

# Ανωνυμοποιημένο κείμενο

Μετάφραση

C-454/19 – 1

## Υπόθεση C-454/19

### Αίτηση προδικαστικής αποφάσεως

#### Ημερομηνία καταθέσεως:

14 Ιουνίου 2019

#### Αιτούν δικαστήριο:

Amtsgericht Heilbronn (Γερμανία)

#### Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

11 Ιουνίου 2019

#### Κατηγορούμενη:

ZW

---

[παραλειπόμενα]

Amtsgericht Heilbronn

#### Διάταξη

Στην ποινική δίκη κατά της

ZW,

[παραλειπόμενα], νυμφευμένης, ιθαγένειας: ρουμανικής, κατοίκου  
[παραλειπόμενα] Heilbronn

[παραλειπόμενα]

[παραλειπόμενα] με αντικείμενο από κοινού αρπαγή ανηλίκων

το Amtsgericht Heilbronn [παραλειπόμενα] διέταξε ως εξής: [σελ. του  
πρωτοτύπου 2]

1. Αναστέλλει τη διαδικασία [παραλειπόμενα] έως την έκδοση της απόφασης του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου.
2. Υποβάλλει στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο, σύμφωνα με το άρθρο 267 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τα ακόλουθα ερωτήματα με παράκληση για διασαφήνιση:
  - α) Έχει το ευρωπαϊκό πρωτογενές και/ή παράγωγο δίκαιο, εν προκειμένω ιδίως η οδηγία 2004/38/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, που συνεπάγεται ένα πλήρες δικαίωμα των Ευρωπαίων πολιτών να κυκλοφορούν ελεύθερα στο έδαφος των κρατών μελών, την έννοια ότι καταλαμβάνει επίσης εθνικούς ποινικούς κανόνες;
  - β) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα αυτό: Εμποδίζει η ερμηνεία του ευρωπαϊκού πρωτογενούς και/ή παραγώγου δικαίου την εφαρμογή εθνικού ποινικού κανόνα ο οποίος σκοπό έχει την επιβολή κυρώσεως λόγω αποκοπής της επικοινωνίας ενός παιδιού στην αλλοδαπή με τον επιφορτισμένο με τη φροντίδα του, όταν η σχετική διάταξη δεν κάνει διάκριση ανάλογα με το αν πρόκειται για κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή για τρίτα κράτη;

### Ιστορικό

#### A. Αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης

- 1 Η διαφορά της κύριας δίκης αφορά το ζήτημα αν το άρθρο 235, παράγραφος 2, περίπτωση 2, του γερμανικού ποινικού κώδικα αντιβαίνει προς τις ρυθμίσεις της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων, ιδίως της οδηγίας 2004/38/EK και προς το ρυθμιζόμενο με αυτή δικαίωμα των πολιτών της Ένωσης, καθώς και των μελών της οικογενείας τους (άρθρο 2, περίπτωση 2, οδηγίας 2004/38/EK) να κυκλοφορούν και να διαμένουν ελεύθερα στο έδαφος των κρατών μελών (άρθρο 1 της οδηγίας 2004/38/EK), καθώς προς την αρχή της ισότητας που απορρέει από το άρθρο 24, παράγραφος 1, [σελ. του πρωτοτύπου 3] της οδηγίας 2004/38/EK, και ως εκ τούτου δεν επιτρέπεται πλέον, λόγω της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου, να εφαρμόζεται από εθνικό δικαστήριο.

#### B. Τα πραγματικά περιστατικά της διαφοράς της κύριας δίκης

- 2 1. Ιστορικό όσον αφορά την κατηγορούμενη ZW, μητέρα του AW

Η [παραλειπόμενα] γεννηθείσα στη [παραλειπόμενα] Ρουμανία κατηγορούμενη ZW [παραλειπόμενα] και ο [παραλειπόμενα] γεννηθείς στη [παραλειπόμενα] Ρουμανία QN είναι οι γονείς τού εκτός γάμου τέκνου AW [παραλειπόμενα] γεννηθέντος στη [παραλειπόμενα] Ρουμανία. Η κατηγορούμενη ZW έμεινε τον πρώτο χρόνο μετά τη γέννηση του τέκνου της AW στη Ρουμανία. Στη συνέχεια διείδε ότι υπήρχε στη Γερμανία η δυνατότητα διαμορφώσεως οικονομικών συνθηκών διαβίωσης για την ίδια και για το τέκνο της. Προκειμένου να προετοιμασθεί για αυτό, μετέβη καταρχάς μόνη στη Γερμανία. Το τέκνο της

παρέμεινε εν τω μεταξύ στη Ρουμανία, σε μια νονά που το φρόντιζε και το πρόσεχε. Από το 2009, η κατηγορούμενη ZW εργαζόταν περιστασιακά ως υπαγόμενη στη κοινωνική ασφάλιση, απασχολούμενη σε επιχειρήσεις προσωρινής απασχολήσεως προσωπικού, οι οποίες την απασχολούσαν ως καθαρίστρια σε παιδικό σταθμό, σε οίκο ευγηρίας ή σε νοσοκομείο. Περιστασιακά απασχολούνταν με μερική απασχόληση, εν μέρει όμως ήταν επίσης άνεργη, οπότε και δηλώθηκε στο γραφείο ευρέσεως εργασίας ως αναζητούσα εργασία. Όταν σταθεροποιήθηκε η κατάστασή της από απόψεως βιοπορισμού το 2009, η κατηγορούμενη ZW έφερε το τέκνο της στη Γερμανία για να μείνει μαζί της.

3 2. Ιστορικό όσον αφορά τον QN, πατέρα του AW

Ο πατέρας του παιδιού, QN, φοίτησε αρχικά σε γερμανικό σχολείο στη Ρουμανία. Σε επαναλαμβανόμενα χρονικά διαστήματα διέμενε σε μέλη της οικογενείας του στην Καρλσρούη. Σκοπός των παραμονών του QN [σελ. του πρωτοτύπου 4] ήταν επίσης να κερδίζει χρήματα στη Γερμανία. Ήδη ο QN διαβιώνει και πάλι στη Ρουμανία, όπου λόγω των εκεί εισοδημάτων του βρίσκεται σε καλή οικονομική κατάσταση.

4 3. Κατάσταση, όσον αφορά το τέκνο AW

Κατά το ρουμανικό δίκαιο, αμφότεροι οι (από καιρό χωρισμένοι) γονείς έχουν την επιμέλεια του AW. Ενώσω ο AW πήγαινε στον παιδικό σταθμό στη Γερμανία, σημειώθηκαν παραβατικές συμπεριφορές, οι οποίες τελικά είχαν ως αποτέλεσμα να οριστεί κοινωνικοπαιδαγωγική οικογενειακή αρωγή προς ενίσχυση της κατηγορούμενης ZW στα καθήκοντά της ανατροφής, προς διαμόρφωση μιας ενιαίας συμπεριφοράς ανατροφής και προς στήριξη της οικογένειας στις περιπτώσεις διοικητικών διατυπώσεων. Το μέτρο αυτό εντούτοις δεν μπόρεσε τελικά να βελτιώσει την κατάσταση.

5 Το 2012, η κατηγορούμενη ZW οδήγησε το τέκνο της στον πατέρα του QN που ζούσε στη Ρουμανία, δεδομένου ότι επρόκειτο να εκδοθεί νέο διαβατήριο και έλειπαν έγγραφα. Όταν ο AW επέστρεψε τον Σεπτέμβριο του 2012, εμφανίστηκαν εκ νέου προβλήματα συμπεριφοράς και για αυτόν τον λόγο αυτός τέθηκε τον Μάρτιο του 2013, με συναίνεση της κατηγορούμενης, από την Υπηρεσία Κοινωνικής Μέριμνας Παίδων και Νέων σε ένα ίδρυμα αρωγής εφήβων στο Bad Friedrichshall, πλησίον του Heilbronn, τόπο κατοικίας της μητέρας. Ο πατέρας συμφώνησε σε αυτό «εκών άκων», επ' ευκαιρία μιας τηλεφωνικής συνομιλίας με την Υπηρεσία Κοινωνικής Μέριμνας Παίδων και Νέων, μέχρις ότου πάρει το τέκνο του και πάλι κοντά του.

6 Με διάταξη του Amtsgericht [ειρηνοδικείου] Heilbronn, της 14.11.2014, αφαιρέθηκαν και από τους δύο γονείς το δικαίωμα καθορισμού του τόπου διαμονής για το τέκνο τους AW, το δικαίωμα να ζητήσουν μέτρα αρωγής εφήβων, καθώς και κοινωνικές παροχές για αυτόν, το δικαίωμα συμπράξεως κατά τον σχεδιασμό αρωγής και η υγειονομική περίθαλψη. Τα αφαιρεθέντα από τους

γονείς δικαιώματα μεταβιβάστηκαν στο πλαίσιο καθ' υποκατάσταση καθεστώτος κηδεμονίας καταρχάς στο Landratsamt [τοπική περιφερειακή αρχή] – Kreisjugendamt [τοπική υπηρεσία κοινωνικής μέριμνας παιδών και νέων] – [σελ. του πρωτοτύπου 5] του Heilbronn. Ο ΑW, μετά την αποτυχία της τοποθετήσεώς του στο ίδρυμα αρωγής εφήβων στο Bad Friedrichshall, τοποθετήθηκε σε ένα ίδρυμα στο Westerwald, όπου το παιδί το ίδιο δύσκολα μπορούσε να καθοδηγηθεί όπως και σε κάθε άλλο κέντρο προσωρινής υποδοχής παιδιών και εφήβων που τελούν υπό χαλεπές συνθήκες, οπότε ο ΑW επέστρεψε τελικά εκ νέου στον οίκο της μητέρας του με τη σύμφωνη γνώμη του Landratsamt – Kreisjugendamt – Heilbronn. Με έγγραφο της 3.8.2017, η εφεξής αρμόδια Υπηρεσία Κοινωνικής Μέριμνας Παίδων και Νέων του Δήμου Heilbronn ζήτησε να ανατεθεί και πάλι η γονική μέριμνα στη μητέρα του παιδιού. Αυτό όμως για ανεξήγητους λόγους δεν έχει ακόμη γίνει.

7 Στο μεταξύ, στις αρχές Δεκεμβρίου 2017, ο QN πήρε και πάλι το τέκνο του, επ' ευκαιρία μιας επισκέψεως στην κατηγορούμενη ZW, με τη συγκατάθεσή της μαζί του στη Ρουμανία, όπου έκτοτε ο ίδιος διαβιώνει μαζί με το τέκνο του. Δεν έχει διευκρινισθεί ακόμη αν η κατηγορούμενη ήταν σύμφωνη ότι ο QN θα έπαιρνε μαζί του το τέκνο του στη Ρουμανία μονίμως ή μόνο μέχρι τα Χριστούγεννα του 2017. Η Υπηρεσία Κοινωνικής Μέριμνας Παίδων και Νέων του Δήμου Heilbronn δεν είχε πληροφορηθεί για αυτό, ούτε ο εν τω μεταξύ αρμόδιος καθ' υποκατάσταση κηδεμόνας, ο οποίος υποχρεούνταν στην άσκηση των δικαιωμάτων που εξακολουθούσαν να έχουν αφαιρεθεί από τους γονείς. Ο τελευταίος, λόγω της μεταφοράς του τέκνου στη Ρουμανία, υπέβαλε μήνυση κατά αμφοτέρων των γονέων λόγω «αρπαγής ανηλίκου», όταν η κατηγορούμενη ZW έφερε σε γνώση του το ταξίδι του τέκνου στη Ρουμανία.

8 4. Η προσαπτόμενη πράξη

Στους κατηγορούμενους προσάπτονται ήδη τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά:

«Στις 9.12.2017 η κατηγορούμενη και ο διαζευγμένος από αυτή σύζυγος συμφώνησαν ότι το 12χρονο τέκνο τους ΑW, για το οποίο διορίστηκε από το Amtsgericht Heilbronn το Kreisjugendamt Montabaur [...] ως καθ' υποκατάσταση κηδεμόνας για, μεταξύ άλλων, το δικαίωμα καθορισμού του τύπου διαμονής, θα διαβιούσε πλέον όχι με εκείνη στο Heilbronn, αλλά με τον πατέρα του στη Ρουμανία. [σελ. του πρωτοτύπου 6] Σε εφαρμογή της συμφωνίας αυτής, ο ΑW μεταφέρθηκε, με εσκεμμένη παράκαμψη του δικαιώματος καθορισμού τύπου διαμονής του Kreisjugendamt Montabaur, από τους γονείς στη Ρουμανία, όπου έκτοτε διαβιώνει.»

9 Γ. Νομικό πλαίσιο

Τα αμέσως ανωτέρω εκτεθέντα περιστατικά πληρούν το πραγματικό της αξιόποινης πράξεως της από κοινού αρπαγής ανηλίκων, κατά τα άρθρα 235, παράγραφος 2, περίπτωση 2, 25, παράγραφος 2, του ποινικού κώδικα.

- 10 Το άρθρο 235 του ποινικού κώδικα έχει το ακόλουθο περιεχόμενο, υπογραμμίζονται δε τα χωρία που έχουν εφαρμογή:

«Άρθρο 235 Αρπαγή ανηλίκων

(1) Τιμωρείται με ποινή φυλακίσεως μέχρι πέντε ετών ή με χρηματική ποινή όποιος

1. με άσκηση βίας, απειλή επικείμενου κακού ή με δόλιες ενέργειες αφαιρεί άτομο κάτω των δεκαοκτώ ετών ή

2. ένα παιδί, χωρίς να είναι συγγενής του, από τους γονείς, από έναν από τους γονείς, από τον κηδεμόνα ή τον επιφορτισμένο με τη φροντίδα του ή αποκόπτει την επικοινωνία μαζί τους.

(2) Ομοίως τιμωρείται, όποιος αφαιρεί ένα παιδί από τους γονείς, έναν από τους γονείς, τον κηδεμόνα ή τον επιφορτισμένο με τη φροντίδα του

1. για να το μεταφέρει στην αλλοδαπή, ή

2. το κρατεί στην αλλοδαπή, αφού το έχει μεταφέρει εκεί ή αφού έχει αυτό μεταβεί εκεί[.]

(3) Στις περιπτώσεις της παραγράφου 1, περίπτωση 2, και της παραγράφου 2, περίπτωση 1, η απόπειρα συνιστά αξιόποινη πράξη.

(4) Τιμωρείται με ποινή στερητική της ελευθερίας ενός έως δέκα ετών ο αυτουργός όταν

1. εκθέτει το θύμα συνεπεία της πράξεως σε κίνδυνο θανάτου ή σοβαρής βλάβης της υγείας ή σημαντικής ζημίας της σωματικής ή ψυχικής αναπτύξεως ή

2. η πράξη διενεργείται αντί αμοιβής ή με πρόθεση πλουτισμού τρίτου.

(5) Αν ο αυτουργός προκαλεί με την πράξη τον θάνατο του θύματος, η ως στερητική της ελευθερίας ποινή είναι τουλάχιστον τριών ετών. **[σελ. του πρωτοτύπου 7]**

(6) Σε λιγότερο σοβαρές περιπτώσεις της παραγράφου 4 επιβάλλεται στερητική της ελευθερίας ποινή έξι μηνών έως πέντε ετών, σε λιγότερο δε σοβαρές περιπτώσεις της παραγράφου 5 στερητική της ελευθερίας ποινή ενός έτους έως δέκα ετών.

(7) Η αφαίρεση ανηλίκων στις περιπτώσεις των παραγράφων 1 έως 3 διώκεται μόνο κατ' έγκληση, εκτός αν η ασκούσα την ποινική δίωξη αρχή θεωρεί επιβεβλημένο να επέμβει αυτεπαγγέλτως λόγω ιδιαίτερου δημόσιου συμφέροντος στην άσκηση ποινικής δίωξης.»

[παραλειπόμενα] **[σελ. του πρωτοτύπου 7]** [παραλειπόμενα]»

- 11 Η από κοινού διάπραξη, η οποία διέπει τον αμοιβαίο καταλογισμό συμμετοχής στην πράξη, ρυθμίζεται στο άρθρο 25, παράγραφος 2, του ποινικού κώδικα.
- 12 Το άρθρο 25 του ποινικού κώδικα έχει το ακόλουθο περιεχόμενο, όπου επισημαίνεται το χωρίο που έχει εφαρμογή:

«Άρθρο 25 Αυτουργία

(1) Τιμωρείται ως αυτουργός όποιος, ο ίδιος ή μέσω άλλου, διαπράττει την αξιόποινη πράξη.

(2) Αν διαπράττουν περισσότεροι την αξιόποινη πράξη από κοινού, κάθε ένας τιμωρείται ως αυτουργός (συναυτουργός).»

- 13 Δ. Η λυσιτέλεια των προδικαστικών ερωτημάτων

Η μη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 235 StGB [Strafgesetzbuch - ποινικός κώδικας] μπορεί να προκύπτει μόνο από το ότι το άρθρο 235 του ποινικού κώδικα δεν συνάδει με το πρωτογενές και/ή το παράγωγο ευρωπαϊκό δίκαιο, οπότε υπερέχει το τελευταίο. Το Amtsgericht Heilbronn εκτιμά ότι συντρέχει λόγος παραπομπής στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο, στο πλαίσιο της διαδικασίας εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 267, πρώτο εδάφιο, στοιχεία α' και β', δεδομένου ότι η ερμηνεία του ευρωπαϊκού δικαίου είναι αποφασιστική για τη δυνατότητα εφαρμογής του εθνικού (ποινικού) νομικού κανόνα.

- 14 Δ. Παρατηρήσεις για τα υποβαλλόμενα ερωτήματα

Κατά την εκτίμηση του δικαστηρίου, ο εφαρμοστέος ποινικός κανόνας δεν συνάδει ιδίως με την οδηγία 2004/38/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του [σελ. του πρωτοτύπου 8] Συμβουλίου και δεν μπορεί λόγω της υπεροχής του ευρωπαϊκού δικαίου να τύχει εφαρμογής. Η οδηγία 2004/38 διέπει το δικαίωμα των πολιτών της Ένωσης και των μελών των οικογενειών τους να κυκλοφορούν και να διαμένουν ελεύθερα στο έδαφος των κρατών μελών. Όπως προκύπτει από την αιτιολογία, η ελεύθερη κυκλοφορία των προσώπων αποτελεί μία από τις θεμελιώδεις ελευθερίες της εσωτερικής αγοράς, η οποία περιλαμβάνει ένα χώρο χωρίς εσωτερικά σύνορα, μέσα στον οποίο εξασφαλίζεται η ελευθερία αυτή σύμφωνα με τις διατάξεις της Συνθήκης.

- 15 Η έλλειψη συμβατότητας της εθνικής ποινικής διατάξεως με την οδηγία 2004/38/EK μπορεί να στηριχθεί σε δύο στοιχεία:

- 16 1. Κατά το άρθρο 4 της οδηγίας 2004/38/EK, όλοι οι πολίτες της Ένωσης οι οποίοι φέρουν ισχύον δελτίο ταυτότητας ή διαβατήριο καθώς και τα μέλη της οικογενείας τους που δεν είναι υπήκοοι κράτους μέλους τα οποία φέρουν ισχύον διαβατήριο έχουν το δικαίωμα να εγκαταλείπουν το έδαφος κράτους μέλους προκειμένου να μεταβούν σε άλλο κράτος μέλος.

- 17 Το τέκνο AW, ως ρουμανικής ιθαγένειας και επιπλέον ως τέκνο της ZW και του QN, αμφοτέρων ρουμανικής ιθαγένειας, περιλαμβάνεται στο προστατευτικό πεδίο της οδηγίας 2004/38/EK, σύμφωνα με το άρθρο 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, αυτής.
- 18 Επομένως, κατά το άρθρο 4, ο AW δικαιούται να εγκαταλείψει το έδαφος κράτους μέλους, δηλαδή της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, και να κατοικήσει με τον πατέρα του στην πατρίδα του, τη Ρουμανία. Κατά την αιτιολογική σκέψη 11, που εκθέτει το έρεισμα προς έκδοση της εν λόγω οδηγίας, το θεμελιώδες και προσωποπαγές δικαίωμα διαμονής σε άλλο κράτος μέλος χορηγείται απευθείας στους πολίτες της Ένωσης από τη Συνθήκη και δεν εξαρτάται από διοικητικές διαδικασίες. **[σελ. του πρωτοτύπου 9]**
- 19 Η εφαρμογή της εθνικής ποινικής διατάξεως του άρθρου 235 στην εν προκειμένω σχετική παραλλαγή παράγραφος 1, παράγραφος 2, περίπτωση 2, θα είχε ως αποτέλεσμα τη δυνατότητα της κατηγορούμενης ZW και/ή του πατέρα του παιδιού QN να αποκόψουν ατιμωρητί την επικοινωνία του τέκνου τους AW (στην παρούσα περίπτωση) με τον καθ' υποκατάσταση κηδεμόνα, εφόσον δεν εγκαταλείπουν το έδαφος απλώς της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας. Αμέσως όμως μόλις θα οδηγούσαν το τέκνο τους σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης και θα το απέκοπταν εκεί από τον καθ' υποκατάσταση κηδεμόνα, θα πληρούνταν το πραγματικό της αξιόποινης πράξεως –και μάλιστα μολονότι τόσο οι ίδιοι όσο και το τέκνο τους έχουν το δικαίωμα, σύμφωνα με το άρθρο 4 της οδηγίας 2004/38/EK, να εγκαταλείψουν ένα κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης.
- 20 Η ποινική διάταξη του άρθρου 235 μπορεί να έχει εντούτοις ακόμη μεγαλύτερες συνέπειες. Κατά την παράγραφο 2, περίπτωση 1, η συμπεριφορά της ZW θα μπορούσε να καταστεί αξιόποινη αν η ίδια μετέβαινε με το τέκνο της, χωρίς τη ρητή συναίνεση του καθ' υποκατάσταση κηδεμόνα, με τον οποίο δεν μπορεί εν μέρει να υπάρξει επαφή επί σχετικώς μακρά χρονικά διαστήματα, στο έδαφος άλλου κράτους της Ένωσης απλώς για λόγους επισκέψεως ή διακοπών. Ταξίδια εν τούτοις με το τέκνο εντός της Γερμανίας δεν θα καταλαμβάνονταν από την ποινική διάταξη.
- 21 Καθοριστική σκέψη για το θεσπιζόμενο με το άρθρο 235 StGB αξιόποινο είναι ότι ένα παιδί από άλλο πολιτιστικό περιβάλλον δεν μπορεί καν ή μόνο με πολύ μεγάλες δυσκολίες να επιστρέψει στη χώρα [παραλειπόμενα]. Οι λόγοι αυτοί, κατά την εκτίμηση του δικαστηρίου, δεν ευσταθούν πράγματι εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεδομένου ότι το παιδί εδώ μπορεί, κατά τον κανονισμό Βρυξέλλες II α, να επιστρέψει στη χώρα χωρίς μεγάλες δυσκολίες, μάλιστα δε όχι από ξένο πολιτιστικό περιβάλλον. Ο κανονισμός ρυθμίζει γενικώς την αναγνώριση και εκτέλεση σε άλλο κράτος μέλος της ΕΕ αποφάσεων που εκδόθηκαν σε κράτος μέλος της ΕΕ και αφορούν την επιμέλεια και το δικαίωμα προσωπικής επικοινωνίας (άρθρα 21, 28). **[σελ. του πρωτοτύπου 10]**

- 22 Η ποινική διάταξη του άρθρου 235 θίγει την ελεύθερη κυκλοφορία των πολιτών της Ένωσης κατά τρόπον ώστε, με την αφαίρεση των γονικών δικαιωμάτων σε σχέση με το τέκνο, εμμέσως χάνουν και οι γονείς de facto την ελεύθερη κυκλοφορία τους, εφόσον δεν θέλουν να χάσουν τη διασφαλιζόμενη σε αυτούς από το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ (δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής) εγγύτητα προς το τέκνο τους. Το πρόσθετο διοικητικό κόστος που ενδεχομένως προκύπτει στην περίπτωση διαδικασίας επιστροφής τέκνου από χώρα της Ένωσης (διεξαγωγή της διαδικασίας εκτελέσεως σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης) δεν έχει κατά το δικάζον δικαστήριο τόσο βαρύτητα ώστε να μπορεί να δικαιολογήσει την επέμβαση στην ελεύθερη κυκλοφορία. Πράγματι, μπορεί ενδεχομένως να είναι σαφώς απλούστερη η επιστροφή ενός τέκνου με επισήμως δηλωθείσα κατοικία –ο τόπος διαμονής του AW στο σπίτι του πατέρα του είναι μάλιστα γνωστός– από άλλο κράτος της Ένωσης παρά ο εντοπισμός ενός τέκνου που έχει εξαφανιστεί με έναν από τους γονείς του στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας. Σε καμία περίπτωση δεν δικαιολογεί το (ενδεχόμενο) διοικητικό κόστος τη διαφορετική αντιμετώπιση της αποκοπής της επικοινωνίας ενός παιδιού που βρίσκεται στο έδαφος της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας με τον επιφορτισμένο με τη φροντίδα του, αφενός, και ενός παιδιού που βρίσκεται στο έδαφος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αφετέρου, υπό την έννοια ότι [παραλειπόμενα] μόνο η δεύτερη συμπεριφορά επισύρει την άσκηση ποινικής δίωξης ως αξιόποινη πράξη.
- 23 Ενώ Γερμανοί γονείς τέκνου γερμανικής ιθαγένειας μπορούν να κυκλοφορούν άνευ ποινής στον σύνηθες για αυτούς (κοινωνικό και γεωγραφικό) χώρο και να επιλέγουν ελεύθερα την κατοικία τους, Ρουμάνοι γονείς γεννηθέντος στη Ρουμανία τέκνου ρουμανικής ιθαγένειας διαπράττουν αξιόποινη πράξη εάν μεταβούν στη Ρουμανία με το παιδί τους και επιλέξουν κατοικία στη δική τους χώρα καταγωγής. Δεν διαφαίνονται λόγοι για αυτή τη διαφοροποίηση, με δεδομένη την ανά πάσα στιγμή δυνατή στον χώρο της Ευρωπαϊκής Ένωσης επιστροφή του τέκνου. Επιπροσθέτως, στην προκειμένη περίπτωση, προφανώς δεν θεωρήθηκε μέχρι τούδε αναγκαία η έγκαιρη επιστροφή **[σελ. του πρωτοτύπου 11]** και η ούτως ή άλλως δυνατότητα μόνο τηλεφωνικής επαφής μεταξύ του καθ' υποκατάσταση κηδεμόνα και του AW υφίσταται επίσης άνευ ετέρου στη Ρουμανία, κράτος της Ένωσης.
- 24 Η πραγματοποιούμενη με την ποινική διάταξη του άρθρου 235 StGB επέμβαση στην ελεύθερη κυκλοφορία των πολιτών της Ένωσης δεν μπορεί επομένως να δικαιολογηθεί.
- 25 2. Κατά το άρθρο 24, παράγραφος 1, της οδηγίας 2004/38/Ε, που ρυθμίζει την ίση μεταχείριση, όλοι οι πολίτες της Ένωσης που διαμένουν στο έδαφος του κράτους μέλους υποδοχής βάσει της παρούσας οδηγίας απολαύουν ίσης μεταχειρίσεως σε σύγκριση με τους ημεδαπούς τού εν λόγω κράτους μέλους εντός του πεδίου εφαρμογής της Συνθήκης. Το δικαίωμα αυτό εκτείνεται στα μέλη της οικογένειας που δεν είναι υπήκοοι κράτους μέλους, εφόσον έχουν δικαίωμα κατοικίας ή μόνιμης διαμονής.



- 26 Η γενική αυτή αρχή της ίσης μεταχειρίσεως θα μπορούσε επίσης να παραβιασθεί λόγω μιας άνευ διαφοροποιήσεως ρυθμίσεως, όπως εναργώς δείχνει το ακόλουθο παράδειγμα: Αν ένας πολίτης γερμανικής ιθαγένειας που βρίσκεται στην κατάσταση της κατηγορούμενης ZW είχε συμπράξει στην επιστροφή του κοινού τέκνου στη (φυσικά, επομένως, ευρισκόμενη στη Γερμανία) γενέτειρά του, όπου εκεί κατοικεί ακόμη ή εκ νέου ο πατέρας του, δεν θα είχε διαπράξει αξιόποινη πράξη, αν η νέα αυτή κατοικία βρίσκεται σε ένα άλλο ομόσπονδο κράτος της Γερμανίας χίλια χιλιόμετρα μακριά από τη μέχρι τούδε κατοικία. Αντιστρόφως, συνιστά αξιόποινη πράξη για ένα πολίτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατά το άρθρο 235 εάν αυτός, υπό τις ίδιες περιστάσεις, οδηγήσει το τέκνο του στην πατρίδα του που κατά κανόνα βρίσκεται σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η δυσμενής διάκριση που θίγει τον Ευρωπαίο πολίτη γίνεται πιο εναργής από το ότι ιδίως αυτός μπορεί ήδη να διαπράττει αξιόποινη πράξη (υπό τις παρούσες συνθήκες) όταν οδηγεί το τέκνο του, παραδείγματος χάριν λίγα μόνο χιλιόμετρα [σελ. του πρωτοτύπου 12] από το Kehl μέσω των όχι πια ευκρινώς σημειωμένων γαλλογερμανικών συνόρων, για να διαμείνει μόνιμα στην πατρίδα του, στο Στρασβούργο, ενώ ο Γερμανός πατέρας δεν διαπράττει αξιόποινη πράξη όταν οδηγεί το τέκνο του για να διαμείνει μόνιμα στην εκατό φορές πιο μακριά (γερμανική) πατρίδα του.
- 27 Η χωρίς περαιτέρω διαφοροποιήσεις ποινική διάταξη εξισώνει τελικά έναν πολίτη της Ένωσης όχι με υπήκοο του κράτους μέλους αλλά αντιθέτως με τον υπήκοο οποιουδήποτε τρίτου κράτους που βρίσκεται στην άλλη άκρη του κόσμου, με το οποίο δεν υφίστανται κανενός είδους σχέσεις σε θέματα διεθνούς δικαστικής συνδρομής.
- 28 Το δικαστήριο ζητεί επομένως από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο να αποφανθεί αν η μη διακρίνουσα μεταξύ του εδάφους της Ευρωπαϊκής Ένωσης και τρίτων κρατών διάταξη του άρθρου 235 του γερμανικού ποινικού κώδικα συνιστά παράβαση του πρωτογενούς και/ή του παραγώγου ευρωπαϊκού δικαίου.
- 29 Περαιτέρω, το δικαστήριο ερωτά αν συνέπεια της παραβάσεως αυτής είναι η μη εφαρμογή της εθνικής ποινικής διατάξεως.

Από τα δύο αυτά ερωτήματα εξαρτάται η έκβαση της παρούσας ποινικής διαδικασίας, δεδομένου ιδίως ότι δεν θα έπρεπε να υπάρχει αξιόποινο κατά το άρθρο 235, παράγραφος 1, οπότε η ZW, στην περίπτωση μη εφαρμογής του άρθρου 235, παράγραφος 2, θα πρέπει να αθωωθεί.

[παραλείπόμενα]