JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ELEANOR SHARPSTON
30 päivänä syyskuuta 2010[1]

1. Tämä Tribunal du travail de Bruxellesin esittämä ennakkoratkaisupyyntö koskee sitä, kuinka laaja oleskeluoikeus on kolmannen maan kansalaisilla, jotka ovat sellaisen alaikäisen lapsen vanhempia, joka on unionin kansalainen ja joka ei vielä ole liikkumisvapauksia käyttääkseen lähtenyt jäsenvaltiosta, jossa hän on syntynyt.

2. Kansallisen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin vastatessaan unionin tuomioistuimen on tehtävä lukuisia vaikeita ja tärkeitä valintoja. Mitä unionin kansalaisuudesta tarkalleen ottaen seuraa? Onko kansallisen oikeudenkäynnin kohteena olevia olosuhteita pidettävä kyseessä olevan jäsenvaltion ”täysin sisäisenä” tilanteena, jossa unionin oikeudella ei ole mitään roolia? Vai tarkoittaako unionin kansalaisuudesta välttämättä johtuvien oikeuksien (mukaan lukien tulevat oikeudet) täysi tunnustaminen sitä, että alaikäisellä lapsella, joka on unionin kansalainen, on pikemmin unionin oikeuteen kuin kansalliseen oikeuteen perustuva oikeus oleskella missä tahansa unionin alueella (mukaan lukien jäsenvaltiossa, jonka kansalainen hän on). Jos hänellä on tällainen oikeus, sen varmistamisesta, että hän voi käyttää tätä oikeutta tehokkaasti, saattaa seurata, että hänen vanhemmalleen, joka on kolmannen maan kansalainen, myönnetään oleskeluoikeus, jos muutoin olisi kyseessä perusoikeuksien huomattava loukkaus.

3. Käsitteellisemmältä kannalta on kysyttävä, onko oikeuksien käyttö unionin kansalaisena riippuvainen – kuten on klassisten taloudellisten ”vapauksien” käyttö – siitä, että ennen näihin oikeuksiin vetoamista on ollut kyse jonkinlaisesta rajatylittävästä vapaasta liikkuvuudesta (vaikka tämä olisi kuinka satunnaista, toisarvoista tai etäistä tahansa). Vai määritelläänkö unionin kansalaisuudesta johtuvat oikeudet ja velvollisuudet tulevien eikä menneiden seikkojen perusteella? Sama kysymys esitettynä hieman eri näkökulmasta: onko unionin kansalaisuus vain ei-taloudellinen versio samoista yleisluonteisista vapaata liikkuvuutta koskevista oikeuksista, jotka taloudellisesti aktiivisilla ja itsenäisesti toimeentulevilla henkilöillä on jo kauan ollut? Vai tarkoittaako se jotakin radikaalimpaa: todellista kansalaisuutta, johon liittyy yhdenmukainen joukko oikeuksia ja velvollisuuksia

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

oikeusunionissa,[2] jossa perusoikeuksien kunnioituksen on välttämättä oltava olennaisessa osassa?

Perusoikeuskirjassa esitettyjä oikeuksia, vapauksia ja periaatteita on tulkittava perusoikeuskirjan tulkintaa ja soveltamista koskevien perusoikeuskirjan VII osaston yleisten määräysten mukaisesti ja ottaen asianmukaisesti huomioon perusoikeuskirjassa tarkoitetut selitykset, joissa esitetään näiden määräysten lähteet.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

2. Unioni liittyy ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn eurooppalaiseen yleissopimukseen. Liittyminen ei vaikuta perussopimuksissa määriteltyyn unionin toimivaltaan.

Merkityksellinen unionin oikeus

4. SEU 6 artiklassa (aiempi EU 6 artikla) määrätään seuraavaa:

3. Ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä eurooppalaisessa yleissopimuksessa taatut ja jäsenvaltioiden yhteisestä valtiosääntöperinteestä johtuvat perusoikeudet ovat yleisinä periaatteina osa unionin oikeutta."

"1. Unioni tunnustaa oikeudet, vapaudet ja periaatteet, jotka esitetään 7 päivänä joulukuuta 2000 hyväksytyssä ja Strasbourgissa 12 päivänä joulukuuta 2007 mukautetussa Euroopan unionin perusoikeuskirjassa, jolla on sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla.

Perusoikeuskirjan määräykset eivät millään tavoin laajenna perussopimuksissa määriteltyä unionin toimivaltaa.

5. SEUT 18 artiklassa (aiempi EY 12 artikla) määrätään seuraavaa:

"Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä perussopimusten soveltamisalalla, sanotun kuitenkaan rajoittamatta perussopimusten erityismääräysten soveltamista.

– –"

2 – Lainaan ilmaisun "oikeusunioni" julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomerin 15.5.2008 antamasta ratkaisuehdotuksesta asiassa C-228/07, Petersen, tuomio 11.9.2008 (Kok., s. I-6989, 32 kohta). Otin tämän ennakkoratkaisupyynnön vastuulleni sen jälkeen, kun hän oli äkillisesti ja ennenaikaisesti kuollut 12.11.2009. Haluan heti aluksi antaa tunnustusta hänen tässä asiassa jo tekemälleen työlle ja osoittamalleen sitoutumiselle sekä yleisemmin sille, miten laadukkaasti ja kattavasti hän myötävaikutti siihen, mikä oli hänelle vielä "yhteisön" eikä "unionin" oikeutta.

6. SEUT 20 artiklassa (aiempi EY 17 artikla) määrätään seuraavaa:

”1. Otetaan käyttöön unionin kansalaisuus. Unionin kansalainen on jokainen, jolla on jonkin jäsenvaltion kansalaisuus. Unionin kansalaisuus täydentää mutta ei korvaa jäsenvaltion kansalaisuutta.

2. Unionin kansalaisella on perussopimuksissa määrätyt oikeudet ja velvollisuudet

– –”

7. SEUT 21 artiklassa (aiempi EY 18 artikla) määrätään seuraavaa:

”1. Jokaisella unionin kansalaisella on oikeus vapaasti liikkua ja oleskella jäsenvaltioiden alueella, jollei perussopimuksissa määrätyistä tai sen soveltamisesta annetuissa säännöksissä säädetyistä rajoituksista ja ehdoista muuta johdu.

– –”

8. Euroopan unionin perusoikeuskirjan [3] 7, 21 ja 24 artiklassa määrätään seuraavaa:

”*7 artikla*

Yksityis- ja perhe-elämän kunnioittaminen

Jokaisella on oikeus siihen, että hänen yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiaan sekä viestejään kunnioitetaan.

– –

21 artikla

Syrjintäkielto

1. Kielletään kaikenlainen syrjintä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan.

3 – Julistettiin Nizzassa 7.12.2000 (EYVL C 364, s. 1). Euroopan parlamentti hyväksyi päivitetyn version 29.11.2007 sen jälkeen, kun siitä oli poistettu viittaukset Euroopan perustuslakiin (EUVL C 303, s. 1).

2. Kielletään kaikenlainen kansalaisuuteen perustuva syrjintä perussopimusten soveltamisalalla, sanotun kuitenkaan rajoittamatta niiden erityismääräysten soveltamista.

– –

24 artikla

Lapsen oikeudet

1. Lapsella on oikeus hänen hyvinvoinnilleen välttämättömään suojeluun ja huolenpitoon. Lapsen on saatava ilmaista vapaasti mielipiteensä. Lapsen mielipide on hänen ikänsä ja kehitystasonsa mukaisesti otettava huomioon häntä koskevissa asioissa.

2. Kaikissa lasta koskevissa viranomaisten tai yksityisten laitosten toimissa on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu.

3. Jokaisella lapsella on oikeus ylläpitää henkilökohtaisia suhteita ja suoria yhteyksiä kumpaankin vanhempaansa säännöllisesti, jollei se ole lapsen edun vastaista.”

Merkitykselliset kansainväliset määräykset

9. Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen [4] 17 artiklassa määrätään seuraavaa:

”1. Kenenkään yksityiselämään, perheeseen, kotiin tai kirjeenvaihtoon ei saa mielivaltaisesti tai laittomasti puuttua eikä suorittaa hänen kunniaansa ja mainettaan loukkaavia hyökkäyksiä.

2. Jokaisella on oikeus lain suojaan tällaista puuttumista tai tällaisia hyökkäyksiä vastaan.”

10. Lapsen oikeuksista tehdyn yleissopimuksen [5] 9 artiklan 1 kappaleessa määrätään seuraavaa:

”1. Sopimusvaltiot takaavat, ettei lasta eroteta vanhemmistaan heidän tahtonsa vastaisesti paitsi, kun toimivaltaiset viranomaiset, joiden päätökset voidaan saattaa tuomioistuimen tutkittaviksi, toteavat soveltuvien lakien ja menettelytapojen mukaisesti sen olevan lapsen edun mukaista. Tällainen päätös saattaa olla tarpeellinen erityistapauksessa, kuten lapsen vanhempien pahoinpidellessä

4 – Yleissopimus avattiin allekirjoituksia varten 19.12.1966; Yhdistyneiden Kansakuntien sopimuskokoelma, osa 999, s. 171 ja osa 1057, s. 407. Kaikki Euroopan unionin jäsenvaltiot ovat yleissopimuksen sopimuspuolia, eikä 17 artiklaan ole tehty varaumia.

5 – Yleissopimus hyväksyttiin 20.11.1989 annetulla päätöslauselmalla 44/25; Yhdistyneiden Kansakuntien sopimuskokoelma, osa 1577, s. 3. Kaikki unionin jäsenvaltiot ovat yleissopimuksen sopimuspuolia, eikä 9 artiklan 1 kappaleeseen ole tehty varaumia.

tai laiminlyödessä lasta tai kun vanhemmat asuvat erillään ja on tehtävä päätös lapsen asuinpaikasta.”

11. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa ja sen neljännen lisäpöytäkirjan 3 artiklassa määrätään seuraavaa: [6]

”8 artikla

1. Jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta.

2. Viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi kun laki sen sallii ja se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.

– –

Neljännen lisäpöytäkirjan 3 artikla

Ketään ei saa karkottaa yksilöön tai ryhmään kohdistuvalla toimenpiteellä sen valtion alueelta, jonka kansalainen hän on.

Keneltäkään ei saa evätä oikeutta tulla sen valtion alueelle, jonka kansalainen hän on.”

Merkityksellinen kansallinen lainsäädäntö

Kuninkaan päätös, joka on tehty 25.11.1991

12. Työttömyyttä koskevasta sääntelystä 25.11.1991 tehdyn kuninkaan päätöksen 30 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Kokoaikainen työntekijä saa oikeuden työttömyyskorvaukseen vasta sellaisen odotusajan jälkeen, johon sisältyy

1) – –

6 – Allekirjoitettiin Roomassa 4.11.1950; kaikki Euroopan unionin jäsenvaltiot ovat ratifioineet sen. Tilanne on hieman monimutkaisempi neljännen lisäpöytäkirjan osalta. Tällä hetkellä Kreikka ei ole allekirjoittanut eikä ratifioinut kyseistä lisäpöytäkirjaa, kun taas Yhdistynyt kuningaskunta on allekirjoittanut sen muttei ratifioinut sitä. Itävalta, Irlanti ja Alankomaat ovat tehneet 3 artiklaan varaumia tietyistä kohdista, jotka eivät ole merkityksellisiä tähän asiaan liittyvien tosiseikkojen ja kysymysten kannalta.

2) 468 työpäivää hakijan korvaushakemusta edeltävien 27 kuukauden ajalta, jos hän on vähintään 36-vuotias ja enintään 50-vuotias

– –”

13. Kuninkaan päätöksen 43 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Ulkomaisella tai kansalaisuudettomalla työntekijällä on oikeus työttömyyskorvaukseen, jos hän noudattaa ulkomaalaisista ja ulkomaisen työvoiman palvelukseen ottamisesta annettua lainsäädäntöä, sanotun kuitenkaan rajoittamatta edellä olevien säännösten soveltamista.

Belgiassa tehty työ otetaan huomioon vain, jos se on tehty ulkomaisen työvoiman palvelukseen ottamisesta annetun lainsäädännön mukaisesti.”

14. Belgian lainsäädännön merkityksellisten säännösten (15.12.1980 annetun lain 40 § ja 9.6.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 2 §) mukaan ulkomaalaisen, joka on unionin jäsenvaltion kansalainen, aviopuolisoa ja kyseisen kansalaisen lapsia tai niitä hänen aviopuolisonsa lapsia, jotka ovat heidän huollettaviaan, on heidän kansalaisuudestaan riippumatta kohdeltava samalla tavalla kuin ulkomaalaista, joka on unionin jäsenvaltion kansalainen, mikäli he tulevat asumaan maahan mainitun kansalaisen luo.

15. Belgian kansalaisen tai ulkomaalaisen, joka on Euroopan unionin jäsenvaltion kansalainen, huollettavina olevat sukulaiset takenevassa polvessa eivät kansalaisuudestaan riippumatta tarvitse työlupaa (ulkomaisten työntekijöiden palvelukseen ottamisesta 30.4.1999 annetun lain täytäntöönpanosta tehdyn kuninkaan päätöksen 2 §:n 2 momentin 2 kohdan b alakohdan ja 15.12.1980 annetun lain 40 §:n 4 momentin iii kohdan nojalla).

Belgian kansalaisuuslaki

16. Belgian kansalaisuuslain 10 §:n 1 momentin, sellaisena kuin sitä sovellettiin asian kannalta merkityksellisenä ajankohtana, mukaan Belgian kansalainen on muiden muassa

”Belgiassa syntynyt lapsi, joka ennen 18 vuoden ikää tai tätä aiempaa ikää, jona hänet julistetaan täysivaltaiseksi, olisi kansalaisuudeton, ellei hän olisi Belgian kansalainen.”

17. Myöhemmin 27.12.2006 annetulla lailla tehtiin mahdottomaksi, että Belgiassa muille kuin Belgian kansalaisille syntynyt lapsi saa Belgian kansalaisuuden, jos ”lapsi voi saada toisen valtion kansalaisuuden hallinnollisessa

menettelyssä, jonka hänen laillinen edustajansa tai lailliset edustajansa käynnistävät lapsen vanhemman tai heistä toisen kansalaisuusvaltion diplomaatti- tai konsuliviranomaisessa".

Tosiseikat ja pääasia

18. Gerardo Ruiz Zambrano ja hänen vaimonsa Moreno López ovat molemmat Kolumbian kansalaisia. He saapuivat Belgiaan 7.4.1999 ensimmäisen lapsensa kanssa Belgian Bogota-suurlähetystön myöntämällä viisumilla.

19. Viikkoa myöhemmin Ruiz Zambrano haki turvapaikkaa Belgiasta. Hänen hakemuksensa perusteena oli tarve paeta Kolumbiasta sen jälkeen, kun hän oli vuodesta 1997 joutunut yksityisten miliisien esittämien jatkuvien kiristysvaatimusten (joita tuettiin tappouhkauksilla) kohteeksi, ollut todistamassa veljeensä kohdistettua väkivaltaa ja kärsinyt siitä, että hänen kolmivuotias poikansa oli kaapattu viikon ajaksi tammikuussa 1999.

20. Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (turvapaikanhakijoista ja kansalaisuudettomista henkilöistä vastuussa oleva poliisiviranomainen) hylkäsi 11.9.2000 Ruiz Zambranon turvapaikkahakemuksen ja määräsi hänet poistumaan Belgiasta. Se määräsi kuitenkin myös palauttamiskiellosta, jonka mukaan Ruiz Zambranoa ja hänen perhettään ei voida palauttaa Kolumbiaan maassa vallitsevan kriittisen tilanteen takia.

21. Kyseisestä määräyksestä huolimatta Ruiz Zambrano haki oleskelulupaa Office des Étrangers'lta (ulkomaalaisvirasto) 20.10.2000. Hän teki myöhemmin kaksi lisähakemusta.[7] Kaikki kolme hakemusta hylättiin. Ruiz Zambano yritti saada nämä päätökset kumotuiksi ja vaati sillä välin, että määräyksen, jonka mukaan hänen on poistuttava Belgiasta, täytäntöönpanoa lykätään. Kun tämä ennakkoratkaisupyyntö esitettiin, kumoamiskanne oli edelleen vireillä Conseil d'État'ssa.

22. Ruiz Zambrano ja hänen vaimonsa ovat olleet 18.4.2001 lähtien kirjoilla Schaerbeekin kunnassa.

23. Lokakuussa 2001 Ruiz Zambrano sai kokopäivätyön belgialaisen Plastoria S.A. -nimisen yhtiön (jäljempänä Plastoria) Brysselin verstaalla, jossa hän teki verstastöitä toistaiseksi voimassa olleella työsopimuksella. Työ ilmoitettiin asianmukaisesti Office national de

7 – Nämä lisähakemukset johtuivat hänen toisen ja kolmannen lapsensa syntymästä; ks. jäljempänä 26 kohta.

la Sécurité socialeen (kansallinen sosiaaliturvaviranomainen). Hänen palkastaan tehtiin lakisääteiset sosiaaliturvavähennykset tavalliseen tapaan, ja hänen työnantajansa oli siten velvollinen suorittamaan (ja se myös suoritti) vastaavat työnantajamaksut. Ennakkoratkaisupyynnössä ei ilmoiteta nimenomaisesti, pidätettiinkö (kuten usein tehdään) hänen palkastaan suoraan myös tulovero.

24. Ruiz Zambranolla ei ollut työlupaa, kun Plastoria palkkasi hänet. Hän ei myöskään saanut työlupaa niinä viitenä vuotena, jotka hän työskenteli yhtiössä.

25. Tällä välin hänen vaimonsa synnytti toisen lapsen Diegon 1.9.2003 ja kolmannen lapsen Jessican 26.8.2005. Molemmat lapset syntyivät Belgiassa. Belgian kansalaisuuslain 10 §:n 1 momentin nojalla molemmat saivat Belgian kansalaisuuden.[8] Ruiz Zambranon asianajaja ilmoitti unionin tuomioistuimelle istunnossa, että sekä Diego että Jessica käyvät tällä hetkellä koulua Schaerbeekissä.

26. Diegon syntymä johti toiseen ja Jessican syntymä kolmanteen hakemukseen ulkomaalaisvirastolle.[9] Kummassakin hakemuksessa Ruiz Zambrano väitti, että lapsen, joka on Belgian kansalainen, syntymä oikeuttaa tämän oleskelulupaan 15.12.1980 annetun lain ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen neljännen lisäpöytäkirjan 3 artiklan nojalla.

27. Kolmannen hakemuksen seurauksena Belgian viranomaiset tekivät päätöksen, jossa Ruiz Zambranolle myönnettiin oleskelun rekisteröintiä koskeva todistus, joka kattoi hänen oleskelunsa Belgiassa 13.9.2005 lähtien 13.2.2006 asti. Sen jälkeen, kun Ruiz Zambrano oli valittanut eri päätöksistä, joilla häneltä evättiin oleskelulupa, hän sai oleskeluunsa Belgiassa erityisluvan, joka olisi voimassa, kunnes kyseinen menettely saataisiin lopulliseen päätökseen.

28. Ruiz Zambranon työsopimus keskeytettiin väliaikaisesti 10.10.2005. Hän haki välittömästi Office national de l'emploilta (kansallinen työvoimaviranomainen) väliaikaista työttömyyskorvausta. Tämä hakemus lopulta hylättiin sillä perusteella, että hänellä ei ollut työlupaa (koska hänen oleskelunsa Belgiassa oli sääntöjenvastaista). Hän nosti Tribunal du travail'ssa ensimmäisen kanteen, jolla hän riitautti kyseisen hylkäyksen (jäljempänä ensimmäinen kanne), mutta pian tämän

8 – Asian kannalta merkityksellisen Kolumbian lainsäädännön mukaan lapset, jotka ovat syntyneet Kolumbian alueen ulkopuolella, eivät saa Kolumbian kansalaisuutta, ellei tästä tehdä nimenomaista ilmoitusta asianmukaisissa konsuliviranomaisissa. Mitään tällaista ilmoitusta ei tehty Diego ja Jessica Ruiz Morenon osalta.

9 – Ks. edellä 21 kohta.

jälkeen Plastoria rekrytoi hänet uudelleen kokoaikatyöhön.

29. Tämän ensimmäisen kanteen seurauksena Belgian työvoimaviranomaiset kuitenkin tarkastivat edellytykset, joilla Ruiz Zambrano työskenteli. Virallinen tarkastaja vieraili Plastorian tiloissa 11.10.2006. Hän tapasi Ruiz Zambranon työpaikalta ja vahvisti, ettei hänellä ollut työlupaa. Tarkastaja määräsi työskentelyn päättymään välittömästi. Plastoria päätti asianmukaisesti Ruiz Zambranon työsopimuksen maksamatta tälle korvausta ylivoimaisen esteen (force majeure) perusteella ja antoi hänelle virallisen asiakirjan (jäljempänä C4-lomake), jossa todistettiin, että sosiaaliturvamaksut ja työttömyysvakuutus oli maksettu koko hänen työssäoloajaltaan lokakuusta 2001 lokakuuhun 2006.

30. Belgian työvoimaviranomaiset päättivät jättää tekemättä Plastoriasta rikosilmoitusta todeten, että sitä lukuun ottamatta, että yhtiö oli rekrytoinut Ruiz Zambranon ilman työlupaa, sen ei katsottu rikkoneen muita vaatimuksia, jotka koskevat sosiaaliturvavelvoitteita, paikkansapitävien työasiakirjojen toimittamista, työtapaturmavakuutuksia tai palkkaa koskevia velvoitteita.

31. Työttömäksi jouduttuaan Ruiz Zambrano toimitti taas kansalliseen työvoimaviranomaiseen hakemuksen saadakseen tällä kertaa täyttä työttömyyskorvausta. Korvaus evättiin häneltä jälleen. Tästä päätöksestä Ruiz Zambrano nosti toisen kanteen Tribunal du travail de Bruxellesissa (jäljempänä toinen kanne). Ensimmäinen kanne ja toinen kanne ovat ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa vireillä olevan pääasian kohteena.

32. Belgian hallitus toteaa kirjallisissa huomautuksissaan, että sen jälkeen, kun hallitus oli toimenpiteellään laillistanut maassa laittomasti oleskelleiden erityistilanteita, Ruiz Zambranolle myönnettiin 30.4.2009 väliaikainen ja uusittavissa oleva oleskelulupa sekä työlupa (C-lupa). Viimeksi mainitulla ei ole taannehtivaa vaikutusta, eikä Ruiz Zambranolla katsota edelleenkään olleen työlupaa työskentelylleen Plastorian palveluksessa vuosina 2001–2006.

Ennakkoratkaisukysymykset

33. Menettelyssä, joka on pantu vireille kansallisen työvoimaviranomaisen kahdesta päätöksestä, joissa hylätään Ruiz Zambranon vaatimus väliaikaisesta ja täydestä

työttömyyskorvauksesta, Tribunal du travail de Bruxelles on pyytänyt ennakkoratkaisua seuraavista kysymyksistä:

”1) Myönnetäänkö [EY] 12, [EY] 17 ja [EY] 18 artiklassa tai yhdessä tai useammassa niistä, luettuina erikseen tai yhdessä, unionin kansalaiselle oikeus oleskella sen jäsenvaltion alueella, jonka kansalainen kyseinen henkilö on, riippumatta siitä, onko hän aiemmin käyttänyt oikeuttaan liikkua jäsenvaltioiden alueella?

2) Onko [EY] 12, [EY] 17 ja [EY] 18 artiklaa, luettuina yhdessä perusoikeuskirjan (jonka Nizzan Eurooppa-neuvosto hyväksyi 7.12.2000 ja jonka nykyinen versio julkaistiin EUVL:ssä 2007, C 303) 21, 24 ja 34 artiklan kanssa, tulkittava siten, että niissä unionin jokaiselle kansalaiselle ilman kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää tunnustettu oikeus liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella merkitsee silloin, kun kyseinen kansalainen on alaikäinen pieni lapsi, joka on sellaisen suoraan takenevassa polvessa olevan sukulaisen, joka on kolmannen valtion kansalainen, huollettava, sitä, että kyseiselle lapselle on taattava oleskeluoikeus sen jäsenvaltion alueella, jossa hän oleskelee ja jonka kansalainen hän on, riippumatta siitä, onko hän itse tai laillisen edustajansa välityksellä aiemmin käyttänyt liikkumisoikeutta, antamalla tälle oleskeluoikeudelle tehokas vaikutus, jonka välttämättömyys on tunnustettu oikeuskäytännössä (asia C-200/02, Zhu ja Chen, tuomio 19.10.2004), myöntämällä kolmannen valtion kansalaiselle, joka on kyseisen lapsen suoraan takenevassa polvessa oleva sukulainen, jonka huollettava tämä lapsi on ja jolla on riittävät varat ja sairausvakuutus, sellainen johdettu oleskeluoikeus, joka samalla kolmannen valtion kansalaisella olisi, jos alaikäinen lapsi, joka on hänen huollettavansa, olisi unionin kansalainen, jolla ei ole oleskelujäsenvaltionsa kansalaisuutta?

3) Onko [EY] 12, [EY] 17 ja [EY] 18 artiklaa, luettuina yhdessä perusoikeuskirjan 21, 24 ja 34 artiklan määräysten kanssa, tulkittava siten, että alaikäisen lapsen, joka on oleskelujäsenvaltionsa kansalainen, oleskeluoikeuden on merkittävä sitä, että hänen suoraan takenevassa polvessa olevalle sukulaiselleen, joka on kolmannen valtion kansalainen, jonka huollettava kyseinen alaikäinen lapsi on ja joka täyttää – ellei jäsenvaltion, jossa tämä sukulainen oleskelee, kansallisissa säännöksissä edellytettäisi työlupaa – vaatimuksen riittävistä varoista ja sairausvakuutuksesta sellaisen palkkatyön ansiosta, jonka perusteella hän kuuluu kyseisen jäsenvaltion sosiaaliturvajärjestelmään, on myönnettävä vapautus työlupavelvollisuudesta, jotta tämän lapsen oleskeluoikeudelle annetaan tehokas vaikutus, joka on oikeuskäytännössä [(em. asiassa Zhu ja Chen annettu tuomio)]

tunnustettu alaikäiselle lapselle, joka on unionin kansalainen ja muun kuin sen jäsenvaltion kansalainen, jossa hän oleskelee sellaisen suoraan takenevassa polvessa olevan sukulaisen huollettavana, joka on kolmannen valtion kansalainen?”

34. Ruiz Zambrano, Belgian, Tanskan, Saksan, Kreikan, Irlannin, Alankomaiden, Itävallan ja Puolan hallitukset sekä komissio esittivät kirjallisia huomautuksia.

35. Ruiz Zambranon asianajaja sekä Belgian, Tanskan, Kreikan, Ranskan, Irlannin ja Alankomaiden hallitusten sekä komission asiamiehet osallistuivat 26.1.2010 pidettyyn istuntoon ja esittivät suullisia huomautuksia.

Alustavat seikat

36. Kukaan osapuolista, jotka osallistuvat tämän ennakkoratkaisupyynnön käsittelyyn, ei ole erityisesti kyseenalaistanut tämän pyynnön tutkittavaksi ottamista. Minun on kuitenkin käsiteltävä lyhyesti kahta seikkaa.

37. Ensimmäinen seikka koskee sitä, onko esitetyillä kysymyksillä mitään todellista yhteyttä asiaan, joka on vireillä kansallisessa tuomioistuimessa.

38. Ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvästä aineistosta ilmenee, että Ruiz Zambrano on täyttänyt aineelliset edellytykset voidakseen vaatia työttömyyskorvausta (kuten sen, että hän on työskennellyt vähintään 468 työpäivää korvaushakemusta edeltävien 27 kuukauden ajalta, kuten 25.11.1991 tehdyn kuninkaan päätöksen 30 §:ssä edellytetään, ja sen, että hän on maksanut asianmukaiset sosiaaliturvamaksut). Hänen korvaushakemuksellaan on kaksi toisiinsa liittyvää estettä. Ensinnäkin kansallisen lainsäädännön mukaan [10] ainoastaan työskentely, joka on ulkomaalaisista ja ulkomaisista työntekijöistä annetun lainsäädännön mukaista, voidaan ottaa huomioon. Tämän edellytyksen soveltaminen tarkoittaisi sitä, että jätetään huomiotta Ruiz Zambranon kokopäivätyö Plastorian palveluksessa 1.10.2001–12.10.2006, koska hänellä ei ollut työlupaa missään vaiheessa tuota ajanjaksoa, ja hänellä oli oleskelun rekisteröintiä koskeva todistus vasta 13.9.2005 alkaen. [11] Toiseksi kansallisen lainsäädännön mukaan on niin, että korvauksia saadakseen

10 – 25.11.1991 tehdyn kuninkaan päätöksen 43 §:n 1 momentin toinen virke ja 28.12.1944 annetun asetuksen (arrêté-loi) 7 §:n 14 momentin toinen virke.

11 – Ks. edellä 24 ja 22 kohta.

ulkomaisen työntekijän on noudatettava ulkomaalaislainsäädäntöä. [12]

39. Ruiz Zambranon kansallisessa tuomioistuimessa esittämässä koko vaatimuksessa on kyse siitä, onko sen perusteella, että hän on kolmannen maan kansalainen ja lasten, joilla on Belgian kansalaisuus, isä, katsottava, että joko a) hänen asemansa on rinnastettavissa unionin jäsenvaltion kansalaisen asemaan tai b) hänellä on johdettu oleskeluoikeus sen nojalla, että hänen lapsensa ovat paitsi Belgian kansalaisia myös unionin kansalaisia. Sekä a) että b) tarkoittaisivat sitä, että hänellä on välttämätön aineellinen oleskeluoikeus unionin oikeuden nojalla; [13] a) tarkoittaisi itsessään myös sitä, että hän ei tarvitsisi työlupaa, ja b) puolestaan tarkoittaisi sitä, että hän todennäköisesti voisi väistämättömän analogian perusteella vapautua työlupavaatimuksesta, mikä on 30.4.1999 annetun lain 2 §:n 2 momentin 2 kohdan b alakohdan nojalla mahdollista Belgian kansalaisen takenevassa polvessa oleville sukulaisille, jotka ovat *huollettavia*. Muutoin kyseessä olisi (näin voidaan argumentoida) käänteinen syrjintä sellaisia Belgian kansalaisia vastaan, jotka eivät olisi käyttäneet unionin oikeuden mukaisia vapaata liikkuvuutta koskevia oikeuksia, siltä osin kuin heihin ei voitaisi soveltaa perheenyhdistämistä koskevia säännöksiä, [14] joiden nojalla sekä EU:n jäsenvaltion kansalaisen, joka on siirtynyt Belgiaan toisesta jäsenvaltiosta, että Belgian kansalaisen, joka on aikaisemmin käyttänyt liikkumisvapautta, takenevassa polvessa oleva perheenjäsen, joka ei ole huollettava ja joka on kolmannen maan kansalainen, voi muuttaa kyseisen unionin jäsenvaltion kansalaisen tai kyseisen Belgian kansalaisen luokse.

40. Vaikka kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian välittömänä kohteena on sosiaaliturva-/työoikeudellinen vaatimus työttömyyskorvauksesta eikä hallinto-oikeudellinen oleskelulupahakemus, on siis selvää, että kansallinen tuomioistuin ei voi ratkaista sen käsiteltäväksi saatettua asiaa tietämättä, a) voiko Ruiz Zambrano vaatia unionin oikeuden mukaisia johdettuja oikeuksia sen nojalla, että hänen lapsensa ovat Belgian kansalaisina myös unionin kansalaisia, ja b) mitä oikeuksia olisi Belgian kansalaisella, joka unionin kansalaisena *olisi* siirtynyt toiseen jäsenvaltioon ja palannut sitten Belgiaan (kansallinen tuomioistuin tarvitsee tämän tiedon voidakseen arvioida käänteistä syrjintää koskevaa argumenttia ja soveltaa mahdollisia merkityksellisiä kansallisen oikeuden

12 – 25.11.1991 tehdyn kuninkaan päätöksen 43 §:n 1 momentin ensimmäinen virke ja 69 §:n 1 momentti ja 28.12.1944 annetun asetuksen (arrêté-loi) 7 §:n 14 momentin ensimmäinen virke.

13 – Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan oleskeluluvan tarkoituksena on se, että sillä vahvistetaan oleskeluoikeus eikä myönnetä sitä; ks. asia 48/75, Royer, tuomio 8.4.1976 (Kok., s. 497, Kok. Ep. III, s. 79, 50 kohta) ja asia C-215/03, Oulane, tuomio 17.2.2005 (Kok., s. I-1215, 25 kohta).

14 – Oleskeluoikeudesta 28.6.1990 annettu neuvoston direktiivi 90/364/ETY (EYVL L 180, s. 26), joka on sittemmin korvattu unionin kansalaisten ja heidän perheenjäsentensä oikeudesta liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella 29.4.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/38/EY (EUVL L 158, s. 77 ja oikaisu EUVL 2004, L 229, s. 35).

sääntöjä). Lisäksi kansallinen tuomioistuin on selittänyt melko yksityiskohtaisesti, että kansallisessa oikeudessa [15] viitataan unionin oikeuteen unionin kansalaisen ”perheenjäsenen” määritelmän osalta, ja se on todennut, että tämä on relevanttia sen käsiteltävänä olevan asian ratkaisemiseksi. [16]

41. Toinen seikka koskee sitä, että Ruiz Zambranon asianajaja on ilmoittanut unionin tuomioistuimelle, että Belgian Conseil d'État ja Cour constitutionnelle ovat molemmat äskettäin katsoneet samankaltaisissa olosuhteissa, että unionin oikeuden aiheuttaman käänteisen syrjinnän seurauksena perustuslaillista yhdenvertaisuusperiaatetta oli loukattu. [17] Voitaisiin ehkä ajatella, että tästä ennakkoratkaisupyynnöstä on siis tullut turha. Tai voidaan kysyä, tarvitseeko ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin yhä vastauksia kysymyksiinsä unionin oikeudesta nyt, kun se on saanut kyseisiä kansallisen oikeuden mukaisia ohjeita omilta ylimmiltä tuomioistuimiltaan.

42. Mielestäni se tarvitsee.

43. Ennen kuin Tribunal du travail voi soveltaa Conseil d'État'n ja Cour constitutionnellen oikeuskäytäntöä, sen on varmistettava, seuraako unionin oikeuden ja kansallisen oikeuden välisestä vuorovaikutuksesta todellakin tilanne, jossa on kyseessä käänteinen syrjintä. Näin ollen se tarvitsee unionin tuomioistuimelta ohjeita unionin oikeuden asianmukaisesta tulkinnasta. Unionin tuomioistuin on aikaisemmin määritellyt kriteereitä, joilla on juuri tämä tarkoitus: helpottaa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävää, kun se vertaa unionin oikeuden mukaista tilannetta kansallisen oikeuden mukaiseen tilanteeseen. [18] Se on hyväksynyt useissa asioissa, että sen on annettava ratkaisu silloin, kun ”yhteisön [nykyisin unionin] oikeuden määräysten ja säännösten tulkinnasta voi olla kansalliselle tuomioistuimelle mahdollisesti hyötyä, erityisesti sellaisessa tilanteessa, jossa kyseisen jäsenvaltion oikeuden mukaan jokaisella mainitun jäsenvaltion kansalaisella on samat oikeudet kuin jonkin muun jäsenvaltion kansalaisella yhteisön [nykyisin unionin] oikeuden mukaan olisi sellaisessa tilanteessa, jota mainittu tuomioistuin pitää

15 – 15.12.1980 annetun lain 40a § ja 9.6.1999 tehdyn kuninkaan päätöksen 2 §.

16 – Ks. yhdistetyt asiat C-297/88 ja C-197/89, Dzodzi, tuomio 18.10.1990 (Kok., s. I-3763, Kok. Ep. X, s. 555, 42 kohta).

17 – Conseil d'État, 15.5.2009 annettu tuomio 193.348 ja 22.9.2009 annettu tuomio 196.294; Cour constitutionnelle, 3.11.2009 annettu tuomio 174/2009.

18 – Ks. esim. asia C-448/98, Guimont, tuomio 5.12.2000 (Kok., s. I-10663, 23 kohta); yhdistetyt asiat C-515/99, C-519/99–C-524/99 ja C-526/99–C-540/99, Reisch, tuomio 5.3.2002 (Kok., s. I-2157, 26 kohta); asia C-6/01, Anomar ym., tuomio 11.9.2003 (Kok., s. I-8621, 41 kohta) ja asia C-212/06, Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, tuomio 1.4.2008 (Kok., s. I-1683, 29 kohta).

vertailukelpoisena”.[19] Belgian asiamieskin hyväksyi suullisessa huomautuksessaan, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tarvitsisi vastauksen unionin tuomioistuimelta voidakseen tutkia, onko kyseessä unionin oikeuden aiheuttama käänteinen syrjintä.

44. Tästä seuraa, että unionin tuomioistuimen olisi vastattava esitettyihin kysymyksiin.

Ratkaistavien kysymysten uudelleenjärjestely

45. Kansallisen tuomioistuimen esittämissä kysymyksissä pohditaan kolmenlaisia argumentteja. Vaikka nämä eivät ehkä ilmene täysin selvästi ennakkoratkaisukysymysten varsinaisesta sanamuodosta, ne voidaan johtaa yksityiskohtaisemmasta analyysistä, joka ennakkoratkaisupyynnössä esitetään.

46. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen pääasiallinen kysymys koskee sitä, onko liikkumisvapauksien käyttö tarpeen, jotta voidaan soveltaa perussopimuksen määräyksiä unionin kansalaisuudesta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on hyvin selvillä siitä, että SEUT 20 ja SEUT 21 artikla poikkeavat käsitteellisesti SEUT 45 artiklan mukaisesta työntekijöiden vapaasta liikkuvuudesta, SEUT 49 artiklan mukaisesta sijoittautumisvapaudesta tai itse asiassa kaikista SEUT 34 artiklassa ja sitä seuraavissa artikloissa määrätyistä ”taloudellisista” vapauksista. Mutta miten poikkeavia kansalaisuutta koskevat määräykset tarkalleen ottaen ovat?

47. Kansallinen tuomioistuin pohtii sitten perusoikeuksien (erityisesti perhe-elämää koskevan perusoikeuden, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin sitä käsitteli asioissa Carpenter,[20] MRAX[21] sekä Zhu ja Chen[22] antamissaan tuomioissa) asemaa selvitettäessä SEUT 20 ja SEUT 21 artiklan soveltamisalaa.

48. Lopuksi kansallinen tuomioistuin kysyy SEUT 18 artiklan tehtävästä suojattaessa yksityisiä käänteiseltä syrjinnältä, joka on aiheutunut unionin kansalaisuutta koskevista unionin oikeuden määräyksistä.

19 – Edellisessä alaviitteessä mainittu asia Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, tuomion 40 kohta.

20 – Asia C-60/00, tuomio 11.7.2002 (Kok., s. I-6279).

21 – Asia C-459/99, tuomio 25.7.2002 (Kok., s. I-6591).

22 – Edellä jo ennakkoratkaisukysymyksessä mainittu asia C-200/02, Zhu ja Chen, tuomio 19.10.2004 (Kok., s. I-9925). Asiaa Zhu ja Chen koskevan kansallisen asiakirja-aineiston tarkastettuani käytän tätä tilaisuutta selventääkseni jo kauan kestänyttä sekaannusta nimien osalta. Catherinen äiti sai synnyttyään nimekseen Lavette Man Chen. Hän meni naimisiin Guoqing Zhun (joka tunnetaan nimellä Hopkins Zhu) kanssa, jolloin hänestä tuli Lavette Zhu. Avioparin tytär oli siksi nimeltään Catherine Zhu. Sekä äidin että tyttären sukunimenä oli Zhu, kun asiaan C-200/02 johtanut ennakkoratkaisupyyntö esitettiin. Viittaus Cheniin (ja siitä seurannut sekaannus sen osalta, kumpi kantajista oli Zhu ja kumpi Chen) johtuu pelkästä väärinkäsityksestä.

49. Selvyyden vuoksi ja hyödyllisen vastauksen antamiseksi ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle käsittelen kyseisiä kolmea kysymystä seuraavasti.

50. Tarkastelen ensiksi sitä, voivatko Diego ja Jessica vedota SEUT 20 ja SEUT 21 artiklan mukaisiin oikeuksiin unionin kansalaisina siitä huolimatta, että he eivät (tähän mennessä) ole liikkumisvapauksia käyttääkseen lähteneet jäsenvaltiosta, jonka kansalaisia he ovat, ja voiko Ruiz Zambrano siksi vaatia johdettua oleskeluoikeutta voidakseen olla Belgiassa hoitamassa ja tukemassa nuoria lapsiaan (jäljempänä ensimmäinen kysymys). Tätä kysymystä käsitellessäni joudun pohtimaan, onko tämä – kuten on vahvasti annettu ymmärtää – jäsenvaltion ”täysin sisäinen” tilanne vai voidaanko unionin kansalaisuutta koskeviin oikeuksiin vedota, koska asiassa todellakin on kyseessä riittävä yhteys unionin oikeuteen. Kyse on myös siitä, käsittääkö SEUT 21 artikla kaksi itsenäistä oikeutta – oikeuden liikkua *ja* itsenäisen oikeuden oleskella – vai myönnetäänkö siinä vain oikeus liikkua (ja *sitten* oleskella).

51. Toiseksi tarkastelen käänteisen syrjinnän kysymystä, jonka kansallinen tuomioistuin ottaa toistuvasti esille. Tutkin siksi SEUT 18 artiklan ulottuvuutta ja kysyn, voidaanko tätä artiklaa soveltaa sellaisten käänteistä syrjintää ilmentävien tapausten ratkaisemiseksi, jotka ovat aiheutuneet unionin kansalaisuutta koskevista unionin oikeuden määräyksistä (jäljempänä toinen kysymys). Vaikka tätä kysymystä on käsitelty viime vuosina,[23] se on edelleen ratkaisematta.

52. Lopuksi käsittelen perusoikeuskysymystä (jäljempänä kolmas kysymys). Kansallinen tuomioistuin on tehnyt ennakkoratkaisupyynnössä hyvin selväksi, että se pyytää ohjeita siitä, onko perhe-elämää koskevalla perusoikeudella mitään roolia tässä asiassa, kun sen enempää unionin kansalainen kuin hänen kolumbialaiset vanhempansakaan eivät ole käyttäneet liikkumisvapauksia Belgian ulkopuolella. Tämä kysymys johtaa vuorostaan seuraavaan perustavanlaatuisempaan kysymykseen: mikä on unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien ulottuvuus? Voidaanko niihin vedota itsenäisesti? Vai onko niillä oltava jokin liittymä toiseen klassiseen unionin oikeuden mukaiseen oikeuteen?

53. Koska on selvää, että perusoikeuskysymys näyttää olevan johtoaihe kaikissa kolmessa kysymyksessä, ennen kuin aloitan näiden analyysin, pohdin – johdantona – sitä, onko uskottavaa ajatella, että Ruiz Zambranoon ja hänen perheeseensä kohdistuu sellainen todellinen riski, että loukataan unionin oikeuden mukaista perusoikeutta perhe-elämään.

23 – Ks. erityisesti ratkaisuehdotukseni edellä alaviitteessä 18 mainitussa asiassa Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon.

Johdanto: Ruiz Zambranon perheen olosuhteet ja unionin oikeuden mukaisen perhe-elämää koskevan perusoikeuden potentiaalinen loukkaus

54. Asiassa Carpenter antamassaan tuomiossa [24] yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että perhe-elämää koskeva perusoikeus kuuluu unionin oikeuden yleisiin periaatteisiin. Tämän päätelmän tehdessään se tukeutui Strasbourgissa sijaitsevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi asiassa Boultif vastaan Sveitsi antamassaan tuomiossa, [25] että ”henkilön poistaminen maasta, jossa hänen läheiset perheenjäsenensä asuvat, voi tarkoittaa sitä, että loukataan oikeutta nauttia perhe-elämän kunnioitusta, sellaisena kuin tämä oikeus taataan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan 1 kappaleessa”. [26] Euroopan ihmisoikeussopimukseen sisältyvä ”perheen” käsite rajoittuu lähinnä ydinperheeseen, [27] joka selvästi käsittää Ruiz Zambranon ja Moreno Lópezin Diegon ja Jessican vanhempina.

55. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä katsotaan myös, että henkilön poistaminen perheenjäsentensä luota on sallittua vain, kun sen osoitetaan olevan ”välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa eli kun se on perusteltavissa pakottavalla yhteiskunnallisella tarpeella ja kun se erityisesti on oikeassa suhteessa tavoiteltavaan oikeutettuun päämäärään”. [28] Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan 2 kappaleen, joka on poikkeus saman sopimuksen 8 artiklan 1 kappaleessa taatusta oikeudesta, soveltaminen edellyttää oikeasuhteisuutta, jossa otetaan huomioon (muun muassa) sellaiset seikat kuin ajankohta, jona perhe asettui maahan asumaan, kantajan vilpitön mieli, valtion, jonne perheenjäsenet vietäisiin, kulttuuriset ja sosiaaliset erot, ja se, miten he ovat integroituneet sopimusvaltion yhteiskuntaan. [29]

56. Unionin tuomioistuin puolestaan on kehittänyt omat perustelunsa, vaikka se tukeutuukin tiiviisti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Kokoavasti voidaan sanoa, että unionin tuomioistuin antaa suojaa seuraavissa tapauksissa ja/tai seuraavien seikkojen perusteella. [30]

24 – Mainittu edellä alaviitteessä 20, tuomion 41 kohta; ks. myös edellä alaviitteessä 21 mainittu asia MRAX, tuomion 53 kohta; asia C-441/02, komissio v. Saksa, tuomio 27.4.2006 (Kok., s. I-3449, 109 kohta); asia C-157/03, komissio v. Espanja, tuomio 14.4.2005 (Kok., s. I-2911, 26 kohta); asia C-503/03, komissio v. Espanja, tuomio 31.1.2006 (Kok., s. I-1097, 41 kohta); asia C-109/01, Akrich, tuomio 23.9.2003 (Kok., s. I-9607, 58 ja 59 kohta); asia C-540/03, parlamentti v. neuvosto, tuomio 27.6.2006 (Kok., s. I-5769, 52 kohta) ja asia C-127/08, Metock ym., tuomio 25.7.2008 (Kok., s. I-6241, 79 kohta). Ks. yhteisön oikeuden mukaisesta perusoikeudesta perhe-elämään ja sen vaikutuksesta kolmansien maiden kansalaisiin Carrera, S., *In Search of the Perfect Citizen?*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 375–388.

25 – Asia Boultif v. Sveitsi, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 2.8.2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, 39, 41 ja 46 kohta.

26 – Ks. myös asia Amrollahi v. Tanska, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 11.7.2002, ei julkaistu V, 33–44 kohta.

27 – Asia Slivenko v. Latvia, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 9.10.2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-X, 94 kohta.

28 – Ks. asia Mehemi v. Ranska, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 26.9.1997, 34 kohta, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI ja asia Dalia v. Ranska, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 19.2.1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, 52 kohta.

29 – Asia Sen v. Alankomaat, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 21.12.2001, 40 kohta, ei julkaistu Recueil des arrêts et décisions.

30 – Ks. unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön eroista Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan osalta Sudre, F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3. painos, Pariisi, PUF, 2003, s. 510 ja 511.

57. Ensinnäkin unionin tuomioistuimen mukaan suojan edellytyksenä ei ole se, että unionin kansalainen on pääasian kantaja. Siten unionin oikeuden mukainen perusoikeus perhe-elämään on jo välillisesti suojannut kolmannen maan kansalaisia, jotka olivat unionin kansalaisen läheisiä perheenjäseniä. Koska unionin kansalaisen perhe-elämää koskevaan oikeuteen olisi puututtu, kolmannen maan kansalainenkin, joka oli kanteen nostanut perheenjäsen, sai suojaa. [31]

58. Toiseksi perusoikeuteen voidaan vedota, vaikka perheenjäsen, joka määrätään poistumaan maasta, ei asu maassa laillisesti. [32]

59. Kolmanneksi unionin tuomioistuin ottaa huomioon, vaarantaako perheenjäsen yleisen järjestyksen tai yleisen turvallisuuden (minkä perusteella hänet voitaisiin poistaa alueelta). [33]

60. Neljänneksi unionin tuomioistuin hyväksyy oikeuttamisperusteena oikeuksien väärinkäytön vain, jos jäsenvaltio voi esittää selvää näyttöä kantajan vilpillisestä mielestä. [34]

61. Tässä asiassa kyseessä olevien perusoikeuksien – oikeus perhe-elämään ja lapsen oikeudet – nämä ja muut piirteet heijastuvat perusoikeuskirjan 7 artiklassa ja 24 artiklan 3 kohdassa. Asian tosiseikkojen tapahtuma-aikaan perusoikeuskirjalla oli soft law'n asema, eikä se sitonut Belgian viranomaisia. Yhteisöjen tuomioistuin tukeutui kuitenkin jo siihen tulkinnan apuvälineenä, myös asioissa, joissa oli kyse oikeudesta perhe-elämään. [35] Lissabonin sopimuksen tultua voimaan perusoikeuskirjalla on primaarioikeuden asema. [36]

62. Mielestäni Belgian viranomaisten päätös määrätä Ruiz Zambrano poistumaan Belgiasta sekä niiden toistunut kieltäytyminen

31 – Ks. edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Carpenter. Edellä alaviitteessä 22 mainitussa asiassa Zhu ja Chen sekä alaikäinen tytär (Catherine Zhu, joka oli unionin kansalainen) että kolmannen maan kansalainen (hänen äitinsä Lavette Zhu) olivat muodollisesti kantajia. Catherinen iän takia äiti nosti tosiasiassa kanteen yksinään omasta puolestaan ja tyttärensä puolesta.

32 – Ks. edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Carpenter, tuomion 44 kohta. Yhdistyneen kuningaskunnan maahanmuuttolainsäädännön mukaan Carpenter oli oleskellut maassa liian kauan (eli hänellä oli ollut lupa tulla Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, mutta sitten hän oli jäänyt maahan kyseisen luvan voimassaolon päätyttyä), kun taas Ruiz Zambrano on turvapaikanhakija, jonka turvapaikkahakemus on hylätty. Tämän perusteella ei kuitenkaan ymmärtääkseni voida tehdä mitään erottelua. Asiassa Carpenter annetusta tuomiosta ilmenee selvästi, että Secretary of Staten oikeus toteuttaa kansallisen oikeuden nojalla Carpenterille vastainen toimi oli yhtäläinen kuin Belgian viranomaisten oikeus toteuttaa tässä asiassa Ruiz Zambranolle vastainen toimi.

33 – Ks. edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Carpenter, tuomion 44 kohta.

34 – Ks. edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Carpenter, tuomion 44 kohta; edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Zhu ja Chen, tuomion 36–41 kohta; edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Akrich, tuomion 57 kohta ja edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Metock, tuomion 75 kohta.

35 – Ks. edellä alaviitteessä 24 mainittu asia parlamentti v. neuvosto, tuomion 38 kohta.

36 – Ks. SEU 6 artiklan 1 kohta.

myöntämästä hänelle oleskelulupaa tarkoittaa, että potentiaalisesti loukataan hänen lastensa perusoikeutta perhe-elämään ja lasten oikeuksien suojaan ja siten (kun sovelletaan asiassa Carpenter sekä asiassa Zhu ja Chen annettuja tuomioita) Ruiz Zambranon vastaavaa oikeutta perhe-elämään heidän isänään. Sanon ”potentiaalisesti”, koska Ruiz Zambrano on yhä Belgian alueella. On kuitenkin selvää, että käännytysmääräyksen täytäntöönpanosta seuraisi, että kyseisiä oikeuksia loukataan.

63. On samoin selvää, että tämä loukkaus olisi todennäköisesti vakava. Jos Ruiz Zambrano käännytettäisiin, hänen vaimonsa käännytettäisiin myös. Tällaisilla toimilla olisi radikaali vaikutus lapsiin. Lapset eivät ikänsä takia voisi enää elää itsenäistä elämää Belgiassa. Heille olisi siksi todennäköisesti pienempi paha lähteä Belgiasta vanhempiensa kanssa. Tämä kuitenkin tarkoittaisi, että heidät irrotettaisiin yhteiskunnasta ja kulttuurista, joihin he ovat syntyneet ja integroituneet. Vaikka on lopulta kansallisen tuomioistuimen tehtävänä arvioida yksityiskohtaisesti yksittäistapausta, vaikuttaa asianmukaiselta jatkaa tämän asian käsittelyä siltä pohjalta, että kyseinen loukkaus saattaisi hyvinkin olla merkittävä.

64. On totta, että Ruiz Zambranon lapset syntyivät aikana, jolloin hänen tilanteensa jo oli vakiintumaton. Ennakkoratkaisupyynnössä esitetty aineisto antaa kuitenkin ymmärtää, että Ruiz Zambrano on nyt täysin integroitunut Belgian yhteiskuntaan eikä hänestä ole uhkaa tai vaaraa. Vaikka kansallisen tuomioistuimen on ainoana tosiseikkojen osalta toimivaltaisena tuomioistuimena tehtävä tästä tarpeelliset päätelmät, seuraavat seikat näyttävät mielestäni tukevan kyseistä kantaa.

65. Ensinnäkin Ruiz Zambrano työskenteli säännöllisesti Belgiaan tultuaan, maksoi asianmukaisesti Belgian sosiaaliturvamaksut eikä hakenut mitään taloudellista tukea.[37] Toiseksi hän ja hänen vaimonsa Moreno López näyttävät eläneen normaalia perhe-elämää, ja heidän lapsensa käyvät nyt koulua Belgiassa. Kolmanneksi Belgian viranomaiset olivat halukkaita ottamaan Ruiz Zambranon sosiaaliturvamaksut vastaan Belgian valtion kassaan viiden vuoden ajan, kun hän työskenteli Plastorian palveluksessa – tällainen halukkuus poikkeaa oudosti Belgian toisen ministeriön haluttomuudesta myöntää hänelle

37 – Palautettakoon mieleen, että Ruiz Zambrano vaatii nyt juuri sellaista työttömyyskorvausta, johon hänellä olisi suorittamiensa sosiaaliturvamaksujen perusteella oikeus, jos hänen työskentelyään Plastorian palveluksessa pidettäisiin Diegon syntymästä lähtien sellaisena, että se sisältyy odotusaikaan.

oleskelulupaa.[38] Neljänneksi se, että turvapaikanhakijoista ja kansalaisuudettomista henkilöistä vastuussa oleva poliisiviranomainen määräsi *palauttamiskiellosta*, osoittaa, että Ruiz Zambranoa ja hänen perhettään ei voida palauttaa Kolumbiaan, koska tämä saattaisi heidät todelliseen vaaraan. Jos heitä siis vaadittaisiin lähtemään Belgiasta, heidän olisi löydettävä kolmas valtio, joka olisi halukas ottamaan heidät vastaan ja johon heillä ei nykyisin välttämättä olisi siteitä. Viidenneksi on niin, että myöntämällä Ruiz Zambranolle väliaikaisen uudistettavissa olevan oleskeluluvan vuonna 2009 Belgian viranomaiset ovat implisiittisesti vahvistaneet, että hänen olostaan Belgiassa ei aiheudu riskiä yhteiskunnalle ja että ei ole mitään pakottavia yleiseen järjestykseen liittyviä syitä, joiden perusteella olisi oikeutettua vaatia häntä lähtemään maasta välittömästi.

66. Näistä syistä minusta näyttää siltä, että jos Belgian viranomaiset edelleen epäisivät Ruiz Zambranolta oleskeluluvan sen jälkeen, kun hänen ensimmäinen Belgiassa syntynyt lapsensa (Diego) on syntynyt, panemalla täytäntöön hänelle annetun määräyksen poistua maasta,[39] tämän todennäköisesti katsottaisiin loukkaavan merkittävästi Diegon – ja siten välillisesti Ruiz Zambranon – unionin oikeuden mukaista perusoikeutta perhe-elämään.

Ensimmäinen kysymys – unionin kansalaisuus

Alustavat huomautukset

67. Vuonna 1992 Maastrichtin sopimuksella otettiin käyttöön unionin kansalaisuus jäsenvaltioiden kaikkien kansalaisten uudenlaiseksi ja täydentäväksi asemaksi. Myöntämällä jokaiselle kansalaiselle oikeuden liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella uudessa perussopimuksessa tunnustettiin yksilöiden olennainen rooli vasta luodussa unionissa *siitä riippumatta, ovatko he taloudellisesti aktiivisia*. Kullakin kansalaisella on oikeuksia ja velvollisuuksia, jotka yhdessä muodostavat uuden aseman – aseman, jonka osalta yhteisöjen tuomioistuin totesi vuonna 2001, että sen ”tarkoituksena on olla

38 – Asiassa C-456/02, Trojani, 7.9.2004 annetussa tuomiossa (Kok., s. I-7573) se, että Brysselin kunnalliset viranomaiset olivat myöntäneet oleskeluluvan (permis de séjour), vaikka Belgian sosiaaliturvaviranomaiset vastustivat minimex-tuen maksamista, näyttää vaikuttaneen yhteisöjen tuomioistuimen päätelmään, jonka mukaan Trojani saattoi vedota EY 18 artiklaan (nykyinen SEUT 21 artikla), luettuna yhdessä EY 12 artiklan (nykyinen SEUT 18 artikla) kanssa; ks. tuomion 44 kohta. Ruiz Zambranon nykyinen väliaikainen uudistettavissa oleva oleskelulupa on voimassa vain Conseil d'État'ssa vireillä olevan muutoksenhakumenettelyn ajan. Ks. edellä 27 kohta.

39 – Ymmärtääkseni on niin, että vaikka käännytysmääräyksen täytäntöönpanoa on lykätty, kunnes hänen Conseil d'État'han tekemänsä muutoksenhaku on ratkaistu, kyseistä määräystä ei ole peruutettu.

jäsenvaltioiden kansalaisten perustavanlaatuinen asema”. [40]

Voiko henkilö vedota unionin kansalaisuudesta johtuviin oikeuksiin pelkästään sen perusteella, että hän oleskelee jäsenvaltiossa, jonka kansalainen hän on?

Liikkuminen ja klassiset (taloudelliset) oikeudet liikkumisvapauteen

68. Väitän, että tällä toteamuksella on yhtä merkittävät ja kauaskantoiset seuraukset kuin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön aikaisemmilla virstanpylväillä. Katson nimittäin, että unionin kansalaisuuden kuvauksella, jonka yhteisöjen tuomioistuin esitti asiassa Grzelczyk antamassaan tuomiossa, on potentiaalisesti samankaltainen merkitys kuin uraauurtavalla toteamuksella, jonka se esitti asiassa Van Gend en Loos antamassaan tuomiossa ja jonka mukaan ”yhteisö muodostaa kansainvälisessä oikeudessa uuden oikeusjärjestyksen, jonka hyväksi jäsenvaltiot ovat rajoittaneet suvereeneja oikeuksiaan – –; tämän oikeusjärjestyksen oikeussubjekteja ovat sekä jäsenvaltiot että niiden kansalaiset”. [41]

69. On yleisesti tunnettua, että mahdollisuus vedota neljään vapauteen liittyviin klassisiin taloudellisiin oikeuksiin edellyttää tavallisesti jonkinlaista liikkumista jäsenvaltioiden välillä. Tässäkin asiayhteydessä on kuitenkin huomattava, että unionin tuomioistuimen mukaan on tärkeää olla rajoittamatta tai haittaamatta tällaisten oikeuksien käyttöä, ja se on suhtautunut epäluuloisesti kansallisiin toimenpiteisiin, joiden vaikutuksena liikkumisvapautta koskevan oikeuden potentiaalinen käyttö saattaa olla vähemmän houkuttelevaa.

70. Asiassa Dassonville antamassaan tuomiossa [42] yhteisöjen tuomioistuin totesi tunnetusti, että ”määrällisiä tuontirajoituksia vaikutukseltaan vastaavina toimenpiteinä pidetään kaikkia kauppaa koskevia jäsenvaltioiden säädöksiä, jotka voivat tosiasiallisesti tai mahdollisesti rajoittaa unionin sisäistä kauppaa suoraan tai välillisesti”. Tämän ilmaisun laajuus on mahdollistanut, että unionin tuomioistuin tarkoin tutkii syrjiviä ja ei-syrjiviä

40 – Asia C-184/99, Grzelczyk, tuomio 20.9.2001 (Kok., s. I-6193, 31 kohta), joka on vahvistettu myöhemmin mm. seuraavissa asioissa annetuissa tuomioissa: asia C-224/98, D'Hoop, tuomio 11.7.2002 (Kok., s. I-6191, 28 kohta); asia C-413/99, Baumbast ja R, tuomio 17.9.2002 (Kok., s. I-7091, 82 kohta); yhdistetyt asiat C-482/01 ja C-493/01, Orfanopoulos ja Oliveri, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. I-5257, 65 kohta); asia C-148/02, Garcia Avello, tuomio 2.10.2003 (Kok., s. I-11613, 22 kohta); edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Zhu ja Chen, tuomion 25 kohta; asia C-224/02, Pusa, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. I-5763, 16 kohta); asia C-147/03, komissio v. Itävalta, tuomio 7.7.2005 (Kok., s. I-5969, 45 kohta); asia C-209/03, Bidar, tuomio 15.3.2005 (Kok., s. I-2119, 31 kohta); asia C-403/03, Schempp, tuomio 12.7.2005 (Kok., s. I-6421, 15 kohta); asia C-145/04, Espanja v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 12.9.2006 (Kok., s. I-7917, 74 kohta); asia C-50/06, komissio v. Alankomaat, tuomio 7.6.2007 (Kok., s. I-9705, 32 kohta) ja asia C-524/06, Huber, tuomio 16.12.2008 (Kok., s. I-9705, 69 kohta).

41 – Asia 26/62, Van Gend en Loos, tuomio 5.2.1963 (Kok., s. 1, Kok. Ep. I, s. 161, 12 kohta). Asiassa Van Gend en Loos antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että jäsenvaltiot olivat rajoittaneet suvereeneja oikeuksiaan, ”vaikkakin rajatuilla aloilla”. Kun asiassa Van Gend en Loos annetussa tuomiossa esitetty toteamus toistettiin lausunnossa 2/94, virkkeen toinen osa ei sisältynyt siihen.

42 – Asia 8/74, tuomio 11.7.1974 (Kok., s. 837, Kok. Ep. II, s. 349, 5 kohta).

kansallisia toimenpiteitä silloinkin, kun ei välttämättä ole kyse tavaroiden liikkuvuudesta. [43] Kansallisen toimenpiteen haitallinen vaikutus voi riittää siihen, että on sovellettava SEUT 34 artiklaa (aiempi EY 28 artikla). Siten asiassa Carbonati antamassaan tuomiossa [44] yhteisöjen tuomioistuin katsoi julkisasiamies Poiares Maduron esittämän ratkaisuehdotuksen mukaisesti, että tavaroille yksittäisessä jäsenvaltiossa määrätyt rasitukset ovat vastoin perustamissopimusta. [45] Yhteisöjen tuomioistuin totesi selvästi, että kun SEUT 26 artiklan 2 kohdan (aiempi EY 14 artiklan 2 kohta) mukaan sisämarkkinat "käsittävät alueen, jolla ei ole sisäisiä rajoja ja jolla tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus taataan", kyseisessä määräyksessä ei tehdä "eroa jäsenvaltioiden välisten ja jäsenvaltioiden sisäisten rajojen välillä". [46]

71. Samankaltainen peruste ulotettiin koskemaan henkilöiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta asiassa Säger annetussa tuomiossa, [47] jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että ETY 59 artikla (nykyinen SEUT 56 artikla) "ei edellytä ainoastaan sitä, että palvelujen tarjoajan kaikenlainen kansalaisuuteen perustuva syrjintä poistetaan, vaan siinä edellytetään myös kaikkien rajoitusten poistamista, vaikka niitä sovellettaisiin erotuksetta sekä kotimaisiin palvelujen tarjoajiin että muiden jäsenvaltioiden palvelujen tarjoajiin, jos nämä rajoitukset ovat omiaan estämään palvelun tarjoajan, joka on sijoittautunut johonkin toiseen jäsenvaltioon, jossa hän tarjoaa vastaavanlaisia palveluja lainmukaisesti, toiminnan tai muuten haittaamaan tätä toimintaa". [48] Yhteisöjen tuomioistuin palasi argumenteissaan lähtökohtaan asiassa Kraus antamassaan tuomiossa, [49] jossa se katsoi, että toimenpiteet, jotka "voivat estää jäsenvaltion kansalaisia, mukaan lukien sen jäsenvaltion kansalaiset, jonka toimenpiteestä on kysymys, käyttämästä perustamissopimuksessa taattuja perusvapauksia tai jotka tekevät niiden käytöstä vähemmän houkuttelevaa", myöskin kuuluvat yhteisön oikeuden soveltamisalaan. [50]

72. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on nyt siis niin, että henkilö, jonka mahdollisuuden liikkua unionissa "estää" tai "tekee vähemmän houkuttelevaksi" jopa jäsenvaltio,

43 – Ks. mm. asia 178/84, komissio v. Saksa, tuomio 12.3.1987 (Kok., s. 1227, Kok. Ep. IX, s. 37, 27 kohta); asia C-192/01, komissio v. Tanska, tuomio 23.9.2003 (Kok., s. I-9693, 39 kohta); asia C-322/01, Deutscher Apothekerverband, tuomio 11.12.2003 (Kok., s. I-14887, 66 kohta); asia C-420/01, komissio v. Italia, tuomio 19.6.2003 (Kok., s. I-6445, 25 kohta) ja asia C-24/00, komissio v. Ranska, tuomio 5.2.2004 (Kok., s. I-1277, 22 kohta).

44 – Asia C-72/03, tuomio 9.9.2004 (Kok., s. I-8027).

45 – Julkisasiamies kuvaili avoimesti asian Carbonati kaltaisissa asioissa kyseessä olevien toimenpiteiden luonnetta ja totesi, että "kansallinen säännöstö ja [unionin] oikeus eivät kumpikaan sellaisenaan aiheuta syrjintää, vaan syrjintä johtuu [unionin] oikeuden osittaisesta soveltamisesta kyseiseen kansalliseen lainsäädäntöön. Vaikka tähän tilanteeseen ei ole pyritty eikä sitä ole ennakoitu, tämä tilanne aiheutuu välttämättä [unionin] oikeuden soveltamisesta. Vaikka kyseinen tilanne kuuluu pääosiltaan sisäisen oikeusjärjestyksen piiriin, se on [unionin] oikeuden kannalta myös 'jäännetilanne'. [Unionin] oikeudesta tulee tarkoituksellisesti tai tahattomasti aikaan saamiensa vaikutusten vuoksi yksi tilanteen osatekijöistä" (62 kohta).

46 – Edellä alaviitteessä 44 mainittu asia Carbonati, tuomion 23 kohta.

47 – Asia C-76/90, tuomio 25.7.1991 (Kok., s. I-4221).

48 – Ibid., tuomion 12 kohta.

49 – Asia C-19/92, tuomio 31.3.1993 (Kok., s. I-1663, Kok. Ep. XIV, s. I-177, 28 ja 32 kohta).

50 – Ibid., tuomion 32 kohta. Ks. myös erityisesti asia C-370/90, Singh, tuomio 7.7.1992 (Kok., s. I-4265, Kok. Ep. XIII, s. I-19, 23 kohta), jossa tätä oikeuskäytäntöä sovelletaan aviomiehen ja aviovaimon muodostamaan perheeseen.

jonka kansalainen hän on, voi vedota perussopimuksissa taattuihin oikeuksiin. [51]

73. Unionin tuomioistuin nimittäin on jo hyväksynyt väljennyksiä käsitteeseen, jonka mukaan oikeuksien käyttö edellyttää todellista fyysistä liikkumista rajan yli. Siten se totesi asiassa Alpine Investments antamassaan tuomiossa, [52] että kielto ottaa puhelimitse yhteyttä toisessa jäsenvaltiossa asuviin mahdollisiin asiakkaisiin kuului palvelujen tarjoamisen vapautta koskevien perussopimuksen määräysten soveltamisalaan, vaikka fyysistä liikkumista ei ollut tapahtunut. Asiassa Carpenter antamassaan tuomiossa [53] yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi, että unionin oikeus oli merkityksellinen ratkaistaessa kannetta karkotuspäätöksestä, jonka Yhdistyneen kuningaskunnan viranomaiset olivat tehneet Filippiinien kansalaista vastaan. Unionin oikeuteen voitiin vedota sillä perusteella, että Mary Carpenterin aviomies, joka oli Yhdistyneen kuningaskunnan kansalainen, matkusti ajoittain toisiin jäsenvaltioihin myydäkseen ilmoitustilaa brittiläisessä lehdessä. Yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi argumentin, jonka mukaan Mary Carpenterin aviomiehen oli helpompi tarjota ja vastaanottaa palveluja, koska Mary Carpenter huolehti lapsista, jotka Peter Carpenterilla oli ensimmäisestä avioliitostaan. Siksi yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että Mary Carpenterin karkottaminen voisi rajoittaa hänen aviomiehensä oikeutta tarjota ja vastaanottaa palveluja sekä hänen perhe-elämää koskevaa perusoikeuttaan. [54]

74. Tuoreemmassa asiassa Metock antamassaan tuomiossa [55] yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi, että se, että Hanette Eugenie Ngo Ikeng, joka oli Kamerunin kansalainen, joka sai myöhemmin Yhdistyneen kuningaskunnan kansalaisuuden ja joka jo asui ja työskenteli Irlannissa mennessään naimisiin Blaise Baheten Metockin (joka myös oli Kamerunin kansalainen, jonka hän oli tavannut 12 vuotta aikaisemmin kyseisessä maassa) kanssa, oli aikaisemmin käyttänyt liikkumisvapautta koskevia oikeuksia, riitti siihen, että Metock sai johdetun oleskeluoikeuden Irlannissa siitä huolimatta, että tämä ei täyttänyt kansallisessa oikeudessa asetettua vaatimusta, jonka mukaan hänen olisi pitänyt asua laillisesti jossakin toisessa jäsenvaltiossa ennen tuloaan Irlantiin. [56]

Liikkuminen ja unionin kansalaisuus

75. Monissa Euroopan kansalaisuutta koskevissa asioissa on selvästi tunnistettavissa rajojen ylittämistä koskeva seikka, joka rinnastuu klassisten taloudellisten vapaata liikkuvuutta koskevien oikeuksien käyttöön. Siten asiassa

51 – Ks. mm. asia C-55/94, Gebhard, tuomio 30.11.1995 (Kok., s. I-4165, 37 kohta); asia C-285/01, Burbaud, tuomio 9.9.2003 (Kok., s. I-8219, 95 kohta); asia C-299/02, komissio v. Alankomaat, tuomio 14.10.2004 (Kok., s. I-9761, 15 kohta); asia C-249/04, Allard, tuomio 26.5.2005 (Kok., s. I-4535, 32 kohta) ja asia C-389/05, komissio v. Ranska, tuomio 17.7.2008 (Kok., s. I-5337, 56 kohta).

52 – Asia C-384/93, tuomio 10.5.1995 (Kok., s. I-1141).

53 – Mainittu edellä alaviitteessä 20.

54 – Ibid., tuomion 39 kohta.

55 – Mainittu edellä alaviitteessä 24.

56 – Ibid., tuomion 58 kohta.

Bickel ja Franz [57] oli kyse Saksan kansalaisesta ja Itävallan kansalaisesta, jotka olivat rikosoikeudenkäynnin vastaajina Trentino – Alto Adigen maakunnassa Italiassa (eli entisessä Südtirolissa) ja jotka toivoivat, että oikeudenkäynti pidettäisiin saksaksi eikä italiaksi. Asiassa Martínez Sala [58] kantajana oli Espanjan kansalainen, joka oli muuttanut Saksaan. Asiassa Bidar [59] Dany Bidar oli muuttanut Ranskasta Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, jossa hän oli asunut isoäitinsä luona suorittaakseen opintonsa loppuun äitinsä kuoltua, ennen kuin hän haki opintolainaa rahoittaakseen yliopisto-opintonsa.

76. Lisäksi on niin, että kun jäsenvaltion kansalaiset vetoavat unionin kansalaisuudesta johtuviin oikeuksiin omaa jäsenvaltiotaan vastaan, kyse on yleensä ollut siitä, että tästä jäsenvaltiosta oli aikaisemmin lähdetty ja sitten sinne oli myöhemmin palattu. Asiassa D'Hoop [60] oli kyse siitä, että Marie-Nathalie D'Hoop oli muuttanut Belgiasta Ranskaan, jossa hän oli suorittanut opintonsa loppuun, ja palannut sitten Belgiaan, jossa hän haki juuri opintonsa päättäneille ja ensimmäistä kertaa työnhakijoina oleville nuorille myönnettävää työttömyysturvana maksettavaa etuutta (allocation d'attente). Asiassa Grunkin ja Paul [61] Leonhard Matthias Grunkin Paul matkusti Tanskan (jossa hän oli syntynyt, asunut ja käynyt koulua) ja Saksan (maan, jonka kansalainen hän oli) välillä viettääkseen siellä aikaa eronneen isänsä kanssa. Hän tarvitsi Saksan passin, johon hänelle merkittäisiin sama sukunimi kuin hänelle oli laillisesti annettu Tanskassa eikä eri sukunimeä.

77. En kuitenkaan katso, että unionin kansalaisuudesta johtuvien oikeuksien käyttö olisi aina erottamattomasti ja välttämättä sidoksissa fyysiseen liikkumiseen. Sellaisiakin kansalaisuutta koskevia tapauksia on jo ollut, joissa tällaista todellista liikkumista koskeva seikka joko tuskin oli havaittavissa tai oli suoraan sanoen olematon.

78. Asiassa García Avello [62] vanhemmat olivat Espanjan kansalaisia, jotka olivat muuttaneet Belgiaan, mutta heidän lapsensa Esmeralda ja Diego (joilla oli sekä Espanjan että Belgian kansalaisuus ja joiden riidanalainen sukunimi oli oikeudenkäynnin kohteena) olivat syntyneet Belgiassa, eivätkä he olleet – siltä osin kuin oikeudenkäyntiaineistosta voidaan päätellä – koskaan lähteneet sieltä. Asiassa Zhu ja Chen [63] Catherine Zhu oli syntynyt yhdessä Yhdistyneen kuningaskunnan osassa (Pohjois-Irlanti), ja hän oli liikkunut vain Yhdistyneen kuningaskunnan *sisällä* (Englantiin). Kun sitten lainsäädännön mukaan Irlannin kansalaisuus myönnettiin jokaiselle, joka on

57 – Asia C-274/96, tuomio 24.11.1998 (Kok., s. I-7637).
58 – Asia C-85/96, tuomio 12.5.1998 (Kok., s. I-2591).
59 – Mainittu edellä alaviitteessä 40.
60 – Mainittu edellä alaviitteessä 40.
61 – Asia C-353/06, tuomio 14.10.2008 (Kok., s. I-7639).
62 – Mainittu edellä alaviitteessä 40.
63 – Mainittu edellä alaviitteessä 22.

syntynyt Irlannin saarella (mukaan lukien Pohjois-Irlanti), ja kun lisäksi oli annettu hyvää oikeudellista neuvontaa, Catherine Zhu sai unionin kansalaisuuden nojalla itselleen ja kiinalaiselle äidilleen oleskeluoikeuden Yhdistyneessä kuningaskunnassa, koska muutoin hänelle olisi pikkulapsena ollut mahdotonta käyttää tehokkaasti oikeuksiaan unionin kansalaisena. Asiassa Rottmann [64] oli kyse siitä, että Rottmann oli saanut asian kannalta ratkaisevan kansalaisuuden (joka oli kansalaistamisen kautta saatu Saksan kansalaisuus eikä hänen aikaisempi Itävallan kansalaisuutensa, joka oli perustunut hänen syntymiseensä Itävallassa) muutettuaan Saksaan Itävallasta. Tuomiossa kuitenkin jätetään huomiotta kyseinen aikaisempi muutto ja tarkastellaan yksinomaan *tulevia* vaikutuksia, jotka Saksan kansalaisuuden purkamisella olisi, koska se tekisi Rottmannin kansalaisuudettomaksi. (Palaan jäljempänä yksityiskohtaisemmin tähän äskettäiseen merkittävään tuomioon.) [65]

79. Kun tarkastellaan perussopimuksessa unionin kansalaisille annettuja eri oikeuksia, on selvää, että joihinkin niistä – erityisesti äänioikeuteen ja vaalikelpoisuuteen kunnallisvaaleissa ja Euroopan parlamentin vaaleissa – voidaan vedota vain muussa kuin siinä jäsenvaltiossa, jonka kansalainen kyseessä oleva henkilö on. [66] Muut oikeudet – oikeus esittää vetoomus Euroopan parlamentille SEUT 227 artiklan nojalla ja oikeus kannella Euroopan oikeusasiamiehelle SEUT 228 artiklan nojalla – näyttävät olevan sellaisia, että niitä voidaan käyttää ilman maantieteellistä rajoitusta. [67] Oikeus saada suojelua diplomaatti- ja konsuliviranomaisilta SEUT 23 artiklan (aiempi EY 20 artikla) nojalla on käytettävissä missä tahansa kolmannessa maassa, jossa jäsenvaltiolla, jonka kansalainen kyseinen henkilö on, ei ole edustusta.

80. Ehkä keskeisimpänä pidettävää oikeutta – joka on ”oikeus liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella” [68] – on vaikeampi selvittää. Onko se yhdistetty oikeus (oikeus ”liikkua ja oleskella”)? Vaiheisiin jakautuva oikeus (”oikeus liikkua ja, kun jossakin aikaisemmassa vaiheessa on liikuttu, oikeus oleskella”)?

64 – Asia C-135/08, tuomio 2.3.2010 (Kok., s. I-1449).

65 – Ks. jäljempänä 93 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

66 – Ks. SEUT 22 artikla (aiempi EY 19 artikla), jossa määrätään nimenomaisesti, että unionin kansalaisella on kyseiset oikeudet ”jäsenvaltiossa, jossa hän asuu mutta jonka kansalainen hän ei ole”, ja SEUT 20 artiklan 2 kohdan b alakohta (aiempi EY 17 artikla), jossa viitataan unionin kansalaiseen, jolla on kyseiset oikeudet ”siinä jäsenvaltiossa, jossa hän asuu, samoin edellytyksin kuin tämän valtion kansalaisilla”.

67 – Molemmista oikeuksista määrätään SEUT 24 artiklassa (aiempi EY 21 artikla). Saman artiklan nojalla unionin kansalainen voisi myös (oletettavasti) kirjoittaa mille tahansa toimielimelle mistä tahansa maailmassa, kunhan hän noudattaa kieliä koskevia järjestelyjä, ja olla oikeutettu vastaukseen. Siten (esim.) Ruiz Zambranon lapset voisivat kirjoittaa jollekin toimielimistä espanjaksi mistä tahansa kolmannesta maasta samoin kuin mistä tahansa jäsenvaltiosta ja olla oikeutettuja vastaukseen.

68 – Kuten määrätään SEUT 20 artiklan 2 kohdan a alakohdassa (aiempi EY 17 artikla) ja SEUT 21 artiklan 1 kohdassa (aiempi EY 18 artiklan 1 kohta).

Vai onko kyseessä kaksi itsenäistä oikeutta (”oikeus liikkua” *ja* ”oikeus oleskella”)?

Perusoikeuksien vaikutus

81. On siis päätettävä, tulkitaanko SEUT 20 artiklan 2 kohdan a alakohdassa ja SEUT 21 artiklan 1 kohdassa annettua oikeutta ”liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella” niin, että se koskee vain tilanteita, joissa unionin kansalainen on ensin siirtynyt toiseen jäsenvaltioon, vai hyväksytäänkö, että ilmauksia ”liikkua” ja ”oleskella” voidaan lukea toisistaan erillään, jolloin unionin kansalainen voi vedota tällaisiin oikeuksiin, kun hän oleskelee (ilman aikaisempaa liikkumista) jäsenvaltiossa, jonka kansalainen hän on. Mitä unionin tuomioistuimen olisi tehtävä?

82. Tässä kohdassa on tarpeen palata kysymykseen, joka koskee perusoikeussuojaa unionin oikeusjärjestyksessä.

83. Julkisasiamies Jacobs esitti perusoikeuksien merkityksen klassisessa vapaan liikkuvuuden asiayhteydessä mitä ilmeikkäimmin asiassa Konstantinidis,[69] jossa oli kyse Saksassa työskentelevästä kreikkalaisesta hierojasta, joka väitti, että hänen nimensä virallinen translitterointi loukkasi oikeuksia, jotka hänellä oli unionin oikeuden nojalla. Julkisasiamies Jacobsin suhtautumisella silloiseen oikeuskäytäntöön, joka perustui asiassa Wachauf annettuun tuomioon, oli kauaskantoisia seurauksia. Asiassa Konstantinidis ei enää ollut pelkästään kyse kansalaisuuteen perustuvasta syrjinnästä, vaan siitä tuli asia, joka koski perusoikeutta henkilökohtaiseen identiteettiin. Kantajan oikeuden hyväksyminen (kuten yhteisöjen tuomioistuin teki kyseisessä asiassa antamassaan tuomiossa) tarkoittaa, että hyväksytään premissi, jonka mukaan unionin jäsenvaltion kansalaisella, joka menee toiseen jäsenvaltioon, *on* oikeus olettaa, ”että minne tahansa [unionissa] hän meneekin ansaitsemaan elantonsa, häntä kohdellaan yhteisen perusarvoja koskevan säännöstön mukaisesti – – Toisin sanoen hänellä on oikeus sanoa ’civis europeus sum’ ja vedota tähän asemaan vastustaakseen mitä tahansa perusvapauksiensa loukkausta”.[70] Unionin kansalainen, joka käyttää oikeuksia liikkumisvapauteen, voi vedota kattavaan joukkoon perusoikeuksia, jotka suojataan unionin oikeudessa (liittyvätpä ne tai eivät siihen taloudelliseen työhön, jonka tekemistä varten hän liikkuu jäsenvaltioiden välillä). Jos näin ei olisi, hän ei ehkä pitäisi houkuttelevana käyttää kyseisiä liikkumisvapautta koskevia oikeuksia.

84. Olisi (lievästi sanoen) paradoksaalista, jos unionin kansalainen voisi vedota unionin

69 – Asia C-168/91, tuomio 30.3.1993 (Kok., s. I-1191, Kok. Ep. XIV, s. I-109).

70 – Edellisessä alaviitteessä mainittu asia Konstantinidis, ratkaisuehdotuksen 46 kohta.

oikeuden mukaisiin perusoikeuksiin, kun hän käyttää työntekijänä taloudellista oikeutta vapaaseen liikkuvuuteen tai kun kansallinen oikeus kuuluu perussopimuksen soveltamisalaan (esimerkiksi samapalkkaisuussäännösten osalta) tai kun hän vetoaa unionin johdettuun oikeuteen (kuten palveludirektiiviin), muttei voisi sitä tehdä, kun hän vain ”oleskelee” kyseisessä jäsenvaltiossa. Jätettäköön huomiotta asian havainnollistamiseksi mahdollinen suoja, joka kansallisessa oikeusjärjestyksessä itsessään voitaisiin johtaa vetoamisesta Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaan, ja oletettakoon (melko epäuskottavasti), että jäsenvaltion A kansallisessa säännössä tehostetaan uskonnollisen ilmaisunvapauden suojaa vain sellaisten henkilöiden osalta, jotka ovat oleskelleet siellä yhtäjaksoisesti 20 vuotta. Jäsenvaltion A kansalainen (kuten Marie-Nathalie D’Hoop), joka olisi aikaisemmin käyttänyt liikkumisvapautta koskevia oikeuksia menemällä naapurijäsenvaltioon B ja joka olisi vasta äskettäin palannut jäsenvaltioon A, voisi vedota perusoikeuksiinsa jäsenvaltiota, jonka kansalainen hän on, vastaan unionin kansalaisuutensa asiayhteydessä (vetoamalla Euroopan ihmisoikeussopimuksen 9 artiklaan ja perusoikeuskirjan 10 artiklaan). Voisiko näin tehdä myös 18-vuotias unionin kansalainen, joka olisi jäsenvaltion B kansalainen mutta syntynyt ja aina elänyt jäsenvaltiossa A? (Tässä riidanalaisessa kansallisessa säännössä ei ole kyse syrjinnästä, joka perustuisi suoraan tai välillisesti kansalaisuuteen, joten SEUT 18 artiklaan (aiempi EY 12 artikla) ei voida vedota.) Asiassa Garcia Avello annetun tuomion perusteella vastaus on varmasti ”kyllä” – mutta tällainen vastaus tarkoittaa, että ”oikeus oleskella” on itsenäinen oikeus eikä oikeus, joka liittyy jollakin oikeudellisella napanuoralla oikeuteen liikkua. Millainen tilanne on lopulta (ja tässä myös ennakoin keskustelua käänteisestä syrjinnästä) 18-vuotiaalla unionin kansalaisella, joka on jäsenvaltion A kansalainen, joka oleskelee siellä eikä voi osoittaa unionin oikeuteen mitään muuta sellaista yhteyttä, joka on syntynyt joko sattumalta tai tarkoituksella (esimerkiksi siten, että hän on matkustanut kouluretkellä jäsenvaltioon B)?

85. Tätä taustaa vasten palaan unionin tuomioistuimen nykyiseen unionin kansalaisuutta koskevaan oikeuskäytäntöön.

86. Jos pitäydytään lähtökohdassa, että fyysinen liikkuminen muuhun kuin siihen jäsenvaltioon, jonka kansalainen henkilö on, on tarpeen ennen kuin voidaan vedota oleskeluoikeuksiin unionin kansalaisena, lopputuloksesta saattaa tulla sekä outo että epälooginen. Oletettakoon, että ystävällinen naapuri oli vienyt Diegon ja Jessican kerran tai pari vierailulle Parc Astérix -huvipuistoon Pariisissa

tai merenrantaan Bretagnessa.[71] He olisivat silloin ottaneet vastaan palveluja toisessa jäsenvaltiossa. Jos he vaatisivat ”liikkumisestaan” johtuvia oikeuksia, heidän tilanteensa ei voitaisi väittää olevan Belgian ”täysin sisäinen” tilanne.[72] Olisiko yksi vierailu riittänyt? Kaksi? Usea? Olisiko päiväretki ollut riittävä vai olisiko heidän pitänyt jäädä Ranskaan yöksi tai pariksi?

87. Jos perhe etsisi turvaa vaikkapa Argentiinasta jouduttuaan lähtemään Belgiasta ja vieläpä Euroopan unionista, Diego ja Jessica voisivat unionin kansalaisina vedota kyseisessä kolmannessa maassa toimivien muiden jäsenvaltioiden edustustojen diplomaatti- ja konsuliviranomaisilta saatavaan suojaan. He voisivat vaatia oikeutta tutustua asiakirjoihin ja kirjoittaa Euroopan oikeusasiamiehelle. Mutta he eivät tällaisessa tilanteessa voisi vedota unionin kansalaisina oikeuksiinsa jatkaa oleskeluaan Belgiassa.

88. Tällaisesta seurauksesta on vaikea olla vaivaantumatta. Unionin kansalaisuutta koskevien oikeuksien käyttö perustuisi pikemminkin lottoon kuin logiikkaan.

89. Kaipaisiko kansalaisuutta koskeva oikeuskäytäntö radikaalia laajennusta, jotta tässä asiassa voitaisiin katsoa, että kyse on Ruiz Zambranon lasten oikeuksista unionin kansalaisina – vaikkeivät he vielä olekaan liikkuneet jäsenvaltion, jonka kansalaisia he ovat, ulkopuolella –, ja (tällöin) tutkia, voiko Ruiz Zambrano vaatia johdettua oleskeluoikeutta?

90. En usko, että erityisen suuri askel on tarpeen.

Onko kyseessä jäsenvaltion täysin sisäinen tilanne?

91. Jäsenvaltiot, jotka ovat tässä asiassa esittäneet huomautuksia, ovat argumentoineet yksimielisesti, että Ruiz Zambrabon tilanteessa on kyseessä Belgian ”täysin sisäinen” tilanne eikä unionin oikeuden säännöksiä ja määräyksiä, myöskään niitä, jotka koskevat unionin kansalaisuutta, voida siksi soveltaa. Komissio on esittänyt samankaltaisia argumentteja. Kaikki enemmän tai vähemmän viittaavat potentiaaliseen suojaan, joka Ruiz Zambranolle ja hänen perheelleen voitaisiin antaa joko kansallisen oikeuden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen nojalla, ja kehottavat enemmän tai vähemmän voimakkaasti unionin tuomioistuinta jättämään pohtimatta mahdollisuutta, että voitaisiin soveltaa oikeuksia,

71 – On selvää, että lasten vanhemmat eivät järkisyistä voisi itse harkita tekevänsä tällaista retkeä, koska he saattaisivat huomata, etteivät he voisi päästä takaisin Belgiaan.

72 – Ks. asia 186/87, Cowan, tuomio 2.2.1989 (Kok., s. 195, Kok. Ep. X, s. 11, 15 kohta).

jotka johtuvat unionin kansalaisuutta koskevista säännöksistä ja määräyksistä.

92. En ole samaa mieltä.

93. On huomattava, että asiassa Rottmann sekä Saksa (jäsenvaltio, joka oli kansalaistanut Rottmannin) että Itävalta (jäsenvaltio, josta hän oli lähtöisin) totesivat komission tukemina, että Rottmannin ”kansalaistamisen purkamista koskevan päätöksen tekemisen aikaan hän oli Saksan kansalainen, joka asui Saksassa ja jolle oli osoitettu Saksan viranomaisen tekemä hallintotoimi –– kyseessä on siis *täysin valtion sisäinen tilanne*, jolla ei ole mitään liittymäkohtaa unionin oikeuteen, koska sitä ei sovelleta ainoastaan siitä syystä, että jäsenvaltio toteuttaa johonkin kansalaiseensa kohdistuvan toimenpiteen. Se seikka, että pääasian kaltaisessa tilanteessa *asianomainen henkilö on käyttänyt oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen ennen kansalaistamistaan, ei yksinään ole sellainen rajatylittävä seikka*, jolla voisi olla merkitystä mainitun kansalaistamisen purkamisen osalta”. [73]

94. Tätä argumenttia käsitellessään unionin tuomioistuin hyväksyi kehotuksen jättää huomiotta, että Rottmann oli aikaisemmin käyttänyt oikeuttaan vapaaseen liikkuvuuteen (Itävallasta Saksaan), ja tarkasteli tulevaisuutta eikä menneisyyttä. Se huomautti päättäväisesti siitä, että vaikka kansalaisuuden myöntäminen ja purkaminen ovat jäsenvaltioiden toimivaltaan kuuluvia asioita, tilanteissa, jotka kuuluvat unionin oikeuden soveltamisalaan, on niin, että kyseessä olevissa kansallisissa säännöissä on otettava unionin oikeus huomioon. Unionin tuomioistuin päätteli tästä, että ”unionin kansalaisen tilanne, jossa on tehty –– kansalaistamisen purkamista koskeva päätös, jonka vuoksi tämä on –– joutunut *tilanteeseen, jossa hän voi menettää* SEUT 20 artiklassa myönnetyn *aseman ja siihen liittyvät oikeudet*, kuuluu *luonteeltaan ja seuraamustensa* vuoksi unionin oikeuden soveltamisalaan”. [74]

95. Minusta näyttää siltä, että unionin tuomioistuimen päättelyä tuomiossa, jonka se antoi asiassa Rottmann, luettuna yhdessä aikaisemman tuomion kanssa, jonka se antoi asiassa Zhu ja Chen, voidaan helposti soveltaa tässä asiassa. Tässä asiassa Belgian kansalaisuuden myöntäminen Ruiz Zambranon lapsille Diegolle ja Jessicalle oli asia, joka kuului kyseisen jäsenvaltion toimivaltaan. On kuitenkin niin, että kun kyseinen kansalaisuus oli myönnetty, lapsista tuli unionin kansalaisia, ja he saivat oikeuden käyttää oikeuksia, jotka heillä on tällaisina kansalaisina, rinnakkain niiden oikeuksien kanssa, jotka heillä on Belgian kansalaisina. He eivät vielä ole liikkuneet oman jäsenvaltionsa ulkopuolella. Ei ollut myöskään Rottmann kansalaistamisensa jälkeen. Jos vanhemmilla ei ole johdettua

73 – Edellä alaviitteessä 64 mainittu asia Rottmann, tuomion 38 kohta: Kursivointi tässä.

74 – Ibid., tuomion 42 kohta Kursivointi tässä.

oleskeluoikeutta ja he joutuvat lähtemään Belgiasta, lasten on kaiken todennäköisyyden mukaan lähdettävä heidän kanssaan. Tämän takia Diego ja Jessica joutuisivat käytännössä ”tilanteeseen, jossa he voivat menettää [unionin kansalaisuutensa perusteella saamansa] aseman ja siihen liittyvät oikeudet”. Tästä seuraa – kuten seurasi Rottmannin tilanteen osalta –, että *lasten tilanne* ”kuuluu luonteeltaan ja seuraamustensa vuoksi unionin oikeuden soveltamisalaan”.

96. Lisäksi on huomattava, että Diego ja Jessica eivät Catherine Zhun tavoin voi käyttää oikeuksiaan unionin kansalaisina (erityisesti oikeuksiaan liikkua ja oleskella missä tahansa jäsenvaltiossa) täysipainoisesti ja tehokkaasti ilman vanhempiensa läsnäoloa ja tukea. Sen saman yhteyden, jonka yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi asiassa Zhu ja Chen antamassaan tuomiossa (ja jonka avulla nuori lapsi voi käyttää unionin kansalaisuutta koskevia oikeuksiaan tehokkaasti), soveltamisesta seuraa, että myöskään *Ruiz Zambranon tilanne* ei ole jäsenvaltion ”täysin sisäinen” tilanne. Sekin kuuluu unionin oikeuden soveltamisalaan.

97. Siksi siitä seuraa myös (kuten asiassa Rottmann), että ”näin ollen unionin tuomioistuimen tehtävänä on lausua ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen esittämistä kysymyksistä” tai – pääosin sama asia toisin sanoen – että tämän asian tosiseikoissa *ei* ole kyse sellaisesta täysin sisäisestä tilanteesta, jolla ei olisi mitään yhteyttä unionin oikeuteen. Niin tehdessään unionin tuomioistuimen on – mielestäni – ratkaistava seuraavat seikat: a) Onko todennäköistä, että puututaan Ruiz Zambranon lapsilla unionin kansalaisina oleviin oikeuksiin liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella? b) Jos tällainen puuttuminen on todennäköistä, onko se lähtökohtaisesti sallittua? c) Jos se on lähtökohtaisesti sallittua, onko sitä kuitenkin rajoitettava (esim. oikeasuhteisuuden perusteella)?

Puututaanko kyseisiin oikeuksiin?

98. Unionin kansalaisina Ruiz Zambranon lapsilla kiistattomasti on ”oikeus liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella”. Teoriassa he voivat käyttää tätä oikeutta. Käytännössä he eivät ikänsä takia voi niin tehdä vanhemmistaan riippumatta.

99. Jos Ruiz Zambranolla ei voi olla johdettua oleskeluoikeutta Belgiassa (kysymys, josta riippuu hänen oikeutensa työttömyyskorvaukseen), ennemmin tai myöhemmin hän joutuu lähtemään jäsenvaltiosta, jonka kansalaisia hänen lapsensa ovat. Hänen lapsensa

joutuisivat ikänsä takia (tietenkin sillä varauksella, että lähtö ei lykkääntyisi niin pitkälle, että heistä on tullut täysi-ikäisiä) lähtemään hänen kanssaan.[75] He eivät voisi käyttää oikeuttaan liikkua ja oleskella Euroopan unionin alueella. Yhtäläisyydet tilanteeseen, joka oli kyseessä asiassa Rottmann, ovat ilmiselvät. Rottmannin oikeudet unionin kansalaisena olivat vakavasti uhattuina, koska hänen kansalaistamisensa purkaminen Saksassa tekisi hänelle mahdottomaksi käyttää näitä oikeuksia ratione personae. Tässä asiassa Ruiz Zambranon lasten oikeuksiin ei kohdistu erilaista uhkaa ratione loci. Heidän on voitava pysyä fyysisesti Euroopan unionin alueella voidakseen liikkua jäsenvaltioiden välillä tai oleskella missä tahansa jäsenvaltiossa.[76]

100. Kuten olemme nähneet (erityisesti asioissa Garcia Avello, Zhu ja Chen sekä Rottmann), nykyisessä oikeuskäytännössä jo sallitaan, että kyseessä oleva unionin kansalainen vetoaa tiettyihin unionin kansalaisuutta koskeviin oikeuksiin riippumatta aikaisemmasta rajatylittävästä liikkumisesta. Minusta tuntuu siltä, että jos kantajan/kantajien kahdessa ensimmäisessä noista asioista (Espanjan kansalaiset Belgiassa, Irlannin kansalainen Yhdistyneessä kuningaskunnassa) olisi *tarvinnut* vaatia itsenäistä oleskeluoikeutta kyseessä olleiden jäsenvaltioiden viranomaisia vastaan, yhteisöjen tuomioistuin olisi varmasti tunnustanut tällaisen oikeuden. Asiassa Rottmann unionin tuomioistuin on jo mennyt pidemmälle suojaamalla Saksassa asuvan Saksan kansalaisen tulevat unionin kansalaisuutta koskevat oikeudet. Tätä taustaa vasten olisi keinotekoista, jos ei tunnustettaisi avoimesti, että (vaikka käytännössä useimmissa tapauksissa oleskeluoikeutta todennäköisesti käytetään liikkumisoikeuden käytön jälkeen) SEUT 21 artikla sisältää erillisen oleskeluoikeuden, joka on riippumaton vapaata liikkuvuutta koskevasta oikeudesta.

101. Ehdotan siis, että unionin tuomioistuin nyt tunnustaa tällaisen itsenäisen oleskeluoikeuden.

102. Diego ja Jessica eivät jo esittämistäni syistä voi käyttää tällaista oleskeluoikeutta ilman vanhempiensa tukea. Siksi katson, että tämän asian olosuhteissa johdetun oleskeluoikeuden epääminen Ruiz Zambranolta voi potentiaalisesti tarkoittaa sitä, että puututaan oleskeluoikeuteen, joka Diegolla ja Jessicalla on unionin kansalaisina.

103. Lisään, että vaikka unionin tuomioistuin ei olisikaan valmis hyväksymään, että SEUT 21 artiklassa annetaan itsenäinen

75 – Ks. edellä 86 ja 87 kohta, joissa tutkitaan vaikutusta perhe-elämää koskevaan oikeuteen.

76 – On tietenkin teoreettisesti mahdollista, että jokin toinen jäsenvaltio olisi valmis ottamaan perheen vastaan. Jos näin kävisi, Diego ja Jessica voisivat edelleen käyttää oikeuksiaan unionin kansalaisina, ainakin jossain määrin.

oleskeluoikeus, katsoisin tämän asian olosuhteissa, että potentiaalinen puuttuminen Diegon ja Jessican oikeuteen liikkua ja oleskella unionin alueella on riittävän samankaltainen kuin puuttuminen Catherine Zhun (joka ei ollut koskaan oleskellut Irlannin tasavallassa eikä edes koskaan lähtenyt Yhdistyneen kuningaskunnan alueelta) tilanteeseen, joten Diegon ja Jessican tilanne olisi rinnastettava Catherine Zhun tilanteeseen.

Voidaanko tällainen puuttuminen oikeuttaa?

104. Totean aluksi, että kun Ruiz Zambrano päätti jättää ilmoittamatta nimenomaisesti, että hänen lapsistaan olisi tultava Kolumbian kansalaisia, ja valitsi sen sijaan heille unionin sen jäsenvaltion, jossa he syntyivät, kansalaisuuden, hän käytti hyväkseen mahdollisuutta, joka oli lainmukaisesti hänen käytettävissään. Tässä mielessä hänen käyttäytymisensä on asianmukaisesti verrattavissa avioparin Zhun käyttäytymiseen. Yhteisöjen tuomioistuin on tehnyt selväksi, että lainmukaisen mahdollisuuden hyväksi käyttämisessä ei ole mitään moitittavaa ja että se on selvästi erotettavissa oikeuksien väärinkäytöstä.[77] Tämän asian tosiseikkojen tapahtuma-ajan jälkeen Belgian kansalaisuuslainsäädäntöä on muutettu,[78] eikä Ruiz Zambranolla olevan kaltaisessa asemassa olevalle henkilölle olisi enää mahdollista päättää jättää rekisteröimättä lastaan oman maansa diplomaatti- tai konsuliviranomaisessa varmistaakseen, että lapsi saisi Belgian kansalaisuuden. Tuolloin hänen toiminnassaan ei kuitenkaan ollut mitään väärää.

105. On tärkeää pitää tämä seikka mielessä – erityisesti argumentoitaessa ”patojen murtumista” vastaan. Jäsenvaltiot päättävät, kenestä voi tulla niiden kansalainen.[79] Unionin tuomioistuimen tehtävänä on vain tarkastella oikeuksia, joihin tällaiset henkilöt voivat vedota *sitten, kun heistä on tullut jäsenvaltion kansalaisia* ja kun he ovat samanaikaisesti saaneet unionin kansalaisuuden.

106. Siten asiassa Kaur[80] Manjit Kaurilta ei voitu ”riistää” unionin kansalaisen asemasta johtuneita oikeuksia, koska hän ei täyttänyt Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistyneen kuningaskunnan kansalaisen määritelmää. Koska hän kaatui jo

77 – Ks. edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Akrich, tuomion 55–57 kohta (oikeuksista unionin oikeuden nojalla) ja edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Zhu ja Chen, tuomion 36 kohta (oikeuksista, jotka johtuivat alun perin kansallisesta oikeudesta).

78 – Irlannin kansalaisuuslainsäädäntöä on samoin muutettu (yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Zhu ja Chen antaman tuomion *jälkeen*) vuonna 2004 annetulla Irish Nationality and Citizenship Act 2004 -nimisellä lailla).

79 – Ks. asia C-369/90, Micheletti, tuomio 7.7.1992 (Kok., s. I-4239, Kok. Ep. XIII, s. I-11, 10 kohta); asia C-179/98, Mesbah, tuomio 11.11.1999 (Kok., s. I-7955, 29 kohta); asia C-192/99, Kaur, tuomio 20.2.2001 (Kok., s. I-1237, 19 kohta) ja edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Zhu ja Chen, tuomion 37 kohta.

80 – Mainittu edellisessä alaviitteessä.

ensimmäisellä esteellä eikä täyttänyt häneen sovellettujen kansalaisuussääntöjen mukaan vaatimuksia, jotta häntä olisi voitu pitää henkilönä, ”joka on jäsenvaltion kansalainen”, hän ei voinut myöhemmin vedota unionin kansalaisena unionin oikeuden mukaisiin oikeuksiin oleskella missä tahansa jäsenvaltiossa (mukaan lukien Yhdistyneessä kuningaskunnassa).[81] Tässä asiassa on kuitenkin niin, että Ruiz Zambranon lapsilla on normaalit Belgian kansalaisten oikeudet aivan kuten Rottmannilla oli normaalit kansalaistamisensa kautta saamaansa Saksan kansalaisuuteen perustuneet oikeudet.

Oikeasuhteisuus

107. On selvästikin tilanteita, joissa unionin kansalainen voi käyttää oikeuksiaan *riippumatta* siitä, myönnetäänkö takenevassa polvessa olevalle perheenjäsenelle oleskeluoikeus. Siten täysi-ikäinen unionin kansalainen voi käyttää oikeuksiaan matkustaa ja oleskella unionin alueella ilman, että on tarpeen myöntää hänen vanhemmalleen/vanhemmilleen samanaikaisia oikeuksia oleskella kyseessä olevassa jäsenvaltiossa.

108. Siksi katson, että unionin kansalaisuutta koskeviin oikeuksiin kohdistuva potentiaalinen puuttuminen, josta tulee kyse, jos takenevassa polvessa olevalla perheenjäsenellä ei ole automaattista johdettua oleskeluoikeutta jäsenvaltiossa, jonka kansalainen unionin kansalainen on, on lähtökohtaisesti hyväksyttävissä. Puuttuminen ei kuitenkaan ehkä ole sallittua tietyissä olosuhteissa (erityisesti, koska se ei ehkä ole oikeasuhteista).

109. Kuten yhteisöjen tuomioistuin totesi asioissa Micheletti[82] ja Kaur[83] antamissaan tuomioissa ja kuten unionin tuomioistuin on todennut tuoreemmassa asiassa Rottmann antamassaan tuomiossa, kansalaisuuden myöntäminen on kunkin jäsenvaltion toimivaltaan kuuluva asia, mutta sen on tätä toimivaltaa käyttäessään noudatettava unionin oikeutta.[84] Samaan tulokseen tultiin asiassa Bickel ja Franz rikosoikeuden ja -prosessin osalta,[85] asiassa García Avello sukunimiä koskevien kansallisten sääntöjen osalta[86] ja asiassa Schempp välittömän verotuksen osalta[87] – nämä kaikki ovat arkaluonteisia aloja, joilla jäsenvaltiot yhä käyttävät huomattavaa toimivaltaa.

81 – Edellä alaviitteessä 79 mainittu (ja asiassa Rottmann annetun tuomion 49 kohdassa mainittu) asia Kaur: ks. erityisesti tuomion 20–24 kohta.

82 – Mainittu edellä alaviitteessä 79, tuomion 10 kohta.

83 – Mainittu edellä alaviitteessä 79, tuomion 19 kohta.

84 – Edellä alaviitteessä 64 mainittu asia Rottmann, tuomion 41 ja 42 kohta.

85 – Mainittu edellä alaviitteessä 57, tuomion 17 kohta.

86 – Mainittu edellä alaviitteessä 40, tuomion 25 kohta.

87 – Mainittu edellä alaviitteessä 40, tuomion 19 kohta.

110. Tässä asiassa on, kuten niin usein, kyse oikeuden käytöstä ja tähän oikeuteen puuttumisen (tai siitä poikkeamisen) potentiaalisesta oikeuttamisesta, ja tällöin on tarkasteltava oikeasuhteisuutta. Onko tämän asian olosuhteissa oikeasuhteista kieltäytyä tunnustamasta Ruiz Zambranolle oleskeluoikeutta, joka johtuu oikeuksista, jotka hänen lapsillaan on unionin kansalaisina? Vaikka kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on (kuten tavallista) loppujen lopuksi päättää oikeasuhteisuudesta, muutamat lyhyet huomautukset voivat olla sille avuksi.

111. Suhteellisuusperiaatteen soveltaminen tässä asiassa (kuten asiassa Rottmann) edellyttää, että kansallinen tuomioistuin tarkistaa, ”onko [pääasiassa kyseessä oleva] päätös suhteellisuusperiaatteen mukainen niiden seurausten osalta, jotka siitä aiheutuvat kyseessä olevan henkilön tilanteelle [unionin] oikeuden kannalta” [88] (sen lisäksi, että oikeasuhteisuus mahdollisesti tutkitaan kansallisessa oikeudessa edellytetyn kannalta). Kuten unionin tuomioistuin tässä asiassa edelleen totesi, ”kun – – otetaan huomioon se merkitys, joka primaarioikeudessa annetaan unionin kansalaisen asemalle, on – – otettava huomioon ne mahdolliset seuraamukset, joita [kyseessä olevasta] päätöksestä aiheutuu asianomaiselle henkilölle ja mahdollisesti hänen perheenjäsenilleen kaikille unionin kansalaisille kuuluvien oikeuksien menettämisen osalta. Tältä osin on varmistettava erityisesti, onko tämä menettäminen perusteltua – –”. [89]

112. Jäsenvaltiot, jotka ovat tässä asiassa väliintulijoina, korostivat istunnossa, että kolmansien maiden kansalaisten oleskelua koskevat vaatimukset kuuluvat jäsenvaltioiden toimivaltaan. Belgian ja Tanskan asiamiehet totesivat, että Ruiz Zambrano ei ole onnistunut saamaan turvapaikkaa, ja hänet määrättiin poistumaan Belgian alueelta pian sinne saapumisensa jälkeen vuonna 1999. Hän oleskeli siellä sen jälkeen laittomasti huomattavan pitkän ajan, eikä hänen pitäisi saada unionin oikeuden mukaista oleskeluoikeutta. Irlannin asiamies maalasi dramaattisen kuvan kolmansien maiden kansalaisten maahanmuuttoaallosta, joka väistämättä seuraisi, jos Ruiz Zambranolla katsottaisiin olevan oleskeluoikeus, joka johtuu siitä, että hänen lapsensa ovat Belgian kansalaisia.

113. Ruiz Zambranon asianajaja huomautti siitä, että hänen päämiehensä työskenteli keskeytyksettä Plastorian palveluksessa lähes viisi vuotta. Koko tämän ajan hän maksoi asianmukaisesti sosiaaliturvamaksunsa. Tutkinnassa, jonka Belgian viranomaiset suorittivat Plastorian tiloissa, ei löytynyt mitään puutteita niissä vero-, sosiaaliturva- ja työoikeudellisissa järjestelyissä, jotka koskivat hänen työskentelyään. Ongelmana oli ainoastaan se, että häneltä puuttui työ- ja

88 – Edellä alaviitteessä 64 mainittu asia Rottmann, tuomion 55 kohta.

89 – Ibid., tuomion 56 kohta.

oleskelulupa, eikä hänen työnantajaansa kohdistettu mitään toimenpiteitä. Diego ja Jessica syntyivät useita vuosia sen jälkeen, kun Ruiz Zambrano ja hänen vaimonsa olivat tulleet Belgiaan ensimmäisen lapsensa kanssa. Ei ole mitään näyttöä siitä, että perheen kasvattaminen ensin Diegolla ja sitten Jessicalla oli kyyninen yritys käyttää hyväksi mitä tahansa porsaanreikää, jonka avulla he voisivat jäädä Belgiaan. Tämä on aito perhe. Ruiz Zambrano on täysin kotoutunut Belgiaan. Hänen lapsensa käyvät paikallista kouluaan säännöllisesti. Hänellä ei ole rikosrekisteriä. Hän on vieläpä sittemmin saanut väliaikaisen ja uudistettavissa olevan oleskeluluvan sekä C-tyypin työluvan.

114. Olen jo pääpiirteissään käsitellyt Irlannin hallituksen argumenttia, joka koskee ”patojen murtumista”. Kuten kyseinen jäsenvaltio itsekin osoitti yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Zhu ja Chen antaman tuomion jälkeen, jos kyseessä olevan jäsenvaltion kansalaisuuden saamista koskevat tietyt säännöt ovat – tai näyttävät olevan – omiaan johtamaan ”hallitsemattomiin” seurauksiin, jäsenvaltio voi vapaasti muuttaa kyseisiä sääntöjä ongelman ratkaisemiseksi.

115. Tämän sanoessani en kannusta jäsenvaltioita olemaan muukalaisvihamielisiä tai varautumaan vaikeuksiin ja tekemään Euroopan unionista ”Euroopan linnakkeen”. Tämä tosiaan olisi moitittava askel huonompaan suuntaan – ja lisäksi se olisi selvässä ristiriidassa asetettujen poliittisten tavoitteiden kanssa. [90] Palautan vain mieleen, että kansalaisuuden saamista koskevat säännöt kuuluvat jäsenvaltioiden yksinomaiseen toimivaltaan. Jäsenvaltiot eivät kuitenkaan voi – ”unionin kansalaisuuden” käsitteen itse luotuaan – käyttää samaa rajoittamatonta toimivaltaa niiden *seurausten* osalta, jotka unionin oikeuden mukaan on unionin kansalaisuudella, jonka henkilö saa, kun hänelle myönnetään jäsenvaltion kansalaisuus.

116. Palautan mieleen siitä, että Ruiz Zambrano ei poistunut Belgiasta sen jälkeen, kun hänen turvapaikkahakemuksensa oli hylätty, että hän riitautti kyseessä olevat

90 – Tampereella 15. ja 16.10.1999 kokoontuneen Eurooppaneuvoston puheenjohtajavaltion päätelmissä todettiin, että ”haasteena on nyt varmistaa, että vapaus, johon kuuluu oikeus liikkua vapaasti koko unionin alueella, on kaikkien ulottuvilla turvallisissa ja oikeudenmukaisissa oloissa. – – Tällaista vapautta ei kuitenkaan saisi pitää vain unionin kansalaisten yksinoikeutena. Jo olemassaolollaan se houkuttelee kaikkialta maailmasta monia muita, jotka eivät voi nauttia unionin kansalaisten itsestään selvänä pitämästä vapaudesta. Olisi vastoin Euroopan perinteitä evätä vapaus niiltä, jotka tällaisissa olosuhteissa oikeutetusti hakevat pääsyä alueellemme” (2 ja 3 kohta). Euroopan maahanmuutto- ja turvapaikkasopimuksessa, jonka 15. ja 16.10.2008 kokoontunut Eurooppa-neuvosto hyväksyi, todetaan samaan sävyyn, että Eurooppa-neuvosto pyytää jäsenvaltioita toteuttamaan politiikkoja, ”joilla edistetään sellaisten muuttajien sopusointuista kotoutumista, jotka todennäköisesti jäävät maahan pysyvästi. Näiden politiikkojen, joiden toteuttaminen edellyttää vastaanottavalta maalta huomattavia ponnistuksia, olisi perustuttava muuttajien oikeuksien (erityisesti oikeus koulutukseen, työhön, turvallisuuteen ja julkisiin ja sosiaalipalveluihin) ja velvollisuuksien – – väliseen tasapainoon”.

hallintopäätökset ja että kyseiset oikeudenkäynnit ovat olleet kauan vireillä. Palautan mieleen myös, että asiassa Carpenter oli kyse siitä, että kolmannen maan kansalainen (Mary Carpenter) oli rikkonut kansallista maahanmuuttolainsäädäntöä, koska hän ei ollut poistunut Yhdistyneestä kuningaskunnasta ennen kuin hänelle vierailijana myönnetyn oleskeluluvan voimassaoloaika päättyi. Yhteisöjen tuomioistuin ei pitänyt tätä ylipääsemättömänä esteenä sille, että hän myöhemmin vaati unionin oikeuden mukaisia oikeuksia, vaan huomautti, että ”hän ei ole syyskuussa 1994 Yhdistyneeseen kuningaskuntaan saavuttuaan käyttäytynyt millään tavoin moitittavasti siten, että hänen voitaisiin pelätä vastaisuudessa vaarantavan yleisen järjestyksen ja turvallisuuden”. [91]

117. Tässä asiassa sitä vastoin Diegolle ja Jessicalle aiheutuu pitemmällä aikavälillä vakavia seurauksia, jos Ruiz Zambranolle *ei* tunnusteta johdettua oleskeluoikeutta. He eivät voi käyttää oleskeluoikeuttaan unionin kansalaisina tehokkaasti ilman vanhempiensa apua ja tukea. Heidän oleskeluoikeutensa jää siksi – kunnes he ovat tarpeeksi vanhoja käyttämään sitä itsenäisesti – lähes täysin sisällyksettömäksi (kuten Catherine Zhun oikeus olisi jäänyt, ellei hänen äitinsä Lavette Zhu olisi saanut jäädä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan).

91 – Edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Carpenter, tuomion 44 kohta.

118. Tarkasteluni kattavuuden vuoksi minun on käsiteltävä lyhyesti lisäargumenttia, joka johtuu kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan oikeudenkäynnin kohteesta, nimittäin sitä mahdollista riskiä, että Ruiz Zambranosta aiheutuu ”kohtuutonta rasitusta” julkiselle taloudelle.

119. Yhteisöjen tuomioistuin korosti asiassa Baumbast antamassaan tuomiossa, [92] että SEUT 21 artiklassa tarkoitetuissa rajoituksissa ja ehdoissa lähdetään ajatuksesta, että jäsenvaltioiden perustellut intressit voivat vaikuttaa unionin kansalaisten oleskeluoikeuden käyttämiseen. Tältä osin ”oleskeluoikeuden saaneista ei tule aiheutua kohtuutonta rasitusta vastaanottavan jäsenvaltion julkiselle taloudelle’. [93] Yhteisöjen tuomioistuin katsoi kuitenkin myös, että ’näitä rajoituksia ja ehtoja on – – sovellettava [unionin] oikeudessa asetettuja rajoja noudattaen ja tämän oikeuden yleisten periaatteiden, erityisesti suhteellisuusperiaatteen, mukaisesti”. [94] Toisin sanoen asiassa toteutettujen kansallisten toimenpiteiden on oltava tarpeellisia tavoitellun päämäärän saavuttamiseksi ja tähän soveltuvia. [95]

92 – Mainittu edellä alaviitteessä 40.

93 – Ibid., tuomion 90 kohta.

94 – Ibid., tuomion 91 kohta.

95 – Ks. mm. yhdistetyt asiat C-259/91, C-331/91 ja C-332/91, Allué ym., tuomio 2.8.1993 (Kok., s. I-4309, Kok. Ep. XIV, s. I-339, 15 kohta); edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Zhu ja Chen, tuomion 32 kohta ja edellä alaviitteessä 64 mainittu asia Rottmann, tuomion 56 kohta.

120. Oikeasuhteisuutta tässä asiassa arvioidessaan kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon se, että Ruiz Zambrano työskenteli kokopäiväisesti lähes viisi vuotta Plastorian palveluksessa. Hänen työskentelynsä ilmoitettiin Office national de la sécurité socialelle. Hän suoritti lakisääteiset sosiaaliturvamaksut, ja hänen työnantajansa maksoi vastaavat työnantajamaksut. Hän on siten aikaisemmin vakituisesti ja säännöllisesti myötävaikuttanut vastaanottavan jäsenvaltion julkiseen talouteen.

121. Mielestäni nämä ovat tekijöitä, joiden perusteella on katsottava, että olisi suhteetonta olla tunnustamatta johdettua oleskeluoikeutta tässä asiassa. Päätöksen tekee kuitenkin lopulta kansallinen tuomioistuin ja vain se.

122. Katson siksi, että SEUT 20 ja SEUT 21 artiklaa on tulkittava siten, että niissä annetaan unionin kansalaisuuteen perustuva sellainen oleskeluoikeus jäsenvaltioiden alueella, joka on riippumaton oikeudesta liikkua jäsenvaltioiden välillä. Kyseiset määräykset eivät ole esteenä sille, että jäsenvaltio epää johdetun oleskeluoikeuden unionin kansalaisen, joka on kyseessä olevan jäsenvaltion kansalainen ja joka ei vielä ole käyttänyt oikeuksia vapaaseen liikkuvuuteen, takenevassa polvessa olevalta sukulaiselta, kunhan tällainen päätös on suhteellisuusperiaatteen mukainen.

Toinen kysymys – käänteinen syrjintä

123. Tällä kysymyksellä tiedustellaan, voidaanko SEUT 18 artiklaan vedota unionin oikeuden (tässä asiassa unionin kansalaisuutta koskevien määräysten) ja kansallisen oikeuden välisen vuorovaikutuksen aiheuttaman käänteisen syrjinnän ratkaisemiseksi. Ongelmaa voidaan kuvata seuraavasti. Jos nuoret lapset (kuten Catherine Zhu) ovat saaneet muun kuin oleskelujäsenvaltionsa kansalaisuuden, heidän vanhemmallaan/vanhemmillaan on johdettu oleskeluoikeus vastaanottavassa jäsenvaltiossa SEUT 21 artiklan ja yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Zhu ja Chen antaman tuomion nojalla. Diego ja Jessica ovat Belgian kansalaisia ja asuvat Belgiassa. Voiko Ruiz Zambrano vedota SEUT 18 artiklaan, jossa kielletään perussopimusten soveltamisalalla ”kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä”, vaatiakseen samaa johdettua oleskeluoikeutta?

124. Jos unionin tuomioistuin hyväksyy päättelyn, jonka olen esittänyt kysymyksen 1 osalta, tästä kysymyksestä tulee tarpeeton. Mikäli unionin tuomioistuin kuitenkin ratkaisee asian toisin, on tarpeen pohtia, voidaanko SEUT 18 artiklaan vedota tällaisen käänteisen syrjinnän ratkaisemiseksi.

Nykyinen oikeuskäytäntö: kritiikki

125. Yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Baumbast antamassaan tuomiossa, [96] että EY 18 artiklalla (nykyinen SEUT 21 artikla) on välitön oikeusvaikutus ja että siinä annetaan henkilöille, jotka eivät ole taloudellisesti aktiivisia, itsenäinen oikeus vapaaseen liikkuvuuteen. Näin katsoessaan yhteisöjen tuomioistuin ulotti vapaata liikkuvuutta koskevat oikeudet henkilöille, joilla ei ollut mitään suoraa yhteyttä yhtenäismarkkinoiden taloudellisiin näkökohtiin ja jotka eivät siksi voineet vedota ”klassisiin” vapaata liikkuvuutta koskeviin oikeuksiin. Kehitys oli mielestäni sekä johdonmukainen että väistämätön ja seurasi loogisesti unionin kansalaisuuden perustamisesta. Jos Euroopan unioni halusi kehittyä muuksikin kuin käteväksi ja tehokkaaksi kaupan kehittämiseen tarkoitetuksi kehykseksi, sen oli varmistettava asianmukainen rooli niille, joita se oli päättänyt alkaa kutsua kansalaisikseen. [97]

126. Tällaisesta kehityksestä aiheutui kuitenkin välttämättä lukuisia lisäseurauksia.

127. Ensinnäkin oli niin, että heti, kun jäsenvaltiot päättivät lisätä silloisiin kansalaisuuden käsitteisiin uuden ja täydentävän ”unionin kansalaisen” aseman, kävi mahdottomaksi pitää tällaisia henkilöitä pelkkinä taloudellisina tuotannontekijöinä. Kansalaiset eivät ole ”resursseja”, joita käytetään tavaroiden ja palvelujen tuottamiseen vaan yksilöitä, jotka ovat sidoksissa poliittiseen yhteisöön ja jotka saavat suojaa perusoikeuksista. [98]

128. Toiseksi on todettava, että kun kansalaiset liikkuvat, he liikkuvat ihmisinä eivätkä robotteina. He rakastuvat, menevät naimisiin ja perustavat perheitä. Perheyksikkö voi olosuhteiden mukaan koostua pelkästään unionin kansalaisista tai unionin kansalaisista ja kolmannen maan kansalaisista, jotka ovat tiiviissä yhteydessä keskenään. Jos perheenjäseniä ei kohdella samalla tavalla kuin unionin kansalaista, joka käyttää vapaata liikkuvuutta koskevia oikeuksia, liikkumisvapauden käsite jää vaille mitään todellista merkitystä. [99]

96 – Mainittu edellä alaviitteessä 40, tuomion 82–84 kohta.

97 – Ks. kahdesta varhaisesta syvällisestä tutkimuksesta, joissa käsitellään Euroopan kansalaisuuden ulottuvuutta ja merkitystä Maastrichtin sopimuksen jälkeen, O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996 ja Closa, C., ”The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union”, *Common Market Law Review*, 1992, s. 1137–1169.

98 – Ks. unionin kansalaisuuden merkityksestä ja yksilön siteistä poliittiseen yhteisöön edellä alaviitteessä 40 mainittu asia Espanja v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomion 78 ja 79 kohta.

99 – Ks. edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Carpenter, tuomion 39 kohta. Vaikka direktiivi 2004/38 ei ole sovellettavissa nyt käsiteltävässä asiassa, sen johdanto-osan viidennessä perustelukappaleessa todetaan, että ”jotta kaikki unionin kansalaiset voivat käyttää oikeutta liikkua ja oleskella vapaasti jäsenvaltioiden alueella vapauden ja ihmisarvon osalta objektiivisten edellytysten mukaisesti, tämä oikeus olisi myönnettävä myös heidän perheenjäsenilleen näiden kansalaisuudesta riippumatta”.

129. Kolmanneksi on huomattava, että kun Euroopan unioni antoi kansalaisilleen unionin oikeuden mukaisia perusoikeuksia ja totesi, että tällaiset oikeudet ovat unionin nimenomainen perusta (SEU 6 artiklan 1 kohta), se sitoutui periaatteeseen, jonka mukaan kansalaiset saavat vapaata liikkuvuutta koskevia oikeuksia käyttäessään suojaa kyseisistä perusoikeuksista. [100]

130. Neljänneksi on niin, että kun jäsenvaltiot ratifioivat Maastrichtin sopimuksen ja myöhemmät sitä muuttaneet perussopimukset, ne hyväksyivät, että – koska niiden kansalaiset ovat myös unionin kansalaisia – niiden yhteisenä tehtävänä on käsitellä jännitteet tai vaikeudet, joita aiheutuu, kun kyseiset kansalaiset käyttävät vapaata liikkuvuutta koskevia oikeuksia. Se koskee paitsi yksittäisiä jäsenvaltioita myös Euroopan unionia. [101]

131. Kyseiset seuraukset sopivat huonosti yhteen sen ajatuksen kanssa, että unionin kansalaisuuteen olisi vain sovellettava sitä ortodoksista lähestymistapaa, jota sovelletaan tavaroiden, työntekijöiden ja itsenäisten ammatinharjoittajien sekä pääomien vapaaseen liikkuvuuteen.

132. Taloudellisten perusvapauksien perimmäisenä tarkoituksena on luoda yhtenäismarkkinat poistamalla kaupan esteet ja tehostamalla kilpailua. Unionin tuomioistuin on tämän mukaisesti kehittänyt välineitä, jotka perussopimuksessa annetaan yhtenäismarkkinapäämäärien (jotka esitetään muun muassa nykyisessä SEU 3 artiklassa) tavoittelemiseen. Unionin tuomioistuin on siten muun muassa vahvistanut kriteerit, joilla määritellään, mikä on tarpeellinen yhteys kuhunkin perusvapauteen. Esimerkiksi jo asiassa Dassonville annetusta tuomiosta [102] lähtien sekä mahdollinen että tosiasiallinen fyysinen liikkuminen on ollut tavaroiden vapaan liikkuvuuden kannalta relevanttia. Vaikka tässä nimenomaisessa oikeuskäytännössä ei edellytetäkään tosiasiallista aikaisempaa liikkumista, *liikkumisen* ajatus on yhä (vaikka liikkuminen olisi vain hypoteettista) keskeistä perusvapauksiin perustuvissa oikeuksissa.

133. Tästä lähestymistavasta seuraa sisämarkkinoille se riski, että ”liikkumattomat” tuotantotekijät jätetään huonompaan asemaan kuin niiden ”liikkuvat” vastineet, vaikka kaikessa muussa suhteessa niiden olosuhteet saattavat olla samankaltaiset tai identtiset. Tuloksena on se, että unionin oikeuden ja kansallisen oikeuden välisestä vuorovaikutuksesta aiheutuu käänteistä syrjintää – syrjintää, jonka ratkaisemisen unionin tuomioistuin on tähän asti jättänyt kullekin jäsenvaltiolle siitä huolimatta, että tällaisessa tuloksessa on prima facie kyse siitä, että loukataan periaatetta,

100 – Ks. edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Metock, tuomion 56 kohta.

101 – Ks. edellä alaviitteessä 64 mainittu asia Rottmann, tuomion 41 ja 42 kohta.

102 – Mainittu edellä alaviitteessä 42.

jonka mukaan kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä. [103]

134. Onko tällainen tulos hyväksyttävissä unionin oikeuden näkökulmasta tässä erityisessä unionin kansalaisuuden asiayhteydessä?

135. Kolmen äskettäisen asian tarkastelu osoittaa, että tällaisen perinteisen pidättyvän lähestymistavan jatkaminen voi tuottaa tuloksia, jotka ovat oudon satunnaisia. [104]

136. Asiassa Carpenter annetun tuomion [105] seurauksena henkilö, joka on itsenäinen ammatinharjoittaja ja jolla on asiakkaita muissa jäsenvaltioissa, voi antaa johdetun oleskeluoikeuden aviopuolisolleen, joka on kolmannen maan kansalainen, perhe-elämää koskevan oikeuden suojaamiseksi. Jos samalla itsenäisenä ammatinharjoittajana toimivalla henkilöllä on asiakkaita vain omassa jäsenvaltiossaan, unionin oikeus on asiassa merkityksetön. Nykyään on kuitenkin niin, että juuri sisämarkkinoiden menestyksen takia on ongelmallista erottaa näin selkeästi toisistaan itsenäiset ammatinharjoittajat, joilla on intressejä toisessa jäsenvaltiossa, ja itsenäiset ammatinharjoittajat, joilla on intressejä vain omassa jäsenvaltiossaan. Peter Carpenter matkusti ajoittain muihin jäsenvaltioihin myydäkseen lehtimainoksia. Entä jos hän ei olisi fyysisesti liikkunut mihinkään mutta olisi silti tarjonnut satunnaisia palveluja asiakkaille muissa jäsenvaltioissa puhelimen tai internetin välityksellä? Entä jos hänen asiakkainaan olisi ajoittain ollut saksalaisten tai ranskalaisten emoyhtiöiden tytäryhtiöitä Yhdistyneessä kuningaskunnassa? Entä jos hän olisi kerran myynyt mainostilaa lehdessä asiakkaalle, jonka toimipaikka ei ollut yksinomaan Yhdistyneessä kuningaskunnassa?

137. Asiassa Zhu ja Chen annetussa tuomiossa [106] Catherine Zhun kiinalaisella äidillä katsottiin olevan johdettu oleskeluoikeus sen seurauksena, että hänen tyttärellään oli Irlannin kansalaisuus, jonka hän oli saanut kyseisen jäsenvaltion kansalaisuuslainsäädäntöön tuolloin sisältyneen ekstraterritoriaalisen säännön nojalla. ”Liikkumisesta” oli asiassa

103 – Ks. mm. asia 86/78, Peureux, tuomio 13.3.1979 (Kok., s. 897, 38 kohta); asia 355/85, Cognet, tuomio 23.10.1986 (Kok., s. 3231, 10 ja 11 kohta); asia 98/86, Mathot, tuomio 18.2.1987 (Kok., s. 809, 7 kohta); edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, tuomion 33 kohta ja edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Metock, tuomion 77 kohta. Julkisasiamiehet ovat ottaneet tältä osin toisistaan poikkeavia kantoja. Ks. julkisasiamies Léger'n 6.3.2003 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-294/01, Granarolo, tuomio 13.11.2003 (Kok., s. I-13429, ratkaisuehdotuksen 78 kohta ja sitä seuraavat kohdat); julkisasiamies Poiares Maduron 6.5.2004 esittämä ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 44 mainitussa asiassa Carbonati, 51 kohta ja sitä seuraavat kohdat sekä minun 28.6.2007 esittämäni ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 18 mainitussa asiassa Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon, 112 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

104 – Ks. kriittisenä analyysinä mm. Tryfonidou, A., *Reverse Discrimination in EC Law,* Kluwer Law International, Haag, 2009; Spaventa, E., *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context,* Kluwer Law International, Haag, 2007; Barnard, C., *EC Employment Law,* 3. painos, Oxford, OUP, 2006, s. 213 ja 214; Nic Shuibhne, N., "Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?", *Common Market Law Review*, 2002, s. 748 ja Ritter, C., "Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234", *31 European Law Review*, 2006.

105 – Mainittu edellä alaviitteessä 20.

106 – Mainittu edellä alaviitteessä 22.

kyse vain silloin, kun he ylittivät Pyhän Yrjön kanaalin, joka sijaitsee Englannin ja Pohjois-Irlannin välissä yhdessä ja samassa jäsenvaltiossa (Yhdistynyt kuningaskunta). Unionin oikeuteen oli kuitenkin sellainen riittävä yhteys, että sekä äiti että tytär saattoivat vaatia oleskeluoikeutta Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Tämä saatiin aikaan vain huolehtimalla siitä, että Catherine Zhu syntyy Pohjois-Irlannissa. Mutta olisiko sattuman, johon historia vaikuttaa (ekstraterritoriaalinen sääntö yhden jäsenvaltion kansalaisuuslainsäädännössä), ratkaistava se, voidaanko tällaisissa olosuhteissa vedota unionin oikeuteen? Onko se kohtuullinen seuraus oikeusvarmuuden ja unionin kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun kannalta?

138. Asiassa Metock äskettäin annettu ratkaisu havainnollistaa epävarmuutta – ja siitä johtuvaa syrjintää – tarkasti. Vuonna 2003 suuri jaosto katsoi asiassa Akrich antamassaan tuomiossa, että ”jotta kolmannen maan kansalainen, joka on unionin kansalaisen aviopuoliso, voisi vedota työntekijöiden vapaasta liikkuvuudesta yhteisön alueella 15.10.1968 annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 1612/68 (EYVL L 257, s. 2) 10 artiklan mukaisiin oikeuksiin, hänen on oleskeltava laillisesti yhteisön jäsenvaltiossa hetkellä, jolloin hän siirtyy siihen toiseen jäsenvaltioon, johon unionin kansalainen muuttaa tai on muuttanut”.[107] Viisi vuotta myöhemmin yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kun asiassa MRAX annettu tuomio[108] ja asiassa komissio vastaan Espanja annettu tuomio[109] otetaan huomioon, asiassa Akrich annettua ratkaisua oli harkittava uudelleen. Ja niin tehtiin: niiden samojen oikeuksien, joista oli kyse asiassa Akrich, soveltaminen ei voi nyt riippua siitä, että aviopuoliso, joka on kolmannen maan kansalainen, on aiemmin oleskellut laillisesti toisessa jäsenvaltiossa. Yhteisöjen tuomioistuin erotti kuitenkin edelleen toisistaan unionin kansalaiset, jotka jo olivat käyttäneet vapaata liikkuvuutta koskevia oikeuksia, ja ne, jotka eivät vielä olleet niin tehneet, palauttaen lakonisesti mieleen, että kaikki jäsenvaltiot ovat allekirjoittaneet Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja että sen 8 artiklassa suojataan oikeutta perhe-elämään.[110] ”Liikkumattomat” unionin kansalaiset jätettiin siten edelleen kärsimään käänteisen syrjinnän mahdollisista seurauksista, vaikka ”liikkuneiden” unionin kansalaisten oikeuksia laajennettiin huomattavasti.

Ehdotus

139. Mielestäni unionin tuomioistuimen nykyisessä ajattelutavassa on merkittäviä haittapuolia. Siksi uskon, että on aika kehottaa unionin tuomioistuinta käsittelemään

107 – Edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Akrich, tuomion 50 kohta, joka esitetään tiivistettynä asiassa Metock annetun tuomion 58 kohdassa.

108 – Mainittu edellä alaviitteessä 21.

109 – Mainittu edellä alaviitteessä 24.

110 – Ks. edellä alaviitteessä 24 mainittu asia Akrich, tuomion 77–79 kohta.

avoimesti käänteisen syrjinnän kysymystä. Argumentit, jotka jäljempänä esitän, vastaavat kantaa, jonka esitin asiassa Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon; rohkenen kuitenkin ehdottaa – SEUT 21 artiklan mukaisiin unionin kansalaisuutta koskeviin oikeuksiin liittyvien asioiden erityisessä asiayhteydessä – kriteerejä, joita voitaisiin käyttää sen selvittämiseen, voidaanko tällaisen syrjinnän vastustamiseksi vedota itse SEUT 18 artiklaan.

140. Käänteistä syrjintää koskevaa koko oikeuskäytäntöä ei muuteta radikaalisti hetkessä. Tätä en edes ehdota. Ehdotukseni rajoittuvat vain unionin kansalaisuutta koskeviin asioihin. Juuri tällä alalla nykyisen oikeuskäytännön seuraukset ovat selvimmin haitallisia ja muutos ehkä aiheellisin.

141. Juuri tarkastelemillani asioilla – asia Carpenter, asia Zhu ja Chen sekä Metock – on kaksi yhteistä piirrettä. Niistä aiheutuu oikeudellista epävarmuutta sekä unionin oikeutta että kansallista oikeutta koskevalla arkaluonteisella alalla, ja ne ovat asioita, joissa unionin tuomioistuin on päättänyt tulkita SEUT 21 artiklaa laajasti suojatakseen perusoikeuksia. Oikeusvarmuutta ja perusoikeussuojaa tasapainottaessaan unionin tuomioistuin on siten johdonmukaisesti antanut etusijan jälkimmäiselle. Sen päättely sopii hyvin yhteen sen aikaisempaan uraauurtavaan toteamukseen, jonka mukaan unionin kansalaisuuden ”tarkoituksena on olla jäsenvaltioiden kansalaisten perustavanlaatuinen asema”. [111]

142. Oikeuskäytännön aiheuttama epävarmuus on kuitenkin epämieluista. Mihin suuntaan unionin tuomioistuimen olisi siis nyt mentävä?

143. Yhtäältä on tarpeen välttää kiusausta ”venyttää” SEUT 21 artiklaa siten, että suoja ulotetaan koskemaan niitä, jotka ”vain” eivät onnistu täyttämään kriteerejä. Jokaisen säännön, jolla annetaan oikeus, on oltava rajallinen. Jos mitään tällaista rajaa ei ole, säännöstä tulee käsittämätön, eikä kukaan voi sanoa varmasti, kuka saa siitä suojaa ja kuka ei. Tämä ei ole jäsenvaltioiden tai kansalaisten etujen mukaista, ja se horjuttaa unionin tuomioistuimen auktoriteettia. Toisaalta on niin, että jos SEUT 21 artiklaa tulkitaan liian suppeasti, käänteistä syrjintää koskevia tilanteita syntyy enemmän, ja ne jäävät jäsenvaltioiden ratkaistaviksi. Tämäkään ei tunnu kovin tyydyttävältä tulokselta.

111 – Ks. edellä 40 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö.

144. Siksi ehdotan unionin tuomioistuimelle, että SEUT 18 artiklaa tulkitaan siten, että siinä kielletään käänteinen syrjintä, joka aiheutuu SEUT 21 artiklan ja kansallisen oikeuden välisestä vuorovaikutuksesta ja joka merkitsee unionin oikeudessa suojatun perusoikeuden loukkausta, kun kansallisessa oikeudessa ei ole tarjolla vähintään vastaavaa suojaa.

145. Tällaisessa lähestymistavassa SEUT 18 artiklaa voitaisiin soveltaa, kun (mutta vain kun) kolme kumulatiivista edellytystä täyttyy.

146. Ensinnäkin kantajan olisi oltava unionin kansalainen, joka oleskelee jäsenvaltiossa, jonka kansalainen hän on, ja joka ei olisi käyttänyt SEUT:n mukaisia vapaata liikkuvuutta koskevia oikeuksia (joko klassista taloudellista vapaata liikkuvuutta koskevaa oikeutta tai SEUT 21 artiklan mukaista vapaata liikkuvuutta) mutta jonka tilanne olisi muiden merkityksellisten seikkojen osalta rinnastettavissa tilanteeseen, joka olisi samassa jäsenvaltiossa olevilla muilla unionin kansalaisilla, jotka voisivat vedota SEUT 21 artiklan mukaisiin oikeuksiin. Siten käänteisen syrjinnän, josta väitettäisiin olevan kyse, olisi *aiheudutava* siitä, että asianmukaiset vertailukohteet (muut unionin kansalaiset) voisivat vedota SEUT 21 artiklan mukaisiin oikeuksiin, kun taas ”liikkumaton” unionin kansalainen, joka oleskelee jäsenvaltiossa, jonka kansalainen hän on, ei prima facie voisi vedota kansalliseen oikeuteen tällaista suojaa saadakseen.

147. Toiseksi käänteisen syrjinnän, josta väitettäisiin olevan kyse, olisi merkittävä unionin oikeudessa suojatun perusoikeuden loukkausta. Jokainen vähäinen käänteisen syrjinnän tapaus ei kuuluisi SEUT 18 artiklan soveltamisalaan. ”Perusoikeuden loukkaus” määriteltäisiin, kun se on mahdollista, viittaamalla Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön.[112] Jos käänteinen syrjintä johtaisi tulokseen, jota Euroopan ihmisoikeustuomioistuin pitäisi suojatun oikeuden loukkauksena, myös unionin tuomioistuin pitäisi sitä suojatun oikeuden loukkauksena. Siten unionin oikeuden vastuulla olisi korjata seuraukset käänteisestä syrjinnästä, joka aiheutuisi unionin oikeuden ja kansallisen oikeuden välisestä vuorovaikutuksesta, kun (mutta vain kun) nämä seuraukset olisivat ristiriidassa Euroopan ihmisoikeussopimuksessa asetettujen vähimmäissuojavaatimusten kanssa. Takaamalla siten tällaisissa olosuhteissa tehokkaan perusoikeussuojan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen asettamien vähimmäisvaatimusten mukaisesti unionin tuomioistuin ennakoisi osittain vaatimuksia, jotka voisivat seurata suunnitellusta Euroopan unionin liittymisestä Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Tällainen kehitys voisi vain parantaa nykyistä yhteistyöhenkeä ja

112 – Siltä osin kuin vedottaisiin sellaisiin perusoikeuskirjan mukaisiin perusoikeuksiin, jotka eivät sisältyisi myös Euroopan ihmisoikeussopimukseen, olisi välttämättä tarpeen kehittää erillistä oikeuskäytäntöä; tämä olisi kuitenkin joka tapauksessa todennäköistä tavallisessa unionin oikeuden asiayhteydessä.

keskinäistä luottamusta näiden kahden tuomioistuimen välillä. [113]

148. Kolmanneksi SEUT 18 artikla olisi käytettävissä vain toissijaisena apuna, joka koskisi vain tilanteita, joissa kansallinen oikeus ei tarjoaisi riittävää perusoikeussuojaa. Unionin oikeudessa on jo pitkään tarjottu luonteeltaan toissijaista suojaa. Siten tehokkuusperiaate [114] ja vastaavuusperiaate, [115] oikeus tehokkaaseen oikeussuojaan [116] ja unionin oikeuden rikkomisesta johtuvan valtion vahingonkorvausvastuun periaate [117] ovat kaikki välineitä, jotka tulevat sovellettaviksi vain, kun kansalliset säännöt osoittautuvat riittämättömiksi. Tämän viimeisen edellytyksen tarkoituksena on pysyttää jäsenvaltioiden itsenäinen toimivalta ja unionin oikeuden tehokas vaikutus keskenään asianmukaisessa tasapainossa. [118] Sillä varmistetaan, että unionin oikeuden mukainen toissijainen suoja täydentää kansallista oikeutta eikä jyrää sitä alleen. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä olisi selvittää, a) olisiko mitään suojaa tarjolla kansallisessa oikeudessa ja b), jos suojaa lähtökohtaisesti olisi tarjolla, vastaisiko tämä suoja vähintään suojaa, joka olisi tarjolla unionin oikeudessa.

149. Ruiz Zambranon asianajaja ilmoitti istunnossa, että Belgian Conseil d'État ja Cour constitutionnelle ovat äskettäin lausuneet käänteisestä syrjinnästä, josta kärsi

113 – Tällainen yhteistyötehtävä annetaan implisiittisesti unionin tuomioistuimelle perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdassa, kun siinä todetaan, että "siltä osin kuin tämän perusoikeuskirjan oikeudet vastaavat ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä yleissopimuksessa taattuja oikeuksia, niiden merkitys ja ulottuvuus ovat samat kuin mainitussa yleissopimuksessa. Tämä määräys ei estä unionia myöntämästä tätä laajempaa suojaa". Sitä käytännön tarvetta, että unionin tuomioistuin ottaa ennakoivan kannan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen asettamien vähimmäisvaatimusten edistämisessä, on kuvannut mm. Alonso, R., "The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *European Law Journal*, 8 2002, s. 450– sekä Torres Pérez, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 31–.

114 – Ks. mm. asia C-312/93, Peterbroeck, tuomio 14.12.1995 (Kok., s. I-4599, 14 kohta) ja asia C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, tuomio 13.3.2007 (Kok., s. I-2107, 123 kohta).

115 – Ks. mm. asia C-231/96, Edis, tuomio 15.9.1998 (Kok., s. I-4951, 36 kohta) ja asia C-326/96, Levez, tuomio 1.12.1998 (Kok., s. I-7835, 41 kohta).

116 – Ks. mm. asia 222/84, Johnston, tuomio 15.5.1986 (Kok., s. 1651, Kok. Ep. VIII, s. 621, 18 kohta) ja asia C-424/99, komissio v. Itävalta, tuomio 27.11.2001 (Kok., s. I-9285, 45 kohta).

117 – Ks. mm. yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90, Francovich, tuomio 19.11.1991 (Kok., s. I-5357, Kok. Ep. XI, s. I-467, 35 kohta); yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93, Brasserie du Pêcheur ja Factortame, tuomio 5.3.1996 (Kok., s. I-1029, 31 kohta) ja asia C-445/06, Danske Slagterier, tuomio 24.3.2009 (Kok., s. I-2119, 19 kohta).

118 – Kansalliset tuomioistuimet eivät valitettavasti aina käsittele ja korjaa unionin oikeuden aiheuttamaa käänteistä syrjintää. Edellä alaviitteessä 18 mainitussa asiassa Gouvernement de la Communauté française antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin avoimesti kehotti kansallista tuomioistuinta korjaamaan erilaisen kohtelun, josta kärsivät ne, jotka eivät kuuluneet unionin oikeuden soveltamisalaan (tuomion 40 kohta). Asia palasi sitten käsiteltäväksi Belgian Cour constitutionnelleen, joka jätti kyseisen seikan käsittelemättä (ks. 21.1.2009 annettu tuomio 11/2009 ja sen kriittinen analyysi, jonka esittivät van Elsuwege, P. ja Adam, S., "The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination", *European Constitutional Law Review*, 5/2009, s. 327–). Ks. kannustavampana esimerkkinä ylimmän kansallisen tuomioistuimen halukkuudesta korjata käänteinen syrjintä (vaikkei se välttämättä turvautunutkaan kyseiseen asiaan liittyneeseen ennakkoratkaisuun) Espanjan Tribunal Constitucionalin ratkaisu (25.4.2002 annettu tuomio 96/2002).

kolmannen maan kansalainen, jonka tilanne oli vastaava kuin Ruiz Zambranolla.[119] On tietenkin täysin kansallisen tuomioistuimen tehtävänä varmistaa, voiko Ruiz Zambrano tässä asiassa saada tarvittavaa suojaa kansallisesta oikeudesta joutumatta turvautumaan SEUT 18 artiklaan. Ehdotukseni mukaan olisi edelleen kansallisen tuomioistuimen tehtävänä soveltaa esittämiäni kolmea kumulatiivista kriteeriä ja sallia vetoaminen unionin oikeuteen käänteisen syrjinnän estämiseksi vain, kun kyseiset kriteerit täyttyisivät.

150. Ehdotan siis, että toiseen kysymykseen vastataan, että SEUT 18 artiklaa on tulkittava siten, että siinä kielletään käänteinen syrjintä, joka aiheutuu SEUT 21 artiklan ja kansallisen oikeuden välisestä sellaisesta vuorovaikutuksesta, joka merkitsee unionin oikeudessa suojatun perusoikeuden loukkausta, kun kansallisessa oikeudessa ei ole tarjolla vähintään vastaavaa suojaa.

Kolmas kysymys – perusoikeudet

151. Mikäli unionin tuomioistuin katsoo, että sekä ensimmäiseen että toiseen kysymykseen (sellaisina kuin ne edellä esitettiin) on vastattava tavalla, joka ei auta Ruiz Zambranoa, on siirryttävä kolmanteen kysymykseen. Voiko hän vedota unionin oikeuden mukaiseen perhe-elämää koskevaan perusoikeuteen riippumatta mistään muusta unionin oikeuden säännöksestä tai määräyksestä?

152. Tämä synnyttää aivan keskeisen periaatteellisen kysymyksen: mikä on unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien soveltamisala? Voidaanko niihin vedota itsenäisinä oikeuksina jäsenvaltiota vastaan? Vai onko unionin oikeuteen oltava jokin muu yhteys? Tähän kysymykseen annettavan vastauksen potentiaalista merkitystä on tarpeetonta korostaa enempää.

153. Unionin tuomioistuin itse tietenkin vastasi siitä, että oikeudelliset perusperiaatteet ja perusoikeudet tunnustettiin aikaisessa vaiheessa unionin oikeusjärjestyksessä.[120] Vuonna 1992 Euroopan unionista tehdyssä sopimuksessa sisällytettiin tuon oikeuskäytännön tulokset Euroopan unionista tehtyyn sopimukseen, jossa (SEU 6 artikla) unionille asetetaan velvollisuus kunnioittaa perusoikeuksia.

154. Myöhempinä vuosina unioni on vahvistanut perusoikeuspolitiikkaansa (esimerkiksi)

119 – Ks. edellä alaviitteessä 17 mainitut tuomiot.

120 – Ks. esim. asia 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, tuomio 17.12.1970 (Kok., s. 1125, Kok. Ep. I, s. 501); asia 4/73, Nold v. komissio, tuomio 14.5.1974 (Kok., s. 491, Kok. Ep. II, s. 293); asia 44/79, Hauer, tuomio 13.12.1979 (Kok., s. 3727, Kok. Ep. IV, s. 677) sekä yhdistetyt asiat 46/87 ja 227/88, Hoechst v. komissio, tuomio 21.9.1989 (Kok., s. 2859, Kok. Ep. X, s. 145).

perustamalla perusoikeusviraston, [121] luomalla komissioon itsenäisen perusoikeuksista vastaavan komissaarin salkun, [122] tukemalla humanitaarisia hankkeita koko maailmassa [123] ja muuntamalla Euroopan unionin perusoikeuskirjan, joka julistettiin alkuaan vuonna 2000, ei-sitovasta asiakirjasta (”soft law”) primaarioikeudeksi. [124] Perusoikeuksista on siten tullut keskeinen seikka unionin kehityksessä taloudellisen, oikeudellisen ja sosiaalisen yhdentymisen prosessina, jonka tarkoituksena on tarjota rauhaa ja hyvinvointia sen kaikille kansalaisille.

155. On tietenkin totta, että unionin tuomioistuin ei ole sinällään ”ihmisoikeustuomioistuin”. Unionin oikeuden ylimpänä tulkitsijana unionin tuomioistuin on kuitenkin jatkuvasti vastuussa sen varmistamisesta, että tällaisia oikeuksia kunnioitetaan unionin toimivallan alalla. Euroopan ihmisoikeustuomioistuinkin totesi asiassa Bosphorus Hava Yollan Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi vastaan Irlanti antamassaan tuomiossa, [125] että unionin tuomioistuimella on keskeinen rooli Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ja sen lisäpöytäkirjoista johtuvien oikeuksien suojaamisessa sellaisina kuin niitä sovelletaan unionin oikeuden soveltamisalaan kuuluviin asioihin – tehtävä, jonka merkitys voi vain kasvaa, kun Euroopan unioni liittyy Euroopan ihmisoikeussopimukseen. [126] Tästä syystä on olennaista, että unionin tuomioistuin varmistaa, että se tulkitsee perussopimuksia tavalla, joka ilmentää johdonmukaisesti unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien nykyistä asemaa ja merkitystä.

Unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien soveltamisala

156. Unionin tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä katsotaan, että unionin oikeuden mukaisiin perusoikeuksiin voidaan vedota, kun (mutta vain kun) riidanalainen toimenpide kuuluu unionin oikeuden soveltamisalaan. [127] Siksi toimielinten kaikkien toimenpiteiden osalta tarkastetaan,

121 – Ks. Euroopan unionin perusoikeusviraston perustamisesta 15.2.2007 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 168/2007 (EUVL L 53, s. 1) ja asetuksen (EY) N:o 168/2007 täytäntöönpanosta monivuotisen toimintakehyksen hyväksymiseksi Euroopan unionin perusoikeusvirastolle vuosiksi 2007–2012 28.2.2008 tehty neuvoston päätös 2008/203/EY (EUVL L 63, s. 14).

122 – Ensimmäistä kertaa yksi nykyisen komission varapuheenjohtajista on oikeus-, perusoikeus- ja kansalaisasioista vastaava komission jäsen.

123 – Ks. mm. humanitaarisesta avusta 20.6.1996 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 1257/96 (EYVL L 163, s. 1) ja demokratian ja ihmisoikeuksien maailmanlaajuista edistämistä koskevasta rahoitusvälineestä 20.12.2006 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 1889/2006 (EUVL L 386, s. 1).

124 – SEU 6 artiklan 1 kohdan mukaan perusoikeuskirjassa esitetyillä oikeuksilla, vapauksilla ja periaatteilla on nyt ”sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla”.

125 – Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 30.6.2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-VI.

126 – Ks. SEU 6 artiklan 2 kohta ja pöytäkirja N:o 8 Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 6 artiklan 2 kohdasta, joka koskee liittymistä ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn eurooppalaiseen yleissopimukseen.

127 – Asia 36/75, Rutili, tuomio 28.10.1975 (Kok., s. 1219, Kok. Ep. II, s. 495, 26 kohta); em. asia Johnston, tuomion 17–19 kohta ja asia 222/86, Heylens ym., tuomio 15.10.1987 (Kok., s. 4097, Kok. Ep. IX, s. 225, 14 ja 15 kohta).

kunnioitetaanko niissä unionin oikeuden mukaisia perusoikeuksia. Sama pätee toimiin, jotka jäsenvaltiot toteuttavat pannakseen täytäntöön unionin oikeuden mukaiset velvoitteet tai jotka yleisemmin kuuluvat unionin oikeuden soveltamisalaan. [128] Tämä näkökohta on tietenkin hankala, [129] koska se ulottaa unionin oikeuden mukaisen perusoikeussuojan kuhunkin jäsenvaltioon, jossa sitä sovelletaan rinnakkain kansallisessa oikeudessa tai Euroopan ihmisoikeussopimuksessa vahvistettujen perusoikeussuojaa koskevien vaatimusten kanssa. Tästä seuraavat ongelmat, jotka koskevat eri järjestelmien (unionin oikeus, kansallinen valtiosääntöoikeus ja Euroopan ihmisoikeussopimus) mukaisen suojan päällekkäisyyttä ja unionin oikeudessa taatun perusoikeussuojan tasoa, ovat tunnettuja, [130] enkä käsittele niitä tässä enempää.

157. Unionin tuomioistuin on kehittänyt laajan oikeuskäytännön, jossa vahvistetaan toteamus, jonka yhteisöjen tuomioistuin esitti alun perin asiassa Wachauf antamassaan tuomiossa [131] ja jonka mukaan ”[perusoikeuksia] koskevat vaatimukset sitovat myös jäsenvaltioita, kun ne panevat täytäntöön [unionin] sääntöjä”. On huomattava, että tästä säännöstä on myös katsottu, että sitä sovelletaan, kun jäsenvaltio poikkeaa unionin oikeudessa taatusta taloudellisesta perusvapaudesta. [132] Asiassa Carpenter antamassaan tuomiossa [133] yhteisöjen tuomioistuin meni pidemmälle tukeutuen niin sanottua cold calling -käytäntöä koskevaan oikeuskäytäntöön, joka perustuu asiassa Alpine Investments annettuun tuomioon, [134] suojatakseen sellaisen unionin kansalaisen (Peter Carpenter) perusoikeuksia, joka asui omassa jäsenvaltiossaan mutta tarjosi satunnaisesti palveluja toisissa jäsenvaltioissa sijainneille vastaanottajille. Mary Carpenterin karkottamisesta katsottiin, että siinä olisi kyse suhteettomasta puuttumisesta Peter Carpenterin perhe-elämää koskevaan oikeuteen, ja tästä seurasi, että Mary Carpenterilla – kolmannen maan kansalaisella, joka ei mitenkään olisi voinut käyttää unionin oikeuden mukaisia vapaata liikkuvuutta koskevia oikeuksia – katsottiin olevan oleskeluoikeus.

158. Unionin tuomioistuin on kuitenkin rajoittanut unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien ulottuvuutta – erityisesti

128 – Ks. mm. yhdistetyt asiat 201/85 ja 202/85, Klensch ym., tuomio 25.11.1986 (Kok., s. 3477, Kok. Ep. VIII, s. 755, 10 ja 11 kohta); asia 5/88, Wachauf, tuomio 13.7.1989 (Kok., s. 2609, 22 kohta); asia C-2/92, Bostock, tuomio 24.3.1994 (Kok., s. I-955, 16 kohta) sekä yhdistetyt asiat C-20/00 ja C-64/00, Booker Aquaculture ja Hydro Seafood, tuomio 10.7.2003 (Kok., s. I-7411, 68 kohta).

129 – Ks. esim. asia C-285/98, Kreil, tuomio 11.1.2000 (Kok., s. I-69, 15 ja 16 kohta).

130 – Ks. mm. Saksan Bundesverfassungsgerichtin 29.5.1974 antama tuomio eli ns. Solange I -tapaus (2 BvL 52/71) ja 22.10.1986 antama tuomio eli ns. Solange II -tapaus (2 BvR 197/83); Italian Corte Costituzionalen 21.4.1989 antama tuomio (nro 232, Fragd, in Foro it., 1990, I, 1855); Espanjan Tribunal Constitucionalin 13.12.2004 antama ratkaisu (DTC 1/2004) ja edellä alaviitteessä 125 mainittu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio asiassa Bosphorus.

131 – Mainittu edellä alaviitteessä 128, tuomion 19 kohta.

132 – Ks. mm. asia C-260/89, ERT, tuomio 18.6.1991 (Kok., s. I-2925, Kok. Ep. XI, s. I-221, 42 kohta ja sitä seuraavat kohdat); asia C-112/00, Schmidberger, tuomio 12.6.2003 (Kok., s. I-5659, 75 kohta) ja asia C-36/02, Omega, tuomio 14.10.2004 (Kok., s. I-9609, 30 ja 31 kohta).

133 – Mainittu edellä alaviitteessä 20, tuomion 43 ja 44 kohta.

134 – Mainittu edellä alaviitteessä 52.

tilanteissa, joiden se on katsonut jäävän unionin oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle.

159. Siten asiassa Maurin [135] vastaaja oli syytettynä elintarvikkeiden kaupan pitämisestä viimeisen käyttöpäivän jälkeen. Hän väitti puolustautumisoikeuksiaan loukatun kansallisessa menettelyssä. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että vaikka voimassa oli direktiivi, jonka mukaan elintarvikkeissa on ilmoitettava viimeinen myyntipäivä, tässä direktiivissä *ei* säännelty asianmukaisesti merkittyjen elintarvikkeiden, joiden viimeinen käyttöpäivä oli ylittynyt, kaupan pitämistä. Tästä syystä rikollinen teko, josta Maurinia syytettiin, ”[koski] kansallista lainsäädäntöä, joka ei [kuulunut] [unionin] oikeuden soveltamisalaan, joten yhteisöjen tuomioistuimella ei [ollut] toimivaltaa ratkaista sitä, [loukattiinko] tällaiseen rikolliseen tekoon sovellettavilla menettelysäännöillä mahdollisesti puolustautumisoikeuksien suojaa ja kontradiktorista menettelyä koskevia periaatteita”. [136]

160. Asiassa Kremzow antamassaan tuomiossa [137] yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi samoin vaatimukset, jotka oli esittänyt sellainen Itävallan kansalainen, jolle oli tuomittu rangaistus Itävallassa mutta jonka vireille panemassa muutoksenhaussa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi myöhemmin loukatun Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaista oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Kremzow vaati vahingonkorvausta ja myös väitti, että hänellä unionin oikeuden nojalla olevaa oikeutta vapaaseen liikkuvuuteen oli loukattu hänelle määrätyn lainvastaisen vankeusrangaistuksen seurauksena. Yhteisöjen tuomioistuin oli tästä lähestymistavasta eri mieltä ja totesi, että ”vaikka vapaudenriisto aina estää yksilöä käyttämästä oikeuttaan liikkua vapaasti, –– pelkkä hypoteettinen mahdollisuus, että tätä oikeutta käytetään, [ei] saa aikaan riittävää liittymää [unionin] oikeuteen, jotta [unionin] oikeuden säännöksiä voitaisiin soveltaa”. [138]

161. Asiassa Kremzow annettu tuomio antaa kuitenkin merkittävää lisävalaistusta aikaisempaan oikeuskäytäntöön. Kyseessä olleen vaatimuksen hypoteettisuuden vahvistettuaan yhteisöjen tuomioistuin totesi, että koska ”Kremzow on tuomittu murhasta ja ampuma-aseen laittomasta hallussapidosta sellaisen kansallisen lainsäädännön perusteella, jonka tarkoituksena ei ollut taata [unionin] oikeuden noudattamista, –– pääasiaan soveltuva kansallinen lainsäädäntö koskee tilannetta, joka ei kuulu [unionin] oikeuden soveltamisalaan”. [139] Tästä näyttää seuraavan a contrario, että merkityksellinen yhteys unionin oikeuteen *olisi voitu* katsoa olleen kyseessä, jos rikokset olisivat liittyneet johonkin unionin politiikkaan (esimerkiksi

135 – Asia C-144/95, tuomio 13.6.1996 (Kok., s. I-2909).

136 – Ibid., tuomion 12 ja 13 kohta.

137 – Asia C-299/95, tuomio 29.5.1997 (Kok., s. I-2629, 15 kohta).

138 – Ibid., tuomion 16 kohta.

139 – Ibid., tuomion 17 ja 18 kohta.

jos kyseessä olleet teot olisi säädetty rangaistaviksi, jotta voidaan varmistaa, että noudatetaan unionin johdetussa oikeudessa asetettua unionin oikeuden mukaista tavoitetta). [140]

162. Onko kyseessä olevalla erityisellä oikeudenalalla ja unionilla tällä oikeudenalalla olevan toimivallan laajuudella merkitystä perusoikeuksien kannalta? Tämä kysymys vaikuttaa merkittävältä. Halu edistää asianmukaista perusoikeussuojaa ei saa johtaa toimivallan väärinkäyttöön. Niin kauan kuin Euroopan unionin toimivalta perustuu rajoitetun erityistoimivallan periaatteeseen, unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien on pysyttävä tämän erityistoimivallan rajoissa. [141]

163. Avoimuus ja selkeys edellyttävät, että voidaan selvittää varmasti, mitä ”unionin oikeuden soveltamisala” merkitsee unionin oikeuden mukaisen perusoikeussuojan kannalta. Minusta näyttää siltä, että pitkällä aikavälillä selkeimpänä sääntönä olisi se, jonka mukaan perusoikeussuojan saatavuus unionissa ei olisi riippuvainen perussopimuksen määräyksen välittömästä sovellettavuudesta eikä myöskään johdetun oikeuden voimassaolosta vaan pikemminkin *unionin aineellisen toimivallan olemassaolosta ja ulottuvuudesta*. Toisin sanoen sääntönä olisi se, että kunhan unionilla olisi (joko yksinomainen tai jaettu) toimivalta tietyllä oikeudenalalla, unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien olisi suojattava unionin kansalaista, *vaikka tällaista toimivaltaa ei vielä olisi käytetty*.

164. Miksi teen tällaisen ehdotuksen?

165. Jäsenvaltiot ovat antaneet Euroopan unionille toimivaltaa, jonka nojalla se voi toteuttaa toimenpiteitä, joilla on etusija suhteessa kansalliseen oikeuteen ja joilla voi olla välitön oikeusvaikutus. Tästä seuraa, että kun tällainen toimivalta on annettu, unionilla olisi oltava sekä oikeus että velvollisuus taata perusoikeudet siitä riippumatta, onko kyseistä toimivaltaa tosiasiassa käytetty. Unionin ”perustana olevat arvot ovat ihmisarvon kunnioittaminen, vapaus, kansanvalta, tasa-arvo, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen”. [142] Tätä perussopimuksen

140 – Ks. asia C-176/03, komissio v. neuvosto, tuomio 13.9.2005 (Kok., s. I-7879).

141 – Ks. mm. asia C-376/98, Saksa v. parlamentti ja neuvosto, tuomio 5.10.2000 (Kok., s. I-8419, 83 kohta); yhdistetyt asiat C-402/05 P ja C-415/05 P, Kadi ja Al Barakaat International Foundation v. neuvosto ja komissio, tuomio 3.9.2008 (Kok., s. I-6351, 203 kohta); yhdistetyt asiat C-393/07 ja C-9/08, Italia v. parlamentti, tuomio 30.4.2009 (Kok., s. I-3679, 67 kohta) ja asia C-370/07, komissio v. neuvosto, tuomio 1.10.2009 (Kok., s. I-8917, 46 kohta).

142 – SEU 2 artikla. Sitä edeltäneessä EU 6 artiklan 1 kohdassa määrättiin, että ”unioni perustuu jäsenvaltioille yhteisiin vapauden, kansanvallan, ihmisoikeuksien ja perusvapauksien kunnioittamisen sekä oikeusvaltion periaatteisiin”.

mukaista taetta ei saisi tehdä riippuvaiseksi siitä, että lainsäädäntövaltaa on tosiasiallisesti käytetty. Sellaisessa Euroopan unionissa, jonka perustana ovat perusoikeudet ja oikeusvaltio, suoja ei saisi riippua toimielinten lainsäädäntöaloitteesta ja poliittisesta prosessista. Tällainen ehdollinen oikeussuoja on sen tavan vastakohta, jolla nykyajan demokratiat legitimoivat valtion auktoriteetin. [143]

166. Tällaisessa lähestymistavassa olisi lukuisia etuja.

167. Ensinnäkin sillä vältetään tarve luoda tai suosia sellaisia kuvitteellisia tai hypoteettisia ”yhteyksiä unionin oikeuteen”, joilla on aikaisemmin joskus aiheutettu sekaannusta perussopimusten määräysten soveltamisalassa ja mahdollisesti laajennettu tätä. Henkilön, joka olisi käyttänyt oikeuksia liikkumisvapauteen, ei tarvitsisi osoittaa jotakin yhteyttä perusoikeuden, johon hän myöhemmin vetoaa, ja kyseisen liikkumisvapauden helpottamisen välillä. [144] Henkilön, joka ei vielä olisi käyttänyt tällaisia oikeuksia, ei tarvitsisi ryhtyä käyttämään niitä luodakseen olosuhteet, joissa hän voisi saada perusoikeussuojaa [145] (liikkumisvapautta palvelujen vastaanottamiseksi on neljästä vapaudesta tässä mielessä ehkä helpointa käyttää hyväksi). Jäsenvaltion kansalaisiin kohdistuva sellainen käänteinen syrjintä loppuisi, joka aiheutuu unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien suojan tarjoamisesta sellaisille muille unionin kansalaisille ja sellaisille kyseisen jäsenvaltion muille kansalaisille, jotka *olisivat* käyttäneet vapaata liikkuvuutta koskevia oikeuksia. [146] Jatkossa ei olisi mitään epäjohdonmukaisuutta (unionin oikeuden mukaisen perusoikeussuojan osalta) kattavasti yhdenmukaistettujen ja osittain yhdenmukaistettujen politiikkojen välillä. Oikeusvarmuuden kannalta parannus olisi huomattava.

168. Toiseksi kyseinen lähestymistapa saa unionin pysymään toimivaltansa rajoissa. Unionin oikeuden mukainen perusoikeussuoja olisi relevanttia vain silloin, kun olosuhteet, joiden perusteella kyseiseen suojaan vedottaisiin, kuuluisivat unionin yksinomaisen tai

143 – Locke, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, kirja II, jakso II.

144 – Edellä alaviitteessä 50 mainittu asia Singh; edellä alaviitteessä 72 mainittu asia Cowan ja edellä alaviitteessä 20 mainittu asia Carpenter; kaikissa näissä asioissa on esimerkkejä olosuhteista, joissa vapaan liikkuvuuden ja unionin oikeuden tarjoaman perusoikeussuojan/lisäsuojan välinen yhteys ei ollut erityisen suora. En ole missään mielessä pohtimassa tässä sitä, oliko yhteisöjen tuomioistuimen noissa kolmessa asiassa antamat ratkaisut oikeita oikeussuojan kannalta. Tarkoituksenani on vain korostaa yhteyden, johon kyseinen suoja perustui, ajoittain hataraa luonnetta.

145 – Edellä alaviitteessä 24 mainitussa asiassa Akrich Akrichin pariskunta kertoi toimivaltaisten kansallisten viranomaisten suorittamassa haastattelussa hyvin avoimesti siitä, että Helina Akrich oli muuttanut Irlantiin ottakseen siellä vastaan väliaikaisen työpaikan, jotta hän voisi sitten palata Yhdistyneeseen kuningaskuntaan aviomiehensä kanssa ja vaatia tälle yhteisön oikeuteen perustunutta oikeutta tulla viimeksi mainittuun maahan.

146 – Ks. edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Gouvernement de la Communauté française ja Gouvernement wallon.

jaetun toimivallan alaan.[147] Kyseessä olevan toimivallan laji olisi merkityksellinen asianmukaisen soveltamisalan määrittämiseksi. Jaetun toimivallan tapauksessa olisi niin, että jo toimivallan jakamisen taustalla oleva logiikka antaisi ymmärtää, että unionin oikeuden mukainen perusoikeussuoja täydentäisi kansallisessa oikeudessa tarjottua suojaa.[148] (Tämä heijastaa lähestymistapaa, jota olen edellä ehdottanut käänteisen syrjinnän osalta.)

taatuiksi kaikilla unionin jaetun tai yksinomaisen toimivallan aloilla, jäsenvaltioita voitaisiin ehkä kannustaa valmistelemaan tietyillä erityisen arkaluonteisilla aloilla (kuten maahanmuutto tai rikosoikeus) sellaista yksityiskohtaista unionin lainsäädäntöä, joka *sisältäisi* asianmukaisen määritelmän unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien tarkasta ulottuvuudesta sen sijaan, että perusoikeuksiin liittyvät ongelmat jätetään unionin tuomioistuimen ratkaistaviksi ad hoc -pohjalta silloin, kun ne on riitautettu.

169. Katson kolmanneksi, että jos unionin oikeuden mukaiset perusoikeudet tiedettäisiin

170. Neljänneksi tällainen unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien soveltamisalan määritelmä olisi johdonmukainen niiden täysien seurausten kanssa, jotka on unionin kansalaisuudella, jonka ”tarkoituksena on olla jäsenvaltioiden kansalaisten perustavanlaatuinen asema”.[149] Tällainen asema vastaa huonosti käsitystä, että perusoikeussuoja on osittainen ja pirstaleinen, että se riippuu siitä, onko jollakin merkityksellisellä aineellisella säännöksellä tai määräyksellä välitön oikeusvaikutus tai ovatko neuvosto ja Euroopan parlamentti käyttäneet lainsäädäntövaltaa. Pitkällä aikavälillä vain saumaton unionin oikeuden mukainen perusoikeussuoja kaikilla unionin yksinomaisen tai jaetun toimivallan

147 – Ks. yksinomaisesta ja jaetusta toimivallasta asia 41/76, Donckerwolcke ja Schou, tuomio 15.12.1976 (Kok., s. 1921, Kok. Ep. III, s. 257, 32 kohta); asia 174/84, Bulk Oil, tuomio 18.2.1986 (Kok., s. 559, Kok. Ep. VIII, s. 451, 31 kohta) ja asia 68/76, komissio v. Ranska, tuomio 16.3.1977 (Kok., s. 515, 23 kohta). Ks. näiden sääntöjen soveltamisesta unionin ulkoiseen toimivaltaan mm. asia 22/70, ERTA, tuomio 31.3.1971 (Kok., s. 263, Kok. Ep. I, s. 553).

148 – Perusoikeuskirjaan liitetyissä selityksissä (EUVL 2007, C 303, s. 17) tämä seikka ilmaistaan selvästi: ”Perusoikeuksilla sellaisina kuin ne ovat unionissa turvattuina on vaikutuksia vain perussopimuksissa määriteltyjen toimivaltuuksien puitteissa. Näin ollen unionin toimielinten – – velvollisuus edistää perusoikeuskirjassa mainittuja periaatteita voi syntyä vain näiden samojen toimivaltuuksien rajoissa.” Selityksissä kuitenkin todetaan edelleen, että ”on selvää, ettei Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 6 artiklassa olevan perusoikeuskirjaa koskevan viittauksen voida katsoa sinällään laajentavan 'unionin oikeuden täytäntöönpanoksi' katsottavaa jäsenvaltioiden toiminta-alaa”. Ymmärtääkseni näissä huomautuksissa unionin oikeuden mukainen perusoikeussuoja yhdistetään yksiselitteisesti unionin toimivallan alaan. Yhdessä tarkasteltuina unionin oikeuden mukaisen perusoikeussuojan ja kansallisen oikeuden mukaisen perusoikeussuojan pitäisi kuitenkin johtaa asianmukaiseen suojaan (ainakin kaikkien niiden perusoikeuksien osalta, jotka sisältyvät sekä perusoikeuskirjaan että Euroopan ihmisoikeussopimukseen).

149 – Ks. edellä alaviitteessä 40 mainittu oikeuskäytäntö.

aloilla sopii yhteen unionin kansalaisuuden käsitteen kanssa.

171. Noista huomattavista eduista huolimatta en usko, että unionin tuomioistuin voi tässä asiassa yksipuolisesti ottaa tällaisen askeleen.

172. Jos unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien soveltaminen tehtäisiin riippuvaiseksi pelkästään siitä, onko unionilla yksinomaista tai jaettua toimivaltaa, tämä tarkoittaisi sitä, että unionin oikeudellisen ja poliittisen järjestelmän rakenteeseen sisällytettäisiin ilmeinen liittovaltiolle ominainen elementti. Yksinkertaisesti sanottuna tällainen muutos vastaisi muutosta, joka Yhdysvaltain valtiosääntöoikeuteen kohdistui asiassa Gitlow vastaan New York annetun ratkaisun [150] jälkeen, kun Yhdysvaltain Supreme Court ulotti monet Yhdysvaltain perustuslain First Amendment -pykälään kirjatut oikeudet koskemaan yksittäisiä osavaltioita. Tässä oikeuskäytännössä (”incorporation”), joka on siitä lähtien perustunut Yhdysvaltain perustuslain Fourteenth Amendment -pykälässä olevaan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä (”due process”) koskevaan lausekkeeseen, ei edellytetä liikkumista osavaltioiden välillä eikä myöskään Yhdysvaltain kongressin lainsäädäntötoimia. Supreme Courtin mukaan tietyt perusoikeudet ovat niin merkittäviä, että ne ”kuuluvat perustavanlaatuisiin henkilökohtaisiin oikeuksiin ja vapauksiin, jotka oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevassa lausekkeessa suojataan – – osavaltioiden niihin kohdistamilta heikennyksiltä”. [151]

173. Yhdysvaltain incorporation-opin liittovaltiokehitystä edistävä vaikutus on tunnettu. Tällainen muutos muuttaisi oikeudellisesti ja poliittisesti unionin oikeuden mukaisten perusoikeuksien olennaista luonnetta. Siksi se edellyttää sekä oikeuskäytännön kehitystä *että* yksiselitteistä poliittista mielenilmausta vallanpitäjiltä, joista Euroopan unioni koostuu (sen jäsenvaltiot); tällöin olisi viitattava perusoikeuksien uuteen asemaan unionissa.

174. Tässä asiassa on olennaisena ajankohtana Ruiz Zambranon toisen lapsen Diegon syntymä 1.9.2003. Juuri tämän tapahtuman (jossa

150 – 268 U.S. 652 (1925).

151 – Ks. asiassa Gitlow v. New York annetusta ratkaisusta ja incorporation-opista Cortner, R., *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, University of Wisconsin Press, 1981; Henkin, L., ”Selective Incorporation' in the Fourteenth Amendment”, *Yale Law Journal*, 1963, s. 74–88 ja Pohlman, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution*, NYU Press, New York, 1991, s. 82–87.

tulee kyseeseen unionin kansalainen) olisi pitänyt – jos Ruiz Zambrano on oikeassa – saada Belgian viranomaiset hyväksymään, että hänellä oli johdettu oleskeluoikeus, ja käsittelemään sen mukaisesti hänen vaatimuksensa saada työttömyyskorvausta.

175. Tuossa vaiheessa oli niin, että Euroopan unionista tehtyä sopimusta ei juurikaan ollut muutettu Maastrichtin sopimuksen jälkeen. Yhteisöjen tuomioistuin oli todennut selvästi lausunnossa 2/94, että Euroopan yhteisöllä ei tuohon aikaan ollut toimivaltaa ratifioida Euroopan ihmisoikeussopimusta. [152] Perusoikeuskirjalla oli vielä soft law'n asema ilman välitöntä oikeusvaikutusta, eikä sitä ollut tunnustettu perussopimuksissa. Lissabonin sopimus ei ollut edes näköpiirissä. Tätä taustaa vasten en yksinkertaisesti usko, että Euroopan unionin perustassa olisi vielä tapahtunut sellaista välttämätöntä perustuslaillista kehitystä, jonka perusteella voitaisiin katsoa, että unionin oikeuden mukaisiin perusoikeuksiin voitiin vedota riippumattomasti itsenäisinä oikeuksina.

176. Katson siksi vastauksena viimeiseen kysymyksistä, jotka olen muotoillut uudelleen, että asian kannalta merkityksellisten tosiseikkojen tapahtuma-aikaan oli niin, että unionin oikeuden mukaiseen perhe-elämää koskevaan perusoikeuteen sellaisena itsenäisenä oikeutena, jolla ei ole mitään muuta yhteyttä unionin oikeuteen, ei voinut vedota sen enempää kolmannen maan kansalainen kuin unionin kansalainenkaan sen jäsenvaltion alueella, jonka kansalainen kyseinen unionin kansalainen oli, tai muualla jäsenvaltioiden alueella.

177. Ehdottaessani tätä vastausta hyväksyn sen, ettei unionin tuomioistuimen pidä tässä asiassa avoimesti ennakoida muutosta. Väitän kuitenkin, että (pikemminkin ennemmin kuin myöhemmin) unionin tuomioistuimen on päätettävä, haluaako se pysyä kehittyvän tilanteen tahdissa vai jäädä jälkeen lainsäädännöllisestä ja poliittisesta kehityksestä, jota jo on tapahtunut. Jossakin vaiheessa unionin tuomioistuin todennäköisesti joutuu käsittelemään asian – luultavasti kansallisen tuomioistuimen pyytämän ennakkoratkaisun välityksellä –, jossa sen on pohdittava, onko unioni nyt perustuslaillisen muutoksen kynnyksellä (kuten yhteisöjen tuomioistuin itsekin osittain ennakoi antaessaan lausunnon 2/94). Vastausta tähän kysymykseen voidaan tällä hetkellä lykätä muttei todennäköisesti kovinkaan pitkään.

152 – Lausunto 2/94, 28.3.1996 (Kok., s. I-1759, 6 kohta).

Ratkaisuehdotus

178. Kaiken edellä esitetyn perusteella, että unionin tuomioistuimen vastaa Tribunal du travail de Bruxellesin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

SEUT 20 ja SEUT 21 artiklaa (aiemmat EY 17 ja EY 18 artikla) on tulkittava siten, että niissä annetaan unionin kansalaisuuteen perustuva sellainen oleskeluoikeus jäsenvaltioiden alueella, joka on riippumaton oikeudesta liikkua jäsenvaltioiden välillä. Kyseiset määräykset eivät ole esteenä sille, että jäsenvaltio epää johdetun oleskeluoikeuden unionin kansalaisen, joka on kyseessä olevan jäsenvaltion kansalainen ja joka ei vielä ole käyttänyt oikeuksia vapaaseen liikkuvuuteen, takenevassa polvessa olevalta sukulaiselta, kunhan tällainen päätös on suhteellisuusperiaatteen mukainen.

SEUT 18 artiklaa (aiempi EY 12 artikla) olisi tulkittava siten, että siinä kielletään käänteinen syrjintä, joka aiheutuu SEUT 21 artiklan ja kansallisen oikeuden välisestä sellaisesta vuorovaikutuksesta, joka merkitsee unionin oikeudessa suojatun perusoikeuden loukkausta, kun kansallisessa oikeudessa ei ole tarjolla vähintään vastaavaa suojaa.

Pääasian kannalta merkityksellisenä ajankohtana oli niin, että unionin oikeuden mukaiseen perhe-elämää koskevaan perusoikeuteen sellaisena itsenäisenä oikeutena, jolla ei ole mitään muuta yhteyttä unionin oikeuteen, ei voinut vedota sen enempää kolmannen maan kansalainen kuin unionin kansalainenkaan sen jäsenvaltion alueella, jonka kansalainen kyseinen unionin kansalainen oli, tai muualla jäsenvaltioiden alueella.