

EKSPERTARVAMUS

Eesti Vabariigi justiitsministeeriumile

Lauri Mälksoo,

Tartu Ülikooli rahvusvahelise õiguse professor

Käesolev ekspertarvamus on valminud 12. juunil 2022.a.

MÄRKUS MEETODI KOHTA

Enne sisuliste vastuste juurde asumist pean vajalikuks teha mõned sissejuhatavad üldised märkused meetodi kohta. Nimelt on rahvusvahelises õiguses kaks ajalooliselt väljakujunenud mõjukat koolkonda, mis saavad osaliselt erinevalt aru sellest, kuidas rahvusvaheline õigus tekib ja mida ta sätestab. Õiguspositivistide arvates on rahvusvaheline õigus eelkõige riikidevaheline kokkulepe ja seetõttu saavad rahvusvahelist õigust muuta eelkõige riigid ise, mitte eksperdid, aktivistid, pehme õiguse (st rangelt võttes juriidiliselt mittesiduvad) instrumendid jne. Loomuõiguslased seevastu lähtuvad mh moraalinormidest (nii nagu nemad neid õigeks peavad; praktikas enamasti põgeniku huvide kaitse seisukohast) ega erista nii selgelt kehtivat positiivset õigust ideaalsest õigusest (*lex lata* ja *lex ferenda*). Rahvusvahelises põgenikeõiguses on teaduskirjanduses tuntav suur loomuõiguse mõju, mille järgi riikide praktikat kritiseeritakse mh moraali positsioonist; ei peljata tagasi ka järeldusest, et teatud olukordades enamik riike rikub rahvusvahelist õigust. Selline lähenemine pole õiguspositivismi seisukohast ainumõeldav, sest kui enamus riike mingeid õigusreegleid rikub, siis võibolla rahvusvaheline õigus, nii nagu riigid seda mõistavad, tähendab ikkagi midagi muud? Oluline on tajuda, et põgenike ja rände küsimustes järelduste suuna teaduskirjanduses määrab tihti analüüsi õigusfilosoofiline ja eetiline lähtekoht,¹ muuhulgas see, kuhu soovitakse panna raskuskese väärtuste pingeväljas riigi julgeolek ja teisalt põgenike ning migrantide õigused.

¹ Vt juba (TÜ rahvusvahelise õiguse professor) A. Bulmerincq, *Das Asylrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung beurtheilt vom Standpunkte des Rechts und dessen völkerrechtliche Bedeutung für die Auslieferung flüchtiger Verbrecher*, Dorpat: E.J. Karow, 1853. (Uuestitrükk Wiesbaden: Dr Martin Sändig, 1970.)

a) Millistel tingimustel, sh milliste Eestile siduvate ELi ja rahvusvahelise õiguse normide kohaselt, võib üle Eesti Vabariigi piiri (kontrolljoone) tunginud piiriületajad koheselt tagasi teisele poole piiri saata?

Sealjuures, kas järgnevalt viidatud paragrahvis sätestatud piiriületuse tõkestamine on võimalik üksnes juhul, kui isikud ei ole veel ületanud Eesti Vabariigi piiri (kontrolljoont)? Riigipiiri seaduse § 9.4 lõike 1 kohaselt on riigipiiri valvamine politsei patrull- ja vaatlustegevus maismaal, merel ja piiriveekogudel eesmärgiga ennetada, selgitada välja ja tõkestada selleks mitte ettenähtud kohas ja ajal toimuv piiriületus ning piiriülene kuritegevus, sealhulgas isikute ja kauba ühendusevälisest riigist Eestisse ja Eestist ühendusevälisesse riiki ebaseaduslik toimetamine territoriaal- ja sisemerel ning piiriveekogudel, ja riigis viibimise õiguslike aluste kontrollimine.

Lühivastus: Ebaseaduslikult üle Eesti Vabariigi piiri (kontrolljoone) tunginud piiriületaja võib koheselt tagasi teisele poole piiri saata, kui ta ise ei tõstata pagulaskaitse (asüüli) taotluse teemat või kui tema olukord muul viisil ei anna märku, et teisel pool piiri ootaks teda piinamine või ebainimlik kohtlemine EIK Artikkel 3 mõttes. Koheselt tagasisaatmine identiteeti tuvastamata viitega sellele, et inimene peaks kasutama seaduslikult ettenähtud piiriületuspunkti, on aga rahvusvaheliste inimõiguste mõttes Euroopa Nõukogus jäänud vaieldavaks ja selle õiguspärasus sõltub kontekstist.

Selgitus:

Igal riigil on suveräänne õigus kaitsta oma riigipiiri ja kehtestada kord enda territooriumile sisenemiseks. Euroopa Liidus ja eriti Schengeni ruumis on need küsimused reguleeritud paljuski ühistel alustel, ent rahvusvahelise õiguse algpõhimõtteks jääb ka siin ikkagi (EL-i liikmes-)riigi suveräänsus. EL-i liikmesriikide puhul on suveräänsus nendes küsimustes tinglikult öeldes jagatud, vähemalt osaliselt. Samas on pagulasõiguse uurijad välja toonud, et vaatamata ühise EL-i õiguse korpuse olemasolule, mis puudutab sisserände reguleerimist ja pagulasi², erinevad liikmesriikiide vastavad poliitikad ja reaalsused päris palju. Veelgi enam,

² Vt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16.12.2008 direktiiv 2008/115/EÜ ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel (*nn naasmisdirektiiv*); Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2013/32/EL, 26.06.2013, rahvusvahelise kaitse seisundi andmise ja äravõtmise menetluse ühiste nõuete kohta (uuesti sõnastatud), (*nn menetlustingimuste direktiiv*); Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26.06.2013 määrus (EL) nr 604/2013, millega kehtestatakse kriteeriumid ja

vähemalt mõned autorid osutavad ka ebakõladele rahvusvahelise põgenikke puudutava õiguse ja EL-i (st regionaalsete) regulatsioonide või vähemalt nende praktikas rakendamise vahel.³ Näiteks ei peeta üldise rahvusvahelise õigusega kooskõlas olevaks sätet, mille järgi üks EL-i riik ei saa pakkuda rahvusvahelist kaitset teise EL-i riigi kodanikule.

Rahvusvahelised inimõigused sisaldavad õigust asüülile, mille aluseks on 1951.a vastu võetud ja 1967.a protokolliga täiendatud ÜRO pagulasseisundi (Genfi) konventsioon. Konventsiooni vastuvõtmist inspireeris Teise maailmasõja kogemus, holokaust ja ka kommunistliku Nõukogude Liidu eest läände põgenenute saatus. Paljude poliitilise tagakiusamise tõttu kodumaalt põgeneda soovinute ees jäid välisriikide ukSED toona suletuks ja seetõttu saadi ka repressiivsete riikide käes surma. Taolist olukorda sooviti edaspidi pagulasstaatuse konventsiooniga õiguslike kohustuste loomisega vältida.

Vahe 1951.a Genfi konventsiooni ja 1967.a protokolliga vahel on geograafilises kehtivusalas – 1951.a konventsioon kehtis vaid Euroopa situatsioonidele ja 1967.a protokolliga laiendati seda universaalseks, kogu maailma hõlmavaks. Eesti Vabariik on 1991.a aktsepteerinud pagulasõigusi 1967.a protokolliga ulatuses. Samas on riike, kes on aktsepteerinud vaid pagulaskonventsiooni 1951.a versiooni (näiteks Türgi) ja riike, kes ei ole üldse pagulasseisundi konventsiooni ratifitseerinud, kummaski versioonis (näiteks India). Pagulasstaatuse määramises on rahvusvahelises õiguses ka teatud regionaalseid eripärasid, näiteks mõistetakse pagulasstaatuse andmise aluseid Lõuna-Ameerikas veidi laiemalt universaalse (Genfi konventsiooni) standardiga võrreldes.⁴

Konventsioon defineerib Artiklis 1A pagulasena inimest, kes „põhjendatult kartes tagakiusamist rassi, usu, rahvuse, sotsiaalsesse gruppi kuulumise või poliitiliste veendumuste pärast viibib väljaspool kodakondsusjärgset riiki ega suuda või kartuse tõttu ei taha saada sellelt riigilt kaitset või kes nimetatud sündmuste tagajärjel viibib kodakondsusetuna väljaspool

mehhanismid selle liikmesriigi määramiseks, kes vastutab mõnes liikmesriigis kolmanda riigi kodaniku või kodakondsuseta isiku esitatud rahvusvahelise kaitse taotluse läbivaatamise eest (uuesti sõnastatud) (*Dublini määrus*).

³ Vt näiteks V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, 2017, lk 477; H. Lambert, J. McAdam, M. Fullerton (toim.) *The Global Reach of European Refugee Law*, Cambridge University Press, 2013, lk 16; N. El-Enany, 'Asylum in the Context of Immigration Control: Exclusion by Default or Design?', raamatus: M. O'Sullivan, D. Stevens (toim.) *States, the Law and Access to Refugee Protection. Fortresses and Fairness*, Oxford: Hart, 2017, lk 34.

⁴ Vt C. Costello, M. Foster, J. McAdam (toim.) *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, 2021, lk 138, 227.

oma endist asukohariiki ega suuda või kartuse tõttu ei taha sinna tagasi pöörduda.“ Pagulaskonventsiooni kõige tähtsam kohustus on sätestatud Artiklis 33, mis käsitleb välja- või tagasisaatmise lubamatust (nn *non-refoulement* põhimõte prantsuse keeles; on erialaterminina kasutusel ka teistes keeltes): „Osalisriik ei saada pagulast oma territooriumilt välja ega tagasi (“refouler”) mis tahes viisil selle territooriumi piiridele, kus tema elu või vabadus on ohus mingisse rassi, rahvusesse või usku või sotsiaalsesse gruppi kuulumise või poliitiliste veendumuste tõttu.“

Seega on põhiline pagulasseisundi konventsioonist riigi jaoks tulenev kohustus *non-refoulement*. See kohustus tekib hetkest, kui pagulaskandidaat on kas riigi territooriumil või muul viisil tema jurisdiktsiooni all. Riigil on suveräänne õigus illegaalset sisserändajat riiki mitte lubada, aga kui ebaseaduslikult sisserännanu küsib pagulasstaatust, siis peab riik seda taotlust menetlema ja kui tuvastatakse pagulasseisundi konventsioonis viidatud alused, siis kehtib riigi jaoks *non-refoulement* kohustus.

Tänapäeval on domineeriv tõlgendus, mille järgi pagulasseisundi konventsiooni liikmesriik ei tohiks oma piire niimoodi 'hermeetiliselt' sulgeda, et asüülitaotluse esitamine muutub praktiliselt võimatuks.⁵ Nagu juba öeldud, on riigil üldreeglina muidugi õigus ebaseaduslikku sisserändajat riiki mitte sisse lasta. Siiski olukord õiguslikult muutub, kui piirile saabunu annab märku, et ta põgeneb poliitilise tagakiusamise eest ja/või soovib taotleda pagulase staatust. See vajadus võib aga ka ilmnedä ka asjaoludest, kontekstist ja selles mõttes ei saa üheselt öelda, et riigil tekib kohustus asja edasi menetleda vaid siis, kui piiri ületada soovija ise lausub võlusõna 'asüül'.

Pagulasseisundi konventsioonist tuleneb põhiline rahvusvahelis-õiguslik kohustus, mis seab teatud rahvusvahelisest lepingust tulenevad piirid sellele, et üle Eesti Vabariigi piiri (kontrolljoone) tunginud piiriületajad koheselt tagasi teisele poole piiri saata. Asüülitaotluse esitamine, vastava soovi väljendamine, peab olema võimalik ka illegaalse piiriületamise katse korral, näiteks kui riiki siseneda soovijal puudub viisa riiki sisenemiseks. Rahvusvahelises erialakirjanduses rõhutatakse, et ka inimesel, kes üritas riiki illegaalselt siseneda või see tal ka õnnestus, võib olla vajadus ning õigus pagulasseisundi tunnustamise järele. Rahvusvahelises

⁵ Vt (rahvusvahelise õiguse mõttes mittesiduv) nn Michigan Guidelines on Refugee Freedom of Movement (2017) ja J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*. 2nd ed., Cambridge University Press, 2021, lk 359.

õiguses eristatakse ju kontseptuaalselt asüüliõiguslikke inimesi ja lihtsalt (eelkõige majanduslikel põhjustel) rändajaid; viimaste õigused sellisel kujul kaitstud pole; riigil õiguslikku kohustust ebaseaduslikke migrante mitte tagasi saata pole.⁶ Praktiline küsimus on muidugi, kuidas selgitada välja, kes on kes; kes ikkagi on asüüliõiguslik ja kes seda pole. Praktiliseks probleemiks on ka see, et päris palju asüülitaotluse esitajad selleks hiljem ikkagi ei kvalifitseeru. Kriitilisemad hääled peavad seda asüüliõiguste kuritarvitamiseks ja ülekoormamiseks. Siiski on süsteem rahvusvahelise õiguse mõttes niimoodi üles ehitatud, et riigid ei loobuks nende inimeste vastuvõtust või isegi otsimisest suuremast migrandihulgast, kes päriselt põgenevad ellujäämise nimel, poliitilise tagakiusamise eest.

Kui riigipiir on niimoodi välja ehitatud ja kaitstud, et seda illegaalselt ületada on keeruline, siis pole riik rahvusvahelist õigust rikkunud. Siiski eeldatakse, et riik on jätnud alles mingidki realistlikud võimalused legaalselt pagulasseisundi taotlust esitada. Kui sisserännanu on juba jõudnud riigi territooriumile ja andnud teada oma asüülitaotluse vajadusest ja soovist, siis on rahvusvahelise õiguse põhiidee selles, et ilma temalt taotlust vastu võtmata ja korrajärgselt menetlemata sellist inimest riigi territooriumilt välja saata ei tohi. Veelgi enam, riigil on konventsiooni kohaselt kohustus anda inimesele pagulasstaatus, kui ta konventsioonis loetletud kriteeriumitele vastab.

Kaasajal on juurdunud seisukoht, et lisaks Genfi konventsioonile ja selle protokollile reguleerivad valdkonda täiendavat ka rahvusvahelised inimõigused.⁷ Inimõigustel on nii universaalne (ÜRO) kui regionaalne (meil eelkõige Euroopa Nõukogu) dimensioon. Lisaks pagulasstaatus konventsiooni aktsepteerimisele on Eesti Vabariik ka Euroopa Inimõiguste Konventsiooni liige ja kuulub Euroopa Inimõiguste Kohtu jurisdiktsiooni alla. Konventsioonis on öeldud, esiteks, et konventsiooniosalised tagavad igaühele, kes on nende jurisdiktsiooni all, konventsiooni I osas määratletud õigused ja vabadused. Teisisõnu, EIKga tagatud õigused ei sõltu Eesti kodakondsusest, vaid sellest, et inimene asub Eesti Vabariigi jurisdiktsiooni all (mis on veidi laiem mõiste Eesti Vabariigi territooriumil füüsiliselt asumisest). Teiseks, asüülitaotlustega seotud kontekstides on oluline EIK Art 3, mille järgi kedagi ei või piinata ega

⁶ Samas on inimõiguskirjanduses tunnetatav soov ka tavaliste migrantide suuremate rändamisvõimaluste tunnustamise suhtes, vt näiteks I. Atak ja F. Crépeau, 'Refugees as Migrants', raamatus: C. Costello, M. Foster, J. McAdam (toim.) *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, 2021, lk 137.

⁷ Vt näiteks V. Chetail, 'Moving Towards an Integrated Approach of Refugee Law and Human Rights Law', raamatus: C. Costello, M. Foster, J. McAdam (toim.) *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, 2021, lk 207-8.

ebainimlikult või alandavalt kohelda ega karistada. Nimetatud artiklit on EIK kontekstis hakatud tõlgendada nii, et EN liikmesriigid ei või oma jurisdiktsiooni all olevat inimest saata välja riiki, kus Art 3-s loetletud toimingud võiks temaga juhtuda. Need on nõ täiendava kaitse alused, millest lähtuvalt isegi inimest, kes kitsamalt võttes asüüliõiguslikuks ei osutu, ei saa EIK järgi EN liikmesriigist välja saata, kui see rikuks tema Art 3 õigusi. Lisaks on asjassepuutuv EIK protokoll nr 4 Art 4, mille järgi välismaalaste sunniviisilise kollektiivse väljasaatmise on keelatud. EIK on oma kohtupraktikas täpsustanud, et väljasaatmine on kollektiivne, kui välismaalaste gruppi sunnitakse kollektiivselt lahkuma, v.a. kui „selline meede on võetud mõistliku ja objektiivse hindamise alusel konkreetsetes kaasuses iga gruppi kuuluva välismaalasest indiviidi kohta“.⁸

Kaasajal on EN liikmesriikide praktikas kõige vaieldavam nn *pushback*'ide küsimus – kui piirivalve ei lase ebaseaduslikult riiki sisenejatel riiki siseneda nende identiteeti tuvastamata, rääkimata individuaalsest kiirmenetlusest. Tundub, et rahvusvaheliste inimõiguste kontekstis võidakse *pushback*'e aktsepteerida pigem üksnes hädaolukorras riigi jaoks, eelkõige kui suurem hulk välismaalasi teeb katse ebaseaduslikult ja jõuga riiki siseneda. Lähiaastatel tuleb kindlasti selles osas kohtupraktikat juurde EIK-st. Nõ tavaolukorras, kui piirile saabub väiksem grupp migrante, kes või kellest mõned soovivad esitada pagulasseisundi kaitse taotlusi, aga nad lükatakse piirilt tagasi asja menetlemata, siis see ei ole kooskõlas rahvusvaheliste inimõigustega, nii nagu neid on mõtestanud EIK ja rahvusvahelise pagulasõiguse eksperdid. Piiri tõmbamine tavaolukorra ja hädaolukorra vahele jääb paratamatult kohtupraktikale; riikide praktikas on aga märgata üldist tendentsi tehagi hädaolukorrast nõ normaaljuhtum.

Asjassepuutuv on EIK viimaste aastate praktika. Kaasuses N.D. ja N.T. Hispaania vastu (13.02.2020) leidis EIK üldkogu konsensuslikult⁹, et Hispaania ei rikkunud EIK norme ühe Mali ja ühe Côte d'Ivoire'i kodaniku suhtes, saates nad Põhja-Aafrikas asuvast Hispaaniale kuuluvast Melillast Marokosse tagasi. Kaebajad väitsid, et Hispaania ei olnud nende isikuid identifitseerinud ega andnud neile võimalust oma isiklike asjaolusid selgitada või andnud võimalust juristi või tõlgi abiks.¹⁰ Hispaania leidis, et selmet Melillas piiri ebaseaduslikult 'tormijooksuga' ületada püüda saanuks kaebajad esitada oma asüüli taotluse sealsamas Melillas lähedal Beni Enzari piiriületuspunktis, Hispaania saatkonnas Rabatis või konsulaaresindustes,

⁸ Vt *Asady and Others v Slovakia*, p. 57.

⁹ *Case of N.D. and N.T. v. Spain (Applications No 8675/15 and 8697/15)*, Grand Chamber, 13.02.2020.

¹⁰ *Ibid.*, p. 25.

eriti Nadoris (13,5 km kaugusel illegaalsest piiriületuskohast), või mõnes teises riigis Hispaania konsulaaresinduses.¹¹ Kohus märkis, et Schengeni piirikoodeksi Art 4 § 1, mis näeb ette, et välispiire tohib ületada üksnes piiriületuspunktides ja kindlaksmääratud lahtiolekuaegadel, eeldab, et ühtlasi on olemas piisav arv selliseid piiriületuspunkte. Oma piire kontrollides võivadki riigid nõuda, et kaitsetaotlused esitataks selleks ettenähtud piiripunktides.¹² EIK järeldas, et riik võib sellisel juhul keelduda riiki sisenemist võimaldamast, k.a. potentsiaalsetel asüülitaotlejatel, kes ei ole veenva põhjusega kasutanud ettenähtud piiriületuskohta, sh kasutades ära oma suurt arvukust ja kasutades jõudu.¹³ Protokoll 4 Art 4 ei tähenda riigi jaoks üldist kohustust tuua teise riigi jurisdiktsiooni all asuvad inimesed enda jurisdiktsiooni alla.¹⁴ EIK järeldas, et Hispaania individuaalsete väljasaatmisotsuste puudumine antud inimeste osas oli põhjendatav sellega, et kaebajad ei kasutanud ametlikult korraldatud ja lubatud viise riiki sisenemise algatamiseks ja tagajärg oli seega tingitud kaebajate endi käitumisest.¹⁵ Samal põhjusel pidas kohus alusetuks ka kaebajate väidet, mille järgi Hispaania polnud taganud neile kaebeõigust otsuse üle neid isikuid tuvastamata riiki lasta.¹⁶

EIK kaasuste kohta asüüliõiguse küsimustes võib aga öelda, et need on pideva poliitilise või(s)tluse tallermaaks. Näiteks viidatud Hispaaniat puudutavas kohtu koja esialgses otsuses leiti esialgu, et Hispaania on Euroopa inimõiguste Konventsiooni rikkunud; otsuse kallutas Strasbourgis üldkogus Hispaania kasuks mh teiste EN liikmesriikide valitsuse sekkumine protsessi Hispaania toetuseks. Iga uue kaasuse pinnalt, mis eelmistest mingil määral erineb (aga see on alati nii) algab kogu vaidlus motiividel 'riigi julgeolekuhuvid ja praktika vs asüülitaotlejate-sisse rännata soovijate õigused' uuesti. Seepärast on põhjust olla ettevaatlik EIÕK kohtupraktika seadustamisel EN'i liikmesriikides. Ka kohtuotsuseid tuleb tõlgendada ja vaadata, millised asjaolud viisid antud lahendini ja milliste muutujate muutumise puhul võinuks ka lahend olla teistsugune. Sellisteks muutujateks võivad olla näiteks reaalne juurdepääs ametlikele piiripunktidele, aga ka poliitilised suhted naaberriigiga, kust lähtub ebaseaduslik ränne.

b) Millised on riigi miinimumkohustused rahvusvahelise kaitse taotluste vastuvõtmiseks?

¹¹ Ibid., p. 204.

¹² Ibid., p. 210.

¹³ Ibid., p. 210.

¹⁴ Ibid., p. 221.

¹⁵ Ibid., p. 231.

¹⁶ Ibid., 242.

Põhiline kohustus ongi see, et riik ei hoiaks kõrvale oma rahvusvahelis-õiguslikust kohustusest pagulasseisundi andmise kaalumise küsimustes ja võimaldaks esitada rahvusvahelise kaitse taotluse neile, kes seda teha soovivad, seda teha vajavad, Eesti Vabariigiga kokkupuutel. Rahvusvahelisest erialakirjandusest tuleb välja, et paljud riigid, sh mitmed lääneriigid, on sisuliselt ikkagi hakanud piirama rahvusvahelise kaitse taotluste vastuvõtmist. Sellisteks piiravateks meetmeteks peetakse massiivseid piiritõkkeid, millega kokku puutudes asüülitaotluse esitamine on praktiliselt võimatu; püüdeid organiseerida asüülitaotlustega tegelemist peamiselt teiste riikide territooriumilt (ekstraterritoriaalselt), merel migrantidega laevade mittelubamist oma territoriaalvetesse jne. Näiteks viimasel juhul on EIÕK leidnud, et Itaalia rikkus EIK sätteid, kui Vahemerel saatis laevades viibinud migrantid nende pagulasstaatuse võimalust kontrollimata lihtsalt tagasi Liibüasse (nn *pushback* merel).¹⁷ Teine suhteliselt hiljutine asjassepuutuv kaasus puudutas Leedut.¹⁸ Grupp Venemaa tšetšeeni päritolu kodanikke saabus Leedu piirile ja kirjutas piiriametnikega suhtlemisel dokumentidele korduvalt kirillitsas alla 'azul', kuid Leedu ametnikud ei võtnud asüülitaotlust menetlusse. Sellega rikuti EIK Art 3 ja 13, kuna tšetšeeni ähvardas kodumaal tagakiusamine¹⁹ (millesse aga Leedu ametnikud antud juhul ei süvenenud).

Oluline on rõhutada, et pagulasstaatuse andmise kaalumise peaks olema individualiseeritud. St ei piisa üldisest hinnangust näiteks sellele, kust riigist antud inimene tuleb ja eeldusest, et antud riik on üldiselt turvaline. Antud riik võib olla üldiselt turvaline, et konkreetset inimesel võib ikkagi olla mõni selline individuaalne lugu, mis võib tingida talle pagulasseisundi kaitse andmise vajaduse ning kohustuse riigi jaoks, lähtuvalt pagulasseisundi konventsioonist.

Kuidas täpselt pagulasstaatuse kontrollimine välja näeb, selles osas teeb üldine rahvusvaheline õigus riikidele detailis vähe ettekirjutusi. EL on siin oma liikmesriikide jaoks neid nõudeid täpsustanud, eelkõige menetlustingimuste direktiivis. Siiski on siin kohati ka diskrepants mh inimõigusorganisatsioonide nõuete ja ekspertide soovitude ning riikide tegeliku praktika vahel. Praktikas on siin suur vahe selles osas, et kas pagulaskandidaat on jõudnud riigi territooriumile välja (ükskõik kas seaduslikult või ebaseaduslikult) või mitte. Kui ta on jõudnud riigi territooriumile, siis asüülitaotluse esitamisel peab riik selle võimaldamist oma õiguse järgi

¹⁷ Case of Hirsi Jamaa and Others v Italy, EIK, 23.02.2012.

¹⁸ Case of M.A. and Others v Lithuania (Application no 59793/17), Judgment, 11.12.2018.

¹⁹ Ibid., p. 115.

kontrollima ja menetlema ning seda sisuliselt, mitte fiktiivselt või formaalselt. Kui välismaalane aga jõuab piirile ja püüab seda ületada, siis muutub praktikas väga oluliseks see, kas ta püüab seda teha seaduslikult või ebaseaduslikult; kas ta üritab piiri ületada selleks ametlikult ettenähtud kohas (piiriületuspunktis) või mitte. Kui suvalises kohas piiri ebaseaduslikult ületada soovija tabatakse piiriületuskatselt ja samas ta ei viita asüüli taotlemise soovile või ei esine teisi kaalukaid tõsiasju, mille järgi tema elu võiks olla ohus, siis ei pea teda riiki sisse laskma, kui tal muu alus riiki sisenemiseks puudub.

Tehnilisema protseduuri mõttes näeb EL-i menetlustingimuste direktiiv mh ette järgmisi põhimõtteid (välja on näiteks toodud vaid osad sätted näitlikustamiseks):

(16) On oluline, et kõigi rahvusvahelise kaitse taotluste kohta tehakse otsused asjaolude põhjal ja seda teevad esmatasandil ametiasutused, mille töötajatel on vastavad teadmised või mille töötajad on saanud rahvusvahelise kaitse alast koolitust.

(18) Rahvusvahelise kaitse taotluse kohta võimalikult kiiresti otsuse tegemine, ilma et see piiraks taotluse piisavat ja täielikku läbivaatamist, on nii liikmesriikide kui ka rahvusvahelise kaitse taotlejate huvides.

(20) Selgelt määratletud juhtudel, kui taotlus on tõenäoliselt põhjendamatu või kui esineb tõsine oht riigi julgeolekule või avalikule korrale, peaks liikmesriikidel olema võimalik taotluse läbivaatamise menetlust kiirendada, eelkõige kehtestades teatud menetlusetappidele lühemad mõistlikud tähtajad, ilma et see piiraks taotluse piisavat ja täielikku läbivaatamist ning taotleja tegelikku võimalust kasutada käesolevas direktiivis sätestatud aluspõhimõtteid ja tagatiseid.

Kui rääkida riigi miinimumkohustustest rahvusvahelise kaitse taotluste vastuvõtmisel, siis kuigi nende algne lähtekoht on Genfi konventsioon ja protokoll, siis praktikas ongi kõige otstarbekam riigi kohustusi järgida EL-i menetlustingimuste direktiivi vaatevinklist, kus nad on esitatud enamasti piisava detailsusastmega. Kõiki asjassepuutuvaid menetlusdirektiivi sätteid pole siinkohal mõistlik kordama hakata, ent oluline on just põhiidee, et EL-i menetlusdirektiivis sätestatud on regionaalselt siduv katse mõtestada ja detailsemalt lahti kirjutada just nimelt ka EL-i riikide miinimumkohustusi rahvusvahelise kaitse taotluste vastuvõtmisel. Seetõttu on oluline, et Eesti Vabariigi piiril töötavad ametnikud oleksid kõrgetasemeliselt koolitatud menetlustingimuste direktiivi sätete ja nende praktikas tõlgendamise osas.

c) Millised on riigi miinimumkohustused rahvusvahelise kaitse taotlejatele menetluslike õiguste, sh õiguskaitse tagamise osas (eelkõige, kuid mitte ainult isikliku ja vahetu (füüsilise) osalemise osas oma kohtuasja arutamisel ning riigi poolt õigusabi andmisel)?

Alustuseks olgu viidatud Euroopa Inimõiguste Konventsioonile, mis kehtib Euroopa Nõukogu liikmesriikide suhtes. Kui inimene asub EN liikmesriigi jurisdiktsiooni all, siis kehtivad tema suhtes EIK sätted, mh EIK Art 6 (õigus õiglasele kohtumenetlusele), Art 7 (karistamine seaduse alusel), Art 8 (õigus era- ja perekonnaelu austamisele), Art 13 (õigus tõhusale õiguskaitsevahendile), Art 14 (diskrimineerimise keelamine) jne. Eesti Vabariigi puhul on praegu oluline märkida ka seda, et alates 2022.a pole me mitte üksnes EL-i (ja Schengeni ruumi) piiririigiks, vaid ka Euroopa Nõukogu piiririigiks, kuna Venemaa Föderatsioon pole enam Euroopa Nõukogu liige ja tema suhtes EIK standardid enam ei kehti rahvusvahelise lepinguna.

EIK praktikas on asjassepuutuv näiteks kaasus *Asady and Others v Slovakia*,²⁰ milles Slovakkia ametnikud intervjueerisid põgusalt (ca 10 minutit inimese kohta) gruppi afgaane ja olles tuvastanud, et keegi neist ei väida end olevat pagulasseisundi konventsiooni mõttes tagakiusatu või suuda esitada vastavaid tõendeid, saatsid nad tagasi Ukrainasse. Slovakkia väitis, et afgaanid ei viidanud tema ametnikega suheldes tagakiusamisele, vaid väitsid lihtsalt, et soovivad asuda elama Saksamaale. Hiljem mõned afgaanidest vaidlustasid kogu protseduuri – viidates tõlke puudulikkusele, kogu protseduuri kiiruga läbi viidud ja kollektiivsele iseloomule jne. Kohus siiski andis antud kaasuses fakte kaaludes õiguse Slovakkiale, mis puudutas Protokoll 4 Art 4 rikkumise väidet, siiski napi häälteenamusega neli kohtunikku kolme vastu.²¹ Ka menetluslikult, EIK Art 13 mõttes, andis EIK Slovakkiale selles kaasuses õiguse, vaatamata sellele, et pärast esmase otsuse tegemist olid nimetatud afgaanid kohe Ukrainasse tagasi saadetud.²² Peab silmas pidama, et hiljem on sellistel juhtudel tihti sõna sõna vastu olukord (viidatud kaasuses afgaanide ja Slovakkia kirjeldused menetlusest osaliselt lahknesid).

EL-i tasandil on rahvusvahelise kaitse taotlejate menetluslikud õigused lahti kirjutatud menetlustingimuste direktiivis. Sätted puudutavad näiteks seda, kui kiiresti peab riik rahvusvahelise kaitse taotluse registreerima (Art 6); kuidas on korraldatud alaealiste või ülalpeetavate taotluste esitamine (Art 7); taotlejal lubatakse jääda liikmesriiki üksnes menetluse

²⁰ Case of *Asady and Others v Slovakia* (Application no 24917/15), Judgment, 24.03.2020.

²¹ *Ibid.*, p. 71.

²² *Ibid.*, 76-78.

eesmärgil seni, kuni menetlev ametiasutus on vastu võtnud otsuse vastavalt esimese astme menetlusele (Art 9 lg 1), millest on aga erandeid (Art 9 lg 2). Paika on pandud ka taotluse läbivaatamise nõuded (Art 10), mh et taotlused vaadatakse läbi ja otsused tehakse individuaalselt, objektiivselt ja erapooletult (Art 10 lg 3 a). Art 12 sätestab taotlejale antavad tagatised, mh et taotlejat peab teavitama keeles millest ta aru saab; taotlejal peab olema võimalus kasutada tõlgi teenuseid; taotlejat peab mõistliku aja jooksul teavitama menetleva ametiasutuse otsusest tema taotluse kohta jne. Art 14 sätestab, et enne, kui menetlev ametiasutus võtab vastu otsuse, antakse taotlejale võimalus isiklikuks vestluseks, mille viib riigi poolt läbi isik, kellel on selleks vajalik pädevus. Taas aga on sellestki reeglist lubatud üksikud erandid (Art 14 lg 2). Art 15 sätestab teatud tingimused taotlejaga peetava isikliku vestluse tehnilise läbiviimise kohta. Art 17 näeb ette, et isikliku vestluse kohta koostatakse põhjalik ja asjakohane aruanne. Art 19 näeb ette tasuta õigusliku ja menetlusteabe andmise esimese astme menetluses. Siit edasi, Art 20 näeb ette ka tasuta õigusabi ja esindamise apellatsioonimenetlustes, mis hõlmab vähemalt vajalike menetlusdokumentide ettevalmistamist ja taotleja esindamist esimese astme kohtu istungil (Art 20 lg 1.)

Kui nüüd rääkida Eesti 'miinimumkohustustest', siis osad EL-i menetlustingimuste direktiivi sätted on sõnastatud selliselt, et riigid võivad mingit hüve pakkuda, st nende pakkumine ei kuulu miinimumkohustuste hulka (näiteks Art 20 lg 2 jj, Art 21). Õigus edasisele õigusabile on taotlejal ka omal kulul (Art 22). Eraldi tagatised on ette nähtud saatjata alaealisele isikule (Art 25). Üle on kinnitatud, et liikmesriigid ei pea isikut kinni ainult sel põhjusel, et ta on taotleja (Art 26). Väga oluline on ka näiteks see, et konkreetse juhtumi läbivaatamisel liikmesriik ei avalda konkreetset taotlust väidetavale tagakiusajale ega suure kahju põhjustajale (Art 30). Eraldi on sätestatud seegi, et liikmesriigid tagavad esimese astme menetluses, et läbivaatamismenetlus viiakse lõpule kuue kuu möödudes alates taotluse esitamises (Art 31 lg 3), kuid seda tähtaega on lubatud teatud tingimustel ka pikendada. Art 46 sätestab, et EL liikmesriigid tagavad õiguse tõhusale õiguskaitsevahendile apellatsioonimenetluses. Selleks nähakse ette nii faktiliste kui õiguslike asjaolude läbivaatamine vähemalt esimese astme apellatsioonimenetluses (Art 46 lg 3).

d) Kas ja kuidas on võimalik korraldada rahvusvahelise kaitse taotluste vastuvõtt, ilma võimaldamata isikutel menetluse ajaks Eestisse siseneda?

Siinkohal peame realistlikult lähtuma Eesti Vabariigi geograafilisest situatsioonist. Eesti on põhjast, lõunast ja läänest ümbritsetud teiste EL-i liikmesriikidega, kellega meid seob sarnane regionaalne õigus- ja väärtusruum. Kehtib nn Dublini määruse põhimõte, mille järgi vastutus põgenikukandidaadi staatuse üle menetleda tekib sel EL-i liikmesriigil, kelle kaudu ta EL-i sisenes. Idas on Eesti naabriks Venemaa Föderatsioon, kellega suhted pärast Venemaa agressiooni Ukraina vastu on sellised, et vaevalt mingit ulatuslikku konstruktiivset koostööd asüüli küsimustes eeldada saab. Võrreldes näiteks Kreeka ja Itaaliaga on Eesti geograafiliselt sisuliselt 'poolsaarena' seni siiski olnud suhteliselt kaitstud massilise ebaseadusliku sisserände suhtes.

Mõned riigid, kes on püsiva rändesurve all, näiteks Austraalia, on viinud asüüli taotlustega tegelemise osaliselt teiste naaberriikide territooriumile, kokkuleppel vastavate riikidega ja ka selle eest päris arvestavaid summasid makstes. Ka EL-i kokkulepped Türgiga ja Itaalia kokkulepe Liibüaga kannavad osaliselt sellist iseloomu, et teatud tingimustel hoida ära inimeste ebaseaduslik sisenemine nende EL-i riikide territooriumile. EL kohustab samas Türgist pagulaskandidaate vastu võtma, kui Türgi hoiab ära ebaseadusliku sisserände. Rahvusvahelise põgenikeõiguse kirjanduses on selliseid lahendusi kritiseeritud kui Genfi konventsioonile vaimule mittevastavaid, sest nende eesmärgiks on lõppastmes hoida võimalikke asüüli taotlejaid riigist eemal.²³ Näiteks Rebecca Hamlin kirjutab, et isegi EL-i liikmesriikide erinevad asüüli taotluste rahuldamise määrad oluliselt teatud riikide kodanike suhtes, nagu näiteks Süüria. Hamlin kirjutab: „Üle maailma, küsimusel, kas piiriületajaid kategoriseerida põgenikeks, on enam pistmist vastuvõtva riigi poliitikaga kui kaitset otsiva isiku individuaalse karakteristikaga.“²⁴ Rahvusvahelise põgenikeõiguse juhtivaid eksperte James C. Hathaway lisab, et põgenikekonventsioon ja protokoll on täna praktikas vähem mõjukad kui nad võiksid olla, sest neid viiakse ellu *ad hoc*, igas riigis erinevalt ja mitte koordineeritud viisil.²⁵

Eesti Vabariik saab asüüli taotlusi menetlusse võtta ka oma saatkondades ja konsulaaresindustes välismaal. Seni pole selline praktika erinevatel põhjustel olnud laiaulatuslik. Erinevalt Vahemere-äärsetest riikidest pole ka migratsioonisurve Eestile seni olnud selline, et oleks

²³ Vt näiteks R. Hamlin, 'The Politics of International Refugee Law and Protection', raamatus: C. Costello, M. Foster, J. McAdam (toim.) *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, 2021, lk 104.

²⁴ Ibid., lk 109.

²⁵ J.C. Hathaway, 'The Architecture of the UN Refugee Convention and Protocol', raamatus: C. Costello, M. Foster, J. McAdam (toim.) *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, 2021, lk 183.

tekinud vajadust saavutada erikokkuleppeid naaberriikidega, mille alusel korraldada kaitse taotluste vastuvõttu nii, et asüülitaotluse esitamine toimuks väljaspool Eestit.

Tuleb silmas pidada ka seda, et rahvusvahelise õiguse mõttes ei ole meie regioonis halle tsoone territoriaalse suveräänsuse kuuluvuse mõttes. Piirirajatised ehitatakse enamasti natukene juba enda territooriumi sisse rahvusvahelise õiguse mõttes. Mõnede riikide katseid nimetada teatud oma territooriumi osi näiteks 'eritsoonideks' või käsitada neid omamoodi 'eikellegimaana', kus tavapärased rahvusvaheliste inimõiguste nõuded kehtivad piiratult, on peetud õigusvastasteks rahvusvahelise õiguse mõttes.²⁶

Nii et vastus küsimusele on, et märkimisväärses ulatuses rahvusvahelise kaitse taotluste vastuvõttu ilma taotlejatele Eestisse sisenemist võimaldamata pole võimalik. Eesti Vabariigil puuduvad eraldi sellesisulised kokkulepped välisriikidega, kuigi EL-i liikmena oleme juba osalised EL'i ja Türgi vastavas kokkuleppes. Põhimõtteliselt on võimalik asüülitaotluse esitamine ka konsulaaresinduste kaudu, aga praktikas ei pruugi see võimalus rahuldada hädasolijate enamust.

e) Millistel tingimustel peab võimaldama rahvusvahelist kaitset isikule, kes on ohustatud oma kodakondsusriigi elukohas, kuid mitte kodakondsusriigi kõigis piirkondades?

Tegemist on küsimusega, millele üheselt mõistetavat universaalset kriteeriumit pole võimalik anda. Erinevad riigid on selle küsimuse erinevatel aegadel erinevalt lahendanud. Üld-tendents on aga, et kui ühes riigis on olulisi piirkondlikke erinevusi inimõiguste tagamisel ja päritoluriigi teatud piirkondades võiks konkreetset inimese elu olla piisavalt turvaline, siis ei ole alati vältimatu, et pagulasstaatust peaks pakkuma välisriik, näiteks Eesti Vabariik. Peab aga silmas pidama, et pagulasseisundi vajadus ja sellega seotud tagakiusamine on alati individuaalne. Üldiselt võib elu mingis lähteriigi piirkonnas olla rahulik ja turvaline, et kui tagakiusamine lähtub valitsusest vmt poliitilisest grupeeringust konkreetse indiviidi vastu, siis võib tema elu olla ohus ka lähteriigi 'turvalisemas' piirkonnas. Selliste otsuste tegemine on eelkõige võimalik individuaalse kaalumisosusena, mitte universaalreegli sõnastamisega. Kohtunik või ametnik peab olema avatud põhimõttelisele võimalusele, et pagulasseisundi taotlejal oleks turvaline

²⁶ Vt ja J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*. 2nd ed., Cambridge University Press, 2021, lk 366.

lähteriigi teises piirkonnas. Samas ta peab olema avatud ka võimalusele, et lähteriigi 'turvalises' piirkonnas võib ikkagi konkreetse inimese jaoks olla struktuurne tagakiusamise oht.

f) Milliste etniliste või usuliste rühmade puhul peamistest lähteriikidest on üldse põhjust rahvusvahelise kaitse andmist kaaluda?

Rahvusvahelistes õiguses on hiljemalt 1960. aastatest alates kinnistunud diskrimineerimise keeld. 1965.a võeti ÜRO Peaassamblees vastu rahvusvaheline konventsioon rassilise diskrimineerimise kõigi vormide likvideerimise kohta, mille Eesti Vabariik ratifitseeris 26.11.1991.a.

Sellest tulenevalt oleks õigusvastane keelduda rahvusvahelise kaitse andmisest viidates mingitele etniliste või usuliste rühmade 'eripäradele', sobimatusele jne. Rahvusvaheline põgenike õigus lähtub pärast 1967.a lisaprotokollide vastuvõtmist universaalsusest ja sellest ideaalist, et ka kõige kaugemast ja võõramast kultuurist saabunu väärib tagakiusamise korral kaitset ja sel juhul rakendub tema suhtes mittetagasisaatmise kohustus (*non-refoulement*). Kui nüüd teatud grupp eos välistada asüüli saamise võimalusest, siis jääks sellest grupist pärit ohustatud inimene nõ üles leidmata.

Samal ajal tuuakse kirjanduses tuuakse tihti välja, et riikide tegelikus praktikas on riigid alimad põgenikustaatust pakkuma kultuuriliselt jm lähedasematest riikidest pärit inimestele. Näiteks Poola ei olnud valmis painduma Valgevene Lukashenka režiimi korraldatud hübriidrünnakute ees 2021.a, kus asjasse puutusid peamiselt Iraagi kurdid, avas aga oma riigi ukсед väga suuremeelselt Venemaa agressiooni ohvriks langenud ukrainlastele 2022.a.

Kasutatud sekundaarallikad

August Bulmerincq, *Das Asylrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung beurtheilt vom Standpunkte des Rechts und dessen völkerrechtliche Bedeutung für die Auslieferung flüchtiger Verbrecher*, Dorpat: E.J. Karow, 1853. (Uuestitrükk Wiesbaden: Dr Martin Sändig, 1970.)

James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2021, lk 1382

Violeta Moreno-Lax, *Assessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights Under EU Law*, Oxford University Press, 2017, lk 550

Rafiqul Islam, Jahid Hossain Bhuiyan (eds) *An Introduction to International Refugee Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2013, lk 429

Hélène Lambert, Jane McAdam, Maryellen Fullerton (eds) *The Global Reach of European Refugee Law*, Cambridge University Press, 2013, lk 322

Maria O'Sullivan, Dallal Stevens (eds.) *States, the Law and Access to Refugee Protection. Fortresses and Fairness*, Oxford: Hart, 2017, lk 312.

Guy S. Goodwin-Gill, Jane McAdam, with Emma Dunlop (eds) *The Refugee in International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2021, lk 786

Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam (eds) *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford University Press, 2021, lk 1258