

Olovligt bortförande av barn inom EU

En analys av Bryssel II-förordningens regler mot
bakgrund av EU:s rättighetsstadga och
barnkonventionen

Examensarbete i internationell privat- och processrätt,
30 högskolepoäng

Författare: Maja Lindqvist

Handledare: Professor Maarit Jänträ-Jareborg

VT 2010



**JURIDISKA FAKULTETEN – INSTITUTIONEN
UPPSALA UNIVERSITET**

Innehållsförteckning

1	Inledning.....	7
1.1	Bakgrund	7
1.2	Uppsatsämnets aktualitet	8
1.3	Syfte och frågeställningar.....	9
1.4	Avgränsningar.....	9
1.5	Metod och material.....	10
1.6	Disposition.....	10
2	EU och den internationella familjerätten	12
2.1	Legalitet, proportionalitet och subsidiaritet	12
2.2	Bryssel II-förordningen.....	15
2.2.1	<i>Förordningen och dess föregångare</i>	<i>15</i>
2.2.2	<i>Fri rörlighet för personer</i>	<i>16</i>
2.2.3	<i>Ömsesidigt erkännande och förtroende.....</i>	<i>18</i>
2.2.4	<i>Barnet i fokus.....</i>	<i>19</i>
3	Barnets grundläggande rättigheter	21
3.1	EU:s rättighetsstadga	21
3.2	FN:s barnkonvention	22
4	Barnets bästa – artikel 3(1).....	25
4.1	Introduktion	25
4.2	Tillämpningsområde.....	25
4.3	Barnets bästa i främsta rummet	26
4.4	En rättighet?.....	27
4.5	Ett kulturellt och tidsbundet barnets bästa	28
4.6	Antaganden om barnets bästa – särskilt vid olovligt bortförande.....	29
4.7	Barnets bästa och barnets rätt att komma till tals.....	30

5	Barnets rätt att komma till tals – artikel 12	32
5.1	Introduktion	32
5.2	En rättighet – inte en skyldighet	32
5.3	Vilka barn omfattas?	33
5.4	Betydelsen av barnets åsikter	34
5.5	Rätten att höras	35
6	Regelverket vid olovligt bortförande av barn inom EU	37
6.1	Definitionen av olovligt bortförande av barn.....	37
6.1.1	<i>Enligt Haagkonventionen</i>	<i>37</i>
6.1.2	<i>Enligt Bryssel II-förordningen</i>	<i>39</i>
6.1.3	<i>Vilken definition gäller?.....</i>	<i>40</i>
6.2	Återlämnande av olovligt bortförda barn	42
6.2.1	<i>Bryssel II-förordningens kompletterande funktion.....</i>	<i>42</i>
6.2.2	<i>Ansökan om återlämnande och samarbete mellan centralmyndigheterna</i>	<i>42</i>
6.2.3	<i>En presumtion om återlämnande.....</i>	<i>43</i>
6.2.4	<i>Skäl att vägra återlämnande.....</i>	<i>44</i>
6.2.5	<i>Till vilket land och till vem ska barnet återlämnas?</i>	<i>46</i>
6.2.6	<i>Regler kring förfarandet.....</i>	<i>47</i>
6.2.7	<i>Domstols behörighet vid olovligt bortförande av barn</i>	<i>48</i>
6.2.8	<i>När tillflyktsstaten vägrar att återlämna barnet</i>	<i>49</i>
6.2.9	<i>Verkställighetsförfarandet</i>	<i>51</i>
7	Förhandsavgöranden från EU-domstolen	52
7.1	Introduktion	52
7.2	Mål C-435/06 – ”C-fallet”	53
7.2.1	<i>Twisten vid den nationella domstolen.....</i>	<i>53</i>
7.2.2	<i>Tvångsomhändertaganden – en civilrättslig fråga?</i>	<i>53</i>
7.2.3	<i>Kommentar.....</i>	<i>54</i>
7.3	Mål C-523/07 – ”A-fallet”	55
7.3.1	<i>Twisten vid den nationella domstolen.....</i>	<i>55</i>
7.3.2	<i>En fråga om hemvist</i>	<i>55</i>
7.3.3	<i>Kommentar.....</i>	<i>56</i>

7.4	Mål C-195/08 – "Rinau-fallet"	58
7.4.1	<i>Twisten vid den nationella domstolen</i>	58
7.4.2	<i>Förfarandet för brådskanie mål</i>	59
7.4.3	<i>När kan intyg enligt artikel 42 utfärdas?</i>	60
7.4.4	<i>Villkoren för erkännande och icke-erkännande</i>	61
7.4.5	<i>Kommentar</i>	62
7.5	Mål C-403/09 – "Detiček-fallet"	64
7.5.1	<i>Twisten vid den nationella domstolen</i>	64
7.5.2	<i>En fråga om säkerhetsåtgärder</i>	65
7.5.3	<i>Kommentar</i>	66
8	Diskussion	69
8.1	EU – en aktör i barnets intresse?	69
8.2	Förekomsten av särskilda EU-regler	70
8.3	Utformningen av EU-reglerna	72
8.3.1	<i>EU:s definition av olovligt bortförande av barn</i>	72
8.3.2	<i>En förstärkt presumption om återlämnande</i>	73
8.3.3	<i>Ett snabbare förfarande om återlämnande?</i>	76
8.3.4	<i>Barnets rätt att komma till tals i frågan om återlämnande</i>	77
8.3.5	<i>Domstols behörighet och barnets bästa</i>	80
8.3.6	<i>Tillflyktsstatens behörighet i vissa fall</i>	82
8.3.7	<i>Verkställighet i en annan medlemsstat</i>	83
8.3.8	<i>Barns rätt att komma till tals vid utformningen av regelverket</i>	85
9	Avslutning	88
10	Källor	91
	Bilaga 1	95
	Bilaga 2	97

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Detta examensarbete behandlar olovligt bortförande av barn i EU-interna situationer, det vill säga då barnet har hemvist i en EU-stat men förs till en annan medlemsstat i strid med den kvarlämnade förälderns vårdnadsrättigheter.¹ Olovligt bortförande av barn anses höra hemma inom internationell familjerätt, som är ett underämne inom den internationella privat- och processrätten. Den internationella familjerätten behandlar frågor om domsrätt, lagval samt erkännande och verkställighet, men i en vidare bemärkelse även internationell juridisk assistans på familjerättens område. Det är sådan juridisk assistans som är nödvändig för att ett barn som olovligen förts till ett annat land ska kunna återföras till sitt hemland.²

Det har sedan länge funnits ett internationellt samarbete med syfte att komma tillrätta med olovliga bortföranden av barn. Detta samarbete har resulterat i gemensamma regler för hur ett land ska kunna bistå ett annat genom att återlämna ett bortfört barn. Den mest betydelsefulla konventionen på området är 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (Haagkonventionen), som utarbetats inom ramen för Haagkonferensen för internationell privaträtt.³ Denna konvention har i dagsläget 82 anslutna stater, och bland dessa återfinns samtliga EU-stater.⁴

I EU-interna situationer finns det även andra centrala regler kring olovligt bortförande av barn som i egenskap av direkt tillämplig EU-rätt⁵ gäller framför övriga internationellt privaträttsliga regler. Dessa regler återfinns i *Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000* (Bryssel II-förordningen), som började tillämpas den 1 mars 2005. Förordningen stadgar att Haagkonventionen i huvudsak ska fortsätta att tillämpas mellan medlemsstaterna, dock med vissa förändringar som framgår av förordningen.

¹ Definitionen av olovligt bortförande behandlas närmare i kapitel 6.

² Jänterä-Jareborg, *Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective*, s. 195.

³ Sverige har införlivat Haagkonventionen genom transformation i lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.

⁴ Se Haagkonferensens hemsida http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24, senast besökt den 20 maj 2010.

⁵ Den 1 januari trädde Lissabonfördraget i kraft vilket bl.a. innebär att fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen har bytt namn till fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Därmed har "Europeiska gemenskapen" ersatts av "Europeiska unionen" vilket medför att terminologin ändrats från EG-rätt till EU-rätt. Vidare betyder detta att EG-domstolen numera betecknas EU-domstolen.

1.2 Uppsatsämnets aktualitet

Enligt en rapport från svenska riksdagen finns en tendens till allt fler inrapporterade fall av olovligt bortförda barn till de svenska myndigheterna. I rapporten påpekas dock att det alltid är svårt att avgöra hur många barn som förs bort på grund av det mörkertal som aldrig kommer till myndigheternas kännedom.⁶ Under 2006 var det vanligast att återlämnande *till* Sverige begärdes från ett västeuropeiskt land, medan återlämnanden *från* Sverige ofta begärdes från USA, de nordiska länderna eller något annat västeuropeiskt land.⁷

Denna rapport pekar mot att EU-interna bortföranden eventuellt kan vara överrepresenterade, men några starkare belägg i form av samlad statistik över olovliga bortföranden inom hela EU har jag inte kunnat finna. Det råder dock en allmän uppfattning om att antalet bortförda barn ökar på en global nivå. Detta får stöd i en skrivelse från Haagkonferensen. Ökningen beror enligt denna skrivelse på att det blir allt lättare att resa mellan världens länder och att allt fler äktenskap ingås över statsgränserna, samtidigt som skilsmässofrekvensen ökar.⁸

Något som står klart är att olovligt bortförande av barn utgör ett undantag i alla de situationer där ett barns föräldrar hamnar i konflikt med varandra, till exempel i frågan om var barnet ska bo. En "vanlig" vårdnadstvist, antingen nationell eller internationell, kan vara nog så svår för ett barn. Ett olovligt bortförande är dock ytterligare en försvårande faktor som gör barnet extra utsatt.⁹ Detta motiverar enligt min mening att regelverket kring olovligt bortförande regelbundet utvärderas ur ett barnperspektiv, alldeles oavsett hur många barn som utsätts.

Den främsta anledningen till mitt val av uppsatsämne är dock att en ny aktör, i form av EU, på senare tid gjort sitt inträde på den internationella familjerätts arena. Kompetensöverföringen från medlemsstaterna till unionen har skett successivt med början 1999 då Amsterdamfördraget trädde i kraft. År 2003 tog unionen sin kompetens i anspråk i frågan om olovligt bortförande av barn. Det är framförallt EU:s uppfattning om vikten av att lagstifta på området som har gett upphov till de juridiska aspekter som ligger till grund för min uppsats. De nya EU-reglerna har tillämpats sedan 2005 och har resulterat i en del tolkningsfrågor. Under 2008 och 2009 avgjordes två fall av EU-domstolen, vilka kommer att behandlas utförligt senare i uppsatsen.

⁶ Bortförda och kvarhållna barn i internationella förhållanden, s. 7.

⁷ Bortförda och kvarhållna barn i internationella förhållanden, s. 8.

⁸ Outline Hague Child Abduction Convention, s. 1.

⁹ Stalford, Brussels II and Beyond: A Better Deal for Children in the European Union?, s. 482.

1.3 Syfte och frågeställningar

I Bryssel II-förordningens preambel (ingresspunkt 33) anges att ett av målen med förordningen är att tillgodose barnets grundläggande rättigheter, såsom dessa framgår av artikel 24 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU:s rättighetsstadga).¹⁰ Stadgans artikel om barnets grundläggande rättigheter bygger i sin tur på några av de mest centrala bestämmelserna i FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen), en konvention som samtliga EU-länder är anslutna till och därför är folkrättsligt bundna av. Samtidigt som främjandet av barnets rättigheter framställs som ett av målen med regleringen är ett annat mål att skapa en gemensam marknad med fri rörlighet för personer (ingresspunkt 1). Detta mål är starkt kopplat till förutsättningarna för EU:s kompetens att lagstifta på familjerättens område.¹¹

Den här spänningen mellan skilda intressen skapar en utgångspunkt för en analys av EU-reglerna ur ett barnperspektiv, där fokus ligger på just barnets intressen i situationer av olovligt bortförande. Syftet med uppsatsen är således att undersöka om påståendet att reglerna främjar barnets grundläggande rättigheter är tom retorik eller stämmer överens med verkligheten. Syftet omfattar både frågan om reglernas utformning på bästa sätt tillvaratar barnets grundläggande rättigheter, samt om det överhuvudtaget är lämpligt ur ett barnperspektiv med särskilda EU-regler på området.

1.4 Avgränsningar

Det här är en uppsats i internationell privat- och processrätt och som en följd av detta utelämnas alla straffrättsliga aspekter som olovligt bortförande av barn kan ge upphov till. Som framgått ovan har jag valt att avgränsa mig till olovliga bortföranden av barn mellan två EU-länder, och det är därför det EU-rättsliga regelverket som ska analyseras. Jag har valt att fokusera på EU:s regelverk som sådant. Därmed har jag inte närmare studerat de olika medlemsstaternas praxis kring olovligt bortförande av barn sedan Bryssel II-förordningens tillkomst. Sådana rättsfallsstudier skulle givetvis kunna tillföra ytterligare en dimension vid en analys av reglerna ur ett barnperspektiv, men har av utrymmesskäl uteslutits.

Det EU-rättsliga regelverket består som redan nämnts av en parallell tillämpning av Haagkonventionen och särskilda regler i Bryssel II-förordningen. I min analys har jag

¹⁰ Den svenska språkversionen av EU:s rättighetsstadga finns tillgänglig på <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:SV:PDF>.

¹¹ Detta förhållande utvecklas i avsnitt 2.2.

valt att fokusera på de *förändringar* som förordningens regler medfört, vilket innebär att alla aspekter som kan vara intressanta ur ett barnperspektiv inte kommer att tas upp. I min analys av huruvida dessa förändringar av regelverket överensstämmer med barnets grundläggande rättigheter har jag valt att särskilt fokusera på två bestämmelser i barnkonventionen, nämligen artikel 3(1) om barnets bästa och artikel 12 om barnets rätt att komma till tals. Dessa artiklar är två av de viktigaste i barnkonventionen och står i ett intressant förhållande till varandra. De har också en stor praktiskt betydelse vid bedömningen av olovligt bortförande av barn.

1.5 Metod och material

Jag har använt mig av en rättsdogmatisk metod. På grund av uppsatsämnets karaktär medför denna metod att det material som till stor del legat till grund för mitt arbete består av en direkt tillämplig EU-förordning samt två multilaterala konventioner. Ren nationell rätt spelar en mycket begränsad roll i uppsatsen.

Vid tolkningen av Bryssel II-förordningen har jag använt mig av den ”Practice Guide” som getts ut av EU-kommissionen samt doktrin i ämnet. Dessutom har jag av naturliga skäl lagt stor vikt vid praxis från EU-domstolen. För tolkningen av barnkonventionen har jag använt mig av FN:s barnrättskommittés ”General Comments”, eller allmänna kommentarer, i den mån sådana finns tillgängliga. Dessutom har jag haft nytta av UNICEF:s handbok om barnkonventionen liksom doktrin. För tolkningen av Haagkonventionen har jag haft stor nytta av den rikliga doktrin som finns på området.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel 2 med en redogörelse för den internationella familjerättens roll i EU-samarbetet. I detta kapitel undersöks kompetensen, motiven och ideologin bakom EU:s inträde på den internationella familjerättens arena, allt för att få en ökad förståelse för reglerna om olovligt bortförande av barn och vilka intressen som ligger bakom dessa.

Det intresse jag valt att fokusera på i min uppsats är barnets intresse och det uttalade syftet att Bryssel II-förordningens regler ska främja barnets grundläggande rättigheter. Som en följd av detta utgör kapitel 3 en allmän redogörelse för barnets grundläggande rättigheter, så som dessa formuleras i EU:s rättighetsstadga och i barnkonventionen. Något kort sägs dessutom om de bägge instrumentens status och betydelse. Därefter

ägnas kapitel 4 och 5 åt att närmare belysa barnkonventionens artiklar om barnets bästa respektive barnets rätt att komma till tals.

Kapitel 6 utgör en översikt av det EU-rättsliga regelverket vid situationer av olovligt bortförande av barn. Kapitlet ägnas till en början åt definitionen av ett olovligt bortförande, medan den avslutande delen innehåller en redogörelse för vad som gäller då ett olovligt bortförande ägt rum. Kapitel 7 innehåller en presentation och analys av de förhandsavgöranden som EU-domstolen fram till idag (maj 2010) har kommit med i ämnet.

I kapitel 8 analyseras EU-reglerna om olovligt bortförande ur ett barnperspektiv. Denna analys bygger på de tidigare delarna av uppsatsen där EU:s regelverk samt två av barnets grundläggande rättigheter har presenterats. I analysen diskuterar jag dels lämpligheten i att EU överhuvudtaget valt att lagstifta på området och dels själva utformningen av regelverket. Mina slutsatser sammanfattas i kapitel 9.

2 EU och den internationella familjerätten

2.1 Legalitet, proportionalitet och subsidiaritet

I artikel 5 i EU-fördraget stadgas att ”unionen endast [ska] handla inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat den i fördragen för att nå de mål som fastställs där”. Alla EU:s rättsakter måste alltså stiftas i enlighet med legalitetsprincipen, vilket betyder att rättsakterna måste ha rättslig grund i fördragen.

I och med Amsterdamfördragets ikraftträdande den 1 maj 1999 skapades förutsättningarna för EU att lagstifta på den internationella privat- och processrättsens område. De civilrättsliga frågorna flyttades från det mellanstatliga samarbetet under den tredje pelaren till det överstatliga samarbetet under den första pelaren.¹² Samarbetet begränsas dock genom att frågorna måste ha gränsöverskridande följder. EU saknar således enligt den rådande uppfattningen kompetens på den *materiella* familjerättsens område, även om vissa har fört fram den åsikten att alla familjerättsliga frågor kan ha gränsöverskridande effekter.¹³

I EG-fördraget, efter ändringarna i samband med ikraftträdandet av Amsterdamfördraget, utgjorde samarbetet på det civilrättsliga området en del av strävan mot ”Ett område med frihet, säkerhet och rättvisa” i avdelning IV. Bestämmelserna om det civilrättsliga samarbetet återfanns i artiklarna 61c och 65. Den 1 december 2009 trädde Lissabonfördraget i kraft vilket bland annat har medfört att EG-fördraget har bytt namn till fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och att många artiklar har upphävts eller flyttats. Numera motsvaras EG-fördragets bestämmelser om det civilrättsliga samarbetet i huvudsak av artikel 81 i EUF-fördragets avdelning V. Artikel 81 är indelad i tre punkter. Punkt 1 lyder:

Unionen ska utveckla ett rättsligt samarbete i civilrättsliga frågor som har gränsöverskridande följder, vilket bygger på principen om ömsesidigt erkännande av domstolsavgöranden och utomrättsliga avgöranden. Detta samarbete får inbegripa beslut om åtgärder om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar.

Punkt 2 utvecklar närmare vilka typer av åtgärder som är aktuella. Bland de uppräknade åtgärderna nämns bland annat ömsesidigt erkännande mellan medlemsstaterna av domstolsavgöranden och utomrättsliga avgöranden samt verkställigheten av dessa,

¹² Jänterä-Jareborg, Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom den Europeiska unionen – utvecklingen inom familjerätt, s. 817.

¹³ Jänterä-Jareborg, Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom den Europeiska unionen – utvecklingen inom familjerätt, s. 807.

gränsöverskridande delgivning av rättegångshandlingar och utomrättsliga handlingar, förenlighet mellan tillämpliga bestämmelser i medlemsstaterna om lagkonflikter och om domstolars behörighet och samarbete som rör bevisupptagning samt undanröjande av hinder mot väl fungerande civilrättsliga förfaranden, vid behov genom att främja förenligheten mellan de civilprocessrättsliga regler som är tillämpliga i medlemsstaterna.

Vidare stadgas i punkt 2 att ovanstående åtgärder ska vidtas ”särskilt när det är nödvändigt för att den inre marknaden ska fungera väl”. Den här ordalydelsen skiljer sig en aning från ordalydelsen i den tidigare artikel 65 i EG-fördraget. Där angavs det att åtgärder ska vidtas ”i den mån de behövs för att den inre marknaden ska fungera väl”. Att åtgärder ska vidtas *särskilt* när det är nödvändigt för en väl fungerande inre marknad innebär att åtgärder kan vidtas även då kopplingen till den inre marknadens funktion inte är lika stark. Detta kan få betydelse på den internationella familjerättens område eftersom kopplingen mellan familjerätten och den inre marknaden måste betraktas som svagare än kopplingen mellan andra civilrättsliga frågor och den inre marknaden.¹⁴

Punkterna 1 och 2 i artikel 81 rör hela det civilrättsliga samarbetet. Punkt 3 rör däremot enbart åtgärder som vidtas enligt punkt 2 i frågor som rör den internationella familjerätten. I dessa frågor åsidosätts det ordinarie lagstiftningsförfarandet till förmån för ett särskilt förfarande där rådet, efter att ha hört Europaparlamentet, beslutar med *enhällighet*. Ett annat alternativ är att rådet på förslag av kommissionen får anta ett förslag till beslut där det anges vilka aspekter av familjerätten som har gränsöverskridande följder, och som därför kan bli föremål för lagstiftning enligt det ordinarie lagstiftningsförfarandet. Ett sådant förslag måste tas av ett enhälligt råd, efter att Europaparlamentet har hörts, och ska sedan översändas till alla nationella parlament. Parlamenten har sedan sex månader på sig att komma med invändningar. En enda invändning innebär att förslaget inte får antas.

Oavsett vilket av de två alternativa förfarandena som följs har varje medlemsstat alltså vetorätt i frågor angående den internationella familjerätten. Jänterä-Jareborg menar att den här lösningen beror på den allmänna uppfattningen att familjerätten mer än något annat civilrättsligt område skiljer sig mellan olika kulturer.¹⁵

¹⁴ Jänterä-Jareborg, *Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective*, s. 199.

¹⁵ Jänterä-Jareborg, *En harmoniserad familjerätt för Europa? Internationellt privaträttsliga och rättsjämförande perspektiv*, s. 345.

För att EU ska ha kompetens att lagstifta inom den internationella familjerätten krävs förutom en korrekt tillämpad rättslig grund även att proportionalitets- och subsidiaritetsprinciperna efterlevs. Dessa principer framgår av artikel 5 i EU-fördraget som stadgar att:

Enligt proportionalitetsprincipen ska unionens åtgärder till innehåll och form inte gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördragen.

Enligt subsidiaritetsprincipen ska unionen på de områden där den inte har exklusiv befogenhet vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna, vare sig på central nivå eller på regional och lokal nivå, och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå.

Proportionalitetsprincipen handlar i korta ordalag om att uppnå en balans mellan mål och medel samt att det ska vara sannolikt att målet uppnås med de vidtagna åtgärderna.¹⁶ Bernitz och Kjellgren menar att unionslagstiftaren ges ett relativt vidsträckt utrymme för skönsmässiga bedömningar i komplexa politiska frågor, och att EU-domstolens bedömning i dessa fall snarare blir att avgöra om unionlagstiftarens åtgärder är uppenbart olämpliga eller inte.¹⁷

Grundtanken bakom subsidiaritetsprincipen är att beslut ska fattas på så ”låg” nivå som frågan tillåter.¹⁸ Det finns visst stöd för att principen även kan tillämpas i omvänd riktning. Frågan blir i sådana fall om åtgärden bättre kan uppnås på internationell nivå än på EU-nivå.¹⁹ Än så länge finns inget fall där EU-domstolen ogiltigförklarat en rättsakt på grund av dess oförenlighet med subsidiaritetsprincipen. Liksom vid proportionalitetsbedömningen tenderar EU-domstolen att ge unionslagstiftaren stort utrymme för skönsmässiga bedömningar.²⁰

En av de viktigaste rättsakterna som har antagits med rättslig grund i de ovan nämnda artiklarna och som av unionslagstiftaren ansetts stå i överensstämmelse med proportionalitets- och subsidiaritetsprinciperna är Bryssel II-förordningen.²¹ Följande avsnitt av detta kapitel ägnas åt denna förordning med fokus på motiven bakom regleringen.

¹⁶ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 109.

¹⁷ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 110.

¹⁸ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 107.

¹⁹ Rodríguez Pineau, *Regulating Parental Responsibility in the European Union*, s. 506 f.

²⁰ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 108.

²¹ Se ingresspunkt 32, där det kort konstateras att förordningen överensstämmer med proportionalitets- och subsidiaritetsprincipen.

2.2 Bryssel II-förordningen

2.2.1 Förordningen och dess föregångare

Bryssel II-förordningen började gälla den 1 mars 2005 och ska tillämpas av alla EU:s medlemsstater med undantag för Danmark, som på grund av ett särskilt protokoll till Amsterdamfördraget står utanför det civilrättsliga samarbetet.²² Till Lissabonfördraget har det fogats ett nytt protokoll (nr 22) enligt vilket Danmark fortfarande står utanför det civilrättsliga samarbetet. Syftet med protokollet är dock enligt dess preambel att skapa rättsliga möjligheter för Danmark att delta i framtida beslut på det civilrättsliga området. Dessutom öppnar protokollets artikel 7 för möjligheten att de rättsakter som redan trätt i kraft, exempelvis Bryssel II-förordningen, kan bli bindande även för Danmark. Om och när detta kommer att ske återstår dock att se.

Bryssel II-förordningen brukar ofta kallas för den *nya* Bryssel II-förordningen. Detta beror på att förordningen har en föregångare, *förordning (EG) nr 1347/2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn*. Den "gamla" Bryssel II-förordningen byggde i sin tur på Bryssel II-konventionen från 1998, en konvention som utarbetats med stöd i artikel K 3 i Maastrichtfördraget. Konventionen hade inte hunnit ratificeras av medlemsstaterna innan dess huvudsakliga innehåll omvandlades till en förordning i och med att Amsterdamfördraget trädde i kraft.²³

Den "gamla" Bryssel II-förordningen innehöll regler om domstolars internationella behörighet samt regler om erkännande och verkställighet av utländska avgöranden i äktenskapsfrågor. Frågor om föräldraansvar omfattades endast till viss del av förordningen, nämligen om dessa frågor gällde barnen till två makar och togs upp inom ett äktenskapsmål. Förordningen började tillämpas den 1 mars 2001, men ganska snabbt höjdes röster angående dess brister.²⁴ Ett förhandlingsarbete påbörjades därför i nära anslutning till dess ikraftträdande som så småningom kom att utmynna i den nya Bryssel II-förordningen.²⁵

Den nya förordningen har ett mycket vidare tillämpningsområde. Den innefattar domsrättsregler för alla barn oavsett om de är födda inom äktenskapet eller inte, och för alla frågor om föräldraansvar oavsett om dessa tas upp för sig eller inom ett

²² Se ingresspunkt 31.

²³ SOU 2004:80, s. 29.

²⁴ Jänterä-Jareborg, *Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective*, s. 202.

²⁵ Rodríguez Pineau, *Regulating Parental Responsibility in the European Union*, s. 499 f.

äktenskapsmål.²⁶ En annan nyhet är att särskilda regler om olovligt bortförande av barn inom EU införts. Att dessa regler skulle inlemmas i förordningen var inte någon självklarhet utan var i själva verket den stora stötestenen under förhandlingsarbetet. EU var uppdelat i två läger där det ena ville behålla Haagkonventionen intakt, medan det andra ville införa särskilda EU-regler för olovligt bortförande av barn.²⁷

Det påstods av anhängarna till särskilda EU-regler att Haagkonventionen var ineffektiv och att länder missbrukade de grunder som finns i denna konvention för att inte återlämna ett olovligt bortfört barn. Dessutom påstods det att det var mycket utbrett att domstolar efter ett beslut om att inte återlämna ett barn alltför lättvindigt ansåg att de själva hade behörighet att döma i vårdnadsfrågan.²⁸ Kritiker av särskilda EU-regler menade däremot att tillämpningen av Haagkonventionen på det stora hela fungerade mycket väl inom EU.²⁹ EU-länderna kunde till slut enas om en kompromiss som innebär en parallell tillämpning av både Haagkonventionen och särskilda EU-regler om olovligt bortförande av barn som infördes genom den nya Bryssel II-förordningen.

2.2.2 Fri rörlighet för personer

I ingresspunkt 1 i Bryssel II-förordningen stadgas att ett av EU:s mål är att upprätta ett område med frihet, säkerhet och rättvisa, där den fria rörligheten för personer garanteras. Vidare framhålls att EU i detta syfte bland annat ska besluta om sådana åtgärder rörande civilrättsligt samarbete som behövs för att den fria marknaden ska fungera väl. Ordalydelsen i ingresspunkt 1 är i stort sett en upprepning av delar av vad som stadgas i de artiklar som behandlats i avsnitt 2.1, det vill säga de artiklar i fördragen som ger EU kompetens på den internationella familjerättsens område. Ingresspunkt 1 visar dock på ett tydligt sett att det är mot bakgrund av en strävan mot *ekonomisk* samverkan som Bryssel II-förordningen antogs.

Jänterä-Jareborg menar att den gemensamma nämnaren mellan familjerätt och ekonomisk samverkan är arbetstagaren, vars fria rörlighet inte ska hindras.³⁰ Bryssel II-förordningens regler om domsrätt och ömsesidigt erkännande av domar i äktenskapsfrågor och i föräldrafrågor är tänkta att skapa ett klimat som främjar familjebildningar

²⁶ SOU 2004:80, s. 30.

²⁷ Lowe, EU Family Law and Children's Rights: A Better Alternative to the Hague Conference or the Council of Europe?, s. 3.

²⁸ Jänterä-Jareborg, Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective, s. 206.

²⁹ McEleavy, The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?, s. 7.

³⁰ Jänterä-Jareborg, Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom Europeiska unionen – utvecklingen inom familjerätt, s. 811.

över gränserna. Med andra ord ska den europeiske arbetstagaren kunna bilda familj över EU:s statsgränser samt bosätta sig i ett annat EU-land, utan att hindras av osäkerhet om vad som gäller angående äktenskaplig eller annan familjerättslig status. Den här tanken, att nationella skillnader i familjerätten kan utgöra ett hinder för den fria rörligheten, bygger på att förutsebarhet är en viktig faktor vid familjebildningar.³¹

De Boer ifrågasätter huruvida personer vanligen tar hänsyn till det aktuella rättsläget i början av en relation och menar tvärtom att människor i allmänhet är okunniga om den internationella privat- och processrättens regler. De Boers kritik går ut på att människor bildar familj oberoende av utformningen av dessa regler och att konsekvenserna av en eventuell separation beaktas först i ett senare skede.³² Detta skulle betyda att människor flyttar mellan medlemsstaterna trots olikheter i de familjerättsliga regelverken. Rodríguez Pineau accepterar äktenskapsfrågornas inverkan på den fria rörligheten, men tror inte att frågor om föräldraansvar i lika stor utsträckning hindrar personer från att utnyttja den fria rörligheten.³³

Även om det mot bakgrund av den ovan framförda kritiken är svårt att slå fast att Bryssel II-förordningens regler är *nödvändiga* för den fria rörligheten, går det inte att ifrågasätta att det är människors rörlighet över statsgränserna som generellt sett eftersträvas. Det är däremot svårt att se att främjandet av den fria rörligheten för personer på ett direkt sätt ligger till grund för just reglerna om olovligt bortförande av barn. När det gäller olovligt bortförande ska ju inte rörelser över medlemsstaternas gränser underlättas. Reglerna handlar i stället om att förhindra sådana rörelser över gränserna som kränker en kvarlämnad vårdnadshavares rättigheter. Med andra ord kan man säga att den fria rörligheten för personer inom EU skapar en situation där sannolikheten är högre för familjebildningar över medlemsstaternas gränser, och EU-reglerna om olovligt bortförande av barn kan därför ses som ett medel för att komma tillrätta med en aspekt av den fria rörlighetens negativa effekter.³⁴

³¹ Jänterä-Jareborg, En harmoniserad familjerätt för Europa? Internationellt privaträttsliga och rättsjämförande perspektiv, s. 344.

³² De Boer, The Second Revision of the Brussels II Regulation: Jurisdiction and Applicable Law, s. 321 f.

³³ Rodríguez Pineau, Regulating Parental Responsibility in the European Union, s. 494.

³⁴ Rodríguez Pineau, Regulating Parental Responsibility in the European Union, s. 489.

2.2.3 Ömsesidigt erkännande och förtroende

I ingresspunkt 2 i Bryssel II-förordningen påpekas att Europeiska rådet i Tammerfors slog fast att principen om ömsesidigt erkännande av rättsliga avgöranden ska utgöra en av hörnstenarna i arbetet med att skapa ett verkligt rättsligt område. De så kallade Tammerfors-slutsatserna från 1999 är det första av de arbetsprogram som tagits fram av Europeiska rådet för att ange inriktningen av arbetet med att skapa ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. De efterföljande programmen är Haagprogrammet från 2004 och Stockholmsprogrammet från 2009. Alla dessa program betonar vikten av principen om ömsesidigt erkännande av domar,³⁵ en princip som numera är inskriven i fördragen (se bland annat artikel 67.4 i EUF-fördraget).

Jag har i avsnittet ovan nämnt att ett ömsesidigt erkännande av domar, eller med andra ord domars fria rörlighet, anses vara ett medel för att bidra till fri rörlighet för personer. En förutsättning för effektiviteten av Bryssel II-förordningens regler om ömsesidigt erkännande av domar är att medlemsstaterna känner ett ömsesidigt förtroende för varandra.³⁶ I ingresspunkt 21 uttrycks detta som att erkännande och verkställighet måste bygga på principen om ömsesidigt förtroende och skälen för att vägra erkännande bör begränsas till ett minimum. Ömsesidigt förtroende som en grund för ömsesidigt erkännande av främmande rättsordningars domar betonas både i Haagprogrammet och i Stockholmsprogrammet.³⁷

Grunden till Bryssel II-förordningens förenklade system för erkännande av domar över medlemsstaternas gränser är förordningens gemensamma domsrättsregler. Det faktum att samma villkor för behörighet gäller för alla medlemsstaters domstolar anses skapa förutsättningar för erkännande av utländska domar, trots att de materiella reglerna som domen grundats på skiljer sig åt mellan medlemsstaterna.³⁸ Detta bygger i sin tur på att medlemsstaterna litar på att behörighetsreglerna tolkas på ett korrekt sätt och att inte något lands domstolar bedömer sin behörighet på ett alltför generöst sätt. Det är inte tillåtet enligt förordningen att en medlemsstat, vid frågan om en doms verkställbarhet, prövar den utfärdande domstolens behörighet (se artikel 24).

Medlemsstaterna måste också godta domen till sitt innehåll, trots att den kan vara avgjord på grundval av materiella regler som skiljer sig avsevärt från de egna reglerna.

³⁵ Se exempelvis Tampere Conclusions, p. 33, The Hague Programme, s. 30 och The Stockholm Programme, s. 21.

³⁶ Rodríguez Pineau, *Regulating Parental Responsibility in the European Union*, s. 497.

³⁷ Se exempelvis The Hague Programme, s. 27 och The Stockholm Programme, s. 21.

³⁸ Rodríguez Pineau, *Regulating Parental Responsibility in the European Union*, s. 497

Så kan vara fallet då en vårdnadsdom ska erkännas av en annan medlemsstat. Den materiella grunden till domen bygger ju på inhemska regler inom den materiella familjerätten, regler som kan variera stort från medlemsstat till medlemsstat. Rodríguez Pineau menar att ett *verkligt* ömsesidigt förtroende inte kan uppnås förrän domstolarna även tillämpar samma materiella regler.³⁹

Bryssel II-förordningens särskilda regler om olovligt bortförande av barn är varken domsrättsregler eller regler om erkännande och verkställighet. Dessa regler opererar i stället på ett annat plan. Den omedelbara frågan som ska besvaras är om barnet ska återlämnas eller inte. De regler som bedömningen av denna fråga vilar på utgörs faktiskt av gemensamma materiella regler, regler som kommer att presenteras i kapitel 6. Även om dessa regler lämnar utrymme för skönsmässiga bedömningar finns det därför kanske bättre förutsättningar för ett reellt ömsesidigt förtroende på området för olovligt bortförande av barn än på andra områden.

2.2.4 Barnet i fokus

Flera av ingresspunkterna i Bryssel II-förordningens preambel fokuserar på reglernas betydelse för barn. I ingresspunkt 5 påpekas att den nya förordningen till skillnad mot den gamla omfattar alla barn, vilket ska främja att barn inom unionen behandlas lika. I ingresspunkt 12 framförs att förordningens behörighetsregler är utformade med hänsyn till barnets bästa, särskilt kriteriet om närhet. Detta är tänkt att avspeglas i regeln att behörig domstol i föräldrafrågor är domstolarna i barnets hemvistland (artikel 8). I ingresspunkt 19 betonas vikten av att barnet hörs, men det påpekas samtidigt att förordningen inte syftar till att ändra på nationella förfaranden på området.

Särskilt det faktum att Bryssel II-förordningen numera omfattar alla barn har mottagits med positiva reaktioner på många håll i doktrinen. Den gamla indelningen av barn födda inom respektive utom äktenskapet ansågs föråldrad.⁴⁰ Även de uttryckliga hänvisningarna till barnets bästa och barnets rätt att komma till tals anses som steg i rätt riktning mot ett EU som i allt högre grad inte bara ser barn som bihang till föräldrarna vars fria rörlighet ska främjas eller som framtida arbetstagare, utan också som individer med egna rättigheter.⁴¹

³⁹ Rodríguez Pineau, *Regulating Parental Responsibility in the European Union*, s. 497.

⁴⁰ Se exempelvis Jänterä-Jareborg, *Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective*, s. 206. och Stalford, *EU Family Rights: A Human Rights Perspective*, s. 115.

⁴¹ Stalford, *EU Family Rights: A Human Rights Perspective*, s. 116.

Det finns även två ingresspunkter, 17 och 18, som behandlar olovligt bortförande av barn. I dessa två punkter beskrivs i korta ordalag hur reglerna har utformats utan att det förklaras vilka hänsyn som ligger bakom dessa; om det rör sig om hänsyn till barnets bästa eller något annat intresse. I ingresspunkt 33 slås det dock fast att förordningen i sin helhet står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter som erkänns i EU:s rättighetsstadga. Vidare framhålls att förordningen särskilt syftar till att säkerställa respekt för barnets grundläggande rättigheter enligt stadgans artikel 24. Det slås alltså fast, svart på vitt, att förordningen, och därmed reglerna om olovligt bortförande av barn, står i överensstämmelse med EU:s rättighetsstadga. De tre följande kapitlen ägnas åt barnets grundläggande rättigheter. Dessa kapitlen är tänkta att skapa en grund för att senare i uppsatsen kunna utreda huruvida påståendet i ingresspunkt 33 har bäring på reglerna om olovligt bortförande av barn.

3 Barnets grundläggande rättigheter

3.1 EU:s rättighetsstadga

EU:s rättighetsstadga antogs vid regeringskonferensen i Nice 2000.⁴² Det var dock först i och med Lissabonfördragets ikraftträdande den 1 december 2009 som stadgan blev juridiskt bindande. Stadgan utgör inte fördragstext men det hänvisas till den i artikel 6 i den konsoliderade versionen av EU-fördraget. I denna artikel betonas att stadgan inte på något sätt utvidgar EU:s befogenhet. Detta upprepas i artikel 51 i stadgan, där det även framhålls att stadgan riktar sig till medlemsstaterna *enbart* när dessa tillämpar unionsrätten.

De allra flesta av de rättsliga frågor som berör barn faller fortfarande inom respektive medlemsstats befogenhet. Som exempel kan materiella frågor inom familjerätten samt regler som rör unga lagöverträdare nämnas. Som jag visat i förra kapitlet har EU dock tagit ett stort kliv in på den internationella familjerättens område genom Bryssel II-förordningen. Det betyder att flera frågor som berör barn, exempelvis olovligt bortförande av barn, numera faller inom EU:s behörighet och därmed omfattas av EU:s rättighetsstadga. Bryssel II-förordningen tillkom före det att stadgan fick sin juridiskt bindande form men innehåller ändå en hänvisning till stadgan. Detta visar att stadgan hade betydelse även som ett icke bindande instrument. Framöver kommer stadgan antagligen få en allt större betydelse i takt med att EU-domstolen tolkar vad som avses med dess grundläggande rättigheter. Därför är det ännu viktigare idag än 2003, då Bryssel II-förordningen utformades, att dess regler verkligen överensstämmer med barnets grundläggande rättigheter så som dessa formuleras i stadgans artikel 24. Artikeln lyder som följer:

- 1. Barn har rätt till det skydd och den omvårdnad som behövs för deras välfärd. De skall fritt kunna uttrycka sina åsikter. Dessa åsikter skall beaktas i frågor som rör barnen i förhållande till deras ålder och mognad.*
- 2. Vid alla åtgärder som rör barn, oavsett om de vidtas av offentliga myndigheter eller privata institutioner, skall barnets bästa komma i främsta rummet.*
- 3. Varje barn har rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkta kontakter med båda föräldrarna, utom då detta strider mot barnets bästa.*

Artikeln bygger på barnkonventionen, särskilt dess artiklar om barnets bästa (artikel 3), barnets rätt till en god kontakt med båda föräldrarna (artikel 9), barnets rätt att komma

⁴² Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 124.

till tals (artikel 12) och barnets rätt till yttrande- och informationsfrihet (artikel 13).⁴³ Eftersom barnkonventionen ligger till grund för artikel 24 är det osäkert om någon självständig betydelse av barnets grundläggande rättigheter kan utläsas ur EU:s rättighetsstadga. Dessutom är det ännu för tidigt att avgöra vilken tolkning av barnets rättigheter som EU-domstolen kommer att göra. För att närmare utreda vad som menas med de rättigheter som av EU formuleras som barnets grundläggande rättigheter är det därför naturligt att vända sig till barnkonvention, vilket jag kommer att göra i de följande avsnitten.

3.2 FN:s barnkonvention

Barnkonventionen antogs av FN:s generalförsamling 1989 och har ratificerats av 193 stater.⁴⁴ Det är enbart USA och Somalia som ännu står utanför.⁴⁵ Barnkonventionen har inneburit stora förändringar på barnrättens område, inte minst eftersom konventionen står för ett synsätt där barn inte enbart betraktas som skyddsobjekt.⁴⁶ Konventionen erkänner barn som rättighetsbärare och många av rättigheterna i konventionen betonar vikten av barnets delaktighet i olika beslutsprocesser.⁴⁷

Konventionsstaterna är skyldiga att se till att den inhemska rätten överensstämmer med konventionens bestämmelser, exempelvis genom inkorporation eller konventionskonform tolkning. I och med upprättandet av barnkonventionen skapades ett organ som ska ge vägledning vid tolkningen av barnets rättigheter, nämligen FN:s kommitté för barnets rättigheter (barnrättskommittén).⁴⁸ De anslutna staterna är skyldiga att skicka in rapporter som kommittén sedan granskar och kommer med synpunkter på.⁴⁹ Barnrättskommittén ger även ut allmänna kommentarer som behandlar tolkningen av konventionen. Konventionstexten utgörs i många avseenden av politiska kompromisser varför det är svårt att utröna en tydlig avsikt bakom respektive artikel. Kommitténs allmänna kommentarer tar därför till stor del utgångspunkt i själva konventionstexten, men baseras även på den samlade erfarenheten av staternas inskickade rapporter och

⁴³ Förklaringar till stadgans fullständiga text, s. 25.

⁴⁴ Se United Nations Treaty Collection, http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, senast besökt 20 maj 2010.

⁴⁵ Den 20 november 2009 kom signaler om att Somalia planerar ratificera barnkonventionen, se http://www.unicef.org/infobycountry/media_51841.html.

⁴⁶ Smith, Recent Developments in Child Law, s. 53.

⁴⁷ Stern, The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?, s. 16 f.

⁴⁸ Se barnkonventionen artikel 43.

⁴⁹ Se barnkonventionen artikel 44.

olika experters och organisationers utlåtanden. De allmänna kommentarerna är inte juridiskt bindande men betraktas i allmänhet som vägledande.⁵⁰

I flera av barnrättskommitténs allmänna kommentarer har kommittén uttalat att fyra av konventionens artiklar intar en särskild ställning som grundläggande principer, nämligen rätten till icke-diskriminering (artikel 2), principen om barnets bästa (artikel 3), rätten till liv och utveckling (artikel 6) samt rätten att komma till tals (artikel 12).⁵¹ De fyra grundprinciperna ska tillämpas så att de ger vägledning för tolkningen av konventionens övriga artiklar. Samtidigt har kommittén uttalat att konventionen ska tolkas som en helhet, vilket betyder att det finns utrymme för oräkneliga kopplingar mellan konventionens olika rättigheter.⁵²

Detta kan illustreras med ett exempel: Artikel 3 måste tolkas i ljuset av den grundläggande artikeln 12, vilket medför att barnets bästa ska bestämmas med beaktande av barnets åsikter. Samtidigt har artikel 12 en självständig betydelse och ger barnet en rätt att komma till tals, oavsett om barnets åsikter har betydelse för uppfattningen av barnets bästa. Vidare beror tolkningen av artikel 12 på hur andra rättigheter är formulerade i konventionen, eftersom konventionen ska tolkas som en helhet. Artikeln ska bland annat förstås i ljuset av artikel 17 som ger barnet en rätt till information, något som är en förutsättning för att barnet ska kunna bilda sig en uppfattning och uttrycka adekvata åsikter. Vidare måste artikel 12 tolkas mot bakgrund av artikel 2, som också är en av de fyra huvudprinciperna, vilket medför att rätten att komma till tals måste tillförsäkras barn på ett icke-diskriminerande sätt.

De rättigheter som i EU:s rättighetsstadga formuleras som barnets grundläggande rättigheter överensstämmer inte helt med de rättigheter som utpekas som grundläggande i barnkonventionen. De rättigheter som nämns i stadgan innefattar *inte* barnets rätt till icke-diskriminering (artikel 2) eller barnets rätt till liv och utveckling (artikel 6). En allmän icke-diskrimineringsprincip framkommer i stället i stadgans artikel 21, men barnets rätt till liv och utveckling framgår ingenstans i stadgan.⁵³ Detta visar att tolkningen av artikel 24 kan bli problematisk genom att den bygger på ett begränsat antal av barnkonventionens artiklar. Att plocka ut vissa av barnkonventionens artiklar

⁵⁰ Smith, *Recent Developments in Child Law*, s. 55 f.

⁵¹ Se exempelvis General Comment No. 5, p. 12 och General Comment No. 12, p. 2.

⁵² Handbok om barnkonventionen, s. 48.

⁵³ I artikel 2 stadgas visserligen rätten till liv, men detta inrymmer inte aspekten av rätten till utveckling som är specifik för barn.

och placera dem i ett annat sammanhang kan bli missvisande eftersom det sedan länge är fastslaget att barnkonventionen måste tolkas som en helhet.

Följande två kapitel ägnas särskilt åt två rättigheter som utpekats som grundläggande både i EU:s rättighetsstadga och av barnrättskommittén, nämligen barnets bästa och barnets rätt att komma till tals. Dessa rättigheter står i ett intressant förhållande till varandra och har stor betydelse för uppsatsens ämne: Olovligt bortförande av barn. Mot bakgrund av ovanstående stycke vill jag understryka att jag beaktar dessa två rättigheter mot bakgrund av barnkonventionens övriga artiklar, och inte som två fristående element av barnkonventionen. Syftet med denna del av uppsatsen är dock enbart att ge en grundläggande förståelse för barnets bästa och barnets rätt att komma till tals. Min analys av dessa bestämmelsers olika kopplingar till de övriga rättigheterna i barnkonventionen är därför inte uttömmande.

4 Barnets bästa – artikel 3(1)

4.1 Introduktion

Många länder har haft nationell lagstiftning där det stadgas att hänsyn ska tas till barnets bästa inom olika områden långt innan barnkonventionens tillkomst. Principen om barnets bästa finns även fastslagen eller omnämnd i ett flertal folkrättsliga dokument, dels i sådana som specifikt rör barns rättigheter men även i andra mer allmänna dokument.⁵⁴ I och med barnkonventionens ikraftträdande 1990 är det dock dess artikel 3(1) som är den mest centrala rättsregeln för tolkningen av principen om barnets bästa.⁵⁵ Artikel lyder:

Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.

Barnkonventionen har medfört att principen om barnets bästa har fått ett stort genomslag, vilket kan ses i exempelvis svensk rätt där principen har införts genom lagändringar på ett mer systematiskt vis efter Sveriges tillträde till konventionen.⁵⁶ Dessutom finns nu principen fastslagen i en mellanstatlig konvention som specifikt syftar till att erkänna barns rättigheter och principen har fått ett bredare tillämpningsområde.⁵⁷ Barnrättskommittén har ännu inte utkommit med någon allmän kommentar kring tolkningen av artikel 3. I några av de allmänna kommentarer som huvudsakligen rör andra aspekter av barnkonventionen omnämns dock artikel 3(1), så viss ledning kan fås från dessa.

4.2 Tillämpningsområde

Tidigare formuleringar av principen om barnets bästa gällde enbart juridiska och administrativa förfaranden, medan artikel 3(1) gäller ”alla åtgärder”.⁵⁸ För att artikeln ska vara tillämplig krävs att dessa åtgärder ”rör barn”. Det är onekligen många åtgärder som kan tänkas röra barn. Alston menar att alla åtgärder som *direkt* rör ett barn åtminstone innefattas av artikeln och att det finns ett gränsland för de åtgärder som *indirekt* rör barn.⁵⁹ Frågan om hur olovligt bortförande av barn bör regleras, samt hur

⁵⁴ Handbok om barnkonventionen, s. 48.

⁵⁵ Alston, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, s. 4.

⁵⁶ Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 37.

⁵⁷ Alston, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, s. 4.

⁵⁸ Alston, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, s. 4.

⁵⁹ Alston, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, s. 14.

dessas regler bör tillämpas i det enskilda fallet rör onekligen barn, varför det inte råder någon tvekan om att artikel 3(1) är tillämplig i den för uppsatsen aktuella frågan.

Trots att det är *barnets* bästa som ska komma i främsta rummet är den rådande tolkningen att artikel 3(1) omfattar både det individuella barnet och barnkollektivet. I sin allmänna kommentar kring artikel 12 har barnrättskommittén uttryckt detta som att: "Article 3 is devoted to individual cases, but, explicitly, also requires that the best interests of children as a group are considered in all actions concerning children."⁶⁰ Kommitténs uttalande att barnkollektivet uttryckligen omfattas är antagligen en hänvisning till den passage i artikel 3(1) som innehåller ordalydelsen "som rör barn". Ett annat argument bakom denna tolkning är att artikel 3(1) specifikt nämner lagstiftande organ i uppräknningen av de organ som kan vidta åtgärder som rör barn.⁶¹ Lagar rör vanligtvis ett stort antal barn varför det vore meningslöst att ta med lagstiftande organ i uppräknningen om inte barnkollektivets bästa innefattades.

Det faktum att barnkollektivets bästa *och* barnets bästa ska komma i främsta rummet vid olovligt bortförande av barn innebär att både lagstiftarens och myndigheters åtgärder på området måste utvärderas ur ett barnperspektiv. Lagstiftaren ska i bästa fall skapa ett regelverk som tillgodoser barnkollektivets bästa samtidigt som detta regelverk skapar förutsättningar för myndigheterna att i det enskilda fallet se till barnets bästa. Detta är naturligtvis en svår balansgång.

4.3 Barnets bästa i främsta rummet

Den svenska översättningen av barnkonventionen anger att barnets bästa "skall komma i främsta rummet". Det är intressant att jämföra denna ordalydelse med den engelska originalversionen där det anges att barnets bästa ska vara "a primary consideration". Denna ordalydelse kan i sin tur jämföras med det förslag till konventionstext som förkastades där det i stället angavs "the primary consideration".⁶² Valet av "a primary consideration" betyder att det finns situationer då andra intressen kan väga tyngre än barnets. Barnets bästa är dock, med barnrättskommitténs ord "of crucial importance".⁶³ Det faktum att andra intressen kan tillåtas väga tyngre beror bland annat på att själva tillämpningsområdet för principen av barnets bästa är så vitt.⁶⁴ Artikel 3(1) ska ju

⁶⁰ General Comment No. 12, p. 72.

⁶¹ General Comment No. 12, p. 72.

⁶² Alston, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, s. 12.

⁶³ General Comment No. 12, p. 71.

⁶⁴ Handbok om barnkonventionen, s. 49.

tillämpas vid *alla* frågor som rör barn, vilket kan betyda så skilda saker som en vårdnadstvist och utformningen av trafikregler. Slutsatsen är att hänsyn måste tas till barnets bästa, men att det som anses vara till barnets bästa beroende på frågans karaktär kan få olika genomslag i själva beslutsfattandet.

Alston påpekar att det är i vårdnadsfrågor som principen om barnets bästa har sitt ursprung och är mest välkänd, och att det i sådana frågor kan ifrågasättas om andra intressen kan tillåtas väga tyngre.⁶⁵ Eftersom olovligt bortförande av barn är en fråga som direkt berör barn och en mycket ingripande företeelse i ett barns liv anser jag att det även i dessa frågor bör finnas ett mycket litet utrymme för att låta andra intressen än barnets avgöra utgången, exempelvis den kvarlämnade förälderns intressen. En mer problematisk fråga är hur man ska göra avvägningen mellan barnkollektivets intresse och det enskilda barnets intresse, en frågeställning som jag återvänder till i analysen av EU:s regelverk i kapitel 8.

4.4 En rättighet?

Jag har tidigare i uppsatsen refererat till principen om barnets bästa som en rättighet. På flera håll i doktrinen hävdas det dock att artikel 3 som sådan inte stadgar några rättigheter.⁶⁶ Stern påpekar att artikeln hänvisar till barns *intressen* ("the child's best interests"), en term med vidare betydelse än rättigheter.⁶⁷ Mitt val att benämna barnets bästa som en rättighet grundar jag på barnrättskommitténs uttalande att principen om barnets bästa liknar en *processuell* rättighet.⁶⁸ Enligt detta synsätt har barn en *rätt* att få sina intressen bedömda och övervägda i alla frågor som rör dem, och staternas motsvarande *skyldighet* är att bedöma och överväga deras intressen. Utgången av de överväganden av barnets intressen som staterna är skyldiga att göra är dock beroende av ett flertal omständigheter, såsom kultur, tidpunkt, vilket rättsligt område bedömningen gäller och barnets enskilda behov. Med andra ord är det inte möjligt att komma fram till någon entydig definition av vad som är till barnets bästa.⁶⁹ Varken barnkonventionen, andra människorättsinstrument eller nationell lagstiftning innehåller någon definition av begreppet. Smith menar att principens betydelse inte går förlorad på grund av detta. Hon

⁶⁵ Alston, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, s. 12.

⁶⁶ Se Stern, The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?, s. 39 och Freeman, Article 3 – The Best Interests of the Child, s. 4.

⁶⁷ Stern, The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?, s. 39.

⁶⁸ General Comment No. 12, p. 70.

⁶⁹ Boele-Woelki m.fl., Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, s.36.

hävdar nämligen att dess stora betydelse ligger i det faktum att barnets bästa alltid måste utredas och ges stort inflytande i beslutsprocesser som rör barn.⁷⁰

4.5 Ett kulturellt och tidsbundet barnets bästa

Betydelsen av barnets bästa beror bland annat på i vilken kultur och i vilket samhälle principen tillämpas.⁷¹ Som exempel kan nämnas att aga i vissa länder anses vara till barnets bästa. Tidigare var detta den rådande åsikten även i Sverige. Ett lagstadgat förbud mot aga infördes först 1979 (se föräldrabalken 6:1). Detta faktum visar att även tidpunkten då bedömningen av barnets bästa görs har stor betydelse för vad som anses vara till barnets bästa.⁷² Anledningen till att innebörden av barnets bästa varierar med tiden har att göra med att även synen på barnet förändras under historiens gång. En syn på barn som onda rättfärdigar att aga är till deras bästa, medan en syn på barnet som en självständig individ med egna intressen får det att framstå som lämpligt att barnet självt får tycka till om vad som är bäst för barnet.⁷³

Barnkonventionen kan ses som ett instrument som kan användas för att till viss del komma tillrätta med de nackdelar som ett kulturellt bundet barnets bästa kan medföra. Konventionens rättighetskatalog, vilken bygger på tanken om mänskliga rättigheters *universella* karaktär, kan ses som en gemensam grund för konventionsstaterna vilken bör medföra att tolkningsutrymmet för vad som är till barnets bästa åtminstone minskar.⁷⁴ Som exempel kan nämnas att barnrättskommitténs allmänna kommentar om kroppslig bestraffning slår fast att aga inte kan rättfärdigas med hänsyn till barnets bästa. Kommitténs argument för detta ställningstagande är att artikel 3 mot bakgrund av artikel 19 medför att konventionsstaterna ska skydda barnet mot alla former av fysiskt eller psykiskt våld, vilket enligt kommittén helt utesluter legaliserat våld mot barn.⁷⁵

Även om barnkonventionen utgör ett ramverk för vad som kan anses vara till barnets bästa, och således till viss del motverkar olika kulturella tolkningar, är även barnkonventionen ett dokument präglad av den tidsanda det skapades i. Trots att konventionen kan betraktas som ett levande instrument där rättigheterna utvecklas med

⁷⁰ Smith, *Recent Developments in Child Law*, s. 60.

⁷¹ Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 50 f och Freeman, *Article 3 – The Best Interests of the Child*, s. 27.

⁷² Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 50 f. och s. 88.

⁷³ Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 51 f.

⁷⁴ Alston, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, s. 11f.

⁷⁵ General Comment No. 8, p. 18.

tidens gång, är det troligt att man någon gång kommer till en punkt där en ny syn på barn utvecklats som inte går att förena med barnkonventionen.

4.6 Antaganden om barnets bästa – särskilt vid olovligt bortförande

I de flesta fall handlar bedömningen av barnets bästa inte om ett ställningstagande till en företeelse, såsom aga, förenlighet med barnkonventionen. I stället gäller bedömningen ofta komplexa situationer där ett av flera alternativ måste väljas framför de andra. I exempelvis vårdnadstvister är det mycket vanligt att båda föräldrarna anses vara goda föräldrar. Vad är barnets bästa i en sådan situation? Även i dessa fall kan man få ledning genom en tolkning av artikel 3(1) mot bakgrund av konventionens övriga artiklar. Det finns flera artiklar i barnkonventionen som betonar vikten av barnets kontakt med båda sina föräldrar, bland annat artiklarna 9(3), 10(2), och 18(1). Dessa artiklar kan användas som argument för att det är till barnets bästa att bägge föräldrarna har vårdnaden om barnet, och om detta är omöjligt på grund av föräldrarnas oförmåga att samarbeta, att vårdnaden anförtros den förälder som bäst främjar barnets kontakt med den andra föräldern. Med andra ord kan barnkonventionens olika artiklar ge upphov till *antaganden* om vad som generellt sett är till barnets bästa.

Sådana antaganden om vad som är till barnets bästa ser olika ut beroende på vilket rättsligt område som är aktuellt.⁷⁶ Detta är självklart då barnets bästa varierar beroende på vilka intressen som står på spel. Vid en vårdnadstvist kan barnet ha ett intresse av att upprätthålla en god kontakt med båda sina föräldrar, av att få god fysisk och psykisk omvårdnad etc., medan ett barns intresse vid utformningen av trafikregler kan vara att skyddas mot fysiska skador. För att utröna barnkonventionens syn på olovligt bortförande av barn är det naturligt att vända sig till artikel 11 som specifikt rör denna företeelse:

- 1. Konventionsstaterna skall vidta åtgärder för att bekämpa olovligt bortförande och kvarhållande av barn i utlandet.*
- 2. För detta ändamål skall konventionsstaterna främja ingåendet av bilaterala eller multilaterala överenskommelser eller anslutning till befintliga överenskommelser.*

Enligt artikeln ska olovligt bortförande bekämpas. Ordvalet ”bekämpa” kopplas bäst ihop med ett *preventivt* arbete där olovligt bortförande förebyggs genom regler som tar bort incitamenten för ett sådant agerande. Ett antagande att det bästa för barnet vore om något olovligt bortförande inte ägde rum är inte särskilt uppseendeväckande. Barn i

⁷⁶ Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 50.

allmänhet har antagligen ett intresse av att inte bli bortförda, och ett regelverk som motverkar olovliga bortföranden bör således vara till deras bästa. Att väldigt få barn torde ha ett intresse av att bli bortförda är inte samma sak som att det kan finnas ett stort antal barn som behöver skyddas från den ena av sina föräldrar. Sådana situationer bör dock kunna lösas utan att olovligt bortförande används som medel. Att tillgodose barnets intresse i dessa fall kräver således att barn skyddas, inte att barn rättsstridigt förs bort.

Att formulera antaganden om vad som är till barnets bästa *efter* att ett olovligt bortförande ägt rum är mer komplicerat. Dessa situationer innebär en liknande problematik som den i vårdnadstvister. Till grund för det olovliga bortförandet ligger sannolikt en konflikt mellan föräldrarna. Situationen har dock uppkommit genom andra medel: ett bortförande av barnet till ett annat land utfört av den ena föräldern. Detta innebär att det både är en underliggande vårdnadstvist *och* en mer akut situation som måste lösas. Vilka antaganden om barnets bästa i denna situation kan ha stöd i barnkonventionen?

Haagkonventionen bygger på en presumtion om *återlämnande* av bortförda barn. Ett visst stöd för att en sådan presumtion överensstämmer med vad som generellt sett är till barnets bästa kan fås i de redan nämnda artiklarna i barnkonventionen som handlar om barnets rätt till båda sina föräldrar. Dessa artiklar betonar barnets intresse av att kunna upprätthålla en god kontakt med båda föräldrarna. Om barnet och den bortförande föräldern återvänder till hemviststaten är förutsättningarna för ett sådant umgänge sannolikt större än om barnet stannar kvar i tillflyktsstaten. Å andra sidan är det möjligt att den bortförande föräldern stannar kvar i tillflyktsstaten, vilket medför att barnet trots ett återlämnande befinner sig i en situation där dess bägge föräldrar bor i olika länder. På grund av detta anser jag inte att barnets rätt till bägge sina föräldrar med nödvändighet utgör något starkt stöd för att formulera ett antagande om att återlämnade är till barnets bästa.

4.7 Barnets bästa och barnets rätt att komma till tals

Barnets bästa varierar inte enbart utifrån kultur, tidpunkt och den aktuella frågan, utan också utifrån varje enskilt barn, beroende exempelvis på barnets ålder, mognad, individuella behov och förmågor. Med tanke på detta är det svårt att enbart förlita sig på antaganden om barnets bästa. En individuell bedömning måste alltid till för en korrekt

tillämpning av artikel 3(1).⁷⁷ I det här sammanhanget är kopplingen mellan artikel 3 och artikel 12 av särskilt stort intresse. Detta beror på att artikel 12 på ett konkret sätt anger en metod för att komma underfund med vad som är det enskilda barnets bästa, en metod som går ut på att ta reda på barnets egna åsikter. Enligt barnrättskommittén utgör metoden ett nödvändigt steg i varje förfarande där barnets bästa ska beaktas.⁷⁸

Även barnkollektivet har en rätt att uttrycka åsikter i frågor som rör dem, exempelvis i olika lagstiftningsprocesser (se vidare avsnitt 5.2). Sambandet mellan barnkollektivets rätt att komma till tals och barnets bästa är viktigt vid formulerandet av sådana antaganden om barnets bästa som jag behandlat i avsnittet ovan. Eftersom en korrekt tillämpning av artikel 3 förutsätter att artikel 12 beaktas leder detta till att antaganden om vad som generellt sett är till barnets bästa bör bygga på ett underlag där representer för barnkollektivet har fått komma till tals.⁷⁹

Det har i doktrinen framförts att artikel 3 och artikel 12 kan hamna i konflikt med varandra. Så skulle vara fallet om det anses gå emot barnets bästa att låta barnet komma till tals.⁸⁰ Barnrättskommittén gör det lätt för sig genom att enbart konstatera att de två rättigheterna inte står i konflikt med varandra, utan att förklara på vilket sätt den nått denna slutsats.⁸¹ Barnrättskommitténs betoning av betydelsen av artikel 12 för en korrekt tillämpning av artikel 3 kan vara ett uttryck för att på synen på barnet som ett objekt gradvis håller på att förändras till förmån för en syn på barnet som ett kompetent subjekt, som själv kan vara med och bestämma vad som är det bästa för det. Ett sådant synsätt gör det svårt att acceptera att det finns fall då barnets bästa skulle vara att inte få komma till tals.

⁷⁷ Boele-Woelki m.fl., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, s.36.

⁷⁸ General Comment No. 12, p. 70.

⁷⁹ General Comment No. 12, p. 73.

⁸⁰ Se exempelvis Stalford, *EU Family Law: A Human Rights Perspective*, s. 122 f.

⁸¹ General Comment No. 12, p. 74.

5 Barnets rätt att komma till tals – artikel 12

5.1 Introduktion

Som framgått ovan utgör barnkonventionens artikel 12 ett viktigt medel för att kunna fastställa innebörden av principen om barnets bästa. Artikel 12 utgör dessutom en självständig rättighet, och har som sådan stor betydelse alldeles oavsett om barnets åsikter har koppling till vad som är till dess bästa. I artikel 12 stadgas följande:

1. Konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.

2. För detta ändamål skall barnet särskilt beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom företrädare eller ett lämpligt organ och på ett sätt som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler, i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet.

Tanken att hänsyn ska tas till barnets åsikter har utvecklats framförallt sedan 1970-talet. En viktig skillnad mellan artikel 3 och artikel 12 är att principen om barnets bästa anses ge uttryck för grundtanken att barnet är ett objekt som behöver skyddas, eftersom den uppmanar vuxna att ta hänsyn till barnets bästa, medan artikel 12 framhåller barnet som ett kompetent subjekt som har rätt att delta i beslut som rör barnet.⁸²

Stern menar att artikel 12 jämförd med artikel 3 är en bestämmelse som stadgar tydliga rättigheter och skyldigheter.⁸³ Barnrättskommitténs tolkning av vad artikelns rättigheter och skyldigheter innebär har nyligen presenterats i en allmän kommentar från 2009. Förutom en språklig analys av artikelns olika rekvisit innehåller kommentaren även konkreta råd om hur rättigheten bäst implementeras. I kommentaren framhävs dessutom artikelns roll som en grundläggande princip som ska ligga till grund för tolkningen och tillämpningen av alla de övriga rättigheterna i konventionen.⁸⁴

5.2 En rättighet – inte en skyldighet

Artikel 12 stadgar en tydlig rättighet för barnet att barnet ska få uttrycka sina åsikter. Rättigheten gäller i alla frågor som ”rör barnet”. Detta ska enligt kommittén tolkas vitt.⁸⁵ Exakt vad som avses med en vid tolkning är förstås svårt att säga. Stern menar att “[i]t could be argued that if ‘children’ as a category are seen as being equivalent to

⁸² Stalford, Brussels II and Beyond : A Better Deal for Children in the European Union?, s. 479.

⁸³ Stern, The Child’s Right to Participation – Reality or Rhetoric?, s. 58.

⁸⁴ General Comment No. 12, p. 2 och p. 17.

⁸⁵ General Comment No. 12, p. 26.

‘human beings below a certain biological age’ it would be illogical to categorise any issues that are relevant to human beings in general as being irrelevant to children – what affects adults affects children”.⁸⁶ En något snävare tolkning kan formuleras som att frågan måste ha “a real and specific bearing on the life of young citizens”.⁸⁷ Jag menar att olovligt bortförande klart och tydligt kan klassificeras som en fråga som rör barnet, precis som frågan faller inom ramen för artikel 3, och därför är den närmare gränsdragningen irrelevant för uppsatsens syfte.

Artikel 12 stadgar barnets *rätt* att fritt uttrycka sina åsikter och innebär därför inte att ett barn *måste* göra detta.⁸⁸ Barnet ska alltså inte utsättas för påtryckningar att uttrycka sina åsikter, utan bara ges denna möjlighet. I de fall barnet väljer att ge uttryck för sina åsikter ska det inte utsättas för manipulationer från vuxna i syfte att pådyvla barnet ”rätt” åsikt. Detta är enligt barnrättskommittén en grundförutsättning för att barnets åsikter ska anses fria i artikelns bemärkelse. För att åstadkomma detta är det viktigt att barnet får uttrycka sina åsikter i en miljö där det känner sig tryggt.⁸⁹ Jag anser att detta är en av de mest svårimplementerade aspekterna av artikel 12. Att tillförsäkra att barns åsikter verkligen ger uttryck för deras *egna* åsikter kan sannolikt inte uppnås enbart genom lagstiftning.

Kommittén understryker att staterna måste vara medvetna om att en olämplig användning av artikel 12 kan få negativa effekter. Barn som uttrycker sina åsikter måste därför också skyddas på lämpligt sätt. Detta kan till exempel gälla barn som har varit med om övergrepp eller liknande.⁹⁰ Kommittén betonar också att en viktig förutsättning för att barnet ska kunna uttrycka sina åsikter är att det får tillgång till information.⁹¹

5.3 Vilka barn omfattas?

Av ordalydelsen i artikel 12 följer att denna artikel omfattar det barn som är i stånd att bilda egna åsikter. Enligt barnrättskommittén får staterna inte tillämpa en presumtion om att vissa barn inte kan bilda egna åsikter. Utgångspunkten ska i stället vara den motsatta, att alla barn kan bilda egna åsikter.⁹² Kommittén betonar att artikel 12 inte innehåller några åldersgränser. Att använda sig av en åldersgräns, som är lagfäst eller

⁸⁶ Stern, *The Child’s Right to Participation – Reality or Rhetoric?*, s. 162.

⁸⁷ Stern, *The Child’s Right to Participation – Reality or Rhetoric?*, s. 162.

⁸⁸ General Comment No. 12, p. 22.

⁸⁹ General Comment No. 12, p. 23.

⁹⁰ General Comment No. 12, p. 21.

⁹¹ General Comment No. 12, p. 25.

⁹² General Comment No. 12, p. 20.

framgår av praxis, är således inte ett korrekt sätt att avgöra vilka barn som är i stånd att bilda egna åsikter.⁹³ Kommittén anger vidare att forskning visar att barn redan i en mycket tidig ålder kan bilda egna åsikter, till och med när barnet inte kan uttrycka dessa åsikter verbalt. Som en konsekvens av detta måste staterna ta hänsyn även till andra viljeuttryck än språk, såsom lek, kroppsspråk, teckningar osv.⁹⁴ Som en följd av att artikel 12 ska tolkas mot bakgrund av artikel 2 är det viktigt att tillförsäkrandet av rätten att komma till tals sker utan diskriminering. Barnrättskommittén understryker att konventionsstaterna måste lägga extra vikt vid att barn som tillhör marginaliserade grupper av barn, exempelvis funktionshindrade barn och flickor i många länder, får komma till tals i lika hög utsträckning som andra barn.⁹⁵

Artikel 12 stadgar, precis som artikel 3, rättigheter både åt det individuella barnet och åt olika grupper av barn. Det enskilda barnets rätt att komma till tals framgår tydligt av artikelns ordalydelse genom att artikeltexten genomgående hänvisar till "barnet". Barnkollektivets rätt att komma till tals framgår inte direkt av ordalydelsen men framhålls av barnrättskommittén.⁹⁶ Barnets rätt att uttrycka sina åsikter innefattar enligt det här synsättet en rätt att uttrycka sina åsikter tillsammans med andra barn. Kommittén betonar att "the views expressed by *children* [min kursiv] may add relevant perspectives and experience and should be considered in decision-making, policymaking and preparation of laws and/or measures as well as their evaluation".⁹⁷ Det faktum att även grupper av barn har rätt att få uttrycka sina åsikter i lagstiftningsprocesser m.m. kommer jag att använda som en av utgångspunkterna i min analys av EU-reglerna kring olovligt bortförande av barn.

5.4 Betydelsen av barnets åsikter

Barnets åsikter ska enligt artikelns ordalydelse tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad. Detta betyder att det inte är nog för att uppfylla konventionens krav att barnet får uttrycka sina åsikter. Barnet har även en rätt att få sina åsikter allvarligt beaktade.⁹⁸ Enligt min mening är den här aspekten av artikel 12 mycket komplicerad, men samtidigt ett nödvändigt element för att rättigheten inte bara ska bli en formalitet där barn får uttrycka sin vilja utan att de vuxna fäster något avseende

⁹³ General Comment No. 12, p. 21.

⁹⁴ General Comment No. 12, p. 21.

⁹⁵ General Comment No. 12, p. 75-79.

⁹⁶ General Comment No. 12, p. 9.

⁹⁷ General Comment No. 12, p. 12.

⁹⁸ General Comment No. 12, p. 28.

därvid. När jag fortsättningsvis i denna uppsats refererar till barnets *rätt att komma till tals* innefattar jag bägge dessa steg: Barnets rätt att fritt uttrycka sina åsikter samt att få dessa åsikter beaktade i förhållande till dess ålder och mognad.

I artikel 12 nämns både ålder och mognad som de faktorer som ska vara avgörande för bedömningen av vilken vikt som ska tillmätas barnets åsikter i en viss situation. Detta betyder att ålder inte får vara ensamt avgörande och att vikten av barnets åsikter måste bedömas från fall till fall.⁹⁹ Kommittén har uttalat att "[t]he greater the impact of the outcome on the life of the child, the more relevant the appropriate assessment of the maturity of that child."¹⁰⁰ Olovligt bortförande har onekligen stor betydelse för ett barns liv vilket gör det väldigt viktigt att en korrekt bedömning av barnets ålder och mognad genomförs. Svenska domstolar använder sig av en åldersgräns fastslagen i RÅ 2002 ref 1 som anger att det normalt krävs att barnet är 12 år gammalt för att hänsyn ska tas till barnets vilja vid ärenden om återlämnade av olovligt bortförda barn. Regeringsrätten menar även att viljeyttringen måste utgöra ett självständigt och, i förhållande till barnets ålder, övervägt och välgrundat ställningstagande för att tillmätas avgörande betydelse. Jag anser att det är tveksamt om detta förhållningssätt överensstämmer med barnkonventionen.

Som jag framfört ovan anser barnrättskommittén att även grupper av barn har rätt att komma till tals. Det är av naturliga skäl betydligt svårare att bedöma ålder och mognad när man har att göra med en grupp av barn. Så är fallet särskilt när en heterogen grupp med barn i olika åldrar och med olika mognadsgrad uttrycker sina åsikter. På grund av detta förhållande är det sannolikt svårt för en sådan grupps åsikter att verkligen bli beaktade. Det finns dock även mer avskilda grupper av barn, exempelvis barn som varit med om ett olovligt bortförande. En sådan grupp är mindre och dess medlemmar delar en viktig erfarenhet i form av det olovliga bortförandet. Deras åsikter bör därför enligt min mening tas på allvar och så långt det är möjligt beaktas vid utformningen av regler om olovligt bortförande av barn.

5.5 Rätten att höras

Den andra punkten i artikel 12 specificerar i vilka sammanhang det är särskilt viktigt att barnet får komma till tals, nämligen i alla domstolsförfaranden samt i alla administrativa förfaranden som rör barnet. Som exempel på förfaranden nämner barnrättskommittén

⁹⁹ General Comment No. 12, p. 29.

¹⁰⁰ General Comment No. 12, p. 30.

vårdnadstvister, adoptionsfrågor och barns asylprocesser.¹⁰¹ Förfarandet vid vilket det ska bestämmas om ett olovligt bortfört barn ska återlämnas eller inte nämns inte i uppräknningen men är enligt min åsikt ytterligare ett bra exempel på ett domstolsförfarande som omfattas av den andra punkten i artikel 12. Till skillnad mot vad som gäller för barnets bästa är det svårt att komma med generella antaganden om vad som är barnets vilja när de förts bort av den ena föräldern. Att på förhand spekulera i vilka dessa åsikter kommer att vara förtar helt den syn som artikel 12 bygger på, att det barnets egna åsikter ska komma fram i varje enskild situation.

I domstolsförfaranden handlar det nästan alltid om ett enskilt barn och rättigheten i punkt 2 formuleras som en rätt att bli *hörd*. Rätten att bli hörd gäller enligt kommittén både i förfaranden som initieras av barnet och förfaranden som initieras av andra, exempelvis barnets föräldrar.¹⁰² En annan fråga rör *hur* barnet ska höras. Artikeln stadgar att det kan ske antingen direkt eller genom företrädare eller lämpligt organ. Kommittén betonar att det är barnet som ska välja sättet och att barnet bör ges möjlighet att höras direkt så ofta det är möjligt.¹⁰³ Kommittén påpekar även att det ofta kan föreligga en intressekonflikt mellan barnet och barnets mest uppenbara företrädare, föräldrarna.¹⁰⁴ En sådan intressekonflikt är tydlig vid bland annat olovligt bortförande av barn. Kommittén påpekar även behovet av att anställda på domstolar har tillräcklig barnkompetens.¹⁰⁵

¹⁰¹ General Comment No. 12, p. 32.

¹⁰² General Comment No. 12, p. 33.

¹⁰³ General Comment No. 12, p. 35.

¹⁰⁴ General Comment No. 12, p. 36.

¹⁰⁵ General Comment No. 12, p. 34.

6 Regelverket vid olovligt bortförande av barn inom EU

6.1 Definitionen av olovligt bortförande av barn

6.1.1 Enligt Haagkonventionen

Det har på flera ställen i uppsatsen framgått att Haagkonventionen i huvudsak fortsätter att gälla mellan EU:s medlemsstater även sedan Bryssel II-förordningens tillkomst. I Haagkonventionens artikel 3 definieras olovligt bortförande som följer:

Ett bortförande eller ett kvarhållande av ett barn är att anse som olovligt om

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

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

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

Till att börja med kan det påpekas att artikeln definierar i vilka fall ett bortförande *eller* kvarhållande är olovligt. Vid ett olovligt bortförande är det själva förflyttningen från hemviststaten till tillflyktsstaten som är olovlig. Vid ett olovligt kvarhållande är däremot förflyttningen till det andra landet lovlig, exempelvis på grund av en överenskommelse mellan föräldrarna. Om föräldern däremot behåller barnet i utlandet längre än vad som var överenskommet föreligger ett olovligt kvarhållande. Den uppmärksamma läsaren har noterat att jag tidigare i uppsatsen uteslutande använt mig av begreppet olovligt *bortförande* av barn. Detta kommer jag för enkelhetens skull att göra även fortsättningsvis, men inbegriper i detta även olovligt *kvarhållande* av barn. I de fall då skillnaden mellan dessa två företeelser är relevant kommer detta att framgå.

Den första avgörande frågan för bedömningen om ett olovligt bortförande har ägt rum är huruvida rätten till vårdnad har kränkts. Detta beror på vem eller vilka som på grund av lag, dom eller överenskommelse med rättslig verkan är vårdnadshavare för barnet i barnets hemviststat. Råder det osäkerhet i frågan om vem eller vilka som har vårdnad om barnet, kan domstolen i det land där ansökan om återlämnande görs begära att sökanden inhämtar ett avgörande från hemviststaten som förklarar att bortförandet var olovligt (artikel 15). Enligt artikel 3 kan vårdnaden utövas av en person, en

institution eller något annat organ. När jag i uppsatsen talar om bortförande respektive kvarlämnade föräldrar, vilket är vanligast förekommande, är det viktigt att hålla i minnet att dessa lika gärna kan bytas ut mot organ med vårdnad över barnet.

I artikel 5 a definieras rätten till vårdnad som rättigheter vilka hänför sig till vården av barnets person och särskilt rätten att bestämma var barnet ska bo. I Sverige kan en förälder med enbart umgängesrätt inte förhindra att den andre föräldern flyttar med barnet. I andra länder förekommer det däremot att en förälder med umgängesrätt genom ett domstolsbeslut kan få vetorätt angående barnets eventuella flytt till utlandet. Det har diskuterats om en sådan vetorätt är tillräcklig för att kriteriet om rätt till vårdnad i konventionen är uppfyllt.¹⁰⁶ Det krävs vidare att vårdnadsrätten verkligen utövades, antingen gemensamt eller för sig, vid tidpunkten för bortförandet. Kraven är inte särskilt högt ställda då det anses räcka att vårdnadshavaren har upprätthållit någon form av kontakt med barnet.¹⁰⁷

Vid sidan av vårdnadsfrågan är den andra avgörande frågan var barnet hade sitt *hemvist* när bortförandet ägde rum. Ett olovligt bortförande kan bara ske om barnet förs från hemviststaten till en annan stat, och ett olovligt kvarhållande om barnet kvarhålls i en annan stat än i hemviststaten. Hemvistbegreppet ska tolkas på ett konventionsautonomt sätt. Den förklarande rapporten till konventionen ger dock inte särskilt mycket ledning i frågan om hur begreppet hemvist närmare ska tolkas. Detta beror på att en fastslagen definition inte anses önskvärd, utan hemvistet ska i stället avgöras av renodlade fakta i det enskilda fallet.¹⁰⁸ Detta betyder att det inte lämnas mycket utrymme för subjektiva rekvisit, som exempelvis ett krav på avsikt att stanna i landet. Den starka betoningen av de faktiska förhållandena beror delvis på att hemvistbedömningen gäller barn. Barn kan inte på samma sätt som vuxna visa upp en självständig avsikt att bosätta sig på en viss plats.¹⁰⁹ Begreppets faktiska karaktär tillåter inte heller att ett barns hemvist görs helt beroende av vårdnadshavarens hemvist. Å andra sidan kan det många gånger rent praktiskt vara svårt att skilja ett barns hemvist från föräldrarnas hemvist.¹¹⁰

En av de viktigaste faktorerna vid hemvistbedömningen enligt artikel 3 är vistelsens längd. Beaumonts och McEleavys genomgång av praxis visar att en period över ett år i

¹⁰⁶ Göransson, 1980 års Haagkonvention om olovliga bortföranden av barn, s. 461 f.

¹⁰⁷ Örténhed, Bosättningsanknytningar i gränsöverskridande familjerättsförhållanden – en internationellt privat- och processrättslig studie, s. 293.

¹⁰⁸ Pérez-Vera, Explanatory Reprt, p. 66.

¹⁰⁹ Beaumont & McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 106.

¹¹⁰ Beaumont & McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 91.

princip alltid bedöms som tillräcklig, medan perioder kortare än så bedöms olika i de olika konventionsstaterna.¹¹¹ Så korta perioder som två månader har räckt i vissa fall, vilket kritiseras av författarna som förespråkar att minst sex månaders vistelse bör krävas för att grunda hemvist.¹¹² Ibland är det mycket osäkert var barnet hade sitt hemvist omedelbart före ett bortförande. En anledning till detta kan vara att ett barn vars föräldrar är bosatta i två olika länder kan ha spenderat avsevärd tid i bägge dessa länder när bortförandet eller kvarhållandet väl äger rum.

Haagkonventionen gäller enbart barn upp till 16 års ålder, vilket följer av artikel 4. Detta betyder alltså att konventionens definition av olovligt bortförande inte omfattar alla barn, eftersom de allra flesta stater har en myndighetsålder på 18 år (se även artikel 1 i barnkonventionen). Glappet som uppstår för barn mellan 16 och 18 bör inte spela någon större roll i praktiken då den stora majoriteten av barn som bortförs är mycket unga.¹¹³ Enligt den tidigare nämna rapporten från riksdagen var de barn som bortfördes till eller från Sverige under 2003 respektive 2006 i genomsnitt runt 7 år gamla.¹¹⁴ Skulle ett barn över 16 år bortföras är det dessutom troligt att bortförandet skett med barnets samtycke, då det är svårt att tvinga så gamla barn.¹¹⁵

6.1.2 Enligt Bryssel II-förordningen

I samband med att regler om olovligt bortförande infördes i den nya Bryssel II-förordningen ansågs det lämpligt att även förordningen skulle innehålla en definition av begreppet.¹¹⁶ I artikel 2.11 stadgas därför att ett olovligt bortförande är ett bortförande av ett barn:

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

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

¹¹¹ Beaumont & McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 106.

¹¹² Beaumont & McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 108 f.

¹¹³ Jänterä-Jareborg, Olovliga bortföranden av barn: dags att ställa Sverige vid skampålen?, s. 894.

¹¹⁴ Bortförda och kvarhållna barn i internationella förhållanden, 2008/09:RFR8, s. 42.

¹¹⁵ Se Pérez-Vera, Explanatory Report, p. 77.

¹¹⁶ McEleavy, The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?, s. 28.

En skillnad mellan den här definitionen och den i Haagkonventionen, som följer av att det här rör sig om ett EU-instrument, är att ett olovligt bortförande i förordningens mening endast kan äga rum om barnet hade hemvist i ett EU-land omedelbart före bortförandet och bortförs till ett annat EU-land. Med hemvist som anknytningsmoment är det inte nödvändigt att barnet är EU-medborgare för att omfattas av reglerna så länge han eller hon har hemvist i ett EU-land.

En annan skillnad i förhållande till Haagkonventionens definition är att det i punkt b slås fast att en förälders vetorätt angående barnets boende innebär att vårdnaden utövas gemensamt. Detta faktum hade redan accepterats av de flesta anslutna stater till Haagkonventionen, och innefattandet av detta i definitionen innebär därför inte någon nyhet i praktiken.¹¹⁷ Det kan även påpekas att det under punkt a stadgas att ett olovligt bortförande ska strida mot den vårdnad som har anförtrotts en ”person”. Denna ordalydelse skiljer sig från artikel 3 i Haagkonventionen där det i stället anges att vårdnaden kan utövas av ”en person, en institution eller något annat organ”. Det faktum att det i artikel 11.1 i Bryssel II-förordningen, som handlar om återlämnande av barn, anges att en ”person, en institution eller ett organ” kan ha vårdnad om ett barn i den mening som krävs för att ett olovligt bortförande ska kunna äga rum, tyder på att det måste vara detta som gäller även enligt Bryssel II-förordningen. Att detta inte framkommer i själva definitionen i artikel 2.11 är olyckligt.

Bryssel II-förordningen innehåller till skillnad mot Haagkonventionen inte något stadgande angående vilka barn som omfattas av definitionen. Eftersom förordningen hänvisar till konventionens regelverk i stort vad gäller olovligt bortförande av barn bör det också vara konventionens definition som gäller och därmed en 16-årsgräns även för barn som olovligt bortförs inom EU.

6.1.3 Vilken definition gäller?

Trots att definitionen av olovligt bortförande av barn i Bryssel II-förordningen i stort sett är densamma som i Haagkonventionen är det viktigt att klargöra hur de två definitionerna förhåller sig till varandra. I artikel 60 i Bryssel II-förordningen stadgas det att detta instrument gäller framför Haagkonventionen. I kommissionens ”Practice Guide” uttalas att det ska avgöras om ett olovligt bortförande ägt rum i den mening som

¹¹⁷ McEleavy, The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?, s. 28.

anges i artikel 2.11.¹¹⁸ Kommissionens syn på saken är alltså att Bryssel II-förordningens definition av olovligt bortförande är den förhärskande.

McEleavy problematiserar denna ståndpunkt och påpekar att förordningens artikel 62.2 stadgar att Haagkonventionen ska fortsätta att gälla mellan medlemsstaterna och att Bryssel II-förordningens definition av olovligt bortförande är placerad i artikel 2 som inleds med följande ord: ”I denna förordning används följande beteckningar med de betydelser som här anges”. Definitionen är alltså avsedd för förordningens bruk, medan förordningens regler om olovligt bortförande bygger på Haagkonventionens regler och direkt hänvisar till dessa som grunden för ansökan om återlämnade av ett bortfört barn.¹¹⁹

Trots den ovan framförda kritiken har jag valt att utgå från kommissionens uttalande att definitionen i Bryssel II-förordningen gäller framför definitionen i Haagkonventionen. Syftet med att införa en definition i förordningen skulle gå helt förlorat om definitionen inte har någon funktion. Det finns ännu inget klargörande rättsfall från EU-domstolen som behandlar den här frågan. Jag anser dock att det är troligt att EU-domstolen skulle finna sig vara behörig att tolka förordningens definition av olovligt bortförande, och därmed nyckelrekvisitet ”hemvist”. Detta skulle innebära en stor principiell förändring på tolkningsstadiet. Det är visserligen i första hand domstolen i det land där ansökan om återlämnade görs som ska avgöra om barnet hade hemvist i ett annat EU-land omedelbart före bortförandet. Men även i sådana fall är det EU-domstolen som i sista hand har att avgöra tolkningsfrågor angående hemvistet.

Det finns redan idag ett förhandsavgörande från EU-domstolen, mål C-523/07, som rör hemvistbegreppet i Bryssel II-förordningens artikel 8 som avser den allmänna behörigheten i mål om föräldraansvar. Huruvida detta fall har betydelse även för hemvistbedömningen vid olovligt bortförande av barn behandlas nedan i kapitel 7 som rör EU-domstolens praxis.

¹¹⁸ Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, s. 32.

¹¹⁹ McEleavy, The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?, s. 28 f.

6.2 Återlämnande av olovligt bortförda barn

6.2.1 *Bryssel II-förordningens kompletterande funktion*

Som jag redogjort för i föregående avsnitt stadgar artikel 60 i Bryssel II-förordningen att detta instrument gäller framför Haagkonventionen, samtidigt som det i artikel 62 p. 2 stadgas att konventionen ska fortsätta att tillämpas mellan medlemsstaterna. I ingresspunkt 17 i förordningens preambel formuleras förhållandet i stället så att förordningen *kompletterar* konventionen.

De kompletterande bestämmelser som åsyftas är de regler som finns i artikel 11 under rubriken ”Återlämnande av barn”.¹²⁰ Klart är att dessa förordningsbestämmelser inte är självständiga utan bygger vidare på bestämmelserna i Haagkonventionen. Av artikel 11.1 i Bryssel II-förordningen framgår att de övriga punkterna i artikeln (2-8) ska tillämpas då någon ansöker om ett återlämnande *i enlighet med bestämmelserna i Haagkonventionen*. Till grund för återlämnandefrågan ligger alltså Haagkonventionen, men vissa av punkterna i artikel 11 kompletterar eller modifierar tillämpningen av denna. Den närmare innebörden av den parallella tillämpningen av Haagkonventionen och Bryssel II-förordningen i återlämnandefrågan kommer förhoppningsvis att stå klar efter läsningen av de resterande avsnitten i detta kapitel.

6.2.2 *Ansökan om återlämnande och samarbete mellan centralmyndigheterna*

Även efter Bryssel II-förordningens ikraftträdande ska en ansökan om återlämnande av ett bortfört barn ske enligt bestämmelserna i Haagkonventionen. Detta följer av artikel 11.1 i Bryssel II-förordningen. En sådan ansökan görs enligt artikel 8 i konventionen hos någon av de centralmyndigheter som utsetts i enlighet med artikel 6. I Sveriges fall är det Utrikesdepartementet. Centralmyndigheterna är enligt artikel 7 skyldiga att samarbeta med varandra och att främja samarbete mellan de behöriga myndigheterna i sina respektive stater. Centralmyndigheterna ska dessutom i enlighet med artikel 10 vidta alla lämpliga åtgärder för att ett barn i första hand kan återlämnas på frivillig väg.

En person, institution eller annat organ kan ansöka om återlämnande antingen i den stat där barnet hade hemvist före bortföranden eller i någon annan medlemsstat. Inkommer ansökan till centralmyndigheten i en stat där barnet inte befinner sig ska denna enligt artikel 9 vidarebefordra ansökan till centralmyndigheten i det land där barnet befinner sig. Det är centralmyndigheten som i enlighet med artikel 7 f inleder

¹²⁰ Hela artikeltexten finns i bilaga 1.

förfarandet för att få barnet återlämnat eller underlättar för att ett sådant förfarande kan inledas, men det är de judiciella eller administrativa myndigheterna i det land där barnet befinner sig som i enlighet med artikel 12 beslutar i återlämnandefrågan. I Sveriges fall har alla förfaranden kring olovligt bortförande av barn koncentrerats till Stockholms tingsrätt.¹²¹ Detta är enligt min mening positivt för domarnas barnkompetens, eftersom det ökar deras möjlighet att uppnå en fördjupad kunskap i de aspekter som är utmärkande för dessa fall.

Enligt Bryssel II-förordningens kapitel IV ska det också utses en centralmyndighet i varje medlemsstat. Även för detta ändamål är Utrikesdepartementet utsett. Artikel 55 rör centralmyndigheternas samarbete i enskilda ärenden om föräldraansvar. I dessa ärenden ska centralmyndigheterna bland annat samla in och utbyta information om barnets situation, informera och biträda personer med föräldraansvar som söker erkännande och verkställighet av domar rörande återlämnande av barn samt underlätta kontakter mellan medlemsstaternas domstolar.

Sammanfattningsvis kan man säga att *ansökningsförfarandet* regleras av Haagkonventionen, och att centralmyndigheterna har en särskild roll i detta förfarande. Utöver denna roll ska centralmyndigheterna samarbeta i en rad frågor, både enligt konventionen och enligt förordningen. Det finns antagligen stora fördelar med att ha en centralmyndighet i stället för två olika, precis som man valt att göra i Sverige.

6.2.3 En presumtion om återlämnande

De judiciella eller administrativa myndigheterna som ska besluta om ett barns eventuella återlämnande har att följa artikel 12 i Haagkonventionen. Av denna artikel framgår att om det den dag då förfarandet inleds har förflutit *mindre än ett år* från det olovliga bortförandet ska myndigheten besluta om barnets omedelbara återlämnande. Även i de fall då det förflutit *mer än ett år* ska det beslutas om barnets återlämnande, om det inte visas att barnet funnit sig tillrätta i sin nya miljö.

Den här regeln förändrades inte i och med Bryssel II-förordningen införande. Det råder således en fortsatt presumtion för att barn som förts bort ska återlämnas till hemviststaten. För barn som befunnit sig i den nya staten mindre än ett år är presumtionen starkare än för barn som befunnit sig där längre än ett år. Den här huvudregeln

¹²¹ Detta skedde genom en lagändring 2006, se 13 § in fine i lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.

anses ge uttryck för en indirekt behörighetsregel, som stadgar att materiella frågor om barnets framtid ska avgöras av domstolarna i barnets hemvistland.¹²²

6.2.4 Skäl att vägra återlämnande

Den första grunden för att vägra återlämnande har indirekt framgått i avsnittet ovan och har att göra med tiden barnet vistats i det nya landet. Av artikel 12 andra stycket i Haagkonventionen följer att ett barn som den dag förfarandet inleds har vistats i den nya staten mer än ett år ska återlämnas *om inte* barnet funnit sig tillrätta i sin nya miljö. En vistelse över ett år är alltså enbart en grundförutsättning för att denna regel ska vara tillämplig. Det krävs därutöver att den bortförande föräldern kan visa att barnet verkligen funnit sig tillrätta i det nya landet. Det är oklart om den här vägransgrunden är fakultativ eller inte. Det som går att utläsa av konventionstexten är att ett barn *ska* återlämnas såvida det inte visas att barnet funnit sig tillrätta i sin nya miljö. Frågan är om betydelsen av att barnet funnit sig tillrätta är att barnet *inte ska* återlämnas eller om ett återlämnande i sådana fall *får* vägras. Den senare lösningen förfäktas i ett brittiskt rättsfall från 2007.¹²³

Vidare innehåller artikel 13 i Haagkonventionen ett antal situationer där det tydligt framkommer att myndigheten i den stat där återlämnande begärs får vägra återlämnande, men även har rätt att besluta om återlämnande trots att vägransgrunderna är uppfyllda.¹²⁴ Detta är fallet då den person som motsätter sig ett återlämnande visar att:

a) den person (...) som hade vård om barnets person faktiskt inte utövade vårdnadsrätten vid den tid då bortförandet eller kvarhållandet ägde rum eller hade samtyckt till eller i efterhand godtagit bortförandet; eller

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

Enligt artikel 13 andra stycket får myndigheten också vägra återlämnande om den finner att barnet motsätter sig att bli återlämnat och barnet har uppnått en ålder och mognad vid vilken det är skäligt att ta hänsyn till barnets åsikt. Utöver detta stadgar artikel 20 en möjlighet att vägra återlämnande i enlighet med ett slags ordre public. Detta gäller då ett

¹²² McEleavy, The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?, s. 18.

¹²³ Lamont, Re M and Beyond: Managing Return When a Child Has Settled Following Abduction, s. 75.

¹²⁴ Beaumont & McEleavy påpekar dock att det är ytterst ovanligt att återlämnade beslutas i de fall då domstolen funnit att en allvarlig risk för skada föreligger, se The Hague Convention on International Child Abduction, s. 155.

återlämnade skulle strida mot grundläggande mänskliga rättigheter. Som Beaumont och McEleavy påpekar är det sannolikt att ett överträdande av grundläggande mänskliga rättigheter även skulle innefatta en allvarlig risk för skada och därmed falla innanför tillämpningsområdet i artikel 13 b.¹²⁵

Av vägransgrunderna är det artikel 13 b som har haft störst praktisk betydelse vid tillämpningen av Haagkonventionen. Det är framför allt risk för psykisk skada som åberopas av den bortförande föräldern. Ett vanligt påstående är att åtskiljandet från den bortförande föräldern skulle orsaka den påstådda skadan, men det finns självklart en mängd tänkbara anledningar till varför ett barn skulle kunna riskera sin fysiska eller psykiska hälsa vid ett återlämnande.¹²⁶ Artikel 13 b ska dock, liksom de övriga vägransgrunderna, tillämpas restriktivt.¹²⁷

Artikel 13 b är den enda av vägransgrunderna som modifieras i enlighet med Bryssel II-förordningen. I artikel 11.4 stadgas nämligen att en domstol¹²⁸ inte kan vägra att återlämna ett barn enligt artikel 13 b om det styrks att lämpliga åtgärder har vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnandet. Vad som avses med lämpliga åtgärder är oklart. Det som eventuellt åsyftas är så kallade ”undertakings” som är vanligt förekommande i exempelvis Storbritannien. ”Undertakings” kan karaktäriseras som frivilliga utfästelser från sökandens sida, till exempel att sökanden lovar att ordna boende för barnet och den bortförande vårdnadshavaren vid återkomsten.¹²⁹

Troligen är det dock utfästelser av bindande karaktär från myndigheternas sida som avses. Enligt kommissionens ”Practice Guide” måste det nämligen “be established that the *authorities* [min kursiv] in the Member State of origin have taken concrete measures to protect the child in question”.¹³⁰ Av detta uttalande följer även att det inte räcker med att det generellt finns möjligheter att få skydd i barnets ursprungliga hemviststat, utan det måste röra sig om mer konkreta skyddsåtgärder. Sammanfattningsvis kan sägas att den modifierade vägransgrunden ger upphov till en *förstärkt* presumtion om återlämnande.¹³¹

¹²⁵ Beaumont & McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 172.

¹²⁶ Beaumont & McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 145.

¹²⁷ Perez-Vera, Explanatory Report, p. 34.

¹²⁸ Domstol definieras i artikel 2 p. 1 Bryssel II-förordningen som samtliga myndigheter i medlemsstaterna som är behöriga i frågor som omfattas av förordningens tillämpningsområde enligt artikel 1.

¹²⁹ SOU 2004:80, s. 46.

¹³⁰ Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, s. 32.

¹³¹ Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, s. 32.

6.2.5 Till vilket land och till vem ska barnet återlämnas?

I preambeln till Haagkonventionen framgår att barnet ska återlämnas till hemviststaten. Detta slås dock inte fast i någon av konventionens artiklar. Även om konventionens utgångspunkt får anses vara att barnet ska återlämnas till hemviststaten har konventionens skapare räknat med möjligheten att barnet kan återlämnas till en tredje stat, exempelvis om den kvarlämnade föräldern flyttat.¹³² Jänterä-Jareborg menar att en sådan tredje stat också måste vara ansluten till konventionen.¹³³ Bryssel II-förordningen är tyst i frågan till vilket land barnet ska återlämnas, vilket bör betyda att återlämnade även i EU-interna fall av bortföranden kan ske till ett land som inte är barnets hemviststat. Frågan är om detta land måste vara ett annat EU-land, eller åtminstone vara anslutet till Haagkonventionen.

Inte någonstans i varken Bryssel II-förordningen eller i Haagkonventionen behandlas frågan om till *vem* barnet ska återlämnas. Enligt doktrin har det framförts att det ibland kan vara aktuellt att lämna över barnet till de sociala myndigheterna i barnets hemvistland. Detta skulle kunna vara en lösning för att trygga ett barns situation till dess att domstolarna kommit fram till en lösning i vårdnadsfrågan.¹³⁴ Jag menar att stadgandet i artikel 11.4 talar för att en sådan lösning ligger i linje med Bryssel II-förordningen. Artikel 11 förutsätter ju att lämpliga åtgärder kan vidtas från myndigheternas sida, och åtgärder som skulle kunna vara aktuella är att myndigheterna tillfälligt omhändertar barnet.

Man skulle också kunna tänka sig att föräldern som har bortfört barnet återvänder tillsammans med barnet och att något konkret återlämnande inte behöver ske, åtminstone inte förrän ett domstolsavgörande i vårdnadsfrågan förutsätter detta. En sådan lösning skulle vara i linje med regelverket om man anser att begreppet ”återlämnade” även kan gälla återlämnande till ett land, och inte nödvändigtvis till en person. Det skulle dessutom sannolikt vara mer förenligt med barnets bästa. Förutsättningen i så fall bör dock, enligt min mening, vara att den bortförande föräldern går med på att följa med barnet tillbaka, vilket inte alltid är fallet.

¹³² Örtenhed, Bosättningsanknytningar i gränsöverskridande familjerättsförhållanden – en internationellt privat- och processrättslig studie, s. 295.

¹³³ Jänterä-Jareborg, Olovliga bortföranden av barn och Haagkonventionerna, s. 248.

¹³⁴ Örtenhed, Bosättningsanknytningar i gränsöverskridande familjerättsförhållanden – en internationellt privat- och processrättslig studie, s. 294.

6.2.6 Regler kring förfarandet

I artikel 11 i Haagkonventionen stadgas att staterna ska iaktta en snabb handläggning. Denna bestämmelse ligger i linje med konventionens syfte som enligt artikel 1 är att säkerställa ett *snabbt* återförande av olovligt bortförda barn. Om ett beslut inte har fattats inom sex veckor har sökanden rätt att få en förklaring till dröjsmålet. I Bryssel II-förordningen är tidsgränsen något skarpare formulerad. Enligt artikel 11.3 ska domstolen meddela ett beslut inom sex veckor om detta inte är omöjligt på grund av exceptionella omständigheter. Kommissionen betonar i sin "Practice Guide" att domstolen ska använda sig av det snabbaste förfarandet som finns tillgängligt enligt den nationella lagstiftningen. Kommissionen tar även upp frågan om hur man ska se på sexveckorsgränsen i förhållande till beslut om återlämnande som överklagas. Kommissionens inställning är att ett beslut inte bara måste fattas inom sex veckor, utan också vara verkställbart inom tidsgränsen.¹³⁵ För att uppnå detta resultat förespråkar kommissionen något av följande tillvägagångssätt:

(a) National law may preclude the possibility of an appeal against a decision entailing the return of the child, or

(b) National law may allow for the possibility for appeal, but provide that a decision entailing the return of the child is enforceable pending any appeal.

(c) In the event that national law allows for the possibility of appeal, and suspends the enforceability of the decision, the Member States should put in place procedures to ensure an accelerated hearing of the appeal so as to ensure the respect of the six-week dead-line.¹³⁶

Förutom Bryssel II-förordningens något skarpare tidsgräns innehåller förordningen en processuell bestämmelse som helt saknar motsvarighet i Haagkonventionen. I artikel 11.2 stadgas nämligen att det vid tillämpningen av artikel 12 och artikel 13 i Haagkonventionen ska säkerställas att barnet ges möjlighet att komma till tals under förfarandet, om detta inte förefaller olämpligt med hänsyn till barnets ålder eller mognad. Haagkonventionen innehåller visserligen en vägransgrund som bygger på barnets vilja, men ingen artikel som kräver att barnets åsikter verkligen klarläggs under förfarandet. På vilket sätt barnet ska höras är fortfarande upp till medlemsstaterna att bestämma. Det framgår nämligen av ingresspunkt 19 att bestämmelserna i denna del inte syftar till att ändra de nationella förfarandena på området.

¹³⁵ Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, s. 33.

¹³⁶ Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, s. 33 f.

6.2.7 Domstols behörighet vid olovligt bortförande av barn

I artikel 16 i Haagkonventionen stadgas att myndigheterna i tillflyktsstaten, efter att dessa underrättats om att det föreligger ett olovligt bortförande, inte får besluta i sak om rätten till vårdnaden förrän det har bestämts att barnet inte ska återlämnas enligt konventionen (eller om ansökan inte framställts inom rimlig tid). E contrario medför detta att en domstol i tillflyktsstaten *får* besluta om vårdnaden då ett beslut om att inte återlämna barnet väl har fattats. Enligt McEleavy finns det visst fog för en sådan tolkning av artikel 16. Han menar att behörigheten, i alla fall så småningom, bör överföras till tillflyktsstaten, eftersom barnet i ett sådant här fall troligen kommer att bli kvar där. McEleavy framhåller att en behörighetsövergång på grund av en förälders felaktiga handlande inte är något önskvärt i sig, men att i de fall där en sådan övergång är nödvändig så sker övergången först efter en bedömning enligt konventionen att barnet inte ska återlämnas.¹³⁷

I motsats till Haagkonventionen innehåller Bryssel II-förordningen en uttrycklig behörighetsregel som särskilt gäller domstols behörighet vid olovligt bortförande av barn. Enligt artikel 10 behåller domstolen i den stat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet sin behörighet, utom under vissa exceptionella omständigheter, nämligen om:

a) varje person, institution eller annat organ som har vårdnad om barnet har godtagit bortförandet eller kvarhållandet, eller

b) barnet har varit bosatt i denna andra medlemsstat i minst ett år efter det att den person, den institution eller det organ av annat slag som har vårdnad om barnet har fått eller borde ha fått kännedom om var barnet befinner sig och barnet har funnit sig tillrätta i sin nya miljö och något av följande villkor uppfylls:

i) Ingen begäran om återlämnande har lämnats in till de behöriga myndigheterna i den medlemsstat dit barnet har bortförts eller där barnet kvarhålls inom ett år efter det att den som har vårdnad om barnet har fått eller borde ha fått kännedom om var barnet befinner sig.

ii) En begäran om återlämnande som lämnats in av den som har vårdnad om barnet har återkallats, och ingen ny begäran har lämnats in inom den tidsfrist som avses i led i.

iii) Ett ärende vid domstolen i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet har avslutats i enlighet med artikel 11.7.

¹³⁷ McEleavy, The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?, s. 19.

iv) En dom i vårdnadsfrågan som inte medför att barnet skall återlämnas har meddelats av domstol i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet.

Sammanfattningsvis kan man säga att artikel 10 medför att materiella frågor om föräldraansvaret för det barn som bortförts nästan alltid ska avgöras av domstolarna i det land som barnet har bortförts ifrån, trots att bortförandet i vissa fall kan skapa ett nytt hemvist för barnet. Detta medför vidare att domstolen i barnets ursprungliga hemviststat kan komma med en dom i vårdnadsfrågan som föräldern kan ansöka om att få verkställd i det land dit barnet blivit bortfört.¹³⁸ Ett verkställande skulle i sådana fall innebära ett återlämnande, trots att den specifika mekanismen som Bryssel II-förordningen i kombination med Haagkonventionen erbjuder inte har tillämpats. För verkställighet krävs i dessa fall en verkställbarhetsförklaring i enlighet med artikel 28, och det finns vissa möjligheter för motparten att invända mot ett erkännande av domen enligt artikel 23.

6.2.8 När tillflyktsstaten vägrar att återlämna barnet

Jag övergår nu till den situation då en förälder, vars barn blivit olovligt bortfört, valt att ansöka om återlämnande men domstolen beslutat att inte återlämna barnet. I dessa fall förordar Bryssel II-förordningen ett helt nytt tillvägagångssätt, som måste följas varje gång ett beslut om att inte återlämna barnet fattas med stöd av artikel 13 i Haagkonventionen.

Enligt artikel 11.6 ska den domstol som beslutat att barnet inte ska återlämnas omedelbart översända en kopia av domslutet till den behöriga domstolen eller centralmyndigheten i den medlemsstat där barnet hade hemvist före bortförandet. Detta måste ske inom en månad efter det att beslutet fattats. Den domstol som mottar beslutet om det vägrade återlämnandet ska enligt artikel 11.7 underrätta parterna och ge dem tillfälle att inom tre månader yttra sig så att vårdnadsfrågan kan prövas av denna domstol. En dom i vårdnadsfrågan som innebär att barnet ska återlämnas, det vill säga om vårdnaden tillerkänns den kvarlämnade föräldern, är enligt artikel 11.8 verkställbar enligt de särskilda bestämmelserna i förordningens kapitel III.

¹³⁸ För svensk del innebär detta en stor skillnad gentemot bortföranden utan EU-anknytning, eftersom det enligt svensk praxis (NJA 1974 s. 629 I och II) krävs stöd i lag för att erkänna utländska vårdnadsavgöranden.

Av artikel 42.1 i kapitel III följer att en sådan dom är direkt verkställbar i en annan medlemsstat utan verkställbarhetsförklaring och utan möjlighet att invända mot erkännandet, under förutsättning av att domen försetts med ett särskilt intyg. Alla typer av exekvaturförfaranden för den här typen av domar är alltså avskaffade, om domen försetts med det intyg vars mall finns med i bilaga IV till förordningen.¹³⁹ Förutsättningarna för att en domare ska få utfärda intyget följer av artikel 42.2. Där stadgas att intyget får utfärdas endast om barnet har fått möjlighet att komma till tals, om detta inte ansetts olämpligt med hänsyn till barnets ålder och mognad, parterna fått möjlighet att yttra sig och domstolen har meddelat domen med beaktande av de skäl och den bevisning som legat till grund för det beslut som meddelats enligt artikel 13 i Haagkonventionen.

Av artikel 11.6 och 11.8 följer att de särskilda EU-reglerna gäller när det är *artikel 13* i Haagkonventionen som ligger till grund för beslutet att inte återlämna barnet. Som framgår av avsnitt 6.4.4 finns det även möjligheter att vägra återlämnande med stöd av artikel 12 andra stycket, som stadgar att ett återlämnande kan vägras om det gått mer än ett år och barnet har funnit sig tillrätta i sin nya miljö. Vägras återlämnande på grund av artikel 12 gäller således inte det särskilda förfarandet som följer av Bryssel II-förordningens artikel 11.6 till 11.8. En dom i vårdnadsfrågan som följer på ett sådant beslut får erkännas och verkställas i enlighet med det vanliga förfarandet enligt kapitel III, som fortfarande kräver exekvatur.

Sammanfattningsvis innebär bestämmelserna att domstolen i den stat där barnet hade hemvist före bortförandet får sista ordet i återlämnandefrågan. Man kan se denna överprövning som en mekanism som inte överensstämmer med principen om ömsesidigt förtroende (se avsnitt 2.2.3) eftersom förtroendet främst går i *en riktning* i stället för två. Domstolen i det land där barnet hade hemvist före bortförandet behöver inte lita på att domstolen i tillflyktsstaten gör en korrekt bedömning i frågan huruvida barnet ska återlämnas eller inte. Man kan visserligen påstå att de två processerna rör olika saker och att principen om ömsesidigt förtroende därför inte rubbas. I tillflyktsstaten handlar frågan enbart om återlämnande eller inte återlämnande, medan hemviststatens domstol har att bedöma de vidare aspekterna av vårdnadsfrågan och barnets bästa i ett mer långsiktigt perspektiv. Den senare domstolen skulle med detta synsätt i och för sig kunna lita på den andra domstolens bedömning i själva

¹³⁹ Se bilaga 2.

återförandefrågan men ha en annan åsikt i vårdnadsfrågan. Innebär domstolens beslut att vårdnaden anförtros den kvarlämnade föräldern kommer dock detta att medföra att barnet ska återföras, trots det ursprungliga beslutet att så inte ska ske. Det är svårt att inte se detta som att det är domstolen i den stat där barnet hade hemvist före bortförandet som kan kräva mer vad gäller förtroende än den andra domstolen.

6.2.9 Verkställighetsförfarandet

Haagkonventionen innehåller inga regler angående verkställighet. Detta är den naturliga följden av att beslut om att återlämna ett barn fattas av domstolen i den stat där barnet befinner sig, alltså samma stat som ska verkställa beslutet om återlämnade. Det förutsätts således att det beslutande landets myndigheter verkställer sina egna beslut. På den punkten har det i många fall funnits mer att önska, i alla fall om man ser till ett antal fall som har varit uppe i Europadomstolen.¹⁴⁰ I exempelvis ”Sylvester v. Austria” och ”P.P. v. Poland” har Europadomstolen ansett att ett utdraget verkställighetsförfarande eller utebliven verkställighet inneburit en kränkning av den kvarlämnade föräldrarnas rätt till familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen.

Enligt Bryssel II-förordningens regler är det möjligt att domstolen i den medlemsstat där barnet hade hemvist före bortförandet kommer med en dom i vårdnadsfrågan som kräver att barnet återlämnas av ett annat land. Ett sådant avgörande måste alltså verkställas av ett annat land än det som utfärdade detsamma. Trots att det för dessa fall finns regler om domars direkta verkställbarhet betyder inte detta att dessa *faktiskt* verkställs. Bryssel II-förordningen reglerar nämligen inte själva verkställighetsförfarandet. Enligt artikel 47 regleras verkställighetsförfarandet i stället av lagen i den verkställande medlemsstaten. Ett sätt att se på den här saken är att det som överlämnas åt medlemsstaterna att bestämma om är teknikaliteter kring verkställigheten, till exempel vilka sanktioner som är tänkbara för den som inte går med på villkoren för verkställigheten. Ett annat sätt att se på saken är att verkställighetsförfarandet i sin helhet regleras av medlemsstaternas rätt, och då inkluderas även mer materiella villkor för verkställighet.¹⁴¹ Hur EU-domstolen ser på saken framgår till viss del av ett rättsfall som jag kommer att ta upp i avsnitt 7.4, varför jag väljer att återkomma till denna frågeställning i samband med behandlingen av detta rättsfall.

¹⁴⁰ För en genomgång av dessa fall se Beaumont, Hague Convention on International Child Abduction, s. 21-80.

¹⁴¹ Jänterä-Jareborg, Unification of international family law in Europe – A critical perspective, s. 203.

7 Förhandsavgöranden från EU-domstolen

7.1 Introduktion

I artikel 267 i EUF-fördraget (tidigare artikel 234 EG-fördraget) regleras rätten och skyldigheten för medlemsstaternas domstolar att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen. Varje domstol *får* begära förhandsavgörande angående tolkningen av fördragen eller rättsakter som beslutats av unionens institutioner, om domstolen anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken. Uppstår en sådan tolkningsfråga i en domstol mot vars avgörande det inte finns något rättsmedel *ska* denna domstol begära förhandsavgörande. Enligt EG-fördragets artikel 68 var möjligheten att begära förhandsavgörande begränsad till domstol i sista instans för frågor som rörde avdelning IV, det vill säga bland annat för det civilrättsliga samarbetet. Den här begränsningen berodde enligt Bogdan på oron över att EU-domstolen annars skulle få en alltför hög arbetsbelastning. Bogdan menar att den oron visserligen var befogad inom områden som exempelvis migrationsrätt, men inte inom den internationella privat- och processrätten.¹⁴²

I EUF-fördraget finns två artiklar som begränsar rätten att begära förhandsavgörande, artikel 275 och artikel 276, vilka har att göra med EU-domstolens bristande behörighet att tolka vissa frågor. Artikel 275 utesluter helt behörighet för EU-domstolen i frågor som angår den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken medan artikel 276 begränsar behörigheten vad gäller upprättandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. Till detta område hör bland annat det civilrättsliga samarbetet, men det är uttryckligen i frågor angående det straffrättsliga samarbetet och polissamarbetet där EU-domstolens behörighet är begränsad. Någon motsvarighet till EG-fördragets artikel 68, som enbart tillät domstolar i sista instans att begära förhandsavgörande angående civilrättsliga frågor, finns alltså inte i det nya fördraget.

EU-domstolen har i dagsläget kommit med två förhandsavgöranden som direkt har att göra med Bryssel II-förordningens regler om olovligt bortförande av barn. Värt att påpeka är att inget av dessa fall har handlat om tolkningen av vägransgrunderna. Det finns således ingen rättspraxis från EU-domstolen om hur artikel 11.4, med dess stadgande om att återlämnande under vissa förutsättningar inte får vägras med stöd av artikel 13 b i Haagkonventionen, ska tolkas. Det som fallen i stället rör gäller frågor som uppkommit i samband med att en domstol redan vägrat ett återlämnande och de

¹⁴² Bogdan, Concise Introduction to EU Private International Law, s. 16.

förfaranden som förordningen i dessa fall aktualiserar. EU-domstolen har dessutom kommit med ytterligare två förhandsavgöranden med indirekt betydelse för olovligt bortförande av barn. Dessa fall, som gäller Bryssel II-förordningens nyckelbegrepp ”civilrättsliga frågor” och ”hemvist”, behandlas härnäst.

7.2 Mål C-435/06 – ”C-fallet”

7.2.1 *Twisten vid den nationella domstolen*

Den 23 februari 2005 beslutade en socialnämnd i Sverige om att omedelbart omhänderta barnen A och B enligt lagen (1989:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU). Den 1 mars samma år flyttade modern C med barnen till Finland. Den 3 mars fastställde länsrätten beslutet om det omedelbara omhändertagandet. Socialnämndens ansökan om att barnen skulle omhändertas bifölls därefter av länsrätten. C:s överklaganden av detta beslut samt hennes yrkande att svenska domstolar saknade behörighet avslogs i de högre instanserna. I samband med länsrättens beslut begärde den svenska polisen handräckning av den finska polisen i enlighet med de nordiska reglerna om frihetsberövande åtgärder inom förvaltningsrätten.¹⁴³ Den finska polisen fattade den 8 mars beslut om att barnen skulle utlämnas, ett beslut som C överklagade ända upp till den högsta finska förvaltningsdomstolen som beslutade att ställa ett antal tolkningsfrågor till EU-domstolen.¹⁴⁴

7.2.2 *Tvångsomhändertaganden – en civilrättslig fråga?*

Den finska domstolens tolkningsfrågor rör huruvida Bryssel II-förordningen är tillämplig på verkställighet av ett offentligt beslut om omhändertagande av barn och placering av barn i familjehem, samt om så är fallet huruvida de nationella bestämmelser om omhändertagande, som utarbetats och antagits inom Nordiska rådet, kan tillämpas beträffande samma frågor.¹⁴⁵

EU-domstolen slår fast att sådana åtgärder som i en medlemsstat betraktas som offentligt rättsliga kan innefattas i begreppet civilrättsliga frågor enligt artikel 1.1 i Bryssel II-förordningen.¹⁴⁶ Domstolen menar att stöd för en sådan tolkning bland annat finns i ingresspunkt 10, där det anges att förordningen inte är avsedd att tillämpas på offentligt rättsliga åtgärder av allmän karaktär för utbildning och hälsa. Detta, menar

¹⁴³ I svensk rätt återfinns reglerna i lagen (1970:375) om utlämning till Danmark, Finland, Island eller Norge för verkställighet av beslut om vård eller behandling.

¹⁴⁴ Omständigheterna framgår av domstolens dom, p. 14-21.

¹⁴⁵ Domstolens dom, p. 23.

¹⁴⁶ Domstolens dom, p. 45.

domstolen, tyder på att inte *alla* offentlighetsrättsliga åtgärder var tänka att undantas.¹⁴⁷ Domstolens slutsats är att Bryssel II-förordningen är tillämplig på offentlighetsrättsliga åtgärder för att skydda barn. Detta medför att en dom om tvångsomhändertagande ska erkännas och verkställas över EU:s statsgränser enligt Bryssel II-förordningens regler och inte enligt de särskilda nordiska reglerna.¹⁴⁸

7.2.3 Kommentar

Anledningen till att jag valt att behandla "C-fallet" i min uppsats är inte för att närmare redogöra för EU-domstolens resonemang när den kom fram till att offentliga skyddsåtgärder för barn omfattas av Bryssel II-förordningen. Det jag vill belysa är i stället att när ett beslut om tvångsomhändertagande behöver erkännas och verkställas av en annan medlemsstat, är det möjligt att det barn som omfattas av åtgärderna befinner sig i den andra medlemsstaten till följd av ett olovligt bortförande.

I det aktuella målet befann sig barnen som var föremål för de svenska myndigheternas beslut om omhändertagande i Finland. Frågan är om modern, som tagit med sig barnen till Finland, gjort sig skyldig till ett olovligt bortförande gentemot den svenska socialnämnd som hade ansvaret för barnets placering. Domstolen påpekar i sina domskäl att begreppet *föräldraansvar* enligt artikel 1.2 d omfattar placeringen av ett barn i ett familjehem eller på en institution. För att ett olovligt bortförande ska ha ägt rum måste detta bortförande dock ha kränkt en persons, institutions eller annat organs *vårdnad* om barnet. Enligt svensk rätt innebär ett omhändertagande inte att vårdnaden formellt flyttas över till kommunen.¹⁴⁹ Enligt artikel 2 i Bryssel II-förordningen menas med begreppet vårdnad de rättigheter och skyldigheter som hänför sig till omvårdnaden om barnets person, särskilt rätten att bestämma var barnet ska bo. Ett beslut enligt LVU ger onekligen socialnämnden rätt att besluta om barnets boende,¹⁵⁰ vilket talar för att socialnämnden i förordningens mening kan anses ha vårdnaden om barnet.

Föreligger det ett olovligt bortförande kan en socialnämnd (eller motsvarande myndighet) ansöka om återlämnande av ett barn i enlighet med det regelverk som innebär en parallell tillämpning av Haagkonventionen och Bryssel II-förordningen, i stället för att ansöka om att få själva domen om omhändertagande erkänd och verkställd i den andra medlemsstaten. Vad är då fördelarna med detta? EU-domstolen har gjort

¹⁴⁷ Domstolens dom, p. 52.

¹⁴⁸ Domstolens dom, p. 53 och p. 66.

¹⁴⁹ Detta framgår exempelvis av 13§ st. 4 LVU.

¹⁵⁰ Se 11 § st. 1 LVU.

klart att de nordiska reglerna, som var enkla och inte krävde något exekvaturförfarande, inte får tillämpas. I stället måste tvångsomhändertagandet, som i Bryssel II-förordningens mening är en dom om föräldraansvar, erkännas och verkställas i enlighet med förordningens bestämmelser. I detta fall medför detta ett exekvaturförfarande enligt artikel 28 i förordningen. Fördelarna av att ansöka om återlämnande är alltså att detta vore ett enklare och snabbare alternativ. I fall där ett barn undanhålls från de sociala myndigheterna genom ett olovligt bortförande eller kvarhållande kan det påpekas att ett beslut om omhändertagande av barn tas med syfte att skydda barnet. Redan på grund av detta faktum vore det enligt min bedömning osannolikt att domstolen i den tillfrågade medlemsstaten inte skulle följa Haagkonventionens presumtion om återlämnande.

7.3 Mål C-523/07 – ”A-fallet”

7.3.1 *Twisten vid den nationella domstolen*

De tre barnen C, D och E flyttade tillsammans med sin mor A och styvfar F från Finland till Sverige i december 2001. Under sommaren 2006 lämnade familjen Sverige för att tillbringa semestern i Finland. Familjen blev dock kvar i Finland och bodde där utan fast bostad och utan att barnen gick i skolan. Den 16 november 2006 blev barnen omhändertagna av de finska myndigheterna och placerade på ungdomshem. Barnens mor överklagade detta beslut ända upp till Finlands högsta förvaltningsdomstol där hon gjorde gällande att de finländska myndigheterna saknade behörighet. Hon menade nämligen att barnen sedan den 1 april 2007 var svenska medborgare och även sedan en lång tid tillbaka fast bosatta i Sverige.¹⁵¹

7.3.2 *En fråga om hemvist*

Finlands högsta förvaltningsdomstol valde att ställa två tolkningsfrågor till EU-domstolen. Den första tolkningsfrågan rör precis som i det ovan redovisade fallet huruvida Bryssel II-förordningen är tillämplig på beslut om att omhänderta och placera ett barn utanför det egna hemmet.¹⁵² Jag har därför valt att enbart behandla den andra tolkningsfrågan: ”Hur ska begreppet hemvist, som anges i artikel 8.1 i förordningen (...), tolkas i gemenskapsrätten, särskilt när barnet har fast bostad i en medlemsstat men uppehåller sig i en annan medlemsstat och lever där utan fast bostad?”¹⁵³

¹⁵¹ Omständigheterna framgår av domstolens dom, p. 14-19.

¹⁵² Se domstolens dom, p. 21-22, där domstolen slår fast att den här tolkningsfrågan ska besvaras på samma sätt som i mål C-435/06.

¹⁵³ Domstolens dom, p. 20.

Artikel 8 innehåller den allmänna behörighetsregeln för frågor om föräldraansvar, och stadgar att domstolarna i barnets *hemvistland* är behöriga. EU-domstolen börjar med att slå fast att hemvisbegreppet ska ges en självständig tolkning.¹⁵⁴ Domstolen motiverar detta med att artikel 8 inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma betydelsen och räckvidden av begreppet.¹⁵⁵ Domstolen slår dessutom fast att den rättspraxis som redan finns kring begreppet hemvist inom andra delar av unionsrätten inte direkt kan överföras på bedömningen av *barns* hemvist enligt Bryssel II-förordningen.¹⁵⁶ Hemvistet ska i stället definieras mot bakgrund av bestämmelsernas sammanhang och det mål som eftersträvas med Bryssel II-förordningen. Domstolen nämner sedan det syfte som framgår i ingresspunkt 12, nämligen att förordningens behörighetsregler ska vara utformade med hänsyn tagen till barnets bästa, särskilt kriteriet om närhet.¹⁵⁷

När så domstolen går över till själva definitionen av hemvistbegreppet börjar den med att slå fast att barns hemvist enligt artikel 8 ska avgöras mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁵⁸ Domstolen utvecklar vad som menas med att det är de faktiska omständigheterna som är avgörande. Den säger att förutom barnets fysiska närvaro ska hänsyn tas till andra omständigheter som kan visa att närvaron inte är tillfällig eller sporadisk och att barnet i viss utsträckning är integrerat i socialt hänseende och i familjehänseende.¹⁵⁹ Omständigheter som kan påvisa detta är vistelsens varaktighet och regelbundenhet, förhållandena för vistelsen, skälen till vistelsen, förhållandena och skälen till att familjen flyttat till den andra medlemsstaten, barnets nationalitet, platsen och förutsättningarna för skolgången, barnets språkkunskaper samt dess familjeförhållanden och sociala band i denna medlemsstat.¹⁶⁰

7.3.3 Kommentar

Till att börja med måste det utredas vilken relevans det förevarande fallet har för hemvistbedömningen vid olovligt bortförande av barn. Målet handlar ju om hemvistbedömningen vid fastställandet av *domstols behörighet* i föräldrafrågor. Trots att fallet inte rör hemvistbedömningen vid olovligt bortförande av barn kan man

¹⁵⁴ Domstolens dom, p. 34.

¹⁵⁵ Domstolens dom, p. 35.

¹⁵⁶ Domstolens dom, p. 36.

¹⁵⁷ Domstolens dom, p. 35.

¹⁵⁸ Domstolens dom, p. 37.

¹⁵⁹ Domstolens dom p. 38.

¹⁶⁰ Domstolens dom p. 39.

argumentera för att båda fallen rör *barn* och därför bör vara identiska. Hade fallet i stället gällt vuxna personers hemvist hade det förmodligen sett annorlunda ut. Det anses nämligen att hemvistbedömningen för barn och vuxna kan skilja sig åt (se avsnitt 6.1.1).

Ett ytterligare argument till stöd för en enhetlig bedömning i frågor rörande barn har att göra med ändamålet bakom hemvistlandet som anknytningsmoment. Hemviststatens domstolar är behöriga i föräldrafrågor därför att dessa domstolar anses bäst lämpade att pröva frågor rörande barnet. Hemvistbedömningens roll vid olovligt bortförande av barn är att avgöra om ett olovligt bortförande överhuvudtaget har ägt rum. Samtidigt är följden av ett olovligt bortförande att barnet enligt huvudregeln ska återföras till sitt hemvistland. Denna huvudregel går att upprätthålla eftersom det även i dessa fall anses att domstolarna i barnets hemvistland bör bedöma materiella frågor om barnets framtid, eftersom domstolarna där har bäst förutsättningar för det. I grund och botten är det alltså samma hänsynstaganden som gör sig gällande vid hemvistbedömningen enligt artikel 8 och vid olovligt bortförande av barn. Därför anser jag att det förevarande EU-målet har stor relevans även för den hemvistbedömning som är avgörande för tillämpligheten av reglerna om olovligt bortförande av barn.

Det aktuella fallet kan jämföras med EU-domstolens tidigare praxis i hemvistfrågan inom andra områden av EU-rätten. Mål C-90/97, "Swaddling-fallet", rörde EU:s socialförsäkringsrätt och tolkningen av hemvistbegreppet i *förordning 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen*. Swaddling var en brittisk medborgare som efter att ha sökt arbete i ett annat EU-land återvände till sitt hemland. Han nekades då försörjningsstöd på grund av att han inte ansågs ha förvärvat hemvist vid sin ankomst till Storbritannien. Hans fall refererades till EU-domstolen som slog fast att hemvist kan etableras i direkt anslutning till en persons ankomst till det nya landet, beroende på *intentionen* med vistelsen. Domstolen menade i detta fall att en vistelses längd var en faktor som har betydelse vid hemvistbedömningen, men att denna faktor inte var avgörande.¹⁶¹

Lamont behandlar "Swaddling-fallet" i en artikel från 2007, alltså före EU-domstolens dom i "A-fallet". Hon menar att en tillämpning av EU-domstolens definition av hemvist i "Swaddling-fallet" på olovligt bortförande av barn skulle vara olämplig, därför att det inte skulle finnas någon faktisk koppling mellan barnet och det land som

¹⁶¹ Domstolens dom, p. 30-31.

barnet återlämnas till.¹⁶² Hennes förhoppningar om att EU-domstolen skulle se till den nya kontexten som hemvistbedömningen ska tillämpas i, i stället för att för att lägga vikten vid en enhetlig tolkning av hemvistbegreppet inom hela unionsrätten, har infriats.¹⁶³ I "A-fallet" slår ju EU-domstolen fast att det inte är lämpligt att domstolens rättspraxis inom andra delar av unionsrätten direkt överförs på bedömningen av *barns* hemvist. EU-domstolens betoning av faktiska omständigheter i "A-fallet" ligger dessutom i linje med tolkningen av hemvistbegreppet enligt Haagkonventionen (se avsnitt 6.2.1). Hade domstolen i stället valt att betona subjektiva rekvisit, såsom intentionen med vistelsen i ett land, hade detta kunnat leda till att "rena" konventionsfall och EU-interna fall av olovligt bortförande hade tolkats olika. Med andra ord hade något som inte betraktats som ett olovligt bortförande enligt Haagkonventionen kunnat betraktas som ett olovligt bortförande inom EU.

7.4 Mål C-195/08 – "Rinau-fallet"

7.4.1 *Twisten vid den nationella domstolen*

Makarna Rinau bodde tillsammans i Tyskland när de i januari 2005 fick sin dotter Luisa. I mars samma år separerade föräldrarna och Luisa bodde kvar hos sin mor som var litauisk medborgare. I juli 2006 tog modern med sig dottern på semester till Litauen, vilket fadern hade gått med på. Modern bröt dock överenskommelsen när hon valde att inte återvända till Tyskland, och gjorde sig därmed skyldig till ett olovligt kvarhållande av Luisa. Den 14 augusti tillerkände tysk domstol interimistiskt ensam vårdnad till fadern. Den 30 oktober vände han sig till litauisk domstol med en ansökan om återlämnande enligt Haagkonventionen. Den litauiska domstolen avslog ansökan och beslutet överlämnades till de tyska myndigheterna i enlighet med reglerna i Bryssel II-förordningen artikel 11.6.¹⁶⁴ Den 15 mars 2007 upphävde övre instans i Litauen beslutet om att inte återlämna barnet. Beslutet om att i stället återlämna barnet inhiberades dock av lägre instans. Den här proceduren, inhibitionsbeslut som sedan upphävdes, upprepades ett flertal gånger.

Genom en dom den 20 juni 2007 anförtrodde tysk domstol vårdnaden till fadern, vilket också betydde att Luisa skulle återlämnas till Tyskland. Innan domstolen fattade

¹⁶² Lamont, *Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, s. 277.

¹⁶³ Lamont, *Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, s. 281.

¹⁶⁴ Detta överlämnande gick dock inte riktigt rätt eftersom det var faderns advokat som stod för överlämnandet, se generaladvokatens förslag till avgörande, p. 35.

detta avgörande beaktades beslutet om att inte återlämna dottern som fattats av litauisk domstol. Den tyska domen försågs även med ett intyg enligt artikel 42 i Bryssel II-förordningen. Modern överklagade domen men fick avslag. Hon inkom efter detta med en ansökan till litauisk domstol om icke-erkännande av den tyska domen som gav vårdnaden till fadern och innebar att dottern skulle återlämnas. Hennes ansökan avvisades dock varvid hon överklagade till högsta domstolen, som bestämde sig för att vilandeförklara målet för att ställa ett antal tolkningsfrågor till EU-domstolen.¹⁶⁵

7.4.2 Förfarandet för brådskande mål

”Rinau-fallet” var det första att avgöras enligt det särskilda förfarandet för brådskande mål som infördes den 1 mars 2008.¹⁶⁶ Förfarandet framgår av artikel 104 b i rättegångsreglerna och gäller för frågor inom ramen för ”ett område med frihet, säkerhet och rättvisa”.¹⁶⁷ Enligt ett pressmeddelande från EU-domstolen är det vanligt att tolkningsfrågor inom detta område ofta rör brådskande fall. Syftet är därmed att undvika att medlemsstaterna avskräcks att ställa frågor till EU-domstolen därför att det vanliga förfarandet vid EU-domstolen, som i genomsnitt tar ett och ett halvt år, är för långsamt. Utmärkande för det nya förfarandet är att bland annat att det är färre parter som tillåts komma med skriftliga yttranden och att skriftväxlingen främst sker på elektronisk väg.¹⁶⁸

I ”Rinau-fallet” framhåller EU-domstolen att en ansökan om handläggning enligt det brådskande förfarandet ska bifallas i de fall där det finns ett behov av brådskande handläggning. Ett sådant behov anser domstolen att det föreligger då varje dröjsmål i hög grad kan skada relationen mellan barnet och den förälder som barnet inte bor hos, och då det finns en risk för att den försämrade relationen inte går att reparera. I det aktuella fallet menar domstolen att ett sådant behov framgår av Bryssel II-förordningens ingresspunkt 17, som bland annat anger att barnet olovligen bortförda barn bör återlämnas *omedelbart*, och av artikel 11.3 där det framgår att medlemsstaterna ska följa en tidsgräns på sex veckor för ett sådant förfarande.¹⁶⁹ Ansökan om förhandsavgörande i ”Rinau-fallet” ingavs den 14 maj 2008 och målet avgjordes den 11 juli 2008. Målet

¹⁶⁵ Omständigheterna framgår av domstolens dom, p. 28-41.

¹⁶⁶ Jänterä-Jareborg, Family Law in the European Judicial Space –Concerns Regarding Nation-State’s Autonomy and Legal Coherence, s. 42.

¹⁶⁷ EU-domstolens rättegångregler finns tillgängliga på <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.sv.pdf>.

¹⁶⁸ Pressmeddelande nr 12/08.

¹⁶⁹ Domstolens dom, p. 1.

behandlades alltså på strax under två månader av EU-domstolen, en avsevärt mycket kortare tid än den genomsnittliga tiden för förfarandet i EU-domstolen. Då ansökan lämnades in till EU-domstolen hade dock Luisa redan kvarhållits i Litauen under 1 år och 9 månader.

7.4.3 När kan intyg enligt artikel 42 utfärdas?

En av den litauiska domstolens tolkningsfrågor handlar om huruvida det överensstämmer med Bryssel II-förordningens mål att domstolen i den stat där barnet hade hemvist före bortförandet beslutar om återlämnande och förser detta avgörande med ett intyg enligt artikel 42 *efter* det att domstolen i tillflyktsstaten redan beslutat om återlämnande.¹⁷⁰ I fallet vid den litauiska domstolen hade ett beslut om att vägra återlämnande ersatts med ett beslut om att bevilja återlämnande. Detta senare beslut hade dock av olika anledningar aldrig verkställts. Den här tolkningsfrågan handlar alltså om huruvida det faktum att det finns ett beslut om återlämnande hindrar domstolen i ursprungsmedlemsstaten att i enlighet med artikel 11.8 utfärda ett intyg enligt artikel 42. Artikel 11.8 lyder:

Utan hinder av ett beslut att inte återlämna barnet enligt artikel 13 i Haag-konventionen skall en senare dom som kräver att barnet återlämnas och som meddelas av en domstol som har behörighet enligt denna förordning vara verkställbar i enlighet med kapitel III avsnitt 4 för att säkerställa att barnet återlämnas.

Av generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande framgår att de flesta medlemsstater som yttrade sig i ärendet ansåg att en tillämpning av artikel 11.8 förutsätter ett *slutgiltigt* beslut om att inte återlämna barnet, alltså ett beslut som det inte går att överklaga.¹⁷¹ EU-domstolen är dock av en annan åsikt. Domstolen slår fast att ”när ett avgörande om att återlämna ett barn väl har fattats och meddelats ursprungsdomstolen, påverkas inte utfärdandet av intyg enligt artikel 42 i förordningen av att nämnda avgörande har inhiberats, ändrats, upphävts eller i varje fall inte har vunnit laga kraft eller att nämnda avgörande har ersatts med ett avgörande om att återlämna barnet, såvitt barnet inte har återlämnats”.¹⁷² Enligt domstolen talar det faktum att förfaranden om återlämnande av barn är föremål för en mycket sträng tidsgräns på sex veckors handläggningstid mot att det enbart skulle vara ett slutgiltigt beslut som åsyftas i artikel 11.8. Eftersom det yttersta ansvaret för bedömningen av återlämnandefrågan ligger hos domstolen i barnets

¹⁷⁰ Domstolens dom, p. 42, fråga 5.

¹⁷¹ Generaladvokatens förslag till avgörande, p. 73.

¹⁷² Domstolens dom, p. 89.

ursprungliga hemviststat skulle en sådan tolkning medföra att förfarandet fördröjs och att förordningens ändamålsenliga verkan går förlorad.¹⁷³ Domstolen understryker även att ordalydelsen i artikel 11.8 inte kräver att beslutet som åsyftas måste vara slutgiltigt.¹⁷⁴

7.4.4 Villkoren för erkännande och icke-erkännande

Två av den litauiska domstolens tolkningsfrågor rör villkoren för erkännande och icke-erkännande av domar enligt Bryssel II-förordningen. För det första vill domstolen få svar på vilka villkor som gäller för tillflyktsstatens erkännande av en dom som fattats i enlighet med artikel 11.8, och försetts med ett intyg enligt artikel 42. Frågan är om domstolen i tillflyktsstaten är tvungen att erkänna det utländska avgörandet när den utländska domstolen inte iakttagit de förfaranden som föreskrivs i förordningen.¹⁷⁵ När den litauiska domstolen formulerade den här tolkningsfrågan var ett tänkbart scenario att det inte överensstämde med förordningens förfarande när den tyska domstolen utfärdade intyget enligt artikel 42 efter att det ursprungliga beslutet att inte återlämna barnet i tillflyktsstaten Litauen ersatts med ett beslut att återlämna barnet. Som framgår av föregående avsnitt anser dock EU-domstolen att så inte är fallet. Trots att intyget enligt artikel 42 således i de för fallet specifika omständigheterna inte utfärdats i strid med förfarandet enligt förordningen kvarstår de mer principiella aspekterna av den här tolkningsfrågan.

EU-domstolen menar att det i förhållande till domar som försetts med intyg enligt artikel 42 enbart är möjligt att begära rättelse av intyget, men att det inte är möjligt att överklaga beslutet om att utfärda ett sådant intyg.¹⁷⁶ Detta följer enligt domstolen av artikel 43 där det stadgas:

- 1. Lagen i ursprungsmedlemsstaten skall tillämpas vid varje rättelse av intyget.*
- 2. Beslutet om att utfärda intyget enligt (...) artikel 42.1 kan i övrigt inte överklagas.*

Det är således inte möjligt att använda sig av artikel 23 i Bryssel II-förordningen som anger de skäl som finns för att vägra erkännande av domar om föräldraansvar. Detta beror på att reglerna i kapitel III avsnitt 4 (däribland artikel 42) fungerar som lex

¹⁷³ Domstolens dom, p. 77-81.

¹⁷⁴ Domstolens dom, p. 84.

¹⁷⁵ Domstolens dom, p. 42, fråga 6.

¹⁷⁶ Domstolens dom, p. 85.

specialis i förhållande till reglerna i avsnitt 1 (däribland artikel 23) i samma kapitel.¹⁷⁷ Domstolens svar på frågan lyder därmed: "För det fall det inte har framförts någon invändning om att nämnda intyg inte är äkta och för det fall intyget har utfärdats enligt det formulär vars mall återfinns i bilaga IV till förordningen, är det inte tillåtet att framställa någon invändning mot att avgörandet om att återlämna barnet erkänns. Den domstol där avgörandet görs gällande har därvid bara att konstatera att det avgörande som försetts med intyg är verkställbart och att bifalla ansökan om att barnet ska återlämnas".¹⁷⁸ Det kan noteras att generaladvokat Sharpston i sitt förslag till avgörande framför att klagomål som rör den omständigheten att de uppställda kraven för att få utfärda intyget inte följts av domaren, får framföras i det normala överklagandeförfarandet i det land där intyget utfärdats. Det är alltså enligt generaladvokatens mening möjligt att överklaga domen som försetts med intyget, men inte att ifrågasätta intyget som sådant.¹⁷⁹

För det andra undrar den nationella domstolen huruvida en person kan få fastställt att ett domstolsavgörande *inte ska erkännas* utan att någon *ansökan om erkännande* har getts in.¹⁸⁰ Denna fråga har att göra med det faktum att modern i fallet ansökt om icke-erkännande i Litauen av det tyska avgörandet som innebar att barnet skulle återlämnas. Eftersom EU-domstolen kommit fram till att det inte går att ansöka om icke-erkännande av ett avgörande som försetts med ett intyg enligt artikel 42 anser den inte att den litauiska domstolens första fråga är relevant under de rådande omständigheterna.¹⁸¹

7.4.5 Kommentar

EU-domstolens dom i "Rinau-fallet" innebär att ett avgörande kan förses med ett intyg enligt artikel 42 trots att beslutet om att inte återlämna barnet överklagats i tillflyktsstaten och där ersatts med ett beslut om att återlämna barnet, så länge beslutet om återlämnande inte har verkställts. Detta medför i sin tur att det kan existera två beslut, ett inhemskt och ett utländskt, som bägge kräver barnets återlämnande. Generaladvokat Sharpston vidrör denna problematik i sitt förslag till avgörande. Han menar att två beslut om återlämnande vanligtvis inte bör stå i konflikt med varandra. Om det skulle vara så att de båda besluten stadgar om olika förutsättningar för återlämnandet menar Sharpston att det beslut som utfärdats av domstolen i barnets ursprungliga hemviststat

¹⁷⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande, p. 105–107.

¹⁷⁸ Domstolens dom, p. 89.

¹⁷⁹ Generaladvokatens förslag till avgörande, p. 92.

¹⁸⁰ Domstolens dom, p. 42, fråga 1.

¹⁸¹ Domstolens dom, p. 91.

ska få företräde, eftersom det är denna domstol som har behörighet att döma i alla frågor som rör föräldraansvaret.¹⁸²

En annan fråga är om dessa avgöranden ska betraktas som likvärdiga när det gäller verkställigheten av dem. Som jag framfört i avsnitt 6.4.7 regleras inte själva verkställighetsförfarandet av Bryssel II-förordningen. Detta har av bland annat Sverige tolkats som att det är inhemsk lag som styr förutsättningarna för verkställigheten, inklusive den bestämmelse i föräldrabalken 21 kap. 1 § som stadgar att hänsyn till barnets bästa kan utgöra hinder för verkställighet.¹⁸³ Enligt Jänterä-Jareborg är ett sådant synsätt svårt att förena med EU-domstolens uttalanden i ”Rinau-fallet”.¹⁸⁴ Domstolen konstaterar att ”[f]öremålet med förordningen är visserligen inte att åstadkomma enhetliga materiella bestämmelser och handläggningsregler i de olika medlemsstaterna, men det är viktigt att tillämpningen av dessa nationella regler inte inverkar menligt på förordningens ändamålsenliga verkan”.¹⁸⁵ Dessutom uttalar EU-domstolen att ”den domstol där avgörandet görs gällande har (...) bara att konstatera att det avgörande som försetts med intyg är verkställbart och att bifalla ansökan om att barnet omedelbart ska återlämnas”, vilket onekligen för tankarna till ett *automatiskt* verkställande utan plats för hänsynstaganden till exempelvis barnets bästa. Det är alltså möjligt att tolka domen i ”Rinau-fallet” så att utrymmet för att inte verkställa ett beslut som fattats i enlighet med artikel 11.8 är mindre än utrymmet för att vägra verkställighet av ett inhemskt beslut om återlämnande. En sådan tolkning medför att det blir betydelsefullt att EU-domstolen slagit fast att intyget enligt artikel 42 får användas så snart det finns ett beslut om vägrat återlämnande, trots att detta beslut överklagats och ersatts med ett beslut om återlämnande. Ett beslut om återlämnande med bifogat intyg skulle då kunna verkställas enklare än ett inhemskt beslut om återlämnande.

Anledningen till varför det i ”Rinau-fallet” finns två beslut om återlämnande är att fadern i fallet dels överklagat tillflyktsstatens beslut om vägrat återlämnande, och dels i enlighet med förfarandet i artikel 11.7 initierat en vårdnadsprocess i sitt hemland vars utgång blivit att barnet ska återlämnas. Det mest logiska vore att han i stället för att överklaga beslutet om att inte återlämna barnet direkt hade vänt sig till domstolen i sitt hemland. Efter EU-domstolens klargörande att förfarandet i artikel 11.6 till 11.8

¹⁸² Generaladvokatens förslag till avgörande, p. 85.

¹⁸³ Jänterä-Jareborg, *Famliy Law in the European Judicial Space – Concerns Regarding Nation State’s Autonomy and Legal Coherence*, s. 43.

¹⁸⁴ Jänterä-Jareborg, *Famliy Law in the European Judicial Space – Concerns Regarding Nation State’s Autonomy and Legal Coherence*, s. 43.

¹⁸⁵ Domstolens dom, p. 82.

tillämpas efter *varje* beslut om vägrat återlämnande är detta det råd jag skulle ge till en kvarlämnad förälder. På så sätt kan onödigt processande undvikas.

EU-domstolens dom understryker även den stora betydelsen som ett intyg enligt artikel 42 har. Det enda sätt att angripa en dom som försetts med ett sådant intyg är enligt EU-domstolen att ifrågasätta dess äkthet. Intyget måste även vara avfattat enligt den mall som finns bifogad till förordningen.¹⁸⁶ Jag ställer mig frågande till att detta standardformulär där domaren bland annat intygar att vissa rättssäkerhetsgarantier kring förfarandet uppfyllts får så stor betydelse. Denna skepsis betyder inte nödvändigtvis att jag anser att ett dylikt avgörande måste kunna ifrågasättas på materiella grunder innan det kan verkställas i ett annat medlemsland. Jag menar snarare att ett intyg som sådant inte bör betyda att rättssäkerhetsgarantierna är uppfyllda. Som exempel kan nämnas att ett av villkoren för att intyget ska få upprättas är att den intygande domstolen har beaktat den underliggande domen om vägrat återlämnande. Det är lätt för en domare att intyga att ett sådant beaktande har skett, eftersom det inte finns något krav på att även förklara på vilket sätt domen har beaktats. På grund av detta anser jag inte att intyget vare sig gör från eller till för att öka förtroendet för domen. Det som intygas är ju enbart att de krav som förordningen ställer har följts, och jag ställer mig frågande till att det även ska behöva intygas att tvingande regler följts.

7.5 Mål C-403/09 – "Detiček-fallet"

7.5.1 *Twisten vid den nationella domstolen*

De två makarna Jasna Detiček och Maurizio Sgueglia var före sin skilsmässa bosatta i Italien. Den 25 juli 2007 beslutade italiensk domstol att interimistiskt anförtro ensam vårdnad om parets 10-åriga dotter Antonella till fadern. Samma dag tog modern med sig dottern till Slovenien, där modern var medborgare. En regional slovensk domstol meddelade den 22 november 2007 att den italienska domen fick verkställas i Slovenien, ett beslut som fastställdes av högsta domstolen. Med stöd av detta beslut inleddes ett verkställighetsförfarande vid en slovensk kantondomstol. Denna domstol beslöt dock att inhibera verkställighetsåtgärder i väntan på att målet vid den italienska domstolen skulle avgöras slutgiltigt. Det tyska beslutet av den 25 juli 2007 var ju interimistiskt. Den 28 november ansökte modern hos den regionala slovenska domstolen att denna skulle förordna om en interimistisk säkerhetsåtgärd i form av att hon skulle tillerkännas vårdnaden om barnet. Den regionala domstolen biföll detta yrkande och tillerkände

¹⁸⁶ Se bilaga 2.

mamman interimistisk vårdnad av dottern i ett beslut av den 9 december 2008. Till grund för detta beslut låg artikel 20 i Bryssel II-förordningen. Ändrade förhållanden och barnets bästa angavs som skäl för beslutet. Fadern överklagade till högre instans som vilandeförklarade målet för att ställa vissa tolkningsfrågor till EU-domstolen.¹⁸⁷

7.5.2 En fråga om säkerhetsåtgärder

Den slovenska domstolen har bland annat ställt följande fråga: "Är en domstol i Slovenien behörig enligt artikel 20 i Bryssel II-förordningen att besluta om säkerhetsåtgärder när en domstol i en annan medlemsstat, som enligt samma förordning är behörig att pröva målet i sak, redan har beslutat om en säkerhetsåtgärd, som befunnits vara verkställbar i Slovenien?"¹⁸⁸ Enligt artikel 20 i Bryssel II-förordningen är domstolarna i den medlemsstat där barnet *befinner sig* under vissa omständigheter behöriga att vidta interimistiska åtgärder eller säkerhetsåtgärder, vilka föreskrivs i den medlemsstatens lagstiftning, även om en domstol i en annan medlemsstat är behörig att pröva målet i sak enligt förordningen.

EU-domstolen framhåller att artikel 20 är en undantagsbestämmelse och därför ska tolkas restriktivt.¹⁸⁹ För att åtgärder ska få vidtas måste tre kumulativa villkor, vilka följer av artikeltexten, vara uppfyllda. Åtgärderna ska vara brådskande, vidtas med avseende på personer eller tillgångar i den medlemsstat där domstolarna är belägna och de måste vara interimistiska.¹⁹⁰ Den slovenska domstolen hänvisade till ändrade förhållanden när den slog fast att den interimistiska åtgärden var brådskande. De ändrade förhållandena hade uppstått eftersom Antonella funnit sig väl tillrätta i sin nya miljö, och en flytt tillbaka till Italien skulle därför innebära allvarlig skada för henne. EU-domstolen framför en rad argument för varför den beslutade åtgärden, i motsats till den slovenska domstolens bedömning, *inte* var brådskande.

För det första framhåller EU-domstolen att den slovenska domstolens tolkning strider mot principen om ömsesidigt erkännande av domar och förbudet att ompröva domen i sak. I detta sammanhang påpekar domstolen bland annat att den slovenska domstolens åtgärd i själva verket syftade till att *ändra* en åtgärd beträffande föräldraansvar som beslutats av den domstol som var behörig enligt förordningen.¹⁹¹ För det andra tar EU-domstolen fasta på att modern gjort sig skyldig till ett olovligt bortförande

¹⁸⁷ Omständigheterna framgår av domstolens dom, p. 18-27.

¹⁸⁸ Domstolens dom, p. 28, fråga 1.

¹⁸⁹ Domstolens dom, p. 38.

¹⁹⁰ Domstolens dom, p. 39.

¹⁹¹ Domstolens dom, p. 45-46.

av ett barn, en handling som förordningen är tänkt att förebygga. Att medge att en åtgärd som förändrar föräldraansvaret fattas med stöd av artikel 20.1 skulle stärka ställningen för den förälder som gjort sig skyldig till det olovliga bortförandet och därför, enligt EU-domstolens resonemang, stå i strid med förordningens syfte att motverka olovliga bortföranden.¹⁹²

EU-domstolen uppehåller sig sedan vid rekvisitet att interimistiska åtgärder måste avse personer i den medlemsstat som vidtar åtgärderna. Enligt EU-domstolen berör en interimistisk åtgärd avseende föräldraansvar både barnet och de båda föräldrarna. I det förevarande fallet befann sig fadern i Italien, och inte i Slovenien där den interimistiska åtgärden vidtogs.¹⁹³

Slutligen menar EU-domstolen att de ovan framförda argumenten vinner stöd i ingresspunkt 33, som stadgar att förordningen överensstämmer med barnets grundläggande rättigheter enligt EU:s rättighetsstadga. EU-domstolen fäster härvid stort avseende vid barnets rätt att upprätthålla ett personligt och direkt förhållande till båda sina föräldrar, en rättighet som framgår av artikel 24.3 i EU:s rättighetsstadga. Domstolen menar att eftersom ett olovligt bortförande i de flesta fall innebär att barnet fråntas sina möjligheter att ha kontakt med den kvarlämnade föräldern, ska artikel 20 inte tolkas så att den bortförande föräldern kan utnyttja situationen, eller så att tillämpningen av förordningen legitimerar verkningarna av ett olovligt bortförande.¹⁹⁴ EU-domstolen avslutar med att påpeka att det visserligen går att göra avsteg ifrån ett barns rätt till båda sina föräldrar, om detta skulle vara till barnets bästa. Uppgiften att göra en bedömning av samtliga inblandade intressen åvilar dock, enligt EU-domstolen, den domstol som är behörig att pröva målet i sak, i det här fallet alltså den italienska domstolen.¹⁹⁵

7.5.3 Kommentar

”Detiček-fallet” avgjordes precis som ”Rinau-fallet” enligt det särskilda förfarandet för brådskande mål. Ansökan lämnades in den 20 oktober 2009 och domen föll den 23 december samma år. Även i det här fallet rörde det sig alltså om en handläggningstid på cirka två månader. När ansökan om förhandsavgörande lämnades in till EU-domstolen hade det dock gått över två år sedan modern fört bort Antonella till Slovenien.

¹⁹² Domstolens dom, p. 49.

¹⁹³ Domstolens dom, p. 51-52.

¹⁹⁴ Domstolens dom, p. 56-57.

¹⁹⁵ Domstolens dom, p. 58-60.

När det gäller domens innehåll är det till att börja med intressant att konstatera att fadern i det här fallet valt att *inte* ansöka om återlämnande enligt Haagkonventionen, med de modifikationerna som följer av Bryssel II-förordningen. Det här målet handlar i stället handlar om en ren tillämpning av Bryssel II-förordningen. Den vägen fadern har valt att gå är att ansöka om att få ett interimistiskt beslut, som tillerkänner honom vårdnaden, erkänt och verkställt i ett annat EU-land. Anledningen till att det i detta fall behövs en verkställbarhetsförklaring är att domen som han vill få verkställd i Slovenien inte följer efter ett beslut om att inte återlämna barnet (med intyg enligt artikel 42). Slovenien har aldrig fått in en sådan ansökan. Fadern har alltså valt en annan, men fullt möjlig, väg att få sitt barn återlämnat.

EU-domstolens dom innebär att den slovenska domstolens åtgärd att tillerkänna modern interimistisk vårdnad inte var förenlig med artikel 20 i Bryssel II-förordningen. Betyder detta att Antonella med säkerhet återfördes till Italien? Jag känner inte till hur det gick i det konkreta fallet, men frågan kan diskuteras rent hypotetiskt. Trots att EU-domstolens dom underkände den slovenska säkerhetsåtgärden är det fullt möjligt att något faktiskt verkställande av faderns vårdnadsdom aldrig ägde rum. Av Generaladvokat Bots förslag till avgörande framgår det att Antonella framfört önskemål om att få stanna kvar i Slovenien.¹⁹⁶ Vid tidpunkten för EU-domstolens utslag hade Antonella hunnit bli drygt 12 år gammal. Utan kännedom om de slovenska verkställighetsreglerna är det fullt tänkbart att någon verkställighet inte blev av om Antonella stod fast vid sin vilja att stanna kvar i Slovenien med modern. Trots allt processande är det alltså ändå möjligt att hon blev kvar i Slovenien. Detta skulle inte strida mot Bryssel II-förordningens regler såvida inte EU-domstolens dom i "Rinau-fallet" ska tolkas så att materiella hänsynstaganden, såsom hänsyn till barnets bästa eller barnets vilja, inte får beaktas utan att verkställighet ska ske automatiskt.

"Detiček -fallet" är intressant även därför att det innehåller en hel del retorik om barnets grundläggande rättigheter. EU-domstolen påpekar att ingresspunkt 12 stadgar att förordningens behörighetsregler är utformade med hänsyn till barnets bästa, och att domstolarna i barnets hemviststat "tack vare den geografiska närheten [är] de som är bäst skickade att bedöma vilka åtgärder som ska vidtas med hänsyn till barnets bästa".¹⁹⁷ EU-domstolen behandlar även barnets rätt till en god kontakt med båda sina föräldrar och menar att "iakttagandet av denna rättighet *sammanflyter* [min kursiv]

¹⁹⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande, p. 52.

¹⁹⁷ Domstolens dom, p. 36.

ovedersägligen med tillvaratagandet av barnets bästa”.¹⁹⁸ EU-domstolen använder också uttalandet i ingresspunkt 33, om att förordningens bestämmelser står i överensstämmelse med grundläggande mänskliga rättigheter i allmänhet och *barnets* grundläggande rättigheter i synnerhet, för att rättfärdiga sitt resonemang kring artikel 20.¹⁹⁹ Enligt min mening säger inte själva påståendet i ingresspunkt 33 att förordningens regler verkligen överensstämmer med barnets grundläggande rättigheter. Jag anser snarare att EU-domstolen använder retorik kring barnets bästa för att trygga *effektiviteten* av Bryssel II-förordningens regler. Barnets bästa enligt EU-domstolen verkar framför allt bygga på antaganden om vad som generellt sett är till barnets bästa. Ett visst erkännande av det enskilda barnets bästa framkommer dock när EU-domstolen hävdar att det är möjligt att göra avsteg från den rätten till en god kontakt med båda föräldrarna ”om detta krävs med hänsyn till barnets bästa”.²⁰⁰

¹⁹⁸ Domstolens dom, p. 54.

¹⁹⁹ Domstolens dom, p. 53.

²⁰⁰ Domstolens dom, p. 58.

8 Diskussion

8.1 EU – en aktör i barnets intresse?

Vid olovliga bortföranden av barn är vårdnadshavarnas intressen typiskt sett motstående, vilket betyder att enbart en av dem kommer att få sitt intresse tillgodosett. Det kan vara vårdnadshavaren som fört bort barnet som tvingas att återlämna barnet, eller den kvarlämnade vårdnadshavaren som måste acceptera ett beslut om barnet inte ska återlämnas. Med utgångspunkt i EU:s rättighetsstadga och barnkonventionen är det viktigaste i sammanhanget att *barnets* intressen tillgodoses, eller med andra ord att bland annat barnets bästa och barnets rätt att komma till tals respekteras.

Som framgått i den här uppsatsen har EU:s intresse av samordning för att uppnå ett område med frihet, säkerhet och rättvisa resulterat i gemensamma regler för EU-interna situationer av olovligt bortförande av barn. Jänterä-Jareborg ifrågasätter varför man inom EU valt att lagstifta på just det här området. Hon påpekar att det rör sig om ett fåtal olovliga bortföranden mellan medlemsstaterna per år och att EU:s intresse av samordning därför inte bör vara särskilt stort.²⁰¹ Även McEleavy är kritisk till att EU valt att lagstifta på området. Han menar att när EU väl hade fått en definierad kompetens på den internationella privat- och processrättens område, i och med Amsterdamfördragets ikraftträdande, ville EU:s institutioner och vissa av medlemsstaterna utnyttja den här kompetensen så långt som möjligt. Regler om olovligt bortförande av barn blev ett tydligt sätt för EU att visa sin styrka, eftersom olovligt bortförande av barn är en fråga som syns mycket i media och som folk i allmänhet har åsikter om.²⁰²

Om McEleavys bild stämmer betyder det att det inte är något genuint intresse av att skydda barn som ligger till grund för EU-regleringen av olovligt bortförande. Oavsett om McEleavy har rätt eller inte i att EU ville visa sin styrka, kan det dock konstateras att enbart en önskan från EU:s sida att främja barns rättigheter, inte ger EU kompetens att lagstifta på området för olovligt bortförande av barn. Som framgått av avsnitt 2.1 måste det finnas en rättslig grund i fördragen för att EU ska få agera. När det gäller olovligt bortförande återfinns den legala grunden i EUF-fördragets artikel 81, enligt vilken kopplingen till fri rörlighet och ekonomisk samverkan är viktiga faktorer. Frågan

²⁰¹ Jänterä-Jareborg, Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom den Europeiska unionen – utvecklingen inom familjerätt, s. 831.

²⁰² McEleavy, The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?, s. 15.

är om det är ett problem att EU:s regelverk på området inte enbart syftar till att stärka barnets intressen vid olovliga bortföranden av barn. Jag menar att man bör godta regler som är positiva ur barnets synvinkel, även om motiven bakom dessa regler delvis är andra än att stärka barnets ställning. De goda motiv, med barnet i fokus, som framförs i Bryssel II-förordningens preambel (se avsnitt 2.2.4) kan dock, enligt min mening, aldrig kompensera för regler som i praktiken inte tillvaratar barnets intressen på bästa sätt. I de följande avsnitten kommer jag därför att analysera reglerna ur ett barnperspektiv. Jag börjar med att diskutera vad särskilda EU-regler, jämfört med andra internationella regler, kan betyda för barn för att sedan gå in på en diskussion kring den närmare utformningen av reglerna och deras betydelse för barn.

8.2 Förekomsten av särskilda EU-regler

Enligt statistik som Jänterä-Jareborg presenterar är antalet tredjelandsmedborgare bosatta i något av EU-länderna mycket större än det antal EU-medborgare som lever i ett annat EU-land, cirka 25 miljoner jämfört med cirka 7 miljoner.²⁰³ Enligt dessa siffror bör det finnas betydligt fler barn vars föräldrar har anknytning till ett land utanför EU, förutom det EU-land som de är bosatta i. Sannolikheten att barn i ett EU-land olovligen bortförs till ett land utanför EU bör därför rimligen vara större, och i sådana fall är EU-reglerna inte tillämpliga. En tillämpning av den omvända subsidiaritetsprincipen hade därför kunnat leda till resultatet att det vore lämpligare att lösa problemet med olovligt bortförande på en internationell nivå.

Ett globalt regelverk är dessutom det som bäst skulle gynna barn i allmänhet. Sett ur ett barnperspektiv bör det inte spela någon roll från vilket eller till vilket land barnet bortförs. Jänterä-Jareborg menar också att särskilda EU-regler innebär en risk för att det skapas en ”gräddfil” till domstolarna för barn som bortförts inom EU, vilket skulle vara till nackdel för barn som bortförs till ett EU-land från övriga delar av världen.²⁰⁴ Artikel 3 tillsammans med artikel 2 i barnkonventionen stadgar att barnets bästa måste tillförsäkras utan diskriminering. Ytterligare stöd för en betoning av ett internationellt samarbete finns i barnrättskommitténs allmänna kommentar om nödvändiga åtgärder för genomförandet av konventionen. Kommittén påpekar att bland annat att artikel 4

²⁰³ Jänterä-Jareborg, *Family Law in the European Judicial Space –Concerns Regarding Nation-State’s Autonomy and Legal Coherence*, s. 29.

²⁰⁴ Jänterä-Jareborg, *Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom Europeiska unionen – utvecklingen inom familjerätt*, s. 830.

stadgar att implementeringen av konventionen kräver samarbete mellan världens stater.²⁰⁵

Om strävan är att uppnå världsomspännande regler, i stället för regionala regler, är en uppenbar brist med Haagkonventionen att den inte omfattar alla världens stater. Denna brist hindrar inte att arbetet mot att få fler stater att ansluta sig till konventionen fortsätter att drivas. Möjligtvis har detta arbete försvårats något genom införande av de särskilda EU-reglerna för EU-interna situationer av olovligt bortförande av barn. McEleavy befarar nämligen att EU-ländernas agerande kan få Haagkonventionen att framstå som mindre viktig för de länder som inte har ratificerat konventionen. Han menar att EU:s agerande kan uppfattas som ett uttryck för ett minskat förtroende för Haagkonventionens kapacitet att lösa problemet med olovligt bortförande.²⁰⁶ Jag tror inte att den här risken är särskilt stor. Som jag ser det är det grundläggande problemet i stället att chansen inte är särskilt stor att alla världens länder någonsin kommer att ansluta sig till Haagkonventionen. Konventionen innebär ovanligt tydliga förpliktelser för att vara en mellanstatlig konvention, förpliktelser som inte alla stater är beredda att åta sig.

Efter att ha konstaterat att det inte är realistiskt att tänka sig en världsomfattande lösning av olovligt bortförande av barn, återstår frågan om förändringar av det existerande regelverket i Haagkonventionen borde ha genomförts inom ramen för Haagkonferensen eller på EU-nivå. Det är troligt att det är svårare att genomföra förändringar ju fler länder som är inblandade. Även om förhandlingsarbetet för att komma fram till de regler i Bryssel II-förordningen som är föremål för min analys inte var någon ”lätt match”, har EU visat sig vara handlingskraftig. Om förändringar som är positiva ur ett barnperspektiv lättare kan genomförs inom EU är det enligt min mening bättre att dessa förändringar genomförs än att förändringarna över huvud taget inte kommer till stånd. Det är också möjligt att eventuella positiva aspekter av de nya EU-reglerna kan ”spilla över” på rena konventionsfall, och att EU med andra ord kan fungera som en föregångare. Sådana positiva effekter är ju dock i grund och botten beroende av om reglerna är utformade på ett sätt så att de i högre grad än Haagkonventionen tillgodoser barnets grundläggande rättigheter. Denna fråga analyseras därför i de följande avsnitten av uppsatsen.

²⁰⁵ General Comment No. 5, p. 60.

²⁰⁶ McEleavy, *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, s. 16.

8.3 Utformningen av EU-reglerna

8.3.1 *EU:s definition av olovligt bortförande av barn*

Bryssel II-förordningen innehåller, vilket behandlats i avsnitt 6.1.2, en egen definition av begreppet olovligt bortförande av barn. Hur den här definitionen är utformad är av stor vikt ur ett barnperspektiv eftersom den avgör vilka barn som omfattas av reglerna. Till största delen sammanfaller definitionen med den i Haagkonventionen, men det finns några skillnader som kan vara värda att diskutera ur ett barnperspektiv.

För det första omfattar Bryssel II-förordningens definition bara barn som har hemvist i ett EU-land och som förs till ett annat EU-land. Detta är den naturliga följden av att reglerna är en del av ett EU-instrument. De nackdelar som följer av att inte alla barn omfattas har redan behandlats i avsnittet ovan. Jag menar inte att ett EU-instrument kan eller bör omfatta alla barn, men hänsynen till alla barns bästa kan vara ett argument för fortsatt arbete med olovligt bortförande även på en internationell nivå.

För det andra innebär en egen definition i Bryssel II-förordningen att EU-domstolen är behörig att tolka vad som avses med barnets hemvist. Hemvistbegreppet är inte bara avgörande för om ett olovligt bortförande ägt rum. I de flesta fall är det också till hemviststaten som ett olovligt bortfört barn kommer att återlämnas. För att det ska vara meningsfullt att skicka tillbaka barnet till hemviststaten krävs det enligt Beaumont och McEleavy att det finns objektiva kopplingar mellan den staten och barnet. Det är sådana kopplingar som ligger till grund för argumentet att det är till barnets bästa att domstolen i hemviststaten avgör frågor om barnets framtid. Om tolkningen av hemvistet görs mer subjektiv, med betoning på intentionen med vistelsen, finns det förvisso större chans att barnet omfattas av reglerna kring olovligt bortförande, men detta tjänar inte så mycket till om det betyder att barnet återlämnas till ett land som barnet inte har några direkta kopplingar till.²⁰⁷

Det finns situationer där ett barn har starka kopplingar till fler än ett land. Under senare tid har det skett en utveckling mot ett ökat växelvis boende för barn med skilda föräldrar. Bor föräldrarna i olika länder är det inte helt ovanligt att barnet också bor växelvis i två länder. I sådana fall är det svårt att avgöra vilket av länderna som är hemviststaten. En följd av detta kan bli att inget av länderna kan utpekas som hemvisstat, vilket medför att reglerna om olovligt bortförande inte kan tillämpas. Beaumont och McEleavy menar att detta inte behöver vara något negativt för dessa

²⁰⁷ Beaumont & McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, s. 112 f.

barn. Har barnet rent faktiskt lika starka kopplingar till två länder borde det enligt deras mening inte spela någon roll ur barnets synvinkel vilket lands domstolar som avgör vårdnadsfrågan.²⁰⁸ En annan sak är att det kanske ur föräldrarnas synvinkel spelar roll vilket lands domstolar som avgör frågan.

Jag anser på grund av det ovan förda resonemanget att det är positivt ur ett barnperspektiv att EU-domstolen i "A-fallet" slagit fast att begreppet hemvist ska tolkas från fall till fall utifrån de *faktiska* omständigheterna. Det är vid en sådan tolkning som barnets hemvist är lika med en plats barnet kan antas ha ett intresse av att inte bortföras ifrån, och om så sker, att återvända till. På den här punkten innebär EU-domstolens tolkning visserligen inte någon nyhet utan ligger i linje med synen på hemvistbegreppet enligt Haagkonventionen. Möjligtvis kan dock EU-domstolens dom ytterligare understryka begreppets faktiska karaktär och motverka den tendens som Beaumont och McEleavy funnit i vissa länder att ställa kravet på en viss tids vistelse i landet alltför lågt.²⁰⁹ Dessutom medför EU-domstolens dom att tolkningsramen för hemvistbegreppet är densamma inom hela unionen, vilket skapar en ökad samsyn över vad som konstituerar olovligt bortförande.

8.3.2 En förstärkt presumtion om återlämnande

En ytterligare förändring som EU-reglerna medfört är att Haagkonventionens presumtion om återlämnande har förstärkts genom artikel 11.4. Den här förstärkningen har skett genom att utrymmet för Haagkonventionens vägransgrund i artikel 13 b kringskurits. De befintliga EU-reglernas förstärkta presumtion om återlämnande ger en tydlig signal till de presumtiva förövarna att ett olovligt bortförande inte lönar sig, och kan därför antas ha en preventiv verkan.²¹⁰ Detta ligger i linje med vad man antar vara i barnkollektivets intresse, nämligen att så få olovliga bortföranden som möjligt äger rum. Ur den aspekten anser jag att reglerna är positiva för barn i allmänhet.

Trots den starka presumtionen om återlämnande förekommer olovliga bortföranden, och den viktigaste frågan för denna uppsats är vad som är till barnets bästa på det reparativa stadiet *efter* ett olovligt bortförande. Det är därför väsentligt att diskutera huruvida EU-reglernas förstärkta presumtion om återlämnande även kan antas vara till det barns bästa som varit med om ett olovligt bortförande. Bryssel II-förordningens

²⁰⁸ Beaumont & McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, s. 113.

²⁰⁹ Beaumont & McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, s. 108 f.

²¹⁰ Det kan dock noteras att den preventiva effekten inte går att mäta, varför det alltid kommer att råda osäkerhet när det gäller i hur stor utsträckning reglerna fungerar på det preventiva stadiet.

förstärkta presumtion bygger på Haagkonventionens presumtion om återlämnande. Argumentet bakom presumtionen är att ett återlämnande generellt sett är till barnets bästa.²¹¹ Som jag visat i avsnitt 4.6 finns det ett visst stöd för att en presumtion om återlämnande skulle kunna överensstämma med ett antagande om barnets bästa med grund i barnkonventionens artiklar om barnets rätt till båda sina föräldrar. Om presumtionen om återlämnande godtas, trots att jag inte anser att barnkonventionen ger något starkt stöd för detta, måste det dock finnas tillräckligt utrymme att bryta den här presumtionen. Med andra ord måste man kunna ta hänsyn till det enskilda barnets intressen, eftersom detta krävs av artikel 3(1).

Det är på detta plan vägransgrunderna spelar roll. Dessa utgör ett nödvändigt element för att medlemsstaternas myndigheter ska kunna ta hänsyn till det enskilda barnets bästa. I den förklarande rapporten till Haagkonventionen uttrycker Perez-Vera detta som att: "these exceptions are [...] concrete illustrations of the overly vague principle whereby the interests of the child are stated to be the guiding criterion in this area".²¹² Vägransgrunderna innebär således inte att hänsyn kan tas till barnets bästa genom en traditionell prövning av det enskilda barnets bästa, så som den genomförs i exempelvis vårdnadstvister. De hänsyn som kan tas handlar om barnets anpassning till det nya landet, risker för barnets fysiska och psykiska hälsa samt barnets egna åsikter angående ett eventuellt återlämnande. Vägransgrunderna omfattar onekligen intressen som kan antas vara viktiga för barnet. Frågan är bara om vägransgrunderna är väl avvägda och lämnar ett tillräckligt stort utrymme för att ta hänsyn till barnets bästa.

Något som talar för att så är fallet är att barnrättskommittén nämner just anslutning till Haagkonventionen som ett sätt att uppfylla den skyldighet konventionsstaterna har att bekämpa olovligt bortförande av barn enligt artikel 11 i barnkonventionen.²¹³ I "Mauvrouse and Washington v. France" har även Europadomstolen²¹⁴ kommit fram till att barnets bästa är att återlämnas, om inte någon av Haagkonventionens vägransgrunder är uppfyllda. Europadomstolen uttalar bland annat följande:

The Court observes that there is no automatic or mechanical application of a child's return once the Hague Convention has been invoked, as indicated by the recognition in that instrument of a number of exceptions to the member States' obligation to return the child (see in particular Articles 12, 13 and 20), based on objective

²¹¹ Outline Hague Child Abduction Convention, s 1.

²¹² Perez-Vera, Explanatory Report, p. 25.

²¹³ Handbok om barnkonventionen, s. 119.

²¹⁴ Via artikel 8 och artikel 6 i Europiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har Europadomstolen ansett sig behörig att i viss mån tolka Haagkonventionen.

*considerations concerning the actual person of the child and its environment, thus showing that it is for the court hearing the case to adopt an in concreto approach to each case.*²¹⁵

Europadomstolens uttalande illustrerar på ett tydligt sätt att den anser att presumtionen *tillsammans med vägransgrunderna* utgör en väl avvägd ordning som överensstämmer med barnets bästa. Det är viktigt att tänka på att både barnrättskommitténs och Europadomstolens uttalanden gäller Haagkonventionen och inte det EU-rättsliga regelverket som består av en kombination av Haagkonventionen och Bryssel II-förordningen. Det nya regelverket förändrar den balans som finns mellan Haagkonventionens huvudregel om återlämnande och dess undantag, kanske på ett sådant sätt så att det inte längre finns tillräckligt utrymme för att ta hänsyn till det enskilda barnets bästa. På ett principiellt plan är jag därför kritisk till att man inom EU valt att införa en starkare presumtion om återlämnande.

Rent konkret innebär den förstärkta presumtionen om återlämnande att ett barn ska återlämnas även då det föreligger en allvarlig risk för skada, *om* lämpliga skyddsåtgärder vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnandet (se avsnitt 6.2.4). Jag anser att utformningen av den här artikeln är något märklig. Man kan fråga sig om risken för skada fortfarande föreligger om adekvata skyddsåtgärder vidtagits i den stat dit barnet ska återlämnas. Dessa åtgärder borde ju vara ämnade att undanröja en sådan risk, eller med artikeltextens ord att "garantera barnets skydd". Om artikeln ska tolkas på detta sätt är den dock enligt min mening överflödigt, eftersom det redan enligt Haagkonventionen torde följa att återlämnande är lösningen i fall då skyddsåtgärder som undanröjer risken för skada vidtagits. Man kan ju se det som att någon allvarlig risk för skada helt enkelt inte föreligger i sådana fall. Om meningen med artikel 11.4 i stället är att återlämnande ska ske trots att det föreligger en allvarlig risk för barnets fysiska eller psykiska hälsa, kan man starkt ifrågasätta stadgandets förenlighet med barnets bästa.

På det praktiska planet är det oklart om modifikationen av vägransgrunden i artikel 13 b hittills har haft särskilt stor betydelse. Jag har inte funnit något svenskt rättsfall där en tillämpning av artikel 11.4 aktualiserats, och någon tolkningsfråga kring artikeln har inte heller varit uppe i EU-domstolen. En möjlig förklaring till detta kan vara att vägransgrunderna i Haagkonventionen, redan utan den modifiering som artikel 11.4 innebär, ska tolkas restriktivt. På grund av detta stannar de flesta domstolar vid att

²¹⁵ Application no. 39388/05, 6 December 2007, p. 72.

konstatera att vägransgrunden i artikel 13 b inte är uppfylld, och behöver inte gå vidare med att tillämpa artikel 11.4. Så var fallet exempelvis i det svenska hovrättsfallet RH 2006:60.

Möjligen har Bryssel II-förordningens regler även fått till resultat att medlemsstaterna börjat tillämpa vägransgrunderna *mer restriktivt* än förut. För att ta reda på om så är fallet krävs omfattande rättsfallsanalyser. Min hypotes är dock att det inte bara är själva artikel 11.4 som står för förstärkningen av presumptionen om återlämnande, utan även den retorik som framförts på EU-nivå i exempelvis Bryssel II-förordningens preambel och i kommissionens ”*Practice Guide*”. I den senare framförs det att ”[t]he Regulation *reinforces* [min kursiv] the principle that the court shall order the immediate return of the child”.²¹⁶ Jag tror att även sådan retorik kan påverka medlemsstaternas tolkning och tillämpning av vägransgrunderna. Tillkomsthistorien bakom de särskilda EU-reglerna talar dessutom sitt tydliga språk, eftersom en av anledningarna till att reglerna infördes var att vissa medlemsstater var missnöjda med vad som påstods vara en alltför vid tolkning av Haagkonventionens vägransgrunder.

8.3.3 Ett snabbare förfarande om återlämnande?

Ett viktigt led i presumptionen om återlämnande är att det ska röra sig om ett *snabbt* återlämnande av det bortförda barnet. Detta framgår både av Haagkonventionens preambel och av ingresspunkt 17 i Bryssel II-förordningen. Att ett snabbt återlämnande är till barnets bästa är inte detsamma som att ett återlämnande generellt sett är till barnets bästa. Jag anser att det finns starkare argument för att ett snabbt återlämnande är till barnets bästa än för ett återlämnande efter en längre tid. Detta kan anses följa av den allmänna principen om kontinuitet, som bland annat är ett viktigt inslag i vårdnadstvister.²¹⁷ Kontinuitetsprincipen går ut på att barnets bästa är att inte behöva ryckas upp ur sin invanda miljö. Detta ger dels stöd åt att ett barn inte bör bortföras, och om så ändå sker att barnet snabbt bör återföras till sin invanda miljö, och dels åt att barnet inte bör ryckas upp på nytt om barnet efter ett olovligt bortförande hunnit finna sig tillrätta i det nya landet. Det sistnämnda avspeglas i Haagkonventionens artikel 12 andra stycket, som ju möjliggör att barnet får stanna om det gått mer än ett år mellan bortförandet och förfarandets inledande samt barnet funnit sig tillrätta i sin nya miljö.

²¹⁶ Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, s. 32.

²¹⁷ Se exempelvis Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 40.

För att tillförsäkra ett snabbt återlämnande, och undvika tillämpning av den nyss nämnda vägransgrunden, innehåller Bryssel II-förordningen en sexveckorsregel i artikel 11.3 (se avsnitt 6.2.6). Den här regeln är skarpare formulerad än den i Haagkonventionen. Jag anser att detta sett ur ett barnperspektiv är ett steg i rätt riktning, även om det är oklart vilka följder det får om medlemsstaterna inte följer tidsgränsen. Problemet med handläggningstiderna ligger framförallt på det praktiska planet, då det är mycket sällan som ett återlämnandeförfarande klaras av på sex veckor.²¹⁸ Det skulle behövas en utvärdering om handläggningstiderna alls förkortats till följd av förordningens skarpare formulering kring tidsgränsen, jämfört med motsvarande regel i Haagkonventionen.

En aspekt av handläggningstiden, som är unik för EU-interna fall av olovligt bortförande av barn, är att det kan uppkomma frågor om tolkningen av Bryssel II-förordningen som måste avgöras av EU-domstolen. Så har hittills skett i de två fallen som berörts i avsnitten 7.4 och 7.5 ovan, nämligen ”Rinau-fallet” respektive ”Detiček-fallet”. Bägge dessa fall har handlagts i enlighet med EU-domstolens förfarande för brådskande mål och avgjorts på cirka två månader. Detta är oerhört mycket snabbare än det normala förfarandet i EU-domstolen.²¹⁹ Samtidigt går det inte att förbise att ett hänskjutande till EU-domstolen gör att det aktuella förfarandet ytterligare försenas. I ”Rinau-fallet” och ”Detiček-fallet” utgör handläggningstiden i EU-domstolen dock bara en liten del av den tid som före hänskjutandet gått åt till processande i de nationella domstolarna. Min slutsats är därför att det är mycket positivt att EU-domstolen infört det särskilda förfarandet för brådskande mål, och att den inte verkar tveka att tillämpa detta förfarande i mål som gäller olovligen bortförda barn. Dessutom har numera, sedan Lissabonfördraget trätt i kraft, domstolar i alla instanser möjlighet att begära förhandsavgörande i frågor angående Bryssel II-förordningen. Detta är också positivt i förhållande till vikten av att ärendet om barnbortföranden avgörs så snabbt som möjligt.

8.3.4 Barnets rätt att komma till tals i frågan om återlämnande

Varje barn som utsätts för ett olovligt bortförande har enligt artikel 24.1 i EU:s rättighetsstadga och artikel 12 i barnkonventionen en rätt att komma till tals i det förfarande som vanligen följer på ett sådant bortförande, nämligen förfarandet där det

²¹⁸ Se exempelvis Bortförda och kvarhållna barn i internationella förhållanden, där statistik över inkommande och utgående fall av olovligt bortförande hos Utrikesdepartementet under 2003 och 2006 redovisas på s. 49 ff.

²¹⁹ Som jag redogjort för i avsnitt 7.4.2 är den genomsnittliga tiden för ett förfarande i EU-domstolen ett och ett halvt år.

ska beslutas om barnet ska återlämnas eller inte. Frågan som behandlas i detta avsnitt är om rätten att komma till tals implementerats på ett bra sätt i EU-reglerna om olovligt bortförande av barn. Till att börja med kan det konstateras att en rätt att komma till tals i återlämnandefrågan har ett värde enbart om reglerna kring olovligt bortförande är utformade så att dessa ger *utrymme* för att beakta det enskilda barnets åsikter. Om barnet får komma till tals utan att barnets åsikter kan påverka utgången i förfarandet står detta inte i överensstämmelse med rätten att komma till tals. I avsnitt 6.2.4 har jag framfört att Haagkonventionens vägransgrund i artikel 13 andra stycket bygger på barnets vilja att inte återlämnas. Detta stadgande (vilket inte modifierats av Bryssel II-förordningen) utgör således den nödvändiga förutsättningen för att barnets åsikter ska kunna påverka beslutet i återlämnandefrågan.

Att barnets vilja kan utgöra en grund för att inte skicka tillbaka barnet implicerar även att barnet måste få uttrycka sina åsikter. Någon uttrycklig processuell bestämmelse med detta innehåll finns dock inte Haagkonventionen. Det är därför positivt ur ett barnperspektiv att Bryssel II-förordningen i artikel 11.2 innehåller en bestämmelse om att barnet har rätt att komma till tals under förfarandet om återlämnande. Denna bestämmelse medför dessutom att barnets åsikter inte bara kan vara betydelsefulla för att avgöra om barnets vilja är att återlämnas eller inte. Barnet kan även höras för att exempelvis klargöra var barnet hade hemvist vid tiden för bortförandet och om barnet skulle löpa risk för skada vid ett återlämnande.²²⁰

En uttrycklig rätt för barnet att komma till tals ligger således väl i linje med EU:s rättighetsstadga och barnkonventionen. En svaghet med bestämmelsen är dock att den är något tandlös, eftersom det är upp till varje medlemsstat att bestämma *hur* artikel 11.2 ska genomföras. Dessutom medför Bryssel II-förordningens regler att det praktiska genomförandet av barnets rätt att komma till tals blir extra komplicerat i vissa fall. Jag tänker på de situationer då den process i vilken barnet ska få komma till tals äger rum i ett land där barnet inte befinner sig. Luisas situation i "Rinau-fallet" är ett konkret exempel på detta. I detta fall undkom dock den tyska domstolen de praktiska svårigheterna genom att det ansågs olämpligt med hänsyn till Luisas ålder och mognad att låta henne komma till tals.²²¹ Hon var vid denna tidpunkt bara två och ett halvt år gammal. Man kan fråga sig hur domstolen hade valt att lösa frågan om Luisa hade varit

²²⁰ McEleavy, *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, s. 27.

²²¹ Generaladvokatens förslag till avgörande, p. 42.

äldre. Enligt ingresspunkt 20 i Bryssel II-förordningen påpekas det att ett barn kan höras enligt bestämmelserna i *förordning 1206/2001 om samarbete mellan medlemsstaternas domstolar i fråga om bevisupptagning i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur*. Tanken är alltså att ett samarbete domstolarna emellan i bästa fall ska resultera i att barnet kan höras. I ett brittiskt rättsfall valde domstolen i stället att utse en företrädare för barnet, som skulle åka till det land där barnet befann sig efter bortförandet för att inhämta barnets åsikter. I just det här fallet vägrade dock den bortförande fadern alla former av samarbete varför det inte gick att klarlägga barnets inställning.²²²

Förutom de praktiska svårigheterna med att tillämpa artikel 11.2 har jag en invändning som gäller artikelns närmare utformning. Det stadgas att barnets ska få komma till tals ”om det inte anses olämpligt med hänsyn till barnets ålder och mognad”. En möjlig tolkning av den här formuleringen är att ett ungt eller omoget barn skulle kunna fara illa av att höras. I sådana fall är det den möjliga spänningen mellan rätten att komma till tals och barnets bästa som avses. Som jag behandlat i avsnitt 4.7 menar vissa att utnyttjandet av rätten att komma till tals kan strida mot barnets bästa. Om man anammar barnrättskommitténs synsätt föreligger det dock inte någon konflikt mellan barnets rätt att komma till tals och barnets bästa (se avsnitt 4.7). Enligt kommittén följer det av barnkonventionens artikel 12 som sådan att rätten att komma till tals måste tillämpas på ett lämpligt sätt, eftersom artikeln stadgar alla barns *möjlighet* att få komma till tals. Inget barn ska med andra ord tvingas eller pressas till att ha en åsikt. Att uppnå detta i praktiken är självfallet en mycket svår uppgift. Jag tror dock inte att det bästa sättet är att uppställa ett olämplighetsrekvisit. Risken finns att ett sådant skulle användas slentrianmässigt av domstolarna och att det i stället skulle bli till ett reellt hinder för barn som är i stånd att bilda sina egna åsikter och också vill uttrycka dem.

En annan möjlig tolkning av olämplighetsrekvisitet i artikel 11.2 är att olämpligheten som avses kan bero på en domstols förhandsbedömning att man inte skulle fästa något avseende vid ett visst barns åsikter, på grund av att barnet anses alltför ungt eller omoget. Enligt detta synsätt skulle det vara onödigt/olämpligt att höra ett barn vars åsikter ändå inte kan få inflytande över beslutet. Detta synsätt är enligt min mening svårt att förena med barnkonventionens artikel 12. Enligt artikeln har varje barn som är i stånd att bilda egna åsikter en rätt att fritt få uttrycka dessa. Ålder och mognad spelar

²²² Lowe, A Review of the Application of Article 11 of the Revised Brussels II Regulation, s. 32.

en avgörande roll först då vikten av barnets åsikter ska bedömas. Om man ska vara realistisk kan jag dock se att det finns en poäng med att inte låta väldigt små barn, som i och för sig kan bilda egna åsikter, komma till tals. Jag har till exempel förståelse för att den tyska domstolen bedömde att Luisa (som var det bortförda barnet i "Rinau-fallet") var för ung för att få komma till tals.

Enligt Bryssel II-förordningens artikel 11.2 är det enbart hänsyn till barnets ålder och mognad som ska kunna medföra att det anses olämpligt att barnet hörs. Det är även tänkbart att resonera så att ett klarläggande av barnets åsikter kan vara olämpligt om det försenar förfarandet. Som jag framfört i avsnitt ovan är ju ett viktigt element av presumptionen om återlämnande att återlämnandet ska ske skyndsamt. Jag har också argumenterat för att ett snabbt återlämnande, med utgångspunkt i kontinuitetsprincipen, kan vara till barnets bästa. Vikten av en skyndsam handläggning måste dock vägas mot barnets rätt att komma till tals. Jag anser att barnets rätt att komma till tals utgör ett så viktigt steg för att kunna fatta ett välgrundat beslut om återlämnande eller vägrat återlämnande, att risken för försening måste tas. Värt att poängtera är att ett snabbt återlämnande utan klarläggande av barnets åsikter bygger på vuxnas *antaganden* om vad som är till barnets bästa, medan ett klarläggande av barnets åsikter ökar chansen för att återlämnandet verkligen är till barnets bästa i det konkreta fallet. Att barnet ska höras behöver dessutom inte betyda att grundliga och tidsödande psykologiska undersökningar måste vidtas. Det viktigaste är, som Lowe påpekar, att barnets åsikter finns med som en omständighet att beakta redan i början av processen.²²³

8.3.5 Domstols behörighet och barnets bästa

Som framgått i avsnitt 6.2.7 är en av de största förändringar som Bryssel II-förordningen medfört att behörighetsfrågan vid olovligt bortförande av barn uttryckligen regleras. Domstolarna i barnets hemvistland före bortförandet behåller enligt artikel 10 sin behörighet, utom under vissa exceptionella omständigheter. I "Detiček-fallet" framhåller EU-domstolen att ett av målen med Bryssel II-förordningen är att avhålla människor från att olovligen bortföra barn mellan två medlemsstater.²²⁴ Behörighetsregeln i artikel 10 manifesterar den här önskan om att förebygga olovliga bortföranden, eftersom den motverkar att ett bortförande lönar sig för den bortförande föräldern. Artikel 10 verkar därför, som jag ser det, framförallt i barnkollektivets

²²³ Lowe, A Review of the Application of Article 11 of the Revised Brussels II Regulation, s. 30.

²²⁴ Domstolens dom, p. 49.

intresse. Som jag har framfört tidigare är det ju mycket troligt att barn i allmänhet har ett intresse av att inte bli bortförda. På det *preventiva* stadiet är därför behörighetsregeln i artikel 10, precis som presumtionen om återlämnande, positiv ur ett barnperspektiv.

Frågan återstår dock om lösningen även främjar det enskilda barnet som varit med om ett olovligt bortförande. Om man ska lita till ingresspunkterna i Bryssel II-förordningen är svaret på den frågan ja. I ingresspunkt 12 i Bryssel II-förordningen anges nämligen att förordningens behörighetsregler i fråga om föräldraansvar är utformade med hänsyn till barnets bästa. Det som betonas är särskilt kriteriet om *närhet*. Kriteriet om närhet betyder att det i allmänhet anses vara till barnets bästa att den domstol som finns i den miljö som barnet har starkast kopplingar till avgör frågor om barnets framtid. Enligt behörighetsregeln i artikel 8, som gäller den allmänna behörigheten i föräldrafrågor, är det relevanta anknytningsmomentet barnets hemvist. I denna regel kan man alltså se en tydlig koppling till ingresspunkt 12 och kriteriet om närhet.

Behörighetsregeln i artikel 10 saknar däremot vid en första anblick den här kopplingen, eftersom domstolarna som ska döma i frågor angående barnets framtid efter ett olovligt bortförande befinner sig i en stat medan barnet befinner sig i en annan stat. Den geografiska närheten saknas alltså. I ”Detiček-fallet” för EU-domstolen ett resonemang om ändamålet bakom Bryssel II-förordningens behörighetsregel i artikel 8 och betonar härvid just den *geografiska* närhet som domstolarna i barnets hemvistland har i förhållande till barnet.²²⁵ Man skulle dock kunna hävda att domstolarna i barnets ursprungliga hemviststat ligger närmast barnet på ett annat plan, om domstolarna exempelvis har bättre tillgång till information om barnets situation och bakgrund. Detta kan tänkas vara fallet när barnet spenderat en stor del av sitt liv i den staten. Ur ett barnperspektiv bör det göra skillnad *hur lång tid* som gått sedan bortförandet. En kort period efter bortförandet är det mer troligt att domstolarna i hemviststaten före bortförandet fortfarande är mest lämpade att bedöma frågor om barnets framtid, än om det gått en längre tid sedan bortförandet. Man kan uttrycka detta så att i och med att tiden går så tappar domstolarna i barnets hemvistland gradvis sin närhet till barnet. Det är dock givetvis svårt att svara exakt på när en behörighetsövergång bör ske mellan hemviststaten och tillflyktsstaten. Bryssel II-förordningens lösning i den här frågan diskuteras i nästa avsnitt.

²²⁵ Domstolens dom, p. 36.

8.3.6 Tillflyktsstatens behörighet i vissa fall

EU-länderna har valt att behålla Haagkonventionens återlämnandemekanism i stort sett intakt i EU-interna fall av olovligt bortförande. Därför är det tillflyktsstatens domstolar som beslutar om ett eventuellt återlämnande. För att denna mekanism ska fylla någon funktion anser jag att domstolens bedömning i återlämnandefrågan bör respekteras i högre grad än vad som nu är fallet. Med andra ord bör det ömsesidiga förtroendet, som Bryssel II-förordningen vilar på, råda även i förhållande till domstolarnas bedömning i återlämnandefrågan och inte bara i förhållande till ursprungsstatens bedömning i vårdnadsfrågan. Ett verkligt ömsesidigt förtroende borde innebära att EU-länderna litar på varandra när det gäller att tillämpa vägransgrunderna på ett korrekt sätt. Som ett led i detta anser jag även att domstolarna i tillflyktsstaten *efter* ett beslut om vägrat återlämnande bör kunna besluta i vårdnadsfrågan under något vidare förutsättningar än vad artikel 10 i Bryssel II-förordningen tillåter.

Artikel 10 kan jämföras med artikel 7 i 1996 års Haagkonvention om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet och samarbete i frågor om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn.²²⁶ De bägge artiklarna är uppbyggda på ungefär samma sätt. Utgångspunkten är att behörigheten ligger hos domstolen i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet, men samtidigt stadgas vissa undantag. Det är i uppräknningen av de omständigheter som aktualiserar en behörighetsövergång mellan hemviststaten och tillflyktsstaten som de båda artiklarna skiljer sig åt. Enligt artikel 7 behåller domstolen sin behörighet tills barnet har fått *hemvist i en annan stat*, och

a) varje person, institution eller annat organ som har vårdnad om barnet har godtagit bortförandet eller kvarhållandet, eller

b) barnet har varit bosatt i denna andra stat i minst ett år efter det att den person, den institution eller det andra organ som har vårdnad om barnet har fått eller borde ha fått kännedom om var barnet befinner sig, ingen begäran om återlämnande som lämnats in under den perioden väntar på avgörande, och barnet har funnit sig till rätta i sin nya miljö.

Det är i punkt b som artikel 10 skiljer sig åt jämfört med artikel 7. Två av kraven i artikel 10 är dock desamma: barnet ska ha varit bosatt i den nya staten minst ett år efter det att den som har vårdnad om barnet fått kännedom om var barnet befinner sig och ha

²²⁶ Bryssel II-förordningens behörighetsregler i frågor om föräldraansvar bygger i stora delar på 1996 års Haagkonvention.

funnit sig tillrätta i sin nya miljö. Därutöver krävs att något av följande krav är uppfyllda:

i) Ingen begäran om återlämnande har lämnats in till de behöriga myndigheterna i den medlemsstat dit barnet har bortförts eller där barnet kvarhålls inom ett år efter det att den som har vårdnad om barnet har fått eller borde ha fått kännedom om var barnet befinner sig.

ii) En begäran om återlämnande som lämnats in av den som har vårdnad om barnet har återkallats, och ingen ny begäran har lämnats in inom den tidsfrist som avses i led i.

iii) Ett ärende vid domstolen i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet har avslutats i enlighet med artikel 11.7.

iv) En dom i vårdnadsfrågan som inte medför att barnet skall återlämnas har meddelats av domstol i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet.

Artikel 10 i Bryssel II-förordningen jämförd med artikel 7 i 1996 års Haagkonvention visar att förutsättningarna för att behörigheten ska tillfalla domstolen i tillflyktsstaten är mycket strängare enligt förordningen. Enligt 1996 års Haagkonvention räcker det att barnet förvärvat nytt hemvist, det har gått ett år sedan den kvarlämnade föräldern fick kännedom om bortförandet, barnet har funnit sig tillrätta samt ingen begäran om återlämnande väntar på avgörande. Detta innebär att enligt min mening en lösning som är bättre ur ett barnperspektiv. En anledning till detta har att göra med vad jag framfört i avsnittet ovan. Min tanke är att efter en viss tids vistelse i det nya landet är det detta lands domstolar som är närmast barnet, både geografiskt och på ett mer abstrakt plan, och därför bäst kan avgöra vad som är bäst för barnet.

En lösning i linje med den i artikel 7 i 1996 års Haagkonvention är dessutom positiv när det gäller att undvika att en låst situation uppstår, där ett beslut om återlämnande fattat av den behöriga domstolen i den ursprungliga hemviststaten aldrig verkställs av tillflyktsstaten. Jag kommer att behandla den här frågan närmare i nästa avsnitt som särskilt rör verkställighet mellan två EU-stater.

8.3.7 Verkställighet i en annan medlemsstat

När ett olovligt bortförande ägt rum inom EU finns det två olika situationer då ett beslut fattat av en EU-stats domstol måste verkställas i en annan medlemsstat. För det första är detta fallet då den kvarlämnade föräldern ansöker om att få en vårdnadsdom erkänd och

verkställd enligt de ”vanliga” reglerna i Bryssel II-förordningen. Ett exempel på en sådan situation finner man i ”Detiček-fallet”. För det andra kan den kvarlämnade föräldern, precis som i ”Rinau-fallet”, begära att få en dom försedd med intyg enligt artikel 42.2 i Bryssel II-förordningen verkställd i tillflyktsstaten. Kraven för att en dom ska få föras med ett sådant intyg har behandlats i avsnitt 6.2.8. De bägge situationerna skiljer sig åt främst genom att en ”vanlig” vårdnadsdom fortfarande är underkastad ett visst exekvaturförfarande medan en vårdnadsdom försedd med nämnda intyg ska verkställas utan någon särskild prövning av den verkställande medlemsstaten.

Som jag framfört i avsnitt 6.2.9 är erkännandet av en dom inte detsamma som att domen rent faktiskt verkställs. Detta beror på att Bryssel II-förordningen stadgar att verkställighetsförfarandet regleras av nationell rätt. Som jag framfört i avsnitt 6.2.9 finns det åtminstone två olika sätt att tolka detta. Antingen lämnas *hela* verkställigheten åt medlemsstaterna, inklusive mer materiella hänsynstaganden, eller så omfattar det som medlemsstaten själv har att bestämma endast *formerna* för verkställigheten. Det är inte helt lätt att avgöra vilket av de två synsätten som bäst överensstämmer med barnets bästa. Å ena sidan främjar ett mer automatiskt verkställande att verkställighetsförfarandet inte drar ut på tiden, vilket kan anses vara i barnets bästa med utgångspunkt i kontinuitetsprincipen. Å andra sidan medför ett sådant verkställande att säkerhetsventiler i form av hänsynstagandet till barnet bästa samt barnets vilja sätts ur spel. I bästa fall har dock dessa intressen beaktats inom ramen för det avgörande som är föremål för verkställighet.

Som jag diskuterat i avsnitt 7.4.5 tyder vissa uttalanden från EU-domstolen på att möjligheterna att göra materiella hänsynstaganden vid verkställigheten ska betraktas som begränsade. Det är enligt EU-domstolen viktigt att säkra *effektiviteten* av Bryssel II-förordningens regler. Än så länge är det dock fortfarande i viss mån oklart i vilken omfattning nationella verkställighetsregler får bestämma villkoren för verkställighet av domar meddelade av ett annat EU-land i enlighet med i Bryssel II-förordningen. Det är troligt att även andra länder, förutom Sverige, anammat synen på verkställighetsförfarandet som en helt nationell angelägenhet (se avsnitt 7.4.5).

I ”Detiček-fallet” var det bortförda barnet Antonella ungefär 12 år gammal, och hon ska enligt uppgifter ha motsatt sig ett återlämnande. Förutsatt att slovensk rätt innehåller ett verkställighetshinder kopplat till barnets vilja är det därför, som jag vidrört i avsnitt 7.5.3, möjligt att någon verkställighet aldrig blev av i hennes fall. Bryssel II-förordningens behörighetsregel i artikel 10 är utformad på ett sätt att det finns en risk

för att det i dessa fall skapas en låst situation. Den ursprungliga medlemsstaten behåller ju behörigheten enligt artikel 10, och omständigheterna för en behörighetsöverflyttning enligt artikeln uppfylls inte trots att barnet förvärvat nytt hemvist i tillflyktsstaten, återlämnande har vägrats med stöd i Haagkonventionen, barnet har funnit sig tillrätta samt mer än ett år har gått.

Om man förutsätter att den kvarlämnade föräldern inte godkänner bortförandet i efterhand, eller att domstolarna i barnets ursprungliga hemvistland inte tillerkänt vårdnaden åt den bortförande föräldern, erbjuder artikel 10 ingen lösning för dessa fall. Detta finns alltså en risk för en situation där barnets framtid förblir osäker, något som inte torde vara bra för barnet. Trots att det finns en önskan om att förebygga olovliga bortföranden och undvika att ett olovligt bortförande lönar sig för den bortförande föräldern, är det till syvende och sist det enskilda barnet som drabbas av en låst situation. Därför anser jag att utformningen av artikel 7 i 1996 års Haagkonvention bättre överensstämmer med barnets bästa än utformningen av artikel 10 i Bryssel II-förordningen.

8.3.8 Barns rätt att komma till tals vid utformningen av regelverket

I avsnitt 5.3 har jag framfört att artikel 12 i barnkonventionen innefattar en rätt för *grupper av barn* att komma till tals under en process som leder fram till regler som påverkar barn. Det är därför relevant att fråga sig om barnkollektivet har fått komma till tals under utformningen av de regler som gäller vid olovligt bortförande av barn inom EU. Rätten att komma till tals utgör en självständig rättighet, samtidigt som utövandet av rättigheten ökar sannolikheten för att de antaganden om barnets bästa som används i EU-lagstiftningen, som exempelvis att barnets bästa är att bli återlämnat efter ett olovligt bortförande, också överensstämmer med barns egen uppfattning om vad som är till deras bästa.

Vad jag har kunnat finna bygger reglerna om olovligt bortförande inte på något underlag där barn överhuvudtaget har fått komma till tals. Beskrivningen av hur förhandlingarna kring särskilda EU-regler om olovligt bortförande gick till handlar i stället om politiska kompromisser och misstro länder emellan över tillämpningen av Haagkonventionens vägransgrunder. Stalford stödjer den här synen och menar att det finns otillräcklig empirisk grund för EU-lagstiftningen. Hon menar vidare att det är extra viktigt att barn får komma till tals vid utformningen av regler som har som mål att främja barnets rättigheter, vilket är fallet med Bryssel II-förordningens regler om man

ska ta påståendet i ingresspunkten 33 på allvar. För att kunna uppnå ett sådant mål måste *metoden* som används för att utforma reglerna innefatta en undersökning av barns åsikter. Stalford medger att en undersökning av barns åsikter både är tidskrävande och kräver stora resurser för att genomföra.²²⁷ Även barnrättskommittén betonar vikten av att barn är fokus för forskning:

*The Committee emphasizes that, in many cases, only children themselves are in a position to indicate whether their rights are being fully recognized and realized. Interviewing children and using children as researchers (with appropriate safeguards) is likely to be an important way of finding out, for example, to what extent their civil rights, including the crucial right set out in article 12, to have their views heard and given due consideration, are respected within the family, in schools and so on.*²²⁸

Att barn i allmänhet ska få komma till tals i processer som leder till regler som påverkar barn är en målsättning som följer av barnrättskommitténs sätt att tolka artikel 12 i barnkonventionen. Även om det rent allmänt anses viktigt att EU låter barn komma tilltals vid utformningen av reglerna om olovligt bortförande av barn, är det svårt att säga vilka skyldigheter som i praktiken åvilar konventionsstaterna. Det ligger mycket i det som Stern skriver: "The main difficulty with article 12 has never been agreeing in theory on that it is important that children's views are heard – it is the implementation in practice that has been problematic."²²⁹

Hur hade EU på ett mer konkret sätt kunnat uppfylla barnkonventionens krav? En reglering av olovligt bortförande av barn påverkar många barn, utan att man på förhand vet vilka barn som kan komma att råka ut för olovligt bortförande. Det kan dock tyckas orealistiskt att *alla* barn ska få komma till tals, bara för att alla barn rent hypotetiskt kan komma att utsättas för ett olovligt bortförande. Det är rimligare att *representanter* för barnkollektivet får komma till tals. En mer avgränsad grupp av barn är de barn som blivit olovligen bortförda. Dessa barn skiljer sig från barnkollektivet i stort genom att de har erfarenheter av olovligt bortförande, och kan således ha viktiga åsikter att komma med som bygger på den erfarenheten.

Även om enbart barn med erfarenhet av olovligt bortförande skulle få komma till tals kan man fråga sig vilken vikt som kan fästas vid deras åsikter. Trots den gemensamma erfarenheten av olovligt bortförande utgör dessa barn tämligen heterogen grupp. Som jag behandlat i avsnitt 5.4 är det svårare att bedöma ålder och mognad för en hel grupp

²²⁷ Stalford, Brussels II and beyond – A Better Deal for Children in the European Union?, s. 482

²²⁸ General Comment No. 5, p. 50.

²²⁹ Stern, The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?, s. 167.

av barn, än för enskilda barn, varför det är möjligt att barns rätt att komma till tals angående utformningen av regelverket i mångt och mycket reduceras till delaktighet snarare än faktisk påverkan. Trots de uppenbara praktiska svårigheterna med att till fullo implementera barns rätt att komma till tals skulle det vara positivt ur ett barnperspektiv att barn som ett första steg åtminstone involveras på något sätt i EU:s lagstiftningsarbete på området för olovligt bortförande av barn. Viss delaktighet är enligt min mening bättre än ingen delaktighet alls!

Ett ypperligt tillfälle att involvera barn är vid nästa översyn av Bryssel II-förordningen. I artikel 65 stadgas det att ”senast den 1 januari 2012 och därefter vart femte år ska kommissionen, på grundval av information från medlemsstaterna, för Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén lägga fram en rapport om tillämpningen av denna förordning, vid behov åtföljd av förslag i syfte att anpassa den”. Eftersom barns delaktighet var något som helt saknades inför upprättandet av Bryssel II-förordningen är det inte svårt att åtminstone få till stånd en förbättring vad gäller barns rätt att komma till tals.

9 Avslutning

I den här uppsatsen har jag undersökt huruvida ingresspunkten 33 i Bryssel II-förordningen, som stadgar att förordningen särskilt syftar till att säkerställa respekt för barnets grundläggande rättigheter såsom de uttrycks i EU:s rättighetsstadga, har bäring på området för olovligt bortförande av barn. Jag anser att denna fråga har ännu mer relevans nu än vid Bryssel II-förordningens tillkomst, eftersom Lissabonfördraget medfört att stadgan alldeles nyligen blivit juridiskt bindande. Eftersom barnets grundläggande rättigheter i EU-stadgan bygger på några centrala artiklar i barnkonventionen har jag, för att kunna genomföra min undersökning, tagit utgångspunkt i tolkningen av barnets grundläggande rättigheter enligt barnkonvention. Därvid har jag fokuserat på barnets bästa (artikel 3(1)) och barnets rätt att komma till tals (artikel 12).

Jag har kommit fram till att de särskilda EU-reglerna på området inte är oproblematiska ur ett barnperspektiv. Detta beror inte på att jag underkänner EU som aktör när det gäller att tillvarata barnets rättigheter. Trots att EU:s motiv bakom regelverket inte enbart är att skydda barn, utan i stor utsträckning även handlar om att främja fri rörlighet, måste enligt min mening särskilda EU-regler om olovligt bortförande av barn godtas om dessa i praktiken främjar barnets intressen. Mina slutsatser kan delas upp i två grupper, nämligen dels mina synpunkter på förekomsten av särskilda EU-regler i motsats till andra internationella regler, och dels mina synpunkter på själva utformningen av reglerna.

I min diskussion kring förekomsten av särskilda EU-regler har jag kommit fram till att fördelarna av särskilda EU-regler på området är få, framförallt på grund av att mycket talar för att olovligt bortförande är ett problem som ökar på en global nivå, och inte särskilt inom EU. Jag förordar därför ett fortsatt internationellt samarbete där så många som möjligt av världens länder deltar, i syfte att skydda *alla* barn mot olovligt bortförande och inte bara barn inom EU. Trots mitt ifrågasättande av om det är mest lämpligt ur ett barnperspektiv att komma med särskilda EU-regler är det möjligt att positiva aspekter av dessa regler i sin tur kan påverka det internationella samarbetet, och att EU kan fungera som en föregångare. Denna effekt är dock beroende av att EU-reglerna om olovligt bortförande även i praktiken innebär förändringar som är till det bättre sett ur ett barnperspektiv.

Regelverket som har varit föremål för min analys består av en parallell tillämpning av både Haagkonventionen och Bryssel II-förordningen. En konkret skillnad mellan

dess två instrument är att det förra tillkom *före* och det senare *efter* barnkonventionens tillkomst. Enbart detta faktum borgar dock inte för att de senare reglerna är bättre utformade ur ett barnperspektiv. I min analys i kapitel 8 av EU-reglerna har jag kommit fram till att Bryssel II-förordningens regler medfört både positiva och negativa följder för barn.

Sammanfattningsvis kan sägas att de förändringar som medfört att förordningen ligger mer i linje med barnkonventionen än Haagkonventionen, framförallt rör barnets rätt att komma till tals i återlämnandeförfarandet. Det är i grunden mycket positivt att denna rätt uttryckligen erkänns i förordningen. Jag har dock påpekat att en brist i stadgandets utformande är att rätten att komma till tals begränsas genom ett lämplighetsrekvisit. Det är vidare positivt att Bryssel II-förordningens hemvistbegrepp enligt EU-domstolens dom i "A-fallet" ska bygga på faktiska förhållanden. Att ett olovligt bortförande bara kan ske om barnet förs från ett land till vilket barnet har faktiska kopplingar ligger väl i linje med barnets bästa, inte minst för att det är dit barnet i de flesta fall kommer att återlämnas och det landets domstolar som kommer att avgöra materiella frågor om barnets framtid. Bryssel II-förordningens skarpare formulerade tidsgräns är också positiv ur ett barnperspektiv, även om det ännu återstår att se om regeln fått någon reell påverkan på de långa handläggningstiderna. Farhågan om att förfarandet i de fall som refereras till EU-domstolen skulle dra ut mycket på tiden har inte besannats. EU-domstolen har i stället visat att den är beredd att tillämpa det nya förfarandet för brådskande mål, och i både "Rinau-fallet" och "Detiček-fallet" levererat sin dom inom cirka två månader.

Bryssel II-förordningen innebär även förändringar som är mer tveksamma i förhållande till barnkonventionen och dess princip om barnets bästa. Det gäller till att börja med de förändringar som förstärker presumptionen om att ett bortfört barn ska återlämnas. Även Haagkonventionen bygger på en presumption om återlämnande, och konventionen har på grund av detta ifrågasatts med tanke på barnets bästa. De flesta menar dock att konventionens presumption tillsammans med vägransgrunderna utgör en väl avvägd balansgång mellan barnkollektivets bästa och det enskilda barnets bästa. Min slutsats är därför att Bryssel II-förordningens förstärkning av presumptionen är både onödig och olämplig med hänsyn till barnets bästa.

Det finns också problem med Bryssel II-förordningens lösning av situationen då domstolen i tillflyktsstaten vägrar återlämna barnet. Jag anser att det största problemet ur ett barnperspektiv är att barnet får svårt att komma till tals då processen förs i ett land

där barnet inte befinner sig. Dessutom är det inte självklart att det är till barnets bästa att domstolen i den ursprungliga hemviststaten behåller sin behörighet under i princip alla omständigheter. Jag har i stället förordat en lösning i linje med den i artikel 7 i 1996 års Haagkonvention, enligt vilken en behörighetsövergång kan ske om barnet bland annat förvärvat hemvist i tillflyktsstaten samt funnit sig väl tillrätta där. Den valda ordningen riskerar att skapa låsta situationer där barnet befinner sig i tillflyktsstaten på grund av vägrad verkställighet samtidigt som den ursprungliga hemviststaten behåller sin behörighet. Önskan att förebygga olovliga bortföranden får inte medföra att enskilda barn blir lidande i onödan.

Avslutningsvis anser jag att barns rätt att komma till tals under processer som leder fram till regler som rör barn måste föras upp på dagordningen inom EU. Den översyn som ska göras av Bryssel II-förordningen 2012 är ett bra tillfälle att åtminstone på något sätt involvera barn och inhämta deras åsikter i frågan om olovligt bortförande. En sådan delaktighet skulle åtminstone delvis uppfylla barns rätt att komma till tals enligt artikel 12 i barnkonventionen samt borga för ett regelverk som i högre grad överensstämmer med vad som är till barnets bästa, åtminstone om man anammar en syn på barnet som ett kompetent subjekt som i viss utsträckning självt kan bedöma vad som till hans eller hennes bästa.

10 Källor

Internationella dokument

General Comment No. 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), Committee on the Rights of the Child, CRC/GC/2003/5, 27 November 2003.

General Comment No. 8, The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia), Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/8, 2 March 2007.

General Comment No. 12, The right of the child to be heard, Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/12, 1 July 2009.

Svenskt offentligt tryck

SOU 2004:80, *Kompletterande bestämmelser till den nya Bryssel II-förordningen*.

Litteratur

Alston, Philip, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, International Journal of Law and the Family 8, 1994, s. 1–25.

Beaumont, Paul & McEleavy Peter, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press 1999.

Beaumont, Paul, "Hague Convention in International Child Abduction", i: *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2008*, Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers 2009, s. 21–103.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 3:e upplagan, Norstedts Juridik 2007.

Boele-Woelki, Katharina, Ferrand, Frédérique. González Beilfuss, Cristina, Jänterä-Jareborg, Maarit, Lowe, Nigel, Martiny, Dieter, Pintens, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia 2007.

Bogdan, Michael, *Concise Introduction to EU Private International Law*, Europa Law Publishing 2006.

Bortförda och kvarhållna barn i internationella förhållanden, 2008/09:RFR8, Riksdagstryckeriet 2009.

Dahlstrand, Lotta, *Barns deltagande i familjerättsliga processer*, Juridiska institutionen, Uppsala universitet 2004.

De Boer, Th M, "The Second Revision of the Brussels II Regulation: Jurisdiction and Applicable Law", i: Boele-Woelki, Katharina & Sverdrup, Tone (red.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia 2008, s. 321–341.

Freeman, Michael, "Article 3 – The Best Interests of the Child", i: Alen, A, Vande Lanotte, J, Verhellen, E, Ang, F, Berghmans, E, & Verheyde, M (red.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers 2007.

Göransson, Karin, *1980 års Haagkonvention om olovliga bortföranden av barn*, SvJT 2002, s. 458–471.

Handbok om barnkonventionen, UNICEF Sverige 2008 (i huvudsak en översättning av *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* av Rachel Hodgkin och Peter Newell, UNICEF 2007).

Jänträ-Jareborg, Maarit, "Olovliga bortföranden av barn och Haagkonventionerna", i: De Lege: Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsbok 7, *Ad studium et laborem incitavit Elsa Eschelsson*, Iustus Förlag 1997, s. 239–266.

Jänträ-Jareborg, Maarit, *Olovliga bortföranden av barn: dags att ställa Sverige vid skampålen?*, SvJT 2000, s. 873 – 898.

Jänträ-Jareborg, Maarit, "Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective", i: Boele-Woelki, Katharina (red.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia 2003, s. 194–216.

Jänträ-Jareborg, Maarit, *Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom den Europeiska unionen – utvecklingen inom familjerätt*, SvJT 2005, s. 804–844.

Jänträ-Jareborg, Maarit, "Family Law in the European Judicial Space –Concerns Regarding Nation-State's Autonomy and Legal Coherence", i: Hollo, Erkki J. (red.), *National Law and Europeanisation*, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Gummerus 2009, s. 29–61.

Jänträ-Jareborg, Maarit, *En harmoniserad familjerätt för Europa? Internationellt privaträttsliga och rättsjämförande perspektiv*, Tidskrift för Rettsvitenskap, vol. 122 2009, s. 323–353.

Lamont, Ruth, *Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, Journal of Private International Law, October 2007, s. 261–281.

Lamont, Ruth, *Re M and Beyond: Managing Return When a Child Has Settled Following Abduction*, Journal of Social Welfare and Family Law, Vol. 31, No. 1 2009, s. 73–81.

Lowe, Nigel, *A Review of the Application of Article 11 of the Revised Brussels II Regulation*, International Family Law, March 2009, s. 27–34.

Lowe, Nigel, *EU Family Law and Children's Rights: A Better Alternative to the Hague Conference or the Council of Europe?*, The Children and the European Union: Legal, Political and Research Prospectives Conference, University of Liverpool 2009 (finns tillgänglig på http://www.liv.ac.uk/law/cscfl/Events/2009/children/slides/Nigel_Lowe.pdf).

McEleavy, Peter, *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, Journal of Private International Law, Vol.1 No,1, April 2005, s. 5–34.

Perez-Vera, Elisa, *Explanatory Report* (finns tillgänglig på <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf>).

Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, Up-dated version 1 June 2005 (finns tillgänglig på http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/-parental_resp_ec_vdm_en.pdf).

Rodríguez Pineau, Elena, "Regulating Parental Responsibility in the European Union", i: Boele-Woelki, Katharina (red.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, s. 489–508.

Singer, Anna, *Föräldraskap i rättslig belysning*, Iustus Förlag 2000.

Smith, Lucy, "Recent Developments in Child Law", i: Boele-Woelki, Katharina & Sverdrup, Tone (red.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia 2008, s. 53–62.

Stalford, Helen, "Brussels II and Beyond: A Better Deal for Children in the European Union?", i: Boele-Woelki, Katharina (red.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia 2003, s. 471–488.

Stalford, Helen, "EU Family Law: A Human Rights Perspective", i: Meeusen, J, Pertegás, M, Straetmans, G, Swennen, F (red.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia 2007, s. 101– 128.

Stern, Rebecca, *The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?*, Juridiska institutionen, Uppsala universitet 2006.

Örtenhed, Kristina, *Bosättningsaknytningar i gränsöverskridande familjerättsförhållanden – en internationellt privat- och processrättslig studie*, Iustus Förlag 2006.

Övriga källor

Förklaringar till stadgans fullständiga text enligt dok. CHARTE 4487/00, CONVENT 50, Bryssel den 11 oktober 2000 (finns tillgänglig på http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_sv.pdf).

http://www.unicef.org/infobycountry/media_51841.html, " UNICEF welcomes decision by the Somali Transitional Federal Government to ratify the Convention on the Rights of the Child", publiceringsdatum 20 november 2009, hemsidan senast besökt 20 maj 2010.

Outline Hague Child Abduction Convention, Hague Conference on Private International Law, September 2008 (finns tillgänglig på Haagkonferensens hemsida: <http://www.hcch.net/upload/outline28e.pdf>).

Pressmeddelande nr 12/08, "Ett nytt förfarande för området med frihet säkerhet och rättvisa: Förfarandet för brådskanie mål om förhandsavgörande", EU-domstolen, 3 mars 2008, (finns tillgängligt på EU-domstolens hemsida: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/cp080012sv.pdf>).

Tampere Conclusions, European Council 15 and 16 October 1999, Presidency conclusions, (finns tillgängliga på http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm).

The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, Council of the European Union, Brussels 13 December 2004, 16054/04 (finns tillgängligt på http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/doc/hague_programme_en.pdf).

The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens, Council of the European Union, Brussels 2 December 2009, 17024/09 (finns tillgängligt på http://ec.europa.eu/justice_home/news/intro/doc/stockholm_program_en.pdf).

Bryssel II-förordningen – Artikel 11

Återlämnande av barn

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

2. Vid tillämpningen av artiklarna 12 och 13 i 1980 års Haagkonvention skall det säkerställas att barnet ges möjlighet att komma till tals under förfarandet, om detta inte förefaller olämpligt med hänsyn till barnets ålder eller mognad.

3. En domstol som erhållit en ansökan om återlämnande av ett barn enligt punkt 1 skall skyndsamt handlägga ansökningen enligt de snabbaste förfaranden som får tillämpas enligt den nationella lagstiftningen.

Utan att det påverkar tillämpningen av första stycket skall domstolen, såvida detta inte på grund av exceptionella omständigheter är omöjligt, meddela sitt beslut inom sex veckor efter det att den erhållit ansökningen.

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

5. En domstol kan inte vägra att återlämna ett barn om den person som har begärt att barnet återlämnas inte har fått möjlighet att yttra sig.

6. Om en domstol har meddelat ett beslut om att inte återlämna barnet enligt artikel 13 i 1980 års Haagkonvention, skall domstolen omedelbart, antingen direkt eller genom sin centralmyndighet, översända en kopia av domstolsbeslutet om att inte återlämna barnet och av andra relevanta handlingar, särskilt ett protokoll från förhandlingarna inför

domstolen, till den behöriga domstolen eller centralmyndigheten i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet, enligt bestämmelserna i nationell lagstiftning. Nämda handlingar skall lämnas till domstolen inom en månad efter beslutet om att inte återlämna barnet.

7. Om inte någon av parterna redan har vänt sig till domstolarna i den medlemsstat där barnet hade hemvist omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet, skall den domstol eller centralmyndighet som erhåller den information som avses i punkt 6 underrätta parterna och ge dem tillfälle att inom tre månader från den dag då de underrättades yttra sig inför domstolen enligt bestämmelserna i nationell lagstiftning, så att domstolen kan pröva frågan om vårdnaden om barnet.

Utan att det påverkar tillämpningen av behörighetsbestämmelserna i denna förordning skall domstolen avsluta ärendet om den inte har mottagit några yttranden inom denna tidsfrist.

8. Utan hinder av ett beslut om att inte återlämna barnet enligt artikel 13 i 1980 års Haagkonvention skall en senare dom som kräver att barnet återlämnas och som meddelas av en domstol som har behörighet enligt denna förordning vara verkställbar i enlighet med kapitel III avsnitt 4 för att säkerställa att barnet återlämnas.

BILAGA IV

INTYG OM ÅTERLÄMNANDE AV BARN ENLIGT ARTIKEL 42.1

1. Ursprungsmedlemsstat
2. Domstol eller myndighet som har utfärdat intyget
 - 2.1 Namn
 - 2.2 Adress
 - 2.3 Tfn, fax, e-postadress
3. Person till vilken barnet skall återlämnas (om denna uppgift förekommer i domen)
 - 3.1 Fullständigt namn
 - 3.2 Adress
 - 3.3 Födelsedatum och födelseort (om uppgifterna finns tillgängliga)
4. Personer med föräldraansvar
 - 4.1 Moder
 - 4.1.1 Fullständigt namn
 - 4.1.2 Adress (om uppgiften finns tillgänglig)
 - 4.1.3 Födelsedatum och födelseort (om uppgifterna finns tillgängliga)
 - 4.2 Fader
 - 4.2.1 Fullständigt namn
 - 4.2.2 Adress (om uppgiften finns tillgänglig)
 - 4.2.3 Födelsedatum och födelseort (om uppgifterna finns tillgängliga)

4.3 Annan

4.3.1 Fullständigt namn

4.3.2 Adress (om uppgiften finns tillgänglig)

4.3.3 Födelsedatum och födelseort (om uppgifterna finns tillgängliga)

5. Svarande (om uppgiften finns tillgänglig)

5.1 Fullständigt namn

5.2 Adress (om uppgiften finns tillgänglig)

6. Domstol som har meddelat domen

6.1 Domstolens namn

6.2 Domstolsort

7. Dom

7.1 Datum

7.2 Referensnummer

8. Barn som omfattas av domen

8.1 Fullständigt namn och födelsedatum

8.2 Fullständigt namn och födelsedatum

8.3 Fullständigt namn och födelsedatum

8.4 Fullständigt namn och födelsedatum

9. Domen innebär att barnet skall återlämnas

10. Är domen verkställbar i ursprungsmedlemsstaten?

10.1 Ja

10.2 Nej

11. Barnen har fått möjlighet att komma till tals, om detta inte ansetts olämpligt med hänsyn till deras ålder eller mognad

12. Parterna har fått möjlighet att yttra sig

13. Domen medför att barnet skall återlämnas, och domstolen har i sin dom beaktat de skäl och det bevismaterial som ligger till grund för det beslut som har fattats enligt artikel 13 i Haagkonventionen av den 25 oktober 1980 om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn
14. I förekommande fall närmare uppgifter om åtgärder som vidtagits av domstolar eller myndigheter för att garantera barnets skydd efter återlämnandet till den medlemsstat där det har hemvist
15. Namnen på de parter som beviljats rättshjälp

Utfärdat i den

Namnteckning och/eller stämpel