Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
GERARD WILLIAM HOGAN
esitatud 4. juunil 2020[1]

Kohtuasi C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
versus
ZW

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Amtsgericht Heilbronn (Heilbronni esimese astme kohus, Saksamaa))

Eelotsusetaotlus – ELTL artikkel 18 – ELTL artikkel 21 – Liidu kodakondsus – Liidu kodanike õigus vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil – Direktiiv 2004/38/EÜ – Artikkel 27 – Lapserööv kriminaalkuritegu – Seadusliku erieestkostja erieestkoste all olev laps – Vanem, kellelt on vanema hooldusõigus osaliselt ära võetud, mistõttu ta ei või viia last välismaale ilma seadusliku erieestkostja eelneva nõusolekuta

I. Sissejuhatus

1. Eelotsusetaotluses palutakse tõlgendada ELTL artikleid 18 ja 21 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/38/EÜ, mis käsitleb Euroopa Liidu kodanike ja nende pereliikmete õigust liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil ning millega muudetakse määrust (EMÜ) nr 1612/68 ja tunnistatakse kehtetuks direktiivid 64/221/EMÜ, 68/360/EMÜ, 72/194/EMÜ, 73/148/EMÜ, 75/34/EMÜ, 75/35/EMÜ, 90/364/EMÜ, 90/365/EMÜ ja 93/96/EMÜ.[2]

2. Käesolev taotlus esitati menetluses ZW vastu, keda süüdistatakse kaastäideviijana kuriteos, mis seisneb tema enda alaealise poja röövimises.

3. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimused puudutavad taas kord liidu kodanike vaba liikumise õiguse ulatust. Euroopa Kohtu vastus aitab lapserööv konkreetses kontekstis samuti selgitada seda, millise ulatusega on direktiivi 2004/38 artikkel 27, mis lubab liikmesriikidel piirata liikumisvabadust avaliku korra huvides.

1 Algkeel: inglise.

2 ELT 2004, L 158, lk 77, ning parandused EÜT 2004, L 229, lk 35 ja EÜT 2005, L 197, lk 34.

II. Õiguslik raamistik

A. Rahvusvaheline õigus

4. Haagis 25. oktoobril 1980 sõlmitud rahvusvahelise lapseröövi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise konventsiooni (edaspidi „1980. aasta Haagi konventsioon“) artiklis 12 on sätestatud:

„Kui lapse äraviimine või kinnihoidmine on artikli 3 tähenduses õigusvastane ja lapse asukohaks oleva lepinguosalise riigi kohtus või haldusorganis toimuva menetluse alguskuupäevaks on lapse õigusvastasest äraviimisest või kinnihoidmisest möödunud alla aasta, nõuab asjaomane kohus või haldusorgan lapse viivitamatut tagastamist.

[…]“.

B. ELi õigus

1. Direktiiv 2004/38

5. Direktiivi 2004/38 artikkel 27 on VI peatüki „Sisenemis- ja elamisõigusele avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides kehtestatavad piirangud“ esimene säte. Selles on sätestatud:

„1. Kui käesoleva peatüki sätetest ei tulene teisiti, võivad liikmesriigid piirata avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides liidu kodanike ja nende pereliikmete liikumis- ja elamisvabadust, sõltumata nende kodakondsusest. Kõnealuseid põhjendusi ei tohi rakendada majanduslikel eesmärkidel.

2. Avaliku korra või julgeoleku huvides võetud meetmed on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega ja põhinevad eranditult asjaomase isiku isiklikul käitumisel. Varasemate süüdimõistvate kohtuotsustega ei saa selliste meetmete võtmist iseenesest põhjendada.

Asjaomase isiku käitumine peab kujutama endast tõelist, vahetut ja piisavalt tõsist ohtu, mis kahjustab mõnd ühiskonna põhihuvi. Põhjendused, mis ei ole juhtumi üksikasjadega seotud või mis rajanevad üldise preventsiooni kaalutlustel, ei ole vastuvõetavad.

[…]“.

2. Määrus (EÜ) nr 2201/2003

6. Nõukogu 27. novembri 2003. aasta määruse (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000,[3] põhjendused 17 ja 21 on sõnastatud järgmiselt:

„(17) Lapse ebaseadusliku äraviimise või kinnipidamise korral tuleks viivitamatult saavutada lapse tagastamine ja sel eesmärgil kohaldatakse jätkuvalt 25. oktoobri 1980. aasta Haagi konventsiooni, mida täiendavad käesoleva määruse sätted, eriti artikkel 11. Kohtud liikmesriigis, kuhu laps on ebaseaduslikult ära viidud või kus teda ebaseaduslikult kinni peetakse, peaksid saama konkreetsetel nõuetekohaselt põhjendatud juhtudel tema tagastamist vastustada. Sellise otsuse võiks asendada selle liikmesriigi kohtu hilisema otsusega, kus oli lapse alaline elukoht enne tema

3 ELT 2003, L 338, lk 1; ELT eriväljaanne 19/06, lk 243.

ebaseaduslikku äraviimist või kinnipidamist. Kui see otsus sisaldab lapse tagasitoomist, peaks tagasitoomine toimuma, ilma et liikmesriigis, kuhu laps on ära viidud või kus teda kinni peetakse, oleks otsuse tunnustamiseks ja täitmisele pööramiseks vaja erimenetlust.

[…]

(21) Liikmesriigis tehtud kohtuotsuste tunnustamine ja täitmisele pööramine peaks põhinema vastastikuse usalduse põhimõttel ja mittetunnustamise põhjusi peaks olema võimalikult vähe.“

7. Määruse nr 2201/2003 artikkel 42 paikneb 4. jaos „Teatavate suhtlusõigust käsitlevate kohtuotsuste ja teatavate lapse tagasitoomist nõudvate kohtuotsuste täitmine“. Selles artiklis on sätestatud:

„1. Artikli 40 lõike 1 punktis b osutatud liikmesriigis tehtud täitmisele pööratava kohtuotsusega nõutavat lapse tagasitoomist tunnustatakse ja täidetakse teises liikmesriigis ilma täitmisotsuse vajaduseta ning ilma võimaluseta selle tunnustamist vastustada, kui kohtuotsus on päritoluliikmesriigis tõendatud vastavalt lõikele 2.

Isegi kui riigisisene õigus ei näe ette artikli 11 [lõikes 8] osutatud lapse tagasitoomist nõudva kohtuotsuse täitmist seaduse alusel, olenemata kõigist kaebustest, võib otsuse teinud kohus kuulutada kohtuotsuse täitmisele pööratavaks.

2. Otsuse teinud kohtunik, kes on teinud artikli 40 lõike 1 punktis b osutatud otsuse, annab lõikes 1 osutatud tõendi ainult juhul, kui:

a) lapsele on antud võimalus ära kuulatud saada, välja arvatud juhul, kui tema vanuse või küpsusastme tõttu on ärakuulamist sobimatuks peetud;

b) kõigile osapooltele on antud võimalus ära kuulatud saada ning

c) kohus on otsust tehes arvesse võtnud vastavalt 1980. aasta Haagi konventsiooni artiklile 13 tehtud korralduse põhjuseid ja tõendeid.

Juhul kui kohus või mõni muu asutus võtab meetmeid lapse turvalisuse tagamiseks pärast alalise elukoha liikmesriiki naasmist, peab tõend sisaldama selliste meetmete üksikasju.

Otsuse teinud kohtunik annab omal algatusel tõendi, kasutades IV lisa tüüpvormi (tõend lapse (laste) tagasitoomise kohta).

Tõend täidetakse kohtuotsuse keeles.“

C. Saksa õigus

8. Saksa karistusseadustiku (Strafgesetzbuch, edaspidi „StGB“) §-s 25 on sätestatud:

„(1) Süüteo täideviijana karistatakse isikut, kes paneb süüteo toime ise või teist isikut ära kasutades.

(2) Kui mitu isikut panevad süüteo toime ühiselt, karistatakse iga isikut teo täideviijana (kaastäideviijad).“

9. StGB §-s 235 on sätestatud:

„(1) Isikut, kes

1. on vägivallaga, tõsise kahjuga ähvardades või kavalusega noorema kui alla 18-aastase isiku või

2. lapse, ilma et ta oleks selle lapse sugulane,

ära viinud tema vanemate, ühe vanema, eestkostja või erieestkostja juurest või ei luba last nende juurde, karistatakse kuni viieaastase vangistusega või rahalise karistusega.

(2) Sama karistus määratakse isikule, kes

1. viib lapse ära tema vanematelt, ühelt vanemalt, eestkostjalt või erieestkostjalt, et ta välisriiki viia, või

2. ei luba last nimetatud isikute juurde pärast lapse välisriiki viimist või pärast seda, kui laps on nimetatud riiki siirdunud.

(3) Lõike 1 punktis 2 ning lõike 2 punktis 1 nimetatud juhtudel on karistatav ka teo toimepanemise katse.

(4) Vabadusekaotusega ühest kuni kümne aastani karistatakse teo toimepanijat juhul, kui ta

1. asetab kannatanu oma teoga eluohtlikku või tema tervist raskelt kahjustada võivasse olukorda või olukorda, mis võib raskelt kahjustada tema kehalist või vaimset arengut, või

2. paneb teo toime tasu eest või kavatsusega rikastuda ise või tuua kasu kolmandale isikule.

(5) Kui teo toimepanija põhjustab oma teoga kannatanu surma, karistatakse isikut vähemalt kolmeaastase vangistusega.

(6) Lõikes 4 sätestatud kergematel juhtudel karistatakse isikut kuue kuu kuni viie aasta pikkuse vabadusekaotusega; lõikes 5 sätestatud kergematel juhtudel karistatakse isikut ühe kuni kümne aasta pikkuse vabadusekaotusega.

(7) Lõigetes 1–3 nimetatud juhtudel menetletakse lapse äraviimist ainult taotluse alusel, välja arvatud juhul, kui kriminaalmenetluse asutus peab omal algatusel sekkumist vajalikuks erilise avaliku huvi tõttu kriminaalmenetluse suhtes.“

III. Põhikohtuasja faktilised asjaolud

10. Käesoleva kohtuasja aluseks on Saksamaal elava Rumeenia kodaniku ZW suhtes Saksamaal algatatud kriminaalmenetlus seoses tema enda lapse AW rahvusvahelise röövimisega.

11. Rumeenia kodanik AW elab koos oma emaga Saksamaal alates 2009. aastast. AW vanemad on lahus ja tema rumeenlasest isa elab Rumeenias. Lapse käitumisprobleemide tõttu paigutati ta 2013. aasta märtsis vanemate nõusolekul noorte hoolekandeasutusse. Saksa kohtu 2014. aasta määrusega võeti vanematelt muu hulgas õigus määrata lapse elukoht ja anti see õigus vanemliku hooldusõiguse osalise üleandmise, mis kannab saksa keeles nimetust „Ergänzungspflegschaft“ (erieestkoste), raames erieestkostjale nimetusega „Ergänzungspfleger“ (edaspidi „erieestkostja“).

12. Pärast seda, kui AW oli naasnud oma ema koju pärast mitut ebaõnnestunud paigutamist erinevatesse noorte hoolekandeasutustesse, viis tema isa AW 2017. aasta detsembris AW ema nõusolekul Rumeeniasse. Nüüd elab ta seal. Kuna vanemad ei teavitanud sellest erieestkostjat, kellel on õigus määrata lapse elukoht, esitas erieestkostja vanemate kui rahvusvahelise lapserööv kaastäideviijate kohta kuriteokaebuse. Ema on põhikohtuasjas süüdistatav.

13. Eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitab, et StGB § 235 lõike 2 kohaselt on rahvusvaheline lapseröövi (millega rikutakse erieestkostja õigust määrata lapse elukoht) karistatav kuni viieaastase vangistuse või rahatrahviga, olenemata sellest, kas last hoitakse teises liidu liikmesriigis või kolmandas riigis. Seevastu juhul, kui röövimine toimub riigi territooriumi piires, on see StGB alusel karistatav üksnes juhul, kui asjaomane isik viib lapse ära või hoiab teda kinni vägivallaga, tõsise kahjuga ähvardades või kavalusega.

14. Selles kontekstis soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus esiteks teada, kas selline karistusnorm nagu käesolev kuulub liidu õiguse kohaldamisalasse ja kui kuulub, siis kas see on liidu õigusega kooskõlas.

IV. Eelotsusetaotlus ja menetlus Euroopa Kohtus

15. Neil asjaoludel otsustas Amtsgericht Heilbronn (Heilbronni esimese astme kohus, Saksamaa) 11. juuni 2019. aasta otsusega, mis saabus Euroopa Kohtusse 14. juunil 2019, menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas Euroopa Liidu esmast ja/või teisest õigust, eelkõige [direktiivi 2004/38], tuleb – võttes arvesse liidu kodanike ulatuslikku õigust liikmesriikide territooriumil vabalt liikuda ja elada – tõlgendada nii, et see hõlmab ka liikmesriigi karistusõiguse sätteid?

2. Kui vastus sellele küsimusele on jaatav: kas Euroopa Liidu esmase ja/või teisese õiguse tõlgendamisega on vastuolus liikmesriigi sellise karistusõiguse sätte kohaldamine, millega karistatakse lapse välismaal varjamist tema erieestkostja eest, kui kõnealuses sättes ei eristata, kas tegemist on Euroopa Liidu riigi või kolmanda riigiga?“

16. Saksamaa valitsus ja Euroopa Komisjon esitasid kirjalikud seisukohad. Covid-19 pandeemia tõttu tühistati 25. märtsiks 2020 kavandatud kohtuistung. Selle asemel muudeti pooltele enne kohtuistungit saadetud suuliselt vastatavad küsimused 17. märtsi 2020. aasta otsusega kirjalikult vastatavateks küsimusteks. Z. W., Saksamaa valitsus ja komisjon nõustusid sellega ja vastasid Euroopa Kohtu määratud tähtaja jooksul. Seega on neile kõigile antud võimalus esitada oma seisukohad kõigi eelotsusetaotluses tõstatatud küsimuste kohta.

V. Analüüs

A. Eelotsusetaotluse vastuvõetavus

17. Saksamaa valitsus väidab oma kirjalikes seisukohtades, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu eelotsuse küsimused on vastuvõetamatud. Saksamaa valitsuse sõnul ei ole neil küsimustel tegelikku ja otsest seost eelotsusetaotluse esitanud kohtus lahendatava vaidluse esemega. Leian siiski, et eelotsusetaotlus on vastuvõetav.

18. Sellega seoses olgu kõigepealt meenutatud, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on ELTL artiklis 267 sätestatud menetlus Euroopa Kohtu ja liikmesriikide kohtute koostöö vahend, mille abil Euroopa Kohus annab liikmesriikide kohtutele liidu õiguse tõlgenduse, mis on vajalik nende menetluses olevate vaidluste lahendamiseks. Selle koostöö raames on vaid selle liikmesriigi kohtu pädevuses, kes asja menetleb ja kes vastutab tehtava lahendi eest, hinnata kohtuasja eripärasid arvestades seda, kas eelotsus on kohtuotsuse tegemiseks vajalik ja kas Euroopa Kohtule esitatud küsimused on asjakohased. Kui esitatud küsimused puudutavad liidu õiguse tõlgendamist, on Euroopa Kohus järelikult üldjuhul kohustatud eelotsuse tegema. Sellest järeldub, et eeldatakse, et liidu õiguse tõlgendamise küsimused, mis liikmesriigi kohus on esitanud õiguslikus ja faktilises raamistikus, mille ta on määratlenud omal vastutusel ja mille paikapidavust Euroopa Kohus ei pea kontrollima, on

asjakohased. Liikmesriigi kohtu esitatud taotluse saab Euroopa Kohus tagasi lükata vaid siis, kui on ilmselge, et taotletud liidu õiguse tõlgendusel ei ole mingit seost põhikohtuasja asjaolude või esemega või kui kõnealune probleem on hüpoteetiline või kui Euroopa Kohtule ei ole teada talle esitatud küsimustele tarviliku vastuse andmiseks vajalikud faktilised ja õiguslikud asjaolud. [4]

19. Käesolevas asjas ei ole vaidlust selle üle, et ühe liikmesriigi, nimelt Rumeenia kodanik ZW, kes kolis teise liikmesriiki, nimelt Saksamaale, kasutas oma õigust vabalt liikuda. Seega kuulub tema olukord liidu õiguse ja vähemalt ELTL artiklite 18 ja 21 kohaldamisalasse. [5]

20. Lisaks on eelotsusetaotluse esitanud kohus täielikult selgitanud, miks ta leiab, et tema menetluses oleva kohtuasja lahendamiseks tuleb hinnata, kas liidu õigusega on vastuolus sellise karistusnormi kohaldamine nagu õigusnorm, mille alusel tema poole pöörduti.

21. Olen neist asjaoludest tulenevalt seisukohal, et eelotsusetaotlus tuleb lugeda vastuvõetavaks.

B. Esimene küsimus

22. Esimese küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas riigisisesed karistusnormid võivad kuuluda liidu õiguse ja eelkõige direktiivi 2004/38 kohaldamisalasse.

23. Sellele küsimusele tuleb vastata jaatavalt. Kuigi kriminaalõigus ja kriminaalmenetluse normid on põhimõtteliselt suures osas liikmesriikide pädevuses, on Euroopa Kohus järjepidevalt sedastanud, et liidu õigus seab liikmesriikide pädevusele selles valdkonnas teatavad piirid. Nimelt ei tule liikmesriikidel seda pädevust teostada mitte ainult liidu õigusega tagatud põhivabadusi järgides, vaid ka kogu liidu õigust, eriti esmast õigust järgides. [6] Sellised karistusõiguse valdkonna õigusnormid ei tohi seega diskrimineerida isikuid, kellele liidu õigus annab õiguse võrdsele kohtlemisele, ega piirata liidu õigusega tagatud põhivabadusi. [7]

C. Teine küsimus

24. Teise küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas liidu õigus ning täpsemalt diskrimineerimiskeelu põhimõte ja liikumisvabadus, mis on sätestatud ELTL artiklites 18 ja 21 ning mida on täpsustatud direktiivis 2004/38, keelab sellise riigisisese karistusõiguse sätte kohaldamise, mille kohaselt on karistatav lapse varjamine välisriigis tema erieestkostja eest, kui see säte ei erista liidu liikmesriike ja kolmandaid riike.

25. Kõigepealt sooviksin täpsustada, et põhikohtuasja erilised asjaolud, nimelt asjaolu, et lapse elukoha kindlaksmääramise õigust kasutab kolmas isik ja et kriminaalmenetlus võib seega olla suunatud mõlema vanema vastu, ei mõjuta taotletud liidu õiguse tõlgendamist. Mis puudutab karistusõiguse sätte kohaldamise tingimusi, siis on süüdistatavate olukord identne.

4 Vt selle kohta 6. septembri 2016. aasta kohtuotsus Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punktid 18–20) ja 23. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus M. A. jt (C-661/17, EU:C:2019:53, punktid 48–50).

5 Vt selle kohta 13. novembri 2018. aasta kohtuotsus Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punkt 27).

6 Vt selle kohta 26. veebruari 2019. aasta kohtuotsus Rimšēvičs ja EKP *vs*. Läti (C-202/18 ja C-238/18, EU:C:2019:139, punkt 57).

7 Vt selle kohta 2. veebruari 1989. aasta kohtuotsus Cowan (186/87, EU:C:1989:47, punkt 19); 24. novembri 1998. aasta kohtuotsus Bickel ja Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, punkt 17) ja 28. aprilli 2011. aasta kohtuotsus El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punktid 53 ja 54).

1. Kas tegemist on erineva kohtlemise ja/või liikumisvabaduse piiramisega?

26. Kõigepealt tuleb tõdeda, et vaidlusalustes riigisisestes õigusnormides eristatakse olukorda, mis jääb riigisiseseks, ja olukorda, kus alaealine viiakse ära teise riiki. Viimasel juhul piisab kriminaalkaristuse kohaldamiseks ainuüksi asjaolust, et laps on välismaale viidud või et teda hoitakse seal ühe või mõlema vanema või tema eestkostja või erieestkostja eest.

27. Neil asjaoludel näib mulle, et mitte pelgalt vanema hooldusõigust käsitlev otsus, vaid pigem kriminaalmenetluse oht võib tegelikult pärssida liidu kodaniku tahet lahkuda vastuvõtvast liikmesriigist, kus ta elab, ja naasta koos oma lapsega oma päritoluliikmesriiki, kui sellel isikul ei ole õigust määrata lapse elukohta. Selline erinev kohtlemine ja selle tagajärjed võivad mõjutada või isegi piirata asjaomaste liidu kodanike liikumisvabadust ELTL artikli 21 tähenduses.[8]

28. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt saab selline piirang olla põhjendatud üksnes siis, kui see põhineb objektiivsetel kaalutlustel ja on proportsionaalne riigisiseste õigusnormide õiguspärase eesmärgiga.[9] Täielikkuse huvides ja kuna komisjon tugineb sellele argumendile, teen siiski ettepaneku kõigepealt uurida, kas vaidlusalust meedet saab põhjendada direktiivi 2004/38 artiklis 27 ette nähtud erandiga, mis põhineb avalikul korral.

2. Direktiivi 2004/38 artikkel 27 ja avalikul korral põhinev erand

29. Direktiivi 2004/38 artikkel 27 lubab liikmesriikidel piirata liidu kodanike ja nende pereliikmete liikumis- ja elamisvabadust, sõltumata nende kodakondsusest, avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides. Olenemata sellest, kas asjaomase riigisisese õigusnormi aluseks olevat lapserööovivastast võitlust saab pidada avalikul korral põhinevaks põhjenduseks, ei arva ma, et selline riigisisene õigusnorm, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, kuuluks direktiivi 2004/38 artikli 27 kohaldamisalasse.

30. Nii kontekstipõhine kui ka teleoloogiline tõlgendus kinnitavad, et direktiivi 2004/38 artikli 27 kohaldamisala piirdub ühelt poolt sisenemisõiguse piirangutega kitsamas tähenduses ja teiselt poolt väljasaatmismeetmetega.

31. Mis puudutab kontekstipõhist tõlgendust, nimelt normatiivset konteksti, millesse kõnealune säte on paigutatud, siis tuleb märkida, et direktiivi 2004/38 artikkel 27 on esimene säte nimetatud direktiivi VI peatükis „*Sisenemis- ja elamisõigusele* avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides *kehtestatavad piirangud*“.[10] Lisaks on artikli 27 pealkiri „Üldpõhimõtted“, mis tähendab, et neid põhimõtteid sisustatakse järgnevate sätetega. Kõik VI peatüki sätted käsitlevad siiski üksnes kaitset väljasaatmise eest (artikkel 28 – Kaitse väljasaatmise eest; artikkel 32 – Väljasaatmisotsuse kehtivus ja artikkel 33 – Väljasaatmine karistuse või õigusliku tagajärjena), haigusi, mis võivad takistada liikmesriigi territooriumile sisenemist või õigustada riigist väljasaatmist (artikkel 29), ning menetluslikke tagatisi direktiivi artikli 27 alusel tehtud otsuste vastu (artikkel 30 – Otsustest teatamine ja artikkel 31 – Menetluslikud tagatised). Enamik – kui mitte kõik – nendest menetlusnormidest puudutavad sõnaselgelt üksnes väljasaatmisotsuseid.

32. Mis puudutab teleoloogilise tõlgendamise küsimust, siis on direktiivi 2004/38 põhjendused 22–27 eriti sõnaselged. Esiteks, olles meelde tuletanud, et alusleping lubab piirata vaba liikumise ja elamise õigust avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides, on põhjenduses 22 märgitud, „[e]t tagada nende asjaolude ja menetluslike tagatiste kitsam määratlus, mille puhul võib keelduda liidu kodanikele

8 Vt selle kohta 6. septembri 2016. aasta kohtuotsus Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punktid 32 ja 33); 13. novembri 2018. aasta kohtuotsus Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punktid 28 ja 30) ning 13. juuni 2019. aasta kohtuotsus TopFit ja Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, punktid 44 ja 47).

9 Vt selle kohta 6. septembri 2016. aasta kohtuotsus Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punkt 34); 13. novembri 2018. aasta kohtuotsus Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punkt 31) ja 13. juuni 2019. aasta kohtuotsus TopFit ja Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, punkt 48).

10 Kohtujuristi kursiiv.

ja nende pereliikmetele sisenemisõiguse andmisest või nad välja saata, tuleks nõukogu 25. veebruari 1964. aasta direktiiv välisriigi kodanike liikumise ja elukohaga seotud avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu seisukohalt põhjendatud erimeetmete kooskõlastamise kohta[11] asendada käesoleva direktiiviga", kusjuures viidatud direktiiv käsitles tegelikult ainult väljasaatmist. Teiseks viitavad kõik teised direktiivi 2004/38 VI peatükki puudutavad põhjendused üksnes väljasaatmisele (põhjendused 23, 24 ja 27) või teise liikmesriiki sisenemise keelamisele (põhjendused 25 ja 26).

33. Eelnevaid kaalutlusi arvestades leian seetõttu, et selline säte, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, mis ei keela liidu kodanikul siseneda teise liikmesriiki ega nõua tema väljasaatmist, vaid mille „ainus" tagajärg on kodaniku liikumisvabaduse mõjutamine või piiramine, ei kuulu direktiivi 2004/38 artikli 27 kohaldamisalasse. Teisisõnu saab ainult sisenemis- või väljasaatmiskeeldu (ja *otseselt diskrimineerivaid* meetmeid) põhjendada ühega asutamislepingus ette nähtud kolmest sõnaselgest erandist, mis on seejärel konkreetselt rakendatud direktiivi 2004/38 VI peatükis.[12]

34. Igal juhul, kui Euroopa Kohus ei peaks järgima direktiivi 2004/38 artikli 27 sellist tõlgendust, tuleks tal minu arvates järeldada, et sellised õigusnormid, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, ei ole selle direktiivi nõuetega kooskõlas. Nagu Euroopa Kohus on korduvalt rõhutanud, on direktiivi 2004/38 artikli 27 lõike 2 teises lõigus sõnaselgelt märgitud, et põhjendused, „mis rajanevad üldise preventsiooni kaalutlustel, ei ole vastuvõetavad".[13]

35. Minu arvates on põhikohtuasjas vaidluse all olev riigisisene õigusnorm üldise preventsiooni meede. Saksamaa valitsus selgitas ka ise oma kirjalikes seisukohtades, et StGB § 235 lõige 2 aitab *ennetaval viisil* tagada põhimõtet, mille kohaselt tuleb hooldusõigust üldjuhul teostada lapse algses harilikus viibimiskohas.[14] Selles kontekstis on selge, et kõnealune riigisisene seadusesäte on üldkohaldatav norm, mida kohaldatakse objektiivselt määratletud olukordade suhtes ning millel on tagajärjed üldiselt ja abstraktselt määratletud isikutele, et takistada neid käitumast viisil, mis on vastuolus ühiskonna ja eelkõige laste huvidega. Sellisena on see säte üldise preventsiooni meede ega saa seega kuuluda direktiivi 2004/38 artikli 27 kohaldamisalasse.

36. Liikumisvabaduse piirang võib loomulikult olla põhjendatud, kui see põhineb objektiivsetel kaalutlustel ja on proportsionaalne riigisiseste õigusnormide õiguspärase eesmärgiga.[15] Just selle küsimuse juurde saame nüüd pöörduda.

3. Objektiivsete kaalutluste olemasolu, mis võivad põhjendada vaidlusalust piirangut ning vaidlusaluse riigisisese õigusnormi proportsionaalsus

37. Nagu eespool märgitud, väidab Saksamaa valitsus, et tema õigusnorm on ajendatud soovist tagada, et hooldusõigust teostataks üldjuhul lapse algses alalises elukohas. Lisaks märgib see valitsus, et vaidlusaluse õigusnormi eesmärk on laiemalt kaitsta nii vanemate hooldusõigust kui ka laste õigusi.[16] Komisjon jagab seda seisukohta, selgitades, et kõnealuse meetme eesmärk on hoida ära rahvusvahelisi lapseröövе ja vajaduse korral nende eest karistada, mis on õiguspärane ja seega avaliku korra seisukohast põhjendatud eesmärk.

11 ELT, ingliskeelne eriväljaanne, seeria I 1963–1964, lk 117. Seda direktiivi on viimati muudetud nõukogu 17. detsembri 1974. aasta direktiiviga 75/35/EMÜ (EÜT 1975, L 14, lk 14). Kohtujuristi kursiiv.

12 Vt selle kohta Barnard, C. ja Peers, S., *European Union Law*, 2. trükk, Oxford University Press, 2017, lk 402 ja 403.

13 Kohtujuristi kursiiv. Vt selle kohta 10. juuli 2008. aasta kohtuotsus Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 24); 17. novembri 2011. aasta kohtuotsus Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, punkt 34) ja 4. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, punkt 41).

14 Saksamaa valitsuse kirjalike märkuste punkt 76. Kooskõlas selle esmase eesmärgiga viitab Saksamaa valitsus ka eesmärgile tagada, et lapseröövе ei mõjutaks lapse hariliku viibimiskoha kohtu pädevust.

15 Vt eespool 9. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

16 Saksamaa valitsuse kirjalike seisukohtade punktid 75 ja 76.

38. Kuna need eesmärgid on lahutamatult seotud lapse põhiõigustega, olen seisukohal, et neid tuleb pidada liidu õiguse seisukohast õiguspärasteks eesmärkideks.[17]

39. Nimelt, nagu Euroopa Kohus on juba tunnistanud, on üks neist lapse põhiõigustest Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artikli 24 lõikes 3 sätestatud õigus säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt oma mõlema vanemaga, kui see ei ole lapse huvidega vastuolus. Sellega seoses on selge, et lapse ebaseaduslik äraviimine pärast ühe vanema ühepoolset otsust jätab lapse sageli ilma võimalusest säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt teise vanemaga.[18]

40. Kooskõlas nende sedastustega võib samuti märkida, et 1980. aasta Haagi konventsioon, mida hiljem täiendati määrusega nr 2201/2003, võeti samuti vastu just seetõttu, et hooldusõigusega seotud asjades on kõige tähtsam järgida lapse huve. Seetõttu on vaja kaitsta lapsi riigist õigusvastase äraviimisega või kinnipidamisega põhjustatud kahjulike tagajärgede eest ning kehtestada menetlus, mis tagab nende viivitamatu tagasipöördumise nende hariliku viibimiskoha riiki, samuti tagada suhtlusõiguse kaitse.[19]

41. Neil asjaoludel on riigisisestel õigusnormidel, mille eesmärk on muu hulgas ära hoida laste ebaseaduslikku äraviimist või kinnipidamist, vaieldamatult liidu õigusest tulenev õiguspärane eesmärk.

42. Niisugust põhivabadust, nagu on sätestatud ELTL artiklis 21, piiravaid meetmeid võib objektiivsete kaalutlustega põhjendada siiski üksnes juhul, kui need meetmed on vajalikud nende huvide kaitseks, mille tagamine on meetmete eesmärk, ja ainult niivõrd, kuivõrd seda eesmärki ei saa saavutada vähem piiravate meetmetega.[20]

43. Selles kontekstis ma ausalt öelda kahtlen, kas sellist meedet, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, võib pidada objektiivselt vajalikuks. Kuigi see meede võeti vastu eesmärgiga hoida ära laste ebaseadusliku äraviimise või kinnipidamise juhtumeid, on silmatorkav, et riigi territooriumil toimuv sarnane tegevus ei ole kriminaliseeritud samal viisil. Teiselt poolt, nagu eespool märgitud, võttis liidu seadusandja vastu ka määruse nr 2201/2003, et hoida ära liikmesriikidevahelisi lapseröövе ja saavutada lapseröövi korral viivitamata lapse tagastamine.[21] Lisaks kehtestab see määrus, mille vastuvõtmisel võeti aluseks lähtumine eelkõige lapse huvidest,[22] liikmesriikides tehtud kohtuotsuste vastastikuse tunnustamise põhimõtte. Nagu nähtub määruse nr 2201/2003 põhjendusest 21, rajaneb see põhimõte omakorda liikmesriikidevahelise vastastikuse usalduse põhimõttel.[23]

44. Tänapäeval on muidugi selge, et see liikmesriikide vastastikuse usalduse põhimõte on liidu õiguses põhjapaneva tähtsusega, kuna see võimaldab luua ja säilitada sisepiirideta ala. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tähendab see põhimõte eelkõige, et iga liikmesriik on kohustatud eelkõige vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajaneva ala osas eeldama – välja arvatud juhul, kui esineb erandlikke asjaolusid –, et kõik ülejäänud liikmesriigid järgivad liidu õigust ja eriti liidu õiguses tunnustatud põhiõigusi.[24] Lisaks tuleb seoses määrusega nr 2201/2003 kindlasti meenutada, et Euroopa Kohus on ise rõhutanud, et nimetatud määrus põhineb kohtute koostööl ja vastastikusel usaldusel, mis peavad viima kohtuotsuste vastastikuse tunnustamiseni, mis on tõelise õigusruumi loomise nurgakivi.[25]

17 Mõned väidavad isegi üldisemalt, et kõik perekonna kaitsega seonduv on õiguspärane eesmärk (vt selle kohta Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Brüssel, 2017, nr 258, lk 260).

18 Vt selle kohta 23. detsembri 2009. aasta kohtuotsus Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punktid 54 ja 56).

19 Vt selle kohta 11. juuli 2008. aasta kohtuotsus Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punktid 48, 51 ja 53).

20 Vt selle kohta 6. septembri 2016. aasta kohtuotsus Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punkt 38).

21 Vt selle kohta määruse nr 2201/2003 põhjendus 17. Vt ka 11. juuli 2008. aasta kohtuotsus Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punkt 52) ja 23. detsembri 2009. aasta kohtuotsus Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punkt 49).

22 Vt selle kohta 11. juuli 2008. aasta kohtuotsus Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punkt 51).

23 Vt selle kohta 23. detsembri 2009. aasta kohtuotsus Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punkt 45).

24 Vt selle kohta 18. detsembri 2014. aasta arvamus 2/13 (Euroopa Liidu ühinemine EIÕK-ga) (EU:C:2014:2454, punkt 191); 25. juuli 2018. aasta kohtuotsus Minister for Justice and Equality (kohtusüsteemi puudused) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punkt 36) ja 19. märtsi 2019. aasta kohtuotsus Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, punkt 81).

25 Vt selle kohta 16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, punkt 41).

45. On selge, et selliste kohtuasjade rahvusvaheline olemus, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, võib sagedamini põhjustada raskusi, mis on seotud eelkõige menetluse keelelise mitmekesisuse või vahemaaga, aga ka konkreetse vajadusega saada määruse nr 2201/2003 artikli 42 alusel tõend lapse tagasitoomist nõudva kohtuotsuse kohta. Kuigi neid raskusi ei tohiks alahinnata, ei või sedalaadi praktilistele raskustele viidates kahjustada vastastikuse usalduse põhimõtet, ilma et see õõnestaks ühtlasi sellel põhimõttel põhinevate meetmete soovitavat toimet. See oleks aga just nii, kui liikmesriigil lubataks sel viisil eristada ühelt poolt selles liikmesriigis aset leidvaid lapseröövе ja teiselt poolt teist liikmesriiki hõlmavaid lapseröövе.

46. Neil asjaoludel näib mulle, et sellised riigisisesed õigusnorm, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, ei ole nendega taotletava eesmärgi saavutamiseks vajalikud, kui ebaseaduslik äraviimine või kinnipidamine on seotud teise liikmesriigi ja mitte kolmanda riigiga.

47. Seega on asja menetleva kohtu ülesanne jätta kohaldamata riigisisesed õigusnormid, mis on vastuolus liidu õigusega, kuna on selge, et ELTL artiklil 21 on vahetu õigusmõju [26] ja eraõiguslikul isikul on seetõttu õigus sellele liikmesriigi vastu tugineda. [27]

4. Teine võimalus, proportsionaalsuse analüüs kitsamas tähenduses

48. Kui Euroopa Kohus ei peaks selle analüüsiga nõustuma ja leiab, et vaidlusalused riigisisesed õigusnormid on vajalikud asjaomase meetmega taotletava eesmärgi saavutamiseks, tuleb veel kontrollida, kas seda eesmärki ei oleks võimalik saavutada vähem piiravate meetmetega.

49. Selles küsimuses leian, et vangistuse või rahatrahvi automaatne määramine lapse välismaale äraviimise või seal kinnipidamise korral ilma vanemliku hooldusõiguse omajat (omajaid) teavitamata oleks vastuolus proportsionaalsuse põhimõttega.

50. Harta artikli 49 lõike 3 kohaselt ei tohi karistuste rangus olla kuriteo suhtes ebaproportsionaalne. Nagu kohtujurist Bobek kohtuasjas Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494) selgitas, on karistuse proportsionaalsusel kaks tasandit. Esiteks peab määratav karistus olema proportsionaalne toimepandud rikkumise raskusastmega. Teiseks tuleb karistuse määramisel arvesse võtta iga juhtumi konkreetseid asjaolusid. [28] Seetõttu eeldab proportsionaalsuse kontrolli tõhus läbiviimine *konkreetset* hindamist iga juhtumi konkreetsetest asjaoludest lähtudes. [29]

51. Selle põhimõtte järgimiseks peavad asjaomased riigisisesed õigusnormid seega võimaldama üksikjuhtumi põhiselt hinnata olukorda, milles vaidlusalused faktilised asjaolud aset leidsid. [30]

52. Oma vastustes Euroopa Kohtu küsimustele märgib Saksamaa valitsus, et vangistuse või rahatrahvi määramine ei ole automaatne ning et karistuse määramisel võib arvesse võtta iga kohtuasja tehiolusid. Kuna eelotsusetaotluses ei ole selle kohta midagi märgitud, on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne kontrollida, kas StGB § 235 kohaldamine on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega, võimaldades riigisisesel kohtul võtta enne kriminaalkaristuse – kas vangistuse või rahatrahvi – mõistmist arvesse iga kohtuasja konkreetseid ja eripäraseid asjaolusid. [31]

26 Liikumisvabaduse vahetu õigusmõju kohta vt 4. detsembri 1974. aasta kohtuotsus Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, punkt 7) ja 17. septembri 2002. aasta kohtuotsus Baumbast ja R (C-413/99, EU:C:2002:493, punktid 84 ja 86).

27 Vt selle kohta 24. juuni 2019. aasta kohtuotsus Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punkt 61).

28 Punkt 42.

29 Vt selle kohta Euroopa vahistamismääruse kontekstis kohtujurist Boti ettepanek kohtuasjas Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, punkt 93).

30 Vt selle kohta 12. märtsi 2019. aasta kohtuotsus Tjebbes jt (C-221/17, EU:C:2019:189, punkt 41).

31 Vt selle kohta 10. juuli 2008. aasta kohtuotsus Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 28) ja 12. märtsi 2019. aasta kohtuotsus Tjebbes jt (C-221/17, EU:C:2019:189, punkt 40).

53. Selleks võib eelotsusetaotluse esitanud kohus arvesse võtta erinevaid tegureid, nagu kohtu alla antud vanema isiklik käitumine, kahe vanema vaheliste suhete seis, määruses nr 2201/2003 ette nähtud mehhanismide kasutamine või kasutamata jätmine ja sellise kasutamise tulemus ning kohasel juhul lapse enda seisukoht, kuivõrd harta artikli 24 lõikes 1 on sätestatud, et lapse seisukohti tuleb arvesse võtta temaga seotud küsimustes vastavalt tema vanusele ja küpsusele.

54. Kui riigisisene õigus sellist individuaalset hindamist ei võimalda, on asja menetleva kohtu ülesanne jätta liidu õigusega vastuolus olevad riigisisesed õigusnormid kohaldamata.

VI. Ettepanek

55. Eeltoodud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Amtsgericht Heilbronni (Heilbronni esimese astme kohus, Saksamaa) eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Liikmesriigid peavad teostama oma pädevust kriminaalasjades kooskõlas mitte ainult liidu õiguses tagatud põhivabadustega, vaid ka kooskõlas liidu õigusega tervikuna, eelkõige liidu esmase õigusega. Järelikult tuleb ELTL artikleid 18 ja 21 tõlgendada nii, et riigisiseste karistusnormidega ei või diskrimineerida isikuid, kellele liidu õigus annab õiguse võrdsele kohtlemisele, ega piirata liidu õigusega tagatud põhivabadusi.

2. ELTL artikleid 18 ja 21 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus sellised liikmesriigi õigusnormid, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, mis näevad lapse ebaseadusliku äraviimise või kinnihoidmise eest ette erineva karistuse sõltuvalt sellest, kas olukord hõlmab asukohariigi või Euroopa Liidu mõne teise liikmesriigi territooriumi, mida selles suhtes käsitatakse kolmanda riigina.

   Teise võimalusena tuleb ELTL artikleid 18 ja 21 koostoimes Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikliga 24 ja artikli 49 lõikega 3 tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus sellised liikmesriigi õigusnormid, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, mis näevad lapse ebaseadusliku äraviimise või kinnihoidmise eest ette erineva karistuse sõltuvalt sellest, kas olukord hõlmab asukohariigi või Euroopa Liidu mõne teise liikmesriigi territooriumi, kui liikmesriigi kohtutel on võimalik hinnata individuaalselt olukorda, milles asjaolud aset leidsid.

   Selle hindamise raames võivad kohtud eelkõige arvesse võtta vastutusele võetava vanema isiklikku käitumist ja kahe vanema vahelisi suhteid, seda, kas nõukogu 27. novembri 2003. aasta määruses (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000, sätestatud mehhanisme on kohaldatud või mitte, ning kohasel juhul lapse enda seisukohti.