Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN
föredraget den 4 juni 2020[1]

Mål C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
mot
ZW

(begäran om förhandsavgörande från Amtsgericht Heilbronn (Distriktsdomstolen i Heilbronn, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 18 FEUF – Artikel 21 FEUF – Unionsmedborgarskap – Unionsmedborgares rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier – Direktiv 2004/38/EG – Artikel 27 – Det straffrättsliga brottet bortförande av barn – Barn för vilket förmyndare utsetts – Förälder som delvis fråntagits vårdnaden och som har fört barnet utomlands utan föregående samtycke av förmyndaren”

I. Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 18 och 21 FEUF samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG.[2]

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett förfarande mot ZW, som är åtalad som medgärningsman till ett brott som består i bortförandet av ett barn som är hennes son.

3. Ännu en gång har frågor ställts av en nationell domstol rörande räckvidden av unionsmedborgarnas rätt till fri rörlighet. EU-domstolens svar kommer också att tjäna till att i det särskilda sammanhanget bortförandet av barn klargöra tillämpningsområdet för artikel 27 i direktiv 2004/38, enligt vilken medlemsstaterna får begränsa den fria rörligheten av hänsyn till allmän ordning.

1 Originalspråk: engelska.

2 EUT L 158, 2004, s. 77, och rättelser i EUT L 229, 2004, s. 35, och EUT L 197, 2005, s. 34.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Internationell rätt

4. I artikel 12 i konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn, som ingicks i Haag den 25 oktober 1980 (nedan kallad 1980 års Haagkonvention), föreskrivs följande:

”Om ett barn olovligen har förts bort eller hållits kvar enligt vad som sägs i artikel 3 och det den dag då förfarandet inleds hos den judiciella eller administrativa myndigheten i den fördragsslutande stat där barnet befinner sig har förflutit mindre än ett år från den dag det olovliga bortförandet eller kvarhållandet ägde rum, skall vederbörande myndighet besluta om barnets omedelbara återlämnande.

…”

B. Unionsrätt

1. Direktiv 2004/38

5. Artikel 27 i direktiv 2004/38 utgör den första bestämmelsen i kapitel VI, vilket har rubriken ”Begränsningar i rätten till inresa och uppehåll av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa”. I denna bestämmelse föreskrivs följande:

”1. Med förbehåll för bestämmelserna i detta kapitel får medlemsstaterna begränsa den fria rörligheten för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, oavsett medborgarskap, av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Sådana hänsyn får inte åberopas för att tjäna ekonomiska syften.

2. Åtgärder som vidtas med hänsyn till allmän ordning eller säkerhet skall överensstämma med proportionalitetsprincipen och uteslutande vara grundade på vederbörandes personliga beteende. Tidigare straffdomar skall inte i sig utgöra skäl för sådana åtgärder.

Den berörda personens personliga beteende måste utgöra ett verkligt, faktiskt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse. Motiveringar som inte beaktar omständigheterna i det enskilda fallet eller som tar allmänpreventiva hänsyn skall inte accepteras.

…”

2. Förordning (EG) nr 2201/2003

6. Skälen 17 och 21 i rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000[3] har följande lydelse:

”(17) Vid olovligt bortförande eller kvarhållande av ett barn bör barnet omedelbart återföras, och i det syftet bör [1980 års Haagkonvention] fortsätta att tillämpas, med de kompletteringar som följer av bestämmelserna i denna förordning, särskilt artikel 11. Domstolarna i den medlemsstat dit barnet olovligt har förts eller där det kvarhålls bör kunna motsätta sig ett återförande i särskilda fall, om det finns vägande skäl. En sådan dom bör dock kunna ersättas med en senare dom av domstolen i den medlemsstat där barnet hade hemvist före det olovliga bortförandet eller

3 EUT L 338, 2003, s. 1.

kvarhållandet. Om den sistnämnda domen innebär att barnet skall återlämnas, bör återlämnandet verkställas utan att något särskilt förfarande för erkännande och verkställighet behöver anlitas i den medlemsstat där det bortförda barnet befinner sig.

…

(21) Erkännande och verkställighet av domar som har meddelats i en medlemsstat bör bygga på principen om ömsesidigt förtroende, och skälen för att vägra erkännande bör begränsas till ett minimum.”

7. Artikel 42 i förordning nr 2201/2003 ingår i avsnitt 4, vilket har rubriken ”Verkställbarhet av vissa domar om umgänge och av vissa domar som kräver återlämnande av barn”. Denna artikel har följande lydelse:

”1. Ett barns återlämnande som avses i artikel 40.1 b och som följer av en verkställbar dom, som har meddelats i en medlemsstat, skall erkännas och vara verkställbart i en annan medlemsstat utan att det behövs någon verkställbarhetsförklaring och utan möjlighet att invända mot erkännandet, om domen har försetts med ett intyg i ursprungsmedlemsstaten i enlighet med punkt 2.

Även om det i nationell lag inte föreskrivs att en dom som kräver att barnet återlämnas enligt artikel 11.8 alltid skall vara verkställbar, utan hinder av att den överklagats, kan ursprungsdomstolen förklara att domen skall vara verkställbar.

2. Domaren vid ursprungsdomstolen som meddelat den dom som avses i artikel 40.1 b skall utfärda det intyg som avses i punkt 1 endast om

a) barnet har fått möjlighet att komma till tals, om detta inte ansetts olämpligt med hänsyn till barnets ålder eller mognad,

b) parterna fått möjlighet att yttra sig, och

c) domstolen har meddelat domen med beaktande av de skäl och den bevisning som legat till grund för det beslut som meddelats enligt artikel 13 i 1980 års Haagkonvention.

Om domstolen eller en annan myndighet vidtar åtgärder för att garantera barnets skydd efter återlämnandet till den stat där det har hemvist, skall intyget innehålla närmare uppgifter om dessa åtgärder.

Domaren vid ursprungsdomstolen skall på eget initiativ utfärda intyget och då använda standardformuläret i bilaga IV (intyg om återlämnande av barn).

Intyget skall utfärdas på samma språk som domen.”

C. Tysk rätt

8. I 25 § Strafgesetzbuch (strafflagen) (nedan kallad StGB) föreskrivs följande:

”1) Som gärningsman ska dömas den som själv eller genom en annan har begått brottet.

2) Om flera personer gemensamt begår brottet ska var och en dömas som gärningsman (medgärningsman).”

9. 235 § StGB har följande lydelse:

”1) Till böter eller fängelse i högst fem år döms den som

1. med våld, hot om allvarlig skada eller genom bedrägeri bortför eller undanhåller en person under arton år,

2. bortför eller undanhåller ett barn, utan att vara anhörig,

från föräldrarna, en förälder, en förmyndare eller vårdnadshavare.

2) Det är även straffbart när ett barn från föräldrarna, en förälder, förmyndare eller vårdnadshavare

1. bortförs för att föra det utomlands, eller

2. undanhålls i utlandet efter att det har förts dit eller har begett sig dit[.]

3) I de fall som anges i punkt 1 stycket 2 och i punkt 2 stycket 1 är även försök straffbart.

4) Fängelse på mellan 1 år och 10 år ska utdömas om gärningsmannen

1. genom gärningen har utsatt offret för livsfara eller allvarlig fara för hälsa eller kroppsskada eller för offrets psykiska utveckling, eller

2. har genomfört gärningen mot ersättning eller i avsikt att berika sig själv eller tredjeman.

5) Om gärningsmannen genom sin gärning förorsakar offrets död ska fängelse i minst 3 år utdömas.

6) I mindre allvarliga fall som anges i punkt 4 ska fängelse på mellan 6 månader och 5 år utdömas; i mindre allvarliga fall som anges i punkt 5 ska fängelse på mellan 1 år och 10 år utdömas.

7) Bortförande av minderåriga i de fall som anges i punkterna 1–3 ska beivras enbart om det föreligger en anmälan, vilket dock inte gäller för det fall brottsutredande myndigheter med hänsyn till det särskilda allmänna intresset för att utreda brottet på eget initiativ beslutar om utredning.”

III. Bakgrund till tvisten

10. Förevarande mål har sitt upphov i ett brottmål mot ZW, som är rumänsk medborgare och bosatt i Tyskland, vilket har inletts i Tyskland angående det internationella bortförandet av hennes eget barn, sonen AW.

11. AW, som är rumänsk medborgare, har bott hos sin mor i Tyskland sedan år 2009. AW:s föräldrar är separerade och den rumänska fadern är bosatt i Rumänien. På grund av AW:s beteendeproblem placerades han med föräldrarnas samtycke i ungdomshem i mars 2013. Genom ett beslut som meddelades av tysk domstol 2014 fråntogs föräldrarna bland annat rätten att bestämma om barnets boende, och denna rättighet överläts i stället till en förmyndare kallad ”Ergänzungspfleger” (nedan kallad vårdnadshavaren) inom ramen för en partiell överflyttning av vårdnaden kallad ”Ergänzungspflegschaft” (förmyndarskap för ytterligare skydd).

12. I december 2017, när AW åter bodde hos sin mor efter flera misslyckade placeringar på olika behandlingshem, fördes han till Rumänien av sin far, med moderns samtycke. Det är där han bor nu. Eftersom föräldrarna hade underlåtit att informera vårdnadshavaren, som har rätt att bestämma om barnets boende, väckte vårdnadshavaren talan i brottmål mot föräldrarna som medgärningsmän vid det internationella bortförandet av ett barn. Modern är svarande i det nationella målet.

13. Den hänskjutande domstolen har förklarat att enligt 235 § punkt 2 StGB är internationella bortföranden av barn (genom åsidosättande av vårdnadshavarens rätt att bestämma om barnets boende) straffbart med böter eller frihetsstraff om upp till fem års fängelse, oberoende av om barnet undanhålls i en annan av unionens medlemsstater eller i ett tredjeland. Om bortförandet däremot äger rum inom det nationella territoriet, är bortförandet enligt StGB straffbart endast om den berörda personen bortför eller undanhåller barnet med våld, hot om allvarlig skada eller genom bedrägeri.

14. Den hänskjutande domstolen vill i detta sammanhang få klarhet i huruvida en sådan straffrättslig bestämmelse omfattas av unionsrätten och huruvida den i så fall är förenlig med densamma.

IV. Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

15. Under ovan angivna omständigheter beslutade Amtsgericht Heilbronn (Distriktsdomstolen i Heilbronn, Tyskland), genom beslut av den 11 juni 2019, som inkom till domstolen den 14 juni 2019, att vilandeförklara förfarandet och ställa följande frågor till domstolen:

”1 Ska unionens primär- och/eller sekundärrätt, i förevarande mål särskilt [direktiv 2004/38], vilken innebär en omfattande rätt för unionsmedborgare att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier tolkas så, att den även omfattar nationella straffrättsliga bestämmelser?

2 Om frågan besvaras jakande: Utgör tolkningen av unionens primär- och/eller sekundärrätt hinder mot en tillämpning av en nationell straffrättslig bestämmelse enligt vilken det är straffbart att undanhålla ett barn från dess vårdnadshavare i utlandet, om det i bestämmelsen inte görs någon åtskillnad efter om det är frågan om medlemsstater i Europeiska unionen eller tredjeländer?”

16. Skriftliga yttranden har inkommit från den tyska regeringen och Europeiska kommissionen. Förhandlingen, som var planerad till den 25 mars 2020, ställdes in på grund av covid-19 pandemin. De frågor för muntliga svar som hade sänts till parterna före förhandlingen omvandlades i stället, genom beslut av den 17 mars 2020, till frågor att besvara skriftligen. Z.W., den tyska regeringen och kommissionen efterkom begäran och svarade på frågorna inom den frist som domstolen hade fastställt. De har således samtliga getts möjlighet att yttra sig över alla aspekter i begäran om förhandsavgörande.

V. Bedömning

A. Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

17. Den tyska regeringen har i sina skriftliga yttranden hävdat att de frågor som har ställts av den nationella domstolen inte kan tas upp till prövning. Enligt den tyska regeringen har frågorna inget faktiskt och direkt samband med föremålet för det mål som den nationella domstolen ska pröva. Jag anser emellertid att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning.

18. Det ska härvid för det första påpekas att enligt fast rättspraxis utgör det förfarande som har införts genom artikel 267 FEUF ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om unionsrättens tolkning som de behöver för att kunna avgöra de mål som de ska pröva. Inom ramen för detta

samarbete ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av en unionsbestämmelse. Enligt fast rättspraxis presumeras nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten vara relevanta. Dessa frågor ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen på eget ansvar har lämnat och vars riktighet det inte ankommer på EU-domstolen att pröva. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [4]

19. I förevarande mål har det inte bestritts att ZW, som är medborgare i en medlemsstat, i förevarande fall Rumänien, och som har flyttat till en annan medlemsstat, i förevarande fall Tyskland, har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet. Hennes situation omfattas följaktligen av unionsrättens tillämpningsområde och åtminstone artiklarna 18 och 21 FEUF. [5]

20. Dessutom har den hänskjutande domstolen ingående förklarat varför den anser att det, för att den ska kunna avgöra det mål som den ska pröva, är nödvändigt att få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för tillämpningen av en sådan straffrättslig bestämmelse som den som avses i den tvist som är anhängig vid den.

21. Under dessa omständigheter anser jag att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning.

B. Den första frågan

22. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida nationella straffrättsliga bestämmelser kan omfattas av unionsrätten och särskilt av direktiv 2004/38.

23. Denna fråga måste besvaras jakande. Även om strafflagstiftningen och bestämmelserna om brottmålsförfarandet i princip är frågor som medlemsstaterna i stor utsträckning ansvarar för, har domstolen konsekvent slagit fast att unionsrätten medför begränsningar av medlemsstaternas befogenheter på detta område. Medlemsstaternas befogenheter på detta område måste nämligen utövas med respekt inte endast för de grundläggande friheter som garanteras genom unionsrätten, utan också för unionsrätten som helhet, och särskilt primärrätten. [6] Sådana lagbestämmelser på det straffrättsliga området får därför inte vara diskriminerande mot personer som enligt unionsrätten har rätt till likabehandling eller begränsa de grundläggande friheter som garanteras av unionsrätten. [7]

4 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punkterna 18–20), och dom av den 23 januari 2019, M.A. m.fl. (C-661/17, EU:C:2019:53, punkterna 48–50).

5 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punkt 27).

6 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 februari 2019, Rimšēvičs och ECB/Lettland (C-202/18 och C-238/18, EU:C:2019:139, punkt 57).

7 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 februari 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, punkt 19), dom av den 24 november 1998, Bickel och Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, punkt 17), och dom av den 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkterna 53 och 54).

C. Den andra frågan

24. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida unionsrätten och närmare bestämt icke-diskrimineringsprincipen och rätten till fri rörlighet, vilka stadfästs i artiklarna 18 och 21 FEUF och preciseras i direktiv 2004/38, utgör hinder för tillämpning av en nationell straffrättslig bestämmelse enligt vilken det är straffbart att i utlandet undanhålla ett barn från dess vårdnadshavare, om det i bestämmelsen inte görs någon åtskillnad efter om det är fråga om stater som ingår i Europeiska unionen eller tredjeländer.

25. Jag vill inledningsvis göra klart att de särskilda omständigheterna i det nationella målet – det vill säga den omständigheten att rätten att bestämma om barnets boende utövas av en tredje part och att det straffrättsliga förfarandet därför potentiellt riktas mot båda föräldrarna – inte påverkar den begärda tolkningen av unionsrätten. När det gäller villkoren för tillämpningen av den straffrättsliga bestämmelsen befinner sig de båda åtalade nämligen i samma situation.

1. Föreligger olika behandling och/eller en begränsning av den fria rörligheten?

26. Det står klart att i den nationella lagstiftningen i fråga görs åtskillnad mellan en situation som inträffar på nationellt territorium och en situation som innebär bortförande av ett barn till ett annat land. I sistnämnda fall är enbart den omständigheten att barnet från föräldrarna, en förälder, en förmyndare eller vårdnadshavare bortförs till eller undanhålls i utlandet tillräcklig för att föranleda en straffrättslig påföljd.

27. Under dessa omständigheter är det enligt min mening inte beslutet om vårdnaden i sig, utan snarare risken för ett åtal i brottmål som kan motverka att en unionsmedborgare lämnar den värdmedlemsstat där han eller hon är bosatt och återvänder till sin ursprungsmedlemsstat med sitt barn, när personen i fråga inte har rätt att bestämma var barnet ska bo. Det är sannolikt att denna skillnad i behandling och dess verkningar påverkar eller till och med begränsar unionsmedborgarnas fria rörlighet, i den mening som avses i artikel 21 FEUF.[8]

28. Enligt fast rättspraxis kan en sådan begränsning vara motiverad endast om den grundar sig på objektiva överväganden och står i proportion till det legitima syfte som eftersträvas med de nationella bestämmelserna.[9] För fullständighetens skull och eftersom kommissionen har åberopat detta argument, föreslår jag dock att det först ska undersökas huruvida åtgärden i fråga kan motiveras med det undantag grundat på allmän ordning som föreskrivs i artikel 27 i direktiv 2004/38.

2. Artikel 27 i direktiv 2004/38 och det undantag som grundar sig på allmän ordning

29. Enligt artikel 27 i direktiv 2004/38 får medlemsstaterna begränsa den fria rörligheten för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, oavsett medborgarskap, av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Oberoende av huruvida den kamp mot bortföranden av barn som ligger till grund för den nationella bestämmelsen i fråga kan betraktas som ett skäl som avser allmän ordning, anser jag inte att en sådan nationell bestämmelse som den som avses i det nationella målet omfattas av tillämpningsområdet för artikel 27 i direktiv 2004/38.

8 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punkterna 32 och 33), dom av den 13 november 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punkterna 28 och 30), och dom av den 13 juni 2019, TopFit och Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, punkterna 44 och 47).

9 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punkt 34), dom av den 13 november 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punkt 31), och dom av den 13 juni 2019, TopFit och Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, punkt 48).

30. Såväl en systematisk som en teleologisk tolkning bekräftar nämligen att tillämpningsområdet för artikel 27 i direktiv 2004/38 är avgränsat till, å ena sidan, begränsningar i rätten till inresa i egentlig mening och, å andra sidan, utvisningsåtgärder.

31. Vad gäller den systematiska tolkningen, det vill säga det normativa sammanhang som bestämmelsen i fråga ingår i, ska det påpekas att artikel 27 i direktiv 2004/38 utgör den första bestämmelsen i kapitel VI i direktivet, vilket har rubriken *”Begränsningar i rätten till inresa och uppehåll* av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa”.[10] Vidare har artikel 27 själv rubriken ”Allmänna principer”, vilket innebär att principerna i fråga utvecklas i de efterföljande bestämmelserna. Alla de efterföljande bestämmelserna i kapitel VI handlar emellertid uteslutande om skydd mot utvisning (artikel 28 – Skydd mot utvisning, artikel 32 – Varaktigheten av ett återreseförbud, och artikel 33 – Utvisning som påföljd eller särskild rättsverkan), det slag av sjukdomar som kan förhindra inresa till eller motivera utvisning från en medlemsstat (artikel 29) och rättssäkerhetsgarantier mot eventuella beslut som fattas på grundval av artikel 27 i direktivet (artikel 30 – Delgivning av beslut, och artikel 31 – Rättssäkerhetsgarantier). De flesta – om inte alla – av dessa förfarandebestämmelser avser uttryckligen endast beslut om utvisning.

32. Vad gäller den teleologiska tolkningen är skälen 22–27 i direktiv 2004/38 särskilt belysande. För det första föreskrivs i skäl 22, efter att det erinrats om att enligt fördraget kan rätten att fritt röra sig och uppehålla sig begränsas av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa, att ”[f]ör att säkerställa en snävare definition av de omständigheter och rättssäkerhetsgarantier som avgör om unionsmedborgare eller familjemedlemmar *kan nekas inresa eller utvisas*, bör detta direktiv ersätta rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa”,[11] vilket de facto endast rörde utvisning. I alla de övriga skäl som avser kapitel VI i direktiv 2004/38 nämns, för det andra, endast utvisning (skälen 23, 24 och 27) eller nekad inresa i en annan medlemsstat (skälen 25 och 26).

33. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag följaktligen att en sådan bestämmelse som den som avses i det nationella målet, vilken inte förbjuder en unionsmedborgares inresa till en annan medlemsstat eller föreskriver om utvisning av en unionsmedborgare, utan vars ”enda” resultat snarare är att den påverkar eller begränsar hans eller hennes fria rörlighet, inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 27 i direktiv 2004/38. Det är med andra ord endast nekad inresa eller utvisning (och åtgärder som är *direkt diskriminerande*) som kan motiveras med ett av de tre uttryckliga undantag som föreskrivs i fördraget och som särskilt anges i kapitel VI i direktiv 2004/38.[12]

34. Om domstolen inte skulle instämma i denna tolkning av artikel 27 i direktiv 2004/38, måste den – anser jag – i alla händelser konstatera att en sådan lagbestämmelse som den som avses i det nationella målet inte uppfyller kraven i detta direktiv. Såsom domstolen konsekvent har betonat anges det nämligen uttryckligen i artikel 27.2 andra stycket i direktiv 2004/38 att motiveringar ”som avser *allmänpreventiva* hänsyn [inte kan] accepteras”.[13]

10 Min kursivering.

11 EGT 56, 1964, s. 850; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 28. Direktivet ändrades senast genom rådets direktiv 75/35/EEG av den 17 december 1974 (EGT L 14, 1975, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 175). Min kursivering.

12 Se, för ett liknande resonemang, Barnard, C., och Peers, S., *European Union Law*, andra utgåvan., Oxford University Press, 2017, s. 402–403.

13 Min kursivering. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 24), dom av den 17 november 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, punkt 34), och dom av den 4 oktober 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, punkt 41).

35. Den nationella lagbestämmelse som avses i det nationella målet utgör enligt min mening en allmänpreventiv åtgärd. Den tyska regeringen har själv i sina skriftliga yttranden de facto förklarat att 235 § punkt 2 StGB *på ett preventivt sätt* bidrar till att säkerställa principen att vårdnadsrätten som en allmän regel ska utövas där barnet har sitt ursprungliga hemvist.[14] I detta sammanhang står det klart att den nationella bestämmelsen i fråga utgör en åtgärd med allmän tillämplighet som är tillämplig på objektivt fastställda situationer och har verkningar för allmänt och abstrakt angivna personer, i syfte att motverka ett agerande som anses strida mot samhällets och särskilt barnens intressen. Bestämmelsen i fråga utgör således en allmänpreventiv åtgärd och kan därför inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 27 i direktiv 2004/38.

36. Dock kan en begränsning av den fria rörligheten naturligtvis vara motiverad om den grundar sig på objektiva överväganden och står i proportion till det legitima syfte som eftersträvas med de nationella bestämmelserna.[15] Det är denna fråga som jag nu kommer att behandla.

3. Huruvida det föreligger objektiva överväganden som kan motivera begränsningen och huruvida den nationella bestämmelsen i fråga är proportionerlig

37. Som det anges ovan har den tyska regeringen hävdat att den tyska lagstiftningen motiveras av en önskan att säkerställa att vårdnadsrätten som en allmän regel ska utövas där barnet har sitt ursprungliga hemvist. Vidare har den tyska regeringen angett att lagstiftningen mer allmänt är avsedd att skydda både vårdnadsrätten och barnets rättigheter.[16] Kommissionen delar detta synsätt och har förklarat att syftet med åtgärden i fråga är att förhindra och, om nödvändigt, i sista hand bestraffa internationella bortföranden av barn, vilket är ett legitimt syfte och därför kan motiveras med hänsyn till allmän ordning.

38. Eftersom dessa syften har en nära koppling till barnets grundläggande rättigheter, anser jag att de måste betraktas som legitima syften ur unionsrättslig synvinkel.[17]

39. Som domstolen tidigare har konstaterat är en av barnets grundläggande rättigheter den rättighet som anges i artikel 24.3 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), enligt vilken varje barn har rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med båda föräldrarna. Iakttagandet av denna rättighet ovedersägligen hänger samman med tillvaratagandet av barnets bästa. Ett olovligt bortförande av barnet efter ett ensidigt beslut av en av barnets föräldrar innebär i de flesta fall att barnet fråntas möjligheten att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med den andra föräldern.[18]

40. I linje med dessa överväganden kan det också påpekas att 1980 års Haagkonvention, som senare har kompletterats genom förordning nr 2201/2003, också antogs särskilt mot bakgrund av att barnens bästa är av största betydelse i frågor rörande vårdnaden om dem. Det är följaktligen nödvändigt att skydda barn mot de skadliga effekterna av ett olovligt bortförande till eller kvarhållande av dem i ett annat land och att fastställa förfaranden i syfte att säkerställa ett snabbt återförande av dem till den stat i vilken de har sitt hemvist samt att säkerställa ett skydd för rätten till umgänge.[19]

14 Punkt 76 i den tyska regeringens skriftliga yttrande. I linje med detta första syfte har den tyska regeringen även hänvisat till syftet att säkerställa att bortförandet av ett barn inte ska påverka behörigheten för domstolen på den plats där barnet har sitt hemvist.

15 Se den rättspraxis som anges i fotnot 9.

16 Punkterna 75 och 76 i den tyska regeringens skriftliga yttranden.

17 En del personer har även mer allmänt hävdat att allt som rör skyddet av familjen utgör ett legitimt syfte (se, för ett liknande resonemang, Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bryssel, 2017, nr 258, s. 260).

18 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punkterna 54 och 56).

19 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punkterna 48, 51 och 53).

41. Under dessa omständigheter måste det anses att nationell lagstiftning, som bland annat syftar till att förhindra att barn olovligen bortförs eller kvarhålls, utan tvekan syftar till ett legitimt mål enligt unionsrätten.

42. Åtgärder som begränsar en grundläggande frihet, såsom de som avses i artikel 21 FEUF, kan emellertid anses vara motiverade av objektiva överväganden enbart om de är nödvändiga för att skydda de intressen som de avser att säkerställa och enbart om dessa mål inte kan uppnås genom åtgärder med mindre begränsande verkan. [20]

43. I detta sammanhang är jag uppriktigt sagt tveksam till att en sådan lagstiftningsåtgärd som den som avses i det nationella målet kan anses vara objektivt nödvändig. Även om denna åtgärd antogs i syfte att säkerställa det angivna syftet att motverka olovligt bortförande eller undanhållande, så är det slående att ett liknande beteende inom det nationella territoriet inte straffbeläggs på samma sätt. Å andra sidan har unionslagstiftaren själv, som det anges ovan, antagit förordning nr 2201/2003 i syfte att motverka att människor olovligen bortför barn från en medlemsstat till en annan och, om ett barn bortförs, att möjliggöra att barnet omedelbart återförs. [21] I den förordningen, som antogs på grundval av övervägandet att barnets bästa måste vara avgörande, [22] fastställs principen om ömsesidigt erkännande av domar som meddelats i medlemsstaterna. Denna princip bygger i sin tur på principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, såsom det anges i skäl 21 i förordning nr 2201/2003. [23]

44. Det är numera emellertid tydligt fastställt att denna princip om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna har en grundläggande betydelse inom unionsrätten, eftersom det tack vare denna princip är möjligt att skapa och upprätthålla ett område utan inre gränser. Enligt fast rättspraxis innebär denna princip, särskilt när det gäller området med frihet, säkerhet och rättvisa, att var och en av medlemsstaterna, förutom under exceptionella omständigheter, har en skyldighet att utgå från att alla de andra medlemsstaterna iakttar unionsrätten och särskilt de grundläggande rättigheter som erkänns i unionsrätten. [24] Vad gäller förordning nr 2201/2003 är det dessutom värt att erinra om att domstolen själv har betonat att det ömsesidiga samarbete och förtroende domstolarna emellan som denna förordning bygger på leder till ömsesidigt erkännande av domstolsavgöranden, vilket är en *hörnsten* i arbetet med att skapa ett verkligt rättsligt område. [25]

45. Det står klart att den internationella karaktären hos tvister av det slag som avses i det nationella målet sannolikt allt oftare kommer att leda till svårigheter, bland annat till följd av den språkliga mångfalden i förfarandena eller avstånden, men också till följd av nödvändigheten att erhålla det intyg rörande domen om barnets återlämnande som avses i artikel 42 i förordning nr 2201/2003. Även om dessa svårigheter inte ska förringas, kan principen om ömsesidigt förtroende inte undergrävas genom att åberopa praktiska svårigheter av detta slag utan att också den ändamålsenliga verkan av de instrument som grundar sig på denna princip undergrävs. Detta är emellertid exakt vad som skulle kunna hända om en medlemsstat på detta sätt tilläts göra åtskillnad mellan, å ena sidan, bortföranden av barn som äger rum inom den medlemsstaten och, å andra sidan, bortföranden av barn som involverar en annan medlemsstat.

20 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punkt 38).

21 Se, för ett liknande resonemang, skäl 17 i förordning nr 2201/2003. Se även dom av den 11 juli 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punkt 52), och dom av den 23 december 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punkt 49).

22 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punkt 51).

23 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punkt 45).

24 Se, för ett liknande resonemang, yttrande 2/13 (Unionens anslutning till Europakonventionen) av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkt 191), dom av den 25 juli 2018, Minister for Justice and Equality (Brister i domstolssystemet) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punkt 36), och dom av den 19 mars 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, punkt 81).

25 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 januari 2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, punkt 41).

46. Under dessa omständigheter anser jag att en sådan nationell lagstiftning som den som avses i det nationella målet inte är nödvändig för att uppnå det mål som eftersträvas med den, när det olovliga bortförandet eller kvarhållandet äger rum i en annan medlemsstat och inte i ett tredjeland.

47. Det är därför den hänskjutande domstolens skyldighet att underlåta att tillämpa den nationella lagstiftningen, som strider mot unionsrätten, eftersom bestämmelserna i artikel 21 FEUF har direkt effekt [26] och därför kan åberopas i detta syfte av en enskild gentemot en medlemsstat. [27]

4. Alternativ bedömning avseende proportionaliteten i egentlig mening

48. För det fall att domstolen inte skulle instämma i min bedömning, utan skulle anse att den nationella lagstiftningen i fråga är nödvändig för att uppnå det syfte som eftersträvas med åtgärden, är det fortfarande nödvändigt att kontrollera huruvida syftet i fråga kan uppnås med mindre begränsande åtgärder.

49. När det gäller denna fråga anser jag att det är oförenligt med proportionalitetsprincipen att en påföljd i form av fängelse eller böter automatiskt utdöms i fall av bortförande eller kvarhållande av ett barn utomlands utan att vårdnadshavaren/vårdnadshavarna informerats.

50. Som det anges i artikel 49.3 i stadgan bör straffets stränghet inte vara oproportionerlig i förhållande till lagöverträdelsen. Som generaladvokat Bobek förklarade i målet Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494) bedöms den straffrättsliga påföljdens proportionalitet i två steg. För det första ska den utdömda påföljden stå i proportion till överträdelsens allvarlighetsgrad. För det andra ska vid bestämning av påföljden hänsyn tas till de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet. [28] Det är därför som det, för att proportionalitetsprövningen ska vara effektiv, är nödvändigt att vidta en *konkret* bedömning med hänsyn till de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet. [29]

51. I syfte att respektera denna princip måste den relevanta nationella lagstiftningen därför tillåta en individuell prövning av den situation i vilken de faktiska omständigheterna inträffat. [30]

52. I sina svar på de frågor som ställts av domstolen har den tyska regeringen angett att fängelsestraff eller böter inte utdöms automatiskt och att de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall får beaktas i samband med domen. Eftersom begäran om förhandsavgörande inte innehåller några uppgifter i detta avseende, ankommer det icke desto mindre på den nationella domstolen att pröva huruvida tillämpningen av 235 § StGB är förenlig med proportionalitetsprincipen, genom att den nationella domstolen ges möjlighet att beakta de särskilda och individuella omständigheterna i varje enskilt fall innan en straffrättslig påföljd – oavsett om det är fängelse eller böter – faktiskt utdöms. [31]

53. Den nationella domstolen kan därvid ta hänsyn till olika faktorer, såsom den åtalade förälderns personliga beteende, förhållandet mellan de båda föräldrarna, huruvida de mekanismer som föreskrivs i förordning nr 2201/2003 har tillämpats och resultatet av denna tillämpning samt vid behov barnets egna åsikter, eftersom det i artikel 24.1 i stadgan anges att i förhållande till barnets ålder och mognad ska barnets åsikter beaktas i frågor som rör det.

26 Beträffande den fria rörlighetens direkta effekt, se dom av den 4 december 1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, punkt 7), och dom av den 17 september 2002, Baumbast och R (C-413/99, EU:C:2002:493, punkterna 84 och 86).

27 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punkt 61).

28 Punkt 42.

29 Se, för ett liknande resonemang, avseende den europeiska arresteringsordern, förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, punkt 93).

30 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2019, Tjebbes m.fl. (C-221/17, EU:C:2019:189, punkt 41).

31 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 28), och dom av den 12 mars 2019, Tjebbes m.fl. (C-221/17, EU:C:2019:189, punkt 40).

54. Om nationell rätt inte möjliggör en sådan individuell prövning, så är det följaktligen den nationella domstolens skyldighet att underlåta att tillämpa den nationella lagstiftning som strider mot unionsrätten.

VI. Förslag till avgörande

55. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen svarar på de frågor som har ställts av Amtsgericht Heilbronn (Distriktsdomstolen i Heilbronn, Tyskland) på följande sätt:

1) Medlemsstaterna måste utöva sina befogenheter på det straffrättsliga området med respekt inte endast för de grundläggande friheter som garanteras genom unionsrätten, utan också för unionsrätten som helhet, och särskilt primärrätten. Artiklarna 18 och 21 FEUF ska följaktligen tolkas så, att nationella straffrättsliga bestämmelser därför inte får vara diskriminerande mot personer som enligt unionsrätten har rätt till likabehandling eller begränsa de grundläggande friheter som garanteras av unionsrätten.

2) Artiklarna 18 och 21 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som den som avses i det nationella målet, enligt vilken olovligt bortförande eller undanhållande av ett barn beläggs med olika straff beroende på om situationen uppkommer inom det nationella territoriet eller i en annan av Europeiska unionens medlemsstater, vilken för detta syfte behandlas som ett tredjeland.

Alternativt ska artiklarna 18 och 21 FEUF, jämförda med artiklarna 24 och 49.3 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, tolkas så, att de inte utgör hinder för sådan nationell lagstiftning som den som avses i det nationella målet, enligt vilken olovligt bortförande eller undanhållande av ett barn beläggs med olika straff beroende på om situationen uppkommer inom det nationella territoriet eller i en annan av Europeiska unionens medlemsstater, i den mån nationella domstolar har möjlighet att vidta en individuell prövning av den situation i vilken de faktiska omständigheterna har inträffat.

Inom ramen för denna prövning får domstolarna särskilt beakta den åtalade förälderns personliga beteende och förhållandet mellan de båda föräldrarna, huruvida de mekanismer som föreskrivs i rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 har tillämpats och vid behov barnets egen uppfattning.