Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
GERARDA HOGANA
od 4. lipnja 2020.[1]

Predmet C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
protiv
ZW

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Amtsgericht Heilbronn (Općinski sud u Heilbronnu, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Članak 18. UFEU-a – Članak 21. UFEU-a – Građanstvo Unije – Pravo građana Unije na slobodno kretanje i boravak na državnom području država članica – Direktiva 2004/38/EZ – Članak 27. – Kazneno djelo otmice djeteta – Dijete pod skrbništvom zakonskog skrbnika – Roditelj lišen dijela svojih roditeljskih prava zbog odvođenja djeteta u inozemstvo bez prethodne suglasnosti zakonskog skrbnika”

I. Uvod

1. Predmetni zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članaka 18. i 21. UFEU-a i Direktive 2004/38/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica, o izmjeni Uredbe (EEZ) br. 1612/68 i stavljanju izvan snage direktiva 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ[2].

2. Ovaj je zahtjev podnesen u okviru postupka protiv osobe ZW, koju se progoni kao supočinitelja kaznenog djela otmice maloljetnika koji je njezin sin.

3. Pitanja suda koji je uputio zahtjev ponovno se odnose na opseg prava građana Unije na slobodno kretanje. Odgovor Suda ujedno će pojasniti, u posebnom kontekstu otmice djeteta, područje primjene članka 27. Direktive 2004/38 koji ovlašćuje države članice da slobodu kretanja ograniče zbog razloga javnog poretka.

1 Izvorni jezik: engleski

2 SL 2004., L 158, str. 77. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 2., str. 42. i ispravak SL 2016., L 87, str. 36.)

II. Pravni okvir

A. Međunarodno pravo

4. Članak 12. Konvencije o građanskopravnim vidovima međunarodne otmice djece, sklopljene u Haagu 25. listopada 1980. (u daljnjem tekstu: Haška konvencija iz 1980.), predviđa:

„Ako je dijete protupravno odvedeno ili zadržano u smislu članka 3., a na dan početka postupka pred sudskim ili upravnim tijelom države ugovornice u kojoj se dijete nalazi proteklo je manje od jedne godine od dana protupravnog odvođenja ili zadržavanja, dotično nadležno tijelo određuje žurno povratak djeteta.

[…]”

B. Pravo Unije

1. Direktiva 2004/38

5. Članak 27. Direktive 2004/38 prva je odredba poglavlja VI., naslovljenog „Ograničenja prava na ulazak i prava na boravak zbog razloga javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja”. Ta odredba predviđa:

„1. Podložno odredbama ovog poglavlja, države članice mogu ograničiti slobodu kretanja i boravka građanima Unije i članovima njihovih obitelji, bez obzira na njihovo državljanstvo, zbog razloga javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja. Na ove razloge ne može se pozivati u gospodarske svrhe.

2. Mjere poduzete zbog razloga javnog poretka ili javne sigurnosti moraju biti u skladu s načelom proporcionalnosti i temeljiti se isključivo na osobnom ponašanju dotičnog pojedinca. Ranije osuđujuće kaznene presude same po sebi ne predstavljaju razloge za poduzimanje takvih mjera.

Osobno ponašanje dotičnog pojedinca mora predstavljati stvarnu, trenutačnu i dostatno ozbiljnu prijetnju koja utječe [na] neki od temeljnih interesa društva. Obrazloženja koja nisu povezana s pojedinačnim slučajem ili se odnose na opću prevenciju nisu prihvatljiva.

[…]”

2. Uredba (EZ) br. 2201/2003

6. Uvodne izjave 17. i 21. Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanima s roditeljskom odgovornošću te o stavljanju izvan snage Uredbe (EZ) br. 1347/2000 [3] glase:

„(17) U slučajevima nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta, predaja djeteta trebala bi se postići bez odlaganja, pa bi se u tu svrhu i dalje primjenjivala Haaška konvencija [iz 1980.], dopunjena odredbama ove Uredbe, posebno njezin članak 11. Sudovi države članice u koju je dijete nezakonito odvedeno ili u kojoj se ono nalazi trebali bi biti u mogućnosti suprotstaviti se njegovoj predaji u posebnim, opravdanim slučajevima. Unatoč tome, takva odluka trebala bi biti zamijenjena naknadnom odlukom suda države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno

3 SL 2003., L 338, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 133. i ispravak SL 2014., L 46, str. 22.)

boravište prije njegova nezakonitog odvođenja ili zadržavanja. Ako je posljedica takve odluke predaja djeteta, za njegovu predaju nije potreban nikakav poseban postupak priznavanja i izvršenja te presude u državi članici u koju je dijete odvedeno ili u kojoj je zadržano.

[…]

(21) Priznavanje i izvršenje sudskih odluka donesenih u nekoj državi članici trebalo bi se temeljiti na načelu uzajamnog povjerenja, a razlozi nepriznavanja trebali bi biti svedeni na najmanju moguću mjeru."

7. Članak 42. Uredbe br. 2201/2003 dio je odjeljka 4., naslovljenog „Izvršivost određenih sudskih odluka koje se odnose na pravo kontakta s djetetom i određenih sudskih odluka kojima se zahtijeva predaja djeteta". U skladu s tim člankom:

„1. Predaja djeteta iz članka 40. stavka 1. točke (b), kao rezultat izvršive sudske odluke donesene u državi članici, priznaje se i izvršiva je u drugoj državi članici bez potrebe pribavljanja potvrde izvršivosti i bez mogućnosti osporavanja njezina priznavanja ako je sudska odluka potvrđena u državi članici podrijetla, u skladu sa stavkom 2.

Neovisno o mogućnosti ulaganja pravnog lijeka, čak i ako nacionalno pravo ne predviđa izvršivost po sili zakona, sudsku odluku kojom se potvrđuje predaja djeteta iz članka 11. stavka 8., sud podrijetla može proglasiti izvršivom.

2. Sudac podrijetla koji je donio sudsku odluku iz članka 40. stavka 1. točke (b) izdaje potvrdu iz stavka 1. samo ako:

(a) je djetetu omogućeno saslušanje, osim ako je saslušanje smatrano neprikladnim zbog njegove dobi ili stupnja zrelosti;

(b) je strankama omogućeno saslušanje; i

(c) je sud uzeo u obzir, pri donošenju sudske odluke, razloge i dokaze na temelju kojih se izdaje nalog u skladu s člankom 13. Haaške konvencije iz 1980.

U slučaju da sud ili bilo koje drugo tijelo poduzme mjere za zaštitu djeteta nakon njegova povratka u državu uobičajenog boravišta, u potvrdi se navode pojedinosti o tim mjerama.

Sudac podrijetla po službenoj dužnosti izdaje tu potvrdu koristeći pri tome standardni obrazac iz Priloga IV. (potvrda koja se odnosi na predaju djeteta (djece)).

Potvrda se sastavlja na jeziku sudske odluke."

C. Njemačko pravo

8. Članak 25. Strafgesetzbucha (njemački Kazneni zakonik; u daljnjem tekstu: StGB) predviđa:

„1. Kao počinitelj kažnjava se onaj tko počini kazneno djelo sâm ili posredstvom druge osobe.

2. Ako kazneno djelo počini više udruženih osoba, kao počinitelj (supočinitelj) kažnjava se svaka od njih."

9. Članak 235. StGB-a glasi:

„1. Kažnjava se kaznom zatvora do pet godina ili novčanom kaznom onaj tko oduzme ili zadrži

1. osobu mlađu od 18 godina uporabom sile, prijetnjom nanošenja zla ili prijevarom ili

2. dijete, a da nije njegov rođak,

od jednog ili obaju roditelja ili skrbnika.

2. Ista se kazna izriče onom tko roditeljima, jednom od roditelja ili skrbniku

1. oduzme dijete kako bi ga odveo u inozemstvo, ili

2. zadržava dijete u inozemstvu, nakon što je ono onamo dovedeno ili je samô došlo [.]

3. U slučajevima iz stavka 1. točke 2. i stavka 2. točke 1. kažnjiv je i pokušaj.

4. Kažnjava se kaznom zatvora od jedne do deset godina počinitelj koji

1. žrtvu djelom dovede u životnu opasnost ili opasnost od ozbiljne tjelesne ozljede ili ozbiljnog narušavanja njezina tjelesnog ili duševnog razvoja ili

2. djelo počini radi novčane koristi ili s namjerom vlastitog bogaćenja ili bogaćenja treće osobe.

5. Ako počinitelj djelom uzrokuje smrt žrtve, kazna zatvora je najmanje tri godine.

6. U manje ozbiljnim slučajevima iz stavka 4. kazna zatvora je od šest mjeseci do pet godina, a u manje ozbiljnim slučajevima iz stavka 5. kazna zatvora je od jedne do deset godina.

7. Otmica maloljetnika u slučajevima iz stavaka 1. do 3. progoni se samo na zahtjev ako tijelo kaznenog progona zbog posebnog javnog interesa za kazneni progon smatra nužnim postupanje po službenoj dužnosti."

III. Činjenično stanje iz glavnog postupka

10. Ovaj predmet proizlazi iz kaznenog postupka koji je u Njemačkoj pokrenut protiv ZW, rumunjske državljanke s boravištem u Njemačkoj, u vezi s međunarodnom otmicom njezina djeteta, AW-a.

11. AW, rumunjski državljanin, s majkom boravi u Njemačkoj od 2009. AW-ovi su roditelji rastavljeni, a njegov otac, rumunjski državljanin, živi u Rumunjskoj. AW je zbog problema s ponašanjem u ožujku 2013. smješten, uz suglasnost roditelja, u ustanovu za pomoć mladima. Roditeljima je odlukom njemačkog suca iz 2014. oduzeto pravo na, među ostalim, određivanje djetetova boravišta te je ono povjereno skrbniku poznatom kao „Ergänzungspfleger" (u daljnjem tekstu: skrbnik) u skladu s djelomičnim prijenosom roditeljske skrbi poznatim kao „Ergänzungspflegschaft" (skrbništvo radi dodatne zaštite).

12. Otac je u prosincu 2017. AW-a, nakon što se potonji vratio kod majke zbog nekoliko neuspješnih boravaka u raznim ustanovama za pomoć mladima, odveo u Rumunjsku uz suglasnost majke. AW sada tamo živi. Budući da roditelji nisu o tome obavijestili skrbnika, koji ima pravo određivati boravište djeteta, skrbnik je podnio kaznenu prijavu protiv roditeljâ kao supočinitelja međunarodne otmice djeteta. Majka je tuženik u glavnom postupku.

13. Sud koji je uputio zahtjev objašnjava da je međunarodna otmica djeteta (protivno skrbnikovu pravu na određivanje djetetova boravišta), u skladu s člankom 235. stavkom 2. StGB-a, kažnjiva kaznom zatvora do pet godina ili novčanom kaznom, neovisno o tome drži li se dijete u drugoj državi članici ili u trećoj zemlji. S druge strane, ako se otmica počini na nacionalnom državnom području, ona je na temelju StGB-a kažnjiva samo ako dotična osoba dijete oduzme ili zadrži uporabom sile, prijetnjom nanošenja zla ili prijevarom.

14. U tom kontekstu, sud koji je uputio zahtjev pita, kao prvo, je li kazneno pravilo poput spornog obuhvaćeno područjem primjene prava Unije te, ako jest, je li u skladu s pravom Unije.

IV. Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom

15. U tim okolnostima, Amtsgericht Heilbronn (Općinski sud u Heilbronnu, Njemačka) odlučio je odlukom od 11. lipnja 2019., koju je Sud zaprimio 14. lipnja 2019., prekinuti postupak i Sudu uputiti sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li europsko primarno i/ili sekundarno pravo, u ovom slučaju osobito [Direktivu 2004/38], u smislu općeg prava građana Unije da se slobodno kreću i borave na državnom području država članica, tumačiti na način da obuhvaća i nacionalne kaznene odredbe?

2. U slučaju potvrdnog odgovora: protivi li se tumačenju europskog primarnog i/ili sekundarnog prava primjena nacionalne kaznene odredbe kojom se sankcionira odvođenje djeteta od njegova skrbnika u inozemstvo ako se u odredbi ne provodi razlika s obzirom na to je li riječ o državama Europske unije ili trećim zemljama?”

16. Pisana očitovanja podnijele su njemačka vlada i Europska komisija. Rasprava zakazana za 25. ožujka 2020. otkazana je zbog pandemije COVID-a 19. Umjesto toga, pitanja koja su strankama poslana, a na koja su one trebale usmeno odgovoriti na raspravi, odlukom od 17. ožujka 2020. pretvorena su u pitanja na koja se daje pisani odgovor. ZW, njemačka vlada i Komisija prihvatile su taj zahtjev te su odgovorile na pitanja u roku koji je Sud odredio. Dakle, svima je omogućeno da se očituju o svim pitanjima koja su postavljena u zahtjevu za prethodnu odluku.

V. Analiza

A. Dopuštenost zahtjeva za prethodnu odluku

17. Njemačka vlada u svojim pisanim očitovanjima ističe da prethodna pitanja koja je uputio nacionalni sud nisu dopuštena. Ona navodi da ta pitanja nemaju nikakvu stvarnu niti izravnu vezu s predmetom spora o kojem nacionalni sud odlučuje. Međutim, ja smatram da je zahtjev za prethodnu odluku dopušten.

18. U tom bi se pogledu prvo moglo istaknuti da je, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, postupak koji je utvrđen člankom 267. UFEU-a instrument suradnje između Suda i nacionalnih sudova, zahvaljujući kojem Sud nacionalnim sudovima daje elemente za tumačenje prava Unije koji su im potrebni za rješavanje sporova koji se pred njima vode. U okviru te suradnje samo je na nacionalnom sudu pred kojim je pokrenut postupak i koji mora preuzeti odgovornost za sudsku odluku koja će biti donesena da ocijeni koliko je, uvažavajući posebnosti predmeta, prethodna odluka potrebna kako bi mogao donijeti svoju odluku te u kojoj su mjeri relevantna pitanja koja postavlja Sudu. Posljedično, kada se postavljena pitanja odnose na tumačenje prava Unije, Sud je u načelu dužan donijeti odluku. Iz toga slijedi da pitanja o tumačenju prava Unije koja uputi nacionalni sud unutar pravnog i činjeničnog okvira koji utvrđuje pod vlastitom odgovornošću i čiju točnost Sud nije dužan provjeravati uživaju presumpciju relevantnosti. Sud može odbiti odlučivati o zahtjevu za prethodnu odluku koji je

uputio nacionalni sud samo ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom spora u glavnom postupku, ako je problem hipotetski ili ako Sud ne raspolaže činjeničnim i pravnim elementima potrebnima da bi se mogao dati koristan odgovor na upućena pitanja [4].

19. U ovom predmetu nije sporno da je ZW, državljanka države članice, to jest Rumunjske, koja se preselila u drugu državu članicu, to jest Njemačku, iskoristila svoje pravo na slobodno kretanje. Njezina je situacija stoga obuhvaćena područjem primjene prava Unije i, u najmanju ruku, članaka 18. i 21. UFEU-a [5].

20. Osim toga, sud koji je uputio zahtjev u potpunosti je objasnio zašto smatra da je, kako bi odlučio o sporu koji se pred njim vodi, potrebno ispitati protivi li se pravu Unije primjena kaznene odredbe poput one na temelju koje je spor pred njime pokrenut.

21. U tim okolnostima, smatram da se zahtjev za prethodnu odluku mora smatrati dopuštenim.

B. Prvo pitanje

22. Sud koji je uputio zahtjev svojim prvim pitanjem u biti pita mogu li se nacionalne kaznene odredbe obuhvatiti pravom Unije, a osobito Direktivom 2004/38.

23. Na to se pitanje mora potvrdno odgovoriti. Naime, iako su države članice načelno odgovorne, u velikoj mjeri, za kazneno zakonodavstvo i pravila kaznenog postupka, Sud je više puta utvrdio da pravo Unije postavlja određene granice ovlastima država članica u pogledu takvih pitanja. Naime, države članice te ovlasti moraju izvršavati u skladu ne samo s temeljnim slobodama zajamčenima pravom Unije, nego i u skladu s pravom Unije kao cjelinom, osobito primarnim pravom Unije [6]. Takve zakonodavne odredbe u području kaznenog prava stoga ne smiju diskriminirati osobe kojima pravo Unije daje pravo na jednako postupanje niti ograničavati temeljne slobode zajamčene pravom Unije [7].

C. Drugo pitanje

24. Sud koji je uputio zahtjev svojim drugim pitanjem u biti pita protivi li se pravu Unije i, točnije, načelu nediskriminacije i slobodi kretanja zajamčenima člancima 18. i 21. UFEU-a te konkretiziranima Direktivom 2004/38, primjena nacionalne kaznene odredbe kojom se sankcionira zadržavanje djeteta u inozemstvu, podalje od njegova skrbnika ako se u toj odredbi ne provodi razlika ovisno o tome je li riječ o državama članicama Europske unije ili o trećim zemljama.

25. Uvodno bih htio pojasniti da specifične okolnosti ovog predmeta – to jest činjenica da pravo na određivanje djetetova boravišta izvršava treća osoba te da se kazneni postupak stoga može voditi protiv obaju roditelja – ne utječu na zatraženo tumačenje prava Unije. Naime, kada je riječ o uvjetima primjene kaznene odredbe, položaj osoba koje se kazneno progone identičan je.

4 Vidjeti u tom smislu presude od 6. rujna 2016., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, t. 18. do 20.) i od 23. siječnja 2019., M. A. i dr. (C-661/17, EU:C:2019:53, t. 48. do 50.).

5 Vidjeti u tom smislu presudu od 13. studenoga 2018., Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, t. 27.).

6 Vidjeti u tom smislu presudu od 26. veljače 2019., Rimšēvičs i ESB/Latvija (C-202/18 i C-238/18, EU:C:2019:139, t. 57.).

7 Vidjeti u tom smislu presude od 2. veljače 1989., Cowan (186/87, EU:C:1989:47, t. 19.); od 24. studenoga 1998., Bickel i Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, t. 17.); i od 28. travnja 2011., El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, t. 53. i 54.).

1. Postoji li različito postupanje i/ili ograničenje slobode kretanja?

26. Prije svega, jasno je da sporno nacionalno zakonodavstvo provodi razliku između situacije nastale na nacionalnom državnom području i situacije koja uključuje odvođenje maloljetnika u drugu zemlju. U potonjem slučaju, puka činjenica odvođenja djeteta u inozemstvo ili njegova zadržavanja u inozemstvu, podalje od jednog ili obaju roditelja ili od njegova skrbnika, dovoljna je da izazove izricanje kaznene sankcije.

27. U tim okolnostima, čini mi se da građanina Unije – kada on nema pravo odrediti mjesto djetetova boravišta – od odlaska iz države članice domaćina u kojoj boravi i povratka u državu članicu njegova podrijetla sa svojim djetetom neće odvratiti puka odluka o roditeljskoj skrbi, nego opasnost od kaznenog progona. Kao takva, ta razlika u postupanju kao i njezini učinci vjerojatno će utjecati na ili čak ograničiti slobodu kretanja odnosnih građana Unije u smislu članka 21. UFEU-a [8].

28. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, takvo ograničenje može se opravdati samo ako se temelji na objektivnim razlozima i ako je proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići nacionalnim odredbama [9]. Unatoč tomu, radi cjelovitosti te s obzirom na to da se Komisija poziva na taj argument, prvo ću razmotriti može li se sporna mjera opravdati kao odstupanje zbog razloga javnog poretka u smislu članka 27. Direktive 2004/38.

2. Članak 27. Direktive 2004/38 i odstupanje zbog razloga javnog poretka

29. Članak 27. Direktive 2004/38 ovlašćuje države članice da ograniče slobodu kretanja i boravka građana Unije i članova njihovih obitelji, bez obzira na njihovo državljanstvo, zbog razloga javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja. Neovisno o tome može li se suzbijanje otmice djece, koje je smisao spornog nacionalnog pravila, smatrati razlogom javnog poretka, smatram da nacionalno pravilo poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku nije obuhvaćeno područjem primjene članka 27. Direktive 2004/38.

30. Naime, i kontekstualno i teleološko tumačenje potvrđuju da je područje primjene članka 27. Direktive 2004/38 s jedne strane ograničeno na ograničenja prava na ulazak u strogom smislu, a s druge strane na mjere protjerivanja.

31. Što se tiče kontekstualnog tumačenja, to jest normativnog konteksta u kojem se nalazi članak 27. Direktive 2004/38, mora se istaknuti da je on prva odredba poglavlja VI. te direktive, naslovljenog „*Ograničenja prava na ulazak i prava na boravak* zbog razloga javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja” [10]. Osim toga, sâm članak 27. naslovljen je „Opća načela”, što znači da su ta načela izložena u narednim odredbama. Međutim, sve te odredbe poglavlja VI. odnose se samo na zaštitu od protjerivanja (članak 28. – Zaštita od protjerivanja; članak 32. – Trajanje zabrane pristupa i članak 33. – Protjerivanje kao kazna ili pravna posljedica), vrste bolesti koje mogu spriječiti ulazak na državno područje države članice ili opravdati protjerivanje (članak 29.) i postupovna jamstva namijenjena zaštiti od odluka donesenih na temelju članka 27. direktive (članak 30. – Obavijest o odlukama i članak 31. – Postupovna jamstva). Većina tih postupovnih odredbi – ako ne i sve – izričito se odnose samo na odluke o protjerivanju.

8 Vidjeti u tom smislu presude od 6. rujna 2016., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, t. 32. i 33.); od 13. studenoga 2018., Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, t. 28. i 30.); i od 13. lipnja 2019., TopFit i Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, t. 44. i 47.).

9 Vidjeti u tom smislu presude od 6. rujna 2016., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, t. 34.); od 13. studenoga 2018., Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, t. 31.); i od 13. lipnja 2019., TopFit i Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, t. 48.).

10 Moje isticanje

32. Kada je riječ o pitanju teleološkog tumačenja, uvodne izjave 22. do 27. Direktive 2004/38 osobito su relevantne. Kao prvo, nakon što podsjeća na to da Ugovor omogućuje uvođenje ograničenja prava na slobodno kretanje i boravak zbog razloga javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja, uvodna izjava 22. predviđa da „[k]ako bi se osigurala stroža definicija okolnosti i postupovnih jamstava podložno kojima se građanima Unije i članovima njihovih obitelji *može odbiti ulazak ili mogu biti protjerani*, ova Direktiva trebala bi zamijeniti Direktivu Vijeća 64/221/EEZ od 25. veljače 1964. godine o koordiniranju posebnih mjera o kretanju i boravku stranih državljana koje su opravdane razlozima javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja”[11], koja se zapravo odnosila samo na protjerivanje. Kao drugo, sve ostale uvodne izjave koje se odnose na poglavlje VI. Direktive 2004/38 govore samo o protjerivanju (uvodne izjave 23., 24. i 27.) ili odbijanju ulaska u drugu državu članicu (uvodne izjave 25. i 26.).

33. Posljedično, s obzirom na prethodna razmatranja, smatram da odredba poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku, koja ne zabranjuje ulazak građanina Unije u drugu državu članicu niti nalaže njegovo protjerivanje, nego joj je „jedini” učinak to da utječe na ili ograničava njegovu slobodu kretanja, nije obuhvaćena područjem primjene članka 27. Direktive 2004/38. Drugim riječima, samo se odbijanje ulaska ili protjerivanje (i mjere koje su *izravno diskriminirajuće*) mogu opravdati na temelju jednog od triju izričitih odstupanja koja su predviđena Ugovorom te potom posebno utvrđena u poglavlju VI. Direktive 2004/38[12].

34. U svakom slučaju, ako Sud ne bude slijedio to tumačenje članka 27. Direktive 2004/38, smatram da će morati zaključiti da odredba poput pravila o kojem je riječ u glavnom postupku nije u skladu sa zahtjevima te direktive. Naime, kako je Sud više puta naglasio, članak 27. stavak 2. drugi podstavak Direktive 2004/38 izričito predviđa da obrazloženja „koja se […] odnose na *opću prevenciju* nisu prihvatljiva”[13].

35. Prema mojem mišljenju, nacionalna odredba o kojoj je riječ u glavnom postupku mjera je opće prevencije. Naime, sama je njemačka vlada u svojim pisanim očitovanjima objasnila da članak 235. stavak 2. StGB-a *na preventivan način* doprinosi jamčenju načela prema kojem skrbnička prava načelno treba izvršavati u mjestu djetetova prvotnog uobičajenog boravišta[14]. U tom kontekstu, jasno je da je sporna nacionalna odredba akt opće primjene koji se primjenjuje na objektivno određene situacije i proizvodi učinke na načelno i apstraktno određene osobe, s ciljem da ih odvrati od ponašanja koja se smatraju protivnima interesu društva i, osobito, djece. Kao takva, ta je odredba mjera opće prevencije te stoga ne može biti obuhvaćena područjem primjene članka 27. Direktive 2004/38.

36. Međutim, naravno, ograničenje slobode kretanja može se opravdati ako se temelji na objektivnim razlozima te je proporcionalno legitimnom cilju nacionalnih odredbi[15]. Sada se okrećem tom pitanju.

11 SL, posebno izdanje na engleskom jeziku, serija I., 1963. - 1964., str. 117. Direktiva kako je posljednji put izmijenjena Direktivom Vijeća 75/35/EEZ od 17. prosinca 1974. (SL 1975., L 14, str. 14.). Moje isticanje

12 U tom pogledu, vidjeti Barnard, C., i Peers, S., *European Union Law*, drugo izdanje, Oxford University Press, 2017., str. 402. i 403.

13 Moje isticanje. Vidjeti u tom smislu presude od 10. srpnja 2008., Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, t. 24.); od 17. studenoga 2011., Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, t. 34.); i od 4. listopada 2012., Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, t. 41.).

14 Točka 76. pisanih očitovanja njemačke vlade. U skladu s tim prvim ciljem, njemačka vlada poziva se i na cilj da se osigura da otmica djeteta ne dovodi u pitanje nadležnost suda djetetova uobičajenog boravišta.

15 Vidjeti sudsku praksu navedenu u bilješci 9. ovog mišljenja.

3. Postojanje objektivnih razloga koji vjerojatno mogu opravdati ograničenje i proporcionalnost spornog nacionalnog pravila

37. Kako je prethodno navedeno, njemačka vlada tvrdi da je njezino zakonodavstvo motivirano željom da se zajamči da se skrbnička prava načelno izvršavaju u mjestu djetetova prvotnog uobičajenog boravišta. Osim toga, ta vlada navodi da njezino zakonodavstvo, šire gledano, nastoji zaštititi i prava roditeljske skrbi i prava djece [16]. Komisija dijeli to stajalište, objašnjavajući da je cilj sporne mjere spriječiti i u konačnici, ako je to potrebno, kazniti međunarodne otmice djece, što je legitiman cilj koji se stoga može opravdati s obzirom na javni poredak.

38. Budući da su ti ciljevi suštinski povezani s temeljnim pravima djeteta, smatram da ih se mora smatrati legitimnima iz perspektive prava Unije [17].

39. Naime, kako je Sud ranije utvrdio, jedno od tih temeljnih prava djeteta je pravo, kako je utvrđeno člankom 24. stavkom 3. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja), na održavanje redovitog osobnog odnosa i izravnog kontakta s obama roditeljima, pri čemu je poštovanje tog prava nedvojbeno u najboljem interesu djeteta. U tom pogledu, jasno je da nepropisno odvođenje djeteta, na temelju jednostrane odluke jednog od roditelja, često lišava dijete mogućnosti održavanja redovitog osobnog odnosa i izravnog kontakta s drugim roditeljem [18].

40. U skladu s tim zapažanjima također se može istaknuti da je i Haška konvencija iz 1980., kasnije dopunjena Uredbom br. 2201/2003, prije svega usvojena na temelju toga da su interesi djece od ključne važnosti u pitanjima koja se tiču njihove skrbi. Stoga je potrebno djecu zaštititi od štetnih učinaka nepropisnog prekograničnog odvođenja ili zadržavanja te uspostaviti postupke kako bi se osiguralo njihov žuran povratak u državu njihova uobičajenog boravišta, kao i zajamčiti zaštitu pravâ pristupa [19].

41. U tim okolnostima, nacionalno zakonodavstvo kojim se nastoji, među ostalim, spriječiti nepropisno odvođenje ili zadržavanje djece nedvojbeno ima legitiman cilj u smislu prava Unije.

42. Međutim, mjere ograničavanja temeljne slobode, poput onih navedenih u članku 21. UFEU-a, mogu se opravdati objektivnim razlozima samo ako su nužne za zaštitu interesa koje imaju za cilj osigurati i samo pod uvjetom da se ti ciljevi ne mogu postići manje ograničavajućim mjerama [20].

43. U tom kontekstu, iskreno sumnjam može li se mjeru poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku smatrati objektivno nužnom. Iako je ta mjera usvojena kako bi se osiguralo ostvarenje njezina navedenog cilja da se riješe slučajevi nepropisnog odvođenja ili zadržavanja, zapanjujuće je da slična radnja koja se dogodi unutar nacionalnog državnog područja nije kažnjiva na isti način. S druge strane, kako je prethodno navedeno, sâm zakonodavac Unije usvojio je i Uredbu br. 2201/2003 kako bi se spriječile otmice djece između država članica te kako bi se u slučaju otmice osigurao žuran povratak djeteta [21]. Osim toga, ta uredba, usvojena na temelju ideje da se prednost mora dati najboljem interesu djeteta [22], uspostavlja načelo uzajamnog priznavanja presuda donesenih u državama članicama. To načelo se pak samô temelji, kako proizlazi iz uvodne izjave 21. Uredbe br. 2201/2003, na načelu uzajamnog povjerenja između država članica [23].

16 Točke 75. i 76. pisanih očitovanja njemačke vlade

17 Neki ljudi čak tvrde, općenitije, da sve što ima bilo kakve veze sa zaštitom obitelji čini legitiman cilj (u tom pogledu, vidjeti Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2017., br. 258, str. 260.).

18 U tom pogledu, vidjeti presudu od 23. prosinca 2009., Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, t. 54. i 56.).

19 U tom pogledu, vidjeti presudu od 11. srpnja 2008., Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, t. 48., 51. i 53.).

20 Vidjeti u tom smislu presudu od 6. rujna 2016., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, t. 38.).

21 Vidjeti u tom smislu uvodnu izjavu 17. Uredbe br. 2201/2003. Također vidjeti presude od 11. srpnja 2008., Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, t. 52.), i od 23. prosinca 2009., Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, t. 49.).

22 Vidjeti u tom smislu presudu od 11. srpnja 2008., Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, t. 51.).

23 Vidjeti u tom smislu presudu od 23. prosinca 2009., Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, t. 45.).

44. Naravno, sada je već sasvim ustaljeno da je to načelo uzajamnog povjerenja između država članica od temeljne važnosti u pravu Unije, s obzirom na to da omogućuje stvaranje i održavanje prostora bez unutarnjih granica. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, to načelo svakoj od tih država nalaže, osobito u pogledu područja slobode, sigurnosti i pravde, da, osim u iznimnim okolnostima, smatraju da sve druge države članice poštuju pravo Unije, a posebno temeljna prava priznata pravom Unije [24]. Osim toga, kada je riječ o Uredbi br. 2201/2003, zasigurno valja podsjetiti na to da je sâm Sud naglasio da pravosudna suradnja i uzajamno povjerenje na kojima se ta uredba temelji dovode do uzajamnog priznavanja sudskih odluka, što je *temelj* za stvaranje istinskog pravosudnog područja [25].

45. Jasno je da će međunarodna narav slučajeva poput predmetnog vjerojatno češće dovesti do poteškoća povezanih s, među ostalim, jezičnom raznolikosti postupaka ili udaljenosti, ali i do specifične potrebe za potvrdom presude kojom se nalaže predaja djeteta u skladu s člankom 42. Uredbe br. 2201/2003. Iako te poteškoće ne treba umanjivati, načelo uzajamnog povjerenja ne može se isticanjem takvih praktičnih poteškoća dovesti u pitanje, a da se istodobno ne umanji koristan učinak instrumenata koji se temelje na tom načelu. Međutim, upravo bi se to dogodilo ako bi državi članici bilo dopušteno na taj način praviti razliku između otmica djece koje se dogode unutar te države članice, s jedne strane, i otmica djece koje uključuju drugu državu članicu, s druge strane.

46. U tim okolnostima, čini mi se da se nacionalni propis poput pravila o kojem je riječ u glavnom postupku ne čini nužnim za ostvarenje cilja koji se njime želi postići kada se nepropisno odvođenje ili zadržavanje odvija u drugoj državi članici, a ne u trećoj zemlji.

47. Stoga je dužnost suda pred kojim je spor pokrenut da odbije primjenu nacionalnog propisa koji se protivi pravu Unije, jer je jasno da odredbe članka 21. UFEU-a imaju izravan učinak [26] te se pojedinac stoga na njih može u tu svrhu pozvati u odnosu na državu članicu [27].

4. Podredno, analiza proporcionalnosti stricto sensu

48. Ako se Sud ne bude slagao s tom analizom te bude smatrao da je sporni nacionalni propis nužan za ostvarenje cilja mjere, svejedno će biti potrebno odrediti može li se taj cilj ostvariti manje ograničavajućim mjerama.

49. U pogledu tog pitanja smatram da bi se automatsko izricanje kazne zatvora ili novčane kazne za odvođenje djeteta u inozemstvo ili njegovo zadržavanje u inozemstvu bez obavještavanja nositelja(â) roditeljske skrbi protivilo načelu proporcionalnosti.

50. Naime, kako je navedeno u članku 49. stavku 3. Povelje, strogost kazne ne smije biti nerazmjerna kaznenom djelu. Kako je nezavisni odvjetnik M. Bobek objasnio u predmetu Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), proporcionalnost kaznenih sankcija ima dvije razine. Kao prvo, izrečena sankcija mora biti proporcionalna težini povrede. Kao drugo, prilikom određivanja sankcije u obzir treba uzeti pojedinačne okolnosti svakog slučaja [28]. To je razlog zbog kojeg djelotvorna provedba kontrole proporcionalnosti pretpostavlja provedbu ocjene *in concreto*, imajući u vidu posebne okolnosti svakog pojedinog slučaja [29].

24 Vidjeti u tom smislu mišljenje 2/13 (Pristupanje Europske unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 191.); presude od 25. srpnja 2018., Minister for Justice and Equality (Nedostaci u pravosudnom sustavu) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, t. 36.); i od 19. ožujka 2019., Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, t. 81.).

25 Vidjeti u tom smislu presudu od 16. siječnja 2019., Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, t. 41.).

26 U pogledu izravnog učinka slobode kretanja, vidjeti presude od 4. prosinca 1974., Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, t. 7.) i od 17. rujna 2002., Baumbast i R (C-413/99, EU:C:2002:493, t. 84. i 86.).

27 Vidjeti u tom smislu presudu od 24. lipnja 2019., Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, t. 61.).

28 Točka 42.

29 Vidjeti u tom smislu, u kontekstu europskog uhidbenog naloga, mišljenje nezavisnog odvjetnika Y. Bota u predmetu Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, t. 93.).

51. Da bi se poštovalo to načelo, relevantni nacionalni propis stoga mora omogućavati pojedinačno ispitivanje situacije u kojoj su sporne činjenice nastale [30].

52. Njemačka vlada u svojim odgovorima na pitanja Suda navodi da izricanje kazne zatvora ili novčane kazne nije automatsko te da se u kontekstu određivanja sankcije u obzir mogu uzeti posebna obilježja svakog slučaja. Unatoč tomu što se u zahtjevu za prethodnu odluku u tom pogledu ništa ne spominje, na nacionalnom je sudu da utvrdi je li primjena članka 235. StGB-a u skladu s načelom proporcionalnosti time što ta odredba nacionalnom sudu dopušta da u obzir uzme posebna i pojedinačna obilježja svakog pojedinog predmeta prije nego što se kaznena sankcija – bilo kazna zatvora ili novčana kazna – doista izrekne [31].

53. Nacionalni sud će u tu svrhu moći uzeti u obzir razne čimbenike, poput osobnog ponašanja roditelja kojeg se progoni, stanja odnosa između dvaju roditelja, pitanja jesu li mehanizmi predviđeni Uredbom br. 2201/2003 primijenjeni i ishoda te primjene kao i, po potrebi, mišljenja samog djeteta, s obzirom na to da članak 24. stavak 1. Povelje predviđa da se mišljenja dotične djece moraju uzeti u obzir u pitanjima koja se na njih odnose, u skladu s njihovom dobi i zrelosti.

54. Ako nacionalno pravo ne omogućuje takvo pojedinačno ispitivanje, obveza je suda pred kojim je spor pokrenut da posljedično odbije primjenu nacionalnog propisa koji se protivi pravu Unije.

VI. Zaključak

55. Stoga, s obzirom na navedeno, predlažem da Sud na sljedeći način odgovori na pitanja koja je uputio Amtsgericht Heilbronn (Općinski sud u Heilbronnu, Njemačka):

1. Države članice ovlasti u kaznenim pitanjima moraju izvršavati u skladu ne samo s temeljnim slobodama zajamčenima pravom Unije, nego i u skladu s pravom Unije kao cjelinom, osobito primarnim pravom Unije. Posljedično, članke 18. i 21. UFEU-a treba tumačiti na način da nacionalne kaznene odredbe ne smiju diskriminirati osobe kojima pravo Unije daje pravo na jednako postupanje niti ograničavati temeljne slobode zajamčene pravom Unije.

2. Članke 18. i 21. UFEU-a treba tumačiti na način da im se protivi propis države članice, poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku, koji nepropisno odvođenje ili zadržavanje djeteta sankcionira različito, ovisno o tome je li situacija nastala na nacionalnom državnom području ili na državnom području druge države članice Europske unije, koja se za te potrebe smatra trećom zemljom.

   Podredno, članke 18. i 21. UFEU-a, u vezi s člankom 24. i člankom 49. stavkom 3. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, treba tumačiti na način da im se ne protivi propis države članice, poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku, koji nepropisno odvođenje ili zadržavanje djeteta sankcionira različito, ovisno o tome je li situacija nastala na nacionalnom državnom području ili na državnom području druge države članice Europske unije, pod uvjetom da nacionalnim sudovima omogućuje pojedinačno ispitivanje situacije u kojoj su sporne činjenice nastale.

   Sudovi u okviru tog ispitivanja u obzir mogu osobito uzeti osobno ponašanje roditelja kojeg se progoni i stanje odnosa između dvaju roditelja, jesu li mehanizmi predviđeni Uredbom Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka

30 Vidjeti u tom smislu presudu od 12. ožujka 2019., Tjebbes i dr. (C-221/17, EU:C:2019:189, t. 41.).

31 Vidjeti u tom smislu presude od 10. srpnja 2008., Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, t. 28.), i od 12. ožujka 2019., Tjebbes i dr. (C-221/17, EU:C:2019:189, t. 40.).

u bračnim sporovima i u stvarima povezanima s roditeljskom odgovornošću te o stavljanju izvan snage Uredbe (EZ) br. 1347/2000 primijenjeni i ishod te primjene kao i, po potrebi, mišljenje samog djeteta.