Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MACIEJ SZPUNAR
esitatud 20. mail 2014[1]

Kohtuasi C-202/13

Sean Ambrose McCarthy
Helena Patricia McCarthy Rodriguez
Natasha Caley McCarthy Rodriguez
versus
Secretary of State for the Home Department

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Ühendkuningriik))

Sisenemisõigus ja lühiajalise elamise õigus — Kolmanda riigi kodanik, kes on liidu kodaniku pereliige ja kellel on liidu liikmesriigi elamisluba — Liikmesriigi õigusnormid, mis seavad riigi territooriumile sisenemise sõltuvusse eelnevast sissesõiduloa saamisest

Sisukord

I. Sissejuhatus 3

II. Õiguslik raamistik 3

A. Liidu õigus 3

1. Euroopa Liidu toimimise leping 3

2. Protokoll nr 20 3

3. Direktiiv 2004/38 4

4. Määrus (EÜ) nr 539/2001 5

5. Määrus (EÜ) nr 562/2006 5

B. Siseriiklik õigus 6

III. Põhikohtuasja faktilised asjaolud 7

1 — Algkeel: prantsuse.

IV. Eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus 9

V. Analüüs 9

A. Direktiivi 2004/38 kohaldatavus 10

1. Sissejuhatavad märkused ja kohtuasja erisused 10

2. Tuletatud elamisõiguse analüüs Euroopa Kohtu hiljutises praktikas 11

3. Direktiivi 2004/38 kohaldatavus olukorras, kus liidu kodanik, kes on tegelikult ja eelnevalt kasutanud liikumisvabadust, siirdub oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki 13

a) Direktiivi 2004/38 laiema tõlgenduse teleoloogiline põhjendus 13

i) Kui liidu kodaniku päritoluliikmesriik ja kodakondsusjärgne liikmesriik ei lange kokku 14

ii) Liidu kodanike erinevad liikumissuunad 15

b) Lühike meeldetuletus tuletatud elamisõigust käsitleva asjakohase kohtupraktika teemal . . 15

c) Vahejäreldus 17

4. Direktiivi 2004/38 kohaldatavus olukorras, kus liidu kodanik, kes tegelikult kasutab vaba liikumise õigust, elades vastuvõtvas liikmesriigis, kasutab seda samaaegselt selleks, et siirduda oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki: sisenemisõigus ja lühiajalise elamise õigus . . 17

a) Liikumisvabaduse kasutamine vastuvõtvas liikmesriigis, kui isik elab samal ajal liikmesriigis, mille kodakondsus on liidu kodanikul 18

b) Liikumisvabaduse kasutamine pärast tegelikku vastuvõtvas liikmesriigis elamist ja sellega samaaegne sisenemisõiguse ja lühiajalise elamise õiguse kasutamine liikmesriigis, mille kodakondsus on liidu kodanikul 18

c) Vahejäreldus 20

B. Nende meetmete identifitseerimine, mida saab kasutada direktiivi 2004/38 artikli 35 alusel 20

1. Mõiste „õiguste kuritarvitamine” Euroopa Kohtu asjassepuutuvas praktikas 21

2. Direktiivi 2004/38 artikli 35 tõlgendamine Euroopa Kohtu praktikat arvestades 22

3. Ühendkuningriigi vastuväited 24

C. Protokoll nr 20 26

VI. Ettepanek 27

I. **Sissejuhatus**

1. Liikmesriik kohaldas ja hoidis jõus üldist rakendusmeedet, mille kohaselt nõuti kolmandate riikide kodanikelt, kes on liidu kodaniku pereliikmed ja soovivad siseneda nimetatud liikmesriiki, et neil oleks selle riigi antud sissesõiduviisa.

2. Käesolevas kohtuasjas on Euroopa Kohtule esmakordselt esitatud eelotsusetaotlus esiteks direktiivi 2004/38/EÜ[2] artikli 35 ja teiseks Euroopa Liidu toimimise lepingule (EL toimimise leping) lisatud protokolli nr 20[3] artikli 1 tõlgendamise kohta.

3. Sellele küsimusele vastamiseks tuleb Euroopa Kohtul eelkõige langetada otsus direktiivi 2004/38 kohaldatavuse kohta kolmanda riigi kodaniku suhtes, kes elab koos oma abikaasa ja tütrega (mõlemad liidu kodanikud) muus liikmesriigis kui viimatinimetatute kodakondsusjärgne riik ning kes soovib neid saata lühiajalisel reisil nende kodakondsusjärgsesse liikmesriiki. Ehkki tegemist on küsimusega, mis seondub otseselt Euroopa Kohtu hiljutises otsuses O ja B[4] käsitletuga, ei tundu lahendus, mille juurde nimetatud kohtuotsuses jäädi, käesoleva kohtuasja asjaolusid arvestades rahuldav. Pakun seega välja üldisema lahenduse, mis võimaldab tagada sidususe EL toimimise lepingu ja direktiivi 2004/38 kohaldamisalade osas.

II. **Õiguslik raamistik**

A. *Liidu õigus*

1. Euroopa Liidu toimimise leping

4. ELTL artikli 20 lõikega 1 on kehtestatud liidu kodakondsus ja ette nähtud, et „[i]ga isik, kellel on mõne liikmesriigi kodakondsus”, on liidu kodanik. Vastavalt artikli 20 lõike 2 punktile a on liidu kodanikel „õigus vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil”.

5. ELTL artikli 21 lõikes 1 on lisatud, et see õigus on olemas juhul, „kui aluslepingutega ja nende rakendamiseks võetud meetmetega kehtestatud piirangutest ja tingimustest ei tulene teisiti”.

2. Protokoll nr 20

6. Protokolli nr 20 artiklis 1 on sätestatud:

„Olenemata Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklitest 26 ja 77, mis tahes muust selle lepingu või Euroopa Liidu lepingu sättest, nende lepingute alusel võetud meetmest, liidu või liidu ja selle liikmesriikide poolt ühe või mitme kolmanda riigiga sõlmitud rahvusvahelisest lepingust, on Ühendkuningriigil õigus teostada oma piiridel teiste liikmesriikidega sellist kontrolli Ühendkuningriiki siseneda soovivate isikute suhtes, nagu ta võib pidada vajalikuks, selleks et:

a) kontrollida liikmesriikide kodanike ning nende liidu õigusega antud õigusi kasutavate ülalpeetavate, samuti Ühendkuningriiki siduva lepinguga sellised õigused saanud teiste riikide kodanike õigust siseneda Ühendkuningriiki ja

2 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiiv 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 (ELT L 158, lk 77; ELT eriväljaanne 05/05, lk 46).

3 — Protokoll Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 26 teatavate aspektide kohaldamise kohta Ühendkuningriigi ja Iirimaa suhtes.

4 — C-456/12, EU:C:2014:135.

b) otsustada, kas teistele isikutele Ühendkuningriiki sisenemise luba anda või mitte.

Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklid 26 ja 77 või mõni muu selle lepingu või Euroopa Liidu lepingu säte või nende lepingute alusel võetud meede ei piira Ühendkuningriigi õigust kehtestada või teostada sellist kontrolli. Viited Ühendkuningriigile käesolevas artiklis hõlmavad territooriume, mille välissuhete eest vastutab Ühendkuningriik."

3. Direktiiv 2004/38

7. Direktiivi põhjendusest 5 tuleneb, et selleks, „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".

8. Vastavalt direktiivi 2004/38 põhjendusele 28 „[peaks liikmesriikidel olema võimalus võtta vastu vajalikke meetmeid], et pakkuda kaitset õiguste kuritarvitamise või pettuste, nimelt fiktiivabielude või muude suhtevormide vastu, mis on sõlmitud üksnes selleks, et kasutada vaba liikumise ja elamise õigust".

9. Mis puudutab direktiivi 2004/38 isikulist kohaldamisala, siis on direktiivi artikli 3 „Soodustatud isikud" lõikes 1 sätestatud:

„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."

10. Seoses liidu kodanike ja nende kolmandate riikide kodanikest pereliikmete sisenemisõigusega on direktiivi 2004/38 artikli 5 lõigetes 1 ja 2 sätestatud:

„1. Ilma et see piiraks siseriikliku piirikontrolli suhtes kohaldatavate, reisidokumente käsitlevate sätete kohaldamist, annavad liikmesriigid liidu kodanikele loa siseneda nende territooriumile kehtiva isikutunnistuse või passiga ning nende pereliikmetele, kes ei ole liikmesriigi kodanikud, loa siseneda nende territooriumile kehtiva passiga.

Liidu kodanikelt ei või nõuda sissesõiduviisat ega muid samaväärseid formaalsusi.

2. Pereliikmetelt, kes ei ole liikmesriigi kodanikud, nõutakse üksnes määrusele (EÜ) nr 539/2001 või, kui see on asjakohane, liikmesriigi õigusele vastavat sissesõiduviisat. Käesoleva direktiivi kohaldamisel vabastab artiklis 10 nimetatud kehtiv elamisluba sellised pereliikmed viisanõudest.

Liikmesriigid annavad sellistele isikutele kõik võimalused vajalike viisade omandamiseks. Sellised viisad antakse tasuta ja võimalikult kiiresti, kiirendatud menetlusega."

11. Mis puudutab liidu kodaniku kolmanda riigi kodanikest pereliikmete elamisõigust ja neile elamisloa andmist, siis on selle direktiivi artiklis 10 sätestatud, et:

„1. Liidu kodanike pereliikmete elamisõigust, kes ei ole liikmesriigi kodanikud, tõendatakse dokumendi „Liidu kodaniku pereliikme elamisluba" väljaandmisega hiljemalt kuue kuu jooksul alates taotluse esitamise kuupäevast. Elamisloa taotlemise tõend antakse välja viivitamata.

2. Elamisloa väljaandmiseks nõuavad liikmesriigid järgmiste dokumentide esitamist:

a) kehtiv pass;

b) dokument, mis tõendab perekondlikke sidemeid või registreeritud kooselu;

c) registreerimistunnistus või registreerimissüsteemi puudumise korral muu tõend selle kohta, et liidu kodanik, kellega nad on kaasas või ühinevad, elab vastuvõtvas liikmesriigis;

d) artikli 2 lõike 2 punktide c ja d alla kuuluvatel juhtudel dokumentaalsed tõendid, et kõnealustes punktides sätestatud tingimused on täidetud;

e) artikli 3 lõike 2 punkti a alla kuuluvatel juhtudel päritoluriigi või lähteriigi asjaomase asutuse väljaantud dokument, mis tõendab, et nad on liidu kodaniku ülalpeetavad või leibkonna liikmed, või tõend tõsiste tervislike põhjuste kohta, mis nõuavad vältimatult, et liidu kodanik peab pereliiget isiklikult hooldama;

f) artikli 3 lõike 2 punkti b alla kuuluvatel juhtudel tõend püsiva suhte kohta liidu kodanikuga."

12. Vastavalt direktiivi 2004/38 artiklile 11 on artikli 10a alusel antud elamisloa kehtivusaeg reeglina viis aastat. Artiklites 12–15 on sätestatud liidu kodaniku pereliikmete elamisõiguse säilitamist ja selle kaotamist reguleerivad normid.

13. Mis puudutab meetmete võtmist direktiivist 2004/38 tulenevate õiguste kuritarvitamise vastu, siis on artiklis 35 sätestatud:

„Õiguste kuritarvitamise või pettuse, näiteks fiktiivabielude puhul võivad liikmesriigid vastu võtta vajalikud meetmed käesolevast direktiivist tulenevate õiguste lõpetamiseks, kehtetuks tunnistamiseks või nendest keeldumiseks. Sellised meetmed peavad olema proportsionaalsed ja nende suhtes peab saama kohaldada artiklites 30 ja 31 sätestatud menetluslikke tagatisi."

4. Määrus (EÜ) nr 539/2001

14. Määruse (EÜ) nr 539/2001[5] põhjenduses 4 on märgitud, et „Euroopa Liidu lepingule ja Euroopa Ühenduse asutamislepingule lisatud Ühendkuningriigi ja Iirimaa seisukohta käsitleva protokolli artikli 1 kohaselt ei osale Iirimaa ja Ühendkuningriik käesoleva määruse vastuvõtmises. Sellest tulenevalt ning ilma et see piiraks eespool nimetatud protokolli artikli 4 kohaldamist, ei kohaldata käesoleva määruse sätteid Iirimaa ega Ühendkuningriigi suhtes."

5. Määrus (EÜ) nr 562/2006

15. Määrusega (EÜ) nr 562/2006[6] on nähtud ette kontrolli puudumine isikute suhtes Euroopa Liidu liikmesriikide vaheliste sisepiiride ületamisel ja selles on sätestatud normid, mida kohaldatakse Euroopa Liidu liikmesriikide välispiiri ületamisel isikute suhtes teostataval piirikontrollil. Vastavalt määruse põhjendusele 27 on see määrus „nende Schengeni *acquis*' sätete edasiarendus, milles Ühendkuningriik ei osale vastavalt nõukogu 29. mai 2000. aasta otsusele 2000/365/EÜ Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi taotluse kohta osaleda teatavates Schengeni *acquis*' […] sätetes. Ühendkuningriik ei osale seetõttu selle vastuvõtmises ja see ei mõjuta teda."

5 — Nõukogu 15. märtsi 2001. aasta määrus (EÜ) nr 539/2001, milles loetletakse kolmandad riigid, kelle kodanikel peab välispiiride ületamisel olema viisa, ja need kolmandad riigid, kelle kodanikud on sellest nõudest vabastatud (EÜT L 81, lk 1; ELT eriväljaanne 19/04, lk 65).

6 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 15. märtsi 2006. aasta määrus (EÜ) nr 562/2006, millega kehtestatakse isikute üle piiri liikumist reguleerivad ühenduse eeskirjad (Schengeni piirieeskirjad) (ELT L 105, lk 1).

B. *Siseriiklik õigus*

16. Seoses sisenemisõigusega, mida evib kolmanda riigi kodanik, kes on liidu kodaniku pereliige, sätestavad 2006. aasta määruse sisserände kohta (Euroopa Majanduspiirkond) (Immigration (European Economic Area) Regulations 2006; edaspidi „sisserändemäärus") artikli 11 lõiked 2–4 järgmist:

„2. Isikul, kes ei ole EMP kodanik, tuleb lubada siseneda Ühendkuningriiki, kui ta on EMP kodaniku pereliige, Ühendkuningriigis elamise õigust omav pereliige või Ühendkuningriigis vastavalt artiklile 15 alalist elamisõigust omav isik ja kui ta esitab saabumisel:

a) kehtiva passi ja

b) EMP kodaniku pereliikme sissesõiduloa, elamisloa või alalise elamisloa.

3. Immigratsiooniametnik ei tohi lüüa templit sellise isiku passi, kellel on käesoleva artikli alusel lubatud siseneda Ühendkuningriiki ja kes ei ole EMP kodanik, kui see isik esitab elamisloa või alalise elamisloa.

4. Enne kui immigratsiooniametnik keelab isikul käesoleva artikli alusel Ühendkuningriiki siseneda, kuna isik ei esita saabumisel lõikes 1 ja 2 nimetatud dokumente, peab immigratsiooniametnik andma isikule kõik mõistlikud võimalused kõnealuse dokumendi hankimiseks või laskma selle endale mõistliku aja jooksul tuua või tõendada muul viisil, et isik on:

a) EMP kodanik;

b) EMP kodaniku pereliige, kellel on õigus olla selle kodanikuga kaasas või ühineda temaga Ühendkuningriigis, või

c) pereliige, kellel on Ühendkuningriigis elamise õigus, või isik, kellel on Ühendkuningriigis alalise elamise õigus […]."

17. Sisserändemääruse artiklis 11 käsitletud EMP kodaniku pereliikme sissesõiduloa andmise kohta on selle määruse artikli 12 lõigetes 1, 4 ja 5 sätestatud järgmist:

„1. Taotlusi läbivaatav ametnik peab andma EMP kodaniku pereliikme sissesõiduloa seda taotlevale isikule, kui see isik on EMP kodaniku pereliige ja kui

a) EMP kodanik:

   i) elab Ühendkuningriigis vastavalt käesolevale määrusele või

   ii) reisib Ühendkuningriiki kuue kuu jooksul pärast taotluse esitamise kuupäeva ning on Ühendkuningriiki saabudes EMP kodanik, kes elab Ühendkuningriigis vastavalt käesolevale määrusele, ja

b) EMP kodaniku pereliige, kes on selle kodanikuga kaasas või ühineb temaga Ühendkuningriigis, või

   i) elab seaduslikult mõnes EMP liikmesriigis või

   ii) vastab immigratsioonieeskirjades sätestatud nõuetele (v.a riiki sisenemise luba puudutavad eeskirjad), et saada luba siseneda Ühendkuningriiki EMP kodaniku pereliikmena või, kui tegemist on abikaasa või registreeritud partneri alanejate lähisugulaste või ülalpeetavate

ülenejate lähisugulastega, oma abikaasa või registreeritud partneri pereliikmena, tingimusel et EMP kodanik või abikaasa või registreeritud partner viibib Ühendkuningriigis ja on asunud sinna elama.

4. Käesoleva artikli alusel välja antav EMP kodaniku pereliikme sissesõiduluba väljastatakse tasuta ja võimalikult kiiresti.

5. EMP kodaniku pereliikme sissesõiduluba ei tohi siiski käesoleva artikli alusel välja anda, kui taotlejal või asjaomasel EMP kodanikul tuleb artikli 21 alusel avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise kaalutlustel keelata sisenemine Ühendkuningriigi territooriumile."

III. **Põhikohtuasja faktilised asjaolud**

18. Sean Ambrose McCarthy'l on Ühendkuningriigi ja Iiri topeltkodakondsus[7]. Ta on abielus Colombia kodanikuga ja paaril on tütar.

19. Vastavalt täpsustustele, mille põhikohtuasja kaebajate esindajad Euroopa Kohtus toimunud istungil esitasid, on S. A. McCarthy staatus „Suurbritannia alam Ühendkuninriigis elamise õigusega"[8]. Ta sai nimetatud staatuse, kuna on sündinud Iirimaal enne Suurbritannia 1948. aasta kodakondsusseaduse jõustumist[9].

20. Samuti nähtub kohtuistungil esitatud seisukohtadest, et S. A. McCarthy elas Iirimaal 52 aastat, ning Ühendkuningriigis üksnes kuus aastat, 1967. ja 1973. aasta vahelisel ajavahemikul.

21. Mis puudutab tema tütart, siis on viimasel Suurbritannia ja Iiri topeltkodakondsus tulenevalt nii tema isa staatusest kui ka sellest, et ta ise sündis Ühendkuningriigis – liikmesriigis, kus ta ei ole küll kunagi elanud.

22. Helena Patricia McCarthy Rodriguez'el on liidu kodaniku pereliikme elamisluba, mille on välja andnud Hispaania ametiasutus direktiivi 2004/38 artikli 10 alusel[10].

23. Põhikohtuasja kaebajad elavad alates 2010. aasta maist Hispaanias, kus neil on maja. Neil on maja ka Ühendkuningriigis, kus nad käivad regulaarselt.

24. Vastavalt sisserännet reguleerivatele siseriikliku õiguse sätetele peab elamisloa omanik selleks, et tal oleks võimalik reisida Ühendkuningriiki, taotlema sisenemise luba („EMP kodaniku pereliikme sissesõiduluba"), mille kehtivusaeg on kuus kuud. Niisugust pereliikme sissesõiduluba saab pikendada tingimusel, et selle omanik pöördub isiklikult Ühendkuningriigi diplomaatilisse esindusse välisriigis ja täidab formulari andmetega taotleja rahaliste vahendite ja tööalase seisundi kohta.

7 — Kasutades väljendit „Ühendkuningriigi kodakondsus" olen siin ja edaspidi järginud eelotsusetaotluse sõnastust.

8 — *British subject with a right of abode in the United Kingdom.*

9 — British Nationality Act 1948. An Act to make provision for British nationality and for citizenship of the United Kingdom and Colonies and for purposes connected with the matters aforesaid, 30. juuli 1948. Vastavalt uuele deklaratsioonile, mille Ühendkuningriik esitas 1. jaanuaril 1983 ja mis puudutab termini „kodanikud" määratlust (JO 1983, C 23, lk 1, edaspidi „1983. aasta deklaratsioon"), tuleb terminit „kodanikud" aga mõista nii, et see viitab mitte üksnes Suurbritannia kodanikele kitsas tähenduses, vaid ka Suurbritannia alamatele, kellel on Ühendkuningriigis elamise õigus ja kes on seetõttu vabastatud selle riigi sisserändekontrollist, nagu ka S.A. McCarthy (1983. aasta deklaratsioon tehti siis, kui 1. jaanuaril 1983 jõustus Suurbritannia 1981. aasta kodakondsusseadus (British Nationality Act 1981)).

10 — Toimikust tuleneb, et see elamisluba kaotab kehtivuse 25. aprillil 2015.

25. Hispaanias asub Ühendkuningriigi diplomaatiline esindus Madridis, mis tähendab, et H. P McCarthy peab iga kord, kui ta soovib koos perega Ühendkuningriiki reisimise eesmärgil pereliikme sissesõiduluba pikendada, reisima pere elukohast Marbellas Madridi. Teda on keeldutud lubamast Ühendkuningriiki suunduva lennuki pardale, kui ta esitas üksnes elamisloa, ent mitte pereliikme sissesõiduluba.

26. Nagu tuleneb eelotsusetaotlusest, avaldas Secretary of State for the Home Department [11] (edaspidi „Secretary of State") suunised veoettevõtjatele, kes tegelevad reisijateveoga Ühendkuningriigi suunal. Nende suuniste eesmärk on innustada veoettevõtjaid mitte transportima kolmandate riikide kodanikest reisijaid, kellel ei ole Ühendkuningriigi ametiasutuse antud elamisluba või reisidokumente, nt kehtivat EMP kodaniku pereliikme sissesõiduluba [12].

27. Põhikohtuasja kaebajad esitasid eelotsusetaotluse esitanud kohtule 6. jaanuaril 2012 kaebuse Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi vastu, nõudega, et tuvastataks, et see riik on rikkunud kohustust võtta oma õiguskorda nõuetekohaselt üle direktiivi 2004/38 artikli 5 lõige 2. Nad väitsid, et nõuetekohane üle võtmata jätmine ja veoettevõtjatele mõeldud suuniste avaldamine rikuvad rängalt nende õigusi vabale liikumisele.

28. Nagu ilmneb eelotsusetaotlusest, saatis Euroopa Komisjon ELTL artikli 258 alusel Ühendkuningriigile 22. juunil 2011 märgukirja, milles ta osutas, et direktiivi 2004/38 artikli 5 lõiget 2 ei ole nõuetekohaselt üle võetud. Ühendkuningriik vastas 22. juulil 2011. Komisjon esitas Ühendkuningriigile samas küsimuses 26. aprillil 2012 põhjendatud arvamuse, millele Ühendkuningriik vastas 24. juulil 2012.

29. Eelotsusetaotlusest nähtub lisaks, et põhikohtuasja kaebajad väitsid eeskätt, et pereliikme sissesõiduloa saamise korra tingimused, mida elamisloa omanikele kohaldatakse, on kulukad ja tekitavad perekonnale ebamugavusi [13].

30. Põhikohtuasja poolte kokkuleppel saavutas H. P. McCarthy eelotsusetaotluse esitanud kohtus selle, et võeti esialgse õiguskaitse meetmed, millega nõuti pereliikme sissesõiduloa pikendamist Madridis asuvale diplomaatilisele esindusele posti teel saadetud kirjaliku taotluse alusel, ilma et tal oleks tarvis sinna isiklikult kohale minna.

31. Secretary of State väitis omalt poolt, et sisserändemäärusega ei rakendatud direktiivi 2004/38 artikli 5 lõiget 2 ning et see oli õigustatud kui sama direktiivi artikli 35 alusel tarvilik meede ning kui kontrollimeede protokolli nr 20 artikli 1 mõttes. Ta märkis, et tuleb arvestada, et ei ole olemas direktiivi 2004/38 artikli 10 kohaste elamislubade suhtes kehtivat ühetaolist mudelit. Nimelt ei tõlgita neid lube inglise keelde ja neid võidakse võltsida [14]. Ka eksisteerib väidetavalt „süsteemne probleem" seoses kolmandate riikide kodanike toimepandud „kuritarvituste ja pettustega" [15]. Secretary of State esitas selle kohta tõendeid eelotsusetaotluse esitanud kohtule [16].

11 — Ühendkuningriigi siseministeerium.

12 — Vastavalt Immigration and Asylum Act 1999 (1999. aasta seadus sisserände- ja varjupaigaküsimuste kohta) artiklile 40 tuleb veoettevõtjatel selle kohustuse täitmata jätmise korral trahvi maksta.

13 — Nad viitavad selles osas „pereliikme sissesõiduloa" uuendamise menetlusele, mis kohustab neid Madridi sõitma ja seal viibima.

14 — Eelotsusetaotlusest nähtub, et Secretary of State viitab eelkõige Ühendkuningriigi Border Agency poolt 2011. aastal tehtud analüüsile teiste liikmesriikide elamislubade kohta, lähtudes Rahvusvahelise Tsiviillennunduse Organisatsiooni raames kokku lepitud masinloetavate reisidokumentide minimaalsetest turvastandarditest.

15 — Seda sõnastust ning ka väljendit „süsteemne kuritarvitamine" on eelotsusetaotluses kasutatud, et tähistada olukorda, kus kolmandate riikide kodanikud kasutavad kuritarvituslikult vaba liikumise õigusi – eelkõige muu kui EMP riigi kodanikust pereliikmel olevat sisenemisõigust –, et minna mööda siseriiklikust sisserändekontrollist.

16 — Sellega seoses olgu täpsustatud, et Saksamaa Liitvabariigi ja Eesti Vabariigi väljastatud elamisload vastavad põhimõtteliselt sobivatele turvastandarditele – eelkõige Rahvusvahelise Tsiviillennunduse Organisatsiooni standarditele –, nii et sisserändemäärust on kavas muuta seoses isikutega, kellel on elamisluba, mille on väljastanud üks neist kahest liikmesriigist.

32. Pärast tõendite hindamist otsustas eelotsusetaotluse esitanud kohus, et jagab Secretary of State'i muret õiguste kuritarvitamise osas.

IV. **Eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus**

33. Neil asjaoludel otsustas eelotsusetaotluse esitanud kohus peatada kohtuasjas menetluse 25. jaanuari 2013. aasta määrusega, mis jõudis Euroopa Kohtusse 17. aprillil 2013, ja esitada Euroopa kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas direktiivi [2004/38] artikkel 35 lubab liikmesriigil vastu võtta üldkohaldatava meetme, millega kas keeldutakse tunnustamast viisanõudest vabastuse saamise õigust või lõpetatakse sellise õiguse kehtivus või tühistatakse see õigus, mis on direktiivi artikli 5 lõikes 2 ette nähtud pereliikmetele, kes ei ole ELi kodanikud, kuid kellel on vastavalt direktiivi artiklile 10 välja antud elamisluba?

2. Kas protokolli nr 20 Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 26 teatavate aspektide kohaldamise kohta Ühendkuningriigi ja Iirimaa suhtes artikkel 1 lubab Ühendkuningriigil nõuda elamisloa omajatelt sissesõiduviisat, mis tuleb hankida enne piirile saabumist?

3. Kui esimesele või teisele küsimusele vastatakse jaatavalt, siis kas Ühendkuningriigi lähenemisviis elamisloa omajatele on käesolevas asjas põhjendatud, võttes arvesse eelotsusetaotluse esitanud kohtu otsuses kokkuvõtlikult esitatud tõendeid?"

34. Kirjalikke seisukohti esitasid põhikohtuasja kaebajad, Kreeka Vabariik, Hispaania Vabariik, Poola Vabariik, Slovaki Vabariik, Ühendkuningriik ja komisjon.

35. Põhikohtuasja kaebajad, Kreeka Vabariik, Hispaania Vabariik, Ühendkuningriik ja komisjon esitasid lisaks suulisi seisukohti 4. märtsil 2014 toimunud kohtuistungil.

V. **Analüüs**

36. Eelotsusetaotluses palutakse sisuliselt selgitada, kas direktiivi 2004/38 artikkel 35 ja protokoll nr 20 võimaldavad Ühendkuningriigil võtta niisuguseid meetmeid, nagu põhikohtuasjas vaadeldavad, millega kehtestatakse Ühendkuningriiki sisenemise tingimuseks, et kolmandate riikide kodanikud, kellel on liidu kodaniku pereliikme elamisluba, peavad eelnevalt olema saanud sissesõiduviisa.

37. Käsitlen kõigepealt küsimust, kas isiku suhtes, kes on niisuguses olukorras nagu H. P. McCarthy, võivad olla kohaldatavad teisese õiguse sätted, mis teatavail tingimustel vabastavad sissesõiduviisa hankimise kohustusest liidu kodaniku pereliikmed, kellel ei ole mõne liikmesriigi kodakondsust. Kui vastus sellele küsimusele on jaatav, siis järgmiseks analüüsin küsimust, kas Ühendkuningriigil on õigus kehtestada direktiivi 2004/38 artikli 35 alusel kohustust, mille kohaselt kolmanda riigi kodanikul, kes on liidu kodaniku pereliige ja kellel on direktiivi artikli 10 tähenduses elamisluba, mille on andnud teine liikmesriik, peab talle Ühendkuningriiki sisenemise võimaldamiseks olema „pereliikme sissesõiduluba". Viimaks käsitlen seda sama küsimust protokolli nr 20 valguses.

A. *Direktiivi 2004/38 kohaldatavus*

38. Alustuseks olgu täpsustatud, et pooled ja menetlusse astujad, v.a Ühendkuningriik, ei ole kirjalikes ega ka kohtuistungil esitatud suulistes seisukohtades vaidlustanud direktiivi 2004/38 kohaldatavust [17]. Ja ehkki Ühendkuningriik direktiivi kohaldatavuse kohtuistungil teatavatel asjaoludel küll vaidlustas, ei jätnud ta seda käesolevas kohtuasjas ikkagi kohaldamata. Seda küsimust ei tõstata ka eelotsusetaotluse esitanud kohus. Nimelt on ka tema rajanud oma argumentatsiooni direktiivi kohaldatavusele. Leian siiski, et tegemist on analüüsiväärilise küsimusega.

1. Sissejuhatavad märkused ja kohtuasja erisused

39. Liidu kodakondsuse kehtestamisega 1992. aastal [18] Maastrichti lepingus tipnes pikaajaline areng [19]. Tee, mis on läbitud alates 1970ndatel ja 1980ndatel aastatel diskussiooni objektiks olnud „kodanike Euroopast" [20] praeguse liidu kodakondsuseni, on olnud pikk ja läbiv joon selles on eelkõige olnud vaba liikumise õigused ja õigus elada liikmesriikide territooriumil. Tänaseks on liidu kodakondsus kõigil liidu kodanikel olev staatus – sõltumata sellest, kas nad on majanduslikult aktiivsed [21] või mitte [22]. Kodakondsuse kehtestamine aluslepingutega legitimeeris seega Euroopa integratsiooniprotsessi, tugevdades kodanike osalust.

40. Sellest ajast arvates ei ole reisimine mitte üksnes saanud liikmesriikide territooriumil ringi liikuvate liidu kodanike jaoks nende igapäevaelu osaks, vaid tegemist on ka keskse elemendiga nende inimeste enesemääratluses liidu kodanikena. Nimelt lihtsustab neile ja nende pereliikmetele antud õiguste ja kohustuste kogum nende ringiliikumist, elamist, hariduse kättesaadavust, tööotsinguid või töötamist. Kodakondsus moodustab seega olulise osa nende Euroopa identiteedist [23].

41. Põhikohtuasjas kõne all oleval juhtumil soovib H. P. McCarthy, kes on kolmanda riigi kodanik, saada õigust siseneda liikmesriiki, mille kodanikud on tema abikaasa ja tütar – st Ühendkuningriiki –, et saata neid eeskätt lühiajalistel reisidel.

42. Lisaks on põhikohtuasja kaebajate elukoht muus liikmesriigis kui S. A. McCarthy kodakondsusjärgne liikmesriik, st antud juhul Hispaanias, ja Hispaania ametiasutus on andnud H. P. McCarthy'le elamisloa direktiivi 2004/38 artikli 10 alusel.

43. Kõne all olevad reisid on seega lühiajalised ja nende sihtkoht on liikmesriik, mille kodakondsus on vaba liikumise õigust kasutanud liidu kodanikel S. A. McCarthy'l ja tema tütrel.

17 — Mis puudutab Poola Vabariiki, siis piirdus viimane üksnes sellega, et tõstatas küsimuse kõnesoleva direktiivi kohaldatavusest käesolevas kohtuasjas.

18 — Olgu märgitud, et varem kehtinud EÜ artikli 17 lõige 1 nägi ette, et „liidu kodakondsus täiendab, kuid ei asenda liikmesriigi kodakondsust". Seda lauset, mis oli lisatud Amsterdami lepinguga (EÜT 1997, C 340, lk 1), muudeti Lissaboni lepinguga, mille artikli 20 lõikes 1 on sätestatud, et „liidu kodakondsus täiendab, kuid ei asenda liikmesriigi kodakondsust". Vt ka EL lepingu artikkel 9. Selle muudatuse analüüsi vt teosest De Waele, H., „EU citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential», *European Journal of Migration and Law*, 12 (2010), lk 319–336, lk 320.

19 — Et tuletada meelde Euroopa kodakondsuse kujunemislugu vt O'Leary, S., *The evolving Concept of Community Citizenship, From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, La Haye, Londres, Boston (Kluwer), 1996, lk 4 ning Carabot Benlolo, M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2007, lk 1.

20 — Vt Tindemans'i raport, 29. detsembri 1975. aasta raport, *Euroopa Ühenduste Teataja* lisa 1/76 ja *ad hoc* komitee 29. märtsi 1985. aasta raport „Kodanike Euroopa", *Euroopa Ühenduste Teataja* 85/3.

21 — Vt ELTL artikkel 26, ELTL artikkel 45, ELTL artikkel 49 ja ELTL artikkel 56. Töötajatel, füüsilisest isikust ettevõtjatel ja teenuseosutajatel olevad õigused eelnesid liidu kodakondsuse kehtestamisele ja kuuluvad siseturu valdkonda.

22 — ELTL artikkel 21.

23 — 2010. aastal tehtud uuringud näitasid, et ligi üheksa kodanikku kümnest teab, et neil on vaba liikumise õigus. Vt komisjoni 2010. aasta aruanne liidu kodakondsuse kohta „EL kodanike õigusi piiravate takistuste kõrvaldamine", KOM (2010) 603 (lõplik), lk 16. Liidu kodakondsus on peaaegu et vaba liikumise sünonüüm. Vt Euroopa Parlamendi ja nõukogu otsuse ettepanek, 11.08.2011, Euroopa kodanike aasta kohta (2013), KOM (2011) 489 (lõplik), lk 1.

44. Siinkohal tuleb märkida, et nagu nähtub käesoleva ettepaneku punktidest 19–21, täpsustati kohtuistungil, et S. A. McCarthy ja tema tütre Suurbritannia ja Iiri topeltkodakondsus tuleneb erilistest ajaloolistest asjaoludest.

45. Hetkeseis liidu õiguses on siiski see, et küsimus, kas isikul on ühe või teise liikmesriigi kodakondsus, sõltub üksnes asjassepuutuva liikmesriigi siseriiklikus õiguses sätestatust [24]. Sellega seoses kinnitab Euroopa Kohus, et „rahvusvahelise õiguse kohaselt on kodakondsuse saamise ja sellest lahkumise tingimuste kindlaksmääramine iga liikmesriigi pädevuses" [25].

46. Tulenevalt 1983. aasta deklaratsioonist [26] ja liidu õiguse mõttes on S. A. McCarthy ja tema tütar seega Suurbritannia kodanikud [27].

2. Tuletatud elamisõiguse analüüs Euroopa Kohtu hiljutises praktikas

47. Selleks, et teha kindlaks, kas tuletatud elamisõigus võib tugineda direktiivile 2004/38, tuleb lähtuda selle direktiivi artiklist 3. Nimetatud küsimuses on Euroopa Kohus oma praktikas tõlgendanud direktiivi sätteid grammatiliselt, süstemaatiliselt ja teleoloogiliselt; viimati kinnitas ta oma tõlgendust vägagi hiljutises kohtuotsuses O ja B [28].

48. Euroopa Kohus toonitas oma põhjenduskäigus esmalt, et ehkki ELTL artiklis 21 on sätestatud, et igal liidu kodanikul on õigus vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil, ei ole see õigus absoluutne, vaid seda teostatakse niivõrd, kui „aluslepingutega ja nende rakendamiseks võetud meetmetega kehtestatud piirangutest ja tingimustest ei tulene teisiti" [29]. Ta tuletas veel meelde, et mis puudutab direktiivi 2004/38, siis on selle eesmärk hõlbustada liidu kodanikele ELTL artikli 21 lõikega 1 otse antud individuaalse põhiõiguse vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil kasutamist ning et direktiivi eesmärk on eeskätt seda õigust tugevdada [30].

49. Euroopa Kohus märkis, et ELTL artikli 21 lõige 1 ja direktiivi 2004/38 sätted ei anna kolmanda riigi kodanikele mingisugust autonoomset õigust. Nimelt ei kujuta võimalikud õigused, mis on kolmandate riikide kodanikele antud liidu kodakondsust puudutavate aluslepingu sätetega, endast nende kodanike isiklikke õigusi, vaid tuletatud õigusi, mille nad on omandanud seoses sellega, et liidu kodanik on kasutanud liikumisvabadust [31].

24 — Vt eelkõige deklaratsioon nr 2 liikmesriigi kodakondsuse kohta, mille liikmesriigid lisasid Euroopa Liidu lepingu lõppaktile (EÜT 1992, C 191, lk 98), ning artiklit 3 kodakondsuse Euroopa konventsioonis, mille Euroopa Nõukogu võttis vastu 6. novembril 1997 ja mis jõustus 1. märtsil 2000. Hispaania Kuningriik ega Ühendkuningriik ei ole seda konventsiooni allkirjastanud ega ratifitseerinud.

25 — Vt eelkõige kohtuotsused Micheletti jt (C-369/90, EU:C:1992:295, punkt 10); Kaur (C-192/99, EU:C:2001:106, punkt 19) ning Zhu ja Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, punkt 37).

26 — Vt 9. joonealune märkus.

27 — Siinkohal tuleb märkida, et Euroopa Kohus on leidnud, et isikute vaba liikumine, asutamisvabadus ja vaba teenuste osutamine ei teostuks lõplikult, kui üks liikmesriik võiks keelduda liidu õiguse sätete kohaldamisest oma nende kodanike suhtes, kes elavad muus liikmesriigis, omades ka selle riigi kodakondsust, ja kasutavad liidu õiguse pakutud võimalusi, et tegeleda esimesena nimetatud liikmesriigi territooriumil oma tegevusega teenuste osutamise vormis. Vt kohtuotsus Gullung (292/86, EU:C:1988:15, punkt 12).

28 — EU:C:2014:135.

29 — *Ibidem* (punkt 34).

30 — *Ibidem* (punkt 35).

31 — *Ibidem* (punkt 36).

50. Sellega seoses sedastas Euroopa Kohus, et direktiivi 2004/38 sätete grammatilisest, süstemaatilisest ja teleoloogilisest tõlgendamisest aga nähtub, et need ei saa olla aluseks liidu kodaniku pereliikmest kolmanda riigi kodaniku tuletatud elamisõigusele liikmesriigis, mille kodakondsus liidu kodanikul on [32]. Täpsemalt on direktiivi 2004/38 isikuline kohaldamisala määratletud direktiivi artikli 3 lõikes 1, milles on sätestatud, et seda 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 [33].

51. Järelikult, nagu tuleneb Eurooa Kohtu tõlgendusest, saab üksnes direktiivi 2004/38 artikli 3 mõttes soodustatud isik saada selle direktiivi alusel vaba liikumise ja elamise õiguse. Selline soodustatud isik võib olla liidu kodanik või tema pereliige, nagu on määratletud artikli 2 punktis 2 [34].

52. Kõnesoleva juhtumi asjaoludele kohaldatuna tähendab see, et H. P. McCarthy kui liidu kodaniku abikaasa juhtum kuulub direktiivi 2004/38 artikli 2 punkti 2 alapunktis a nimetatud mõiste „pereliige" alla [35]. Ent nagu märkis Poola valitsus oma kirjalikes seisukohtades, „liiguvad" S. A. McCarthy ja tema tütar oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki, mitte liikmesriiki, mille kodanikud nad ei ole, nagu on sätestatud direktiivi 2004/38 artiklis 3. Teisisõnu paistab põhimõtteliselt, et direktiivi 2004/38 artikli 3 lõike 1 kohaldamise tingimused ei saa olla täidetud, kui liidu kodanik liigub kodakondsusjärgsesse liikmesriiki.

53. Vastavalt Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikale leiab vähemasti sellise tõlgenduse mõistlikkus kinnitust asjaolust, et direktiivi 2004/38 ülejäänud sätted, eeskätt artikkel 6, artikli 7 lõiked 1 ja 2 ning artikli 16 lõiked 1 ja 2, käsitlevad liidu kodaniku *elamisõigust* [36] ja tema pereliikmete tuletatud elamisõigust kas „teises liikmesriigis" või „vastuvõtvas liikmesriigis". Nii tuleneb sellest kohtupraktikast, et põhimõtteliselt ei saa liidu kodaniku pereliikmest kolmanda riigi kodanik selle direktiivi alusel tugineda tuletatud elamisõigusele liikmesriigis, mille kodakondsus liidu kodanikul on [37].

54. Mis puudutab direktiivis 2004/38 liidu kodanike pereliikmetele ette nähtud riiki sisenemise ja seal elamise tuletatud õiguse eesmärki, tuletab Euroopa Kohus meelde, et see on suunatud individuaalse põhiõiguse vabalt liikuda ja elada liikmesriikide territooriumil kasutamise tugevdamisele [38]. Euroopa Kohus täpsustab siiski, et direktiivi ese – nagu tuleneb direktiivi artikli 1 punktist a – on siiski selle õiguse kasutamise tingimused [39]. Sellega seoses ja ikka vastavalt Euroopa Kohtu praktikale: arvestades, et vastavalt rahvusvahelise õiguse põhimõttele [40] ei saa riik keelata omaenda kodanikel oma territooriumile siseneda ja sinna jääda, on direktiivi 2004/38 ainuke eesmärk reguleerida tingimusi, mil liidu kodanik võib siseneda liikmesriiki, mille kodanik ta ei ole, ja seal elada [41].

55. Kas seega tuleb asuda seisukohale, et direktiiv 2004/38 ei kuulu kohaldamisele niisugustes olukordades, nagu on kõne all põhikohtuasjas?

56. Ma ei ole selles veendunud. Olen, vastupidi, arvamusel, et direktiivi 2004/38 kohaldamisala tuleb tõlgendada laiemalt, et mitte võtta direktiivilt kasulikku mõju.

32 — *Ibidem* (punkt 37).

33 — Kohtujuristi kursiiv.

34 — Vt eelkõige kohtujurist Sharpstoni ettepanek kohtuasjas O ja B (EU:C:2013:837, punkt 68).

35 — Vt kohtuotsus Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, punkt 57).

36 — Kohtujuristi kursiiv.

37 — Vt kohtuotsus O ja B (EU:C:2014:135, punkt 40).

38 — Vt kohtuotsused Metock jt (C-127/08, EU:C:2008:449, punktid 59 ja 82); McCarthy (C-434/09, EU:C:2011:277, punkt 28) ning Dereci jt (C-256/11, EU:C:2011:734, punkt 50).

39 — Vt kohtuotsused McCarthy (EU:C:2011:277, punkt 33) ning O ja B (EU:C:2014:135, punkt 41).

40 — See põhimõte on kirjalikult fikseeritud Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni 16. septembri 1963. aasta protokolli nr 4 artiklis 3, milles on sätesttaud, et „kelleltki ei või võtta õigust tulla riiki, mille kodanik ta on". Märgin siiski, et Ühendkuningriik ei ole seda protokolli ratifitseerinud. Nimetatud protokoll jõustus 2. mail 1968.

41 — Kohtuotsused McCarthy (EU:C:2011:277, punkt 29) ning O ja B (EU:C:2014:135, punktid 41 ja 42).

57. Nii näib, et selleks, et oleks võimalik kindlaks määrata, kas H. P. McCarthy võib käesoleva ettepaneku punktides 41–43 kirjeldatud tingimustel olla liidu kodaniku abikaasana sissesõiduviisa hankimise kohustusest vabastatud, tuleb esitada järgmine küsimus: kas direktiiv 2004/38, tõlgendatuna ELTL artiklit 21 arvestades, võimaldaks rajada kõnesoleva õiguse S. A. McCarthy liikumisvabaduse eelnevale või samaaegsele kasutamisele?

58. Sellele küsimusele vastamiseks tuleb kõigepealt täpsustada, et Euroopa Kohus on aluslepingute alusel tunnistanud kahte liiki elamisõigust, mis võib olla pereliikmel liidu kodaniku kodakondsusjärgses riigis [42]. Esimene puudutab õigust perekonna taasühinemisele, mille kodanik saab liikumisvabaduse eelneva või samaaegse kasutamise tulemusena ja lähtuvalt piirangute keelust [43]. Teise allikas on ELTL artikli 20 kasulik mõju ja selle eesmärk on hoida ära olukord, kus kodanik jäetakse ilma võimalusest kasutada põhilisi õigusi, mille liidu kodakondsus talle annab [44].

59. Käesoleva ettepaneku raames tuleb analüüsida üksnes eespool mainitud esimest tüüpi elamisõigust. Minu arvates puudutab see esimene tüüp kahte sorti olukordi, mida on alljärgnevalt analüüsitud. Esimene käsitleb kodanikku, kes on „kasutanud" vaba liikumise õigust ja siirdub liikmesriiki, mille kodakondsus tal on (eelnev kasutamine), ja teine puudutab niisuguse kodaniku olukorda, kes „kasutab" tal olevat vaba liikumise õigust hetkel, kui ta siirdub sellesse liikmesriiki (samaaegne kasutamine).

3. Direktiivi 2004/38 kohaldatavus olukorras, kus liidu kodanik, kes on tegelikult ja eelnevalt kasutanud liikumisvabadust, siirdub oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki

60. Direktiivi 2004/38 tuleks tõlgendada laialt, nii et seda oleks võimalik kohaldada liidu kodanike suhtes ja nende pereliikmetest kolmanda riigi kodanike suhtes, kes siirduvad liikmesriiki, mille kodakondsus on nimetatud kodanikel. Niisugune tõlgendus näib mulle õigustatud, arvestades – lisaks kodakondsuse rollile liidu õiguse praeguses arengujärgus, mida olen kirjeldanud käesoleva ettepaneku punktides 39 ja 40 – ka Euroopa Kohtu praktikat.

a) Direktiivi 2004/38 laiema tõlgenduse teleoloogiline põhjendus

61. Liidu kodaniku staatus „on liikmesriikide kodanike põhistaatus" [45]. Seega, kui kodanikud liiguvad ühest liikmesriigist teise, sh oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki, nad üksnes kasutavad liidu õigusega antud vaba liikumise ja elamise õigusi.

62. Tänase Euroopa Liidu kodanik võib olla pärit liikmesriigist, mille kodakondsust tal ei ole [46] või siis võib tal olla sellise liikmesriigi/selliste liikmesriikide kodakondsus, kus ta ei ole kunagi elanud [47]. Samuti võib tal olla mitu kodakondsust, sh elukoht kahes või mitmes liikmesriigis, nii et ta säilitab reaalsed – nii tööalased kui ka isiklikud sidemed kõigi nende riikidega.

42 — Vt Gastaldi, G., „Citoyenneté de l'Union et libre circulation: du critère économique au statut unique", *Dossiers de droit européen*, 28, 2013, lk 127.

43 — Vt kohtuotsused Singh (C-370/90, EU:C:1992:296); Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434) ja Eind (C-291/05, EU:C:2007:771).

44 — Vt kohtuotsus Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124).

45 — Kohtuotsus Grzelczyk (C-184/99, EU:C:2001:458). See kohtupraktika on leidnud kinnitust mitmes Euroopa Kohtu hilisemates otsustes, vt eelkõige kohtuotsus Huber (C-524/06, EU:C:2008:724).

46 — Nii on see eeskätt nende liidu kodanike puhul, kelle vanematel on eri riikide kodakondsus, aga kes ise on neist riikidest üksnes ühe kodanikud.

47 — Nii on see ka nende liidu kodanike puhul, kelle vanematel on eri riikide kodakondsus ja kelle laps on sündinud muus liikmesriigis kui nende kodakondsusjärgne liikmesriik.

i) Kui liidu kodaniku päritoluliikmesriik ja kodakondsusjärgne liikmesriik ei lange kokku

63. Leida, et liidu kodaniku päritoluriik ja kodakondsusjärgne riik on üks ja sama liikmesriik, ei ole minu arvates liidu tänase reaalsusega kooskõlas.

64. Lubage mul sellega seoses kahe näitega illustreerida paljude liidu kodanike olukorda nüüd, XXI sajandi alguses.

65. Võtame esimesena ette Prantsuse-Saksa paari – F ja A. Nad elavad juba 25 aastat Ühendkuningriigis. Nende poeg FA sündis Londonis ja tal on Saksa ja Prantsuse topeltkodakondsus. Ta elas palju aastaid Berliinis, kus ta pärast majutus- ja toitlustusvaldkonnas hariduse omandamist töötas erinevatel töökohtadel. Prantsusmaal on ta aga elanud üksnes lühikestel ajavahemikel, eelkõige paari suvepuhkuse ajal. FA on abielus argentiinlannaga. Neil on liidu kodanikust laps ja nad on juba ühe aasta elanud Lyonis.

66. Kas niisuguses olukorras tuleb asuda seisukohale, et Lyoni kolimise hetkel pöördub FA tagasi Prantsusmaale (üks liikmesriikidest, mille kodakondsus tal on), samas kui ta ei ole kunagi seal elanud? Jaatav vastus rajaneks ekslikul ideel, et FA lahkus teataval eluhetkel Prantsusmaalt, et liikuda muusse liikmesriiki.

67. Võtame nüüd ette teise näite – Leedu-Poola paar L ja P. Paar elab juba 30 aastat Leedus ja neil on tütar LP. Viimane on sündinud Vilniuses, tal on Leedu kodakondsus ja seega ei saa tal olla Poola kodakondsust[48]. LP elas ülikoolis õppimise aastatel mitmes liikmesriigis, sh Poolas, kus ta kohtas oma Tšiili kodakondsusega abikaasat. Paar kolis hiljuti Krakowisse.

68. Kas mul tuleb neid kaht näidet arvestades automaatselt ja endale küsimusi esitamata eeldada, et liidu kodaniku päritoluliikmesriik vastab tema kodakondsusjärgsele liikmesriigile? Mis puudutab FA-d, siis vaatamata Prantsuse-Saksa topeltkodakondsusele ei ole ta enne Lyoni kolimist kunagi Prantsusmaal elanud. Samas ei ole vähimatki kahtlust selles, et tegemist on ühega FA päritoluliikmesriikidest.

69. Mis puudutab aga LP-d, siis ei saa keegi kahelda, et ta on pärit kahest liikmesriigist. Lisaks sellele, et ühel tema vanematest on Poola ja teisel Leedu kodakondsus, räägib ta soravalt mõlemat keelt ja on õppinud mõlemas liikmesriigis. LP-l ei ole aga Poola kodakondsust.

70. Seega FA juhtumil langevad riigid, mille kodakondsus FA-l on, kokku tema päritoluriikidega, aga LP juhtumil see nii ei ole.

71. Need kaks näidet kajastavad minu arvates arvestatava hulga liidu kodanike tegelikkust. Tulen nüüd tagasi direktiivi 2004/38 juurde.

72. Kuigi vaba liikumise ja elamise õiguse saavad reeglina üksnes liidu kodanikud või nende pereliikmed, kes liiguvad liikmesriiki, mille kodanikud nad ei ole, siis kas ei oleks üpris paradoksaalne, kui LP võiks direktiivile 2004/38 tugineda, aga FA mitte?

73. Kas ei näi liidu kodakondsus neil asjaoludel osaliselt mitte omaenda edu ohvrina?

48 — Leedu õigusega ei ole topeltkodakondsust ette nähtud.

ii) Liidu kodanike erinevad liikumissuunad

74. Niisiis lähtub direktiiv 2004/38 eeldusest, et liidu kodaniku liidusisene liikumine algab alati tema kodakondsusjärgsest liikmesriigist ja toimub muu liikmesriigi suunal, samas kui see ei ole alati nii, nagu näitavad eespool toodud näited. Minu arvates ei vastaks liidu kodakondsuse praegusele tegelikkusele ka see, kui ammendavalt üles lugeda erinevad suunad, millel liidu kodanikud liidusiseselt liiguvad [49]. Liidu seadusandja ei ole minu arvates tahtnud ette näha piiratud arvu liikumisjuhtumeid (*numerus clausus*), nii et jäetakse kõrvale vastuvõtva liikmesriigi ja liidu kodaniku kodakondsusjärgse liikmesriigi vaheline liikumine. Nagu ma selgitasin käesoleva ettepaneku punktis 62, on keeruline identifitseerida igat tüüpi liikumised, mille liidu kodanik võib ette võtta. Seega ei ole minu arvates kohane tõlgendada direktiivi 2004/38 artikli 3 lõiget 1 nii, nagu oleks seadusandja ette näinud kindla arvu liikumisjuhtumeid ja sellega välistanud direktiivi kohaldamisalast käesoleva ettepaneku punktides 64–73 mainitud juhtumid.

75. Käesolevas kohtuasjas viiks niisugune tõlgendus paradoksaalsele tulemusele, mis tekitab minus mõtte, et H. P McCarthy võiks saata oma abikaasat tema reisidel kõigis liikmesriikides, v.a abikaasa kodakondsusjärgses liikmesriigis! Teisisõnu väheneks niisuguse liidu kodaniku vaba liikumise õigus, kes võtab kaasa oma kolmandate riikide kodanikest pereliikmed, vastavalt tal olevate kodakondsuste arvule! Lisaks, kas saame lubada direktiivi 2004/38 niisugust tõlgendust, mis lubaks liidu kodaniku pereliikmete erinevat kohtlemist sõltuvalt sellest, millisesse liikmesriiki nad siirduvad?

76. Eelnevaid kaalutlusi arvestades olen veendunud, et kui soovime säilitada direktiivi 2004/38 kasuliku mõju, on meil vaja selle direktiivi tõlgendust, mis vastaks enam liidu kodanike tegelikkusele. Sellise tõlgenduseni jõudmiseks käsitlen lühidalt Euroopa Kohtu asjassepuutuvat kohtupraktikat tuletatud elamisõiguse valdkonnas.

b) Lühike meeldetuletus tuletatud elamisõigust käsitleva asjakohase kohtupraktika teemal

77. Nagu sai meenutatud käesoleva ettepaneku punktis 58, tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, et õiguse võtta kaasa kolmanda riigi kodanikust pereliige saab liidu kodanik, kes on kas aktiivne [50] või mitte [51], kes pöördub tagasi kodakondsusjärgsesse liikmesriiki pärast seda, kui ta on kasutanud liikumisvabadust (eelnev kasutamine) muus liikmesriigis, kus ta elas koos eespool nimetatud pereliikmega. Lubage mul sellega seoses lühidalt meelde tuletada tulemust, milleni Euroopa Kohus jõudis kohtuotsustes Singh [52] ja Eind [53].

78. Kohtuotsuses Singh [54] asus Euroopa Kohus nimelt seisukohale, et kodanikule, kes pöördub füüsilisest isikust ettevõtjana tegutsemise eesmärgil tagasi kodakondsusjärgsesse liikmesriiki, olles teatava ajavahemiku tegutsenud töötajana muus liikmesriigis, tuleneb aluslepingutest ja teisesest õigusest õigus sellele, et teda saadaks kolmanda riigi kodanikust abikaasa ja seda neil samadel tingimustel, mis on ette nähtud teises õiguses [55]. Vastupidine juhtum võiks heidutada teda lahkumast oma riigist, et tegutseda töötajana või füüsilisest isikust ettevõtjana muus liikmesriigis [56]. Mis puudutab selle kohtuotsuse õiguslikku alust, siis pean vajalikuks täpsustada, et kohtuotsuse Singh resolutsioon on järgmine: „EMÜ asutamislepingu artiklit 52 ja direktiivi 73/148 tuleb tõlgendada nii, et olukorras, kus

49 — Vt vastupidises tähenduses kohtujurist Sharpstoni ettepanek kohtuasjas O ja B (EU:C:2013:837, punkt 77).

50 — Vt kohtuotsus Singh (EU:C:1992:296).

51 — Vt kohtuotsus Eind (EU:C:2007:771).

52 — EU:C:1992:296.

53 — EU:C:2007:771.

54 — EU:C:1992:296.

55 — Euroopa Kohus tunnustas tuletatud elamisõigust vastavalt EMÜ artiklile 52 (nüüd ELTL artikkel 49) ja nõukogu 21. mai 1973. aasta direktiivile 73/148/EMÜ liikmesriikide kodanikele seoses asutamise ja teenuste osutamisega seatavate liikumis- ja elamispiirangute kaotamise kohta ühenduse piires (EÜT L 172, lk 14; ELT eriväljaanne 05/01, lk 167), mis tunnistati kehtetuks ja asendati direktiiviga 2004/38.

56 — Vt kohtuotsus Singh (EU:C:1992:296, punktid 19 ja 20).

liikmesriigi kodanik on liikunud koos abikaasaga muu liikmesriigi territooriumile, et tegutseda seal töötajana […] ning pöördub tagasi […], et asuda elama oma kodakondsusjärgse riigi territooriumile, on tema kodakondsusjärgne liikmesriik kohustatud lubama oma territooriumile siseneda ja seal elada ka selle kodaniku abikaasal, sõltumata viimase kodakondsusest […]”[57]. Samas näib Euroopa Kohus olevat kohaldanud direktiivi 73/148 üksnes analoogia alusel, nagu ta seejärel tegi seda sõnaselgelt kohtuotsustes Eind[58] ning O ja B[59].

79. Kohtuotsuses Eind[60] asus Euroopa Kohus seisukohale, et liikmesriigi kodanikul, kes kutsus muus liikmesriigis töötamise ajal kolmandast riigist enda juurde tütre, oli õigus võtta tütar endaga kaasa, kui ta pöördus tagasi oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki, olemata majanduslikult aktiivne. Euroopa Kohus võttis arvesse heidutavat toimet, mida oleks evinud pelk väljavaade mitte jätkata oma pereliikmetega koos elamist pärast tagasipöördumist kodakondsusjärgsesse liikmesriiki. Kohtuotsuse Eind[61] põhistus rajaneb seega nii asutamislepingu kui ka 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 33) sätetel. Euroopa Kohus leidis sellega seoses, et „ühenduse õigusega antakse võõrtöötajale õigus siseneda pärast teises liikmesriigis töötamist oma kodakondsusjärgse liikmesriigi territooriumile ja seal elada, kuivõrd see on vajalik töötajatele EÜ artikli 39 alusel kuuluva õiguse vabalt liikuda ja selle õiguse rakendamiseks võetud sätete – nagu määruse nr 1612/68 sätted – kasuliku mõju tagamiseks. Niisugust tõlgendust toetab liidu kodaniku staatuse kehtestamine, mis on liikmesriikide kodanike põhistaatus[62]. Euroopa Kohus märkis samas selgelt, et määrus nr 1612/68 oli kohaldatav üksnes „analoogia alusel”[63].

80. Hiljutisemas kohtuotsuses O ja B asus Euroopa Kohus seisukohale, et ELTL artikli 21 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et olukorras, kus liidu kodanik on kolmanda riigi kodanikuga perekonnaelu alustanud või seda tugevdanud ajal, kui ta direktiivi 2004/38 artikli 7 lõigete 1 ja 2 või artikli 16 lõigete 1 ja 2 alusel ning neis ette nähtud tingimusi järgides tegelikult elas liikmesriigis, mille kodanik ta ei ole, kohaldatakse selle direktiivi sätteid *analoogia alusel*[64] juhul, kui nimetatud liidu kodanik pöördub koos oma asjaomase pereliikmega tagasi kodakondsusjärgsesse liikmesriiki[65].

81. Esiteks tuleneb sellest kohtupraktikast, et Euroopa Kohus tunnustas mitte üksnes esmase, vaid ka teisese õiguse valguses liidu kodaniku ja tema kolmanda riigi kodanikust pereliikmete õigust elada liidu kodaniku kodakondsusjärgses riigis, olles „eelnevalt” kasutanud vaba liikumise õigust. Teisisõnu aktsepteeris Euroopa Kohus niisugust elamisõigust teises liikmesriigis elamisele järgneva lõpliku tagasipöördumise korral päritoluliikmesriiki.

82. Teiseks nähtub sellest samast kohtupraktikast, et Euroopa Kohus põhistas neid otsuseid eelkõige aluslepingute, mitte niivõrd teisese õiguse alusel. Nõustudes küll tulemusega, milleni Euroopa Kohus jõudis, olen skeptiline tema põhjenduskäigu suhtes. Nimelt tõlgendas Euroopa Kohus neis otsustes aluslepingut teisese õiguse – täpsemalt direktiivi 2004/38 – valguses[66]. Lubage mul niisuguse tõlgendusega seoses vähemalt väljendada kahtlusi, arvestades esmase ja teisese õiguse vahelist hierarhiat. Nimelt näib mulle, et just teisest õigust tuleks tõlgendada aluslepinguid arvestades, mitte vastupidi. Kas muidu ei tekiks mitte oht, et institutsioonide või liikmesriikide akt või praktika toob kaasa aluslepingute muutmise väljaspool selleks ette nähtud menetlusi?

57 — *Ibidem* (punkt 25).
58 — EU:C:2007:771.
59 — EU:C:2014:135.
60 — EU:C:2007:771.
61 — *Ibidem.*
62 — *Ibidem* (punkt 32).
63 — *Ibidem* (resolutsioon).
64 — Kohtujuristi kursiiv.
65 — Kohtuotsus O ja B (EU:C:2014:135, punkt 61 ja resolutsioon).
66 — *Ibidem.*

83. Olen seega arvamusel, et direktiivi 2004/38 vähem kitsas tõlgendus oleks sobivam ja selle mõjul tagataks ilmselgelt aluslepingu ja direktiivi kohaldamisala sidusus.

c) Vahejäreldus

84. Olen arvamusel, et käeolev kohtuasi on Euroopa Kohtule soodne juhtum, et käsitleda küsimust direktiivi 2004/38 kohaldatavusest olukorras, kus liidu kodanikku, kes liigub kodakondsusjärgsesse liikmesriiki, olles eelnevalt kasutanud liikumisvabadust, saadab tema kolmanda riigi kodanikust pereliige.

85. Pean vajalikuks esmalt anda kõnealuse direktiivi tõlgenduse, mis on sidusam, arvestades nii liidu õiguse allikate süsteemi kui ka liidu kodakondsuse tänast rolli liidus. Niisuguse tõlgendusega välditaks – nagu nähtub käesoleva ettepaneku punktist 75 – ebaloogilisi tulemusi, sh nt asjaolu, et H. P. McCarthy võib saata oma abikaasat selle reisidel kõigis liikmesriikides, välja arvatud abikaasa kodakondsusjärgses liikmesriigis.

86. Veel pakub käesolev kohtuasi võimaluse arendada Euroopa Kohtu praktikat, mis puudutab liidu kodaniku õigust sellele, et teda saadab reisidel kolmanda riigi kodanikust pereliige, seda eesmärgiga, et nimetatud praktika kajastaks paremini liidu kodanike liidusisese rände tänast tegelikkust, kus päritoluriigi mõiste ähmastub. Sellest vaatepunktist kujutab kohtuotsus O ja B[67] esimest sammu nimetatud suunas, sest Euroopa Kohus otsustas direktiivi 2004/38 analoogia alusel kohaldamise kasuks. Ei ole aga üldse raske ette kujutada, et kogu direktiivi analoogia alusel kohaldamisel on mitu puudust.

87. Lõpetuseks ei arvestanud Euroopa Kohus muid olukordi, mis tulevikus kahtlemata tekivad, st eelkõige nende liidu kodanike olukorda, kes ei ole kunagi elanud liikmesriigis, mille kodakondsus neil on. Euroopa Kohus võiks seega kasutada tekkinud võimalust, et täpsustada, et direktiiv 2004/38 on kohaldatav liidu kodaniku pereliikmete suhtes sõltumata sihtliikmesriigist.

88. Kõigi eeltoodud kaalutluste alusel teen ettepaneku otsustada, et direktiiv 2004/38 on kohaldatav kolmanda riigi kodaniku suhtes, kes on liidu kodaniku pereliige artikli 2 punkti 2 mõttes, kui liidu kodanik ja tema pereliige siirduvad kõnealuse kodaniku kodakondsusjärgsesse liikmesriiki pärast seda, kui see kodanik on kasutanud vaba liikumise õigust ja tegelikult elanud muus liikmesriigis.

4. Direktiivi 2004/38 kohaldatavus olukorras, kus liidu kodanik, kes tegelikult kasutab vaba liikumise õigust, elades vastuvõtvas liikmesriigis, kasutab seda samaaegselt selleks, et siirduda oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki: sisenemisõigus ja lühiajalise elamise õigus

89. Tegin Euroopa Kohtule ettepaneku laiendada direktiivi 2004/38 kohaldamisala tuletatud elamisõigusele, mille saab liidu kodanik, kes – olles eelnevalt kasutanud tal olevat liikumisvabadust – siirdub koos kolmanda riigi kodanikest pereliikmetega liikmesriiki, mille kodakondsus tal on. Eeldusel, et Euroopa Kohus seda põhjenduskäiku ei järgi, analüüsin järgnevalt – üksnes sisenemisõiguse ja lühiajalise elamise kontekstis – ka direktiivi kohaldamist olukorras, kus liidu kodanik kasutab samaaegselt liikumisvabadust, siirdudes liikmesriiki, mille kodakondsus tal on.

90. Sellega seoses olgu kõigepealt öeldud, et sisenemisõigus on kõigile kodanikele tagatud ELTL artikliga 21. Direktiivi 2004/38 artikli 5 lõikes 1 on täpsustatud tingimused, millel seda üksnes liidu kodakondsuse omamisel rajanevat õigust kohaldatakse. Nimetatud õigus on otseselt seotud selle direktiivi artiklis 6 ette nähtud kuni kolmekuulise elamisõigusega.

67 — *Ibidem.*

a) Liikumisvabaduse kasutamine vastuvõtvas liikmesriigis, kui isik elab samal ajal liikmesriigis, mille kodakondsus on liidu kodanikul

91. Vastavalt Euroopa Kohtu praktikale on liidu kodanikul, kes elab oma kodakondsusjärgses liikmesriigis kolmanda riigi kodanikust pereliikmega ja kasutab samal ajal teises liikmesriigis vaba liikumise õigust, selle pereliikme osas perekonnaga taasühinemise õigus liikmesriigis, mille kodakondsus tal on. Nii otsustati kohtuotsuses Carpenter[68].

92. See kohtuotsus puudutab teenuseosutajat, kelle tegevuskoht oli kodakondsusjärgses liikmesriigis ja kes osutas teenust teistes liikmesriikides elavatele teenusesaajatele. Euroopa Kohus otsustas, et keeldumine andmast isiku abikaasale elamisõigust „kahjustaks nende perekonnaelu ning seetõttu mõjutaks ka tingimusi, milles Peter Carpenter teostab ühte põhivabadustest”[69]. Euroopa Kohus otsustas seega EÜ artikli 49 alusel (nüüd ELTL artikkel 56), et P. Carpenteri kodakondsusjärgne liikmesriik ei saanud keelduda viimase abikaasale elamisõiguse andmisest vastavalt asutamislepingutele, eriti kuna abikaasa väljasaatmise otsus riivanuks P. Carpenteril oleva õiguse pereelule teostamist[70].

93. Samal teemal asus Euroopa Kohus hiljutisemas otsuses S ja G seisukohale, et ELTL artikkel 45 annab liidu kodaniku kolmanda riigi kodanikust pereliikmele tuletatud õiguse elada liikmesriigis, mille kodakondsus liidu kodanikul on, olukorras, kus see liidu kodanik elab viimati nimetatud riigis, kuid käib korrapäraselt teises liikmesriigis töötajana selle sätte tähenduses, kui sellise elamisõiguse andmisest keeldumine heidutab asjaomast töötajat tegelikult kasutamast ELTL artiklist 45 tulenevaid õigusi[71].

94. Neist kohtuotsustest tuleneb, et samaaegse liikumisvabaduse kasutamise juhtumil, eelkõige regulaarsete reiside jaoks, mis ei hõlma liidu kodaniku elamaasumist teise liikmesriiki, tunnistas Euroopa Kohus peamiselt esmast õigust arvestades niisuguste kolmanda riigi kodanike tuletatud elamisõigust, kes on liidu kodanike pereliikmed.

b) Liikumisvabaduse kasutamine pärast tegelikku vastuvõtvas liikmesriigis elamist ja sellega samaaegne sisenemisõiguse ja lühiajalise elamise õiguse kasutamine liikmesriigis, mille kodakondsus on liidu kodanikul

95. Sissejuhatavalt olgu märgitud, et juhtumitel, kus liidu kodanik ei ole vaba liikumise õigust kasutanud[72] või kui ei ole täidetud teised direktiivi 2004/38 artikli 3 lõikes 1 nõutud tingimused, ei ole Euroopa Kohus oma praktikas tunnistanud kolmanda riigi kodanikest pereliikmete tuletatud elamisõigust ei direktiivi ega aluslepingu valguses.

96. Sellega seoses tundub mulle huvipakkuv toonitada, et just selle kohtupraktika raames kinnitas Euroopa Kohus direktiivi 2004/38 artikli 3 lõike 1 kohaldamise tingimuste täitmise nõuet juhul, kui liidu kodanik liigub liikmesriiki, mille kodanik ta on[73]. Euroopa Kohus otsustas, et direktiivist 2004/38 tuleneb sisenemis- ja elamisõigus liikmesriigis mitte kõigile kolmanda riigi kodanikele, vaid ainult neile, kes on sellise liidu kodaniku „pereliikmed” kõnealuse direktiivi artikli 2 punkti 2 tähenduses, kes on kasutanud oma õigust vabalt liikuda, asudes elama liikmesriiki, mille kodanik ta ei ole[74].

68 — EU:C:2002:434.

69 — *Ibidem*, punkt 39.

70 — *Ibidem*, punkt 41.

71 — Vt kohtuotsus S ja Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (C-457/12, EU:C:2014:136, punkt 46 ja resolutsioon).

72 — Kõnesoleval juhul ei ole see nii.

73 — Vt eelkõige kohtuotsused McCarthy (EU:C:2011:277), Dereci jt (EU:C:2011:734), O jt (C-356/11 ja C-357/11, EU:C:2012:776), ning Ymeraga ja Ymeraga-Tafarshiku (C-87/12, EU:C:2013:291).

74 — Vt kohtuotsused Dereci jt (EU:C:2011:734, punkt 56); Iida, (EU:C:2012:691, punkt 51); O jt (EU:C:2012:776, punkt 41) ning O ja B (EU:C:2014:135, punkt 39).

97. Minu arvates on siiski küsitav, kuivõrd asjakohane on selle kohtupraktika ülekandmine niisugusele kohtuasjale nagu käesolev. Konkreetselt puudutavad mu kahtlused niisuguse liidu kodaniku, kes on kasutanud oma õigust liikumisvabadusele muus liikmesriigis ja samaaegselt reisinud liikmesriiki, mille kodanik ta on, ning teda saatvate kolmanda riigi kodanikest pereliikmete väljajätmist direktiivi 2004/38 kohaldamisalast.

98. Erinevalt käesolevast kohtuasjast ei olnud liidu kodanikud eelkõige kohtuotsuste McCarthy[75], Dereci[76], O jt[77], Ymeraga ja Ymeraga-Tafarshiku[78] ja Iida[79] aluseks olnud kohtuasjades kas i) kunagi kasutanud oma vaba liikumise õigust, olles kogu aeg elanud oma kodakondsusjärgses liikmesriigis ii) või neid ei kaasanud ega nendega ei ühinenud reisidel teises liikmesriigis nende kolmanda riigi kodanikest pereliikmed. Nimetatud kohtuasjades ei täitnud puudutatud liidu kodanikud seega direktiivi 2004/38 artikli 3 lõikes 1 sätestatud tingimusi.

99. Põhikohtuasja faktiline raamistik eristub ka hiljutiste kohtuotsuste O ja B ning S ja G[80] omast, sest liidu kodanikud, kelle elukoht on kodakondsusjärgses liikmesriigis: (i) elasid vastuvõtvas liikmesriigis mitte töötajatena, vaid liidu kodanikena ELTL artikli 21 lõike 1 alusel või siis isikutena, kellele teenuseid pakutakse ELTL artikli 56 tähenduses[81] või (ii) olid reisinud üle piiri, et minna teise liikmesriiki teises liikmesriigis asuva ettevõtja töötajana või siis töötajana, kes kodakondsusjärgses liikmesriigis asuva ettevõtja jaoks tehtava töö raames liiguvad regulaarselt teise liikmesriiki. Teisisõnu ei asunud liidu kodanik neis kohtuasjades, sh ka kohtuasjas Carpenter, elama vastuvõtvasse liikmesriiki.

100. Sellega seoses olgu meenutatud, et kõnesolevas kohtuasjas kasutasid S. A. McCarthy ja tema tütar oma vaba liikumise õigust sellega, et nad „asusid elama muusse kui oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki”, st Hispaaniasse. H. P. McCarthy oli nendega viimati nimetatud liikmesriigis kaasas ja sai seal järelikult elamisloa direktiivi 2004/38 artikli 10 tähenduses. Tõsiasi, et põhikohtuasja kaebajad elavad „praegu” Hispaanias, annab tunnistust elamaasumisest ja seega sellest, et nende sealelamine on tegelikku laadi. See elamise tegelik laad on vastavalt Euroopa Kohtu hiljutisele praktikale asjakohane asjaolu, mille alusel leida, et direktiiv 2004/38 on kohaldatav[82], isegi kui see kuulub kohaldamisele üksnes analoogia alusel.

101. Samal ajal, kui H. P McCarthy tegelikult elas Hispaanias kui liidu kodaniku pereliige, soovis ta ka kasutada tal olevat sisenemise ja lühiajalise elamise tuletatud õigust, et saata oma peret Ühendkuningriigis. Olen sellest tulenevalt seisukohal, et käesolevas kohtuasjas saab direktiivi 2004/38 kohaldatavuses vaevalt kahelda.

102. Niisuguse tõlgenduse kasuks räägib direktiivi 2004/38 artikli 3 lõike 1 sõnastus. Selles on sätestatud kaks tingimust: a) liidu kodanik läheb muusse kui oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki või elab sellises riigis ning b) teda saadab või temaga ühineb kolmanda riigi kodanikust pereliige.

75 — EU:C:2011:277, punktid 31 ja 39.

76 — EU:C:2011:734, punkt 54.

77 — EU:C:2012:776, punkt 42.

78 — EU:C:2013:291, punkt 30.

79 — EU:C:2012:691, punkt 65.

80 — EU:C:2014:135 ja EU:C:2014:136.

81 — Need kodanikud ei asunud elama teise liikmesriiki nagu S.A. McCarthy.

82 — Vt kohtuotsus O ja B (EU:C:2014:135, punkt 53).

103. Minu hinnangul on seega tegemist kumulatiivsete tingimustega, mis peavad olema täidetud hetkel, mil puudutatud liidu kodaniku pereliikmed, kel on kolmanda riigi kodakondsus, sisenemise ja lühiajalise elamise õigust taotlevad. Sellest tuleneb, et kuna S. A. McCarthy ja tema tütar elavad lühiajalise Ühendkuningriiki reisimise ajal seaduslikult Hispaanias koos H. P. McCarthy'ga, pean kohtuasja selle direktiiviga hõlmatuks. Hetkel, mil S. A. McCarthy tugineb direktiivist tulenevatele õigustele, et „liikuda" Ühendkuningriiki, „elab" ta nimelt teises liikmesriigis – Hispaanias.

104. Kuivõrd isikute vaba liikumine on üks liidu alustaladest, tuleb sellest põhivabadusest tehtavaid erandeid tõlgendada kitsalt [83]. Arvestades direktiivi 2004/38 konteksti ja eesmärke ning ELTL artikli 21 lõikes 1 sätestatud põhivabadust vabalt elada ja liikuda, ei või selle direktiivi sätteid tõlgendada kitsalt ja neilt ei või ühelgi juhul võtta nende kasulikku mõju [84].

c) Vahejäreldus

105. Juhuks, kui Euroopa Kohus mu esimest ettepanekut ei järgi [85] ning kuna direktiivi 2004/38 artiklis 5 on ette nähtud vaid lühiajalise elamise õigusega otseselt seotud sisenemisõigus (elamine vähem kui kolm kuud) [86], teen Euroopa Kohtule ettepaneku kohaldada direktiivi 2004/38 vähemasti niisuguse liidu kodaniku ja tema kolmanda riigi kodanikest pereliikmete suhtes, kes tegelikult kasutavad neil olevat liikumisvabadust, elades ühes liikmesriigis ja reisides samal ajal lühiajaliselt teise liikmesriiki, mille kodakondsus on kõnealusel liidu kodanikul. Sellisel juhtumil jätaks Euroopa Kohus direktiivi kohaldamisalast välja üksnes olukorrad, kus liidu kodanik, olles eelnevalt kasutanud liikumisvabadust, siirdub koos kolmanda riigi kodanikest pereliikmetega oma kodakondsusjärgsesse liikmesriiki muu kui lühiajalise elamise eesmärgil.

B. *Nende meetmete identifitseerimine, mida saab kasutada direktiivi 2004/38 artikli 35 alusel*

106. Esimene ja kolmas eelotsuse küsimus, mida tuleb käsitleda koos, puudutavad küsimust, kas ja mis tingimustel lubab direktiivi 2004/38 artikkel 35 võtta liikmesriigil, kes seisab silmitsi „õiguste süsteemse kuritarvitamisega" elamislubade andmisel selle sama direktiivi artikli 10 mõttes, niisugune meede, nagu on kõne all põhikohtuasjas. See meede on üldkohaldatav ja ennetav ega tugine õiguste kuritarvitamise eelnevale tuvastamisele ühel konkreetsel juhtumil.

107. Et vastata neile küsimustele, alustan mõiste „õiguste kuritarvitamine" lühianalüüsist Euroopa Kohtu asjassepuutuva praktika kontekstis. Seejärel käsitlen seda kohtupraktikat silmas pidades tõlgendust, mis tuleb anda direktiivi 2004/38 artiklile 35, eelkõige arvestades Ühendkuningriigi valitsuse esitatud argumente.

83 — Vt analoogia alusel kohtuotsused Kempf (139/85, EU:C:1986:223, punkt 13) ja Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punkt 23). Vt ka komisjoni teatis Euroopa Parlamendile ja nõukogule, mis käsitleb suuniseid direktiivi 2004/38 ülevõtmise ja kohaldamise parandamiseks KOM (2009) 313 (lõplik), lk 3 (edaspidi „suunised").

84 — Kohtuotsus Metock jt (EU:C:2008:449, punkt 84).

85 — Vt käesoleva ettepaneku alajaotuse A alapunkt 3.

86 — Siinkohal olgu märgitud, et väljaspool direktiivi 2004/38 artikliga 5 kehtestatud tingimusi ei või liikmesriigid kehtestada kodanikele muid sisenemise suhtes kehtivaid nõudeid, nt viisanõuet. Vt kohtuotsus Yiadom (C-357/98, EU:C:2000:604, punkt 23). Vt ka Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford (Oxford University Press), 2010, lk 424.

1. Mõiste „õiguste kuritarvitamine” Euroopa Kohtu asjassepuutuvas praktikas

108. Sooviksin kõigepealt välja tuua, et mõiste „õiguste kuritarvitamine” on tuntud enamikus liikmesriikides. Näiteks toon õiguste kuritarvitamise klassikalise määratluse Prantsuse õigusteoorias, mis on järgmine: „õigusliku eelisseisundi üle piiri minev kasutamine; õiguse, pädevuse, volituse omaja tegevus, mille käigus ta läheb oma õiguse, pädevuse või volituse kasutamisel kaugemale, kui on ette nähtud selle seaduspärast kasutust reguleerivates normides” [87]. Seega on oluline täpsustada, et selle mõistega opereerimine eeldab, et kuritarvituse toimepanija omab õigust [88].

109. Saksa õigusteoorias on antud järgmine definitsioon: „subjektiivse õiguse kasutamine, mis formaalselt vastab seaduse nõuetele, aga on konkreetse juhtumi asjaolusid arvestades hea usuga vastuolus” [89].

110. Poola õiguses on aga nii, et õiguse omaja tegu või tegevusest hoidumist, mis küll formaalselt vastab selle õiguse kasutamisele, ent toimub ühiskondliku kooseksisteerimise või õiguse ühiskondlik-majandusliku eesmärgiga vastuollu minnes, ei peeta kõnealuse õiguse kasutamiseks ja sellele ei laiene õiguskaitse [90].

111. Mis puudutab liidu õigust, siis kuivõrd see mõiste esineb teiseses õiguses üksnes sporaadiliselt [91], eeldab selle analüüs viitamist Euroopa Kohtu praktikale. Viimane on näinud selles mõistes siseriikliku õiguse põhimõtet kontekstis, kus õigussubjekt tugineb liidu õigusele „üksnes eesmärgiga pääseda siseriikliku õiguse kohaldamisest” [92] ja teisalt liidu õiguse põhimõtet, kontekstis, kus õigussubjekt „kasutab talle liidu õigusega antud õigust pettuslikult või piireületavalt [93].

112. Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et mõiste „õiguste kuritarvitamine” on liidu õiguse autonoomne mõiste, mille kohaselt „kuritarvitusliku praktika tõendamiseks on nõutav esiteks objektiivsete asjaolude kogum, millest tuleneb, et vaatamata [liidu] õigusnormides ette nähtud tingimuste formaalsele täitmisele, ei ole õigusnormide legitiimset eesmärki saavutatud. Teiseks tuleb tuvastada subjektiivne element, mis seisneb kavatsuses saada [liidu] normidest kasu, luues kunstlikult selleks vajalikke tingimusi” [94].

113. Komisjoni hinnangul on direktiivi tähenduses õiguste kuritarvitamine „ebaloomulik käitumine, mille ainus eesmärk on saada ühenduse õiguse kohane õigus liikuda vabalt liikmesriiki ja seal elada, ning [mis formaalselt täidab küll ühenduse normides sätestatud tingimused, ent ei ole kooskõlas nende normide eesmärgiga]” [95]. [täpsustatud tõlge]

87 — Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Paris PUF, 8. trükk, juuni 2009.

88 — Simon, D. ja Rigaux, A., „La technique de consécration d’un nouveau principe général du droit communautaire: l’exemple de l’abus de droit”, *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, kd 2 (2004), lk 559–587, lk 563.

89 — „Die Ausübung eines subjektiven Rechts ist missbräuchlich, wenn sie zwar formell dem Gesetz entspricht, die Geltendmachung jedoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls treuwidrig ist“. Vt Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 20. trükk, München 2011, lk 977.

90 — Vt Poola tsiviilseadustiku artikkel 5 ja Machnikowski, P. *Kodeks cywilny – komentarz*, E. Gniewek (toim.), Varssavi 2006, lk 14.

91 — Nii on see eeskätt direktiivi 2004/38 artikli 35 puhul.

92 — Niiviisi täpsustatuna hõlmab see mõiste puhtalt kunstlikke skeeme või pettust seoses liidu õiguse kohaldamisalaga, st kuritarvitust, mis võib puudutada liidu õiguse kohaldamist, luues kunstlikult seose selle õigusega, Lagondet, F., *loc. cit.*, lk 8.

93 — Simon, D. ja Rigaux, A., *loc. cit.*, lk 564. Vt ka Waelbroeck, D., „La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire”, *Mélanges en hommage à Jean Victor Louis*, I osa (2003), lk 565–616, lk 597.

94 — Kohtuotsus Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, punktid 52 ja 53).

95 — Vt KOM (2009) 313 (lõplik), lk 15 ja 16.

114. Euroopa Kohus on lisaks toonitanud, et nende kahe – st objektiivse ja subjektiivse – elemendi olemasolu tuleb tuvastada siseriiklikul kohtul, kusjuures tõendid tuleb esitada siseriikliku õiguse kohaselt, „tingimusel et sellega ei vähendata [liidu] õiguse tõhusust” [96]. Ta on veel meelde tuletanud, et õiguste kuritarvitamist reguleeriva siseriikliku normi rakendamine ei või kahjustada liidu normide täielikku õigusmõju ja ühetaolist kohaldamist liikmesriikides ning et eelkõige ei tohi siseriiklikud kohtud liidu normist tuleneva õiguse kasutamist hinnates muuta selle sätte ulatust ega kahjustada sellega taotletavaid eesmärke [97].

115. Eelnevaga seoses ei näi tekitavat vähimatki kahtlust see, et Ühendkuningriik ei tõendanud õiguste kuritarvitamist, sest kõne all oleval juhtumil ei ole võimalik tuvastada ühtegi – ei objektiivset ega subjektiivset – asjaolu. Siiski näib mulle kohasem käsitleda esitatud seisukohta põhjalikumalt analüüsi käigus, mis käsitleb direktiivi 2004/38 artiklit 35 Euroopa Kohtu praktika ja Ühendkuningriigi esitatud argumentide valguses.

2. Direktiivi 2004/38 artikli 35 tõlgendamine Euroopa Kohtu praktikat arvestades

116. Direktiivi 2004/38 artikkel 35 lubab liikmesriikidel õiguste kuritarvitamise või pettuse, näiteks fiktiivabielude puhul vastu võtta vajalikud meetmed direktiivist tulenevate õiguste lõpetamiseks, kehtetuks tunnistamiseks või nendest keeldumiseks.

117. Sellega seoses tekib küsimus, et mis tüüpi meetmeid võivad liikmesriigid võtta, et kaitsta end õiguste kuritarvitamise eest selle artikli alusel: kas üksnes üksikmeeteid või ka üldkohaldatavaid ja ennetavaid meetmeid?

118. Sellele küsimusele vastamiseks tuleb tõlgendada direktiivi artiklit 35, arvestades Euroopa Kohtu praktikat, mida on meenutatud eespool punktides 112 ja 114 ja mille kohaselt selleks, et tuvastada, kas esineb õiguste kuritarvitamine kõnesoleva artikli mõttes, tuleb läbi viia kaheastmeline analüüs, et kontrollida nimetatud objektiivseid ja subjektiivseid asjaolusid [98].

119. Enne niisuguse analüüsi juurde asumist tuleb esitada endale küsimus, et mis on direktiivi 2004/38 artikli 5 lõike 2 eesmärk.

120. Sellega seoses tuleneb nimetatud direktiivi põhjendusest 5, et „selleks, 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 […]”.

121. Mis puudutab kõigepealt objektiivsete asjaolude kogumit, millest tuleneb, et vaatamata direktiivis 2004/38 ette nähtud tingimuste formaalsele täidetusele ei ole direktiivi artikli 5 lõike 2 eesmärk täidetud, siis jätsid Ühendkuningriigi ametiasutused lihtsalt nende kontrollimise kohustuse täitmata. Tuletan meelde, et Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikast tuleneb, et õiguste kuritarvitamise raames süüks pandava käitumise analüüs peab toimuma *in concreto* [99]. Nagu nähtub suuremast osast Euroopale Kohtule esitatud kirjalikest seisukohtadest, nõuab direktiivi 2004/38 artikkel 35, et õiguste kuritarvitamine tuvastataks konkreetsel juhtumil, et saaks direktiivi artikli 10 mõttes elamisloa omajale keelata artiklis 5 ette nähtud õigust siseneda riiki viisata.

96 — Kohtujuristi rõhuasetus. Kohtuotsus Emsland-Stärke (EU:C:2000:695, punkt 52–54) ja hiljutisem kohtuotsus Ungari *vs.* Slovakkia (C-364/10, EU:C:2012:630, punkt 58).

97 — Kohtuotsused Pafitis jt (C-441/93, EU:C:1996:92, punkt 68) ja Kefalas jt (C-367/96, EU:C:1998:222, punkt 22).

98 — Vt kohtujurist Sharpstoni ettepanek kohtuasjas Bozkurt (C-303/08, EU:C:2010:413, punkt 67).

99 — Vt kohtuotsused Kefalas jt (EU:C:1998:222, punkt 28) ja Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, punkt 34).

122. Ma ei kõhkle seega kinnitamast, et käesoleval juhtumil puudub Secretary of State'i väitel toimunud õiguste kuritarvitamise objektiivne element, sest direktiivi 2004/38 artikli 5 lõike 2 eesmärk on minu arvates täidetud. Nimelt päädis põhikohtuasja kaebajate poolne liikumisõiguse kasutamine *de facto* nende elamaasumisega liikmesriiki (Hispaania), koos kavatsusega elada seal koos ja sooviga liikuda Ühendkuningriiki lühiajalise seal elamise eesmärgil. Teisisõnu ei ole selle sätte järgmine üksnes formaalne. Põhikohtuasja kaebajate reisid ei ole kunstlikud, vaid reaalsed. Need reisid vastavad vaba liikumise õiguse õiguspärasele kasutamisele, sest kaebajad ei soovinud ei pääseda Ühendkuningriigi normide kohaldamisest ega kasutada direktiiviga antud õigusi pettuslikult ja piireületavalt, mida Ühendkuningriik ka ei vaidlusta.

123. Mis puudutab teiseks subjektiivset elementi, ehk soovi saada direktiivist 2004/38 tulenevat eelist, siis on selge, et ka seda asjaolu ei eksisteeri. Nimelt ei tuginenud Ühendkuningriigi ametiasutused direktiivi 2004/38 artikli 5 lõike 2 kohaldamata jätmiseks põhikohtuasja kaebajate individuaalsele käitumisele.

124. Vastupidi, nii nende kirjalikes kui ka kohtuistungil esitatud suulistes seisukohtades ei vaidlustanud Ühendkuningriigi ametiasutused ei McCarthy'de abielu ehtsust ega seda, et paar elab tegelikku pereelu Hispaanias. Sellega seoses: abielu saab kvalifitseerida fiktiivabieluks direktiivi 2004/38 mõttes vaid siis, kui see on sõlmitud „üksnes selleks, et kasutada direktiivi kohast õigust liikmesriikides vabalt liikuda ja seal elada, mida isik muidu kasutada ei saaks" [100].

125. Tuletan järgmiseks meelde, et direktiivi 2004/38 artiklis 35 sätestatud meetmed on allutatud selle direktiivi artiklitele 30 ja 31. Nagu tuleneb suuremast osast Euroopa Kohtule esitatud seisukohtadest, võtaks üldkohaldatav meede sisu neis sätetes ette nähtud menetluslikelt tagatistelt. Seega on artiklis 35 ette nähtud meetmed üksikmeetmed, mis ei õigusta direktiiviga antud õiguste süstemaatilist äravõttu. Vastupidi, nende õiguste süstemaatiline äravõtt ei anna ei siseriiklikule kohtule ega Euroopa Kohtule võimalust kontrollida, kas tingimused, mille alusel Ühendkuningriigi ametiasutused otsustasid selle õiguse kõnesoleval juhul kõrvale jätta, on tegelikult täidetud.

126. Vastavalt suunistele rajaneb direktiivi 2004/38 süsteem just üksikotsustel ja siseriiklikud ametiasutused peavad omistama tähtsust konkreetse juhtumi kõigile asjaoludele. Täpsemalt tuleb neil hinnata puudutatud isikute liidu õiguse eesmärke silmas pidades ja tegutsema objektiivsete tõendite alusel [101].

127. Nimelt, nagu komisjon viidatud suunistes õigesti märkis, tuleb direktiivi 2004/38 raames „õiguste kuritarvitamise" mõistet tõlgendades tagada liidu kodanikule kogu talle osutada tulev tähelepanu. Vastavalt liidu õiguse ülimuslikkuse põhimõttele tuleb liidu õiguse võimaliku kuritarvitava kasutuse kontroll läbi viia, arvestades liidu õigust, mitte rännet reguleerivat siseriiklikku õigust. Direktiiviga ei takistata liikmesriigil uurida konkreetseid juhtumeid, kus on mõjuv põhjus kahtlustada õiguste kuritarvitamist. Ühenduse õigusega on süstemaatiline kontroll aga keelatud. Meetmed, mida liikmeriigid võtavad, et võidelda fiktiivabielude vastu, ei tohi heidutada liidu kodanikke ega nende pereliikmeid vaba liikumise õigust teostamast ega põhjendamatult riivata nende legitiimseid õigusi. Nad ei tohi seada küsimuse alla liidu õiguse tõhusust ega tuua kaasa kodakondsusel põhinevat diskrimineerimist [102].

100 — Vt KOM (2009) 313 (lõplik), lk 16.

101 — Vt KOM (2009) 313 (lõplik), punkt 4.3. Vt ka kohtuotsus Metock jt (EU:C:2008:449, punktid 74 ja 75).

102 — KOM (2009) 313 (lõplik), lk 16.

128. Viimaseks tundub mulle, et on vaevalt võimalik kahelda selles, et kui Ühendkuningriik hindas H. P. McCarthyle direktiivi 2004/38 artikli 5 lõikest 2 tuleneva sisenemisõiguse kasutamist, siis muutis ta selle sätte ulatust, kahjustades sättega taotletavaid eesmärke. Sellega seoses väidab Ühendkuningriik, et õiguste kuritarvitamine on võimalik lahendada lihtsalt võimaliku õiguste kuritarvitamise esemeks olevat sätet kõrvale jättes, mis minu arvates on vastuolus õiguste kuritarvitamise mõiste endaga ja kahjustab direktiiviga 2004/38 taotletavaid eesmärke.

3. Ühendkuningriigi vastuväited

129. Erinevalt teistest seisukohti esitanud pooltest ja menetlusse astujatest väidab Ühendkuningriik nii kirjalikes kui ka kohtuistungil esitatud suulistes seisukohtades, et ta seisab hetkel silmitsi arvestatava hulga kuritarvitustega, mis puudutab kolmanda riigi kodanikust pereliikme riiki sisenemise õiguse kasutamist, kusjuures nende eesmärk oli minna mööda sisserände ja piirikontrollist. Ta kvalifitseeris selle olukorra kui „õiguste süsteemse kuritarvitamise".

130. Ühendkuningriik on seisukohal, et kui ta nõustuks sellega, et kõik väidetavalt direktiivi artikli 10 alusel antud elamisload vabastavad kolmanda riigi kodanikud igasugusest viisakontrollist, siis võimaldaksid need elamisload lihtsamalt tema territooriumile siseneda. Sellega seoses osutas Ühendkuningriigi valitsus, et ta on esitanud tõendid, mis näitavad süsteemse õiguste kuritarvitamise esinemist.

131. Kuigi omadussõna „süsteemne" kasutamine ei näi minu arvates olevat kooskõlas mõistega „õiguste kuritarvitamine" liidu õiguse raamistikus, tuleb siiski analüüsida, kas kõnealuse liikmesriigi esitatud tõendid vastavad selle mõistega nõutud tingimustele.

132. Ühendkuningriigi poolt tõenditena esitatud dokumendid puudutavad eelkõige uuringut, mille viis 2011. aastal läbi kõnealuse liikmesriigi piirivalveteenistus ja milles identifitseeriti 1494 „katset" kasutada valedokumente, mis olid saadud pettuse teel (fiktiivabielu sõlmides), või siis võltsitud dokumente [103]. Konkreetselt seisab Ühendkuningriik silmitsi valedokumentide või pettuse teel (fiktiivabielu sõlmides) saadud dokumentide kasutamisega või siis võltsitud dokumentide kasutamisega [104]. Analüüs, mille Ühendkuningriigi ametiasutus tegi muude liikmesriikide antud elamislubade üle, näitas väidetavalt, et 12 liikmesriigi antavad elamisload ei vasta Rahvusvahelise Tsiviillennunduse Organisatsiooni raames kokku lepitud liidu reisidokumentide minimaalsetele turvastandarditele. Lisaks on kolmandate riikide kodanike toime pandud pettused ja vaba liikumise õiguste kuritarvitamised tunnistatud liikmesriikides tõsiseks probleemiks [105]. Ühtlustatud miinimumstandardite puudumine artiklis 10 ette nähtud elamislubade jaoks ja sellest tulenev kuritarvituste risk, mis puudutab sisserändekontrollist möödaminekut, teeb eriti muret Ühendkuningriigile.

103 — Olgu märgitud, et Ühendkuningriik kvalifitseerib õiguste kuritarvitamisena kaks täiesti erinevat õiguslikku olukorda, st fiktiivabielud ja võltsitud dokumendi kasutamise. Mõiste „õiguste kuritarvitamine" on kohaldatav üksnes esimese suhtes.

104 — Vastavalt komisjoni dokumendile tegi ta pärast nõukogu taotlust liikmesriikidele ettepaneku edastada teavet vaba liikumise kuritarvitusliku kasutamise kohta fiktiivabielude sõlmimise teel. Kaksteist liikmesriiki esitasid statistika „tuvastatud" juhtumite kohta. Selle dokumendi kohaselt jättis Ühendkuningriik abielu ehtsusega seotud küsimustel rahuldamata 176 pereliikme sissesõiduloa taotlust (arvestus 256 juhtumi lõikes, mil kuritarvitamist kahtlustati ja mis vastavad umbes 2% sel perioodil esitatud taotlustest). Vt komisjoni 25. novembri 2013. aasta teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele „Viis meedet olukorra parandamiseks EL kodanike ja nende pereliikmete vaba liikumise valdkonnas, KOM (2013) 837 (lõplik), lk 9.

105 — Nõukogu kiitis 2012. aasta aprillis heaks dokumendi meetmete kohta, mida tuleb võtta: „EL meetmed seoses rändesurvega – Strateegiline reaktsioon", mille kohaselt üks strateegilisi prioriteete on „liikumisvabaduse säilitamine ja kaitse, ennetades kolmandate riikide kodanike poolseid kuritarvitusi".

133. Näib selgesti, et Ühendkuningriigi esitatud tõendeid ei saa pidada konkreetseteks tõenditeks, mis seonduvad põhikohtuasja kaebajate individuaalse käitumisega. Need tõendid ei vasta käesoleva ettepaneku punktidest 121–127 kirjeldatud objektiivsetele ja subjektiivsetele tingimustele, mis on nõutud, et oleks võimalik tuvastada õiguste kuritarvitamine konkreetsel juhtumil. Tuletan sellega seoses meelde, et vaidlust ei ole küsimuses, et põhikohtuasja kaebajate käitumine ei ole kvalifitseeritav õiguste kuritarvitamisena liidu õiguse mõttes.

134. Samuti olgu meenutatud, et pettuse eeldamine üldisel viisil ei ole piisav, et õigustada EL toimimise lepingu eesmärke riivavat meedet [106]. Kuritarvitusliku käitumise hindamine on põhimõtteliselt siseriiklike kohtute ülesanne, ent nendepoolne hinnang ei tohi mingil juhul ohtu seada liidu õiguse ühetaolisust ja tõhusust [107].

135. Mis puudutab lisaks Ühendkuningriigi väidet Rahvusvahelise Tsiviillennunduse Organisatsiooni raames kokku lepitud minimaalsetele turvastandarditele mittevastavuse kohta, siis rõhutas Hispaania Kuningriigi esindaja kohtuistungil, et liidu kodaniku pereliikme elamisload, mida Hispaania välja annab, vastavad selle organisatsiooni standarditele.

136. Seoses Hispaania territooriumil rakendatavate turvastandardite võimaliku järgimata jätmisega sooviksin igal juhul rõhutada, et direktiivi 2004/38 võimalik järgimata jätmine liikmesriigi poolt ei kujuta endast õiguste kuritarvitamist ega kuulu seega direktiivi artikli 35 alla [108].

137. Pereliikme sissesõiduloa osas olen seisukohal, et see vastab lihtsalt viisakohustusele, mis on vastuolus mitte üksnes direktiivi 2004/38 artikli 5 lõikega 2, vaid ka selle direktiivi eesmärkide ning sellega loodud süsteemiga. Selle direktiivi artikli 10 alusel antud elamisluba muidugi üksnes tunnistab õiguse olemasolu ega anna seda, sest sellega tõendatakse üksnes eelnevalt olemasolevat õigust. Samas on siiski võimalik kinnitada, et kui liidu kodaniku pereliikmest kolmanda riigi kodanik täidab vaba liikumise õiguse saamiseks vajalikud tingimused, peavad liikmesriigid seda luba tunnustama [109].

138. Lõpuks olen seisukohal, et lubada ühel liikmesriigil mitte arvestada teise liikmesriigi antud elamisluba, oleks vastuolus vastastikuse tunnustamise põhimõttega. Olgu märgitud, et vastavalt Euroopa Kohtu praktikale ei ole vaba liikumise õigusi võimalik kasutada, esitamata isiku õiguslikku olukorda tõendavat dokumenti, mille reeglina väljastab töötaja päritoluliikmesriik. Sellest järeldub, et et liikmesriigi haldus- ja kohtuasutused peavad aktsepteerima teiste liikmesriikide pädevate asutuste väljaantud tõendeid ja sarnaseid dokumente isiku õigusliku olukorra kohta, välja arvatud juhul, kui nende dokumentide õigsuses võib tõsiselt kahelda konkreetsete, asjaomase üksikjuhtumiga seotud asjaolude tõttu [110].

139. Aktsepteerida seda, et Ühendkuningriik rakendab üldkohaldatavaid meetmeid, tähendaks võimaldada liikmesriigil minna vaba liikumise õigusest mööda ja selle tagajärjel võiksid ka teised liikmesriigid võtta sarnaseid meetmeid ja ühepoolselt peatada direktiivi kohaldamise.

140. Olen seega arvamusel, et Ühendkuningriigi esitatud tõendid ei ole piisavad, et tõendada võimalikku süsteemset õiguste kuritarvitamist, mis tema väitel aset leidis.

106 — Vt kohtuotsus komisjon *vs.* Belgia (C-577/10, EU:C:2012:814, punkt 53 ja seal viidatud kohtupraktika).

107 — Simon, D. ja Rigaux, A., *Le système juridique communautaire*, 3. trükk, 2001, lk 582.

108 — Tuletan meelde, et ELTL artiklis 258 ja ELTL artiklis 259 on ette nähtud, et juhul, kui liikmesriik ei ole täitnud aluslepingutest tulenevat kohustust, tuleb komisjonil või muul liikmesriigil esitada asi rikkumise tuvastamiseks Euroopa Kohtusse.

109 — Vt selle kohta kohtuotsus Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, punkt 54).

110 — Vt selle kohta kohtuotsus Dafeki (C-336/94, EU:C:1997:579, punkt 19).

141. Kõigil neil põhjustel leian, et esimesele ja kolmandale küsimusele tuleb vastata, et direktiivi 2004/38 artikkel 35 ei võimalda liikmeriigil võtta üldkohaldatavat meedet, millega liidu kodaniku pereliikmest kolmanda riigi kodanikult, kellel on muu liikmesriigi välja antud kehtiv elamisluba, võetakse ära õigus olla viisanõudest vabastatud, sest tegemist on ennetava meetmega, mis ei rajane konkreetsel juhtumil aset leidnud õiguste kuritarvitamise eelneval tuvastamisel.

C. Protokoll nr 20

142. Teise küsimusega palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtul sisuliselt selgitada, kas protokolli nr 20 artikkel 1 lubab Ühendkuningriigil kehtestada liidu kodaniku pereliikmest kolmanda riigi kodanikule, kellel on muu liikmesriigi poolt direktiivi 2004/38 alusel välja antud kehtiv elamisluba, kohustust omada enne piirile jõudmist saadud sissesõiduviisat.

143. Olgu kõigepealt öeldud, et protokollide õigusjõud ei tekita mingeid kahtlusi. ELL artiklis 51 on sätestatud, et „aluslepingutele lisatud protokollid ja lisad on aluslepingute lahutamatu osa". Seega on protokollid normihierarhias kahtlemata liidu teisese õiguse suhtes ülimuslikud.

144. Täpsemalt kujutab protokoll nr 20 endast Ühendkuningriigil ja Iirimaal ELTL artiklite 26 ja 77 alusel olevatest kohustustest sätestatud erandit, mis rajaneb nende riikide tahtel välistada EL toimimise lepingu kolmanda osa V jaotise „Vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajanev ala" kohaldamine enda suhtes [111]. Nagu komisjon on siiski sõnaselgelt öelnud, ei ole selle protokolli eesmärk anda Ühendkuningriigile konkreetseid õigusi, vaid see võeti vastu, et arvestada nimetatud liikmesriigi soovi esiteks säilitada enamiku liikmesriikidega piirikontroll ning teiseks Ühendkuningriigi ja Iirimaa vahel eksisteeriv „ühine reisipiirkond" [112].

145. Sellega seoses tuleneb protokolli nr 20 artiklist 2, et kõnealused kaks liikmesriiki võivad omavahel jätkuvalt jõus hoida korda, mis on seotud isikute liikumisega nende territooriumide vahel („ühine reisipiirkond"), austades samal ajal täielikult selle protokolli artikli 1 esimese lõigu punktis a nimetatud isikute õigusi. Nimelt, kui Ühendkuningriik peaks otsustama enam mitte tugineda oma erivolitusele vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajanevas alas mitte osaleda, siis teeks Iirimaa sama otsuse, sest viimati nimetatud liikmesriigi seisukohta õigustab üksnes asjaolu, et ta on Ühendkuningriigiga kõnealuse ühise reisipiirkonna raames seotud [113].

146. Lisaks on artiklis 3 ette nähtud, et teistel liikmesriikidel on õigus kontrollida oma piiridel või igas muus nende territooriumile sisenemise kohas isikuid, kes soovivad siseneda nende territooriumile Ühendkuningriigist või Iirimaalt.

147. Olen seisukohal, et protokolli nr 20 artiklit 1 tuleb tõlgendada neid kaalutlusi arvestades.

148. Kõigepealt on Ühendkuningriigile antud selle artikliga õigus teostada „üksnes" oma piiridel kontrolli, mida ta peab vajalikuks, et kontrollida liikmesriikide kodanike ning nende liidu õigusega antud õigusi kasutavate ülalpeetavate õigust siseneda Ühendkuningriiki.

111 — See tahe väljendub ka seoses Euroopa Liidu raamistikku integreeritud Schengeni *acquis*'ga. Vt protokoll nr 19 Euroopa Liidu raamistikku integreeritud Schengeni *acquis*' kohta.

112 — Lissaboni lepinguga tehtud muudatuste kohta Ühendkuningriigi ja Iirimaa olukorras seoses vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajaneva alaga vt eelkõige Chevallier-Govers, C., „Le traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice", *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*?, Bruylant, 2009, lk 271 jj.

113 — Vt Toth, A.G., *The legal effects of the protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark, in The European Union after Amsterdam. A legal analysis*, 1998, lk 227–252, lk 233; Guillard, C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Thèse, Bruylant, 2006, lk 466.

149. Muidugi ei ole „piirikontrolli" mõiste definitsiooni ei EL toimimise lepingus ega protokollis nr 20. Samas on määruse nr 562/2006 artikli 2 punktis 9 sätestatud, et „piirikontroll" on „vastavalt käesolevale määrusele ja selles sätestatud eesmärkidel piiril teostatav tegevus, mis igast muust põhjusest sõltumata leiab aset ainult piiriületamise kavatsuse või piiriületamise korral ning koosneb kontrollidest ning patrull- ja vaatlustegevusest". Käesolevas asjas kõne all olev kohustus saada pereliikme sissesõiduluba ei ole ilmselgelt piirikontroll, arvestades eeskätt, et pereliikme sissesõiduluba tuleb taotleda enne reisi Ühendkuningriigi diplomaatilisest esindusest, mis asub teises liikmesriigis.

150. Järgmiseks ei tekita kahtlusi see, et direktiiv 2004/38 on jätkuvalt kohaldatav, nagu nähtub selgelt protokolli nr 20 artikli 1 punktist a, milles on viidatud liikmesriikide kodanikele ning nende „liidu õigusega antud õigusi" kasutavatele ülalpeetavatele. Seega tuleb neil olevat sisenemisõigust hinnata, arvestades direktiivi artikli 5 lõiget 2, milles on kehtestatud dokumendid, mille abil on liidu kodaniku kolmanda riigi kodanikust pereliikmel võimalik siseneda liikmesriikide territooriumile.

151. Viimaseks hõlmavad protokolli nr 20 artikli 1 punktis a ette nähtud piirikontrollid muu hulgas dokumendikontrolli, mis võimaldab teha kindlaks, kas puudutatud isikutel on õigus Ühendkuningriigi territooriumile siseneda. See kontroll ei anna liikmesriigile siiski õigust ühepoolselt keelduda niisuguste liidu kodanike ja nende pereliikmete sisenemist lubamast, kellel on elamisluba direktiivi 2004/38 artikli 10 alusel, kehtestades neile üldise kohustuse hankida ja piiril esitada täiendav dokument, mis ei ole liidu õigusega ette nähtud.

152. Teen seega ettepaneku vastata teisele eelotsuse küsimusele nii, et protokolli nr 20 artikkel 1 ei luba Ühendkuningriigil nõuda kolmanda riigi kodanikult, kellel on direktiivi 2004/38 artikli 10 kohane liidu kodaniku liikmesriigi pereliikme elamisluba, sissesõiduviisat, mis tuleb hankida enne piirile saabumist.

VI. **Ettepanek**

153. Kõigist esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division'i (Administrative Court) esitatud küsimustele 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, artikkel 35 ei võimalda liikmeriigil vastu võtta üldkohaldatavat meedet, millega liidu kodaniku pereliikmest kolmanda riigi kodanikult, kellel on muu liikmesriigi välja antud kehtiv elamisluba, võetakse ära õigus olla viisanõudest vabastatud, sest tegemist on ennetava meetmega, mis ei rajane konkreetsel juhtumil aset leidnud õiguste kuritarvitamise eelneval tuvastamisel.

2. Protokolli nr 20 Eurooa Liidu toimimise lepingu artikli 26 teatavate aspektide kohaldamise kohta Ühendkuningriigi ja Iirimaa suhtes artikkel 1 ei luba Ühendkuningriigil nõuda kolmanda riigi kodanikult, kellel on direktiivi 2004/38 artikli 10 kohane liidu kodaniku liikmesriigi pereliikme elamisluba, sissesõiduviisat, mis tuleb hankida enne piirile saabumist.