RUIZ ZAMBRANO

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
ELEANOR SHARPSTON
esitatud 30. septembril 2010[1]

1. Käesolev Tribunal du travail de Bruxelles'i eelotsusetaotlus puudutab oma sünniriigiks olevast liikmesriigist veel mitte lahkunud imikueas liidu kodaniku kolmandate riikide kodanikest vanemate elamisõigust.

2. Siseriikliku kohtu küsimustele vastates peab Euroopa Kohus tegema mitu rasket ja tähtsat valikut. Mida täpselt liidu kodakondsus hõlmab? Kas siseriikliku kohtuasja aluseks olevad asjaolud kujutavad endast olukorda, mis on vastavas liikmesriigis „puht siseriiklik" küsimus, milles Euroopa Liidu (edaspidi „EL") õigusel ei ole mingit rolli? Või kas liidu kodakondsusest tulenevate õiguste (sealhulgas tulevaste õiguste) täielik tunnustamine tähendab, et imikueas EL kodanikul on pigem EL õigusest kui siseriiklikust õigusest tulenev õigus elada kõikjal liidu territooriumil (sealhulgas liikmesriigis, mille kodakondsus tal on)? Kui see on nii, siis kas selleks, et ta saaks seda õigust tegelikkuses kasutada, võib olla vajalik elamisloa andmine tema kolmanda riigi kodanikust vanemale, kui vastaselt korral rikutaks oluliselt põhiõigusi.

3. Kas üldisemal tasandil on liidu kodanikuna oma õiguste – nagu klassikaliste majanduslike „vabaduste" – kasutamine sõltuv teatavast piiriülesest vabast liikumisest (kui tahes juhuslik, kõrvaline või kaudne see ka poleks), mis on toimunud enne vastava nõude esitamist? Või kas liidu kodakondsus on sellest tulenevaid õigusi ja kohustusi määratledes suunatud pigem tulevikku kui minevikku? Esitades sama küsimuse veidi teisest vaatenurgast: kas liidu kodakondsus on pelgalt mittemajanduslik versioon samadest üldist laadi õigustest vabalt liikuda, mis on kaua olnud majanduslikult aktiivsetel ja rahaliselt sõltumatutel isikutel? Või tähendab see midagi radikaalsemat: tõelist kodakondsust, millega kaasneb ühtne õiguste ja kohustuste

1 – Algkeel: inglise.

süsteem õigusel põhinevas liidus,[2] millesse lahutamatu osana kuulub põhiõiguste austamine?

Hartas esitatud õigusi, vabadusi ja põhimõtteid tõlgendatakse vastavalt harta VII jaotise üldsätetele, mis reguleerivad selle tõlgendamist ja kohaldamist, võttes nõuetekohaselt arvesse hartas osutatud selgitusi, milles on esitatud asjaomaste sätete allikad.

Õiguslik raamistik

2. Liit ühineb Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga. Sellega ühinemine ei mõjuta liidu pädevust, mis on määratletud aluslepingutega.

Asjakohased EL õigusnormid

4. ELL artikkel 6 (endine EL artikkel 6) näeb ette:

3. Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga tagatud ja liikmesriikide ühistest põhiseaduslikest tavadest tulenevad põhiõigused on liidu õiguse üldpõhimõtted."

„Liit tunnustab 7. detsembri 2000. aasta Euroopa Liidu põhiõiguste hartas, nagu seda on kohandatud 12. detsembril 2007. aastal Strasbourgis, sätestatud õigusi, vabadusi ja põhimõtteid, millel on aluslepingutega võrreldes samaväärne õigusjõud.

5. ELTL artikkel 18 (endine EÜ artikkel 12) näeb ette:

Harta sätted ei laienda mingil viisil liidu pädevust, mis on määratletud aluslepingutega.

„Ilma et see piiraks aluslepingutes sisalduvate erisätete kohaldamist, on aluslepingutes käsitletud valdkondades keelatud igasugune diskrimineerimine kodakondsuse alusel.

[…]"

2 – Laenasin fraasi „õigusel põhinev liit" kohtujurist Dámaso Ruiz-Jarabo Colomeri 15. mai 1998. aasta ettepanekust kohtuasjas C-228/07: Petersen, milles Euroopa Kohus tegi otsuse 11. septembril 2008 (EKL 2008, lk I-6989, ettepaneku punkt 32). Pärast tema äkilist ja liigvarast surma 12. novembril 2009 võtsin üle vastutuse käesoleva eelotsusetaotluse eest. Sooviksin kohe alguses tunnustada tema tööd ja pühendumust, mida ta oli juba käesolevasse kohtuasja panustanud, ning üldisemalt tema panuse ulatust ja kvaliteeti õigusse, mis tema jaoks jäi ühenduse, mitte EL õiguseks.

6. ELTL artikkel 20 (endine EÜ artikkel 17) näeb ette:

„1. Käesolevaga kehtestatakse liidu kodakondsus. Iga isik, kellel on mõne liikmesriigi kodakondsus, on liidu kodanik. Liidu kodakondsus täiendab, kuid ei asenda liikmesriigi kodakondsust.

2. Liidu kodanikel on asutamislepingutes sätestatud õigused ja kohustused.

[…]"

7. ELTL artikkel 21 (endine EÜ artikkel 18) näeb ette:

„1. Igal liidu kodanikul on õigus vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil, kui aluslepingutega ja nende rakendamiseks võetud meetmetega kehtestatud piirangutest ja tingimustest ei tulene teisiti.

[…]"

8. Euroopa Liidu põhiõiguste harta [3] artiklid 7, 21 ja 24 näevad ette:

„Artikkel 7

Era- ja perekonnaelu austamine

Igaühel on õigus sellele, et austataks tema era- ja perekonnaelu, kodu ja edastatavate sõnumite saladust.

[…]

Artikkel 21

Diskrimineerimiskeeld

1. Keelatud on igasugune diskrimineerimine, sealhulgas diskrimineerimine soo, rassi, nahavärvuse, etnilise või sotsiaalse päritolu, geneetiliste omaduste, keele, usutunnistuse või veendumuste, poliitiliste või muude arvamuste, rahvusvähemusse kuulumise, varalise seisundi, sünnipära, puuete, vanuse või seksuaalse sättumuse tõttu.

3 – Välja kuulutatud 7. detsembril 2000 Nice'is (EÜT 2000, C 364, lk 1). Ajakohastatud versiooni kiitis Euroopa Parlament heaks 29. novembril 2007 pärast seda, kui jäeti välja viited Euroopa põhiseaduse lepingule (ELT 2007, C 303, lk 1).

2. Igasugune kodakondsuse alusel diskrimineerimine on aluslepingute reguleerimisalas keelatud, ilma et eelöeldu piiraks nende erisätete kohaldamist.

[…]

Artikkel 24

Lapse õigused

1. Lastel on õigus heaoluks vajalikule kaitsele ja hoolitsusele. Lapsed võivad vabalt väljendada oma seisukohti. Neid seisukohti võetakse arvesse lapsega seotud küsimustes vastavalt tema vanusele ja küpsusele.

2. Kõikides lastega seotud toimingutes, mida teevad avalik-õiguslikud asutused või eraõiguslikud institutsioonid, tuleb esikohale seada lapse huvid.

3. Igal lapsel on õigus säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt oma mõlema vanemaga, kui see ei ole lapse huvidega vastuolus."

Asjakohased rahvusvahelise õiguse sätted

9. Kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvahelise pakti [4] artikkel 17 näeb ette:

„1. Kellegi isiklikku ega perekonnaellu ei tohi meelevaldselt või ebaseaduslikult sekkuda, kellegi eluaseme puutumatusele, kirjavahetuse saladusele, aule ja reputatsioonile ei tohi meelevaldselt või ebaseaduslikult kallale kippuda.

2. Igal inimesel on õigus seaduse kaitsele selliste sekkumiste ja kallalekippumiste eest."

10. Lapse õiguste konventsiooni [5] artikli 9 lõige 1 näeb ette:

„1. Osalisriigid tagavad, et last ei eraldata vanematest vastu nende tahtmist, välja arvatud juhul, kui pädevad ametivõimud, kelle otsuseid võib kohtus uuesti läbi vaadata, otsustavad kooskõlas kehtivate seaduste ja menetlusega, et niisugune eraldamine toimub lapse huvides. Niisugune otsus on vajalik erijuhtudel, nagu siis, kui vanemad kohtlevad last julmalt või jätavad ta hooletusse või kui

4 – Pakt avati allkirjastamiseks 19. detsembril 1966. *Recueil des traités des Nations unies*, 999. kd, lk 171 ja 1057. kd, lk 407. Kõik EL liikmesriigid on pakti osalised ning artikli 17 suhtes ei ole esitatud reservatsioone.

5 – Vastu võetud ÜRO peaassamblee poolt 20. novembril 1989 resolutsiooniga 44/252; *Recueil des traités des Nations unies*, 1577. kd, lk 3. Kõik EL liikmesriigid on konventsiooni osalised ning artikli 9 lõike 1 suhtes ei ole esitatud reservatsioone.

vanemad elavad lahus ja tuleb langetada otsus lapse elukoha suhtes."

11. Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (edaspidi „EIÕK")[6] artikli 8 ning selle konventsiooni protokolli nr 4 artikkel 3 näevad ette:

„Artikkel 8

„11. Igaühel on õigus sellele, et austataks tema era- ja perekonnaelu ja kodu ning korrespondentsi saladust.

2. Võimud ei sekku selle õiguse kasutamisse muidu, kui kooskõlas seadusega ja kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik riigi julgeoleku, ühiskondliku turvalisuse või riigi majandusliku heaolu huvides, korratuse või kuriteo ärahoidmiseks, tervise või kõlbluse või kaasinimeste õiguste ja vabaduste kaitseks.

[…]

Protokolli nr 4 artikkel 3

Kedagi ei või individuaalses ega kollektiivses korras sunniviisiliselt välja saata riigist, mille kodanik ta on.

Kelleltki ei või võtta õigust siseneda riiki, mille kodanik ta on."

Asjakohased siseriiklikud õigusnormid

Kuninga 25. novembri 1991. aasta dekreet

12. Tööpuudusega seotud eeskirju sisaldav kuninga 25. novembri 1991. aasta dekreet sätestab artiklis 30:

„Töötuskindlustushüvitise saamiseks peab täistööajaga töötaja olema töötanud järgmise arvu tööpäevi:

1. [...]

6 – 4. novembril 1950 Roomas allkirjastatud ning kõikide EL liikmesriikide poolt ratifitseeritud. Protokolli nr 4 osas on olukord veidi keerukam. Praeguseks ei ole seda protokolli ei allkirjastanud ega ratifitseerinud Kreeka ja Ühendkuningriik on selle küll allkirjastanud, kuid mitte ratifitseerinud. Austria, Iirimaa ja Madalmaad on esitanud reservatsiooni artikli 3 suhtes konkreetsetes küsimustes, mis ei puuduta käesoleva kohtuasja asjaolusid ega probleemkohti.

2. 468 päeva 27 kuu jooksul hüvitise taotluse esitamisest, kui töötaja on üle 36 ja alla 50 aasta vana,

[…]”

13. Kuninga dekreedi artikli 43 lõige 1 näeb ette:

„Ilma et see piiraks eelnevate sätete kohaldamist, on välismaalasest või kodakondsuseta isikust töötajal õigus saada töötuskindlustushüvitist, kui ta täidab välismaalaste suhtes ning võõrtöötajate töö suhtes kehtivaid õigusnorme.

Belgias tehtud tööd võetakse arvesse vaid siis, kui see vastab võõrtöötajate töö suhtes kehtivatele õigusnormidele.”

14. Belgia asjakohaste õigusnormide (15. detsembri 1980. aasta seaduse artikkel 40 ja kuninga 9. juuni 1999. aasta dekreedi artikkel 2) kohaselt on EÜ kodanikust välismaalasega võrdsustatud tema abikaasa ja tema lapsed või tema abikaasa ülalpeetavad lapsed olenemata nende kodakondsusest, kui nad saabuvad riiki eesmärgiga tema juurde elama asuda.

15. Belgia kodaniku või EÜ kodanikust välismaalase ülalpeetavatelt ülenejatelt sugulastelt, olenemata nende kodakondsusest, ei nõuta tööluba (tulenevalt kuninga määruse, millega rakendatakse 30. aprilli 1999. aasta seadus võõrtöötajate töö kohta, artikli 2 lõike 2 punkti 2 alapunktist b ning 15. detsembri 1980. aasta seaduse 40 lõike 4 punktist iii).

Belgia kodakondsusseadustik

16. Belgia kodakondsusseadustiku käesolevas kohtuasjas asjassepuutuval ajavahemikul kehtinud redaktsiooni artikli 10 lõike 1 kohaselt kuulus Belgia kodanike hulka:

„[i]ga laps, kes on sündinud Belgias, ja kes mis tahes ajahetkel enne 18-aastaseks saamist või teatud juhtudel täieliku teovõime omandamist enne seda, osutuks kodakondsuseta isikuks, kui tal ei oleks Belgia kodakondsust.”

17. Pärast seda muutis 27. detsembri 2006. aasta seadus Belgias Belgia kodakondsuseta vanematele sündinud lapsele võimatuks saada Belgia kodakondsus, „kui laps võib omandada mõne teise riigi kodakondsuse seeläbi, et tema seaduslik esindaja või

esindajad täidavad selle riigi, mille kodanikud nad – või üks neist – on, diplomaatilises või konsulaaresinduses selleks ette nähtud haldustoimingud".

Faktilised asjaolud ja põhikohtuasi

18. G. Ruiz Zambrano ja tema abikaasa on mõlemad Colombia kodanikud. Nad saabusid Belgiasse 7. aprillil 1999. aastal Belgia Bogotá saatkonnast antud viisa alusel koos oma esimese lapsega.

19. Nädal hiljem taotles G. Ruiz Zambrano Belgias varjupaika. Ta esitas selle taotluse põhjenduseks vajaduse põgeneda Colombiast, kuna oli alates 1997. aastast olnud paramilitaarsete rühmituste jätkuvate väljapressimiste ohvriks (mida saatsid tapmisähvardused), tema venna kallal oli tarvitatud vägivalda ning 1999. aastal rööviti nädalaks ajaks tema 3-aastane poeg.

20. Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (pagulaste ja kodakondsuseta isikute üldkomissariaat) keeldus G. Ruiz Zambranole 11. septembril 2000 pagulasseisundit andmast ning andis korralduse, milles nõuti tema lahkumist Belgiast. Korraldusele oli siiski lisatud *non-refoulement* klausel, mille kohaselt G. Ruiz Zambranot ja tema perekonda ei saadeta tagasi Colombiasse, arvestades sealset kriitilist olukorda.

21. Sõltumata sellest korraldusest, taotles G. Ruiz Zambrano Office des Etrangers'ilt (välismaalaste amet) 20. oktoobril 2000 elamisluba. Hiljem esitas ta veel kaks täiendavat taotlust.[7] Kõik kolm taotlust jäeti rahuldamata. G. Ruiz Zambano taotles nende otsuste tühistamist ning palus samal ajal Belgiast lahkumise korralduse täitmise peatamist. Käesoleva eelotsusetaotluse esitamise ajal oli tühistamiskaebus endiselt Conseil d'Etat' menetluses.

22. Alates 18. aprillist 2001 on G. Ruiz Zambrano ja tema abikaasa elukohaks registreeritud Schaerbeeki kohaliku omavalitsuse üksus.

23. Oktoobris 2001 asus G. Ruiz Zambrano tähtajatu töölepinguga täistööajaga tööle Belgia ettevõtte Plastoria SA (edaspidi „Plastoria") Brüsseli käitises. Tema töötamine registreeriti nõuetekohaselt Office national de la Sécurité sociale'is (riiklikus sotsiaalkindlustusametis). Tema töötasust arvati tavalises

7 – Täiendavad taotlused esitati pärast tema teise ja kolmanda lapse sündi: vt allpool punkt 26.

korras maha riiklikku sotsiaalkindlustusskeemi tehtavad maksed ning tema tööandja pidi vastavalt tasuma (ja ka tasus) vastavaid tööandja makseid. Eelotsusetaotlusest ei ilmne selgelt, kas tema palgast peeti kohe kinni ka tulumaks (nagu sageli tehakse).

24. G. Ruiz Zambranol ei olnud tööluba, kui Plastoria ta tööle võttis. Samuti ei saanud ta tööluba viie aasta jooksul, mil ta selles ettevõttes töötas.

25. Vahepeal sündis tema abikaasal 1. septembril 2003 teine laps Diego ning 26. augustil 2005 kolmas laps Jessica. Mõlemad lapsed sündisid Belgias. Vastavalt kodakondsusseadustiku artikli 10 lõikele 1 said mõlemad lapsed Belgia kodakondsuse. [8] G. Ruiz Zambrano advokaat teatas Euroopa Kohtule kohtuistungil, et nii Diego kui ka Jessica on Schaerbeeki kooli nimekirjas.

26. Diego ja Jessica sünd tõi endaga kaasa vastavalt teise ja kolmanda taotluse välismaalaste ametile. [9] Mõlemas taotluses väitis G. Ruiz Zambrano, et Belgia kodanikust lapse sünd annab talle õiguse elamisloale 15. detsembri 1980. aasta seaduse ning Euroopa inimõiguste konventsiooni protokolli nr 4 artikli 3 alusel.

27. Kolmanda taotluse alusel tegid Belgia ametivõimud otsuse, millega anti G. Ruiz Zambranole elukoha registreerimistõend, mis hõlmas tema viibimist Belgias 13. septembrist 2005 kuni 13. veebruarini 2006. Pärast seda, kui G. Ruiz Zambrano oli esitanud kaebuse erinevate elamisloa taotluse rahuldamata jätmise otsuste peale, hõlmas tema viibimist Belgias eriluba kuni lõpliku otsuse jõustumiseni nimetatud menetluses.

28. 10. oktoobril 2005 peatati ajutiselt G. Ruiz Zambrano tööleping. Ta esitas viivitamata Office national de l'emploi'le (riiklikule tööhõiveametile) taotluse ajutise töötuskindlustushüvitise saamiseks. See taotlus jäeti lõpuks rahuldamata selle alusel, et tal ei olnud tööluba (kuna tema viibimisel Belgias puudus õiguslik alus). Ta esitas esimese kaebuse Tribunal du travail'sse (töökohus), vaidlustades selle rahuldamata jätmise (edaspidi

8 – Colombia asjakohaste õigusnormide kohaselt ei saa väljaspool Colombia territooriumi sündinud lapsed Colombia kodakondsust, kui vastavatele konsulaarametnikele ei esitata selleks sõnaselget avaldust. Diego ja Jessica Ruiz Moreno suhtes sellist avaldust ei esitatud.

9 – Vt eespool punkt 21.

„esimene kaebus"), kuid varsti pärast seda võeti ta Plastoriasse täistööajaga tööle tagasi.

29. Samas algatas Belgia tööinspektsioon nimetatud esimesest kaebusest ajendatuna uurimise, et teha kindlaks tingimused, mille alusel G. Ruiz Zambrano tööle võeti. Riiklik uurija külastas Plastoria äriruume 11. oktoobril 2006. Ta leidis G. Ruiz Zambrano töölt ja tuvastas, et tal ei olnud tööluba. Uurija andis korralduse tema töösuhte viivitamatuks lõpetamiseks. Plastoria täitis selle korralduse ning lõpetas G. Ruiz Zambrano töölepingu ilma hüvitist maksmata, tuginedes vääramatule jõule, ning andis talle ametliku dokumendi (edaspidi „vorm C4"), milles kinnitatakse, et sotsiaal- ja töötuskindlustusmaksed on makstud kogu tema tööajalt oktoobrist 2001 kuni oktoobrini 2006.

30. Belgia tööinspektsioon otsustas mitte algatada kriminaalasja Plastoria suhtes, asudes seisukohale, et peale asjaolu, et ettevõtja oli G. Ruiz Zambrano ilma tööloata tööle võtnud, ei leitud muid rikkumisi sotsiaalkindlustusmaksete, töötamisega seotud dokumentide säilitamise, tööõnnetuskindlustuse või palga maksmise kohustuse valdkonnas.

31. Jäänud töötuks, esitas G. Ruiz Zambrano uue taotluse riiklikule tööhõiveametile, taotledes nüüd täielikku töötuskindlustushüvitist. Jällegi jäeti tema taotlus rahuldamata. G. Ruiz Zambrano esitas selle otsuse peale uue kaebuse Tribunal du travail de Bruxelles'i (edaspidi „teine kaebus"). Esimene kaebus ja teine kaebus moodustavad eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses oleva põhikohtuasja eseme.

32. Belgia valitsus märgib oma kirjalikus seisukohas, et G. Ruiz Zambrano sai ebaseaduslikult riigis elavate isikute erandlike olukordade lahendamiseks võetud valitsuse meetme alusel 30. aprillil 2009 ajutise ja pikendatava elamisloa ning samuti (C-tüüpi) tööloa. Viimati nimetatul ei ole tagasiulatuvat jõudu ning G. Ruiz Zambrano töötamine Pastorias 2001. aastast kuni 2006. aastani loetakse endiselt toimunuks ilma tööloata.

Esitatud küsimused

33. Kohtuasjas, mis algatati, et tühistada riikliku tööhõiveameti kaks otsust, millega jäeti rahuldamata G. Ruiz Zambrano kaebused ajutise ja täieliku töötuskindlustushüvitise

saamiseks, esitas Tribunal du travail de Bruxelles (Brüsseli töökohus) järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas [EÜ] artiklid 12, 17 ja 18 – mõni neist eraldivõetuna või mitu sätet koos, kas eraldi või koosmõjus – annavad liidu kodanikule õiguse elada selle liikmesriigi territooriumil, mille kodanik see isik on, sõltumata sellest, kas isik on eelnevalt kasutanud tal olevat õigust liikuda liikmesriikide territooriumil?

2. Kas [EÜ] artikleid 12, 17 ja 18 koosmõjus põhiõiguste harta […] artiklitega 21, 24 ja 34 tuleb tõlgendada nii, et nendega igale liidu kodanikule ilma kodakondsuse alusel diskrimineerimiseta antud õigus vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil tähendab, et juhul kui kodanikuks on väike alaealine laps, kes on kolmanda riigi kodanikust üleneja sugulase ülalpeetav, siis nimetatud lapsele tuleb tagada elamisõiguse kasutamine selle liikmesriigi territooriumil, kus ta elab ja mille kodanik ta on, sõltumata sellest, kas ta on ise või koos oma seadusliku esindajaga eelnevalt kasutanud õigust vabale liikumisele, ning ühtlasi tagada niisuguse elamisõiguse kasulik mõju, mille vajalikkust on tunnistanud ühenduse kohtupraktika (19. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-200/02: Chen *vs.* Ühendkuningriik), ning seda seeläbi, et kolmanda riigi kodanikust ülenejale sugulasele, kelle ülalpidamisel nimetatud laps on ja kellel on piisavalt elatusvahendeid ja ravikindlustus, antakse tuletatud elamisõigus, mis oleks selsamal kolmanda riigi kodanikul juhul, kui tema ülalpeetav alaealine laps oleks niisugune liidu kodanik, kes ei ole selle liikmesriigi kodanik, kus ta elab?

3. Kas [EÜ] artikleid 12, 17 ja 18 koosmõjus põhiõiguste harta artiklitega 21, 24 ja 34 tuleb tõlgendada nii, et liikmesriigi kodanikust alaealise lapse õigus elada selle liikmesriigi territooriumil, kus ta elab, peab kaasa tooma selle, et kolmanda riigi kodanikust üleneja sugulane, kelle ülalpeetav on nimetatud alaealine laps, vabastatakse tööloa nõudest, ning kelle puhul – v.a juhul, kui tööloa nõue tuleneb selle liikmesriigi õigusest, kus see isik elab – on nimetatud riigi sotsiaalkindlustussüsteemis arvestatava palgalise tööga täidetud piisavate elatusvahendite ja ravikindlustuse olemasolu tingimus, et nimetatud lapse elamisõigusega kaasneks kasulik mõju, mida ühenduse kohtupraktikas (otsus kohtuasjas C-200/02: Zhu

ja Chen) on tunnustatud niisuguse liidu kodanikuks oleva alaealise lapse puhul, kes on mõne muu liikmesriigi, st mitte oma elukohaliikmesriigi kodanik, ja kes on kolmanda riigi kodanikust üleneja sugulase ülalpeetav?"

34. Kirjalikke märkusi esitasid G. Ruiz Zambrano, Austria, Belgia, Iirimaa, Madalmaade, Kreeka, Poola, Saksamaa ja Taani valitsus ning komisjon.

35. G. Ruiz Zambrano advokaat ning Belgia, Madalmaade, Iirimaa, Kreeka, Prantsusmaa ja Taani valitsuse ja komisjoni esindajad osalesid 26. jaanuaril 2010 toimunud kohtuistungil ning esitasid suulisi märkusi.

Ettevalmistavad küsimused

36. Keegi ei ole seoses käesoleva eelotsusetaotlusega tõstatanud konkreetselt vastuvõetavuse teemat. Samas on siin kaks küsimust, mida ma pean lühidalt käsitlema.

37. Esimene neist puudutab seda, kas eelotsusetaotluses esitatud küsimustel on tegelik tähtsus siseriikliku kohtu menetluses olevas kohtuasjas.

38. Eelotsusetaotluse materjalidest on ilmne, et G. Ruiz Zambrano vastab töötuskindlustushüvitise saamise materiaalõiguslikele tingimustele (näiteks tingimused, mille kohaselt isik peab olema töötanud vähemalt 468 päeva taotluse esitamisele eelnenud 27 kuu jooksul, nagu nõutakse kuninga 25. novembri 1991. aasta dekreedi artiklis 30, ning olema tasunud vastavaid sotsiaalkindlustusmakseid). Tema taotlusel on kaks omavahel seotud takistust. Esiteks on siseriiklikus õiguses sätestatud,[10] et arvesse võib võtta ainult töötamist, mis vastab välismaalaste ja võõrtöötajate suhtes kehtivatele õigusnormidele. Selle tingimuse kohaldamine tähendab, et arvesse ei või võtta G. Ruiz Zambrano täistööajaga töötamist Plastorias 1. oktoobrist 2001 kuni 12. oktoobrini 2006, kuna tal ei olnud sel ajavahemikul kordagi tööluba ning tal oli elukoha registreerimistõend alles alates 13. septembrist 2005.[11] Teiseks on siseriiklikus õiguses sätestatud, et hüvitiste saamiseks

10 – Kuninga 25. novembri 1991. aasta dekreedi artikli 43 lõike 1 teine lause ning 28. detsembri 1944. aasta dekreetseaduse artikli 7 lõike 14 teine lause.

11 – Vt vastavalt eespool punktid 24 ja 22.

peab võõrtöötaja vastama välismaalaste suhtes kehtivate õigusnormide nõuetele. [12]

39. Kogu G. Ruiz Zambrano nõue siseriiklikus kohtus sõltub sellest, kas Belgia kodanikust lapse kolmanda riigi kodanikust isa puhul a) võib tema positsiooni samastada EL kodaniku omaga või b) tal on tuletatud elamisõigus seoses asjaoluga, et tema lapsed on lisaks Belgia kodanikuks olemisele ka liidu kodanikud. Nii variandi a) kui ka b) puhul kehtiks EL õigusest tulenev materiaalne elamisõigus; [13] a) puhul oleks ta automaatselt vabastatud tööloa omamise nõudest; ning b) võimaldaks tal väidetavalt kasutada analoogia alusel vabastust tööloa nõudest vastavalt 30. aprilli 1999. aasta seaduse artikli 2 lõike 2 alapunktile b, nagu see on võimalik Belgia kodanike *ülalpeetavatel* ülenejatel sugulastel. Kui see ei ole nii, (siis väidetavalt) oleks tegemist selliste Belgia kodanike vastupidise diskrimineerimisega, kes ei ole kasutanud oma EL õigusest tulenevaid õigusi vabalt liikuda, kuivõrd neil ei oleks võimalik kasutada perekonna taasühinemise sätteid, [14] mis võimaldavad nii EL liikmesriigi kodaniku, kes on asunud elama Belgiasse teisest liikmesriigist, kui ka belglase, kes on kasutanud õigust vabalt liikuda, kolmanda riigi kodanikust mitteülalpeetaval ülenejal perekonnaliikmel ühineda kõnealuse kodanikuga.

40. Ehkki siseriikliku kohtu menetluses oleva kohtuasja vahetu ese puudutab sotsiaalkindlustus-/tööõiguslikku nõuet töötuskindlustushüvitise saamiseks ning mitte haldusõiguse kohaldamist elamisloa taotlusele, on siiski selge, et siseriiklik kohus ei saa tema ees seisvat kohtuasja lahendada, teadmata a) kas G. Ruiz Zambrano võib tugineda EL õiguse kohaselt tuletatud õigustele seoses asjaoluga, et Belgia kodanikena on tema lapsed ka liidu kodanikud, ja b) mis õigused oleksid belglasel, kes *on* liidu kodanikuna liikunud teise liikmesriiki ja seejärel naasnud Belgiasse (selleks, et hinnata vastupidise diskrimineerimise argumenti ning kohaldada asjakohaseid

12 – Kuninga 25. novembri 1991. aasta dekreedi artikli 43 lõike 1 esimene lause ja artikli 69 lõige 1 ning 28. detsembri 1944. aasta dekreetseaduse artikli 7 lõike 14 esimene lause.

13 – Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt elamisluba kinnitab elamisõigust, mitte ei anna seda: vt 8. aprilli 1976. aasta otsus kohtuasjas 48/75: Royer (EKL 1976, lk 497, punkt 50) ja 17. veebruari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-215/03: Oulane (EKL 2005, lk I-1215, punkt 25).

14 – Nõukogu 28. juuni 1990. aasta direktiiv elamisõiguse kohta (EÜT 1990 L 180, lk 26), mis on käesolevaks ajaks asendatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiiviga 2004/38/EÜ, mis käsitleb Euroopa Liidu kodanike ja nende pereliikmete õigust liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil (EÜT L 158, lk 77, parandus ELT 2004, L 229, lk 35).

siseriiklikke õigusnorme). Lisaks on siseriiklik kohus üsna üksikasjalikult selgitanud, et siseriiklik õigus [15] viitab liidu kodaniku „perekonnaliikme" määratlemisel EL õigusele, näidates sellega, et see on vajalik tema menetluses oleva kohtuasja lahendamiseks. [16]

41. Teine küsimus tekib asjaolust, et G. Ruiz Zambrano advokaat teatas Euroopa Kohtule, et Belgia Conseil d'État ning Cour constitutionnelle on mõlemad hiljuti teinud samalaadsetel asjaoludel otsuse, et EL õigusest tuleneva vastupidise diskrimineerimise tulemusel on rikutud põhiseaduslikku võrdsuse põhimõtet. [17] Seetõttu võib mõelda, et järelikult on käesolev eelotsusetaotlus muutunud üleliigseks. Ehk teisisõnu – kas eelotsusetaotluse esitanud kohus vajab endiselt vastuseid oma küsimustele EL õiguse kohta, kui tal on nüüd siseriikliku õiguse alusel antud juhised oma riigi kõrgematelt kohtutelt?

42. Minu arvates vajab.

43. Enne kui Tribunal du travail saab kohaldada Conseil d'État ja Cour constitutionnelle'i loodud pretsedente, peab ta kindlaks tegema, kas vastupidise diskrimineerimise olukord tuleneb tõepoolest EL õiguse ja siseriikliku õiguse koosmõjust. Selleks on tal vaja Euroopa Kohtult juhiseid EL õiguse õigeks tõlgendamiseks. Euroopa Kohus on teinud varem otsuseid eelotsusetaotluste suhtes, millel on olnud täpselt sama eesmärk: aidata eelotsusetaotluse esitanud kohtul võrrelda EL õiguse alusel valitsevat olukorda siseriikliku õiguse alusel valitseva olukorraga. [18] Euroopa Kohus on reas kohtuasjades leidnud, et tal tuleb teha otsus, kui „ühenduse [nüüd EL] õiguse tõlgendamine võib olla siseriiklikule kohtule tarvilik muu hulgas ka juhtudel, mis on puhtalt riigisisesed, eelkõige juhtudel, kui asjassepuutuva liikmesriigi õigus nõuab, et kõik riigi kodanikud peavad saama kasutada samu õigusi, mis on mõne teise liikmesriigi kodanikul ühenduse [nüüd EL] õiguse kohaselt olukorras, mida

15 – 15. detsembri 1980. aasta seaduse artikkel 40a ja kuninga 9. juuni 1999. aasta dekreedi artikkel 2.

16 – Vt 18. oktoobri 1990. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-297/88 ja C-197/89: Dzodzi (EKL 1990, lk I-3763, punkt 42).

17 – Conseil d'État' 15. mai 2009. aasta kohtuotsus 193.348 ning 22. septembri 2009. aasta kohtuotsus 196.294; Cour constitutionnelle'i 3. novembri 2009. aasta kohtuotsus 174/2009.

18 – Vt nt 5. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-448/98: Guimont (EKL 2000, lk I-10663, punkt 23); 5. märtsi 2002. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-515/99, C-519/99–C-524/99 ja C-526/99–C-540/99: Reisch jt (EKL 2002, lk I-2157, punkt 26); 11. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-6/01: Anomar jt (EKL 2003, lk I-8621, punkt 41) ning 1. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-212/06: Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, (EKL 2008, lk I-1683, punkt 29).

kõnealune kohus peab võrreldavaks".[19] Ka Belgia esindaja nõustus kohtuistungil, et eelotsusetaotluse esitanud kohus vajab Euroopa Kohtult vastust, et kaaluda, kas tegemist võib olla EL õiguse põhjustatud vastupidise diskrimineerimisega.

44. Sellest tulenevalt peaks Euroopa Kohus esitatud eelotsusetaotluse küsimustele vastama.

Lahendamist vajavate küsimuste ümbersõnastamine

45. Siseriikliku kohtu poolt esitatud küsimustega seondub kolmesuguseid argumente. Ehkki nad ei ole võib-olla täiesti selged esitatud küsimuste sõnastuses, on need argumendid võimalik tuletada eelotsusetaotluses esitatud detailsemast analüüsist.

46. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu põhiküsimus on, kas selleks, et asutamislepingu kodakondsussätted kuuluksid kohaldamisele, on vaja liikumist. Eelotsusetaotluse esitanud kohus teab väga hästi, et ELTL artiklid 20 ja 21 on kontseptuaalsel tasandil erinevad ELTL artiklis 45 sätestatud töötajate vabast liikumisest, ELTL artiklis 49 sätestatud asutamisvabadusest (või õigupoolest kõikidest „majanduslikest" vabadustest, mis on ette nähtud ELTL artiklis 34 ja sellele järgnevates artiklites). Kuid kui erinevad need kodakondsussätted täpselt on?

47. Siseriiklik kohus uurib seejärel rolli, mida põhiõigused (eriti põhiõigus perekonnaelule, nagu Euroopa Kohus on seda avanud kohtuasjades Carpenter,[20] MRAX[21] ning Zhu ja Chen[22]) mängivad ELTL artiklite 20 ja 21 kohaldamisala kindlaksmääramisel.

48. Lõpuks küsib siseriiklik kohus seda, mis on ELTL artikli 18 funktsioon üksikisikute kaitsmisel vastupidise diskrimineerimise vastu, mis tuleneb liidu kodakondsusega seotud EL õiguse sätetest.

19 – Eelmises joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, punkt 40.

20 – 11. juuli 2002. aasta otsus kohtuasjas C-60/00: Carpenter (EKL 2002, lk I-6279).

21 – 25. juuli 2002. aasta otsus kohtuasjas C-459/99: MRAX (EKL 2002, lk I-6591).

22 – 19. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-200/02: Zhu ja Chen (EKL 2004, lk I-9925). Tutvununa siseriikliku kohtu toimikuga kohtuasjas Zhu ja Chen, kasutan siinkohal võimalust tuua selgust kauakestnud segadusse nimedega. Catherine'i ema neiupõlvenimi oli Lavette Man Chen. Ta abiellus Guoqing Zhuga (keda tunti Hopkins Zhu nime all) ning tema perekonnanimeks sai Zhu. Abikaasade tütre nimi oli seega Catherine Zhu. Nii ema kui tütre perekonnanimi oli Zhu ajal, mil esitati taotlus, millest sai kohtuasi C-200/02. Viide Chenile (ning sellega kaasnenud segadus, kumb taotleja oli Zhu ja kumb Chen) tuleneb lihtsast vääritimõistmisest.

49. Selguse huvides ning selleks, et anda eelotsusetaotluse esitanud kohtule tarvilik vastus, käsitlen ma neid kolme küsimust järgmiselt.

50. Esiteks käsitlen ma küsimust, kas Diego ja Jessica saavad liidu kodanikena kasutada ELTL artiklitest 20 ja 21 tulenevaid õigusi, olenemata sellest, et nad ei ole (seni veel) lahkunud liikmesriigist, mille kodakondsus neil on, ning kas G. Ruiz Zambrano võib seega väita, et tal on tuletatud elamisõigus, kuna ta peab viibima Belgias, et oma väikeste laste eest hoolitseda ja neid toetada (edaspidi „esimene küsimus"). Sellele küsimusele vastamiseks pean ma kaaluma, kas see on – nagu on jõuliselt väidetud – „puht siseriiklik" olukord või eksisteerib piisav seos EL õigusega, mistõttu saab tugineda liidu kodakondsusest tulenevatele õigustele. Samuti tekib sellega seoses küsimus, kas ELTL artiklis 21 sisaldub kaks üksteisest sõltumatut õigust – õigus liikuda *ja* iseseisev õigus elada – või kas sellest tuleneb pelgalt õigus liikuda (ja *seejärel* elada).

51. Teiseks käsitlen ma vastupidise diskrimineerimise küsimust, mille siseriiklik kohus korduvalt tõstatab. Seetõttu uurin ma ELTL artikli 18 kohaldamisala ning küsin, kas seda saab kohaldada lahendamaks vastupidise diskrimineerimise juhtusid, mis tulenevad liidu kodakondsusega seotud EL õiguse sätetest (edaspidi „teine küsimus"). Ehkki seda küsimust on viimastel aastatel põgusalt käsitletud, [23] ei ole see seni lahendust leidnud.

52. Lõpuks käsitlen põhiõiguste küsimust (edaspidi „kolmas küsimus"). Siseriiklik kohus on eelotsusetaotluses rõhutanud, et ta soovib juhiseid selle kohta, kas põhiõigus perekonnaelule mängib mingit rolli käesolevas kohtuasjas, mille puhul liidu kodanik ega tema kolumbialastest vanemad ei ole Belgiast kuhugi liikunud. Sellest küsimusest tekib omakorda teine, põhimõttelisem küsimus: mis on EL põhiõiguste kohaldamisala? Kas neile saab iseseisvalt tugineda? Või peab neil olema mingi kokkupuutepunkt mõne teise, EL õigusest tuleneva klassikalise õigusega?

53. Kuna on selge, et põhiõiguste küsimus on juhtmotiiv, mis läbib kõiki kolme küsimust, kaalun ma enne nende analüüsi juurde asumist sissejuhatuseks, kas on tõenäoline, et G. Ruiz Zambrano ja tema perekonna suhtes valitseb tegelik risk, et rikutakse nende EL õigusest tulenevat põhiõigust perekonnaelule.

23 – Vt eriti minu ettepanekut eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon.

Proloog: G. Ruiz Zambrano perekonna olukord ja õiguse perekonnaelule kui EL põhiõiguse võimalik rikkumine

54. Kohtuasjas Carpenter [24] tunnustas Euroopa Kohus põhiõigust perekonnaelule osana EL õiguse üldpõhimõtetest. Sellele järeldusele jõudmisel tugines ta Euroopa Inimõiguste Kohtu (edaspidi „EIK") kohtupraktikale. Kohtuasjas Boultif [25] leidis nimetatud kohus, et „isiku väljasaatmine riigist, kus tema lähedased pereliikmed elavad, võib kujutada endast [EIÕK] artikli 8 lõikes 1 tagatud perekonnaelu austamise õiguse riivet". [26] EIÕK-s sisalduv „perekonna" määratlus on peamiselt piiratud tuumikperega, [27] mis selgelt hõlmab G. Ruiz Zambrano ja Moreno Lópezi kui Diego ja Jessica vanemate juhtumit.

55. EIK väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on isiku lahutamine tema perekonnast lubatav vaid siis, kui on tõendatud, et see on „demokraatlikus ühiskonnas vajalik, st põhjendatud tungiva sotsiaalse vajadusega ning ühtlasi proportsionaalne taotletava legitiimse eesmärgi suhtes". [28] EIÕK artikli 8 lõikega 1 tagatud õiguse suhtes erandi tegeva artikli 8 lõike 2 kohaldamine eeldab proportsionaalsuse testi rakendamist, võttes (muu hulgas) arvesse selliseid asjaolusid nagu aeg, millal perekond elama asus, taotleja heausksus, kultuurilised ja sotsiaalsed vastuolud riigiga, kuhu perekonnaliikmed saadetaks, ning nende lõimumise määr lepinguosalise riigi ühiskonda. [29]

56. Euroopa Kohus, ehkki tuginedes suuresti EIK kohtupraktikale, on omalt poolt töötanud välja oma põhjenduskäigu. Kokkuvõtvalt peab Euroopa Kohus kaitset põhjendatuks järgmistel juhtudel ja/või järgmiste asjaoludega arvestades. [30]

24 – Viidatud eespool 20. joonealuses märkuses, punkt 41; vt ka eespool 21. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas MRAX, punkt 53; 27. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-441/02: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 2006, lk I-3449, punkt 109); 14. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-157/03: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 2005, lk I-2911, punkt 26); 31. jaanuari 2006. aasta otsus kohtuasjas C-503/03: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 2006, lk I-1097, punkt 41); 23. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-109/01: Akrich (EKL 2003, lk I-9607, punktid 58 ja 59); 27. juuni 2006. aasta otsus kohtuasjas C-540/03: parlament *vs.* nõukogu (EKL 2006, lk I-5769, punkt 52) ning 25. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-127/08: Metock jt (EKL 2008, lk I-6241, punkt 79). Ühenduse põhiõiguse kohta perekonnaelule ning selle mõju kohta kolmandate riikide kodanikele vt Carrera, S., *In Search of the Perfect Citizen?*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, lk 375–388.

25 – EIK 2. augusti 2001. aasta otsus kohtuasjas Boultif *vs.* Šveits (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, punktid 39, 41 ja 46).

26 – Vt ka EIK 11. juuli 2002. aasta otsus kohtuasjas Amrollahi *vs.* Taani (ei avaldata, punktid 33–44).

27 – EIK 9. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas Slivenko *vs.* Läti (*Recueil des arrêts et décisions* 2003-X, punkt 94).

28 – Vt EIK 26. septembri 1997. aasta otsus kohtuasjas Mehemi *vs.* Prantsusmaa (*Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI, punkt 34) ja 19. veebruari 1998. aasta otsus kohtuasjas Dalia *vs.* Prantsusmaa (*Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, punkt 52).

29 – EIK 21. detsembri 2001. aasta otsus kohtuasjas Sen *vs.* Madalmaad (ei avaldata, punkt 40).

30 – Erinevuste kohta EIÕK artiklit 8 puudutava Euroopa Kohtu ja EIK kohtupraktika vahel vaata Sudre, F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3ème édition, Paris, PUF 2003, lk 510 ja 511.

57. Esiteks ei nõua Euroopa Kohus kaitse kohaldamiseks seda, et põhikohtuasjas oleks nõude esitajaks liidu kodanik. Nii on EL õigusest tulenevat põhiõigust perekonnaelule juba kasutatud kaudselt selliste kolmandate riikide kodanike kaitseks, kes olid liidu kodanike lähedased perekonnaliikmed. Kuna muidu oleks riivatud liidu kodaniku õigust perekonnaelule, võimaldati kaitse ka nõude esitanud perekonnaliikmele, kes oli kolmanda riigi kodanik. [31]

58. Teiseks võib põhiõigusele tugineda isegi juhul, kui perekonnaliige, kellele on antud korraldus riigist lahkuda, ei ela riigis seaduslikult. [32]

59. Kolmandaks võtab Euroopa Kohus arvesse seda, kas perekonnaliige kujutab endast ohtu avalikule korrale või ühiskondlikule julgeolekule (mis õigustaks riigist väljasaatmist). [33]

60. Neljandaks aktsepteerib Euroopa Kohus õiguste kuritarvitamisel põhinevat õigustust vaid juhul, kui liikmesriik suudab esitada selged tõendid taotleja pahausksuse kohta. [34]

61. Käesolevas asjas käsitletavate põhiõiguste – õiguse perekonnaelule ning lapse õiguste – eelnimetatud ja muud aspektid on kajastatud vastavalt põhiõiguste harta artiklis 7 ja artikli 24 lõikes 3. Käesoleva kohtuasja faktiliste asjaolude toimumise ajal oli harta „pehme" õigus ega olnud Belgia ametivõimudele siduv. Samas oli Euroopa Kohus juba tuginenud sellele kui tõlgendamise abivahendile, sealhulgas kohtuasjades, milles käsitleti õigust perekonnaelule. [35] Lissaboni lepingu jõustumisega on hartast saanud osa esmasest õigusest. [36]

62. Minu arvates kujutab Belgia ametivõimude otsus anda G. Ruiz Zambranole korraldus

31 – Vt eespool 20. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Carpenter. Eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Zhu ja Chen olid formaalselt kaebuse esitajateks väikelapsest tütar (liidu kodanik Catherine Zhu) ning kolmanda riigi kodanik (tema ema Zhu). Arvestades Catherine'i vanust, oli kohtuasja algatajaks sisuliselt tema ema üksi, enda ja oma tütre nimel.

32 – Vt eespool 20. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Carpenter, punkt 44. Ühendkuningriigi immigratsiooniõiguse kohaselt oli M. Carpenter „üleaegne" (st isik, kellel oli luba siseneda Ühendkuningriiki, kuid kes jäi seejärel kohale ka pärast selle loa tähtaja möödumist), samas kui G. Ruiz Zambrano on varjupaigataotleja, kelle varjupaigataotlus jäeti rahuldamata. Nagu ma aru saan, ei saa selle alusel siiski mingeid eristusi teha. Kohtuotsusest Carpenter on selge, et ministril oli siseriikliku õiguse kohaselt õigus M. Carpenteri väljasaatmisele edasine käik anda täpselt samamoodi nagu Belgia ametivõimudel on õigus seda teha käesolevas asjas G. Ruiz Zambranoga.

33 – Vt eespool 20. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Carpenter, punkt 44.

34 – Vt eespool 20. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Carpenter, punkt 44; eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Zhu ja Chen, punktid 36–41, eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Akrich, punkt 57, ning eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Metock, punkt 75.

35 – Vt eespool 24. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas parlament *vs.* nõukogu, punkt 38.

36 – Vt ELL artikli 6 lõige 1.

Belgiast lahkuda ning nende jätkuv keeldumine anda talle elamisluba endast tema laste perekonnaelu põhiõiguse ning laste õiguste kaitse põhiõiguse võimalikku rikkumist ning sellega (arvestades kohtuotsuseid Carpenter ning Zhu ja Chen) ka G. Ruiz Zambrano kui nende isa vastava õiguse perekonnaelule võimalikku rikkumist. Ütlen „võimalikku", kuna G. Ruiz Zambrano viibib endiselt Belgia territooriumil. Samas on ilmne, et väljasaatmise korralduse täitmisele pööramine tooks kaasa nende õiguste rikkumise.

63. Samavõrd ilmne on see, et kõnealune rikkumine oleks tõenäoliselt jäme. Kui G. Ruiz Zambrano saadetaks välja, siis tehtaks seda ka tema abikaasaga. Nende sammude mõju lastele oleks äärmuslik. Arvestades nende vanust, ei oleks lapsed enam võimelised Belgias iseseisvalt elama. Väiksem kahju oleks eelduslikult see, kui nad lahkuksid Belgiast koos oma vanematega. See tähendaks aga nende väljakiskumist ühiskonnast ja kultuurist, kuhu nad on sündinud ja millega nad on lõimunud. Ehkki lõppkokkuvõttes on ainuüksi siseriikliku kohtu ülesanne üksikasjalikult kaaluda konkreetse kohtuasja asjaolusid, näib olevat põhjendatud lähtuda eeldusest, et rikkumine oleks tõenäoliselt jäme.

64. On tõsi, et G. Ruiz Zambrano lapsed sündisid ajal, mil tema olukord oli juba ebaseaduslik. Samas nähtub eelotsusetaotluse faktiliste asjaolude kirjeldusest, et G. Ruiz Zambrano on täielikult lõimunud Belgia ühiskonda ning ei kujuta endast riski ega ohtu. Ehkki siseriiklik kohus, kelle ainupädevuses on faktiliste asjaolude hindamine, peab selles osas ise tegema kõik vajalikud otsustused, näivad järgmised asjaolud seda seisukohta toetavat.

65. Esiteks töötas G. Ruiz Zambrano pärast Belgiasse elama asumist õiguspäraselt, tasus nõuetekohaselt sotsiaalkindlustusmakseid Belgia sotsiaalkindlustussüsteemi ning ei taotlenud mingit rahalist toetust.[37] Teiseks näib ta koos oma abikaasa Moreno Lópeziga olevat elanud normaalset perekonnaelu ning nende lapsed käivad nüüd Belgias koolis. Kolmandaks nõustusid Belgia ametivõimud viie aasta jooksul, mil G. Ruiz Zambrano Plastorias töötas, võtma riigikassasse vastu tema sotsiaalkindlustusmakseid – nõustumine, mis on kummaliselt vastuolus teise Belgia ministeeriumi soovimatusega anda

37 – Tuleb meenutada, et Ruiz Zambranol oleks tema sotsiaalkindlustusmakseid arvestades õigus tema poolt praegu taotletavale töötuskindlustushüvitisele, kui tema töötamist Plastorias loetaks – alates Diego sünnist – kvalifitseeruva töötamise ajavahemiku hulka kuuluvaks.

talle elamisluba.[38] Neljandaks tõendab asjaolu, et pagulaste ja kodakondsuseta isikute ülemkomissariaat tunnistas tagasisaatmise lubamatuks, et G. Ruiz Zambranot ja tema perekonda ei või Colombiasse tagasi saata, sest see seaks nad reaalsesse ohtu. Seega, kui neilt peaks nõutama Belgiast lahkumist, tuleks neil leida kolmas riik, mis on nõus neid vastu võtma ning millega neil võib olla sidemeid (aga võib ka mitte olla). Viiendaks, Belgia ametivõimud on sellega, et andsid G. Ruiz Zambranole 2009. aastal ajutise pikendatava elamisloa, vaikimisi kinnitanud, et tema viibimine Belgias ei kujuta endast riski ühiskonnale ning et puuduvad ülekaalukad avaliku korraga seotud kaalutlused, mille alusel võiks temalt nõuda viivitamatut lahkumist riigist.

kehtiva korralduse riigist lahkuda,[39] siis seda peetaks tõenäoliselt Diego – ja seetõttu kaudselt G. Ruiz Zambrano – EL õigusest tuleneva põhiõiguse perekonnaelule jämedaks rikkumiseks.

Esimene küsimus – liidu kodakondsus

Sissejuhatavad märkused

66. Neil põhjustel näib mulle, et kui Belgia ametivõimud jääksid oma keeldumise juurde anda G. Ruiz Zambranole pärast tema esimese Belgia kodanikust lapse (Diego) sündi elamisluba, pöörates täitmisele tema suhtes

67. 1992. aastal loodi Maastrichti lepinguga Euroopa kodakondsus kui kõikide liikmesriikide kodanike uus ja täiendav staatus. Andes igale kodanikule õiguse vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil, tunnustas uus leping üksikisikute, *sõltumata sellest, kas nad on majanduslikult aktiivsed*, keskset rolli loodud uues liidus. Igal üksikul kodanikul on õigused ja kohustused, mis koos moodustavad uue staatuse, mille kohta Euroopa Kohus

38 – Kohtuasjas Trojani (7. septembri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-456/02: Trojani, EKL 2004, lk I-7573) näib asjaolu, et ehkki Belgia sotsiaalkindlustusamet vaidlustas toimetulekutoetuse (*minimex*) maksmise, olid Brüsseli linnavõimud andnud elamisloa (*permis de séjour*), olevat olnud üheks aluseks Euroopa Kohtu otsustusele, et Trojani saab tugineda EÜ artiklile 18 (nüüd ELTL artikkel 21) koosmõjus EÜ artikliga 12 (nüüd ELTL artikkel 18): vt selle kohtuotsuse punkt 44. G. Ruiz Zambrano praegune ajutine pikendatav elamisluba kehtib kuni menetluse lõpuni Conseil d'État's. Vt eespool punkt 27.

39 – Olen aru saanud, et ehkki väljasaatmiskorralduse kehtivus on peatatud kuni edasikaebuse lahendamiseni Conseil d'État's, ei ole seda tühistatud.

2001. aastal kuulutas, et sellest „saab liikmesriikide kodanike põhistaatus”. [40]

Kas isik saab kasutada liidu kodakondsusest tulenevaid õigusi pelgalt sellest tulenevalt, et tal on elukoht oma kodakondsusjärgse liikmesriigi territooriumil?

Liikumine ja klassikalised (majanduslikud) liikumisvabaduse õigused

68. Väidan, et selle avalduse järelmid on niisama tähtsad ja kaugeleulatuvad kui varasemate Euroopa Kohtu ajalooliste kohtuotsuste omad. Pean Euroopa Kohtu poolt kohtuotsuses Gryzelczyk esitatud liidu kodakondsuse kirjeldust potentsiaalselt niisama tähtsaks kui tema teedrajavat seisukohta kohtuotsuses Van Gend en Loos, milles öeldakse, et „ühendus moodustab rahvusvahelises õiguses uue õiguskorra, mille huvides riigid […] on piiranud oma suveräänseid õigusi ja mille subjektide hulka ei kuulu mitte ainult liikmesriigid, vaid ka nende kodanikud”. [41]

69. On juba ammu teada õiguslik tõsiasi, et nelja vabadusega seonduvatele klassikalistele majanduslikele õigustele tuginemine eeldab tavaliselt mingit tüüpi liikumist liikmesriikide vahel. Isegi selles kontekstis tuleb samas siiski märkida, et Euroopa Kohtu hinnangul on tähtis mitte takistada ega kahjustada selliste õiguste teostamist ning ta on suhtunud kahtlevalt siseriiklikesse meetmetesse, mis võivad pärssida liikumisvabaduse õiguse võimalikku kasutamist.

70. Kohtuotsuses Dassonville [42] esitas Euroopa Kohus oma kuulsa seisukoha, et „kõiki liikmesriikide kaubanduseeskirju, mis võivad otse või kaudselt, tegelikult või potentsiaalselt takistada [liidu]sisest kaubandust, tuleb vaadelda koguselise piiranguga samaväärse toimega meetmetena”. Selle määratluse laiaulatuslikkus on võimaldanud Euroopa Kohtul uurida põhjalikult diskrimineerivaid ja mittediskrimineerivaid siseriiklikke meetmeid

40 – 20. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-184/99: Grzelczyk (EKL 2001, lk I-6193, punkt 31), mille kehtivust on hiljem kinnitatud mh 11. juuli 2002. aasta otsuses kohtuasjas C-224/98: D'Hoop (EKL 2002, lk I-6191, punkt 28); 17. septembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-413/99: Baumbast ja R (EKL 2002, lk I-7091, punkt 82); 29. aprilli 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-482/01 ja C-493/01: Orfanopoulos ja Oliveri (EKL 2004, lk I-5257, punkt 65); 2. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-148/02: García Avello (EKL 2003, lk I-11613, punkt 22); eespool 22. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Zhu ja Chen, punkt 25; 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-224/02: Pusa (EKL 2004, lk I-5763, punkt 16); 7. juuli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-147/03: komisjon *vs.* Austria (EKL 2005, lk I-5969, punkt 45); 15. märtsi 2005. aasta otsus kohtuasjas C-209/03: Bidar (EKL 2005, lk I-2119, punkt 31); 12. juuli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-403/03: Schempp (EKL 2005, lk I-6421, punkt 15); 12. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-145/04: Hispaania *vs.* Ühendkuningriik (EKL 2006, lk I-7917, punkt 74); 7. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas C-50/06: komisjon *vs.* Madalmaad (EKL 2007, lk I-9705, punkt 32) ning 16. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-524/06: Huber (EKL 2008, lk-9705, lk 69).

41 – 5. veebruari 1963. aasta otsus kohtuasjas 26/62: Van Gend en Loos (EKL 1963, lk 1). Kohtuotsuses Van Gend en Loos märkis Euroopa Kohus, et liikmesriigid on piiranud oma suveräänseid õigusi, „ehkki vähestes valdkondades”. Kui kohtuotsuses Van Gend en Loos väljendatud seisukohta korrati arvamuses 2/94, siis jäeti fraasi teine osa ära.

42 – 11. juuli 1974. aasta otsus kohtuasjas 8/74: Dassonville (EKL 1974, lk 837, punkt 5).

isegi siis, kui mingid kaubad ei ole liikunud.[43] Siseriikliku meetme pärssiv mõju võib olla piisav ELTL artikli 34 (endine EÜ artikkel 28) kohaldamiseks. Nii leidis Euroopa Kohus kohtujurist Poiares Maduro ettepanekut järgides kohtuasjas Carbonati,[44] et kaupadele üksikus liikmesriigis kehtestatud maksud rikkusid asutamislepingut.[45] Euroopa Kohus märkis selgelt, et ELTL artikli 26 lõige 2 (endine EÜ artikli 14 lõige 2) määratleb siseturu kui „sisepiirideta ala, mille ulatuses tagatakse kaupade, isikute, teenuste ja kapitali vaba liikumine", kusjuures „ilma et selles sättes eristataks riikidevahelisi ja riigisiseseid piire".[46]

71. Kohtuasjas Säger[47] laiendas Euroopa Kohus samalaadse kontrolli isikute ja teenuste vabale liikumisele, selgitades, et EMÜ artikkel 59 (nüüd ELTL artikkel 56) nõuab „mitte ainult kogu riikkondsusel põhineva diskrimineerimise keelamist teenuseosutaja suhtes, vaid ka kõigi piirangute kaotamist, isegi juhul, kui need laienevad vahet tegemata nii selle riigi kui ka teiste liikmesriikide teenuseosutajatele, kui need võivad keelata, takistada või muuta vähem atraktiivseks teenuseosutaja tegevuse, kelle asukoht on teises liikmesriigis, kus ta seaduslikult sarnaseid teenuseid osutab".[48] Euroopa Kohus naasis selle argumentatsiooni lähtekohale tagasi kohtuasjas Kraus,[49] milles ta märkis, et meetmed, mis „võivad takistada või muuta asutamislepinguga tagatud põhivabaduse teostamise [liidu] kodanikele, sealhulgas meetmed võtnud liikmesriigi kodanikele vähem atraktiivseks", kuuluvad samuti ühenduse õiguse kohaldamisalasse.[50]

72. Seetõttu on käesolevaks ajaks kohtupraktikas välja kujunenud, et isik, kelle võimalus liikuda EL-s „on takistatud" või „muudetud vähem atraktiivseks", isegi kui seda on teinud tema enda kodakondsusjärgne liikmesriik,

43 – Vt eelkõige 12. märtsi 1987. aasta otsus kohtuasjas 178/84: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 1987, lk 1227, punkt 27); 23. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-192/01: komisjon *vs.* Taani (EKL 2003, lk I-9693, punkt 39); 11. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-322/01: Deutscher Apothekerverband (EKL 2003, lk I-14887, punkt 66); 19. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-420/01: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2003, lk I-6445, punkt 25) ja 5. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-24/00: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2004, lk I-1277, punkt 22).

44 – 9. septembri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-72/03: Carbonati Apuani (EKL 2004, lk I-8027).

45 – Kohtujurist kirjeldas selgelt sellistes kohtuasjades nagu Carbonati kaalul olevaid meetmeid, mööndes, et „diskrimineerimist [ei põhjusta] siseriiklik normistik ega ühenduse õigus omaette. Seda põhjustab EL õiguse osaline kohaldamine kõnealuse siseriikliku normistiku suhtes. Isegi kui seda ei oldud kavatsetud või ette nähtud, on see olukord otsene EL õiguse kohaldamise tagajärg. Isegi kui viimane kuulub oma põhiosas siseriikliku õiguse alla, on EL õiguse seisukohalt tegemist „jääkolukorraga". EL õigusega tahtlikult või tahtmatult kaasneva mõju tõttu muutub EL õigus üheks tekkinud olukorra koostisosaks" (punkt 62).

46 – Eespool 44. joonealuses märkuses viidatud kohtotsus Carbonati, punkt 23.

47 – 25. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-76/90: Säger (EKL 1991, lk I-4221).

48 – Kohtuotsus Säger, punkt 12.

49 – 31. märtsi 1993. aasta otsus kohtuasjas C-19/92: Kraus (EKL 1993, lk I-1663, punktid 28 ja 32).

50 – Kohtuotsus Kraus, punkt 32. Vt lisaks eriti 7. juuli 1992. aasta otsus kohtuasjas C-370/90: Singh (EKL 1992, lk I-4265, punkt 23), milles seda pretsedenti kohaldati mehest ja naisest koosnevale perekonnale.

saab tugineda asutamislepingust tulenevatele õigustele. [51]

73. Euroopa Kohus on tõepoolest juba lubanud teatavat paindlikkust seisukoha suhtes, et õiguste kasutamine eeldab tegelikku füüsilist liikumist üle piiri. Nii märkis ta kohtuotsuses Alpine Investments, [52] et keeld võtta reklaamkõnesid võimalikele klientidele teises liikmesriigis kuulub teenuste osutamise vabadust käsitlevate asutamislepingu sätete kohaldamisalasse, ehkki seejuures ei toimu mingit füüsilist liikumist. Kohtuotsuses Carpenter [53] nõustus Euroopa Kohus, et EL õigusel on otsustav tähtsus kaebuse suhtes, mis esitati Ühendkuningriigi ametivõimude poolt Filipiinide kodaniku suhtes antud väljasaatmiskorralduse peale. EL õigusele tuginemise aluseks oli asjaolu, et M. Carpenteri Ühendkuningriigi kodanikust abikaasa reisis aegajalt teise liikmesriiki, et müüa reklaamipinda Ühendkuningriigi ajakirjas. Euroopa Kohus nõustus argumendiga, et M. Carpenteri abikaasal oli hõlpsam osutada ja saada teenuseid, kuna M. Carpenter hoolitses tema esimesest abielust pärinevate laste eest. Seetõttu asus Euroopa Kohus seisukohale, et M. Carpenteri väljasaatmine piiraks tema abikaasa õigust osutada ja saada teenuseid ning samuti tema põhiõigust perekonnaelule. [54]

74. Hiljutisemal ajal on Euroopa Kohus kohtuotsuses Metock [55] nõustunud, et liikumisvabaduse õiguste varasem kasutamine Kameruni kodakondsuses olnud B. B. Metocki poolt, kes sai seejärel Ühendkuningriigi kodakondsuse ning kes oli juba elama asunud ja töötas Iirimaal, kui ta abiellus oma abikaasaga (samuti Kameruni kodanik, keda ta oli kohanud 12 aastat varem selles riigis), oli piisav selleks, et tema abikaasal tekiks Iirimaal tuletatud elamisõigus, ehkki viimane ei vastanud siseriikliku õiguse nõudele, mille kohaselt ta oleks pidanud enne Iirimaale saabumist olema elanud seaduslikult teises liikmesriigis. [56]

Liikumine ja liidu kodakondsus

75. Paljudes kodakondsust käsitlevates kohtuasjades eksisteerib selgelt tuvastatav piiriülene element, mis sarnaneb klassikaliste majanduslike vaba liikumise õiguste

51 – Vt eelkõige 30. novembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-55/94: Gebhard (EKL 1995, lk I-4165, punkt 37); 9. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-285/01: Burbaud (EKL 2003, lk I-8219, punkt 95); 14. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-299/02: komisjon *vs.* Madalmaad (EKL 2004, lk I-9761, punkt 15); 26. mai 2005. aasta otsus kohtuasjas C-249/04: Allard (EKL 2005, lk I-4535, punkt 32) ning 17. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-389/05: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 2008, lk I-5397, punkt 56).

52 – 10. mai 1995. aasta otsus kohtuasjas C-384/93: Alpine Investments (EKL 1995, lk I-1141).

53 – Viidatud eespool 20. joonealuses märkuses.

54 – Kohtuotsus Carpenter, viidatud eespool 20. joonealuses märkuses, punkt 39.

55 – Viidatud eespool 24. joonealuses märkuses.

56 – Kohtuotsus Metock, viidatud eespool 24. joonealuses märkuses, punkt 58.

kasutamisega. Nii olid kohtuasjas Bickel ja Franz [57] süüdistatavateks vastavalt Austria ja Saksamaa kodanik, kelle suhtes toimus kriminaalmenetlus Itaalias Trentino-Alto Adige maakonnas (endine Südtirol) ning kes soovisid, et kohtumenetlus toimuks saksa, mitte itaalia keeles. Kohtuasjas Martínez Sala [58] oli nõude esitaja Hispaania kodanik, kes oli kolinud Saksamaale. Kohtuasjas Bidar [59] oli Dany Bidar kolinud Prantsusmaalt Ühendkuningriiki, kus ta pärast ema surma elas kooli lõpetamiseks oma vanaema juures, enne kui taotles ülikooliõpingute rahastamiseks õppelaenu.

76. Lisaks on olukorras, kus mõne liikmesriigi kodanikud tuginevad liidu kodakondsusest tulenevatele õigustele omaenda liikmesriigi vastu, tavaliselt toimunud varasem lahkumine sellest liikmesriigist ning hilisem naasmine. Kohtuasjas D'Hoop [60] liikus Marie-Nathalie D'Hoop Belgiast Prantsusmaale, kus ta lõpetas oma haridustee, ning naasis seejärel Belgiasse, kus ta taotles töötushüvitist nimetusega „ootetoetus", mis antakse äsja oma õpingud lõpetanud noortele, kes otsivad oma esimest töökohta. Kohtuasjas Grunkin ja Paul [61] reisis Leonhard Matthias Grunkin Paul Taani (kus ta oli sündinud ja elanud ja koolis käinud) ja Saksamaa (riik, mille kodanik ta oli) vahel eesmärgiga olla seal koos oma lahutatud isaga. Tal oli vaja, et tema Saksa pass antaks välja sama nimega, mis talle oli Taanis seaduslikult antud, mitte erineva nimega.

77. Samas ma ei arva, et liidu kodakondsusest tuletatud õiguste kasutamine on alati lahutamatult ja ilmtingimata seotud füüsilise liikumisega. Juba praegu on olemas kodakondsusasju, kus tegelik liikumine on vaevalt eristatav või ausalt öeldes olematu.

78. Kohtuasjas García Avello [62] olid lapsevanemad Belgiasse kolinud Hispaania kodanikud, kuid nende lapsed Esmeralda ja Diego (kellel oli Hispaania ja Belgia topeltkodakondsus ning kelle vaidlusalune perekonnanimi oli kõnealuse kohtuasja ese) olid sündinud Belgias ning, niivõrd kui kohtuasja toimikust ilmneb, ei olnud sealt kunagi kuhugi liikunud. Kohtuasjas Zhu ja Chen [63] oli Catherine Zhu sündinud Ühendkuningriigi ühes osas (Põhja-Iirimaal) ning liikus lihtsalt Ühendkuningriigi

57 – 24. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-274/96: Bickel ja Franz (EKL 1998, lk I-7637).

58 – 12. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-85/96: Martínez Sala (EKL 1998, lk I-2691).

59 – Viidatud eespool 40. joonealuses märkuses.

60 – Viidatud eespool 40. joonealuses märkuses.

61 – 14. oktoobri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-353/06: Grunkin ja Paul (EKL 2008, lk I-7639).

62 – Viidatud eespool 40. joonealuses märkuses.

63 – Viidatud eespool 22. joonealuses märkuses.

sees (kolides Inglismaale). Tollased Iirimaa seadused, mis andsid Iirimaa kodakondsuse kõigile Iirimaa saarel (sealhulgas Põhja-Iirimaal) sündinuile, koos oskusliku õigusnõustamisega võimaldasid tal tugineda liidu kodakondsusele, et saada Ühendkuningriigis elamise õigus endale ja oma Hiina kodanikust emale, kuna muidu oleks tal väikelapsena olnud võimatu kasutada tõhusalt oma õigusi liidu kodanikuna. Kohtuasjas Rottmann [64] oli tegemist sellega, et J. Rottmann oli omandanud selles asjas määrava tähtsusega kodakondsuse (naturalisatsiooni korras saadud Saksa kodakondsus, mitte varasem sünnijärgne Austria kodakondsus) pärast seda, kui ta oli kolinud Austriast Saksamaale. Samas jäeti kohtuotsuses see varasem liikumine tähelepanuta ning keskenduti ainuüksi *tulevasele* mõjule, mis Saksa kodakondsuse äravõtmisel oleks, kuna see muudaks J. Rottmanni kodakondsuseta isikuks. (Käsitlen edaspidi seda hiljutist tähtsat kohtuotsust üksikasjalikumalt.) [65]

79. Uurides asutamislepingus liidu kodanikele antud mitmesuguseid õigusi, on selge, et ühtesid neist – eriti hääleõigust ning kandideerimisõigust kohalikel ja Euroopa Parlamendi valimistel – saab kasutada ainult liikmesriigis, mille kodanikuks asjaomane isik ei ole. [66] Teised – õigus pöörduda petitsiooniga Euroopa Parlamendi poole vastavalt ELTL artiklile 227 ning õigus esitada kaebusi ombudsmanile vastavalt ELTL artiklile 228 – näivad olevat kasutatavad ilma ruumilise piiranguta. [67] Õigus saada kaitset diplomaatilistelt ja konsulaarasutustelt vastavalt ELTL artiklile 23 (endine EÜ artikkel 20) on kasutatav mis tahes kolmandas riigis, kus ei ole esindatud liikmesriik, mille kodanik on asjaomane isik.

80. Seejuures võib-olla keskseimat õigust – „õigust vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil" [68] – on raskem täpselt määratleda. Kas see on kombineeritud õigus (õigus „liikuda ja elada")? Etapiviisiline õigus („õigus liikuda ning seejärel, olles mingil ajal

64 – 13. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-135/08: Rottmann (EKL 2010, lk I-1149).

65 – Vt punkt 93 jj allpool.

66 – Vt ELTL artikkel 22 (endine EÜ artikkel 19), milles määratletakse konkreetselt „kes elab liikmesriigis, mille kodanik ta ei ole", ning ELTL artikli 20 lõike 2 punkt b (endine EÜ artikkel 17), milles öeldakse, et liidu kodanikud kasutavad neid õigusi „elukohajärgse liikmesriigi [...] kodanikega võrdsetel tingimustel".

67 – Mõlemad õigused on kehtestatud ELTL artikliga 24 (endine EÜ artikkel 21). Sama artikli kohaselt võib liidu kodanik samuti (eelduslikult) kirjutada igale institutsioonile igast maailma paigast, kui ta austab keelte kasutamise korda, ning tal on õigus saada vastus. Nii võivad (näiteks) Ruiz Zambrano lapsed kirjutada hispaania keeles ühele institutsioonidest mõnest kolmandast riigist nagu ka igast liikmesriigist ning neil on õigus vastusele.

68 – Nagu see on sätestatud ELTL artikli 20 lõike 2 punktis a (endine EÜ artikkel 17) ning artikli 21 lõikes 1 (endine EÜ artikli 18 lõige 1).

minevikus liikunud, õigus elada")? Või kaks iseseisvat õigust („õigus liikuda" *ja* „õigus elada")?

Põhiõiguste mõju

81. Seega peab Euroopa Kohus tegema valiku, kas tõlgendada ELTL artikli 20 lõike 2 punktis a ning artikli 21 lõikes 1 sätestatud õigust „vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil" nii, et see on piiratud olukordadega, milles EL kodanik on kõigepealt liikunud teise liikmesriiki, või nõustuda sellega, et mõisteid „liikuda" ja „elada" saab lugeda eraldi nii, et EL kodanik saab neid õigusi kasutada, kui ta (ilma eelnevalt liikumata) elab liikmesriigis, mille kodanik ta on?

82. Siinkohal on vaja naasta küsimuse juurde põhiõiguste kaitsest EL õiguskorras.

83. Põhiõiguste kaitse tähtsust vaba liikumise klassikalises kontekstis väljendas suurima sõnaosavusega kohtujurist Jacobs kohtuasjas Konstantinidis,[69] milles Saksamaal töötav kreeklasest massöör väitis, et tema nime ametlik transliteratsioon rikub talle EL õigusest tulenevaid õigusi. Kohtujurist Jacobsi lähenemisel senisele otsusel Wachauf põhinevale kohtupraktikale olid kaugeleulatuvad tagajärjed. Kohtuasjas Konstantinidis ei olnud küsimus enam ainult kodakondsusel põhinevas diskrimineerimises, vaid põhiküsimuseks sai põhiõigus isiklikule identiteedile. Nõustumine kaebuse esitaja õigusega (nagu Euroopa Kohus oma otsuses tegi) tähendab nõustumist eeldusega, et EL kodanikul, kes kolib teise liikmesriiki, on õigus lähtuda sellest, „et kuhu tahes EL piires ta elatist teenima läheb, koheldakse teda vastavalt ühisele [...] põhiväärtuste reeglistikule. Teisisõnu, tal on õigus öelda: „*Civis europeus sum!*" ning tugineda sellele staatusele oma põhiõiguste kaitseks".[70] Liikumisvabaduse õigusi kasutav liidu kodanik saab tugineda kõikidele EL õigusega kaitstud põhiõigustele (olenemata sellest, kas need on seotud majandustegevusega, millega tegelemiseks ta liikmesriikide vahel liigub). Kui see ei oleks nii, oleks nende liikumisvabaduse õiguste kasutamine pärsitud.

84. Oleks paradoksaalne (kergelt öeldes), kui liidu kodanik saaks kasutada EL õiguses

69 – 30. märtsi 1993. aasta otsus kohtuasjas C-168/91: Konstantinidis (EKL 1993, lk I-1191).

70 – Kohtujuristi ettepanek eelmises joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Konstantinidis, ettepaneku punkt 46.

sätestatud põhiõigusi siis, kui ta teostab töötajana majanduslikku õigust vabalt liikuda või kui siseriiklik õigus satub asutamislepingu (näiteks võrdse tasu sätete) kohaldamisalasse või kui ta tugineb EL teisese õiguse aktile (näiteks teenuste direktiivile), kuid ei saaks seda teha lihtsalt „elades" selles liikmesriigis. Jättes selgema näitlikustamise huvides kõrvale võimaliku kaitse, mille saab EIÕK artikli 8 alusel tuletada siseriiklikust õiguskorrast endast, oletagem (üsna ebausutavalt), et liikmesriigi A siseriiklik õigusnorm sätestab usulise eneseväljenduse kõrgendatud kaitse ainult isikutele, kes on elanud selles riigis pidevalt 20 aastat. Liikmesriigi A kodanik (nagu Marie-Nathalie D'Hoop), kes on minevikus kasutanud oma liikumisvabaduse õigusi, kolides naaberliikmesriiki B, kust ta on alles hiljuti naasnud liikmesriiki A, saaks liidu kodakondsusest tulenevalt tugineda liikmesriigi vastu oma põhiõigustele (nii EIÕK artikli 9 kui ka harta artikli 10 alusel). Kas seda saaks teha ka 18-aastane liidu kodanik, kes on liikmesriigi B kodanik, kuid kes on sündinud ja alati elanud liikmesriigis A? (Vaidlusaluse siseriikliku õigusnormi puhul puudub kodakondsusel põhinev otsene või kaudne diskrimineerimine, seega ei saa tugineda ELTL artiklile 18 [endine EÜ artikkel 12].) Kohtuotsuse Garcia Avello kohaselt on vastus kindlasti jaatav – kuid selline vastus sisaldab eeldust, et „õigus elada" on iseseisev õigus, mitte õigus, mis oleks mingi õigusliku nabaväädiga seotud õigusega liikuda. Ning lõpuks (ja siin ennetan ma ka arutelu vastupidise diskrimineerimise üle), milline oleks olukord 18-aastase liidu kodaniku puhul, kes on liikmesriigi A kodanik, elab seal ning kellel ei ole EL õigusega ühtegi muud juhuslikku ega kavatsetud seost (näiteks, et ta oleks käinud liikmesriigis B klassiekskursioonil)?

85. Seda tausta arvestades naasen nüüd kodakondsust käsitleva Euroopa Kohtu praktika juurde.

86. Kui jääda kindlalt eelduse juurde, et liidu kodanikuna elamisõigustele tuginemiseks peab sellele eelnema liikumine liikmesriiki, mis ei ole asjaomase kodaniku kodakondsusjärgne liikmesriik, võib tagajärg osutuda nii kummaliseks kui ka ebaloogiliseks. Eeldame, et sõbralik naaber on viinud Diego ja Jessica ühe või paar korda Parc Astérixi

lõbustusparki Pariisis või Bretagne'i plaažile.[71] Sellega oleksid nad kasutanud teenuseid teises liikmesriigis. Kui nad nüüd nõuaksid õigusi, mis tulenevad nende „liikumisest", siis ei saaks väita, et nende olukord on „puht siseriiklik" Belgia asi.[72] Kas piisaks ka ühest reisist? Kahest? Mitmest? Kas ühepäevane reis oleks piisav või oleksid nad pidanud Prantsusmaal ühe või paar ööd ööbima?

87. Kui perekond, olles kohustatud Belgiast ning ka Euroopa Liidust lahkuma, taotleks varjupaika näiteks Argentinas, saaksid Diego ja Jessica EL kodanikena kasutada selles kolmandas riigis teiste liikmesriikide diplomaatilist ja konsulaarkaitset. Nad saaksid kasutada õigust tutvuda dokumentidega ning kirjutada ombudsmanile. Kuid selle hüpoteesi kohaselt ei saaks nad tugineda oma õigustele liidu kodanikena selleks, et jätkata elamist Belgias.

88. Sellise tulemuse puhul on raske vältida häirivat tunnet. EL kodakondsusest tulenevate õiguste kasutamist näib valitsevat loterii, mitte loogika.

71 – On selge, et laste vanemad ei mõtlegi sellist matka ise ette võtta ja riskida sellega, et neid ei lasta enam Belgiasse tagasi.

72 – Vt 2. veebruari 1989. aasta otsus kohtuasjas 186/87: Cowan *vs.* Trésor Public (EKL 1989, lk 195, punkt 15).

89. Kas kodakondsusalane kohtupraktika vajab radikaalset laiendamist, et käesolevas kohtuasjas oleks võimalik asuda seisukohale, et arvestada tuleb G. Ruiz Zambrano laste kui liidu kodanike õigustega – olenemata sellest, et nad ei ole veel lahkunud oma kodakondsusjärgsest liikmesriigist – ja (kui nii), siis kas tuleks minna edasi ning kaaluda, kas G. Ruiz Zambrano saab nõuda tuletatud elamisõigust?

90. Ma ei leia, et astuda tuleks eriti pikk samm.

Kas see on puht siseriiklik olukord?

91. Käesolevas kohtuasjas märkusi esitanud liikmesriigid väidavad üksmeelselt, et G. Ruiz Zambrabo puhul on tegemist Belgia „puht siseriikliku" olukorraga ning seetõttu ei kuulu kohaldamisele EL õigusnormid, sealhulgas ka need, mis puudutavad liidu kodakondsust. Komisjoni argumentatsioon on samasugune. Suuremal või vähemal määral viitavad kõik asjaosalised võimalikule kaitsele, mida G. Ruiz Zambrano ja tema perekond võivad saada kas siseriikliku õiguse või EIÕK alusel ning kutsuvad Euroopa Kohut erineva kirglikkusega üles mitte kaaluma võimalust, et

kohaldamisele võiksid kuuluda liidu kodakondsuse sätetest tulenevad õigused.

92. Ma ei jaga nende seisukohta.

93. Tasub märkida, et kohtuasjas Rottmann väitsid nii Saksamaa (J. Rottmanni naturaliseerinud liikmesriik) ja Austria (tema päritoluliikmesriik) komisjoni toetusel, et „[J. Rottmanni] naturalisatsiooni korras saadud kodakondsuse äravõtmise otsuse tegemise ajal oli viimane Saksa kodanik, kelle elukoht oli Saksamaal ning kellele saadeti Saksa ametiasutuse koostatud haldusakt. [...] [Seega] on tegemist *puht siseriikliku olukorraga*, millel puudub igasugune seos liidu õigusega, kuna viimane ei kuulu kohaldamisele ainuüksi asjaolu tõttu, et liikmesriik võtab ühe oma kodaniku suhtes teatava meetme. Asjaolu, et *isik on* (nagu põhikohtuasjas kõne all oleval juhul) *kasutanud enne naturalisatsiooni korras kodakondsuse saamist oma õigust vabalt liikuda, ei anna vaidlusele iseenesest piiriülest elementi*, mis võiks selle kodakondsuse äravõtmise osas tähtsust omada." [73]

94. Seda argumenti käsitledes nõustus Euroopa Kohus mitte arvestama seda, et J. Rottmann oli varem kasutanud oma õigust vabalt liikuda (Austriast Saksamaale) ning vaatas mineviku asemel tulevikku. Ta märkis üldjoontes, et ehkki kodakondsuse andmine ja äravõtmine on küsimused, mis kuuluvad liikmesriikide pädevusse, peavad EL õiguse kohaldamisalasse jäävates olukordades asjassepuutuvad siseriiklikud õigusnormid olema liidu õigusega kooskõlas. Euroopa Kohus järeldas, et „sellise liidu kodaniku olukord, kellelt liikmesriigi ametiasutused otsustavad […] võtta ära naturalisatsiooni korras saadud kodakondsuse, pannes ta [...] *olukorda, mis võib tuua kaasa* [ELTL artiklis 20] *ette nähtud staatuse ja sellega seotud õiguste kaotamise, kuulub oma olemuse ja tagajärgede poolest* liidu õiguse valdkonda". [74]

95. Mulle näib, et Euroopa Kohtu põhjenduskäik kohtuotsuses Rottmann, kui seda lugeda koos varasema kohtuotsusega Zhu ja Chen, on hõlpsasti üle võetav käesolevasse kohtuasja. Käesolevas asjas oli Belgia kodakondsuse andmine G. Ruiz Zambrano lastele Diegole ja Jessicale küsimus, mis kuulus täiesti kõnealuse liikmesriigi pädevusse. Samas said nendest lastest pärast kodakondsuse andmist liidu kodanikud ning neil tekkis õigus kasutada liidu kodanike õigusi paralleelselt oma õigustega Belgia kodanikena. Nad ei ole veel liikunud väljapoole oma liikmesriiki. Samuti ei olnud seda pärast naturalisatsiooni teinud

73 – Eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Rottmann, punkt 38, kohtujuristi kursiiv.

74 – Kohtuotsus Rottmann, punkt 42, kohtujuristi kursiiv.

Rottmann. Kui vanematel ei ole tuletatud elamisõigust ning neilt nõutakse Belgiast lahkumist, peavad lapsed ülima tõenäosusega nendega koos lahkuma. See paneks Diego ja Jessica tegelikkuses „olukorda, mis võib tuua kaasa [liidu kodakondsusega] ette nähtud staatuse ja sellega seotud õiguste kaotamise". Sellest tuleneb – nagu tulenes ka Rottmanni puhul –, et *laste olukord* „kuulub oma olemuse ja tagajärgede poolest liidu õiguse valdkonda".

96. Pealegi ei saa Diego ja Jessica sarnaselt Catherine Zhuga kasutada oma õigusi liidu kodanikena (konkreetsemalt oma õigusi liikuda ja elada mis tahes liikmesriigi territooriumil) täielikult ja tõhusalt ilma nende vanemate kohaloleku ja toetuseta. Sellesama seose, millega Euroopa Kohus nõustus kohtuasjas Zhu ja Chen (ja mis võimaldab väikesel lapsel oma kodakondsusest tulenevaid õigusi tõhusalt kasutada), kohaldamisest tuleneb, et *G. Ruiz Zambrano olukord* ei ole samuti „puht siseriiklik" liikmesriigi asi. See kuulub samuti liidu õiguse valdkonda.

97. Samuti järeldub sellest (nagu kohtuasjas Rottmann), et „neil asjaoludel tuleb Euroopa Kohtul vastata eelotsusetaotluse esitanud kohtu eelotsuse küsimustele" – või, sõnastades sisuliselt sama asja teisiti, et selle kohtuasja faktilised asjaolud *ei* kujuta endast puht siseriiklikku olukorda, millel puudub igasugune seos EL õigusega. Seda tehes tuleb Euroopa Kohtul – minu hinnangul – lahendada järgmised küsimused: a) kas tõenäoliselt sekkutaks G. Ruiz Zambrano laste kui liidu kodanike õigustesse vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil? b) Kui selline sekkumine eksisteerib, siis kas see on põhimõtteliselt lubatav? c) Kui see on põhimõtteliselt lubatav, siis kas selle suhtes kehtivad siiski mingid piirangud (näiteks proportsionaalsuse alusel)?

Kas õigustesse sekkutakse?

98. G. Ruiz Zambrano lastel kui liidu kodanikel on vaieldamatult „õigus vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil". Teoreetiliselt võivad nad seda õigust kasutada. Praktiliselt ei saa nad seda oma vanuse tõttu ilma vanemateta teha.

99. Kui G. Ruiz Zambrano ei saa kasutada tuletatud elamisõigust Belgias (küsimus, millest sõltub tema õigus saada töötuskindlustushüvitist), siis varem või hiljem peab ta lahkuma sellest liikmesriigist, mille kodakondsus on tema lastel. Arvestades laste vanust (ning

eeldusel, et lahkumist ei lükata edasi seni, kuni nad saavad täisealiseks), peavad tema lapsed lahkuma koos temaga.[75] Neil ei oleks võimalik kasutada oma õigust liikuda ja elada Euroopa Liidu territooriumil. Paralleelid kohtuasjaga Rottmann on ilmsed. J. Rottmanni kui liidu kodaniku õigused olid tõsiselt ohus, kuna temalt naturalisatsiooni korras antud Saksa kodakondsuse äravõtmine muudaks tema jaoks võimatuks nende õiguste kasutamise *ratione personae*. Käesolevas asjas ähvardab G. Ruiz Zambrano laste õigusi sarnane oht *ratione loci*. Neil peab olema võimalik füüsiliselt Euroopa Liidu territooriumile jääda selleks, et liikuda liikmesriikide vahel või elada mõnes liikmesriigis.[76]

100. Nagu me oleme näinud (eelkõige kohtasjades Garcia Avello, Zhu ja Chen ning Rottmann), lubab olemasolev kohtupraktika juba teatavatele kodakondsusest tulenevatele õigustele tugineda sõltumata EL asjaomase kodaniku varasemast piiriülesest liikumisest. Mulle näib, et kui kaebuse esitaja(te)l oleks esimeses kahes neist kohtuasjadest olnud *vaja* kinnitust iseseisvale elamisõigusele vastavate liikmesriikide ametivõimude vastu (Hispaania kodanikud Belgias, Iirimaa kodanik Ühendkuningriigis), oleks Euroopa Kohus kindlasti sellist õigust tunnustanud.

75 – Vt eespool punktid 86 ja 87, kus käsitletakse mõju õigusele perekonnaelule.

76 – Teoreetiliselt on muidugi võimalik, et teine liikmesriik võib olla valmis seda perekonda vastu võtma. Kui see oleks nii, saaksid Diego ja Jessica vähemalt teataval määral ikkagi kasutada oma õigusi liidu kodanikena.

Kohtuasjas Rottmann on Euroopa Kohus läinud juba kaugemale, kaitstes Saksamaal elava Saksa kodaniku tulevasi kodakondsusest tulenevaid õigusi. Sellel taustal oleks võlts mitte tunnustada avalikult, et (ehkki praktikas kasutatakse tõenäoliselt lõviosas juhtumitest õigust elada pärast seda, kui on kasutatud õigust liikuda) ELTL artikkel 21 sisaldab eraldi õigust elada, mis on sõltumatu õigusest vabalt liikuda.

101. Sellest tulenevalt teen ettepaneku, et Euroopa Kohus tunnustaks nüüd iseseisva elamisõiguse olemasolu.

102. Põhjustel, mille olen eespool juba esitanud, ei saa Diego ja Jessica kasutada sellist elamisõigust ilma oma vanemate toetuseta. Seetõttu järeldan ma, et käesoleva kohtuasja asjaoludel võib keeldumine tunnustada G. Ruiz Zambrano tuletatud elamisõigust kujutada endast sekkumist Diego ja Jessica kui liidu kodanike elamisõigusse.

103. Lisan, et kui Euroopa Kohus ei nõustu sellega, et ELTL artiklist 21 tuleneb iseseisev elamisõigus, olen ikkagi seisukohal, et

käesoleva kohtuasja asjaoludel on võimalik sekkumine Diego ja Jessica õigusesse liikuda ja elada liidu territooriumil piisavalt analoogne sekkumisega Catherine Zhu (kes ei olnud kunagi elanud Iirimaal ning kes ei olnud kunagi lahkunud Ühendkuningriigi territooriumilt) õigustesse, nii et laste olukord tuleks samastada Catherine Zhu omaga.

Pärast käesoleva kohtuasja asjaolude toimumist on Belgia kodakondsusõigust muudetud [78] ning enam ei ole G. Ruiz Zambrano seisundis isikutel võimalik loobuda oma lapse registreerimisest oma riigi diplomaatilises või konsulaaresinduses selleks, et nad saaksid Belgia kodakondsuse. Kuid tol ajal ei olnud tema teguviisis midagi valesti.

Kas sekkumine võib olla õigustatud?

105. Seda tõsiasja on tähtis meeles pidada – eriti seoses võimaliku „üleujutuse" argumendiga. Liikmesriigid otsustavad, kes võib saada nende kodanikuks. [79] Euroopa Kohtu pädevusse kuuluvad siin vaid õigused, mida sellised isikud võivad kasutada *siis, kui neist on saanud liikmesriigi kodanikud*, kuna nad saavad samaaegselt ka liidu kodakondsuse.

104. Alustuseks märgin, et otsustades mitte esitada sõnaselget avaldust oma lastele Columbia kodakondsuse saamiseks ning valides selle asemel neile selle EL liikmesriigi kodakondsuse, kus nad sündisid, kasutas G. Ruiz Zambrano oma seaduslikku võimalust. Selles suhtes võib tema käitumist vägagi võrrelda abikaasade Zhu'de omaga. Euroopa Kohus on selgelt märkinud, et seadusliku võimaluse kasutamises ei ole midagi taunitavat ning see on selgelt eristatav õiguste kuritarvitamisest. [77]

106. Nii ei saanud kohtuasjas Kaur [80] Manjit Kaurilt „ära võtta" õigusi, mis tulenevad liidu kodaniku staatusest, kuna ta ei vastanud Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi kodaniku määratlusele. Kuna ta ei ületanud

77 – Vt eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Akrich, punktid 55–57 (seoses EL õigusest tulenevate õigustega) ning eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Zhu ja Chen, punkt 36 (seoses õigustega, mis algselt pärinevad siseriiklikust õigusest).

78 – Iirimaa siseriiklikku õigust on samamoodi muudetud (ning *pärast* Euroopa Kohtu otsust kohtuasjas Zhu ja Chen) seadusega Irish Nationality and Citizenship Act 2004 (Iirimaa 2004. aasta kodakondsusseadus).

79 – Vt 7. juuli 1992. aasta otsus kohtuasjas C-369/90: Micheletti (EKL 1992, lk I-4239, punkt 10); 11. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-179/98: Mesbah (EKL 1999, lk I-7955, punkt 29); 20. veebruari 2001. aasta otsus kohtuasjas C-192/99: Kaur (EKL 2001, lk I-1237, punkt 19) ning eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Zhu ja Chen, punkt 37.

80 – Viidatud eelmises joonealuses märkuses.

esimest takistust ega kvalifitseerunud kohaldatavate kodakondsuseeskirjade kohaselt isikuks, „kellel on mõne liikmesriigi kodakondsus", ei olnud tal seejärel võimalik tugineda liidu kodanikuna EL õigusest tulenevale õigusele elada mis tahes liikmesriigis (sealhulgas Ühendkuningriigis).[81] Käesoleval juhul aga on G. Ruiz Zambrano lastel tavalised Belgia kodanike õigused täpselt samamoodi, nagu Rottmannil olid tavalised naturalisatsiooni korras omandatud Saksa kodakondsusega kaasnevad õigused.

107. Loomulikult on olemas olukordi, kus EL kodaniku õiguste kasutamine *ei ole* sõltuvuses ülenejale perekonnaliikmele elamisõiguse andmisest. Nii võib täiskasvanuks saanud EL kodanik kasutada oma õigust reisida ja elada Euroopa Liidu territooriumil, ilma et oleks vaja anda tema vanema(te)le samaaegsed elamisõigused asjaomase kodaniku valitud liikmesriigis.

108. Minu arvates on seega põhimõtteliselt vastuvõetav võimalik sekkumine EL kodaniku õigustesse, mis tekib, kui üleneja perekonnaliige ei saa automaatselt tuletatud elamisõigust selle EL kodaniku kodakondsusjärgses liikmesriigis. Samas ei pruugi selline sekkumine teatud asjaoludel olla lubatav (eelkõige seepärast, et see ei pruugi olla proportsionaalne).

Proportsionaalsus

109. Euroopa Kohus on märkinud oma kohtuotsustes Micheletti,[82] Kaur[83] ja hilisemal ajal kohtuotsuses Rottmann,[84] et ehkki kodakondsuse andmine on iga liikmesriigi pädevuses, peab liikmesriik seda pädevust kasutama kooskõlas [EL] õigusega. Samale järeldusele jõudis ta kohtotsuses Bickel ja Franz seoses karistusõiguse ja kriminaalmenetlusega,[85] kohtuotsuses García Avello seoses perekonnanimesid reguleerivate siseriiklike normidega[86] ning kohtuotsuses Schempp seoses otseste maksudega[87] – mis kõik on tundlikud teemad, milles liikmesriikidel on endiselt märkimisväärne voli.

81 – Eespool 79. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Kaur (millele on viidatud ka kohtuotsuses Rottmann, punkt 49): vt eelkõige punktid 20–24.

82 – Viidatud eespool 79. joonealuses märkuses, punkt 10.

83 – Viidatud eespool 79. joonealuses märkuses, punkt 19.

84 – Eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Rottmann, punktid 41 ja 42.

85 – Viidatud eespool 40. joonealuses märkuses, punkt 17.

86 – Viidatud eespool 40. joonealuses märkuses, punkt 25.

87 – Viidatud eespool 40. joonealuses märkuses, punkt 19.

110. Nagu tihti juhtub, nii on ka käesolevas asjas tegemist olukorraga, mis puudutab isiku õiguse kasutamist ning võimalikku õigustust sellesse sekkumiseks (või selle suhtes erandi tegemiseks), ning sellega seoses tekib proportsionaalsuse küsimus. Kas käesoleva asja asjaoludel on proportsionaalne keelduda tunnustamast G. Ruiz Zambrano elamisõigust, mis on tuletatud tema laste õigustest EL kodanikena? Ehkki proportsionaalsuse üle peab (nagu tavaliselt) lõppkokkuvõttes otsustama siseriiklik kohus, võivad mõned lühidad märkused abiks olla.

111. Käesolevas asjas (nagu ka kohtuasjas Rottmann) proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamiseks „tuleb […] eelotsusetaotluse esitanud kohtul kontrollida, kas põhikohtuasjas käsitletav kodakondsuse äravõtmise otsus on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega, mis puudutab nimetatud otsuse tagajärgi asjaomase isiku olukorrale seoses [EL] õigusega" [88] (lisaks võimalikule siseriikliku õiguse alusel nõutavale proportsionaalsuse kontrollile). Nagu Euroopa Kohus seejärel nimetatud kohtuotsuses selgitas: „Arvestades seda, kui tähtsaks peetakse esmases õiguses liidu kodaniku staatust, tuleb [...] võtta liidu kodaniku õiguste kaotamist puudutavas osas arvesse võimalikke tagajärgi, mida see otsus toob kaasa huvitatud isikule ja sõltuvalt olukorrast tema perekonnaliikmetele. Kontrollida tuleb eelkõige seda, kas kodakondsuse kaotamine [on] õigustatud [...]". [89]

112. Kohtuistungil rõhutasid menetlusse astunud liikmesriigid, et kolmandate riikide kodanike elamisnõuded kuuluvad liikmesriigi pädevusse. Nii Belgia kui Taani esindaja märkis, et G. Ruiz Zambrano varjupaigataotlus jäeti rahuldamata ning talle anti korraldus Belgia territooriumilt lahkuda varsti pärast tema saabumist 1999. aastal. Ta elas seejärel riigis märkimisväärse aja ebaseaduslikult ning ei tohiks saada elamisõigust EL õiguse alusel. Iirimaa esindaja maalis dramaatilise pildi kolmandate riikide kodanikest immigrantide lainest, mis tingimata järgneks, kui leitaks, et G. Ruiz Zambranol on oma laste Belgia kodakondsusest tuletatud elamisõigus.

113. G. Ruiz Zambrano advokaat märkis, et tema klient töötas katkestamatult Plastorias peaaegu viis aastat. Sellel perioodil tasus ta korrektselt oma sotsiaalkindlustusmakseid. Belgia ametivõimude uurimine ei leidnud Plastorias seoses tema töötamisega mingeid rikkumisi maksude, sotsiaalkaitse ega tööõiguse valdkonnas. Ainsateks puudusteks olid G. Ruiz Zambrano tööloa ja elamisloa

88 – Eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Rottmann, punkt 55.

89 – Eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Rottmann, punkt 56.

puudumine ning tema tööandja suhtes ei rakendatud mingeid sanktsioone. Diego ja Jessica sündisid mitu aastat pärast G. Ruiz Zambrano ja tema abikaasa saabumist Belgiasse koos nende esimese lapsega. Puuduvad tõendid, et esiteks Diego ja seejärel Jessica sünd perekonda oleks olnud küüniline püüe kuritarvitada Belgiasse jäämiseks õiguslünka. Tegemist on autentse perekonnaga. G. Ruiz Zambrano on Belgias täielikult integreerunud. Tema lapsed käivad korrapäraselt oma kohalikus koolis. Ta ei ole kriminaalkorras karistatud. Talle on nüüdseks antud nii ajutine ja pikendatav elamisluba kui ka C-tüüpi tööluba.

114. Olen juba sisuliselt käsitlenud Iirimaa valitsuse esitatud „üleujutuse" argumenti. See liikmesriik on pärast Euroopa Kohtu otsust kohtuasjas Zhu ja Chen oma käitumisega tõendanud, et kui tema kodakondsuse saamise teatavad reeglid viivad – või näivad viivat – „juhitamatute" tulemusteni, on asjaomasel liikmesriigil võimalik probleemi lahendamiseks oma vastavaid õigusnorme muuta.

115. Seda öeldes ei õhuta ma liikmesriike ilmutama ksenofoobiat ega kutsu üles aknaluuke sulgema ja muutma Euroopa Liitu „Euroopa linnuseks". See oleks loomulikult kahetsusväärne ning taunitav samm tagasi, ning lisaks oleks see selgesti vastuolus väljakuulutatud poliitiliste eesmärkidega.[90] Tuletan lihtsalt meelde, et kodakondsuse saamise eeskirjad on liikmesriikide jagamatu pärusmaa. Samas ei saa liikmesriikidel, kes on ise loonud mõiste „liidu kodanik", olla samasugust piiramatut võimu liikmesriigi kodakondsuse andmisega kaasneva liidu kodakondsuse EL õigusest tulenevate *tagajärgede* suhtes.

116. Mis puudutab asjaolu, et G. Ruiz Zambrano ei lahkunud Belgiast pärast seda, kui tema varjupaigataotlus oli jäänud rahuldamata, siis seoses sellega tuletan meelde, et ta vaidlustas kõnealused haldusotsused ning et

90 – Tamperes 15. ja 16. oktoobril 1999. aastal toimunud Euroopa Ülemkogu kohtumise järeldustes märgiti, et „väljakutseks […] on nüüd tagada, et vabadust, mis hõlmab õigust kogu liidus vabalt liikuda, on kõigil võimalik kasutada turvaliselt ja õiguslike garantiidega […] Seda vabadust ei tohiks siiski hoida ainult liidu oma kodanikele. Selle pelk olemasolu mõjub maailmas külgetõmbavalt paljudele teistele, kes ei saa kasutada vabadust, mida liidu kodanikud peavad endastmõistetavaks. Euroopa traditsioonidega oleks vastuolus keelata selline vabadus neile, kelle olukord paneb neid õigustatult taotlema pääsu meie territooriumile" (punktid 2 ja 3). Samalaadselt kutsus Euroopa Ülemkogu 16. oktoobril 2008. aastal vastu võetud Euroopa sisserände- ja varjupaigapaktis liikmesriike üles [töötama välja poliitika] „tõenäoliselt alaliselt ümberasuvate sisserändajate harmoonilise integreerimise edendamiseks vastuvõtjariigis; kõnealune poliitika, mille rakendamine nõuab vastuvõtjariigilt märkimisväärseid jõupingutusi, peaks põhinema rändajate õiguste (eelkõige õigus haridusele, tööle, turvalisusele ning avalikele ja sotsiaalteenustele) ja kohustuste (vastuvõtjariigi seaduste järgimine) tasakaalul".

vastavad kohtumenetlused on kestnud kaua. Samuti tuletan meelde, et kohtuasjas Carpenter oli kolmanda riigi kodanik (M. Carpenter) rikkunud siseriiklikke immigratsioonialaseid õigusnorme sellega, et ta ei lahkunud Ühendkuningriigist enne oma elamisloa tähtaja lõppu. Euroopa Kohus ei pidanud seda ületamatuks takistuseks sellele, et M. Carpenter nõudis seejärel oma õigusi EL õiguse alusel, vaid märkis, et „pärast tema saabumist Ühendkuningriiki septembris 1994 ei ole tema käitumise suhtes olnud ühtegi muud kaebust, mis võiks anda alust kartuseks, et ta võib tuleviks olla ohtlik avalikule korrale või ühiskondlikule julgeolekule". [91]

117. Käesolevas asjas aga on G. Ruiz Zambrano tuletatud elamisõiguse tunnustamata jätmise pikemaajalised tagajärjed Diego ja Jessica jaoks sünged. Nad ei saa kasutada oma elamisõigust liidu kodanikena efektiivselt ilma oma vanemate abi ja toetuseta. Nende elamisõigus oleks seega – kuni nad on piisavalt vanad, et seda õigust ise kasutada – peaaegu täiesti sisutu (nagu oleks olnud sisutu Catherine Zhu elamisõigus ilma tema ema jätkuva kohaloluta Ühendkuningriigis).

91 – Kohtuotsus Carpenter, viidatud eespool 20. joonealuses märkuses, punkt 44.

118. Täielikkuse huvides käsitlen lühidalt lisaargumenti, mis tuleneb siseriikliku kohtuasja esemest, nimelt seda võimalikku riski, et G. Ruiz Zambrano võib muutuda eelarvele „põhjendamatult koormavaks".

119. Kohtuasjas Baumbast [92] rõhutas Euroopa Kohus, et ELTL artiklis 21 viidatud piirangud ja tingimused põhinevad ideel, et liidu kodanike elamisõiguse kasutamise võib allutada liikmesriikide seaduslikele huvidele. Selles suhtes „ei tohi teises liikmesriigis elamise õiguse kasutajad „põhjendamatult" koormata vastuvõtva liikmesriigi eelarvet". [93] Siiski märkis Euroopa Kohus ka seda, et „sellegipoolest tuleb kõnealuseid piiranguid ja tingimusi kohaldades järgida ühenduse õigusega kehtestatud piire ja EL õiguse üldpõhimõtteid, eelkõige proportsionaalsuse põhimõtet". [94] Teisisõnu peavad selles suhtes liikmesriigi poolt võetavad meetmed olema vajalikud ja asjakohased püstitatud eesmärgi saavutamiseks. [95]

92 – Viidatud eespool 40. joonealuses märkuses.

93 – Kohtuotsus Baumbast, viidatud eespool 40. joonealuses märkuses, punkt 90.

94 – Kohtuotsus Baumbast, viidatud eespool 40. joonealuses märkuses, punkt 91.

95 – Vt eelkõige 2. augusti 1993. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-259/91, C-331/91 ja C-332/91: Alluè jt (EKL 1993, lk I-4309, punkt 15); eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Zhu ja Chen, punkt 32; eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Rottmann, punkt 56.

120. Käesolevas asjas proportsionaalsuse hindamisel on siseriiklikul kohtul tarvis arvesse võtta asjaolu, et G. Ruiz Zambrano töötas Plastorias peaaegu viis aastat. Tema töötamise kohta esitati teade Office national de la sécurité sociale'ile. Ta maksis seaduses ette nähtud sotsiaalkindlustusmakseid ning tema tööandja tasus vastavaid tööandja makseid. Sellega panustas ta minevikus jätkuvalt ja regulaarselt oma liikmesriigi vastavatesse eelarvetesse.

121. Minu hinnangul on need asjaolud, mis viitavad järeldusele, et käesolevas asjas oleks ebaproportsionaalne mitte tunnustada tuletatud elamisõigust. Lõppkokkuvõttes aga kuulub selle otsustamine ainuüksi siseriikliku kohtu pädevusse.

122. Esitatud põhjendustest lähtudes järeldan, et ELTL artikleid 20 ja 21 tuleb tõlgendada nii, et neist tuleneb liidu kodakondsusel põhinev liikmesriigi territooriumil elamise õigus, mis on sõltumatu õigusest liikuda liikmesriikide vahel. Need sätted ei välista seda, et liikmesriik võib keelduda andmast tuletatud elamisõigust liidu kodaniku – kes on sellesama liikmesriigi kodanik ning kes ei ole veel kasutanud vaba liikumise õigusi – ülenejale sugulasele, kui sellekohane otsus on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega.

Teine küsimus – vastupidine diskrimineerimine

123. Selle küsimusega soovitakse teada, kas EL õiguse (käesoleval juhul liidu kodakondsust reguleerivad sätted) ja siseriikliku õiguse koosmõjust tuleneva vastupidise diskrimineerimise kõrvaldamiseks saab tugineda ELTL artiklile 18. Probleemi saab määratleda järgmiselt. Kui väikesed lapsed (nagu Catherine Zhu) on omandanud muu kui oma elukohaliikmesriigi kodakondsuse, oleks nende vanema(te)l elukohaliikmesriigis ELTL artikli 21 ning Euroopa Kohtu kohtuotsuse Zhu ja Chen alusel tuletatud elamisõigus. Diegol ja Jessical on Belgia kodakondsus ning nad elavad Belgias. Kas G. Ruiz Zambrano saab tugineda ELTL artiklile 18, mille kohaselt on aluslepingutes käsitletud valdkondades „keelatud igasugune diskrimineerimine kodakondsuse alusel", selleks et nõuda endale sama tuletatud elamisõigust?

124. Kui Euroopa Kohus nõustub põhjenduskäiguga, mille olen esitanud seoses esimese küsimusega, ei ole käesolevale küsimusele vaja vastata. Ent kui Euroopa Kohus minuga ei nõustu, tuleb kaaluda, kas ELTL artiklit 18 saab kasutada sedalaadi vastupidise diskrimineerimise vastu.

Senine kohtupraktika: kriitiline lähenemine

125. Kohtotsuses Baumbast [96] sedastas Euroopa Kohus, et EÜ artiklil 18 (nüüd ELTL artikkel 21) on vahetu õigusmõju, millega antakse isikutele, kes ei ole majanduslikult aktiivsed, iseseisev vaba liikumise õigus. Sellisele seisukohale asudes laiendas Euroopa Kohus vaba liikumise õigused isikutele, kellel ei ole vahetut seost ühisturu majandusega ning kes ei saa seetõttu kasutada „klassikalisi" vaba liikumise õigusi. See areng oli minu hinnangul nii järjekindel kui ka möödapääsmatu, tulenedes loogiliselt liidu kodakondsuse loomisest. Kui Euroopa Liit soovis areneda millekski enamaks kui mugavaks ja tõhusaks kaubanduse edendamise raamistikuks, pidi ta tagama kohase rolli neile, keda ta oli otsustanud hakata nimetama oma kodanikeks. [97]

126. Samas tõi selline areng endaga vältimatult kaasa mitu lisatagajärge.

127. Esiteks, sellest hetkest alates, mil liikmesriigid otsustasid lisada seni olemas olnud kodakondsuse mõistetele uue ja täiendava „liidu kodaniku" staatuse, muutus võimatuks pidada selliseid indiviide pelgalt majanduslikeks tootmisjõududeks. Kodanikud ei ole „ressurss", mis rakendatakse kaupade ja teenuste tootmiseks, vaid poliitilisse ühendusse kuuluvad ning inimõigustega kaitstud indiviidid. [98]

128. Teiseks, kui inimesed liiguvad, teevad nad seda kui inimolendid, mitte kui robotid. Nad võivad armuda, abielluda ja luua perekonna. Perekond võib olenevalt olukorrast koosneda pelgalt EL kodanikest või EL kodanikest ja kolmandate riikide kodanikest, kes on üksteisega tihedalt seotud. Kui pereliikmeid ei kohelda samamoodi kui vaba liikumise õigusi kasutavaid EL kodanikke, kaotaks liikumisvabaduse mõiste igasuguse tõelise sisu. [99]

96 – Viidatud eespool 40. joonealuses märkuses, punktid 82–84.

97 – Kaks varast ja mõtterikast uuringut Euroopa kodakondsuse ulatuse ja tähenduse kohta pärast Maastrichti lepingut on: O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship,* Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 1996; ning Closa, C., „The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Common Market Law Review*, 1992, lk 1137–1169.

98 – Euroopa kodakondsuse tähtsuse ning üksikisiku sidemete kohta poliitilise ühendusega vt eespool 40. joonealuses märkuses viidatud otsus kohtuasjas Hispaania *vs.* Ühendkuningriik, punktid 78 ja 79.

99 – Kohtuotsus Carpenter, viidatud eespool 20. joonealuses märkuses, punkt 39. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/38/EÜ, mis ei ole küll kohaldatav käesolevas kohtuasjas, põhjenduses 5 on märgitud, „et kõikide liidu kodanike õigust liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil saaks kasutada vabaduse ja väärikuse objektiivseid tingimusi täites, tuleks see õigus anda ka nende pereliikmetele, sõltumata nende kodakondsusest".

129. Kolmandaks, andes oma kodanikele EL õigusest tulenevad põhiõigused ning deklareerides, et need õigused on liidu põhialuseks (ELL artikkel 6 lõige 1), võttis Euroopa Liit endale kohustuse järgida põhimõtet, et kodanikud saavad liikumisvabaduse õigusi kasutada nimetatud põhiõiguste kaitse all. [100]

130. Neljandaks, ratifitseerides Maastrichti lepingu ning sellele järgnenud seda muutvad aluslepingud, nõustusid liikmesriigid, et – kuna nende kodakondsuses isikud on ühtlasi ka EL kodanikud – nende ühine ülesanne on lahendada pinged või raskused, mis tekivad, kui kõnealused liidu kodanikud kasutavad oma vaba liikumise õigusi. See puudutab nii üksikuid liikmesriike kui ka Euroopa Liitu. [101]

131. Need tagajärjed sobivad halvasti ideega, et seoses liidu kodakondsusega tuleb lihtsalt järgida seda ortodoksset lähenemisviisi, mida kasutatakse kaupade vaba liikumise ning töötajate ja füüsilisest isikust ettevõtjate ning kapitali liikumisvabaduse suhtes.

132. Majanduslike põhivabaduste alusmõte on luua ühisturg, kõrvaldades kaubanduse tõkked ja tõhustades konkurentsi. Euroopa Kohus on arendanud vastavalt vahendeid, mis alusleping (eelkõige sätetes, mis sisalduvad nüüd ELL artiklis 3) annab ühisturuga seotud eesmärkide taotlemiseks. Nii on Euroopa Kohus muu hulgas välja töötanud kriteeriumid, mis määratlevad, mis on vajalik seos iga põhivabadusega. Näiteks juba alates kohtuotsusest Dassonville [102] on olnud seoses kaupade vaba liikumisega asjakohane nii potentsiaalne kui ka tegelik füüsiline liikumine. Ehkki kõnealune kohtupraktika ei nõua, et eelnevalt oleks toiminud tegelik liikumine, on põhivabadustest tulenevate õiguste suhtes ikkagi endiselt võtmetähtsusega *liikumise* idee (isegi kui see liikumine on hüpoteetiline).

133. Selline lähenemisviis tekitab siseturul riski, et tootmise „staatilised" faktorid satuvad halvemasse olukorda kui „liikuvad", ehkki kõikides muudes aspektides on nende olukord samalaadne või identne. Tulemuseks on ELi ja siseriikliku õiguse koosmõjust tekkiv vastupidine diskrimineerimine, mille Euroopa Kohus on jätnud seni lahendamiseks igale liikmesriigile, ehkki selline tagajärg on *prima*

100 – Vt eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Metock, punkt 56.

101 – Vt eespool 64. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Rottmann, punktid 41 ja 42.

102 – Viidatud eespool 42. joonealuses märkuses.

facie kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõtte rikkumine. [103]

134. Kas selline tulemus on kõnealuses spetsiifilises liidu kodakondsuse kontekstis EL õiguse vaatenurgast aktsepteeritav?

135. Kolme viimase aja kohtuotsuse uurimisel ilmneb, et sellise traditsioonilise liberaalse lähenemise jätkuv kohaldamine sünnitab tulemusi, mis on veidralt juhuslikud. [104]

136. Kohtuotsuse Carpenter [105] tulemusel võib füüsilisest isikust ettevõtja, kellel on kliente teises liikmesriigis, anda tuletatud elamisõiguse oma kolmanda riigi kodanikust abikaasale, et kaitsta õigust perekonnaelule. Kui samal FIE-l oleks kliente ainult omaenda liikmesriigis, ei puutuks EL õigus asjasse. Kuid tänapäeval ning just nimelt tänu siseturu edukusele on problemaatiline eristada niivõrd üheselt FIE-sid, kellel on huve teises liikmesriigis, FIE-dest, kelle huvid piirduvad ainult nende oma liikmesriigiga. Carpenter reisis ebaregulaarselt teise liikmesriiki, et müüa ajakirjadesse reklaami. Kujutlegem, et ta ei oleks füüsiliselt liikunud, kuid oleks ikkagi osutanud teistes liikmesriikides asuvatele klientidele ebaregulaarselt teenuseid telefoni või interneti teel? Kujutlegem, et tema klientide hulka oleks teinekord kuulunud Saksa või Prantsuse emaettevõtjate Ühendkuningriigi filiaale? Kujutlegem, et ta oleks vaid ühel juhul müünud reklaamipinda ühes ajakirjas ühele kliendile, kelle asukoht ei ole ainuüksi Ühendkuningriigis?

137. Kohtuasjas Zhu ja Chen [106] tekkis Catherine Zhu Hiina kodanikust emal tuletatud elamisõigus tema tütre Iiri kodakondsuse tõttu, mille viimatinimetatu sai tänu kõnealuse liikmesriigi kodakondsusõiguses sel ajal sisaldunud eksterritoriaalsusnormi kohaldamisele. Selle kohtuasja puhul toimus kogu

103 – Vt eelkõige 13. märtsi 1979. aasta otsus kohtuasjas 86/78: Peureux (EKL 1979, lk 897, punkt 38); 23. oktoobri 1986. aasta otsus kohtuasjas 355/85: Cognet (EKL 1986, lk 3231, punktid 10 ja 11); 18. veebruari 1987. aasta otsus kohtuasjas 98/86: Mathot (EKL 1987, lk 809, punkt 7); eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, punkt 33, ning eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Metock, punkt 77. Kohtujuristid on asunud selles küsimuses erinevatele seisukohtadele. Vt kohtujurist Léger' ettepanek kohtuasjas C-294/01: Granarolo, milles otsus tehti 13. novembri 2003 (EKL 2003, lk I-13429, ettepaneku punkt 78 jj); kohtujurist Poiares Maduro ettepanek eespool 44. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Carbonati, ettepaneku punkt 51 jj; ning minu ettepanekut eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, ettepaneku punkt 112 jj.

104 – Kriitilise analüüsi kohta vaata eelkõige Tryfonidou, A., *Reverse Discrimination in EC Law,* Kluwer Law International, Haag, 2009; Spaventa, E., *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context,* Kluwer Law International, Haag, 2007**;** Barnard, C., *EC Employment Law,* Third Edition, Oxford, OUP, 2006, lk 213 ja 214; Nic Shuibhne, N., „Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?", *Common Market Law Review,* 2002, lk 748 ja Ritter, C., „Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234", *31 European Law Review*, 2006.

105 – Viidatud eespool 20. joonealuses märkuses.

106 – Viidatud eespool 22. joonealuses märkuses.

„liikumine" üle Inglismaa ja Põhja-Iirimaa vahelise St George'i kanali ühe liikmesriigi (Ühendkuningriigi) piires. Siiski oli EL õigusega olemas piisav seos, mis võimaldas nii emal kui tütrel nõuda elamisõigust Ühendkuningriigis. See sai võimalikuks ainult tänu sellele, et korraldati Catherine Zhu sündimine Põhja-Iirimaal. Kuid kas sellises olukorras peaks EL õiguse kohaldamise võimalikkus sõltuma ajaloolisest juhusest (ühe liikmesriigi kodakondsusõiguses sisalduv eksterritoriaalsusnorm)? Kas selline tulemus on õiguskindluse ja liidu kodanike võrdse kohtlemise põhimõtete seisukohalt mõistlik?

elama asuda või on elama asunud" [107]. Viis aastat hiljem asus Euroopa Kohus seisukohale, et arvestades otsuseid kohtuasjades MRAX [108] ja komisjon *vs.* Hispaania [109], tuleb kohtuotsuses Akrich esitatud seisukohta muuta. Ning nii tehtigi: kohtuasjas Akrich teemaks olnud õiguste kasutamine ei sõltu enam sellest, kas kolmanda riigi kodanikust abikaasa on eelnevalt elanud seaduslikult teises liikmesriigis. Euroopa Kohus eristas siiski endiselt liidu kodanikke, kes on juba kasutanud liikumisvabaduse õigusi, nendest liidu kodanikest, kes ei ole seda teinud, meenutades lakooniliselt, et kõik liikmesriigid on EIÕK osapooled ning et selle artikkel 8 kaitseb õigust era- ja perekonnaelu austamisele. [110] „Staatilised" liidu kodanikud jäeti seega endiselt kannatama vastupidise diskrimineerimise võimalike tagajärgede all, ehkki „liikuvate" liidu kodanike õigusi laiendati märgatavalt.

Ettepanek

138. Hiljutine Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas Metock illustreerib hästi seda ebakindlust ning sellest tulenevat diskrimineerimist. Suurkoda oli 2003. aastal oma otsuses kohtuasjas Akrich märkinud, et „nõukogu 15. oktoobri 1968. aasta määruse (EMÜ) nr 1612/68 töötajate liikumisvabaduse kohta ühenduse piires (EÜT L 257, lk 2; ELT eriväljaanne 05/01, lk 15*)* artiklis 10 sätestatud õigustele tuginemiseks peab liidu kodaniku kolmanda riigi kodanikust abikaasa elama seaduslikult teises liikmesriigis, kui ta liigub mõnda teise liikmesriiki, kuhu liidu kodanik kavatseb

139. Minu arvates on Euroopa Kohtu praeguses mõtteliinis märkimisväärseid puudusi. Seetõttu usun, et on tulnud aeg paluda Euroopa Kohtul käsitleda avatult vastupidise

107 – Eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Akrich, punkt 50, kokku võetud kohtuotsuses Metock, punkt 58.

108 – Viidatud eespool 21. joonealuses märkuses.

109 – Viidatud eespool 24. joonealuses märkuses.

110 – Vt eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Akrich, punktid 77–79.

diskrimineerimise küsimust. Alljärgnevad argumendid järgivad minu poolt kohtuasjas Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon esitatud seisukohta, kuid julgen kaugemalegi minnes soovitada – ELTL artiklist 21 tulenevaid kodakondsusõigusi hõlmavate kohtuasjade konkreetses kontekstis – kriteeriume, mida võiks kasutada selle kindlaksmääramiseks, kas sellise diskrimineerimise vastustamiseks saab tugineda otse ELTL artiklile 18.

140. Vastupidise diskrimineerimise alase kohtupraktika radikaalne muutumine ei toimu üleöö. Midagi sellist ma loomulikult ei soovita. Minu soovitused piirduvad liidu kodakondsust puudutavate juhtudega. Just selles valdkonnas on olemasoleva kohtupraktika tagajärjed kõige ilmsemalt kahjulikud ning muutus tõenäoliselt kõige oodatum.

141. Kohtuasjadel Carpenter, Zhu ja Chen ning Metock, mida ma just käsitlesin, on kõigil kaks ühist joont. Nad loovad õiguskindlusetust nii EL õiguse kui ka siseriikliku õiguse delikaatses valdkonnas ning nendes kohtuasjades on Euroopa Kohus otsustanud ELTL artiklit 21 põhiõiguste kaitsmiseks laialt tõlgendada. Õiguskindluse ja põhiõiguste kaitse vahel tasakaalupunkti otsides on Euroopa Kohus seega andnud järjekindlalt eesõiguse viimasele. Tema põhjenduskäik sobib hästi kokku tema varasema teedrajava avaldusega, et liidu kodakondsus „saab olema liikmesriikide kodanike põhistaatus”.[111]

142. Samas on kohtupraktikast tulenev kindlusetus ebasoovitav. Mis suunas peaks Euroopa Kohus seetõttu nüüd liikuma?

143. Ühest küljest on vaja vältida ahvatlust „venitada” ELTL artiklist 21 tuleneva kaitse kohaldamisala nendele, kes „napilt” ei kvalifitseeru. Igal õigusnormil, millega antakse õigus, peab olema piir. Kui sellist piiri ei ole, muutub see norm mõistetamatuks ning kellelgi ei ole võimalik tõsikindlalt aru saada, kes võib ja kes ei või sellest tulenevaid hüvesid kasutada. See ei ole liikmesriikide ega kodaniku huvides ning see kahjustaks Euroopa Kohtu autoriteeti. Teisest küljest aga, kui tõlgendada ELTL artiklit 21 liiga piiravalt, tekitaks see liikmesriikidele lahendamiseks suurema hulga vastupidise diskrimineerimise juhtumeid. See ei näi samuti olevat eriti rahuldav tagajärg.

111 – Vt eespool 40. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

144. Seetõttu teen Euroopa Kohtule ettepaneku tõlgendada ELTL artiklit 18 selliselt, et sellega on keelatud ELTL artikli 21 ja siseriikliku õiguse koosmõjust tulenev vastupidine diskrimineerimine, mis hõlmab EL õigusega kaitstud põhiõiguse rikkumist, kui vähemalt samaväärne kaitse ei ole võimalik siseriikliku õiguse kohaselt.

145. Sellise lähenemisviisi korral kuuluks ELTL artikkel 18 kohaldamisele vaid siis (ning ainult siis), kui on täidetud kolm kumulatiivset tingimust.

146. Esiteks peaks sellekohase nõude esitaja olema liidu kodanik, kes elab oma kodakondsusjärgses liikmesriigis ning kes ei ole kasutanud oma ELTL-st tulenevaid vaba liikumise õigusi (olgu nendeks siis klassikaline majanduslik vaba liikumise õigus või vaba liikumine ELTL artikli 21 alusel), kuid kelle olukord on muudes sisulistes küsimustes võrreldav teiste samas liikmesriigis elavate liidu kodanike omaga, kes saavad tugineda ELTL artiklist 21 tulenevatele õigustele. Seega peaks vastupidine diskrimineerimine, mille peale kaevatakse, olema *põhjustatud* asjaolust, et võrreldavad isikud (teised liidu kodanikud) saavad kasutada ELTL artiklist 21 tulenevaid õigusi, sellal kui „staatiline" liidu kodanik, kes elab oma kodakondsusjärgses liikmesriigis, ei saa *prima facie* tugineda sellise kaitse saamiseks siseriiklikule õigusele.

147. Teiseks peaks vastupidine diskrimineerimine, mille peale kaevatakse, hõlmama EL õigusega kaitstava põhiõiguse rikkumist. Mitte iga väike vastupidise diskrimineerimise juhtum ei kuuluks ELTL artikli 18 kohaldamisalasse. „Põhiõiguse rikkumine" määratletaks võimaluse korral viitega EIK kohtupraktikale.[112] Kui vastupidine diskrimineerimine viib olukorrani, mida EIK loeks kaitstava õiguse rikkumiseks, peaks seda samamoodi kaitstava õiguse rikkumiseks pidama ka Euroopa Kohus. Nii võetaks EL õiguse alusel vastutus EL ja siseriikliku õiguse koosmõjust põhjustatud vastupidise diskrimineerimise tagajärgede kõrvaldamise eest siis (ja ainult siis), kui need tagajärjed oleksid vastuolus EIÕK-s sätestatud kaitse miinimumstandarditega. Tagades sellega taolises olukorras põhiõiguste tõhusa kaitse vastavalt EIÕK miinimumstandarditele, ennetaks Euroopa Kohus sellega osaliselt nõudmisi, mis võivad tuleneda Euroopa Liidu kavandatud ühinemisest Euroopa inimõiguste konventsiooniga. Selline areng ainult tugevdaks olemasolevat

112 – Kui tuginetakse sellistele hartast tulenevatele põhiõigustele, mis ei korda EIÕK-s sätestatud õigusi, on vaja luua eraldi kohtupraktika, kuid see toimuks tõenäoliselt niikuinii EL õiguse tavalises kontekstis.

koostöö- ja vastastikuse usalduse vaimu, mis valitseb nende kahe õiguskorra vahel. [113]

148. Kolmandaks oleks ELTL artikkel 18 kasutatav ainult täiendava õiguskaitsevahendina ning vaid olukordades, kus siseriiklik õigus ei paku piisavat põhiõiguste kaitset. EL õiguses on pikka aega pakutud täiendava iseloomuga õiguskaitset. Nii kuuluvad tõhususe [114] ja samaväärsuse [115] põhimõtted, õigus tõhusale kohtulikule kaitsele [116] ning riigivastutuse põhimõte liidu õiguse rikkumise puhul [117] kõik vahendite hulka, mis astuvad mängu ainult siis, kui siseriiklikud eeskirjad osutuvad ebapiisavaks. Viimase tingimuse ülesanne on hoida kohast tasakaalu liikmesriigi autonoomia ja EL õiguse kasuliku mõju vahel. [118] See tagab, et EL õigusest tulenev täiendav kaitse täiendab siseriiklikku õigust, mitte ei sõida teerulliga sellest üle. Siseriikliku kohtu pädevuses on otsustada, a) kas siseriikliku õiguse kohaselt on kaitse võimalik ning b) kui kaitse on põhimõtteliselt võimalik, siis kas see kaitse on (või ei ole) vähemalt võrdväärne EL õiguse kohaselt võimaldatava kaitsega.

149. Kohtuistungil avaldas G. Ruiz Zambrano advokaat, et Belgia Conseil d'État ja Cour constitutionnelle on hiljuti teinud otsused vastupidise diskrimineerimise kohta, mida pidi taluma tema kliendiga võrreldavas

113 – Selline koostööülesanne on sõnaselgelt antud Euroopa Kohtule põhiõiguste harta artikli 52 lõikes 3, milles sätestatakse: „Hartas sisalduvate selliste õiguste tähendus ja ulatus, mis vastavad Euroopa inimõiguste ja põhivabaduse kaitse konventsiooniga tagatud õigustele, on samad, mis neile nimetatud konventsiooniga ette on nähtud. See säte ei takista liidu õiguses ulatuslikuma kaitse kehtestamist". Euroopa Kohtu praktilist vajadust hakata ennetavalt edendama EIÕK miinimumstandardite kasutamist on kirjeldanud mh Alonso, R., „The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *European Law Journal*, 8 2002, lk 450 jj; ning Torres Pérez, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, lk 31 jj.

114 – Vt eelkõige 14. detsembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-312/93: Peterbroeck (EKL 1995, lk I-4599, punkt 14) ning 13. märtsi 2007. aasta otsus kohtuasjas C-524/04: Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (EKL 2007, lk I-2107, punkt 123).

115 – Vt eelkõige 15. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-231/96: Edis (EKL 1998, lk I-4951, punktid 36) ning 1. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-326/96: Levez (EKL 1998, lk I-7835, punkt 41).

116 – Vt eelkõige 15. mai 1986. aasta otsus kohtuasjas 222/84: Johnston (EKL 1986, lk 1651, punkt 18) ning 27. novembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-424/99: komisjon *vs.* Austria (EKL 2001, lk I-9285, punkt 45).

117 – Vt eelkõige 19. novembri 1991. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-6/90 ja C-9/90: Francovich jt (EKL 1991, lk I-5357, punkt 35); 5. märtsi 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-46/93 ja C-48/93: Brasserie du Pêcheur ja Factortame (EKL 1996, lk I-1029, punkt 31) ning 24. märtsi 2009. aasta otsus kohtuasjas C-445/06: Danske Slagterier (EKL 2009, lk I-2119, punkt 19).

118 – Kahjuks ei ole nii, et siseriiklikud kohtud käsitleksid alati EL õigusest tulenevat vastupidist diskrimineerimist ja kõrvaldaksid selle. Eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsuses Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon kutsus Euroopa Kohus avalikult siseriiklikku kohut kõrvaldama kohtlemise erinevused, mille all kannatavad need, kes ei kuulu EL õiguse kohaldamisalasse (otsuse punkt 40). Kohtuasi läks seejärel tagasi Cour constitutionnelle'ile, kes seda teemat ei puudutanud (vt 21. jaanuari 2009. aasta kohtuotsus 11/2009 ning selle kriitiline analüüs artiklis Van Elsuwege, P. ja Adam, S.„The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination", *European Constitutional Law Review*, 5 2009, lk 327 jj). Lootustandvama näitena, kus siseriiklik kõrgeim kohus oli valmis vastupidist diskrimineerimist kõrvaldama (ehkki mitte tingimata tuginedes vastavale eelotsusele), vt Tribunal constitucionali otsust (25. aprilli 2002. aasta otsus 96/2002).

situatsioonis olev isik, kes ei ole ühegi liikmesriigi kodanik. [119] Loomulikult on täielikult siseriikliku kohtu pädevuses kindlaks teha, kas käesolevas asjas saab G. Ruiz Zambrano tuletada vajaliku kaitse siseriiklikust õigusest, tuginemata ELTL artiklile 18. Minu ettepaneku kohaselt jääks siseriikliku kohtu ülesandeks kohaldada minu soovitatavat kolme kriteeriumi ning lubada vastupidise diskrimineerimise tõkestamiseks EL õigusele tuginemist ainult juhul, kui need kriteeriumid on täidetud.

150. Seetõttu teen ettepaneku vastata teisele küsimusele, et ELTL artiklit 18 tuleb tõlgendada nii, et sellega on keelatud ELTL artikli 21 ja siseriikliku õiguse koosmõjust tulenev vastupidine diskrimineerimine, mis hõlmab EL õigusega kaitstud põhiõiguse rikkumist, kui vähemalt samaväärne kaitse ei ole võimalik siseriikliku õiguse kohaselt.

Kolmas küsimus – põhiõigused

151. Kui Euroopa Kohus leiab, et nii esimesele kui ka teisele küsimusele (nagu need on eespool esitatud) tuleb vastata viisil, mis ei aita G. Ruiz Zambranot, tuleb ette võtta kolmas küsimus. Kas G. Ruiz Zambrano saab kasutada EL põhiõigust perekonnaelule sõltumata ühestki teisest EL õiguse sättest?

152. See tõstatab väga olulise põhimõttelise küsimuse: mis on EL õigusest tulenevate põhiõiguste kohaldamisala? Kas neid saab kasutada iseseisvate õigustena liikmesriigi vastu? Või kas peab eksisteerima mingi muu seos EL õigusega? Selle küsimuse potentsiaalsel tähtsusel ei ole vaja pikemalt peatuda.

153. Euroopa Kohus oli muidugi vastutav selle eest, et EL õiguskorras tunnustati varakult õiguse üldpõhimõtteid ning põhiõigusi. [120] 1992. aastal inkorporeeriti selle kohtupraktika viljad Euroopa Liidu lepingusse, nähes (ELL artiklis 6) ette liidu kohustuse austada põhiõigusi.

154. Järgnenud aastatel on EL tugevdanud oma poliitikat põhiõiguste valdkonnas (näiteks) sel teel, et on asutanud Põhiõiguste

119 – Vt eespool 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused.

120 – Vt nt 17. detsembri 1970. aasta otsus kohtuasjas 11/70: Internationale Handelsgesellschaft (EKL 1970, lk 1125); 14. mai 1974. aasta otsus kohtuasjas 4/73: Nold *vs.* komisjon (EKL 1974, lk 491); 13. detsembri 1979. aasta otsus kohtuasjas 44/79: Hauer (EKL 1979, lk 3727) ning 21. septembri 1989. aasta otsus liidetud kohtuasjades 46/87 ja 227/88: Hoechst *vs.* komisjon (EKL 1989, lk 2859).

Ameti,[121] loonud komisjoni sees sõltumatu ametkonna, mis vastutab põhiõiguste eest,[122] toetanud humanitaarprojekte kogu maailmas[123] ning muutnud algselt 2000. aastal välja kuulutatud EL põhiõiguste harta mittesiduva teksti (nn pehme õiguse) esmaseks õiguseks.[124] Põhiõigused on seega muutunud keskseks osaks liidu arengus kui majandusliku, õigusliku ja sotsiaalse integratsiooni protsessis, mille eesmärk on pakkuda rahu ja õitsengut kõikidele liidu kodanikele.

Nii tõdes EIK kohtuotsuses Bosphorus,[125] et Euroopa Kohtul on oluline roll EIÕK ja selle lisaprotokollidest tulenevate õiguste kaitsmisel, kui need õigused kuuluvad kohaldamisele EL õigusega reguleeritud küsimustes, ning selle ülesande tähtsus saab ainult kasvada, kui Euroopa Liit ühineb EIÕK-ga.[126] Sel põhjusel on Euroopa Kohtu jaoks oluline olla kindel, et ta tõlgendab aluslepinguid viisil, mis kajastab järjekindlalt EL põhiõiguste praegust rolli ja tähtsust.

EL põhiõiguste kohaldamisala

155. Loomulikult on tõsi, et Euroopa Kohus ei ole iseenesest „inimõiguste kohus". Samas on Euroopa Kohtul EL õiguse kõrgeima tõlgendajana siiski pidev vastutus tagada nende õiguste austamine liidu pädevusala piires.

156. Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt saab EL põhiõigustele tugineda siis (kuid ainult siis), kui vaidlustatud meede kuulub EL õiguse kohaldamisalasse.[127] Seega alluvad institutsioonide kõik meetmed sellele kontrollile, kas nad on kooskõlas EL põhiõigustega. Sama kehtib ka liikmesriikide

121 – Vt nõukogu 15. veebruari 2007. aasta määrus (EÜ) nr 168/2007, millega asutatakse Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet (ELT L 53, lk 1) ning nõukogu 28. veebruar 2008. aasta otsus 2008/203/EÜ, millega rakendatakse määruse (EÜ) nr 168/2007 säte Euroopa Liidu Põhiõiguste Ameti mitmeaastase raamistiku vastuvõtmise kohta aastateks 2007–2012 (*ELT L 63, lk 14*).

122 – Esimest korda on üks praegustest komisjoni asepresidentidest õiguse, põhiõiguste ja kodakondsuse volinik.

123 – Vt eelkõige nõukogu 20. juuni 1996. aasta määrus (EÜ) nr 1257/96 humanitaarabi kohta (EÜT L 163, lk 1) ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. detsembri 2006. aasta määrus (EÜ) nr 1889/2006 rahastamisvahendi loomise kohta demokraatia ja inimõiguste edendamiseks kogu maailmas (demokraatia ja inimõiguste Euroopa rahastamisvahend) (ELT L 386, lk 1).

124 – ELL artikli 6 lõike 1 kohaselt on nüüd hartas sätestatud õigustel, vabadustel ja põhimõtetel „aluslepingutega võrreldes samaväärne õigusjõud".

125 – Vt Euroopa Inimõiguste Kohtu otsus kohtuasjas Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi *vs.* Iirimaa, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-VI.

126 – Vt ELL artikli 6 lõige 2 ning protokoll nr 8 Euroopa Liidu lepingu artikli 6 lõike 2 kohta, mis käsitleb liidu ühinemist Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga.

127 – 28. oktoobri 1975. aasta otsus kohtuasjas 36/75: Rutili (EKL 1975, lk 1219, punkt 26); 15. mai 1986. aasta otsus kohtuasjas 222/84: Johnston (EKL 1986, lk 1651, punktid 17–19) ning 15. oktoobri 1987. aasta otsus kohtuasjas 222/86: Heylens jt (EKL 1987, lk 4097, punktid 14 ja 15).

aktide suhtes, mis võetakse vastu EL õigusest tulenevate kohustuste rakendamisel või mis üldisemalt kuuluvad EL õiguse kohaldamisalasse.[128] See aspekt on arusaadavalt delikaatne,[129] kuna ta laiendab EL põhiõiguste kaitse iga liikmesriigi pädevusalasse, kus see kaitse eksisteerib koos siseriiklikus õiguses või EIÕK-s kivisse raiutud põhiõiguste kaitse standarditega. Probleemid, mis sellest tekivad seoses eri süsteemides (EL õigus, siseriiklik konstitutsiooniõigus ning EIÕK) tagatavate kaitsetasemete kattuvusega ning EL õigusega tagatud põhiõiguste kaitse tasemega, on hästi teada[130] ning ma ei hakka neid siin põhjalikumalt käsitlema.

157. Euroopa Kohus on välja arendanud ulatusliku kohtupraktika, mis kinnitab algselt tema otsuses kohtuasjas Wachauf[131] võetud seisukohta, et „[põhiõigustest] tulenevad nõuded on siduvad ka liikmesriikidele, kui nad rakendavad [EL] eeskirju". Märkimisväärselt on see reegel loetud kohalduvaks ka siis, kui liikmesriik teeb erandi EL õigusega tagatud majandusliku põhivabaduse suhtes.[132] Kohtuotsuses Carpenter[133] läks Euroopa Kohus kaugemale, arendades edasi nn telefonimüügi ehk *cold calling*'u alast kohtupraktikat kohtuotsusest Alpine Investments[134], et kaitsta sellise EL kodaniku (M. Carpenteri abikaasa) põhiõigusi, kes elab oma liikmesriigis, kuid osutab ebaregulaarselt teenuseid teistes liikmesriikides asuvatele teenusesaajatele. Kuna tunnustati, et M. Carpenteri väljasaatmine oleks ebaproportsionaalne sekkumine tema abikaasa õigusesse perekonnaelule, leiti M. Carpenteril selle alusel olevat elamisõigus, ehkki ta oli kolmanda riigi kodanik, kellel ei oleks olnud võimalik kasutada EL vaba liikumise õigusi.

158. Samas on Euroopa Kohus piiranud EL põhiõiguste kohaldamisala – eriti seoses

128 – Vt eelkõige 25. novembri 1986. aasta otsus liidetud kohtuasjades 201/85 ja 202/85: Klensch jt (EKL 1986, lk 3477, punktid 10 ja 11); 13. juuli 1989. aasta otsus kohtuasjas 5/88: Wachauf (EKL 1989, lk 2609, punkt 22); 24. märtsi 1994. aasta otsus kohtuasjas C-2/92: Bostock (EKL 1994, lk I-955, punkt 16) ja 10. juuli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-20/00 ja C-64/00: Booker Aquaculture ja Hydro Seafood (EKL 2003, lk I-7411, punkt 68).

129 – Vt nt 11. jaanuari 2000. aasta otsus kohtuasjas C-285/98: Kreil (EKL 2000, lk I-69, punktid 15 ja 16).

130 – Vt eelkõige Saksamaa Bundesverfassungsgerichti 29. mai 1974. aasta kohtuotsus nn Solange I (2 BvL 52/71) ning 2. oktoobri 1986. aasta kohtuotsus nn Solange II (2 BvR 197/83); Itaalia Corte Costituzionale 21. aprilli 1989. aasta otsus (nr 232, Fragd, in Foro it., 1990, I, 1855); Hispaania Tribunal Constitucionali 13. detsembri 2004. aasta deklaratsioon (DTC 1/2004) ning eespool 125. joonealuses märkuses viidatud EIÕK otsus kohtuasjas Bosphorus.

131 – Viidatud eespool 83. joonealuses märkuses, punkt 19.

132 – Vt eelkõige 18. juuni 1991. aasta otsus kohtuasjas C-260/89: ERT (EKL 1991, lk I-2925, punkt 42 jj); 12. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-112/00: Schmidberger (EKL 2003, lk I-5659, punkt 75) ning 14. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-36/02: Omega (EKL 2004, lk I-9609, punktid 30 ja 31).

133 – Viidatud eespool 20. joonealuses märkuses, punktid 43 ja 44.

134 – Viidatud eespool 52. joonealuses märkuses.

olukordadega, mida ta on lugenud kuuluvaks väljapoole EL õiguse kohaldamisala.

159. Nii oli kohtuasjas Maurin [135] esitatud isikule süüdistus toiduainete müügis pärast seda, kui nende toodete „kõlblik kuni" kuupäev oli möödunud. Ta väitis, et tema kaitseõigust oli siseriikliku menetluse käigus rikutud. Euroopa Kohus tõdes, et ehkki kehtis direktiiv, milles nõuti, et toiduainetel oleks näidatud „parim enne" kuupäev, *ei* reguleerinud direktiiv selliste asjakohaselt tähistatud toiduainete müüki, mille „kõlblik kuni" kuupäev oli möödunud. Järelikult süütegu, milles J.-L. Maurini süüdistati, „puuduta[s] siseriiklikke õigusakte, mis ei kuulu[nud] […] [EL] õiguse kohaldamisalasse […]. Euroopa Kohus ei ol[nud] seetõttu pädev kindlaks tegema, kas sellise süüteo suhtes kehtinud menetlusnormid kujuta[sid] endast kaitseõiguste austamise ja menetluse võistlevuse põhimõtete rikkumist". [136]

160. Kohtuotsuses Kremzow [137] lükkas Euroopa Kohus samamoodi tagasi sellise Austria kodaniku nõuded, kes oli süüdi mõistetud Austrias, kuid kelle algatatud apellatsioonimenetluse osas leidis EIK hiljem, et selles oli rikutud EIÕK artiklis 6 sätestatud õigust õiglasele kohtulikule arutamisele. F. Kremzow nõudis hüvitist ning väitis ühtlasi, et tema EL õigusest tulenevat õigust liikumisvabadusele oli rikutud tema ebaseadusliku vangistusega. Euroopa Kohus ei nõustunud sellise lähenemisega, märkides, et „ehkki igasugune vabaduse kaotus jätab isiku ilma õigusest vabale liikumisele, […] ei teki pelgalt oletuslikust võimalusest seda õigust kasutada piisavat seost [EL] õigusega, et [EÜ] sätete kohaldamine oleks õigustatud". [138]

161. Samas anti kohtuotsusega Kremzow oluline lihv varasemale kohtupraktikale. Kindlaks teinud, et nõue on oletuslik, märkis Euroopa Kohus, et kuna „F. Kremzow oli süüdi mõistetud mõrva ja tulirelva ebaseadusliku omamise eest siseriiklike õigusnormide alusel, mille eesmärk ei olnud [EL] õigusnormide järgimise tagamine, [tuleneb sellest], et põhikohtuasjas kohaldatavad siseriiklikud õigusnormid on seotud olukorraga, mis ei kuulu [EL] õiguse kohaldamisalasse". [139] Sellest näib *a contrario* järelduvat, et vastav seos EL õigusega *oleks* võidud tuvastada, kui kuriteod

135 – 13. juuni 1996. aasta otsus kohtuasjas C-144/95: Maurin (EKL 1996, lk I-2909).

136 – Kohtuotsus Maurin, punktid 12 ja 13.

137 – 29. mai 1997. aasta otsus kohtuasjas C-299/95: Kremzow (EKL 1997, lk I-2629, punkt 15).

138 – Kohtuotsus Kremzow, punkt 16.

139 – Eespool 137. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Kremzow, punktid 17 ja 18.

oleksid olnud seotud mõne EL tegevusvaldkonnaga (näiteks kui nende tegude karistatavus oleks sätestatud selleks, et tagada mõne EL teiseses õiguses sätestatud EL õigusega taotletava eesmärgi järgimine). [140]

162. Kas asjaomane konkreetne õigusvaldkond ning EL pädevuse ulatus selles valdkonnas on põhiõiguste küsimuses asjassepuutuvad? See küsimus tundub oluline. Soov edendada põhiõiguste kohast kaitset ei tohi viia pädevuse ületamisele. Niikaua kuni Euroopa Liidu volituste aluseks jääb pädevuse andmise põhimõte, peavad EL põhiõigused püsima selliselt antud pädevuse piirides. [141]

163. Läbipaistvus ja selgus eeldavad, et on võimalik kindlalt tuvastada, mida „liidu õiguse kohaldamisala" tähendab EL põhiõiguste kaitse seisukohalt. Mulle näib, et pikemas perspektiivis oleks selgeim reegel selline, mis ei seaks EL põhiõiguste kaitse võimalikkust sõltuvusse ei sellest, kas aluslepingu sätted on vahetult kohaldatavad, ega ka teisese õiguse kehtivusest, vaid pigem *EL materiaalse pädevuse olemasolust ja kohaldamisalast.* Ehk teisisõnu: reegliks oleks see, et kui EL-il on teatavas õigusvaldkonnas (ainu- või jagatud) pädevus, siis kaitsevad EL põhiõigused EL kodanikke, *isegi kui seda pädevust ei ole veel kasutatud*.

164. Miks teen ma niisuguse ettepaneku?

165. Liikmesriigid on andnud Euroopa Liidule eri valdkondades pädevuse, millest tulenevalt EL-il on volitus võtta vastu meetmeid, mis on siseriikliku õiguse suhtes ülimuslikud ning mis võivad olla vahetult kohaldatavad. Sellest tuleneb otseselt, et kui kõnealune volitus on antud, peaks Euroopa Liidul olema nii pädevus kui ka kohustus tagada põhiõigused, olenemata sellest, kas seda volitust on kasutatud. Euroopa „Liit rajaneb sellistel väärtustel nagu inimväärikuse austamine, vabadus, demokraatia, võrdsus, õigusriik ja inimõiguste austamine". [142] Seda aluslepingu tagatist ei

140 – Vt 13. septembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-176/03: komisjon *vs.* nõukogu (EKL 2005, lk I-7879).

141 – Vt eelkõige 5. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-376/98: Saksamaa *vs.* parlament ja nõukogu (EKL 2000, lk I-8419, punkt 83); 3. septembri 2008. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-402/05 P ja C-415/05 P: Kadi ja Al Barakaat International Foundation *vs.* nõukogu ja komisjon (EKL 2008, lk I-6351, punkt 203); 30. aprilli 2009. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-393/07 P ja C-9/08: Itaalia Vabariik ja Beniamino Donnici *vs.* Euroopa Parlament (EKL 2009, lk I-3679, punkt 67) ning 1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-370/07: komisjon *vs.* nõukogu (EKL 2009, lk I-8917, punkt 46).

142 – ELL artikkel 2. Selle eelkäija, EÜ artikli 6 lõige 1 sätestas, et „Euroopa Liit on rajatud vabaduse, demokraatia, inimõiguste ja põhivabaduste austamise ning õigusriigi põhimõtetele, mis on ühised kõikidele liikmesriikidele".

tohiks muuta sõltuvaks seadusandliku pädevuse tegelikust kasutamisest. Sellises Euroopa Liidus, mis rajaneb põhiõigustel ning õigusriigi põhimõtetel, ei tohiks kaitse sõltuda institutsioonide seadusandlikust initsiatiivist ega poliitilisest protsessist. Taoline tingimuslik õiguste kaitse on täielikult vastupidine sellele, kuidas tänapäeva demokraatiad legitimeerivad riigi autoriteeti. [143]

166. Sellisel lähenemisel oleks mitu eelist.

167. Esiteks välditaks sellega vajadust luua või soodustada selliseid fiktiivseid või oletuslikke „seoseid liidu õigusega", mis on minevikus tekitanud mõnikord segadusi aluslepingu sätete kohaldamisala osas ning seda võib-olla laiemaks venitanud. Liikumisvabaduse õigusi kasutanud isik ei peaks tõendama seose olemasolu põhiõiguse, millele ta hiljem tugineb, ja kõnealuse liikumisvabaduse hõlbustamise vahel. [144] Selliseid õigusi veel mitte kasutanud isikul ei oleks vaja neid kasutada selleks, et luua olukord, kus ta saaks ära kasutada põhiõiguste kaitset [145] (sellel eesmärgil on tõenäoliselt nelja vabaduse hulgast kõige lihtsam ära kasutada liikumisvabadust teenuste saamiseks). Lakkaks olemast liikmesriigi kodanike vastupidine diskrimineerimine, mis tuleneb sellest, et kõnealuste kodanike EL ja omaenda liikmesriigi kodakondsuses kaaskodanikud, kes *on* kasutanud vaba liikumise õigusi, saavad kasutada EL põhiõiguse kaitset. [146] Tulevikus ei oleks mingit vastuolu (EL põhiõiguste kaitse osas) täielikult ja osaliselt ühtlustatud poliitikate vahel. Õiguskindluse seisukohalt oleks edasiminek märkimisväärne.

168. Teiseks hoiaks selline lähenemisviis EL tema volituste piirides. EL õigusest tulenev põhiõiguste kaitse puutuks asjasse vaid siis, kui olukord, millega seoses seda kasutada tahetakse, kuulub EL ainu- või jagatud

143 – Locke, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, II raamat, II osa.

144 – Eespool 50. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsuses Singh, eespool 72. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsuses Cowan, ning eespool 20. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsuses Carpenter pakuvad näiteid olukordade kohta, kus seos vaba liikumise ning EL õiguse pakutava põhiõiguste/täiendava kaitse vahel ei olnud eriti vahetu. Ma ei vaidlusta mingil juhul õiguste kaitse vaatenurgast Euroopa Kohtu otsuste õigsust neis kolmes kohtuasjas. Minu eesmärk on lihtsalt rõhutada seda, kuivõrd napp oli mõnikord see seos, millel kõnealune kaitse põhines.

145 – Eespool 24. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Akrich rääkisid H. Akrich ja tema abikaasa nende ärakuulamisel pädeva siseriikliku asutuse poolt väga avameelselt asjaolust, et abikaasa oli kolinud Iirimaale selleks, et seal ajutiselt töötada, et tal oleks võimalik naasta koos H. Akrichiga Ühendkuningriiki ning nõuda H. Akrichile ühenduse õigusel põhinevat õigust riiki siseneda.

146 – Vt eespool 18. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon.

pädevuse valdkonda.[147] Kaitse ulatuse määratlemisel oleks asjakohane asjassepuutuva pädevuse tüüp. Jagatud pädevuse korral viitaks juba pädevuste jagamise aluseks olev loogika sellele, et EL õigusest tulenev põhiõiguste kaitse oleks siseriikliku kaitse suhtes täiendava iseloomuga.[148] (See on vastavuses lähenemisviisiga, mida soovitasin eespool seoses vastupidise diskrimineerimisega.)

169. Kolmandaks, kui oleks teada, et EL õigusest tulenevad põhiõigused on tagatud kõikides EL jagatud või ainupädevuse valdkondades, motiveeriks see liikmesriike võtma teatavates eriti tundlikes valdkondades (nagu sisserände- või karistusõigus) vastu üksikasjalikke EL teisese õiguse akte, mis *sisaldaksid* piisavat määratlust EL põhiõiguste täpse ulatuse kohta, selmet jätta põhiõigustega seotud probleemid lahendada Euroopa Kohtule *ad hoc* põhimõttel, siis ja juhul kui nende osas algatatakse kohtuvaidlus.

170. Neljandaks oleks selline EL põhiõiguste kohaldamisala määratlus kooskõlas kogu mõjuga, mida evib liidu kodakondsus, mis „saab olema liikmesriikide kodanike põhistaatus".[149] Selline staatus ei sobi hästi kokku arusaamaga, et põhiõiguste kaitse on osaline ja fragmentaarne, sõltudes sellest, kas mõnel asjassepuutuval materiaalõiguslikul sättel on vahetu õigusmõju või kas nõukogu või Euroopa Parlament on kasutanud oma seadusandlikke volitusi. Pikemas perspektiivis vastab EL kodakondsuse mõistele ainult EL õigusest tulenevate põhiõiguste lünkadeta

147 – Seoses ainu- ja jagatud pädevusega vaata 15. detsembri 1976. aasta otsus kohtuasjas 41/76: Donckerwolcke ja Schou (EKL 1976, lk 1921, punkt 32); 18. veebruari 1986. aasta otsus kohtuasjas 174/84: Bulk Oil (EKL 1986, lk 559, punkt 31) ning 6. märtsi 1977. aasta otsus kohtuasjas 68/76: komisjon *vs.* Prantsusmaa (EKL 1977, lk 515, punkt 23). Nende eeskirjade kohaldamise kohta seoses EL välispädevusega vt eelkõige 31. märtsi 1971. aasta otsus kohtuasjas 22/70: komisjon *vs.* nõukogu, nn ERTA kohtuasi (EKL 1971, lk 263).

148 – Põhiõiguste harta selgitustes (ELT 2007 C 303, lk 17) väljendatakse seda selgelt: „Liidus tagatud põhiõigused ei oma muud mõju, kui ainult aluslepingutes määratud pädevusega seoses. Seega võib [...] liidu institutsioonide kohustus edendada hartas sätestatud põhimõtteid tekkida ainult nende samade volituste piires." Samas jätkatakse selgitustes, et „on ütlematagi selge, et harta lülitamist Euroopa Liidu lepingu artiklisse 6 ei mõisteta liikmesriikide „liidu õiguse rakendamise" alase tegevuse [...] ulatuse laiendamisena". Ma saan neist selgitustest aru nii, et neis seostatakse EL õigusest tulenev põhiõiguste kaitse ühemõtteliselt valdkondadega, mis kuuluvad EL pädevusse. Kogumis peaksid põhiõiguste kaitse EL õiguse alusel ning põhiõiguste kaitse siseriikliku õiguse alusel siiski tagama piisava kaitse (vähemalt nende õiguste osas, mis sisalduvad nii hartas kui ka kui ka EIÕK-s).

149 – Vt eespool 40. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

kaitse kõikides EL ainu- või jagatud pädevuse valdkondades.

171. Ehkki need on märkimisväärsed eelised, ei usu ma, et Euroopa Kohus saaks käesoleval juhul astuda sellise sammu ühepoolselt.

172. Kui EL põhiõiguste kohaldamine seatakse sõltuvusse ainult EL ainu- või jagatud pädevuse olemasolust, tähendaks see, et EL õiguslikku ja poliitilisse süsteemi viidaks sisse ilmselt föderaalriigile iseloomulik element. Lihtsamalt väljendudes oleks sedalaadi muudatus analoogne sellega, mis tekkis Ameerika Ühendriikide konstitutsiooniõiguses pärast kohtuotsust kohtuasjas Gitlow *vs*. New York,[150] millega Ameerika Ühendriikide ülemkohus laiendas mitme Ameerika Ühendriikide põhiseaduse esimeses paranduses sisalduva õiguse kohaldamisala üksikutele osariikidele. Sellest ajast peale ei eelda „hõlmamise" (*incorporation*) alane kohtupraktika, mis põhineb neljateistkümnendas konstitutsiooniparanduses sisalduval „õiglase kohtumõistmise" (*due process*) klauslil, osariikidevahelist liikumist ega kongressi õigusakte. Ülemkohus asus seisukohale, et teatavad põhiõigused on nii tähtsad, et nad kuuluvad „üksikisiku põhiõiguste ning vabaduste hulka, mida õiglase kohtumõistmise klausel kaitseb […] osariikide poolse kahjustamise eest".[151]

173. Ühendriikide hõlmamise doktriini föderaliseeriv mõju on hästi teada. Sedalaadi muudatus muudaks EL õigusest tulenevate põhiõiguste olemust nii õiguslikult kui poliitiliselt. Seega on selleks vaja nii kohtupraktika arengut *kui ka* ELi loonud võimukandjate (liikmesriikide) ühehäälset poliitilist avaldust, milles osutatakse põhiõiguste uuele rollile EL-s.

174. Käesolevas kohtuasjas on oluliseks ajaliseks tähiseks G. Ruiz Zambrano teise lapse Diego sünd 1. septembril 2003. Kui G. Ruiz

150 – 268 U.S. 652 (1925).

151 – Kohtuasja Gitlow *vs*. New York ja hõlmamise doktriini kohta vaata Cortner, R., *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties,* Madison, University of Wisconsin Press, 1981; Henkin, R., „Selective Incorporation" in the Fourteenth Amendment, *Yale Law Journal,* 1963, lk 74–88, ning Pohlman, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution,* NYU Press, New York, 1991, lk 82–87.

Zambranol on õigus, siis just see sündmus (mis tõi mängu liidu kodaniku) oleks pidanud panema Belgia ametivõimud aktsepteerima seda, et tal on tuletatud elamisõigus, ning menetlema sellele vastavalt tema töötuskindlustushüvitise taotlust.

175. Praegu on olukord selline, et pärast Maastrichti ei ole Euroopa Liidu lepingut sisuliselt muudetud. Euroopa Kohus märkis arvamuses 2/94 selgelt, et Euroopa Ühendusel ei olnud sel hetkel volitusi Euroopa inimõiguste konventsiooni ratifitseerimiseks.[152] Harta oli endiselt pehme õigus, millel ei olnud vahetut mõju ega tunnustust aluslepingus. Lissaboni lepingut ei olnud veel isegi kavva võetud. Sellel taustal ma lihtsalt ei usu, et käesolevaks ajaks oleks toimunud EL aluste piisav põhiseaduslik areng, millest tulenevalt saaks väita, et EL õigusest tulenevatele põhiõigustele saab tugineda sõltumatult kui iseseisvatele õigustele.

176. Seetõttu järeldan vastuseks viimasele küsimustest, nagu ma olen need sõnastanud, et põhikohtuasja asjaolude toimumise ajal ei saanud kolmanda riigi kodanik ega ka liidu kodanik selle kodaniku kodakondsusjärgse liikmesriigi territooriumil ega ka mujal liikmesriikide territooriumil tugineda EL õigusest tulenevale perekonnaelu põhiõigusele kui iseseisvale õigusele, mis ei sõltu muust seosest EL õigusega.

177. Niisugust vastust välja pakkudes olen ma nõus sellega, et Euroopa Kohtul ei tuleks käesolevas kohtuasjas selgelt muutustest ette rutata. Olen siiski seisukohal, et (pigem varem kui hiljem) peab Euroopa Kohus valima, kas pidada sammu areneva olukorraga või jääda maha juba toimunud seadusandlikest ja poliitilistest arengutest. Mingil hetkel peab Euroopa Kohus tõenäoliselt arutama kohtuasja – arvatavasti siseriikliku kohtu eelotsusetaotluse alusel –, milles tal tuleb silmitsi seista küsimusega, kas liit ei ole nüüd mitte põhiseadusliku muutuse künnisel (nagu Euroopa Kohus juba isegi osaliselt ette nägi, esitades arvamuse 2/94). Sellele küsimusele vastamise võib praegu korraks edasi lükata, kuid tõenäoliselt mitte kuigi kauaks.

152 – 28. märtsi 1996. aasta arvamus 2/94 (EKL 1996, lk I-1759, punkt 6).

Ettepanek

178. Kõiki eespool esitatud kaalutlusi arvestades teen ettepaneku, et Euroopa Kohus vastaks Tribunal du travail de Bruxelles'i esitatud küsimustele järgmiselt:

„ELTL artikleid 20 ja 21 (endised EÜ artiklid 17 ja 18) tuleb tõlgendada nii, et nendega antakse liikmesriikide territooriumil liidu kodakondsusel põhinev elamisõigus, mis on sõltumatu õigusest liikuda liikmesriikide vahel. Nende sätetega ei ole vastuolus see, et liikmesriik keeldub andmast tuletatud elamisõigust liidu kodaniku, kes on asjaomase liikmesriigi kodanik ning kes ei ole veel kasutanud vaba liikumise õigusi, ülenejale sugulasele, kui sellekohane otsus on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega;

ELTL artiklit 18 (endine EÜ artikkel 12) tuleb tõlgendada nii, et sellega on keelatud ELTL artikli 21 ja siseriikliku õiguse koosmõjust tulenev vastupidine diskrimineerimine, mis hõlmab EL õigusega kaitstud põhiõiguse rikkumist, kui vähemalt samaväärne kaitse ei ole võimalik siseriikliku õiguse kohaselt;

põhikohtuasja asjaolude toimumise ajal ei saanud kolmanda riigi kodanik ega ka liidu kodanik selle kodaniku kodakondsusjärgse liikmesriigi territooriumil ega ka mujal liikmesriikide territooriumil tugineda EL õigusest tulenevale perekonnaelu põhiõigusele kui iseseisvale õigusele, mis ei sõltu muust seosest EL õigusega."