Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 26. veebruaril 2019[1]

Kohtuasi C-129/18

SM
versus
Entry Clearance Officer, UK Visa Section

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Supreme Court of the United Kingdom (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus))

Eelotsusemenetlus – Liidu kodanike ja nende pereliikmete õigus liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil – Direktiiv 2004/38/EÜ – Mõiste „liidu kodaniku alaneja lähisugulane“ – Perekonna taasühinemine – Alžeeria *kafalah* süsteemi alusel eestkoste all olev alaealine laps – Õigus perekonnaelule – Lapse parimate huvide kaitse

1. Prantsuse kodanikest abielupaar, kes elab Ühendkuningriigis, taotles selle riigi ametivõimudelt luba lapsendatud lapsena riiki siseneda Alžeeria kodaniku jaoks, kelle hooldusõigus (*recueil legal*) oli neile antud Alžeerias *kafalah* korra alusel.[2]

2. Kuna Ühendkuningriigi ametivõimud keeldusid luba andmast, mille vastu esitas alaealine laps vastavad kaebused, küsib Supreme Court of the United Kingdom (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) Euroopa Kohtult kokkuvõttes, kas direktiiviga 2004/38/EÜ[3] on lubatud kvalifitseerida alaealist last teda *kafalah* süsteemi alusel vastu võtvate isikute „alanejaks lähisugulaseks“. Kui jah, siis hõlbustaks see nende perekonna taasühinemist selles liikmesriigis, kus nad elavad.

I. Õiguslik raamistik

A. Rahvusvaheline õigus

1. Lapse õiguste konventsioon[4]

3. Artiklis 20 on sätestatud:

„1. Lapsel, kes ajutiselt või alaliselt on ilma jäetud perekondlikust miljööst või kellel tema enese huvides ei ole lubatud jääda sellesse keskkonda, on õigus riigi erilisele kaitsele ja abile.

1 Algkeel: hispaania.

2 Vt selle institutsiooni tunnuste kohta tagapool punktid 35–39.

3 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiiv, mis käsitleb Euroopa Liidu kodanike ja nende pereliikmete õigust liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil ning millega muudetakse määrust (EMÜ) nr 1612/68 ja tunnistatakse kehtetuks direktiivid 64/221/EMÜ, 68/360/EMÜ, 72/194/EMÜ, 73/148/EMÜ, 75/34/EMÜ, 75/35/EMÜ, 90/364/EMÜ, 90/365/EMÜ ja 93/96/EMÜ (ELT 2004, L 158, lk 77; ELT eriväljaanne 05/05, lk 46).

4 ÜRO 20. novembri 1989. aasta konventsioon.

2. Osalisriigid kindlustavad vastavalt oma seadustele alternatiivse hoolitsuse sellise lapse eest.

3. Sellise hoolitsuse hulka peab muu hulgas kuuluma kasulapse võtmine, Islami seaduste *kafalah*, adopteerimine või vajaduse korral sobivatesse lasteasutustesse paigutamine […]“.

2. Haagi 29. märtsi 1993. aasta konventsioon [5]

4. Selle tekstis ei ole *kafalah*’d nimetatud.

3. Haagi 19. oktoobri 1996. aasta konventsioon [6]

5. Artiklis 3 on sätestatud:

„Artiklis 1 nimetatud meetmed võivad käsitleda eelkõige järgmist:

[…]

e) lapse paigutamine kasuperekonda või hooldeasutusse või lapse hooldamine *kafalah*’ või samalaadse institutsiooni poolt;

[…]“.

6. Artiklis 33 on sätestatud:

„1. Kui artiklite 5–10 alusel pädev asutus kavandab lapse paigutamist kasuperekonda või hooldeasutusse või lapse hooldamist *kafalah*’ või samalaadse institutsiooni poolt ja kui see paigutamine või hooldamine toimub teises osalisriigis, peab nimetatud asutus kõigepealt konsulteerima viimati nimetatud riigi keskasutuse või muu pädeva asutusega. Sel eesmärgil edastab ta aruande lapse kohta koos kavandatava paigutamise või hooldamise põhjendustega.

2. Paigutamise või hooldamise otsuse võib teha taotluse esitanud riigis üksnes siis, kui keskasutus või muu taotletava riigi pädev asutus on paigutamise või hooldamisega nõus, võttes arvesse lapse parimad huvid.“

B. Liidu õigus

1. Euroopa Liidu põhiõiguste harta [7]

7. Artiklis 7 on sätestatud:

„Igaühel on õigus sellele, et austataks tema […] perekonnaelu […]“.

8. Artikli 24 lõikes 2 on märgitud:

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

5 Riikidevahelises lapsendamises lastekaitseks tehtava koostöö konventsioon (edaspidi „1993. aasta Haagi konventsioon“).

6 Vanemliku vastutuse ja lastekaitsemeetmetega seotud kohtualluvust, kohaldatavat seadust, tunnustamist, kohtuotsuste täitmist ja koostööd käsitlev konventsioon (edaspidi „1996. aasta Haagi konventsioon).

7 EÜT 2000, C 364, lk 1.

2. Direktiiv 2004/38

9. Artikli 2 punkti 2 alapunktis c on ette nähtud:

„Käesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid:

[…]

2) pereliige:

[…]

c) alanejad lähisugulased, kes on alla 21-aastased või ülalpeetavad, ja punktis b määratletud abikaasa või partneri alanejad sugulased, kes on alla 21-aastased või ülalpeetavad“.

10. Artiklis 3 on sätestatud:

„1. Käesolevat direktiivi kohaldatakse kõikide liidu kodanike suhtes, kes liiguvad liikmesriiki või elavad liikmesriigis, mille kodanikud nad ei ole, ja nende artikli 2 punktis 2 määratletud pereliikmete suhtes, kes on nendega kaasas või ühinevad nendega.

2. Ilma et see piiraks vaba liikumise ja elamise õigust, mis asjaomastel isikutel isiklikel alustel võib olla, peab vastuvõttev liikmesriik kooskõlas oma õigusaktidega hõlbustama järgmiste isikute riiki sisenemist ja seal elamist:

a) muud pereliikmed, sõltumata nende kodakondsusest, kes ei kuulu artikli 2 punkti 2 määratluse alla ja kes on esmase elamisõigusega liidu kodaniku ülalpeetavad või leibkonna liikmed lähteriigis […]

[…]

Vastuvõttev liikmesriik uurib põhjalikult isiku olukorda ja esitab talle võimaliku sisenemis- või elamiskeelu põhjendused.“

11. Artikli 7 lõikes 2 on märgitud:

„Lõikes 1 ettenähtud elamisõigus laieneb ka pereliikmetele, kes ei ole liikmesriigi kodanikud, kuid kes on liidu kodanikuga vastuvõtvas liikmesriigis kaasas või ühinevad temaga, kui kõnealune liidu kodanik vastab lõike 1 punktides a, b või c nimetatud tingimustele.

12. Artiklis 27 on ette nähtud:

„1. Kui käesoleva peatüki sätetest ei tulene teisiti, võivad liikmesriigid piirata avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides liidu kodanike ja nende pereliikmete liikumis- ja elamisvabadust, sõltumata nende kodakondsusest. Kõnealuseid põhjendusi ei tohi rakendada majanduslikel eesmärkidel.

[…]“.

13. Artiklis 35 on sätestatud:

„Õiguste kuritarvitamise või pettuse, näiteks fiktiivabielude puhul võivad liikmesriigid vastu võtta vajalikud meetmed käesolevast direktiivist tulenevate õiguste lõpetamiseks, kehtetuks tunnistamiseks või nendest keeldumiseks. […]“

C. Ühendkuningriigi õigus

1. 2006. aasta määrus sisserände kohta (The Immigration Regulations 2006)[8]

14. Artiklis 7 on sätestatud:

„(1) Kui lõikest 2 ei tulene teisiti, loetakse isiku pereliikmeks käesoleva määruse tähenduses:

[…]

(b) tema enda, tema abikaasa või registreeritud partneri alanejad lähisugulased, kes on

(i) alla 21-aastased, või

(ii) tema enda, tema abikaasa või registreeritud partneri ülalpeetavad,

[…]“.

15. Artiklis 8 on sätestatud:

„(1) Käesoleva artikli tähenduses on „laiendatud perekonna liige“ iga isik, kes ei ole EMP kodaniku pereliige artikli 7 lõike 1 punkti a, b või c alusel ja kes vastab tingimustele, mis on sätestatud lõikes 2, 3, 4 või 5.

[…]“.

2. 2002. aasta lapsendamise ja lastekaitse seadus (Adoption and Children Act 2002)[9]

16. Paragrahvi 83 kohaselt on õigusrikkumine tuua Ühendkuningriiki laps, keda soovitakse siin lapsendada või kes on lapsendatud teises riigis, välja arvatud juhul, kui lapsendamisamet on hinnanud, kas lapsendajad on lapsendamiseks sobilikud.

17. Paragrahvi 66 lõikes 1 on loetletud lapsendamised, mida tunnustatakse Inglismaa ja Wales'i õiguse alusel lapsendamisena. *Kafalah*'d selles loetelus ei ole.

D. Alžeeria õigus

18. Alžeeria perekonnaseaduse (edaspidi „CFA“) sisaldab vastavalt I raamatu V peatükis „Põlvnemine“ ja II raamatu VII peatükis „Seaduslik hooldusõigus (*kafalah*)“ järgmisi õigusnorme:

Artikkel 46: „Lapsendamine (*tabanni*) on šariaadi ja seadusega keelatud“.

Artikkel 116: „Seaduslik hooldusõigus (*kafalah*) on vabatahtlik kohustumine võtta alaealine laps enda ülalpidamisele, vastutada tema hariduse ja kaitse eest samamoodi nagu lapsevanem oma lapse puhul. See vormistatakse õigusliku aktiga“.

Artikkel 117: „Seaduslik hooldusõigus lepitakse kokku kohtus või notari juures alaealise lapse nõusolekuga, kui tal on isa ja ema“.

8 SI 2006/1003.

9 2002, 38.

Artikkel 118: „Seadusliku hooldusõigusega isik (*kafil*) peab olema muslim, mõistlik ja aus ning samal ajal hoole alla võetud last (*makful*) ülal pidama ja olema võimeline teda kaitsma“.

Artikkel 119: „Hoole alla võetud lapse põlvnemine võib olla teada või teadmata“.

Artikkel 120: „Hoole alla võetud lapse algne põlvnemine peab jääma samaks, kui tema vanemad on teada. Vastasel korral kohaldatakse tema suhtes perekonnaseisu seadustiku artiklit 64“.

Artikkel 121: „Seaduslik hooldusõigus annab õigustatud isikule seadusjärgse eestkoste ja õiguse samadele pere- ja koolitoetustele, nagu on seaduslikul lapsel“.

Artikkel 122: „Seadusliku hooldusõiguse andmine kindlustab hoole alla võetud alaealise lapse pärimise, annaku või kinke teel saadud vara haldamise õiguse tema parimates huvides“.

Artikkel 123: „Seadusliku hooldusõigusega isik võib anda annakuna või kinkida kuni kolmandiku oma varast oma hoole alla võetud alaealise lapsele. Üle selle kolmandiku testamentaarne korraldus on tühine ja ilma igasuguste õiguslike tagajärgedeta, välja arvatud juhul, kui pärijad sellega nõustuvad“.

Artikkel 124: „Kui hoole alla võetud lapse isa ja ema või üks neist nõuab last tagasi oma eestkoste alla, tuleb lapsel, kui ta on otsustusvõimelises eas, valida, kas ta naaseb oma vanemate koju või mitte. Last tohib tagastada ainult kohtu loal, võttes arvesse hoole alla võetud lapse parimaid huvisid, kui ta ei ole otsustusvõimelisse ikka jõudnud“.

Artikkel 125: „Seadusliku hooldusõiguse lõpetamise avaldus tuleb esitada kohtule, kes on selleks õiguse andnud, pärast sellest prokuratuurile teatamist […]“.

II. Kohtuvaidluse faktilised asjaolud

19. Eelotsusetaotluses[10] on esitatud järgmised faktilised asjaolud:

„– Kaebaja [SM] sündis Alžeerias 27. juunil 2010 […]. Ta on Alžeeria kodanik. Tema meessoost eestkostja M on Alžeeria päritolu Prantsusmaa kodanik, kellel on Ühendkuningriigis alalise elamise õigus. Tema naissoost eestkostja M on sünnijärgne Prantsusmaa kodanik. Nad abiellusid Ühendkuningriigis 2001. aastal. Mõistes, et loomulikul viisil rasestumine ei õnnestu, reisisid nad 2009. aastal Alžeeriasse, kus pidi hinnatama nende sobilikkust saada eestkostjaks *kafalah* süsteemi alusel. First-tier Tribunal (esimese astme halduskohus, Ühendkuningriik) leidis [7. oktoobri 2013. aasta kohtuotsuses], et see oli „valik, mille nad tegid, olles teada saanud, et lapse üle eestkoste saamine on Alžeerias lihtsam kui Ühendkuningriigis“.

– Pärast seda, kui menetluses, mille (First-tier Tribunal (esimese astme halduskohus)) kvalifitseeris „piiratuks“, hinnati nad sobivaks, teatati neile 2010. aasta juunis, et [SM] oli pärast sündi hüljatud, ja nad esitasid avalduse tüdruku eestkostjateks saamiseks. Järgnes kolmekuuline ooteaeg, mille jooksul saanuks sünnijärgsed vanemad Alžeeria õiguse alusel oma tütart tagasi nõuda.

– 28. septembril 2010 tegi Alžeeria Rahvusliku Ühtsuse ja Perekonna Ministeerium Tizi Ouzou provintsis korralduse anda [SM], kes oli sel ajal kolm kuud vana, nende eestkoste alla.

– Prokuröri arvamust arvestades anti neile 22. märtsil 2011 välja seadusliku hooldusõiguse akt, millega anti neile seaduslik hooldusõigus [SMi] suhtes ja vanemlik vastutus Alžeeria õiguse alusel. Akt kohustab neid „andma nende eestkostel olevale lapsele islamihariduse, tagama tema füüsilise ja

10 Punktid 11–15.

moraalse heaolu, katma tema vajadused, hoolitsema tema õpetamise eest, kohtlema teda nagu lihased vanemad, kaitsma teda, esindama teda õiguskaitseorganites, võtma tsiviilvastutuse kahjustavate tegude eest“.

– Akt lubab neil saada ka kohaldatavaid peretoetusi, soodustusi ja hüvitisi, allkirjastada haldus- ja reisidokumente ja reisida [koos SMiga] Alžeeriast väljaspool.

– 3. mail 2011 andis Tizi Ouzou kohus korralduse, et [SMi] perekonnanimi, mis on esitatud sünnitunnistusel, tuleb vahetada abielupaar M-i perekonnanime vastu.

– Härra M lahkus Alžeeriast 2011. aasta oktoobris ja naasis Ühendkuningriiki, et asuda seal taas tööle kokana. Proua M jäi [SMiga] Alžeeriasse.

– 2012. aasta jaanuaris taotles [SM] Ühendkuningriigi külastamiseks viisat, mille andmisest keelduti. 2012. aasta mais taotles ta sisesõiduluba kui EMP kodaniku lapsendatud laps 2006. aasta määruse sisserände kohta artikli 12 lõike 1 või teise võimalusena artikli 12 lõike 2 alusel.

– Entry Clearance Officer (ECO) jättis taotluse rahuldamata, tuginedes sellele, et (i) kuna Alžeeria ei olnud 1993. aasta Haagi konventsiooni osapool ja Alžeeriat ei olnud nimetatud tollal kehtinud 1973. aasta määruses lapsendamise (ülemere-lapsendamiste määratlemise) kohta, siis ei tunnustatud Alžeeria eestkostet lapsendamisena Ühendkuningriigi õiguse kohaselt ja (ii) taotlust riikidevaheliseks lapsendamiseks 2002. aasta lapsendamise ja lastekaitse seaduse § 83 alusel ei olnud esitatud.

III. Menetlused Ühendkuningriigis [11]

20. First Tier Tribunal (esimese astme halduskohus) jättis SMi kaebuse ECO otsuse peale rahuldamata. Tema arvates ei saa SMi kvalifitseerida seaduslikult ega *de facto* lapsendatud tütreks. Ta ei kuulunud ka mõistete „pereliige“, „laiendatud perekonna liige“ ega „EMP kodaniku lapsendatud laps“ alla vastavalt 2006. aasta määrusele sisserände kohta.

21. SMi apellatsioonkaebust lahendades kinnitas Upper Tribunal (kõrgem halduskohus, Ühendkuningriik), et see laps ei ole „pereliige“ vastavalt 2006. aasta määruse sisserände kohta artiklile 7. Küll aga rahuldas see kohus SMi kaebuse põhjendusega, et ta kuulub selle määruse artikli 8 mõiste „laiendatud perekonna liige“ alla. Seepärast saatis ta kohtuasja tagasi riigisekretärile (Secretary of State, Ühendkuningriik), et viimane rakendaks oma kaalutlusõigust, mis tuleneb talle nimetatud määruse artikli 12 lõike 2 punktist c.

22. Court of Appeal (apellatsioonikohus, Ühendkuningriik) rahuldas ECO apellatsioonkaebuse Upper Tribunali (kõrgem halduskohus) otsuse peale. Tema arvates ei olnud tegelikult küsimus selle kindlakstegemises, kas SM on „pereliige“ 2006. aasta määruse sisserände kohta artikli 7 kohaselt või „laiendatud perekonna liige“ selle määruse artikli 8 kohaselt, vaid selles, kas teda võib kvalifitseerida „alanejaks lähisugulaseks“ direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunkti c mõiste „pereliige“ raames või, kui mitte, siis kas ta kuulub selle direktiivi artikli 3 lõike 2 punkti a kategooriasse „muu[…] perelii[ge], […] kes on esmase elamisõigusega liidu kodaniku ülalpeetav[…] või leibkonna lii[ge] lähteriigis […]“.

23. Court of Appeali (apellatsioonikohus) sõnul võimaldab direktiiv 2004/38 liikmesriikidel selle direktiivi artikli 2 punkti 2 alapunkti c kohaselt tunnustatavaid lapsendamisvorme piirata. Kuna SMi ei olnud lapsendatud Ühendkuningriigi õiguses tunnustatud viisil, ei saa ta kuuluda selle artikli kohaldamisalasse, isegi kui ta kuulub küll artikli 3 lõike 2 punkti a kohaldamisalasse.

11 Vastavalt eelotsusetaotluse punktidele 14 ja 15.

24. Court of Appeali (apellatsioonikohus) otsus vaidlustati Supreme Courtis (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus), kes esitab Euroopa Kohtule eelotsusetaotluse.

IV. Eelotsuse küsimus

25. Supreme Courtil (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) „ei ole erilist kahtlust“ selles, et SM võib kuuluda direktiivi 2004/38 artikli 3 lõike 2 punkti a alla, mille kohaldamise kohta kohtuvaidlusele esitab ta hulga kaalutlusi, mille juurde ma tulen hiljem tagasi.

26. Eelotsusetaotluse esitanud kohus täpsustab aga, et „ei saa apellatsioonkaebust lihtsalt rahuldada ja Upper Tribunali [kõrgem halduskohus] otsust jõusse jätta sel alusel, et [SMi] juhtumi suhtes tuleb kohaldada direktiivi 2004/38 artikli 3 lõike 2 punkt a, kui tegelikkuses on ta hõlmatud „pereliikme“ mõistega artikli 2 punkti 2 alapunkti c tähenduses, mis tähendab, et [SMil] on automaatselt direktiivist tulenev riiki sisenemise ja seal elamise õigus. Mida tähendab sellisel juhul „alaneja lähisugulane“?[12]

27. Olles kinnitanud, et see väljend hõlmab veresuguluses olevaid lapsi, lapselapsi ja teisi otseliinis veresuguluses järeltulijaid, ei ole ta kindel,, kas see võib hõlmata ka kasulapsi. Ta usub igal juhul, et see mõiste peab hõlmama ka neid „järeltulijaid, kes on vastuvõtva riigi nõuete kohaselt seaduslikult lapsendatud“.

28. Asja arutav kohus on siiski seisukohal, et „on alust arvata, et see ulatub kaugemale“, kahe argumendi põhjal:

– komisjoni teatises Euroopa Parlamendile ja nõukogule suunistega direktiivi 2004/38 ülevõtmise ja kohaldamise parandamiseks[13] on punktis 2.1.2 märgitud, et „alanejate ja ülenejate lähisugulaste mõiste [hõlmab] lapsendatud lapsi ja seadusjärgse alalise eestkoste all olevaid alaealisi lapsi“. Kuna SM on abielupaar M-i alalise seadusliku eestkoste all, kuuluks ta nimetatud teatises käsitletud juhtumi alla.

– Mõistet „alaneja lähisugulane“ ei saa tõlgendada kooskõlas vastuvõtva liikmesriigi õigusega, vaid see on autonoomne mõiste, mida tuleb tõlgendada kogu liidus ühetaoliselt.[14]

– „Kui mõned liikmesriigid *kafalah*’ institutsiooni kohaselt lapsendatud lapsi kui alanejaid lähisugulasi tunnustavad, kuid teised liikmesriigid seda ei tee, siis ei ole kahtlust, et see seab barjäärid nende Euroopa Liidu kodanike vabale liikumisele, kellel on sellised lapsed. See diskrimineerib ka neid, kes kultuurilistel või usulistel põhjustel ei saa aktsepteerida lapsendamise kontseptsiooni, nagu seda tuntakse Ühendkuningriigis ja mõnes muus Euroopa riigis, st lapse täielikku üleandmist ühest perekonnast ja sugupuust teise“.[15]

– „See, et „alanejal lähisugulasel“ võib olla autonoomne tähendus, ei too tingimata kaasa seda, et seda tuleks tõlgendada laias tähenduses“. Seega ei saa SM-i liigitamist sellesse kategooriasse kvalifitseerida *acte claire* juhtumiks.[16]

12 Eelotsusetaotluse punkt 22.

13 KOM/2009/0313 (lõplik); edaspidi „teatis“.

14 Selle seisukoha toetuseks viitab ta kohtujurist Wathelet’ ettepanekule kohtuasjas Coman (C-673/16, EU:C:2018:2, punkt 32) ja kohtujurist Boti ettepanekule kohtuasjas Rahman jt (C-83/11, EU:C:2012:174).

15 Eelotsusetaotluse punkti 27 viimane lõik.

16 *Ibidem.*

29. Nendel asjaoludel ja olles väljendanud muret seoses võimalusega, et tõlgendamiserinevused võivad soodustada alaealiste laste ärakasutamist, kuritarvitamist ja lastega kaubitsemist või nende paigutamist ebasobivatesse kodudesse, otsustas Supreme Court (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas laps, kes on liidu kodaniku või kodanike alalise seadusliku eestkoste all tema päritoluriigi õiguses sätestatud *kafalah* või muu samaväärse süsteemi alusel, on „alaneja lähisugulane“ direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunkti c tähenduses?

2. Kas direktiivi 2004/38 teisi sätteid, eelkõige artikleid 27 ja 35 saab tõlgendada nii, et need keelavad sellistele lastele sisenemise, kui nad on kuritarvitamise, väärkohtlemise või inimkaubanduse ohvrid või kui neil on oht selleks saada?

3. Kas enne seda, kui tunnistada laps, kes ei ole EMP kodaniku veresugulasest järglane, alanejaks lähisugulaseks direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunkti c tähenduses, on liikmesriigil õigus uurida, kas menetluses, millega seati laps selle EMP kodaniku eestkoste või hoolduse alla, võeti piisavalt arvesse selle lapse parimaid huve?“

V. Menetlus Euroopa Kohtus

30. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtu kantseleis 19. veebruaril 2018.

31. Kirjalikud seisukohad on esitanud SM, Choram Children Legal Centre, Aire Centre ning Tšehhi Vabariigi, Saksamaa, Belgia, Madalmaade, Poola ja Ühendkuningriigi valitsus ning komisjon. Kõik eespool nimetatud, välja arvatud Poola valitsus ja Tšehhi valitsus, osalesid ka kohtuistungil, mis peeti 4. detsembril 2018.

VI. Õiguslik hinnang

A. Sissejuhatav märkus

32. Arutelu raskuskeskmes on küsimus, kas direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunktis c sisalduv mõiste „alaneja lähisugulane“ (kõige laiemas „pereliikme“ tähenduses) hõlmab alaealist last, kes on ELi kodaniku alalise eestkoste all, kes võtab ta oma hoole alla *kafalah*' korra alusel.[17]

33. Selliselt esitatud küsimusele ei saa vastata üldiselt, abstraktselt. *Kafalah* on mõne koraani traditsiooniga riigi perekonnaõiguse institutsioon, mida ei käsitata neis kõigis ühtmoodi. Selleks et teha kindlaks, kas *makful*'i (alaealine laps) saab pidada *kafil*'i või *kafila* (teda oma hoole alla võtvad täiskasvanud) „alanejaks lähisugulaseks“, tuleb:

– esiteks lähtuda alaealise päritoluriigi (s.t tema hoole alla võtmist võimaldanud riigi) tsiviilõigusest;

– välja selgitada, kas selle õiguse raames võib *kafalah* esineda erinevates õiguslikes vormides, ja sel juhul analüüsida, millised õiguslikud tagajärjed kaasnevad vormiga, mille on valinud *kafil* või *kafila* alaealise lapse oma vastutusele võtmiseks; ja

17 Kuigi eelotsusetaotluse esitanud kohus nimetab „päritoluriigi õiguses sätestatud *kafalah*' või […] *samaväärse[t] süsteemi*“, ei anna ta viimase kohta mingeid täpsustusi, mistõttu analüüsin ma ainult *kafalah*' süsteemi, mis on ainus sel juhul kasutatud hooldusõiguse mehhanism.

– kontrollida, kas nende õiguslike tagajärgede hulgas on *kafil*'i või *kafila* ja *makful*'i vahel tõeline (vanema-lapse) vanemlik side, mis on otsesest eestkostesuhete sidemest kaugemale ulatuv. Kui see nii ei ole, siis tuleks analüüsida, kas *kafil*'i või *kafila* ja *makful*'i vahelist suhet saaks funktsionaalselt samastada lapsendamissuhtega.

34. Sellest skeemist lähtudes analüüsin alustuseks *kafalah*'d, nagu see on sätestatud Alžeeria õiguses ja rahvusvahelistes õigusaktides ning nagu seda on käsitletud Euroopa Inimõiguste Kohtu (EIK) praktikas, eriti seoses lapsendamisega. Teiseks käsitlen küsimust, kas *kafalah*' süsteemis üle antud last võib tema õiguslikku seisundit reguleerivaid eeskirju arvestades kvalifitseerida teda oma hoole alla võtnud isikute alanejaks lähisugulaseks direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunkti c tähenduses. Selleks tuleb analüüsida viimati nimetatud õigusnormi tõlgendamist.

B. Kafalah' õiguslik regulatsioon

1. Kafalah *Alžeeria õiguses*

35. Nagu ma juba märkisin, varieerub *kafalah*, olenevalt aluseks võetavast õigussüsteemist. Näib siiski, et valitseb üksmeel selles, et läbivaks jooneks on rajanemine koraanil, mistõttu ainult muslim võib olla *kafil*,[18] kes kohustub andma *makful*'ile islamihariduse.[19]

36. Kõnesolevas hooldusõiguse süsteemis Alžeerias võtab *kafil* või *kafila* oma hooleks *makful*'i eest hoolitsemise, talle hariduse andmise ja tema kaitsmise samamoodi nagu vanemad oma laste suhtes.[20] *Kafil* või *kafila* võtavad selle alaealise suhtes seadusliku eestkoste, ilma et see hooldusõiguse kord looks põlvnemissidemeid või oleks samaväärne lapsendamisega,[21] mis on selles riigis sõnaselgelt keelatud.[22]

37. Alžeerias ei omanda *makful* teda oma hoole alla võtvate isikute pärija staatust, kuigi need võivad kinke või annaku teel talle edasi anda vara, mis ei ületa ühte kolmandikku nende varast.[23]

38. *Kafalah* on lisaks ajutine (*makful* võib olla ainult alaealine laps) ja tühistatav kas bioloogiliste lapsevanemate avalduse alusel, kui nad on olemas, või *kafil*'i või *kafila* taotluse alusel.[24]

39. Mis puutub menetluslikesse tagatistesse *kafalah*' andmiseks, siis on lisaks eraõiguslikule *kafalah*'le, mis antakse notari, *adul*'i, juures, mille eeskirjad ei ole väga ranged, olemas ka kohtulik *kafalah*, mis seatakse või kinnitatakse pädevas kohtus prokuratuuri osalusel, kui lapse kohta on tehtud eelnev loobumisavaldus. Põhikohtuasjas ongi tegu viimati nimetatud menetlusega.

2. Kafalah *rahvusvahelistes õigusaktides*

40. Lapse õiguste konventsioonis on *kafalah*'d sõnaselgelt nimetatud artiklis 20 koos teiste kaitsemeetmetega laste jaoks, kes on ajutiselt või alaliselt ilma jäetud perekondlikust miljööst, või kellel ei ole nende eneste huvides lubatud sellesse keskkonda jääda.

18 CFA artikkel 118.

19 Nii on see märgitud SMi hooldusõiguse aktis (eelotsusetaotluse punkt 12).

20 CFA artikkel 116.

21 Islami õigussüsteemid põhinevad veresidemete säilitamise põhimõttel ja välistavad lapsendamise, mis on enamikus (kuid mitte kõikides) muslimiriikides keelatud. Aire Centre ja SMi kirjalikud seisukohad kajastavad õigusnormide erinevusi eri riikides (vastavalt punktid 51 ja 65).

22 CFA artikkel 46.

23 CFA artikkel 123.

24 CFA artiklid 124 ja 125.

41. Mõned menetlusse astunud pooled[25] on seisukohal, et selline nimetamine eeldab *kafalah*' tunnustamist lapsendamisega samaväärsena, sest mõlemaid on nimetatud samas artiklis. Arvan siiski, et lapse õiguste konventsiooni artiklis 20 on nimetatud rida alaealise kaitse meetmeid, mis ei pruugi olla sarnased. Samast põhjenduskäigust lähtudes võiks samaväärseks pidada hoiukodudesse või hooldusasutustesse paigutamist. Lisaks toob artiklis 21 lapsendamisele pööratud eriline tähelepanu välja selle institutsiooni eritunnused võrreldes teistega.

42. SM tugineb oma seisukohtades „Alternatiivsetele laste eest hoolitsemise viiside suunistele" (edaspidi „suunised")[26] kui konventsiooni täiendavale õigusaktile, et põhjendada oma teesi, et lapsendamine ja *kafalah* on samaväärsed, mida võiks järeldada nende suuniste punktist 2.[27]

43. Arvan siiski, et suunistest tervikuna ei saa siiski järeldada, et nendes on *kafalah* lapsendamisega võrdsustatud. Eespool nimetatuga sama olukord tekib seoses lapse õiguste konventsiooni artikliga 20: konventsioonis ja suunistes on ainult loetletud sobivate vahenditena selleks, et saavutada alaealise lapse vastuvõtmine stabiilses perekeskkonnas, erinevad kaitsemeetmete võimalused, mis ei ole oma õiguslike tagajärgede poolest tingimata samaväärsed.[28] On loogiline, et see on nii, sest need kaks dokumenti on omavahel seotud.

44. 1993. aasta Haagi konventsioonis ei ole, nagu ma juba märkisin, *kafalah*'d nimetatud. Rahvusvahelises lapsendamist reguleerivas õigusaktis sellekohaste sätete puudumise põhjust tuleks otsida just nimelt selle institutsiooni ja *kafalah*' erinevustest.

45. Mõni pooltest rõhutas kohtuistungil, et *kafalah*'d võiks õiguslike tagajärgede poolest samastada mittetäieliku lapsendamisega,[29] sest alaealise algsed sugulussidemed jäävad mõlemal juhul muutumatuks. Tõsi küll, Haagi 1993. aasta konventsioonis on jäetud võimalus, et eelnev lapse-vanema õigussuhe ei katke (artikli 26 lõike 1 punkt c), kuid samas on tõsi – ja see on väga oluline –, et samas artiklis ja lõikes on ilma igasuguste nüanssideta kinnitatud, et „[l]apsendamise tunnustamine tähendab tunnustada: a) lapse ja tema kasuvanemate õigussuhet kui vanema-lapse õigussuhet".

46. Seevastu 1996. aasta Haagi konventsioonis on ette nähtud lapse isiku või vara suhtes lapsendamisest erinevad meetmed, mille hulgas on loetletud lapse paigutamine kasuperekonda või hooldeasutusse või lapse hooldamine *kafalah* või samalaadse institutsiooni kaudu. Artikliga 4 on selle konventsiooni kohaldamisalast välja jäetud muu hulgas põlvnemise tuvastamise ning lapsendamisotsuste küsimused.

47. Nendest kahest Haagi konventsioonist saab kinnitust ühelt poolt, et lapsendamine on ainus kaitseinstitutsioon, mille kohta on koostatud spetsiaalne rahvusvaheline õigusakt; ja teiselt poolt, et selle kord rahvusvahelise adopteerimise korral erineb korrast, mida kohaldatakse ülejäänud kaitsemeetmetele, nagu *kafalah*, isikuhooldusõigus, eestkoste, hooldus, kasuperesse paigutamine ja lapse vara haldamine, säilitamine või käsutamine.

25 Aire Centre, SM ja Choram Children Legal Centre.

26 ÜRO Peaassamblee 24. veebruari 2010. aasta 64. istungjärk (A/RES/64/142). Suuniste eesmärk on edendada lapse õiguste konventsiooni rakendamist (punkt 1).

27 Selle eesmärgiks peetakse „toetada jõupingutusi selleks, et saavutada, et laps jääks tema enda perekonna hoolde või läheks enda pere juurde tagasi, või selle puudumisel leida muu sobiv ja alaline lahendus, sealhulgas lapsendamine ja islamiõiguse *kafalah*" [siin ja edaspidi on suuniseid osundatud mitteametlikus tõlkes].

28 Vastavalt suuniste punktile 122 pealkirja „Hooldeasutusse paigutamine" all on tegu alaealise lapse stabiilsesse alternatiivsesse perekeskkonda paigutamisega. Punktis 151 „juba välisriigis asuva lapse hoole alla võtmise kohta" on *kafalah* samastatud lapsendamiseelse hoole alla võtmisega. Punktis 160 „hoole alla võtmise kohta hädaolukorras" ja olukordades, kus pere juurde tagasi viimine ei ole võimalik, soovitatakse uurida „niisuguseid stabiilseid ja lõplikke lahendusi nagu lapsendamine või islamiõiguse *kafalah*", kuid lisatakse teised „pikaajalised valikuvõimalused, näiteks paigutamine sobivasse hooldeasutusse, sealhulgas asenduskodudesse, ja muud eestkostega majutusviisid".

29 Riikides, kus see on lubatud, tähendab mittetäielik või vähem täielik lapsendamine tavaliselt, et säilib põlvnemissuhe eelmise perekonnaga, ilma et see piiraks samalaadseid suhteid lapsendaja ja lapsendatava vahel.

48. Asjakohase viite 1996. aasta Haagi konventsiooni paremini mõistmiseks leiab selle konventsiooni seletuskirjast (Lagarde'i aruanne) [30]:

– Selles on märgitud, kuidas „5. oktoobri 1961. aasta konventsioonis vanemliku vastutuse ja lastekaitsemeetmetega seotud kohtualluvuse kohta[[31]] [on kasutatud] terminit „kaitsemeetmed" seda määratlemata. Selle konventsiooniga mitteühinenud riikide delegatsioonid soovisid kui mitte mõiste määratlust, siis vähemalt nende meetmete kohaldamisalasse kuuluvate valdkondade loetelu. Kuna need on igas õigussüsteemis erinevad, võib selles artiklis toodud loetelu olla ainult näiteks" [siin ja edaspidi on nimetatud aruannet osundatud mitteametlikus tõlkes].

– Konkreetselt artikli 3 punkti e kohta on märgitud, et „lapse kasuperre või hooldeasutusse paigutamise meetmed on […] kaitsemeetmete prototüübid ja kuuluvad enesestmõistetavalt konventsiooni kohaldamisalasse".

– Selgitatakse, et *kafalah* ei ole lapsendamine, mis on islamiõiguses keelatud, ja see ei mõjuta mingil määral põlvnemist. Laps, kelle suhtes seda meedet kohaldatakse, et saa *kafil*'i pereliikmeks ja see ongi põhjus, mille pärast *kafalah* ei kuulu lapsendamist käsitleva 29. mai 1993. aasta konventsiooni kohaldamisalasse. Kuid see on vaieldamatult kaitsemeede, mis peaks sellisena kuuluma lastekaitse konventsiooni kohaldamisalasse".

3. Kafalah *(seoses lapsendamisega) EIK kohtupraktikas*

49. Euroopa Inimõiguste Kohus (EIK) on käsitlenud probleeme, mida tekitab *kafalah* seoses lapsendamisega, kahes kohtuotsuses Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (EIÕK) seisukohast.

50. Esimeses märkis ta võrdleva õiguse analüüsi põhjal, et „ükski riik ei samasta *kafalah*'d lapsendamisega, kuid et kõnealuses riigis [Prantsusmaa] ja teistes riikides on sellel eestkoste, hoolduse või lapsendamise eesmärgil [kasuperre] paigutamisega võrreldav õiguslik toime". [32]

51. Ta kordas samas kohtuotsuses, et EIÕK artikkel 8 ei taga õigust luua perekond ega õigust lapsendada, mis aga ei tähenda, et EIÕK osalisriikides ei võiks esineda olukorda, kus tekib tegutsemiskohustus võimaldada perekondlike sidemete moodustamist ja arendamist juhtudel, kus on olemas perekondlik suhe lapsega. [33]

52. Sellegipoolest leidis ta, et *kafalah* täieõigusliku lapsendamisega samastamisest keeldumine ei riku õigust perekonnaelu austamisele, sest (Prantsuse) õiguses on muudetud Alžeeria õiguses kehtiv lapsendamiskeeld paindlikumaks, kaotades selle keelu järk-järgult sõltuvalt lapse Prantsuse ühiskonda integreerumise objektiivsetest märkidest. [34]

30 Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi 18. istungjärgul vastu võetud tekst. Pariis, 15.1.1997.

31 https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39.

32 EIK 4. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus Harroudj *vs.* Prantsusmaa (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), punkt 48, milles korratakse suuniste punktis 21 sätestatut: „Kahekümne kahest osalisriigist, mille kohta on tehtud võrdleva õiguse uuring […], ükski ei samasta välisriigis kehtestatud *kafalah*'d lapsendamisega. Kui riikide kohtud on tunnistanud välisriigis kehtestatud *kafalah* õiguslikke tagajärgi, on nad seda alati pidanud samaväärseks eestkoste, hoolduse või lapsendamise eesmärgil [kasuperre] paigutamisega".

33 *Ibidem*, punkt 41.

34 *Ibidem*, punktid 46–52.

53. Teises kohtuotsuses [35] analüüsis EIK taas EIÕK artiklis 8 ette nähtud õigust perekonnaelu austamisele, tuletades meelde, et selle õigusnormi kohaldatavusele on iseloomulik „*de facto* perekondlike sidemete“ esinemine. Konkreetses olukorras, mille üle sellel kohtul tuli otsustada, leidis ta, et *kafalah*'l põhinev side ei erine perekonnaelust selle tavatähenduses, ilma et algsete perekondlike sidemete püsimine välistaks perekonnaelu olemasolu teiste isikutega. [36]

54. EIK oli siiski seisukohal, et Belgia ametiasutuste keeldumine lapsendamise võrdsustamisest *kafalah*'ga ei jätnud hagejaid ilma õigusest sellele, et tunnustatakse neid muul viisil omavahel ühendavat sidet (kõnesoleval juhul Belgia mitteametliku eestkoste institutsiooni kaudu). [37]

4. Kafalah *ning kohtuotsuste tunnustamine ja täitmine Euroopa Liidu õiguses*

55. Vaatamata määruse, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega Euroopa Liidus, [38] rööpsusele 1996. aasta Haagi konventsiooniga ei ole selles määruses *kafalah'd* nimetatud. [39]

56. Sellekohaste sätete puudumisele vaatamata nõustun ma kohtujurist Kokott'iga, et määruses nr 2201/2003 sätestatut võib tõlgendada 1996. aasta Haagi konventsiooni seisukohast, mille kohta annavad Lagarde'i aruande selgitused, mida ma eespool käsitlesin, tarvilikud juhtnöörid. [40]

57. Sellest eeldusest lähtudes võiks tunnistada võimalust, et ühe liikmesriigi õigusasutuse tunnustatud *kafalah*' õigusmõju võiks laieneda teise liikmesriiki vastavalt määrusele nr 2201/2003, mille artikli 1 lõikes 2 on viidatud „eestkosteõigusele ja suhtlusõigusele; […] eestkostele, hooldusele ja samalaadsetele instituutidele […]; sellise isiku või organi määramisele ja ülesannetele, kes vastutab lapse isiku või tema vara eest või esindab või abistab last“. Sama ei oleks aga võimalik teha lapsendamisega, sest selle määruse kohaldamisalast on välja jäetud „lapsendamisotsused [ja] lapsendamisega seotud ettevalmistavad meetmed“ (artikli 1 lõike 3 punkt b).

C. Mõiste „alaneja lähisugulane“ direktiivis 2004/38 (esimene eelotsuse küsimus)

1. Mõiste autonoomne tõlgendamine

58. Kas direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunktis c kasutatud tarindil „alaneja lähisugulane“ on liidu õiguses autonoomne tähendus? See on üks punkte, milles menetlusosaliste arvamused lahknevad. [41]

35 Kohtuotsus, 16.12.2014, Chbihi Loudoudi *vs*. Belgia (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

36 *Ibidem*, punktid 78 ja 79.

37 *Ibidem*, punktid 101 ja 102.

38 Nõukogu 27. novembri 2003. aasta määrus (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000 (ELT 2003, L 338, lk 1; ELT eriväljaanne 19/06, lk 243).

39 Artiklis 1, kus on määratletud määruse kohaldamisala, on nimetatud vanemlikku vastutust viitega eestkosteõigusele ja suhtlusõigusele; eestkostele, hooldusele ja samalaadsetele instituutidele; sellise isiku või organi määramisele ja ülesannetele, kes vastutab lapse isiku või tema vara eest või esindab või abistab last; lapse paigutamisega kasuperekonda või hooldeasutusse, ja meetmetele lapse kaitseks, mis käsitlevad lapse vara haldamist, säilitamist või käsutamist. Määruse kohaldamisalast on samamoodi nagu 1996. aasta Haagi konventsioonist kohe välja jäetud põlvnemise ja lapsendamise küsimused.

40 Ettepanek kohtuasjas Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:177, punkt 17: „[Lagarde'i aruanne] võib määruse nr 2201/2003 ettevalmistavaid materjale arvesse võtva ja süstemaatilise tõlgendamise raames omada kaudset tõendusjõudu selle kohta, kuidas tõlgendada määruse vastavaid sätteid. Seda seetõttu, et määruse hooldusõigust käsitlevad sätted põhinevad Haagi konventsiooni ettevalmistavatel materjalidel ja vastavad neile suures osas, samuti määruse kohaldamisala käsitlevad sätted, mida käesolevas asjas tõlgendada tuleb. Määruse sätteid ja vastavaid konventsiooni sätteid tuleb tõlgendada võimalikult ühetaoliselt ka seetõttu, et vältida erinevaid tulemusi olenevalt sellest, kas asjaolud on seotud muu liikmesriigi või kolmanda riigiga“.

41 Kui Poola ja Ühendkuningriigi valitsus väidavad, et selle mõiste määratlemine on liikmesriikide ainupädevuses, siis ülejäänud menetlusse astujad pooldavad selle mõiste kogu liidu jaoks autonoomset tõlgendamist.

59. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleneb „nii liidu õiguse ühetaolise kohaldamise nõudest kui ka võrdsuse põhimõttest […], et liidu õigusnorme, mis nende sisu ja ulatuse täpsustamiseks ei viita otseselt liikmesriikide õigusele, tuleb üldjuhul kogu Euroopa Liidus tõlgendada autonoomselt ja ühetaoliselt“. [42]

60. Euroopa Kohus on märkinud, et sellise tõlgenduse andmisel „tuleb arvesse võtta mitte ainult normi sõnastust, vaid ka konteksti ja asjaomase õigusakti eesmärki“. [43]

61. Lähtuvalt kontekstist, milles direktiivis 2004/38 väljendit „alaneja lähisugulane“ „pereliikmete“ konkreetse alamkategooriana kasutatakse, kaldun pooldama seisukohta, et see on liidu õiguses kontseptuaalselt autonoomne mõiste. Tegelikult usun ma, et see peakski olema reegliks, kui konkreetses õigusnormis, nagu siin, on sätestatud, et „[k]äesolevas direktiivis kasutatakse järgmisi mõisteid […]“.

62. Sellele pealdisele järgnevad mõisted on seega kohandatud väljendama, millises tähenduses vastavaid termineid „kasutatakse“ vägagi täpses liidu õiguse raamistikus (praegu direktiivis 2004/38). Terminiga kirjeldatud institutsiooni piiritlemiseks tuleb uurida selle iseseisvat tähendust liidu õiguse järgi, välja arvatud juhul, kui mõiste määratluses on viidatud liikmesriikide õigusele.

63. Direktiivi 2004/38 artiklis 2 on üks otsesõnu liikmesriikide õigusele viitamise näide: koos mõistega „abikaasa“ (punkti 2 alapunkt a) on nimetatud ära „partner, kellega liidu kodanik on sõlminud liikmesriigi õigusaktide kohaselt registreeritud kooselu“ (punkti 2 alapunkt b). Selles artiklis sätestatud mõisted, peale viimati nimetatud juhu, kordan, on sõltumatud nende käsitlusest liikmesriikide õiguses.

64. Euroopa Kohtu 5. juuni 2018. aasta kohtuotsus direktiivi 2004/38 artikli 2 mõiste „abikaasa“ [44] kohta võib heita mõningast valgust selle mõiste tõlgendamise autonoomiale, mis on metoodiliselt laiendatav mõistele „alaneja lähisugulane“.

65. Kuigi kohtuotsuses ei nimetata autonoomset tõlgendamist (erinevalt ettepanekust, milles kohtujurist kaldus seda kasutama) [45], on kindel, et Euroopa Kohus jõuab samale tulemusele: mõistel „abikaasa“ direktiivi 2004/38 tähenduses on oma tunnusjooned, [46] mille vastu „liikmesriik ei tohi oma riigisisesele õigusele tugined[a]“ [47] selleks, et keelduda tunnustamast direktiiviga antud elamisõigust.

66. Liidu õiguses ette nähtud õigusliku kategooria kasutamine ei tähenda siiski, et see kategooria on tingimata lahutatud samaväärsetest kategooriatest liikmesriikide õiguses. Seepärast tuleb arvestada seadustikke või seadusi, mis reguleerivad perekonnaõigust igas liikmesriigis (milles on pädevad liikmesriigid), et teha kindlaks, kas nende institutsioonid vastavad teatud direktiivi tähenduses selles direktiivis määratletud institutsioonidele.

42 18. oktoobri 2016. aasta kohtuotsus Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, punkt 28 ja seal viidatud kohtupraktika). Poola valitsus rõhutab määrsõna „üldjuhul“ kasutamist selles kohtupraktikas, kuid ei selgita, miks tuleks käesoleval juhul, vaatamata sellele, et direktiivi 2004/38 nimetatud sättes ei viidata otsesõnu liikmesriikide õigusele, üldreegli kohaldamine välistada.

43 27. septembri 2017. aasta kohtuotsus Nintendo (C-24/16 ja C-25/16, EU:C:2017:724, punkt 70 ja seal viidatud kohtupraktika). Sellele suundumusele on seoses direktiiviga 2004/38 viidanud kohtujuristid Bot ja Wathelet vastavalt oma ettepanekutes kohtuasjades Rahman jt (C-83/11, EU:C:2012:174, punkt 39) ja Coman jt (C-673/16, EU:C:2018:2, punktid 34 ja 35).

44 Kohtuasi Coman jt (C-673/16, EU:C:2018:385).

45 Kohtujurist Whatelet' ettepanek kohtuasjas Coman jt (C-673/16 EU:C:2012:174, punktid 33–42.

46 5. juuni 2018. aasta kohtuotsus Coman jt (C-673/16, EU:C:2018:385, punkt 35: „[…] tuleb kõigepealt rõhutada, et mõiste „abikaasa“ direktiivi 2004/38 tähenduses on sooneutraalne ja võib seega hõlmata asjaomase liidu kodaniku samasoolist abikaasat“.

47 *Ibidem*, punkt 36.

2. Alaneja lähisugulane direktiivis 2004/38

67. Direktiivi 2004/38 selle mõiste piiritlemise olulisust võib täheldada, kui analüüsida selle tagajärgi nende alaealiste laste riiki sisenemise ja riigis elamise õigusele, kes kuuluvad küll liidu kodanike perekonda (laias tähenduses), kuid ei kuulu nimetatud kategooriasse:

– „Alanejad lähisugulased, kes on alla 21-aastased või ülalpeetavad“, saavad *automaatselt*[48] sisenemis- ja elamisõiguse liikmesriigis, kus elavad nende ülenejad sugulased, kes on liidu kodanikud.

– Ülejäänud laiendatud perekonna liikmed, kellele on osutatud direktiivi 2004/38 artikli 3 lõikes 2, kes on samuti alaealised, peavad – tingimusel et nad vastavad teatavatele eelnevatele tingimustele[49] – läbima hindamise vastuvõtva liikmesriigi ametiasutuste poolt. Need asutused peavad selle hindamise tulemusel: i) kooskõlas oma õigusaktidega hõlbustama nende isikute riiki sisenemist ja seal elamist;[50] ii) uurima põhjalikult isikute olukorda ja iii) esitama neile võimaliku sisenemis- või elamiskeelu põhjendused.[51]

68. Nagu ma juba märkisin, ei kahtle eelotsusetaotluse esitanud kohus eriti selles, et SM kuulub sellesse teise kategooriasse. Veelgi enam, ta hoiatab Ühendkuningriigi ametiasutusi, kelle ülesanne on teha hindamine, et liidu õigus[52] kohustab neid *hõlbustama* alaealise lapse sisenemist Ühendkuningriiki. Ning eelkõige teatab ta neile, et „seda hinnates peavad otsustajad kas siseministeeriumis (Home Office) või apellatsioonisüsteemis silmas pidama, et direktiivi eesmärk on lihtsustada ja tugevdada vaba liikumise ja elamise õigust kõigi liidu kodanike jaoks, kusjuures liikumisvabadus on üheks siseturu põhivabaduseks. [Olla sunnitud elama] pereliikmetest või laiemas mõttes perekonna liikmetest eraldi võib olla oluliseks takistuseks selle vabaduse kasutamisel“.[53]

69. Kuna eelotsusetaotluse esitanud kohus ei ole selle võimalusega siiski rahul, soovib ta teada, kas *kafalah* alusel loodud suhe võiks SMi puhul olla samastatav lapsendamisest tuleneva põlvnemisega. Kui jah, siis oleks SMil direktiivi 2004/38 artikli 2 lõike 2 punktis c perekonnaelu suurema kaitse ja lapse parimate huvide kaitse tagatisena ette nähtud staatus.

70. Lähtun eeldusest (milles ei ole kahtlust), et direktiivis 2004/38 kasutatud mõiste „alanejad lähisugulased“ hõlmab nii bioloogilisi kui ka adoptiivlapsi. Lapsendamist käsitatakse õiguslikult igas mõttes põlvnemissuhtena.

48 Täiendit *automaatselt* tuleb täpsustada, sest direktiivi 2004/38 artiklis 10 on ette nähtud, et „[l]iidu kodanike pereliikmete elamisõigust, kes ei ole liikmesriigi kodanikud, tõendatakse dokumendi „Liidu kodaniku pereliikme elamisluba“ väljaandmisega“. Selle väljastamise tingimuseks on, et tuleb muude dokumentide hulgas esitada dokument, mis „tõendab perekondlikke sidemeid või registreeritud kooselu“ ja „artikli 2 lõike 2 punktide c [alanejad lähisugulased] ja d alla kuuluvatel juhtudel dokumentaalsed tõendid, et kõnealustes punktides sätestatud tingimused on täidetud“.

49 Mis on muu hulgas, et nad on ülalpeetavad või elavad koos liidu kodanikuga, kellel on elamisõigus, mis on nii käesolevas kohtuasjas.

50 Direktiivi 2004/38 artikli 3 lõike 2 esimene lõik. Nendel, kes on kolmandate riikide kodanikud ja kuuluvad laiendatud perekonda, on seega eelis, mis tuleneb nende perekondlikust suhtest liidu kodanikega, ning liikmesriigid peavad (ehkki mitte tingimusteta) hõlbustama nende riiki sisenemist ja seal elamist.

51 Direktiivi 2004/38 artikli 3 lõike 2 viimane lõik.

52 „Kuigi […] direktiivi 2004/38 artikli 3 lõige 2 ei kohusta liikmesriike tunnustama liidu kodaniku ülalpeetavate, laiemas tähenduses perekonna liikmete riiki sisenemise ja seal elamise õigust, ei muuda see tõsiasja, et nagu asjaomase artikli 3 lõikes 2 kindla kõneviisi olevikuvormi „hõlbustab” kasutamisest tuleneb, pannakse nimetatud sättes liikmesriikidele kohustus teataval määral soodustada liidu kodanikust erilises sõltuvussuhtes olevate isikute esitatud taotlusi võrreldes kolmanda riigi muude kodanike liikmesriiki sisenemise ja seal elamise taotlustega“. 5. septembri 2012. aasta kohtuotsus Rahman jt (C-83/11, EU:C:2012:519, punkt 21).

53 Eelotsusetaotluse punkt 21.

71. Ülevaade selle vaidluse sisu kõige lähemalt puudutavatest liidu õigusaktidest kinnitab seda väidet. Seega, kui direktiivis 2003/86/EÜ[54] määratakse kindlaks „perekonna taasühinemise õiguse kasutamise tingimused kolmandate riikide kodanikele, kes elavad seaduslikult liikmesriikide territooriumil“, siis laiendatakse seda õigust teatud tingimustel järgmistele isikutele:

„– perekonna taasühinemist taotleva isiku ning tema abikaasa alaealised lapsed, *sealhulgas lapsed, kes on adopteeritud* asjaomase liikmesriigi pädeva asutuse otsuse alusel […];

– perekonna taasühinemist taotleva isiku *alaealised lapsed, kaasa arvatud lapsendatud lapsed*, kui perekonna taasühinemist taotlev isik on nende eestkostja ning lapsed on tema ülalpidamisel […];

– abikaasa alaealised lapsed, *kaasa arvatud lapsendatud lapsed*, kui abikaasa on nende eestkostja ning lapsed on tema ülalpidamisel. […]“.[55]

72. Samamoodi on direktiivi 2011/95/EL[56] artikli 2 punktis j kvalifitseeritud rahvusvahelise kaitse taotleja pereliikmeteks „esimeses taandes osutatud paari või rahvusvahelise kaitse saaja *alaealised lapsed*, tingimusel et nad ei ole abielus, sõltumata sellest, kas nad on *siseriikliku õiguse tähenduses* sündinud abielust või väljaspool abielu *või lapsendatud*“. Seda määratlust on korratud määruse (EL) nr 604/2013[57] artikli 2 punktis g.

73. Teistes liidu õigusnormides on alanejatele lähisugulastele viidatud viitamisega direktiivile 2004/38[58] või vastava riigi õigusele.[59]

74. Kui sellest eeldusest lähtudes võiks *kafalah*'d liigitada üheks lapsendamisviisiks, siis võiks *makful* adoptiivlapsena saada teda oma hoole alla võtnud isikute „alanejaks lähisugulaseks“.

75. Selle samastamise kasuks osundab asja arutav kohus, keda toetavad mõned eelotsusemenetluse pooled,[60] eespool viidatud komisjoni teatist.[61]

76. Selle teatise punktis 2.1.2, mis käsitleb „otseliinis pereliikmeid“,[62] on tegelikult adopteerimise tulemusena tekkinud põlvnemissuhe võrdsustatud suhtega seadusjärgse alalise eestkostja ja tema eestkoste all oleva lapse vahel. Kui valida see kriteerium, siis võiks SMi kui teda oma hoole alla võtvate abikaasade seadusjärgse eestkoste all olevat alaealist last käsitada nende adoptiivtütrena.

54 Nõukogu 22. septembri 2003. aasta direktiiv perekonna taasühinemise õiguse kohta (ELT 2003, L 251, lk 12; ELT eriväljaanne 19/06, lk 224).

55 Direktiivi 2003/86 artikli 4 lõike 1 punktid b, c ja d (kohtujuristi kursiiv).

56 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. detsembri 2011. aasta direktiiv, mis käsitleb nõudeid, millele kolmandate riikide kodanikud ja kodakondsuseta isikud peavad vastama, et kvalifitseeruda rahvusvahelise kaitse saajaks, ning nõudeid pagulaste või täiendava kaitse saamise kriteeriumidele vastavate isikute ühetaolisele seisundile ja antava kaitse sisule (ELT 2011, L 337, lk 9).

57 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. juuni 2013. aasta määrus, millega kehtestatakse kriteeriumid ja mehhanismid selle liikmesriigi määramiseks, kes vastutab mõnes liikmesriigis kolmanda riigi kodaniku või kodakondsuseta isiku esitatud rahvusvahelise kaitse taotluse läbivaatamise eest (uuesti sõnastatud) (ELT 2013, L 180, lk 31).

58 Näiteks Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. detsembri 2006. aasta määrus (EÜ) nr 1931/2006, millega kehtestatakse maismaal liikmesriikide välispiiril toimuva kohaliku piiriliikluse eeskirjad ning muudetakse Schengeni konventsiooni sätteid (ELT 2006, L 405, lk 1), artikli 3 lõike 4 punkt i; Euroopa Parlamendi ja nõukogu 9. märtsi 2016. aasta määrus (EL) 2016/399, mis käsitleb isikute üle piiri liikumist reguleerivaid liidu eeskirju (Schengeni piirieeskirjad) (ELT 2016, L 77, lk 1), artikli 2 lõike 5 punkt a, või Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. mai 2016. aasta direktiiv (EL) 2016/801 kolmandate riikide kodanike teadustegevuse, õpingute, praktika, vabatahtliku teenistuse, õpilasvahetuseprogrammides või haridusprojektides osalemise ja *au pair*'ina töötamise eesmärgil riiki sisenemise ja seal elamise tingimuste kohta (ELT 2016, L 132, lk 21), artikli 3 punkt 24.

59 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta määrus (EÜ) nr 883/2004 sotsiaalkindlustussüsteemide kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 166, lk 1; ELT eriväljaanne 05/05, lk 72), artikli 1 punkt i.

60 Aire Centre, Choram Children Legal Centre, SM ja komisjon ise.

61 Punkt 28.

62 „Ilma et see piiraks liikmesriigi ametiasutuste otsuste tunnustamisega seotud küsimusi, hõlmab alanejate ja ülenejate lähisugulaste mõiste *lapsendatud lapsi ja seadusjärgse alalise eestkoste all olevaid alaealisi lapsi*. Direktiivist tulenevaid õigusi võib kohaldada ka ajutise eestkoste all olevate laste ja nende eestkostjate suhtes, kuid see sõltub iga konkreetse juhtumi puhul sidemete tugevusest. Piirangud lähedusastmele puuduvad, kuid liikmesriigi ametiasutused võivad nõuda tõendeid väidetavate perekondlike sidemete kohta“ (kohtujuristi kursiiv).

77. Arvan siiski, et see võrdsustamine ei ole kooskõlas direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunkti c sõnasõnalise tõlgendamisega. Lisaks ei ole ilmselt vaja meelde tuletada, et teatisel puudub normatiivne laad.

78. Minu arvates ei muuda „seadusjärgse alalise eestkostja eestkoste“ eestkoste all olevat alaealist last oma eestkostja alanejaks lähisugulaseks (lapsendamise teel). Selle samastamise vastu on palju põhjusi nii üldiselt kui ka konkreetselt SMi olukorras, kellele on kohaldatud *kafalah*'d, mis kehtib Alžeeria õiguses.

79. Abstraktselt võttes ei ole eestkostesuhe võrreldav põlvnemissuhtega. Pealegi võivad põlvnemissuhe (bioloogiline või adoptiivne) ja eestkoste esineda koos, kui eestkoste on antud muule isikule kui (bioloogilised või adoptiiv-) vanemad. Nagu väidab Saksamaa valitsus, on selleks, et neid saaks võrdsustada, tingimata vaja täielikku õiguslikku võrdväärsust.

80. Kui keskenduda kõnesolevale küsimusele sideme püsivuse seisukohast, isegi selle sisust sõltumata, siis on eestkoste (ja *a fortiori kafalah*) ajutine, mitte alaline institutsioon, kuna see kehtib ainult seni, kuni eestkostetav on alaealine. Seevastu põlvnemissuhe, isegi kui see põhineb mittetäielikul lapsendamisel, on kustumatu.

81. Lisaks on komisjoni teatise punkti 2.1.2 viimases lauses märgitud, et liikmesriigi ametiasutused võivad nõuda tõendeid väidetavate perekondlike sidemete kohta, mida võib teha ainult direktiivi 2004/38 artikli 3 lõikes 2 ette nähtud eelneva hindamise menetluses. Selline formaalsus ei ole aga laiendatav „alanejatele lähisugulastele“.

82. Jättes seega komisjoni teatise kõrvale, leian, et oluline tegur, mis eristab lapsendamist *kafalah*'st, ongi just nimelt põlvnemissuhe. Kui *kafalah* põlvnemissuhet ei loo, siis lapsendamine teeb seda alati, ka kergemas mittetäieliku lapsendamise vormis.

83. Samale tulemusele jõuab pärast eespool viidatud erinevate rahvusvaheliste õigusaktide[63] analüüsimist, mis reguleerivad ühelt poolt lapsendamist ja teiselt poolt niisuguseid alaealise lapse kaitse vorme nagu *kafalah*, ilma et need võimaldaksid siiski hetkekski neid kahte võrdsustada.

84. Lisaks tuleb arvesse võtta, et rangetest rahvusvaheliste lapsendamise järelevalve mehhanismidest, mis on lapse parimate huvide tagamiseks 1993. aasta Haagi konventsiooniga ette nähtud, saaks kergesti mööda minna,[64] kui seadusjärgse eestkoste viisi – millele just seepärast, et sellel ei ole samad õiguslikud tagajärjed, mis on lapsendamisel, eelneb ilma lapsendamisele omaste tagatisteta riigisisene menetlus (või ka *kafalah* puhul notariaalse *adul*'i juures, ilma et oleks isegi vaja ametivõimude sekkumist) – tunnistataks lapsendamisena.

85. See on eriti oluline, kui võtta arvesse, et Alžeeria ei ole ratifitseerinud kumbagi nendest kahest Haagi konventsioonist, mistõttu teda ei mõjuta rahvusvahelised õigusnormid, millega kehtestatakse kontrolli- ja tagatismehhanismid alaealiste laste kaitse meetmete suhtes, olgu need siis kasuperre paigutamine *kafalah*' kaudu või muud samaväärsed.

63 Käesoleva ettepaneku punktid 40–47.

64 Sellist seisukohta väljendavad Ühendkuningriigi valitsus (tema seisukohtade punkt 52 jj) ja Saksamaa valitsus (tema seisukohtade punkt 32 jj).

86. Tuleks meelde tuletada, et Alžeeria õigus, mille alusel SM anti üle *kafalah*' süsteemis, kus on niiviisi kasuperre paigutamine lubatud ja samal ajal *makful*'i lapsendamine keelatud, välistab nende kavatsetud võrdsustamise. Kusjuures see keeld ei kehti mitte ainult siis, kui lapsel, kelle põlvnemine on teada, säilib vanema ja lapse suhe oma ülenejate sugulastega, vaid ka ülejäänud juhtudel. *Kafil* või *kafila* saavad ainult *makful*'i seadusjärgse eestkoste, aga *kafalah* ei muuda viimast nende alanejaks lähisugulaseks. Ma ei näe seega võimalust, kui väga seda ka ei tahetaks, kaitsta seisukohta, et SM on oma kasuvanemate alaneja lähisugulane, kuivõrd need ta lapsendasid.[65]

87. Eespool esitatu ei välista, et pärast *kafalah*' seadmist *kafil* või *kafila* otsustab, kui ta peab kohaseks ja vastava riigi õiguskord seda lubab, *makful*'i lapsendada. See lahendus on kasutusele võetud mõnes liikmesriigis[66] ja võimaldaks minu arvates seda, et *makful*, kes hiljem lapsendatakse (s.o rahvusvahelise lapsendamise teel 1993. aasta Haagi konventsiooni alusel), omandab oma adoptiivvanemate alaneja lähisugulase staatuse ning võib selle alusel siseneda nende elukoha liikmesriiki ja seal elada.

88. Juba nimetatud erinevate liidu normatiivaktide, milles kasutatakse väljendit „pereliikmed" ja nimetatakse alaealisi lapsi, analüüs kinnitab, et mõistet „alaneja lähisugulane" ei saa laiendada lapsendatud lastest kaugemale ulatuvalt, mistõttu see hõlmaks ka neid lapsi, kes on oma eestkostjate seadusjärgse eestkoste all.

3. Mõju, mida õigus perekonnaelu austamisele ja lapse parimad huvid avaldavad direktiivi 2004/38 mõiste „alaneja lähisugulane" tõlgendamisele

89. (Vahe-) järeldus, millele ma eelnevates punktides jõudsin, peab läbima ka hartaga kaitstud õiguste ja põhimõtete filtri. Võiks nimelt mõelda, et tõlgendus, mida ma kaitsen, on liiga formaalne, ning et kohustus austada õigust perekonnaelule ja seada lapse parimad huvid „esikohale" (vastavalt harta artikkel 7 ja artikli 24 lõige 2) nõuab *kafalah*' ja lapsendamise võrdsustamist.

90. Selles analüüsis on asjakohane viidata taas kahele EIK kohtuotsusele,[67] milles tõlgendati EIÕK artiklit 8 (õiguse kohta perekonnaelu austamisele) seoses sellega, et selle konventsiooni vastavate osalisriikide ametivõimud keeldusid võrdsustamast *kafalah*'st tekkinud suhet lapsendamissuhtega.

a) Kafalah' *ja perekonnaelu kaitse*

91. Direktiivis 2004/38 on kehtestatud kaks võimalust selleks, et laps, kes ei ole liidu kodanik, saaks siseneda liikmesriiki ja seal elada koos isikutega, kellega tal on „perekonnaelu". Erinevus seisneb selles, et kui artikli 2 punkti 2 alapunkt c (alanejad lähisugulased) tähendab, et perekonnaelu järjepidevus toimib automaatselt,[68] siis artikli 3 lõige 2 nõuab eelnevat asjaolude kaalumist.

65 SM ise (s.t tema esindajad kohtus) kinnitab oma kirjalike seisukohtade punktis 56, et „Abielupaar M-i jaoks oleks vastuvõetamatu mitte täita (või eeldada, et nad ei täida) Alžeeria kohtus antud lubadust, et nad annavad SMile islamihariduse, ja ta Haagi [1993. aasta] konventsiooni alusel lapsendada, mis on Alžeerias seadusega keelatud".

66 Prantsusmaa puhul on EIK leidnud, et tsiviilseadustiku artiklis 370-3 („välisriigi alaealise lapse lapsendamist ei saa otsustada, kui tema isikliku õigusega on see institutsioon keelatud, välja arvatud juhul, kui alaealine laps on sündinud ja tema alaline elukoht on Prantsusmaal") sätestatud kollisiooninorm, mille kohaldamine Alžeeria *makful*'ide suhtes takistab nende adopteerimist Prantsusmaal, arvestades Alžeerias kehtivat keeldu, võiks võimaldada lapsendamist siis, kui alaealine laps on saanud Prantsuse kodakondsuse. Vt EIK 4. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus Harroudj *vs*. Prantsusmaa (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109, punkt 51).

67 4. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus Harroudj *vs*. Prantsusmaa (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109) ja 16. detsembri 2014. aasta kohtuotsus Chbihi jt *vs*. Belgia (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

68 Täpsustusega, mida juba rõhutati joonealuses märkuses 48.

92. Selles kohtuasjas nõudis SM Ühendkuningriigi ametivõimudelt, et talle „antaks sissesõiduluba kui EMP kodaniku lapsendatud lapsele“.[69] Kuid kui lapsendamise alusel õigus kõrvale jätta, võib riiki sisenemise ja riigis elamise taotluse rahuldada direktiivi 2004/38 artikli 3 lõikes 2 „muude pereliikmete“ jaoks ette nähtud korras, nagu eelotsusetaotluse esitanud kohus tunnistab. Veelgi enam, nimetatud kohtu kaalutlused, mis on eespool ära toodud, jätavad Ühendkuningriigi ametivõimudele vähe võimalust mitte anda SMile õigust Ühendkuningriiki siseneda ja seal elada, et elada perekonnaelu koos liidu kodanikega, kes on ta oma hoole alla võtnud.

93. Seetõttu ma ei mõista, miks peaks ühe võimaluse (alanejad lähisugulased) kõrvalejätmine tähendama, et perekonnaelu elamine on takistatud, kui teine võimalus (elamisloa andmine tingimusel, et kontrollitakse, et SM on elamisõigusega liidu kodaniku ülalpeetav või elab koos temaga) ei takista alaealisel lapsel saada selle sama perekonnaelu *tegelikku* õiguskaitset.

94. Tõsi on, et direktiivi 2004/38 artikli 2 punktis 2 ette nähtud automaatne tunnustamine tekitaks vähem raskusi. Kuid kui käesolevas asjas olulisest seisukohast takistavad seda tunnustamist käesoleval juhul tõlgendamisraskused (mis on minu arvates ületamatud), mida ma rõhutasin, ja samal ajal on alaealise lapse jaoks avatud niisugune mehhanism nagu selle direktiivi artikli 3 lõikes 2, siis olen seisukohal, et õigust perekonnaelule austatakse.

95. Analoogsele tulemusele jõudis EIK eespool nimetatud kohtuasjades. Kohtuotsuses Chbihi jt *vs*. Belgia[70] kinnitas ta kohtuasjas Harroudj *vs*. Prantsusmaa[71] tehtud kohtuotsusele viidates, et „artikkel 8 ei taga õigust luua perekond ega õigust lapsendada […]. See aga ei tähenda, et konventsiooni osalisriikides ei võiks esineda olukorda, kus tekib tegutsemiskohustus võimaldada perekondlike sidemete moodustamist ja arendamist“. Ja lisas, et „vastavalt EIK kohtpraktikast tulenevatele põhimõtetele peab riik juhtudel, kus on tõendatud, et eksisteerib perekondlik side lapsega, toimima nii, et võimaldada seda sidet arendada, ja tagama seadusliku kaitse, mis võimaldab lapse integreerimist perekonda“.

96. Selles kohtuasjas, millel on vaieldamatult paralleele käesoleva kohtuasjaga, tunnistati, et nõuetekohaselt (Marokos) seatud *kafalah* oli loonud *kafil*'ite ja *makful*'i vahel õigusliku seose. Kuna Belgias seda institutsiooni ei ole, oli selles riigis taotletud lapsendamine uus õiguslik olukord. EIK otsustas, et oli „vaja saavutada õiglane tasakaal isiku ja ühiskonna tervikuna konkureerivate huvide vahel“ ja et „riigil on teatav kaalutlusruum“.[72] Selle põhjal tuli tal „ennekõike kontrollida, kas Belgia kohtute otsused lapsendamist mitte lubada takistavad alaealise lapse ja teda *kafalah* alusel enda hoole alla võtnud isikute vahel õiget perekondlike sidemete kujunemist“.[73]

97. EIK järeldas, et „lapsendamistaotluse tagasilükkamine ei tähenda taotlejaid ühendava sideme mittetunnustamist. Tegelikult pakkus Belgia õigus taotlejatele teist võimalust nende perekonnaelule õiguskaitse andmiseks. Tegu oli mitteametliku eestkostemenetlusega, mille eesmärk oli piisavalt lähedane *kafalah*' eesmärgile […][74] ja mis võimaldab täiskasvanutele, et tunnustatakse nende kohustumist võtta alaealine laps enda hoolde ja kasvatada“.[75]

69 Eelotsusetaotluse punkt 13.

70 16. detsembri 2014. aasta kohtuotsus (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510, punkt 89).

71 4. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109).

72 16. detsembri 2014. aasta kohtuotsus (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510, punkt 92).

73 *Ibidem*, punkt 93.

74 EIK viitab sama kohtuotsuse punktidele 64 ja 65, milles ta kirjeldab mitteametlikku eestkostekorda, tuues ära Belgia tsiviilseadustiku artikli 475 *bis*: „Kui vähemalt 25-aastane isik kohustub alaealist last, kes ei ole iseseisvunud, ülal pidama, andma talle hariduse ja looma talle tingimused selleks, et ta saab ise endale elatist teenida, võib ta saada alaealise lapse mitteametlikuks eestkostjaks nende isikute kokkuleppega, kelle nõusolekut on alaealiste laste lapsendamiseks vaja“.

75 *Ibidem*, punkt 102.

b) Kafalah *ja lapse parimad huvid*

98. Vastavalt harta artikli 24 lõikele 2 tuleb lapsega seotud toimingutes, mida teevad avalik-õiguslikud asutused või eraõiguslikud institutsioonid, „esikohale seada“ lapse parimate huvide kaitse.

99. Kui nagu käesoleval juhul bioloogiliste vanemate poolt hüljatud lapse kaitse toimingud tehakse algselt kolmandas riigis (Alžeeria) ja tahetakse, et neil oleksid õiguslikud tagajärjed liidu liikmesriigis (Ühendkuningriik), peavad päritoluriigi ja vastuvõtva riigi ametivõimud oma kontrolli teostamisel juhinduma selle lapse parimatest huvidest, kuid eiramata seejuures eeskirju, mis võimaldavad ELi õiguses neid huvisid hinnata.

100. Parimate huvide hindamisel on kaks tahku: sisuline külg (mis sõltub mõistagi alaealise lapse olukorra asjaoludest) ja selle hindamise menetlusi puudutav külg.

101. Sisulisest küljest vastab lapse hooldamine perekonnas lapse parimate huvide kaitse nõuetele, nagu on otsustanud Euroopa Kohus: „Oma perekondliku olukorra tõttu eriti haavatavate laste püsiv ja pikaajaline lõimimine hooldusvanema koju ja perekonda on sobiv meede, et tagada lapse parimad huvid, nagu neid on tunnustatud Euroopa Liidu põhiõiguste harta artiklis 24“.[76]

102. Menetluslike aspektide suhtes tuletan siinkohal ainult meelde, kuidas on lapsendamis- ja vanemlike suhete tunnustamise konventsioonides, kui neis esineb rahvusvahelisi ühenduselemente, ja liidu enda õiguses, nende hindamismenetluste põhisisu ette nähtud.

103. Nendest konventsioonidest tuleks just selleks, et tagada lapse parimate huvide arvessevõtmine, rõhutada, et:

– 1993. aasta Haagi konventsioonis on rahvusvahelist lapsendamist reguleerides kehtestatud kahekordse kontrolli menetlus, milles osalevad nii päritolu- kui ka vastuvõtva riigi ametivõimud;[77]

– 1996. aasta Haagi konventsiooni artiklis 33 on samuti kehtestatud kahekordne mehhanism, nii et „[k]ui artiklite 5–10 alusel pädev asutus kavandab lapse paigutamist kasuperekonda või hooldeasutusse või lapse hooldamist *kafalah* või samalaadse institutsiooni poolt ja kui see paigutamine või hooldamine toimub teises osalisriigis, peab nimetatud asutus kõigepealt konsulteerima viimati nimetatud riigi keskasutuse või muu pädeva asutusega.“.[78]

104. Analoogses, aga ainult liidu õigusnormidega piiritletud olukorras, kui lapse kasuperekonda paigutamisel ühes liikmesriigis peavad olema õiguslikud tagajärjed teises liikmesriigis, on määruse nr 2201/2003 artiklis 56 ette nähtud kontrollimenetlus, milles osalevad mõlema liikmesriigi ametiasutused.[79]

76 20. novembri 2018. aasta kohtuotsus Sindicatul Familia Constanța jt (C-147/17, EU:C:2018:926, punkt 71). See kohtuasi puudutas ühte Rumeenia institutsiooni, mille „eesmärk on lõimida hooldusvanema hoole alla antud laps püsivalt ja pikaajaliselt hooldusvanema koju ja perekonda“ (punkt 62). Selliste tunnustega hooldamine perekonnas on lapse eest hoolitsemise poolest *kafalah*'ga sarnase sisuga.

77 Artiklid 4 ja 5 ning artikkel 14 jj.

78 Selle punktis 2 on lisatud, et „[t]aotlev riik võib teha kasuperekonda paigutamise või hoolekande määramise otsuse ainult siis, kui taotluse saanud riigi keskasutus või muu pädev asutus on lapse huve arvestades sellega nõustunud“. Koostöö eri riikide ametiasutuste vahel on väga oluline, sest arvestades üldreeglit, et osalisriigi ametiasutuste võetud meetmeid tunnustatakse automaatselt, on keeldumine lubatud muu hulgas juhul, kui ei ole järgitud artikli 33 menetlust (niimoodi 1996. aasta Haagi konventsiooni artikkel 23).

79 „Määruse artikli 56 lõike 2 eesmärk on esiteks võimaldada taotluse saanud riigi pädevatel asutustel anda nõusolek lapse vastuvõtmiseks või see andmata jätta ning teiseks taotleva riigi kohtutel veenduda enne lapse hooldeasutusse paigutamise otsustamist selles, et taotluse saanud riigis on võetud meetmeid lapse paigutamiseks hooldeasutusse selles riigis. […] Taotluse saanud riigi pädev asutus peab olema andnud nõusoleku paigutamiseks enne seda, kui taotleva riigi kohus teeb paigutamise kohta otsuse. Nõusoleku saamise kohustuslikkust rõhutab see, et vastavalt määruse artikli 23 punktile g ei tunnustata vanemlikku vastutust käsitlevat kohtuotsust, kui ei ole järgitud artiklis 56 sätestatud menetlust“. 26. aprilli 2012. aasta kohtuotsus Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, punktid 80 ja 81).

105. Osutan nendele õigusnormidele, et rõhutada lapse parimate huvide kaitse iseloomulikku joont käesoleva kohtuasjaga sarnastel juhtudel, nimelt, et selle hindamine on mõlema menetluses osaleva liikmesriigi ametiasutuste ülesanne, kelle kohus on teha eelnevat kontrolli.

106. Direktiivi 2004/38 raames aga saab selle tagatise säilitada ainult siis, kui järgida selle artikli 3 lõikes 2 pakutud võimalust, mis annab piisava õigusliku raamistiku selleks, et laste kaitse oleks tõhus kogu liidus, ühitades samal ajal eestkosteinstitutsiooni (*kafalah*) algsed eesmärgid õigusega perekonnaelu austamisele.

107. Seevastu, kui nõustuda direktiivi 2004/38 artikli 2 punktis 2 ette nähtud automaatse tunnustamisega, siis saaks teostada järelevalvet ainult tagantjärele, mis annaks paradoksaalse tulemuse: niisuguses riigis nagu Alžeeria, kes ei ole 1996. aasta Haagi konventsiooni ratifitseerinud, kokku lepitud *kafalah*'l oleks vahetu õigusmõju (ilma et vastuvõtva riigi ametiasutused saaksid lapse parimaid huvisid eelnevalt hinnata), samas kui selle konventsiooni osalisriikide otsused tuleb esitada vastuvõtva riigi ametiasutustele heakskiitmiseks.

108. Kokkuvõttes nõuab niisugustel asjaoludel nagu käesolevas asjas lapse parimate huvide „esikohale seadmine", et selle *ad casum* hindamine viiakse läbi vastavalt teistsugusele eelneva hindamise menetlusele kui see, mida kohaldatakse alanejate lähisugulaste suhtes.[80]

D. Teine eelotsuse küsimus

109. Eelotsusetaotluse esitanud kohtul on vaja välja selgitada, kas direktiiviga 2004/38, eriti selle artiklitega 27 ja 35 on lubatud keelata *kafalah*' alusel hoole alla võetud lastel riiki siseneda, kui nad on kuritarvitamise, väärkohtlemise või inimkaubanduse ohvrid või neil on oht selleks saada.

110. Direktiivi 2004/38 artikliga 27 on lubatud piirata liidu kodanike või nende pereliikmete liikumis- ja elamisvabadust „avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides".

111. Kuna käesoleval juhul võib SMi kui *makful*'i pidada ta enda hoole alla võtnud abikaasade (liidu kodanikud) laiendatud perekonna liikmeks, ei takista põhimõtteliselt miski, et mängu tuleb artikkel 27. Sama kehtiks nende abikaasade, liidu kodanike puhul, kelle liikumis- ja elamisvabadust võib piirata avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise huvides.[81]

112. Eelotsusetaotluses ei ole siiski mingeid andmeid, mille põhjal saaks kahtlustada, millistele avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise kaalutlustele saaks käesolevas kohtuasjas tugineda.[82] Asja arutav kohus viitab alaealistele lastele, kes on „kuritarvitamise, väärkohtlemise või inimkaubanduse ohvrid või neil on oht selleks saada",[83] kuid – kui need põhjused esinevad – siis võiks Ühendkuningriiki sisenemise ja seal elamise õiguse võimalikud piirangud seada nende raskete rikkumiste toimepanijatele (mitte nende ohvritele, kui tegu on alaealiste lastega, nagu SM).[84]

80 Nende lapsendamisel on lapse parimaid huvisid juba hinnatud vastavalt lapsendamise jõustamise menetluseeskirjadele vastava riigi õigusaktide raames (või, kui tegu on rahvusvahelise lapsendamisega, 1993. aasta Haagi konventsiooni raames).

81 Loogiliselt on liikumis- ja elamisvabaduse niisuguse piiramise tingimuseks, et on täidetud ranged nõuded, mis on kehtestatud Euroopa Kohtu praktikas.

82 See ei tähenda, et see eelotsuse küsimus on vastuvõetamatu, nagu on mõned pooltest väitnud, sest ainult eelotsusetaotluse esitanud kohtul on võimalik teada, kas kohtuvaidluse faktilised asjaolud on selle küsimuse esemega seotud.

83 Eelotsusetaotluse punkt 30.

84 Direktiivi 2004/38 põhjendus 23 nõuab, et väljasaatmismeetme kohaldamiseks tuleb silmas pidada proportsionaalsuse põhimõtet, „et võtta arvesse asjaomaste isikute integreerumise astet, vastuvõtvas liikmesriigis elamise kestust, nende vanust, tervislikku seisundit, perekondlikku ja majanduslikku olukorda ning sidemeid päritoluriigiga".

113. Direktiivi 2004/38 artikli 35 kohaselt on liikmesriikidel lubatud „[õ]iguste kuritarvitamise või pettuse […] puhul [võtta meetmed] käesolevast direktiivist tulenevate õiguste lõpetamiseks, kehtetuks tunnistamiseks või nendest keeldumiseks“. Selle loa ulatus on väga lai: see hõlmab nii *ex ante* meetmeid (õiguse andmisest keeldumine) kui ka *ex post* meetmeid (juba antud õiguste lõpetamine ja tühistamine). Mõlemal juhul piisab sellest, et esineb õiguste kuritarvitamine või pettus, tingimusel et seda on eelnevalt igal üksikjuhul eraldi kontrollimisega tõendatud. [85]

114. Kuigi selles sättes on konkreetseks õiguste kuritarvitamise või pettuse näiteks toodud „fiktiivabielud“, ei välista see muid juhtusid. Tegelikult on direktiivi 2004/38 põhjenduses 28 need fiktiivabielud võrdsustatud „muude suhtevormide[ga], mis on sõlmitud üksnes selleks, et kasutada vaba liikumise ja elamise õigust“.

115. Kuritarvitamise kategooriasse võib kuuluda, nagu märgib Aire Centre, [86] alaealiste laste ärakasutamine, millele on viidatud direktiivis 2011/36. [87] Inimkaubanduse fenomen hõlmab mitmesuguseid ärakasutamise viise, millest mõnda võib – juhul kui see puudutab alaealisi lapsi – ebaseaduslik adopteerimine soosida. [88]

116. Lapse hoole alla võtmine on *petturlik*, kui selle *kafalah*’ õigusliku vormi katte all varjatud tegelik eesmärk on lapse toimetamine ühest riigist teise lapse ärakasutamiseks [mis hõlmab] „seksuaalse ärakasutamise vorme, sunniviisilist tööd või pealesunnitud teenuseid, sealhulgas kerjamist, orjust või muid samalaadseid tingimusi, sunnitööd, ärakasutamist kuritegelikuks tegevuseks või elundite eemaldamist“. [89]

117. Niisugustel asjaoludel oleks vastuvõtva riigi ametiasutustel õigus võtta kuritarvitamisele või pettusele reageerimiseks direktiivi 2004/38 artiklis 35 nimetatud „vajalikke meetmeid“. Samamoodi nagu selle direktiivi artikli 27 kohta, ei ole eelotsusetaotluses mingeid andmeid, mis sunniksid võtma neid meetmeid SMi puhul.

E. Liikmesriigi kontroll menetluse suhtes, millega on antud alaealise lapse suhtes eestkoste- või hooldusõigus

118. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib kokkuvõttes teada, kas Ühendkuningriigi ametivõimud võivad enne SMi olukorras oleva alaealise lapse tunnistamist „alanejaks lähisugulaseks“ direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunkti c tähenduses, uurida või kontrollida (*enquire*), kas „menetluses, millega seati laps […] eestkoste või hoolduse alla, võeti piisavalt arvesse selle alaealise lapse parimaid huve“.

119. Kuna aga minu arvates ei ole SMi olukorras täidetud eeldus, millel see küsimus rajaneb, st SMi ei saa kvalifitseerida alanejaks lähisugulaseks selle õigusnormi tähenduses, siis ei ole tingimata vaja sellele küsimusele vastata.

120. Veelgi enam, kui tunnistada, et SM on *kafalah*’le omaste perekondlike sidemete alusel alaneja lähisugulase staatuses, ja et seega tuleb tema liikmesriiki sisenemise õigust, mis on nendel isikutel vastavalt direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunktile c, tunnustada *automaatselt*, siis ei oleks võimalik teostada *kontrolli* (*enquire*), mida eelotsusetaotluse esitanud kohtu kahtlused puudutavad.

85 Vt 18. detsembri 2014. aasta kohtuotsus McCarthy (C-202/13, EU:C:2014:2450, punktid 43–58) direktiivi 2004/38 artikli 35 kohaldamise tagatiste ja piirangute kohta.

86 Tema kirjalike seisukohtade punktid 76 ja 77.

87 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 5. aprilli 2011. aasta direktiiv, milles käsitletakse inimkaubanduse tõkestamist ja sellevastast võitlust ning inimkaubanduse ohvrite kaitset ja millega asendatakse nõukogu raamotsus 2002/629/JSK (ELT 2011, L 101, lk 1).

88 „Ebaseaduslikku adopteerimist või sundabielu“ on nimetatud direktiivi 2011/36 põhjenduses 11.

89 Need on direktiivi 2011/36 artikli 2 lõikes 3 mitteammendavalt loetletud ärakasutamise vormid.

121. See kontrollimine on seevastu võimalik, kui aktsepteerida direktiivi 2004/38 artikli 3 lõikes 2 sätestatut vahendina selleks, et hõlbustada alaealise lapse Ühendkuningriiki sisenemist ja seal elamist, võimaldades tal elada perekonnaelu koos liidu kodanikega, kes on ta oma hoole alla võtnud.

122. Nimelt peavad Ühendkuningriigi pädevad asutused pereliikmete „olukorra põhjalikul uurimisel“, nagu näeb ette selle artikli viimane taane, „seadma esikohale“ lapse parimad huvid. Ilma et oleks vaja korrata seda, mida ma väljendasin viimati nimetatu kohta esimese küsimuse analüüsimisel,[90] tuleb selles arvessevõtmises muu hulgas kontrollida alaealise lapse hoole alla võtmise sisulisi ja menetluslikke asjaolusid.

VII. Ettepanek

123. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Supreme Court of the United Kingdomile (Ühendkuningriigi kõrgeim kohus) järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/38/EÜ, mis käsitleb Euroopa Liidu kodanike ja nende pereliikmete õigust liikuda ja elada vabalt liikmesriikide territooriumil ning millega muudetakse määrust (EMÜ) nr 1612/68 ja tunnistatakse kehtetuks direktiivid 64/221/EMÜ, 68/360/EMÜ, 72/194/EMÜ, 73/148/EMÜ, 75/34/EMÜ, 75/35/EMÜ, 90/364/EMÜ, 90/365/EMÜ ja 93/96/EMÜ, artikli 2 punkti 2 alapunkti c tuleb tõlgendada nii, et alaealist last, kes on liidu kodaniku seadusjärgse eestkoste all ainult Alžeeria Vabariigis kehtiva institutsiooni *recueil legal (kafalah)* alusel, ei saa kvalifitseerida liidu kodaniku „alanejaks lähisugulaseks“.

   Nimetatud alaealist last võib siiski kvalifitseerida „muuks pereliikmeks“, kui on täidetud ülejäänud nõuded, ja pärast seda, kui on läbi viidud direktiivi 2004/38 artikli 3 lõikes 2 ette nähtud menetlus, ning vastuvõttev liikmesriik peab pärast perekonnaelu kaitse ja lapse parimate huvide kaitse kaalumist hõlbustama kooskõlas oma riigisiseste õigusaktidega alaealise lapse sellesse riiki sisenemist ja seal elamist.

2. Direktiivi 2004/38 artikleid 27 ja 35 võib kohaldada kõikidel selles direktiivis nimetatud juhtudel, kui esinevad vastavalt avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise põhjused, ning samuti õiguse kuritarvitamise või pettuse korral.

3. Vastuvõtva liikmesriigi ametivõimud võivad direktiivi 2004/38 artikli 3 lõike 2 kohaldamisel kontrollida, kas menetluses, millega anti eestkoste- või hooldusõigus, võeti nõuetekohaselt arvesse lapse parimaid huve.

90 Käesoleva ettepaneku punktid 58–108.