Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
GERARDA HOGANA
przedstawiona w dniu 4 czerwca 2020 r.[1]

Sprawa C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
przeciwko
ZW

[Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Amtsgericht Heilbronn (sąd rejonowy w Heilbronn, Niemcy)]

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Artykuł 18 TFUE – Artykuł 21 TFUE – Obywatelstwo Unii – Prawo obywateli Unii do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich – Dyrektywa 2004/38/WE – Artykuł 27 – Przestępstwo uprowadzenia dziecka – Dziecko pozostające pod opieką zastępczą opiekuna prawnego – Rodzic częściowo pozbawiony praw rodzicielskich, który przewozi dziecko zagranicę bez uprzedniej zgody opiekuna prawnego

I. Wprowadzenie

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 18 i 21 TFUE oraz dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG[2].

2. Wniosek został złożony w ramach postępowania karnego przeciwko ZW, podlegającej odpowiedzialności karną jako współsprawca przestępstwa uprowadzenia osoby nieletniej, będącej jej synem.

3. Pytania przedłożone przez sąd odsyłający po raz kolejny dotyczą zakresu prawa do swobodnego przemieszczania się obywateli Unii. Odpowiedź udzielona przez Trybunał także posłuży do doprecyzowania w konkretnym kontekście uprowadzenia dziecka zakresu stosowania art. 27 dyrektywy 2004/38, który zawiera upoważnienie dla państw członkowskich do ograniczenia swobody przemieszczania się ze względów porządku publicznego.

1 Język oryginału: angielski.

2 Dz.U. 2004, L 158, s. 77, wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 3, t. 5, s. 46–61.

II. Ramy prawne

A. Prawo międzynarodowe

4. Artykuł 12 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r. (zwanej dalej „konwencją haską") stanowi:

„Jeżeli dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane w rozumieniu artykułu 3, a w chwili wpłynięcia wniosku do władzy sądowej lub administracyjnej Umawiającego się Państwa, w którym znajduje się dziecko, upłynął okres krótszy niż jeden rok od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, zainteresowana władza zarządza niezwłoczne wydanie dziecka.

[…]".

B. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2004/38

5. Artykuł 27 dyrektywy 2004/38 jest pierwszym przepisem rozdziału VI zatytułowanego „Ograniczenia w prawie wjazdu i prawie pobytu uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego". Przepis ten stanowi:

„1. Z zastrzeżeniem przepisów niniejszego rozdziału, państwa członkowskie mogą ograniczyć swobodę przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i członków ich rodziny, bez względu na przynależność państwową, kierując się względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Na względy te nie można się powoływać do celów gospodarczych.

2. Środki podjęte ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności i opierać się wyłącznie na indywidualnym zachowaniu danej osoby. Wcześniejsza karalność nie może sama w sobie stanowić podstaw do podjęcia takich środków.

Indywidualne zachowanie danej osoby musi stanowić rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych. Nie są dopuszczalne uzasadnienia, które nie są bezpośrednio związane z danym indywidualnym przypadkiem lub opierają się na względach ogólnej prewencji.

[…]".

2. Rozporządzenie (WE) nr 2201/2003

6. Motywy 17 i 21 rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 [3] mają następujące brzmienie:

„(17) W przypadku bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka powinno się niezwłocznie zarządzić jego powrót; w tym celu nadal powinna mieć zastosowanie konwencja haska z dnia 24 października 1980 r., którą uzupełniają przepisy niniejszego rozporządzenia, w szczególności jej art. 11. Sądy państwa członkowskiego, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone

3 Dz.U. 2003, L 338, s. 1, wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 19, t. 6, s. 243–271.

lub w którym zostało bezprawnie zatrzymane, powinny mieć w szczególnych, należycie uzasadnionych przypadkach możliwość sprzeciwienia się jego powrotowi. Powinno być jednak możliwe zastąpienie takiego orzeczenia przez późniejsze orzeczenie sądu państwa członkowskiego, w którym dziecko miało zwykły pobyt przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Jeżeli takie orzeczenie wymaga powrotu dziecka, powrót powinien nastąpić bez potrzeby przeprowadzenia szczególnego postępowania w sprawie uznania i wykonania tego orzeczenia w państwie członkowskim, do którego dziecko zostało bezprawnie uprowadzone.

[…]

(21) Uznawanie i wykonywanie orzeczeń wydanych w państwie członkowskim powinno opierać się na zasadzie wzajemnego zaufania, a podstawy nieuznania orzeczenia powinny być ograniczone do niezbędnego minimum".

7. Artykuł 42 rozporządzenia nr 2201/2003 został umieszczony w sekcji 4 zatytułowanej „Wykonalność określonych orzeczeń dotyczących prawa do osobistej styczności z dzieckiem oraz określonych orzeczeń, w których zarządzono powrót dziecka". Zgodnie z tym artykułem:

„1. Powrót dziecka, o którym mowa w art. 40 ust. 1 lit. b), zarządzony w wykonalnym orzeczeniu wydanym w jednym państwie członkowskim, jest uznawany i wykonalny w innym państwie członkowskim, bez potrzeby stwierdzenia wykonalności oraz bez możliwości sprzeciwienia się uznaniu, jeżeli orzeczenie uzyskało zaświadczenie w państwie członkowskim pochodzenia zgodnie z ust. 2.

Nawet jeżeli prawo krajowe nie przewiduje wykonalności orzeczenia zarządzającego powrót dziecka, o którym mowa w art. 11 lit. b) pkt 8, niezależnie od wniesienia jakiegokolwiek środka zaskarżenia, sąd państwa członkowskiego pochodzenia może stwierdzić wykonalność orzeczenia.

2. Sędzia, który wydał orzeczenie, o którym mowa w art. 40 ust. 1 lit. b), wystawia zaświadczenie, o którym mowa w ust. 1, tylko wtedy, gdy:

(a) dziecko miało możliwość bycia wysłuchanym, o ile nie uznano tego za niewłaściwe ze względu na jego wiek lub stopień dojrzałości;

(b) strony miały możliwość bycia wysłuchanymi; oraz

(c) wydając orzeczenie, sąd uwzględnił podstawy i środki dowodowe, na podstawie których wydano orzeczenie zgodnie z art. 13 konwencji haskiej z 1980 r.

W przypadku gdy sąd lub inny organ podejmuje środki mające na celu zapewnienie ochrony dziecka po jego powrocie do państwa zwykłego pobytu, należy je wymienić w zaświadczeniu.

Sędzia wydaje zaświadczenie z urzędu, przy użyciu formularza znajdującego się w załączniku IV (zaświadczenie w sprawie powrotu dziecka).

Formularz wypełnia się w języku, w którym sporządzono orzeczenie".

C. Prawo niemieckie

8. Paragraf 25 Strafgesetzbuch (niemieckiego kodeksu karnego, zwanego dalej „StGB") stanowi:

„(1) Jako sprawca karze podlega osoba, która popełniła czyn zabroniony samodzielnie lub poprzez inną osobę.

(2) Jeżeli czyn zabroniony zostaje popełniony wspólnie przez więcej niż jedną osobę, każda z nich podlega karze jako sprawca (współsprawcy)”.

9. Paragraf 235 StGB stanowi:

„(1) Karze pozbawienia wolności do lat pięciu lub karze grzywny podlega ten, kto odbiera lub pozbawia kontaktu z rodzicami, z jednym z rodziców, z kuratorem lub z opiekunem, przy użyciu siły, groźby wyrządzenia poważnego zła lub podstępem, nie będąc jego krewnym,

1. osobę poniżej osiemnastego roku życia lub

2. dziecko,

(2) Karze podlega również osoba, która

1. odbiera dziecko rodzicom, jednemu z rodziców, kuratorowi lub opiekunowi, aby wywieźć je za granicę, lub

2. ukrywa dziecko przed rodzicami, jednym z rodziców, kuratorem lub opiekunem za granicą po tym, jak zostało ono tam wywieziono lub samo się tam udało [.]

(3) W przypadkach określonych w ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 1 usiłowanie podlega karze.

(4) Karę pozbawienia wolności od roku do dziesięciu lat nakłada się, jeżeli sprawca

1. naraża ofiarę na ryzyko śmierci lub poważnej szkody dla jej zdrowia lub poważnej szkody dla jej rozwoju fizycznego lub psychicznego w wyniku tego czynu; lub

2. popełnia czyn w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub z zamiarem wzbogacenia siebie lub osoby trzeciej.

(5) Jeżeli sprawca w wyniku czynu spowoduje śmierć ofiary, kara nie może być niższa niż trzy lata pozbawienia wolności.

(6) W przypadkach mniejszej wagi, o których mowa w ust. 4, kara wynosi od sześciu miesięcy do pięciu lat pozbawienia wolności, a w przypadkach mniejszej wagi, o których mowa w ust. 5, od roku do dziesięciu lat pozbawienia wolności.

(7) W przypadkach, o których mowa w ust. 1–3, pozbawienie małoletnich wolności jest ścigane wyłącznie na wniosek, chyba że organ ścigania uzna interwencję z urzędu za konieczną ze względu na szczególny interes publiczny w ściganiu”.

III. Stan faktyczny w postępowaniu głównym

10. Początek niniejszej sprawy ma związek z postępowaniem karnym wszczętym w Niemczech przeciwko ZW, obywatelce rumuńskiej zamieszkałej w Niemczech, w związku z międzynarodowym uprowadzeniem jej dziecka, AW.

11. AW, obywatel rumuński, zamieszkiwał z matką w Niemczech od 2009 r. Rodzice AW nie mieszkają ze sobą, przy czym jego ojciec będący obywatelem rumuńskim mieszka w Rumunii. Z uwagi na zaburzenia w zachowaniu dziecka, w marcu 2013 r. zostało ono umieszczone za zgodą rodziców w ośrodku pomocy dla młodzieży. Postanowieniem wydanym w 2014 r. przez niemieckiego sędziego, rodziców pozbawiono prawa do m.in. decydowania o miejscu pobytu dziecka, które to prawo zostało przekazane kuratorowi zwanemu „Ergänzungspfleger" („opiekunem zastępczym") w ramach częściowego przekazania władzy rodzicielskiej, zwanego „Ergänzungspflegschaft" („opieki zastępczej").

12. W grudniu 2017 r. po powrocie do gospodarstwa domowego matki po kilku nieudanych pobytach w szeregu ośrodkach pomocy dla młodzieży, AW został zabrany do Rumunii przez ojca za zgodą matki i obecnie tam zamieszkuje. Z uwagi na okoliczność, że rodzice nie poinformowali opiekuna zastępczego, uprawnionego do decydowania o miejscu pobytu dziecka, złożył on zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przez oboje rodziców jako współsprawców przestępstwa polegającego na międzynarodowym uprowadzeniu małoletniego. Matka jest oskarżoną w postępowaniu głównym.

13. Sąd odsyłający wyjaśnił, że zgodnie z § 235 ust. 2 StGB, międzynarodowe uprowadzenie małoletniego (z pominięciem prawa opiekuna zastęczego do decydowania o miejscu pobytu dziecka) zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat pięciu lub karą grzywny, niezależnie od okoliczności, czy dziecko jest przetrzymywane w innym państwie członkowskim Unii czy w państwie trzecim. Z drugiej strony, jeżeli uprowadzenie następuje na terytorium kraju, to wówczas uprowadzenie jest zagrożone karą na podstawie StGB wyłącznie w sytuacji, gdy dana osoba odbiera lub pozbawia nieletniego kontaktu przy użyciu siły, groźby, wyrządzenia poważnego zła lub w drodze podstępu.

14. W tym kontekście sąd odsyłający zwraca się z zapytaniem, czy, po pierwsze, norma prawa karnego, taka jaka niniejsza, wchodzi w zakres stosowania prawa Unii, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy jest ona zatem zgodna z prawem Unii.

IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oraz postępowanie przed Trybunałem

15. W tych okolicznościach Amtsgericht Heilbronn (sąd rejonowy w Heilbronn) postanowieniem z dnia 11 czerwca 2019 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 14 czerwca 2019 r. zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„(1) Czy prawo pierwotne lub wtórne Unii Europejskiej, w niniejszej sprawie w szczególności dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, w rozumieniu szerokiego prawa obywateli Unii do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono swoim zakresem również krajowe normy prawa karnego?

(2) W razie odpowiedzi twierdzącej: Czy wykładnia prawa pierwotnego lub wtórnego Unii Europejskiej stoi na przeszkodzie stosowaniu krajowej normy prawa karnego, która określa sankcje za ukrywanie dziecka przed jego opiekunem prawnym za granicą, jeżeli przepis ten nie różnicuje między państwami Unii Europejskiej a państwami trzecimi?".

16. Rząd niemiecki oraz Komisja przedłożyły uwagi na piśmie. Z uwagi na pandemię Covid-19, rozprawa wyznaczona na dzień 25 marca 2020 r. została odwołana. W zamian, zarządzeniem z dnia 17 marca 2020 r., pytania przesłane stronom przed rozprawą w celu udzielenia przez nie odpowiedzi ustnej, stały się pytaniami, na które należało udzielić odpowiedzi na piśmie. Z.W., rząd niemiecki oraz Komisja zastosowały się do żądania, udzielając odpowiedzi w terminie zakreślonym przez Trybunał. Tym samym stworzono im możliwość wyrażenia swoich stanowisk odnośnie do wszelkich zagadnień podniesionych we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

V. Analiza

A. W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

17. Rząd niemiecki w swoich uwagach na piśmie podnosi, że pytania przedstawione w celu wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym są niedopuszczalne. Zdaniem tego rządu pytania nie mają żadnego rzeczywistego ani bezpośredniego związku z przedmiotem sporu, który ma zostać rozstrzygnięty przez sąd krajowy. Uważam jednak, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

18. W tym względzie należy w pierwszej kolejności zauważyć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, postępowanie ustanowione w art. 267 TFUE jest instrumentem współpracy między Trybunałem a sądami krajowymi, dzięki któremu Trybunał dostarcza sądom krajowym wskazówek do dokonania wykładni prawa Unii, które są im niezbędne w celu rozstrzygnięcia toczących się przed nimi sporów. W ramach tej współpracy wyłącznie do sądu krajowego, który rozstrzyga spór i musi przyjąć odpowiedzialność za mające zapaść orzeczenie sądowe, należy ocena – w świetle szczególnych okoliczności sprawy – zarówno konieczności uzyskania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dla wydania wyroku, jak i znaczenia przedstawionych Trybunałowi pytań. W konsekwencji jeśli przedstawione pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany wydać orzeczenie. Wynika z tego, że pytania dotyczące wykładni prawa Unii przedstawione przez sąd krajowy w ramach stanu faktycznego i prawnego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny, a którego prawidłowość nie podlega ocenie Trybunału, korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy. Odrzucenie przez Trybunał wniosku sądu krajowego jest możliwe tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego lub prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na przedstawione mu pytania [4].

19. W niniejszej sprawie pozostaje bezspornym, że ZW, obywatelka państwa członkowskiego, to znaczy Rumunii, która przeprowadziła się do innego państwa członkowskiego, to znaczy do Niemiec, skorzystała ze swojego prawa do swobodnego przemieszczania się. W konsekwencji, sytuacja jej objęta jest zakresem stosowania przepisów prawa Unii, a przynajmniej art. 18 i 21 TFUE [5].

20. Ponadto sąd odsyłający w sposób wyczerpujący wyjaśnił, dlaczego uważa on, iż wydanie orzeczenia w zawisłym przed nim sporze wymaga przeprowadzenia analizy, czy przepisy prawa Unii stoją na przeszkodzie zastosowania przepisu prawa karnego takiego, jak norma, na podstawie której wszczęto przed nim postępowanie.

21. W tych okolicznościach uważam, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za dopuszczalny.

B. W przedmiocie pytania pierwszego

22. Poprzez swoje pytanie pierwsze sąd odsyłający w istocie zmierza do ustalenia, czy krajowe przepisy prawa karnego mogą zostać objęte zakresem zastosowania prawa Unii, a w szczególności dyrektywą 2004/38.

4 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 6 września 2016 r., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, pkt 18–20), oraz z dnia 23 stycznia 2019 r., M.A. i in. (C-661/17, EU:C:2019:53, pkt 48 50).

5 Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2018 r., Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, pkt 27).

23. Na pytanie to należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Wprawdzie co do zasady ustawodawstwo karne i normy postępowania karnego mieszczą się w kompetencji państw członkowskich, niemniej jednak z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, iż prawo Unii nakłada ograniczenia na kompetencje państw członkowskich w tej dziedzinie. Państwa członkowskie winny bowiem wykonywać przysługujące im w tej dziedzinie uprawnienia nie tylko z poszanowaniem zagwarantowanych prawem Unii swobód podstawowych, a także całokształtu prawa Unii, w szczególności – pierwotnego [6]. W związku z tym krajowe przepisy prawa karnego nie mogą dyskryminować osób, którym prawo Unii przyznaje prawo do równego traktowania ani ograniczać praw podstawowych zagwarantowanych w prawie Unii [7].

C. W przedmiocie pytania drugiego

24. Poprzez swoje pytanie drugie sąd odsyłający w istocie zmierza do ustalenia, czy prawo Unii, a ściślej rzecz ujmując zasada zakazu dyskryminacji i swoboda przemieszczania się zawarte w art. 18 i 21 TFUE, skonkretyzowane w dyrektywie 2004/38, stoi na przeszkodzie stosowaniu normy prawa karnego, która określa sankcje za ukrywanie dziecka przed jego opiekunem prawnym za granicą, jeżeli przepis ten nie różnicuje między państwami Unii Europejskiej a państwami trzecimi.

25. Na wstępie pragnę wyraźnie wskazać, że szczególne okoliczności sprawy w postępowaniu głównym – to znaczy, okoliczność, że prawo do określenia miejsca pobytu wykonuje osoba trzecia oraz że postępowanie karne jest potencjalnie ukierunkowane przeciwko obojgu rodzicom – pozostaje bez wpływu na dokonanie żądanej wykładni prawa Unii. W rzeczy samej, co się tyczy przesłanek zastosowania przepisu prawa karnego, sytuacja osób ściganych jest identyczna.

1. Czy zachodzi różnica w traktowaniu lub ograniczenie swobody przemieszczania się?

26. W pierwszej kolejności, rozpatrywane przepisy krajowe dokonują jednoznacznego rozróżnienia pomiędzy stanem faktycznym występującym na terytorium kraju a stanem związaną z uprowadzeniem osoby nieletniej do innego państwa. W tym drugim przypadku sama okoliczność ukrywania dziecka zagranicą przed jednym lub obojgiem rodziców albo przed jego kuratorem lub opiekunem zastępczym jest wystarczająca dla powstania odpowiedzialności karnej.

27. W takich okolicznościach wydaje mi się, że to nie samo orzeczenie w przedmiocie władzy rodzicielskiej, lecz ryzyko odpowiedzialności karnej najprawdopodobniej zniechęci obywatela Unii od opuszczenia przyjmującego państwa członkowskiego, w którym on lub ona zamieszkuje i przed powrotem do państwa członkowskiego pochodzenia razem z jego lub jej dzieckiem w sytuacji, gdy osoba ta nie jest uprawniona do decydowania o miejscu pobytu dziecka. Jako taka, różnica w traktowaniu, jak również jej skutki prawdopodobnie oddziałują na swobodę przemieszczania się zainteresowanych obywateli Unii w rozumieniu art. 21 TFUE [8], a nawet ją ograniczą.

6 Zobacz podobnie wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., Rimšēvičs i ECB\ Łotwa (C-202/18 i C-238/18, EU:C:2019:139, pkt 57).

7 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 2 lutego 1989 r., Cowan (186/87, EU:C:1989:47, pkt 19); z dnia 24 listopada 1998 r., Bickel i Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, pkt 17); oraz z dnia 28 kwietnia 2011 r., El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, pkt 53, 54).

8 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 6 września 2016 r., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, pkt 32, 33); z dnia 13 listopada 2018 r., Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, pkt 28, 30); oraz z dnia 13 czerwca 2019 r., TopFit i Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, pkt 44, 47).

28. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem takie ograniczenie może być uzasadnione jedynie wtedy, gdy jest oparte na obiektywnych względach i proporcjonalne do słusznego celu realizowanego przez prawo krajowe [9]. Tym niemniej, w celu wyczerpującego przedstawienia tematu, a także z uwagi na okoliczność, że Komisja powołuje się na ten argument, proponuję w pierwszej kolejności przeprowadzenie analizy, czy rozpatrywany przepis może być uzasadniony na podstawie odstępstwa ze względów porządku publicznego przewidzianego w art. 27 dyrektywy 2004/38.

2. Artykuł 27 dyrektywy 2004/38 a odstępstwo uzasadnione względami porządku publicznego

29. Artykuł 27 dyrektywy 2004/38 upoważnia państwa członkowskie do ograniczenia swobody przemieszczania się i pobytu obywateli Unii i członków ich rodziny, bez względu na przynależność państwową, kierując się względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Niezależnie od okoliczności, czy walka z uprowadzaniem dzieci leżąca u podstaw przedmiotowego przepisu prawa krajowego może być uznawana za wzgląd porządku publicznego, nie uważam, iż przepis prawa krajowego taki jak rozpatrywany w postępowaniu głównym wchodzi w zakres stosowania art. 27 dyrektywy 2004/38.

30. W rzeczy samej, zarówno wykładnia systemowa, jak i celowościowa, potwierdzają, że zakres stosowania art. 27 dyrektywy 2004/38 ogranicza się, z jednej strony do ograniczeń prawa do wjazdu stricto sensu, a z drugiej strony do środków związanych z wydaleniem.

31. Co się tyczy wykładni systemowej, to znaczy ram normatywnych, w których przepis został umieszczony, należy zauważyć, że art. 27 dyrektywy 2004/38 jest pierwszym przepisem rozdziału VI tejże dyrektywy, zatytułowanego „Ograniczenia w prawie wjazdu i prawie pobytu uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego” [10]. Co więcej, sam art. 27 został zatytułowany „Zasady ogólne”, co oznacza, że zasady takie znajdują rozwinięcie w kolejnych przepisach. Jednakże wszystkie przepisy rozdziału VI dotyczą jedynie ochrony przed wydaleniem (art. 28 – Ochrona przed wydaleniem; art. 32 – Skutki czasowe zarządzeń o wydaleniu oraz art. 33 – Wydalenie jako kara lub konsekwencja prawna), rodzajów chorób, które mogą uniemożliwiać wjazd na terytorium państwa członkowskiego lub uzasadniać wydalenie (art. 29) oraz zabezpieczenia proceduralne przed decyzjami podejmowanymi na podstawie art. 27 dyrektywy (art. 30 – Notyfikacja decyzji, oraz art. 31 – Zabezpieczenia proceduralne). Większość – jeśli nie wszystkie – z tych przepisów proceduralnych dotyczy wyłącznie decyzji o wydaleniu.

32. Co się tyczy kwestii wykładni celowościowej, to motywy 22–27 dyrektywy 2004/38 są szczególnie pouczające. Po pierwsze, po przypomnieniu, że traktat dopuszcza ograniczenia w korzystaniu z prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, motyw 22 stanowi, iż „W celu zapewnienia bardziej precyzyjnego określenia warunków i zabezpieczeń proceduralnych, na podstawie których obywatele Unii i członkowie ich rodziny mogą otrzymać odmowę prawa wjazdu lub zostać wydaleni, niniejsza dyrektywa powinna zastąpić dyrektywę Rady 64/221/EWG z dnia 25 lutego 1964 r. w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego” [11], której przedmiotem faktycznie było wyłącznie wydalenie. Po drugie, we wszystkich pozostałych motywach dotyczących rozdziału VI dyrektywy 2004/38 jest wyłącznie mowa o wydaleniu (motywy 23, 24 i 27) lub o odmowie wjazdu do innego państwa członkowskiego (motywy 25, 26).

9 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 6 września 2016 r., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, pkt 34); z dnia 13 listopada 2018 r., Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, pkt 31); oraz z dnia 13 czerwca 2019 r., TopFit i Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, pkt 48).

10 Wyróżnienie moje.

11 Dz.U. 56 z 4.4.1964, wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 5, t. 1, s. 11–14. Dyrektywa zmieniona ostatnio dyrektywą Rady 75/35/EWG z dnia 17 grudnia 1974 r. (Dz.U. 1975, L 14, s. 14). Wyróżnienie moje.

33. W konsekwencji, w świetle powyższych rozważań uważam, że przepis taki jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, który nie zakazuje wjazdu obywatela Unii do innego państwa członkowskiego ani nie nakazuje jego wydalenia, który jednakże „jedynie" skutkuje oddziaływaniem na jego lub jej swobodę przemieszczania się, lub ograniczeniem tejże swobody, nie wchodzi w zakres stosowania art. 27 dyrektywy 2004/38. Innymi słowy, wyłącznie odmowa wjazdu lub wydalenie (oraz środki będące wyrazem *bezpośredniej dyskryminacji*) mogą być uzasadnione na podstawie trzech wyraźnych odstępstw przewidzianych w traktacie, a następnie wyraźnie sformułowanych w rozdziale VI dyrektywy 2004/38 [12].

34. W każdym razie na wypadek gdyby Trybunał nie przychyliłby się do powyższej wykładni art. 27 dyrektywy 2004/38, to sugeruję, iż powinien stwierdzić, że przepis taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym nie spełnia wymogów tej dyrektywy. Jak wielokrotnie podkreślał Trybunał, art. 27 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/38 wyraźnie bowiem stwierdza, że nie są dopuszczalne uzasadnienia, które „opierają się na względach *ogólnej prewencji*" [13].

35. Moim zdaniem przepis prawa krajowego rozpatrywany w postępowaniu głównym stanowi właśnie środek ogólnej prewencji. Rząd niemiecki wyjaśnił bowiem w swoich uwagach na piśmie, że § 235 ust. 2 StGB przyczynia się w *sposób prewencyjny* do zagwarantowania zasady, zgodnie z którą prawo do opieki nad dzieckiem powinno być wykonywane co do zasady w miejscu pierwotnego zwykłego pobytu dziecka [14]. W takim kontekście jest oczywiste, że rozpatrywany przepis prawa krajowego jest aktem powszechnie obowiązującym, mającym zastosowanie wobec obiektywnie określonych sytuacji, który skutkuje wobec przewidzianych osób w sposób ogólny i abstrakcyjny, w celu zniechęcania ich od zachowania uznawanego za niezgodne z interesem społecznym, a w szczególności z interesem dzieci. Jako taki przepis ten stanowi środek ogólnej prewencji, w związku z czym nie może on wchodzić w zakres zastosowania art. 27 dyrektywy 2004/38.

36. Jest jednakże oczywiste, iż ograniczenie swobody przemieszczania się może być uzasadnione wtedy, gdy opiera się na obiektywnych względach i proporcjonalne do słusznego celu realizowanego przez prawo krajowe [15]. Obecnie właśnie przystępujemy do analizy tego zagadnienia.

3. W przedmiocie istnienia obiektywnych względów mogących uzasadnić ograniczenie oraz proporcjonalność rozpatrywanej normy krajowej.

37. Jak już wskazano powyżej, rząd niemiecki podnosi, że jego przepisy służą celowi zagwarantowania, że prawo do opieki nad dzieckiem powinno być wykonywane, jako zasada ogólna, w miejscu pierwotnego zwykłego pobytu dziecka. Ponadto rząd ten twierdzi, że szerszym celem ustawodawstwa jest ochrona praw związanych z władzą rodzicielską, jak i praw dzieci [16]. Komisja podziela powyższe stanowisko wyjaśniając, iż celem rozpatrywanego przepisu jest zapobieganie międzynarodowym uprowadzeniom dzieci, a w ostateczności, gdy zajdzie konieczność, karanie takich czynów, czyli jest to cel słuszny, a zatem i uzasadniony w świetle porządku publicznego.

38. Zważywszy, iż cele te są nierozłącznie związane z prawami podstawowymi dziecka, stoję na stanowisku, iż należy je uznać za słuszne cele z perspektywy prawa Unii [17].

12 Zobacz podobnie Barnard, C., and Peers, S., European Union Law, 2nd Ed., Oxford University Press, 2017, s. 402–403.

13 Wyróżnienie moje. Zobacz podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2008 r., Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, pkt 24); z dnia 17 listopada 2011 r., Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, pkt 34); oraz z dnia 4 października 2012 r., Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608 pkt 41).

14 Punkt 76 uwag na piśmie rządu niemieckiego. Zgodnie z tym pierwszym celem rząd niemiecki przywołuje także cel zapewnienia, iż uprowadzenie dziecka pozostanie bez wpływu na właściwość sądu opartą na zwykłym miejscu pobytu dziecka.

15 Zobacz orzecznictwo przytoczone w przypisie 9.

16 Punkty 75, 76 uwag na piśmie rządu niemieckiego.

17 Niektóre osoby nawet podnoszą w sposób bardziej ogólny, iż wszystko, co dotyczy ochrony rodziny, stanowi słuszny cel (zob. podobnie, Pfeiff, S., La portabilité du statut personnel dans l'espace européen, Bruylant, Bruksela, 2017, nr 258, s. 260).

39. Trybunał już bowiem stwierdził, że jednym z podstawowych praw dziecka jest wymienione w art. 24 ust. 3 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą") prawo do utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z obojgiem rodziców, którego poszanowanie łączy się niezaprzeczalnie z dobrem każdego dziecka. W tym względzie należy stwierdzić, że bezprawne uprowadzenie dziecka w następstwie decyzji podjętej jednostronnie przez jednego z rodziców najczęściej pozbawia dziecko możliwości utrzymywania stałego, osobistego związku i bezpośredniego kontaktu z drugim z rodziców [18].

40. Zgodnie z powyższymi uwagami, należy zauważyć, że konwencja haska z 1980 r., uzupełniona następnie rozporządzeniem nr 2201/2003, także została zawarta w przekonaniu że interes dziecka ma podstawowe znaczenie we wszystkich sprawach dotyczących opieki nad nim. W związku z tym należy chronić dziecko przed szkodliwymi skutkami wynikającymi z bezprawnego transgranicznego uprowadzenia go lub zatrzymania, a także należy ustalić zasady postępowania w celu zagwarantowania niezwłocznego powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu oraz zapewnić ochronę prawa do odwiedzin [19].

41. W tych okolicznościach przepisy krajowe mające na celu zapobieganie lub zatrzymywanie dzieci niewątpliwie realizują słuszny cel prawa Unii.

42. Jednakże przepisy ograniczające swobodę podstawową, taką jak określoną w art. 21 TFUE, mogą być uzasadnione obiektywnymi względami jedynie wtedy, gdy są niezbędne dla ochrony interesów, jakie przepisy te mają zapewnić, i gdy cele te nie mogą być osiągnięte za pomocą mniej restrykcyjnych środków [20].

43. W tym kontekście szczerze powątpiewam, czy przepis taki jak ustawodawstwo rozpatrywane w postępowaniu głównym, może być uważany za obiektywnie konieczny. Choć przepis ten został przyjęty w celu zapewnienia realizacji deklarowanego przez siebie celu wyjścia naprzeciw przypadkom bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka, pozostaje uderzającym, iż podobne zachowanie mające miejsce na terytorium krajowym nie wiąże się z taką samą odpowiedzialnością karną. Z drugiej strony – jak już wskazano powyżej – sam prawodawca Unii zarazem przyjął rozporządzenie nr 2201/2003 w celu zapobiegania uprowadzania dzieci z jednego państwa członkowskiego do drugiego, a, w przypadku gdy do takiego uprowadzenia dojdzie – spowodowanie, by powrót dziecka nastąpił niezwłocznie [21]. Co więcej, rozporządzenie to, przyjęte w oparciu o ideę, że pierwszeństwo powinien mieć najlepszy interes dziecka [22], ustanawia zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych wydanych w państwie członkowskim. Zasada ta – jak wynika z motywu 21 rozporządzenia 2201/2003 – opiera się na zasadzie wzajemnego zaufania pomiędzy państwami członkowskimi [23].

44. Jest obecnie oczywiste, że powyższa zasada wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi ma w prawie Unii fundamentalne znaczenie, gdyż umożliwia ona utworzenie i utrzymywanie przestrzeni bez granic wewnętrznych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zasada ta wymaga, w szczególności w odniesieniu do przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, aby każde z tych państw uznawało – z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności – że wszystkie inne państwa

18 Zobacz podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, pkt 54, 56).

19 Zobacz podobnie wyrok z dnia 11 lipca 2008 r., Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, pkt 48, 51, 53).

20 Zobacz podobnie wyrok z dnia 6 września 2016 r., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, pkt 38).

21 Zobacz podobnie motyw 17 rozporządzenia nr 2201/2003. Zobacz także wyroki: z dnia 11 lipca 2008 r., Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, pkt 52), oraz z dnia 23 grudnia 2009 r., Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, pkt 49).

22 Zobacz podobnie wyrok z dnia 11 lipca 2008 r., Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, pkt 51)

23 Zobacz podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, pkt 45).

członkowskie przestrzegają prawa Unii, a zwłaszcza praw podstawowych uznanych w tym prawie [24]. Co więcej, co się tyczy rozporządzenia nr 2201/2003, należy z pewnością przypomnieć, iż sam Trybunał podkreślił, że współpraca i wzajemne zaufanie pomiędzy sądami na którym opiera się rozporządzenie, stanowią *podstawę* dla stworzenia prawdziwej przestrzeni [25].

45. Pozostaje oczywiste, że międzynarodowy charakter spraw takich jak w postępowaniu głównym prawdopodobnie częściej doprowadzi do utrudnień związanych z m.in. zróżnicowaniem językowym postępowania lub z odległością, a także zajdzie konkretna potrzeba uzyskania zaświadczenia dotyczącego orzeczenia zarządzającego powrót dziecka na podstawie art. 42 rozporządzenia nr 2201/2003. Choć utrudnień tych nie należy minimalizować, to zasada wzajemnego zaufania nie może być zagrożona poprzez powoływanie się na tego rodzaju praktyczne utrudnienia bez jednoczesnego podważenia *effet utile* aktów opartych na tej zasadzie. A jednak tak dokładnie by się działo, jeżeli zezwolono by państwu członkowskiemu na różnicowanie w ten sposób pomiędzy uprowadzeniami dzieci mającymi miejsce w obrębie tegoż państwa członkowskiego z jednej strony a uprowadzeniami dzieci dotyczącymi innego państwa członkowskiego z drugiej strony.

46. W tych okolicznościach wydaje mi się, że krajowe przepisy prawne, takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie wydają się niezbędne dla osiągnięcia realizowanego przez nie celu w sytuacji, gdy bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka ma miejsce w innym państwie członkowskim, a nie w państwie trzecim.

47. W związku z powyższym sąd odsyłający zobowiązany jest do odmowy stosowania przepisów krajowych niezgodnych z prawem Unii, ponieważ jest oczywiste, że art. 21 TFUE wywiera bezpośredni skutek [26], w związku z czym osoba fizyczna może się w tym celu powoływać na nie wobec państwa członkowskiego [27].

4. Pomocniczo, analiza zasady proporcjonalności stricto sensu

48. W wypadku gdyby Trybunał nie podzielił niniejszej analizy i uznał, że rozpatrywane przepisy prawa krajowego są niezbędne dla osiągnięcia celu realizowanego przez akt prawny, to nadal zachodzić będzie konieczność ustalenia, czy cel ten może zostać osiągnięty za pomocą mniej restrykcyjnych środków.

49. Co się tyczy tego zagadnienia, uważam, że automatyczne wymierzanie kary pozbawienia wolności lub kary grzywny w wypadku uprowadzenia lub zatrzymania dziecka zagranicą bez poinformowania dysponenta (dysponentów) władzy rodzicielskiej pozostawałoby niezgodne z zasadą proporcjonalności.

50. Jak bowiem stwierdzono w art. 49 ust. 3 karty, kary nie mogą być nieproporcjonalnie surowe w stosunku do czynu zabronionego pod groźbą kary. Jak wyjaśnił rzecznik generalny Michal Bobek w opinii w sprawie Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), proporcjonalność sankcji karnych obejmuje dwa poziomy. Po pierwsze, nałożona kara musi być proporcjonalna do wagi popełnionego naruszenia. Po drugie, przy określaniu kary, należy wziąć pod uwagę indywidualne okoliczności każdej sprawy [28]. Z tej właśnie przyczyny skuteczne przeprowadzenie analizy proporcjonalności oznacza ocenę in concreto w zależności od indywidualnych okoliczności każdego przypadku [29].

24 Zobacz podobnie opinię 2/13 (Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 191); wyroki: z dnia 25 lipca 2018 r., Minister for Justice and Equality (Nieprawidłowości w systemie wymiaru sprawiedliwości) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, pkt 36); oraz z dnia 19 marca 2019 r., Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, pkt 81).

25 Zobacz podobnie, wyrok z dnia 16 stycznia 2019 r., Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, pkt 41).

26 Co się tyczy bezpośredniego skutku wobec swobody przemieszczania się, zob. wyroki: z dnia 4 grudnia1974 r., Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, pkt 7), oraz z dnia 17 września 2002 r., Baumbast i R (C-413/99, EU:C:2002:493, pkt 84, 86).

27 Zobacz podobnie wyrok z dnia 24 czerwca 2019 r., Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, pkt 61).

28 Punkt 42.

29 Zobacz podobnie w kontekście europejskiego nakazu aresztowania, opinię rzecznika generalnego Yvesa Bota w sprawie Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, pkt 93).

51. Zapewnienie poszanowania tej zasady wymaga, aby właściwe przepisy krajowe pozwalały na dokonanie indywidualnej oceny sytuacji, w której miał miejsce rozpatrywany stan faktyczny [30].

52. Rząd niemiecki w odpowiedziach na pytania Trybunału stwierdził, że wymierzenie kary pozbawienia wolności lub kary grzywny nie następuje w sposób automatyczny, a przy wymiarze kary mogą być uwzględniane konkretne okoliczności każdego przypadku. W braku wskazań w tym względzie we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, to do sądu krajowego należy ustalenie, czy stosowanie § 235 StGB pozostaje zgodne z zasadą proporcjonalności poprzez umożliwienie sądowi krajowemu uwzględnienie konkretnych i indywidualnych okoliczności każdego przypadku zanim zostanie faktycznie wymierzona kara – czy to kara pozbawienia wolności, czy też kara grzywny [31].

53. W tym celu sąd krajowy będzie miał możliwość uwzględnienia szeregu czynników, takich jak indywidualne zachowanie ściganego rodzica, stan relacji pomiędzy obojgiem rodziców, okoliczność czy skorzystano z mechanizmów przewidzianych w rozporządzeniu nr 2201/2003 i ewentualne rezultaty skorzystania z nich, a także, gdy będzie to właściwe, poglądy samego dziecka, zważywszy, że art. 24 ust. 1 karty stanowi, że należy brać pod uwagę poglądy zainteresowanych dzieci w sprawach, które ich dotyczą, stosownie do ich wieku i stopnia dojrzałości.

54. Jeżeli prawo krajowe nie pozwala na przeprowadzenie takiej indywidualnej analizy, to w konsekwencji sąd krajowy rozpatrujący sprawę musiałby odmówić zastosowania przepisów krajowych niezgodnych z prawem Unii.

VI. Wnioski

55. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał na pytania prejudycjalne Amtsgericht Heilbronn (sądu rejonowego w Heilbronn, Niemcy) udzielił następujących odpowiedzi:

(1) Państwa członkowskie winny wykonywać przysługujące im w sprawach karnych uprawnienia nie tylko z poszanowaniem zagwarantowanych prawem Unii swobód podstawowych, lecz także całokształtu prawa Unii, w szczególności prawa pierwotnego. W związku z tym art. 18 i 21 TFUE należy interpretować w ten sposób, że krajowe przepisy prawa karnego nie mogą stanowić dyskryminacji wobec osób, którym prawo Unii przyznaje prawo do równego traktowania, ani ograniczać praw podstawowych zagwarantowanych w prawie Unii.

(2) Artykuły 18 i 21 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom takim jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które przewidują odmienne sankcje za bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka zależnie od okoliczności, czy sytuacja taka powstała na terytorium krajowym, czy na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, które dla tych celów traktowane jest jako państwo trzecie.

    Pomocniczo art. 18 i 21 TFEU w związku z art. 24 i art. 49 ust. 3 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom takim jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które przewidują odmienne sankcje za bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka zależnie od okoliczności, czy sytuacja taka powstała na terytorium krajowym, czy na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, o ile sądy krajowe mają możliwość przeprowadzenia indywidualnej analizy sytuacji, w której powstał rozpatrywany stan faktyczny.

30 Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 marca 2019 r., Tjebbes i in. (C-221/17, EU:C:2019:189, pkt 41).

31 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2008 r., Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, pkt 28), oraz z dnia 12 marca 2019 r., Tjebbes i in. (C-221/17, EU:C:2019:189, pkt 40).

W kontekście tej analizy sądy mogą w szczególności uwzględniać indywidualne zachowanie ściganego rodzica, stan relacji pomiędzy obojgiem rodziców, okoliczność, czy skorzystano z mechanizmów przewidzianych w rozporządzeniu Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, a także, gdy będzie to właściwe, stanowisko samego dziecka.