

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL

Sotsiaalteaduskond

Õiguse instituut

Helen Vaht

**ILLEGAALSELT RIIKI SAABUNUD VÄLISMAALASTE
ÕIGUSLIKU KAITSE SEISUND KINNIPIDAMISKESKUSESSE
PAIGUTAMISEL**

Magistritöö

Juhendaja: Lehte Roots, PhD

Tallinn 2014

SISUKORD

KASUTATUD LÜHENDID	3
SISSEJUHATUS	4
1 KINNIPIDAMISE VAJALIKKUSE OTSUSTAMINE	8
1.1 MEETME PROPORSIONAALSUS JA VAJALIKKUS.....	17
1.1.1 <i>Meetme sobivus</i>	19
1.1.2 <i>Meetme mõõdukus</i>	21
1.1.3 <i>Vältimatu vajadus</i>	26
1.2 PERSPEKTIIVIKUS	34
2 EESTI KOHTUPRAKTIKA.....	41
2.1 TALLINNA HALDUSKOHTU PRAKTIKA	47
2.1.1 <i>Tallinna Kohtumaja</i>	47
2.1.2 <i>Pärnu Kohtumaja</i>	49
2.2 TARTU HALDUSKOHTU PRAKTIKA.....	51
2.2.1 <i>Tartu Kohtumaja</i>	51
2.2.2 <i>Jõhvi Kohtumaja</i>	52
3 VÄLJASAADETAVA ÕIGUSLIKU KAITSE SEISUND ÕIGUSVASTASE	
KINNIPIDAMISE KORRAL.....	53
3.1 VÄLJASAADETAVA ÕIGUSLIKUD TAGATISED ÕIGUSVASTASEL KINNIPIDAMISEL	54
3.2 RIIGI VASTUTUS ÕIGUSVASTASEL KINNIPIDAMISEL	59
3.2.1 <i>EL õigusel põhinev kahju hüvitamine</i>	60
3.2.2 <i>Kahju hüvitamine siseriiklikul tasandil</i>	62
KOKKUVÕTE	69
SUMMARY	77
KASUTATUD ALLIKAD	82

KASUTATUD LÜHENDID

AVVKHS	Riigi poolt isikule alusetult vabaduse võtmisega tekitatud kahju hüvitamise seadus
EIK	Euroopa Inimõiguste Kohus
EIÕK	Euroopa Inimiõiguste ja põhivabaduste konventsioon
EK	Euroopa Kohus
EL	Euroopa Liit
ET	Euroopa Liidu Teataja
HMS	Haldusmenetluse seadus
HKMS	Halduskohtumenetluse seadustik
PS	Eesti Vabariigi põhiseadus
RK	Riigikohus
RKHK	Riigikohtu halduskolleegium
RKHKo	Riigikohtu halduskolleegiumi otsus
RVastS	Riigivastutuse seadus
RÕS	Riigi õigusabi seadus
UtlL	Rootsi välismaalaste seadus
TlnHK	Tallinna Halduskohus
TlnHKm	Tallinna Halduskohtu määrus
TlnRnK	Tallinna Ringkonnakohus
TrtHK	Tartu Halduskohus
TrtHKm	Tartu Halduskohtu määrus
VMS	Välismaalaste seadus
VSS	Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus
VÕS	Võlaõigusseadus
2008/115 EÜ	Naasmisdirektiiv

SISSEJUHATUS

ÜRO hinnangule vastavalt on rahvusvaheliste migrantide arv ülemaailmselt kasvanud 154 miljonilt 1990. aastal 232 miljonini 2013. aastal, kellest viibimisaluseta on eelduslikult kuni 15%¹. Globaliseerumisega on kaasnenud suurem ebaseaduslik sisseränne, mistõttu riigid seisavad silmitsi riigipiiri ja õiguskorra kaitsmise probleemiga. Liikmesriigid saatsid 2012. aastal EL-st välja 186 630 kolmanda riigi kodanikku, samas kui 316 060 kolmanda riigi kodanikule keelati EL-i sisenemine². Umbes 40% ebaseaduslikult sisse rännanud immigrantidest on kohustatud tagasi pöörduma³. Kui 2011. aastal rändas Eestisse ebaseaduslikult 82 välismaalast, siis 2012. aastaks on see arv kasvanud 149 juhtumini⁴. Ebaseadusliku sisserände juhtumite arv suureneb Eestis aastast aastasse, mille üheks põhjuseks on viisa väärkasutamine⁵.

Viibimisaluseta välismaalaste riigist väljasaatmise hõlbustamiseks võib kasutada kinnipidamist, aga kuna viimane kujutab endast suurt sekkumist isikuvabadusse, peavad selle kasutamiseks olema loodud tingimused ebaseadusliku ja meelevaldse kinnipidamise vältimiseks⁶. Kinnipidamine on seega tingitud isiku staatusest ehk viibimisaluseta kolmanda riigi kodaniku staatusest⁷. Kuigi kinnipidamine väljasaatmise eesmärgil ei ole uus nähtus on selle laialdane kasutamine muutunud globaalseks probleemiks, sest haldussunniga püütakse piirata

¹ Sampson, R., Mitchell, RG. Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales, *Journal on Migration and Human Security*, <http://jmhs.cmsny.org/index.php/jmhs/article/view/14> (03.04), lk 98.

² European Commission, Communication from the commission to the European Parliament and the Council, 4th Annual report on Immigration and Asylum 2012, Brüssels: 17.06.2013 http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/immigration/general/docs/4th_annual_report_on_immigration_and_asylum_en.pdf, (03.04), lk 4.

³ IOM esindus Eestis. Eesti tagasipöördumissüsteemi kaardistamine 2011. www.iom.ee/varre/failid/File/VARRE_2011.pdf (03.04), lk 3.

⁴ Rüüt, R. PPA 2012. aasta ülevaade. https://www.siseministeerium.ee/public/PPA_esitlus_9jaan2013.pdf (03.04)

⁵ Siseministeerium. „Turvalisuspoliitika põhisuunad aastani 2015“ täitmise tegevusaruanne 2012. aasta kohta. Tallinn: 2013.

<https://valitsus.ee/UserFiles/valitsus/et/valitsus/arengukavad/siseministeerium/TPPS%20aruanne%202012.%20aasta%20kohta%20.pdf> (03.04), lk 23.

⁶ European Union Agency for fundamental rights. Detention of third-country nationals in return procedures. Luxembourg: 2010, lk 5.

⁷ Rygiel, K. Governing Mobility and Right to Movement Post 9/11: Managing Irregular and Refugee Migration through Detention, *Review of Constitutional Studies* vol 16: 02.2012 <http://heinonline.org> (05.04), lk 213.

ebaseaduslikku sisserännet ja kontrollida riigipiire⁸. Kõige suuremaks probleemiks välismaalaste kinnipidamisel on õiguslikult aga kahe üldtunnustatud normi kollisioon ehk ühelt poolt isikuvabadus kui põhiõigus ja teisest küljest riigi suveräänsus⁹. EL-i Põhiõiguste Amet on oma uurimuses jõudnud seisukohale, et välismaalaste kinnipidamine on tänapäeval jätkuvalt laialt levinud praktika ning alternatiivse kinnipidamisele kasutatakse liiga vähe¹⁰. Isiku vabadusõiguse piiramisele peaks olema väga mõjuv põhjus, kuid Eruoopa praktikas on viibimiseluseta välismaalaste kinnipidamine rutiinne ning võib isegi väita, et automaatne protsess¹¹.

Uurimuse probleemiks on välismaalaste kinnipidamiskeskusesse paigutamisel selle abinõu "vältimatu vajaduse" hindamine ning välja selgitamine, kas sellest põhimõttest lähtutakse Eesti kohtute praktikas ning seadusandluses. Samuti on uurimustöö objektiks välismaalaste õigusliku kaitse seisund kinnipidamiskeskusesse paigutamisel ning riigi vastutus olukorras, kus kinnipidamine on otsustatud ebapiisavate kaalutluste tulemusel. EL-i Põhiõiguste Ameti ja EL-i Nõukogu on õigusaktidele tuginedes rõhutanud, et kinnipidamine väljasaatmise eesmärgil peab olema viimane võimalus ning seda peaks kasutama ainult siis, kui teised alternatiivid on end ammendanud ehk kui selleks on vältimatu vajadus, kuid siiski hoitakse väga suurt arvu isikuid Euroopas kinni¹². Põhiseaduse (edaspidi PS)¹³ vabadusõiguse analüüsis on samuti täheldatud, et vabaduse võtmise probleemiks on pigem see, et vabaduse võtmine on konkreetse isiku puhul ebaproportsionaalne, mis seisneb kas asjaolus, et samu eesmärke on võimalik saavutada ka muul vabaduse võtmise asemel seda üksnes piiraval viisil või seetõttu, et vabadus on võetud liialt pikaks ajaks¹⁴. Põhiõiguste riive ja seeläbi kinnipidamise õiguspärasuse juures on kaaluka tähtsusega selleks vältimatu vajaduse olemasolu.

⁸ Grant, S. Immigration Detention: Some Issues of Inequality, Equal Rights Review 2011, http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/ERR7_grant.pdf, (03.04), lk 69.

⁹ Flynn, M. Who must be detained? Proportionality as a tool for critiquing immigration detention policy, Immigration Detention and Proportionality. Refugee Survey Quarterly 09.2012 <http://rsq.oxfordjournals.org> (03.04), lk 50.

¹⁰ European Union Agency for Fundamental Rights. Fundamental rights: key legal and policy developments in 2012. Belgium 2012. http://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-highlights-2012_en.pdf (03.04), lk 8.

¹¹ Costello, C. Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law, Indiana Journal of Global Legal Studies vol 19: 2012. <http://heinonline.org> (05.04), lk 258.

¹² European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe. Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration. 04.13. www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_ENG.pdf (18.04), lk 137.

¹³ PS. RT I, 27.04.2011, 2.

¹⁴ Kolk, M., Maruste, R. PS § 20 – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012, lk 260.

Käesoleva uurimuse subjektideks on vähemalt täisealised ehk 18 aastased kolmanda riigi kodanikud, kes ei vasta või enam ei vasta riiki sisenemise tingimustele vastavalt Schengeni piirieskirjadele, kes viibivad Eestis ebaseaduslikult ja kelle suhtes on jõustunud lahkumisettekirjutus, mida vabatahtliku täitmise asemel sundtäidetakse kinnipidamise ja väljasaatmise teel. Analüüsi juures ei anta hinnangut selliste välismaalaste õiguslikule olukorrale, kellele on väljasaatmine määratud kriminaalkaristusena või kelle väljasaatmine on tingitud elamisloa kehtivusaja lõppemisest. Uurimustöö põhineb selliste välismaalaste õiguskaitse seisundi uurimisel, kes on riiki saabunud riigipiiri ebaseadusliku ületamisega või kelle suhtes on tehtud riiki mittelubamise otsus ning kelle lahkumiskohustust sundtäidetakse.

2009. aastal leidis Euroopa Inimõiguste Kohus (edaspidi EIK) Eesti suhtes rikkumise, mille keskmeks oli välismaalase lahkumiskohustuse sundtäitmisel õigusvastane kinnipidamine¹⁵. Nimetatud lahend viitas õiguslikele probleemidele selles valdkonnas isiku põhiõiguste tagamisel ning Eestis liiga kergekäelisele praktikale välismaalaste kinnipidamise vajalikkuse üle otsustamisel. 16. detsembril 2008 võeti vastu Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2008/115/EÜ (edaspidi naasmisdirektiiv)¹⁶ ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel, mille eesmärgiks on tagasisaatmise, väljasaatmise, sunnimeetmete võtmise, kinnipidamise ja sisenemiskeeluga seotud ühtsete eeskirjade kehtestamine¹⁷. Naasmisdirektiiv tuli siseriiklikusse õigusesse sisse viia 24. detsembriks 2010. Sellest ajendatuna viidi väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadusesse (edaspidi VSS)¹⁸ muudatused, mis jõustusid detsembris 2010. eesmärgiga viia siseriiklik õigus kooskõlla naasmisdirektiiviga¹⁹. Oktoobris 2014 jõustub suure õigusmõjuga uus VSS-i redaktsioon, mis on tingitud Euroopa Komisjoni poolt tehtud märkustest naasmisdirektiivi kohaldamisel²⁰. Seetõttu on antud valdkonnas läbi viidud ning tulemas hulgaliselt reforme, mis vajavad lähemat uurimist välismaalaste õigusliku seisundi väljaselgitamisel nende põhiõiguste riivamisel ehk kinnipidamisel tagasisaatmise eesmärgil.

¹⁵ EIK 08.10.2009, 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*.

¹⁶ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2008/115/EÜ ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel, ELT L 348, 24.12.2008, 16.12.2008.

¹⁷ *Ibid.*, p 19.

¹⁸ VSS. RT I, 21.12.2013, 4.

¹⁹ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seaduse eelnõu 793 SE. Seletuskiri, 02.08.2010.

²⁰ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seaduse eelnõu 444 SE. Seletuskiri, 03.06.2013, lk 1.

Uurimus põhineb hetkel kehtiva VSS-i redaktsiooni ja tulevikus kehtiva redaktsiooni võrdleval analüüsil, viimase paari aasta Eesti kohtupraktika analüüsil kinnipidamiseks loa andmisel ning siseriikliku õiguse suhtes ülimuslike naasmisdirektiivi ja Euroopa inimõiguste põhivabaduste kaitse konventsiooni (edaspidi EIÕK)²¹ siseriiklikus õiguses nõuete kohase rakendamise välja selgitamisel lähtudes siseriiklikest õigusaktidest kui ka hetkel eksisteerivast õiguspraktikast. Lisandub PS-ga tagatud vabadusõiguse riive lubatavuse hindamine sundtäidetava väljasaatmismenetluse perspektiivist. Kinnipidamise vältimatu vajaduse analüüsis tuuakse paralleele Soome ja Rootsi välismaalaste seadusest.

Käesoleva teadustöö hüpotees: väljasaadetavate vabadusõiguse riive kinnipidamiskeskusesse paigutamisel on ebaproportsionaalne meetme vältimatu vajaduse puuduliku hindamise tõttu. Analüüsis antakse vastus küsimustele, kas väljasaadetavate õigused on piisavalt tagatud kinnipidamiskeskusesse paigutamise otsustamisel ehk vältimatu vajaduse hindamisel, kuidas ja kas üldse hinnatakse vältimatut vajadust kinnipidamiskeskusesse paigutamisel. Tingituna Euroopa Komisjoni märkustest ja eelnevast praktikast võib olla tõenäoline, et välismaalaste väljasaatmise eesmärgil kinnipidamisel ei ole isiku õigused piisavalt tagatud kuna seadusandlus ei ole õiguspraktika täpne peegeldus. Nimelt rakendavad seadust antud kontekstis eelkõige Politsei- ja Piirivalveamet (edaspidi PPA) ning kohtud. Õiguspraktikat mõjutavad kohtu poolt antud määrused, samuti kohtunike teadlikkus ning sätete mitmeti tõlgendamised. Lisaks kujundab praktikast seadusandluse puutumus teiste ülimuslike õigusaktidega nagu näiteks PS.

Teadustöö põhineb kvalitatiivsel ja analüüsil uurimusmeetodil. Kvantitatiivset meetodit on kasutatud Eesti kohtulahendite analüüsimisel, et tuvastada teatud tunnustel põhinevate lahendite hulk kindlal perioodil. Uurimustöö esimeses peatükis antakse ülevaade välismaalase kinnipidamise lubatavusest Eesti suhtes kehtiva naasmisdirektiivi ja EIÕK-i pinnalt ning analüüsitakse VSS-i hetkel kehtiva ja alates 01.10.2014 kehtiva redaktsiooni erinevusi kinnipidamisaluste osas. Samuti tuuakse välja ja antakse hinnang kinnipidamise vältimatu vajaduse üle otsustamise kriteeriumitele. Uurimustöö teises peatükis analüüsitakse erinevate halduskohtute praktikast välismaalase kinnipidamiseks loa andmisel, viidatakse kitsaskohtadele vastavalt esimeses peatükis kriteeriumitele „vältimatu vajaduse“ hindamiseks. Uurimustöö viimases peatükis analüüsitakse välismaalase õiguslikke tagatise ja kahju hüvitisnõude esitamise võimalikkust.

²¹ Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. Rooma, RT II 2000, 11, 57, 04.11.1950.

1 KINNIPIDAMISE VAJALIKKUSE OTSUSTAMINE

Immigratsiooniga seonduvat kinnipidamist saab defineerida kui välismaalaste kinnipidamist kindla sisserändega seotud eesmärgi täitmiseks, mida iseloomustavad kolm elementi: vabadusõiguse piiramine, aresti teostamine kinnises asutuses ning selle rakendamine sisserändega seotud eesmärgil²². Kinnipidamiskeskusesse paigutamisel piiratakse isiku liikumisvabadust, millest tulenevalt piirab see haldussunni vahend ühte tähtsamatest isiku põhiõigustest ehk vabadusõigust. Viimase piiramine toob kaasa samuti teiste sellega seonduvate õiguste riive. Nimelt piiratakse liikumisvabadusega ka õigust perekonnaelule. Kuna kinnipidamine väljasaatmise eesmärgil on väga intensiivne vabadusõiguse riive reguleerib kinnipidamist nii EIÕK kui ka EL-i naasmisdirektiiv.

Siseriikliku õiguse suhtes ülimuslik EIÕK on Eesti suhtes kehtiv välislepingug, mida võib PS § 123 lg 2 kohaselt lugeda Eesti õigussüsteemi osaks. EIÕK kohustab riiki teatavatest tegudest hoiduma, mistõttu on sätted enamjaolt riigile negatiivseid kohustusi tekitavad.²³ EIÕK art 1 kohaselt kohaldub konventsiooni regulatsioon igähele, kes on riigi jurisdiktsiooni all. EIÕK-i kaitseala hõlmab seega igäüht ehk iga inimest, kes on Eesti territooriumil – nii kodanikke kui ka mittekodanikke, neid, kelle vabadus on piiratud seaduslike sanktsioonide tagajärjel (nt kinnipidamine) jne²⁴. Seetõttu laienevad EIÕK-ga võetud kohustused ka riigis ebaseaduslikult viibivatele kolmanda riigi kodanikele. EIÕK isikuline kaitse laieneb igale inimesele k.a välismaalastele ning kodakondsuseta isikutele, kes on riigi jurisdiktsiooni all. Seetõttu kehtib EIÕK välismaalaste suhtes, kes kuuluvad riigist väljasaatmisele. EIÕK esemeliseks kaitsealaks võib pidada isikupuutumatumust, vabadusi, võrdsusõigust jne laiemas tähenduses. Regulatsiooni eemärk on kaitsa isikute põhiõigusi rahvusvahelisel tasandil luues liikmesiikidele kohustusi põhiõiguste tagamiseks.

²² Silverman, S-J., Massa, E. Why Immigration Detention is Unique. UK: 27.06.2012. <http://onlinelibrary.wiley.com> (07.05), lk 679.

²³ Vallikivi, H. Euroopa inimõiguste konventsiooni kasutamine Riigikohtu praktikas. *Juridica* VI/2001, lk 399-400.

²⁴ Maruste, R. Väärkohtlemise käsitlus Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikas. *Juridica* II/20013, lk 121.

EL-i naasmisdirektiivi sätteid kohalduvad kõigi kolmandate riikide kodanike suhtes, kes ei vasta või enam ei vasta liikmesriiki sisenemise, liikmesriigis viibimise või elamise tingimustele²⁵. Seetõttu on direktiivi isikuline kaitse suunatud kõigile välismaalastele, kellel puudub liikmesriigis viibimis- ja elamisõigus. Direktiivi eesmärk on kahene, tagada liidu ühtsus, aga samas austada ka siseriiklike traditsioone ja eripärasid ning seetõttu ei ole direktiivi kui õigusakti eesmärk seadusandluse ühtsus vaid selle harmoniseerimine, milleks riigid saavad eesmärgi täitmiseks vahendid ise valida²⁶. Reguleerimise eesmärgiks on üldistatud mõistes ühise väljasaatmispoliitika loomine, mis põhineks ühistel nõuetel, et isikuid saaks tagasi saata inimlikult, austades täielikult nende põhiõigusi ja väärikust ning samuti väljasaatmise eesmärgil kinnipidamise kasutamise piiramine²⁷. Naasmisdirektiivi esemeliseks kaitsealaks võib seetõttu pidada välismaalaste põhiõigusi, eelkõige vabadusõigust.

Välismaalase kinnipidamist väljasaatmise täideviimiseks Eestis reguleerib VSS, millesse on naasmisdirektiivi põhimõtted sisse viidud ettenähtud tähtjaks. 1. oktoobril 2014 jõustub aga VSS-i uus redaktsioon²⁸, mis toob kehtivasse õiguskorda uuendusi. VSS-i reguleerimisala subjektideks on kehtiva VSS § 1¹ alusel isikud, kellel puudub Eesti kodakondsus. Uus redaktsioon jätab sellest määratlusest välja EL-i liikmesriigi, EL-i majanduspiirkonna liikmesriigi või Šveitsi konföderatsiooni kodanikud, mistõttu kohalduvad VSS-i sätted edaspidi vaid kolmanda riigi kodanike suhtes. Eelnev on samuti kooskõlas naasmisdirektiiviga, mille punkti 5 ja art 2 lg 1 kohaselt tuleks selliseid sätteid rakendada kolmandate riikide kodanike suhtes, kes ei vasta või enam ei vasta riiki sisenemise, riigis viibimise või elamise tingimustele. Nimetatud alused oleksid välismaalaste seaduse (edaspidi VMS)²⁹ § 43 lg 2 kohaselt Eesti või muu Schengeni konventsiooni liikmesriigi asutuse poolt antud viisa, mis kehtib ka Eestis, välislepingust tulenev õigus Eestis viibida, viisanõude puudumise tõttu tekkinud õigus Eestis viibida, Schengeni konventsiooni liikmesriigi elamisluba või välisministeeriumi poolt antud diplomaadi- või teenistuskaart. Sellele lisandub tähtjalise elamisloa väljastamine. Nii kehtiva VSS § 2 kui ka uue redaktsiooni kohaselt peab välismaalasel Eestis viibimiseks olema seaduslik alus ning Eestis on keelatud viibida ilma

²⁵ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2008/115/EÜ ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel, ELT L 348, 24.12.2008, 16.12.2008, p 5.

²⁶ Borchardt, K-D., The ABC of European Union law, Luxembourg: 2010, lk 89.

²⁷ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2008/115/EÜ ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel, ELT L 348, 24.12.2008, 16.12.2008, p 2, 16.

²⁸ VSS. RT I, 15.03.2014. 98.

²⁹ VMS. RT I, 23.12.2013, 69.

seadusliku aluseta. VSS-i regulatsiooni eesmärgiks on välismaalaste Eestist väljasõidukohustuse ning Eestisse sisseõidukeelu kohaldamise aluste ja korra ning välismaalaste Eestist läbisõidu korra reguleerimine³⁰.

Kuna VSS § 2 lg-le 1 tuginedes on välismaalasel keelatud Eestis viibida seadusliku aluseta, siis § 7 lg 1 kohaselt tehakse sellisele välismaalasele ettekirjutus Eestist lahkumiseks. Viimane säte on imperatiivne, mistõttu igasugune kaalutusõigus puudub. Kui on VSS-i mõistes tuvastatud välismaalane, kellel puudub §-st 2 tulenevalt viibimisalus, järgneb sellele väljasaatmismenetluse algatamine ja riigist väljasaatmine ehk lahkumisettekirjutuse tegemine. Selle järgselt määratakse kehtiva VSS § 7² lg-te 1 ja 2 kohaselt, kas vabatahtliku lahkumisaeg või lahkumisettekirjutuse kohene sundtäitmine. Naasmisdirektiivi p 10 seab põhimõtteks, et sunniviisilisele tagasisaatmisele tuleks eelistada vabatahtlikku tagasipöördumist, kui ei ole põhjust arvata, et see kahjustaks tagasisaatmise korra eesmärki. Direktiivi art 7 lg 1 sätestab, et tagasisaatmise otsusega nähakse ette sobiv, seitsme kuni kolmekümne päeva pikkune tähtaeg vabatahtlikuks lahkumiseks, kuigi erandjuhtudel võib jätta selle määramata. Samuti ei keela direktiiv vabatahtliku lahkumisaaja puhul panna sellise taotlemise kohustuse välismaalasele. Kehtiv VSS defineerib vabatahtliku lahkumise ning § 7² lg 2 sätestab olukorrad, millal vabatahtlikku lahkumist ei rakendata, mistõttu puudub säte, mis soodustaks vabatahtliku lahkumise rakendamist. Oktoobrist 2014 leiab see probleem lahenduse ning VSS § 7² on täiendatud lg-ga 1¹, mille kohaselt määratakse lahkumiskohustuse vabatahtlik täitmise aeg, kui puuduvad § 7² lg-s 2 seda välistavad asjaolud. Seetõttu on uus redaktsioon kooskõlas naasmisdirektiiviga muutes eelnevat lähenemist märkimisväärselt ning soosides eelnevalt puudu olnud vabatahtlikku tagasipöördumist.

Rootsi praktika kohaselt tuleb lahkumiskohustuse täitmiseks määrata vabatahtliku lahkumise tähtaeg, aga seda ei rakendata olukordades, kus esineb põgenemisoht, välismaalane on ohuks avalikule korrale ja julgeolekule, isikule määratakse sisseõidukeeld, välismaalane on kinnipeetud seoses ebaseadusliku piiri ületamisega, välismaalase lahkumiskohustus on koheselt sundtäidetav, välismaalane saadetakse riigist välja kohtu poolt määratuna tingituna seaduserikkumistest³¹. Kehtiv VSS § 7² lg 2 sätestab, et vabatahtlikku lahkumise tähtaega ei määrata olukordades, kus see on vajalik avaliku korra või riigi julgeoleku tagamiseks, kuriteo ennetamiseks, uurimiseks, avastamiseks, välismaalane on ebaseaduslikult Eestisse saabunud, välismaalase kohta on riigipiiril

³⁰ VSS. RT I, 21.12.2013, 4, § 1.

³¹ Svensk Författningssamling, Utlänningslag, (2005:716); 29.09.2005; 2013:648, 29.09.2005, ptk 8 § 18a.

tehtud riiki mittelubamise otsus, välismaalane võib põgeneda või muul viisil hoida kõrvale lahkumisettekirjutuse täitmisest, välismaalase taotlus elamisloa või rahvusvahelise kaitse andmisest on keeldutud selle ilmselge põhjendamise tõttu, välismaalane on esitanud elamisluba taotledes valeandmeid. Regulatsioon on eelnevale tuginedes sarnane Rootsiga.

Naasmisdirektiivi art 7 lg 4 kohaselt võivad liikmesriigid jätta vabatahtliku lahkumise tähtaja määramata või määrata alla seitsmepäevase tähtaja, kui esineb põgenemise oht või kui elamisloa taotlus on jäetud rahuldamata, kuna see osutus selgelt põhjendamatuks või pettusel põhinevaks, või kui väljasaadetav kujutab endast ohtu avalikule korrale, avalikule julgeolekule või riigi julgeolekule. Seega on vabatahtliku lahkumisaja mitte määramiseks ette nähtud tingimused formaalselt kooskõlas direktiivis sätestatuga. Kehtiv VSS lubab vabatahtliku lahkumisaja siiski määrata § 7² lg-st 3 tulenevalt, kui lahkumisettekirjutuse kohene sundtäitmine on ilmselgelt ebamõistlik või välismaalase jaoks ilmselgelt ebaproportsionaalne, aga seda vaid isikute puhul, kellele on keeldutud elamisloa või rahvusvahelise kaitse andmisest tingituna ilmselge põhjendamatu tõttu või olukorras, kus välismaalane on esitanud elamisloa või rahvusvahelise kaitse taotlemise menetluses valeandmeid, võltsinud dokumente oluliste asjaolude kohta. Uue VSS-i redaktsiooniga kaob piirangute seadmine ning ametnikel on võimalik välismaalase suhtes kohaldada suuremat kaalutusõigust vabatahtlikku lahkumisettekirjutuse täitmise aega arvestades igal üksikjuhtumil kõiki olulisi asjaolusid ja kaalutakse põhjendatud huve. Küll aga ei muuda see ebaseaduslikult riiki saabunud viibimisaluseta välismaalaste seisukorda, sest ka edaspidi ei määrata vabatahtlikku lahkumistähtaega illegaalselt riigipiiri ületanud välismaalastele, kuid erinevusena jääb ametlikul võimalus seda vajadusel mitte kohaldada.

Samuti seab EIÕK teatud olukordades riigi julgeoleku ja avaliku korra tagamise kõrgemale isiku vabadusõigusest. EIÕK art 5 lg 1 puhul tuleb arvestada seda, et EIÕK 4. protokollis art 2 §-ga 3 kaasneb riigile positiivne kohustus kaitsta ühiskondlikku turvalisust, avalikku korda ja riigi julgeolekut³². Juulis 2014 jõustuva korrakaitse seaduse (edaspidi KorS)³³ § 5 lg 2 kohaselt on oht olukord, kus ilmnenud asjaoludele antava objektiivse hinnangu põhjal võib pidada piisavalt tõenäoliseks, et lähitulevikus leiab aset korrarikkumine. Lisaks sätestab KorS § 4 lg 1, et avalik kord on ühiskonna seisund, milles on tagatud õigusnormide järgimine ning õigushüvede ja isikute subjektiivsete õiguste kaitstus. Seega on Eesti seadusandluses oht avalikule korrale tõenäoliselt

³² EIKo 15.03.2012, 39692/09, 407137/09, 41008/09, *Austin jt vs. Suurbritannia*, p 55, 60.

³³ Korrakaitse seaduse muutmise ja rakendamise seaduse eelnõu 424 SE Lõpptekst, 22.04.2013.

ees seisev korrariikkumine, mille tulemusena astutakse seadusest üle või mille tõttu saavad õigushüvede ja isikute subjektiivsed õigused kahjustada.

Termin “avalik kord” saab aga hõlmata ainult neid norme, ilma milleta oleks ühiskondlik kooselu väljakannatamatu ja ohtlik. Avalik kord on põhiõiguspiiranguna kollektiivne õigushüve, mis seondub tihedalt selliste piirnevate hüvedega nagu riigi julgeolek, kuritegude ärahoidmise vajadus ning teiste inimeste õigused ja vabadused. EL annab liikmesriigile kaalutlusruumi avaliku korra sisu määramisel, aga mõiste piire tuleb sisustada aluslepingutest lähtudes ja nendega taotletavaid eesmärke silmas pidades ning tõlgendada kitsendavalt. Vajalik on lisaks iga seaduse rikkumisega kaasnevale ühiskondliku korra häirimisele igal juhul veel ühiskonna põhihuve ähvardava reaalse ja piisavalt tõelise ohu olemasolu.³⁴ Isikule vabatahtliku tagasipöördumisaja mittedääramine avaliku korra ja riigi julgeoleku kaalutlustel ei ole seega vastuoluline naasmisdirektiivi ega EIÕK-i suhtes ning teatud juhtudel on lahkumiskohustuse sundtäitmine lubatav ning vajalik meede, kui oht on piisavalt reaalne.

Lahkumisettekirjutuse sundtäitmine on kehtiva VSS § 7³ lg-st 2 tulenevalt välismaalase kinnipidamise teel sunniviisiline Eestist väljasaatmine. Kehtiva VSS § 7³ lg 1 kohaselt sundtäidetakse välismaalase lahkumiskohustus tema kinnipidamise ja Eestist väljasaatmise teel. Samas sundtäidetakse lahkumiskohustus muude aluste hulgas vastavalt VSS § 7² lg-le 2 olukordades, kus see on vajalik avaliku korra või riigi julgeoleku tagamiseks (punkt 1), kui lahkumisettekirjutus on tehtud Eestisse ebaseaduslikult saabunud välismaalasele (punkt 3), kui välismaalasele kehtib sissesõidukeeld (punkt 4), kui välismaalasele on tehtud piiril riiki mittelubamise otsus (punkt 5), kui on kahtlus, et välismaalane võib põgeneda või muul viisil hoida kõrvale lahkumisettekirjutuse täitmisest (punkt 8), kui välismaalasele on keeldutud elamisloa või rahvusvahelise kaitse andmisest seetõttu, et elamisloa või rahvusvahelise kaitse saamise taotlus on ilmselgelt põhjendamatu (punkt 9) või kui välismaalane on esitanud elamisloa või rahvusvahelise kaitse saamise menetluses valeandmeid või võltsinud dokumente menetluses tähtsust omavate asjaolude kohta. Kui aga VSS § 23 lg-le 1 tuginedes ei ole võimalik isikut 48 tunni jooksul välja saata, siis paigutatakse väljasaadetav PPA taotlusel ja halduskohtuniku loal kinnipidamiskeskusesse kuni väljasaatmiseni, aga mitte kauem kui kaheks kuuks. Lahkumisettekirjutuse sundtäitmise otsustab PPA, aga kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks annab eraldi loa halduskohus. Otsuse kinnipidamise poolt või vastu langetab seega esmalt taotleja ehk PPA ja seejärel sõltumatult

³⁴ Laaring, M. Avaliku korra mõiste põhiseaduses. Tartu: Juridica IV/2012, lk 250-251, 258.

kohus³⁵. Sarnased tingimused sätestab ka uus VSS-i redaktsioon, aga lisandunud on eraldi konkretiseeritud alused kinnipidamise lubatavuseks.

VSS-i uus redaktsioon muudab VSS § 7² lg 2 selgemaks osas, millal sundtäidetakse lahkumissetekirjutus kohelelt. Kuigi loetelu alustest on lühendatud, kehtivad samad tingimused edasi formaalselt teisel kujul. Näiteks sundtäidetakse lahkumissetekirjutus, kui esineb põgenemise oht (hetkel kehtiv redaktsioon: „kui on kahtlus, et välismaalane võib põgeneda või muul viisil hoida kõrvale lahkumissetekirjutuse täitmisest“), mille hindamise alla uue redaktsiooni § 6⁸ kohaselt kuulub lahkumissetekirjutuse täitmisest hoidumine. Samuti on kehtiva seaduse § 7² lg 2 p 4 uues redaktsioonis nihkunud põgenemisohtu esinemise alla. Seega edaspidi hoomab endas põgenemisoht rohkem tingimusi ning jätkatakse sama suurel määral välismaalaste sundkorras riigist välja saatmist. Samuti avab uus redaktsioon mõisted „oht avalikule korrale“, „oht avalikule julgeolekule“ ja „oht riigi julgeolekule“. Edaspidi VSS § 7² lg 2 p-de 5-6 kohaselt võib lahkumissetekirjutuse sundtäita, kui isikule on piiril tehtud riiki mittelubamise otsus või kui väljasaadetavaks on isik, kes on saabunud riiki ebaseadusliku riigipiiri ületamise tõttu. Selline õigusvastane käitumine on seega ohuks, et tulevikus võib kaasneda korrariikumine, mis lisaks seadusvastasusele võib kahjustada õigushüvesid ja isikute subjektiivseid õiguseid. Autor nõustub, et sellises olukorras võib olla põhjendatud välismaalase riigist väljasaatmise sundtäitmine, aga kasutatavaks meetmeks ei tohi ilma kaalutlemiseta olla kinnipidamiskeskusesse paigutamine.

Naasmisdirektiivi art 8 lg 1 sätestab, et tuleb võtta kõik vajalikud meetmed tagasisaatmisotsuse täitmiseks juhul, kui vabatahtliku lahkumise tähtaega ei ole määratud või pole lahkumissetekirjutust vabatahtlikult täidetud. Direktiivi art 8 lg 4 rõhutab põhimõtet, et väljasaatmisel vastupanu avaldava kolmanda riigi kodaniku väljasaatmiseks võib vaid viimase meetmena kasutada sunnimeetmeid, mis peavad olema proportsionaalsed ega tohi ületada mõistliku jõu piire. Artikkel 15 lg 1 sätestab, et välismaalase kinnipidamist võib kasutada, kui muid piisavaid, kuid leebemaid sunnimeetmeid ei ole konkreetsel juhul võimalik tulemuslikult kohaldada ning seda vaid tagasisaatmise ettevalmistamiseks ja/või väljasaatmise läbiviimiseks ning seda eelkõige kui esineb põgenemisoht või kui välismaalane hoiab kõrvale tagasisaatmise ettevalmistamisest või väljasaatmisest või takistab neid. Samuti peaks kinnipidamine olema võimalikult lühike ja kestma ainult seni, kuni kestab väljasaatmise korraldamine ning see tuleb

³⁵ Lapimaa, V. Varjupaigataotlejalt vabaduse võtmine. Tallinna Halduskohus 2014, lk 7.

viia ellu nõuetekohase hoolsusega. Kohus peaks kinnipidamisotsuse kaalumisel seega hindama, kas menetlust viiakse läbi nõuetekohase hoolsusega.

Naasmisdirektiivi p 16 täpsustab, et kinnipidamine on õigustatud ainult tagasisaatmise ettevalmistamiseks või väljasaatmise läbiviimiseks ja kui leebemate sunnimeetmete võtmine ei ole piisav. Seega lisandub kaalutlemise kohustuse juurde väljasaatmise perspektiivi ja kinnipidamise enda kui vältimatu vahendi kasutamise otstarbekuse hindamine. Samuti peavad olema põhjused, miks leebemate meetmete kasutamine ei ole võimalik, sest ennekõike on kinnipidamine õigustatud vaid olukorras, kus see on vältimatult vajalik. Direktiiv seab art 2 lg 2 p-ga a ja b küll erandi, et direktiivi ei ole kohustuslik rakendada kolmanda riigi kodanike suhtes, kes on tabatud või kinni peetud seoses ebaseadusliku riigipiiri ületamisega või kelle puhul on tagasisaatmine kriminaalkaristusena või selle tagajärjena rakendatav meede. Siiski on naasmisdirektiivi art 4 lg 4 p a kohaselt kohustus lähtuda põhimõttest, et sunnimeetmete rakendamise regulatsiooni ehk viimase abinõu printsiipi tuleks kohaldada kõigi kolmanda riigi kodanike puhul.

Kehtiva VSS-i kohaselt on kinnipidamiskeskusesse paigutamine lubatud, kui on tuvastatud, et isik viibib Eestis viibimisaluseti (VSS § 2 lg 1), tema suhtes on jõustunud otsus väljasaatmiseks sundmenetluse korras (VSS § 7² lg 2) ning kui VSS § 23 lg 1 kohaselt ei ole suudetud väljasaatmist lõpuni viia 48 tunni jooksul. Seadusest tulenevalt peaks kinnipidamiskeskusesse paigutamisel hindama, kas tegemist on välismaalasega VSS-i mõistes, kas välismaalasel puudub viibimisalus, kas väljasaatmist ei õnnestu lõpuni viia koheselt ning kas väljasaatmine on võimalik.

VSS-i uus redaktsioon likvideerib probleemi, kus seaduse alusel on isiku paigutamine kinnipidamiskeskusesse tingimuslik ja kergesti kohaldatav ning suurendab välismaalaste õiguslikku kaitset ebavajaliku kinnipidamise eest. Tulevikus kehtiv VSS § 23 lg 1 ja 1¹ paneb halduskohtuniku kinnipidamise üle otsustamisel suurema uurimiskohustuse ette, sest kinnipidamise lubatavuseks peab olema täidetud rohkem tingimusi. Nimelt on kinnipidamiskeskusesse paigutamine õiguspärane vaid siis, kui on kindlaks tehtud, et seaduses sätestatud järelevalvemeetmeid ei ole võimalik tulemuslikult kohaldada, sest esineb põgenemise oht, puuduvad tagasipöördumiseks vajalikud dokumendid või nende hankimine viibib, välismaalane ei täida kaasaaitamiskohustust. Samuti tuleb anda hinnang sellele, kas kasutusele võetav meede on proportsionaalne taoteltava eesmärgi suhtes ning kas on arvestatud kõiki isikuga seonduvaid olulisi asjaolusid. Sellest tulenevalt on uue VSS-i redaktsiooniga viidud siseriiklik õigus kooskõlla naasmisdirektiiviga, mis eelnevalt oli ebamäärane ning mitte leebemaid

alternatiivmeetmeid soosiv ning võimaldas välismaalasi kergekäeliselt kinnipidamiskeskusesse paigutada.

VSS's sätestatud tähtajad ei muutu ning ka edaspidi tekib küsimus isiku kinnipidamiskeskusesse paigutamisest, kui 48 tunni jooksul ei ole suudetud isikut riigist välja saata ning kinnipidamiskeskusesse saab isiku paigutada kuni kaheks kuuks (VSS § 23 lg 1). Samuti pikendatakse isiku kinnipidamist VSS § 25 kohaselt ka edaspidi kuni kahe kuu kaupa. Isiku maksimaalseks kinnipidamisajaks on kehtiva VSS § 24 lg 1¹ kohaselt 18 kuud, mis on ühtlasi naasmisdirektiivis sätestatud maksimaalne kinnipidamisaeg.

EIÕK seab välismaalaste kinnipidamisele väljasaatmise eesmärgil üldisemaid reegleid, kui seda teeb naasmisdirektiiv. EIÕK art 5 lg 1 p f sätestab, et igapähele on õigus isikuvabadusele ja turvalisusele. Kellelki ei või võtta tema vabadust, välja arvatud seaduses kindlaksmääratud korras näiteks juhul, kui esineb seaduslik vahistamine või kinnipidamine vältimaks tema loata sissesõitu riiki või et võtta meetmeid tema väljasaatmiseks või väljaandmiseks. Tegemist on ammendava loeteluga, millest järeldub, et isiku kinnipidamine on lubatud vaid kuni kestab väljasaatmismenetlus. Kui väljasaatmise perspektiiv langeb ära ei ole enam EIÕK-st tulenevalt kinnipidamine õiguspärane. Seega ei pea EIÕK-i seisukohalt väljasaatmise eesmärgil kinnipidamine olema vältimatult vajalik meede, vaid kui on arvestatud isiku põhiõigustega ning tuvastatud on ebaseaduslik riigis viibimine, millele järgneb riigist väljasaatmine, on välismaalase kinnipidamine lubatav vahend väljasaatmise tagamiseks.

Artikli 5 lg 1 p f mõistes ei ole EIK jõudnud seisukohale, et välismaalase kinnipidamine väljasaatmise eesmärgil peaks olema põhjendatult vajalik meede, et näiteks vältida süütegusid või põgenemist. Selline tõlgendus takistab mõistlikku hindamist selles osas, kas kinnipidamine on üldse vajalik ning vabadusõigust piiratakse ilma otsese ohuta riigi julgeolekule või samuti põgenemisohu puudumisel.³⁶ EIÕK ei loo seega naasmisdirektiiviga sarnast õiguskaitset. Nimelt reguleerib naasmisdirektiiv välismaalaste kinnipidamist väljasaatmise eesmärgil palju kitsamal tasandil kui seda teeb EIÕK. EIK on võtnud seisukoha, et lepinguosalise riigi õigus vastavalt väljakujunenud rahvusvahelisele õigusele, lepingutega võetud kohutustele k.a konventsioonile

³⁶ Bryan, I., Langford, P. The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights. *Nordic Journal of International Law* 80: 2011. <http://heinonline.org> (05.04), lk 199, 217.

on kontrollida välismaalaste riiki sisenemist, seal elamist ja väljasaatmist³⁷. Kuna riikidel on õigus kontrollida välismaalaste riiki sisenemist, seal elamist ja väljasaatmist on piisavalt põhjendatud, miks riigi suveräänsuse tõttu ei saa EÕIK olla liialt seda õigust piirav³⁸.

PS § 20 ning EIÕK-i sätete koostoimes tuleb tähele panna, et põhiõiguste kaitse peab tagama vähemalt konventsiooniga tagatud tasemel ning PS-i ja muude seaduste vastavate sätete sisustamisel tuleb arvestada EIÕK-i ja EIK-i praktikat³⁹. Kohustuslik on seaduses määratleda täpsed kinnipidamise alused, aga EIÕK-i tingimused on täidetud olukorras, kus väljasaadetava piisava nõustamisega mõistab isik oma tegude tagajärgi⁴⁰. Välismaalasele, kes on kinni peetud tingituna väljasaatmisest, tuleb tagada kaebemenetluse võimalus, kus kohus saab hinnata, kas kinnipidamine on õiguspärane ning seda mitte ainult siseriikliku õiguse seisukohast vaid ka konventsioonist tulenevalt⁴¹. Seetõttu tuleb kinnipidamise otsustamisel arvestada mitte ainult siseriikliku seadusandlusega vaid ka EIÕK-i ja EIK-i praktikaga.

EIÕK art 5 lg 4 kohaselt tuleb igasuguse vabaduse võtmise puhul kiirelt kohtu ees arutada, et välja selgitada kinnipidamise seaduspärasus ning vajadusel välismaalane vabastada, kui kinnipidamine on seadusvastane. Selline kohustus on ka kinnipidamise puhul väljasaatmise eesmärgil riikliku julgeoleku tõttu. Vajadus on efektiivse õigusliku hinnangu andmise olemasoluks kinnipidamise seaduspärasuse kindlustamiseks. Kinnipidamine nõuab seaduspärasuse hindamist mitte ainult siseriikliku õiguse kohaselt vaid ka konventsioonist tulenevalt. Lähtuda tuleb artikli 5 eesmärgist ehk kohustusest vältida omavolilist vabaduse võtmist⁴².

Lisaks VSS-s sätestatule tuleb kinnipidamiseks loa andmisel lähtuda PS-st. PS § 20 lg 2 p 6 annab õiguse vabaduse võtmiseks ebaseaduslikult Eestisse asumise tõkestamiseks ning Eestist väljasaatmiseks või välisriigile väljaandmiseks. Kuna aga PS § 11 kohaselt tohib õigusi ja vabadusi piirata ainult kooskõlas PS-ga ning need piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud, siis kaasneb kohustus kinnipidamise üle otsustamisel lähtuda samuti PS-st.

³⁷ Nazarski, E. Protection of, or protection from, refugees? Reflections on border controls and movement of persons at the European borders. Amsterdam Law Forum: 2008. <http://heinonline.org> (07.05), lk 38.

³⁸ Hatzis, N. Detention of irregular migrants and the European public order. European Law Review: 2013. <http://international.westlaw.com> (03.04), lk 275.

³⁹ Kolk, M., Maruste, R. PS § 20 – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012, lk 258.

⁴⁰ EIKo 11.04.2013, 56005/10, *Firoz Muneer vs. Belgia*. www.riigiteataja.ee/kohtuteave/kohtulahendi_analyys/7708 (18.04)

⁴¹ EIKo 12.05.2013, 58149/08, *Amie jt vs Bulgaaria*, p 80.

⁴² Murdock, J. The treatment of prisoners. Strasbourg: 2006, lk 89.

1.1 Meetme proportsionaalsus ja vajalikkus

Naasmisdirektiivi art 15 lg-te 1 ja 5 koostoimest tuleneb põhimõte, et kinnipidamine on lubatav vaid siis, kui muid piisavaid, kuid leebemaid sunnimeetmeid ei ole konkreetsel juhul võimalik tulemuslikult kohaldada ning kinnipidamine võib kesta vaid seni, kuni see nõue on täidetud. Samuti peab see olema vajalik eduka väljasaatmise tagamiseks. Seega sätestab naasmisdirektiiv proportsionaalsuse ja vajalikkuse põhimõtte.

Artikli 15 lg 4 kohaselt on kinnipidamine seadusvastane ja välismaalane vabastatakse viivitamatult, kui ilmneb, et väljasaatmine ei ole enam mõistlik õiguslikel või muudel kaalutlustel või kui kinnipidamiseks ei esine enam põgenemisohtu või menetluse läbiviimise takistamist. Artikkel 15 lg 1 lubab seega välismaalase kinnipidamist, kelle suhtes on kohaldatud väljasaatmist, kui see on vajalik väljasaatmise ettevalmistamiseks või eesmärgiga väljasaatmine lõpule viia. Lisaks muudele kaalutlustele nimetab direktiiv p 13 põhimõtte, et sunnimeetmete võtmisel ehk kinnipidamisel tuleks selgesõnaliselt kohaldada proportsionaalsuse ja tulemuslikkuse põhimõtteid seoses võetud abinõude ja taotletavate eesmärkidega. Sellest tulenevalt peab iga kinnipidamise juures hindama ka kinnipidamise perspektiivikut ja proportsionaalsust soovitava eesmärgi saavutamiseks.

EIK on ühes hilisemas kohtulahendis täpsustanud art 5 lg 1 tõlgendust kinnipidamise õiguspärasuse kohta ning kuigi mitte otseselt andnud hinnangut punkti f kohta ehk immigrantide kinnipidamise kohta, siis täpsustanud põhimõtteid üldise kinnipidamise õiguspärasuse kohta. EIK on võtnud sarnase seisukoha naasmisdirektiiviga, mille kohaselt kinnipidamist on lubatav kohaldada vaid siis, kui see on vajalik ja proportsionaalne. Samuti on antud hinnang põgenemisohule. Nimelt on EIK-i seisukoht, et põgenemisohtu ei saa hinnata kuriteo raskuse alusel, vaid arvestada tuleb ka isiku konkreetseid omadusi ja suhteid: ohtlikkust, vahendeid, suhteid konkreetse riigiga ja rahvusvahelisi suhteid. Kõigest kahtlus kuriteo toimepanemises ei ole pikema aja möödudes enam piisav alus isiku kinnipidamiseks.⁴³ Seega on EIÕK-i ja naasmisdirektiivi printsiibid ühtlustumas läbi EIK-i kohtupraktika.

⁴³ EIKo 29.10.2013, 30138/12, *Bolech vs. Šveits*.
www.riigiteataja.ee/kohtuteave/kohtulahendi_analyys/8795 (18.04)

Oluline on kaalutusotsuse tegemisel ka perekonna ühtsuse põhimõtte järgimine, mida on nimetatud ka direktiivi p-s 22. Seega tuleb hinnata ega rakendatav meede pole liialt perekonnaelu riivav. Direktiiv lisab veel tingimusi, nimelt tuleb artikli 5 kohaselt lisaks perekonnaelule hinnata lapse parimaid huve, perekonnaelu ja väljasaadetava tervislikku seisundit.

Tänapäeva ühiskonnas ei saa aga olla “absoluutseid” põhiõigusi, mistõttu saavad mistahes põhiõiguste realiseerimisvõimalused piiramatult kesta vaid seni, kuni seejuures ei takistata mingi teise põhiõiguse realiseerimist⁴⁴. Välismaalase kinnipidamine on üldjuhul õiguskorra tagamise eesmärki täitev. PS § 11 kohaselt peavad aga piirangud põhiõigustele (mh liikumisvabadus, isikuvabadus) olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud. Sellest lähtub meetme vältimatu vajaduse hindamise kohustus ja ühtlasi ka meetme proportsionaalsuse printsiip. Kinnipidamise vältimatu vajaduse hindamisel peaks lähtuma PS-i pinnalt meetme sobivusest, vajalikkusest kitsamas tähenduses ja proportsionaalsusest kitsamas tähenduses ehk mõõdukusest⁴⁵. PS § 11 tulenev “vajalikkuse” nõue põhiõiguste riivamisel viitab proportsionaalsustesti vajalikkusele, sest vajalik ei saa olla eesmärgi saavutamiseks üldse sobiv meede (proportsionaalsustesti I aste) või eesmärk, mida saaks saavutada leebemate meetmetega (II aste) ja lisanduda võib veel mõõdukuse hindamise vajalikkus (III aste)⁴⁶. PS kõige olulisemaks osaks on seal sisalduvad aluspõhimõtted ja kuigi seadusest endast ei selgu aluspõhimõtete sisu, ei tohiks see olla takistuseks nende sisustamisel, mistõttu tuleks seaduspärase käitumise tagamiseks teostada proportsionaalsustest, et vabadusõiguse piiramine kinnipidamiskeskusesse paigutamisel oleks sobiv, vajalik ning mõõdukas⁴⁷. Samasugune põhimõte on Rootsi välismaalaste seaduses (edaspidi UtIL)⁴⁸, mille § 8 sätestab, et seadust tuleb igas olukorras tõlgendada sellisel viisil, mis piiraks igal üksikul juhul isiku õigusi vaid sellel määral, mis on vajalik. Samuti sätestab Soome välismaalaste seadus, et seaduse kohaldamisel ei tohi piirata välismaalaste õigusi rohkem, kui see on vajalik⁴⁹.

⁴⁴ Kalmo, H. Põhiseadus ja proportsionaalsus – kas pilvitu kooselu? Tartu: Juridica II/2013, lk 91.

⁴⁵ Alexy, R. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. Juridica, 2001, p 5.4.1.2.

⁴⁶ Kalmo, H. Põhiseadus ja proportsionaalsus – kas pilvitu kooselu? Tartu: Juridica II/2013, lk 80.

⁴⁷ Narits, R. Eesti põhiseaduse aluspõhimõtted omariikluse garantiiga. Tartu: Juridica I/2011, lk 3, 9.

⁴⁸ Svensk Författningssamling, Utlänningslag, (2005:716); 29.09.2005; 2013:648, 29.09.2005.

⁴⁹ Finsk Författningssamling, Utlänningslag, 30.4.2004/301; 205/2014, 01.05.2004, ptk 1 § 5.

1.1.1 Meetme sobivus

Sobivuse juures tuleb lähtuda põhimõttest, et põhiõiguse riive on PS-ga vastuolus, kui see ei sobi edendama riigi poolt seatud eesmärgi saavutamist⁵⁰. Kasutusele võetav vahend ehk kinnipidamine peab olema proportsionaalne taotletud eesmärgi suhtes. Naasmisdirektiivi p 13 seab samuti direktiivi põhimõtteks kohaldada proportsionaalsuse ja tulemuslikkuse põhimõtteid seoses võetud abinõude ja taotletud eesmärkidega. Artikkel 8 lg 4 täpsustab, et väljasaatmisel vastupanu avaldava kolmanda riigi kodaniku väljasaatmiseks viimase võimalusena sunnimeetmete kasutamisel peavad need meetmed olema proportsionaalsed ega mitte ületama mõistliku jõu piire. Punkt 16 täiendab, et väljasaatmise eesmärgil kinnipidamise kasutamisel tuleks piirata. Meetme proportsionaalsus taotletava eesmärgi suhtes on seega oluline naasmisdirektiivi põhimõte, et ei tekiks olukordi, kus põhiõiguste riive on põhjendamatult suur.

Kehtivas VSS-s puudub säte, mis kohustaks kinnipidamise üle otsustamisel lähtuma kasutamisele võetava sunnimeetme proportsionaalsusest vabadusõiguse riive seisukohalt. Uue VSS-i redaktsiooni § 15 lg-ga 1 kaasneb edaspidi otsene proportsionaalsuse hindamise nõue. Nimelt sätestab antud lõige, et välismaalast võib kinni pidada siis, kui kinnipidamine on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega ning seejuures tuleb arvestada igal üksikjuhtumil välismaalasega seotud olulisi asjaolusid. Sellest tulenevalt peavad kohtud edaspidi kinnipidamiseks loa andmisel analüüsima igakordselt meetme proportsionaalsust taotletava eesmärgi ehk väljasaatmise lõpuni viimise suhtes.

Välismaalase kinnipidamise proportsionaalsuse hindamine on samuti kohustuslik PS-i pinnalt. Kuna PS § 11 sätestab, et õigusi ja vabadusi tohib piirata ainult kooskõlas PS-ga ning need piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud, tuleneb just PS §-st 11 põhiseadusliku proportsionaalsuse ehk võrdelisuse põhimõte, mille kohaselt peab olema iga põhiõiguse riive kohane ehk sobiv, vajalik ja proportsionaalne kitsamas tähenduses. Põhiõiguse adressaadi abinõu on kohane ehk sobiv, kui ta vähemalt soodustab püstitatud eesmärgi saavutamist. Abinõud, mis ei soodusta taotletud eesmärgi saavutamist, on PS-ga vastuolus ja seega keelatud. Põhiõiguse adressaadi abinõu on vajalik, kui püstitatud eesmärki ei ole võimalik saavutada mõnel muul üksikisikut vähem rõhuval viisil vähemalt sama hästi. Kui on olemas abinõu, mis rõhub üksikisikut vähem, on aga eesmärgi saavutamiseks vähemalt sama efektiivne

⁵⁰ Alexy, *op.cit.*, p 5.4.1.2.

kui kõnealune abinõu, siis on viimane PS-ga vastuolus ja seega keelatud. Põhiõiguse adreassaadi abinõu on proportsionaalne kitsamas tähenduses, kui tema põhjused kaaluvad üles riivatud põhiõiguse. Seejuures kehtib reegel: mida intensiivsem on riive, seda mõjuvamad peavad olema seda õigustavad põhjused.⁵¹ Seetõttu tuleb kinnipidamise üle otsustamisel analüüsida, kas taotletav meede tagab isiku eduka riigist väljasaatmise.

Kui PS-s leidub kasvõi üksainus norm, millega konkreetne riive on vastuolus, siis on ta vastuolus kogu PS-ga ja seega keelatud. Kaitseala riive põhiseadusepärasuse tuvastamiseks tuleb riive õigustada. Põhiõiguse kaitseala riive õigustamise võib jaotada formaalõiguslikuks ja materiaalõiguslikuks astmeks. Kaitseala riive peab olema nii formaalselt kui ka materiaalselt PS-ga kooskõlas.⁵² Välismaalase lahkumiskohustuse sundtäitmiseks kinnipidamiskeskusse paigutamiseks on seega kohustuslik PS-i pinnalt piisaval määral põhjendada, et õigustada kasutusele võetava meetme sobivust.

Eesti kohtupraktikas on põhjendused kinnipidamiseks erinevad. Hinnatakse kinnipidamise vajaduse juures seda, kas isik on seaduskuulekas. Üheks aluseks on näiteks fakt, et isik on Eestisse saabunud ebaseaduslikult sooviga liikuda edasi teise riiki mida peetakse märgiks sellest, et välismaalane pole seadusekuulekas ning võib hakata väljasaatmismenetlusest kõrvale hoiduma, mistõttu on kinnipidamine vältimatult vajalik ning põhjendatud⁵³. Seetõttu toimub kohtumajades seaduskuulekuse analüüsimine läbi PS-i, et põhjendada kinnipidamise vajalikkust. Nimelt sätestab PS § 55, et Eestis viibivad teiste riikide kodanikud ja kodakondsuseta isikud on kohustatud järgima Eesti põhiseaduslikku korda. Õigusi ja vabadusi tohib piirata vastavalt PS §-le 10 vaid kooskõlas PS-ga. Küll aga annab PS § 55 kohustuse olla seaduskuulekas ning sellise seaduskuulekuse puudumine võimaldab põhiõiguste riivamist⁵⁴.

Proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt võivad üldreegli kitsendused olla vaid sellised, mis on vajalikud kitsenduse eesmärgi saavutamiseks. Sellest tulenevalt peavad karistused vastama rikkumise raskusele ja asjaoludele ning isikule pandud koormised või kohaldatav piirang ei või olla ülemäära raske ja samas vähese üldise tähtsusega.⁵⁵ PS nõuab iga üksikjuhtumi asjaolude

⁵¹ Eesti Vabariigi põhiseaduse ekspertiisi komisjoni lõpparuanne. Põhiseaduse analüüs. Justiitsministeerium. www.just.ee/10731 (18.04), p 4.3.2.2.

⁵² *Ibid.*, p 4.3.

⁵³ TlnHKm 01.10.2013, 3-13-2052, p 4.

⁵⁴ Alexy, *op.cit.*, p.4.2.2.2.

⁵⁵ Maruste, R. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja –vabaduste kaitse. Tallinn: 2004, lk 113.

eraldi hindamist, sest vabadusõiguse riive võib iga üksikisiku puhul olla erinev. Mis ühe välismaalase suhtes on proportsionaalne ei pruugi seda olla teise suhtes ning meetme proportsionaalsuse hindamine ning kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks loa andmisel tuleb kohtunikul lähemalt süüvida isikuga seotud asjaoludesse. Kinnipidamiseks loa andmisel peab seega kaasnema PS-st tulenevalt kohustuslik kaalutlusruum.

Kui vabaduse piiramise põhimõtteid on järgitud, siis ei ole tegemist põhiõiguste ja vabaduste rikkumisega, vaid õigustatud riivega. Ainult lubamatu põhiõiguste ja vabaduste riive on põhiõiguste ja vabaduste rikkumine.⁵⁶ Seetõttu on kinnipidamise proportsionaalsus isiku vabadusõiguse puutumatuses vajalik tingimus, et vältida meelevaldset vabaduse võtmist, millega võiks tekkida välismaalasele pöördumatu kahju. Nii PS kui ka naasmisdirektiiv toetavad seega seisukohta, et kinnipidamine peab olema viimane ja põhjendatud abinõu väljasaatmise tagamiseks. Kuigi VSS ei sätesta otsest vajadust kinnipidamise puhul hinnata meetme sobivust, tuleneb nimetatud kohustus otse PS-st. Alates oktoobrist 2014 muutub ka läbi VSS-i kohustuseks hinnata meetme proportsionaalsust taotletud eesmärgi suhtes, mis peaks ühtlustama kohtu praktikat kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks lubade andmisel.

1.1.2 Meetme mõõdukus

Meetme mõõdukuse juures tuleb lähtuda printsiibist, et mida intensiivsem on riive, seda kaalukamad peavad olema seda õigustavad põhjused⁵⁷. PS-i pinnalt nõuab meetme mõõdukuse hindamine kaalutlusotsust ning ühele kaalukaasile tuleb asetada puudutatud põhiõiguslik printsiip ja teisele need printsiibid, mis seisavad riikliku riive taga ning õigustavad seda⁵⁸. EIÕK art 5 lg 1 p f sätestab, et vabaduse võib võtta seaduslikul kinnipidamisel, vältimaks välismaalase loata sissesõitu riiki või et võtta meetmeid tema väljasaatmiseks. Seega ei nõua EIÕK otseselt, et kinnipidamine oleks vajalik nt põgenemise ärahoidmiseks, aga kinnipidamine on õigustatud, kui see on seaduslik ja seni kuni kestab väljasaatmismenetlus ning kuni seda viiakse läbi nõuetekohase hooldsusega⁵⁹.

⁵⁶ *Ibid.*, lk 245.

⁵⁷ Alexy, *op.cit.*, p 5.4.1.2.

⁵⁸ *Ibid.*, p 5.4.1.2.

⁵⁹ EIK 08.10.2009, 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 59.

Naasmisdirektiivis kesksel kohal on põgenemisoht, mis omab tähtsust nii vabatahtlikul lahkumisel, sissesõidukeelu määramise juures kui ka kinnipidamise otsustamisel. Seetõttu tuleb direktiivi tõlgendada nii, et siseriiklikus õiguses oleks objektiivsed kriteeriumid põgenemisohu tuvastamiseks, mis on liikmesriikide enda seada.⁶⁰ Põgenemisohu kriteeriumid saaks tuletada näiteks sissesõidukeelu kriteeriumidest⁶¹. Naasmisdirektiivi art 15 lg 1 kohaselt on kinnipidamine lubatav ja piisavalt põhjendatud eelkõige, kui esineb põgenemisoht või kui isik hoiab kõrvale väljasaatmisest või selle ettevalmistamisest või takistab seda. Tegemist on seega mitte ammendava loeteluga ning liikmesriigil on võimalus põgenemisohu hindamise kriteeriume laiendada.

Sama seisukohta tõendab naasmisdirektiivi art 3 p 7, mille kohaselt on põgenemise oht õigusaktides kehtestatud objektiivsetel kriteeriumitel rajanevate selliste põhjuste olemasolu üksikjuhul, mis annavad alust arvata, et kolmanda riigi kodanik, kelle suhtes kohaldatakse väljasaatmismenetlust, võib põgeneda. “Objektiivne kriteerium” on tegelikult eksisteeriv millegi üle otsustamise alus, mille olemasolu üksikjuhtumi juures hinnata⁶². Kahjuks on direktiivist aga välja jäänud põhimõte, et põgenemisoht ei teki direktiivi mõistes automaatselt olukorras, kus välismaalane on riiki saabunud ebaseaduslikult ning seetõttu teeb kogu direktiiviga ette nähtud eesmärgi täitmise problemaatiliseks põgenemisohu täpsustava definitsiooni puudumine⁶³. Liikmesriigid saavad ise luua kriteeriumid põgenemisohu tuvastamiseks, mille hulka võib kuuluda samuti ebaseadusliku riigipiiri ületamisega riiki illegaalselt saabumine. Kuigi naasmisdirektiivi art 4 lg 3 lubab, kas üle võtta või säilitada regulatsioon, mis on soodsamad kui naasmisdirektiivis sätestatu, ei ole sellest tulenevalt lubatud karmimate sätete seadmine⁶⁴. Liikmesriigid peaksid lähtuma naasmisdirektiivi eesmärkidest ka põgenemisohu sisustamisel mitte kasutama seda ära piiravamate sätete seadmiseks.

EIÕK-i ja naasmisdirektiivi pinnalt on põhjendused kinnipidamiseks:

- 1) loata sissesõidu takistamiseks või väljasaatmise teostamiseks;
- 2) kui esineb põgenemisoht;

⁶⁰ Statens Offentliga Utredningar. Återvändandedirektivet och svensk rätt. SOU 2009:60, Stockholm: 2009, www.regeringen.se/content/1/c6/12/83/10/f8348e55.pdf (18.04), lk 83.

⁶¹ *Ibid.*, lk 84.

⁶² Eesti Keele Sihtasutus. Eesti õigekeelsussõnaraamat ÕS 2013. Tallinn: 2013. www.eki.ee/dict/qs/ (18.04).

⁶³ Baldaccini, A. The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive, *European Journal of Migration and Law* 11: 2009, <http://heinonline.org> (05.04), lk 8, 13.

⁶⁴ EK eelotsusetaotlus 25.06.2011, C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi vs. Itaalia*, p 33.

3) kui välismaalane hoiab kõrvale väljasaatmisest või takistab selle lõpule viimist.

Kuigi naasmisdirektiiv lubab kinnipidamise mõjuvate põhjuste loetelu laiendada tuleb kohustuslikus korras kinnipidamiseks analüüsida põgenemisohtu. Kehtivas VSS-s ei ole kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks eraldi sätestatud tingimusi, sest kinnipidamiseks tuleks VSS-i pinnalt vaid hinnata, kas lahkumissetekirjutus on muutunud sundtäidetavaks ning ega ei esine aluseid välismaalase vabastamiseks. Nimelt sätestab VSS § 7³ lg 2, et sundtäidetav lahkumiskohustus täidetakse kinnipidamise ja väljasaatmise teel. VSS § 7² lg 2 nimetab aga, millal sundtäidetakse lahkumiskohustus koheselt ning punkti 8 kohaselt toimub see olukorras, kus on kahtlus, et välismaalane võib põgeneda või muul viisil hoida kõrvale väljasaatmise lõpule viimisest. Seega puuduvad otsesed hindamiskriteeriumid selles osas, millal esineb põgenemisoht ning seega ei ole kehtiv seadus kooskõlas naasmisdirektiiviga. Vastupidiselt kehtivale VSS-le sätestab näiteks Rootsi UtlL ptk 10 § 1 selgelt, et välismaalase kinnipidamine on lubatav vaid siis, kui on risk, et välismaalane teostab kriminaalseid tegusid riigis, võib põgeneda, hoiab kõrvale või takistab muul viisil väljasaatmise täideviimist⁶⁵.

Soome välismaalaste seaduse kohaselt võib alternatiivsete järelevalvemeetmete asemel isiku kinni pidada, kui arvesse võttes isiklikke ja muid asjaolusid on piisavalt alust arvata, et välismaalane võib kõrvale hoida või muul viisil takistada temaga seonduvat menetlust või kui on vajalik isiku identiteet kindlaks teha, sest see on ebaselge või on välismaalase isikut ja muid asjaolusid arvesse võttes põhjendatud alust arvata, et isik paneb riigis toime kuriteo⁶⁶. Samas võib isiku kinnipidada ebaselge identiteedi tõttu vaid siis, kui asja läbivaatamisel andis välismaalane ebausaldusväärset infot või keeldus andmast infot ning tema identiteeti ei ole võimalik tuvastada⁶⁷.

Kuna põgenemisohu hindamine on kehtivas VSS-s puudulik on uude VSS-i redaktsiooni lisatud põgenemisohu hindamise kohustus, mille § 15 kohaselt hinnatakse igal üksikjuhul välismaalase põgenemise ohtu. Samuti sätestab uue VSS-i redaktsiooni § 6⁸ ammendava loetelu olukordadest, millal esineb välismaalase põgenemisoht. Viimane esineb, kui:

- 1) välismaalane ei ole Eestist lahkunud pärast lahkumissetekirjutusega määratud lahkumiskohustuse vabatahtliku täitmise aega;

⁶⁵ Svensk Författningssamling, Utlänningslag, (2005:716); 29.09.2005; 2013:648, 29.09.2005.

⁶⁶ Finsk Författningssamling, Utlänningslag, 30.4.2004/301; 205/2014, 01.05.2004, ptk 7 § 121.

⁶⁷ *Ibid.*, ptk 7 § 121.

- 2) välismaalane on esitanud valeandmeid või võltsinud dokumendi Eestis viibimise aluse või selle pikendamise, Eesti kodakondsuse, rahvusvahelise kaitse või isiku tõendava dokumendi taotlemisel;
- 3) esineb kahtlus välismaalase isikusamasuses või tema kodakondsuses;
- 4) välismaalane on korduvalt toime pannud tahtlikke kuritegusid või toime pannud kuriteo, mille eest on talle mõistetud vangistus kestusega üle ühe aasta;
- 5) välismaalane ei ole järginud tema suhtes lahkumisettekirjutuse täitmise tagamiseks kohaldatud järelevalvemeetmeid;
- 6) välismaalane on PPA-le või Kaitsepolitseile teada andnud, et ei täida lahkumiskohustust;
- 7) välismaalane on sisenenud Eestisse tema suhtes kohaldatud sissesõidukeelu kehtivusaja jooksul;
- 8) välismaalane on kinni peetud Eesti välispiiri ebaseadusliku ületamise tõttu ning ta ei ole saanud luba või õigust Eestis viibida⁶⁸.

Seega on uue VSS-i redaktsioon seaduse tasandil kooskõlas naasmisdirektiivis sätestatuga ning välismaalase kinnipidamine on edaspidi võimalik vaid mõjuvate põhjuste olemasolul ehk kui on alust arvata, et välismaalane võib vastasel juhul põgeneda.

Rootsi UtIL sätestab, et kui seaduse rakendamisel hinnatakse, kas esineb põgenemisoht, siis lähtutakse järgnevast:

- 1) välismaalane on varasemalt hoidnud menetlusest kõrvale;
- 2) välismaalane on öelnud, et ta ei kavatse riigist lahkuda peale väljasaatmise otsustamist;
- 3) välismaalane on kasutanud valeidentiteeti;
- 4) välismaalane ei ole kaasa aidanud oma identiteedi väljaselgitamisel ja seeläbi on takistanud elamisloa taotluse läbi vaatamist;
- 5) välismaalane on teadlikult esitanud valeinfot või varjanud olulist teavet;
- 6) välismaalane on varasemalt rikkunud sissesõidukeeldu;
- 7) välismaalane on süüdi mõistetud kuriteos, mille eest on ette nähtud vabadusekaotus, või
- 8) on kohtu poolt välja saadetud rikkumiste tõttu⁶⁹.

⁶⁸ VSS. RT I, 15.03.2014. 98.

⁶⁹ Svensk Författningssamling, Utlänningslag, (2005:716); 29.09.2005; 2013:648, 29.09.2005, ptk 1 § 15.

Seega puudub Rootsi seadusandluses põgenemisohu määratluses põhjusena ebaseadusliku piiriületus, mida kasutatakse Eesti seadusandluses. Põgenemise ohu hindamisel on lisaks oluline lähtuda põhimõttest, et iga hinnangu andmisel tuleb lähtuda konkreetsest juhtumist. Näiteks mitte elamine kindlaks määratud kohas tingituna haiglaravile sattumisest on piisav alus, et mitte seda põgenemisohuna arvestada ja välismaalane kinnipidamiskeskusesse paigutada⁷⁰.

Põgenemise oht võib Soome välismaalaste seaduse kohaselt esineda siis, kui alternatiivseid järelevalvemeetmeid on rakendatud, kuid need on olnud ebapiisavad või kui välismaalane on vahetanud elukohta sellest ametiasutust teavitamata. Põgenemisohtu tuleb tuvastada eraldi iga isiku olukorda arvesse võttes.⁷¹ Seega lähtub Soome õiguspraktika sellest, et kinnipidamise põhjenduseks põgenemisohu läbi, peaks eelnevalt alternatiivsete meetmete kasutamine olema praktikas tõestanud end mitte piisavaks väljasaatmise tagamiseks. Soome õiguspraktikas on seega vaja tõendatud fakte ja ei piisa vaid hinnangust. Põgenemisohu esinemisele on riikidel erinevad tingimused ning Eestis esineb põgenemisoht VSS-i kohasel rohkematel juhtudel kui Soomes või Rootsis. Samas ei ole põgenemisohu laialdasem sisustamine vastuolus naasmisdirektiiviga, sest direktiiv annab liikmesriikidele vaba valiku määrata põgenemisohu objektiivsed kriteeriumid. Nende kriteeriumite seadmisel peaks aga lähtuma naasmisdirektiivi eesmärgist austada välismaalaste õigusi ning vähendada kinnipidamise rakendamist. Austus immigrantidest kinnipeetavate vabadusõiguse vastu ei tähenda, et neile peaks andma viibimisõiguse, kuid nad võiks panna kinnipidamiskeskuse asemel järelevalve alla⁷².

Problemaatiline on siinkohal ka see, kuidas hinnatakse põgenemise ohtu ja välismaalase kaasaaitamise kohustust, mis on aluseks isiku kinnipidamisele. Näiteks on Rootsi Migratsiooni Kohus analüüsinud, kuidas kaalutleda, millal on isiku kinnipidamine lubatud ning jõudnud seisukohale, et pelgalt asjaolu, et välismaalane ei soovi riigist lahkuda ei saa olla põhjuseks, miks isik paigutada kinnipidamiskeskusesse. Selline lähenemine tähendaks seda, et kaalutlemine iga juhtumi põhiselt kaotaks oma eesmärgi⁷³. Autor on samuti seisukohal, et liiga täpsete kriteeriumite seadmine võib võtta kogu protsessilt reaalse kaalutluse nagu näiteks automaatne põgenemisoht

⁷⁰ European Union Agency for fundamental rights. Detention of third-country nationals in return procedures. Luxembourg: 2010, lk 28.

⁷¹ Finsk Författningssamling, Utlänningslag, 30.4.2004/301; 205/2014, 01.05.2004, ptk 7 § 121 a.

⁷² Wilsher, D. The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control: International and constitutional law perspectives. *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge Journals: 2008, *journals.cambridge.org* (04.05), lk 934.

⁷³ Migrationsöverdomstolen. MIG 2008:23, 27.06.2008 www.rattsinfosok.dom.se (04.03).

ebaseadusliku riigipiiri ületamise tõttu. Uue VSS-i redaktsiooni § 6⁸ p 8 võimaldab lihtsasti põgenemisohu fikseerida ammendava loetelu alusel ja välismaalase kinnipidamiskeskusesse paigutada tingituna asjaolust, et välismaalane on kinni peetud Eesti välispiiri ebaseadusliku ületamise tõttu ning kui isikule pole antud luba ega õigust Eestis viibida. Seetõttu jääb põhimõtteliselt kehtima sarnane regulatsioon ning ebaseaduslikult piiri ületanud välismaalase näol on automaatselt tegemist põgenemisohuga, keda võib selle tõttu kinnipidamiskeskusesse paigutada. Uue redaktsiooni § 15 lg 1 tõlgendamisel võib jõuda seisukohani, et sellise põgenemisohu tuvastamine ei võimalda järelevalvemeetmeid tõhusalt kohaldada.

1.1.3 Vältimatu vajadus

Kinnipidamise vajalikkuse osas tuleb lähtuda põhimõttest, et põhiõiguse riive pole vajalik ja on seetõttu PS-ga vastuolus, kui on olemas mõni muu sobiv vahend, mis edendab sama hästi seadusandja poolt järgitud eesmärgi saavutamist, kuid riivab põhiõigust vähem intensiivselt⁷⁴. Seetõttu tuleneb PS-st kohustus kaaluda leebemate meetmete kasutamise võimalikkust kuna kinnipidamiskeskusesse paigutamine on üks põhiõigusi riivavamaid haldussunni rakendamise meetmeid. Samuti tuleb PS-ga kooskõla hindamisel arvestada kohustuse iseloomu ning seda, kas selle rakendamiseks ehk tagamiseks kinnipidamise teel on kohene vajadus ja kas taotletavat eesmärki on võimalik saavutada ka muul viisil⁷⁵. Kinnipidamise proportsionaalsuse hindamine on seega vahetult seotud alternatiivsete meetmetega. Kui eesmärgi saavutamiseks on võimalik kasutada leebemaid meetmeid, siis tuleks seda teha, et põhiõiguste riive oleks võimalikult väike. Kuna kinnipidamine on raske meede, siis on see õigustatud vaid viimase võimalusena ehk kui see on vältimatult vajalik ning vaid siis, kui kergemate meetmete kasutusele võtmist on kaalutud ja leitud olevat ebapiisavad, et kaitsta isikut ning avalikku huvi⁷⁶.

Naasmisdirektiiviga üritatakse eelkõige soodustada vabatahtlikku lahkumist. Direktiivi p-s 10 on eraldi rõhutatud, et sunniviisilisele tagasisaatmisele tuleks eelistada vabatahtlikku tagasipöördumist, kui ei ole põhjust arvata, et see kahjustaks tagasisaatmiskorra eesmärki. Seetõttu ei tähenda ebaseaduslikult riigis viibimisalusetu viibiva välismaalase riigist väljasaatmine automaatselt kinnipidamiskeskusesse paigutamist väljasaatmise lõpuni viimiseks. Direktiivi art 7

⁷⁴ Alexy, *op.cit.*, p 5.4.1.2.

⁷⁵ Eesti Vabariigi Kolk, M., Maruste, R. PS § 20 – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012, lk 264.

⁷⁶ EIKo 29.02.2012, 30954/05, *Beiere vs. Leedu*, p 46.

lg 3 lubab kehtestada vabatahtliku lahkumise tähtaja jooksul teatavaid kohustusi eesmärgiga vältida põgenemise ohtu näiteks korrapärase ilmumise kohutusega ametiasutustesse, piisava rahalise tagatise määramisega, dokumentide loovutamise või kohustusega viibida kindlaksmääratud kohas. Seetõttu on naasmisdirektiivist lähtudes leebemate sunnimeetmete rakendamine seotud vabatahtliku lahkumisega.

Naasmisdirektiivi punkt 16 põhimõtte kohaselt on kinnipidamine õigustatud muuhulgas vaid siis, kui leebemate sunnimeetmete võtmine ei oleks piisav. Samuti lisab art 15 lg 1, et kinnipidamine saab aset leida vaid siis, kui leebemaid sunnimeetmeid ei saa konkreetsel juhul tulemuslikult kohaldada. Seetõttu on kohustuslik analüüsida, kas leebemate meetmete kasutamine oleks üksikjuhtumi puhul võimalik. Samas sätestab naasmisdirektiivi art 8 lg 1, et tuleb võtta kõik vajalikud meetmed tagasisaatmisotsuse täitmiseks juhul, kui vabatahtliku lahkumise tähtaega ei ole määratud või pole lahkumisettekirjutust vabatahtlikult täidetud. Seetõttu on ühelt poolt riigi kohustus viia edukalt lõpuni välismaalase väljasaatmine, aga teisest küljest saab kinnipidamist rakendada vaid viimase abinõuna kui teised alternatiivid ei tagaks edukat väljasaatmist. Muude leebemate meetmete kasutamise hindamise võimalikkus on seega ühetaoline nii naasmisdirektiivi kui ka PS-i pinnalt. EIÕK art 5 lg 1 p f aga ei nõua, et kinnipidamine oleks otseselt vajalik nt põgenemise ära hoidmiseks, aga kinnipidamine on õigustatud seni kuni kestab väljasaatmismenetlus ning kuni seda viiakse läbi nõuetekohase hooldsusega⁷⁷.

Naasmisdirektiiv art 7 lg 3 nimetab põgenemisohu vältimiseks võimalike meetmetena korrapäraselt ilmumist ametiasutusse, piisava rahalise tagatise määramist, dokumentide loovutamist ja kohustust viibida kindlaksmääratud kohas. Kinnipidamine peaks kõne alla tulema alles siis, kui kõik teised võimalikud alternatiivid on täielikult analüüsitud. Alternatiivsete meetmetena kinnipidamisele võiks olla ka kautsjoni seadmine, elektroonilise jälitusseadme paigaldamine, hoolekandja määramine jne⁷⁸. Kautsjoni tasumine on väga harva kasutuses just seetõttu, et see eeldab rahaliste vahendite piisavat olemasolu, mida kolmanda riigi kodanikel üldjuhul napib. Suurbritannias kasutatakse seetõttu välismaalaste kautsjoni määramise puhul sümboolset summat nagu näiteks £ 5, mis on kolmanda riigi kodanikele suur summa ning seetõttu oma eesmärgi

⁷⁷ EIK 08.10.2009, 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 59.

⁷⁸ European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe. Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration. 04.13. www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_ENG.pdf (18.04), lk 140.

täitev⁷⁹. Jälgimisseadme kasutamine on aga leebematest järelevalvemeetmetest kõige intensiivsem ja seetõttu peaks sellise alternatiivi kasutamine olema vältimatult vajalik nagu Taanis, kus see on lubatud siis, kui väljasaadetav on teistest leebematest meetmetest korduvalt üle astunud⁸⁰.

Kehtiv VSS ei pane kohustuseks hinnata alternatiivsete ehk leebemate järelevalvemeetmete kasutamise võimalikkust. Küll aga nõuab seda uus VSS-i redaktsioon, mis viib Eesti seadusandluse kooskõlla naasmisdirektiivis sätestatuga. Edaspidi võib välismaalast kinnipidamiskeskusesse paigutada vaid juhul, kui järelevalvemeetmeid ei ole võimalik tõhusalt kohaldada (VSS § 15 lg 1). Samas on haldusorganil kohustus hinnata järelevalvemeetme proportsionaalsust⁸¹. Väljasaatmise eesmärgil rakendatavad järelevalve meetmed sätestab VSS § 10, mis jäävad samaks ka peale uue redaktsiooni jõustumist. Samas peaks järelevalvemeetmete kasutamine kinnipidamise asemel olema soodsam nii riigile kui ka väljasaadetavale, sest uuringud näitavad, et järelevalvemeetmete kasutamine on palju soodsam kinnipidamisega võrreldes⁸².

VSS § 10 lg 1 kohaselt võib PPA ettekirjutuse täitmise tagamiseks kohustada väljasaadetavat järgima järelevalvemeetmeid ning tasuma sunniraha. Lõige 2 nimetab Eestis lubatud alternatiivsed meetmed:

- 1) elamine kindlaksmääratud elukohas;
- 2) ilmumine määratud ajavahemike järel PPA registreerimisele;
- 3) ilmumine PPA ettekirjutuse täitmist tagavate asjaolude selgitamisele;
- 4) PPA teavitamine oma elukohavahetusest või elukohast pikemast eemal viibimisest;
- 5) PPA teavitamine perekonnaseisu muutumisest;
- 6) välisriigi reisidokumendi hoiule andmine.

Eesti alternatiivid kinnipidamisele 2010. aastal olid kindlas elukohas viibimine ja regulaarne informeerimine oma asukohast nagu ka Rootsi puhul. Puudusid aga alternatiivid nagu kohustus

⁷⁹ European Union Agency for fundamental rights. Detention of third-country nationals in return procedures. Luxembourg: 2010, lk 50.

⁸⁰ European Union Agency for fundamental rights. Detention of third-country nationals in return procedures. Luxembourg: 2010, lk 51.

⁸¹ IOM esindus Eestis. Eesti tagasipöördumissüsteemi kaardistamine, 2011. www.iom.ee/varre/failid/File/VARRE_2011.pdf (02.04), lk 10.

⁸² European Council on Refugees and Exiles. Information Note on the directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 dec 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. CO7/1/2009/Ext/MDM www.ecre.org/component/downloads/downloads/158.html (18.04), lk 21.

anda hoiule oma reisidokumendid, kautsjoni määramine või jälgimisseade.⁸³ Nüüdseks on lisandunud võimalus kasutada välisriigi reisidokumendi hoiule andmist. Sellest võib järeldada, et eelkõige on leebemad meetmed ette nähtud olukorras, kus isik on juba ennast sisse seadnud Eestis ning omab vähemalt alalist elukohta.

Passi või reisidokumentide hoiule andmine on meede, mida saab kasutada koos teiste alternatiivsete järelevalvemeetmetega ning mis on leebe meede, kuid kindlustab selle, et isiku dokumendid ei kaoks ega hävitataks väljasaatmismenetluse käigus. Elamine kindlaksmääratud elukohas tähendab eelkõige seda, et välismaalane on kohustatud olema kindlal aadressil või geograafilises piirkonnas, millega tihti kaasneb raporteerimise kohustus. Sellised elukohad võivad olla avatud või pool-avatud hooned, mida juhitakse valitsuse poolt, hotellid või samuti aadress, mis on välismaalase enda poolt nimetatud. Puudumine sellelt kindlaksmääratud elukohast on lubatav vaid mõjuval põhjusel.⁸⁴

Sunniraha tasumise võimalikkuse sätestab samuti Soome välismaalaste seadus, mille kohaselt teatud kohustuste rikkumine nagu ebaseaduslikult riiki saabumine ilma elamisõigust taotlemata, kohustuslikuks pandud ametiasutusse regulaarselt ilmumise täitmata jätmine, oma asukohast ametiasutustele mitte teatamine võib kaasa tuua trahvi tasumise kohustuse⁸⁵. Alternatiivsete vahenditena on Soomes kasutusel seega sunniraha, kohustus teatud aegadel ametiasutusse ilmuda, anda oma reisidokumendid hoiule, ametiasutusele oma asukoha teatamine ning kautsjoni tasumine⁸⁶.

Rootsi välismaalaste seadus sätestab, et väljasaadetava võib kinnipidamise asemel panna järelevalve alla ning järelevalveks on välismaalase kohustus teatud aegadel migratsiooniametisse või politseisse ilmuda ja samuti välismaalase kohustus anda hoiule oma pass või muu isikut tõendav dokument⁸⁷. Kuigi otseselt Rootsi UtL ei sätesta leebemate meetmete kasutamise hindamiskohustust, siis selle kohustuse täitmise tagavad ptk 1 § 8 ja ptk 10 § 6, mille kohaselt tohib välismaalase õigusi piirata igal üksikjuhtumil vaid sellisel määral, mis on vajalik ning

⁸³ European Union Agency for Fundamental Rights. Detention of third-country nationals in return procedures. Luxembourg 12.09, lk 52.

⁸⁴ *Ibid.*, lk 49.

⁸⁵ Finsk Författningssamling, Utlänningslag, 30.4.2004/301; 205/2014, 01.05.2004, ptk 12 § 185.

⁸⁶ *Ibid.*, ptk 7 § 118-120.

⁸⁷ Svensk Författningssamling, Utlänningslag, (2005:716); 29.09.2005; 2013:648, 29.09.2005, ptk 10 § 6, 8.

kinnipidamine ja kinnipidamiskeskusesse paigutamine on lubatav vaid siis, kui esineb põgenemise oht, kui välismaalane hoiab kõrvale väljasaatmisest, takistab väljasaatmise läbiviimist või paneb riigis toime seaduserikkumisi. Samas on põgenemisoht eraldi objektiivsete kriteeriumitega täpsustatud⁸⁸.

VSS § 10 on eelkõige ettekirjutuse täitmise tagamise eesmärki teenivate vahendite ammendav loetelu. Samas on võimalik kohaldada mitut sunnimeedet üheaegselt⁸⁹. Küsimus tekib aga sellest, kas kehtiv seadus üldse lubab rakendada järelevalvemeetmeid olukorras, kus välismaalase väljasaatmine on muutunud sundtäidetavaks. Nimelt sätestab VSS § 7³ lg 2, et välismaalase lahkumiskohustus sundtäidetakse tema kinnipidamise ja Eestist väljasaatmise teel ning nt ebaseadusliku riigipiiri ületamisega Eestisse saabunud viibimisalusega välismaalasele tehakse koheselt sundtäidetav lahkumisettekirjutus. Seega on järelevalvemeetmete rakendamise aluseks eelkõige lahkumiskohustuse vabatahtliku täitmise tähtaja määramine, mille täitmise tagamiseks antud meetmed on rakendatavad. Alternatiivsete meetmete kasutamine sundtäitmise juures tuleks kõne alla olukorras, kus väljasaatmist ei ole õnnestunud lõpuni viia 48 tunni jooksul (VSS § 18 lg 1) ja VSS § 23 lg 1 kohaselt hindab halduskohus, kas anda väljasaadetava väljasaatmiseks luba kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks.

Kehtivas VSS-s puudub põhimõte, et kinnipidamisele tuleks eelistada leebemaid sunnimeetmeid. Samas on RKHK selgitanud, et kuna VSS siiski võimaldaks kasutada alternatiivseid meetmeid kinnipidamisele, tuleks taotluses esitada kaalutlused, miks sunniraha või järelevalvemeetmete kasutamine ei ole otstarbekas ja miks on vaja isik siiski paigutada kinnipidamiskeskusesse⁹⁰. Kuigi kehtiv VSS ei ole alternatiivsete järelevalvemeetmete hindamise osas kooskõlas naasmisdirektiiviga on RK praktika lähtunud EL-i õigusest ning halduskohtunik peaks nõudma PPA-lt selgitusi, miks antud juhul ei ole leebemate sunnimeetmete kasutamine võimalik. Käesoleval hetkel ei kasutata enamuses juhtudel VSS-s otsese tingimuse puudumise tõttu kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks loa andmisel alternatiivide kasutamise võimalikkust (lähemalt peatükis 2). Vaid TlnHK Tallinna kohtumaja hindab alternatiivsete meetmete võimalust kinnipidamisele läbi PS § 20 lg 2 p 6, sest iga põhiõiguste riive peab olema minimaalne, vajalik

⁸⁸ Svensk Författningssamling, Utlänningslag, (2005:716); 29.09.2005; 2013:648, 29.09.2005.

⁸⁹ IOM esindus Eestis, Eesti tagasipöördumissüsteemi kaardistamine, 2011.

www.iom.ee/varre/failid/File/VARRE_2011.pdf (02.04), lk 11.

⁹⁰ RKHKo 03.04.2008, 3-3-1-96-07, p 19.

ning proportsionaalne. Seega tuleb vabadusõiguse piiramist põhjendada muu hulgas sellega, et leebemate meetmete kasutuselevõtt ei ole antud juhul võimalik.

VSS-i uue redaktsiooni § 15 muudab tunduvalt varasemat lähenemist väljasaatmise sundmenetluse, kus puudus otseselt kohustus hinnata alternatiivsete meetmete kasutamise võimalikkust. Alates oktoobrist 2014 sätestab VSS § 15 lg 1, et välismaalast võib kinni pidada vaid siis, kui seaduses sätestatud järelevalvemeetmeid ei ole võimalik tõhusalt kohaldada ning eelkõige olukorras, kus esineb lõike 2 kohaselt põgenemisoht, välismaalane ei täida kaasaaitamiskohustust või kui välismaalasel puuduvad tagasipöördumiseks vajalikud dokumendid või nende hankimine viibib vastu võtvast või transiitriigist. Lisaks paneb uus redaktsioon kohustuse, et kinnipidamine peab olema kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega ning arvestada tuleb igal üksikjuhtumil välismaalasega seotud olulisi asjaolusid k.a leebemad järelevalvemeetmed peavad olema proportsionaalsuse testi läbinud. Sellega lahendatakse vastuolu naasmisdirektiivi art 15 lg-ga 1, mis sätestab, et kinnipidamine väljasaatmise eesmärgil on lubatud vaid peale seda, kui teisi vähem piiravaid meetmeid ei ole õnnestunud efektiivselt kasutada. Edaspidi muutub sellega seoses viis, kuidas kinnipidamist otsustatakse ja tekib otsene kohustus põhjendada, miks muid alternatiivseid sunnimeetmeid ei saa igal üksikjuhul tulemuslikult kasutada.

Alternatiivsete sunnimeetmete kasutamise võimalikkuse üle otsustamisel on Eesti kohtupraktikas oluline isiku põgenemise oht ja väljasaatmismenetlusest kõrvale hoidmist hinnata. Näiteks uuritakse välismaalase varasemat käitumist. Kui isik on Eestisse saabunud ebaseaduslikult sooviga liikuda edasi teise riiki on see märk sellest, et välismaalane pole seadusekuulekas ning võib hakata väljasaatmismenetlusest kõrvale hoiduma⁹¹. Samadel alustel põhjendatakse ka asjaolu, miks VSS §-s 10 loetletud leebemate meetmete kasutusele võtmine ei ole võimalik⁹². Kuigi hinnatakse, kas leebemaid meetmeid poleks otstarbekam kasutada on praktika liikunud kinnipidamise vajaduse põhjendamisel selleni, et riiki ebaseaduslikult saabumine on juba piisav alus, miks isik kinnipidamiskeskusesse paigutada ja alternatiivsed meetmed rakendamata jätta⁹³. Nimelt hindab Tallinna HK kohtumaja ebaseaduslikult riiki saabumisel automaatselt, et sellega kaasneb põgenemise oht ja seetõttu leebemate meetmete kasutamine ei ole võimalik⁹⁴. Seetõttu võib

⁹¹ TlnHKm 01.10.2013, 3-13-2052, p 4.

⁹² TlnHKm 13.09.2013, 3-13-1908, p 8.

⁹³ TlnHKm 23.11.2012, 3-12-2461, p 4.

⁹⁴ TlnHKm12.09.2013, 3-13-1887, p 7.

eeldada, et ka peale uute VSS-i sätete jõustumist jääb kehtima sarnane olukord, kus põgenemisohu tõttu, seadusjärgselt näiteks riigipiiri ebaseadusliku ületamisega on järelevalvemeetmete mitte kasutamine põhjendatud, kuigi peaks suuremat kaalu panema isiku konkreetse olukorra hindamisele ning lähtuma vältimatu vajaduse printsiibist. Kuigi kinnipidamine võib tunduda kõige efektiivsem abinõu on uuringud näidanud seost teatud alternatiivsete meetmete ning vabatahtliku lahkumise vahel, mille tulemuseks on koostöö lausa kuni 90% ulatuses, kui välismaalased on antud kohase järelevalve alla⁹⁵. Seetõttu ei ole kinnipidamine ainuke efektiivne meede ning uuringud tõestavad just sellele vastupidist.

Oluline kinnipidamise vältimatu vajaduse hindamise juures on ka isiku sidemete analüüsimine Eestiga. Kohtupraktikast võib järeldada, et alternatiivsete järelevalvemeetmete kasutamine ei ole kasutatav meede, kui isikul puuduvad Eestis elukoht, töökoht ning lähedased isikud ehk eelneva puudumine on aluseks põgenemisohu tuvastamisele ja põhjus järelevalvemeetmete mitte kasutamiseks⁹⁶. Lisaks on kaalutlusi, mis vältimatu vajaduse hindamisel võtavad aluseks väljasaatmismenetluse takistamise aspekti. Uute sätete jõustumise järgselt on põgenemisohu esinemiseks kaasaaitamiskohustuse mitte täitmine, mis annaks aluse välismaalane kinni pidada. Kehtivale regulatsioonile tuginedes on kohus seisukohal, et kinnipidamine on õigustatud, kui isik on riiki ebaseaduslikult sisenenud võltsitud dokumentidega⁹⁷. Peale võltsitud dokumentide on kinnipidamise vajadus õigustatud ka siis, kui ebaseaduslikult riiki saabunud välismaalane on kas eksimusest või tahtlikult politseile jaganud väärinfot oma viisa kehtivuse kohta ning tal puudub Eestis elukoht⁹⁸.

Kohtu määrustes nimetatakse selgelt, et välismaalane peaks tõendama oma perekondlikke ja muid lähedasi sotsiaalseid sidemeid Eestis, mis välistaks kinnipidamiskeskusesse paigutamise⁹⁹. Seetõttu on need halduskohtud, mis hindavad alternatiivsete meetmete kasutamise võimalikkust, võtnud kindla positsiooni, et leebemate järelevalvemeetmete kasutamine ei ole võimalik olukorras, kus isik on ebaseaduslikult riiki saabunud ja tal ei ole sotsiaalseid sidemeid ega elamispinda Eestis. Kohtu seisukohast ei ole otstarbekas rakendada leebemaid meetmeid, sest isik ei ole teinud aastaid

⁹⁵ Edwards, A., Türk, V. Introductory Note on the Summary Conclusions of the Global Roundtable on Alternatives to Immigration Detention. *International Journal of Refugee Law* vol 23 2011. <http://rsq.oxfordjournals.org> (19.04), lk 874.

⁹⁶ TlnHKm 12.09.2013, 3-13-1887, p 7.

⁹⁷ TlnHKm 07.12.2012, 3-12-2566.

⁹⁸ TlnHKm 25.03.2013, 3-13-657, p 4.

⁹⁹ TlnHKm 22.11.2012, 3-12-2439, p 5.

midagi, et enda viibimist seadustada ning väljasaatmisest kõrvale hoidumine tähendaks raha- ja ajakulu riigile¹⁰⁰. Käesoleva uurimustöö autor on seisukohal, et uue VSS-i redaktsiooni § 6⁸ p-ga 8 on lihtsustatud välismaalase kinnipidamiskeskusesse paigutamine, sest põgenemisoht on automaatselt tuvastatud ning seega kinnipidamiskeskusesse paigutamine õigustatud, kui välismaalane on kinni peetud Eesti välispiiri ebaseadusliku ületamise tõttu. Kuigi kinnipidamine on lubatud vaid lähtudes VSS § 15 lg-st 2 kui leebemaid meetmeid ei saa tulemuslikult kohaldada ja lähtutud peab olema ka lg-s 1 nimetatud proportsionaalsuse põhimõttest, siis arvestades Eesti kohtupraktika tõlgendusi järgneb automaatselt kinnipidamine. Nimelt ei saa kohtute seisukohalt sellisele välismaalasele pakkuda alternatiive, sest tal puuduvad Eestis sidemed ning elamispiind. Seetõttu võib tekkida olukord, kus ebaselgus või liiga üldised kriteeriumid selles osas, millal võiks pidada järelevalvemeetmete kasutamist ebapiisavaks meetmeks, tingib liiga kergekäelise kinnipidamise.

Autori hinnangul võiks alternatiivsete meetmete kasutamise võimalikkuse otsustamisel lähtuda pigem põhimõttest, mille kohaselt on kinnipidamine eelkõige lubatav sellises olukorras, kus välismaalane kujutab ohtu avalikule korrale ja riigi julgeolekule. Seetõttu tuleks kriitiliselt hinnata sellise ohu realiseerimise võimalikkust ning eelnevalt tuvastada, kas isikul on varasemaid rikkumisi ning anda objektiivne hinnang sellele, kas rikkumised võiksid esineda ka tulevikus. Arvestada võiks ka rikkumise iseloomu, et kinnipidamine oleks tõesti vältimatult vajalik. Selline hindamine aitaks välja selgitada, kas välismaalane oleks seaduskuulekas ning järgiks alternatiivseid järelevalvemeetmeid.

Alternatiivide kasutamine kinnipidamise asemel ei kuulu hindamisele vaid esmakordsel kinnipidamise üle otsustamisel, vaid seda tuleks hinnata korduvalt, sest alused, mis on tinginud kinnipidamise võivad ajas muutuda. Samuti võib kinnipidamine ajas muutuda ebaproportsionaalseks vahendiks isiku väljasaatmise tagamisel. Naasmisdirektiivi art 15 lg 4 on edukalt sisse viidud siseriiklikkusse õigusesse läbi VSS § 14 lg 4, mille kohaselt vabastatakse isik viivitamatult kui väljasaatmine ei ole enam mõistlik õiguslikel või muudel kaalutlustel. Seega tuleks samuti kinnipidamisaja pikendamisel hinnata vältimatut vajadust kinnipidamise edasiseks rakendamiseks ehk anda hinnang, kas teiste leebemate meetmete kasutamine oleks antud juhul otstarbekam kasutada.

¹⁰⁰ TlnHKm 20.12.2013, 3-13-2224, lk 2.

1.2 Perspektiivikus

EIK-i praktika on oma tõlgendustes suurendanud välismaalaste konventsiooniga tagatud õiguskaitset. Ühel korral on EIK tuvastanud ka Eesti puhul inimõiguste rikkumise perspektiivitu väljasaatmismenetlusega seoses, mille tõttu peeti välismaalast kinnipidamiskeskuses kinni ilma piisava põhjendusega¹⁰¹. Väljasaatmismenetluse perspektiivikus on otseselt seotud välismaalase kinnipidamise õiguspärasusega. EIK on märkinud, et kuigi art 5 lg 1 p f ei nõua otseselt kinnipidamise vajalikkust näiteks kuriteo toimepanemise või põgenemise ärahoidmiseks, siis lubatud on selline kinnipidamine ainult kuni kestab väljasaatmismenetlus. EIÕK tõlgendamise kohaselt ei ole kinnipidamise siseriiklikule õigusele vastavus oluline ning rikkumine võib esineda ka siis, kui väljasaatmine on siseriikliku õigusega kooskõlas. Oluline on kaitsta isikut omavoli eest, est igasugune omavoliline kinnipidamine on vastuolus EIÕK-ga.

Väljasaatmismenetlus tuleb läbi viia nõuetekohase hoolsusega, et seda pidada perspektiivikaks¹⁰². EIÕK § 5 lg 1 p f seab seega kolm nõudmist: a) kinnipidamist kohaldatakse vaid seoses väljasaatmisega b) kinnipidamine põhineb seadusel ja on seaduslik c) kinnipidamine ei tohi olla meelevaldne¹⁰³. „Meelevaldne“ EIÕK-i tähenduses on seadusliku aluse ja asjakohase kohtuliku kontrolli puudumine ning ka seaduslikul alusel toimuv, kuid ebaproportsionaalselt intensiivne vabaduse võtmine¹⁰⁴. Naasmisdirektiivi kohaselt nimelt ei piisa kinnipidamiseks vaid väljasaatmise asjaolust ning tuleb hinnata muu seas põgenemise ohtu ehk vältimatut vajadust. Seetõttu olukorras, kus EIÕK-ga on piisav põhiõiguste kaitse tagatud tuleb arvestada naasmisdirektiiviga seatud eraldi kitsendustega.

Kui ühest küljest on tuvastatud asjaolu, et välismaalasel puudub riigis viibimiseks seaduslik alus vastavalt VSS § 2 lg-le 1 ning lahkumiskohustus on sundtäidetav VSS § 7² lg-s 2 loetletud tingimustele tuginedes, siis kaasneb sellega VSS § 7³ lg-s 2 kirjeldatud tagajärg ehk isik peetakse kinni väljasaatmise eesmärgil. Pikema väljasaatmismenetluse korral paigutatakse välismaalane kinnipidamiskeskusesse (VSS § 23 lg 1). Teisest küljest kehtivad PS-i vabadusõiguse piiramisega tagatud kaalutusprintsüübid, milles tuleb otsuse tegemisel lähtuda. Lisaks eelnevale tuleb VSS §

¹⁰¹ EIK 08.10.2009, 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*.

¹⁰² *Ibid.*, lk 13-14.

¹⁰³ Extradition European standards. Strasbourg: 2006, lk 105.

¹⁰⁴ Kolk, M., Maruste, R. PS § 20 – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012, lk 258.

14 lg 4 p-st 2 tingimus, et väljasaatmist ei saa kohaldada, kui väljasaatmine kui protsess on muutunud võimatuks. Seega tuleb perspektiivikust siiski hinnata, sest kui väljasaatmismenetlusel puudub perspektiiv, langeb ära ka võimalus isiku kinnipidamiseks. Säte jääb samaks ka uue VSS-i redaktsiooni jõustumise järgselt, mistõttu on ka edaspidi kohustus hinnata kogu väljasaatmise menetluse tulemuslikkust, mis on kooskõlas EIÕK-i hoolsusnõudega. Kuna väljasaatmise perspektiivikus võib ajas muutuda tuleks seda hinnata korduvalt ka peale seda, kui välismaalane on juba kinnipidamiskeskusesse paigutatud. Naasmisdirektiiv rõhutab sama põhimõtet art 15 lg-ga 4, mis sätestab, et asjaolude ilmnemisel, mille tuginedes ei ole väljasaatmine enam mõistlik õiguslikel või muudel kaalutlustel või kui ei esine enam põgenemise ohtu ega menetlusest kõrvale hoidmist (leebemaid meetmeid saaks kasutusele võtta), siis tuleb välismaalane vabastada viivitamatult.

Riigikohtu seisukohtadele tuginedes on perspektiivitu väljasaatmise olukorrad ning isik tuleks vabastada muu hulgas kui:

- 1) Väljasaatmismenetlus on perspektiivikas, aga on ebaproportsionaalne sekkumine PS § 20 p-ga 6 kaitstud vabadusõigusesse;
- 2) Puudub vastu võttev riik;¹⁰⁵

Seaduse pinnalt lisanduvad veel:

- 3) VSS § 17¹ lg 1, kui vastu võtvas riigis langeks väljasaadetav osaks julmale, ebainimlikule või inimväarikust alandavale kohtlemisele või surmanuhtluse kohaldamisele;
- 4) VSS § 24 lg 1¹ maksimaalne kinnipidamisaeg ehk 18 kuud on täis saanud;
- 5) PS § 26 kohaselt liigne ehk ebaproportsionaalne sekkumine perekonna ja eraellu arvestades taotletava eesmärgi (perekond, eraelu kaalub üles avaliku huvi);

Kaaluda võiks ka järgmist:

- 6) Eelnevat PPA praktikat vastu võtva riigiga suhtlemisel;
- 7) Väljasaadetava Eestis viibimisaja pikkust;
- 8) Kas PPA on olnud piisavalt efektiivne ja hoolas väljasaatmismenetluse korraldamisel.

EIÕK art 5 lg 1 p f nõuab perspektiivikuse hindamist, sest vabaduse võtmine on õigustatud ainult nii kaua, kuni kestab väljasaatmismenetlus. Kui menetlust ei viida läbi nõuetekohase hoolsusega,

¹⁰⁵ RKHKo 13.11.2006, 3-1-45-06, p-d 11-12.

siis kaotab kinnipidamine oma lubatavuse ning on seega meelevaldne¹⁰⁶. Samuti sätestab naasmisdirektiivi art 15 lg 1, et iga kinnipidamine on võimalikult lühike ja see kestab ainult seni, kuni kestab väljasaatmise korraldamine, ning seda viiakse ellu nõuetekohase hoolsusega.

EIÕK-i seisukohalt on kinnipidamise õiguspärasus kohustusega järjepidevalt hinnata vabaduse võtmise seaduspärasust. Tuleb hinnata, kas endiselt eksisteerivad asjakohased ja piisavad alused, et jätkata kinnipidamist ehk kas menetlusel on perspektiivi. Seda seetõttu, et aja jooksul võib isiku tervis halveneda, risk põgenemiseks võib olla vähenenud nagu ka risk avalikule korrale ja julgeolekule võib olla kadunud.¹⁰⁷

Riigikohus on seisukohal, et inimväärikuse ja füüsilise vabaduse kaitse huvides tuleb juba pikaajalise elamisloa taotluse üle otsustamisel kaaluda isiku väljasaatmise perspektiive ning esitada elamisloa andmisest keeldumise korral põhjendused riigist väljasaatmise perspektiivikuse kohta. Kui kaalumise tulemusel selgub, et väljasaatmine on perspektiivitu, siis tuleb elamisluba anda, hoolimata sellest, et seadus lubab elamisloa anda üksnes erandkorras.¹⁰⁸ RK viitab perspektiivi olulisele tähtsusele inimväärikuse ja füüsilise vabaduse kaitse seisukohalt. Sellest tulenevalt peaks samuti kinnipidamiskeskuse paigutamise taotluse juures põhjendama kogu väljasaatmismenetluse perspektiivikust. Samuti on perspektiivikuse hindamine olulise tähtsusega kinnipidamise pikendamisel. EIÕK art 5 lg 1 seisukohalt peab kinnipidamise pikendamine olema vajalik kõiki asjaolusid silmas pidades ning seda selleks, et vältida põgenemist jms ohte avalikule korrale¹⁰⁹.

Naasmisdirektiivi art 4 lg 2 lubab sätestada välismaalase suhtes soodsamad meetmed. Näiteks sätestab art 6 lg 4, et igal ajal võib ebaseaduslikult riigis viibivale välismaalasele väljastada kaastundlikel, humanitaar- või muudel põhjustel sõltumatu elamisloa või muu loa riigis viibimiseks. Sellega ei väljastata tagasisaatmisotsust ja olemasolev lahkumisettekirjutus tühistatakse või peatatakse elamisloa või muu riigis viibimist lubava loa kehtivusajaks. Seega on perspektiivi kaotanud väljasaatmismenetluse korral isiku vabastamisel või tähtaja saabumisel võimalik isikule anda elamisõigus.

¹⁰⁶ EIK 08.10.2009, 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 59.

¹⁰⁷ *Murdock, op.cit.*, lk 90.

¹⁰⁸ RKHKo 16.10.2006, 3-3-1-53-06.

¹⁰⁹ Cline, D. Deprivation of Liberty: Has the European Court of Human Rights Recognised a "Public Safety" Exemption? *Merkourios* volume 29: 2013 <http://heinonline.org> (05.04), lk 32.

Kinnipidamisaja pikendamisel tuleb silmas pidada naasmisdirektiivi art 15 lg-t 5, mille kohaselt kestab kinnipidamine seni, kuni on täidetud tingimused, et on olemas põgenemisoht või väljasaadetav hoiab kõrvale tagasisaatmise ettevalmistamisest või väljasaatmisest või takistab menetlust ning vaid kuni see on vajalik eduka väljasaatmise tagamiseks. Kinnipidamiskeskuses võib kinnipidamisega pikendada naasmisdirektiivi art 15 lg 6 kohaselt vaid siis, kui mõistlikest jõupingutustest hoolimata on tõenäoline, et väljasaatmise viibimise põhjuseks on välismaalase koostöö puudumine või viibib kolmandatest riikidest vajalike dokumentide hankimine. Põhiline alus ja põhjendus Euroopas kinnipidamisele on aga välismaalasega koostöö puudumine¹¹⁰. Vastavalt naasmisdirektiivile tuleks seega hinnata, kas väljasaatmise organiseerimise eest vastutav ametiasutus on piisavalt intensiivselt väljasaatmisega tegelema, kas välismaalane ei tee koostööd, kas dokumentide hankimine viibib, et väljasaatmise perspektiiv tuvastada ning vältida ebamõistlikult pikka kinnipidamisega.

Sellest järeldub, et kinnipidamise aja pikendamisel tuleb lähtuda järgnevast, kas:

- 1) jätkuvalt on põgenemise oht või väljasaadetav takistab, hoiab kõrvale väljasaatmisest;
- 2) väljasaatmisel on endiselt perspektiivi;
- 3) väljasaatmine viibib välismaalase koostöö puudumise või kolmandatest riikidest dokumentide hankimise tõttu;
- 4) vastutav ametiasutus on piisava hoolsusega väljasaatmise korraldamisega tegelema;
- 5) sunnimeede pole liialt perekonnaelu ja isiku füüsilise puutumatusse õigust riivav.

Rootsi UtL ptk 10 § 9 kohaselt tuleb välismaalane koheselt vabastada või lõpetada järelevalvemeetmete kasutamine, kui selliseks otsuseks puuduvad alused¹¹¹. VSS § 24 lg-st 1¹, 2 või 3 tuleneb üheselt, et väljasaatmiskeskuses viibimise tähtaja pikendamise alus on see, kui kinnipidamiskeskuses kinnipidamise tähtaja jooksul ei ole võimalik väljasaatmist täide viia¹¹². Kinnipidamisaja pikendamine seetõttu, et vastu võtvast riigist dokumendid viibivad peaks olema taunitav, sest selline olukord ei ole välismaalasele endast tingitud¹¹³. Soome seadusandluse

¹¹⁰ O’Nions, H. No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience. *European Journal of Migration and Law*: 2008 <http://heinonline.org> (05.04), lk 155.

¹¹¹ Svensk Författningssamling, Utlänningslag, (2005:716); 29.09.2005; 2013:648, 29.09.2005.

¹¹² TlnHKm 15.03.2013, 3-12-2429, p 4.

¹¹³ European Council on Refugees and Exiles. Information Note on the directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 dec 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. CO7/1/2009/Ext/MDM www.ecre.org/component/downloads/downloads/158.html (18.04), lk 21.

kohaselt võib erandkonnas väljasaadetava kinnipidamisega pikendada kuni 12 kuuni, kui väljasaadetav ei tee koostööd, et väljasaatmise saaks lõpuni viia või kui vajalike dokumentide hankimine viibib kolmandast riigist ning sellel põhjusel on väljasaatmine viibinud¹¹⁴.

Direktiivi art 15 lg 6 lubab kinnipidamise aega pikendada vaid siis, kui välismaalane ei tee koostööd või viibib kolmandast riigist dokumentide hankimine. VSS § 24 lg 1¹ seab kinnipidamise piirmääraks 18 kuud, mis on direktiivi art 15 lg 6 kohaselt maksimaalne lubatud kinnipidamisega. Direktiivist nähtub, et kinnipidamise pikendamine on lubatav, kui hoolimata mõistlikest jõupingutustest on tõenäoline, et viibimine on tingitud kolmanda riigi kodaniku koostöö puudumisest või kolmandast riigist dokumentide hankimise viibimise tõttu. Seega on halduskohtul kohustus hinnata kinnipidamisaja pikendamise otsustamisel, kas PPA on väljasaatmist läbi viinud piisava hoolsusega ning kas kinnipidamine on seetõttu õigustatud. Samuti tuleb tuvastada asjaolu, et väljasaadetav ei tee koostööd ning kolmandast riigist dokumentide saabumine viibib. Nende tingimuste täitmata jätmise korral oleks kinnipidamine perspektiivitu ja seadusvastane. Samuti tuleb lähtuda direktiivi art 15 lg-s 4 sätestatust, mille kohaselt vabastatakse isik koheselt, kui ilmneb, et väljasaatmine ei ole enam mõistlik õiguslikel või muudel kaalutlustel ehk tuleb hinnata kogu protsessi perspektiivikust. Viimane nõue tähendab, et peab olema realselt võimalik isik välja saata ning põhjendused ei tohi olla pelgalt hüpoteetilised või teoreetilised vaid realistlikud¹¹⁵.

Halduskohtus lähtutakse perspektiivikuse hindamisel seisukohast, et vastu võtma kohustatud riigi poolse konkreetse vastuvõtmisest keeldumise puudumisel, puuduvad ühtlasi ka alused isiku vabastamiseks kinnipidamiskeskusest¹¹⁶. Samas võib ette tulla olukordi, kus vastu võtma kohustatud riigiga ei ole võimalik kontakti saada ning väljasaatmine viibib sellest tingituna, mis võib kokkuvõttes lõppeda olukorraga, kus vastu võttev riik puudub. Seetõttu oleks oluline ebamõistliku vabadusõiguse piiramise vältimiseks menetluse perspektiivikuse hindamisel lähtuda PPA varasemast praktikast vastu võtma kohustatud riigiga suhtlemisel, mis annaks lihtsamini võimaluse välja selgitada väljasaatmisprotsessi eeldatava ajalise kestuse ja üldise perspektiivi. Kui esmakordne kinnipidamiskeskusesse paigutamine kaheks kuuks võib väljasaatmiseks olla eesmärgipärane, siis kinnipidamise tähtaja pikendamisel on eriti oluline hinnata kogu menetluse perspektiivikust.

¹¹⁴ Finsk Författningssamling, Utlänningslag, 30.4.2004/301; 205/2014, 01.05.2004, ptk 7 § 127.

¹¹⁵ Mincheva, E. Case Report on Kadzoev, 30 November 2009, <http://heinonline.org> (02.04), lk 368.

¹¹⁶ TlnHKm 20.12.2013, 3-13-2224, lk 2.

Võimalik on olukord, kus väljasaatmine on perspektiivikas, kuid kinnipidamiskeskuses kinnipidamine on siiski ebaproportsionaalne sekkumine isikule põhiseaduse § 20 p-ga 6 kaitstud õigusesse. Kui halduskohtunik ei anna luba kinnipidamisaja pikendamiseks seetõttu, et väljasaatmismenetlus on perspektiivitu tuleks rakendada VSS § 14 lg 4 p 2 tehes seadustamisettekirjutus (VSS § 9) või lahendades elamisloataotlus isiku kasuks. RK on seisukohal, et juba tuvastatud perspektiivitu väljasaatmismenetluse korral ei ole õiguspärane jätkata lahkumissettekirjutusega ning kasutada muid järelevõtmemeetmeid.¹¹⁷ Seega on vabadusõigusega vastuolus olukord, kus isik perspektiivitu väljasaatmise tõttu vabastatakse, kuid tema suhtes kohaldatakse endiselt lahkumiskohustust ning järelevõtmemeetmete kasutamist. Isikule tuleb elamisluba anda kuigi VSS § 24 lg 5 sätestab, et kinnipidamiskeskusest vabastamine ei anna välismaalasele seaduslikku alust Eestis viibimiseks.

Kuna Eestis viibimine on seaduslik vaid viibimisaluse olemasolul, tuleks kaaluda isikule VMS § 125 kohaselt tähtajalise elamisloa andmist erandina, kuigi kehtiv VMS otseselt seda võimalust ette ei näe. Seega on isiku põhiõiguste kaitseks loomata regulatsioon, mis hoiaks ära isiku põhiõigusesse liigse sekkumise. Kui isikule ei anta elamisõigust on olukord, kus VSS § 2 lg 1 alusel puudub isikul seaduslik alus Eestis viibimiseks ning toimub seaduse rikkumine, mille tagajärjeks võiks mitmeid kordi olla VSS § 7 lg 1 kohaselt lahkumissettekirjutuse tegemine, sest viibimisalusetult Eestis viibimine on ebaseaduslik. Kuigi VSS § 14 lg 4 p 2 sätestab, et väljasaatmist ei kohaldata, kui väljasaatmine on muutunud võimatuks, ei ole seadusandluses otseselt reguleeritud, milline oleks edaspidine käitumine ja kuidas tuleks antud olukorras tegutseda, et tagada isiku õiguste piisavalt tõhus kaitse. Seadustamisettekirjutus ei tule kehtiva VSS-i alusel kõne alla, sest VSS § 9 lg 1 p-de 1-3 alusel on tegemist ettekirjutus taotleda kehtestatud korras elamisluba, aga selline võimalus on ette nähtud vaid välismaalasele, kes on eesti rahvusest (punkt 2) või on asunud elama Eestisse enne 1980. a 1. juulit, pole vahepeal Eestist lahkunud ja kellele elamisloa andmine ei kahjusta Eesti riigi huve (punkt 3). Seetõttu on seadustamisettekirjutus väljasaatmismenetluse lõpetamisel perspektiivituse tõttu võimalik vaid neile välismaalastele, kes on Eestis illegaalselt elanud üle 30 aasta.

EIK on Eesti suhtes tuvastanud konventsiooni artikli 5 lg 1 p f rikkumise, mille kohaselt oli väljasaatmismenetlus perspektiivitu, aga isiku kinnipidamist kohaldati siiski. Nähtub ka asjaolu, et kuigi isik kinnipidamiskeskusest vabastati, siis kehtis talle endiselt lahkumissettekirjutus, kuigi

¹¹⁷ RKHKo 13.11.2006, 3-1-45-06, p-d 10-12, 25.

väljasaatmismenetluse algusest oli möödunud aastaid ning kaalutlemisel oleks ilmnunud, et väljasaatmine on perspektiivitu.¹¹⁸ Seetõttu võib jõuda seisukohale, et Eesti kohtutes ei ole piisavalt täpset tõlgendust ja selgeid kriteeriume perspektiivitu väljasaatmismenetluse tuvastamisele. Vältimatu perspektiivitu väljasaatmise tingimus on aga VSS § 24 lg 1¹, mis seab ajalise piirmäära 18 kuud. Kui selle ajaperioodi jooksul ei ole õnnestunud välismaalast riigist välja saata on tegemist menetlusega, mida ei ole võimalik realiseerida ning välismaalane tuleb seega vabastada.

Perspektiivikuse hindamine on vajalik ka selleks, et vältida välismaalasele ebamõistlikku kahju tekkimist. Kinnipidamiskeskusesse paigutamine ei ole pelgalt vabadusõigust piirav vaid sellega kaasneb kohustus oma majutamise eest tasu maksta (VMS § 281 lg 2), kuigi kohtud ei pea seda aspekti oluliseks. Näiteks on ühes kohtu määruses selgitatud, et ööpäev kinnipidamiskeskuses on küll 14 eurot, aga see maksumus ei ole asjas oluline, ka nimetatud raha mittemaksmise korral ei kuuluks isik kinnipidamiskeskusest vabastamisele¹¹⁹. Isiku põhiõiguste tagamine riigist väljasaatmisel ning selleks haldussunni rakendamisel nõuab protsessi perspektiivikuse analüüsi, et vältida ebamõistlikku vabadusõiguse riivet ning moraalse- ja majandusliku kahju tekkimist. Kuna perspektiivikus võib ajas muutuda, siis tuleks seda pidevalt hinnata.

¹¹⁸ EIK 08.10.2009, 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, lk 15, p 67.

¹¹⁹ TlnHKm 02.03.2012, 3-12-231.

2 Eesti kohtupraktika

Antud peatükis uuritakse Eesti halduskohtute praktikat kinnipidamiseks loa andmise üle otsustamisel ning tuuakse välja eraldi iga kohtumaja väljakujunenud alused, mille hindamisel või tuvastamisel toimub kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks loa andmine või sellest keeldumine. Samuti tuuakse välja iga kohtumaja puudused kinnipidamise vältimatu vajaduse tuvastamisel vastavalt uurimustöö esimeses peatükis välja selgitatud kriteeriumitele.

PS § 14 sätestab õiguste ja vabaduste tagamise ka kui kohtute kohustuse. PS § 21 lg 2 kohaselt ei tohi kedagi vahi all pidada üle 48 tunni ilma kohtu sellekohase loata. Lisaks sätestab PS § 11, et õigusi ja vabadusi tohib piirata ainult kooskõlas PS-ga ning need piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud. Lisaks konkreetse valdkonna seaduse tõlgendamisele tuleb kohtul hinnata PS-i pinnalt meetme proportsionaalsust soovitud eesmärgi suhtes.

Välismaalase kinnipidamine on teatud juhtudel lubatav PS § 20 p-ga 6. Seda, kas vabaduse võtmine on kooskõlas PS § 20 tuleb hinnata üksikjuhtumi kaupa, igat kaasust eraldi hinnates ja kõiki asjaolusid arvestades. Lähtuda tuleb konkreetse isiku konkreetsest seisundist ning arvestada vabaduse võtmise liiki, kestust, mõju ja viisi. Mida olulisem on riivatav väärtus, seda kitsamalt tuleb tõlgendada sellesse sekkumise lubatavaid erandeid.¹²⁰ PS-i pinnalt tuleb riive õigustatuse osas esmalt tuvastada riive intensiivsus, mis võib olla kerge, keskmine või raske. Kahtlemata on vabaduse võtmine väljasaatmise tagamiseks raske meede ning kõige intensiivsem sekkumine isiku vabadusõigusesse, sest meetmega ei piirata vaid liikumisvabadust. Riive raskusastmele peab vastanduma sama intensiivsel tasemel põhjused riive õigustamiseks¹²¹.

Kui ühelt poolt tuleb hinnata kinnipidamist PS-i kontekstis, siis EL-ga ühinemisel muutus EL-i õigussüsteem Eesti õigussüsteemi lahutamatuks osaks ning sellest tulenevalt on kohtud kohustatud kohaldama EL-i õigust siseriikliku õiguse kõrvalt¹²². EL-i kohtusüsteemi osana mõistab kohus õigust ka kooskõlas EL-i õigusaktidega, millest osa on vahetult kohaldatavad, teine osa pole vahetult kohaldatavad, kuid neid tuleb arvesse võtta siseriikliku õiguste tõlgendamisel¹²³. PS § 3

¹²⁰ Maruste, R (2004), lk 353.

¹²¹ Alexy, *op.cit.*, p 5.4.1.2.

¹²² Lõhmus, U., Narits, R. PS § 146 – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012, lk 797.

¹²³ Lõhmus, U., Narits, R. PS § 146 – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012, lk 798.

kohaselt on rahvusvahelise õiguse normid Eesti õigussüsteemi lahutamatu osa ning PS § 146 kohaselt peab kohus olema sõltumatu ning mõistma kohut kooskõlas PS-i ja muude seadustega. Liikmesriigi kohtul on kohustus tagada EL-i õiguse võimalikult efektiivne realiseerimine ning EL-i õigus on liikmesriikide kohtutes ülimuslik¹²⁴.

Siseriiklikel kohtutel on kohustus kaitsta üksikisikute õigusi, mis tulenevad EL-i õigusest ning nad peavad tagama ühenduse õiguse sätete täieliku rakendamise. Iga liikmesriigi kohus, sõltumata selle siseriiklikust kompetentsist, on samaaegselt ühenduse üldjurisdiktsiooniga kohtuks ning selle pädevuses on rakendada kõiki ühenduse õigusnorme.¹²⁵ EL-i õigus peab olema primaarse tähtsusega ja seisma siseriiklikust õigusest kõrgemal, sest vastasel juhul kaoks kogu EL-i olemus ühtsusest ja EL ei saaks täita võetud kohustusi¹²⁶. Seetõttu peaks kohtud arvesse võtma naasmisdirektiivi kinnipidamiseks loa andmise taotluse läbi vaatamisel.

Naasmisdirektiivi art 15 lg 2 kohaselt otsustatakse kinnipidamine koos faktiliste ja õiguslike asjaolude esitamisega. Euroopa Liidu Põhiõiguste Ameti seisukohalt peavad kinnipidamiseks olema selged ja veenvad tõendid, mitte ainult väide kinnipidamise vajadusest igal individuaalsel juhul. Ei piisa ainult asjaolust, et välismaalane viibib riigis illegaalselt. Tuleb hinnata põgenemisohtu, aga objektiivsetele kriteeriumitele põhinedes.¹²⁷

Esimeses peatükis analüüsitud naasmisdirektiivi kriteeriumite põhjal peaks olema loodud olukord, kus väljasaatmisotsuse sundtäitmisel kinnipidamise teel hinnatakse vältimatut vajadust eelkõige kas:

- 1) Tegemist on kolmanda riigi kodanikuga, kes viibib liikmesriigis ebaseaduslikult;
- 2) Olemas on põgenemisoht või väljasaadetav takistab, hoiab kõrvale väljasaatmisest;
- 3) Esineb oht avalikule korrale, riigi julgeolekule, avalikule julgeolekule;
- 4) Leebemate meetmete kasutamine ei oleks piisav ning miks ehk kas kinnipidamiseks on olemas vältimatu vajadus;

¹²⁴ K, Merusk., I, Pilving. HKMS § 2. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013, lk 20.

¹²⁵ Taro, A. Euroopa Ühenduse õiguse rikkumisega tekitatud kahju. Ühenduse liikmesriigi vastutus. Tartu: Juridica III/2003, lk 170.

¹²⁶ Borchardt, *op.cit.*, lk 120.

¹²⁷ European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe. Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration. 04.13. www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_ENG.pdf (18.04), lk 148.

- 5) Kas väljasaatmismenetlusel on perspektiivi;
- 6) Kas võetav meede on proportsionaalne pereelu puutumatus, füüsilise puutumatus õiguse ning muude õiguste ning väljasaatmise eesmärgi suhtes.

Samuti tuleb kohtul lähtuda EIÕK-st. Kohustuslik on EIÕK-i seisukohalt igasuguse vabaduse võtmise puhul välja selgitada kinnipidamise seaduspärasus ning vajadusel vabastada isik, kui kinnipidamine on seadusvastane. Seetõttu peavad Eesti kohtud kinnipidamise seaduspärasuse üle otsustamisel hindama lisaks EIÕK-i ja EIK-i praktikast tulenevalt kinnipidamise õiguspärasust.

VSS § 23 lg 1 sätestab, et olukorras, kus väljasaatmist ei ole võimalik lõpuni viia neljakümne kaheksa tunni jooksul, paigutatakse väljasaadetav PPA taotlusel ja halduskohtuniku loal kinnipidamiskeskusesse kuni väljasaatmiseni. Samuti sätestab VSS § 25, et halduskohtuniku loal pikendatakse kinnipidamiskeskuses kinnipidamise aega. VSS § 26 lg 1 toimub kinnipidamiskeskusesse paigutamine ja kinnipidamise tähtaja pikendamine halduskohtumenetluse seadustiku (edaspidi HKMS)¹²⁸ haldustoiminguks loa andmise sätete järgi. Seega tuleb loa andmisel lähtuda HKMS §-st 264. Selle sätte kohaselt on oluline anda hinnang enne toiminguteostamist, sest kaalul on olulised põhiõigused ning tagantjärele vaidlustamine ei ole põhiõiguste tagamiseks piisav¹²⁹. HKMS § 264 lg 2 kohaselt on tõendamiskoormus taotluse esitajal ehk PPA-l, kes peab halduskohtule esitama motiveeritud taotluse isiku kinnipidamiseks. Kuigi HKMS § 264 lg-st 5 tulenevalt arutatakse kinnipidamiseks loa andmist kohtuistungil kohustuslikus korras, siis lõike 6 kohaselt ei takista menetlusosalise istungilt puudumine asja läbivaatamist. Seega vaadatakse loataotlus läbi igal juhul kui ka väljasaadetav ei osale istungil.

Halduskohtute ülesandeks on isikute õiguste kaitsmine haldusorgani poolt võimaliku õigusvastase tegevuse eest täidesaatva võimu teostamisel. Tulenevalt võimude lahususe ja tasakaalu ja õigusriigi põhimõtetest on see vältimatult vajalik funktsioon riigivõimu kuritarvitamise, omavoli ja väärhalduse tõkestamiseks ning seaduslikkuse tagamiseks. Eesmärgiks on seega kaitsta avalik-õiguslikes suhetes nõrgemat poolt.¹³⁰ Seda põhimõtet peaks halduskohtud eriti jälgima isiku kinnipidamiseks loa andmise otsustamise juures kuna küsimus puudutab isiku vabadusõigust. Näiteks ei pea iga kinnipidamiseks loa taotlemine alati lõppema, kas loa andmise või taotluse

¹²⁸ HKMS. I, 23.12.2013, 38.

¹²⁹ K, Merusk., I, Pilving. HKMS § 264. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013, lk 713.

¹³⁰ K, Merusk., I, Pilving. HKMS § 2. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013, lk 17.

tagasi lükkamisega. Võimalik on HKMS § 153 kohaselt PPA taotlusest loobumine või § 154 kohaselt ka kompromiss. Kompromissiks väljasaatmismenetluses võib olla taotlusest loobumine tingimusel, et väljasaadetav võtab endale teatud seadusele põhinevad kohustused ehk toimub haldusakti andmise asemel halduslepingu sõlmimine (nt kohustus järgida järelevalvemeetmeid)¹³¹.

Halduskohus teeb PPA taotlusel otsuse välismaalase kinnipidamiseks tulenevalt VSS § 23 lg-st 1 esmakordselt kuni kaheks kuuks, kui isikut ei ole võimalik välja saata neljakümne kaheksa tunni jooksul või VSS § 25 alusel pikendada viibimisaega kinnipidamiskeskuses kuni kahe kuu kaupa. Halduskohtu praktika kohaselt tuleks kinnipidamiskeskusesse paigutamise loa andmisest keelduda, kui isiku väljasaatmine näib perspektiivitu või kui väljasaatmise perspektiiv on küll olemas, kuid kinnipidamiskeskuses kinnipidamine on muudel põhjustel ebaoproportsionaalne sekkumine PS § 20 p-ga 6 kaitstud vabaduspõhiõigusesse¹³². Vastavalt kehtivale VSS-i redaktsioonile ja PS-le tuleks kinnipidamise otsustamisel hinnata järgmist, kas:

- 1) Tegemist on välismaalasega VSS § 1¹ mõistes, kellel puudub VSS § 2 lg 1 aluselt riigis viibimiseks seaduslik alus;
- 2) VSS § 14 lg 1 kohaselt on lahkumisettekirjutus muutunud sundtäidetavaks;
- 3) Puuduvad VSS § 14 tulenevad tingimused väljasaatmise mitte rakendamiseks ehk kas ettekirjutus on endiselt kehtiv, kas väljasaatmine ei ole muutunud võimatuks;
- 4) PS § 20 lg 2 p-ga 6 tagatud vabadusõiguse piirang kinnipidamisega on proportsionaalne meede;
- 5) Vajadusel hinnata PS § 26 õigust perekonnaelule ja tervislikku seisundit (PS § 28).

Enne kinnipidamiskeskusesse paigutamist tuleks seega hinnata välismaalase nii vaimset kui ka füüsilist tervist, et vältida tekkida võivat pöördumatut kahju. Sama põhimõtte võib tuletada ka naasmisdirektiivi art 5 p-st c, mis seab kohustuseks arvestada välismaalase tervislikku seisundit. Inimese tervislikku seisundit ei saa aga mõõta vaid hetkeseisundile tuginedes. Sellisest analüüsist võib tuleneda, et kinnipidamine ei ole antud isiku puhul üldse võimalik sunnivahend, sest ära tuleb hoida ebamõistlik kahju.

Eelnevale tuginedes puudub kehtivas seadusandluses otsene kohustus hinnata kinnipidamise vältimatut vajadust, alternatiivsete meetmete kasutamist, põgenemise ohtu jms, mis on

¹³¹ *Ibis.*, HKMS § 264, lk 716.

¹³² TlnHKm 30.12.2013, 3-13-70230, lk 3.

naasmisdirektiivi seisukohast oluline hinnata. HKMS § 2 lg 4 sätestab, et kohus tagab asja lahendamiseks oluliste asjaolude väljaselgitamise, kogudes vajaduse korral tõendeid ise või tehes nende esitamise kohustuseks menetlusosalistele. HKMS § 58 lg 3 kohaselt võib kohus nõuda menetlusosaliselt asja õigeks lahendamiseks vajalikud tõendid, kui need on esitamata või on ebapiisavad või kogub tõendeid ise. Samuti sätestab HKMS § 264 lg 2, et loa andmiseks võib halduskohus nõuda täiendavate tõendite ja selgituste andmist. Sellest tulenevalt oleks kohtunikul võimalus siiski nõuda vältimatu vajaduse ja põgenemise ohu hindamist kui ka alternatiivsete sunnimeetmete kasutamise võimatuse selgitamist. Naasmisdirektiivi art 15 lg 1 sätestab, et kui muud leebemad sunnimeetmeid ei ole konkreetsel juhul võimalik tulemuslikult kohaldada, võivad liikmesriigid kinni pidada ainult kolmanda riigi kodaniku, kelle suhtes kohaldatakse tagasisaatmismenetlust tagasisaatmise ettevalmistamiseks ja/või väljasaatmise läbiviimiseks, eelkõige kui:

- 1) on olemas põgenemise oht või
- 2) asjaomane kolmanda riigi kodanik hoiab kõrvale tagasisaatmise ettevalmistamisest või väljasaatmisest või takistab neid.

Vastavalt EK seisukohtadele tuleb lähtuda sellest, et tegemist on kinnipidamisaluste ammendava loeteluga¹³³. Lisaks peab iga kinnipidamine olema võimalikult lühike ja see kestab ainult seni, kuni kestab väljasaatmise korraldamine, ning see viiakse ellu nõuetekohase hoolsusega. Eelnevate tingimuste põhjal kinnipidamise hindamine on kehtiva VSS-i pinnalt seega puudulik, mistõttu ei ole naasmisdirektiivist tulenevalt kohustust hinnata kinnipidamise vältimatut vajadust. Küll aga saab selle tuletada PS-ga tagatud meetme proportsionaalsuse printsiibist. RK on võtnud seisukoha, et väljasaadetava kinnipidamiskeskusesse paigutamine ja seal viibimisaja pikendamine on halduskohtuniku kaalutusotsus ning kinnipidamiskeskuses kinnipidamise tähtaja pikendamata jätmise kohase materiaalõigusliku aluse puudumine VSS-s ei saa võtta halduskohtunikult kaalutusõigust¹³⁴. Seetõttu peab kohtunik kaalutusotsuse tegemisel nõudma PPA selgitusi, miks leebemaid sunnimeetmeid ei ole võimalik tulemuslikult kohaldada ning PPA-l peaks selles osas olema tõendamiskohustus. Kehtiv VSS ei ole seega kooskõlas naasmisdirektiiviga. Tingituna kohtuniku laialdasest kaalutusõigusest on aga vältimatu vajaduse hindamine siiski võimalik. Küsitav on see, kas seda võimalust Eesti kohtute praktikas kasutatakse.

¹³³ Mincheva, *op.cit.*, lk 370.

¹³⁴ RKHKo 13.11.2006, 3-1-45-06, p-d 10-12, 25.

VSS § 25 on tegelikult kaalutlusotsust võimaldav. Nimelt sätestab seadus, et halduskohus pikendab väljasaadetava kinnipidamiskeskuses kinnipidamise tähtaega ”kuni kahe kuu kaupa”. Seega peaks väljasaadetava kinnipidamiskeskusesse paigutamisel analüüsima ka seda, kas kinnipidamise vältimatu vajaduse puhul on vajalik pikendada kinnipidamist maksimaalsed kaks kuud või peaks piisama kinnipidamisest ka lühema perioodi jooksul. Seda eriti piiripealsetes olukordades, kus tuleb tagada, et põhiõiguste riive ei oleks ebaproportsionaalselt suur. Viimaste aastate kohtupraktikat analüüsides on selge, et selline kaalutlus põhimõtteliselt puudub¹³⁵. Mitme aasta kohtute praktikas esineb vaid üks määrus, kus kohtunik määras lühema kinnipidamisaja tingituna sellest, et väljasaadetavatel oli juba ise tagasisõiduks piletid ostetud ja seetõttu ei saanud väljasaatmist pidada raskendatuks ja pikemat aega nõudvaks¹³⁶. Selline ajalise piirangu kaalutlus oleks aga vajalik selleks, et tagada võimalikult efektiivne väljasaatmismenetlus ja PPA hoolsuskohustuse täitmine. Eriti peaks lühemat kinnipidamisega kaaluma kinnipidamise pikendamise taotluse läbi vaatamisel ning olukorras, kus PPA tõendid kinnipidamise põhjendamiseks ei ole piisavalt kaalukad või tõendatavad. Kuna kinnipidamiskeskuses viibimine on välismaalasele kulu, siis on kahju vältimiseks oluline tagada võimalikult efektiivne väljasaatmismenetlus. Juhul kui on selge, et väljasaatmiseks kuluv aeg on lühem kui kaks kuud, tuleks PPA hoolsuskohustuse tagamiseks kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks anda luba lühemaks tähtajaks kui kaks kuud. Sellisel juhul saab perspektiivikust õigeaegselt uuesti hinnata, kui menetlus mingil põhjusel venib. Lisaks võiks lähtuda sellest, et olukorras, kus PPA väited ei ole piisavalt tõendatavad kinnipidamise rakendamiseks, vältida selliste väidete tõlgendamist isiku kahjuks.

VSS-i uue redaktsiooni jõustumisega muutub kinnipidamiskeskusesse paigutamisel loa taotlemise menetlus märkimisväärselt. Nimelt peaksid halduskohtud edaspidi kaalutlusotsuse juures arvestama, kas:

- 1) Tegemist on välismaalasega VSS § 1¹ lg 1 mõistes, kellel puudub VSS § 2 lg 1 tulenevalt riigis viibimiseks seaduslik alus;
- 2) VSS § 14 lg 1 kohaselt on lahkumisettekirjutus muutunud sundtäidetavaks;
- 3) Puuduvad VSS § 14 tulenevad tingimused väljasaatmise mitte rakendamiseks ehk kas ettekirjutus on endiselt kehtiv, kas väljasaatmine ei ole muutunud võimatuks;

¹³⁵ TlnHKm 30.12.2013, 3-13-70230, 01.10.2013, 3-13-2052; TrtHKm 25.11.2013, 3-13-2387, 31.10.2012, 3-12-2287 jpt.

¹³⁶ TlnHKm 22.10.2012, 3-12-2205, 3-12-2206.

- 4) VSS § 15 lg 2 tulenevalt esineb põgenemise oht (vastavalt VSS §-s 6⁸ sätestatud põgenemisohu määratlusele), välismaalane ei täida kaasaaitamiskohustust või välismaalasel puuduvad tagasipöördumiseks vajalikud dokumendid;
- 5) Kas VSS § 15 lg 1 tulenevalt pole võimalik kasutada muid alternatiivseid järelevalvemeetmeid;
- 6) VSS § 15 lg 1 ja PS § 20 lg 2 p 6 kohaselt on meede kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega;
- 7) Vajadusel hinnata eraldi PS § 26 õigust perekonnaelule ja tervislikku seisundit (PS § 28).

Sellest tulenevalt on uue VSS-i redaktsiooniga viidud Eesti siseriiklik õigus formaalselt kooskõlla naasmisdirektiiviga. Siiski võib jääda kitsaskohaks vältimatu vajaduse hindamine kuna uue redaktsiooni kohaselt on põgenemisohu tekkimise alused üldsõnalised, mille esinemisel on alus kinnipidamiseks koheselt olemas ning seaduses kohustusliku alternatiivseid vahendeid ei saa tõhusalt kasutada. Leebemate järelevalvemeetmete kasutamisele võtmise võimatust võib põhjendada seaduse pinnalt põgenemise ohu tõttu, mille esinemine on fikseeritud juba pelgalt faktiga, et välismaalane on ebaseadusliku piiriületamise tulemusena riiki sisenenud.

2.1 Tallinna Halduskohtu praktika

2.1.1 Tallinna Kohtumaja

Analüüsi aluseks olid märksõna „väljasaatmine“ järgi selekteeritud kohtu määrused vahemikus 2012-2013. Hinnangu andmise aluseks on 73 rahuldatud kinnipidamiseks loa taotlemise avaldust. Välismaalase kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks loa andmisel lähtutakse järgnevast:

- 1) VSS § 2 lg 1 kohaselt peab välismaalasel Eestis viibimiseks olema seaduslik alus. Välismaalasel on keelatud viibida Eestis ilma seadusliku aluseta. Puuduvad VMS § 43 seaduslikud alused riigis viibimiseks;
- 2) VSS § 14 lg-st 1 tulenevalt viiakse lahkumisettekirjutus täide sundtäitmise aja saabumisel. Ettekirjutus on sundtäidetav;
- 3) VSS § 7² lg 2 p 3 (või mõni teine lg 2 alus) vabatahtlikku täitmise tähtaega ei määrata ja lahkumisettekirjutus sundtäidetakse kohe, kui ettekirjutus on tehtud ebaseaduslikult

- Eestisse saabunud välismaalasele. Fakt, et kuulub riigist välismaalane kuulub väljasaatmisele;
- 4) VSS § 23 lg 1 kohaselt paigutatakse kinnipidamiskeskusesse kuni kaheks kuuks, kui väljasaatmist ei ole võimalik lõpuni viia 48 tunni jooksul. Alused, miks kohene väljasaatmine viibib;
 - 5) Kinnipidamiskeskusesse paigutamise loa andmisest tuleks keelduda, kui isiku väljasaatmine näib perspektiivitu või kui väljasaatmise perspektiiv on küll olemas, kuid kinnipidamiskeskuses kinnipidamine on muudel põhjustel ebaproportsionaalne sekkumine PS § 20 lg 2 p-ga 6 kaitstud vabaduspõhiõigusesse:
 - a) Kas väljasaatmisel oleks perspektiivi
 - b) Kas vabadusõiguse piiramine on põhjendatud (võib hoida kõrvale väljasaatmise menetlusest, kas kinnipidamiskeskusesse mitte paigutamine raskendaks oluliselt väljasaatmist).

Osades määrustes põhjendatakse seadusliku riigis viibimise seadusvastasusele ka riigipiiri seaduse § 111 lg-le 3 tuginedes, mille kohaselt riigi piiri ületaval kolmanda riigi kodanikul peab olema kehtiv välisriigi või rahvusvahelise organisatsiooni reisidokument, Eesti Vabariigi poolt antud välismaalase reisidokument või tagasipöördumise luba, kuhu on kantud viisa andmed, või esitab ta kontrollimisel lisaks reisidokumendile elamisluba tõendava dokumendi, kui EL-i õigusakt, välisleping või seadus ei sätesta teisiti¹³⁷.

TlnHK Tallinna kohtumaja on ainuke kohtumaja Eestis, mis oma kaalutlustes lähtub otseselt PS-ga tagatud põhiõiguste riive proportsionaalsuse hindamisest. Kuigi kehtiv VSS otseselt selliseid nõudeid ei kehtesta, lähtub TlnHK Tallinna kohtumaja naasmisdirektiivist ehk arutleb kaalutluse juures põgenemise ohtu ja menetlusest kõrvale hoidmise aspekte ning osaliselt ka kinnipidamise alternatiivide kasutamise võimalikkust. Nimelt uurib TlnHK Tallinna kohtumaja, kas kinnipidamiskeskusesse mitte paigutamine ehk alternatiivide kasutamine takistaks oluliselt väljasaatmise eesmärki. Kuigi formaalselt on selline lähenemine rohkem EL-i õigusega kooskõlas ja kohus täidab oma eesmärki, siis sisuline kaalutlus on ebaselge ehk millised kriteeriumid lubavad vabaduse võtmist.

¹³⁷ TlnHKm, 02.02.2013, 3-13-211, p 5.

Kinnipidamiskeskusesse paigutamist nähakse kui kohase haldussunni vahendit kallutamaks ebaseaduslikult Eestis viibivat välismaalast täitma seadusest tulenevat kaasaaitamiskohustust reisidokumendi saamiseks, et oleks võimalik lõpule viia tema Eestist väljasaatmine¹³⁸. Levinud on kohtu seisukoht, et isik on end oma õigusvastase, olgugi et võib-olla/väidetavalt mitte tahtliku tegevusega ise pannud sellisesse olukorda ja peab taluma oma tegevusest tingitud ebamugavusi¹³⁹. Kuna aga välismaalase kinnipidamine väljasaatmise eesmärgil on haldussunni rakendamise meede, mida rakendatakse avaliku korra ja riigi julgeoleku huvides ei saa antud meetme puhul olla tegemist karistusliku meetmega¹⁴⁰.

Kinnipidamiseks loa andmisel on samuti vajalik välja selgitada, miks väljasaatmine viibib. Kõige levinum kohesele väljasaatmise takistus ja kinnipidamiskeskusesse paigutamise vajalikkuse põhjendus on välismaalase puuduvad reisidokumendid¹⁴¹. Peale selle viidatakse Eestisse saabumise ja viibimise asjaolude väljaselgitamise vajadusele ning väljasaatmise ettevalmistamisele, mille tõttu on vajalik isik kinni pidada¹⁴². Samuti on kinnipidamise vajadus põhjendatud asjaoluga, et väljasaatmisdokumentide ja lennupiletite ettevalmistamine võtab aega k.a väljasaatmise sihtriigi väljaselgitamine¹⁴³.

2.1.2 Pärnu Kohtumaja

Ajavahemikus 2010-2013 on TlnHK Pärnu Kohtumajas otsustatud 17. korral kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks loa andmis üle. Kõikidel 17. juhul on antud luba välismaalase kinnipidamiseks. Kinnipidamiseks loa andmisel lähtutakse järgmisest:

- 1) HKMS § 29 lg 1 kohaselt annab halduskohtunik seaduses sätestatud juhtudel loa haldustoiminguks;
- 2) VSS § 2 lg 1 tulenevalt peab välismaalasel Eestisse saabumiseks ja Eestis viibimiseks olema seaduslik alus;

¹³⁸ TlnHKm, 20.11.2012, 3-12-2427, p 4.

¹³⁹ TlnHKm, 20.11.2012, 3-12-2427, p 4.

¹⁴⁰ Broeders, D., Leerkes, A. A case of mixed motives? Formal and Informal Function of Administrative Immigration Detention. *The British Journal of Criminology*: 08.07.2010, <http://rsq.oxfordjournals.org> (03.04), lk 830.

¹⁴¹ TlnHKm, 30.09.2013, 3-13-2043, p 4.

¹⁴² TlnHKm, 13.09.2013, 3-13-1908, p 6.

¹⁴³ TlnHKm, 12.09.2013, 3-13-1887, p 6.

- 3) VSS § 14 lg 3 (kehtetu) kohaselt võib ebaseaduslikult Eestisse saabunud välismaalase välja saata ilma ettekirjutust tegemata ja halduskohtu loata. VSS § 18 lg 1 kohaselt viiakse väljasaatmine lõpuni 48 tunni jooksul;
- 4) Puuduvad alused väljasaatmise kohaldamata jätmiseks;
- 5) Miks ei ole võimalik 48 tunni jooksul välja saata;
- 6) VSS § 23 lg 1 kohaselt tuleb juhul, kui väljasaatmist ei ole võimalik lõpuni viia 48 tunni jooksul, paigutada välismaalane kinnipidamiskeskusesse.

Kohtunik keskendub sellele, miks ei ole väljasaatmist võimalik lõpuni viia 48 tunni jooksul. Kui selline alus on olemas nt reisdokumendi puudumise näol, siis rakendub VSS § 23 lg 1 ja väljasaadetav paigutatakse kinnipidamiskeskusesse kuni väljasaatmiseni. Probleemaatiline mitmete (kolme määruse) lahendite juures on asjaolu, et loa andmisel lähtutakse kehtivuse kaotanud sätetest. Enamuses lahendites viidatakse VMS-le: „Koosõlas välismaalaste seadus § 5¹ lg 1 peab Eestisse saabumiseks ja Eestis viibimiseks välismaalasel olema seaduslik alus.“ Selline säte ei ole kehtiv määruste andmise hetkel. Küll aga läheb see kokku VSS § 2 lg-ga 1, mis sätestab, et Eestis viibimiseks peab välismaalasel olema seaduslik alus. Pärnu kohtumajale on iseloomulik kehtetu VSS § 14 lg-le 3 viitamine määrustes. Nimelt sätestas antud säte: „Ebaseaduslikult Eestisse saabunud välismaalase võib välja saata ilma ettekirjutust tegemata ja halduskohtu loata“. Antud säte kaotas aga oma kehtivuse 24.12.2010. Selline muutus on kohtu poolt jäänud tuvastamata ning peale sätte tühisust on endiselt jätkatud sama aluse kasutamist loa andmise määrustes nii 15.06.2011 kui ka 02.09.2011 tehtud loa andmise otsustamise osas¹⁴⁴.

Kuna peale septembrit 2011 ei ole Pärnu kohtumajas olnud menetluses ühtegi loa taotlust kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks, puudub teave, kas selline praktika võiks jätkuda ka edaspidi. Autor on seisukohal, et loa andmisesse suhtutakse kui formaalsusesse ja ning otsene kaalutlus puudub iga isiku puhul individuaalselt. Lähtutakse põhimõttest, et kui väljasaatmist ei saa lõpuni viia 48 tunni jooksul, siis tuleb välismaalane paigutada kinnipidamiskeskusesse ja see on vältimatu. Kinnipidamiskeskusesse paigutamisel ei hinnata vältimatut vajadust, kuigi vabadusõiguse piiramine võib olla vastuolus PS-ga. Puudub seega PS-s sätestatud põhiõigusriive proportsionaalsuse hindamine. Samuti ei hinnata, kas alternatiivide kasutamine oleks võimalik kinnipidamiskeskusesse paigutamise asemel.

¹⁴⁴ TlnHK 02.09.2011, 3-11-2129/3, 3-11-2131/3; 15.06.2011, 3-11-1485/2.

2.2 Tartu Halduskohtu praktika

2.2.1 Tartu Kohtumaja

Analüüsi aluseks oli märksõna „väljasaatmine“ järgi selekteeritud kohtu määrused vahemikus 2012-2013. Rahuldatud on 61 taotlust kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks ning selles vahemikus ei olnud võimalik tuvastada ühtegi taotlust, mis oleks tagasi lükatud. Kõikides TrtHK Tartu kohtumajas tehtavates loa andmise määrustes on hindamisalused samad. Kinnipidamiseks loa andmisel lähtutakse kohtu määruse põhjendustes järgnevast:

1. VMS § 43 lg 1 kohaselt peab välismaalasel riigis viibimiseks olema seaduslik alus, kas viisa või elamisluba;
2. VSS § 18 lg 1 kohaselt viiakse väljasaatmine lõpule 48 tunni jooksul;
3. VSS § 23 lg 1 kohaselt kui väljasaatmist ei ole võimalik lõpule viia 48 tunni jooksul, paigutatakse väljasaadetav väljasaatmist taotlenud või väljasaatmist täideviiva valitsusasutuse taotlusel ja halduskohtuniku loal kinnipidamiskeskusesse kuni väljasaatmiseni, kuid mitte kauemaks kui kaheks kuuks;
4. Tuvastatud VMS § 43 lg 1 rikkumine, kuna isik viibib riigis seaduslikku aluseta;
5. Olemas on sundtäidetavad väljasaatmisettekirjutused, mida ei saa koheselt täita.

Lahkumissettekirjutuse sundtäitmise vajadust ei hinnata arvatavasti seetõttu, et sundtäitmise vajaduse otsustab lahkumissettekirjutusega PPA ning seda ei peeta loa taotlemisel enam oluliseks hinnata. TrtHK Tartu kohtumaja suhtub sättesse VSS § 23 lg 1 kui imperatiivsesse normi. Kui teatud tingimused on täidetud: a) välismaalane viibib riigis seadusliku aluseta, b) väljasaatmist pole võimalik lõpuni viia 48 tunni jooksul, tuleb isik paigutada kinnipidamiskeskusesse ja alternatiivsete lahendite kasutamise otstarbekust ei hinnata ega uurita vahendi proportsionaalsust põhiõigusriive suhtes. TrtHK Tartu kohtumaja kaalutlused baseeruvad sellel, kas 48 tunni jooksul ei ole võimalik sundtäidetavad väljasaatmisotsust täide viia. Lisaks ei hinnata, kas isik võib põgeneda või väljasaatmisest kõrvale hoiduda, sest VSS § 23 lg-t 1 käsitletakse imperatiivsena ja lähtutakse vaid antud sätte tõlgendamisest. Kui väljasaatmise viibimine on põhjendatud, järgneb sellele ka kinnipidamiskeskusesse paigutamine. Samuti ei hinnata väljasaatmise enda perspektiivikust vastavalt VSS § 14 lg 4 p-le 2, mis kehtiva VSS-i kohaselt on aluseks väljasaatmise mitte kohaldamiseks ning seega kinnipidamise mitte rakendamiseks.

2.2.2 Jõhvi Kohtumaja

Vahemikus 2010-2013 on TrtHK Jõhvi kohtumajas hinnatud kahel korral isiku kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks loa andmist, millest mõlemal juhul anti toiminguks luba. Kinnipidamise üle otsustamisel on lähtunud järgmistest tingimustest:

- 1) VMS § 2 lg 1 ja § 43 lg 1 kohaselt puudub riigis viibimiseks seaduslik alus;
- 2) VSS § 2 lg 1 keeld viibida riigis ilma seadusliku aluseta;
- 3) VSS § 7 lg 1 kohaselt tehakse lahkumisetekirjutus, mille võib VSS § 7² lg 2 p 8 kohaselt sundtäita, kui on kahtlus, et isik võib põgeneda või muul viisil kõrvale hoida lahkumisetekirjutuse täitmisest;
- 4) VSS § 23 lg 1 tulenev õigus paigutada kinnipidamiskeskusesse kuni kaheks kuuks.

Lisaks eelnevale hinnatakse menetluse perspektiivi, aga puuduvad kaalutlused või viited, miks menetlus on piisavalt perspektiivikas. Põgenemise oht ja menetlusest kõrvale hoidmine põhjendatud pelgalt seetõttu, et isik on pikemat aega riigis viibinud seadusliku aluseta. Mõlemad kohtu määrused on identsed kohtu kaalutluse osas, kus vaid väljasaadetava nimi on vahetunud. On alust arvata, et määruse läbivaatamisel ei ole rakendatud piisaval määral kaalutusõigust. Samuti ei hinda Jõhvi kohtumaja riivet põhiõigustele ega alternatiivide kasutamise võimalikkust.

Uurimusest järeldub, et Eesti kohtupraktika vajab ühtlustamist ja momendil on erinevate kohtu jurisdiktsioonide juures välismaalaste õigusliku kaitse seisund erinev. Kohtu määruse andmisel kaalutletakse liialt vähe või suhtutakse kehtivatesse sätetesse kui imperatiivsetesse normidesse kuigi PS-i seisukohalt on oluline hinnata kinnipidamise proportsionaalsust põhiõiguste riive seisukohalt. Lisaks on kohtute kohustuseks lähtuda EL-i õigusest ehk naasmisdirektiivist ning vältida olukordi, kus isikule tekitatakse kahju avaliku võimu poolt. Peagi jõustuva VSS-i redaktsiooniga peaks kaasnema kohtupraktika ühtlustamine, sest tähtsamad hindamisalused ja kriteeriumid on edaspidi seaduses täpselt fikseeritud. Samuti kohustab uus redaktsioon alternatiivsete meetmete kasutusele võtmise kohtulikku hindamist. Problemaatiline on olukord eriti TrtHK-s, kus ei hinnata kinnipidamiskeskusesse paigutamise vältimatut vajadust ning sisuliselt puudub kaalutusotsus kui selline. Loa andmise menetluses mitte nii väga ei kaalutleta kinnipidamiskeskusesse paigutamise vältimatut vajadust vaid tuvastatakse fakte, mis tuvastamisel võimaldavad automaatselt kinnipidamise rakendamist.

3 VÄLJASAADETAVA ÕIGUSLIKU KAITSE SEISUND ÕIGUSVASTASE KINNIPIDAMISE KORRAL

Vastavalt naasmisdirektiivi punktile 11 tuleks kehtestada üldised minimaalsed õiguslikud tagatised tagasisaatmisega seotud otsuste puhul, et tagada asjaomaste isikute huvide tõhus kaitse. Käesolevas peatükis antaksegi hinnang sellele, kas välismaalastel on hetkel kehtiva seadusandluse pinnalt piisav ligipääs õiguskaitsevahenditele ning kas ja kuidas oleks võimalik nõuda ebaõige kaalutluse tulemusel kinnipidamiskeskusesse paigutamise eest kahju hüvitist.

Naasmisdirektiivi punkti 11 kohaselt tuleks välismaalasele võimaldada vajalikus ulatuses tasuta õigusabi, kui isikul endal puuduvad piisavad vahendid. Liikmesriikidele on aga jäetud vaba voli otsustada, millal peetakse tasuta õigusabi andmist vajalikuks. Kuigi naasmisdirektiivi art 2 lg 2 kohaselt ei ole kohustust kohaldada naasmisdirektiivis sätestatud välismaalasele, kelle suhtes rakendatakse sisenemiskeeldu, kes on saabunud riiki ebaseadusliku piiriületamise tulemusena ning kellele viibimisõigust ei väljastata või kelle suhtes on tagasisaatmine kriminaalkaristusena määratud. Kuna õigusabi kättesaadavust võib pidada põhiõiguseks, siis peab tasuta õigusabi võimalus olema kättesaadav ka kolmanda riigi kodanikele, kes on illegaalselt riiki saabunud. Nimelt sätestab Euroopa Liidu põhiõiguste hartaga¹⁴⁵ art-s 47, et igäühel peab olema võimalus saada nõu ja kaitset ning olla esindatud. Samuti peab isikule, kellel puuduvad piisavad vahendid antama tasuta õigusabi sellises ulatuses, mis tagab talle võimaluse kohtusse pöörduda. Harta sätetest on kohustulik lähtuda, sest kehtib põhimõte, et harta kohaldub seal, kus EL-i õigusk¹⁴⁶. Lisaks on põhiõiguste hartal aluslepinguga samaväärne õigusjõud¹⁴⁷.

Väljasaadetav peab saama õigusnõustamist, esindamist ja kus vajalik ka tõlgi abi ning õigusabi peab olema pakutud samade piirangutega nagu sätestatud direktiivis 2005/85/EÜ¹⁴⁸. Nimelt sätestab naasmisdirektiivi art 13 lg 4, et liikmesriigid tagavad taotlemisel vajaliku tasuta õigusabi ja/või esindaja teenuseid kooskõlas siseriiklike õigusaktide või eeskirjadega, milles kehtivad

¹⁴⁵ Euroopa Liidu põhiõiguste harta 2007/C 303/01, ET C 83/389, 30.03.2010.

¹⁴⁶ Laurand, A. Euroopa Liidu liitumine inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga. Tartu: Juridica IX/2013, lk 680.

¹⁴⁷ Lõhmus, U. Põhiõigused ja Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtted: funktsioonid, kohaldamisala ja mõju. Tartu: IX/2011, lk 641.

¹⁴⁸ Peers, S. EU Justice and Home Affairs Law. Oxford: 2011, lk 572.

direktiivi 2005/85/EÜ¹⁴⁹ art 15 lg-s 3-5 sätestatud tingimused. Viidatud direktiivi kohaselt võib tasuta õigusabile ja/või esindaja teenusele seada piiranguteks õigusabi pakkumise võimalikkuse: a) vaid kohtumenetluses b) ainult neile, kellel endal pole piisavalt vahendeid c) ainult juriidilistele nõustajatele või teistele nõustajatele, kes on ette nähtud abistama väljasaadetavat d) ja ainult juhul, kui on tõenäoline, et kaebuse või läbivaatamise tulemus on positiivne. Samuti võib lõike 5 kohaselt kehtestada tasuta õigusabile rahalised, ajalised ja muud piirmäärad, kui sellega ei piirata ebamõistlikult ligipääsu õigusabile.

3.1 Väljasaadetava õiguslikud tagatised õigusvastasel kinnipidamisel

VSS § 6⁶ lg 1 sätestab, et välismaalasel on õigus saada tasuta õigusabi lahkumisettekirjutuse, väljasaatmise või sissesõidukeelu kohaldamise otsuse vaidlustamiseks, mida tagatakse vastavalt lõikele 2 riigi õigusabi seaduses sätestatud korras. VSS § 6⁶ lg 4 p 1-4 sätestavad aga piirangud tasuta õigusabi saamisele. Nimelt sätestab viidatud lõike punkt 1, et õigusabi ei võimaldata lahkumisettekirjutuse, väljasaatmise või sissesõidukeelu kohaldamise otsuse vaidlustamiseks, kui välismaalane on saanud Eestisse ebaseaduslikult, ületades ebaseaduslikult Schengeni konventsiooni liikmesriigi välispiiri. Samuti ei ole väljasaadetaval õigus tasuta õigusabile punkti 2 kohaselt olukorras, kus on kohaldatud sissesõidukeeldu ilma lahkumisettekirjutust tegemata ning punkti 3 kohaselt, kui välismaalane peetakse kinni piiril ning talle vormistatakse riiki mittelubamise otsus.

Eesti on käesoleva uurimustöö autori arvates jätnud õigusabi saamisest kõrvale just sellised isikud, kellele direktiiv on taotlenud piisavat õiguslikku kaitset. Nimelt võib näiteks perspektiivitu väljasaatmismenetluse korral vaidlustamisest ja tasuta õigusabi kättesaadavusest sõltuda isiku kinnipidamine või kinnipidamise alt vabastamine. Vastavalt naasmisdirektiivile peaks liikmesriik osutama tasuta õigusabi, siis kui see on vajalik, millest võib järeldada, et ebaseaduslikult riiki saabunud ning piiril kinni peetud väljasaadetavatele piisavate õiguskaitsevahendite pakkumine on hinnatud mitte vajalikuks. Selline õigusabi saamise piiramine ebaseadusliku piiriületamisega riiki saabunud välismaalastele on eelnevale tuginedes vastuolus nii Euroopa Liidu põhiõiguste harta

¹⁴⁹ EL Nõukogu direktiiv 2005/85/EÜ Liikmesriikides pagulasseisundi omistamise ja äravõtmise menetluse miinimumnõuete kohta, ET L 326/13, 01.12.2005.

art-ga 47 kui ka naasmisdirektiivi art 13 lg-ga 4. Nendest sätetest lähtuvalt tuleb tagada ka ebaseaduslikult riiki saabunud välismaalasele vajalikul määral õigusabi kättesaadavus.

Direktiivi art 12 lg 1 sätestab põhimõtte, et tagasisaatmisotsused, väljasaatmisotsused ja sisenemiskeelud väljastatakse kirjalikult ning nendes põhjendatakse otsuse aluseks olevaid faktilisi ja õiguslikke asjaolusid ning esitatakse teave olemas olevate õiguskaitsevahendite kohta. Sellist faktilist teavet asjaolude kohta võib aga piirata eelkõige riigi julgeoleku, riigikaitse ja avaliku korra kaitseks ning kuritegude ennetamiseks, uurimiseks, avastamiseks ja nende eest vastutusele võtmiseks. VSS § 7¹ lg 2 p-st 1-10 on sätestatud näiteks, et lahkumisettekirjutuses võib avaldada üksnes õigusliku aluse (riigis viibimiseks seadusliku aluse puudumine) ega avaldata faktilist alust, sellega seotud asjaolusid ja asjassepuutuvaid kaalutlusi muu seas ka siis, kui lahkumisettekirjutus tehakse ebaseaduslikult Eestisse saabunud välismaalasele (punkt 3), välismaalase suhtes kehtib sissesõidukeeld (punkt 4), välismaalasele on riigi piiril tehtud riiki mittelubamise otsus (punkt 5) jne. VSS ei anna kaalutlemisvõimalust selliste andmete väljasaadetavale avaldamiseks vaid VSS § 7¹ lg 2 p 1-10 ilmnevate asjaolude korral avaldatakse väljasaadetavale infot ainult osaliselt. Õiguse isiku kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks annab valitsusasutuse taotlusel halduskohtunik, aga on tõenäoline, et väljasaadetaval puudub selles olukorras piisavalt õiguskaitsevahendeid ja teavet, et ära hoida enda suhtes võimaliku perspektiivitu väljasaatmismenetluse algatamist või kinnipidamist.

Nimelt ei pruugi väljasaadetav olla teadlik väljasaatmise alustest, faktilistest asjaoludes ja teostatud kaalutlustest, mis on olnud aluseks väljasaatmisotsuse tegemisel vastavalt VSS § 7¹ lg-st 2 tulenevatele alustele, et üritada vaidlustada sundtäitmine ning kinnipidamine. Vastavalt VSS §-le 15¹ koostatakse küll välismaalase kinnipidamise kohta protokoll, aga see ei sisalda endas kinnipidamise aluseid ja kaalutlusi. Nimetatud protokoll sisaldab väljasaatmise alust ja põhjendust, aga on praktikas kõigest VSS-st tulenev paragrahvi number ning ei sisalda reaalsuses rohkemaid põhjendusi. Kuigi VSS § 16 lg 1 sätestab, et isik võib vaidlustada väljasaatmise HKMS-s sätestatud korras on tõenäoline, et kolmandast riigist saabunud välismaalasel puuduvad piisavad õigusalsed teadmised Eestis kehtivast seadusandlusest, et edukalt end vaidluses esindada. Arvestada tuleb ka seda, et väljasaatmist menetlev PPA on tugevama jõupositsioonil ning VSS § 6⁶ lg 4 p 1-4 rakendudes puudub näiteks ebaseaduslikult riiki saabunud välismaalasel õigus tasuta õigusabile. Võib oletada, et sellises situatsioonis isikul puuduvad piisavad võimalused ise endale õigusabi leidmisel ning selle eest tasumisel.

Vastavalt Euroopa Inimõiguste harta punktile 47 on vajalik analüüsida, kas ilma riigipoolse õigusabi pakkumiseta oleks väljasaadetaval iseseisvalt ja edukalt kohtusse pöörduda ning enda õigusi iseseisvalt kaitsta. HKMS § 37 lg 1 sätestab, et halduskohtumenetlus algab kohtule kaebuse esitamisega. HKMS § 38 lg 1 toob ära kaebusele esitatavad sisulised nõuded, mille hulka kuuluvad ka kaebuse faktiline põhjendus (punkt 7), tõendid, mis kinnitavad kaebaja poolt väidetavaid asjaolusid (punkt 8) ning seadusele vastavat nõuet (punkt 5). Kuna perspektiivitu väljasaatmismenetluse puhul on tegemist tuvastamiskaebusega HKMS § 38 lg 4 mõistes, siis tuleb kaebajal lisaks muudele tingimustele ka põhjendada, miks kaebuse esitamine on vajalik kaebaja õiguste kaitseks. Väljasaadetavat ei saa abistada ka kohus ise, sest HKMS § 41 lg 1 kohaselt ei või teha otsust nõude ega aluse kohta, mida ei ole kaebuses esitatud, ega ületada nõude piire. Kui HKMS § 46 lg 1 kohaselt võib tühistamiskaebuse esitada 30 päeva jooksul arvates haldusakti teatavaks tegemisest, siis lahkumisettekirjutuse edasi kaebamiseks on vaid 10 päeva vastavalt HKMS § 46 lg 6 sätestatud erinevustele. Kinnipidamiseks loa andmise määruse saab vaidlustada 15 päeva jooksul. Soome välismaalaste seaduse kohaselt ei ole kohtu määruse peale kaebuse esitamiseks aga ette nähtud ajapiirangut arvatavasti seetõttu, et võetakse arvesse kolmanda riigi kodaniku nõrgemat positsiooni väljasaatmismenetluses¹⁵⁰.

Vastavalt HKMS § 59 lg-le 1 on tõendamiskoormus kaebajal. HKMS § 80 lg 1 sätestab kohtumenetluse keeleks eesti keele, mistõttu on kaebuse vormistamine eesti keeles kui ka võib väljasaadetaval kohtumenetluses osalemiseks olema tõlgi abi. HKMS § 82 lg 3 kohaselt kannab tõlgi kulud menetlusosaline. Kuigi HKMS § 31 lg 1 kohaselt võib menetlusosaline halduskohtumenetluses osaleda ka isiklikult ilma esindajata on tõenäoline, et ilma tasuta õigusabi korraldamiseta on oma õiguste kaitsmiseks kohtusse pöördumine piiratud ühelt poolt menetluse keerukuse tõttu ning teiselt poolt kulukuse tõttu. Kuigi riigilõivuseaduse¹⁵¹ § 22 lg 1 p 3 kohaselt oleks perspektiivitu kinnipidamise tuvastamise ja tühistamise nõudes kohtusse pöördumine riigilõivu vaba ning üleüldiselt on riigilõivuseaduse § 22 lg 1 p-ga 7 on isiku kinnisesse asutusse paigutamise menetluse läbiviimise asjad riigilõivuvabad, siis edukaks kohtulikuks läbivaatamiseks on väljasaadetaval vaja esindajat ja/või tõlki.

VSS-i tasuta õigusabi andmise piirang on vastuolus riigi õigusabi seaduse (edaspidi RÕS)¹⁵² eesmärgiga (§ 2), mille kohaselt on seaduse eesmärgiks tagada kõigile isikutele asjatundliku ja

¹⁵⁰ Finsk Författningssamling, Utlänningslag, 30.4.2004/301; 205/2014, 01.05.2004, ptk 7, § 129.

¹⁵¹ RLS. RT I, 27.12.2013, 26.

¹⁵² RÕS. RT I, 18.04.2013, 5.

usaldusväärse õigusteenuse õigeaegne ja piisav kättesaadavus nagu seda sätestab Euroopa Liidu põhiõiguste harta. Tasuta õigusabi vajalikkust tuleks hinnata Euroopa Liidu Inimõiguste Harta art-
st 47 tulenevalt selliselt, et isikul oleks reaalne võimalus kohtusse pöördumiseks. Lisaks
analüüsida, kas RÕS § 6 lg 1 järgi võiks olla tegemist isikuga, kes oma majandusliku seisundi tõttu
ei suuda õigusabi vajadusel tasuda asjatundliku õigusteenuse eest või suudab seda teha üksnes
osaliselt või osamaksetena või kelle majanduslik seisund ei võimalda pärast õigusteenuse eest
tasumist lihtsat toimetulekut. Samas on näiteks Soome praktika selline, et välismaalaste seaduse
ptk 9 §-st 9 tulenevalt võib kohtulikul arutamisel kohtunik määrata välismaalasele õigusabi ilma,
et eelnevalt kontrollida välismaalase majanduslikku seisukorda¹⁵³.

Rootsi UtL ptk 18 § 1 sätestab aga, et teatud olukordades määratakse välismaalasele riigipoolne
kaitsja, mida määratakse samuti väljasaatmise puhul, kuid õigus tasuta õigusabile tekib siis, kui
välismaalane on kinni peetud rohkem kui kolm päeva. Kehtib printsiip, et kõigil, keda hoitakse
kinni väljasaatmise eesmärgil, on võimalus riigipoolsele tasuta esindajale. Selline õigusabi on
välismaalasele tasuta ning tema majanduslikku olukorda selleks eraldi ei hinnata.¹⁵⁴ Seega
tunnustatakse naaberriikides põhimõtet, et välismaalased vajavad erilist õiguskaitset ning selleks
pole vajadust eraldi hinnata majanduslikku seisundit. Väljasaadetaval peab olema võimalus tasuta
õigusabi saamiseks ning selle mitte võimaldamine on vastuolus rahvusvahelise õigusega. Samuti
võib tasuta õigusabi taotlemise võimaluse piiramine olla vastuolus PS §-ga 15 tagatud igaihe
õigusega pöörduda oma õiguste ja vabaduste rikkumise korral kohtusse. Oluline on, et õiguskord
näeb ette võimaluse saada tasuta õigusabi, sest piisava tasuta õigusabi puudumisel rikub
seadusandja üldist kohtutee garantiid tegevusetusega¹⁵⁵.

Vastava teabe ja tasuta õigusabi võimaluse puudumine võib olla põhjuseks, miks kinnipidamiseks
loa andmise määruste vaidlustamisi on niivõrd vähe. Nimelt oli 2012. aastal vaidlustatud vaid 10
lahkumisettekirjutust ja vaid 3 väljasaatmiskeskusesse paigutamise määrust¹⁵⁶. Samuti on USA-s
läbiviidud uurimuses jõutud järelduseni, et välismaalased väljasaatmismenetluse kohtuistungite
juures juristi/advokaadi abi vaid väga vähesed umbes 22% hoolimata abi vajadusest

¹⁵³ Finsk Författningssamling, Utlänningslag, 30.4.2004/301; 205/2014, 01.05.2004.

¹⁵⁴ Statens Offentliga Utredningar. Återvändandedirektivet och svensk rätt. SOU 2009:60, Stockholm:
2009, www.regeringen.se/content/1/c6/12/83/10/f8348e55.pdf (18.04), lk 146.

¹⁵⁵ Ernits, M. Põhiseaduse kommenteeritud väljaanne. Kommentaarid §-le 15, www.pohiseadus.ee (26.03)
p 2.4.

¹⁵⁶ Väljasaatmiskohustuse ja sissesõidukeelu seaduse ja Euroopa Liidu kodaniku seaduse muutmise
seaduse eelnõu seletuskiri. 444 SE. 03.06.2013, lk 1, 3.

õigussüsteemis navigeerimisel¹⁵⁷. Uurides Eesti halduskohtute määrusi aastal 2013 nii esmasel kinnipidamisel kui ka kinnipidamise pikendamisel, osutus 179 istungist vaid 1 välismaalane juristi poolt esindatuks¹⁵⁸. Esindatus väljasaatmise sundtäitmisel on seega väga haruldane ja peaaegu olematu Eesti esimeses kohtuastmes. Põhjus selleks võib olla nii teadmiste puudumine kui ka majanduslik olukord. Tulemuseks on situatsioon, kus välismaalased võivad oma elu ühel tähtsamal istungil saada vähe aru sellest, mida on vaja selleks, et vältida riigist eemaldamist ja kuidas oma õigusi kaitsta¹⁵⁹.

Kuna tasuta õigusabi piiramine on vastuolus mitmete õigusaktidega, siis on uude VSS-i redaktsiooni viidud sisse viga parandav muudatus. Nimelt on VSS § 6⁶ edaspidi kehtetu, mis sätestas, et näiteks riigipiiri ebaseadusliku ületamisega või piiril tehtud riiki mittelubamise otsuse saanud välismaalastel puudub õigus tasuta õigusabi taotlemiseks. Viiakse sisse põhimõte, et igal välismaalasel on õigus saada õigusabi lahkumisetekirjutuse, väljasaatmise või lahkumisetekirjutuses kohaldatud sissesõidukeelu otsuse vaidlustamiseks¹⁶⁰. Selle sätte kehtetuks tunnistamine tagab seega siiani piisavate õiguskaitse tagatisteta välismaalastele õiguse taotleda tasuta õigusabi, aga selleks hinnatakse VSS § 6⁶ lg 1 kohaselt, kas välismaalasel puuduvad piisavad rahalised vahendid õigusabi kulude kandmiseks ehk õigusabi taotlemise protsess on keerukas ja aeganõudev.

Küsitavaks jääb ka see, kas edaspidine tasuta õigusabi saamise võimaluse kohta käiv informatsioon on välismaalastele reaalselt kättesaadav. Lisaks ei tähenda tasuta õigusabi alati tasuta teenust. Nimelt võib RÕS § 8 kohaselt tasuta õigusabi anda kolmel viisil: 1) kohustuseta hüvitada riigi õigusabi tasu ja riigi õigusabi kulud; 2) kohustusega ühekordse maksena täielikult või osaliselt hüvitada riigi õigusabi tasu ja riigi õigusabi kulud; 3) kohustusega osamaksetena täielikult või osaliselt hüvitada riigi õigusabi tasu ja riigi õigusabi kulud. Seetõttu on võimalik olukord, kus tasuta õigusabi ei ole välismaalasele kättesaadav tingituna asjaolust, et sellega kaasneb tasumise kohustus. Kuna välismaalasel ei pruugi olla piisavalt teadmisi tasuta õigusabi võimalikkusest ja selle taotlemisest ning vähene esindatus kinnipidamise üle otsustamise istungitel võib olla põhjuseks, miks kinnipidamine on nii massiline, võiks lähtuda Rootsi praktikast teatud kinnipidamisaja järgselt võimaldada automaatselt riigipoolne esindaja. Nimelt võiks lähtuda

¹⁵⁷ Davis, L. Reconsidering remedies for ensuring competent representation in removal proceedings. *Drake Law Review* vol 58: 2009, <http://heinonline.org> (05.04), lk 140.

¹⁵⁸ TlnHKm 18.06.2013, 3-13-852. Ebaseaduslik piiriületamine.

¹⁵⁹ Davis, *op.cit.*, lk 137.

¹⁶⁰ VSS. RT I, 15.03.2014. 98.

karistusõiguses tuntud põhimõttest, kus esindatus on kohustuslik. Väljasaatmismenetluses võiks esindaja olla määratud vähemalt kinnipidamise pikendamise üle otsustamise istungil. Problemaatiliseks jääb asjaolu, et õigus õigusabile muutub mõttetuks, kui see õigus ei ole reaalsuses kättesaadav, mistõttu peab olema selle õiguse reaalne kättesaadavus riigi poolt ka reaalselt tagatud¹⁶¹.

3.2 Riigi vastutus õigusvastasel kinnipidamisel

Kinnipidamine on oma olemuselt tõsist kahju tekitav, võttes isikult vabaduse töötada ja teenida sissetulekut, käia koolis või hoida suhteid. Tulemuseks on majanduslik, emotsionaalne ja psühholoogiline kahju, mis ei ole vaid kinnipeetavate vaid ka nende lähedaste positsioonilt ebameeldivusi tekitav.¹⁶² Tsiviilõiguse üldreeglik on, et iga sekkumine eraõigusesse tekitab kahju ning igale sellisele kahjule peab seadus andma järeلمid ehk hüvituse¹⁶³. Sama põhimõte laieneb ka isiku põhiõigustele ebaproportsionaalsele piiramisele. Iga põhiõiguste riive ei ole aga automaatselt kahju ning sellega ei kaasne automaatset kahju hüvitamist. Nimelt on teatud juhtudel õiguste ja vabaduste piiramine õigustatud. PS § 11 sätestab, et õigusi ja vabadusi võib piirata kooskõlas põhiseadusega. Sellised piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust. Seega saab kahju tekkida ebaproportsionaalsel põhiõiguste riivamisel. Vastavalt PS §-le 3 teostatakse riigivõimu üksnes PS-i ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel. Rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted ja normid on Eesti õigussüsteemi lahutamatu osa, millele lisandub PS § 10 õigusriigi põhimõte ja § 25 tulenev õigus nõuda igäühelt õigusvastaselt tekitatud kahju hüvitamist. Eestis reguleerib riigi vastutust avaliku võimu volituste rakendamisel ja muude avalike ülesannete täitmisel rikutud õiguste taastamisel ning tekitatud kahju hüvitise nõudmise aluseid ning korda riigivastutuse seadus (edaspidi RVastS)¹⁶⁴.

¹⁶¹ Kidane, W. Procedural due process in the expulsion of aliens under international, United States, and European Union law: a comparative analysis. *Emory International Law Review*: 2013. <http://heinonline.org> (04.05), lk 335.

¹⁶² Kalhan, A. Rethinking immigration detention. *Columbia law review*: 21.07.2013. <http://heinonline.org> (05.04), lk 46.

¹⁶³ Maruste, R (2004), lk 107.

¹⁶⁴ RVastS. RT I, 13.09.2011, 11.

3.2.1 EL õigusel põhinev kahju hüvitamine

EL-i põhiõiguste harta sätestab, et igal ajal on õigus saada liikmesriikide õiguse ühiste üldtunnustatud printsiipide kohaselt hüvitist mis tahes kahju eest, mida selle institutsioonid või teenistujad on oma ülesannete täitmisel tekitanud¹⁶⁵. Siiski ei saa oma liikmesriigi vastu kahju hüvitamise nõudega isik otse Euroopa Kohtusse pöörduda¹⁶⁶. Nimelt kaasneks direktiivi korrektse kohaldamise tulemusel välismaalastele väljasaatmismenetluses lisa õigusi, aga direktiivi kehtimiseks tuleb vastavad muudatused sisse viia siseriiklikusse õigusesse, sest üldjuhul puudub direktiividel üksikisikutele vahetu õigusmõju. Samas võib tuletada Euroopa Liidu lepingust ja Euroopa Ühenduse asutamislepingust¹⁶⁷ liikmesriikide otsese kohustuse direktiivid siseriiklikusse õigusesse korrektselt üle võtta. Nimelt vastavalt lepingu art-ile 226 võib EL-i Komisjon kohustuste ebakorrektsel täitmisel korral anda kaebuse edasi EK-sse.

Kuigi liikmesriik vastutab üksikisikule kavandatud õiguste rikkumisel tekitatud kahju eest, ei järgne automaatselt riigi vastutust olukorras, kus direktiivi ei ole siseriiklikusse õigusesse nõuetekohaselt sisse viidud. Rikutud õigusnormi ja sellest mõjutatud üksikisiku huvi vahel peab olema piisav seos. Üksikisikule antavate õiguste sisu peab olema piiritletav direktiivi sätete põhjal, sest osade õiguste täpsema sisu kindlaksmääramine on liikmesriigi enda pädevuses. Kui direktiiv sätestab konkreetseid õigusi, mida liikmesriik ei saa ise sisustada, siis on alust hüvitise nõudmiseks. Samas ei teki õigused üksikisikule mitte ainult sõnaselge ühenduse õigusega vaid võivad tekkida ka läbi liikmesriikidele pandud kohustuste. Vastutus järgneb aga vaid piisavalt olulisele rikkumisele.¹⁶⁸ Teatud olukordades võib direktiividel olla aga vahetu õigusmõju, mis on seotud järgmiste tingimustega: 1) riik on jätnud direktiivi siseriiklikku õigusesse ettenähtud tähtjaks üle võtmata või ei ole direktiiv üle võetud korrektselt, 2) direktiivi sätete on tingimusteta ja piisavalt täpselt sõnastatud, ja 3) direktiivi sätetele võib isik toetuda kohtuvaidluses riigi vastu. Kui EL-i õigusnormil on vahetu õigusmõju, tuleb EL-i õiguse ülimuslikkuse ja tõhususe põhimõttest lähtudes jätta kõrvale siseriiklik õigusnorm ja kohaldada vahetult EL-i õigusnormi.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Euroopa Liidu põhiõiguste harta 2007/C 303/01, ET C 83/389, 30.03.2010, art 41 lg 3.

¹⁶⁶ Laffranque, J. Euroopa Liidu õigussüsteem ja Eesti õiguse koht selles. Tallinn: Juura 2006, lk 302.

¹⁶⁷ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Ühenduse asutamisleping, 29.12.2006, ET C 321 E/1, art 226.

¹⁶⁸ Taro, *op.cit.*, lk 175.

¹⁶⁹ Lõhmus, U., Narits, R. PS § 146 – Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012, lk 798.

Naasmisdirektiivi art 8 lg 1 ja art 15 koostoime ning sätted kinnipidamiseks on sõnastatud selgelt ja tingimusteta ega vaja mingit eralist rakendusmeetet. Liikmesriikide nendele kohustustele vastab liikmesriikide territooriumil ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike samasisuline õigus. EK-i väljakujunenud praktika kohaselt on seega tegemist sättega, millel võib olla vahetu õigusmõju, mis võimaldab isikul riigi vastu, kes on jätnud direktiivi määratud tähtaja jooksul üle võtmata, tugineda kõnealusele sättele selleks, et välistada niisuguste siseriiklike õigusnormide kohaldamine, mis on kõnealuse sättega vastuolus. Siseriiklikul kohtul on kohustus eelistada direktiivi sätteid siseriiklikele sätetele.¹⁷⁰ Seega olukorras, kus siseriiklikus õiguses puudub piisavalt täpne regulatsioon kinnipidamise vältimatu vajaduse kohta nagu selleks on objektiivsetel tunnustel põhinev põgenemise oht, väljasaadetav takistab või hoiab kõrvale väljasaatmise ettevalmistamisest ja/või lõpuni viimisest, tuleks kohtutel lähtuda EL-i õigusest. Vastasel juhul võib tekkida väljasaadetaval õigus kahju hüvitamiseks direktiivi vahetu kohaldamise läbi. Liikmesriigi kohtud peavad nõudma riigilt temal lasuvate kohustuste rikkumisega üksikisikutele tekitatud kahju välja ka juhul, kui see muidu poleks siseriikliku õiguse kohaselt lubatav, sest üksikisikutel on õigus saada hüvitist liikmesriigi poolt ühenduse õigusest tulenevate kohustuste rikkumisega tekitatud kahju eest ning see õigus põhineb otse ühenduse õigusel¹⁷¹.

Kui liikmesriik on läbi kukkunud kohustuses võtta kõik meetmed kasutusse, et tagada direktiivi eesmärgi täitmine siseriiklikus õiguses, võib tekkida õigus kahju hüvitamisele, aga seda kolmel tingimusel: a) direktiiv hõlmab õiguste andmist isikule b) neid õigusi peab olema võimalik tuvastada direktiivi põhjal c) põhjuslik seos liikmesriigi tegevusetuse ja isikule tekitatud kahju vahel. Vahetult nende tingimuste olemasolu annab õiguse nõuda hüvitist otse liiduõiguse alusel.¹⁷²

Õigust loova aktiga või selle andmata jätmisega tekitatud kahju hüvitamisel ei ole oluline küsimus avaliku võimukandja süülisest käitumisest. EL-i õiguse seisukohalt on oluline üksnes see, kas rikkumine oli piisavalt tõsine. Selline kahju hüvitamine toimub siseriikliku õiguse alusel. Need sätted kahju hüvitamiseks ei tohi aga olla ebasoodsamad kui sarnastele siseriiklikele kahju hüvitamise nõuetele esitatud tingimused ega olla sõnastatud selliselt, et hüvitise saamine oleks äärmiselt raske või koguni võimatu.¹⁷³ RVastS § 14 sätestabki võimaluse õigustloova aktiga tekitatud kahju hüvitamiseks kohtusse pöördumise võimaluse, mille hulka kuulub ka direktiivi

¹⁷⁰ EKo 25.06.2011, C-61/11 PPU. *Hassen El Dridi vs. Itaalia*, p 48.

¹⁷¹ Taro, *op.cit.*, lk 170.

¹⁷² EKo 19.11.1991, C-6/90, C-9/90, *Andrea Francovich ja Danila Bonifaci jt vs. Itaalia*, p 38-41.

¹⁷³ Laffranque, *op.cit.*, lk 300.

mitte kohane siseriiklikkusse õigusesse ülevõtmine. Kahju hüvitamist sellisel juhul on võimalik nõuda, kui tegemist on kahjuga, mis on põhjustatud avaliku võimu kandja poolse kohustuse olulise rikkumisega, rikkumise aluseks olev norm on otsekohaldatav ning kui isiku kuulub õigustloova akti või selle andmata jätmise tõttu eriliselt kannatanud isikute rühma.

Samuti annab EIÕK võimalused kahju hüvitamiseks. Nimelt EIÕK art 5 lg 5 sätestab, et igapähe, kes on osutunud EIÕK-i sätetega vastuolus oleva vahistamise või kinnipidamise ohvriks, on täitmisele kuuluv õigus kompensatsioonile. Peab olema loodud menetlus, kus kahjustatud isik saab nõuda kahju hüvitamist olukorras, kus kinnipidamine on olnud seadusvastane siseriikliku õiguse kohaselt või kooskõlas siseriikliku õigusega, aga vastuolus EIÕK-ga tagatud õigustega¹⁷⁴. EIK-i pöördumiseks peaks eelnevalt olema ammendatud kõik siseriiklikud õiguskaitsevahendid¹⁷⁵. EIÕK art 35 sätestab, et kõik riigisisesed õiguskaitsevahendid peavad olema ammendatud ehk siis kehtib subsidiaarsuse põhimõte. Liikmesriigid peavad seaduste välja töötamisel, rakendamisel kui ka kahju hüvitamisel arvestama EIÕK-s sätestatuga. Tulenevalt EIÕK art-st 41 saab EIK määrata konventsiooni rikkumisest tingitult õiglase hüvitise. Sellest tulenevalt, kui isik on individuaalkaebusega pöördunud EIK-i ning tema kasuks on välja mõistetud kahju hüvitis on selle välja nõudmiseks alused olemas RVastS § 7 lg-s 2¹.

3.2.2 Kahju hüvitamine siseriiklikul tasandil

Olukorras, kus väljasaadetav leiab, et tema õigusi on rikutud väljasaatmise sundtäitmisega kinnipidamise teel (kinnipidamine on olnud ebaseaduslik), peaks tekkima kahjustatud isikul võimalus nõuda endale tekitatud kahju hüvitamist. RVastS § 2 lg 1 p 5 sätestab, et isik võib riigilt, kohaliku omavalitsuse üksuselt, muult avalik-õiguslikult juriidiliselt isikult või muult avaliku võimu kandjalt nõuda tekitatud kahju hüvitamist. Riigivastutusnõudeid saab liigitada esmasteks õiguskaitsevahenditeks ja kahju hüvitamiseks, kus esmasteks õiguskaitsevahenditeks on nõuded eesmärgiga kahju tekkimise ärahoidmiseks või selle kõrvaldamiseks ning sekundaarnõudeks on kahju hüvitamine¹⁷⁶. RVastS § 7 lg 1 sätestab, et isik, kelle õigusi on õigusvastase tegevusega avalik-õiguslikus suhtes rikutud, võib nõuda talle tekitatud kahju hüvitamist, aga seda ainult juhul, kui kahju ei olnud võimalik vältida ega ole võimalik kõrvaldada õiguste kaitsmise või

¹⁷⁴ Murdock, *op.cit.*, lk 94.

¹⁷⁵ EIKo 26.06.1992, 75/1991/327/399-400, *Vijayanathan ja Pusparajah vs. Prantsusmaa*, p 43.

¹⁷⁶ Andresen, E. Õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamine ja kahju hüvitamine riigivastusõiguses. *Juridica III/2006*, lk 160.

taastamisega. Lõige 2 sätestab aga erandi, et tekitatud kahju hüvitamist võib nõuda üksnes juhul, kui haldusakt jäi õigeaegselt andmata või toiming õigeaegselt sooritamata ning sellega rikuti isiku õigusi. Tuvastada tuleb seega:

- 1) Kas tegemist on avalik-õiguslik suhtega;
- 2) Kas esineb avaliku võimu kandja õigusvastane tegevus;
- 3) Kas on võimalik õiguste kaitsmine või taastamine (RVastS §-d 3, 4, 6);
- 4) Kas haldusakt on jäetud õigeaegselt andmata või toiming õigeaegselt sooritamata ning tulemuseks on isiku õiguste rikkumine.

RVastS § 7 lg 1 puhul tuleb aga silmas pidada seda, et kannatanu peab võimaluse korral püüdma ära hoida kahju tekkimist, vaidlustades õigeaegselt kahju põhjustava avaliku võimu kandja tegevuse. Seetõttu võib kahju hüvitamise määramata jätta, kui isik oleks saanud kahju tekkimise ära hoida, esitades vaidmenetluses või kohtumenetluses nõude haldusakti tühistamiseks, toimingu lõpetamiseks jne. Kahju hüvitise nõue saab eksisteerida ka olukorras, kus haldusakti vms tühistamiskaebus ei ole kaasa toonud reaalselt tühistamist¹⁷⁷. Väljasaadetaval on seega kohustus tegutseda ning vaidlustada kohtu määrus, millega anti luba toimingu teostamiseks ehk kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks. RK on märkinud, et isiku poolse kahju tekkimise ärahoidmise nõuet saab täita mitte üksnes vaide- ja kohtumenetluses, vaid ka muude kohaste õiguskaitseabinõude kasutamise teel¹⁷⁸. Seetõttu on kahju kandval isikul kohustus tegutseda õigusrikkumise kohese peatamise nimel kasutades selleks ükskõik milliseid tema käsutuses olevaid õiguskaitsevahendeid. EIK on aga leidnud, et kahju hüvitamisest keeldumine õigusvastase kinnipidamise korral tingimusel, et see on põhjustatud isiku enda hooletusest, ei saa olla aluseks, miks isiku kahjunõuet eiratakse¹⁷⁹. Kuna ebaseaduslik põhiõiguste riive kinnipidamise läbi on selle ebaseaduslikkuse tuvastamisel väga raske rikkumine ning väljasaadetavad üldjuhul raskendatud positsioonil oma õiguste tagamisel, tuleks sellistes olukordades kaaluda suurema tõendamiskoormuse seadmist vastustajale ehk avaliku õiguse kandjale, kelle tegevuse või tegevusetuse tulemusena kahju hüvitise nõue on tekkinud.

Olukorras, kus haldusakti tühistamine ei oleks kahju kõrvaldanud, ei lange hüvitise nõue ära seetõttu, et kannatanu pole haldusakti vaidlustanud. Samuti ei ole oluline, kas tühistamisnõue

¹⁷⁷ RKo 19.03.2002, 3-3-1-11-02, p 16.

¹⁷⁸ RKo 18.11.2004, 3-3-1-33-04, p 14-15.

¹⁷⁹ EIKo 29.05.1997, 19233/91, 19234/91, *Tsirlis ja Kouloumpas vs. Kreeka*, p 66.

rahuldati. Kaebuse esitamata jätmise saab kahjunõude välistada vaid siis, kui kahju sellisel viisil kõrvaldamise võimalikkus pidi olema kannatanu jaoks arusaadav ja tühistamiskaebuse esitamata jätmiseks ei ole olnud mõjuvaid põhjusi.¹⁸⁰ Seega tuleb lisaks eelnevale tuvastada, kas kahjustatud isik on püüdnud ära hoida kahju tekkimist tühistamise nõudega, kasutanud selleks muid õiguskaitsemeetmeid või on tegevusetusele mõjuv põhjus, mille tõttu hüvitisnõue siiski säiliks. Kui kahju ei olnud võimalik vältida kehtetuks tunnistamise nõude, toimingu lõpetamise nõude või haldusakti andmise või toimingu sooritamise nõudega, saab isik aluse esitada kahjunõue.

Hüvitist saab nõuda RVastS § 8 lg 1 kohaselt süüliselt varalise kahju tekitamise eest. RVastS § 7 lg 4 kohaselt laienevad eraõiguse kahju hüvitamise sätted RVastS-le mistõttu võlaõigusseaduse (edaspidi VÕS)¹⁸¹ § 128 lg-st 2 tulenevalt on varaline kahju eelkõige otsene varaline kahju ja saamata jäänud tulu. Otsene varaline kahju on lisaks muule kahju tekkimisega seoses kantud või tulevikus kantavad mõistlikud kulud, sealhulgas mõistlikud kulud kahju ärahoidmiseks või vähendamiseks ja hüvitise saamiseks, muu hulgas kahju kindlaks tegemiseks ja kahju hüvitamisega seotud nõuete esitamiseks¹⁸².

Saamata jäänud tulu osas peaks üldise põhimõtte kohaselt kahjustatud isik tõendama üksnes neid asjaolusid, millest nähtub tulu saamise tõenäosus, kuid kahju tekitaja peab nõude ümberlükkamiseks näitama, et teatud põhjustel poleks seda tõenäoliselt tulu siiski saadud. Saamata jäänud tuluks võib olla kahjustatud isiku poolt saamata jäänud töötasu ja muud sissetulekud.¹⁸³ Samuti on võimalik RVastS § 9 lg 1 alusel nõuda mittevaralise kahju hüvitamist süüliselt vääriskuse alandamise, tervise kahjustamise, vabaduse võtmise, kodu või eraelu puutumatusse või sõnumi saladuserikkumise, au või hea nime teotamise korral. VÕS § 128 lg 5 selgitab mittevaralist kahju eelkõige kui kahjustatud isiku füüsilist ja hingelist valu ning kannatusi. RVastS § 13 lg 1 p 1 sätestab, et hüvitise suuruse määramisel hinnatakse lisaks kahju tekkimise ettenägematust. Teisiti öeldes tuleb välja selgitada, kas avaliku võimu esindaja on tegutsenud piisava hoolsusega. VÕS § 104 lg 2 definitsiooni kohaselt on süü vormid hooletus, raske hooletus ja tahtlus, mistõttu kuulub rikkumise raskusaste samuti hindamisele. Sellest võib järeldada, et mida tõsisem on hooletus, seda suurem on ka hüvitise määr.

¹⁸⁰ RKo 19.03.2002, 3-3-1-11-02, p 16.

¹⁸¹ VÕS. RT I, 29.11.2013, 4.

¹⁸² Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Varul, P. VÕS § 128. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006, lk 451.

¹⁸³ *Ibis.*, lk 453.

Vastavalt RK analüüsile tuleks kahju hüvitamise nõudes eelkõige välja selgitada, kas kahju on tekkinud, kas kaebaja poolt avalik-õiguslikus suhtes antud haldusakt või toiming (sh ka tegevusetus), millega kahju tekitati, on õigusvastane, ning kas esineb põhjuslik seos tekitatud kahju ja õigusvastase haldusakti või toimingu vahel. Mittevaralise kahju puhul peab kannatanu tõendama mittevaralise kahju tekkimist ning seda, millise RVastS § 9 lg 1 sätestatud õigusvastase toiminguga seoses on kahju tekitatud ja milline on kahju olemus. Samuti tuleb põhjendada, kas avaliku võimu käitumine oli õigusvastane, millest tekkis mittevaraline kahju ning kas see on süüline ja mittevaralise kahjuga põhjuslikus seoses. Tõendamiskoormus sellises kaebuses on avaldajal.¹⁸⁴ Kannatanu peab üldreeglina tõendama üksnes õigushüve rikkumist kahju tekitaja poolt, mitte aga mittevaralise kahju tekkimist ning selle suurust¹⁸⁵. Seega lasub kogu tõendamiskohustus kahju hüvitamist nõudval isikul, kuid eelkõige peab tõendama süülist õigusvastast käitumist, millest on otseselt tingitud mittevaralise kahju tekkimine.

Õigusvastase kinnipidamisega kaasnevad väljasaadetavale erinevad kahjud. Vastavalt VMS § 281 lg-le 2 on välismaalane kohustatud kandma enda Eestist lahkumise kulud, sealhulgas väljasõidukohustuse sundtäitmise, kinnipidamiskeskuses ja politsei arestimajas kinnipidamise kulud, mis kantakse seoses välismaalase väljasaatmisega. Kui väljasaadetav viibib kinnipidamiskeskuses ilma motiveeritud aluseta tekib isikule paratamatult otsene varaline kahju. Väljasõidukohustuse sundtäitmise kulud on märkimisväärsed sh kinnipidamiskeskuses viibimisaja eest tasutavad kulud. Näiteks võib kuus kuud kinnipidamiskeskuses viibimist koos väljasaatmismenetluse kuludega väljasaadetavale maksma minna umbes 2400 eurot, mille hulka pole arvestatud reaalselt lahkumiskulu ehk lennupileteid¹⁸⁶.

Avaliku võimu kandja võib RVastS § 11 lg 3 kohaselt, sõltumata kannatanu tahtest kõrvaldada tagajärjed ehk heastada need, kui rahaline hüvitis oleks oluliselt suurem tagajärgede kõrvaldamise kuludest ja isikul pole kaalukat põhjust nõuda rahalist hüvitist. Ainult siis, kui tagajärgede kõrvaldamine on faktiliselt võimatu, õiguslikult lubamatu, oluliselt kulukam või kannatanule muul olulisel põhjusel vastuvõetamatu, on rahalise hüvitise määramine põhjendatud¹⁸⁷. Seadusandlus soosib seega eelkõige kahju heastamist. Sellest järeldub, et õigusvastase kinnipidamise ja

¹⁸⁴ Kanger, L. Riigikohus. Kahju hüvitamise nõue riigivastutuse seaduse alusel. Kohtupraktika analüüs. Tartu 2008, lk 13, 21, 24.

¹⁸⁵ Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Varul, P. VÕS § 128. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006, lk 454.

¹⁸⁶ RKHKo 12.03.2013, 3-3-1-62-12.

¹⁸⁷ Andresen, *op.cit.*, lk 164.

kinnipidamiskeskusesse paigutamise tulemuseks peaks olema kinnipidamiskeskuses veedetud aja eest tasutavate teenuste tasu nõude tühistamine või juba tasumise korral makstud osa hüvitamine. Seda tingituna ka põhimõttest, et lisaks õigusvastase haldusakti tühistamisele peab kõrvaldama ka haldusakti õigusvastased tagajärjed, sest neid ei tohiks ilma kehtiva haldusaktita eksisteerida¹⁸⁸.

Samuti tuleb silmas pidada, et hüvitise määramisel on väga suur roll kohtu hinnangul. Nimelt võib kohus asendada kahju rahalise hüvitamise taotluse õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamisega ning rahuldada kahju rahalise hüvitamise taotluse õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamise taotluse ühiselt esitamise korral neist üksnes kahju rahalise hüvitamise taotluse. Seega tuleb kahju rahalise hüvitamise nõuet ja õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamise nõuet käsitleda üheainsa kahju hüvitamise nõude ehk sekundaarse riigivastutusnõudena.¹⁸⁹ Kinnipidamiskeskusesse õigusvastaselt paigutamine võib kaasa tuua ka olulise riive isiku perekonnaelu puutumatusel, mis on mittevaralise kahjuna arvestatav. Samuti on isiku paigutamine kinnipidamiskeskusesse juba iseenesest väga jõuline meede, mis oma olemuselt põhjustab isikule suuri ebameeldivusi ning on mittevaralise kahju tekkimise aluseks. Kahju hüvitamise nõudes tuleks eelnevale analüüsile tuginedes vastata järgmistele küsimustele:

- 1) Kas on avalik-õiguslik suhe;
- 2) Kas haldusakt on jäetud õigeaegselt andmata või toiming õigeaegselt sooritamata ning tulemuseks on isiku õiguste rikkumine (k.a tegevusetus);
- 3) Kas on avaliku võimu kandja õigusvastane tegevus ja see on süüline;
- 4) Kas kahju on tekkinud;
- 5) Kas isik on üritanud vaidlustada kinnipidamiseks loa antud kohtu määrust, kui ei, siis kas on muul viisil üritanud õigusrikkumist takistada või kas tegevusetuseks on olnud mõjuv põhjus;
- 6) Kas ei ole võimalik heastamine või õiguse taastamine;
- 7) Kas on olemas põhjuslik seos toimingu ja kahju vahel.

Vastavalt VSS § 26 lg-le 1 on väljasaadetava kinnipidamine ja kinnipidamise tähtaja pikendamise otsus halduskohtu poolt antud luba haldustoimingu teostamiseks. Tegemist on seega avalik-õigusliku suhtega, kus võib esineda avaliku võimu kandja õigusvastane tegevus. Õigusvastase

¹⁸⁸ Andresen, *op.cit.*, lk 162.

¹⁸⁹ *Ibid.*, lk 162.

kinnipidamise korral on tõenäoline, et põhjuseks on toiminguks loa andmisel vale kaalutusotsuse langetamine, faktide valesti hindamine, vältimatu vajaduse puudumine. Isik tuleks vabastada kinnipidamiskeskusest, kui kinnipidamine ei ole enam otstarbekas ning seega on reaalne ka olukord, kus kahju tekitatakse tegevusetusega. Võimalikud on olukorrad, kus isiku õiguste rikkumine toimub ilma vältimatu vajaduseta väljasaatmiskeskusesse paigutamisel. Selleks, et kahju hüvitamist nõuda, peab avaliku võimu kandja tegevus olema süüline. Kuna süü üheks vormiks on samuti hooletus on see õigusvastase kinnipidamise juures kindlasti üks kõige arvestatavamaid süü liike. Nimelt peaks nii kohus kui ka PPA hindama iga isiku üksikjuhtumit eraldi ning kaaluma asjaolusid. Samuti tuleb teatud asjaolude ära langemisel isik viivitamatult vabastada ning üleüldiselt kogu väljasaatmismenetlust läbi viia piisava hoolsusega. Seetõttu on tõenäoline, et süü aluseks on avaliku võimu kandja hooletus.

Eraldi tuleb tõestada, et kahju on üldse tekkinud. Varalise kahju puhul on mõistlik kahju olemasolu tõendada arvega, mis kinnipidamise eest isikule on esitatud või töötamise võimaluse puudumisest tekkinud saamata jäänud tuluga. Mittevaralise kahju puhul tuleb selgitada kinnipidamise fakti ja teatud olukorras ka riivet pereelu puutumatusel, mida on õigusvastane kinnipidamine endaga kaasa toonud. Isik, keda on kinnipidamiskeskuses kinni peetud ilma vältimatu vajaduseta peaks kahju hüvitise nõudmisel suutma ka tõendada, et on eelnevalt tegutsenud selle nimel, et oma õigusi kaitsta. Seetõttu on äärmiselt oluline, et kohtu määrust, millega kinnipidamiseks luba anti on üritatud vaidlustada. Kuna kehtiv VSS jätab teatud osa väljasaadetavatest tasuta õigusabi võimalusest ilma, siis on tõenäoline, et varasemad katsed oma õigusi kaitsta pole õnnestunud või pole isik olnud oma kohustustest ning võimalustest teadlik. Seetõttu on tegevusetus osati põhjendatav. VSS-i uue redaktsiooni jõustumisel laieneb tasuta õigusabi taotlemise võimalus ka nendele välismaalastele, kes momendil on ilma piisavate õiguskaitsevahenditeta ning tekib välismaalasel kohustus tegutseda rikkumise peatamiseks.

Samuti tuleb leida põhjuslik seos toimingu ja tagajärje vahel. Kui ei oleks olnud kinnipidamist lubavat kohtumäärust, siis ei oleks ei varalist kahju (arve väljasaatmistoimingute ja kinnipidamiskeskuses viibimise eest, saamata jäänud tulu) ega ka mittevaralist kahju (riive isikuvabadusele ja perekonnaelu puutumatusel). Põhjuslik seos on kinnipidamise puhul üsna kergesti tuvastatav kuna isiku kinnipidamiskeskusesse paigutamine on väga intensiivne isikuvabaduste piiramine. Kahju hüvitamise nõudmisel tuleb tähelepanu pöörata samuti sellele, kas tekitatud olukorda oleks võimalik heastada. Olukorras, kus isik kaebuse hetkel veel viibib õigusvastaselt kinnipidamiskeskuses on tõenäoline, et heastamisena järgneks viivitamatult

KOKKUVÕTE

Käesoleva uurimustöö eesmärgiks oli analüüsida riiki mittelubamise otsuse saanud või ebaseadusliku piiriületuse tõttu kinni peetud viibimisalusetä kolmanda riigi kodanike õigusliku kaitse seisundit olukorras, kus nende suhtes on jõustunud koheselt sundtäidetav lahkumissetekirjutus. Analüüsi põhiprobleemiks oli välja selgitada, kas selliste välismaalaste õigused on piisavalt tagatud väljasaatmise eesmärgil kinnipidamiskeskusesse paigutamise üle otsustamisel. Viimasest sai osaliselt kinnitust hüpotees, mille kohaselt väljasaadetavate vabadusõiguse riive kinnipidamiskeskusesse paigutamisel on ebaproportsionaalne meetme vältimatu vajaduse puuduliku hindamise tõttu.

Uurimusest selgus, et Eestis on PS-i proportsionaalsustesti pinnalt olemas naasmisdirektiivi ja EIÕK-i tingimused täitev meetod välismaalase kinnipidamiseks vältimatu vajaduse tuvastamiseks. Vastavalt PS-i põhiprintsiipidele peab põhiõiguste riive olema sobiv, mõõdukas ja vajalik, mis kehtib ka kasutatavale vahendile ehk kinnipidamisele. PS-i printsiip meetme sobivusest ühildub naasmisdirektiivi nõudega, mille kohaselt kasutusele võetav meede ehk kinnipidamine peab olema proportsionaalne taotletud eesmärgi suhtes. PS-i mõõdukuse printsiip on samastatav naasmisdirektiivist tuleneva tingimusega hinnata põgenemisohtu. Kolmandaks printsiibiks olev vajalikkus on paralleelne naasmisdirektiivi kohustusega hinnata vältimatut vajadust ehk nõudega eelnevalt hinnata järelevõetavate meetmete kasutamise võimalikkust. Eestis ei ole naasmisdirektiivist tulenevad kinnipidamise vältimatu vajaduse tingimused uus nähtus, kuid õiguspraktikas lähtutakse sellest minimaalselt.

Eelkõige väljendub see kohtupraktikas kinnipidamiseks loa andmise menetluses. Kui TlnHK Tallinna kohtumaja hindab vältimatut vajadust läbi PS-i osas, kas muude alternatiivide kasutamine oleks võimalik ning kas esineb oht, et välismaalane hoiab kõrvale väljasaatmismenetlusest, siis TrtHK Tartu kohtumajas on kinnipidamine ilma kaalutluseta lubatav, sest välismaalaste kinnipidamiskeskusesse paigutamise sätet kohaldatakse imperatiivsena. Samas peab PS-st ja naasmisdirektiivist tulenevalt kinnipidamisel kohustuslikus korras hindama selle meetme proportsionaalsust, vältimatut vajadust ning menetluse üleüldist perspektiivikut. Õiguspraktika kinnipidamiseks loa andmiseks on erinevates kohtumajades erinev ning viitab ebaselgusele seaduse tõlgendamisel. Samuti ilmneb määrustes hooletust, sest on juhtumeid, kus otsuse põhistamisel on kasutatud sätteid, mis on määruse andmise hetkeks oma kehtivuse kaotanud.

Kohtupraktikat kinnipidamiseks loa andmise otsustamisel võiks pidada suures osas formaalsuseks, kus liialt vähe kaalutletakse ning analüüsitakse vältimatut vajadust. Nimelt analüüsitud kohtumäärused esmakordse kinnipidamise üle otsustamisel suuremates kohtumajades vahemikus 2012-2013 ja väiksemates kohtumajades vahemikus 2010-2013, kokku 153 määrust, millest kõigi puhul anti luba välismaalase kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks.

Kohtupraktikat analüüsidest on samuti problemaatiline, et kõik kohtumajad lähtuvad kinnipidamiseks loa andmise menetluses erinevatest tingimustest. Kui üks kohtumaja selgitab kinnipidamise vajalikkust sellega, et 48 tunni jooksul ei ole võimalik isikut välja saata, siis teine kohtumaja kaalutleb, miks kinnipidamise mitterakendamine takistaks väljasaatmise eesmärgi täitmist. Kolmandas kohtumajas tuvastatakse aga viibimisalusetu riigis viibimine, mis annab automaatselt aluse kinnipidamiseks. Sellest tingituna on välismaalaste õigusliku kaitse seisund erinevates kohtumajades ka erinev seadusandluse, EIÕK-i ning naasmisdirektiivi seisukohalt. Uurimuse tulemuseks on asjaolu, et hetkel ei kaalutleta Eesti kohtutes piisavalt üksikisiku vabadusõiguse riive õigustatust riigi suveräänsuse suhtes, et vältida ebamõistlikult suurt riivet isiku vabadusõigusele.

Alternatiivsete meetmete kasutamise võimalikkuse ehk kinnipidamiseks vältimatu vajaduse olemasolu hinnatakse vaid TlnHK Tallinna kohtumajas. Probleemiks võib autori hinnangul olla kohtunike vähene teadlikkus praktikas esinevate leebemate meetmete olemasolu koha ning nende järelevalvemeetmete efektiivsusest väljasaatmise teostamisel. Nimelt on uurimustes täheldatud, et on olemas järelevalvemeetmeid, mis tagavad lahkumisetekirjutuse täitmise rohkem kui 90% ulatuses, mistõttu on alternatiivid kinnipidamisele tõhusad ning ühtlasi vähem põhiõigusi riivavad täites seejuures edukalt väljasaatmise eesmärgi. Samuti tingib vältimatu vajaduse ebakorrekse hindamise kohtute poolt seaduse erinev tõlgendamine, mille tõttu sisustatakse kinnipidamise vältimatut vajadust erinevalt näiteks põhjendusega, et väljasaatmist ei saa lõpuni viia neljakümne kaheksa tunni jooksul, kuigi naasmisdirektiivist tulenevalt on vältimatu vajadus kinnipidamiseks situatsioon, kus leebemaid järelevalvemeetmeid ei ole võimalik kohaldada. Vajalik on välismaalaste naasmisdirektiivi ja PS-ga tagatud õiguste tagamiseks ühtlustada Eesti kohtupraktikat, et tagada välismaalaste põhiõiguste ühetaoline kaitstus.

Kehtivasse VSS-i ei ole üle võetud mõningaid naasmisdirektiivist tulenevaid kohustuslikke sätteid näiteks vabatahtliku tagasipöördumise soosimiseks. Hetkel kehtivas Eesti seadusandluses vastav säte puudub ning reguleeritud on vaid olukorrad, millal vabatahtlikku tagasipöördumist ei

rakendata. Ametnikel ei ole seega otsest kohustust lähtuda lahkumissetekirjutuse üle otsustamisel eelkõige kohustusest rakendada vabatahtlikku tagasipöördumist, sest seadusandlus annab võimaluse rakendada koheselt sundtäidetavat lahkumissetekirjutust, mis tähendaks järelevalvemeetmete kasutamist või isiku kinnipidamist. Probleem aga laheneb uue VSS-i redaktsiooniga, kus imperatiivse sätena on lisatud VSS § 7² lg 1¹, mille kohaselt tuleb lahkumiskohustuse vabatahtlik täitmise aeg alati määrata, kui ei esine seadusest tulenevalt seda välistavaid asjaolusid. Seetõttu peaks edaspidi lahkumiskohustuse kohene sundtäitmine olema harvemini esinev ning rohkemate kaalutlustega.

Samuti puudub kehtivas seadusandluses otseselt naasmisdirektiivist tulenev nõue sätestada põgenemisohu määratlus ning objektiivsed kriteeriumid selle hindamiseks. Seetõttu ei ole naasmisdirektiivi sätteid siseriiklikusse õigusesse korrektselt sisse viidud. Peagi jõustuvate VSS muudatustega parandatakse nimetatud viga naasmisdirektiivi ülevõtmisel. Nimelt sätestatakse põgenemisohu hindamise vajadus ning kriteeriumid, mille alusel põgenemisohtu hinnata. Problemaatiliseks on aga jätkuvalt põgenemise ohu tuvastamine kuna naasmisdirektiiv ei sea otseseid nõudeid põgenemisohu tuvastamise kriteeriumitele ning annab liikmesiikidele vabaduse ise sätestada sobivad tingimused põgenemisohu tuvastamiseks. Viimast võimalust on Eesti seadusandluses tõlgendatud laiendavalt, mille kohaselt esineb põgenemise oht olukorras, kus viibimisalusetä välismaalane on ebaseaduslikult riiki sisenenud. Selline tingimus puudub nii Soome kui ka Rootsi seadusandluses.

Naasmisdirektiivi eesmärk aga ei ole see, et ebaseaduslik riigipiiri ületamine oleks automaatselt kinnipidamise aluseks, sest vastasel juhul kaotaks kinnipidamise üle kaalutlemine oma eesmärgi. Kuigi edusamme on tehtud ning edaspidi on VSS-s põgenemisohu määratlus, mis eelnevalt puudus, siis selle kriteeriumid lubavad naasmisdirektiivi kohaselt kinnipidamiskeskusesse paigutamise ja on seetõttu väga märkimisväärse tähtsusega kolmandate riikide kodanike vabadusõiguse suhtes. Kinnipidamiskeskusesse paigutamine on haldussunni vahend mitte karistusliku iseloomuga meede kuigi Eesti kohtupraktikas on läbiv seisukoht, et välismaalane on ise tekkinud ebaseaduslikust süüdi ning on kohustatud tagajärgi taluma. Kinnipidamine on välismaalasele raske meede ka majanduslikult tingituna kinnipidamiskeskuses viibimisaja ja teenuste eest makstavast tasust, mida aga kohtupraktikas ei arvestata mitte relevantsuse tõttu. Kohtutel on aga kohustus viia avaliku võimu kandja poolt põhjustatud ebaseadusliku kahju tekkimise risk miinimumini, mistõttu tuleks igal juhul tagada, et kinnipidamine oleks viimane lahendus ning seejuures võimalikult lühike.

Kuna kinnipidamise üle otsustamisel arvestatakse vastavalt uue redaktsiooni VSS § 23 lg-le 1 põgenemise ohu kriteeriumitega, siis on riigipiiri ebaseaduslik ületamine automaatselt alus kinnipidamise kohaldamiseks. Nimelt on selliste välismaalaste kinnipidamine lihtsustatud, sest kinnipidamise vältimatut vajadust põhjendatakse läbi põgenemise ohu, kuigi see oht ei pruugi olla reaalne. Selle asemel, et hinnata, kas isik võib põgeneda või kõrvale hoida väljasaatmisest, puudub edaspidi otsene kohustus seda hinnata, sest fakt põgenemisohust on ebaseadusliku piiriületamisega automaatselt tuvastatud. Seetõttu on autor seisukohal, et sellise sätte lisamine põgenemisohu esinemise objektiivseks tunnuseks võimaldab lihtsalt põhjendada vältimatut vajadust faktiliselt tuvastamata põgenemiohu näol, mis võtab ebamõistlikult kaalutlusõiguse ja võib põhjustada selliste välismaalaste kinnipidamise, kelle puhul tegelikult puudub põgenemisoht ning vajadus kinnipidamiskeskusesse paigutada. Lisaks selgub, et kuigi kinnipidamise aluseid tundub olevat vähendatud, kehtivad samad tingimused edasi, sest osa alustest on liigitatud põgenemisohu tuvastamise sätte alla.

Kehtivas VSS-s puudub kohustav säte hinnata kinnipidamise vältimatut vajadust ning meetme proportsionaalsust. Samas peaksid kohtud kinnipidamise üle otsustamisel lähtuma PS-i printsiipidest vabadusõiguse piiramisel, mis tagaks välismaalastele naasmisdirektiivist tuleneva piisava kaitse kuigi vastav säte seaduses puudub. Kuna kehtivas VSS-s puuduvad naasmisdirektiivi sätted, mis suurendaksid välismaalaste õiguslike tagatise oleks kohtutel kohustus lähtuda naasmisdirektiivist ja EIÕK-st, aga selline praktika halduskohtudes puudub. Kuna kohase materiaalõigusliku aluse puudumine VSS-s ei saa võtta halduskohtunikult kaalutlusõigust, saaks kohtunik PS-i, naasmisdirektiivi ja EIÕK-i pinnalt kinnipidamise üle otsustamisel siiski teha õiguspärase otsuse. Kehtiv VSS ei ole aga kindlustanud naasmisdirektiiviga ette nähtud eesmärki tagamaks kinnipidamise proportsionaalsuse ning vältimatu vajaduse ehk teiste alternatiivsete meetmete hindamise tingimuse.

Kinnipidamise vältimatu vajaduse hindamise juures on nii PS-i kui ka naasmisdirektiivi pinnalt kohustus hinnata leebemate järelevalvemeetmete kasutamise võimalikkust igal konkreetsel juhul, mis on osa vältimatu vajaduse tuvastamise protsessist. Kehtivas VSS-s puudub kohustus hinnata alternatiivsete järelevalvemeetmete kasutamise võimalikkust kinnipidamise kohaldamise asemel, mistõttu ei ole kehtiv seadusandlus kooskõlas naasmisdirektiivi art 15 lg-ga 1. Kuigi PS-i pinnalt on vabadusõiguse riive õiguspärasuse hindamise juures oluline siiski hinnata leebemate meetmete kasutamisele võtmise võimalikkust, siis seda Eesti kohtute praktikas kasutatakse vaid TlnHK Tallinna kohtumajas. Seetõttu on igati vajalik antud põhimõtte lisamine VSS-i, mida tehakse läbi

uue redaktsiooni § 15 lg 1, mille kohaselt saab kinnipidamist kohaldada vaid siis, kui teisi järelevõetmeid ei ole võimalik tõhusalt kohaldada. Tekib seega varasemalt puudu olnud otsene kohustus põhjendada, miks muid alternatiivseid sunnimeetmeid ei saa igal üksikjuhul tulemuslikult kohaldada. Formaalselt on seega Eesti seadusandlus edaspidi kooskõlas naasmisdirektiiviga, kuid küsimuseks jääb endiselt, kuidas seda praktikas rakendatakse, kuigi järelevõetmete kasutamise võimatus on seaduse järgi tuvastatav põgenemisohu esinemise, koostöö ja dokumentide puudumisega. Kuna ainuke kohtumaja, kus lähtutakse järelevõetmete kasutamise võimalikkusest on oma praktikas liikunud selleni, et ebaseaduslikult viibimisaluset riiki saabumine on automaatselt põgenemisohu, mille tulemuseks on 100%-ses ulatuses kinnipidamiskeskusesse paigutamine ning arvestades fakti, et ka uus VSS-i redaktsioon võimaldab seda, on tõenäoline, et jätkatakse välismaalaste süstemaatilist kinnipidamist. Seda eelkõige läbi põgenemisohu, mille tõttu ei ole teiste järelevõetmete kasutamine võimalik. Kui varasemalt põhjendati kinnipidamist sidemete puudumisega Eestis, siis edaspidi ei ole see enam vajalik seaduse järgselt põgenemisohu esinemise tõttu.

Üheks lisanduvaks kohustuseks naasmisdirektiivist ja EIÕK-st tulenevalt on väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamine. Nii kehtiv kui ka tulevikus kehtiv VSS-i redaktsioon ei anna väljasaatmisprotsessi perspektiivikuse hindamisel piisavalt tingimusi, sest naasmisdirektiivi ja EIÕK-i seisukohalt oleks vaja veel hinnata muudki. Perspektiivi hindamisel eriti kinnipidamise üle otsustamisel võiks halduskohtunik paluda PPA-l selgitada eelnevat praktikat kõnealuse vastu võtva riigiga suhtlemisel ning PPA efektiivsust ja hoolsust väljasaatmismenetluse läbiviimisel. Samuti ei saa põhjendused olla pelgalt hüpoteetilised vaid peavad olema realistlikud. Kuigi VSS § 14 lg 4 p 2 sätestab, et väljasaatmist ei kohaldata, kui väljasaatmine on muutunud võimatuks, ei ole seadusandluses otseselt reguleeritud, milline oleks edaspidine käitumine ja kuidas tuleks antud olukorras tegutseda, et tagada isiku õiguste piisavalt tõhus kaitse. Kehtiv seadusandlus ei anna ametnikele võimalust perspektiivitu väljasaatmismeneltuse tõttu lõppenud väljasaatmise puhul välismaalase viibimine seadustada, mistõttu võib väljasaatmisprotsess olla ajas korduv ning ebamõistlik isiku õiguste piiramine. Seetõttu oleks vajalik luua lahendus, mis võimaldaks sellistele välismaalastele anda tähtajalise elamisloa, mida võimaldaks ka naasmisdirektiiv.

Kuigi VSS § 25 on kaalutlust lubav ning välismaalast ei ole kohustus pidada kinni maksimaalse aja ehk 2 kuu kaupa, siis praktikas seda ei kaaluta ning viimastel aastatel on esinenud vaid üks lahend, kus kinnipidamiseks määrati lühem aeg. Tingituna nii EIÕK-s kui ka naasmisdirektiivis

sätetatud hoolsuskohustusest ja perspektiivikuse nõudest, võiks piiripealsetes olukordades kohtunikud määrata lühema kinnipidamisaja. Sellisel juhul jõuab kinnipeetav kohtuniku ette varem, väljasaatmisprotsess on efektiivsem ja kiirem ning vältida saab ebamõistlikku kahju, sest iga lisapäev kinnipidamiskeskuses on välismaalasele vältimatu kulu.

Kuna kehtivas õiguses puuduvad naasmisdirektiivis sätestatud tingimused, mis annaksid välismaalasele suurema õiguskaitse on kohtutel kohustus lähtuda EL-i õigusest. Vastasel juhul võib tekkida väljasaadetaval õigus kahju hüvitamiseks direktiivi vahetu kohaldamise läbi, mida EK peab naasmisdirektiivi puhul võimalikuks. RVastS § 14 sätestabki õigustloova aktiga tekitatud kahju hüvitamiseks kohtusse pöördumise võimaluse, mille hulka kuulub ka direktiivi mitte kohane siseriiklikkusse õigusesse ülevõtmine. Kahju hüvitamist sellisel juhul on võimalik nõuda, kui tegemist on kahjuga, mis on põhjustatud avaliku võimu kandja poolse kohustuse olulise rikkumisega, rikkumise aluseks olev norm on otsekohaldatav ning kui isik kuulub õigustloova akti või selle andmata jätmise tõttu eriliselt kannatanud isikute rühma.

Samuti on kahju hüvitamine RVastS tuginedes võimalik läbi kinnipidamisotsuse, aga sellisel juhul on väljasaadetaval kohustus tegutseda ning vaidlustada kohtu määrus, millega anti luba toiminguteostamiseks ehk kinnipidamiskeskusesse paigutamiseks, et täita tingimus hilisemaks kahju hüvitamiseks RVastS alusel. Seejuures on tõenäoline, et väljasaadetav ei oleks võimeline kohtu määrust vaidlustama ilma piisava õigusliku abita. Probleemaatiliseks RVastS alusel varalise kui ka mittevaralise kahju nõudes on asjaolu, et isegi õigusvastase kinnipidamise puhul peab avaliku võimu kandja põhjustatud kahju olema süüline samas kui EL-i õiguses ei ole süüline tegevus või tegevusetus olnud. Tuvastada tuleb vähemalt hooletus, mida välismaalane peab suutma oma nõudes ka tõestada.

Teiseks võimaluseks oleks kinnipidamisega kahju saanud välismaalasel võimalus kahju hüvitamist nõuda läbi AVVKHS-i, kuid sellisel juhul peab kinnipidamiseks loa andmise määrus olema eelnevalt tühistatud ning kuigi tegevus või tegevusetus ei pea olema süüline ei võimalda AVVKHS otsese varalise kahju hüvitamist, milleks on kinnipidamiskeskuses viibitud aja eest nõutav tasu. Kuigi välismaalasel on Eestis kahju hüvitamise nõudmiseks erinevaid viise on nii ühel kui teisel võimalusel omad puudused ning võimalikud on olukorrad, kus kahju hüvitise saamiseks puuduvad vajalikud tõendid või täitmata jäävad teatud tingimused, kuigi kahju iseenesest on olemas. Seetõttu võib analüüsi põhjal jõuda järeldusele, et välismaalasel on

väidetavalt ebaseadusliku kinnipidamise tõttu hüvitist nõuda väga keerukas, mis ei pruugi ega taga täies ulatuses soovitud eesmärgi saavutamist ehk kahju hüvitamist.

Lisaks on kehtivas VSS-s säte, mis on vastuolus EL-i põhiõiguste hartaga art-ga 47. Nimelt ei võimalda VSS tasuta õigusabi taotlemist lahkumisettekirjutuse, väljasaatmise või sissesõidukeelu kohaldamise otsuse vaidlustamiseks välismaalastele, kes on riiki saabunud ebaseadusliku piiriületamisega ning pole selle järgselt saanud viibimisõigust. Selline õigusabi saamise piiramine ebaseadusliku piiriületamisega riiki saabunud välismaalasele on eelnevale tuginedes vastuolus nii EL-i põhiõiguste harta art-ga 47 kui ka naasmisdirektiivi art 13 lg-ga 4. Nendest sätetest lähtuvalt tuleb tagada ka ebaseaduslikult riiki saabunud välismaalasele vajalikul määral tasuta õigusabi. Uurimusest selgus, et 2013. aastal nii esmasel kinnipidamisel kui ka kinnipidamise pikendamisel, osutus 179 kinnipidamiseks loa andmise istungist vaid 1 juhul välismaalane esindatuks juristi poolt. Esindatus väljasaatmise sundtäitmisel on seega väga haruldane ja peaaegu olematu Eesti esimeses kohtuastmes, mis võib olla tingitud piisavate õiguskaitse vahendite kättesaadavuse puudumine tõttu.

Viga parandatakse uue VSS-i redaktsiooniga, kus antud piirangut käsitletud säte tunnistatakse kehtetuks. Kuna vaidlustamisi ebaseaduslikult riiki saabunud või riiki mittelubamise otsusega välismaalaste kinnipidamise üle peaaegu et ei esine ning nende kinnipidamine on massiline, siis vajavad antud isikud suuremat õiguskaitset. Kuna läbi põgenemisohu objektiivsete kriteeriumite võiks selliste välismaalaste kinnipidamine olla ka edaspidi lihtsustatud, siis võiks võimaldada Rootsiga sarnast praktikat õigusabi osutamisel. Nimelt võiks piisava õiguste tagamise eesmärgil teatud tingimustel määrata välismaalasele riigipoolne tasuta esindaja, sest tasuta õigusabi võimaluse kohta ei pruugi välismaalasel olla piisavalt teavet ning selle taotlemiseks ka piisavalt teadmisi ehk ei tähenda vastava sätte olemasolu seaduses õigusabi reaalselt kättesaadavust. Üksnes tasuta õigusabi saamise võimaldamine seadusandluses ei garanteeri praktikas naasmisdirektiivi eesmärgi täitmist. Samuti ei ole tasuta riigi õigusabi alati tasuta, mis piirab samuti välismaalase võimalusi enda õigusi kaitsta.

Kuigi kehtiva seadusandluse parandamiseks jõustuvad oktoobris 2014 rida muudatusi, et tagada naasmisdirektiivi kohane siseriiklikusse õigusesse ülevõtmine, jääb endiselt puudu välismaalaste õiguste piisavast tagamisest õiguspraktika tasandil. Tuginedes kohtupraktika analüüsile ja kinnipidamist võimaldavatele uutele tingimustele VSS-s võib väita, et ebaseadusliku riigipiiri ületamisel riiki saabunud viibimisalusega välismaalaste õigusliku kaitse seisund halveneb. Seda

eelkõige tingituna seaduse muudatusest, mille kohaselt esineb sellise välismaalase puhul põgenemisoht, mis ei ole tingimuslik. Nimelt on põgenemisoht tuvastatav pelgalt ebaseaduslikult riiki saabunud välismaalase staatusega, mis annab aluse rakendada väljasaatmise täideviimiseks kinnipidamist. Juhindudes kohtute seisukohast ei piisa selle probleemi ehk kaalutluse puudumise lahendamiseks ka seaduse uuest nõudest hinnata järelevalvemeetmete kasutamise võimalikkust ning meetme proportsionaalsust, sest kohtute tõlgendus ei anna sellisel juhul võimalust leebemate meetmete kasutamiseks. Seetõttu oleks vältimatu vajaduse õige hindamine tulevikus tagatud vaid juhul, kui riigipiiri ebaseaduslik ületamine ei ole enam automaatselt põgenemise ohu tuvastamise tingimuseks.

“Legal protection status of illegally entered foreign nationals placed in a detention center”

SUMMARY

The United Nation estimates that the number of international migrants worldwide has increased from 154 million in 1990 to 232 million in 2013. It's an assumption that up to 15% of these migrants are without a basis for stay. Globalization has led to increased illegal immigration, which is the reason why states are facing the problem of protecting the state border and public order. In 2012 EU member states expelled 186 630 third-country nationals, while 316 060 third-country nationals were denied entry to EU. It's estimated that approximately 40% of the illegal immigrants are obliged to return. When in 2011 there were 82 illegal aliens who travelled to Estonia illegally, then in 2012 the number has increased to 149 cases per year. Illegal immigration is increasing from year to year mostly due to visa misuse.

Expulsion of illegal aliens who have no basis for stay can be expelled by using administrative detention but as it constitutes a major interference with personal liberty, terms and conditions have to be established to prevent arbitrary detention. Although detention for the purpose of removal is not a new phenomenon its widespread use has become a global issue as states are using administrative detention to restrict illegal immigration and control the borders. In detaining illegal aliens for the purpose of expulsion the problem lies in a collision of two norms. Firstly freedom of a person as a fundamental right and on the other hand states sovereignty. Restricting freedom of movement should be used as a last resort but in EU detention of illegal aliens is a routine and could be even seen as an automatic process.

This study is based on investigation if “inevitable necessity” has been taken into account in Estonia when placing an illegal alien in a detention center. The purpose of this study is also to investigate the legal protection status of aliens placed in detention as well as the states liability in circumstances where detention is decided as a result of incorrect and unjust discretion. The subjects of this research are at least 18 year old third-country nationals who do not or no longer fulfill the conditions of entry in accordance with the Schengen Border Code and who are staying illegally in Estonia and to whom expulsion order has been entered into force which instead of voluntary compliance is being executed compulsively through detention. In this analysis there will

not be assessed the legal status of third-country nationals to whom expulsion is applied due to criminal offence or as a result of residents permit that has become invalid. The research is based on legal status study of third-country nationals who have entered the country by illegal border crossing or whom entry has been denied at the state border and where expulsion order will be enforced immediately.

On 16th of December 2008 EU adopted the so called return directive to implement uniform terms in all member states to returning third-country nationals which was required to be integrated to national law by December 2010. The return directive was implemented to Obligation to Leave and Prohibition on Entry Act (OLPEA) in December 2010 but as European Commission had made observations on applying the return directive, many legal reforms and amendments will be done in the near future which need to be assessed to investigate the changes in legal status of foreign nationals.

The study lies on comparing analysis of currently effective drafting and the future drafting of OLPEA and Estonian judicial practice in authorizing administrative detention. In the center of this analysis is also researching if return directive and European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms has been implemented correctly and if this regulation is being taking into account when deciding detention of illegal aliens. In addition the right to liberty and states right to invasion of this right is being assessed through the constitution. Legal practice of Sweden and Finland is being taken into account as a comparison.

The hypothesis: infringement of the right to freedom of illegal aliens by placing them in a detention center is a disproportionate measure caused by lack of inevitable necessity assessment. The study will provide an answer whether inevitable necessity is being assessed when deciding detention of foreign nationals and if it's analyzed correctly. This thesis is based on qualitative and analytical analysis where quantitative method is used in addition to conclude how many court rulings match specific criteria. First chapter will give an overview on which terms and conditions are involved in deciding detention and its inevitable necessity. In the second chapter judicial practice is being analyzed in authorizing detention and finally legal remedies and the possibility of compensation for damages is studied when detention has been implemented without proper discretion or if removing illegal alien has not had prospects.

The hypothesis was partly confirmed. It was discovered that the constitution involves a proportionality test that covers the terms of return directive in evaluating if detention is applicable based on it being inevitably necessary. According to the constitution the infringement of fundamental rights has to be suitable, moderate and necessary which can be applied to the used method. The condition of suitability matches the return directives proportionality requirement towards the objective pursued. The term moderate can be set equal with the directive condition to evaluate the risk of absconding. Finally necessity is parallel with the directives requirement for detention to be inevitably necessary. Even though these principles are covered by the constitution, these principles are mostly not followed in Estonian judicial practice. When the Tallinn Administrative Courts Tallinn courthouse evaluates the absolute necessity of detention through the constitution by assessing the possibility of using alternative measures or the risk of absconding, then the Tartu Administrative Courts Tartu courthouse is detention an automatic outcome as the provision giving the possibility to detain is considered imperative.

The study revealed that judicial practice in different courthouses is diverse and indicates indistinctness in the interpretation of the law. It has also become evident that there's oversights in court orders. Namely there are provisions used that are invalid when the authorization for detention has been given. It appears that court authorization in implementing detention is a formal and almost automatic process as in the last few years there weren't any decisions not to authorize primary detention of foreign nationals. One other problematic issue is different terms in evaluating the need of detaining an illegal alien. For instance if one courthouse concentrates on the fact why removal is impossible to pursue within 48 hours to decide whether detention should be applied, then the other courthouse evaluates why not implementing detention wouldn't guarantee a successful removal. Finally there are courthouses that give permission to detain only by the fact the third-country national is present without a legal basis of stay. Therefore the legal protection status of third-country national is diverse depending on the courthouse jurisdiction.

The possibility to use alternative measures is only being taken into account in one courthouse. The cause of this problem may lie in the judges' lack of knowledge of the available alternatives to detention and the fact that these measures have been proven to be almost 90% effective in removal of foreign nationals. Problematic are also different interpretations of inevitable necessity of the detention measure. Therefore Estonian judicial practice needs to be unified.

The study also revealed that there are provisions from return directive that have not been implemented to OLPEA. The OLPEA currently in effect is missing the term of voluntary return and therefore officials have no requirements to evaluate if it can be applied. This has caused massive forced removals of third-country nationals. The problem will be resolved with the new draft of OLPEA which states that voluntary return should always be applied when there's no indications by the law to prevent it.

Secondly OLPEA doesn't contain obligation set by the return directive to establish objective terms to determine if there's a risk of absconding. OLPEA will be amended in that part. As return directive doesn't give specific instructions to conditions of absconding, it gives the member states possibility to decide which criterias to use. Estonia has interpreted it widely setting an illegal entry of third-country national as risk for absconding. This is not a practice used in nether Sweden or Finland. It has to be taken into account that the purpose of return directive is not automatic risk of absconding by illegal entry fact as terms of absconding give permission to apply detention. It's therefore evident that such provision would remove the mandatory discretion over detention.

Implementing detention on third-country nationals who have entered the state illegally and have no legal basis of stay is simplified in the future. This is caused by the fact that the law allows it to be interpreted as risk of absconding and due to that it's inevitably necessary to use detention in assuring effective removal even when this risk may be unreal. This statement can be proven by the current judicial practice where inevitable necessity of detention is determined by lack of connections with Estonia and with the fact of illegal entry. Even if new provision has a proportionality and inevitable necessity clause (can be applied only when alternatives can't be used), the need for detaining is grounded through risk of absconding. The first overview of the new OLPEA draft can give the impression that the list of conditions that allow detention has been shortened but through absconding risk the conditions for detention have remained the same.

The OLPEA redaction in force does not stipulate the need to assess whether less restrictive measures could be used in an individual case which is contrary to return directive. Even if the constitution requires this assessment, there's only one courthouse following this condition. This contradiction will be removed with OLPEA's new wording which establishes the requirement to explain why other alternatives can't be used.

The currently in force OLPEA is also in contradiction with Charter of Fundamental Rights of the European Union article 47 and return directive article 13 (4) as it doesn't allow the possibility of legal aid to third-country nationals who have illegally entered the state. According to the Charter of Fundamental Rights the right to legal aid is a fundamental right that has to be available to everybody. The missing access to legal aid can be the cause why there are no lawyers present on detention sittings. The study revealed that out of 179 sittings held in 2013 only on one sitting the foreign national was represented by a lawyer. Because of this contradiction the provision enabling legal aid will be declared invalid.

Current study analyzes if third-country nationals could have the right to apply compensation for damages. Current legislation gives two national options. Firstly by using States Liability Act but in which the foreign national should act to stop the damage to proceed further. There's also an additional term where guilt from the administrative part has to be proven by the third-country national. The conditions for applying compensation for damages can cause the application to fail even when damages for unnecessary detention exist. Secondly there's a possibility to apply compensation for damages through Compensation of Damage Caused by State to Person by Unjust Deprivation of Liberty Act but the main condition is an annulled court ruling which authorized deprivation of liberty with detention. This act doesn't give the opportunity to claim compensation for direct damage but staying in a detention center has a fee that should be nullified with unjust detention. This means that even when there are possibilities for claiming compensation of damages with unjust deprivation of liberty the actual compensation can be unreachable due to the terms and conditions by different acts.

This study shows that the legal status of third-country nationals who have entered the state illegally lessens with the amendment of OLPEA, caused by created term in establishing a risk for absconding automatically by third-country national who has entered the country illegally and has not received the status of stay. According to the research it causes automatic detention of these foreign nationals without an actual risk absconding and removes discretion that is needed for assessing inevitable necessity.

KASUTATUD ALLIKAD

Kirjandus

1. Borchardt, K-D. The ABC of European Union law, Luxembourg: 2010.
2. Council of Europe. Extradition European standards. Strasbourg: 2006.
3. European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe. Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration. Luxembourg: 2013, www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_ENG.pdf.
4. European Union Agency for fundamental rights. Detention of third-country nationals in return procedures. Luxembourg: 2010.
5. Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Varul, P. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.
6. Laffranque, J. Euroopa Liidu õigussüsteem ja Eesti õiguse koht selles. Tallinn: Juura 2006.
7. Madise, Ü. jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2012.
8. Merusk, K. Pilving, I. Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013.
9. Murdock, J. The treatment of prisoners. Strasbourg: 2006.

Artiklid

1. Alexy, R. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. Tartu: Juridica 2001.
2. Andresen, E. Õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamine ja kahju hüvitamine riigivastusõiguses. Tartu: Juridica III/2006.
3. Baldaccini, A. The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive, European Journal of Migration and Law 11: 2009. <http://heinonline.org>.
4. Broeders, D., Leerkes, A. A case of mixed motives? Formal and Informal Function of Administrative Immigration Detention. The British Journal of Criminology: 08.07.2010, <http://rsq.oxfordjournals.org>.

5. Bryan, I., Langford, P. The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights. *Nordic Journal of International Law* 80: 2011, <http://heinonline.org>.
6. Cline, D. Deprivation of Liberty: Has the European Court of Human Rights Recognised a "Public Safety" Exception?. *Merkourios* volume 29: 2013, <http://heinonline.org>.
7. Costello, C. Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law, *Indiana Journal of Global Legal Studies* vol 19: 2012, <http://heinonline.org>.
8. Davis, L. Reconsidering remedies for ensuring competent representation in removal proceedings. *Drake Law Review* vol 58: 2009, <http://heinonline.org>.
9. Edwards, A. Türk, V. Introductory Note on the Summary Conclusions of the Global Roundtable on Alternatives to Immigration Detention, *International Journal of Refugee Law* vol 23 2011, <http://rsq.oxfordjournals.org>.
10. Flynn, M. Who must be detained? Proportionality as a tool for critiquing immigration detention policy, *Immigration Detention and Proportionality*. *Refugee Survey Quarterly*, 09.2012, <http://rsq.oxfordjournals.org>.
11. Grant, S. Immigration Detention: Some Issues of Inequality, *Equal Rights Review* 2011, www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/ERR7_grant.pdf.
12. Hatzis, N. Detention of irregular migrants and the European public order. *European Law Review* 2013. <http://international.westlaw.com>.
13. Kalhan, A. Rethinking immigration detention. *Columbia law review* 21.07.2013. <http://heinonline.org>.
14. Kalmo, H. Põhiseadus ja proportsionaalsus – kas pilvitu kooselu? Tartu: *Juridica* II/2013.
15. Kidane, W. Procedural due process in the expulsion of aliens under international, United States, and European Union law: a comparative analysis. *Emory International Law Review*: 2013. <http://heinonline.org>.
16. Laaring, M. Avaliku korra mõiste põhiseaduses. Tartu: *Juridica* IV/2012.
17. Laurand, A. Euroopa Liidu liitumine inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga. Tartu: *Juridica* IX/2013.
18. Lõhmus, U. Põhiõigused ja Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtted: funktsioonid, kohaldamisala ja mõju. Tartu: IX/2011.
19. Maruste, R. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja –vabaduste kaitse. Tallinn: 2004.
20. Maruste, R. Väärkohtlemise käsitlemine Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikas. Tallinn: *Juridica* II/2013.

21. Mincheva, E. Case Report on Kadzoev, 30 November 2009, <http://heinonline.org>.
22. Mitchell, G., Sampson, R. Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales, *Journal on Migration and Human Security*, <http://jmhs.cmsny.org/index.php/jmhs/article/view/14>.
23. Nazarski, E. Protection of , or protection from, refugees? Refledctions on border controls and movement of persons at the European borders. *Amsterdam Law Forum*: 2008. <http://heinonline.org>.
24. Narits, R. Eesti põhiseaduse aluspõhimõtted omariikluse garantiiga. Tartu: *Juridica I/2011*.
25. O’Nions, H. No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience. *European Journal of Migration and Law* 2008, <http://heinonline.org>.
26. Peers, S. *EU Justice and Home Affairs Law*. Oxford: 2011.
27. Rygiel, K. Governing Mobility and Right to Movement Post 9/11: Managing Irregular and Refugee Migration through Detention, *Review of Constitutional Studies* vol 16: 02.2012, <http://heinonline.org>.
28. Silverman, S-J., Massa, E. *Why Immigration Detention is Unique*. UK: 27.06.2012. <http://onlinelibrary.wiley.com>.
29. Taro, A. Euroopa Ühenduse õiguse rikkumisega tekitatud kahju. Ühenduse liikmesriigi vastutus. Tartu: *Juridica III/2003*.
30. Vallikivi, H. Euroopa inimõiguste konventsiooni kasutamine Riigikohtu praktikas. Tartu: *Juridica VI/2001*.
31. Wilsher, D. The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control: International and constitutional law perspectives. *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge Journals: 2008, journals.cambridge.org.

Uurimused

1. Eesti Vabariigi põhiseaduse ekspertiisi komisjoni lõpparuanne. Põhiseaduse analüüs. www.just.ee/10731.
2. European Council on Refugees and Exiles. Information Note on the directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 dec 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. CO7/1/2009/Ext/MDM www.ecre.org/component/downloads/downloads/158.html.

3. European Commission. Communication from the commission to the European Parliament and the Council, 4th Annual report on Immigration and Asylum 2012, Brussels: 17.06.2013
http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/immigration/general/docs/4th_annual_report_on_immigration_and_asylum_en.pdf.
4. European Union Agency for Fundamental Rights. Fundamental rights: key legal and policy developments in 2012. Belgium 2012, *http://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-highlights-2012_en.pdf*.
5. IOM esindus Eestis, Eesti tagasipöördumissüsteemi kaardistamine, 2011, *www.iom.ee/varre/failid/File/VARRE_2011.pdf*.
6. Kanger, L. Riigikohus. Kahju hüvitamise nõue riigivastutuse seaduse alusel. Kohtupraktika anlüüs. Tartu: 2008.
7. Statens Offentliga Utredningar. Återvändandedirektivet och svensk rätt. SOU 2009:60, Stockholm: 2009, *www.regeringen.se/content/1/c6/12/83/10/f8348e55.pdf*.

Õigusaktid

1. Finsk Författningssamling, Utlänningslag, 30.4.2004/301; 205/2014, 01.05.2004.
2. Svensk Författningssamling, Utlänningslag, (2005:716); 29.09.2005; 2013:648, 29.09.2005.
3. Eesti Vabariigi põhiseadus. RT I, 27.04.2011, 2.
4. Riigi poolt isikule alusetult vabaduse võtmisega tekitatud kahju hüvitamise seadus. RT I, 10.06.2011, 4.
5. Riigivastutuse seadus. RT I, 13.09.2011.
6. Riigi õigusabi seadus. RT I, 18.04.2013, 5.
7. Korrakaitse seaduse muutmise ja rakendamise seadus 424 SE. Lõpptekst. 22.04.2013.
8. Võlaõigusseadus. RT I, 29.11.2013, 4.
9. Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus. RT I, 21.12. 2013, 4.
10. Välismaalaste seadus. RT I, 23.12.2013, 69.
11. Halduskohtumenetluse seadustik. RT I, 23.12.2013, 38.
12. Riigilõivuseadus. RT I, 27.12.2013, 26.
13. Väljasaatmiskohustuse ja sissesõidukeelu seadus. RT I, 15.03.2014. 98.

Rahvusvaheline õigus

1. Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. Rooma, RT II 2000, 11, 57, 04.11.1950.
2. EL Nõukogu direktiiv 2005/85/EÜ Liikmesriikides pagulasseisundi omistamise ja äravõtmise menetluse miinimumnõuete kohta, ET L 326/13, 01.12.2005.
3. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Ühenduse asutamisleping, 29.12.2006, ET C 321 E/1.
4. Euroopa Liidu põhiõiguste harta 2007/C 303/01, ET C 83/389, 30.03.2010.
5. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2008/115/EÜ ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel, ELT L 348, 24.12.2008, 16.12.2008.

Kohtulahendid

1. RKo 19.03.2002, 3-3-1-11-02.
2. RKo 18.11.2004, 3-3-1-33-04.
3. RKHko 16.10.2006, 3-3-1-53-06.
4. RKHko 13.11.2006, 3-1-45-06.
5. RKHko 03.04.2008, 3-3-1-96-07.
6. TlnHKm 02.09.2011, 3-11-2129/3.
7. TlnHKm 02.09.2011, 3-11-2131/3.
8. TlnHKm 15.06.2011, 3-11-1485/2.
9. TlnHKm 02.03.2012, 3-12-231.
10. TlnHKm 22.10.2012, 3-12-2205.
11. TlnHKm 22.10.2012, 3-12-2206.
12. TrtHKm 31.10.2012, 3-12-2287.
13. TlnHKm 20.11.2012, 3-12-2427.
14. TlnHKm 22.11.2012, 3-12-2439.
15. TlnHKm 23.11.2012, 3-12-2461.
16. TlnHKm 07.12.2012, 3-12-2566.
17. TlnHKm 02.02.2013, 3-13-211.
18. TlnHKm 15.03.2013, 3-12-2429.
19. TlnHKm 25.03.2013, 3-13-657.

20. TlnHKm 18.06.2013, 3-13-852.
21. TlnHKm 12.09.2013, 3-13-1887.
22. TlnHKm 13.09.2013, 3-13-1908.
23. TlnHKm 30.09.2013, 3-13-2043.
24. TlnHKm 01.10.2013, 3-13-2052.
25. TrtHKm 25.11.2013, 3-13-2387.
26. TlnHKm 20.12.2013, 3-13-2224.
27. TlnHKm 30.12.2013, 3-13-70230.
28. RKHko 12.03.2013, 3-3-1-62-12.
29. TlnRnKm 03.02.2014, 3-13-2320.

Euroopa Liidu kohtulahendid

1. EKo 19.11.1991, C-6/90, C-9/90, *Andrea Francovich ja Danila Bonifaci jt vs. Itaalia*.
2. EKo 25.06.2011, C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi vs. Itaalia*.

Euroopa Inimõiguste Kohtu lahendid

1. EIKo 15.03.2012, 39692/09, 407137/09, 41008/09, *Austin jt vs. Suurbritannia*.
2. EIKo 29.05.1997, 19233/91, 19234/91, *Tsirlis ja Kouloumpas vs. Kreeka*.
3. EIKo 29.02.2012, 30954/05, *Beiere vs. Leedu*.
4. EIKo 29.10.2013, 30138/12, *Bolech vs. Šveits*.
www.riigiteataja.ee/kohtuteave/kohtulahendi_analyys/8795
5. EIKo 11.04.2013, 56005/10, *Firoz Muneer vs. Belgia*.
www.riigiteataja.ee/kohtuteave/kohtulahendi_analyys/7708
6. EIKo 08.10.2009, 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*.
7. EIKo 26.06.1992, 75/1991/327/399-400, *Vijayanathan ja Pusparajah vs. Prantsusmaa*.

Muud allikad

1. Eesti Keele Sihtasutus. Eesti õigekeelsussõnaraamat ÕS 2013, Tallinn: 2013, kättesaadav
www.eki.ee/dict/qs/.

2. Migrationsöverdomstolen. MIG 2008:23, 27.06.2008 www.rattsinfosok.dom.se.
3. Rüüt, R. PPA 2012. aasta ülevaade.
www.siseministerium.ee/public/PPA_esitus_9jaan2013.pdf.
4. Siseministerium. „Turvalisuspoliitika põhisuunad aastani 2015“ täitmise tegevusaruanne 2012. aasta kohta. Tallinn: 2013,
valitsus.ee/UserFiles/valitsus/et/valitsus/arengukavad/siseministerium/TPPS%20aruanne%202012.%20aasta%20kohta%20.pdf.
5. Lapimaa, V. Varjupaigataotlejalt vabaduse võtmine. Tallinna Halduskohus 2014.
6. Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seaduse eelnõu 793 SE. Seletuskiri, 02.08.2010.
7. Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seaduse eelnõu 444 SE. Seletuskiri, 03.06.2013.