

# Anonüümseks muudetud versioon

Tölge

C-454/19 – 1

## Kohtuasi C-454/19

### Eelotsusetaotlus

#### Saabumise kuupäev:

14. juuni 2019

#### Eelotsusetaotluse esitanud kohus:

Amtsgericht Heilbronn (Saksamaa)

#### Eelotsusetaotluse kuupäev:

11. juuni 2019

#### Süüdistatav:

ZW

[...]

Amtsgericht Heilbronn

### Kohtumäärus

Kriminaalmenetluses, milles süüdistatav on

ZW,

[...], abielus, kodakondsus: rumeenia, elukoht [...] Heilbronn

[...]

[...] ja mis on algatatud alaealise ühise hõivamise tõttu,

tegi Amtsgericht Heilbronn (Heilbronn esimese astme kohus) [...] järgmise määruse: [lk 2]

1. Menetlus [...] peatatakse kuni Euroopa Kohus on oma otsuse teinud.

2. Euroopa Liidu Kohtule esitatakse Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 267 alusel selgituste saamiseks järgmised eelotsuse küsimused:
- a) Kas Euroopa Liidu esmast ja/või teisest õigust, käesoleval juhul eelkõige Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2004/38/EÜ, tuleb – võttes arvesse liidu kodanike ulatuslikku õigust liikmesriikide territooriumil vabalt liikuda ja elada – tõlgendada nii, et see hõlmab ka liikmesriigi karistusõiguse sätteid?
  - b) Kui vastus sellele küsimusele on jaatav: Kas Euroopa Liidu esmase ja/või teisese õiguse tõlgendamisega on vastuolus liikmesriigi sellise karistusõiguse sätte kohaldamine, millega karistatakse lapse välismaal varjamist tema hooldaja eest, kui kõnealusel sättes ei eristata, kas tegemist on Euroopa Liidu riigi või kolmanda riigiga?

### **Põhjendused:**

#### A. Põhikohtuasja ese

- 1 Põhikohtuasjas käsitletakse küsimust, kas Saksa Strafgesetzbuch'i (karistusseadustik, edaspidi „StGB“) § 235 lõike 2 punkt 2 on vastuolus töötajate vaba liikumise sätetega, eelkõige direktiiviga 2004/38/EÜ ning selles ette nähtud liidu kodanike õigusega koos enda pereliikmetega (direktiivi 2004/38/EÜ artikli 2 punkt 2) liikmesriikide territooriumil vabalt liikuda ja elada (direktiivi 2004/38/EÜ artikkel 1) ning direktiivi 2004/38/EÜ artiklist 24 tuleneva võrdse kohtlemise sättega [lk 3], ja seetõttu ei või liikmesriigi kohus asjaomast õigusnormi liidu õiguse esimuse tõttu enam kohaldada.

#### B. Põhikohtuasja asjaolud

- 2 1. Süüdistatava ZW (AW ema) taust

Rumeenias [...] sündinud süüdistatav ZW [...] ja [...] Rumeenias sündinud QN on väljaspool abielu sündinud lapse AW – sündinud [...] Rumeenias – vanemad. Esimese aasta pärast oma poja AW sündi veetis süüdistatav ZW Rumeenias. Seejärel nägi ta võimalust tagada endale ja oma pojale majanduslik toimetulek Saksamaal. Selle ettevalmistamiseks siirdus ta kõigepealt Saksamaale üksi. Tema poeg AW jäi selleks ajaks Rumeeniasse oma ristiema juurde, kes tema eest hoolitses ja teda kasvas. Alates 2009. aastast töötas süüdistatav ZW sotsiaalkindlustusega hõlmatud töötajana aeg-ajalt töövahendusfirmades, mille kaudu töötas ta koristajana lasteaias, vanadekodus ja haiglas. Ajuti töötas ta osajaga, ajuti oli aga töötu, kuid sel ajal oli ta Arbeitsamt'is (tööhõiveamet) tööotsijana arvele võetud. Pärast seda kui tema tööalane olukord 2009. aastal kindlamaks muutus, tõi süüdistatav ZW enda juurde Saksamaale ka oma poja AW.

- 3 2. QN-i (AW isa) taust

2

Lapse isa QN käis Rumeenias algselt Saksa koolis. Ta viibis sageli oma sugulaste juures Karlsruhe. Seejuures oli QN-i [lk 4] Saksamaal viibimise eesmärk seal ka raha teenida. Praegusel ajal elab QN jälle Rumeenias, kus tal sealse sissetuleku alusel otsustades läheb majanduslikus mõttes hästi.

#### 4 3. Poja AW olukord

Rumeenia õiguse kohaselt on mõlemal (juba ammu lahku läinud) vanemal AW suhtes hooldusõigus. Ajal, mil AW käis Saksamaal lasteaias, leidis aset mõningaid eeskirjade rikkumisi, mis viisid kokkuvõttes selleni, et pere suhtes hakati kohaldama sotsiaalpedagoogilist pereabi, et toetada süüdistatavat ZW-d kasvatuslikes küsimustes, töötada välja ühtne kasvatuslik käitumine ning toetada perekonda formaalsustega toimetulekul. Selle meetme abil ei suudetud olukorda kokkuvõttes ikkagi parandada.

- 5 Aastal 2012 viis süüdistatav ZW oma poja Rumeenias elava isa QN-i juurde, sest pojale tuli väljastada uus pass ning selleks puudusid vajalikud dokumendid. Kui AW 2012. aasta septembris Saksamaale naasis, ilmnisid käitumiseärasused uuesti, mistõttu paigutas Jugendamt (noorsooamet) ta 2013. aasta märtsis süüdistatava nõusolekul noorteabi keskusesse Bad Friedrichshallis, mis asub ema elukoha Heilbronniga läheduses. Noorsooametiga peetud telefonikõne järel oli isa sellega vastumeelselt nõus, kuni ajani, mil ta soovis oma poega jälle enda juurde tuua.
- 6 Amtsgericht Heilbronn (Heilbronniga esimese astme kohus) 14. novembri 2014. aasta määrusega võeti mõlemalt vanemalt oma poja AW elukoha määramise õigus, tema eest noorsooabimeetmete ja sotsiaaltoetuste taotlemise õigus, abi kavandamises osalemise õigus ja tervishoiualane eestkost. Vanematelt võetud õigused anti täiendava hooldusõiguse (*Ergänzungspflegschaft*) raames kõigepealt üle Heilbronniga Landratsamt – Kreisjugendamt'ile (Heilbronniga maakonnaameti piirkondlik noorsooamet) – [lk 5]. Pärast Bad Friedrichshalli noorteabi keskusesse paigutamise luhtumist viidi AW üle Westerwaldis paiknevasse asutusse, kus suudeti last lõpuks sama vähe ohjata nagu teises kriisiabi keskuses, mistõttu naasis laps Heilbronniga maakonnaameti piirkondliku noorsooameti nõusolekul kokkuvõttes tagasi oma ema juurde. Sellest ajast pädeva Heilbronniga linna noorsooamet taotles 3. augusti 2017. aasta kirjaga vanemliku hooldusõiguse tagasiandmist lapse emale. Ebaselgetel asjaoludel ei olnud seda seni tehtud.
- 7 Vahepeal võttis QN oma poja süüdistatava ZW külastamise järel ja tema nõusolekul 2017. aasta detsembri algul jälle endaga kaasa Rumeeniasse, kus ta alates sellest ajast oma pojaga elab. Selgitamata on asjaolu, kas süüdistatav oli nõus, et QN võtab oma poja Rumeeniasse kaasa pikemaks ajaks või ainult kuni 2017. aasta jõuludeni. Heilbronniga linna noorsooametist sellest ei teavitatud ning samuti ei informeeritud nüüdseks pädevat täiendavat hooldajat, kelle ülesandeks oli teostada õigusi, mida ei olnud vanematele ikka veel tagasi antud. Kõnealune amet esitas lapse Rumeeniasse viimise tõttu mõlema vanema suhtes kuriteoteate

„alaealise hõivamise“ tõttu, sest süüdistatav ZW teavitas asutust lapse Rumeeniasse viimisest.

8 4. Etteheidetav tegu

Süüdistatavale heidetakse ette järgmisi asjaolusid:

„9. detsembril 2017 jõudsid süüdistatav ning temast lahus elav abikaasa kokkuleppele, et nende ühine 12-aastane poeg AW – kellele oli Amtsgericht Heilbronn (Heilbronna esimese astme kohus) määranud täiendavaks hooldajaks, mh seoses lapse elukoha määramise õigusega, Kreisjugendamt Montabaur'i (Montabauri piirkonna noorsoamet) – ei hakka enam elama kahtlustatava juures Heilbronnis, vaid lapse isa juures Rumeenias [lk 6]. Selle kokkuleppe elluviimise käigus viisid vanemad AW Montabauri piirkonna noorsoametile kuuluvat lapse elukoha määramise õigust tahtlikult eirates lapse Rumeeniasse, kus ta sellest ajast alates elab.“

9 C. Õiguslik raamistik

Äsja kirjeldatud asjaolud vastaksid StGB § 235 lõike 2 punkti 2 ja § 25 lõike 2 kohasele alaealise ühise hõivamise kuriteokosseisule.

10 StGB § 235 on sõnastatud järgmiselt; käesoleval juhul kohaldamisele kuuluvad lõigud on esile tõstetud:

„§ 235 Alaealise hõivamine

(1) Isikut, kes

1. on vägivallaga, tõsise kahjuga ähvardades või kavalusega hõivanud või varjab nooremalt kui alla kaheksateistaastast isikut või
2. last tema vanemate, ühe vanema, eestkostja või hooldaja eest, ilma et ta oleks selle lapse sugulane,

karistatakse kuni viieaastase vangistusega või rahatrahviga.

(2) Sama karistus määratakse isikule, kes

1. hõivab lapse tema vanematelt, ühelt vanemalt, eestkostjalt või hooldajalt, et ta välisriiki viia, või
2. varjab last välisriigis pärast lapse sellesse riiki viimist või pärast seda, kui laps on nimetatud riiki siirdunud[.]
3. Lõike 1 punktis 2 ning lõike 2 punktis 1 nimetatud juhtudel on karistatav ka teo toimepanemise katse.

4. Vabadusekaotusega ühest kuni kümne aastani karistatakse teo toimepanijat juhul, kui ta
- (1) asetab kannatanu oma teoga eluohtlikku või tema tervist raskelt kahjustada võivasse olukorda või olukorda, mis kahjustab raskelt tema kehalist või vaimset arengut, või
  - (2) paneb teo toime tasu eest või kavatsusega rikastuda ise või tuua kasu kolmandale isikule.
5. Kui teo toimepanija põhjustab oma teoga kannatanu surma, karistatakse isikut vähemalt kolmeaastase vangistusega. [lk 7]
6. Lõikes 4 sätestatud kergematel juhtumitel karistatakse isikut kuue kuu kuni viie aasta pikkuse vabadusekaotusega; lõikes 5 sätestatud kergematel juhtumitel karistatakse isikut ühe kuni kümne aasta pikkuse vabadusekaotusega.
7. Lõigetes 1–3 nimetatud juhtudel menetletakse alaealise hõivamist ainult taotluse alusel, välja arvatud juhul, kui kriminaalmenetluse asutus peab omal algatusel sekkumist vajalikuks erilise avaliku huvi tõttu kriminaalmenetluse suhtes.“
- 11 Ühine toimepanemine, mis määratleb isikute panuse jaotumise, on reguleeritud StBG § 25 lõikes 2.
- 12 StGB § 25 on sõnastatud järgmiselt; käesoleval juhul kohaldamisele kuuluvad lõigud on esile tõstetud:
- „§ 25 Süüteo täideviija
- (1) Süüteo täideviijana karistatakse isikut, kes paneb süüteo toime ise või teise isiku abil.
  - (2) Kui mitu isikut panevad süüteo toime ühiselt, karistatakse iga isikut teo täideviijana (kaastäideviijad).“
- 13 D. Eelotsuse küsimuste asjakohasus kohtuasja lahendamise seisukohast
- StGB § 235 kohaldamatus võib tuleneda ainult sellest, et StGB § 235 ei ole kooskõlas Euroopa Liidu esmase ja/või teisese õigusega ning seetõttu on viimati nimetatutel kohaldamisel esimene. Amtsgericht Heilbronn (Heilbronn esimese astme kohus) peab vajalikuks esitada Euroopa Kohtule ELTL artikli 267 esimese lõigu punktide a ja b kohase eelotsusemenetluse raames eelotsuse küsimus, sest liikmesriigi (karistusõiguse) sätte kohaldamine sõltub liidu õiguse tõlgendamisest.
- 14 D. Eelotsuse küsimuste selgitus
- Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul on kohaldamisele kuuluv kriminaalõiguse säte eelkõige vastuolus Euroopa Parlamendi ja nõukogu

direktiiviga 2004/38/EÜ [lk 8] ning Euroopa Liidu õiguse esimuse tõttu ei saa seda kohaldada. Direktiiv 2004/38/EÜ käsitleb liidu kodanike ja nende pereliikmete õigust liikmesriikide territooriumil vabalt liikuda ja elada. Põhjenduse kohaselt on isikute vaba liikumine üks põhivabadusi siseturul, mis hõlmab sisepiirideta ala, mille ulatuses tagatakse vabadus vastavalt asutamislepingu sätetele.

- 15 Kaks järgnevat lähenemist võivad välistada liikmesriigi kriminaalõiguse sätte kooskõla direktiiviga 2004/38/EÜ:
- 16 1. Vastavalt direktiivi 2004/38/EÜ artiklile 4 on kõikidel liidu kodanikel, kellel on kehtiv isikutunnistus või pass, ja nende pereliikmetel, kes ei ole liikmesriigi kodanikud ja kellel on kehtiv pass, õigus lahkuda liikmesriigi territooriumilt, et reisida mõnda teise liikmesriiki.
- 17 Laps AW on Rumeenia kodanikuna ja peale selle ZW ja QN-i (mõlemad Rumeenia kodanikud) pojana direktiivi 2004/38/EÜ artikli 3 kohaselt koostoimes artikliga 2 hõlmatud selle direktiivi kaitse kohaldamisalaga.
- 18 Seega on AW-1 artikli 4 kohaselt õigus lahkuda liikmesriigi, täpsemalt Saksamaa Liitvabariigi, territooriumilt ja asuda elama oma isa juurde tema kodumaal Rumeenias. Vastavalt põhjendusele 11, mis on olnud nimetatud direktiivi vastuvõtmise aluseks, antakse teises liikmesriigis elamise individuaalne põhiõigus asutamislepinguga otse liidu kodanikele ja see ei sõltu sellest, kas nad on järginud haldusmenetlust. [lk 9]
- 19 Liikmesriigi karistusõiguse sätte, käesoleval juhul StGB § 235 asjakohase lõike 1 ja lõike 2 punkti 2 kohaldamine viiks selleni, et süüdistatav ZW ja/või lapse isa QN võiksid oma poega AW-d (antud juhtumi asjaoludel) täiendava hooldaja eest karistamatult varjata seni kaua, kui nad ei lahku Saksamaa Liitvabariigi territooriumilt. Niipea kui nad aga viivad oma poja Euroopa Liidu teise liikmesriiki ning varjavad teda seal poja täiendava hooldaja eest, oleks süüteokoosseis täidetud, hoolimata asjaolust, et nii neil endil kui ka nende pojal on direktiivi 2004/38/EÜ artikli 4 kohaselt õigus Euroopa Liidu liikmesriigist lahkuda.
- 20 StGB § 235 karistusõiguse sätte läheks aga isegi kaugemale. Selle lõike 2 punkti 1 kohaselt saaks ZW karistada juba siis, kui ta läheks koos oma poja AW-ga pelgalt külastamise või puhkuse eesmärgil teise liikmesriigi territooriumile, ilma et ta oleks saanud vahel pikemat aega kättesaamatu täiendava hooldaja selget nõusolekut. Lapsega Saksamaal reisimine ei ole seevastu karistusõiguse normidega hõlmatud.
- 21 StGB §-s 235 kehtestatud karistatavuse peamine kaalutlus on see, et teisest kultuuriruumist on last võimatu või äärmiselt raske tagasi tuua [...]. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul ei pea need põhjendused aga Euroopa Liidu piires paika, sest vastavalt nõukogu 27. novembri 2003. aasta määrusele (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja

täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000 (edaspidi „Brüsseli IIa määrus“), on lapsi Euroopa Liidus võimalik suuremate raskusteta tagasi tuua, ja siinjuures ei ole tegemist võõra kultuuriruumiga. Määrus reguleerib üldiselt kohustust tunnustada ja täita teises EL-i liikmesriigis tehtud eestkoste- ja suhtlusõiguse otsuseid (artiklid 21 ja 28). [lk 10]

- 22 StGB § 235 karistussäte riivab liidu kodanike vaba liikumise õigust sel moel, et lapse suhtes vanemlike õiguste äravõtmisel kaotavad kaudselt *de facto* liikumisvabaduse ka vanemad ise, kui nad ei soovi loobuda EIÕK artiklis 8 (Õigus era- ja perekonnaelu austamisele) tagatud õigusest lähedusele oma lapsega. Liidu territooriumilt lapse tagasitoomisega tekkida võiv halduse lisakoormus (täitmismenetluse läbiviimine teises Euroopa Liidu liikmesriigis) ei ole eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul nii kaalukas, et sellega saaks põhjendada vaba liikumise õiguse riivet. Teatud asjaoludel võib olla palju lihtsam tuua laps, kelle asukoht on ametlikult teavitatud – AW asukoht tema isa juures on käesoleval juhul isegi teada –, tagasi teisest liikmesriigist, kui leida koos ühe vanemaga pakku läinud laps üles Saksamaa Liitvabariigi territooriumilt. Halduse (võimaliku) lisakoormusega ei saa mingil juhul põhjendada lapse Saksamaa Liitvabariigis või Euroopa Liidu territooriumil varjamise erinevat kohtlemist selliselt, et [...] kuriteona menetletakse ainult teises variandis toodud käitumist.
- 23 Sellal kui Saksa lapse sakslasest vanemad võivad neile omases (sotsiaalses ja geograafilises) piirkonnas karistuseta liikuda ja oma elukohta vabalt valida, kohaldatakse Rumeenias sündinud lapse rumeenlasest vanemate suhtes karistust, kui nad viivad oma lapse Rumeeniasse ja valivad elukohaks oma põlise kodumaa. Võttes arvesse Euroopa Liidu territooriumil eksisteerivat võimalust laps igal ajal tagasi tuua, puuduvad niisugusel eristamisel põhjused. Käesoleval juhul lisandub sellele ka asjaolu, et seni ei peetud lapse kiiret tagasitoomist ilmselgelt [lk 11] vajalikuks ning täiendava hooldaja ja AW vaheline niikuinii ainult telefoni teel toimunud suhtlus on takistusteta võimalik ka liidu liikmesriigis Rumeenias.
- 24 Seetõttu ei saa põhjendada StGB § 235 karistusõiguse sätte alusel aset leidvat liidu kodanike vaba liikumise õiguse riivet.
- 25 2. Vastavalt direktiivi 2004/38/EÜ artikli 24 lõikele 1, mis reguleerib võrdset kohtlemist, koheldakse kõiki käesoleva direktiivi kohaselt vastuvõtva liikmesriigi territooriumil elavaid liidu kodanikke asutamislepingu reguleerimisalas võrdselt kõnealuse liikmesriigi kodanikega. Seda õigust saavad kasutada ka pereliikmed, kes ei ole liikmesriigi kodanikud ja kellel on seal elamisõigus või alaline elamisõigus.
- 26 Kõnealust võrdse kohtlemise põhimõtet võidakse samuti rikkuda üldistava sätte tõttu, nagu ilmneb veenvalt järgmisest näitest: kui Saksa kodanik oleks süüdistatava AW olukorras aidanud kaasa sellele, et nende ühine laps kolib tagasi oma (sel juhul loomulikult Saksamaal asuvasse) kodupiirkonda seal veel või taas elava isa juurde, ei saaks selline kodanik karistada isegi siis, kui kõnealune uus

elukoht asub senisest elukohast tuhat kilomeetrit eemal teisel liidumaal. Seevastu liidu kodaniku puhul on tegemist § 235 kohase kuriteoga, kui ta viib lapse samadel asjaoludel tema puhul tavapäraselt Euroopa Liidu mõnes teises liikmesriigis asuvasse koju. Liidu kodanikku puudutav diskrimineerimine ilmneb eeskätt selles, et teda võidakse (käesoleva juhtumi asjaoludel) karistada ainuüksi siis, kui ta viib oma lapse pikemaks ajaks näiteks ainult paar kilomeetrit [lk 12] Kehlist eemal, praeguseks nähtamatu Saksa-Prantsuse piiri taga asuvasse kodukohta Strasbourgis, sellal kui sakslasest isa suhtes ei kohaldata karistust, kui ta viib oma lapse oluliselt kaugemal asuvasse (Saksa) kodukohta.

- 27 Täiendavalt mitte eristav karistusõiguse säte paneb liidu kodaniku kokkuvõttes samasse olukorda mitte konkreetse liikmesriigi kodanikuga, vaid pigem mis tahes kolmanda riigi kodanikuga, kelle koduriik asub teises maailma otsas ja millega puuduvad igasugused rahvusvahelise õigusabi alased sidemed.
- 28 Seetõttu palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult selgitust, kas Saksa StGB § 235, milles ei eristata Euroopa Liidu ja kolmanda riigi territooriumi, on vastuolus Euroopa Liidu esmase või teisese õigusega.
- 29 Lisaks palub eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitada, kas niisuguse rikkumise tagajärg on liikmesriigi kriminaalõiguse sätte kohaldamatus.

Eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses oleva kriminaalasja lahend sõltub eespool esitatud kahest küsimusest, sest eelkõige StGB § 235 lõike 1 alusel ei tohiks tegu olla karistatav, mistõttu tuleb ZW StGB § 235 lõike 2 kohaldamatuse korral õigeks mõista.

[...]