

Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverents

23. novembri 2007. aasta Haagi protokoll ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta

21. istungjärgul vastu võetud tekst

Kommenteeritud väljaanne

Andrea Bonomi

Toimetanud konverentsi alaline büroo
Churchillplein 6b, Haag, Madalmaad



Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverents

23. novembri 2007. aasta Haagi protokoll ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta

21. istungjärgul vastu võetud tekst

Kommenteeritud väljaanne

Andrea Bonomi

Toimetanud konverentsi alaline büroo
Churchillplein 6b, Haag, Madalmaad



© Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverents 2013

Kõik õigused kaitstud. Käesoleva trükise ühtegi osa ei ole lubatud reprodutseerida, talletada otsingusüsteemis ega edastada mitte ühelgi kujul ega viisil, sealhulgas teha valguskoopiaid ja salvestada ilma kirjastaja eelneva kirjaliku loata.

Ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust käsitleva protokoll ja Andrea Bonomi koostatud kommentaaride tõlkimine kõigisse Euroopa Liidu keeltesse (välja arvatud inglise, prantsuse ja saksa keelde) osutus võimalikuks tänu Euroopa Komisjonile / õigusküsimuste peadirektoraadile. Selle väljaande saksakeelne tõlge valmis Austria, Saksamaa ja Šveitsi valitsuste ühise jõupingutuse tulemusena.

Väljaande ametlikud versioonid on kättesaadaval Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi veebisaidil (<www.hcch.net>) inglise ja prantsuse keeles. Väljaande tõlkeid muudesse keeltesse ei ole Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi alaline büroo läbi vaadanud.

ISBN 978-92-79-39257-3

Trükitud Belgias

Eessõna

- 1 *Käesolev väljaanne sisaldab ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust käsitleva protokoll ja Andrea Bonomi koostatud kommentaaride autentseid tekste inglise ja prantsuse keeles.*
- 2 *Tekstid ilmuvad väljaandes 21. istungjärgu aktid ja dokumendid, mis sisaldab lisaks siin toodud lehekülgedele ka 21. istungjärgu II komisjoni tööga seotud esialgseid dokumente, seletuskirju ja protokolle. Seda peatselt ilmuvat trükist saab tellida Haagi konverentsi alalisest büroost (vt lõige 5).*
- 3 *Andrea Bonomi koostatud väljaandes kommenteeritakse 21. istungjärgul vastu võetud protokoll, mis on esitatud 23. novembri 2007. aasta lõppaktis. Kommentaarid tõlkis inglise keelde Peter Wells.*
- 4 *Protokoll võeti vastu 23. novembril 2007 toimunud 21. istungjärgul ja kannab seda kuupäeva. Euroopa Liit kiitis selle heaks 8. aprillil 2010 ja Serbia allkirjastas selle 18. aprillil 2012.*
- 5 *Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi alaline büroo, mille aadress on The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 6 Scheveningseweg, 2517 KT The Hague, Netherlands, jagab soovi korral heameelega teavet konverentsi töö kohta.*

Haag, märts 2013

Protokoll

Väljavõte 23. novembril 2007 allkirjastatud 21. istungjärgu lõppaktist*

ÜLALPIDAMISKOHUSTUSTE SUHTES
KOHALDATAVAT ÕIGUST KÄSITLEV
PROTOKOLL

Käesolevale protokollile alla kirjutanud riigid,

soovides kehtestada ühised sätted ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta,

soovides ajakohastada 24. oktoobri 1956. aasta Haagi konventsiooni laste ülalpidamise kohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta ning 2. oktoobri 1973. aasta Haagi konventsiooni ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta,

soovides välja töötada kohaldamisele kuuluvat õigust käsitlevad üldsätted, mis täiendaksid *laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise 23. novembri 2007. aasta Haagi konventsiooni*,

on otsustanud sel eesmärgil sõlmida käesoleva protokolliga leppinud kokku järgmises.

Artikkel 1 Reguleerimisala

1 Käesolevas protokollis määratakse kindlaks, millise riigi õigust kohaldatakse pere-, sugulus-, abielu- või hõimlussuhtest tulenevate ülalpidamiskohustuste suhtes, kaasa arvatud lapse ülalpidamise kohustuse suhtes vanemate perekonnaseisust olenemata.

2 Käesoleva protokolliga kohaldamisel tehtud otsused ei mõjuta ühegi lõikes 1 nimetatud suhte olemasolu.

Artikkel 2 Üldine kohaldamine

Käesolevat protokolliga kohaldatakse ka juhul, kui kohaldamisele kuulub muu kui osalisriigi õigus.

Artikkel 3 Üldsäte kohaldatava õiguse kohta

1 Kui käesolevast protokollist ei tulene teisiti, kohaldatakse ülalpidamiskohustuste suhtes õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust.

2 Kui õigustatud isiku peamine elukoht muutub, kohaldatakse uueks peamiseks elukohaks oleva riigi õigust alates muutuse toimumise hetkest.

Artikkel 4 Erisätted teatavate õigustatud isikute eeliseisundi kohta

1 Järgmisi sätteid kohaldatakse järgmiste ülalpidamiskohustuste suhtes:

a) vanemate ülalpidamiskohustus oma laste suhtes;

b) muude isikute kui vanemate ülalpidamiskohustus nooremate kui 21 aasta vanuste isikute suhtes, välja arvatud artiklis 5 osutatud suhetest tulenevad kohustused, ning

c) laste ülalpidamiskohustus oma vanemate suhtes.

2 Kui õigustatud isikul ei ole artiklis 3 osutatud õiguse alusel võimalik kohustatud isikult elatist saada, kohaldatakse kohtu asukohariigi õigust.

3 Olenemata artiklist 3, kohaldatakse juhul, kui õigustatud isik on pöördunud kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi pädeva asutuse poole, nimetatud asutuse asukohariigi õigust. Kui aga õigustatud isikul ei ole nimetatud õiguse alusel võimalik kohustatud isikult elatist saada, kohaldatakse õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust.

4 Kui õigustatud isikul ei ole artiklis 3 või käesoleva artikli lõikes 2 või 3 osutatud õiguse alusel võimalik kohustatud isikult elatist saada, kohaldatakse selle riigi õigust, mille kodakondsus on neil mõlemal, kui selline riik on olemas.

Artikkel 5 Erisäte abikaasade ja endiste abikaasade kohta

Abikaasade, endiste abikaasade või kehtetuks tunnistatud abielu poolte vahelise ülalpidamiskohustuse suhtes ei kohaldata artiklit 3, kui üks pooltest selle vaidlustab ning kui abieluga on tihedamalt seotud muu riigi, eelkõige poolte viimaseks ühiseks peamiseks elukohaks olnud riigi õigus. Sellisel juhul kohaldatakse kõnealuse muu riigi õigust.

Artikkel 6 Erisäte kaitse kohta

Kui tegemist on ülalpidamiskohustusega, mis ei ole vanema ja lapse vahelisest suhtest tulenev kohustus last ülal pidada, ega artiklis 5 osutatud ülalpidamiskohustus, võib kohustatud isik õigustatud isiku nõude vaidlustada asjaolu alusel, et sellist kohustust ei ole sätestatud ei kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguses ega selle riigi õiguses, mille kodakondsus mõlemal poolel on, kui selline riik on olemas.

Artikkel 7 Konkreetse menetluse suhtes kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramine

1 Olenemata artiklitest 3 ja 6, võivad elatist saada õigustatud isik ja elatist maksma kohustatud isik üksnes konkreetse asja menetlemiseks teatavas riigis sõnaselgelt kindlaks määrata, et ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatakse kõnealuse riigi õigust.

2 Kohaldamisele kuuluv õigus määratakse enne sellise menetluse algatamist kindlaks kirjaliku kokkuleppega,

* Lõppakti terviktekstiga tutvumiseks vt *Proceedings of the Twenty-First Session (2007)*.

millele on alla kirjutanud mõlemad pooled, või registreeritakse muul infokandjal nii, et selles sisalduv teave oleks hiljem kättesaadav ja kasutatav.

Artikkel 8 Kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramine

1 Olenemata artiklitest 3 ja 6, võivad elatist saama õigustatud isik ja elatist maksuma kohustatud isik igal ajal kindlaks määrata, et ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatakse ühte järgmistest õigustest:

a) selle riigi õigus, mille kodanik on üks pooltest kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal;

b) selle riigi õigus, kus asub ühe poole peamine elukoht kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal;

c) õigus, mille pooled on valinud oma varaliste suhete suhtes kohaldatavaks õiguseks, või tegelikult selliste suhete suhtes kohaldatav õigus;

d) õigus, mille pooled on valinud oma abielulahutuse või lahuse suhtes kohaldatavaks õiguseks, või tegelikult nende abielulahutuse või lahutuse suhtes kohaldatav õigus.

2 Selline kokkulepe sõlmitakse kirjalikult või registreeritakse muul infokandjal nii, et selles sisalduv teave oleks hiljem kättesaadav ja kasutatav, ning sellele kirjutavad alla mõlemad pooled.

3 Lõiget 1 ei kohaldata ülalpidamiskohustuste suhtes, mis on seotud alla 18 aasta vanuse isikuga või täiskasvanuga, kes oma võimete kahanemise või puudulikkuse tõttu ei ole võimeline kaitsma oma huve.

4 Olenemata sellest, millise riigi õiguse pooled on lõike 1 kohaselt valinud, otsustatakse küsimus, kas õigustatud isik saab loobuda oma õigusest elatisele, kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal õigustatud isiku peamiseks elukohaks olnud riigi õiguse kohaselt.

5 Välja arvatud juhul, kui pooled olid kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal täielikult teadlikud selle tagajärgedest, ei kohaldata poolte valitud õigust juhul, kui selle kohaldamisel oleks ühe poole jaoks selgelt ebaõiglased või põhjendamatud tagajärjed.

Artikkel 9 „Alaline asukoht” „kodakondsuse” asemel

Riik, kus perekonnaasjades on siduvaks teguriks mõiste „alaline asukoht”, võib teatada Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi alalisele büroole, et kohtuasjade menetlemisel kõnealuse riigi ametiasutustes asendatakse artiklites 4 ja 6 esinevad viited kodakondsusele viidetega alalisele asukohale selles riigis määratletud tähenduses.

Artikkel 10 Avalik-õiguslikud asutused

Avalik-õigusliku asutuse õigust nõuda õigustatud isikule elatise maksmise asemel antud toetuse hüvitamist reguleerib nimetatud asutuse suhtes kohaldatav õigus.

Artikkel 11 Kohaldamisele kuuluva õiguse ulatus

Ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldamisele kuuluva õiguse alusel määratakse muu hulgas kindlaks:

a) kas, millises ulatuses ja kellelt võib õigustatud isik elatist nõuda;

b) mil määral võib õigustatud isik taotleda elatist tagasiulatavalt;

c) elatise suuruse arvutamise alus ja indekseerimine;

d) kellel on õigus algatada elatisega seotud menetlust, välja arvatud küsimustes, mis on seotud menetlusteovõimega ja esindamisega kohtus;

e) menetluse algatamisega seotud tähtajad ja aegumine;

f) elatist maksuma kohustatud isiku kohustuse ulatus juhul, kui avalik-õiguslik asutus nõuab õigustatud isikule elatise maksmise asemel antud toetuse hüvitamist.

Artikkel 12 Tagasisaate ja edasiviite välistamine

„Õigus” käesoleva protokollis tähenduses on osalisriigis kehtiv õigus, v.a selle riigi kollisiooninormid.

Artikkel 13 Avalik kord

Käesoleva protokollis alusel kindlaks määratud õiguse kohaldamisest võib keelduda ainult niivõrd, kui võrd selle tulemused oleksid ilmses vastuolus kohtu asukohariigi avaliku korra põhimõtetega.

Artikkel 14 Elatise suuruse kindlaksmääramine

Isegi kui kohaldamisele kuuluvas õiguses on sätestatud teisiti, võetakse elatise suuruse kindlaksmääramisel arvesse õigustatud isiku vajadusi, kohustatud isiku võimalusi ning mis tahes hüvitisi, mida õigustatud isik on saanud korrapäraselt makstava elatise asemel.

Artikkel 15 Protokollis kohaldamata jätmise sisekonfliktide suhtes

1 Osalisriik, kus ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatakse eri õigussüsteeme või -normistikke, ei ole kohustatud kohaldama protokollis sätestatud konfliktide puhul, mis tekivad üksnes selliste eri süsteemide või normistike vahel.

2 Käesolevat artiklit ei kohaldata piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes.

Artikkel 16 Ühtlustamata õigussüsteemid – territoriaalsed küsimused

1 Riigi puhul, kus käesolevas protokollis käsitletud küsimuste suhtes kohaldatakse eri territoriaalüksustes kahte või enam õigussüsteemi või -normistikku,

a) käsitatakse viiteid riigi õigusele vajaduse korral viidetena asjaomases territoriaalüksuses kehtivale õigusele;

b) käsitatakse viiteid riigi pädevatele või avalik-õiguslikele asutustele vajaduse korral viidetena asjaomase territoriaalüksuse pädevatele või avalik-õiguslikele asutustele;

c) käsitatakse viiteid peamisele elukohale kõnealuses riigis vajaduse korral viidetena peamisele elukohale asjaomases territoriaalüksuses;

d) käsitatakse viiteid riigile, mille ühine kodakondsus on mõlemal poolel, viidetena selle riigi õiguses määratud territoriaalüksusele või asjakohaste õigusnormide puudumise korral viidetena territoriaalüksusele, millega ülalpidamiskohustus on kõige tihedamini seotud;

e) käsitatakse viiteid riigile, mille kodanikuks isik on, viidetena selle riigi õiguses määratud territoriaalüksusele või asjakohaste õigusnormide puudumise korral viidetena territoriaalüksusele, millega isik on kõige tihedamini seotud.

2 Kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramisel käesoleva protokollis alusel riigi suhtes, mis koosneb kahest või enamast territoriaalüksusest, millest igal juhul on käesolevas protokollis käsitletud küsimuste jaoks oma õigussüsteem või -normistik, kohaldatakse järgmisi eeskirju:

a) kui kõnealuses riigis on olemas õigusnormid, mille alusel määrata kindlaks, millise territoriaalüksuse õigust tuleb kohaldada, siis kohaldatakse selle üksuse õigust;

b) selliste õigusnormide puudumise korral kohaldatakse lõike 1 kohaselt määratletud asjaomase territoriaalüksuse õigust.

3 Käesolevat artiklit ei kohaldata piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes.

Artikkel 17 Ühtlustamata õigussüsteemid – isikutevahelised konfliktid

Käesoleva protokollis alusel kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramisel riigi suhtes, kus kehtib kaks või enam õigussüsteemi või -normistikku, mida kohaldatakse käesolevas protokollis käsitletud küsimuste puhul eri isikurühmade suhtes, käsitatakse viiteid kõnealuse riigi õigusele viidetena selle riigi õigusnormide alusel kindlaks määratud õigussüsteemile.

Artikkel 18 Kooskõlastamine varasemate ülalpidamiskohustusi käsitlevate Haagi konventsioonidega

Osalisriikide vahel asendab käesolev protokoll 2. oktoobri 1973. aasta Haagi konventsiooni ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta ning 24. oktoobri 1956. aasta Haagi konventsiooni laste ülalpidamise kohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta.

Artikkel 19 Kooskõlastamine muude õigusaktidega

1 Käesolev protokoll ei mõjuta rahvusvahelisi õigusakte, mille poolteks osalisriigid on praegu või tulevikus ja mis sisaldavad sätteid käesolevas protokollis käsitletud küsimuste kohta, välja arvatud juhul, kui

selliste õigusaktide poolteks olevad riigid esitavad vastupidise avalduse.

2 Lõiget 1 kohaldatakse ka ühtlustatud õigusnormide suhtes, mis põhinevad asjaomaste riikide piirkondlikel või muud laadi erisidemetel.

Artikkel 20 Ühetaoline tõlgendamine

Käesoleva protokollis tõlgendamisel tuleb arvesse võtta selle rahvusvahelist iseloomu ja võimalikult ühetaolise kohaldamise vajadust.

Artikkel 21 Protokolliga seotud praktiliste küsimuste läbivaatamine

1 Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi peasekretär kutsub vastavalt vajadusele kokku erikomisjoni, et vaadata läbi protokollis kohaldamisega seotud praktilisi küsimusi.

2 Sellise läbivaatamise eesmärgil teevad osalisriigid Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi alalise bürooga koostööd protokollis kohaldamisega seotud kohtupraktikat käsitleva materjali kogumiseks.

Artikkel 22 Üleminekusätted

Käesolevat protokollis ei kohaldata elatise suhtes, mille maksmist nõutakse osalisriigis ajavahemiku eest, mis eelneb protokollis jõustumisele kõnealuses osalisriigis.

Artikkel 23 Allakirjutamine, ratifitseerimine ja ühinemine

1 Käesolev protokoll on allakirjutamiseks avatud kõikidele riikidele.

2 Allakirjutanud riigid peavad käesoleva protokollis ratifitseerima või heaks kiitma.

3 Käesolev protokoll on ühinemiseks avatud kõikidele riikidele.

4 Ratifitseerimis-, heakskiitmis- või ühinemiskirjad antakse hoiule Madalmaade Kuningriigi välisministeeriumile, kes on käesoleva protokollis hoiulevõtja.

Artikkel 24 Piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonid

1 Piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioon, millesse kuuluvad ainult suveräänsed riigid ja mis on pädev teatavas käesoleva protokolliga reguleeritavas küsimuses või kõigis sellistes küsimustes, võib samuti protokollile alla kirjutada, selle heaks kiita või sellega ühineda. Sellisel juhul on piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonil osalisriigi õigused ja kohustused niivõrd, kuivõrd ta on pädev käesoleva protokolliga reguleeritavates küsimustes.

2 Protokollile alla kirjutades, seda heaks kiites või sellega ühinedes teatab piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioon hoiulevõtjale kirjalikult, millistes protokolliga reguleeritavates

küsimustes on organisatsiooni liikmesriigid talle pädevuse üle andnud. Organisatsioon teatab hoiulevõtjale viivitamata kirjalikult kõikidest muutustest, mis toimuvad tema pädevuses võrreldes viimase käesoleva lõike kohaselt edastatud teatega.

3 Protokollile alla kirjutades, seda heaks kiites või sellega ühinedes võib piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioon esitada artikli 28 kohase deklaratsiooni selle kohta, et ta on pädev kõikides protokolliga reguleeritavates küsimustes ning et talle asjaomases küsimuses pädevuse üle andnud liikmesriikide jaoks on protokoll siduv, kuna organisatsioon kirjutab sellele alla, kiidab selle heaks või ühineb sellega.

4 Käesoleva protokolliga jõustumisel ei võeta piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsiooni hoiule antud dokumente arvesse, kui organisatsioon ei ole esitanud lõikes kolm nimetatud deklaratsiooni.

5 Käesolevas protokollis sisalduvaid viiteid osalisriigile või riigile käsitatakse vastavalt vajadusele ka viidetena protokollis osalevale piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonile. Kui piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioon on esitanud lõike 3 kohase deklaratsiooni, käsitatakse protokollis sisalduvaid viiteid osalisriigile või riigile vastavalt vajadusele ka viidetena asjaomasele piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsiooni liikmesriigile.

Artikkel 25 Jõustumine

1 Käesolev protokoll jõustub selle kuu esimesel päeval, mis järgneb kolme kuu möödumisele teise artiklis 23 osutatud ratifitseerimis-, heakskiitmis- või ühinemiskirja hoiuleandmisest.

2 Seejärel jõustub käesolev protokoll:

a) iga riigi või artiklis 24 osutatud piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsiooni suhtes, kes käesoleva protokolliga järgnevalt ratifitseerib, heaks kiidab või sellega ühineb, selle kuu esimesel päeval, mis järgneb kolme kuu möödumisele tema ratifitseerimis-, heakskiitmis- või ühinemiskirja hoiuleandmisest;

b) territoriaalüksuse suhtes, millele on käesoleva protokolliga kohaldamist laiendatud artikli 26 kohaselt, selle kuu esimesel päeval, mis järgneb kolme kuu möödumisele kõnealuses artiklis osutatud deklaratsiooni esitamisest.

Artikkel 26 Ühtlustamata õigussüsteeme käsitlevad deklaratsioonid

1 Kui riigil on kaks või enam territoriaalüksust, kus kehtib käesolevas protokollis käsitletavates küsimustes erisugune õigussüsteem, võib riik protokollile alla kirjutades, seda ratifitseerides, heaks kiites või sellega ühinedes deklareerida vastavalt artiklile 28, et ta kohaldab käesolevat protokolliga kõigi oma territoriaalüksuste või ainult ühe või mitme suhtes neist, ning võib nimetatud deklaratsiooni igal ajal muuta uue deklaratsiooni esitamisega.

2 Igast sellisest deklaratsioonist teatatakse hoiulevõtjale ning selles määratakse sõnaselgelt kindlaks territoriaalüksused, mille suhtes protokolliga kohaldatakse.

3 Kui riik ei esita käesolevas artiklis sätestatud deklaratsiooni, kohaldatakse protokolliga kõikide selle riigi territoriaalüksuste suhtes.

4 Käesolevat artiklit ei kohaldata piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes.

Artikkel 27 Reservatsioonid

Käesoleva protokolliga suhtes ei saa teha reservatsioone.

Artikkel 28 Deklaratsioonid

1 Artikli 24 lõikes 3 ja artikli 26 lõikes 1 osutatud deklaratsioone võib esitada protokollile alla kirjutamise, selle ratifitseerimise, heakskiitmise või sellega ühinemise ajal või hiljem ning neid võib igal ajal muuta või tagasi võtta.

2 Deklaratsioonidest, nendes tehtavatest muudatustest ja nende tagasivõtmisest teatatakse hoiulevõtjale.

3 Protokollile allakirjutamise, selle ratifitseerimise, heakskiitmise või sellega ühinemise ajal esitatud deklaratsioon jõustub samaaegselt protokolliga jõustumisega asjaomase riigi suhtes.

4 Hiljem esitatud deklaratsioon või deklaratsiooni muutmise või tagasivõtmine jõustub selle kuu esimesel päeval, mis järgneb kolme kuu möödumisele kuupäevast, mil hoiulevõtja sai kätte asjaomase teate.

Artikkel 29 Denonsseerimine

1 Käesoleva protokolliga osalisriik võib selle denonsseerida, saates sellesisulise kirjaliku teate hoiulevõtjale. Denonsseerimine võib piirduda ühtlustamata õigussüsteemiga riigi teatavate territoriaalüksustega, mille suhtes kohaldatakse käesolevat protokolliga.

2 Denonsseerimine jõustub selle kuu esimesel päeval, mis järgneb 12 kuu möödumisele kuupäevast, mil hoiulevõtja asjaomase teate kätte sai. Kui teates on denonsseerimise jõustumiseks ette nähtud pikem ajavahemik, jõustub denonsseerimine nimetatud pikema ajavahemiku möödumisel kuupäevast, mil hoiulevõtja sai teate kätte.

Artikkel 30 Teatamine

Hoiulevõtja teatab Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi liikmetele ning muudele riikidele ja piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonidele, kes on protokollile artiklite 23 ja 24 kohaselt alla kirjutanud, selle ratifitseerinud, heaks kiitnud või sellega ühinenud:

a) igast artiklites 23 ja 24 osutatud allakirjutamisest, ratifitseerimisest, heakskiitmisest ja ühinemisest;

- b) kuupäevast, mil käesolev protokoll jõustub vastavalt artiklile 25;
- c) artikli 24 lõikes 3 ja artikli 26 lõikes 1 osutatud deklaratsioonidest;
- d) igast artiklis 29 osutatud denonsseerimisest.

Selle kinnituseks on täievolilised esindajad käesolevale protokollile alla kirjutanud.

Koostatud 23. novembril 2007 Haagis inglise ja prantsuse keeles ühes eksemplaris; mõlemad tekstid on võrdselt autentsed ja antakse hoiule Madalmaade Kuningriigi valitsuse arhiivi ning nende tõestatud koopia edastatakse diplomaatiliste kanalite kaudu kõikidele riikidele, kes olid Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi liikmesriigid selle kahekümne esimese istungjärgu kuupäeva seisuga, ning kõikidele muudele kõnealusel istungjärgul osalenud riikidele.

Kommentaarid

(tõlge)

Sisukord	lehekülg
I OSA: TAUST	13
II OSA: PROTOKOLLI PEALKIRI, PREAMBUL JA ÜLDINE ÜLESEHITUS	14
III OSA: PROTOKOLLIGA SÄTESTATUD KORRA PEAMISED ASPEKTID	15
IV OSA: KOMMENTAARID ARTIKLI KAUPA	16
Artikkel 1 Reguleerimisala	16
a Ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatav õigus	16
b Peresuhetest tulenevad ülalpidamiskohustused	16
i Laiem esemeline reguleerimisala võrreldes konventsiooniga	16
ii Peresuhetest tulenevad ülalpidamiskohustused	17
c Protokolliga kohaldamisel tehtud otsuste reguleerimisala	18
Artikkel 2 Üldine kohaldamine	18
Artikkel 3 Üldsäte kohaldatava õiguse kohta	18
a Seose põhjus	18
b Peamise elukoha mõiste	19
c Peamise elukoha muutumine	19
Artikkel 4 Erisätted teatavate õigustatud isikute eelisseisundi koht	20
a Artikli 4 reguleerimisala	20
b Täiendav seos kohtu asukohariigi õigusega	21
c Siduvate tegurite ümber vahetamine juhul, kui õigustatud isik algatab menetluse kohustatud isiku elukohaks olevas riigis	22
i Põhiline seos kohtu asukohariigi õigusega	22
ii Täiendav seos õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega	23
d Täiendav seos poolte ühise kodakondsusega	23
Artikkel 5 Erisäte abikaasade ja endiste abikaasade kohta	24
a Erinormi põhjus	24
b Vabastusklausli toimimine	25
i Ühe poole taotlus	25
ii Tihedamad seosed	25
c Artikli 5 reguleerimisala	26

Artikkel 6 Erisäte kaitse kohta	26
a Artikli 6 reguleerimisala	26
b Artikliga 6 ette nähtud mehhanism	27
Artiklid 7 ja 8 Kohaldatava õiguse valik	28
Artikkel 7 Konkreetse menetluse suhtes kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramine	28
a Artikli 7 reguleerimisala	28
b Konkreetse menetluse suhtes tehtud valik	29
c Valiku tegemise viis	29
Artikkel 8 Kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramine	29
a Artikli 8 reguleerimisala	30
b Kohaldamisele kuuluv õigus	30
c Punktides c ja d osutatud lisavõimalused	30
i Varaliste suhete reguleerimiseks määratud õigus	31
ii Varaliste suhete suhtes tegelikult kohaldatud õigus	31
iii Lahuselu või lahutuse reguleerimiseks kindlaksmääratud õigus	32
iv Lahuselu või lahutuse suhtes tegelikult kohaldatud õigus	32
d Valiku tegemise viis	32
e Piirangud seoses valiku tagajärgedega	32
i Elatist saama õigustatud isiku peamise elukoha riigi õiguse kohaldamine ülalpidamisest loobumise õiguse suhtes	32
ii Kohtu õigus olukorda leevendada	33
f Poolte vahelise lepingu olemasolu ja kehtivus	33
Artikkel 9 „Alaline asukoht” „kodakondsuse” asemel	33
Artikkel 10 Avalik-õiguslikud asutused	34
Artikkel 11 Kohaldamisele kuuluva õiguse ulatus	34
Artikkel 12 Tagasisaate ja edasiviite välistamine	35
Artikkel 13 Avalik kord	36
Artikkel 14 Elatise suuruse kindlaksmääramine	36
Artiklid 15–17 Ühtlustamata õigussüsteemid	37
Artikkel 15 Protokolliga kohaldamata jätmise sisekonfliktide suhtes	37
Artikkel 16 Ühtlustamata õigussüsteemid – territoriaalsed küsimused	37
Artikkel 17 Ühtlustamata õigussüsteemid – isikutevahelised konfliktid	38
Artikkel 18 Kooskõlastamine varasemate ülalpidamiskohustusi käsitlevate Haagi konventsioonidega	38
Artikkel 19 Kooskõlastamine muude õigusaktidega	39
Artikkel 20 Ühetaoline tõlgendamine	39
Artikkel 21 Protokolliga seotud praktiliste küsimuste läbivaatamine	39

<i>Artikkel 22</i>	<i>Üleminekusätted</i>	39
<i>Artikkel 23</i>	<i>Allakirjutamine, ratifitseerimine ja ühinemine</i>	40
<i>Artikkel 24</i>	<i>Piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonid</i>	40
<i>Artikkel 25</i>	<i>Jõustumine</i>	41
<i>Artikkel 26</i>	<i>Ühtlustamata õigussüsteeme käsitlevad deklaratsioonid</i>	41
<i>Artikkel 27</i>	<i>Reservatsioonid</i>	41
<i>Artiklid 28–30</i>	<i>Deklaratsioonid, denonsseerimine, teatamine</i>	41
<i>Artikkel 28</i>	<i>Deklaratsioonid</i>	41
<i>Artikkel 29</i>	<i>Denonsseerimine</i>	42
<i>Artikkel 30</i>	<i>Teatamine</i>	42

1 23. novembril 2007. aastal toimunud Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi 21. istungjärgul võeti vastu kaks rahvusvahelist õigusakti, mille eesmärk on lihtsustada elatise rahvusvahelist sissenõudmist: *laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise Haagi konventsioon* (edaspidi „konventsioon”) ja *ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust käsitlev Haagi protokoll* (edaspidi „protokoll”). Käesolevas kommenteeritud väljaandes käsitletakse protokoll, konventsiooni vaadeldakse aga eraldi kommentaarides, mille koostasid Alegría Borrás (Hispaania) ja Jennifer Degeling (Austraalia), keda abistasid William Duncan ja Philippe Lortie konverentsi alalisest büroost (edaspidi „Borrás-Degelingi kommentaar”).

2 Ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse küsimus oli algusest peale konventsiooni ja protokollil esialgse eelnõu koostanud laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise Haagi konventsiooni erikomisjoni volitustesse lisatud: erikomisjoni 1999. aasta aprilli koosolekul¹ otsustati, et konverentsi tulevase töö tegevuskavas tuleb esikohale seada ühtsema ülalpidamiskohustusi käsitleva konventsiooni loomine, mis parandaks olemasolevaid sellekohaseid Haagi konventsioone ning sisaldaks sätteid kohtu- ja halduskoostöö kohta². Kehtivatest ülalpidamiskohustusi käsitlevatest Haagi konventsioonidest reguleerivad kaks kohaldatava õiguse kindlaksmääramist: laste ülalpidamiskohustustele kohaldatava õiguse Haagi 24. oktoobri 1956. aasta konventsioon (edaspidi „ülalpidamiskohustusi käsitlev 1956. aasta Haagi konventsioon”) ning ülalpidamiskohustustele kohaldatava õiguse Haagi 2. oktoobri 1973. aasta konventsioon (edaspidi „ülalpidamiskohustusi käsitlev 1973. aasta Haagi konventsioon (kohaldatav õigus”).

3 Kooskõlas 19. istungjärgu otsusega kutsus peasekretär kokku erikomisjoni, mille liikmed kohtusid Haagis 5.–16. mail 2003, 7.–18. juunil 2004, 4.–15. aprillil 2005, 19.–28. juunil 2006 ja 8.–16. mail 2007. Fausto Pocar (Itaalia) valiti erikomisjoni esimeheks ning Mária Kurucz (Ungari), Mary Helen Carlson (Ameerika Ühendriigid) ja Jin Sun (Hiina) aseesimeesteks. Alegría Borrás ja Jennifer Degeling valiti *kaasettekandjateks*. Jan Doogue (Uus-Meremaa) juhtimisel loodi redaktsioonikomisjon. Erikomisjoni ja redaktsioonikomisjoni tööd lihtsustasid oluliselt paljud esialgsed dokumendid³ ja sekretariaadi teadusliku töö eest

¹ Selle istungjärgu kulgemise ja otsuste kohta vt Borrás-Degelingi kommentaar (kättesaadav Haagi konverentsi veebilehel: www.hcch.net), punktid 1–5.

² Vt Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi 19. istungjärgu lõppakt, *19. istungjärgu menetlused (2001/2002)*, I köide, *Muud küsimused*, lk 35–47, lk 45.

³ Vt eelkõige laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise Haagi konventsiooni 2003. aasta mai erikomisjonile esitatud William Duncan 2003. aasta aprilli esialgne dokument nr 3 “Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance” (Uus ühtne õigusakt laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise kohta) (kättesaadav veebilehel www.hcch.net).

vastutanud asepeasekretär William Duncan ja esimese sekretäri Philippe Lortie märkused.

4 Erikomisjon arutas oma esimesel koosolekul, mis toimus 2003. aasta mais, ja kooskõlas oma volitustega küsimust, kas uus õigusakt peaks sisaldama sätteid ülalpidamiskohustuse osas otsuseid langetavate asutuste kohaldatava õiguse kohta, ja kui see nii on, siis millised peaksid olema neis sätetes sisalduvad normid. Arutelu näitas kahe vastastikuse seisukoha esinemist. Enamik tsiviilõigussüsteemiga riikide esindajatest olid selle poolt, et dokumenti lisataks mingis vormis kohaldatav õiguslik režiim, enamik tavaõigussüsteemiga riikide delegatsioonidest oli selle vastu⁴. See vastuseis on kergesti mõistetav, kui pidada silmas, et enamikus tavaõigussüsteemiga riikides tehakse ülalpidamiskohustustega seotud otsused traditsiooniliselt kohtu asukohariigi õiguse alusel. Kohtu asukohariigi õigust kohaldatakse sageli ka riikides, kus elatise sissenõudmiseks on olemas haldussüsteemid, kusjuures mitte kõik need riigid ei ole tavaõigussüsteemiga riigid.

5 Enamik kohaldatava õigusliku režiimi lisamist pooldavatest delegatsioonidest oli seisukohal, et need läbirääkimised pakkusid ainulaadset võimalust vaadata läbi ülalpidamiskohustusi käsitlevad 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonid ning seda võimalust ei tohtinud kasutamata jätta. Kuigi 1973. aasta konventsioon oli tervikuna üsna rahuldav ja sobis uue õigusakti koostamise lähtekohaks, siis mõned selles esitatud lahendused tuli läbi vaadata ja kaasajastada, et leevendada puudusi ja ärgitada rohkem riike seda ratifitseerima⁵. Seetõttu pidi läbivaatamise protsess hõlmama kõiki riike, mitte üksnes 1956. aasta ja 1973. aasta konventsioonide osalisriike.

6 Esimehe ettepanekul otsustas erikomisjon luua kohaldatava õiguse töörühma, kuhu kuulusid eksperdid ülalpidamiskohustusi käsitlevate 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonide osalisriikidest ja ka muudest riikidest ning mille esimeheks määrati allakirjatanu. Talle antud volituste alusel, mida uuendati ja täpsustati erikomisjoni 2004., 2005. ja 2006. aasta koosolekutel, koostas töörühm ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust käsitleva õigusakti esialgse teksti (edaspidi „töödokument”). Töödokumendi esimene versioon esitati kohaldatava õiguse töörühma 2006. aasta

⁴ Kanada, mille provintsid ja territooriumid kohaldavad hierarhilist lähenemisviisi, kuigi piiratumalt, kui on sätestatud ülalpidamiskohustusi käsitlevas Haagi 1973. aasta konventsioonis (kohaldatav õigus), tahtis uude õigusakti mingis vormis lisada kohaldatava õigusrežiimi. Kanada tavaõigussüsteemiga provintsid ja territooriumidel kohaldatakse lapse peamise elukoha õigust. Kui lapsel ei ole selle õiguse alusel võimalust elatist saada, siis kohaldatakse kohtu asukohas kehtivat õigust (vt näiteks ülalpidamiskohustuste sätestamist ja vastastikust täideviimist käsitleva seaduse (Manitoba) artikli 12 lõige 1). Quebecis kehtib tsiviilõigussüsteem ja seal kohaldatakse õigustatud isiku elukohas kehtivat õigust ja seejärel kohustatud isiku elukohaks oleva riigi õigust (tsiviilkoodeksi artikkel 3094).

⁵ Kommentaaride koostamise ajal kehtis 1973. aasta konventsioon 14 riigis (Eesti, Hispaania, Holland, Itaalia, Jaapan, Kreeka, Leedu, Luksemburg, Poola, Portugal, Prantsusmaa, Saksamaa, Šveits ja Türgi). 1956. aasta konventsioon kehtis 12 riigis (Austria, Belgia, Hispaania, Holland, Itaalia, Jaapan, Luksemburg, Portugal, Prantsusmaa, Saksamaa, Šveits ja Türgi).

juuni⁶ aruande lisana ja seda arutati erikomisjoni 2006. aasta juuli koosolekul. Komisjon otsustas kutsuda erikomisjoni kokku 2007. aasta mais, et arutada põhiteemana kohaldatavat õigust. Töödokumendi teine versioon,⁷ mida kommenteeriti kohaldatava õiguse erikomisjoni 2007. aasta aprilli aruandes,⁸ oli erikomisjoni töö alus 2007. aasta mais.

7 Erikomisjoni 2007. aasta mai koosolekul oli arutelu keskmes kohaldatav õigus. Komisjon otsustas kõigepealt, et kohaldatava õigusega seotud normid tuleks lisada protokollile, mis on vormiliselt konventsioonist lahus. Järgmiseks lepiti kokku protokollile esialgse eelnõu⁹ koostamises, mis koos seletuskirjaga¹⁰ andis alust 5.–23. novembril 2007 Haagis toimunud konverentsi 21. istungjärgu aruteludele. Käesoleva dokumendi autor valiti seal protokollile seletuskirja *ettekandjaks*.

8 Haagi konverentsi 21. istungjärgu täiskogu istungit juhatas Teun Struycken (Holland). Asejuhatajad olid Gilberto Vergne Saboia (Brasiilia suursaadik), Xue Hanqin (Hiina suursaadik), Ioannis Voulgaris (Kreeka), Dorothee van Iterson (Holland), Jan Doogue (Uus-Meremaa), Alexander Y. Bavykin (Vene Föderatsioon), Hlengiwe B. Mkhize (Lõuna-Aafrika suursaadik) ja Mary Helen Carlson (Ameerika Ühendriigid).

9 Konverentsi diplomaatiline istung tegi konventsiooni koostamise ülesandeks oma I komisjonile, mille esimees oli Mária Kurucz (Ungari), ja protokollile koostamise oma II komisjonile, mille esimees oli käesoleva dokumendi autor. I komisjoni aseesimehed olid Lixiao Tian (Hiina) ja Mary Helen Carlson (Ameerika Ühendriigid); II komisjoni aseesimehed olid Nádia de Araújo (Brasiilia) ja Shinichiro Hayakawa (Jaapan). Lisaks konverentsi 68 liikme esindajatele viibisid 21. istungjärgul ka vaatlejad 14st riigist, mis ei ole osalisriigid, ja osales ka üheksa valitsustevahelist ja valitsusvälist organisatsiooni.

10 Redaktsioonikomisjoni esimees oli Jan Doogue (Uus-Meremaa) ning see loodi I ja II komisjoni töödega tegelemiseks. Lisaks esimehele kuulusid sellesse

⁶ „Kohaldatava õiguse tööühma aruanne” (2006. aasta juuni esialgne dokument nr 22), mille koostas tööühma esimees Andrea Bonomi esitamiseks 2006. aasta juunis laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise erikomisjonile (kättesaadav veebilehel www.hcch.net).

⁷ Kohaldatava õiguse töödokument (2007. aasta jaanuari esialgne dokument nr 24), mille koostas ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse tööühm, mis kogunes 17.–18. novembril 2006 Haagis, esitamiseks 2007. aasta mais laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise erikomisjonile (kättesaadav veebilehel www.hcch.net).

⁸ Kohaldatava õiguse tööühma aruanne (2007. aasta aprilli esialgne dokument nr 27), mille koostas tööühma esimees Andrea Bonomi esitamiseks 2007. aasta mais laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise erikomisjonile (kättesaadav veebilehel www.hcch.net).

⁹ Protokollile esialgne eelnõu ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta (2007. aasta juuni esialgne dokument nr 30), mis koostati laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise erikomisjoni juhtimisel ja mille kiitis heaks redaktsioonikomisjon, esitamiseks 2007. aasta novembris toimuvale 21. istungjärgule (kättesaadav veebilehel www.hcch.net).

¹⁰ Protokollile esialgne eelnõu ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta – seletuskiri (2007. aasta augusti esialgne dokument nr 33), mille koostas tööühma esimees Andrea Bonomi esitamiseks 2007. aasta novembris toimuvale 21. istungjärgule (kättesaadav veebilehel www.hcch.net).

komisjoni veel mõlema komisjoni *ettekandjad ex officio*, alalise büroo liikmed ja järgmised eksperdid: Denise Gervais (Kanada), Katja Lenzing (Euroopa Ühendus), María Elena Mansilla y Mejía (Mehhiko) ja Mary Helen Carlson (Ameerika Ühendriigid) ning James Ding (Hiina), Lixiao Tian (Hiina), Miloš Hatapka (Euroopa Ühendus), Edouard de Leiris (Prantsusmaa), Paul Beaumont (Ühendkuningriik) ja Robert Keith (Ameerika Ühendriigid).

11 Protokollile kolmas lugemine toimus täiskogu istungil 22. novembril 2007. Protokollile eelnõu võeti ametlikult vastu istungjärgu lõppistungil 23. novembril 2007 21. istungjärgu lõppakti allkirjastamisega.

II OSA: PROTOKOLLI PEALKIRI, PREAMBUL JA ÜLDINE ÜLESEHITUS

12 Protokollile pealkirjas „Ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust käsitlev protokoll” rõhutatakse õigusakti peamist eesmärki, milleks on ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kindlaksmääramiseks ühtsete normide sätestamine. Selle pealkirjaga korratakse Haagi 1973. aasta ülalpidamiskohustusi käsitleva konventsiooni (kohaldatav õigus) pealkirja, millel oli sama eesmärk.

13 Protokoll ei hõlma kohtualluvuskonfliktidega (asutuste pädevus ning otsuste tunnustamine ja täitmine) seotud norme ega riikide halduskoostööd puudutavaid norme. Mõned neist teemadest (halduskoostöö elatise sissenõudmiseks ja selle ajal ning välisriigi otsuste tunnustamine ja täitmine) leiavad konventsioonis käsitlust.

14 Erinevalt konventsioonist, mille pealkirjas osutati selgelt laste ja teiste pereliikmete elatisele, ei ole protokollile pealkirjas sellele viidatud. See peegeldab protokollile artiklis 1 sätestatud väga laiaulatuslikku reguleerimisala: protokolliga määratakse kindlaks õigus, mida kohaldatakse ülalpidamiskohustuste suhtes, mis tulenevad ükskõik millises peresuhtes, piiranguteta ja ilma igasuguste võimalike tingimusteta (vt artikkel 27). Lastel elatise on protokollile reguleerimisalasse lisatud samamoodi nagu täiskasvanutele makstav elatise, vastavalt protokollile kohaselt kohaldatavale õigusele.

15 Protokollile pealkirja arutati diplomaatilise istungi II komisjonis kuni selle viimase koosolekuni 22. novembril 2007, kus toimus protokollile eelnõu teine lugemine. Järgides otsust muuta protokoll vormiliselt konventsioonist sõltumatuks,¹¹ pakkusid mõned delegatsioonid välja õigusakti pealkirja muutmist protokollist konventsiooniks, kuna nende kahe dokumendi vaheline seos ei olnud piisavalt tugev¹². Pärast mõlema lahenduse eeliste ja puuduste arutamist leiti siiski konsensus termini „protokoll” kasutamise osas.

16 Termin „protokoll” kasutamise, mis on Haagi konverentsil vastuvõetava õigusakti kohta üsna tavatu, eeliseks on protokollile ja konventsiooni vaheliste tekkeliste

¹¹ Vt artikkel 23, mis võimaldab allkirjastada, ratifitseerida ja ühineda kõigil riikidel, isegi neil, kes ei ole konventsiooni osalisriigid.

¹² Vt protokollile nr 6 punktid 11 jj, 178 jj.

ja funktsionaalsete seoste rõhutamise. Lisaks protokollile taustale (vt punktid 2 jj) tuleks välja tuua, et protokoll, nagu ka konventsiooni, eesmärk on lihtsustada elatise rahvusvahelist sissenõudmist: kohaldatava õiguse kindlaksmääramine (ja vajaduse korral välisriigi õiguse kohaldamine) on üks raskustest, millega elatist saama õigustatud isik võib vastamisi seista, kui ta esitab nõude välisriigis elava elatist maksma kohustatud isiku vastu. Mõned protokollis pakutud lahendused, sealhulgas eelkõige suurema osatähtsuse andmine kohtu asukohariigi õigusele võrreldes olemasolevate õigusaktidega (vt artiklid 4 ja 7), on mõeldud ülalpidamiskohustustega seotud otsuste tegemise lihtsustamiseks ja on sellest lähtuvalt saanud innustust konventsiooni aluseks olevast probleemist. Tuleb siiski märkida, et seoses protokolliga *erga omnes* iseloomuga (vt artikkel 2) võib selle suure hulga riikide poolne ratifitseerimine olla kasulik õigustatud isikutele, isegi neile, kes elavad protokolliga mitte liitunud riikides (mis ei kavatse ka selle osalisriigiks saada): isegi sellistes riikides elavad õigustatud isikud saavad osalisriigis (nt riigis, kus elab kohustatud isik) algatatud menetluse käigus kasu õigustatud isikule soodsatest protokollis sätestatud ühtsetest kohaldamise normidest.

17 See funktsionaalne seos on esile toodud ka preambulis, kus on märgitud, et kohaldatava õiguse üldnormide koostamine on konventsiooni kasulik täiendus. Lisaks on preambulis kokku võetud muud kaalutlused, mis protokollile koostamisel olulised olid, eelkõige kollisiooninormide ühtsuse ning ülalpidamiskohustusi käsitlevate 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonide kaasajastamise probleem.

18 Protokollil on 30 artiklit. See ei ole jagatud peatükkideks, aga selle sätted võib jagada kolme rühma. Artiklites 1 ja 2 on kindlaks määratud protokollile reguleerimisala *ratione materiae* ja *ratione loci*, artiklites 3–14 on sätestatud ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kindlaksmääramine, täpsustades ka selle reguleerimisala, ning artiklites 15–30 sisalduvad üld- ja lõppsätted, mis on nüüdseks tavapärased kõigi Haagi konverentsi raames koostatud õigusaktide puhul.

III OSA: PROTOKOLLIGA SÄTESTATUD KORRA PEAMISED ASPEKTID

19 Jäädes truuks oma eesmärgile vaadata läbi ülalpidamiskohustustega seotud varasemad konventsioonid, ütlema täielikult lahti nende lähenemisviisist, järgib protokoll paljuski konventsioonides, eelkõige ülalpidamiskohustusi käsitlevas 1973. aasta konventsioonis (kohaldatav õigus) kasutatud lahendusi. Eelkõige kehtib see järgmise kohta: reguleerimisala, mis on väga laialt defineeritud artiklites 1 ja 2; ülalpidamiskohustuse käsitlemine vastavalt oma kollisiooninormidele („seose kategooria”) sõltumata selle aluseks olevast peresuhtest (artikli 1 lõige 2); üldnorm, mis põhineb ülalpidamiskohustuse seosel õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega (artikkel 3); teatud hierarhiliste täiendavate seoste lubamine selleks, et

elatist saama õigustatud isikutele eelisseisundit pakkuda (artikkel 4) ning väga laialdane nende küsimuste määratlemine, mida reguleeritakse ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õigusega (artikkel 11). Protokollile lahendusi võib paljuski võrrelda 15. juulil 1989. aastal Montevideos vastu võetud Ameerika riikide konventsiooniga elatise maksmise kohustuse kohta (edaspidi 1989. aasta Montevideo konventsioon)¹³.

20 Võrreldes ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooniga (kohaldatav õigus) on sisse viidud kolm peamist uuendust: esiteks *lex fori* tugevdatud roll, mis tõstetakse teatud „eeliskategooriasse” kuuluvate õigustatud isikute nõuete puhul peamiste kriteeriumide hulka, kusjuures õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigus mängib neil juhtudel vaid abistavat rolli (artikli 4 lõige 3); teiseks luuakse abikaasade ja endiste abikaasade kohustuste puhul vabastusklausel, mis põhineb tiheda seose olemasolu põhimõttel (artikkel 5), mis katkestab 1973. aasta konventsiooni artiklis 8 sätestatud vääramatu seose lahutuse suhtes kohaldatava õigusega; kolmandaks lisatakse poolte teatav autonoomsus, mille esineb kaks vormi: menetluslik kokkulepe, mis võimaldab pooltel mis tahes ülalpidamiskohustuste puhul valida konkreetse menetluse jaoks kohtu asukohariigi õigus (artikkel 7), ning kohaldamisele kuuluva õiguse valik, mida täiskasvanud, kes on võimelised oma huve kaitsma, võivad igal hetkel kasutada, koos mõnede tingimuste ja piirangutega (artikkel 8).

¹³ Vt allpool punktid 33, 36, 39, 57, 66, 67 ja 166.

Artikkel 1 Reguleerimisala

21 Artiklis 1 on määratletud protokollis reguleerimisala. Selle artikli esimese lõike kohaselt määratakse protokollis kindlaks, millise riigi õigust kohaldatakse kõigi pere-, sugulus-, abielu- või hõimlussuhtest tulenevate ülalpidamiskohustuste suhtes.

Lõige 1. Käesolevas protokollis määratakse kindlaks, millise riigi õigust kohaldatakse pere-, sugulus-, abielu- või hõimlussuhtest tulenevate ülalpidamiskohustuste suhtes, kaasa arvatud lapse ülalpidamise kohustuse suhtes vanemate perekonnaseisust olenemata.

a *Ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatav õigus*

22 Selle protokollis eesmärk on määratleda ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatav õigus. Sellest tulenevalt ei sisalda protokoll ei kohtualluvuskonflikte ega halduskoostööd käsitlevaid norme, kuna need küsimused on sätestatud konventsioonis, vähemalt osaliselt.

23 Lisaks on oluline välja tuua, et protokollis on määratletud ainult ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatav õigus, mis kujutab endast seose autonoomset kategooriat. Seega ei ole kavas määratleda õigust, mida kohaldatakse nende peresuhete suhtes, millest need ülalpidamiskohustused tulenevad. See põhimõte on oluline ja selgelt kirjas Haagi ülalpidamiskohustuste 1973. aasta konventsiooni (kohaldatav õigus) artikli 2 lõikes 1, kus on sätestatud, et „konventsioonis nähakse ülalpidamiskohustuste reguleerimiseks ette üksnes kollisiooninormid”. Seda lauset ei võetud protokollis üle tõenäoliselt seetõttu, et seda peeti ülemääraseks seoses protokollis pealkirja („Ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust käsitlev protokoll”, rõhuasetus lisatud) ning selle artikli 1 lõikes 1 sätestatuga („Käesolevas protokollis määratakse kindlaks, millise riigi õigust kohaldatakse [...] ülalpidamiskohustuste suhtes”, rõhuasetus lisatud). Hoolimata sellest, et protokollis ei ole seda teemat käsitletud, on küsimus lahendatud seal samamoodi nagu 1973. aasta konventsioonis, selles mõttes et artikli 1 lõikes 1 osutatud peresuhete (nt sugulus või abielu) suhtes kohaldatavat õigust protokolliga otseselt ei reguleerita. Seda on kinnitatud protokollis artikli 2 lõikes 1, kus korraldatakse 1973. aasta konventsiooni artikli 2 lõiget 2 ja täpsustatakse, et „käesoleva protokollis kohaldamisel tehtud otsused ei mõjuta ühegi lõikes 1 nimetatud suhte olemasolu”: see norm ei ole sisuliselt muud kui ülalpidamiskohustuste autonoomsest seosest tuletatud tagajärg.

24 Ülalpidamiskohustuste autonoomne seos eeldab, et artikli 1 lõikes 1 osutatud peresuhete suhtes kohaldatav õigus tuleb igas osalisriigis kindlaks määrata vastavas riigis kehtivate ja üldiselt kohaldatavate kollisiooninormide alusel. See ei tekita probleeme, kui peresuhete olemasolu või puudumine on asjaomase menetluse (nt kui hagi puudutab põlvnemise tõendamist või abielu, lahusele või lahutuse kehtivuse tõendamist)

peamine teema, isegi kui ülalpidamiskohustuste olemasolu on esitatud sama menetluse raames teisesena. Probleem on keerulisem juhul, kui menetluse esemeks on ülalpidamiskohustuste ja selle raames kerkib eelkõige isik vaidlustab põlvnemise või abielu kehtivuse). Arvestades, et protokollis seda teemat ei käsitleta, ei ole põhjust mitte taaskasutada ülalpidamiskohustuste käsitlevates 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonides kasutatud tõlgendust, mille kohaselt võib ülalpidamiskohustuste reguleerimise mõeldud õigust kohaldada ka artikli 1 lõike 1 tähenduses peresuhete olemasolu käsitleva eelkõige lahendamiseks¹⁴. See lahendus ei ole aga siduv osalisriikide suhtes ja need võivad õiguspäraselt valida eelkõige osas eraldi ja autonoomse seose. Sellisel juhul määratakse see kohtu asukohariigi kollisiooninormide kohaselt kindlaksmääratud õiguse alusel. Igal juhul ei mõjuta artikli 1 lõike 2 kohaselt ühegi suhte olemasolu ülalpidamiskohustustega seotud otsus, mis on tehtud kooskõlas protokollis määratud õigusega.

b *Peresuhetest tulenevad ülalpidamiskohustused*

25 Artikli 1 lõike 1 kohaselt on protokollis kindlaks määratud, millist õigust kohaldatakse pere-, sugulus-, abielu- või hõimlussuhtest tulenevate ülalpidamiskohustuste suhtes. See lause vastab ülalpidamiskohustuste käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artiklile 1. Selle konventsiooniga¹⁵ võrreldes ei võimalda protokoll reservatsioonide tegemist, mis lubaks osalisriikidel protokollis reguleerimisala konkreetsete ülalpidamiskohustustega piirata või neid reguleerimisalast üldse välja jätta¹⁶. Sellega seoses on protokollis reguleerimisala väga laiaulatuslik.

i *Laiem esemeline reguleerimisala võrreldes konventsiooniga*

26 Protokollis reguleerimisala on eelkõige laiema konventsiooni kohustuslikust reguleerimisalast, mis on artikli 2 lõike 1 kohaselt järgmiselt piiritletud:

„a) vanema ja lapse suhtest tulenev ülalpidamiskohustus, kui ülalpeetav on alla 21aastane;

b) abikaasale ja endisele abikaasale elatise maksamise otsuse tunnustamine ja täitmine või kõnealuse otsuse täitmine, kui asjaomane taotlus on tehtud koos nõudega, mis jääb punkti a kohaldamisalasse, ning

¹⁴ Haagi 1973. aasta konventsiooni seletuskiri (jõustamine – kohaldatav õigus), mille koostas Michel Verwilghen (edaspidi „Verwilgheni seletuskiri”), *Actes et documents de la Douzième session (1972)* (12. istungjärgu aktid ja dokumendid), IV köide, *Obligations alimentaires* (ülalpidamiskohustused), lk 383-465, punkt 125 jj (kättesaadav ka veebilehel www.hcch.net).

¹⁵ Vt eelkõige artiklid 13 ja 14.

¹⁶ Vt artikkel 27, mille kohaselt „käesoleva protokollis suhtes ei saa teha reservatsioone”.

c) abikaasale ja endisele abikaasale elatise maksmise otsus, välja arvatud konventsiooni II ja III peatükis sätestatu.”

See erinevus on esiteks tingitud soovist panna protokollis reguleerimisala kokku langema ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) reguleerimisalaga, et protokoll saaks selle konventsiooni (vähemalt osalisriikide vahel) asendada (vt artikkel 18). Teiseks väljendab see soovi mitte liigselt piirata konventsioonist eraldiseisva protokollis esemeks oleva teksti reguleerimisala, mille kohaldamine on konventsiooni ratifitseerinud riikide jaoks vabatahtlik ja mille omakorda võivad ratifitseerida riigid, kes ei ole konventsiooniosaliselised (vt artikkel 23).

27 Olukordi, mille puhul saab kohaldada mõlemad õigusakte, ei saa esineda, kuna nende *ratione loci* kohaldamise tingimused on erinevad. Konventsioon on *inter partes* õigusakt, mida kohaldatakse osalisriikide vaheliste suhete suhtes. See kehtib nii halduskoostöö¹⁷ kui ka otsuste tunnustamise ja täitmise¹⁸ puhul. Protokollis kohaldatakse aga *erga omnes*, isegi kui kohaldamisele kuulub muu kui osalisriigi õigus (vt artikkel 2).

28 Samuti tuleb märkida, et konventsiooni reguleerimiseset saab valikuliselt laiendada (artikliga 63 kooskõlas oleva deklaratsiooni alusel) „mis tahes ülalpidamiskohustustele, mis tulenevad pere-, põlvnemis-, abielu- või hõimlussuhetest [...]” (artikli 2 lõige 3). Seega võib iga osalisriik sellise deklaratsiooni alusel soovi korral muuta mõlema õigusakti *reguleerimisese* omavahel kattuvaks. Aga isegi sellise deklaratsiooni olemasolu korral ei ole nende kattumine täielik: konventsiooni artikli 2 lõikes 3 sätestatud deklaratsiooniga kohustatakse kahte osalisriiki seda järgima vaid vastastikkuse alusel ehk „ainult niivõrd, kui võrd kõnealuste osalisriikide deklaratsioonid hõlmavad samasuguseid ülalpidamiskohustusi ja samasuguseid konventsiooni osi”. Samas kohaldatakse protokollis aga *erga omnes*, nagu ülal osutatud, sõltumata vastastikkusest (vt artikkel 2). Seega on võimalik, et isegi mõlema õigusakti osalisriigis, kes on deklaratsiooni esitanud, saab konkreetsel juhul kohaldada protokollis, aga mitte konventsiooni.

ii Peresuhetest tulenevad ülalpidamiskohustused

29 Peresuhete mõistet ei ole protokollis määratletud, vaid esitatud on üksnes paar näidet, mis vastavad ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) näidetele. Vanema ja lapse suhe, sugulus, abielu ja hõimlus on selgelt mainitud. See loetelu näitab, et protokollis kasutatav peresuhete mõiste on pigem üsna lai: seal nimetatakse isegi hõimlust, kuigi kõigis riikides sellist suhte liiki ei tunnustata.

30 Artikli 1 lõike 1 lõpuosas on täpsustatud, et laste elatise puhul kohaldatakse protokollis sõltumata vanemate perekonnaseisust. See ka ülalpidamiskohustusi käsitleva

¹⁷ Vt konventsiooni artikkel 9, milles osutatakse taotlustele, mis esitatakse selle osalisriigi keskasutuse kaudu, kus on taotleja elukoht, taotluse saanud liikmesriigi keskasutusele.

¹⁸ Vt konventsiooni artikli 20 lõige 1, milles sätestatakse järgmised tingimused: „ühes osalisriigis („päritoluriik”) tehtud otsust tunnustatakse ja täidetakse teistes osalisriikides” (rõhuasetus lisatud).

1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artiklis 1 ja konventsiooni artikli 2 lõikes 4 esinev täpsustus sätestab, et protokollis kohaldatakse ühtemoodi, olenemata sellest, kas lapsed on sündinud abielust või väljaspool abielu.

31 Praegu tõstatub probleem seoses samasooliste abielu ja partnerluste eri liikidega. Neid suhteid tunnustatakse üha rohkemates õigussüsteemides, kus neid käsitletakse tihti peresuhetena, mis võivad anda aluse ülalpidamiskohustuse täitmise nõudele. Paljudes riikides aga ei tunnustata selliseid suhteid, pidades neid mõningatel juhtudel avaliku poliitikaga kokkusobimatuks. Seda olukorda protokoll ei muuda. Protokollis kollisiooninormid määravad kindlaks ainult ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse. Nendega ei määrata aga kindlaks õigust, mille alusel otsustatakse, mis moodustab perekonnasuhte või kuidas luuakse suhe, mille alusel tekib ülalpidamiskohustus (vt punkt 23 eespool). Samasooliste abielude ja partnerluste olemasolu ja kehtivust reguleeritakse seega jätkuvalt osalisriigi õigusega, sealhulgas rahvusvahelise eraõiguse normidega. Lisaks ei täpsustata protokollis, kas sellistest suhetest tulenevad ülalpidamiskohustused on protokollis reguleerimisalasse lisatud. See väljajäte on kavatsuslik, et vältida probleeme protokollis kohaldamisel, seepärast et nende teemade osas valitseb riikide vahel põhimõtteline vastandumine. Seda teemat arutati siiski seoses mõnede siduvate sätetega ja eelkõige seoses artiklis 5 kirjeldatud abikaasade või endiste abikaasade ülalpidamiskohustusega: mõned delegatsioonid soovitasid protokollis selgesõnaliselt väljendada, et riigid võiksid seda sätet soovi korral kohaldada selliste abieluga sarnaste liitude puhul. Kuigi see ettepanek ei kogunud vajalikku konsensust, lubas diplomaatilise istungjärgu II komisjon neil riikidel, kes selliseid liitusid oma õigussüsteemis tunnustavad või kes on valmis neid tunnustama, kohaldada nende suhtes artiklit 5 (vt allpool punkt 92 jj), mis tähendab vaikivat nõuolekut, et protokollis võib nende suhtes kohaldada. Samas ei otsustatud mitte midagi nende osalisriikide osas, kes ei ole valmis selliseid liitusid abieludena käsutama. Nende jaoks võib lahendus olla nende suhete mitte käsitlemine abieluna (sellisel juhul määratakse kohaldatav õigus kindlaks teiste protokollinormide, eelkõige artiklite 3 ja 6 alusel). Arvestades protokollis ja ettevalmistavates õigusaktides selle teema käsitlemata jätmist, tuleb aktsepteerida selle lahenduse õiguspärasust, isegi kui sellest tuleneb, et protokollis ei kohaldata osalisriikides ühetaoliselt. See ebaühtlus ei ole siiski väga tõsine, kui arvestada, et kohus või asjaomane ametiasutus võib igal juhul avalikule poliitikale toetudes juhtumipõhiselt keelduda kohaldamast välismaist õigust, milles tunnustatakse sellistest vastuolulistest suhetest tulenevaid ülalpidamiskohustusi (vt artikkel 13; allpool punkt 178).

32 Protokollis ei ole täpsustatud, kas seda kohaldatakse ülalpidamiskohustuste suhtes, mis tulenevad ülalpidamiskohustuse olemasolu või ulatusega seotud kokkuleppest. Selliseid kokkuleppeid sõlmivad tihti abikaasad abielu ajal või lahutuse korral või abielus mitte olevad partnerid. Tuleb meenutada, et ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) koostamise ajal ei olnud

võimalik seda teemat ära otsustada ning seega antakse konventsioonis kohtutele „avar mänguruum”, võimaldades neil kohaldada nende kohustuste suhtes lepingu sätteid või kollisiooninorme, mida üldiselt kohaldatakse¹⁹. Hoolimata sellest, et protokollis seda teemat ei käsitleta, on selles siiski elemente, mis võimaldavad kinnitada, et protokollis kohaldatakse ka ülalpidamisega seotud kokkulepete suhtes niivõrd, kui võrd need kokkulepped on mõeldud muutma või täpsustama peresuhtest tulenevat kohustust: erinevalt Haagi 1973. aasta konventsioonist võimaldab protokoll teatavatel tingimustel valida ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust²⁰. Üks põhjustest – või isegi peamine – sellise valiku lubamiseks oli just teatava stabiilsuse tagamine ülalpidamisega seotud kokkulepete suhtes, mis on sõlmitud abikaasade või muude täiskasvanute vahel (vrd allpool punkt 126). Kui on vastuvõetav, et poolte poolt protokollis kohaselt määratud õigust kohaldatakse ülalpidamisega seotud kokkulepete suhtes, siis tuleb samale järeldusele jõuda ka protokollis sätete kohaselt objektiivsele seosele tuginedes kindlaksmääratud õiguse puhul.

c *Protokollis kohaldamisel tehtud otsuste reguleerimisala*

Lõige 2. Käesoleva protokollis kohaldamisel tehtud otsused ei mõjuta ühegi lõikes 1 nimetatud suhte olemasolu.

33 Artikli 1 lõikes 2 on sätestatud, et käesoleva protokollis kohaldamisel tehtud otsused ei mõjuta ühegi lõikes 1 nimetatud suhte olemasolu. Selle sättega korratakse ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artikli 2 lõikes 2 sätestatud. Sama lahendust kasutati ka 1989. aasta Montevideo konventsiooni artiklis 5. Sätte sisu on see, et mitte keegi ei tohi tugineda otsusele, mille kohaselt kohustatud isik peab maksma ülalpidamist õigustatud isikule ja mis on tehtud protokollis kohaselt määratud õiguse alusel, selleks et kinnitada artikli 1 lõikes 1 osutatud peresuhte olemasolu. See norm tuleneb ülalpidamiskohustuste autonoomsest seosest (vt eespool punkt 23). Tegemist on analoogilise sättega konventsiooni artikli 19 lõikega 2, milles on sätestatud, et kui välisriigi otsuses ei käsitleta ainult ülalpidamiskohustust, kohaldatakse kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist puudutavaid konventsiooni norme üksnes nende otsuse osade suhtes, milles käsitletakse ülalpidamiskohustust²¹. Selle, Haagi 1973. aasta konventsiooni osalisriikides juba hästi tuntud lähenemisviisi põhjalikuma analüüsi leiab Verwilgheni seletuskirjast²².

Artikkel 2 Üldine kohaldamine

Käesolevat protokollis kohaldatakse ka juhul, kui kohaldamisele kuulub muu kui osalisriigi õigus.

34 Selle sättega on lihtsalt täpsustatud protokollis universaalset iseloomu. Seda kohaldatakse osalisriikides,

¹⁹ Verwilgheni seletuskiri (joonealus märkuses 14 osundatud teos), punkt 120.

²⁰ Vt eelkõige artikkel 8, milles lubatakse kohaldatav õigus määrata „igal ajal”.

²¹ Vt Borrás-Degelingi kommentaar, punkt 438.

²² Osundatud teos (joonealus märkuses 14), punktid 122 jj.

isegi kui protokollis sätetega määratud õigus on muu kui osalisriigi õigus. See on samasugune lähenemisviis, mis võeti vastu juba Haagi 1973. aasta ülalpidamiskohustusi käsitleva konventsiooniga (kohaldatav õigus) (artikkel 2) ja muude kohaldatavat õigust käsitlevate Haagi konventsioonidega.

35 Selle normiga on ette nähtud, et kui osalisriigi asutus saab ülalpidamiskohustusega seotud taotluse, mis jääb protokollis esemisse reguleerimisalasse, siis tuleb kohaldada seda teksti, et määrata kindlaks põhisjaolude suhtes kohaldatav õigus, isegi kui asjal on (poolte elukoha tõttu või muul põhjusel) väga tihedad seosed ühe või mitme riigiga, mis ei ole protokollis osalisriigid. Sama kehtib ka juhul, kui protokolliga määratud õigus on muu kui osalisriigi õigus (mis võib juhtuda näiteks siis, kui õigustatud isik elab mõnes sellises riigis või kui pooled on määranud selle õiguse ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavaks õiguseks; vt artiklid 3 ja 8).

Artikkel 3 Üldsäte kohaldatava õiguse kohta

36 Selle sättega on kehtestatud põhimõte, mille järgi on ülalpidamiskohustused seotud õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega. Seda seost kasutati põhjalusena ülalpidamiskohustusi käsitlevas 1973. aasta Haagi konventsioonis (kohaldatav õigus) ja laste puhul ülalpidamiskohustusi käsitlevas 1956. aasta Haagi konventsioonis. See on sätestatud ka 1989. aasta Montevideo konventsiooni artiklis 6a (kuigi alternatiivina kohustatud isiku peamisele elukohale). See lahendus võeti läbirääkimiste ajal ühehäälselt vastu.

Lõige 1. Kui käesolevast protokollist ei tulene teisiti, kohaldatakse ülalpidamiskohustuste suhtes õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust.

a *Seose põhjus*

37 Selline seos pakub mitmeid eeliseid. Peamine on see, et see võimaldab määrata kindlaks ülalpidamiskohustuse olemasolu ja summa, võttes arvesse selle riigi sotsiaalse keskkonna õiguslikke ja tegelikke tingimusi, kus õigustatud isik elab ja kus ta peamiselt tegutseb. Nagu on õigesti osutatud Verwilgheni seletuskirjas „[õigustatud isik] kasutab oma elatusraha selleks, et ära elada”. Sellest tulenevalt „oleks tark hinnata kerkivat probleemi seoses konkreetse ühiskonnaga – ühiskonnaga, kus hageja elab praegu ja edaspidi”²³.

38 Seos peamise elukoha õigusega tagab ka samas riigis elavate õigustatud isikute võrdse kohtlemise, sõltumata nende kodakondsusest. On raskesti mõistetav, miks peaks välismaise kodakondsusega õigustatud isikut samas olukorras kohtlema teisiti kui oma elukohariigi kodakondsusega õigustatud isikut.

39 Lõpuks tuleb märkida, et õigustatud isiku peamise elukoha kriteeriumi kasutatakse laialdaselt selle kindlaksmääramiseks, milline on ülalpidamiskohustusega seotud asja lahendamiseks pädev kohus, nii ühtlustatud õiguse aktide²⁴ kohaselt kui ka erinevas siseriiklikus

²³ Osundatud teos (joonealus märkuses 14), punkt 138.

²⁴ Nt nõukogu 22. detsembri 2000. aasta määruse (EÜ) nr 44/2001 (kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades) („Brüssel I”) artikli 5 lõige 2 ning 16. septembri

õiguses. Sellest lähtudes viib kohaldatava õiguse kindlaksmääramisel sama kriteeriumi kasutamine tihti asja lahendava asutuse asukoha õiguse kasutamiseni, millel on selged eelised lihtsuse ja tõhususe näol. Need eelised on eriti väärtuslikud nende ülalpidamiskohustuste asjade puhul, kus käsitletavat summat ja vastavalt ka olemasolevad vahendid välisriigi õiguse kindlaksmääramiseks on harilikult väga väikesed.

40 Nagu on rõhutatud artikli 3 lõikes 1, ei kohaldata seost õigustatud isiku peamise elukohaga, kui protokollist tuleneb teisiti. See on oluline piirang, kuna see seos on protokollis süsteemis aluseks mitmele artiklites 4–8 toodud erandile. Kokkuvõttes tuleb märkida, et selle normi reguleerimisala on protokollis piiratum kui ülalpidamiskohustusi käsitlevates 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonides.

b Peamise elukoha mõiste

41 Peamise elukoha mõistet ei ole protokollis määratletud. Sama kehtib ka paljude Haagi konventsioonide kohta, milles kasutatakse seda mõistet kriteeriumina kohaldatava õiguse või asutuse pädevuse kindlaksmääramisel, sealhulgas laste ja teiste pereliikmete elatise rahvusvahelise sissenõudmise Haagi konventsiooni kohta²⁵. Selle kindlaksmääramine, kas õigustatud isik elab ühes või teises riigis, jääb asja lahendava asutuse ülesandeks. See asutus peab siiski siseriiklikust õigusest tulenevate kriteeriumide kohaldamise²⁶ asemel püüdma protokollis eesmärgile tuginedes leida sellel mõistele ühtset määratlust.

42 Tuleb märkida, et valitud kriteerium puudutab *peamist* elukohta, mis osutab stabiilsusele. Vaid ajutine elukoht ei ole piisav ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kindlaksmääramiseks. Kui õigustatud isik elab näiteks mõned kuud õpingute või ajutise tegevuse tõttu mõnes muus riigis kui tema asukohariik, siis ei muuda see põhimõtteliselt tema peamist elukohta ega ka ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust artikli 3 mõistes.

43 Konventsioonis kasutatakse „peamise elukoha” kriteeriumi ja samuti „elukoha” mõistet. Konventsiooni artikli 20 lõike 1 punktides c ja d kasutatakse „peamise elukoha” kriteeriumi välisriigi otsuste²⁷ tunnustamise aluse kindlaksmääramiseks, „elukoha” kriteeriumi kasutatakse konventsiooni artiklis 9 aga taotluse saanud riigi keskasutuse pädevuse kindlaksmääramiseks ning muudetakse konventsiooni halduskoostööga seotud sätted kohaldatavaks artikli 9 kohaselt: „Käesoleva peatüki kohane taotlus esitatakse selle osalisriigi keskasutuse kaudu, kus on taotleja elukoht, taotluse saanud liikmesriigi keskasutusele”. Selle sätte alusel piisab vaid elukohast, isegi kui see ei ole peamine elukoht. Samas ei piisa ainult ajutisest kohaolekust. See lahendus valiti

selleks, et lihtsustada ülalpidamise rahvusvahelist sissenõudmist niipalju kui võimalik²⁸.

c Peamise elukoha muutumine

Lõige 2. Kui õigustatud isiku peamine elukoht muutub, kohaldatakse uueks peamiseks elukohaks oleva riigi õigust alates muutuse toimumise hetkest.

44 Kui õigustatud isik muudab oma peamist elukohta, siis hakatakse muutuse hetkest alates kohaldama uueks peamiseks elukohaks oleva riigi õigust. Seda lahendust kasutati ülalpidamiskohustusi käsitlevates 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonides (vastavalt artikli 1 lõige 2 ja artikli 4 lõige 2) ja see on vajalik, arvestades põhjusi, millel põhineb seos peamise elukohaga. Peamise elukoha muutumise puhul on loogiline, et ülalpidamiskohustuse olemasolu ja summa kindlaksmääramine toimub selle riigi õiguse kohaselt, kus õigustatud isik elab. Selle õiguse kohaldamine on samuti põhjendatud seetõttu, et siis on tagatud samas riigis elavate õigustatud isikute võrdne kohtlemine.

45 Tuleb märkida, et liikuvusega seotud konfliktile pakutud lahendus ei ole ilmtingimata kooskõlas asutuste pädevuse ja kohaldatava õiguse kattumise tagamise probleemiga: kui asutuse pädevus sõltub õigustatud isiku peamisest elukohast, siis määratakse see elukoht enamasti kindlaks kohaldamise hetkel, võtmata arvesse hilisemaid muutusi (*perpetuatio fori* põhimõte). Samas tuleks ülalpidamiskohustuse osas otsuse tegemisel kohaldatava õigusega seoses arvesse võtta õigustatud isiku peamise elukoha muutust, isegi kui see muutus leiab aset menetluse ajal. Sedavõrd kuivõrd otsusega määratakse ülalpidamine kindlaks tulevikuks, oleks ebaloogiline mitte võtta arvesse sellist olulist asjaolude muutust.

46 Samas ei ole protokolliga kindlaks määratud hetke, millal menetluse jooksul saab viimast korda elukoha muutust (kui see aset leiab) kinnitada. Seega sõltub see igas osalisriigis kohaldatavatest menetlusnormidest.

47 Tuleb märkida, et elukoha muutust tuleb arvesse võtta ainult uue peamise elukoha omandamisel ja alates ajast, millal õigustatud isik selle omandas, st millal uus peamine elukoht saavutab stabiilsuse astme, mis on vajalik peamise elukoha puhul. Kui õigustatud isik kolib teise riiki selleks, et viibida seal üksnes ajutiselt,²⁹ siis ei toimu põhimõtteliselt peamise elukoha muutust, välja arvatud juhul, kui uus elukoht muutub mingil hetkel stabiilseks (näiteks kui õigustatud isik leiab koolituse ajal töökoha, mis võimaldab tal selles riigis end püsivalt sisse seada).

48 Kohaldatava õiguse muutus leiab aset alates hetkest, mil peamine elukoht muutub, aga ainult tuleviku suhtes (*ex nunc*). Õigustatud isiku muutuse eelsesel perioodil jäävate nõuete suhtes kohaldatakse eelmise peamise elukoha õigust. See lahendus on põhjendatud, kui mõelda, et õigus saada kasu varasema perioodi eest on õigustatud isikule juba tagatud ja seega ei tuleks seda enam käsitleda hilisema kohaldatava õiguse muutuse raames.

1988. aasta Lugano konventsiooni (kohtualluvuse ning kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades) artikli 2 lõike 2 paralleelne säte; 1989. aasta Montevideo konventsiooni artikli 8 lõige a.

²⁵ Vt Borrás-Degelingi kommentaar, punktid 61 ja 62.

²⁶ Artikkel 20, vt punkt 202.

²⁷ Vt Borrás-Degelingi kommentaar, punkt 444.

²⁸ *Ibid*, punkt 228.

²⁹ Vt punktis 42 toodud näiteid.

Artikkel 4 Erisätteid teatavate õigustatud isikute eelisseisundi kohta

49 Selles sättes on kindlaks määratud peamised erandid ülalpidamiskohustuste ja õigustatud isiku peamise elukoha seosest. Nende erandite eesmärk on pakkuda natuke soodsamaid tingimusi mõnede elatist saama õigustatud isikute kategooriate puhul juhtudel, mil nende peamise elukoha õiguse kohaldamine on osutunud nende huvidega vastolus olevaks.

a Artikli 4 reguleerimisala

Lõige 1. Järgmisi sätteid kohaldatakse järgmiste ülalpidamiskohustuste suhtes:

50 Vastavalt oma eesmärgile kehtib artikkel 4 ainult osa õigustatud isikute kategooriate puhul, mis on kindlaks määratud lõikes 1. Arusaamatuste vältimiseks tuleb tähelepanu juhtida asjaolule, et selle lõike eesmärk ei ole sätestada ülalpidamise saamise tingimusi (mis on valitud siseriikliku õiguse ülesanne), vaid üksnes määrata kindlaks nende õigustatud isikute kategooriad, kellele antakse võimalus kasutada oma nõuete suhtes kohaldatava õiguse kindlaksmääramise eesmärgil – erandina artiklist 3 – artiklis 4 sätestatud seose kriteeriume. Ülalpidamisõiguse olemasolu sõltub kõnealuse artikli määratud õigusest (või õigustest). Artiklis 4 nimetatud õigustatud isikute kategooriate ülalpidamismõuete suhtes kohaldatav õigus määratakse kindlaks artikli 3 või muude protokollisätete alusel.

51 Samuti tuleb märkida, et artiklis 4 ei ole välistatud mõnede selles artiklis nimetatud kategooriate puhul protokollisätete kohaldamist: artiklit 3 kohaldatakse jätkuvalt, mõnede artiklis 4 sätestatud eranditega, artikkel 6 võimaldab kohustatud isikul teatud juhtudel vaidlustada õigustatud isiku nõuded ning artiklid 7 ja 8 reguleerivad kohaldatava õigusega seotud kokkuleppeid.

52 Erinevalt ülalpidamiskohustusi käsitlevast 1973. aasta Haagi konventsioonist (kohaldatav õigus), milles on täiendavatel seostel põhineval hierarhilisel süsteemil üldine ulatus (vt artiklid 5–6), on protokollis see ette nähtud vaid artikli 4 lõikes 1 loetletud õigustatud isikute kategooriate puhul (vt allpool punkt 53 jj). Seda erinevust võib Haagi 1973. aasta konventsiooni osalisriikides vaadelda sammuna tagasi võrreldes elatist saama õigustatud isikutele tagatava kaitse praeguse tasemega. See ei oleks aga päris täpne: 1973. aasta konventsioonis välistati juba siduvate tegurite hierarhia lahutatud abikaasade ülalpidamise puhul, mida reguleeriti igal juhul lahutuse suhtes kohaldatava õigusega (konventsiooni artikkel 8). Sama kehtis lahusel, abielu tühisuse ja abielu kehtetuks tunnistamise puhul. Sellest tulenevalt võib kahte õigusakti võrreldes märgata, et need erinevad abielu olevate abikaasade³⁰ ja mõnede täiskasvanud õigustatud isikute kohtlemise osas, kelle ülalpidamismõuete osas ei ole võrdlev õigus ühel meelel (nt isikud, kes on seotud kõrvalliini või hõimlussuhete kaudu) ning kelle suhtes nähakse protokollis ette

kohustatud isiku jaoks teatud erikaitsemehhanismid (vt artikkel 6). Võttes arvesse, et nende õigustatud isikute kategooriate suhtes kohaldatakse rangemaid erisätteid, siis näib ebaloogiline ja isegi selgelt vastuoluline võimaldada neil õigustatud isikutel saada kasu artiklis 4 sätestatud siduvate tegurite hierarhiast.

53 Kohaldatava õiguse tööühma 2007. aasta jaanuari töödokumendis³¹ olid sätted, millest hiljem sai artikkel 4, kavandatud ainult alla 21 aasta vanuste isikute jaoks. Erikomisjoni 2007. aasta mai koosolekul jagati see kategooria kaheks eri kategooriaks. Nii kehtib artikkel 4 ühelt poolt vanemate ülalpidamiskohustuse puhul oma laste suhtes (artikli 4 lõike 1 punkt a) ning teiselt poolt muude isikute kui vanemate ülalpidamiskohustuse puhul nooremate kui 21aastaste isikute suhtes (artikli 4 lõike 1 punkt b). Esimesel juhul on määravaks teguriks vanema ja lapse suhe, teisel juhul sõltub eelisseisund õigustatud isiku vanusest. Erikomisjoni 2007. aasta mai koosolekul laiendati kõnealuse artikli kohaldamist laste ülalpidamiskohustusele oma vanemate suhtes. Need lahendused on olemas protokollis lõplikus tekstis.

Punkt a – vanemate ülalpidamiskohustus oma laste suhtes;

54 Artikli 4 lõike 1 punkti a kohaselt kohaldatakse artiklit 4 vanemate ülalpidamiskohustuse puhul oma laste suhtes olenemata laste vanusest. Vanema ja lapse suhte olemasolu peeti piisavaks eelisseisundi põhjenduseks kohaldatava õiguse kindlaksmääramisel. See ei tähenda, et lapsel oleks õigus ülalpidamisele sõltumata tema vanusest, kuna seda küsimust reguleerivad määratud õiguse (või õiguste) materiaalõiguslikud normid, vaid seda, et ta võib saada kasu artikli 4 lõigetes 2–4 sätestatud täiendavate seoste hierarhiast ning seoste ümberpaigutamisest.

Punkt b – muude isikute kui vanemate ülalpidamiskohustus nooremate kui 21aastaste isikute suhtes, välja arvatud artiklis 5 osutatud suhetest tulenevad kohustused, ning

55 Artikli 4 lõike 1 punkti b kohaselt on artiklis 4 toodud sätetest kasusaajate ringi laiendatud noorematele kui 21aastastele isikutele. See osutab protokolliga reguleeritavatel peresuhetel põhinevatele ülalpidamiskohustustele (vt artikli 1 lõige 1), välja arvatud vanema ja lapse suhe (seda on käsitletud artikli 4 lõike 1 punktis a), ja abielu: artikli lõike 1 punktis b on selgelt sätestatud, et seda ei kohaldata ülalpidamiskohustuste suhtes, mis tulenevad artiklis 5 osutatud suhetest ehk abikaasade, endiste abikaasade või kehtetuks tunnistatud abielu poolte ülalpidamiskohustustest. Kohaldatava õiguse valiku puudumisel reguleeritakse abikaasade ja endiste abikaasade kohustusi artiklite 3 ja 5 sätetega. Nende suhtes ei kohaldata artiklis 4 sätestatud eelisseisundit.

56 Punktis b osutatud olukordade puhul on siis peamiselt tegemist otse- või kõrvalliini suhtel (nt lapselapse, õe või venna, õe- või vennalapse esitatud nõuded) või hõimlussuhtel (nt laps oma vanema abikaasa

³⁰ Kes kuuluvad protokollis artikli 5 reguleerimisalasse, olles jäetud välja 1973. aasta konventsiooni artiklist 8.

³¹ Esialgne dokument nr 24, jaanuar 2007 (vt eespool punkt 7), artikkel D.

suhtes) põhinevate ülalpidamiskoostetega. Tuleb märkida, et nende kohustuste suhtes kehtib ka artikkel 6, nii et kohustatud isik võib vajaduse korral nimetatud artiklis sätestatud kaitset kasutada. Protokollis sellele küsimusele pakutud lahendus ei ole väga järjekindel, kuna üks suhte liik on artikli raames 4 eelisseisundis ja artikli 6 raames ebasoodsas olukorras (vt allpool punkt 100). See on ilmselt kompromisistulemus.

57 Pärast pikki kõhklusi selles osas, kas panna vanusepiiriks 18 või 21 aastat, otsustas diplomaatiline istungjärk viimase variandi kasuks. Peamine argument selle lahenduse poolt oli, et see ühtib võrdlevas õiguses täheldatud suunaga soodustada kõrghariduses osalevate ja eelkõige ülikoolis käivate noorte inimeste ülalpidamist. Seda suunda on arvesse võetud ka mõnedes rahvusvahelistes õigusaktides. Nii on 1989. aasta Montevideo konventsioonis sätestatud, et sellest õigusaktist tulenevad õigused tekivad isikutele, kes pärast 18aastaseks saamist jäävad kohaldatava õiguse kohaselt ülalpidamise suhtes õigustatud isikuks. Igal juhul tuleb rõhutada, et ülalpidamise saamine sõltub määratud õigusest (või õigustest). Protokoll reguleerib ainult kollisiooninorme, kuid ei kohusta riike oma siseriiklikku õigust muutma.

Punkt c – laste ülalpidamiskohustus oma vanemate suhtes

58 Artikli 4 lõike 1 punkti c kohaselt kohaldatakse artiklit 4 laste ülalpidamiskohustuse puhul oma vanemate suhtes. Selle erisätte reguleerimisala laiendamise pakkusid enamik delegatsioone 2007. aasta mai erikomisjoni koosolekul välja seetõttu, et ka vanemad, nagu nende lapsedki, vääriavad õigusaktide konflikti puhul soodsat kohtlemist. Diplomaatiline istungjärk otsustas viimaks selle lahenduse poolt. Nagu punkti b puhul kehtib ka punktis c osutatud suhte puhul artikkel 6, mis võimaldab kohustatud isikul kasutada nimetatud artiklis sätestatud kaitset (*ibid*).

b Täiendav seos kohtu asukohariigi õigusega

Lõige 2. Kui õigustatud isikul ei ole artiklis 3 osutatud õiguse alusel võimalik kohustatud isikult elatist saada, kohaldatakse kohtu asukohariigi õigust.

59 Esimene artikli 4 lõikes 1 sätestatud õigustatud isikute kategooriale võimaldatud eelis seisneb täiendavas seoses kohtu asukohariigi õigusega juhtudel, mil õigustatud isikul ei ole oma peamise elukoha õiguse alusel võimalik elatist saada. See lahendus on innustust saanud põhimõttest *favor creditoris* ja on mõeldud tagama, et õigustatud isikul oleks võimalik elatist saada, kui taotluse saanud asutuse õiguses on see ette nähtud.

60 See on traditsiooniline lahendus. See on praegu sätestatud ka ülalpidamist käsitlevates 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonides (vastavalt artiklid 3 ja 6). Viimases konventsioonis on see sätestatud ainult viimase abinõuna, pärast subsidiaarsuse alusel selle riigi õiguse kohaldamist, mille kodakondsus on mõlemal poolel (artikkel 5). Mitmeti on põhjendatud nende kahe täiendava seose kriteeriumide ümberpaigutamine protokollis (kohtu asukohariigi õigus enne selle riigi õigust, mille kodakondsus on neil mõlemal, vt artikli 4

lõige 4). Esiteks vähendab see praktikas seose tähtsust selle riigi õigusega, mille kodakondsus on mõlemal poolel, mille asjakohasuse üle on ülalpidamiskohustuste valdkonnas vaieldud (vt allpool punkt 74). Teiseks lihtsustab see taotluse saanud asutuse tööd, kes saab subsidiaarsuse alusel kohaldada oma õigust, ilma et ta oleks kohustatud esmalt uurima selle riigi õigust, mille kodakondsus on mõlemal poolel. Selle tulemusel saab lahendusest kasu ka õigustatud isik, kuna see võimaldab teha otsuse kiiremini ja väiksemate kuludega.

61 Ülalpidamist käsitlevates 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonides on täiendav seos ette nähtud ainult siis, kui õigustatud isikul „ei ole võimalik ülalpidamist saada” vastavalt õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigusele, mida peamiselt kohaldatakse. Selle lause täpne tähendus tekitas erikomisjoni 2007. aasta mai koosolekul vaidlusi. Õigustatud isik võib selgelt saada kasu kohtu asukohariigi õiguse subsidiaarsest kohaldamisest, isegi kui tema enda peamiseks elukohaks oleva riigi õiguses ei ole ette nähtud asjaomasest peresuhtest tulenevaid ülalpidamiskohustusi (nt ei ole selles õiguses ette nähtud laste kohustusi oma vanemate suhtes), aga samuti juhul, kui ülalpidamiskohustus on põhimõtteliselt tunnustatud, aga sellele on seatud eeltingimus, mis konkreetsel juhul ei ole täidetud (nt on õiguses ette nähtud, et vanemate kohustused laste suhtes lõppevad nende 18aastaseks saamisega ja õigustatud isik on konkreetsel juhul sellesse ikka jõudnud)³². Arutelu teemaks jääb küsimus, kas kohtu asukohariigi õigust tuleks subsidiaarselt kohaldada ka siis, kui elatist ei maksta õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguse alusel majanduslikel põhjustel, näiteks õiguses sätestatud kriteeriumi alusel, millega määratakse kindlaks õigustatud isiku vajadused ja/või kohustatud isiku rahalised vahendid (nt kui õigustatud isik ei vaja tema elukohaks oleva riigi õiguse kohaselt elatist või kohustatud isik ei ole võimeline seda maksma). Rangelt teoreetiliselt on raske eristada seda olukorda ülalnimetatud olukordadest, kuna siin on samuti tegemist juhtumiga, mil elatise maksmisest keeldutakse seetõttu, et peamiselt kohaldatavas õiguses sätestatud tingimus ei ole täidetud. Enamiku delegatsioonide arvates ei peaks selle juhtumi puhul siiski põhimõtet *favor creditoris* (ja täiendavat seost, mis on selle normatiivne väljendus) kohaldama.

62 Igal juhul ei kasutata täiendavat seost, kui õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguses on ülalpidamiskohustus ette nähtud väiksemas summas kui kohtu asukohariigi õiguses. Sellisel juhul kohaldatakse artiklis 3 sätestatud õigust, isegi kui see on praktikas õigustatud isiku jaoks ebasoodsam kui taotluse saanud riigi õiguses sätestatu.

63 Juhtudel, mil kohaldatakse täiendavat seost kohtu asukohariigi õigusega, on see loomulikult kasulik ainult siis, kui ülalpidamiskohustustega seotud menetlus toimub mõnes muus riigis kui õigustatud isiku peamiseks elukohaks olev riik, kuna vastasel juhul oleks kohtu asukohariigi ja õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigus üks ja seesama. Lisaks on protokollis

³² Vt Verwilgheni seletuskiri (joonealuses märkuses 14 osundatud teos), punkt 145.

artikli 4 lõike 2 reguleerimisala piiratud artikli 4 lõikega 3. Lõikes 3 on sätestatud, et kohtu asukohariigi õigust kohaldatakse peamiselt kõigil juhtudel, mil õigustatud isik on algatanud menetluse kohustatud isiku peamiseks elukohaks olevas riigis (vt allpool punkt 64 jj). Selle tulemusel saab kohtu asukohariigi õigust kohaldada artikli 4 lõike 2 kohaselt ainult juhul, kui menetluse on algatanud kohustatud isik (nt juhtum, mil kohustatud isik algatab menetluse oma elukohaks oleva riigi pädevas asutuses, tingimusel, et see kohus saab asja arutada,³³ sellisel juhul võib õigustatud isik kasutada kohtu asukohariigi õigust enda kaitsmiseks) või kui asja menetlev asutus asub riigis, mis ei ole kummagi poole peamiseks elukohaks (kui näiteks elatisnõue on esitatud teisesena kohtule, millel on pädevus teha otsus sugulussuhete või abielu lõpetamise osas).

c *Siduvate tegurite ümbervahetamine juhul, kui õigustatud isik algatab menetluse kohustatud isiku elukohaks olevas riigis*

Lõige 3. Olenemata artiklist 3, kohaldatakse juhul, kui õigustatud isik on pöördunud kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi pädeva asutuse poole, nimetatud asutuse asukohariigi õigust. Kui aga õigustatud isikul ei ole nimetatud õiguse alusel võimalik kohustatud isikult elatist saada, kohaldatakse õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust.

64 Artikli 4 lõikes 3 on sätestatud, et kohtu asukohariigi õigust kohaldatakse peamiselt siis, kui õigustatud isik on esitanud taotluse kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi pädevale asutusele. Aga juhul, kui õigustatud isikul ei ole kohtu asukohariigi õiguse alusel võimalik ülalpidamist saada, siis muutub subsidiaarsuse alusel taas kohaldatavaks kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigus. See on peamine artiklis 3 ja artikli 4 lõikes 2 sätestatud siduvate tegurite vahetamine (kohtu asukohariigi õigus enne õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust). See säte on kompromiss õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguse kohaldamise pooldajate ja kohtu asukohariigi õiguse diferentseerimata kohaldamise pooldajate vahel.

i *Põhiline seos kohtu asukohariigi õigusega*

65 Kohtu asukohariigi õiguse kohaldamisel on kaks tingimust: esiteks peab asja menetlev asutus olema kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi asutus ja teiseks peab menetluse algatama õigustatud isik.

66 Esimene neist tingimustest õigustab kohtu asukohariigi õiguse kohaldamist õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguse kohaldamise asemel. Tuleb märkida, et kui menetlus algatatakse kohustatud isiku peamiseks elukohaks olevas riigis, siis kaotab õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi siduv tegur osa oma eelistest. Sellisel juhul ei too see

³³ Tavaliselt see nii ei ole konventsiooni osalisriikides, kus kohustatud isik algatab menetluse enda vabastamisest ülalpidamiskohustusest pärast oma peamiseks elukohaks olevas osalisriigis otsuse langetamist. Konventsiooni artikli 18 lõike 1 kohaselt (mõnede eranditega): „Kui otsus on tehtud osalisriigis, kus on õigustatud isiku peamine elukoht, ei saa kohustatud isik algatada menetlust otsuse muutmiseks või uue otsuse tegemiseks üheski teises osalisriigis seni, kuni õigustatud isiku peamine elukoht on otsuse teinud riigis”.

kriteerium kaasa *lex fori* kohaldamist ja seega nõutakse asja menetlevalt asutuselt välisriigi õiguse sisu kindlakstegemist, mis võib osutuda ajamahukaks ja kalliks. Lisaks tuleb seda välisriigi õigust kohaldada isegi siis, kui konkreetsel juhul see on õigustatud isiku jaoks *ebasoodsam* kui kohtu asukohariigi õigus (ainus artikli 4 lõikes 2 sätestatud erand on olukord, kus õigustatud isikul *ei ole mingit õigust elatisele* tema enda peamiseks elukohaks oleva riigi õiguse kohaselt, vt eespool punkt 62). Sellises olukorras viib õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguse kohaldamine tulemuseni, mis on vastupidine õigustatud isiku kaitsmise eesmärgile. Sellest lähtuvalt näib, et see siduv tegur tuleks asendada kohtu asukohariigi õiguse kohaldamisega, mis praegusel juhul oleks siis kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigus (märkida tuleb, et muude rahvusvaheliste õigusaktide raames kohaldatakse mõningatel juhtudel kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust, eelkõige kehtib see 1989. aasta Montevideo konventsiooni artikli 6 kohta, kus on sätestatud, et seda õigust tuleb kohaldada alternatiivina õigustatud isiku peamiseks elukohaks olevale õigusele, kui see on õigustatud isiku elatise suhtes soodsam).

67 Kohtu asukohariigi õiguse kohaldamise teine tingimus on see, et menetluse algatab õigustatud isik; selle eesmärk on õigustatud isiku huvides piirata eemaldumist tema peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega seotuse põhimõttest. Tundub, et see eemaldumine võib olla põhjendatud, kui õigustatud isik ise otsustab algatada menetluse talle elatist maksuma kohustatud isiku peamiseks elukohaks olevas riigis, aga see tundub olevat liigne, kui menetluse algatab selles riigis kohustatud isik (nt elatise maksmise otsuse muutmise eesmärgil). Õigustatud isikul on tihti valida, kas ta algatab menetluse enda või kohustatud isiku peamiseks elukohaks olevas riigis (nii on see eelkõige Euroopa õigusruumis, nagu on sätestatud Lugano 1988. aasta konventsiooni ning 22. detsembri 2000. aasta määruse (EÜ) nr 44/2001 artiklis 2 ja artikli 5 lõikes 2, 1989. aasta Montevideo konventsiooni artiklis 8 on sätestatud sarnane valik, vt eespool punkt 39). Kui õigustatud isik valib teise lahenduse, siis ei saa ta esitada kaebust kohustatud isiku riigi õiguse kohaldamisel. Seda silmas pidades kujutab valitud lahendus teatud mõttes kompromissi kohtu asukohariigi õiguse automaatse kohaldamise pooldajate ja nende vahel, kes oleksid eelistanud, et õigustatud isik saaks valida³⁴. Lisaks tuleb märkida, et kui menetluse algatab õigustatud isik, siis tugineb kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi asutuste pädevus väga tugevale alusele (nad saavad toetuda põhimõttele *actor sequitur forum rei*), mis õigustab rohkem kohtu asukohariigi õiguse kohaldamist. Kui aga kohustatud isik algatab menetluse oma peamiseks elukohaks olevas riigis, siis võib selle riigi asutuse pädevus (kui see kohtu asukohariigi õiguse kohaselt olemas on) toetuda vähemolulistele (nt ühe poole kodakondsus) või isegi selgelt ülemäärastele (*forum actoris*) kohtualluvuse kindlakstegemise kriteeriumidele.

³⁴ Vt kohaldatava õiguse tööühma aruanne, vt esialgne dokument nr 22, juuni 2006 (joonealuses märkuses 6 osundatud teos), punktid 24 ja 25.

See annab veelgi rohkem põhjust loobuda kohtu asukohariigi õiguse kohaldamisest sellistel juhtudel.

68 Peamiselt kohtu asukohariigi õiguse kohaldamine on sätestatud ainult artikli 4 lõikes 1 (lapsed, alla 21aastased õigustatud isikud ja lapsevanemad) loetletud õigustatud isikute kategooriate puhul. Selle, kohaldatava õiguse töörühma 2007. aasta töödokumendis³⁵ välja pakutud lahendusest erineva lahenduse põhjused on järgmised. Selgus, et kohtu asukohariigi õiguse kohaldamine kõnealustes sätetes kindlaksmääratud tingimuste suhtes kujutab endast olulist eelist õigustatud isiku jaoks: esitades taotluse enda või kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi asutusele, on tal kaudselt võimalik valida tema ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatav seadus (nn *forum shopping*). Diplomaatilise istungi arvates on sellise eelise võimaldamine põhjendatud ainult artiklis 4 loetletud õigustatud isikute kategooriate puhul.

69 Seoses laste ülalpidamiskohustustega toetub kohtu asukohariigi õiguse kohaldamine veel ühele kaalutlusele. Üha rohkemates riikides kuulub nende kohustuste kindlakstegemine haldusasutuste ülesannete hulka. Neil asutustel ei pruugi olla vajalikku oskusteavet ja vahendeid välisriigi õiguse väljaselgitamiseks ja kohaldamiseks. Sellest lähtuvalt võib kohtu asukohariigi õiguse kohaldamine elatise sissenõudmisel olla mõnede halduspõhiste süsteemide jaoks kohasem. Seda probleemi esineb loomulikult oluliselt vähem täiskasvanud õigustatud isikute elatistõuetel, mille enamasti määravad kindlaks kohtuasutused (vähemalt siis, kui nad ei ole seotud nende laste elatistõuetega).

ii *Täiendav seos õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega*

70 Kuna peamiselt kohtu asukohariigi õiguse kohaldamise alus on *favor creditoris*, siis ei saa seda kasutada juhul, kui see tooks kaasa õigustatud isikule ülalpidamise maksimisest keeldumise. Seetõttu on artikli 4 lõikes 3 sätestatud, sarnaselt artikli 4 lõikega 2, aga vastupidises järjekorras, täiendav seos õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega, kui õigustatud isikul ei ole võimalik saada elatist taotluse saanud asutuse asukohariigi õiguse raames. Artikli 4 lõikes 3 on seega lihtsalt üldnormides sätestatud seosed ümber pööratud. Lause „ei ole [...] võimalik [...] elatist saada” tähendus jääb mõistagi samaks nagu artikli 4 lõikes 2 (vt eespool punktid 61 ja 62).

d *Täiendav seos poolte ühise kodakondsusega*

Lõige 4 – Kui õigustatud isikul ei ole artiklis 3 või käesoleva artikli lõikes 2 või 3 osutatud õiguse alusel võimalik kohustatud isikult elatist saada, kohaldatakse selle riigi õigust, mille kodakondsus on neil mõlemal, kui selline riik on olemas.

71 Kui õigustatud isikul ei ole võimalik saada elatist ei tema peamiseks elukohaks oleva riigi õiguse ega kohtu asukohariigi õiguse alusel (kohaldatakse sellises järjekorras või artikli 4 lõikes 3 sätestatud olukorras vastupidises järjekorras), siis kohaldatakse viimase abinõuna selle riigi õigust, mille kodakondsus on mõlemal poolel. See teine täiendav seos täiendab

³⁵ *Ibid*, punkt 20. jj.

ülalpidamisõigusega isiku kaitset neil juhtumitel, mil esimese kahe kriteeriumi alusel määratud õigused ei võimalda ülalpidamise maksmist. Lause „ei ole [...] võimalik [...] elatist saada” tähendus jääb mõistagi samaks nagu artikli 4 lõikes 2 (*ibid*).

72 Seos poolte ühise kodakondsuse riigi õigusega on sätestatud ka Haagi 1973. aasta konventsiooni (kohaldatav õigus) artiklis 5, aga seal on ta olulisem kohtu asukohariigi õigusest. Nende kahe kriteeriumi vahetamise põhjusi on juba käsitletud (vt eespool punkt 60).

73 Erinevalt Haagi 1973. aasta ülalpidamiskohustusi käsitlevast konventsioonist on täiendav seos poolte kodakondsusega (nagu kohtu asukohariigi õigusega) ette nähtud ainult artikli 4 lõikes 1 osutatud õigustatud isikute kategooriate puhul. Selle hierarhiliste seoste reguleerimisala piirangu põhjusi on juba selgitatud (vt eespool punkt 52).

74 Poolte ühise kodakondsuse seose kasutamine ülalpidamiskohustuste puhul on saanud suure kriitika osaliseks, peamiselt seetõttu, et see kriteerium on diskrimineeriv, kuna sellest saavad kasu ainult kohustatud isikuga sama kodakondsust omavad õigustatud isikud³⁶. Kriitikat on pälvitud ka selle seose mitmetähenduslikkuse, kui ühise kodakondsuse näol on tegemist eri õigussüsteemide ühendava riigi kodakondsusega³⁷. Kriitikast hoolimata võitlesid mitmed delegatsioonid selle täiendava seose säilitamise eest protokollis, mis viis selles osas konsensuse saavutamiseni. Tuleb märkida, et selle seose piiramine ainult artikli 4 lõikes 1 osutatud õigustatud isikute kategooriaga (kui ülalpidamiskohustusi käsitlevas 1973. aasta Haagi konventsioonis (kohaldatav õigus) on sellel üldine kohaldamisala) ja selle viimine nn madalamale astmele ehk *teiseks* täiendavaks seoseks (Haagi 1973. aasta konventsioonis oli ta *esimene* täiendav seos, pärast peamise elukoha ja enne *lex fori* kriteeriume) vähendab oluliselt nii selle seose praktilist mõju kui ka tema puudusi.

75 Eelkõige seoses alaealiste lastega tuleks seda kolmandat seose kriteeriumi kasutada suhteliselt harva, kuna enamiku riikide õigusi tunnistab sellistel juhtudel õigust elatisele. Samas võib ühine kodakondsus mängida olulisemat rolli teiste artikli 4 lõikes 1 osutatud olukordade puhul, näiteks eelkõige täiskasvanud laste nõuded oma vanemate suhtes, alla 21aastaste isikute nõuded muude pereliikmete ja vanemate nõuded oma laste suhtes.

76 Protokollis ei käsitleta mitme kodakondsuse küsimust, nii õigustatud kui ka kohustatud isikul või ka mõlemal võib olla kaks või enam kodakondsust. Nende juhtumite lahendamiseks riikide rahvusvahelises eraõiguses üldiselt kasutavad meetodid ei sobi protokollis kohaselt kasutamiseks. Mõned riigid loevad prioriteetseks kohtu asukohariigi kodakondsust ja see ei vii eriti ühtsete tulemusteni. Kui püüda aga kindlaks teha kõige lähemat või tõhusamat kodakondsust, siis jääb palju ruumi ebakindlusele ja ka see võib viia eri osalisriikides

³⁶ Toetuseks vt juba Verwilgheni seletuskiri (joonealuses märkuses 14 osundatud teos), punkt 144.

³⁷ Sellise juhtumi jaoks protokollis valitud lahendus on lähima seose mõiste kasutamine, vt artikli 16 lõike 1 punktid d ja e; allpool punkt 193.

erinevate tulemusteni. Artikli 4 lõike 4 aluseks olev *favor creditoris* peaks pigem viima ühise kodakondsuse õiguse kohaldamiseni kõigil juhtudel, mil see eksisteerib, isegi kui see kodakondsus ei ole ühe või teise poole jaoks kõige lähem ja tõhusam. Samad kaalutlused peaksid kehtima ka siis, kui pooltel on mitu ühist kodakondsust, mille tulemusel võib õigustatud isiku nõuet aktsepteerida ühe või teise ühise kodakondsuse õiguse alusel.

Artikkel 5 Erisäte abikaasade ja endiste abikaasade kohta

Abikaasade, endiste abikaasade või kehtetuks tunnistatud abielu poolte vahelise ülalpidamiskohustuse suhtes ei kohaldata artiklit 3, kui üks pooltest selle vaidlustab ning kui abieluga on tihedamalt seotud muu riigi, eelkõige poolte viimaseks ühiseks peamiseks elukohaks olnud riigi õigus. Sellisel juhul kohaldatakse kõnealuse muu riigi õigust.

77 Selles artiklis on sätestatud erinorm abikaasade ja endiste abikaasade ülalpidamiskohustusi puudutava siduva teguri kohta. Nende kohustuste puhul peab õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi põhimõtteline seos andma teed, kui üks pooltest seda nõuab, mõne teise riigi õiguse kohaldamisele; eelkõige selle riigi õigusele, mis oli abikaasade viimane peamine elukoht, kui sellel riigil on abieluga tihedam seos.

a Erinormi põhjus

78 Erinormi sätestamine kõnealuse ülalpidamiskohustuste kategooria jaoks põhineb sellel, et õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguse kohaldamine ei sobi alati abikaasa või endiste abikaasade ülalpidamiskohustuste puhul. Arvesse tuleb võtta, et mõnede riikide õiguse kohaselt makstakse abikaasale ülalpidamist ainult suurte piirangutega ja erakordsetel tingimustel (Euroopas iseloomustavad sellised piirangud eelkõige Skandinaavia riikide õigust). Selles kontekstis näib põhimõttel *favor creditoris* põhinevate normide valimatu kohaldamine mõnede riikide jaoks ülemäärane. Eelkõige võib ühe abikaasa võimalus mõjutada ülalpidamiskohustuse olemasolu ja olemust elukoha ühepoolse vahetamise teel viia ebaausa tulemuseni, mis on vastuolus kohustatud isiku õiguspäraste ootustega. Vaatleme näiteks riigi A kodanikest paari juhtumit, kusjuures riigi A õigus ei näe põhimõtteliselt pärast abielu ette elatise maksmist. Olles elanud kogu oma abielu vältel selles riigis, abikaasad lahutavad ja üks neist asub elama riiki B, mille õigus on lahutatud abikaasade suhtes palju heldem, ja ta esitab elatisnõude oma uueks peamiseks elukohaks oleva riigi õiguse alusel. Artiklis 3 sätestatud üldise siduva teguri kohaselt peaks selline nõue olema lubatud. Sellises olukorras näib aga riigi B, kus abikaasad oma abielu ajal kunagi ei elanud, õiguse kohaldamine ebaaus teise abikaasa suhtes ja satub vastuollu abikaasade õiguspäraste ootustega, mis neil võisid abielu ajal olla.

79 Juba 1973. aasta ülalpidamiskohustusi käsitleva konventsiooni (kohaldatav õigus) koostamise ajal täheldati, et lahutatud abikaasade vaheliste ülalpidamiskohustuste puhul on seos õigustatud isiku peamise elukohaga nõrk. Selles konventsioonis on selle olukorra jaoks sätestatud erinorm, mille kohaselt reguleeritakse ülalpidamiskohustusi lahutatud abikaasade

vahel lahutuse suhtes kohaldatava õigusega (artikkel 8). Sama kehtib *mutatis mutandis* ka lahuse lu ja tühiste või kehtetuks tunnistatud abielude puhul (artikli 8 lõige 2). Seda lahendust kohaldatakse mitte üksnes siis, kui elatisnõue esitatakse lahutusprotsessi käigus (või lahutuse ajal), vaid ka järgnevate menetluste puhul, kui lahutuse otsust läbi vaadatakse või täiendatakse. Selle *perpetuatio juris*'e põhjus on järjepidevuse tagamise nõue, vältimaks õigustatud isikust abikaasa elukoha muutumist, mis tooks kaasa ka kohaldatava õiguse muutmise.

80 Sellel lahendusel on siiski mitu puudust, mis tõid Haagi 1973. aasta ülalpidamiskohustusi käsitleva konventsiooni (kohaldatav õigus) osalisriikidelt palju elavat kriitikat. Kõigepealt tuleb märkida, et seni, kuni lahutusega seotud kollisiooninormid ei ole rahvusvahelisel tasandil ühtlustatud, ei saa artikkel 8 mitte mingil juhul ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatavat õigust ühtlustada. See õigus jääb jätkuvalt sõltuma selle riigi rahvusvahelisest eraõigusest, kelle kohtu poole lahutusega seoses pöörduti, ning see lahendus soodustab vältimatult nn *forum shopping*-ut. Lisaks, kui abikaasade ülalpidamiskohustused tuleb kindlaks määrata pärast lahutust, siis võib ajas muutumatu siduva teguri valimine tuua kaasa sellise õiguse kohaldamise, mis on endiste abikaasade olukorra ja nende huvide suhtes täiesti ebaoluliseks muutunud; kohus ei saa võtta arvesse õigustatud või kohustatud isiku parajasti peamiseks elukohaks oleva riigi õigust. Lahutuse otsuses võivad puududa igasugused elatisega seotud sätted, sellisel juhul on artiklis 8 tõstatatud järjepidevuse probleem vähem oluline. See kehtib eriti siis, kui abikaasad lahutavad riigis, mis ei näe lahutatud abikaasadele ette elatist. Sellisel juhul tähendab lahutuse suhtes kohaldatava õiguse kohaldamine keeldumist igasugusest elatisest, mis ei näi põhjendatud olukordades, mil sellel õigusel ei ole eriliselt tihedat seost kõnealuse asjaga. Lahutuse suhtes kohaldatav õigus võib endaga kaasa tuua praktilisi raskusi, kuna võib osutuda keeruliseks otsuses selle õiguse kindlaksmääramine, mille alusel lahutus toimus. Kõik need kaalutlused on võrdselt kehtivad *mutatis mutandis* lahuse lu, abielu tühisuse või kehtetuks tunnistamise puhul.

81 Otsides tasakaalu õigustatud isiku kaitse ja selle riigi õiguse kohaldamise vahel, millel on abieluga oluline seos, pöördus erikomisjon esiti abikaasade või endiste abikaasade viimase ühise ja peamise elukoha olulise seose poole. Mõningatel juhtudel esindab see kriteerium tõenäoliselt olulisemat seost kui ainult õigustatud isiku peamiseks elukohaks olev riik, ja on seega õiguspärasem³⁸. See ei ole siiski alati nii. Kui viimane ühine elukoht asus riigis A, kus abikaasad end hiljuti elama registreerisid pärast mitmeaastast elamist riigis B ja õigustatud isik pöördub pärast lahuse lu tagasi riiki B, siis sobib see seos õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigiga (mis kõnealusel juhul on ühtlasi varasem ametlik ühine elukoht) paremini poolte ootustega. Muudes olukordades võib mõni muu seos olla veelgi olulisem, nt eelmine ühine eluase või poolte ühine kodakondsus.

³⁸ Vt eespool, punktis 78 käsitletud olukord.

82 Arvestades iga konkreetse asja eri jooni ning raskusi range ja ulatusliku siduva teguri sätestamisel, pakkus diplomaatiline istung välja paindliku lahenduse. Artiklis 3 ette nähtud seos õigustatud isiku peamise elukohaga jääb peamiselt kohaldatavaks õiguseks abikaasade ja endiste abikaasade ülalpidamiskohustuste puhul. Samas võib see olla ühe poole taotlusel ka välistatud, kui abielu on tihedamalt seotud muu riigiga, eelkõige poolte viimaseks ühiseks peamiseks elukohaks olnud riigiga. See lahendus põhineb Euroopa Ühenduse delegatsiooni ettepanekul³⁹.

b *Vabastusklausli toimimine*

i *Ühe poole taotlus*

83 Uus norm on esitatud vabastusklausli vormis ning põhineb seotusel (kõige tihedam seos). Selle kohaldamise eeltingimus on ühe poole vastav taotlus. Tegemist on originaalse lahendusega, mis ei vasta mitmete rahvusvahelise eraõiguse riigisisese,⁴⁰ rahvusvahelise või piirkondliku tasandi⁴¹ õigusaktides, sealhulgas teatavates Haagi konventsioonides⁴² sisalduvatele tavapärase vabastusklauslite struktuurile. Sätted võimaldavad kohtul kalduda kõrvale paindumatutest siduvatest teguritest, kui see on vajalik seotuse kindlakstegemisel, kuid ei eelda tavaliselt ühe poole vastavat taotlust. Protokollis sisalduva lahenduse eelis on vabastamisklauslites sisalduva igasuguse ebakindluse vähendamine, kuna kõige tihedama seotuse kindlakstegemisel piirduakse vaid juhtudega, kus seda on taotlenud üks pooltest. Tuleb märkida, et sellise taotluse saamisel on ametiasutuse töö tavaliselt lihtsustatud tänu taotleva poole esitatud teabele.

84 Protokollis ei ole sätestatud taotluse esitamise tähtaega, kuid aruteludest selgub, et see tuleb esitada konkreetse menetluse, sealhulgas vaidluste alternatiivse lahendamise menetluse (nagu vahendamine) käigus⁴³. Taotluse esitamise lõpptähtaeg sõltub igas osalisriigis kohaldatavatest menetlusnormidest, kuna Šveitsi delegatsiooni ettepanek ühtse normi kehtestamise kohta⁴⁴ ei saavutanud vajalikku konsensust⁴⁵. Selleks et vältida nimetatud taotluse kasutamist eelkõige kohustatud isiku poolt venitamise eesmärgil, oleks soovitatav mitte lubada taotluse esitamist menetluse hilisemates etappides. Seega tuleks välistada selle esmane esitamine lõplike sisuliste järelduste tegemise või apellatsioonimenetluste ajal. Üks lähenemine võiks olla selle esitamine hiljemalt esimese sisulise kaitse ajal, kuid vaadelda võib ka muid lahendusi.

ii *Tihedamad seosed*

85 Ühe poole vastuväite tulemusel ei jäeta artikli 3 alusel määratud õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust automaatselt kõrvale. Lisaks peab

õigussüsteem, mille kohaldamist nõutakse, olema asja menetleva asutuse hinnangul abieluga tihedamalt seotud. Seega on normi aluseks seotuse põhimõte. See eeldab, et kohus hindab vastava taotluse järel seda, kas abielu on tihedamalt seotud mõne muu õigusega kui õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigus. Selleks tuleb võtta arvesse kõiki tegureid, mis seovad abielu eri riikidega, nagu abikaasade peamise elukoha riik ja/või elukoha riik abielu ajal, nende kodakondsus, abielu sõlmimise riik ja lahusele või lahutuse toimumise riik. Lisaks peab kohus asjaomaste riikide hindamisel tegema kindlaks, kas need riigid on õigustatud isiku tolle aja peamiseks elukohaks olevast riigist olulisemad või mitte.

86 Nimetatud kriteeriumide seas peetakse artiklis 5 kõige tähtsamaks abikaasade viimast ühist peamist elukohta. Tegemist ei ole tegeliku eeldusega, nagu seda kasutatakse muudes õigusaktides⁴⁶, vaid pelga viitega,⁴⁷ mis peegeldab diplomaatilise istungi arvamust, mille kohaselt on paljudel juhtudel poolte viimase ühise elukoha õigusel ülimalt oluline seos abieluga. Tuleb märkida, et „ühine peamine elukoht“ ei eelda poolte kooselu, vaid seda, et nad on elanud abielu ajal ühes ja samas riigis. Samas ei ole artiklis 5 juttu abielule eelnenud ühisest peamisest elukohast, kuigi miski ei takista selle arvessevõtmist muude siduvate tegurite seas tihedama seotuse hindamise eesmärgil.

87 Abikaasade parajasti kehtivat ühist peamist elukohta ei ole artiklis 5 käsitletud sel lihtsal põhjusel, et see langeb kokku õigustatud isiku peamise elukohaga ja ei pruugi seepärast kujutada endast erandit artikli 3 kohasest seosest. See ei tähenda, et abikaasade parajasti kehtiv peamine elukoht ühes ja samas riigis ei mängi artikli 5 kohaldamises rolli. Vastupidi – asjaolu, et nõude esitamise ajal elavad mõlemad abikaasad samas riigis, muudab raskemaks artikli 3 kõrvalejätmise (kuigi teoreetiliselt on see võimalik) argumendiga, et abieluga on tihedamalt seotud muu riigi õigus (nt varasema ühise peamise elukoha riigi õigus).

88 Olgugi et viimase ühise peamise elukoha kriteerium on artikli 5 raames kõige olulisem, võivad selle artikli kohaldamisel olla asjakohased ka muud kriteeriumid. Nii näiteks võib abikaasade endine ühine peamine elukoht kujutada endast teatavatel tingimustel väga tihedat seost. Kui abikaasad on elanud kaua riigis A ja seejärel lühidalt riigis B, enne kui õigustatud isik kolis riiki C, ei esine tihedat seotust riigiga B viimase ühise peamise elukoha mõistes, kuid tihe seotus on olemas riigiga A kui endise ühise peamise elukohaga.

89 Teoreetiliselt võib võtta arvesse muid kriteeriume, nagu näiteks ühist kodakondsust või abielu sõlmimise riiki, kuid need tunduvad olevat kõrvalise tähtsusega. Nimetatud kriteeriumid võivad suurendada abikaasade peamise elukoha tähtsust (olevikus või minevikus) (näiteks võib see minna rohkem arvesse, kui langeb kokku abikaasade ühise kodakondsusega). Eraldi on neil tähtsust vaid erakorralistel juhtudel (nt kui abikaasad ei ole kunagi olnud samas riigis peamist elukohta või nad on abielu jooksul väga sageli kolinud).

³⁹ Töödokument nr 4.

⁴⁰ Vt Šveitsi 18. detsembri 1987. aasta föderaalakti (rahvusvahelise eraõiguse kohta) artikkel 15.

⁴¹ Vt lepinguliste kohustuste suhtes kohaldatava õiguse 19. juuni 1980. aasta Rooma konventsiooni artikli 4 lõige 5 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 17. juuni 2008. aasta määruse (EÜ) nr 593/2008 (lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta (Rooma I)) artikli 4 lõige 3.

⁴² Vt vanemliku vastutuse ja lastekaitsemeetmetega seotud kohtualluvust, kohaldatavat seadust, tunnustamist, kohtuotsuste täitmist ja koostööd käsitleva 19. oktoobri 1996. aasta Haagi konventsiooni artikli 15 lõige 2.

⁴³ Protokoll nr 1 lõiked 25–29, protokoll nr 3 lõige 21.

⁴⁴ Töödokument nr 9.

⁴⁵ Protokoll nr 4 lõige 74 jj.

⁴⁶ Vt 19. juuni 1980. aasta Rooma konventsiooni artikli 4 lõige 2.

⁴⁷ Vt töödokument nr 2.

c Artikli 5 reguleerimisala

90 Tuleb märkida, et artikli 5 kohaldamisala on lai, kuna see hõlmab nii abikaasasid kui ka endiseid abikaasasid. Erinevalt ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artiklist 8 on protokollis nimetatud säte mõeldud kohaldamiseks nii lahutatud kui ka lahus elavate abikaasade ja selliste abikaasade kohustuste suhtes, kelle abielu on tunnistatud kehtetuks või tühiseks, kui ka abikaasade ülalpidamiskohustuste suhtes abielu ajal. Erikomisjon leidis, et abielu ajal ja pärast lahutust (või lahuselu ajal) kehtivate ülalpidamiskohustuste suhtes on eelistatav kasutada ühtset siduvat tegurit, et vältida kohaldatava õiguse muutmist pärast lahutust (või *a fortiori* vaid lahuselu puhul). Lisaks on see valik õigustatud niivõrd, kui võrd säte alusel kehtestatud seose kriteerium, milleks on viimane ühine peamine elukoht, avaldab veelgi tugevamat mõju abikaasade vahelisele ülalpidamiskohustusele abielu ajal.

91 Sarnaselt ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artiklile 8 kehtib artikli 5 erinorm ka sellise abielu poolte vahel, kelle abielu on kehtetuks tunnistatud. Tegemist on putatiivsete abieludega, mille puhul mõnikord seadusega tunnustatakse ülalpidamiskohustust ühe abikaasa suhtes. Ehkki artiklis 5 (erinevalt 1973. aasta konventsiooni artiklist 8) ei ole kehtetuks tunnistatud abielu käsitletud, ei ole käsitlemata jätmise eesmärgipärane ning sellist juhtumit tuleks pidada samuti asjaomase säte kohaldamisalasse kuuluvaks.

92 Hoolimata teatavate delegatsioonide sellekohastest ettepanekutest,⁴⁸ ei ole artiklis 5 sätestatud abieluga sarnaste institutsioonide, nagu teatavate registreeritud kooselu vormide, abieluga sarnast mõju ülalpidamiskohustuste valdkonnas. Säte puudumisest õigusaktis olenemata tunnistatakse diplomaatiline istung, et riigid, kes tunnustavad selliseid institutsioone oma õigussüsteemides või soovivad seda teha, võivad paigutada need artiklis 5 sätestatud normi reguleerimisalasse⁴⁹. Selline valik võimaldab nende riikide asutustel vältida oma siseõiguses abieluga võrdseks peetavate institutsioonide erinevat kohtlemist. See kehtib veelgi enam samasooliste abielude suhtes, mida teatavates riikides tunnustatakse.

93 Selle lahenduse kohaldamine on vabatahtlik selles mõttes, et nimetatud partnerlussuhteid mitte tunnustavate riikide jaoks ei ole see siduv. Selliste riikide võimalikke valikuid on käsitletud eespool (vt punkt 31). Samuti tuleb rõhutada, et kui protokolliga kindlaks määratud õigusega nähakse ette ülalpidamiskohustused registreeritud kooselu või samasoolise partneri suhtes, võib sellise partnerlussuhte mõju (sh ülalpidamisküsimustes) mittetunnustava riigi kohus või asutus keelduda välisõiguse kohaldamisest määral, mil selle mõju on ilmses vastuolus kohtu asukohariigi avaliku korra põhimõtetega (vt artikkel 13).

⁴⁸ Vt töödokumentid nr 8 ja 15 ning protokollid nr 5 lõige 84 jj ning protokollid nr 6 lõige 56 jj.

⁴⁹ Protokollid nr 6 lõige 59 jj.

94 Lõpuks tuleb rõhutada, et artiklis 5 nimetatud partnerlussuhetest tekkivad ülalpidamiskohustused on selgelt väljaspool artikli 4 reguleerimisala (vt lõike 1 punkt b). Sellest tulenevalt ei saa abikaasade või endiste abikaasade suhtes kohaldada siduvate tegurite hierarhiat ega selle säte kohast seose kriteeriumide ümberpaigutamist. Kohaldatava õiguse valimise võimaluse puudumise korral (vt artiklid 7 ja 8) reguleeritakse asjaomast valdkonda õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega vastavalt artiklile 3 või siis artikli 5 kohaselt kindlaks määratud õigusega. Kohtu asukohariigi ja ühise kodakondsusriigi õigussüsteeme võib sel juhul võtta arvesse üksnes juhul, kui neil on tihedam seos abieluga artikli 5 tähenduses.

Artikkel 6 Erisäte kaitse kohta

Kui tegemist on ülalpidamiskohustusega, mis ei ole vanema ja lapse vahelisest suhtest tulenev kohustus last ülal pidada, ega artiklis 5 osutatud ülalpidamiskohustus, võib kohustatud isik õigustatud isiku nõude vaidlustada asjaolu alusel, et sellist kohustust ei ole sätestatud ei kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguses ega selle riigi õiguses, mille kodakondsus mõlemal pool on, kui selline riik on olemas.

95 Kui tegemist on ülalpidamiskohustusega, mis ei ole vanema ja lapse vahelisest suhtest tulenev kohustus last ülal pidada ega abikaasade või endiste abikaasade ülalpidamiskohustus (artikkel 5), on artiklis 6 nähtud ette kohustatud isiku õigus vaidlustada nõue asjaolu alusel, et sellist kohustust ei ole sätestatud ei kohustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õiguses ega selle riigi õiguses, mille kodakondsus mõlemal pool on, kui selline riik on olemas.

96 Asjaomane kaitseklausel on kehtestatud ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artikli 7 eeskujul, mille kohaselt võib külgsugulusest või hõimlusest tuleneva ülalpidamiskohustuse puhul kohustatud isik õigustatud isiku nõudele vastu väita, et nende ühise kodakondsuse riigi või selle puudumisel kohustatud isiku alalise elukoha riigi õiguse järgi tal sellist kohustust ei ole.

a Artikli 6 reguleerimisala

97 Erinevalt ülalpidamiskohustusi käsitlevast 1973. aasta Haagi konventsioonist (kohaldatav õigus), ei ole protokollis asjaomane säte kehtiv üksnes külgsuguluses või hõimlussuhtes olevate isikute suhete puhul, vaid ka mis tahes muu ülalpidamiskohustuse puhul, mis kehtib laste suhtes vanema-lapse suhete või abikaasade või endiste abikaasade kontekstis.

98 Selline kohaldamisala laiendamine toimus mitmel põhjusel. Esmalt tuleb täheldada, et asjaomase sättega hõlmatud peresuhtel põhineva elatusraha maksmise ei suhtuta rahvusvahelisel tasandil üksmeelselt ning seepärast soovivad mõned riigid säte mõju piirata. Ülalpidamiskohustusi käsitlevas 1973. aasta Haagi konventsioonis (kohaldatav õigus) võeti seda asjaolu arvesse mitme reservatsiooni lisamisega, mis võimaldavad konventsiooni sisulist reguleerimisala piirata (vt selle artiklid 13 ja 14). Et vältida reservatsioonide tegemist protokollis (vt artikkel 27), eelistati võtta

teatavate riikide vastumeelsust eespool nimetatud peresuhte alusel ülalpidamise nõudmiseks arvesse varasemas etapis ja sel eesmärgil kehtestati sellisteks puhkudeks piiravamad siduvad tegurid.

99 Mõnel juhul võidakse tugineda artiklile 6, keeldumaks artikli 3 (õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigus) alusel kindlaks määratud õiguse kohasest ülalpidamise andmisest. See kehtib ülalpidamiskohustuse puhul täiskasvanu suhtes, mille aluseks on:

- muu otsene sugulussuhe kui vanema-lapse suhe (nt lapselapse kohustus vanavanema suhtes või vastupidi);
- külgsugulus (nt kohustus venna või õe suhtes);
- hõimlussuhe (nt kohustus abikaasa laste suhtes).

Sellisel juhul kohaldatakse ülalpidamiskohustuse suhtes õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust vastavalt artiklile 3. Kui asjaomase õigusega on nähtud ette ülalpidamiskohustus, on kohustatud isikul õigus see artikli 6 kohase kaitseklausli alusel vaidlustada.

100 Muudel juhtudel saab artikli 6 kaitseklauslit kasutada ülalpidamiskohustuste vastu, mis põhineb ühel artiklis 3 või 4 osutatud õigusel. See kehtib järgmiste ülalpidamiskohustuste puhul:

- lapse ülalpidamiskohustus oma vanema suhtes;
- iga isiku (v.a vanemad või abikaasa) ülalpidamiskohustus alla 21aastase isiku suhtes (nt külgsuguluses või hõimlussuhtes oleva isiku kohustus).

Mõlemal juhul on kohaldatavad nii artikli 4 kui ka 6 erinormid, kuid ülalpidamiskohustuse, mis tuleneb ühest artiklis 4 osutatud hierarhilisest seosest, võidakse tagasi lükata, kui see ei ole sätestatud artiklis 6 osutatud õiguses. Hierarhilise süsteemi ja kaitseklauslite paralleelne kohaldamine ei ole üksnes ülimalt keeruline, vaid puhtalt loogiliselt võttes ebarahuldav: tundub, et see ei ole piisavalt ühendav, et toetada ühelt poolt õigustatud isikut täiendavate seostega ning kaitsta teiselt poolt kohustatud isikut kumulatiivsete seostega. Mõistagi on tegemist kompromisslahendusega. Siinkohal tuleb märkida, et süsteem ei ole täiesti uus – see vastab ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) alusel praegu kehtivale süsteemile, olgugi et vaid külgsuguluses või hõimlussuhtes olevate isikute puhul⁵⁰.

101 Artikli 6 kaitseklauslit ei tohi kasutada abikaasade või endiste abikaasade vahelise ülalpidamiskohustuse vaidlustamiseks, mis on asjaomase sätte sõnastusega selgelt välistatud. Olgugi et abielust tulenevad ülalpidamiskohustused ei ole võrdlevas õiguses üksmeelse kokkuleppe tulemus, tunnustatakse neid laialdasemalt kui artiklis 6 osutatud peresuhtetest tulenevaid ülalpidamiskohustusi. Artikli 5 lahendust, mis on õigustatud isiku suhtes juba palju vähem soodus kui

artiklid 3 ja 4, ei tohiks muuta hiljem rangemaks kaitseklausliga.

102 Abieluga sarnasest peresuhtest, nagu teatavad partnerlussuhted, tulenevate ülalpidamiskohustuste suhtes kehtib erikord. Riikides, mille siseõiguses selliseid institute tunnustatakse või kes on valmis neid vähemalt aktsepteerima, võib asjaomaseid suhteid käsitleda sarnaselt abieluga – st tulenevaid ülalpidamiskohustusi reguleeritakse artikliga 5 ja need jäävad vastavalt välja artikli 6 kohaldamisalast. See-eest riikides, kes keelduvad sellisest võrdsustamisest, võib kohustatud isik kohustuse tühistada, kasutades artikli 6 kaitseklauslit. Olgugi et protokollis ei ole seda selgelt sätestatud, siis diplomaatilisel istungil võeti see nn topeltstandard vastu (vt punkt 92 jj).

b Artikliga 6 ette nähtud mehhanism

103 Artiklis 6 sätestatud norm ei reguleeri seoseid, vaid kujutab endast lihtsat kaitseklauslit, mida võib kasutada elatise maksimisest keeldumiseks, isegi kui maksimine on nähtud ette artiklite 3 või 4 kohaselt kindlaks määratud õigusega.

104 Seega seisneb artikli 6 mehhanism järgmises. Kõigepealt määrab pädev asutus artiklite 3 või 4 alusel kindlaks ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õiguse. Kui ühe või teise sätte alusel kindlaks määratud õigus, olgu selleks õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi või kohtu asukohariigi õigus, näeb ette ülalpidamiskohustuse, saab kohustatud isik õigustatud isiku nõude vaidlustada põhjusel, et asjaomane kohustus ei ole sätestatud tema enda peamise elukoha riigi õiguses. Sellest piisab nõude tagasilükkamiseks juhul, kui pooltel ei ole ühist kodakondsust. Kui näiteks kohustatud isiku vennapoeg, kes on riigi A elanik ja kodanik, esitab selle riigi õigusele toetudes ülalpidamiskohustuse oma onu vastu, kes on riigi B elanik ja riigi C kodanik, saab onu ülalpidamiskohustuse maksimisest keelduda argumentiga, et riik B ei tunnusta külgsuguluses olevate isikute vahelisi ülalpidamiskohustusi. Asjaomasel juhul ei ole poolte kodakondsus oluline.

105 Kui aga pooltel on ühine kodakondsus, saab kaitseklauslit tõhusalt kasutada üksnes juhul, kui vaadeldavat ülalpidamiskohustust ei ole sätestatud ei õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi ega ühise kodakondsusriigi õigusega. Kaitseklausel peab tõhusaks kasutamiseks põhinema mõlemal osutatud õigussüsteemil. Sama näitega jätkates – kui kohustatud isiku vennapoeg oleks ka riigi C kodanik, saaks tema onu vaidlustada nõude üksnes juhul, kui riigi A õigusega ette nähtud kohustust riigi B ega riigi C õiguses ei esine. Ühise kodakondsusriigi õiguse arvessevõtmine on õigustatud argumentiga, et kui pooltel on ühine kodakondsus ja nende ühise kodakondsusriigi õiguses on vastav ülalpidamiskohustus ette nähtud, tundub ebaõiglane võimaldada kohustatud isikul maksimisest kõrvale hoiduda üksnes põhjusel, et seda kohustust ei ole sätestatud tema peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega. Selline lahendus võimaldab eelkõige hoida ära võimalikku väärkasutamist. Näiteks kui isa taotleb ülalpidamist oma pojalt, toetudes oma peamiseks

⁵⁰ Verwilgheni seletuskiri (joonealuses märkuses 14 osundatud teos), punkt 149.

elukohaks oleva riigi õigusele, mis on aga ka nende ühise kodakondsusriigi õigus, tundub ebaõiglane võimaldada kohustatud isikul oma kohustust vältida, viies oma peamise elukoha riiki, milles sellist kohustust ei tunnustata.

106 Artiklis 6 (nagu artikli 4 lõikes 4) ei ole täpsustatud, kas juhul, kui ühel pooltest on ka muu riigi kodakondsus, tuleb ühist kodakondsust arvesse võtta ja kui, siis millistel tingimustel. Sel juhul tuleb protokollis ühetaolise kohaldamise huvides loobuda kohtu asukohariigi kodakondsuse alusel kohaldatava õiguse eelistamisest, nagu seda tehakse paljude riikide üldkohaldatavas õiguses. Lisaks ei ole teine võrdlevas õiguses väga levinud lahendus – kõige lähedasema või reaalsema kodakondsuse kindlaksmääramine – alati lihtsalt teostatav ning võib samuti viia protokollis vähem ühetaolise kohaldamiseni. Nimetatud põhjustel ja võttes arvesse artikli 4 lõike 4 kohta öeldut (vt punkt 76), tundub ühise kodakondsuse igal juhul arvesse võtmine eelistatav, isegi kui see ei ole ühele poolele tõhusaim lahendus. Selline lahendus on pigem soodne õigustatud isikule, kuna see muudab artikli 6 kaitseklausli kasutamise raskemaks. Seepärast on selline lahendus kooskõlas protokollis üldise mõttega (*favor creditoris*) ja artiklis 6 sätestatud erinormiga.

107 Artiklis 6 ei ole selgitatud, millist lahendust tuleks kasutada juhul, kui pooltel on mitu ühist kodakondsust. Just mainitud teleoloogiliste ja süsteemsete argumentide kohaselt on sobivaim lahendus kõigi ühiste õigussüsteemide arvessevõtmine ning kohustatud isiku kaitseklausli lubamine vaid juhul, kui neist üheski ei ole nähtud ette ülalpidamiskohustust (*ibid*).

108 Tuleb märkida, et kaitseklausel on vastuvõetav vaid juhul, kui artiklis 6 viidatud õigussüsteemid sellist kohustust ei sisalda. Eelmist lauset tuleb mõista samamoodi kui artikli 4 lõigetes 2–4 sisalduvat lauset „õigustatud isikul ei ole [...] võimalik [...] elatist saada (vt eespool punktid 61 ja 62); see eeldab, et ühtegi kohustust ei ole ette nähtud või selleks vajalikud õiguslikud tingimused ei ole täidetud. Kui aga kohustatud isiku peamise elukoha riigi õigusega ja vajaduse korral ühise kodakondsusriigi õigusega on nähtud ette väiksem ülalpidamissumma kui kohaldatava õigusega, ei piisa sellest asjaolust nõude vaidlustamiseks ega õigustatud isikule makstava summa vähendamise taotlemiseks.

Artiklid 7 ja 8 Kohaldatava õiguse valik

109 Artiklite 7 ja 8 sätted võimaldavad pooltel valida, eri tingimustel ja eri tagajärgedega, ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õiguse. Protokollis üks peamisi uuendusi võrreldes ülalpidamiskohustusi käsitlevate 1956. ja 1973. aasta Haagi konventsioonidega on poolte autonoomia tunnustamine. Nimetatud lahendus on kooskõlas tugeva rahvusvahelise suundumusega kohaldatava õiguse valimise vabaduse poole ning seda ka valdkondades, mis olid varem tavaliselt välistatud.

110 Kui poolte autonoomia tunnustamine ülalpidamiskohustuste valdkonnas on enamikus riikides kollisiooni puhul uudne, siis sama ei saa öelda kohtualluvuskonfliktide kohta: võimalust sõlmida kohtualluvusalaseid kokkuleppeid on tunnustatud juba

mitmetes rahvusvahelistes õigusaktides. Eelkõige kehtib see Euroopa õigusruumis vastavalt 22. detsembri 2000. aasta määruse (EÜ) nr 44/2001 artiklile 23 ja 1988. aasta Lugano konventsiooni artiklile 17. Ka konventsioonis on tunnustatud kohtualluvuse laiendamise legitiimsust – sätestatud on, et riigid on kohustatud tunnustama ja täitma teises osalisriigis poolte valitud kohtu tehtud otsust, välja arvatud lapse suhtes kehtiva ülalpidamiskohustuse puhul⁵¹. Sellest tulenevalt taastab kohaldatava õiguse valimise lubamine teatava sidususe õigusaktide konfliktide ja kohtualluvuskonfliktide lahendamisel vastuvõetavate lahenduste vahel.

111 Õiguse valiku suhtes kehtivad mitmed piirangud, mille eesmärk on kaitsta pooli (eeskätt elatist saama õigustatud isikut) rikkumiste eest. Rikkumiste risk on veelgi suurem, kui valik on tehtud enne vaidluse tekkimist. Seepärast sisaldab protokollis süsteem kaht poolte autonoomia variatsiooni kahes eraldi sättes; artikliga 7 on reguleeritud konkreetse menetluse suhtes kohaldamisele kuuluva õiguse valimine (menetluskokkulepe), artikliga 8 on lubatud piiratud viisil valiku tegemine igal ajal.

Artikkel 7 Konkreetse menetluse suhtes kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramine

112 Selle sättega võimaldatakse pooltel konkreetse menetluse suhtes kohaldatava õigusena selgesõnaliselt kindlaks määrata kohtu asukohariigi õigus. Tegemist on kohaldatavat õigust käsitleva menetluskokkuleppega, mis on seotud menetleva asutuse asukohariigi siseõigusega ja mille mõju on piiratud kindla menetlusega.

Lõige 1. Olenemata artiklitest 3 ja 6, võivad elatist saama õigustatud isik ja elatist maksta kohustatud isik üksnes konkreetse asja menetlemiseks teatavas riigis sõnaselgelt kindlaks määrata, et ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatakse kõnealuse riigi õigust.

a Artikli 7 reguleerimisala

113 Käesoleva artikli kohane kohaldatava õiguse valik peab mängima olulist rolli eriti täiskasvanute vahelistes suhetes. Lahuselu või lahutuse korral võivad abikaasad valida asja menetleva asutuse asukohariigi siseõiguse kohaldamise ülalpidamiskohustuste suhtes, mis kahtlemata lihtsustab menetlusi.

114 Samuti on võimalik valida laste ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatav õigus. Nimelt selgus, et kohtu asukohariigi õiguse kohaldamisega kaasneva lihtsustumise näol tekkivad eelised kaaluvad selgelt üles poolte autonoomia kehtestamisega seotud võimalikud riskid. Võttes arvesse artikli 4 lõikes 3 sätestatud erinormi, milles käsitletakse vanemate ülalpidamiskohustust oma laste ja mis tahes muu isiku ülalpidamiskohustust alla 21 aasta vanuste isikute suhtes, ning mille kohaselt reguleeritakse juhul, kui õigustatud isik on esitanud nõude kohustatud isiku peamiseks elukohaks olevas riigis, asja igal juhul kohtu asukohariigi õigusega, on kohaldatava õiguse valiku mõju laste ülalpidamiskohustuste suhtes pigem üsna väike. Artikkel

⁵¹ Vt konventsiooni artikli 20 lõike 1 punkt e ja Borrás-Degelingi kommentaari punkt 455.

7 võib osutada siiski vajalikuks, kui kohustatud isik esitab nõude oma peamise elukoha riigi pädevale asutusele või muu kui õigustatud isiku peamise elukoha riigi pädevale asutusele, eeldusel et menetlev asutus asja menetleda saab⁵².

b *Konkreetsel menetluse suhtes tehtud valik*

115 Tuleb rõhutada, et artikliga 7 ette nähtud valik on mõeldud konkreetse menetluse jaoks; seetõttu eeldab see, et elatist saama õigustatud või andma kohustatud isik on juba esitanud või esitamas nõuet kindlale pädevale asutusele menetlemiseks. Valiku tegemise ajal on pooltel võimalik saada teavet (või teavitab neid mõnikord asja menetlev asutus) kohtu asukohariigi õigusega ette nähtud ülalpidamise olemasolu ja olemuse kohta. Seepärast on rikkumise oht minimaalne.

116 Valik, mille pooled teevad artikli 7 alusel, avaldab mõju üksnes konkreetsele menetlusele ja seatud eesmärgil. Teisalt – kui seejärel esitatakse samale asutusele või muu riigi asutusele uus nõue või muutmistaotlus, ei avalda varem valitud õigus enam mõju ning kohaldatav õigus tuleb valida objektiivsete siduvate tegurite alusel. Valiku mõju piiramine on õigustatud, kuna valitud on kohtu asukohariigi õigus.

117 Tuleb siiski märkida, et elatist saama õigustatud ja seda andma kohustatud isikud võivad valida artikli 8 alusel kohaldatava õiguse ka ülalpidamiskohustuse puhul vanema kui 18aastase isiku suhtes. See valik on avaram kui artikli 7 kohane valik. Esiteks ei ole see piiratud vaid kohtu asukohariigi õigusega, vaid võib hõlmata nende õiguste valikut, mis on toodud sätte lõikes 1 (vt allpool punkt 129). Teiseks ei tehta artikli 8 kohast valikut konkreetse menetluse jaoks ja seepärast ei ole selle mõju piiratud õigustatud isiku juba algatatud või peagi algatava menetlusega, vaid see kestab edasi senikaua, kuni pooled valikut ei tühistata või ei muuda (vt allpool punkt 124). Nagu on öeldud artiklis 8, võib sellise valiku teha igal ajal. Kui täiskasvanud valivad kohaldatava õiguse menetluse ajal või vahetult enne selle algatamist, tekib küsimus, kas valikut reguleeritakse artikliga 7 või 8. Küsimus ei ole puhtalt teoreetiline, kuna nimetatud kahe artikli valikute mõju on erinev. Kui valitud õigus ei ole kohtu asukohariigi õigus, on vastus lihtne – sel juhul saab valiku vastuvõetavust ja mõju määrata kindlaks üksnes artikliga 8. Kahtlused tekivad juhul, kui valitakse menetleva asutuse asukohariigi õigus. Kui kohtu asukohariigi õigus ei ole kooskõlas artikli 8 lõikes 1 esitatud õiguste valikuga (ühe poole asukohariigi siseõigus, ühe poole peamise elukoha riigi õigus jne); vt allpool punkt 129), siis on igal juhul tegemist artikli 7 kohase valikuga, mille mõju on piiratud konkreetse menetlusega. Kui asjaomasel juhul oleks kohaldatav artiklit 8, siis oleks valik tühine. Samas kui kohtu asukohariigi õigus on üks artikli 8 lõikes 1 loetletud võimalustest, nagu tihti juhtub, siis sõltub vastus poolte kavatsuste tõlgendamisest.

118 Artiklite 7 ja 8 vahel valimise küsimust ei teki noorema kui 18aastase isiku ülalpidamise kohustuse või täiskasvanu suhtes, kes oma võimete kahanemise või puudulikkuse tõttu ei ole võimeline kaitsma oma huve,

kuna nimetatud juhtudel on artikli 8 kohaldamine välistatud (artikli 8 lõige 3). Seega võivad pooled valida üksnes kohtu asukohariigi õiguse konkreetse menetluse jaoks artikli 7 tingimustel ja mõjuga.

c *Valiku tegemise viis*

Lõige 2. Kohaldamisele kuuluv õigus määratakse enne sellise menetluse algatamist kindlaks kirjaliku kokkuleppega, millele on alla kirjutanud mõlemad pooled, või registreeritakse muul infokandjal nii, et selles sisalduv teave oleks hiljem kättesaadav ja kasutatav.

119 Kuna artikli 7 lõike 1 kohase kohaldatava õiguse valiku võib teha ka enne menetluste algatamist, sisaldab artikli 7 lõige 2 teatavaid vorminõudeid, milles on sätestatud, et sel juhul peab kohaldatav õigus olema kindlaks määratud kirjalikult või mis tahes kujul infokandjal registreeritud, kusjuures teave peab olema juurdepääsetav edaspidiseks kasutamiseks. Ühelt poolt tundus peamine, et kokkulepet oleks võimalik igasuguseid vastuväiteid vältides kergesti tõendada, ning teiselt poolt, et poolte tähelepanu oleks juhitud olulistele tagajärgedele, mida kohaldatava õiguse valimine võib tuua kaasa ülalpidamiskohustuse olemasolule ja ulatusele. Diplomaatilise istungi delegaatide arvates kehtestab nimetatud säte kokkuleppe suhtes üksnes tagasihoidlikud vorminõuded; riigid võivad esitada muid nõudeid näiteks selle tagamiseks, et poolte vaheline tahteavaldus on vabatahtlik ja piisavalt teadlik (nt õigusnõu kasutamine enne kokkuleppe allkirjastamist).

120 Lõpuks tuleb märkida, et kui artikli 7 kohane valik on tehtud enne menetluse algatamist, kehtib see üksnes juhul, kui pooled on toonud välja õiguse, mida nad soovivad kohaldada või vähemalt asutuse, milles soovitakse asjaomane menetlus algatada. Kui sellele ei järgne nõude esitamist selle riigi asutusele, mille õigussüsteem valiti, jääb valik kehtetuks (v.a juhul, kui see vastab artikli 8 tingimustele). See-eest ei piisa sellest, kui pooled määravad vaid üldiselt kindlaks kohtu asukohariigi õiguse, sest seni, kuni nõuet ei ole kohtusse esitatud, ei ole asja menetlev kohus teada. Selline pimesi tehtud valik ei anna kindlust selle kohta, et pooled oleksid teinud teavitatud ja teadliku valiku.

121 Pärast selleteemalisi arutelusid otsustati lõpuks mitte lisada ajapiirangut valiku tegemise aja ning menetluse algatamise aja suhtes. Kui nõue esitatakse kindlaksmääratud kohaldatava õiguse riigis, on mõistlik, et valik saaks realiseeruda isegi juhul, kui kahe sündmuse vahele on jäänud pikk aeg. Kui aga menetlust ei algatata selles riigis, on valik igal juhul kehtetu, nagu juba öeldud.

122 Protokoll ei sisalda menetluse ajal valiku tegemise viisi ja ajastust reguleerivaid norme. Nimetatud küsimusi käsitletakse menetleva asutuse riigi õiguses.

⁵² Vt eespool joonealune märkus 33.

Artikkel 8 Kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramine

Lõige 1. Olenemata artiklitest 3 ja 6, võivad elatist saada õigustatud isik ja elatist maksuma kohustatud isik igal ajal kindlaks määrata, et ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatakse ühte järgmistest õigustest:

123 Säte võimaldab pooltel valida ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õiguse igal ajal ja ka enne vaidluse tekkimist.

124 Erinevalt kohtu asukohariigi õiguse valimisest artikli 7 kohaselt ei tehta artikli 8 kohast kohaldatava õiguse valikut „üksnes konkreetse asja menetlemiseks”; seega ei piirdu selle mõju menetlusega, mille elatist saada õigustatud isik on juba algatanud või algatab. Poolte valitud õiguse eesmärk on reguleerida poolte vahelisi ülalpidamiskohustusi alates valiku tegemise hetkest kuni vajaduse korral hetkeni, mil nad otsustavad valiku tühistada või seda muuta.

125 Artiklis 8 sätestatud viisil kohaldatava õiguse valimise põhieelis on kohaldatava õiguse osas stabiilsuse ja ettenähtavuse tagamine: sellise valiku korral jääb valitud õigus kohaldatavaks ka juhul, kui poolte isiklikus elukorralduses toimuvad mis tahes muudatused, ning olenemata vaidluse korral asja menetlevast asutusest. Eeskätt ei muuda kohaldatavat õigust elatist saada õigustatud isiku peamise elukoha muutumine (vt allpool punkt 133), erinevalt artikli 3 lõikest 2, mille puhul valik puudub.

a Artikli 8 reguleerimisala

126 Kohaldatava õiguse valimine on abikaasade vahelises suhtlemises eriti kasulik, kui nad on kas enne abielu või abielu jooksul sõlminud lepingu ülalpidamiskohustuse suhtes abielu ajal ja/või pärast lahutust. Selle valiku tulemusel on ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatav õigus juba ette kindlaks määratud ja see hoiab ära lepingu kehtivusega seoses tekkida võivad probleemid juhul, kui abikaasade või elatist saada õigustatud abiaasa peamine elukoht muutub. Isegi ülalpidamiskohustusi käsitleva lepingu puudumise korral võib õiguse varasem valimine hoida ära liikuvusest tuleneva vaidluse suhtes kohaldatava õiguse muutumise.

127 Pärast kohaldatava õiguse valimise võimaluse heakskiitmist abikaasade puhul selgus, et võib-olla on kasulik laiendada seda kõigile täiskasvanutele, välja arvatud isikutele, kes ei ole oma võimete kahanemise või puudulikkuse tõttu suutelised oma huve kaitsma. Olgugi et nimetatud haavatavad isikud on riikide õiguses üldjuhul kaitstud eri mehhanismidega (nt eestkostja või tugiisiku määramine), välistas diplomaatiline istung ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse valimise õiguse nendele isikutele igasuguse väärkohtlemise ohu ärahoidmise eesmärgil (artikli 8 lõige 3). Käesolevas sättes kasutatav haavatavate täiskasvanute mõiste on võetud üle 13. jaanuari 2000. aasta täiskasvanute rahvusvahelise kaitse Haagi konventsioonist (vt artikli 1 lõige 1).

128 Kohaldatava õiguse valimise võimalus välistati ka alaealise ülalpidamise kohustuste puhul, kuna sellega kaasneda võivad ohud kaaluvad üles võimaliku kasu. Tuleb meeles pidada, et alaealist esindab tavaliselt üks vanematest, kes on kohustatud kindlustama tema vajaduste täitmise. Seepärast leidis diplomaatiline istung, et sellistel juhtudel sisaldab kohaldatava õiguse valimise õigus ülemääraast huvide konflikti ohtu. Pärast mõningaid kahtlusi vanuse suhtes, millest alates võiks valikuõiguse anda (18 või 21 eluaastat), kehtestati selleks 18 eluaastat, mis on enamikus riikides ametlik täiskasvanuiga.

b Kohaldamisele kuuluv õigus

129 Elatist saada õigustatud isiku kaitsmise eesmärgil on kohaldatava õiguse valimise suhtes artiklis 8 kehtestatud mitmed tingimused ja piirangud. Esimene piirang hõlmab valiku objekti ja selle eesmärk on piirata pooltele lubatud valikuid.

Punkt a – selle riigi õigus, mille kodanik on üks pooltest kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal;

130 Pooltel on esmalt võimalik valida selle riigi õigus, mille kodanik on üks pooltest kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal. Asjaomane valik sai heakskiidu pikemate aruteludeta ja ei vaja pikka selgitust. Tuleb märkida, et erinevalt artikli 4 lõikes 4 sätestatud täiendava seose kriteeriumist, milleks on ühine kodakondsus, piisab antud juhul kohaldatava õiguse kindlaks määramisel selle riigi õigusest, mille kodanik on vaid üks pooltest (elatist saada õigustatud või andma kohustatud isik).

131 Kuna protokollis ei ole mitut kodakondsust käsitletud, tuleks kiita heaks võimalus valida poolte ükskõik milliste kodakondsusriikide õigus: kõige lähedasema või tõhusama kodakondsuse kindlaks määramine võib luua ebakindlust valiku kehtivuse suhtes, mis nõrgestab poolte sõltumatust.

Punkt b – selle riigi õigus, kus asub ühe poole peamine elukoht kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal;

132 Teine võimalus on valida selle riigi õigus, kus asub ühe poole peamine elukoht kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal. Nimetatud võimaluse kohta ei esitatud protokollis ettevalmistamise ajal mingeid vastuväiteid. Peamise elukoha mõiste ei vaja mingeid kommentaare, kuna see vastab artiklis 3 toodud mõistele (vt eespool punkt 41 jj).

133 Kodakondsuse puhul on sarnaselt peamise elukoha kriteeriumiga otsustav kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise aeg. Selline lahendus vastab põhieesmärgile tagada kohaldamisele kuuluva õiguse valimise võimalus, et olenemata hilisematest muudatustest oleks tagatud stabiilsus. Hoolimata sellest, et protokollis asjaomast küsimust ei käsitleta, tuleb seda mõista nii, et asjaomase poole kodakondsuse või peamise elukoha muutumine pärast valiku tegemist ei mõjuta selle kehtivust. Teisalt võib tekkida küsimus, kas valikut selle riigi õiguse kasuks, mille kodanik või resident kumbki pool valiku tegemise ajal ei olnud, saab hiljem kinnitada, kui vastav kodakondsus või peamine elukoht tekib.

Artikli 8 lõike 1 punktides a ja b sisalduv otsene viide kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajale tundub selle võimaluse välistavat.

c Punktides c ja d osutatud lisavõimalused

134 Kolmas ja neljas valik (artikli 8 lõike 1 punktid c ja d) käsitlevad abikaasade varaliste suhete ning lahuselu või lahutuse suhtes kohaldatavat õigust, mille abikaasad on valinud, ning õigust, mida vastaval juhul tegelikult kohaldatai. Seepärast on ilmselge, et need valikud on võimalikud abikaasadele ja endistele abikaasadele.

135 Lisavalikute võimaldamise soovitatavust arutati kaua. Lisavalikute heakskiitmise vastuargumentidena nimetati asjaolu, et need loovad väga keeruka ja tegelikult ebavajaliku süsteemi, kui võtta arvesse punktides a ja b juba antud laialdast valikut. Lisaks sõltuvad punktides c ja d antud lisavalikud abikaasade varasuhteid, lahutust ja lahuselu reguleerivatest kollisiooninormidest ning loovad vaid ettekujutuse ühtsusest. Lisaks sõltub juhul, kui pooled on otsustanud esitada ülalpidamiskohustuste reguleerimiseks oma varaliste suhete või lahuselu/lahutuse suhtes kohaldatavaks määratud õiguse, selle valiku kehtivus ülalpidamiskohustuste puhul tegelikult varaliste suhete või lahuselu/lahutuse suhtes kohaldatava õiguse kehtivusest. Et protokollis ei käsitleta abikaasade varaliste suhete ja lahutuse või lahuselu suhtes kohaldatava õiguse valimist, sõltub see üksnes kohtu asukohariigis kehtivast rahvusvahelisest eraõigusest. Kui nimetatud õigus sellist valikut ei võimalda, siis selle mittekehtivus tingib ka ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õiguse valimise võimaluse mittekehtivuse. Nimetatud oht on eriti terav lahutuse korral, sest vaid väga vähesed riigid tunnustavad selles küsimuses poolte sõltumatust. Seetõttu on oht, et ühe osalisriigi rahvusvahelise eraõiguse alusel õiguspäraselt tehtud valikut peavad omaenda kollisiooninorme kohaldava teise osalisriigi pädevad asutused kehtetuks.

136 Hoolimata nimetatud puudustest kiideti diplomaatilise istungi raames punktid c ja d heaks, sest need võimaldavad abikaasadel tagada paari lahkumineku korral (lahutus ja lahuselu, abikaasade varasuhte lõpetamine ja ülalpidamiskohustused) mitmete küsimuste lahendamisel ühe kohaldatava õiguse. Üksmeele saavutamine on eriti oluline nimetatud eri aspektide vaheliste seoste tõttu mitmetes riigisisestest õigussüsteemides. Seepärast peetakse vara jagamise tagajärgi mõnikord lahutuse saamise tingimuseks (eriti on see nii abikaasade vastastikusel nõusolekul põhinevate menetluste puhul). Lisaks on teatud õigussüsteemides (eriti mitmetes tavaõigussüsteemides) varaliste suhete lõpetamise ja ülalpidamiskohustuste eristamise piirjooned ebaselged või olematud ning igasuguste lahutuse varaliste tagajärgede lahendamine kohtu ülesanne.

137 Tuleb märkida, et artikkel 8 ei võimalda abikaasadel valida varaliste suhete või lahutuse suhtes kohaldatavat õigust. Et seda valdkonda reguleeritakse osalisriigi rahvusvahelise eraõiguse normidega (sealhulgas normidega, mis kehtivad rahvusvahelisel või piirkondlikul tasandil) ning pakutavad lahendused võivad olla väga erinevad, võib varaliste suhete või lahutuse suhtes kohaldatava õiguse kindlaksmääramine varieeruda

sõltuvalt sellest, millised normid kehtivad asja menetleva asutuse asukohariigis. Sel juhul määratakse ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatav õigus „pimesi” ning seda olukorda ei peetud soovitavaks.

Punkt c – õigus, mille pooled on valinud oma varaliste suhete suhtes kohaldatavaks õiguseks, või tegelikult selliste suhete suhtes kohaldatav õigus;

i Varaliste suhete reguleerimiseks määratud õigus

138 Artikli 8 lõike 1 punkti c kohaselt on abikaasadel kõigepealt õigus valida, millise õiguse nad määravad kohaldatavaks oma varaliste suhete suhtes. Sel juhul on varaliste suhete suhtes kindlaksmääratud õigus kohaldatav ka ülalpidamiskohustuste suhtes ning selle ilmselge eelis on mõlema valdkonna järjepidev reguleerimine.

139 Varaliste suhete suhtes kohaldatava õiguse valik ei tulene protokollist, vaid iga osalisriigi rahvusvahelisest eraõigusest (sh mis tahes rahvusvahelise või piirkondliku päritoluga õigusaktidest). Asjaomane valik on laialdaselt lubatud võrdlevas õiguses; see on *muu hulgas* nähtud ette ka 14. märtsi 1978. aasta Haagi konventsioonis *abielluvararežiimide suhtes kohaldatava õiguse kohta*. Abikaasadel on sageli õigus valida ühe abikaasa kodakondsusriigi õigus või peamise elukohariigi õigus;⁵³ sellisel juhul ei anna see valik midagi juurde punktidele a ja b. Abikaasade varaliste suhete puhul võivad abikaasadel olla aga teatavad lisavalikud, mida protokollis ette ei ole nähtud, näiteks alalise asukoha (mis ei ole tingimata identne peamise elukohaga) õigus või teatavate varade, eeskätt kinnisvara, asukohariigi õigus⁵⁴. Sel juhul võivad ülalpidamiskohustuste suhtes kehtida ka nimetatud muud õigussüsteemid.

140 Kui poolte tehtud valik ei ole kooskõlas kohtu asukohariigis kehtivate kollisiooninormidega (põhjusel, et selles ei aksepteerita sellist valikut või ei ole täidetud vastavad tingimused, või on valitud õigus nimetatud normidega muul viisil vastuolus), siis peetakse seda kehtetuks. Kehtetuks tunnistamine tingib ka ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õiguse kindlaksmääramise kehtetuks tunnistamise, kuna protokollis kohaselt on viimane eespool nimetatud õigusega seotud.

ii Varaliste suhete suhtes tegelikult kohaldatud õigus

141 Punkt c võimaldab abikaasadel kohaldada ülalpidamiskohustuste suhtes ka nende varaliste suhete suhtes tegelikult kohaldatud õigust. Tegemist on olukorraga, kus asja menetlev asutus on varaliste suhete suhtes kohaldatava õiguse juba kindlaks määranud (eriti lahuselu või lahutuse korral). Abikaasadel on õigus allutada ülalpidamiskohustus samale õigusele. See laiendab poolte võimalikke valikuid, kuid ennekõike seob kõik varaga seotud küsimused ühe õigussüsteemiga. Käesolevaga juhatakse tähelepanu asjaolule, et kui varaliste suhete suhtes kohaldatakse kohtu asukohariigi õigust, ei ole ülalpidamiskohustuste suhtes selle õiguse valik sama, mis artikli 7 alusel antud valik: seda valikut ei tehta kindla menetluse eesmärgil, vaid see mõjutab ka

⁵³ Vt 1978. aasta konventsiooni artiklid 3 ja 6.

⁵⁴ Vt 1978. aasta konventsiooni artikli 3 lõige 4 ja artikli 6 lõige 4.

tulevikku, sealhulgas uusi kaebusi (eelkõige kohustuste muutmist), mida elatist saama õigustatud või andma kohustatud isik võib esitada. Lisaks ei pea artikli 8 lõike 1 punktis *c* esitatud valikut tegema tingimata menetluse ajal, vaid võib teha ka pärast seda, kui otsus abikaasade vahelisi varalisi suhteid reguleeriva õiguse kohta on tehtud.

Punkt *d* – õigus, mille pooled on valinud oma abielulahutuse või lahusele suhtes kohaldatavaks õiguseks, või tegelikult nende abielulahutuse või lahutuse suhtes kohaldatav õigus.

iii *Lahusele või lahutuse reguleerimiseks kindlaksmääratud õigus*

142 Artikli 8 lõike 1 punkti *d* kohaselt on abikaasadel õigus allutada ülalpidamiskohustus samale õigusele, mille nad on valinud oma lahusele või lahutuse reguleerimiseks. Varaliste suhete reguleerimiseks kindlaksmääratud õiguse valiku argumendid kehtivad *mutatis mutandis* ka käesoleval juhul. Siiski tuleb märkida, et lahutuse või lahusele suhtes kohaldatava õiguse kindlaksmääramine ei ole rahvusvahelises võrdlevas eraõiguses väga levinud. See tõstab iseenesest tõenäosust, et kohtu asukohariik peab valikut kehtetuks, sealhulgas seoses ülalpidamiskohustusega. Seepärast soovitatakse abikaasadel olla väga ettevaatlikud. Pärast Rooma III määruse vastuvõtmist on teatavate Euroopa riikide rahvusvaheline eraõigus aga siiski edasi arenenud*.

iv *Lahusele või lahutuse suhtes tegelikult kohaldatud õigus*

143 Punkt *d* võimaldab abikaasadel kohaldada ülalpidamiskohustuste suhtes ka lahusele või lahutuse suhtes tegelikult kohaldatud õigust. Tegemist on olukorraga, kus asja menetlev asutus on kohaldatava õiguse juba kindlaks määranud ning abikaasad võivad teha valiku kohaldada ülalpidamiskohustuste suhtes sama õigust. See avardab poolte võimalikke valikuid, kuid ennekõike seob kõik ülalpidamiskohustustega seotud küsimused sama õigusega, mida kohaldatakse lahutuse või lahusele suhtes. Eespool esitatud kommentaarid nimetatud valiku ja artikliga 7 reguleeritava valiku erinevuste kohta (vt eespool punkt 141) kehtivad ka käesoleval juhul.

d Valiku tegemise viis

Lõige 2. Selline kokkulepe sõlmitakse kirjalikult või registreeritakse muul infokandjal nii, et selles sisalduv teave oleks hiljem kättesaadav ja kasutatav, ning sellele kirjutavad alla mõlemad pooled.

144 Vorminõuete kohaselt tuleb kohaldatava õiguse valik teha kirjalikult ja selle peavad allkirjastama mõlemad pooled. Mainimata selle ilmselgeid eelseid, on valiku kirjaliku kinnitamise nõue vajalik elatist saama õigustatud isiku tähelepanu juhtimiseks valiku olulisusele ning läbimõtle mata otsuse tagajärgede ärahoidmiseks.

* Nõukogu määrus (EL) nr 1259/2010, 20. detsember 2010, tõhustatud koostöö rakendamise kohta abielulahutuse ja lahusele suhtes kohaldatava õiguse valdkonnas. Selle joonealuse märkuse lisas kommentaaride autor pärast selle valmimist.

145 Tavapärase kirjaliku vormi võib asendada muu infokandjaga, mille sisu on kättesaadav edaspidiseks kasutamiseks. Asjaomase sätte eesmärk on võimaldada infotehnoloogia kasutamist. See ei vabasta dokumendi allkirjastamise kohustusest, mistõttu elektroonilisest dokumendist piisab üksnes juhul, kui sel on digiallkiri.

Lõige 3. Lõiget 1 ei kohaldata ülalpidamiskohustuste suhtes, mis on seotud alla 18aastase isikuga või täiskasvanuga, kes oma võimete kahanemise või puudulikkuse tõttu ei ole võimeline kaitsma oma huve.

146 Selle lõike kohta ei ole kommentaare.

e *Piirangud seoses valiku tagajärgedega*

147 Kohaldatava õiguse valimise tagajärgedega seoses sätestati arvukalt piiranguid (artikli 8 lõiked 4 ja 5). Et ülalpidamisasjades piirava õiguse valimine võib jätta elatist saama õigustatud isiku nimetatud õigusest ilma või seda õigust oluliselt piirata, tundus vajalik selle tagajärgi piirata.

i *Elatist saama õigustatud isiku peamise elukoha riigi õiguse kohaldamine ülalpidamisest loobumise õiguse suhtes*

Lõige 4. Olenemata sellest, millise riigi õiguse pooled on lõike 1 kohaselt valinud, otsustatakse küsimus, kas õigustatud isik saab loobuda oma õigusest elatisele, kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal õigustatud isiku peamiseks elukohaks olnud riigi õiguse kohaselt.

148. Artikli 8 lõikes 4 on sätestatud, et olenemata sellest, millise riigi õiguse pooled on valinud, otsustatakse küsimus, kas õigustatud isik saab loobuda oma õigusest ülalpidamisele, kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal õigustatud isiku peamiseks elukohaks olnud riigi õiguse kohaselt. See norm lisati protokollile diplomaatilise istungi raames Euroopa Ühenduse ettepanekul⁵⁵. See sisaldab piirangut poolte määratud õiguse kohaldamisalale; olenemata asjaomase õiguse sisust kehtib elatisest loobumise võimaluse ja loobumise tingimuste suhtes selle riigi õigus, milles on õigustatud isiku peamine elukoht. Selle sätte olemuslik eesmärk on hoida ära olukord, kus elatist saama õigustatud isik sunnitakse eriti liberaalse ja mittekaitstva õiguse valimisega loobuma elatisest, millele tal oleks kohaldatava õiguse alusel õigus olnud, kui pooled ei oleks kohaldatava õiguse valikut teinud.

149 Selle sätte aluseks oleva ettepaneku kohaselt ei tähenda õigustatud isikule tema olemasolevate või tulevaste vajaduste katteks ühekordse summa maksmine käesoleva artikli tähenduses loobumist õigusest elatisele. Sel juhul ei võeta arvesse õigustatud isiku peamises elukohariigis kohaldatavat õigust.

150 Sõnasõnalises tähenduses tundub asjaomane säte kehtivat juhtudel, kui õigustatud isik on oma õigustest loobunud ja loobumisega kaasneb sellise õiguse valimine, mis seda võimaldab. Sätte aluspõhimõte eeldab siiski selle kohaldamist ka juhtudel, kui kindla õiguse valimine

⁵⁵ Töödokument nr 5.

sisaldab iseenesest loobumist, kuna asjaomane õigus ei näe ette elatise maksmist õigustatud isikule.

ii *Kohtu õigus olukorda leevendada*

Lõige 5. Välja arvatud juhul, kui pooled olid kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramise ajal täielikult teadlikud selle tagajärgedest, ei kohaldata poolte valitud õigust juhul, kui selle kohaldamisel oleks ühe poole jaoks selgelt ebaõiglased või põhjendamatud tagajärjed.

151 Valitud kohaldatava õiguse tagajärgi piirab täiendavalt asja menetleva asutuse õigus olukorda leevendada. Kui asutus leiab, et poolte valitud õiguse kohaldamine toob teataval juhul kaasa selgelt ebaõiglased või põhjendamatud tagajärjed, võidakse valitud õigus kõrvale jätta õiguse kasuks, mis on määratud kindlaks artiklites 3–5 esitatud objektiivse seose kriteeriumi alusel. See vabastusklausel põhineb materiaalõiguslikel kaalutlustel ja hõlmab mitmetes riigisisestes õigussüsteemides kohtule antud volitusi muuta või jätta isegi kõrvale poolte vahel sõlmitud ülalpidamislepingud, kui nendega kaasnevad ebaõiglased või põhjendamatud tagajärjed. Delegatsioonid olid siiski ka mures, et kohtute piiramatult õigus jätta valitud õigus kõrvale õnnestaks oluliselt poolte võimalust sõlmida artikli 8 alusel kokkuleppeid kohaldatava õiguse kohta. Seepärast otsustati piirata kohtute volitusi sättega, mille kohaselt ei kohaldata lõiget 5 juhul, kui pooled olid õiguse kindlaksmääramisel täielikult teavitatud ja teadlikud selle tagajärgedest. Selle lause eesmärk on võimaldada vähendada poolte lepingu kõrvalejätmise riski, eeldades, et pooled kasutavad enne selle sõlmimist õiguslikku nõustamist selle tagajärgede kohta. Poolte täieliku teavituse ja teadlikkuse nõue (ingl. k. *fully informed and aware*) tähendab seda, et pooled on saanud asjakohast teavet ja sellest ka aru saanud; selle väljendi kaks poolt ei tähenda ühte ja sama, sest osa inimesi võivad olla täielikult teavitatud, kuid siiski oma valiku tagajärgedest mitte teadlikud.

f *Pooltevahelise lepingu olemasolu ja kehtivus*

152 Peale teatavate piirangute, mis on seotud kohaldatava õiguse valiku lubatavusega, ning mõnede nõuete, mis näevad ette, millal ja mis vormis tuleb valik teha, on protokollis vastamata jäetud küsimustele, mis käsitlevad kohaldatava õiguse kindlaksmääramisel poolte vahel sõlmitava lepingu olemasolu ja kehtivust (näiteks ei ole määratletud võimaliku tahteavalduse puudumise mõju). Need küsimused tuleb lahendada poolte vahel õiguse alusel, mida kohaldatakse sõlmitavale õiguse valiku lepingule, kuid protokollis ei ole selgelt kindlaks määratud, mis õigus see peaks olema. Nimetatud puuduse likvideerimiseks on parim lahendus käsitlusviis, mille kohaselt reguleeritakse asjaomaseid küsimusi poolte kindlaksmääratud õiguse alusel. Selline *optio legis*-e kehtivuse sidumine õigusega, mida kohaldataks, juhul kui pooltevaheline leping oleks kehtiv, on väga levinud rahvusvahelistes õigusaktides, milles tunnustatakse poolte sõltumatust, eeskätt seoses tahteavalduse olemasolu ja kehtivusega⁵⁶. Selle põhieelis on tagada asjaomaste

⁵⁶ Vt abieluvararežiimide suhtes kohaldatavat õigust käsitleva 14. märtsi 1978. aasta Haagi konventsiooni artikkel 10; rahvusvahelisi kauba ostu-

küsimuste ühetaoline käsitlemine protokollis eri osalisriikides.

Artikkel 9 „Alaline asukoht” „kodakondsuse” asemel

Riik, kus perekonnaasjades on siduvaks teguriks mõiste „alaline asukoht”, võib teatada Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi alalisele büroole, et kohtuasjade menetlemisel kõnealuse riigi ametiasutustes asendatakse artiklites 4 ja 6 esinevad viited kodakondsusele viidetega alalisele asukohale selles riigis määratletud tähenduses.

153 Asjaomase sättega tagatakse, et riik, kus perekonnaasjades on siduvaks teguriks mõiste „alaline asukoht”, võib teatada Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi alalisele büroole, et kohtuasjade menetlemisel kõnealuse riigi ametiasutustes asendatakse artiklites 4 ja 6 esinevad viited kodakondsusele viidetega alalisele asukohale selles riigis määratletud tähenduses.

154 Säte lisati protokollile diplomaatilise istungi raames Euroopa Ühenduse ettepanekul⁵⁷. Selle eesmärk on lihtsustada protokollis kohaldamist riikides (eriti tavaõigusel põhineva õigussüsteemiga riikides), mille rahvusvahelises eraõiguses ei ole siduva tegurina levinud mõiste „kodakondsus”. Seepärast on nimetatud riikidel lubatud asendada artiklites 4 ja 6 osutatud kodakondsuse kriteerium alalise elukoha kriteeriumiga vastavas riigis määratletud tähenduses. Sarnased Ühendkuningriigile ja Iirimaa suunatud soodussätted sisalduvad ka teatavates Euroopa Ühenduse õigusaktides⁵⁸.

155 Olgugi et asjaomastest erinormidest kasu saavate riikide ring ei ole väga täpselt määratletud, on selge, et need sätted on mõeldud tavaõigusel põhinevatele õigussüsteemidele, mille puhul on artikli 9 kohaselt perekonnaasjades siduvaks teguriks mõiste „alaline asukoht”. Artiklis 9 toodud lause „Riik, kus perekonnaasjades on siduvaks teguriks mõiste „alaline asukoht””, ei piira selgesõnaliselt artikli kohaldamisala üksnes tavaõigusel põhinevate õigussüsteemidega riikidega. On mitmeid tsiviilõigusel põhinevaid õigussüsteeme, mille puhul on perekonnaasjades samuti siduvaks teguriks mõiste „alaline elukoht”⁵⁹. Artikli 9 sõnastusest tundub tulenevat, et ka need riigid võivad kasutada nimetatud sättega lubatud valikut. Selline tõlgendus ei ole aga kooskõlas Euroopa Ühenduse ettepaneku mõttega, kuna selle eesmärk oli lihtsustada protokollis kohaldamist riikides, mille puhul rahvusvahelises eraõiguses ei ole siduva tegurina levinud mõiste „kodakondsus”⁶⁰. Seepärast tundub, et kui riigis kasutatakse kollisiooninormide puhul

müügi lepinguid käsitleva 22. detsembri 1986. aasta Haagi konventsiooni artikli 10 lõige 1; surma korral kohaldatavat pärimisõigust käsitlev 1. augusti 1989. aasta Haagi konventsiooni artikli 5 lõige 2; ; 19. juuni 1980. aasta Rooma konventsiooni artikli 3 lõige 4 ja artikli 8 lõige 1; Rooma I määruse artikli 3 lõige 5 ja artikli 10 lõige 1 (17. juuni 2008. aasta määrus (EÜ) nr 593/2008).

⁵⁷ Töödokumendid nr 2, 6 ja 11.

⁵⁸ Vt nõukogu 27. novembri 2003. aasta määruse (EÜ) nr 2201/2003 (mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnustatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000 (Brüsseli Ia määrus)) artikli 3 lõige 2 ja artikli 6 punkt b.

⁵⁹ Nt Šveits, kus „alaline elukoht” on määratletud kui „koht, kus isik elab kavatsusega end seal sisse seada”, vt 18. detsembri 1987. aasta föderaalakt rahvusvahelise eraõiguse kohta, art. 20 lõige 1a

⁶⁰ Vt protokollis nr 5 punkt 31.

põhiliselt kodakondsuse mõistet ja selle kasutamine on üldiselt levinud, siis ei saa see riik isegi mitte täiendaval alusel kohaldada artiklis 9 sätestatud erinormi.

156 Artiklis 9 sätestatud valikut kohaldavas riigis tuleb kasutada alalise elukoha kriteeriumi asjaomases riigis määratletud tähenduses. Seega on see viide asjaomase riigi siseõigusele ja selle enda määratlusele alalisest elukohast. See lähenemine ei ole mõistagi väga soodne protokollitühetaolise kohaldamise seisukohast, kuid selle mõju ei saa ülehinnata, sest see jääb piiratuks protokollitühetaolise artikli 4 lõikega 4 ja artikliga 6. Samuti tuleb märkida, et viidet riigisisesele alalise elukoha mõistele kasutatakse ka muudes ühtse rahvusvahelise eraõiguse õigusaktides ja see ei ole toonud kaasa olulisi tagasilööke nende kohaldamises⁶¹.

157 Kodakondsuse mõiste asendamine alalise elukoha mõistega artikli 9 tähenduses on võimalik üksnes protokollitühetaoliste 4 ja 6 kohaldamisel, mis on need kaks artiklit, mille puhul kasutatakse kriteeriumina poolte ühist kodakondsust. Artikli 4 lõike 4 puhul eeldab asendamine, et protokollitühetaolises osalisriikides, kes on seda valikut kasutanud, saab õigustatud isik, kes ei ole suutnud saada elatist ei oma peamise elukoha ega kohtu asukohariigi õiguse alusel (selles või vastupidises järjekorras, vt artikli 2 lõige 3) rajada oma kaebuse selle riigi õigusele, kus asub mõlema poole alaline elukoht. Artikli 6 puhul tähendab asendamine seda, et asjaomastes riikides võib elatist maksta kohustatud isik vaidlustada elatist saama õigustatud isiku kaebuse juhul, kui sellist kohustust ei ole kehtestatud mõlema poole peamise elukoha õiguses ega mõlema poole alalise elukoha õiguses.

158 Artiklis 9 viidatud mõlemal juhul avaldab kodakondsuse mõiste asendamine alalise elukoha mõistega mõju üksnes selles osalisriigis, kes on kasutanud asjaomase sättega lubatud valikut. See tähendab, et teised riigid ei ole kohustatud alalise elukoha kriteeriumi kohaldama ja kohaldavad just vastupidiselt edasi kodakondsuse kriteeriumi. Artikli 9 suhtes ei kehti vastastikkuse nõue. Seepärast ei ole teised riigid kohustatud kohaldama alalise elukoha mõistet asjaomases riigis määratletud tähenduses ning nende pädevate asutuste töö ei ole nimetatud artiklist tingituna raskendatud.

159 Teisalt ei mõjuta artikliga 9 sätestatud asendamine artiklit 8, olgugi et ka selle sätte lõike 1 punktis a kasutatakse kodakondsuse kriteeriumi (poolte valik kohaldada ühe poole kodakondsusriigi õigust). Selle eesmärk on hoida ära olukord, kus artikli 8 alusel valitud ühe poole kodakondsusriigi õigus tunnustatakse teises, artiklit 9 kohaldavas osalisriigis kehtetuks põhjusel, et kummagi poole alaline elukoht ei olnud riigis, mille õigus valiti; või vastupidi, alalise elukoha järgi kindlaks määratud riigi õigus tunnustatakse kehtetuks kodakondsuskriteeriumi kasutavas osalisriigis.

160 Tuleb rõhutada, et artikli 9 kohaselt tuleb kodakondsuse kriteeriumi asendamisest alalise elukoha omaga teavitada alalist bürood, kes edastab asjaomase teabe teistele osalisriikidele.

⁶¹ Vt kohtualluvust ja kohtuotsuste täitmist tsiviil- ja kaubandusajades käsitleva 27. septembri 1968. aasta Brüsseli konventsiooni ja 1988. aasta Lugano konventsiooni artikkel 52.

Artikkel 10 Avalik-õiguslikud asutused

Avalik-õigusliku asutuse õigust nõuda õigustatud isikule elatise maksmise asemel antud toetuse hüvitamist reguleerib nimetatud asutuse suhtes kohaldatav õigus.

161 Asjaomase sätte kohaselt reguleerib avalik-õigusliku asutuse õigust nõuda õigustatud isikule elatise maksmise asemel antud toetuse hüvitamist nimetatud asutuse suhtes kohaldatav õigus.

162 See norm ei ole uus, kuna see sisaldus juba ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni artiklis 9 (kohaldatav õigus), seda teatavate erinevustega. Nii asendati eelmise konventsiooni prantsuskeelses versioonis sisalduv mõiste „*institution publique*” mõistega „*organisme public*”, eesmärgiga viia protokollitühetaolise teksti vastavusse konventsiooni omaga⁶².

163 See norm on rahvusvaheliselt laialdaselt tunnustatud, mida kinnitab ka asjaolu, et konventsiooni lisati samasisuline säte (artikli 36 lõige 2). Norm kehtib seega kõigis konventsiooniosalistes riikides, olenemata sellest, kas nad on protokollitühetaolised (ja sõltumata sellest, millist õigust kohaldatakse ülalpidamiskohustuste suhtes).

164 Tuleb märkida, et seos avalik-õigusliku asutuse suhtes kohaldatava õigusega kehtib üksnes viimase õiguse puhul taotleda hüvitist (regressiõiguse või seaduse alusel üle läinud nõudeõiguse alusel), samas kui ülalpidamiskohustuse nõude olemasolu ja ulatust reguleerib selle kohustuse suhtes kohaldatav õigus (vt artikli 11 punkt f). Ülalpidamiskohustusi käsitlevas 1973. aasta Haagi konventsioonis (kohaldatav õigus) sisalduv lauseosa „hüvitise saamise õigus” asendati lauseosaga „õigust nõuda [...] hüvitamist” eesmärgiga muuta nende kahe sätte omavaheline seos selgemaks – hüvitise saamine ei sõltu avalik-õigusliku asutuse suhtes kohaldatavast õigusest, vaid ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatavast õigusest. Mõnel juhul need kaks õigussüsteemi kattuvad; tavaliselt juhul, kui ülalpidamiskohustust reguleeritakse õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigusega (artikkel 3), kuna õigustatud isikule toetust andev avalik-õiguslik asutus tegutseb viimase elukoha riigis kooskõlas kohaliku õigusega. Nimetatud kaks õigussüsteemi lahknevad kõige tõenäolisemalt juhul, kui ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatakse muud kui õigustatud isiku peamiseks elukohaks oleva riigi õigust artiklite 4, 5, 7 või 8 tähenduses.

165 Lisaks on selge, et see säte kehtib üksnes ülalpidamise asemel makstud, aga mitte muude toetuste (nagu avaliku sektori toetused) hüvitamise suhtes, mida elatist maksta kohustatud isik ei pea hüvitama.

Artikkel 11 Kohaldamisele kuuluva õiguse ulatus

Ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldamisele kuuluva õiguse alusel määratakse muu hulgas kindlaks:

166 Selles sättes on üksikasjalikumalt kirjeldatud, milliseid küsimusi lahendatakse ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse alusel, mis on kindlaks

⁶² Vt viimatinimetatu artikkel 36.

määratud protokollis artikli 3, 4, 5, 7 või 8 kohaselt. Kohaldatava õiguse reguleerimisala on määratletud väga üldiselt ja kooskõlas ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) käsitleusega⁶³ ja muude rahvusvaheliste õigusaktidega⁶⁴.

167 Tuleb märkida, et kuna kasutatud on väljendit „muu hulgas”, siis ei ole artikli 11 nimekirja kõikehõlmav ja sama õigusega võib reguleerida ka muid küsimusi, mis nimekirjas ei sisaldu.

Punkt a – kas, millises ulatuses ja kellelt võib õigustatud isik elatist nõuda;

168 Ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatav õigus reguleerib ennekõike ülalpidamiskohustuse olemasolu ja elatist maksa kohustatud isiku määratlemist. Sellega määratletakse piiranguteta isiku ülalpidamiskõlblikkus, võttes arvesse selle isiku perekondlikku seost elatist maksa kohustatud isikuga, ning vanust.

Punkt b – mil määral võib õigustatud isik taotleda elatist tagasiulatavalt;

169 Sama õigusega on kindlaks määratud kohustuse ulatus. Protokollis on jäädud truuks ülalpidamiskohustusi käsitlevatele 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsioonidele, mille eeskujul on nähtud ette, et asjaolu, kas ja mil määral on õigustatud isikul õigus taotleda ülalpidamist, määratletakse üheainsa õiguse alusel. Kõrvale jäeti nõude olemasolu ja määra eristamine, mida kohaldatakse teatavates õigussüsteemides (eriti teatavates Kanada provintsid).

Punkt c – elatise suuruse arvutamise alus ja indekseerimine;

170 Kohustuse määr hõlmab lisaks toetuse arvutamise alusele ka õigustatud isiku ülalpidamise tagasiulatava taotlemise määra (vt artikli 11 punkt b). Eri õigussüsteemid piiravad seda võimalust tavaliselt õigustatud isiku taotlusele vahetult eelnenud aastate jaoks ettenähtud summadega.

171 Ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õigusega reguleeritakse ka ülalpidamise summa indekseerimise küsimust. Küsimust arutati erikomisjonis, kuna mõeldavad on ka muud lahendused (nt kohustatud isiku peamise elukoha või kohtu asukohariigi õiguse järjepidev kohaldamine). Erikomisjon leidis lisaks, et asjaomane küsimus on seotud ülalpidamiskohustuse määra kindlaks tegemisega, mistõttu tuleb seda reguleerida viimase suhtes kehtiva õigusega.

Punkt d – kellel on õigus algatada elatisega seotud menetlust, välja arvatud küsimustes, mis on seotud menetlusteovõimega ja esindamisega kohtus;

172 Ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õiguse alusel määratakse ka kindlaks, kellel on õigus algatada ülalpidamisega seotud menetlus. Selline lahendus vastab ülalpidamiskohustusi käsitlevale 1973. aasta Haagi konventsioonile (kohaldatav õigus) (artikli 10 lõige 2). Üldjuhul on see õigus elatist saama õigustatud isikul, kuid juhul, kui tegemist on alaealisega, võib selle algatada üks

vanematest või avalik-õiguslik asutus. Küsimus erineb teovõimetute isikute esindamisest, mis jääb protokollis reguleerimisalast välja. Samuti ei tohi seda segamini ajada menetlusteovõimega ja esindamisega kohtus, mida reguleeritakse kohtu asukohariigi õigusega.

Punkt e – menetluse algatamisega seotud tähtajad ja aegumine;

173 Ülalpidamisega seotud menetluste aegumistähtaegu ja muid nende algatamisega seotud tähtaegu (nt nõudeõiguse aegumistähtajad) reguleeritakse samuti ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õigusega. Asjaomased küsimused on seega sisulised ja mitte menetluslikud, nagu ka ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni puhul (kohaldatav õigus, artikli 10 lõige 2). Eri küsimus on see, millal tuleb välisriigis tehtud otsuse alusel võlgnevus sisse nõuda. Protokoll seda küsimust ei reguleeri, küll aga on konventsiooni artikli 32 lõikes 5 öeldud järgmist: „Võlgnevuste sissenõudmise aegumistähtaeg määratakse kindlaks kas otsuse päritoluriigi või taotluse saanud riigi õiguse alusel, olenevalt sellest, kumma riigi õigusega on ette nähtud pikem tähtaeg”.

Punkt f – elatist maksa kohustatud isiku kohustuse ulatus juhul, kui avalik-õiguslik asutus nõuab õigustatud isikule elatise maksmise asemel antud toetuse hüvitamist.

174 Avalik-õigusliku asutuse algatatud hüvitise taotlemise menetluse korral reguleeritakse ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õigusega nimetatud kohustuse olemasolu ja määra (ning piiranguid), hüvitise taotlemise õigust aga asjaomase asutuse suhtes kohaldatava õigusega (artikkel 9). See norm, mis vastab ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni artikli 10 lõikele 3, on täiesti loogiline – kui ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatava õiguse kohaselt ei ole vastavat nõuet ette nähtud, ei saa avalik-õiguslik asutus taotleda toetuse hüvitamist elatist maksa kohustatud isikult.

Artikkel 12 Tagasisaate ja edasiviite välistamine

„Õigus” käesoleva protokollis tähenduses on osalisriigis kehtiv õigus, v.a selle riigi kollisiooninormid.

175 Selle sättega on täpsustatud, et protokollis kollisiooninormidega määratakse kindlaks asjaomase riigi siseõigus, välja arvatud kollisiooninormid. *Seega on tagasisaatmine ja edasiviitamine välistatud, isegi kui kohaldamisele kuulub muu kui osalisriigi õigus.* Selline lahendus vastab ülalpidamiskohustusi käsitlevale 1973. aasta Haagi konventsioonile (kohaldatav õigus) ning paljudele muudele Haagi konverentsi koostatud õigusaktidele⁶⁵. See ei vaja täiendavaid kommentaare.

⁶³ Vt nimetatud konventsiooni artikkel 10.

⁶⁴ Vt 1989. aasta Montevideo konventsiooni artikkel 7.

⁶⁵ Vt 5. juuli 2006. aasta Haagi konventsiooni (mis käsitleb vahendaja käes olevate väärtpaperitega seotud teatavate õiguste suhtes kohaldatavat õigust) artikkel 10; 13. jaanuari 2000. aasta täiskasvanute rahvusvahelise kaitse Haagi konventsioonis artikkel 19.

Artikkel 13 Avalik kord

Käesoleva protokollil alusel kindlaks määratud õiguse kohaldamisest võib keelduda ainult niivõrd, kui võrd selle tulemused oleksid ilmses vastuolus kohtu asukohariigi avaliku korra põhimõtetega.

176 Selles artiklis on sätestatud võimalus kohaldatav õigus välistada, kui selle tulemused on selgelt vastuolus kohtu asukohariigi avaliku korraga. Sätte sisu vastab ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsioonile (kohaldatav õigus) (artikli 11 lõige 1) ja paljudele ühtsetele rahvusvahelise eraõiguse aktidele.

177 Avaliku korra erandi kohaldamine peab olema väga piiratud: artikli 13 kohaselt peavad välisriigi õiguse kohaldamise tulemused olema *ilmses* vastuolus kohtu asukohariigi avaliku korraga, nt ilmses vastuolus kohtu asukohariigi aluspõhimõttega.

178 Avaliku korra erandit kasutatakse mõnikord juhul, kui ülalpidamisnõue põhineb välisriigi *lex causae* kohaselt peresuhtel, mida kohtu asukohariik ei tunnusta ja mida peetakse selles riigis ebasobivaks. Seoses sellega tuleb rõhutada, et avalik kord tuleb määrata kindlaks *in concreto* vastavalt protokollis kindlaks määratud välisriigi õiguse kohaldamise tulemustele. See kaalutlus tundub ülalpidamise valdkonnas eriti oluline, kuna välisriigi õiguse kohaldamise tulemused annavad vara valdkonnas igal juhul tunda⁶⁶. Avaliku korra erandile tuginemiseks ei piisa sellest, et ülalpidamisnõudega hõlmatud peresuhte riivab kohtu asukohariigi avalikku korda, vaid on vaja, et ühe isiku kohustamist maksma selle peresuhte alusel teisele ülalpidamist nähtaks iseenesest ebasobivana. See eristus ei ole teoreetiline. On hästi teada, et mitme riigi kohtupraktikas ollakse valmis tunnustama teatavaid peresuhtetest tekkivaid eriõigusi (omandi- või isiklikud õigused), isegi kui need on vastuolus kohtu asukohariigi avaliku korraga. Kõige levinum näide on polügaamia teatavate tagajärgede tunnustamine teatavates Euroopa riikides (Saksamaa, Prantsusmaa); olgugi et seda instituti nimetatud riikides iseenesest ei tunnustata, kuna see on vastuolus kohtu asukohariigi aluspõhimõtetega, ei peeta neis riikides mehe ülalpidamiskohustust mitme naise suhtes ebasobivaks. Samu argumente võib kasutada *mutatis mutandis* muude vastuoluliste institutide puhul, nagu samasooliste partnerlus või abielu.

179 Erinevalt muudest riigisisestest või rahvusvahelistest õigusaktidest ei saa protokollile teha reservatsiooni menetleva kohtu asukohariigi *lois de police'i* (või üldist kehtivust omavate sätete) suhtes, st kohustuslike normide suhtes, mis on oma märkimisväärse tähtsuse tõttu menetleva kohtu asukohariigis kohaldatavad olenemata sellest, millist õigust kollisiooninormide alusel kohaldatakse. Seega tundub, et menetlevad asutused on igal juhul kohustatud määratlema protokolliga kindlaks määratud kohaldatava õiguse sisu, mille võib kõrvale jätta üksnes juhul, kui selle tulemused ei ole kokkusobivad kohtu asukohariigi avaliku korraga.

⁶⁶ Vt ka protokollil artikli 1 lõige 2, mille kohaselt ei mõjuta protokollil kohaldamisel tehtud otsused peresuhte olemasolu.

Artikkel 14 Elatise suuruse kindlaksmääramine

Isegi kui kohaldamisele kuuluvas õiguses on sätestatud teisiti, võetakse elatise suuruse kindlaksmääramisel arvesse õigustatud isiku vajadusi, kohustatud isiku võimalusi ning mis tahes hüvitisi, mida õigustatud isik on saanud korrapäraselt makstava elatise asemel.

180 Artiklis 14 on nähtud ette, et isegi kui kohaldamisele kuuluvas õiguses on sätestatud teisiti, võetakse ülalpidamise suuruse kindlaksmääramisel arvesse õigustatud isiku vajadusi, kohustatud isiku võimalusi ning mis tahes hüvitisi, mida õigustatud isik on saanud korrapäraselt makstava ülalpidamise asemel. See on materiaalsoiguslik norm, mis on osalisriikidele sellisena siduv, olenemata sellest, mil viisil ülalpidamiskohustuse suhtes kohaldatavat õigust käsitletakse.

181 Asjaomane säte langeb enamjaolt kokku 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artikli 11 lõikega 2, kuid sisaldab kahte uut aspekti.

182 Esimene erinevus on tingitud asjaolust, et artikkel 14 on avaliku korra sättest eraldi ja sõltumatu olemusega, 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artikli 11 lõige 2 aga mitte. Pärast pikki arutelusid kohaldatava õiguse töörühmas ja erikomisjonis kiitis diplomaatiline istung selle lahenduse heaks. Sellel on üks oluline tagajärg: asjaomane materiaalsoiguslik norm ei ole üksnes välisriigi õiguse kohaldamise piirang, vaid osalisriikide pädevad asutused on kohustatud seda kohaldama isegi juhul, kui protokolliga kindlaksmääratud õigus on kohtu asukohariigi õigus.

183 Tuleb märkida, et vajaduste ja ressursside arvessevõtmine ei tähenda tingimata, et pädevad asutused on õigus konkreetses asjas vajadusi ja ressursse hinnata, vaid võib kaudselt põhineda kohaldatavast õigusest sõltuval ülalpidamise arvutamise viisil, näiteks õigustatud isiku saadaoleva ülalpidamise summa kindlaksmääramisel kindlatel tingimustel piisavalt paindlike tabelite näol, mis võimaldavad arvestada poolte vajadusi ja ressursse. See täpsustus on oluline haldussüsteemide seisukohast, mille puhul võetakse samuti arvesse õigustatud isiku vajadusi ja kohustatud isiku võimalusi, ehkki viimaste puhul võetakse neid tegureid arvesse abstraktsemal viisil kui õigussüsteemides.

184 Teine erinevus 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artikli 11 lõikest 2 põhineb artiklis 14 osutatud järgmisel viitel: „mis tahes hüvitisi, mida õigustatud isik on saanud korrapäraselt makstava elatise asemel”. Ka see uuendus lisati diplomaatilisel istungil Euroopa Ühenduse delegatsiooni ettepanekul⁶⁷. Eelkõige viidatakse selles juhtumite, kus üks abikaasa on saanud lahutuse ajal kindlasummalise makse või teisele abikaasale kuuluva vara (vallas- või kinnisvara) osa (nagu on näiteks tavaks teatavates tavaõigusel põhinevates õigussüsteemides), eesmärgiga rahuldada kõik nõuded, sealhulgas ülalpidamisnõue. Nimetatud lahendust kasutatakse mitme riigi õiguses abikaasade vastastikuste nõuete lõplikuks lahendamiseks lahutuse ajal, tehes selge lõpu vähemalt nende varalistele suhetele (nn *clean break* põhimõte). Sellisel juhul tuleks vältida seda, et üks

⁶⁷ Vt töödokumendi nr 2 protokollil nr 1 lõige 64 jj ning protokollil nr 2 lõige 1 jj.

abikaasadest esitab hiljem varasema nõuete lahendamisega kokkusobimatu ülalpidamismõude sellise õiguse alusel, milles sellist hüvitismehhanismi ei tunnustata. Kui protokolliga kindlaksmääratud õigus lähtub õigustatud isiku tegelikest vajadustest, võib tulemus varem saadud hüvitist arvesse võtmata olla ebaõiglane. Seepärast saab artiklis 14 sätestatud materiaaõiguslikku normi kasutada ülalpidamismõuete suhtes kohaldatavast õigusest tulenevate lahenduste korrigeerimiseks.

Artiklid 15–17 Ühtlustamata õigussüsteemid

185 Need artiklid sisaldavad sätteid protokollis kohaldamise kohta ühtlustamata õigussüsteemidega riikides. Sätted on levinud Haagi konventsioonides, kuid nende sisu tuleb kohandada vastavalt iga konventsiooni sisulisele reguleerimisalale. Protokollis puhul koostas artiklite kavandid alaline büroo⁶⁸. Diplomaatiline istung võttis artiklid väikeste muudatustega vastu. Artiklis 15 on nähtud ette protokollis kohaldamata jätmise puhtalt osalisriigi sisekonfliktide suhtes, artiklid 16 ja 17 puudutavad aga protokollis kohaldamist õigussüsteemides, mis on isikulisel või territoriaalsel tasandil ühtlustamata.

Artikkel 15 Protokollis kohaldamata jätmise sisekonfliktide suhtes

Lõige 1. Osalisriik, kus ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatakse eri õigussüsteemi või -normistikke, ei ole kohustatud kohaldama protokollis sätteid konfliktide puhul, mis tekivad üksnes selliste eri süsteemide või normistike vahel.

186 Artiklis on sätestatud, et riik, kus ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatakse kahte või enamast õigussüsteemi või -normistikku, ei ole kohustatud kohaldama protokollis sätteid tekkivate sisekonfliktide puhul. Protokollis eesmärk on lahendada rahvusvahelisi kohtualluvuse küsimusi ja see ei ole mõeldud kohaldamiseks pelgalt riigisisestest olukordades. See kehtib nii isikutevaheliste konfliktide (st kui eri riigisiseste õigussüsteemide kohaldamine tuleneb isikuga seotud kriteeriumidest, nagu näiteks asjaomaste isikute usust) või territooriumidevaheliste konfliktide (kui eri süsteemid või normistikud kehtivad eri territoriaalüksustes) suhtes.

187 Asjaomane riik võib vabatahtlikult või ühepoolselt omal soovil otsustada kohaldada protokollis oma sisekonfliktide lahendamiseks. Selline lahendus on mõeldav küll territooriumidevaheliste konfliktide puhul, kuid tundub ebasobiv isikutevaheliste konfliktide puhul.

Lõige 2. Käesolevat artiklit ei kohaldata piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes.

188 Lõike 2 kohaselt ei kohaldata artiklit 15 piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes. Selliseid organisatsioone moodustavad iseseisvad riigid, keda ei saa seetõttu käsitleda mitme eri õigussüsteemiga territoriaalüksusega riigi ühe territoriaalüksusena.

Artikkel 16 Ühtlustamata õigussüsteemid – territoriaalsed küsimused

Lõige 1. Riigi puhul, kus käesolevas protokollis käsitletud küsimuste suhtes kohaldatakse eri territoriaalüksustes kahte või enamast õigussüsteemi või -normistikku,

punkt a – käsitatakse viiteid riigi õigusele vajaduse korral viidetena asjaomases territoriaalüksuses kehtivale õigusele;

punkt b – käsitatakse viiteid riigi pädevatele või avalik-õiguslikele asutustele vajaduse korral viidetena asjaomase territoriaalüksuse pädevatele või avalik-õiguslikele asutustele;

punkt c – käsitatakse viiteid peamisele elukohale kõnealuses riigis vajaduse korral viidetena peamisele elukohale asjaomases territoriaalüksuses;

punkt d – käsitatakse viiteid riigile, mille ühine kodakondsus on mõlemal poolel, viidetena selle riigi õiguses määratud territoriaalüksusele või asjakohaste õigusnormide puudumisel korral viidetena territoriaalüksusele, millega ülalpidamiskohustus on kõige tihedamini seotud;

punkt e – käsitatakse viiteid riigile, mille kodanikuks isik on, viidetena selle riigi õiguses määratud territoriaalüksusele või asjakohaste õigusnormide puudumise korral viidetena territoriaalüksusele, millega isik on kõige tihedamini seotud.

189 Artiklis käsitletakse menetlust, mida kohaldatakse juhul, kui rahvusvahelises olukorras määratakse protokollis alusel kohaldatavaks õiguseks ühtlustamata süsteemi õigus, kus ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatakse eri territoriaalüksustes kahte või enamast eri õigussüsteemi või -normistikku. Vajab märkimist, et asjaomane küsimus ei kerki esile üksnes mitme eri õigussüsteemiga territoriaalüksusega riikides, vaid võib tekkida kõigis protokollis osalisriikides, kui kohaldatavaks õiguseks määratakse mitme eri õigussüsteemiga territoriaalüksusega riigi õigus. Kui näiteks protokollis alusel määratakse kohaldatavaks õiguseks riigi A õigus, kuna selles riigis on õigustatud isiku peamine elukoht, ja asjaomases riigis kehtib ühtlustamata süsteem, tekib riigis B (protokollis osaline) asja menetleval pädeval asutusel küsimus, millise riigi A eri territoriaalüksuse eeskirjad on kohaldatavad.

Lõige 2. Kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramisel käesoleva protokollis alusel riigi suhtes, mis koosneb kahest või enamast territoriaalüksusest, millest igaühel on käesolevas protokollis käsitletud küsimuste jaoks oma õigussüsteem või -normistik, kohaldatakse järgmisi eeskirju:

punkt a – kui kõnealuses riigis on olemas õigusnormid, mille alusel määrata kindlaks, millise territoriaalüksuse õigust tuleb kohaldada, siis kohaldatakse selle üksuse õigust;

punkt b – selliste õigusnormide puudumise korral kohaldatakse lõike 1 kohaselt määratud territoriaalüksuse õigust.

⁶⁸ Töödokument nr 12.

190 Artikli 16 lõikes 2 on sätestatud, et sellisel juhul tuleb protokollil alusel kohaldatava õiguse kindlaksmääramisel esmalt tugineda selle riigi õigusnormidele, mille alusel määratakse kindlaks, millise territoriaalüksuse õigust tuleb kohaldada (artikli 16 lõike 2 punkt *a*). Vaadeldava näite puhul toetatakse territooriumidevaheliste konfliktide korral esmalt riigi A õigusnormidele; seda võib näiteks ette tulla õigustatud isiku peamise elukoha riigist erineva territoriaalüksuse õiguse kohaldamise puhul (st kohustatud isiku peamise elukoha riigi õiguse puhul, kui seda kriteeriumi riigis A kasutatakse).

191 Vaid selliste riigisiseste normide puudumise korral ja ka siis rangelt subsidiaarsuse põhjal määratakse kohaldatav õigus kindlaks protokollis normide kohaselt (artikli 16 lõike 2 punkt *a*). Sel eesmärgil on artikli 16 lõikes 1 täpsustatud, kuidas tuleb protokollis kasutatud mõisteid tõlgendada; see säte kehtib üksnes juhul, kui kohaldatav on lõike 2 punkt *b*. Põhiidee on paigutada protokollis sisalduvad paiknemisest lähtuvad siduvad tegurid territoriaalüksusesse, kus need tegelikult esinevad.

192 Seepärast käsitletakse mis tahes viiteid riigile vajaduse korral viidetena asjaomases territoriaalüksuses kehtivale õigusele (artikli 16 lõike 1 punkt *a*; st kohtu asukohariigi õigust tuleb mõista kui selles territoriaalüksuses kehtivat õigust, milles asub asja menetlev asutus). Samamoodi käsitletakse mis tahes viiteid riigi pädevale asutusele või avalik-õiguslikule asutusele vajaduse korral viidetena vastavas territoriaalüksuses tegutsemise volitusega asutusele või avalik-õiguslikule asutusele (st avalik-õiguslikul asutusel on artikli 10 alusel õigus taotleda õigustatud isiku saadud toetuse hüvitamist õiguse alusel, mis kehtib territoriaalüksuses, kus nimetatud asutusel on tegutsemisvolitus). Lisaks käsitletakse viiteid peamisele elukohale asjaomases riigis vajaduse korral viidetena peamisele elukohale vastavas territoriaalüksuses (selle tulemusel on artikli 3 kohaselt kohaldatav õigus selle territoriaalüksuse õigus, kus on õigustatud isiku peamine elukoht).

193 Protokollis teatavates sätetes on kasutatud kodakondsuse mõistet (artikli 4 lõige 4, artikkel 6 ja artikli 8 lõike 1 punkt *a*), mis ei sobi eriti sisekonfliktide lahendamiseks sel lihtsal põhjusel, et mitme eri õigussüsteemiga territoriaalüksusega riigi territoriaalüksused ei anna riigi kodakondsusest erinevat kodakondsust. Sellisteks juhtudeks on artikli 16 lõike 1 punktides *d* ja *e* ette nähtud, et juhul, kui riigis puuduvad asjaomased normid, on kohaldatav õigus selle territoriaalüksuse õigus, millega isik kõige tihedamalt seotud on. Sellist lahendust ei ole mõistagi kõige lihtsam ellu viia, kuid tavaliselt aitab see saada üle ummikseisust.

Lõige 3. Käesolevat artiklit ei kohaldata piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes.

194 Lõike 3 kohaselt ei kohaldata artiklit 16 piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes. Selliseid organisatsioone moodustavad iseseisvad riigid, keda ei saa seetõttu käsitleda mitme eri õigussüsteemiga territoriaalüksusega riigi ühe territoriaalüksusena.

Artikkel 17 Ühtlustamata õigussüsteemid – isikutevahelised konfliktid

Käesoleva protokollil alusel kohaldamisele kuuluva õiguse kindlaksmääramisel riigi suhtes, kus kehtib kaks või enam õigussüsteemi või -normistikku, mida kohaldatakse käesolevas protokollis käsitletud küsimuste puhul eri isikurühmade suhtes, käsitatakse viiteid kõnealuse riigi õigusele viidetena selle riigi õigusnormide alusel kindlaks määratud õigussüsteemile.

195 Artiklis on viidatud sellisele olukorrale, kus protokollil kohaselt on määratud kohaldatavaks sellise riigi õigus, kus eri isikurühmade suhtes kehtib mitu õigussüsteemi või -normistikku (nt usulisel alusel). Sel juhul on ainus kasutatav kriteerium viide asjaomase riigi sisestele kollisiooninormidele. Selline lahendus peegeldab ka sama teemat käsitletud Haagi konventsioonide lähenemisviisi. See on vajalik seetõttu, et tavaliselt territooriumi kriteeriumil põhinevad protokollil eeskirjad ei ole sobivad isikutevaheliste konfliktide lahendamiseks. Erinevalt muudest konventsioonidest ei ole protokollis ette nähtud subsidiaarsuse kriteeriume juhuks, kui mõnes riigis puuduvad sisenormid. Diplomaatilisel istungil tehti ettepanek, et riigid, kus ülalpidamiskohustuste valdkonnas kehtivad eri isikurühmade suhtes mitmed ühtlustamata õigussüsteemid ja puuduvad riigisisest kollisiooninormid, võtavad need normid vastu enne protokolliga ühinemist.

Artikkel 18 Kooskõlastamine varasemate ülalpidamiskohustusi käsitlevate Haagi konventsioonidega

Osalisriikide vahel asendab käesolev protokoll 2. oktoobri 1973. aasta Haagi konventsiooni ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta ning 24. oktoobri 1956. aasta Haagi konventsiooni laste ülalpidamise kohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta.

196 Artiklis on täpsustatud, et protokoll asendab osalisriikide vahel 1956. aasta ja 1973. aasta Haagi konventsiooni. Sättega on võetud *mutatis mutandis* üle 1973. aasta konventsiooni artiklis 18 sisalduv säte.

197 Asendamine kehtib üksnes osalisriikide vahel, st eelmised konventsioonid jäävad kehtima ka protokollil osalisriikides nende suhetes riikidega, kes on konventsioonide osalised, kuid ei ole protokolliga ühinenud.

198 Ülalpidamiskohustusi käsitlev 1956. aasta Haagi konventsioon on kohaldatav üksnes juhul, kui sellega kaasneb osalisriigi õiguse kohaldamine. Seepärast ei ole sel *erga omnes* mõju⁶⁹. Artiklis 18 on lisaks öeldud, et protokoll asendab 1956. aasta konventsiooni osalisriikide vahel, seda denonsseerimata. Sättega tunnistatakse seega selgelt protokollil ülimuslikkust eelmise konventsiooni suhtes, vähemalt mõlema õigusakti osalisriikide vahel. Artiklist 18 võib aga ka järeldada, et sellisel riigil, kes on nii 1956. aasta konventsiooni kui ka protokollil osaline, on lubatud kõrvale kalduda protokollil kohaldamisest suhetes riigiga, kes on küll 1956. aasta konventsiooni, kuid mitte

⁶⁹ Vt nimetatud konventsiooni artikkel 6.

protokolli osaline. Selline olukord on igal juhul erandlik, kuid ennekõike on seda raske lahendada, kuna puuduvad täpsed kriteeriumid määratlemiseks, millal on tegemist suhetega sellise riigiga. Ebamäärasuse tõttu võiks lähtuda artikli 18 eesmärgist ja kohaldada protokoll ka sel juhul.

199 Kooskõlastamine ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooniga (kohaldatav õigus) on seda raskem, et asjaomane õigusakt nõuab protokolliga sarnaselt universaalset kohaldamist⁷⁰. Nagu ülalpidamiskohustusi käsitleva 1956. aasta konventsiooni puhul, reguleerib artikkel 18 suhteid vähemalt osalisriikide vahel, millisel juhul on protokoll ülimuslik 1973. aasta konventsiooni suhtes seda denonssseerimata. Samuti võib aga ka järeldada, et sellisel riigil, kes on nii 1973. aasta konventsiooni kui ka protokollil osaline, on lubatud kõrvale kalduda protokollil kohaldamisest suhetes riigiga, kes on küll 1973. aasta konventsiooni, kuid mitte protokollil osaline. See ei lahenda siiski õigusaktide konflikti juhul, kui praktikas viivad need kaks õigusakti kahe eri lahenduseni olukordades, kus puuduvad kriteeriumid määramaks kindlaks, millal on tegemist osalisriikide vahelise küsimusega. Sellised juhtumid on ilmselt levinumad kui eelmises punktis kirjeldatud, kus mõlemad õigusaktid on universaalselt kohaldatavad. Seda keerukust silmas pidades on veelgi enam põhjust tugineda artikli 18 eesmärgile ja soodustada konventsiooni kohaldamise asemel protokollil kohaldamist, kuna tegemist on uuema süsteemiga, mille eesmärk on asendada 1973. aasta konventsiooni normide mõju. Nimetatud lahendust saab toetada lisaks 1973. aasta konventsiooni artikliga 19, mille kohaselt konventsioon „ei mõjuta teisi rahvusvahelisi konventsioone, millega selle konventsiooni osalisriik on ühinenud või ühineb tulevikus, ning mis sisaldavad sätteid selle konventsiooniga reguleeritud suhete kohta”.

Artikkel 19 Kooskõlastamine muude õigusaktidega

Lõige 1. Käesolev protokoll ei mõjuta rahvusvahelisi õigusakte, mille poolteks osalisriigid on praegu või tulevikus ja mis sisaldavad sätteid käesolevas protokollis käsitletud küsimuste kohta, välja arvatud juhul, kui selliste õigusaktide poolteks olevad riigid esitavad vastupidise avalduse.

200 Kooskõlastamine muude õigusaktidega on hõlpsam: protokoll ei mõjuta artikli 19 alusel muid rahvusvahelisi õigusakte, mille poolteks osalisriigid on praegu või tulevikus ja mis sisaldavad sätteid ülalpidamiskohustuste suhtes kohaldatava õiguse kohta. Protokoll on selliste varasemate või tulevaste õigusaktide suhtes ülimuslik üksnes juhul, kui selliste õigusaktide poolteks olevad riigid on esitanud vastava avalduse.

Lõige 2. Lõiget 1 kohaldatakse ka ühtlustatud õigusnormide suhtes, mis põhinevad asjaomaste riikide piirkondlikel või muud laadi erisidemetel.

201 Tuleb rõhutada, et artikli 19 lõike 2 kohaselt kohaldatakse seda lahendust ka protokollil ja ühtlustatud õigusnormide suhtes, mis põhinevad asjaomaste riikide piirkondlikel või muud laadi erisidemetel. Sellest järeldub, et vastaval juhul on protokoll alamuslik tulevase piirkondliku õigusakti suhtes, milles käsitletakse sama sisulist küsimust.

Artikkel 20 Ühetaoline tõlgendamine

Käesoleva protokollil tõlgendamisel tuleb arvesse võtta selle rahvusvahelist iseloomu ja võimalikult ühetaolise kohaldamise vajadust.

202 Sättega, mis on muutunud tavapäraseks kõigis ühtlustatud õiguse aktides, nõustuvad protokollil osalisriigid võtma protokollil tõlgendamisel arvesse selle rahvusvahelist iseloomu ja vajadust edendada selle ühetaolist kohaldamist. See hõlmab muu hulgas osalisriikide pädevate asutuste kohustust võtta võimalikult suurel määral arvesse muudes osalisriikides protokollil alusel tehtud otsuseid. Mõistagi on nimetatud otsustel üksnes soovituslik mõju, sest need ei ole muude riikide pädevatele asutustele siduvad.

Artikkel 21 Protokolliga seotud praktiliste küsimuste läbivaatamine

Lõige 1. Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi peasekretär kutsub vastavalt vajadusele kokku erikomisjoni, et vaadata läbi protokollil kohaldamisega seotud praktilisi küsimusi.

203. Järelevalve tagamise eesmärgil on artiklis 21 ette nähtud, et Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi peasekretär kutsub vastavalt vajadusele kokku erikomisjoni, et vaadata läbi protokollil kohaldamisega seotud praktilisi küsimusi.

Lõige 2. Sellise läbivaatamise eesmärgil teevad osalisriigid Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi alalise bürooga koostööd protokollil kohaldamisega seotud kohtupraktikat käsitleva materjali kogumiseks.

204 Samal eesmärgil ja selleks, et hõlbustada osalisriikide juurdepääsu teistes riikides protokollil kohaselt tehtud otsustele, on osalisriigid leppinud kokku, et teevad koostööd alalise bürooga, eesmärgiga koguda protokollil kohaldamisega seotud kohtupraktikat.

Artikkel 22 Üleminekusätted

Käesolevat protokollil ei kohaldata elatise suhtes, mille maksmist nõutakse osalisriigis ajavahemiku eest, mis eelneb protokollil jõustumisele kõnealuses osalisriigis.

205 Selle artikli kohaselt ei kohaldata protokollil ülalpidamise suhtes, mille maksmist nõutakse osalisriigis ajavahemiku eest, mis eelneb protokollil jõustumisele kõnealuses osalisriigis. Sätte eesmärk on vältida uute normide mõju enne nende jõustumist tekkinud poolte õigustele ja kohustustele. Lahendus vastab ülalpidamiskohustusi käsitleva 1973. aasta Haagi konventsiooni (kohaldatav õigus) artikli 12 lahendusele⁷¹.

⁷⁰ Vt 1973. aasta konventsiooni artikkel 3 ja protokollil artikkel 2.

⁷¹ Verwilgheni seletuskiri (joonealuses märkuses 14 esitatud teos), punkt 182 jj.

206 Erinevalt konventsioonist (vt artikli 56 lõige 1), ei ole protokoll seega kohaldatav kõigi pärast selle jõustumist algatatud menetluste suhtes; aga ka vastupidi ei ole selle kohaldamine välistatud menetluste puhul, mis algatati enne jõustumise kuupäeva. Mõlemal juhul on tähtsam määrata kindlaks, milliseks ajavahemikuks ülalpidamist nõutakse. Kui ülalpidamist nõutakse uue õigusakti jõustumisele eelnenud ajavahemikuks (nt kui õigustatud isik nõuab sisse võlgnevusi), siis protokoll ei kohaldata, isegi kui nõue esitati pärast selle jõustumist. Ülalpidamiskohustuse suhtes kehtib nimetatud ajavahemikul rahvusvaheline eraõigus (mis põhineb konventsioonil või riigisisel õigusel), mis oli kohtu asukohariigis kohaldatav enne protokollil jõustumist. Kui aga pädev asutus peab tegema otsuse tulevikus makstava ülalpidamise küsimuses pärast protokollil jõustumist, on ta kohustatud protokollil kohaldama isegi juhul, kui nõue esitati enne protokollil jõustumist.

Artikkel 23 Allakirjutamine, ratifitseerimine ja ühinemine

Lõige 1. Käesolev protokoll on allakirjutamiseks avatud kõikidele riikidele.

Lõige 2. Allakirjutanud riigid peavad käesoleva protokollil ratifitseerima või heaks kiitma.

Lõige 3. Käesolev protokoll on ühinemiseks avatud kõikidele riikidele.

Lõige 4. Ratifitseerimis-, heakskiitmis- või ühinemiskirjad antakse hoiule Madalmaade Kuningriigi välisministeeriumile, kes on käesoleva protokollil hoiulevõtja.

207 Asjaomane säte esineb enamikus Haagi konventsioonides. Selles sisalduvad allakirjutamist, ratifitseerimist ja ühinemist käsitlevad normid vastavad tavalahendustele ega vaja seetõttu täiendavaid kommentaare⁷².

208 Kui tegemist on õigusaktiga, mis kannab protokollil nime, on asjaomane säte eriti oluline, sest selles on kehtestatud asjaomase õigusakti sõltumatus konventsioonist, mille alusel see koostati. Nagu juba märgitud, võivad protokollil allkirjastada, ratifitseerida või sellega ühineda kõik riigid, isegi kui nad ei ole konventsiooni allkirjastanud, ratifitseerinud või sellega ühinenud. Pärast mõningaid kahtlusi võeti nimetatud lahendus diplomaatilisel istungil vastu, kusjuures delegaatide arvates ei olnud õigustatud protokollil nime muutmine konventsiooniks (vt eespool punkt 15 jj).

Artikkel 24 Piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonid

Lõige 1. Piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioon, millesse kuuluvad ainult suveräänsed riigid ja mis on pädev teatavas käesoleva protokollil reguleeritavas küsimuses või kõigis sellistes küsimustes, võib samuti protokollil alla kirjutada, selle heaks kiita või sellega ühineda. Sellisel juhul on piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonil osalisriigi õigused ja kohustused niivõrd, kuivõrd ta on pädev käesoleva protokollil reguleeritavates küsimustes.

Lõige 2. Protokollil alla kirjutades, seda heaks kiites või sellega ühinedes teatab piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioon hoiulevõtjale kirjalikult, millistes protokollil reguleeritavates küsimustes on organisatsiooni liikmesriigid talle pädevuse üle andnud. Organisatsioon teatab hoiulevõtjale viivitamata kirjalikult kõikidest muutustest, mis toimuvad tema pädevuses võrreldes viimase käesoleva lõike kohaselt edastatud teatega.

Lõige 3. Protokollil alla kirjutades, seda heaks kiites või sellega ühinedes võib piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioon esitada artikli 28 kohase deklaratsiooni selle kohta, et ta on pädev kõikides protokollil reguleeritavates küsimustes ning et talle asjaomases küsimuses pädevuse üle andnud liikmesriikide jaoks on protokoll siduv, kuna organisatsioon kirjutab sellele alla, küidab selle heaks või ühineb sellega.

Lõige 4. Käesoleva protokollil jõustumisel ei võeta piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsiooni hoiule antud dokumente arvesse, kui organisatsioon ei ole esitanud lõikes kolm nimetatud deklaratsiooni.

Lõige 5. Käesolevas protokollil sisalduvaid viiteid osalisriigile või riigile käsitatakse vastavalt vajadusele ka viidetena protokollil osalevale piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonile. Kui piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioon on esitanud lõike 3 kohase deklaratsiooni, käsitatakse protokollil sisalduvaid viiteid osalisriigile või riigile vastavalt vajadusele ka viidetena asjaomasele piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsiooni liikmesriigile.

209 Nii nagu konventsioon (vt artikkel 59), sisaldab ka protokoll sätet, milles on määratletud tingimused piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonile protokollil osalisriigiks saamiseks. Tegemist on hiljuti lisatud lõppklausliga, mis sisaldub üksnes Haagi konverentsi poolt vastu võetud kõige hilisemates õigusaktides⁷³. Tuleb meenutada, et 2007. aastal muudeti Haagi konverentsi põhikirja, et võimaldada piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonidel saada konverentsi liikmeks⁷⁴. See areng on seotud peamiselt pärast Amsterdamil lepingu vastuvõtmist Euroopa Liidus

⁷² Vt konventsiooni artikkel 58 ja Borrás-Degelingi kommentaar, punktid 689–694.

⁷³ Vt kohtu valiku kokkuleppeid käsitleva 30. juuni 2005. aasta Haagi konventsiooni artikkel 29; 5. juuli 2006. aasta Haagi konventsiooni (mis käsitleb vahendaja käes olevate väärtpaberitega seotud teatavate õiguste suhtes kohaldatavat õigust) artikkel 18.

⁷⁴ Vt põhikirja artikkel 3.

toimunud muutustega, millega Euroopa Ühendus sai sise- ja välisvolitused seoses rahvusvahelise eraõigusega. Euroopa Ühendus sai konverentsi liikmeks 3. aprillil 2007. Mõistagi on artikkel 24 koostatud üldsõnaliselt ning võib olla vajaduse korral kohaldatav muude piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes, kel võib olla pädevus protokolliga reguleeritud valdkondades.

210 Artikli sätted on täpselt samad, mis konventsiooni artikli 59 sätted. Selgituseks viidatakse siinkohal ka Borrás-Degelingi kommentaari punktidele 695–700.

Artikkel 25 Jõustumine

Lõige 1. Käesolev protokoll jõustub selle kuu esimesel päeval, mis järgneb kolme kuu möödumisele teise artiklis 23 osutatud ratifitseerimis-, heakskiitmis- või ühinemiskirja hoiuleandmisest.

211 Mis puutub protokollile jõustumisse, siis nõutakse artikli 25 lõikes 1 kahe ratifitseerimis-, heakskiitmis- või ühinemiskirja hoiuleandmist. Selline konventsiooniga (vt artikkel 60) ja Haagi konverentsi poolt hiljuti vastu võetud muude õigusaktidega sarnane lahendus⁷⁵ on õigusakti jõustumise seisukohalt väga soodne. Seda õigustab argument, et protokollile ei ole raske kohaldada üksnes kahe riigi vahel, kui viimased seda soovivad. Käesolevaga tasub meenutada, et hoolimata osalisriikide arvust on protokoll kohaldatav *erga omnes* (vt artikkel 2).

Lõige 2. Seejärel jõustub käesolev protokoll:

punkt a – iga riigi või artiklis 24 osutatud piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsiooni suhtes, kes käesoleva protokollile järgnevalt ratifitseerib, heakskiitab või sellega ühineb, selle kuu esimesel päeval, mis järgneb kolme kuu möödumisele tema ratifitseerimis-, heakskiitmis- või ühinemiskirja hoiuleandmisest;

punkt b – territoriaalüksuse suhtes, millele on käesoleva protokollile kohaldamist laiendatud artikli 26 kohaselt, selle kuu esimesel päeval, mis järgneb kolme kuu möödumisele kõnealuses artiklis osutatud deklaratsiooni esitamisest.

212 Artikli 25 muud sätted on samuti samad, mis konventsiooni artiklis 60 ja Haagi konverentsi poolt vastu võetud muudes õigusaktides.

Artikkel 26 Ühtlustamata õigussüsteeme käsitlevad deklaratsioonid

Lõige 1. Kui riigil on kaks või enam territoriaalüksust, kus kehtib käesolevas protokollis käsitletavates küsimustes erisugune õigussüsteem, võib riik protokollile alla kirjutades, seda ratifitseerides, heakskiites või sellega ühinedes deklareerida vastavalt artiklile 28, et ta kohaldab käesolevat protokollile kõigi oma territoriaalüksuste või ainult ühe või mitme suhtes neist, ning võib nimetatud deklaratsiooni igal ajal muuta uue deklaratsiooni esitamisega.

⁷⁵ Vt kohtu valiku kokkuleppeid käsitleva 30. juuni 2005. aasta Haagi konventsiooni artikkel 31; 5. juuli 2006. aasta Haagi konventsiooni (mis käsitleb vahendaja käes olevate väärtpaperitega seotud teatavate õiguste suhtes kohaldatavat õigust) artikkel 19.

Lõige 2. Igast sellisest deklaratsioonist teatatakse hoiulevõtjale ning selles määratakse sõnaselgelt kindlaks territoriaalüksused, mille suhtes protokollile kohaldatakse.

Lõige 3. Kui riik ei esita käesolevas artiklis sätestatud deklaratsiooni, kohaldatakse protokollile kõikide selle riigi territoriaalüksuste suhtes.

Lõige 4. Käesolevat artiklit ei kohaldata piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonide suhtes.

213 Kooskõlas traditsioonilise lähenemisviisiga on artikli 26 lõike 1 kohaselt lubatud riigil, milles on kaks või enam territoriaalüksust, kus kehtib seoses käesolevas protokollis käsitletavate küsimustega erisugune õigussüsteem, deklareerida protokollile kohaldamist kõigi oma territoriaalüksuste või ainult ühe või mitme suhtes neist. Deklaratsiooni puudumisel on protokoll kohaldatav riigi kogu territooriumil (artikli 26 lõige 3).

Artikkel 27 Reservatsioonid

Käesoleva protokollile suhtes ei saa teha reservatsioone.

214 See artikkel on väga oluline, kuna selles on kehtestatud põhimõte, et protokollile suhtes ei saa teha ühtegi reservatsiooni. Nagu märgitud eespool (vt punkt 25), on see lahendus väga erinev ülalpidamiskohustusi käsitlevast 1973. aasta Haagi konventsioonist (kohaldatav õigus), milles riikidel on lubatud piirata konventsiooni kohaldamist teatavate ülalpidamiskohustuste suhtes (nagu näiteks abikaasade ja endiste abikaasade vahelised ülalpidamiskohustused või alla 21aastase abielu mitte olnud isiku suhtes esitatud nõuded; vt artikkel 13), või välistada selle kohaldamine teatavate ülalpidamiskohustuste suhtes (külgsuguluses või hõimlussuhtes olevate isikute või teatavatel juhtudel lahutatud või lahusel olevate abikaasade või abikaasade puhul, kelle abielu on tunnistatud kehtetuks või tühistatud; vt artikkel 14). Lisaks võimaldab konventsiooni artikkel 15 reservatsiooni kohtu asukohariigi õiguse kohaldamise suhtes, kui õigustatud ja kohustatud isikul on asjaomase riigi kodakondsus ja selles on kohustatud isiku peamine elukoht. Reservatsioone on esitanud mitmed osalisriigid. Tänu artiklile 27 ei saa protokollile kohaldamisala piirata ega teha erandeid selle normide kohaselt kohaldatava õiguse suhtes.

Artiklid 28–30 Deklaratsioonid, denonsseerimine, teatamine

Artikkel 28 Deklaratsioonid

Lõige 1. Artikli 24 lõikes 3 ja artikli 26 lõikes 1 osutatud deklaratsioone võib esitada protokollile alla kirjutamise, selle ratifitseerimise, heakskiitmise või sellega ühinemise ajal või hiljem ning neid võib igal ajal muuta või tagasi võtta.

Lõige 2. Deklaratsioonidest, nendes tehtavatest muudatustest ja nende tagasivõtmisest teatatakse hoiulevõtjale.

Lõige 3. Protokollile allakirjutamise, selle ratifitseerimise, heakskiitmise või sellega ühinemise ajal esitatud deklaratsioon jõustub samaaegselt protokollile jõustumisega asjaomase riigi suhtes.

Lõige 4. Hiljem esitatud deklaratsioon või deklaratsiooni muutmine või tagasivõtmine jõustub selle kuu esimesel päeval, mis järgneb kolme kuu möödumisele kuupäevast, mil hoiulevõtja sai kätte asjaomase teate.

Artikkel 29 Denonsseerimine

Denonsseerimine 1. Käesoleva protokoli osalisriik võib selle denonsseerida, saates sellesisulise kirjaliku teate hoiulevõtjale. Denonsseerimine võib piirduda ühtlustamata õigussüsteemiga riigi teatavate territoriaalüksustega, mille suhtes kohaldatakse käesolevat protokoli.

Lõige 2. Denonsseerimine jõustub selle kuu esimesel päeval, mis järgneb 12 kuu möödumisele kuupäevast, mil hoiulevõtja asjaomase teate kätte sai. Kui teates on denonsseerimise jõustumiseks ette nähtud pikem ajavahemik, jõustub denonsseerimine nimetatud pikema ajavahemiku möödumisel kuupäevast, mil hoiulevõtja sai teate kätte.

Artikkel 30 Teatamine

Hoiulevõtja teatab Haagi rahvusvahelise eraõiguse konverentsi liikmetele ning muudele riikidele ja piirkondliku majandusintegratsiooni organisatsioonidele, kes on protokollile artiklite 23 ja 24 kohaselt alla kirjutanud, selle ratifitseerinud, heaks kiitnud või sellega ühinenud:

punkt a – igast artiklites 23 ja 24 osutatud allakirjutamisest, ratifitseerimisest, heakskiitmisest ja ühinemisest;

punkt b – kuupäevast, mil käesolev protokoll jõustub vastavalt artiklile 25;

punkt c – artikli 24 lõikes 3 ja artikli 26 lõikes 1 osutatud deklaratsioonidest;

punkt d – igast artiklis 29 osutatud denonsseerimisest.

215 Artiklitesse on võetud üle tavalahendused. Need ei vaja täiendavaid kommentaare.

Lausanne, 26. august 2009

Haagi Rahvusvahelise Eraõiguse Konverentsi

alaline büroo

Churchillplein 6b

2517 JW Haag

Madalmaad

Telefon: +31 70 363 3303

Faks: +31 70 360 4867

E-post: secretariat@hcch.net

Veebisait: www.hcch.net

DS-02-14-736-ET-N



ISBN 978-92-79-39257-3



doi : 10.2838/22000