Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
GERARD HOGAN
presentate il 4 giugno 2020 [1]

Causa C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
contro
ZW

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Amtsgericht Heilbronn (Tribunale circoscrizionale di Heilbronn, Germania)]

«Domanda di pronuncia pregiudiziale – Articolo 18 TFUE – Articolo 21 TFUE – Cittadinanza dell'Unione – Diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri – Direttiva 2004/38/CE – Articolo 27 – Reato di sottrazione di minore – Minore affidato ad un rappresentante legale – Genitore privato di parte della sua responsabilità genitoriale che trasferisce il figlio minore all'estero senza il preventivo consenso del rappresentante legale»

I. Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 18 e 21 TFUE e della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE [2].

2. Detta domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale a carico di ZW per il reato di sottrazione congiunta di un minore, ossia suo figlio.

3. Le questioni poste dal giudice del rinvio riguardano ancora una volta la portata del diritto alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione. La risposta fornita dalla Corte servirà altresì a chiarire, nello specifico contesto della sottrazione di minori, l'ambito di applicazione dell'articolo 27 della direttiva 2004/38, che consente agli Stati membri di limitare la libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico.

1 Lingua originale: l'inglese.

2 GU 2004, L 158, pag. 77, e rettifiche GU 2004, L 229, pag. 35 e GU 2014, L 305, pag. 116.

II. Contesto normativo

A. Diritto internazionale

4. L'articolo 12 della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, conclusa all'Aia il 25 ottobre 1980 (in prosieguo: la «Convenzione dell'Aia del 1980»), prevede quanto segue:

«Qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore fino alla presentazione dell'istanza presso l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato.

(…)».

B. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2004/38

5. L'articolo 27 della direttiva 2004/38 è la prima disposizione del capo VI, intitolato «Limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica». Tale disposizione è così formulata:

«1. Fatte salve le disposizioni del presente capo, gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione e di soggiorno di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. Tali motivi non possono essere invocati per fini economici.

2. I provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità e sono adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati. La sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti.

Il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione.

(…)».

2. Regolamento (CE) n. 2201/2003

6. I considerando 17 e 21 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000[3], così recitano:

«(17) In caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenerne immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la [Convenzione dell'Aia del 1980], quale integrata dalle disposizioni del presente regolamento, in particolare l'articolo 11. I giudici dello Stato membro il cui minore è stato trasferito o trattenuto

3 GU 2003, L 338, pag. 1.

illecitamente dovrebbero avere la possibilità di opporsi al suo rientro in casi precisi, debitamente motivati. Tuttavia, una simile decisione dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro. Se la decisione implica il rientro del minore, esso dovrebbe avvenire senza che sia necessario ricorrere a procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione nello Stato membro in cui il minore è trattenuto.

(…)

(21) Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dovrebbero fondarsi sul principio della fiducia reciproca e i motivi di non riconoscimento dovrebbero essere limitati al minimo indispensabile».

7. L'articolo 42 del regolamento n. 2201/2003 rientra nell'ambito della sezione 4, intitolata «Esecuzione di talune decisioni in materia di diritto di visita e di talune decisioni che prescrivono il ritorno del minore». Ai sensi di detto articolo:

«1. Il ritorno del minore di cui all'articolo 40, paragrafo 1, lettera b), ordinato con una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine conformemente al paragrafo 2.

Anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto, nonostante eventuali impugnazioni, di una decisione che prescrive il ritorno del minore di cui all'articolo 11, paragrafo 8, l'autorità giurisdizionale può dichiarare che la decisione in questione è esecutiva.

2. Il giudice di origine che ha emanato la decisione di cui all'articolo 40, paragrafo 1, lettera b), rilascia il certificato di cui al paragrafo 1 solo se:

a) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità;

b) le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e

c) l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980.

Nel caso in cui l'autorità giurisdizionale o qualsiasi altra autorità adotti misure per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno nello Stato della residenza abituale, il certificato contiene i dettagli di tali misure.

Il giudice d'origine rilascia detto certificato di sua iniziativa e utilizzando il modello standard di cui all'allegato IV (certificato sul ritorno del minore).

Il certificato è compilato nella lingua della decisione».

C. Diritto tedesco

8. L'articolo 25 dello Strafgesetzbuch (codice penale tedesco; in prosieguo: lo «StGB») dispone quanto segue:

«1) Sarà punito in qualità di autore del reato colui che commette direttamente il reato o lo commette per il tramite di un'altra persona.

2) Se più persone commettono il reato congiuntamente, tutte saranno punite come autori (coautori)».

9. L'articolo 235 dello StGB così recita:

«1) È punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con una pena pecuniaria chiunque sottragga o trattenga:

1. una persona di età inferiore ai diciotto anni con la forza, con minaccia di un grave danno o con inganno, o

2. un bambino, senza esserne un familiare,

sottraendolo ai genitori, a uno dei genitori, al tutore o al curatore.

2) Allo stesso modo è punito chiunque sottragga un bambino ai genitori, a uno dei genitori, al tutore o al curatore

1. per portarlo all'estero, oppure

2. lo trattenga all'estero, dopo che questi vi sia stato portato o vi si sia recato.

3) Nei casi di cui al paragrafo 1, punto 2, e al paragrafo 2, punto 1, è punibile il tentativo.

4) L'autore del reato viene punito con una pena detentiva da un anno a dieci anni se

1. attraverso il reato mette la vittima a rischio di morte o di gravi danni alla sua salute o al suo sviluppo fisico o psicologico in conseguenza di tale reato, oppure

2. commette il reato per denaro o con l'intenzione di arricchire sé stesso o un terzo.

5) Se l'autore del reato causa, attraverso il reato, la morte della vittima, la pena non può essere inferiore a tre anni di reclusione.

6) Nei casi meno gravi di cui al paragrafo 4, la pena è compresa tra i sei mesi e cinque anni di reclusione e, nei casi meno gravi di cui al paragrafo 5, tra un anno e dieci anni di reclusione.

7) Nei casi di cui ai paragrafi da 1 a 3, la sottrazione di minori è perseguita solo su denuncia, salvo che le autorità responsabili dell'azione penale non ritengano necessario agire d'ufficio a causa del particolare interesse pubblico all'azione penale».

III. Fatti del procedimento principale

10. La presente causa trae origine da un procedimento penale avviato in Germania contro ZW, cittadina rumena residente in Germania, per sottrazione internazionale del proprio figlio AW.

11. Dal 2009 AW, cittadino rumeno, ha soggiornato con la madre in Germania. I genitori di AW sono separati e il padre rumeno vive in Romania. A causa di problemi comportamentali, il minore è stato collocato, con il consenso dei genitori, in una struttura residenziale di assistenza per minori nel marzo 2013. Con ordinanza di un giudice tedesco nel 2014, i genitori sono stati privati, inter alia, del diritto di determinare la residenza del figlio, trasferito invece a un rappresentante denominato «curatore» («Ergänzungspfleger») (in prosieguo: il «curatore») nell'ambito di una delega parziale della responsabilità genitoriale chiamata «curatela integrativa» («Ergänzungspflegschaft».

12. Nel dicembre 2017, AW, tornato a casa di sua madre a seguito del ripetuto fallimento dell'accoglienza presso diverse strutture assistenziali per minori, è stato portato dal padre, con il consenso della madre, in Romania, dove tuttora vive. Dato che il curatore, al quale spetta il diritto di determinare la residenza del minore, non ne era stato informato, questi ha presentato denuncia penale contro i genitori per sottrazione internazionale congiunta del minore. La madre è imputata nel procedimento principale.

13. Il giudice del rinvio spiega che, ai sensi dell'articolo 235, paragrafo 2, dello StGB, la sottrazione internazionale di minori (in violazione del diritto del curatore di determinare la residenza del minore) è punibile con una condanna alla pena detentiva fino a cinque anni o con una pena pecuniaria indipendentemente dal fatto che il minore si trovi in un altro Stato membro dell'Unione o in uno Stato terzo. D'altra parte, se la sottrazione è commessa all'interno del territorio nazionale, la sottrazione è punibile ai sensi dello StGB solo se la persona in questione sottrae o trattiene il minore con la forza, con minaccia di un grave danno o con inganno.

14. In detto contesto, il giudice del rinvio si chiede anzitutto se una norma penale come quella di cui trattasi rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, in caso affermativo, se essa sia dunque compatibile con tale diritto.

IV. Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

15. In tale contesto, con decisione dell'11 giugno 2019, pervenuta alla Corte il 14 giugno 2019, l'Amtsgericht Heilbronn (Tribunale circoscrizionale di Heilbronn, Germania) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il diritto dell'Unione primario e/o secondario, in particolare la [direttiva 2004/38], che riconosce ai cittadini dell'Unione un ampio diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, debba essere interpretato nel senso che ricomprende anche norme penali nazionali.

2) In caso di risposta affermativa a tale questione, se l'interpretazione del diritto dell'Unione primario e/o secondario osti all'applicazione di una disposizione penale nazionale diretta a sanzionare il trattenimento di un bambino all'estero, sottraendolo al suo curatore, qualora tale disposizione non distingua tra Stati membri dell'Unione europea e paesi terzi».

16. Il governo tedesco e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte. A causa della pandemia da COVID-19, l'udienza prevista per il 25 marzo 2020 è stata annullata. In luogo di essa, con decisione del 17 marzo 2020, i quesiti con richiesta di risposta orale inviati alle parti prima dell'udienza sono stati convertiti in quesiti con richiesta di risposta scritta. ZW, il governo tedesco e la Commissione hanno ottemperato a tale richiesta e hanno risposto ai suddetti quesiti entro il termine stabilito dalla Corte. Tutti hanno pertanto avuto la possibilità di pronunciarsi in merito a tutte le problematiche sollevate dal rinvio pregiudiziale.

V. Analisi

A. Ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

17. Nelle sue osservazioni scritte, il governo tedesco sostiene l'irricevibilità delle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice nazionale. Secondo il governo tedesco, le questioni non hanno alcun collegamento reale e diretto con l'oggetto della controversia che deve essere decisa dal giudice nazionale. Ritengo, tuttavia, che la domanda di pronuncia pregiudiziale sia ricevibile.

18. A tale riguardo, si può anzitutto osservare che, secondo costante giurisprudenza, il procedimento ex articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione loro necessari per risolvere le controversie dinanzi ad essi pendenti. Nell'ambito di tale cooperazione, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire. Da ciò consegue che le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione proposte dal giudice nazionale nell'ambito del contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il rigetto, da parte della Corte, di una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con l'effettiva realtà o con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte [4].

19. Nel caso di specie, è pacifico che ZW, cittadina di uno Stato membro, nella fattispecie della Romania, che si è trasferita in un altro Stato membro, nella fattispecie la Germania, si sia avvalsa della propria libertà di circolazione. La sua situazione rientra pertanto nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e, quantomeno, degli articoli 18 e 21 TFUE [5].

20. Inoltre, il giudice del rinvio ha spiegato in modo esauriente i motivi per cui ritiene che, per pronunciarsi sulla controversia di cui è investito, sia necessario analizzare se il diritto dell'Unione osti all'applicazione di una disposizione penale come la norma sulla base della quale è adito.

21. Tanto premesso, ritengo che la domanda di pronuncia pregiudiziale debba essere considerata ricevibile.

B. Sulla prima questione

22. Con la prima questione, il giudice del rinvio si chiede, in sostanza, se le disposizioni penali nazionali possano rientrare nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e, in particolare, della direttiva 2004/38.

4 V., in tal senso, sentenze del 6 settembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punti da 18 a 20), e del 23 gennaio 2019, M.A. e a. (C-661/17, EU:C:2019:53, punti da 48 a 50).

5 V., in tal senso, sentenza del 13 novembre 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punto 27).

23. A tale questione deve essere data risposta affermativa. Infatti, se la legislazione penale e le norme di procedura penale sono in linea di principio in larga misura riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che il diritto dell'Unione impone dei limiti alla competenza degli Stati membri in tale materia. Infatti, tale competenza degli Stati membri deve essere esercitata nel rispetto non solo delle libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione, ma anche dell'insieme del diritto dell'Unione, in particolare del diritto primario [6]. Le norme considerate nell'ambito del diritto penale non possono dunque porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto dell'Unione attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione [7].

C. Sulla seconda questione

24. Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione, e più precisamente il principio di non discriminazione e la libertà di circolazione sanciti dagli articoli 18 e 21 TFUE e specificati dalla direttiva 2004/38, osti all'applicazione di una disposizione penale nazionale diretta a sanzionare il trattenimento di un bambino all'estero, sottraendolo al suo curatore, qualora tale disposizione non distingua tra Stati membri dell'Unione europea e paesi terzi.

25. Mi preme precisare, in via preliminare, che le particolari circostanze del procedimento principale – vale a dire il fatto che il diritto di determinare la residenza del minore è esercitato da un terzo e che il procedimento penale è quindi potenzialmente intentato contro entrambi i genitori – non incidono sull'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta. Infatti, per quanto riguarda le condizioni di applicazione della norma penale, la situazione degli imputati è identica.

1. Esiste una differenza di trattamento e/o una restrizione alla libertà di circolazione?

26. Anzitutto, è evidente che la normativa nazionale di cui trattasi distingue tra la situazione che si verifica sul territorio nazionale e quella che comporta la sottrazione di un minore verso un altro Stato. In quest'ultimo caso, il semplice fatto di sottrarre o trattenere un minore all'estero, sottraendolo ai genitori, a uno dei genitori, al tutore o al curatore è sufficiente per l'irrogazione di una sanzione penale.

27. Alla luce di tali considerazioni, mi sembra che non sia la mera decisione relativa alla responsabilità genitoriale, ma piuttosto il rischio di essere perseguito penalmente a poter effettivamente dissuadere un cittadino dell'Unione dal lasciare lo Stato membro ospitante in cui soggiorna per tornare nel suo Stato membro d'origine con il figlio minore quando il medesimo cittadino non ha il diritto di determinare il luogo di residenza del figlio. Detta differenza di trattamento e i relativi effetti possono di per sé pregiudicare o anche limitare la libertà di circolazione di tali cittadini dell'Unione ai sensi dell'articolo 21 TFUE [8].

28. Secondo una giurisprudenza costante, tale restrizione può essere giustificata solo se è basata su considerazioni oggettive e se è proporzionata all'obiettivo legittimamente perseguito dalla normativa nazionale [9]. Tuttavia, per completezza e dal momento che la Commissione invoca tale argomento, propongo in primo luogo di esaminare se la misura di cui trattasi possa essere giustificata sulla base della deroga fondata su motivi di ordine pubblico prevista dall'articolo 27 della direttiva 2004/38.

6 V., in tal senso, sentenza del 26 febbraio 2019, Rimšēvičs e BCE/Lettonia (C-202/18 e C-238/18, EU:C:2019:139, punto 57).

7 V., in tal senso, sentenze del 2 febbraio 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, punto 19); del 24 novembre 1998, Bickel e Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, punto 17); e del 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punti 53 e 54).

8 V., in tal senso, sentenze del 6 settembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punti 32 e 33); del 13 novembre 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punti 28 e 30); e del 13 giugno 2019, TopFit e Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, punti 44 e 47).

9 V., in tal senso, sentenze del 6 settembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punto 34); del 13 novembre 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punto 31); e del 13 giugno 2019, TopFit e Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, punto 48).

2. Articolo 27 della direttiva 2004/38 e deroga fondata sull'ordine pubblico

29. L'articolo 27 della direttiva 2004/38 autorizza gli Stati membri a limitare la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. Indipendentemente dal fatto che la lotta alla sottrazione di minori alla base della norma nazionale in questione possa o meno essere considerata un motivo di ordine pubblico, non credo che una norma nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 27 della direttiva 2004/38.

30. Tanto un'interpretazione contestuale quanto un'interpretazione teleologica confermano infatti che l'ambito di applicazione dell'articolo 27 della direttiva 2004/38 è limitato, da un lato, alle restrizioni al diritto di ingresso stricto sensu e, d'altro lato, ai provvedimenti di allontanamento.

31. Per quanto riguarda l'interpretazione contestuale, ossia il contesto normativo in cui si colloca la disposizione, occorre notare che l'articolo 27 della direttiva 2004/38 è la prima disposizione del capo VI della medesima direttiva, intitolato «*Limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno* per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica» [10]. Inoltre, l'articolo 27 è a sua volta intitolato «Principi generali», il che significa che siffatti principi sono sviluppati dalle disposizioni che seguono. Tuttavia, tutte le disposizioni del capo VI riguardano soltanto la protezione contro l'allontanamento (articolo 28 – Protezione contro l'allontanamento; articolo 32 – Effetti nel tempo del divieto di ingresso nel territorio; e articolo 33 – Allontanamento a titolo di pena o misura accessoria), il tipo di malattie che possono impedire l'ingresso nel territorio di uno Stato membro o che possono giustificarne l'allontanamento (articolo 29), e le garanzie procedurali contro ogni provvedimento adottato a norma dell'articolo 27 della direttiva (articolo 30 – Notificazione dei provvedimenti, e articolo 31 – Garanzie procedurali). La maggior parte – se non tutte – le disposizioni procedurali riguardano espressamente solo i provvedimenti di allontanamento.

32. Per quanto riguarda il tema di un'eventuale interpretazione teleologica, i considerando da 22 a 27 della direttiva 2004/38 sono particolarmente illuminanti. In primo luogo, dopo aver ricordato che il trattato consente restrizioni all'esercizio del diritto di libera circolazione per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, il considerando 22 prevede che «per assicurare una definizione più rigorosa dei requisiti e delle garanzie procedurali cui deve essere subordinata *l'adozione di provvedimenti che negano l'ingresso o dispongono l'allontanamento* dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari la presente direttiva dovrebbe sostituire la direttiva 64/221/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento ed il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica» [11], che in realtà concerneva soltanto l'allontanamento. In secondo luogo, tutti gli altri considerando relativi al capo VI della direttiva 2004/38 fanno riferimento al solo allontanamento (considerando 23, 24 e 27) o al diniego d'ingresso in un altro Stato membro (considerando 25 e 26).

33. Di conseguenza, alla luce delle considerazioni che precedono, ritengo che una disposizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che non vieta l'ingresso di un cittadino dell'Unione in un altro Stato membro né ne dispone l'allontanamento, ma che ha piuttosto l'«unico» risultato di pregiudicare o limitare la sua libertà di circolazione, non rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 27 della direttiva 2004/38. In altri termini, solo il diniego d'ingresso o l'allontanamento (e i provvedimenti *direttamente discriminatori*) possono essere giustificati sulla base di una delle tre deroghe espressamente previste dal trattato e poi specificamente enunciate nel capo VI della direttiva 2004/38 [12].

10 Il corsivo è mio.

11 GU 1964, n. 56, pag. 850. Direttiva come modificata da ultimo dalla direttiva 75/35/CEE del Consiglio del 17 dicembre 1974 (GU 1975, L 14, pag. 14). Il corsivo è mio.

12 V., in tal senso, Barnard, C., e Peers, S., *European Union Law*, 2° ed., Oxford University Press, 2017, pagg. da 402 a 403.

34. In ogni caso, se la Corte non dovesse seguire tale interpretazione dell'articolo 27 della direttiva 2004/38, essa dovrebbe, a mio avviso, constatare che una disposizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale non è conforme ai requisiti di detta direttiva. Infatti, come costantemente sottolineato dalla Corte, l'articolo 27, paragrafo 2, comma secondo, della direttiva 2004/38 stabilisce espressamente che giustificazioni «attinenti a ragioni di *prevenzione generale* non possono essere prese in considerazione» [13].

35. A mio avviso, la disposizione legislativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale è una misura di prevenzione generale. Lo stesso governo tedesco ha spiegato infatti, nelle sue osservazioni scritte, che l'articolo 235, paragrafo 2, dello StGB contribuisce *in modo preventivo* a garantire il principio secondo cui il diritto di affidamento dovrebbe essere esercitato, di norma, nel luogo in cui il minore ha la sua residenza abituale iniziale [14]. In tale contesto, è evidente che la disposizione nazionale in questione è un atto di portata generale che si applica a situazioni oggettivamente determinate e produce effetti nei confronti di persone previste in modo generale ed astratto, allo scopo di dissuaderle da comportamenti ritenuti contrari agli interessi della società e, in particolare, dei minori. In quanto tale, detta disposizione costituisce un provvedimento di prevenzione generale e non può pertanto rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 27 della direttiva 2004/38.

36. Naturalmente, tuttavia, una restrizione all'esercizio della libertà di circolazione può essere giustificata se è basata su considerazioni oggettive e se è proporzionata all'obiettivo legittimamente perseguito dalla normativa nazionale [15]. Passerò ora ad esaminare tale questione.

3. Esistenza di considerazioni oggettive atte a giustificare la restrizione e la proporzionalità della disposizione nazionale di cui trattasi

37. Come sopra indicato, il governo tedesco sostiene che la sua normativa è motivata dalla volontà di garantire che il diritto di affidamento sia esercitato, di norma, nel luogo di residenza abituale iniziale del minore. Inoltre, detto governo afferma che la normativa cerca più in generale di proteggere sia i diritti relativi alla responsabilità genitoriale sia quelli dei minori [16]. La Commissione condivide tale punto di vista, spiegando che la finalità del provvedimento in questione consiste nel prevenire e, in ultima analisi, se necessario, sanzionare le sottrazioni internazionali di minori, un obiettivo legittimo e dunque giustificabile alla luce dell'ordine pubblico.

38. Dato che tali obiettivi sono intrinsecamente legati ai diritti fondamentali del minore, ritengo che essi debbano essere considerati obiettivi legittimi sotto il profilo del diritto dell'Unione [17].

39. Come già riconosciuto dalla Corte, infatti, uno dei diritti fondamentali del minore è quello, enunciato nell'articolo 24, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, il rispetto del quale si identifica innegabilmente con un interesse superiore di qualsiasi minore. A questo proposito, è giocoforza constatare che, il più delle volte, un trasferimento illecito del minore, a seguito di una decisione presa unilateralmente da uno dei suoi genitori, priva il bambino della possibilità di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con l'altro genitore [18].

13 Il corsivo è mio. V., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punto 24); del 17 novembre 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, punto 34); del 4 ottobre 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, punto 41).

14 Paragrafo 76 delle osservazioni scritte del governo tedesco. In linea con il suddetto primo obiettivo, il governo tedesco invoca altresì l'obiettivo di garantire che la sottrazione di un minore non incida sulla competenza del giudice del luogo in cui il minore ha la sua residenza abituale.

15 V. la giurisprudenza citata nella nota 9.

16 Paragrafi 75 e 76 delle osservazioni scritte del governo tedesco.

17 Alcuni sostengono anche, più in generale, che tutto ciò che ha a che fare con la protezione della famiglia costituisce un obiettivo legittimo (v., in tal senso, Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2017, n. 258, pag. 260).

18 V., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punti 54 e 56).

40. In linea con tali osservazioni, si può altresì rilevare che anche la Convenzione dell'Aia del 1980, successivamente integrata dal regolamento n. 2201/2003, era stata adottata soprattutto sulla base della fondamentale importanza dell'interesse del minore in questioni relative al suo affidamento. Occorre quindi proteggerlo dagli effetti pregiudizievoli di un trasferimento transfrontaliero o di un mancato rientro illeciti e prevedere procedimenti idonei a garantire il ritorno immediato del minore nel suo Stato di residenza abituale, nonché garantire la tutela del diritto di visita [19].

41. In tali circostanze, la normativa nazionale che mira, inter alia, a impedire il trasferimento illecito o il mancato ritorno di minori persegue incontestabilmente un obiettivo legittimo in base al diritto dell'Unione.

42. Tuttavia, misure restrittive di una libertà fondamentale, come quelle di cui all'articolo 21 TFUE, possono essere giustificate da considerazioni oggettive soltanto ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che esse mirano a garantire e solo nella misura in cui tali obiettivi non possano essere raggiunti mediante misure meno restrittive [20].

43. In tale contesto, dubito francamente che una misura come la normativa di cui trattasi nel procedimento principale possa essere considerata oggettivamente necessaria. Se è vero che tale misura è stata adottata per garantire il suo obiettivo dichiarato di affrontare casi di trasferimento illecito o mancato ritorno, è lampante che una condotta analoga tenuta all'interno del territorio nazionale non è penalmente sanzionata nella stessa maniera. D'altra parte, come si è visto, lo stesso legislatore dell'Unione ha altresì adottato il regolamento n. 2201/2003 per impedire le sottrazioni di minori tra Stati membri e, in caso di sottrazione, per ottenere che il ritorno del minore sia effettuato immediatamente [21]. Inoltre, detto regolamento, adottato sulla base del concetto secondo cui l'interesse superiore del minore deve prevalere [22], stabilisce il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate negli Stati membri. Tale principio, come risulta dal considerando 21 del regolamento n. 2201/2003, è a sua volta fondato sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri [23].

44. È naturalmente ormai stabilito con chiarezza che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Secondo una giurisprudenza costante, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo [24]. Inoltre, per quanto riguarda il regolamento n. 2201/2003, è certamente utile ricordare che la stessa Corte ha evidenziato che la cooperazione e la fiducia reciproca su cui si fonda il regolamento devono condurre al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, *fondamento* per la creazione di un autentico spazio giudiziario [25].

45. È evidente che il carattere internazionale di casi come quello di cui al procedimento principale può comportare più frequentemente difficoltà legate, in particolare, alla diversità linguistica del procedimento o alla distanza, ma anche alla specifica esigenza di ottenere la certificazione della decisione che ordina il ritorno del minore ai sensi dell'articolo 42 del regolamento n. 2201/2003.

19 V., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punti 48, 51 e 53).

20 V., in tal senso, sentenza del 6 settembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punto 38).

21 V., in tal senso, considerando 17 del regolamento n. 2201/2003. V. altresì sentenze dell'11 luglio 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punto 52), e del 23 dicembre 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punto 49).

22 V., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punto 51).

23 V., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punto 45).

24 V., in tal senso, parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU) del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, paragrafo 191); sentenze del 25 luglio 2018, Minister for Justice and Equality (Carenze nel sistema giudiziario) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punto 36); e del 19 marzo 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, punto 81).

25 V., in tal senso, sentenza del 16 gennaio 2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, punto 41).

Benché tali difficoltà non debbano essere minimizzate, il principio di fiducia reciproca non può essere compromesso invocando siffatte difficoltà pratiche senza pregiudicare anche l'effetto utile degli strumenti che si fondano su tale principio. Tuttavia, è proprio ciò che accadrebbe se a uno Stato membro fosse consentito differenziare in tal modo tra le sottrazioni di minori commesse all'interno di detto Stato membro, da un lato, e le sottrazioni di minori che coinvolgono un altro Stato membro, d'altro lato.

46. In dette circostanze, mi pare che una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale non risulti necessaria per raggiungere l'obiettivo perseguito dalla medesima qualora un trasferimento illecito o un mancato ritorno abbia luogo in un altro Stato membro e non in uno Stato terzo.

47. Spetta pertanto al giudice adito disapplicare la normativa nazionale che sia in contrasto con il diritto dell'Unione, essendo evidente che le diposizioni di cui all'articolo 21 TFUE producono effetti diretti [26] e possono dunque essere fatte valere a tale scopo da un singolo nei confronti di uno Stato membro [27].

4. In via subordinata, analisi della proporzionalità stricto sensu

48. Nel caso in cui la Corte non condivida tale analisi e ritenga che la normativa nazionale in questione sia necessaria per raggiungere l'obiettivo perseguito dal provvedimento, sarebbe comunque necessario verificare se detto obiettivo non possa essere raggiunto con provvedimenti meno restrittivi.

49. In merito a tale punto, ritengo che l'imposizione automatica di una pena detentiva o pecuniaria a chi sottrae o trattiene un minore all'estero senza informarne il titolare o i titolari della responsabilità genitoriale sarebbe incompatibile con il principio di proporzionalità.

50. Come enunciato all'articolo 49, paragrafo 3, della Carta, le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato. Come illustrato dall'avvocato generale Bobek nella causa Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), la proporzionalità delle sanzioni penali si articola su due livelli. Sotto un primo profilo, la sanzione inflitta deve essere proporzionata alla gravità dell'infrazione. Sotto un secondo profilo, nel determinare tale sanzione, occorre tener conto delle particolari circostanze del caso di specie [28]. L'effettiva attuazione di un controllo di proporzionalità presuppone, infatti, una valutazione *in concreto* in funzione delle circostanze particolari del singolo caso [29].

51. Per rispettare tale principio, la normativa nazionale pertinente deve dunque consentire un esame individuale della situazione in cui si sono verificati i fatti di cui trattasi [30].

26 Sugli effetti diretti della libertà di circolazione, v. sentenze del 4 dicembre 1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, punto 7), e del 17 settembre 2002, Baumbast e R (C-413/99, EU:C:2002:493, punti 84 e 86).

27 V., in tal senso, sentenza del 24 giugno 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punto 61).

28 Paragrafo 42.

29 V., in tal senso, nell'ambito del mandato d'arresto europeo, conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, paragrafo 93).

30 V., in tal senso, sentenza del 12 marzo 2019, Tjebbes e a. (C-221/17, EU:C:2019:189, punto 41).

52. Nelle sue risposte ai quesiti posti dalla Corte, il governo tedesco dichiara che l'irrogazione di una pena detentiva o pecuniaria non è automatica e che nell'ambito della condanna si deve tener conto delle caratteristiche specifiche di ciascun caso. In assenza di indicazioni in proposito nella domanda di pronuncia pregiudiziale, tuttavia, il giudice nazionale deve verificare se l'applicazione dell'articolo 235 dello StGB rispetti il principio di proporzionalità, consentendo al giudice nazionale di tenere conto delle caratteristiche specifiche e individuali di ciascun caso prima dell'effettiva irrogazione di una condanna penale, che si tratti di una pena detentiva o di una pena pecuniaria [31].

53. A tal fine, il giudice nazionale potrà prendere in considerazione vari fattori, quali il comportamento personale del genitore imputato nel procedimento penale, lo stato delle relazioni tra i due genitori, il ricorso o meno ai meccanismi previsti dal regolamento n. 2201/2003 e le relative conseguenze e, se del caso, il punto di vista dello stesso minore, dato che l'articolo 24, paragrafo 1, della Carta stabilisce che l'opinione dei minori deve essere presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

54. Se l'ordinamento nazionale non consente un siffatto esame individuale, il giudice adito sarebbe quindi tenuto a disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione.

VI. Conclusione

55. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo quindi alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dall'Amtsgericht Heilbronn (Tribunale circoscrizionale di Heilbronn, Germania) come segue:

(1) Gli Stati membri devono esercitare la propria competenza in materia penale nel rispetto non solo delle libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione, ma anche dell'insieme del diritto dell'Unione, in particolare del diritto primario. Di conseguenza, gli articoli 18 e 21 TFUE devono essere interpretati nel senso che le disposizioni penali nazionali non possono porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti ai quali il diritto dell'Unione attribuisce il diritto alla parità di trattamento, né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione.

(2) Gli articoli 18 e 21 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, diretta a sanzionare in maniera diversa il trasferimento illecito o il mancato ritorno di un minore a seconda che la situazione si verifichi nel territorio nazionale o nel territorio di un altro Stato membro dell'Unione, considerato a tal fine come un paese terzo.

In subordine, gli articoli 18 e 21 TFUE, letti alla luce dell'articolo 24 e dell'articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, diretta a sanzionare in maniera diversa il trasferimento illecito o il mancato ritorno di un minore a seconda che la situazione si verifichi nel territorio nazionale o nel territorio di un altro Stato membro dell'Unione, nella misura in cui i giudici nazionali siano in grado di effettuare un esame individuale della situazione in cui si sono verificati i fatti di cui trattasi.

Nell'ambito di detto esame, i giudici possono prendere in considerazione, in particolare, il comportamento personale del genitore imputato nel procedimento penale e lo stato delle relazioni tra i due genitori, nonché l'applicazione o meno dei meccanismi previsti dal regolamento (CE)

31 V., in tal senso, sentenze del 10 luglio 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punto 28), e del 12 marzo 2019, Tjebbes e a. (C-221/17, EU:C:2019:189, punto 40).

n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, e, se del caso, l'opinione dello stesso minore.