Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
GERARDA HOGANA,
predstavljeni 4. junija 2020[1]

Zadeva C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
proti
ZW

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Amtsgericht Heilbronn (okrajno sodišče v Heilbronnu, Nemčija))

„Predhodno odločanje – Člen 18 PDEU – Člen 21 PDEU – Državljanstvo Unije – Pravica državljanov Unije do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic – Direktiva 2004/38/ES – Člen 27 – Kaznivo dejanje ugrabitve otroka – Otrok pod skrbništvom dodatnega skrbnika – Eden od staršev, ki mu je odvzet del starševske skrbi in ki otroka odpelje v tujino brez predhodnega soglasja zakonitega skrbnika“

I. Uvod

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 18 in 21 PDEU ter Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC.[2]

2. Predlog je bil vložen v okviru postopka zoper ZW, zoper katero je kot sostorilko uveden kazenski pregon zaradi kaznivega dejanja ugrabitve mladoletnika, ki je njen sin.

3. Vprašanji za predhodno odločanje predložitvenega sodišča se ponovno nanašata na področje uporabe pravice do prostega gibanja državljanov Unije. Odgovor Sodišča bo v posebnih okoliščinah ugrabitve otroka pomagal pojasniti področje uporabe člena 27 Direktive 2004/38, ki državam članicam omogoča omejiti svobodo gibanja zaradi javnega reda.

1 Jezik izvirnika: angleščina.

2 UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 5, str. 46.

II. Pravni okvir

A. Mednarodno pravo

4. Člen 12 Konvencije o civilnopravnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok, sklenjene 25. oktobra 1980 v Haagu (v nadaljevanju: Haaška konvencija iz leta 1980), določa:

„Če je bil otrok nezakonito odpeljan ali zadržan po 3. členu, na dan, ko se je začel postopek pred sodnim ali upravnim organom pogodbenice, v kateri je otrok, pa je minilo manj kot leto dni od dneva, ko je bil nezakonito odpeljan ali zadržan, odredi pristojni organ takojšnjo vrnitev otroka.

[…]“

B. Pravo Unije

1. Direktiva 2004/38

5. Člen 27 Direktive 2004/38 je prva določba v poglavju VI, naslovljenem „Omejitve pravice do vstopa in pravice do prebivanja zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja“. V tej določbi je navedeno:

„1. Ob upoštevanju določb tega poglavja lahko države članice omejijo svobodo gibanja in prebivanja državljanov Unije in njihovih družinskih članov ne glede na državljanstvo, in sicer zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja. Na te razloge se ne da sklicevati iz ekonomskih ciljev.

2. Ukrepi, sprejeti zaradi javnega reda ali javne varnosti, so v skladu z načelom sorazmernosti in temeljijo izključno na osebnem obnašanju zadevnega posameznika. Predhodne kazenske obsodbe same po sebi še ne predstavljajo razlogov za sprejetje takšnih ukrepov.

Osebno obnašanje zadevnega posameznika mora predstavljati resnično, sedanjo in dovolj resno grožnjo, ki prizadene osnovne interese družbe. Utemeljitve, ki niso neposredno povezane s podrobnostmi posameznega primera ali ki se nanašajo na splošno preventivo, niso dovoljene.“

2. Uredba (ES) št. 2201/2003

6. V uvodnih izjavah 17 in 21 Uredbe Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000[3] je navedeno:

„(17) V primerih neupravičene premestitve ali zadržanja otroka je treba nemudoma doseči otrokovo vrnitev in v ta namen se Haaška konvencija [iz leta 1980] uporablja še naprej, kot je bila dopolnjena z določbami te uredbe, zlasti s členom 11. Sodišča države članice, v katero ali v kateri je bil otrok neupravičeno premeščen ali zadržan, bi morala biti upravičena do nasprotovanja otrokovi vrnitvi v posebnih, ustrezno utemeljenih primerih. Vendar pa tako odločbo lahko nadomesti kasnejša odločba sodišča države članice otrokovega običajnega prebivališča pred njegovo neupravičeno premestitvijo ali zadržanjem. Če je posledica odločbe vrnitev otroka, za njegovo vrnitev ni potreb[e]n [noben poseben postopek] za priznanje in izvršitev navedene sodne odločbe v državi članici, v katero ali v kateri je bil otrok premeščen ali zadržan […].

3 UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 243; in popravek v UL 2009, L 70, str. 19.

[…]

(21) Priznavanje in izvrševanje sodnih odločb, izrečenih v državi članici, mora temeljiti na načelu medsebojnega zaupanja, razloge za nepriznanje pa je treba omejiti na kar najmanjši obseg.“

7. Člen 42 Uredbe št. 2201/2003 spada v okvir oddelka 4, naslovljenega „Izvršljivost nekaterih sodnih odločb o pravici do stikov in nekaterih sodnih odločb o vrnitvi otroka“. Ta člen določa:

„1. Vrnitev otroka iz člena 40(1)(b), priznana v izvršljivi sodni odločbi izrečeni v državi članici, se prizna in je izvršljiva v drugi državi članici, ne da bi bila potrebna razglasitev izvršljivosti in brez možnosti nasprotovanja njenemu priznanju, če je bilo o sodni odločbi v državi članici izvora izdano potrdilo v skladu z odstavkom 2.

Celo kadar nacionalno pravo za odločbo o vrnitvi otroka ne predvideva izvršljivosti po samem zakonu, lahko sodišče izvora odloči, da je sodna odločba izvršljiva ne glede na možnost pravnega sredstva.

2. Sodnik izvora, ki je izdal sodno odločbo iz člena 40(1)(b), izda potrdilo iz odstavka 1 le, če:

(a) je bila otroku dana možnost biti zaslišan, razen če se je smatralo, da zaslišanje ni primerno zaradi otrokove starosti ali zrelosti;

(b) so stranke imele možnost biti zaslišane in

(c) je sodišče upoštevalo pri izdaji sodne odločbe razloge in dokaze, na podlagi katerih se izda odredba v skladu s členom 13 Haaške konvencije iz leta 1980.

Če sodišče ali drug organ sprejme ukrepe za zagotovitev zaščite otroka po njegovi vrnitvi v državo običajnega prebivališča, vsebuje potrdilo podrobne podatke o takšnih ukrepih.

Sodnik izvora po lastni presoji izda navedeno potrdilo na standardnem obrazcu iz Priloge IV (potrdilo o vrnitvi otroka (otrok)).

Potrdilo se izpolni v jeziku, v katerem je sestavljena sodna odločba.“

C. Nemško pravo

8. Člen 25 Strafgesetzbuch (nemški kazenski zakonik; v nadaljevanju: StGB) določa:

„1. Kot storilec se kaznuje, kdor kaznivo dejanje stori sam ali prek drugega.

2. Če več oseb skupaj stori kaznivo dejanje, se vsaka kaznuje kot storilec (sostorilec).“

9. Člen 235 StGB določa:

„(1) Z zaporom do petih let ali denarno kaznijo se kaznuje, kdor

1. osebo, mlajšo od 18 let, s silo, resno grožnjo ali preslepitvijo ali

2. otroka, s katerim ni v sorodu,

odvzame staršem, enemu od njiju, skrbniku ali rejniku ali ga zadržuje.

(2) Z isto kaznijo se kaznuje, kdor staršem, enemu od njiju, skrbniku ali rejniku

1. otroka odvzame, da bi ga odpeljal v tujino, ali

2. otroka zadržuje v tujini, potem ko je bil tja odpeljan ali se je sam napotil tja.

(3) Poskus dejanja iz odstavka 1, točka 2, in odstavka 2, točka 1, je kazniv.

(4) Z zaporom od enega do desetih let se kaznuje storilec, ki

1. z dejanjem povzroči življenjsko nevarnost za žrtev ali hudo poslabšanje njenega zdravja žrtve ali resno ogrozi njen telesni ali duševni razvoj ali

2. dejanje stori za plačilo ali z namenom obogatitve zase ali za tretjega.

(5) Če storilec z dejanjem povzroči smrt žrtve, kazen zapora ni nižja od treh let.

(6) V manj hudih primerih iz odstavka 4 se storilec kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let, v manj hudih primerih iz odstavka 5 pa z zaporom od enega do desetih let.

(7) Ugrabitev mladoletne osebe se v primerih iz odstavkov od 1 do 3 preganja le na predlog, razen če organ pregona ne meni, da je zaradi posebnega javnega interesa za pregon njegovo ukrepanje potrebno po uradni dolžnosti.“

III. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari

10. Obravnavana zadeva izhaja iz kazenskega postopka, ki je bil v Nemčiji uveden zoper ZW, romunsko državljanko s prebivališčem v Nemčiji, v zvezi z mednarodno ugrabitvijo njenega lastnega otroka, AW.

11. AW, romunski državljan, je s svojo materjo prebival v Nemčiji od leta 2009. Starši AW živijo ločeno; otrokov oče, Romun, živi v Romuniji. Otrok je bil zaradi vedenjskih problemov s soglasjem staršev marca 2013 nameščen v vzgojni zavod. Nemško sodišče je leta 2014 izdalo sklep, s katerim je staršem med drugim odvzelo pravico do določitve otrokovega prebivališča, kar je bilo namesto tega preneseno na skrbnika, imenovanega *Ergänzungspfleger* (v nadaljevanju: dodatni skrbnik), na podlagi delnega prenosa starševske skrbi, imenovane *Ergänzungspflegschaft* (dodatno skrbništvo).

12. Potem ko se je AW decembra 2017 zaradi več neuspešnih namestitev v več različnih vzgojnih zavodih vrnil domov k materi, ga je oče z materinim soglasjem odpeljal v Romunijo. Danes prebiva tam. Ker starši o tem niso obvestili dodatnega skrbnika, ki ima pravico določiti otrokovo prebivališče, je dodatni skrbnik vložil kazensko ovadbo zoper starše kot sostorilce pri mednarodni ugrabitvi otroka. Mati je obtoženka v postopku v glavni stvari.

13. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da se mednarodna ugrabitev otroka (z neupoštevanjem pravice skrbnika, da določi otrokovo prebivališče) na podlagi člena 235(2) StGB kaznuje s kaznijo zapora do petih let ali denarno kaznijo ne glede na to, ali je otrok v drugi državi članici Unije ali v tretji državi. Če pa je ugrabitev izvršena na državnem ozemlju, je po StGB kazniva, le če zadevna oseba otroka odpelje ali zadržuje s silo, resno grožnjo ali preslepitvijo.

14. V tem smislu predložitveno sodišče sprašuje najprej, ali taka kazenska določba spada na področje uporabe prava Unije in če je tako, ali je združljiva s pravom Unije.

IV. Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

15. V teh okoliščinah je Amtsgericht Heilbronn (okrajno sodišče v Heilbronnu, Nemčija) z odločbo z dne 11. junija 2019, ki je na Sodišče prispela 14. junija 2019, prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je treba evropsko primarno in/ali sekundarno pravo, v obravnavanem primeru zlasti Direktivo [2004/38], v smislu obsežne pravice državljanov Unije do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic razlagati tako, da obsega tudi nacionalne kazenske določbe?

2. Če je odgovor na to vprašanje pritrdilen: ali razlaga evropskega primarnega in/ali sekundarnega prava nasprotuje uporabi nacionalne kazenske določbe, s katero se sankcionira onemogočanje dostopa do otroka, ki je v tujini, njegovemu skrbniku, če se s to določbo ne razlikuje med državami članicami Evropske unije in tretjimi državami?“

16. Nemška vlada in Evropska komisija sta predložili pisna stališča. Obravnava, razpisana za 25. marec 2020, je bila preklicana zaradi pandemije covida-19. Namesto tega sta bili s sklepom z dne 17. marca 2020 vprašanji, ki sta bili strankam vnaprej poslani za ustni odgovor na obravnavi, spremenjeni v vprašanji za pisni odgovor. ZW, nemška vlada in Komisija so ravnale v skladu s to zahtevo in odgovorile na ti vprašanji v roku, ki jim ga je določilo Sodišče. Tako je bila vsem dana priložnost, da izrazijo svoja stališča o problematiki iz predloga za sprejetje predhodne odločbe.

V. Analiza

A. Dopustnost predloga za sprejetje prehodne odločbe

17. Nemška vlada v pisnih stališčih navaja, da vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je postavilo predložitveno sodišče, nista dopustni. Nemška vlada meni, da vprašanji nista dejansko in neposredno povezani s predmetom spora, o katerem mora odločiti nacionalno sodišče. Sam pa menim, da je predlog za sprejetje predhodne odločbe dopusten.

18. V zvezi s tem je najprej mogoče navesti, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso postopek, uveden s členom 267 PDEU, instrument sodelovanja med Sodiščem in nacionalnimi sodišči, s katerim prvo zagotavlja drugim razlago prava Unije, ki jo potrebujejo za rešitev obravnavanega spora. V okviru tega sodelovanja je le nacionalno sodišče, ki odloča v sporu in ki mora prevzeti odgovornost za sodno odločbo, ki jo mora sprejeti, pristojno, da glede na posebne okoliščine zadeve presodi o tem, ali potrebuje predhodno odločbo za to, da izda sodbo, in o upoštevnosti vprašanj, ki jih postavi Sodišču. Zato je Sodišče načeloma dolžno odločiti, če se predložena vprašanja nanašajo na razlago prava Unije. Iz tega izhaja, da se domneva upoštevnost vprašanj v zvezi z razlago prava Unije, ki jih je postavilo nacionalno sodišče v normativnem in dejanskem okviru, ki ga to opredeli v okviru lastne odgovornosti in katerega pravilnosti Sodišče ne preizkuša. Sodišče lahko odgovor na postavljeno vprašanje nacionalnega sodišča zavrne, samo če je očitno, da zahtevana razlaga prava Unije nima nobene zveze z dejanskim stanjem ali predmetom spora v postopku o glavni stvari, če je problem hipotetičen ali če Sodišče nima na voljo pravnih in dejanskih elementov, da bi lahko na zastavljena vprašanja dalo koristne odgovore. [4]

4 Glej v tem smislu sodbi z dne 6. septembra 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, točke od 18 do 20), in z dne 23. januarja 2019, M.A. in drugi (C-661/17, EU:C:2019:53, točke od 48 do 50).

19. V obravnavani zadevi ni sporno, da je ZW, državljanka države članice, namreč Romunije, ki se je preselila v drugo državo članico, namreč Nemčijo, uresničevala svojo pravico do prostega gibanja. Njen položaj zato spada na področje uporabe prava Unije ter vsaj členov 18 in 21 PDEU. [5]

20. Poleg tega je predložitveno sodišče izčrpno pojasnilo, zakaj meni, da je treba za odločitev o sporu, o katerem odloča, analizirati vprašanje, ali pravo Unije nasprotuje uporabi kazenske določbe, kot je pravilo, ki je podlaga za zadevo, o kateri odloča.

21. Menim, da je treba v teh okoliščinah predlog za sprejetje predhodne odločbe šteti za dopusten.

B. Prvo vprašanje

22. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali so lahko nacionalne kazenske določbe zajete s pravom Unije, natančneje z Direktivo 2004/38.

23. Na to vprašanje je treba odgovoriti pritrdilno. Čeprav načeloma kazenska zakonodaja in pravila o kazenskem postopku v veliki meri spadajo v pristojnost držav članic, v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča pravo Unije določa omejitve pristojnosti držav članic na tem področju. To pristojnost držav članic je namreč treba izvrševati ob spoštovanju ne le temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja pravo Unije, ampak tudi prava Unije kot celote in še zlasti primarnega prava Unije. [6] Take zakonske določbe na področju kazenskega prava zato ne smejo povzročiti diskriminacije oseb, ki jim je s pravom Unije zagotovljena pravica do enakega obravnavanja, ali omejevati temeljnih svoboščin, zagotovljenih s pravom Unije. [7]

C. Drugo vprašanje

24. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali pravo Unije – natančneje načelo prepovedi diskriminacije in svoboda gibanja iz členov 18 in 21 PDEU, ki sta natančneje določena v Direktivi 2004/38 – nasprotuje uporabi določbe nacionalnega kazenskega prava, s katero se sankcionira onemogočanje dostopa do otroka, ki je v tujini, njegovemu skrbniku, če se s to določbo ne razlikuje med državami članicami Evropske unije in tretjimi državami.

25. Najprej bi rad pojasnil, da posebne okoliščine zadeve iz postopka v glavni stvari – namreč dejstvo, da pravico določitve otrokovega prebivališča izvršuje tretja oseba in da je kazenski postopek zato potencialno usmerjen zoper oba roditelja – ne vplivajo na zaprošeno razlago prava Unije. Osebi, zoper kateri poteka kazenski pregon, sta namreč glede pogojev za uporabo kazenske določbe v enakem položaju.

1. Ali obstaja razlika v obravnavanju in/ali omejitvi svobode gibanja?

26. Najprej, jasno je, da se v zadevni nacionalni zakonodaji razlikuje med položajem, do katerega pride na državnem ozemlju, in položajem, pri katerem gre za premestitev mladoletnika v drugo državo. V tem zadnjem primeru že zgolj dejstvo, da je otrok odpeljan od staršev, enega od njiju, skrbnika ali rejnika v tujino ali ga tam združujejo, zadostuje za možnost uporabe kazenske sankcije.

5 Glej v tem smislu sodbo z dne 13. novembra 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, točka 27).

6 Glej v tem smislu sodbo z dne 26. februarja 2019, Rimšēvičs in ECB/Latvija(C-202/18 in C-238/18, EU:C:2019:139, točka 57).

7 Glej v tem smislu sodbe z dne 2. februarja 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, točka 19); z dne 24. novembra 1998, Bickel in Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, točka 17), in z dne 28. aprila 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, točki 53 in 54).

27. V teh okoliščinah menim, da ni zgolj odločitev glede starševske skrbi, ampak bolj tveganje za kazenski pregon tisto, ki lahko dejansko odvrne državljana Unije od tega, da zapusti državo članico gostiteljico, v kateri prebiva, in se s svojim otrokom vrne v svojo državo članico izvora, kadar ta oseba nima pravice, da bi določila kraj otrokovega prebivališča. Ta razlika v obravnavanju in njeni učinki lahko vplivajo na svobodo gibanja, ki jo imajo v smislu člena 21 PDEU zadevni državljani Unije, ali jo celo omejijo.[8]

28. V skladu z ustaljeno sodno prakso je lahko taka omejitev utemeljena, le če temelji na objektivnih razlogih in je sorazmerna s ciljem, ki mu nacionalno pravo legitimno sledi.[9] Vendar zaradi celovitosti in ker se Komisija sklicuje na to trditev, predlagam, da se najprej preuči, ali je zadevni ukrep mogoče upravičiti z odstopanjem iz razlogov javnega reda, ki je določeno v členu 27 Direktive 2004/38.

2. Člen 27 Direktive 2004/38 in odstopanje na podlagi javnega reda

29. Državam članicam je s členom 27 Direktive 2004/38 omogočeno, da omejijo svobodo gibanja in prebivanja državljanov Unije in njihovih družinskih članov ne glede na državljanstvo, in sicer zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja. Menim, da nacionalno pravilo, kot je tisto iz postopka v glavni stvari, ne glede na to, ali je mogoče boj proti ugrabitvam otrok, na katerem temelji zadevno nacionalno pravilo, šteti za razlog javnega reda, ne spada na področje uporabe člena 27 Direktive 2004/38.

30. Tako s sobesedilno kot s teleološko razlago je potrjeno, da je področje uporabe člena 27 Direktive 2004/38 po eni strani omejeno na omejitve pravice do vstopa *stricto sensu* in po drugi na ukrepe izgona.

31. Glede sobesedilne razlage, namreč normativnega sobesedila, v katero se uvršča določba, je treba ugotoviti, da je člen 27 Direktive 2004/38 prva določba v poglavju VI te direktive, naslovljenem „*Omejitve pravice do vstopa in pravice do prebivanja* zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja“.[10] Tudi člen 27 je naslovljen „Splošna načela“, kar pomeni, da so taka načela razvita v določbah, ki sledijo. Vendar so z vsemi temi določbami poglavja VI urejeni le varstvo pred izgonom (člen 28 – Varstvo pred izgonom; člen 32 – Časovni učinek prepovedi izgona; člen 33 – Izgon kot kazen ali stranka kazen), vrste bolezni, ki lahko preprečijo vstop na ozemlje države članice ali upravičijo izgon (člen 29), in postopkovna jamstva zoper odločbe, sprejete na podlagi člena 27 Direktive (člen 30 – Uradno obvestilo o odločbah; člen 31 – Postopkovna jamstva). Večina teh procesnih določb – če ne kar vse – se izrecno nanaša zgolj na odločbe o izgonu.

32. V zvezi s teleološko razlago so še posebej poučne uvodne izjave od 22 do 27 Direktive 2004/38. Prvič, po navedbi, da Pogodba dovoljuje omejitve pravice do prostega gibanja in prebivanja zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja, je v uvodni izjavi 22 določeno, da bi, „[d]a bi bila zagotovljena natančnejša opredelitev okoliščin in postopkovnih jamstev, na podlagi katerih *se lahko zavrne dovoljenje za vstop* državljanom Unije in njihovim družinskim članom *ali se jih izžene*, […] ta direktiva morala zamenjati Direktivo Sveta 64/221/EGS z dne 25. februarja 1964 o usklajevanju posebnih ukrepov, ki zadevajo gibanje in prebivanje tujih državljanov, utemeljenih z javnim redom, javno varnostjo ali javnim zdravjem“,[11] s katero je bil dejansko urejen zgolj izgon. Drugič, vse druge uvodne izjave, ki se nanašajo na poglavje VI Direktive 2004/38, se nanašajo zgolj na izgon (uvodne izjave 23, 24 in 27) ali zavrnitev vstopa v drugo državo članico (uvodni izjavi 25 in 26).

8 Glej v tem smislu sodbe z dne 6. septembra 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, točki 32 in 33); z dne 13. novembra 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, točki 28 in 30), in z dne 13. junija 2019, TopFit in Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, točki 44 in 47).

9 Glej v tem smislu sodbe z dne 6. septembra 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, točka 34); z dne 13. novembra 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, točka 31), in z dne 13. junija 2019, TopFit in Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, točka 48).

10 Moj poudarek.

11 UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 1, str. 11. Direktiva, kakor je bila nazadnje spremenjena z Direktivo Sveta 75/35/ES z dne 17. decembra 1974 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 1, str. 174). Moj poudarek.

33. Zato glede na zgornje ugotovitve menim, da določba, kot je ta iz postopka v glavni stvari, s katero ni prepovedan vstop državljana Unije v drugo državo članico ali zahtevan njegov izgon, ampak je njen „edini“ rezultat to, da vpliva na njegovo pravico do bivanja ali jo omejuje, ne spada na področje uporabe člena 27 Direktive 2004/38. Drugače povedano, zgolj zavrnitev vstopa ali izgon (in ukrepe, ki so *neposredno diskriminatorni*) je mogoče upravičiti na podlagi enega od treh izrecnih odstopanj, ki so navedena v Pogodbi in nato posebej omenjena v poglavju VI Direktive 2004/38. [12]

34. Če Sodišče ne bo sledilo tej razlagi člena 27 Direktive 2004/38, vsekakor predlagam, naj ugotovi, da zakonodaja, kot je zadevno pravilo iz postopka v glavni stvari, ni v skladu z zahtevami te direktive. Kot je večkrat poudarilo Sodišče, je v drugem pododstavku člena 27(2) Direktive 2004/38 izrecno navedeno, da utemeljitve, „ki se nanašajo na *splošno preventivo*, niso dovoljene“. [13]

35. Menim, da je zadevna nacionalna zakonska določba iz postopka v glavni stvari ukrep splošne preventive. Nemška vlada je v pisnih stališčih pojasnila, da člen 235(2) StGB *preventivno* prispeva k zagotovitvi načela, v skladu s katerim je treba pravico do varstva in vzgoje praviloma izvajati na kraju otrokovega prvotnega običajnega prebivališča. [14] V tem okviru je jasno, da je zadevna nacionalna določba akt splošne uporabe, ki se uporablja za objektivno določene položaje in za predvidene osebe ustvarja učinke na splošen in abstrakten način, da bi jih odvrnila od ravnanja, ki se šteje za nasprotno interesom družbe in še posebej otrok. Kot taka je ta določba ukrep splošne preventive in zato ne more spadati na področje uporabe člena 27 Direktive 2004/38.

36. Vendar je seveda omejitev svobode gibanja lahko utemeljena le, če temelji na objektivnih razlogih in je sorazmerna s ciljem, ki mu nacionalno pravo legitimno sledi. [15] Temu vprašanju se bom posvetil zdaj.

3. Obstoj objektivnih razlogov, ki lahko upravičijo omejitev, in sorazmernost zadevnega nacionalnega pravila

37. Kot je navedeno zgoraj, nemška vlada trdi, da je njena zakonodaja utemeljena z željo zagotoviti, da se pravica do varstva in vzgoje praviloma izvaja na kraju otrokovega prvotnega običajnega prebivališča. Poleg tega ta vlada navaja, da zakonodaja v širšem smislu želi zaščititi tako pravice do starševske skrbi kot pravice otroka. [16] Komisija se pridružuje temu stališču in pojasnjuje, da je cilj zadevnega ukrepa preprečiti in nazadnje po potrebi sankcionirati mednarodno ugrabitev otroka, kar je cilj, ki je legitimen in zato opravičljiv z vidika javnega reda.

38. Ker so ti cilji neločljivo povezani s temeljnimi pravicami otroka, menim, da jih je treba z vidika prava Unije šteti za legitimne cilje. [17]

12 Glej v tem smislu Barnard, C., in Peers, S., *European Union Law*, 2. izdaja., Oxford University Press, 2017, str. 402–403.

13 Moj poudarek. Glej v tem smislu sodbe z dne 10. julija 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, točka 24); z dne 17. novembra 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, točka 34), in z dne 4. oktobra 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, točka 41).

14 Točka 76 pisnih stališč nemške vlade. V skladu s tem prvim ciljem se nemška vlada sklicuje na cilj, da se zagotovi, da ugrabitev otroka ne bo vplivala na pristojnosti sodišča po otrokovem običajnem prebivališču.

15 Glej sodno prakso, navedeno v opombi 9.

16 Točki 75 in 76 pisnih stališč nemške vlade.

17 Nekateri celo splošneje trdijo, da je legitimen cilj vse, kar je povezano z varstvom družine (glej v tem smislu Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruselj, 2017, št. 258, str. 260).

39. Kot je že priznalo Sodišče, eno takih temeljnih otrokovih pravic določa člen 24(3) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina), in sicer, da ima otrok pravico do rednih osebnih odnosov in neposrednih stikov z obema roditeljema, pri čemer je spoštovanje te pravice nedvomno v skladu z največjo koristjo vsakega otroka. Glede tega je treba ugotoviti, da je zaradi neupravičene premestitve otroka, ki je posledica enostranske odločitve enega od staršev, otrok najpogosteje prikrajšan za redne osebne odnose in neposredne stike z drugim od staršev. [18]

40. Glede na te ugotovitve je mogoče prav tako navesti, da je bila tudi Haaška konvencija iz leta 1980, ki je bila pozneje dopolnjena z Uredbo št. 2201/2003, sprejeta predvsem na podlagi tega, da so interesi otrok izjemnega pomena v zadevah, ki se nanašajo na njihovo varstvo in vzgojo. Zato je treba otroke zavarovati pred škodljivimi učinki neupravičene čezmejne premestitve ali zadržanja ter uvesti postopke za zagotovitev takojšnje vrnitve otroka v državo, v kateri ima običajno prebivališče, in zagotoviti varstvo pravice do stikov. [19]

41. V teh okoliščinah nacionalna zakonodaja, ki želi med drugim preprečiti neupravičeno premestitev ali zadrževanje otrok, nedvomno sledi legitimnemu cilju na podlagi prava Unije.

42. Vendar ukrepe, ki omejujejo temeljno svoboščino, kot je ta, ki jo določa člen 21 PDEU, objektivni razlogi upravičujejo le, če so nujni za varstvo interesov, ki jih želijo zagotoviti, in če teh ciljev ni mogoče doseči z manj omejevalnimi ukrepi. [20]

43. V teh okoliščinah odkrito rečeno dvomim, ali je mogoče za ukrep, kot je zadevna zakonodaja iz postopka v glavni stvari, reči, da je objektivno nujen. Čeprav je bil ta ukrep sprejet za zagotovitev navedenega cilja ureditve zadev, ki se nanašajo na neupravičeno premestitev ali zadržanje, je presenetljivo, da podobno ravnanje, do katerega pride na državnem ozemlju, ni sankcionirano na enak način. Po drugi strani je tudi zakonodajalec Unije, kot je navedeno zgoraj, sprejel Uredbo št. 2201/2003 z namenom odvračati od ugrabitev otrok med državami članicami in v primeru ugrabitve doseči takojšnjo vrnitev otroka. [21] Poleg tega je s to uredbo, ki je bila sprejeta na podlagi zamisli, da mora prevladati korist otroka, [22] vzpostavljeno načelo medsebojnega priznavanja sodnih odločb, izdanih v državah članicah. To načelo temelji, kot je razvidno iz uvodne izjave 21 Uredbe št. 2201/2003, na načelu medsebojnega zaupanja med državami članicami. [23]

44. Seveda je zdaj jasno ugotovljeno, da je to načelo medsebojnega zaupanja med državami članicami v pravu Unije ključnega pomena, saj omogoča vzpostavitev in ohranjanje območja brez notranjih meja. V skladu z ustaljeno sodno prakso načelo medsebojnega zaupanja zlasti v zvezi z območjem svobode, varnosti in pravice od vsake od teh držav zahteva, naj šteje – razen v izrednih okoliščinah – da vse druge države članice spoštujejo pravo Unije in zlasti temeljne pravice, priznane s tem pravom. [24] Poleg tega je treba v zvezi z Uredbo št. 2201/2003 zagotovo spomniti, da je Sodišče poudarilo, da pravosodno sodelovanje in medsebojno zaupanje, na katerih temelji uredba, vodita do vzajemnega priznavanja sodnih odločb, ki je *temelj* za oblikovanje resničnega pravosodnega območja. [25]

18 Glej v tem smislu sodbo z dne 23. decembra 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, točki 54 in 56).

19 Glej v tem smislu sodbo z dne 11. julija 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, točke 48, 51 in 53).

20 Glej v tem smislu sodbo z dne 6. septembra 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, točka 38).

21 Glej v tem smislu uvodno izjavo 17 Uredbe št. 2201/2003. Glej tudi sodbi z dne 11. julija 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, točka 52), in z dne 23. decembra 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, točka 49).

22 Glej v tem smislu sodbo z dne 11. julija 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, točka 51).

23 Glej v tem smislu sodbo z dne 23. decembra 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, točka 45).

24 Glej v tem smislu mnenje 2/13 (Pristop Evropske unije k EKČP) z dne 18. decembra 2014 (EU:C:2014:2454, točka 191), ter sodbi z dne 25. julija 2018, Minister for Justice and Equality (Pomanjkljivosti v pravosodnem sistemu) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, točka 36), in z dne 19. marca 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, točka 81).

25 Glej v tem smislu sodbo z dne 16. januarja 2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, točka 41).

45. Jasno je, da lahko mednarodna narava zadev, kot je ta iz postopka v glavni stvari, pogosteje vodi do težav, ki so med drugim povezane z jezikovno raznolikostjo postopkov ali razdaljo, pa tudi s posebno potrebo po pridobitvi potrdila v zvezi s sodbo, s katero je naložena vrnitev otroka na podlagi člena 42 Uredbe št. 2201/2003. Čeprav ni mogoče minimizirati teh težav, pa se ne sme ogroziti načelo medsebojnega zaupanja s sklicevanjem na take težave v praksi, saj bi se s tem oslabil tudi *effet utile* instrumentov, ki temeljijo na tem načelu. Vendar bi se zgodilo prav to, če bi bilo državi članici dovoljeno, da na ta način razlikuje med ugrabitvami otrok znotraj države članice in ugrabitvami otrok, v katerih je vključena druga država članica.

46. V teh okoliščinah menim, da ni očitno, da je nacionalna zakonodaja, kot je zadevno pravilo iz postopka v glavni stvari, nujna za doseganje cilja, ki mu sledi, kadar pride do neupravičene premestitve ali zadržanja v drugi državi članici in ne v tretji državi.

47. Zato je dolžnost sodišča, ki odloča o zadevi, da ne uporabi nacionalne zakonodaje, ki je v nasprotju s pravom Unije, saj je jasno, da imajo določbe člena 21 PDEU neposredni učinek [26] in da se lahko zato posameznik nanje sklicuje proti državi članici. [27]

4. Podredno, analiza sorazmernosti stricto sensu

48. Če se Sodišče ne bo strinjalo s to analizo in bo menilo, da je zadevna nacionalna zakonodaja potrebna za doseganje ciljev, ki jim sledi ta ukrep, bo še vedno treba ugotoviti, ali tega cilja ni mogoče doseči z manj omejujočimi ukrepi.

49. Glede tega vprašanja menim, da samodejna določitev kazni zapora ali denarne kazni v primeru premestitve ali zadržanja otroka v tujini, ne da bi se obvestil(i) imetnik(i) starševske skrbi, ne bi bila združljiva z načelom sorazmernosti.

50. Kot je namreč navedeno v členu 49(3) Listine, kazen ne sme biti nesorazmerna s kaznivim dejanjem. Kot je pojasnil generalni pravobranilec M. Bobek v zadevi Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), se sorazmernost kazenskih sankcij izraža na dveh ravneh. Prvič, izrečena kazen mora biti sorazmerna s težo kršitve. Drugič, pri določanju te kazni je treba upoštevati posamične okoliščine vsakega primera. [28] Da bo analiza sorazmernosti opravljena učinkovito, je treba zato opraviti *konkretno* presojo glede na posebne okoliščine posameznega primera. [29]

51. Da bi bilo spoštovano to načelo, mora biti z upoštevno nacionalno zakonodajo omogočen posamičen preizkus položaja, v katerem je prišlo do spornih dejstev. [30]

52. Nemška vlada v odgovoru na vprašanja Sodišča navaja, da izrek kazni zapora ali denarne kazni ni samodejen in da je mogoče pri izreku sankcije upoštevati posebne značilnosti vsakega primera. Ker v predlogu za sprejetje predhodne odločbe v zvezi s tem ni nobene navedbe, mora vendarle nacionalno sodišče ugotoviti, ali je uporaba člena 235 StGB v skladu z načelom sorazmernosti v tem smislu, da je nacionalnemu sodišču pred izrekom kazenske sankcije – pa naj gre za kazen zapora ali denarno kazen – dovoljeno upoštevati konkretne in posamezne značilnosti vsake zadeve. [31]

26 V zvezi z neposrednim učinkom svobode gibanja glej sodbi z dne 4. decembra 1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, točka 7), in z dne 17. septembra 2002, Baumbast in R (C-413/99, EU:C:2002:493, točki 84 in 86).

27 Glej v tem smislu sodbo z dne 24. junija 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, točka 61).

28 Točka 42.

29 Glej v tem smislu v zvezi z evropskim nalogom za prijetje in predajo sklepne predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, točka 93).

30 Glej v tem smislu sodbo z dne 12. marca 2019, Tjebbes in drugi (C-221/17, EU:C:2019:189, točka 41).

31 Glej v tem smislu sodbi z dne 10. julija 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, točka 28), in z dne 12. marca 2019, Tjebbes in drugi (C-221/17, EU:C:2019:189, točka 40).

53. Za to bo lahko nacionalno sodišče upoštevalo različne dejavnike, kot so osebno obnašanje enega od staršev, zoper katerega poteka kazenski pregon, odnosi med roditeljema, ali so bili uporabljeni mehanizmi iz Uredbe št. 2201/2003 in kakšen je rezultat te uporabe, ter, odvisno od okoliščin zadeve, mnenje otroka samega (glede na to, da člen 24(1) Listine določa, da je treba upoštevati mnenje zadevnih otrok o stvareh, ki jih zadevajo, v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo).

54. Če v nacionalnem pravu ni omogočen tak posamičen preizkus, sodišče, ki odloča o zadevi, posledično ne bi smelo uporabiti nacionalne zakonodaje, ki je v nasprotju s pravom Unije.

VI. Predlog

55. Tako glede na zgornje preudarke Sodišču predlagam, naj na vprašanji, ki ju je predložilo Amtsgericht Heilbronn (okrajno sodišče v Heilbronnu, Nemčija), odgovori:

1. Države članice morajo izvrševati svojo pristojnost v kazenskih zadevah ob spoštovanju ne le temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja pravo Unije, ampak tudi prava Unije kot celote in še zlasti primarnega prava Unije. Zato je treba člena 18 in 21 PDEU razlagati tako, da nacionalne kazenske določbe ne smejo povzročiti diskriminacije oseb, ki jim je s pravom Unije zagotovljena pravica do enakega obravnavanja, ali omejevati temeljnih svoboščin, zagotovljenih s pravom Unije.

2. Člena 18 in 21 PDEU je treba razlagati tako, da nasprotujeta zakonodaji države članice, kot je ta iz postopka v glavni stvari, s katero se sankcionira neupravičena premestitev ali zadržanje otroka različno glede na to, ali do tega pride na državnem ozemlju ali na ozemlju druge države članice Evropske unije, ki se za to obravnava kot tretja država.

   Podredno je treba člena 18 in 21 PDEU v povezavi s členom 24 in členom 49(3) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah razlagati tako, da ne nasprotujeta zakonodaji države članice, kot je ta iz postopka v glavni stvari, s katero se sankcionira neupravičena premestitev ali zadržanje otroka različno glede na to, ali do tega pride na državnem ozemlju ali na ozemlju druge države članice Evropske unije, če lahko nacionalna sodišča opravijo posamičen preizkus položaja, v katerem je prišlo do spornih dejstev.

   V okviru tega preizkusa lahko sodišča upoštevajo zlasti osebno obnašanje enega od staršev, zoper katerega poteka kazenski pregon, in odnose med roditeljema, ali so bili uporabljeni mehanizmi iz Uredbe Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000 ter, odvisno od okoliščin zadeve, mnenje otroka samega.