

Anonimizirana različica

Prevod

C-454/19 – 1

Zadeva C-454/19

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

14. junij 2019

Predložitveno sodišče:

Amtsgericht Heilbronn (Nemčija)

Datum predložitvene odločbe:

11. junij 2019

Obtoženka:

ZW

[...] (ni prevedeno)

Amtsgericht Heilbronn (okrajno sodišče v Heilbronn, Nemčija)

Sklep

v kazenskem postopku proti

osebi ZW,

[...] (ni prevedeno), poročena, državljanstvo: romunsko, stanujoča [v] [...] (ni prevedeno) Heilbronn

[...] (ni prevedeno)

[...] (ni prevedeno) zaradi kaznivega dejanja odvzema mladoletne osebe, storjenega v sotorilstvu,

je Amtsgericht Heilbronn (okrajno sodišče v Heilbronn) [...] (ni prevedeno) sklenilo:

1. Postopek se [...] (ni prevedeno) prekine do odločitve Sodišča Evropske unije.
2. Sodišču Evropske unije se na podlagi člena 267 Pogodbe o delovanju Evropske unije v predhodno odločanje predložita ti vprašanji:
 - a) Ali je treba evropsko primarno in/ali sekundarno pravo, v obravnavanem primeru zlasti Direktivo 2004/38/ES Evropskega parlamenta in Sveta, v smislu obsežne pravice državljanov Unije do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, razlagati tako, da obsega tudi nacionalne kazenske določbe?
 - b) Če je odgovor na to vprašanje pritrdilen: Ali razlaga evropskega primarnega in/ali sekundarnega prava nasprotuje uporabi nacionalne kazenske določbe, s katero naj bi se sankcioniralo onemogočanje dostopa do otroka njegovemu skrbniku v tujini, če ta določba ne razlikuje po tem, ali gre za države Evropske unije ali za tretje države?

Obrazložitev:

A. Predmet postopka v glavni stvari

- 1 Postopek v glavni stvari zadeva vprašanje, ali je člen 235(2), točka 2, Strafgesetzbuch (nemški kazenski zakonik; v nadaljevanju: kazenski zakonik ali StGB), v nasprotju z določbami o prostem gibanju delavcev, zlasti z Direktivo 2004/38/ES in v njej določeno pravico državljanov Unije, ki vključuje tudi njihove družinske člane (člen 2, točka 2, Direktive 2004/38/ES), do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic (člen 1 Direktive 2004/38/ES), ter načelom enakosti iz člena 24(1) Direktive 2004/38/ES in ga zato nacionalno sodišče zaradi primarnosti prava Unije ne sme več uporabiti.

B. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari

- 2 1. Življenjska pot obtoženke ZW, matere osebe AW [...] (ni prevedeno) V [...] (ni prevedeno) Romuniji rojena obtoženka ZW [...] (ni prevedeno) in [...] (ni prevedeno) v [...] (ni prevedeno) Romuniji rojena oseba QN sta starša nezakonskega otroka AW, rojenega [...] (ni prevedeno) v [...] (ni prevedeno) Romuniji. Obtoženka ZW je prvo leto po rojstvu svojega sina AW preživela v Romuniji. Za tem je zase in svojega sina videla možnost, da si v Nemčiji zagotovita ekonomski obstoj. Da bi lahko pripravila vse potrebno, je sprva odšla v Nemčijo sama. Sin AW je medtem ostal v Romuniji pri botrici, ki je skrbela zanj. Obtoženka ZW je bila od leta 2009 občasno zaposlena in vključena v sistem obveznega socialnega zavarovanja in sicer pri podjetjih, ki zaposlujejo za določen čas, za katera je delala kot čistilka v vrtcu, domu starejših občanov in bolnišnici. Deloma je bila zaposlena za določen čas, deloma pa je bila tudi brezposelna in v tem času prijavljena kot iskalka zaposlitve na zavodu za

zaposlovanje. Obtoženka ZW je po tem, ko se je njen zaposlitveni položaj v letu 2009 utrdil, sina AW pripeljala k sebi v Nemčijo.

3 2. Življenjska pot osebe QN, očeta osebe AW

Oče otroka QN je sprva v Romuniji obiskoval nemško šolo. Večkrat je bil pri svojih sorodnikih v mestu Karlsruhe. Njegovo prebivanje je bilo pri tem namenjeno tudi temu, da bi v Nemčiji služil denar. Trenutno oseba QN ponovno živi v Romuniji, kjer ji gre glede na prihodke, ki jih tam ima, v ekonomskem pogledu dobro.

4 3. Položaj sina AW

V skladu z romunskim pravom imata oba starša (ki sta že dolgo ločena) za otroka AW pravico do varstva in vzgoje. Ko je otrok AW v Nemčiji obiskoval vrtec, je prišlo do kršitev pravil, ki so na koncu pripeljale do tega, da je bila vzpostavljena socialnopedagoška družinska pomoč z namenom, da bi obtoženka ZW razvila boljše vzgojne sposobnosti, da bi se vzpostavil enoten način vzgoje in da bi se družini pomagalo pri formalnostih. Ta ukrep pa položaja ni izboljšal.

5 Leta 2012 je obtoženka ZW svojega sina pripeljala k njegovemu očetu QN, ki prebiva v Romuniji, saj naj bi mu bil izdan nov potni list in so še manjkali dokumenti. Ko se je otrok AW septembra 2012 vrnil, je ponovno kazal vedenjske motnje, zato ga je urad za mladino (*Jugendamt*) marca 2013 s soglasjem obtoženke namestil v ustanovo za pomoč mladini v kraju Bad Friedrichshall v bližini Heilbronna, kjer je prebivala mati. Oče je s tem v telefonskem pogovoru z uradom za mladino „z odporom“ soglašal do trenutka, ko je sina ponovno nameraval vzeti k sebi.

6 S sklepom Amtsgericht Heilbronn (okrajno sodišče v Heilbronn) z dne 14. 11. 2014 so bile obema staršema za njunega sina AW odvzete pravica do določitve otrokovega prebivališča, pravica do vložitve vloge za ukrepe pomoči mladini ter za dodelitev socialnih dajatev zanj, pravica do sodelovanja pri načrtovanju pomoči in pravice v zvezi z zdravstvenim varstvom. Pravice, odvzete staršem, so bile sprva v okviru dodatnega skrbništva (*Ergänzungspflegschaft*) prenesene na Landratsamt (urad deželnega sveta) – Kreisjugendamt (območni urad za mladino) – v Heilbronn. Otrok AW je bil po neuspešni namestitvi v ustanovi za pomoč mladini v kraju Bad Friedrichshall nastanjen v ustanovi v Westerwaldu, kjer pa na koncu prav tako ni bil obvladljiv, in ker v poštev tudi ni prišla kakšna druga varstvena ustanova, je bil na koncu s soglasjem Landratsamt – Kreisjugendamt – v Heilbronn vrnjen materi. Z dopisom z dne 3. 8. 2017 je sedaj pristojni urad za mladino mesta Heilbronn predlagal, naj se pravica do varstva in vzgoje prenese nazaj na otrokovo mater. Do tega pa do sedaj iz nepojasnjenih razlogov še ni prišlo.

7 Medtem je v začetku decembra 2017 oseba QN svojega sina po obisku obtoženke ZW z njenim soglasjem spet vzela s seboj v Romunijo, kjer od tedaj prebiva skupaj s svojim sinom. Ni še razjasnjeno, ali se je obtoženka strinjala s tem, da bo

oseba QN svojega sina k sebi v Romunijo vzela trajno ali pa le do božiča 2017. Urad za mladino mesta Heilbronn o tem ni bil obveščen, prav tako tudi ne dodatni skrbnik (*Ergänzungspfleger*), ki je medtem postal pristojen za izvajanje pravic, še vedno odvzetih staršem. Ta je po tem, ko ga je obtoženka ZW seznanila s preselitvijo otroka v Romunijo, zaradi te preselitve kazensko ovadil oba starša zaradi „odvzema mladoletne osebe“.

8 4. Očitano kaznivo dejanje

Obtoženki se očita:

„Obdolženka in njen mož, ki živita ločeno, sta se 9. 12. 2017 sporazumela, da njun skupni dvanajstletni sin AW, za katerega je Amtsgericht Heilbronn (okrajno sodišče v Heilbronn) odredilo, da je območni urad za mladino v Montabauru kot dodatni skrbnik med drugim pristojen za izvajanje pravice do določitve otrokovega prebivališča, ne bo več živel pri njej v Heilbronn, temveč pri svojem očetu v Romuniji. Za tem sta starša z namernim nespoštovanjem pravice območnega urada za mladino v Montabauru do določitve otrokovega prebivališča otroka AW odpeljala v Romunijo, kjer od tedaj prebiva.“

9 C. Pravni okvir

Pravkar opisani položaj bi izpolnjeval dejanski stan kaznivega dejanja odvzema mladoletne osebe, storjenega v sotorilstvu, v skladu s členoma 235(2), točka 2, in 25(2) kazenskega zakonika.

10 Člen 235 kazenskega zakonika ima naslednje besedilo, pri čemer so upoštevni deli poudarjeni:

„Člen 235 Odvzem mladoletne osebe

(1) Z zaporem do pet let ali denarno kaznijo se kaznuje, kdor

1. osebo, mlajšo od 18 let, s silo, resno grožnjo ali preslepitvijo ali
2. otroka, s katerim ni v sorodu, staršem, enemu roditelju, skrbniku ali rejniku odvzame ali ga zadržuje in preprečuje, da bi ga imel tisti, ki ima pravico do njega.

(2) Prav tako se kaznuje, kdor staršem, enemu roditelju, skrbniku ali rejniku

1. otroka odvzame, da bi ga odpeljal v tujino, ali
2. preprečuje, da bi otroka imel tisti, ki ima pravico do njega, tako da ga zadržuje v tujini, po tem ko je bil tja odpeljan ali se je sam napotil tja[.]

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

(4) Z zaporem od enega do deset let se kaznuje, če storilec

1. z dejanjem povzroči življenjsko nevarnost ali hudo poslabšanje zdravja žrtve ali resno ogrozi njen telesni ali duševni razvoj ali
 2. dejanje stori za plačilo ali z namenom obogatitve zase ali za tretjega.
 - (5) Če storilec z dejanjem povzroči smrt žrtve, kazen zapora ni nižja od treh let.
 - (6) V manj hudih primerih iz odstavka 4 se kaznuje z zaporom od šest mesecev do pet let, v manj hudih primerih iz odstavka 5 pa z zaporom od enega leta do deset let.
 - (7) Odvzem mladoletne osebe se v primerih iz odstavkov od 1 do 3 preganja le na predlog, razen če organ za pregon meni, da je zaradi posebnega javnega interesa za pregon njegovo ukrepanje potrebno po uradni dolžnosti.“
- 11 Storitev kaznivega dejanja v sostorilstvu, kjer se dejanje medsebojno pripiše več osebam glede na njihov prispevek pri dejanju, je urejena v členu 25(2) kazenskega zakonika.
 - 12 Člen 25 kazenskega zakonika ima naslednje besedilo, pri čemer je upoštevni del poudarjen:
 „Člen 25 Storitstvo
 (1) Kot storilec se kaznuje, kdor kaznivo dejanje stori sam ali prek drugega.
(2) Če več oseb skupaj stori kaznivo dejanje, se vsaka kaznuje kot storilec (sostorilec).“
 - 13 D. Upoštevnost vprašanj za predhodno odločanje
 Neuporaba člena 235 StGB bi lahko izhajala le iz tega, da člen 235 kazenskega zakonika ni združljiv z evropskim primarnim in/ali sekundarnim pravom in je zato pri uporabi treba dati prednost zadnjemu. Amtsgericht Heilbronn (okrajno sodišče v Heilbronn) meni, da mora v okviru postopka predhodnega odločanja na podlagi člena 267, prvi odstavek, točki (a) in (b), [Pogodbe o delovanju Evropske unije] Sodišču Evropske unije predložiti vprašanja, saj je razlaga evropskega prava odločilna za to, ali se uporabi nacionalna (kazenska) določba.
 - 14 D. Pojasnitev vprašanj za predhodno odločanje
 Sodišče meni, da kazenska določba, ki bi se morala uporabiti, zlasti ni združljiva z Direktivo 2004/38/ES Evropskega parlamenta in Sveta in se je zato zaradi primarnosti evropskega prava ne sme uporabiti. Direktiva 2004/38/ES ureja pravico državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic. Prosto gibanje oseb, kakor izhaja iz uvodnih izjav, predstavlja eno od temeljnih svoboščin notranjega trga, ki zajema področje brez notranjih meja, na katerem je zagotovljena svoboda v skladu z določbami Pogodbe.

- 15 Naslednja dva vidika bi lahko kazala na nezdržljivost nacionalne kazenske določbe z Direktivo 2004/38/ES:
- 16 1. V skladu s členom 4 Direktive 2004/38/ES imajo vsi državljani Unije z veljavno osebno izkaznico ali potnim listom in njihovi družinski člani, ki niso državljani države članice in ki imajo veljavni potni list, pravico, da zapustijo ozemlje države članice zaradi potovanja v drugo državo članico.
- 17 Otrok AW je kot romunski državljan in poleg tega kot sin oseb ZW in QN, ki sta obe romunska državljana, v skladu s členom 3 v povezavi s členom 2 vključen v področje varstva Direktive 2004/38/ES.
- 18 V skladu s členom 4 ima torej otrok AW pravico, da zapusti ozemlje države članice, to pomeni Zvezne republike Nemčije, in da prebiva pri svojem očetu v svoji domovini Romuniji. V skladu z uvodno izjavo 11, ki je ena od izjav, na katerih temelji zadevna direktiva, je temeljna in osebna pravica do prebivanja v drugi državi članici državljanom Unije dodeljena neposredno s Pogodbo in naj ne bi bila odvisna od upoštevanja upravnih postopkov.
- 19 Uporaba nacionalne kazenske določbe člena 235 v tu upoštevni različici odstavka 1 in odstavka 2, točka 2, bi povzročila, da bi obtoženka ZW in/ali oče otroka QN lahko (v položaju, kakršen je obravnavani) nekaznovano onemogočala dostop dodatnega skrbnika do njunega sina AW, če le ne bi zapustili ozemlja Zvezne republike Nemčije. Takoj pa, ko bi svojega sina odpeljala v drugo državo članico in bi tam dodatnemu skrbniku onemogočala dostop do njega, bi bil dejanski stan kaznivega dejanja izpolnjen – in sicer kljub temu, da imata sama ter tudi njun sin v skladu s členom 4 Direktive 2004/38/ES pravico zapustiti državo članico Evropske unije.
- 20 Kazenska določba člena 235 pa bi šla še dlje. V skladu z odstavkom 2, točka 1, bi oseba ZW storila kaznivo dejanje že, če bi s svojim sinom AW brez izrecnega soglasja dodatnega skrbnika, ki deloma dlje časa ni bil dosegljiv, šla zgolj na obisk ali počitnice na ozemlje druge države članice Unije. Potovanj z otrokom po Nemčiji pa kazenska določba na drugi strani ne bi obsegala.
- 21 Odločilni razlog za kaznivost, določeno v členu 235 StGB, je ta, da vrnitve otroka iz drugega kulturnega okolja ni mogoče doseči ali pa je to povezano z velikimi težavami [...] (ni prevedeno). Ti razlogi pa po mnenju sodišča ravno znotraj Evropske unije ne pridejo v poštev, saj je vrnitev otrok tu v skladu z Uredbo Bruselj II a mogoče doseči brez večjih težav in to ne iz tujega kulturnega okolja. Navedena uredba na splošno ureja obveznost, da je treba sodne odločbe o pravici do varstva in vzgoje in o pravici do stikov z otrokom, izdane v državi članici Evropske unije, v drugi državi članici Evropske unije priznati in izvršiti (člena 21 in 28).
- 22 Kazenska določba člena 235 prosto gibanje državljanov Unije ovira s tem, da prek odvzema starševskih pravic za otroka posredno tudi starši *de facto* izgubijo svojo pravico do prostega gibanja, če ne želijo izgubiti bližine do svojega otroka, ki jim

jo zagotavlja člen 8 EKČP (pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja). Administrativni dodatni stroški, ki bi morebiti nastali v primeru vrnitve otroka z ozemlja Unije (izvedba postopka izvršitve v drugi državi članici Evropske unije), po mnenju sodišča niso tako veliki, da bi bilo z njimi mogoče upravičiti poseg v pravico do prostega gibanja. V določenih okoliščinah je celo mnogo enostavnejše doseči vrnitev uradno prijavljenega otroka iz druge države članice Evropske unije – prebivališče osebe AW pri njenem očetu je v obravnavanem primeru celo znano – kot pa šele izslediti otroka, s katerim se je roditelj potuhnil nekje na ozemlju Zvezne republike Nemčije. Nikakor pa (možni) administrativni dodatni stroški ne utemeljujejo različnega obravnavanja v primeru onemogočanja dostopa do otroka na ozemlju Zvezne republike Nemčije na eni strani in na ozemlju Evropske unije na drugi strani, s to posledico, da [...] (ni prevedeno) bi bilo le drugo ravnanje pregonljivo kot kaznivo dejanje.

- 23 Medtem ko se lahko nemški starši nemškega otroka v svojem tipičnem (socialnem in geografskem) prostoru nekaznovano gibljejo in prosto izbirajo svoje prebivališče, naj bi romunski starši v Romuniji rojenega romunskega otroka storili kaznivo dejanje, če se z otrokom preselijo v Romunijo in izberejo prebivališče v svoji domovini. Razlogi za to razlikovanje ob upoštevanju tega, da je v Evropski uniji vrnitev otroka možna v vsakem trenutku, niso razvidni. V obravnavanem primeru je treba upoštevati še to, da se do sedaj očitno ni zdelo potrebno, da se otroka čim prej vrne in da je vzdrževanje stika med dodatnim skrbnikom in osebo AW, ki je bilo tako ali tako tudi do sedaj le telefonsko, brez težav možno tudi v Romuniji, ki je država članica Unije.
- 24 Poseg v pravico državljanov Unije do prostega gibanja s kazensko določbo člena 235 StGB zato verjetno ni upravičen.
- 25 2. V skladu s členom 24(1) Direktive 2004/38/ES, ki ureja enako obravnavanje, bi morali vsi državljani Unije, ki na podlagi te direktive prebivajo na ozemlju države članice gostiteljice, uživati enako obravnavanje kot državljani te države članice v okviru Pogodbe. Uživanje te pravice se razširi na družinske člane, ki niso državljani države članice in ki imajo pravico do prebivanja ali do stalnega prebivanja.
- 26 To načelo enakega obravnavanja je verjetno zaradi posplošene določbe prav tako kršeno, kakor prepričljivo izhaja iz tega primera: če bi nemška državljanka v položaju obtoženke ZW sodelovala pri tem, da bi se skupni otrok ponovno preselil nazaj v svojo domačo regijo (v tem primeru seveda nemško) k očetu, ki bi še vedno ali bi ponovno živel tam, njeno ravnanje celo tedaj ne bi bilo kaznivo, če bi bilo to novo prebivališče tisoč kilometrov oddaljeno od dosedanjega prebivališča in bi ležalo v drugi zvezni deželi. Obratno pa državljan Unije v skladu s členom 235 stori kaznivo dejanje, če svojega otroka v enakih okoliščinah odpelje v njegovo domovino, ki je v tem primeru v drugi državi članici Evropske unije. Diskriminacija državljana Unije se jasno kaže predvsem s tem, da je njegovo ravnanje (v obravnavanih okoliščinah) lahko kaznivo že tedaj, če svojega otroka denimo trajno odpelje le nekaj kilometrov stran od Kehla prek sedaj ne več vidne

nemško-francoske meje v njegovo domovino v Strasbourg, medtem ko ravnanje nemškega očeta, ki svojega otroka trajno odpelje v stokrat bolj oddaljeno (nemško) domovino, ni kaznivo.

- 27 Kazenska določba, ki ne vsebuje nadaljnjega razlikovanja, na koncu državljana Unije ne izenačuje z državljanom države članice, temveč nasprotno s pripadnikom poljubne tretje države, ki se nahaja na drugem koncu sveta in s katero niso vzpostavljeni nikakršni odnosi mednarodne pravne pomoči.
- 28 Sodišče zato prosi Sodišče Evropske unije, naj mu sporoči, ali je določba člena 235 nemškega kazenskega zakonika, ki ne razlikuje med ozemljem Evropske unije in tretjimi državami, v nasprotju s primarnim in/ali sekundarnim pravom Evropske unije.
- 29 Sodišče tudi prosi, naj se mu sporoči, ali je posledica te kršitve ta, da se nacionalna kazenska določba ne uporabi.

Od odgovora na ti dve vprašanji je odvisen izid zadevnega kazenskega postopka, saj verjetno zlasti ni podana kaznivost v skladu s členom 235(1), tako da bi bilo treba osebo ZW v primeru, da se člen 235(2) ne uporabi, oprostiti.

[...] (ni prevedeno)