Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
GERARD HOGAN
4 päivänä kesäkuuta 2020 [1]

Asia C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
vastaan
ZW

(Ennakkoratkaisupyyntö – Amtsgericht Heilbronn (alioikeus, Heilbronn, Saksa)

Ennakkoratkaisupyyntö – SEUT 18 artikla – SEUT 21 artikla – Unionin kansalaisuus – Unionin kansalaisten oikeus vapaasti liikkua ja oleskella jäsenvaltioiden alueella – Direktiivi 2004/38/EY – 27 artikla – Lapsikaappaus-rikos – Laillisen huoltajan huoltajuudessa oleva lapsi – Vanhempi, jolta on evätty osittain huoltajuus ja joka vie lapsen ulkomaille ilman laillisen huoltajan etukäteissuostumusta

I Johdanto

1. Käsiteltävä ennakkoratkaisupyyntö koskee SEUT 18 ja SEUT 21 artiklan sekä Euroopan unionin kansalaisten ja heidän perheenjäsentensä oikeudesta liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella, asetuksen (ETY) N:o 1612/68 muuttamisesta ja direktiivien 64/221/ETY, 68/360/ETY, 72/194/ETY, 73/148/ETY, 75/34/ETY, 75/35/ETY, 90/364/ETY, 90/365/ETY ja 93/96/ETY kumoamisesta 29.4.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/38/EY [2] tulkintaa.

2. Tämä ennakkoratkaisupyyntö esitettiin menettelyssä, jossa vastaajana olevaa ZW:tä syytetään rikoskumppanina alaikäisen lapsen – hänen poikansa – kaappaamisesta, joka on rikos.

3. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät kysymykset koskevat jälleen kerran unionin kansalaisten vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuden laajuutta. Unionin tuomioistuimen vastauksella myös selvennetään – lapsikaappauksen erityisessä asiayhteydessä – direktiivin 2004/38 27 artiklan, jonka nojalla jäsenvaltiot voivat rajoittaa vapaata liikkuvuutta yleiseen järjestykseen liittyvistä syistä, soveltamisalaa.

1 Alkuperäinen kieli: englanti.

2 EUVL 2004, L 158, s. 77.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Kansainvälinen oikeus

4. Haagissa 25.10.1980 tehdyn kansainvälisestä lapsikaappauksesta tehdyn yksityisoikeuden alaa koskevan yleissopimuksen (jäljempänä vuoden 1980 Haagin yleissopimus) 12 artiklassa määrätään seuraavaa:

”Jos lapsi on 3 artiklassa tarkoitetulla tavalla luvattomasti viety pois tai jätetty palauttamatta ja lapsen palauttamista koskeva menettely on pantu vireille sen sopimusvaltion oikeus- tai hallintoviranomaisessa, missä lapsi on, vuoden kuluessa luvattomasta poisviemisestä tai palauttamatta jättämisestä lukien, asianomaisen viranomaisen on määrättävä lapsi välittömästi palautettavaksi.

_ _”

B Unionin oikeus

1. Direktiivi 2004/38

5. Direktiivin 2004/38 27 artikla on VI luvun, jonka otsikko on ”Maahantulo- ja oleskeluoikeuden rajoittaminen yleiseen järjestykseen tai yleiseen turvallisuuteen taikka kansanterveyteen liittyvistä syistä”, ensimmäinen säännös. Kyseisessä säännöksessä säädetään seuraavaa:

”1. Jollei tämän luvun säännöksistä muuta johdu, jäsenvaltiot voivat rajoittaa unionin kansalaisen tai hänen perheenjäsentensä, näiden kansalaisuudesta riippumatta, vapaata liikkuvuutta ja oleskelua yleiseen järjestykseen tai yleiseen turvallisuuteen taikka kansanterveyteen liittyvistä syistä. Näihin perusteisiin ei saa vedota taloudellisista syistä.

2. Yleisen järjestyksen tai yleisen turvallisuuden vuoksi toteutettujen toimenpiteiden on oltava suhteellisuusperiaatteen mukaisia, ja niiden on perustuttava yksinomaan asianomaisen henkilön omaan käyttäytymiseen. Aiemmat rikostuomiot eivät yksin saa olla perusteena tällaisten toimenpiteiden toteuttamiselle.

Asianomaisen yksilön käyttäytymisen on muodostettava todellinen, välitön ja riittävän vakava uhka, joka vaikuttaa johonkin yhteiskunnan olennaiseen etuun. Perustelut, jotka eivät liity yksittäiseen tapaukseen tai jotka johtuvat yleistävistä näkökohdista, eivät ole hyväksyttäviä.

_ _”

2. Asetus (EY) N:o 2201/2003

6. Tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta 27.11.2003 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 2201/2003[3] johdanto-osan 17 ja 21 perustelukappaleen sanamuoto on seuraava:

”(17) Lapsen luvatonta poisviemistä tai palauttamatta jättämistä koskevissa tapauksissa lapsi olisi palautettava viipymättä, ja tähän tarkoitukseen olisi edelleen sovellettava [vuoden 1980 Haagin yleissopimusta] sellaisena kuin sitä täydentävät tämän asetuksen ja erityisesti 11 artiklan

3 EUVL 2003, L 338, s. 1.

säännökset. Sen jäsenvaltion tuomioistuinten, johon lapsi on luvattomasti viety tai josta hänet on luvattomasti jätetty palauttamatta, olisi tietyissä asianmukaisesti perustelluissa tapauksissa voitava vastustaa hänen palauttamistaan. Tällainen tuomio olisi kuitenkin voitava korvata myöhemmin sen jäsenvaltion tuomioistuimen tuomiolla, jossa lapsen asuinpaikka oli ennen luvatonta poisviemistä tai palauttamatta jättämistä. Jos kyseisessä tuomiossa edellytetään lapsen palauttamista, lapsi olisi palautettava vaatimatta minkään erityisen menettelyn noudattamista tuomion tunnustamiseksi ja täytäntöönpanemiseksi jäsenvaltiossa, jossa lapsi on.

– –

(21) Jäsenvaltioiden tuomioistuinten antamien tuomioiden tunnustamisen ja täytäntöönpanon olisi perustuttava keskinäisen luottamuksen periaatteeseen, ja tunnustamatta jättämisen perusteet olisi rajoitettava ainoastaan välttämättömimpiin.”

7. Asetuksen N:o 2201/2003 42 artikla kuuluu 4 jaksoon, jonka otsikko on ”Lapsen tapaamisoikeutta koskevien tiettyjen tuomioiden ja lapsen palauttamista edellyttävien tiettyjen tuomioiden täytäntöönpanokelpoisuus”. Kyseisessä artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Edellä 40 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettu lapsen palauttaminen, jota jäsenvaltiossa annettu täytäntöönpanokelpoinen tuomio edellyttää, on tunnustettava ja on pantavissa täytäntöön toisessa jäsenvaltiossa ilman, että on tarpeen julistaa se täytäntöönpanokelpoiseksi, ja ilman, että on mahdollista kiistää sen tunnustamista, jos tuomiosta on annettu todistus tuomion antaneessa jäsenvaltiossa 2 kohdan mukaisesti.

Vaikka kansallinen lainsäädäntö ei edellyttäisikään, että 11 artiklan 8 kohdassa tarkoitettu lapsen palauttamista edellyttävä tuomio on täytäntöönpanokelpoinen mahdollisesta muutoksenhausta riippumatta, tuomion antanut tuomioistuin voi julistaa kyseisen tuomion täytäntöönpanokelpoiseksi.

2. Edellä 40 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetun tuomion antaneen tuomarin on annettava 1 kohdassa tarkoitettu todistus ainoastaan, jos:

a) lapsella oli tilaisuus tulla kuulluksi, paitsi jos sitä pidettiin aiheettomana lapsen iän ja kehitystason huomioon ottaen;

b) osapuolilla oli tilaisuus tulla kuulluiksi; ja

c) tuomioistuin on tuomion antaessaan ottanut huomioon vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen 13 artiklan mukaisesti annetun päätöksen taustalla olevat perustelut ja todisteet.

Jos tuomioistuin tai muu viranomainen toteuttaa toimenpiteitä lapsen suojelemiseksi asuinpaikkajäsenvaltioon palauttamisen jälkeen, todistuksen on sisällettävä yksityiskohtaiset tiedot kyseisistä toimenpiteistä.

Tuomion antaneen tuomarin on annettava todistus omasta aloitteestaan liitteessä IV (lapsen palauttamista koskeva todistus) esitettyä vakiolomaketta käyttäen.

Todistus on täytettävä tuomion kielellä.”

C Saksan oikeus

8. Saksan rikoslain (Strafgesetzbuch, jäljempänä StGB) 25 §:ssä säädetään seuraavaa:

”(1) Tekijänä rangaistaan henkilöä, joka itse tai toisen välityksellä syyllistyy rikokseen.

(2) Jos useat henkilöt syyllistyvät rikokseen yhdessä, jokaista rangaistaan rikoksentekijänä (rikoskumppani).”

9. StGB:n 235 §:ssä säädetään seuraavaa:

”(1) Enintään viiden vuoden vankeusrangaistukseen tai sakkoihin tuomitaan henkilö, joka omavaltaisesti ottaa huostaan vanhemmilta, toiselta vanhemmalta, holhoojalta tai huoltajalta tai jättää palauttamatta heille

1. kahdeksaatoista vuotta nuoremman henkilön käyttämällä väkivaltaa, uhkailemalla tuntuvalla haitalla tai vilpillisellä menettelyllä tai

2. lapsen, jonka lähiomainen hän ei ole.

(2) Samaan rangaistukseen tuomitaan myös henkilö, joka

1. ottaa lapsen omavaltaisesti huostaan vanhemmilta, toiselta vanhemmalta, holhoojalta tai huoltajalta viedäkseen hänet ulkomaille tai

2. jättää lapsen palauttamatta vanhemmille, toiselle vanhemmalle, holhoojalle tai huoltajalle ulkomailta, kun lapsi on viety tai lapsi on siirtynyt sinne.

(3) Edellä 1 momentin 2 kohdassa ja 2 momentin 1 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa rikoksen yritys on rangaistava.

(4) Teosta on tuomittava vankeutta yhdestä vuodesta kymmeneen vuoteen, jos tekijä

1. aiheuttaa uhrille teollaan hengenvaaran tai vakavan terveyshaitan vaaran tai ruumiillisen ja psyykkisen kehityksen merkittävän vahingoittumisen vaaran

2. toimii korvausta vastaan tai pyrkii teollaan saamaan itselleen tai kolmannelle rahallista hyötyä.

(5) Jos tekijä aiheuttaa teollaan uhrin kuoleman, hänet on tuomittava vankeuteen vähintään kolmeksi vuodeksi.

(6) Edellä olevan 4 momentin mukaisissa lievemmissä tapauksissa vankeutta tuomitaan kuudesta kuukaudesta viiteen vuoteen ja 5 momentin mukaisissa lievemmissä tapauksissa yhdestä vuodesta kymmeneen vuoteen.

(7) Lapsen omavaltaisesta huostaanotosta nostetaan syyte 1–3 momentin mukaisissa tapauksissa vain pyynnöstä, paitsi jos lainvalvontaviranomaiset katsovat syytteeseenpanoon liittyvän erityisen yleisen edun vuoksi, että toimiin ryhtyminen viran puolesta on välttämätöntä.”

III Pääasian tosiseikat

10. Käsiteltävän asian perustana on rikosoikeudenkäynti, joka Saksassa aloitettiin ZW:tä, joka on Saksassa asuva Romanian kansalainen, vastaan hänen oman lapsensa, AW:n, kansainvälisestä kaappaamisesta.

11. AW, joka on Romanian kansalainen, on asunut äitinsä kanssa Saksassa vuodesta 2009 alkaen. AW:n vanhemmat asuvat erillään, ja hänen romanialainen isänsä asuu Romaniassa. Lapsen käyttäytymishäiriöiden vuoksi hänet sijoitettiin maaliskuussa 2013 vanhempien suostumuksella lastensuojelulaitokseen. Saksalaisen tuomarin vuonna 2014 tekemällä päätöksellä oikeus muun muassa päättää, missä lapsi asuu, evättiin vanhemmilta ja annettiin sen sijaan henkilölle, josta käytetään nimitystä ”Ergänzungspfleger” (täydentävä huoltaja, jäljempänä huoltaja) vanhempainvastuun osittaisen siirron, mistä käytetään nimitystä ”Ergänzungspflegschaft” (ns. täydentävä huoltajuus), yhteydessä.

12. AW:n, joka oli palannut asumaan äitinsä kanssa sen jälkeen, kun hänet oli tuloksetta yritetty sijoittaa useisiin eri lastensuojelulaitoksiin, isä vei hänet joulukuussa 2017 Romaniaan äidin suostumuksella. AW asuu nykyään Romaniassa. Koska vanhemmat eivät olleet ilmoittaneet asiasta huoltajalle, jolla on oikeus päättää lapsen asuinpaikasta, huoltaja teki vanhemmista rikosilmoituksen kansainvälisestä lapsikaappauksesta, johon molemmat olivat osallistuneet. AW:n äiti on vastaajana pääasian oikeudenkäynnissä.

13. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selittää, että StGB:n 235 §:n 2 momentin mukaan kansainvälisestä lapsikaappauksesta (ottamatta huomioon täydentävän huoltajan oikeutta päättää lapsen asuinpaikasta) voidaan määrätä rangaistukseksi enintään viisi vuotta vankeutta tai sakkoa riippumatta siitä, onko lapsi viety toiseen unionin jäsenvaltioon vai kolmanteen maahan. Toisaalta, jos kaappaus tapahtuu yhden valtion alueella, siitä voidaan StGB:n nojalla määrätä rangaistus vain, jos kyseinen henkilö ottaa lapsen omavaltaisesti huostaan tai jättää hänet palauttamatta käyttämällä väkivaltaa, uhkailemalla tuntuvalla haitalla tai vilpillisellä menettelyllä.

14. Tässä yhteydessä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensinnäkin, kuuluuko tämän kaltainen rikosoikeuden oikeussääntö unionin oikeuden soveltamisalaan ja, jos kuuluu, onko se yhteensopiva unionin oikeuden kanssa.

IV Ennakkoratkaisupyyntö ja menettely unionin tuomioistuimessa

15. Tässä tilanteessa Amtsgericht Heilbronn (alioikeus, Heilbronn, Saksa) päätti 11.6.2019 tekemällään päätöksellä, joka saapui unionin tuomioistuimeen 14.6.2019, lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko unionin primaarioikeudessa ja/tai johdetussa oikeudessa, tässä erityisesti [direktiivissä 2004/38], tarkoitettua unionin kansalaisten kattavaa oikeutta liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella tulkittava siten, että se koskee myös kansallisia rikosoikeudellisia säännöksiä?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi: onko unionin primaarioikeuden ja/tai johdetun oikeuden tulkinta esteenä sellaisen kansallisen rikosoikeudellisen säännöksen soveltamiselle, jonka mukaan ulkomailla olevan lapsen palauttamatta jättämisestä huoltajalleen on tuomittava rangaistus, kun säännöksessä ei tehdä eroa sen perusteella, onko kyse Euroopan unionin jäsenvaltiosta vai kolmannesta maasta?”

16. Kirjallisia huomautuksia esittivät Saksan hallitus ja Euroopan komissio. Covid-19-pandemian vuoksi suullinen käsittely, joka oli tarkoitus pitää 25.3.2020, peruutettiin. Sen sijaan 17.3.2020 tehdyllä päätöksellä asianosaisille ennen suullista käsittelyä lähetetyt kysymykset, joihin oli tarkoitus vastata suullisesti, muutettiin kysymyksiksi, joihin vastataan kirjallisesti. ZW, Saksan hallitus ja komissio noudattivat pyyntöä ja vastasivat näihin kysymyksiin unionin tuomioistuimen asettamassa määräajassa. Samoille osapuolille annettiin näin ollen tilaisuus ilmaista näkemyksensä kaikista ennakkoratkaisupyynnössä esille tulevista kysymyksistä.

V Asian tarkastelu

A Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamisen edellytykset

17. Kirjallisissa huomautuksissaan Saksan hallitus väittää, että kansallisen tuomioistuimen esittämät ennakkoratkaisukysymykset on jätettävä tutkimatta. Sen mukaan kysymyksillä ei ole todellista ja suoraa yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa ratkaistavana olevan riita-asian kohteeseen. Katson kuitenkin, että ennakkoratkaisupyyntö voidaan ottaa tutkittavaksi.

18. Tältä osin voidaan ensinnäkin huomauttaa, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 267 artiklalla luotu menettely on unionin tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten välisen yhteistyön väline, jonka avulla unionin tuomioistuin esittää kansallisille tuomioistuimille ne unionin oikeuden tulkintaan liittyvät seikat, joita ne tarvitsevat ratkaistakseen niiden käsiteltäviksi saatetut asiat. Tässä yhteistyössä yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi ja onko sen unionin tuomioistuimelle esittämillä kysymyksillä merkitystä asian kannalta. Jos esitetyt kysymykset koskevat unionin oikeuden tulkintaa, unionin tuomioistuimen on siten lähtökohtaisesti ratkaistava ne. Tämän johdosta olettamana on, että kansallisen tuomioistuimen sen säännöstön ja niiden tosiseikkojen perusteella, joiden määrittämisestä se vastaa ja joiden paikkansapitävyyden selvittäminen ei ole unionin tuomioistuimen tehtävä, esittämillä unionin oikeuden tulkintaan liittyvillä kysymyksillä on merkitystä asian ratkaisun kannalta. Unionin tuomioistuin voi jättää tutkimatta kansallisen tuomioistuimen esittämän pyynnön ainoastaan, jos on ilmeistä, että pyydetyllä unionin oikeuden tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, tai jos kyseinen ongelma on luonteeltaan hypoteettinen taikka jos unionin tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin. [4]

19. Käsiteltävässä asiassa on riidatonta, että ZW, joka on unionin jäsenvaltion, nimittäin Romanian, kansalainen ja joka muutti toiseen jäsenvaltioon eli Saksaan, käytti oikeuttaan liikkua vapaasti. Hänen tilanteensa kuuluu siten unionin oikeuden ja ainakin SEUT 18 ja SEUT 21 artiklan soveltamisalaan. [5]

20. Lisäksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on selittänyt täysimääräisesti, miksi se katsoo, että siinä vireillä olevan riita-asian ratkaisemiseksi on arvioitava, onko unionin oikeus esteenä sen kaltaisen rikosoikeudellisen oikeussäännön soveltamiselle, jonka perusteella asia on saatettu sen käsiteltäväksi.

21. Tässä tilanteessa katson, että ennakkoratkaisupyynnön on katsottava täyttävän tutkittavaksi ottamisen edellytykset.

B Ensimmäinen kysymys

22. Ensimmäisellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lähinnä, voivatko rikosoikeudelliset säännökset kuulua unionin oikeuden ja erityisesti direktiivin 2004/38 soveltamisalaan.

4 Ks. vastaavasti tuomio 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, 18–20 kohta) ja tuomio 23.1.2019, M.A. ym. (C-661/17, EU:C:2019:53, 48–50 kohta).

5 Ks. vastaavasti tuomio 13.11.2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, 27 kohta).

23. Tähän kysymykseen on vastattava myöntävästi. Vaikka rikoslainsäädäntö ja rikosprosessia koskevat säännöt kuuluvat lähtökohtaisesti pitkälti jäsenvaltioiden toimivaltaan, unionin tuomioistuin on johdonmukaisesti katsonut, että unionin oikeus rajoittaa jäsenvaltioiden toimivaltaa tällä alalla. Jäsenvaltioiden mainittua toimivaltaa käytettäessä on noudatettava unionin oikeudessa taattujen perusvapauksien lisäksi unionin oikeutta kokonaisuudessaan ja erityisesti unionin primäärioikeutta.[6] Tällaisilla rikosoikeudellisilla säännöksillä ei siten voida syrjiä henkilöitä, joille unionin oikeudessa annetaan oikeus yhdenvertaiseen kohteluun, tai rajoittaa unionin oikeudessa taattuja perusvapauksia.[7]

C Toinen kysymys

24. Toisella kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lähinnä, ovatko unionin oikeus ja tarkemmin ottaen SEUT 18 ja SEUT 21 artiklassa vahvistetut ja direktiivissä 2004/38 täsmennetyt syrjintäkiellon periaate ja vapaa liikkuvuus esteenä sellaisen kansallisen rikosoikeudellisen säännöksen soveltamiselle, jonka mukaan ulkomailla olevan lapsen luvattomasta palauttamatta jättämisestä huoltajalleen on tuomittava rangaistus, kun säännöksessä ei tehdä eroa sen perusteella, onko kyse Euroopan unionin jäsenvaltiosta vai kolmannesta maasta.

25. Alustavana seikkana on syytä selventää, että pääasian oikeudenkäynnissä käsiteltävän asian erityisolosuhteet – nimittäin se, että oikeutta päättää lapsen asuinpaikasta käyttää kolmas osapuoli ja että rikosoikeudenkäynti kohdistuu siten mahdollisesti molempia vanhempia vastaan – eivät vaikuta pyydettyyn unionin oikeuden tulkintaan. Kun tarkastellaan edellytyksiä rikosoikeudellisen säännöksen soveltamiselle, vastaajina olevien henkilöiden tilanteet ovat nimittäin täysin samat.

1. Onko kyseessä erilainen kohtelu ja/tai vapaan liikkuvuuden rajoittaminen?

26. Ensinnäkin on selvää, että kyseessä olevassa kansallisessa lainsäädännössä erotetaan kyseisen jäsenvaltion alueelle sijoittuva tilanne ja tilanne, jossa alaikäinen lapsi viedään toiseen maahan. Jälkimmäisessä tapauksessa pelkästään se seikka, että lapsi viedään omavaltaisesti ulkomaille molemmilta vanhemmilta, toiselta vanhemmalta, holhoojalta tai huoltajalta tai jätetään palauttamatta ulkomailta heille, riittää rikosoikeudellisen seuraamuksen määräämiseen.

27. Tässä tilanteessa vaikuttaa siltä, ettei pelkkä vanhempainvastuusta tehtävä päätös vaan pikemminkin rikosoikeudenkäynnin uhka on tosiasiallisesti omiaan tekemään unionin kansalaiselle vähemmän houkuttelevaksi lähteä vastaanottavasta jäsenvaltiosta, jossa hän asuu, ja luopua palaamisesta kotijäsenvaltioonsa lapsensa kanssa, kun kyseisellä henkilöllä ei ole oikeutta päättää lapsen asuinpaikasta. Tämä erilainen kohtelu sinänsä samoin kuin sen vaikutukset ovat omiaan vaikuttamaan kyseisten unionin kansalaisten SEUT 21 artiklassa tarkoitettuun vapaaseen liikkuvuuteen tai jopa rajoittamaan sitä.[8]

28. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tällainen rajoitus voi olla oikeutettu ainoastaan, jos se perustuu objektiivisiin syihin ja jos se on oikeassa suhteessa kyseessä olevalla säännöstöllä hyväksyttävästi tavoiteltuun päämäärään.[9] Täydellisyyden ja sen vuoksi, että komissio vetoaa tähän perusteeseen, aion kuitenkin ensin tutkia, voidaanko kyseessä oleva toimenpide oikeuttaa direktiivin 2004/38 27 artiklassa säädetyllä poikkeuksella, joka koskee yleiseen järjestykseen liittyviä syitä.

6 Ks. vastaavasti tuomio 26.2.2019, Rimšēvičs ja EKP v. Latvia (C-202/18 ja C-238/18, EU:C:2019:139, 57 kohta).

7 Ks. vastaavasti tuomio 2.2.1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, 19 kohta); tuomio 24.11.1998, Bickel ja Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, 17 kohta) ja tuomio 28.4.2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, 53 ja 54 kohta).

8 Ks. vastaavasti tuomio 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, 32 ja 33 kohta); tuomio 13.11.2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, 28 ja 30 kohta) ja tuomio 13.6.2019, TopFit ja Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, 44 ja 47 kohta).

9 Ks. vastaavasti tuomio 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, 34 kohta); tuomio 13.11.2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, 31 kohta) ja tuomio 13.6.2019, TopFit ja Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, 48 kohta).

2. Direktiivin 2004/38 27 artikla ja yleiseen järjestykseen perustuva poikkeus

29. Direktiivin 2004/38 27 artiklan mukaan jäsenvaltiot voivat rajoittaa unionin kansalaisen tai hänen perheenjäsentensä, näiden kansalaisuudesta riippumatta, vapaata liikkuvuutta ja oleskelua yleiseen järjestykseen tai yleiseen turvallisuuteen taikka kansanterveyteen liittyvistä syistä. Riippumatta siitä, voidaanko kyseessä olevan kansallisen oikeussäännön perustana olevaa lapsikaappauksen torjuntaa pitää yleiseen järjestykseen liittyvänä syynä, pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan kaltainen kansallinen oikeussääntö ei nähdäkseni kuulu direktiivin 2004/38 27 artiklan soveltamisalaan.

30. Sekä asiayhteyden mukainen että teleologinen tulkinta nimittäin vahvistavat, että direktiivin 2004/38 27 artiklan soveltamisalaan kuuluvat ainoastaan yhtäältä rajoitukset, jotka koskevat maahantulo-oikeutta suppeassa merkityksessä, ja toisaalta karkotustoimenpiteet.

31. Asiayhteyttä, nimittäin kyseisen säännöksen sääntely-yhteyttä, koskevasta tulkinnasta on todettava, että direktiivin 2004/38 27 artikla on kyseisen direktiivin VI luvun, jonka otsikko on ”*Maahantulo- ja oleskeluoikeuden rajoittaminen* yleiseen järjestykseen tai yleiseen turvallisuuteen taikka kansanterveyteen liittyvistä syistä”, ensimmäinen säännös.[10] Lisäksi 27 artikla itse on otsikoitu ”Yleiset periaatteet”, mikä tarkoittaa, että tällaisia periaatteita kehitetään sitä seuraavissa säännöksissä. Kaikki nämä VI luvun säännökset kuitenkin koskevat ainoastaan suojaa karkottamista vastaan (28 artikla – Suoja karkottamista vastaan; 32 artikla – Maahantulokiellon voimassaolo ja 33 artikla – Karkotus rangaistuksena tai oikeudellisena seuraamuksena), tauteja, jotka voivat estää maahantulon jäsenvaltion alueelle tai oikeuttaa karkottamisen (29 artikla) ja menettelyä koskevia takeita saman direktiivin 27 artiklan perusteella tehtyä päätöstä vastaan (30 artikla – Päätöksistä ilmoittaminen ja 31 artikla – Menettelyä koskevat takeet). Useimmat – elleivät kaikki – nämä menettelyä koskevat säännökset liittyvät nimenomaisesti ainoastaan karkotuspäätöksiin.

32. Teleologista tulkintaa koskevan kysymyksen osalta erityisen valaisevia ovat direktiivin 2004/38 johdanto-osan 22–27 perustelukappale. Johdanto-osan 22 perustelukappaleessa palautetaan ensin mieleen, että perustamissopimus antaa mahdollisuuden asettaa liikkumis- ja oleskeluvapaudelle rajoituksia yleisen järjestyksen, yleisen turvallisuuden taikka kansanterveyden perusteella, ja todetaan sen jälkeen, että ”jotta taataan niiden olosuhteiden ja menettelyä koskevien takeiden tiukempi määrittely, joiden mukaisesti unionin kansalaisilta ja heidän perheenjäseniltään *voidaan evätä lupa maahantuloon tai karkottaa heidät*, olisi ulkomaalaisten liikkumista ja oleskelua koskevien, yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen sekä kansanterveyteen perustuvien erityistoimenpiteiden yhteensovittamisesta 25 päivänä helmikuuta 1984 annettu neuvoston direktiivi 64/221/ETY[11] korvattava tällä direktiivillä”; direktiivi 64/221/ETY käsitteli tosiasiallisesti ainoastaan karkottamista. Toiseksi kaikissa muissa direktiivin 2004/38 VI lukuun liittyvissä johdanto-osan perustelukappaleissa viitataan ainoastaan karkottamiseen (johdanto-osan 23, 24 ja 27 perustelukappale) tai toiseen jäsenvaltioon tulemista koskevan oikeuden epäämiseen (johdanto-osan 25 ja 26 perustelukappale).

33. Näin ollen edellä esitetyn perusteella katson, että pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan kaltainen säännös, jossa ei kielletä unionin kansalaisen maahantuloa toiseen jäsenvaltioon tai määrätä hänen karkottamisestaan vaan josta pikemminkin ”yksinomaan” seuraa hänen vapaaseen liikkuvuuteensa kohdistuvia vaikutuksia tai rajoituksia, ei kuulu direktiivin 2004/38 27 artiklan soveltamisalaan. Toisin sanoen ainoastaan maahantulon epääminen tai karkottaminen (ja toimenpiteet, jotka ovat *suoraan syrjiviä*) voidaan oikeuttaa jollakin niistä kolmesta nimenomaisesta poikkeuksesta, joista säädetään perustamissopimuksessa ja jotka sitten ilmaistaan erityisesti direktiivin 2004/38 VI luvussa.[12]

10 Kursivointi tässä.

11 EYVL 1964, 56, s. 850. Direktiivi sellaisena kuin se on viimeksi muutettuna 17.12.1974 annetulla neuvoston direktiivillä 75/35/ETY (EYVL 1975, L 14, s. 14). Kursivointi tässä.

12 Ks. vastaavasti Barnard, C. ja Peers, S., *European Union Law*, 2. painos, Oxford University Press, 2017, s. 402 ja 403.

34. Joka tapauksessa, jos unionin tuomioistuin ei yhdy tähän direktiivin 2004/38 27 artiklan tulkintaan, sen olisi – näin ehdotan – todettava, että pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan oikeussäännön kaltainen lainsäädäntö ei ole mainitun direktiivin vaatimusten mukainen. Kuten unionin tuomioistuin on nimittäin johdonmukaisesti tähdentänyt, direktiivin 2004/38 27 artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa todetaan nimenomaisesti, että perusteluja, ”jotka johtuvat *yleisestävistä* näkökohdista, [ei] voida hyväksyä”. [13]

35. Pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä oleva kansallinen säännös on nähdäkseni yleisestävä toimenpide. Saksan hallitus selitti näet itse kirjallisissa huomautuksissaan, että StGB:n 235 §:n 2 momentilla edistetään *ennalta ehkäisevästi* sen periaatteen takaamista, jonka mukaan huoltoa koskevia oikeuksia olisi käytettävä pääsääntöisesti lapsen alkuperäisessä asuinpaikassa. [14] Tässä yhteydessä on selvää, että kyseinen kansallinen säännös on yleisesti sovellettava toimi, jota sovelletaan objektiivisesti määritettyihin tilanteisiin, jolla on oikeusvaikutuksia yleisesti ja abstraktisti tarkoitettuihin henkilöryhmiin nähden ja jonka tarkoituksena on estää heitä menettelemästä tavalla, jota pidetään yhteiskunnan ja erityisesti lapsen edun vastaisena. Kyseinen säännös on näin ollen yleisestävä toimenpide eikä siten voi kuulua direktiivin 2004/38 27 artiklan soveltamisalaan.

36. Vapaan liikkuvuuden rajoitus voi kuitenkin olla luonnollisestikin oikeutettu ainoastaan, jos se perustuu objektiivisiin syihin ja jos se on oikeassa suhteessa kyseessä olevalla säännöstöllä hyväksyttävästi tavoiteltuun päämäärään. [15] Tarkastelen seuraavaksi tätä kysymystä.

3. Sellaisten objektiivisten näkökohtien olemassaolo, joilla rajoitus voidaan todennäköisesti oikeuttaa, ja kyseisen kansallisen oikeussäännön oikeasuhteisuus

37. Kuten edellä todettiin, Saksan hallitus väittää, että sen lainsäädännön taustalla on halu taata, että huoltoa koskevia oikeuksia käytetään pääsääntöisesti lapsen alkuperäisessä asuinpaikassa. Kyseinen hallitus toteaa lisäksi, että lainsäädännöllä pyritään laajemmin suojelemaan sekä vanhempainvastuuta koskevia oikeuksia että lasten oikeuksia. [16] Komissio yhtyy tähän näkemykseen ja selittää, että kyseisen toimenpiteen tarkoituksena on estää kansainvälisiä lapsikaappauksia ja viime kädessä tarvittaessa rangaista niistä, tavoite, joka on hyväksyttävä ja siten oikeutettavissa yleiseen järjestykseen liittyvillä syillä.

38. Koska nämä tavoitteet liittyvät erottamattomasti lapsen perusoikeuksiin, katson, että niitä on pidettävä unionin oikeuden näkökulmasta hyväksyttyinä tavoitteina. [17]

39. Kuten unionin tuomioistuin on aiemmin todennut, yksi näistä lapsen perusoikeuksista on Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 24 artiklan 3 kohdassa ilmaistu lapsen oikeus ylläpitää henkilökohtaisia suhteita ja suoria yhteyksiä kumpaankin vanhempaansa säännöllisesti, ja tämän oikeuden kunnioittaminen kietoutuu kiistatta yhteen lapsen edun kanssa. Tältä osin on selvää, että lapsen yhden vanhemman yksin tekemään päätökseen perustuva luvaton poisvieminen riistää useimmiten lapselta mahdollisuuden ylläpitää henkilökohtaisia suhteita ja suoria yhteyksiä toiseen vanhempaansa säännöllisesti. [18]

13 Kursivointi tässä. Ks. vastaavasti tuomio 10.7.2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, 24 kohta); tuomio 17.11.2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, 34 kohta) ja tuomio 4.10.2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, 41 kohta).

14 Saksan hallituksen kirjallisten huomautusten 76 kohta. Tämän ensimmäisen tavoitteen mukaisesti Saksan hallitus vetoaa myös tavoitteeseen varmistaa, että lapsikaappaus ei vaikuta lapsen asuinpaikan tuomioistuimen toimivaltaan.

15 Ks. edellä alaviitteessä 9 mainittu oikeuskäytäntö.

16 Saksan hallituksen kirjallisten huomautusten 75 ja 76 kohta.

17 Jotkut jopa väittävät yleisemmin, että mikä tahansa, mikä liittyy perheen suojeluun, muodostaa hyväksytyn tavoitteen (ks. vastaavasti Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bryssel, 2017, nro 258, s. 260).

18 Ks. vastaavasti tuomio 23.12.2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, 54 ja 56 kohta).

40. Näiden huomautusten mukaisesti voidaan myös todeta, että vuoden 1980 Haagin yleissopimus, jota myöhemmin täydennettiin asetuksella N:o 2201/2003, tehtiin erityisesti siitä syystä, että katsottiin, että lapsen etu on ensisijaisen tärkeä kaikissa lapsen huoltajuutta koskevissa kysymyksissä. Lasta onkin suojattava kansainvälisellä tasolla kaikilta lapsen luvattomasta poisviemisestä tai palauttamatta jättämisestä aiheutuvilta vahingollisilta vaikutuksilta, ja on otettava käyttöön menettelyt sen takaamiseksi, että lapsi palautetaan välittömästi asuinpaikkansa valtioon, sekä varmistettava tapaamisoikeuden suoja. [19]

41. Tässä tilanteessa kansallisella lainsäädännöllä, jolla pyritään muun muassa estämään lapsen luvatonta poisviemistä tai palauttamatta jättämistä, on kiistatta unionin oikeuden mukainen hyväksytty tavoite.

42. SEUT 21 artiklassa vahvistetun kaltaista perusvapautta rajoittavat toimenpiteet voidaan kuitenkin perustella objektiivisilla syillä ainoastaan silloin, kun kyseiset toimenpiteet ovat tarpeen niiden etujen suojaamiseksi, jotka kyseisillä toimenpiteillä pyritään turvaamaan, ja ainoastaan siltä osin kuin näitä tavoitteita ei voida saavuttaa vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä. [20]

43. Tässä yhteydessä epäilen suoraan sanoen, voidaanko pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan lainsäädännön kaltaisen toimenpiteen sanoa olevan objektiivisesti tarpeen. Vaikka kyseisen toimenpiteen toteuttamisen tarkoituksena oli turvata sen julkituotu tavoite käsitellä tapauksia, joihin liittyy lapsen luvatonta poisviemistä tai palauttamatta jättämistä, on huomiota herättävää, että samankaltaista menettelyä, joka rajoittuu kyseisen jäsenvaltion alueelle, ei ole säädetty rangaistavaksi samalla tavalla. Toisaalta, kuten edellä mainittiin, unionin lainsäätäjä antoi itse asetuksen N:o 2201/2003 estääkseen lapsikaappauksia jäsenvaltiosta toiseen ja kaappaustapauksissa sen varmistamiseksi, että lapsi palautetaan viipymättä. [21] Lisäksi kyseisen asetuksen taustalla on näkemys, jonka mukaan lapsen etu on ensisijainen, [22] ja siinä otetaan käyttöön jäsenvaltioiden tuomioistuinten antamien tuomioiden vastavuoroisen tunnustamisen periaate. Tämä periaate itsessään perustuu jäsenvaltioiden keskinäisen luottamuksen periaatteeseen, kuten asetuksen N:o 2201/2003 johdanto-osan 21 perustelukappaleesta ilmenee. [23]

44. Nykyisin on tietysti selvää, että jäsenvaltioiden välisen keskinäisen luottamuksen periaatteella on unionin oikeudessa perustavanlaatuinen merkitys, koska sen avulla voidaan luoda ja pitää yllä alue, jolla ei ole sisäisiä rajoja. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan keskinäisen luottamuksen periaate edellyttää etenkin vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueen osalta sitä, että kukin jäsenvaltio katsoo – jollei kyse ole poikkeuksellisista olosuhteista –, että kaikki muut jäsenvaltiot noudattavat unionin oikeutta ja aivan erityisesti unionin oikeudessa tunnustettuja perusoikeuksia. [24] Lisäksi asetuksesta N:o 2201/2003 on varmasti paikallaan muistuttaa, että unionin tuomioistuin on itse korostanut, että tuomioistuinten yhteistyö ja keskinäinen luottamus, joihin asetus perustuu, johtavat tuomioistuinratkaisujen vastavuoroiseen tunnustamiseen, mikä muodostaa oikeudellisen yhteistyön *kulmakiven*. [25]

19 Ks. vastaavasti tuomio 11.7.2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, 48, 51 ja 53 kohta).

20 Ks. vastaavasti tuomio 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, 38 kohta).

21 Ks. vastaavasti asetuksen N:o 2201/2003 johdanto-osan 17 perustelukappale. Ks. myös tuomio 11.7.2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, 52 kohta) ja tuomio 23.12.2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, 49 kohta).

22 Ks. vastaavasti tuomio 11.7.2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, 51 kohta).

23 Ks. vastaavasti tuomio 23.12.2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, 45 kohta).

24 Ks. vastaavasti lausunto 2/13 (Euroopan unionin liittyminen ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn yleissopimukseen) 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, 191 kohta); tuomio 25.7.2018, Minister for Justice and Equality (Oikeusjärjestelmän puutteet) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, 36 kohta) ja tuomio 19.3.2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, 81 kohta).

25 Ks. vastaavasti tuomio 16.1.2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, 41 kohta).

45. On selvää, että pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan kaltaisten tapausten kansainvälinen luonne aiheuttaa todennäköisesti tavallista useammin hankaluuksia, jotka liittyvät muun muassa menettelyn kielelliseen monimuotoisuuteen tai etäisyyksiin mutta myös erityiseen tarpeeseen saada todistus lapsen palauttamista koskevasta tuomiosta asetuksen N:o 2201/2003 42 artiklan nojalla. Vaikka näitä hankaluuksia ei pitäisikään vähätellä, keskinäisen luottamuksen periaatetta ei voida vaarantaa vetoamalla tämän kaltaisiin käytännön hankaluuksiin, ilman että samalla vaarannetaan myös tähän periaatteeseen perustuvien välineiden tehokas vaikutus. Juuri näin kuitenkin tapahtuisi, jos jäsenvaltion sallittaisiin eriyttää tällä tavalla yhtäältä lapsikaappaukset, jotka tapahtuvat kyseisen jäsenvaltion sisällä, ja toisaalta lapsikaappaukset, joihin liittyy toinen jäsenvaltio.

46. Tässä tilanteessa vaikuttaa siltä, että pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan oikeussäännön kaltainen kansallinen lainsäädäntö ei ole tarpeen sillä tavoiteltavan päämäärän saavuttamiseksi, jos lapsen luvaton poisvieminen tai palauttamatta jättäminen tapahtuu toisessa jäsenvaltiossa eikä kolmannessa maassa.

47. Tuomioistuimen, jonka käsiteltäväksi asia on saatettu, velvollisuus on näin ollen jättää soveltamatta kansallista lainsäädäntöä, joka on ristiriidassa unionin oikeuden kanssa, koska on selvää, että SEUT 21 artiklan määräyksillä on välitön oikeusvaikutus [26] ja yksityinen voi siten vedota niihin tässä tarkoituksessa jäsenvaltiota vastaan. [27]

4. Toissijaisesti oikeasuhteisuutta suppeassa merkityksessä koskeva arviointi

48. Siltä varalta, että unionin tuomioistuin ei yhdy tähän arviointiin ja katsoo, että kyseessä oleva kansallinen lainsäädäntö on tarpeen toimenpiteellä tavoitellun päämäärän saavuttamiseksi, olisi vielä varmistuttava siitä, eikö kyseistä tavoitetta voida saavuttaa vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä.

49. Tästä kysymyksestä katson, että vankeus- tai sakkorangaistuksen automaattinen määrääminen silloin, kun lapsi viedään ulkomaille ilmoittamatta siitä vanhempainvastuussa olevalle henkilölle (henkilöille) tai lasta ei palauteta ulkomailta, olisi suhteellisuusperiaatteen vastaista.

50. Kuten perusoikeuskirjan 49 artiklan 3 kohdassa määrätään, rangaistus ei nimittäin saa olla epäsuhteessa rikoksen vakavuuteen. Kuten julkisasiamies Bobek selitti ratkaisuehdotuksessaan Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), rikosoikeudellisten seuraamusten oikeasuhteisuuteen liittyy kaksi tasoa: Määrätyn rangaistuksen on ensinnäkin oltava oikeassa suhteessa rikkomisen vakavuuteen. Rangaistusta määritettäessä on toiseksi otettava huomioon kunkin tapauksen yksilölliset olosuhteet. [28] Tästä syystä oikeasuhteisuuden tosiasiallinen arviointi edellyttää *konkreettista* arviointia kunkin tapauksen erityisolosuhteiden mukaan. [29]

51. Jotta tätä periaatetta noudatetaan, asian kannalta merkityksellisen kansallisen lainsäädännön on näin ollen mahdollistettava sen tilanteen tapauskohtainen tutkinta, jossa kyseessä olevat tosiseikat ovat tapahtuneet. [30]

26 Vapaan liikkuvuuden välittömästä oikeusvaikutuksesta ks. tuomio 4.12.1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, 7 kohta) ja tuomio 17.9.2002, Baumbast ja R (C-413/99, EU:C:2002:493, 84 ja 86 kohta).

27 Ks. vastaavasti tuomio 24.6.2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, 61 kohta).

28 42 kohta.

29 Ks. vastaavasti eurooppalaisen pidätysmääräyksen yhteydessä julkisasiamies Botin ratkaisuehdotus Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, 93 kohta).

30 Ks. vastaavasti tuomio 12.3.2019, Tjebbes ym. (C-221/17, EU:C:2019:189, 41 kohta).

52. Unionin tuomioistuimen kysymyksiin antamissaan vastauksissa Saksan hallitus toteaa, että vankeus- tai sakkorangaistusta ei määrätä automaattisesti ja että kunkin tapauksen erityispiirteet voidaan ottaa huomioon rangaistusta määrättäessä. Ennakkoratkaisupyyntöön ei sisälly viitteitä tältä osin, joten kansallisen tuomioistuimen on kuitenkin määritettävä, onko StGB:n 235 §:n soveltaminen suhteellisuusperiaatteen mukaista siten, että kansallinen tuomioistuin voi ottaa huomioon kunkin tapauksen erityiset ja yksilölliset piirteet ennen rikosoikeudellisen seuraamuksen – onpa se sitten vankeus- tai sakkorangaistus – tosiasiallista määräämistä. [31]

53. Tätä varten kansallinen tuomioistuin voi ottaa huomioon erilaisia tekijöitä, kuten vastaajana olevan vanhemman henkilökohtaisen menettelyn, vanhempien välisten suhteiden välisen tilan, sen, onko asetuksessa N:o 2201/2003 säädettyjä mekanismeja käytetty vai ei ja niiden mahdollisen käyttämisen tuloksen, ja tarvittaessa lapsen oman näkökulman, koska perusoikeuskirjan 24 artiklan 1 kohdan mukaan lapsen mielipide on hänen ikänsä ja kehitystasonsa mukaisesti otettava huomioon häntä koskevissa asioissa.

54. Jos kansallinen lainsäädäntö ei mahdollista tällaista tapauskohtaista tutkimista, tuomioistuimen, jonka käsiteltäväksi asia on saatettu, velvollisuus olisi näin ollen jättää soveltamatta unionin oikeuden kanssa ristiriidassa olevaa kansallista lainsäädäntöä.

VI Ratkaisuehdotus

55. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Amtsgericht Heilbronnin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Jäsenvaltioiden toimivaltaa rikosasioissa käytettäessä on noudatettava unionin oikeudessa taattujen perusvapauksien lisäksi unionin oikeutta kokonaisuudessaan ja erityisesti unionin primäärioikeutta. SEUT 18 ja SEUT 21 artiklaa on näin ollen tulkittava siten, että kansallisilla rikosoikeudellisilla säännöksillä ei siten voida syrjiä henkilöitä, joille unionin oikeudessa annetaan oikeus yhdenvertaiseen kohteluun, tai rajoittaa unionin oikeudessa taattuja perusvapauksia.

2) SEUT 18 ja SEUT 21 artiklaa on tulkittava siten, että ne ovat esteenä pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan kaltaiselle jäsenvaltion lainsäädännölle, jossa lapsen luvattomasta poisviemisestä tai palauttamatta jättämisestä määrätään erilainen rangaistus sen mukaan, koskeeko tilanne kotimaan aluetta vai toisen Euroopan unionin jäsenvaltion, jota pidetään tässä tarkoituksessa kolmantena maana, aluetta.

   Vaihtoehtoisesti, SEUT 18 ja SEUT 21 artiklaa, luettuna Euroopan unionin perusoikeuskirjan 24 artiklan ja 49 artiklan 3 kohdan valossa, on tulkittava siten, että ne eivät ole esteenä pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan kaltaiselle jäsenvaltion lainsäädännölle, jossa lapsen luvattomasta poisviemisestä tai palauttamatta jättämisestä määrätään erilainen rangaistus sen mukaan, koskeeko tilanne kotimaan aluetta vai toisen Euroopan unionin jäsenvaltion aluetta, siltä osin kuin kansalliset tuomioistuimet voivat tutkia tapauskohtaisesti tilannetta, jossa kyseessä olevat tosiseikat ovat tapahtuneet.

   Tämän tutkinnan yhteydessä tuomioistuimet voivat ottaa erityisesti huomioon vastaajana olevan vanhemman henkilökohtaisen menettelyn ja vanhempien välisten suhteiden tilan, sen, onko tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta 27.11.2003 annetussa neuvoston asetuksessa (EY) N:o 2201/2003 säädettyjä mekanismeja käytetty vai ei, ja tarvittaessa lapsen oman näkökulman.

31 Ks. vastaavasti tuomio 10.7.2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, 28 kohta) ja tuomio 12.3.2019, Tjebbes ym. (C-221/17, EU:C:2019:189, 40 kohta).