi asuu jäsenvaltiossa, jossa hän ei ole koskaan käynyt – olisi käsiteltävä joustamattomasti, toisin kuin kaikkia muita yksittäistapauksia.

77. En myöskään ole vakuuttunut siitä komission väitteestä, jonka mukaan joustava lähestymistapa ei olisi tarpeen tämänkaltaisissa tilanteissa, kunhan lapsi oleskelee jossain jäsenvaltiossa. Komissio huomauttaa, että asuinpaikan puuttumisen varalta Bryssel II a -asetuksen 13 artiklassa on säädetty lapsen olinpaikkaan perustuvasta toissijaisesta toimivaltaperusteesta. Totean kuitenkin, että tuohon toimivaltaperusteeseen, joka edustaa vain yhtä maantieteellistä ulottuvuutta läheisyyden periaatteesta, ei liity minkäänlaista pysyvyyteen viittaavaa piirrettä, mistä syystä se onkin luonteeltaan toissijainen.[70] Kyseisen asetuksen 13 artiklan soveltaminen onkin siten rajattu poikkeustapauksiin, joissa lapsen asuinpaikan määrittäminen osoittautuu mahdottomaksi.[71] Lisäksi, kuten Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on korostanut, tällä problematiikalla on vieläkin perustavanlaatuisempi käytännön merkitys palauttamismenettelyn yhteydessä. Siinä tapauksessa, että edellä esitetyssä esimerkissä toinen vanhemmista kieltäytyisi palaamasta Saksaan vastasyntyneen kanssa, palauttamismenettely voitaisiin näet käynnistää ainoastaan sillä edellytyksellä, että vastasyntyneen katsotaan asuvan siellä.

78. Epäilen lopuksi sitä, että säännöstä, jonka mukaan lapsen asuinpaikka edellyttää välttämättä jonkinasteista fyysistä läsnäoloa, voisi ylipäätänsä olla todellista hyötyä oikeusvarmuuden kannalta. Ranskassa ylivoimaisen esteen vuoksi syntyneen lapsen Saksassa asuvat vanhemmat voisivat näet oikeutetusti odottaa, että vanhempainvastuuta koskevat erimielisyydet ratkaistaan Saksan tuomioistuimissa. Heidän näkökulmastaan sääntö, joka velvoittaa kyseiset tuomioistuimet toteamaan, ettei niillä ole toimivaltaa käsitellä asiaa vain siitä syystä, ettei lapsi ole vielä Saksassa ennalta arvaamattoman ja tahattoman tapahtuman vuoksi, aiheuttaisi oikeudellista epävarmuutta.[72]

79. Katson kaiken edellä esitetyn perusteella, että fyysistä läsnäoloa koskevalle kriteerille ei pitäisi automaattisesti antaa ratkaisevaa painoarvoa ottamatta huomioon kunkin asian ominaispiirteitä. Se, että lapsi on fyysisesti jossain jäsenvaltiossa, ei siis ole edellytys sille, että hänen voidaan katsoa asuvan siellä Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla.

3 Pakottamisen vaikutus lapsen asuinpaikan määrittämisen kannalta (toinen kysymys)

a) Alustavia toteamuksia

80. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee unionin tuomioistuimelta toisella kysymyksellään, millainen vaikutus ratkaistaessa sitä, asuuko lapsi jossain jäsenvaltiossa vaikkei hän ole ollut siellä koskaan fyysisesti, on sillä, että äidin väitteiden mukaan lapsen isä on houkutellut hänet saapumaan kolmanteen maahan ja sen jälkeen saanut hänet laittomin keinoin jäämään sinne, minkä seurauksena hän on joutunut synnyttämään siellä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa lisäksi, että tässä tilanteessa saattaa olla kyse äidin ja lapsen Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 ja 5 artiklan mukaisten perusoikeuksien loukkaamisesta. Kyseisten artiklojen sisältö on toistettu Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 4 ja 6 artiklassa.

70 Ks. vastaavasti julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus asiassa A (C-523/07, EU:C:2009:39, 20 ja 21 kohta).

71 Tuomio 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, 43 kohta). Bryssel II a -asetuksen 13 artiklassa tarkoitetaan erityisesti sellaisia muuttoja koskevia poikkeustapauksia, joissa lapsi on siirtymävaiheen aikana menettänyt asuinpaikkansa lähtöjäsenvaltiossa saamatta vielä asuinpaikkaa vastaanottavassa valtiossa. Ks. julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus asiassa A (C-523/07, EU:C:2009:39, 45 kohta) ja komission *Käytännön opas Brussels II a -asetuksen soveltamiseen*, s. 29 (saatavissa internetsivustolta https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed/language-fi).

72 Tämäntyyppisissä tapauksissa sellainen sääntö veisi tuomioistuimelta lisäksi mahdollisuuden tehdä yksinkertainen johtopäätös lapsen asuinpaikasta kaikkien muiden merkityksellisten olosuhteiden perusteella.

81. Voidakseen vastata tähän kysymykseen unionin tuomioistuimen on täsmennettävä, mikä merkitys on sillä, että äidin ja lapsen läsnäolo Bangladeshissa kanteen nostamisajankohtana – ja vastaavasti heidän poissaolonsa Yhdistyneen kuningaskunnan alueelta – on väitetysti johtunut ainoastaan lapsen isän käyttämästä pakosta. Ennakkoratkaisupyyntöpäätöksestä ilmenee, että UD väittää lähinnä, että hänen alkuperäisenä aikomuksenaan, jonka hän luuli olevan yhteinen XB:n kanssa (jolla on vanhempainvastuu yhdessä UD:n kanssa) heidän lähtiessään Bangladeshiin, oli synnyttää ja asua lapsen kanssa Yhdistyneessä kuningaskunnassa.[73] UD:n mukaan XB:n käyttämä pakko on kuitenkin estänyt kyseisen aikomuksen toteutumisen.

82. Tällainen tosiseikasto ei valitettavasti näytä rajoittuvan vain yhteen, erilliseen poikkeustapaukseen. Kuten Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on korostanut, se vastaa jo merkille pantua ilmiötä, josta on myös keskusteltu Yhdistyneen kuningaskunnan tuomioistuimissa muiden oikeustapausten yhteydessä.[74]

83. Aion ensin arvioida, missä määrin edellä esiin tuotu, pakottamiseen liittyvä ulottuvuus pitää ottaa huomioon olemassa olevaan oikeuskäytäntöön perustuvien periaatteiden mukaisesti (osa b). Tämän jälkeen pohdin sitä, edellyttävätkö lapsen etu ja perusoikeuskirjassa vahvistetut perusoikeudet muiden periaatteiden soveltamista pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa (osa c).

b) Olemassa olevaan oikeuskäytäntöön perustuvien periaatteiden soveltaminen

84. Unionin tuomioistuimen vahvistaman, tosiseikkoihin perustuvan lähestymistavan mukaan se, että äiti on synnyttänyt lapsensa kolmannessa maassa ja jäänyt sinne tämän kanssa ainoastaan siitä syystä, että lapsen isä on pakottanut hänet siihen, on mielestäni merkityksellinen tekijä arvioitaessa lapsen siteitä niin siihen kolmanteen maahan, jossa hän tosiasiallisesti oleskelee, kuin siihen jäsenvaltioon, jossa hän olisi syntynyt ja asunut, jos tällaista pakottamista ei olisi ollut.[75]

85. Yhtäältä tämä seikka kuuluu oikeuskäytännössä tarkoitettuihin äidin ja lapsen kyseisessä kolmannessa maassa ”oleskelun olosuhteisiin ja syihin”.[76] Se voisi nyt käsiteltävässä asiassa olla osoituksena siitä, että lapsi ei asu Bangladeshissa, vaikka hänen kaikki kiinnekohtansa ovatkin olosuhteiden pakosta kyseisessä maassa, jossa hän on elänyt syntymästään lähtien ja johon hänen maantieteellinen ja kulttuurinen taustansa kytkevät hänet.

86. Asianomaisen lapsen nuoren iän vuoksi hänen elinympäristönsä määräytyy ennen muuta sen henkilön tai niiden henkilöiden, josta tai joista hän on riippuvainen, eli ennakkoratkaisupyynnössä esitettyjen tosiseikkojen perusteella todennäköisesti hänen äitinsä elinympäristön mukaan, sillä hänen isänsä on palannut Yhdistyneeseen kuningaskuntaan. UD:n väitteiden mukaan XB:n käyttämä pakko estää häntä valitsemasta, missä hän asuu sylilapsensa kanssa, ja hän on sen seurauksena joutunut jäämään kylään, jossa paikallisyhteisö väitetysti on leimannut hänet ja jossa hänellä ei ole käytössään elämisen perusedellytyksiä eikä tuloja. En näekään, että äidin ja lapsen tahdonvastainen ja tukala oleskelu kolmannessa valtiossa voisi olla luonteeltaan niin vakinaista ja säännöllistä, että lapsen

73 Voidaan toki aiheellisesti kyseenalaistaa väite, ettei äiti ollut valmistautunut synnyttämään Bangladeshissa, koska hänen matkustaessaan sinne raskaus oli jatkunut jo yli seitsemän kuukautta. Koska ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kuitenkin toteaa joutuvansa määrittämään toimivaltansa äidin sen väitteen perusteella, jonka mukaan lapsen isä on pakottanut hänet synnyttämään Bangladeshissa, käytän kyseistä lähtökohtaa arvioni perustana.

74 Ks. Supreme Court of the United Kingdom, tuomio A v. A (Children), (2013) UKSC 60 ja High Court of Justice (England &Wales), Family Division, tuomio B v. H (Habitual Residence: Wardship) (2002) 1 FLR 388.

75 Kuten ennakkoratkaisupyyntöpäätöksestä ilmenee, kansallisen tuomioistuimen on otettava kantaa toimivaltaansa tiettyjen lapsen äidin väittämien ja toistaiseksi määrittämättömien tosiseikkojen perusteella (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 17 ja 31 kohta). Jäljempänä esitettyjen näkökohtien tarkoituksena onkin auttaa kyseistä tuomioistuinta määrittämään lapsen asuinpaikka näin esitettyjä tosiseikkoja vastaavassa tosiseikkoja koskevassa asetelmassa puuttumatta kyseisen tuomioistuimen näistä tosiseikoista pääasiassa tekemään arviointiin.

76 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 48 kohta.

asuinpaikan voitaisiin katsoa olevan siellä. Voidaanko siis tosiasiassa puhua integroitumisesta sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön, jos sylilapselle on voinut syntyä siteitä kyseiseen kolmanteen valtioon ainoastaan sellaisen tilanteen vuoksi, joka on seurausta hänen isänsä harjoittamasta pakottamisesta?[77]

87. Nämä seikat ovat edelleen merkityksellisiä siitä huolimatta, että UD on lähtöisin Bangladeshista ja asuu siellä nyt oman sukunsa kylässä. Se, mistä lapsen huollosta vastaava vanhempi on maantieteellisesti lähtöisin, ja se, mikä on hänen perhetaustansa – samoin kuin niistä johtuvat lapsen kulttuuriset siteet ja perhesiteet – ovat vain yksi niistä tekijöistä, jotka voidaan ottaa huomioon kunkin yksittäistapauksen olosuhteiden kokonaisarvioinnissa.[78] Kyseinen tekijä ei voi peittää muita objektiivisia olosuhteita, kuten sitä, että äiti on väitetysti pakotettu jäämään tyttärensä kanssa Bangladeshiin.

88. Toisaalta se seikka, että ilman isän harjoittamaa pakkoa lapsi olisi syntynyt asianomaisessa jäsenvaltiossa ja asunut siellä syntymänsä jälkeen, ei siksi ole riittävä peruste kyseisen jäsenvaltion määrittämiseksi hänen asuinpaikakseen. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan edes tällainen fyysinen läsnäolo ei olisi riittänyt tähän tarkoitukseen. Lapsen ja kyseisen jäsenvaltion alueen välillä olevien tosiasiallisten siteiden perusteella on vielä voitava katsoa, että lapsen elinpiirin keskus on käytännössä siellä.

89. Kuten olen esittänyt edellä,[79] sellaiseen perheyhteisöön, jonka jäsenten elinpiirin tosiasiallinen keskus sijaitsee jossain jäsenvaltiossa, kuuluva sylilapsi asuu kyseisessä jäsenvaltiossa, vaikka hän ei olisikaan syntynyt siellä eikä vielä käynyt siellä sellaisten olosuhteiden vuoksi, jotka eivät ole hänen vanhempiensa – tai toisen heistä –, joista hän on riippuvainen, tahdon vallassa. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kuuluu arvioida kaikkien merkityksellisten olosuhteiden perusteella, vastaako pääasiassa kyseessä oleva tilanne tällaista tapausta. Jäljempänä esitetyt näkökohdat tarjoavat sille ohjenuoran tässä tehtävässä.

90. Mielestäni on ensimmäiseksi syytä kiinnittää erityistä huomiota *seikkoihin, jotka kuvaavat äidin oleskelua Yhdistyneessä kuningaskunnassa*, ja hänellä siellä olevia sosiaalisia siteitä ja perhesiteitä. Lapsen elinpiirin keskuksen voidaan nimittäin katsoa olevan siellä vain sikäli kuin äiti, josta hän on riippuvainen, on itse integroitunut siellä sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön. Tämä osalta on syytä ottaa huomioon erityisesti UD:n oleskelun kesto Yhdistyneessä kuningaskunnassa, hänelle myönnetyn puolison viisumin voimassaoloaika, hänen kielitaitonsa sekä hänen mahdolliset sosiaaliset ja kulttuuriset siteensä kyseiseen jäsenvaltioon.

91. Tässä yhteydessä tulee esiin kysymys siitä, missä määrin olisi otettava huomioon UD:n *aikomus*, jonka hän omien sanojensa mukaan luuli jakavansa XB:n kanssa heidän lähtiessään Bangladeshiin ja joka koski lapsen oleskelua Yhdistyneessä kuningaskunnassa tämän syntymän jälkeen. Muistutan tämän osalta, ettei vanhempien aikomuksella lapsen asuinpaikan suhteen ole välttämättä suurempaa painoarvoa kuin lapsen tosiasiallisilla siteillä johonkin toiseen paikkaan.[80] Kyseiselle tekijälle annettava painoarvo riippuu kunkin yksittäistapauksen olosuhteista.

77 Muutamat yhdysvaltalaiset tuomioistuimet ovat saman linjan mukaisesti ottaneet lapsen asuinpaikan määrittämisessä huomioon hänen äitiinsä kohdistetun pakon. District Court of Utah (Utahin osavaltion piirituomioistuin, Amerikan yhdysvallat) katsoikin, että vaikka lapsi oleskeli Saksassa, hän ei asunut siellä, sillä äiti ja lapsi olivat estyneet poistumasta Saksasta isän harjoittaman sanallisen, emotionaalisen ja fyysisen väkivallan vuoksi (Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993)). District Court of Washington (Washingtonin osavaltion piirituomioistuin, Amerikan yhdysvallat) katsoi, että kyseessä olevien lasten äidin asuinpaikka ei ollut Kreikassa, jossa hän asui heidän kanssaan sosiaalisesti eristyksissä ja vailla omaa sanavaltaa tuntematta maan kulttuurisia normeja tai kieltä, jossa hänellä oli käytössään vain rajalliset rahavarat ja jossa hän joutui myös kärsimään lasten isän harjoittamasta väkivallasta (Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045 (2001)). District Court of Minnesota (Minnesotan osavaltion piirituomioistuin, Amerikan yhdysvallat) otti huomioon sen, että lasten isä oli estänyt lasten äitiä lähtemästä Israelista, jonka kansalaisia molemmat olivat ja jossa äiti oli asunut 11 kuukautta lasten isän ja heidän lastensa kanssa, ja katsoi, etteivät kyseiset lapset asuneet tuossa valtiossa (Silverman v. Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313).

78 Ks. tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 52–58 kohta).

79 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 65–71 kohta.

80 Tuomio 8.6.2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, 48 kohta). Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 60 kohta.

92. Mielestäni silloin, kun huolimatta vanhempien – tai sen ainoan vanhemman, joka aikoo vastata lapsen huollosta [81] – alkuperäisestä aikomuksesta asettua lapsen kanssa tiettyyn paikkaan lapsi syntyy ja asuu vastoin sen vanhemman tahtoa, josta hän on riippuvainen, toisessa paikassa, aikomuksella saattaa osatekijänä olla erityinen merkitys. Näin on, sillä lapsen ja kyseisen vanhemman oleskeluun maassa, jossa he ovat, liittyvät objektiiviset seikat ovat tällaisessa tilanteessa riittämättömiä osoituksia paikasta, jossa viimeksi mainitut ovat tosiasiassa integroituneet sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön. Lapsen asuinpaikkakuntaa tietyssä jäsenvaltiossa koskeva aikomus on sikäli kuin se ilmenee konkreettisina toimenpiteinä näin ollen tekijä, jolla saattaa olla enemmän painoarvoa kuin kyseisillä objektiivisilla seikoilla, sillä se tukee sen vanhemman, josta lapsi on riippuvainen, integroitumista kyseiseen jäsenvaltioon, vaikka tämä onkin ollut poissa sieltä lapsen syntymästä lähtien.

93. Määritettäessä lapsen asuinpaikkaa olisi siis otettava erityisen tarkoin huomioon mahdolliset indisiot, joiden mukaan vanhemmat – tai äiti yksinään – olisivat ennen heidän lähtöään Bangladeshiin ryhtynyt toimenpiteisiin tarkoituksenaan synnyttää lapsi Yhdistyneessä kuningaskunnassa, asettua pysyvään asuntoon kyseisessä jäsenvaltiossa ja huolehtia lapsesta päivittäin.

94. Siltä osin kuin on toiseksi kyse olosuhteista, jotka liittyvät *isän integroitumiseen* kyseiseen jäsenvaltioon, oikeuskäytännöstä ilmenee, että se vanhempi, joka ei tosiasiallisesti hoida lasta (vaikka onkin vanhempainvastuun kantaja), ei kuulu lapsen perheympäristöön, vaikka lapsi on edelleen säännöllisesti yhteydessä häneen. [82] Siinä tapauksessa, että isä palaa kyseiseen jäsenvaltioon ja estää äitiä palaamasta sinne heidän lapsensa kanssa, tällaisia yhteyksiä ei enää pidetä yllä. Isän oleskelu ja integroituminen kyseisessä jäsenvaltiossa kanteen nostamisajankohtana eivät siis anna riittäviä tietoja paikasta, jossa lapsen elinpiirin keskus käytännössä sijaitsee.

95. Kolmanneksi on otettava huomioon myös se, *kuinka pitkä aika* on kulunut lapsen syntymästä siihen, kun asia pantiin vireille ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa. Oleskelun kesto jossain valtiossa on yleensä tekijä, joka voi kuvastaa lapsen integroitumista kyseiseen valtioon ja vastaavasti sitä, ettei hänellä ole konkreettisia siteitä toiseen valtioon. Senkin tärkeys kuitenkin vaihtelee merkityksellisten olosuhteiden tapauskohtaisessa kokonaisarvioinnissa. [83]

96. Kyseinen tekijä ei siis automaattisesti ilmaise lapsen todellista integroitumista silloin, kun hänen oleskelunsa yhtäjaksoinen kesto jossain valtiossa ja vastaavasti hänen poissaolonsa toisesta valtiosta ovat seurausta pakon käyttämisestä. Senkin uhalla, että asuinpaikan käsite hämärtyy keinotekoisesti, on todettava, että lapsi, joka varttuu ja luo siteitä valtiossa, jossa hänen on pakko oleskella voimatta luoda mitään sidettä valtioon, jossa hänen olisi kuulunut olla, jollei pakottamista olisi tapahtunut, menettää tosin tietyssä vaiheessa asuinpaikkansa viimeksi mainitussa valtiossa. [84] Tämä ei kuitenkaan ole välttämättä tilanne sellaisen lapsen kohdalla, joka oli – kuten nyt käsiteltävässä asiassa – asian vireillepanoajankohtana vielä sylilapsi. Mielestäni lapsen Bangladeshissa oleskelun keston ei pitäisikään olla sinällään esteenä Yhdistyneen kuningaskunnan määrittämiseksi hänen asuinpaikakseen.

81 Komission mukaan vain toisen vanhempainvastuuta kantavan vanhemman yksipuolinen aikomus ei voi missään tilanteessa korvata sitä, ettei lapsi ole ollut fyysisesti kyseessä olevassa jäsenvaltiossa. Tämä argumentaatio on kuitenkin hylättävä, kun otetaan huomioon 28.6.2018 annettu tuomio HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 63 kohta), josta ilmenee, että sen vanhemman aikomus, jolla on oikeus lapsen huoltoon mutta joka käytännössä ei vastaa lapsen huollosta, on otettava huomioon vain siltä osin kuin hän aikoo harjoittaa oikeuttaa huoltoon. Sen vanhemman yksipuolinen aikomus, joka aikoo yksin käytännössä käyttää oikeuttaan huoltoon, voidaan siis ottaa huomioon. Tämä ratkaisu on myös sen palauttamismenettelyn tarkoituksen mukainen, josta on määrätty vuoden 1980 Haagin yleissopimuksessa ja jota on täydennetty Bryssel II a -asetuksella. Kyseisen yleissopimuksen 3 artiklan b alakohdassa, jonka sisältö on toistettu kyseisen asetuksen 2 artiklan 11 alakohdan b alakohdassa, nimittäin määrätään, että lapsen poisvieminen tai palauttamatta jättäminen on luvatonta ainoastaan silloin, kun se lapsen asuinpaikkana olevan valtion oikeusjärjestyksen mukaan loukkaa oikeutta lapsen huoltoon ja kyseistä oikeutta huoltoon *oli tosiasiallisesti käytetty* poisviemisen tai palauttamatta jättämisen hetkellä tai sitä olisi käytetty, jollei poisviemistä tai palauttamatta jättämistä olisi tapahtunut.

82 Ks. tuomio 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, 48 kohta).

83 Vaikka 22.12.2010 annetun tuomion Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, 51 kohta) mukaan lapsen oleskelun asianomaisessa jäsenvaltiossa ”on tavallisesti kestettävä tietyn ajan, jotta se voi ilmentää riittävää pysyvyyttä”, Bryssel II a -asetuksessa ei säädetä vähimmäiskestosta, sillä oleskelun kesto on vain yksi indisio muiden joukossa.

84 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 71 kohta.

97. Kaikki nämä seikat yhdessä viittaavat seuraavaan johtopäätökseen pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa, jossa lapsi on syntynyt kolmannessa valtiossa ja estynyt matkustamasta äitinsä kanssa jäsenvaltioon isänsä harjoittaman pakottamisen vuoksi ja jossa lapsi oli yhä sylilapsi silloin, kun asia pantiin vireille ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa. Tällaisessa tilanteessa lapsi asuu kyseisessä jäsenvaltiossa Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla ainoastaan, jos hän ilman tällaista pakottamista olisi ollut pysyvästi ja säännöllisesti läsnä kyseisessä jäsenvaltiossa ja integroitunut sinne sellaisen perheyhteisön jäsenenä, jonka muiden jäsenten elinpiirin keskus käytännössä on siellä. Tämän edellytyksen täyttyminen edellyttää, että äiti on integroitunut sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön kyseessä olevassa jäsenvaltiossa. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on selvittää, onko asia näin, kun otetaan huomioon kaikki merkitykselliset olosuhteet, joita ovat äidin aiempaan oleskeluun kyseisessä jäsenvaltiossa ja hänen integroitumiseensa siellä liittyvät objektiiviset tekijät sekä konkreettiset merkit äidin aikomuksesta lapsensa oleskelupaikan suhteen.

c) Lapsen ja äidin perusoikeuksien huomioon ottaminen

98. Perusteellisuuden vuoksi on mielestäni syytä huomauttaa, että mikäli pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa ei ole mahdollista määrittää jäsenvaltion tuomioistuinten yleistä toimivaltaa soveltamalla lapsen elinpiirin tosiasiallista keskusta koskevaa arviointiperustetta, perusoikeuskirjan 24 artiklassa taattu lapsen edun ja perusoikeuskirjan 4 ja 6 artiklassa vahvistettujen perusoikeuksien suojelu [85] eivät mielestäni oikeuta tekemään toisenlaista johtopäätöstä.

99. Muistutan, että tällainen oikeudellinen arviointiperuste ilmentää kyseisen asetuksen 8 artiklan 1 kohdan perustana olevaa läheisyyden periaatetta, jolla lainsäätäjä on halunnut suojella lapsen etua yleisessä merkityksessä. [86] Nähdäkseni seuraavat seikat puhuvat sitä vastaan, että oikeuskäytännössä otettaisiin käyttöön kyseisen periaatteen syrjäyttävä poikkeava arviointiperuste silloin, kun lapsen etu tietyssä tapauksessa ymmärrettynä ja hänen muut perusoikeutensa ovat uhattuina siinä kolmannessa valtiossa, jossa hän oleskelee.

100. Perusoikeuskirjan 51 artiklan 2 kohdassa määrätään ensinnäkin, että perusoikeuskirjalla ”ei uloteta unionin oikeuden soveltamisalaa unionin toimivaltaa laajemmaksi”. Näin ollen unionin tuomioistuin saa sille myönnetyn toimivallan rajoissa tulkita unionin oikeutta perusoikeuskirjan valossa. [87] Unionin ja sen jäsenvaltioiden ei kuitenkaan pidä unionin oikeuden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen nojalla käyttää toimivaltaansa kolmansissa valtioissa esiintyvissä tilanteissa, jos unionin oikeudessa tai Euroopan ihmisoikeussopimuksessa, sellaisena kuin sitä on tulkittu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä, [88] vahvistettua liittymää ei ole.

101. Bryssel II a -asetuksella on toiseksi jo perustettu järjestelmä, joka sallii jäsenvaltioiden suojella lapsen etua, vaikka tapaukseen ei liittyisikään unionin oikeuteen perustuvaa liittymää. Jos yksikään jäsenvaltion tuomioistuin ei ole toimivaltainen Bryssel II a -asetuksen 8–13 artiklan nojalla, saman asetuksen 14 artiklassa täsmennetään, että jäsenvaltiot voivat muissa tapauksissa antaa kansallisen lainsäädäntönsä nojalla toimivallan omille tuomioistuimilleen. Kun läheisyyden periaatteeseen perustuvien kyseisen asetuksen säännösten mukaan ei ole mahdollista nimetä minkään jäsenvaltion tuomioistuinta, jäsenvaltion on sallittua perustaa omien tuomioistuintensa toimivalta sisäisen oikeuden sääntöihin ja poiketa siten kyseisestä perusteesta.

85 Ks. Bryssel II a -asetuksen johdanto-osan 12 perustelukappale ja saman asetuksen johdanto-osan 33 perustelukappale, jonka mukaan kyseisessä asetuksessa tunnustetaan perusoikeuskirjassa taatut perusoikeudet ja kunnioitetaan niitä.

86 Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 36 kohta.

87 Ks. mm. tuomio 5.10.2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, 51 kohta).

88 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artiklassa tarkoitettu sopimusvaltioiden lainkäyttövalta rajoittuu lähtökohtaisesti niiden omaan alueeseen. Tähän periaatteeseen voidaan soveltaa poikkeuksia ainoastaan tarkoin määritellyissä olosuhteissa, jotka eivät tule kyseeseen nyt käsiteltävän asian asiayhteydessä. Ks. mm. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 7.7.2011, Al-Skeini ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, 130–142 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

102. Tällainen jäännöstoimivalta on nyt käsiteltävässä tapauksessa olemassa Yhdistyneen kuningaskunnan oikeusjärjestyksessä kyseisen jäsenvaltion tuomioistuinten *parens patriae* -toimivallan muodossa. Kuten unionin tuomioistuimelle esitetystä asiakirja-aineistosta ilmenee, tämän toimivaltasäännön soveltaminen on kuitenkin rajattu Ison-Britannian kansalaisiin ja se kuuluu kansallisten tuomioistuinten harkintavaltaan.

103. XB väittää myös, että UD voisi tarpeen tullen kääntyä Bangladeshin tuomioistuinten puoleen erityisesti siinä tilanteessa, että tämän kolmannen valtion oikeudessa on säädetty lapsen läsnäoloon perustuvista toimivaltasäännöistä. Vaikka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin täsmentää tältä osin, että se, että XB on pakottanut UD:n ja lapsen jäämään maahan, todennäköisesti loukkaa viimeksi mainittujen perusoikeuksia, se ei nimenomaisesti tuo esiin väitteitä, joiden mukaan Bangladeshin tasavalta olisi jättänyt noudattamatta toimintavelvollisuuttaan suojella kyseisiä oikeuksia erityisesti tuomioistuimissa.[89] En katso siis asianmukaiseksi käyttää tämän tarkasteluni perustana tämän suuntaisia olettamia.

104. Bryssel II a -asetuksen 14 artiklasta näyttää mielestäni joka tapauksessa välittyvän se ajatus, että kunkin jäsenvaltion asiana on päättää tarpeen mukaan erityisesti kansainväliseen kohteliaisuuteen (*comity*) liittyvien näkökohtien perusteella, voiko huoli siitä, että kolmannen valtion tuomioistuimet eivät sovella äitiin ja lapseen kyseisessä jäsenvaltiossa voimassa olevien oikeuksien ja arvojen mukaisia suojasääntöjä, olla perusteena erityisen toimivaltaperusteen käyttöön ottamiselle sen kansallisessa lainsäädännössä.[90]

105. Näin ollen jopa silloin, kun lapsen etua ja perusoikeuksia mahdollisesti loukataan kolmannessa valtiossa, Bryssel II a -asetuksen 8 artiklan 1 kohtaa ei voida tulkita siten, että lapsen asuinpaikka määritetään sellaisten kriteerien perusteella, jotka poikkeavat lapsen elinpiirin tosiasiallista keskusta koskevassa arviointiperusteessa konkreettisesti ilmaistusta läheisyyden periaatteesta.

V Ratkaisuehdotus

106. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa High Court of Justice (England & Wales), Family Divisionin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta 27.11.2003 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 2201/2003 8 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu lapsen asuinpaikka vastaa paikkakuntaa, jossa käytännössä on hänen elinpiirinsä keskus. Kyseinen paikkakunta on määritettävä kaikkien kullekin yksittäistapaukselle ominaisten olosuhteiden perusteella. Tietyissä poikkeustapauksissa voidaan kaikkien seikkojen kokonaisarvioinnin johdosta katsoa, että lapsen elinpiirin keskus on käytännössä paikassa, jossa hän ei ole koskaan ollut fyysisesti. Lapsen fyysinen läsnäolo jonkin jäsenvaltion alueella ei siis ole edellytys kyseisen valtion vahvistamiselle hänen asuinpaikakseen.

89 Vaikka Euroopan ihmisoikeussopimus tai perusoikeuskirja eivät sidokaan Bangladeshin tasavaltaa, Yhdistyneiden kansakuntien yleiskokouksen 16.12.1966 hyväksymän, kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälisen yleissopimuksen – johon Bangladeshin tasavalta on liittynyt – 7 ja 9 artiklassa taataan oikeudet, jotka vastaavat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 ja 5 artiklan sekä perusoikeuskirjan 4 ja 6 artiklan mukaisia oikeuksia.

90 Ks. tämän osalta tuomari Sumptionin eriävä mielipide asiassa Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) (2016) UKSC 4, 66 ja 76 kohta. Siinä todetaan, että Yhdistyneen kuningaskunnan tuomioistuinten toimivallan perusteeksi ei riitä pelkästään se, ettei hyväksytä niitä sääntöjä, joita olisi sovellettava sen maan lainsäädännön nojalla, jossa lapsi on.

2) Se, että sylilapsen äiti, joka tosiasiallisesti hoitaa lasta, on lapsen isän pakottamana joutunut synnyttämään kolmannessa valtiossa ja jäämään sinne sylilapsen kanssa tämän syntymän jälkeen, mikä on mahdollisesti saattanut heidät Euroopan unionin perusoikeuskirjan 4 ja 6 artiklassa vahvistettujen perusoikeuksien vastaiseen tilanteeseen, on merkityksellinen tekijä asetuksen N:o 2201/2003 8 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun lapsen asuinpaikan määrittämisessä.

Tällaisessa tilanteessa sylilapsi voi kuitenkin asua jäsenvaltiossa – vaikkei hän ole ollutkaan siellä koskaan fyysisesti – ainoastaan, jos hänen äitinsä elinpiirin keskus on käytännössä siellä, mikä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on selvitettävä. Tältä osin on erityistä merkitystä äidillä kyseisessä jäsenvaltiossa mahdollisesti olevilla perhesiteillä sekä sosiaalisilla ja kulttuurisilla siteillä samoin kuin mahdollisilla konkreettisilla merkeillä äidin aikomuksesta asua siellä lapsensa kanssa tämän syntymän jälkeen.