

TAMPEREEN YLIOPISTO

Johtamiskorkeakoulu

---

Heikki Aho

**Etniset vähemmistöt Amerikan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimissa  
– vertailussa kansainvälisen oikeuden vaikutteet**

---

Pro gradu -tutkielma

Julkisoikeus

Tampere 2017

Tampereen yliopisto

Johtamiskorkeakoulu

HEIKKI AHO: Etniset vähemmistöt Amerikan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimissa – vertailussa kansainvälisen oikeuden vaikutteet

Pro gradu -tutkielma, xxii +113 s.

Julkisoikeus

Syyskuu 2017

---

Tutkimuksessa tarkastellaan Amerikan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten (AIT ja EIT) suhtautumista vähemmistöjen suojeluun. Tutkimus rajautuu vakiintuneita etnisiä vähemmistöjä koskeviin oikeuskäytäntöihin. Alkuperäiskansat on sisällytetty osaksi tutkimusta.

Tutkimus on luonteeltaan oikeusvertaileva tutkimus. Siinä vertaillaan kahden alueellisen ihmisoikeustuomioistuimen vähemmistöjä koskevien oikeuskäytäntöjen eroja ja yhtäläisyyksiä. Oikeuskäytännöissä tarkastellaan erityisesti sitä, miten ihmisoikeustuomioistuimet ovat huomioineet kansainvälisen oikeuden normiverkostot. Huomiota kiinnitetään myös ihmisoikeustuomioistuinten keskinäiseen vuorovaikutukseen.

Ihmisoikeustuomioistuinten oikeuskäytäntöjä vertaillaan kolmessa osiossa, jotka jäljittelevät vähemmistöjen suojeluun liittyvän kansainvälisen oikeuden normikategorioita. Ihmisoikeustuomioistuinten suhtautumista vähemmistöihin vertaillaan vähemmistöjen kulttuuri-identiteetin, sosioekonomisen yhdenvertaisuuden toteuttamisen ja päätöksentekoon osallistamisen osalta.

Merkittävin ero havaittiin ihmisoikeustuomioistuinten tavoissa suhtautua valittajien kulttuuri-identiteettiin. AIT on tulkinnut oikeutta kulttuuri-identiteettiin ihmisoikeussopimuksen tulkintaa ohjaavana normina. Se on myös huomionnut kulttuuri-identiteetin merkityksen valittajan henkiselle eheydelle. EIT on puolestaan tulkinnut oikeutta kulttuuri-identiteettiin osana Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeutta nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. EIT ei yleensä huomioi kulttuuri-identiteetin merkitystä valittajien henkiselle eheydelle. EIT:n havaittiin lähentyneen AIT:n tulkintaa kulttuuri-identiteetin merkityksen tunnistamisen osalta. Kulttuuri-identiteetin turvaamisintressin osalta AIT:n havaittiin toimivan vuorovaikutuksessa etenkin YK:n ja ILO:n ihmisoikeusregiimien kanssa. EIT:n puolestaan todettiin suosivan eurooppalaista ihmisoikeusregiimiä, minkä havaittiin aiheuttavan haasteita Euroopan alkuperäiskansoille.

Molempien tuomioistuinten todettiin asettavan valtioille positiivisia velvoitteita pyrkiä kohti vähemmistöjen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden toteutumista. Lähestymistavoissa löydettiin kuitenkin eroja, joiden arvioitiin aiheutuvan valitusten luonteista johtuvista eroista. Tuomioistuinten välistä vuorovaikutusta havaittiin AIT:n tavassa soveltaa EIT:n *Osman*-testiä.

AIT:n todettiin edellyttävän vähemmistöjen aktiivista osallistamista päätöksentekoon sekä kansallisen tason että niitä koskevan päätöksenteon osalta. EIT ei ole ratkaissut yhtään tapausta, jossa olisi kyse vähemmistöjen suorasta osallistamisesta niitä koskeviin päätöksiin. Kansallisen tason vaikuttamisen osalta EIT:n havaittiin pyrkivän turvaamaan demokraattinen toimintaympäristö. EIT:n ei todettu edellyttävän vähemmistöjen aktiivista osallistamista kansalliseen demokratiaan. Tosin aikaisempaa osallistavammasta suhtautumisesta nähtiin heikkoja signaaleja.

# SISÄLTÖ

<b>LÄHTEET</b> .....	<b>vi</b>
<b>LYHENTEET</b> .....	<b>xxii</b>
<b>1 JOHDANTO</b> .....	<b>1</b>
<b>1.1 Johdatus tutkimuksen problematiikkaan</b> .....	<b>1</b>
<b>1.2 Tutkimuskysymykset, tutkimusmenetelmä ja saavutettavan tiedon luonne</b> .....	<b>3</b>
<b>1.3 Teoreettis-käsitteelliset rajaukset</b> .....	<b>5</b>
<b>1.4 Sisällölliset rajaukset</b> .....	<b>7</b>
<b>1.5 Tutkimuksen kohteiden vertailtavuus</b> .....	<b>8</b>
1.5.1 Ihmisoikeustuomioistuinten keskeiset erot .....	8
1.5.2 Ihmisoikeustuomioistuinten yhteiset nimittäjät .....	10
<b>1.5 Aikaisempi tutkimus ja tämä tutkimus osana tutkimusverkostoa</b> .....	<b>12</b>
<b>1.6 Tutkimuksen rakenne</b> .....	<b>17</b>
<b>2 TEOREETTINEN VIITEKEHYYS: IHMISOIKEUSTUOMIOISTUIMET OSANA KANSAINVÄLISTÄ OIKEUTTA</b> .....	<b>18</b>
<b>2.1 Kansainvälisen oikeuden lisääntyvä substanssi</b> .....	<b>18</b>
<b>2.2 Keskustelu kansainvälisen oikeuden fragmentoitumisesta</b> .....	<b>19</b>
<b>2.3 Vastaus fragmentoitumiseen: konstitutionaalinen pluralismi</b> .....	<b>20</b>
<b>2.4 Ihmisoikeusregiimi, fragmentoituminen ja konstitutionaalinen pluralismi</b> .....	<b>22</b>
<b>3 VÄHEMMISTÖJEN KULTTUURI-IDENTITEETIT TUOMIOISTUINTEN OIKEUSKÄYTÄNNÖISSÄ</b> .....	<b>25</b>
<b>3.1 Oikeus kulttuuri-identiteettiin kansainvälisessä oikeudessa</b> .....	<b>25</b>
3.1.1 Yleismaailmallisesti sovellettavat normit .....	25
3.1.2 Amerikassa sovellettavat normit.....	28
3.1.3 Euroopassa sovellettavat normit .....	30
<b>3.2 Oikeus kulttuuri-identiteettiin osana AIT:n oikeuskäytäntöä</b> .....	<b>32</b>
3.2.1 Oikeus kulttuuri-identiteettiin AIS:n tulkintaa ohjaavana normina.....	32
3.2.2 Historiallinen maanomistusoikeus ja oikeus kulttuuri-identiteettiin .....	33
3.2.3 AIT:n suhtautuminen heimokansojen oikeuksiin .....	37
<b>3.3 Oikeus kulttuuri-identiteettiin EIT:n oikeuskäytännössä</b> .....	<b>40</b>
3.3.1 EIS:n 8 artikla ja oikeus kulttuuri-identiteettiin.....	40
3.3.2 EIT:n suhtautuminen vähemmistöidentiteettiin.....	40
3.3.3 Velvoite mahdollistaa kiertolaiselämäntavan jatkuminen .....	43
3.3.4 EIT:n kyvyttömyys tunnistaa alkuperäiskansoja koskevat normit .....	46

	3.3.5 Romaniavioliitto – tapaus Muñoz Díaz v. Espanja (8.12.2009) .....	52
<b>4</b>	<b>VÄHEMMISTÖJEN SOSIOEKONOMINEN YHDENVERTAISUUS TUOMIOISTUINTEN OIKEUSKÄYTÄNNÖISSÄ.....</b>	<b>54</b>
	<b>4.1 Syrjimättömyys ja yhdenvertaisuus kansainvälisessä oikeudessa.....</b>	<b>54</b>
	4.1.1 Yleismaailmallisesti sovellettavat normit .....	54
	4.1.2 Amerikassa sovellettavat normit.....	56
	4.1.3 Euroopassa sovellettavat normit .....	58
	<b>4.2 Sosioekonominen yhdenvertaisuus AIT:n oikeuskäytännössä .....</b>	<b>61</b>
	4.2.1 Syrjimättömyys ja yhdenvertaisuus Amerikan ihmisoikeussopimuksessa.....	61
	4.2.2 Keskeiset soveltamislähtökohdat .....	62
	4.2.3 Oikeus arvokkaaseen elämään – viva digna .....	63
	<b>4.3 Sosioekonominen yhdenvertaisuus EIT:n oikeuskäytännössä .....</b>	<b>68</b>
	4.3.1 Syrjinnän kieltö Euroopan ihmisoikeussopimuksessa .....	68
	4.3.2 Keskeiset soveltamislähtökohdat .....	69
	4.3.3 Kohti todellista yhdenvertaisuutta koulujärjestelmissä .....	70
<b>5</b>	<b>VÄHEMMISTÖJEN OSALLISTAMINEN PÄÄTÖKSENTEKOON TUOMIOISTUINTEN OIKEUSKÄYTÄNNÖISSÄ.....</b>	<b>76</b>
	<b>5.1 Päätöksentekoon osallistaminen kansainvälisessä oikeudessa.....</b>	<b>76</b>
	5.1.1 Yleismaailmallisesti sovellettavat normit .....	76
	5.1.2 Amerikassa sovellettavat normit.....	79
	5.1.3 Euroopassa sovellettavat normit .....	79
	<b>5.2 Vähemmistöjen osallistaminen päätöksentekoon AIT:n oikeuskäytännössä.....</b>	<b>81</b>
	5.2.1 Velvoite konsultoida alkuperäiskansoja luonnonvaroja hyödynnettäessä.....	81
	5.2.2 Alkuperäiskansojen osallistaminen valtiolliseen päätöksentekoon .....	85
	<b>5.3 Vähemmistöjen osallistaminen päätöksentekoon EIT:n oikeuskäytännössä .....</b>	<b>88</b>
	5.3.1 Vähemmistöpuolueiden yhdistymisvapaus.....	88
	5.3.2 Vähemmistöt osana poliittista prosessia .....	90
	5.3.3 Suurennuslasin alla äänikynnykset .....	94
<b>6</b>	<b>YHTEENVETO JA POHDINTA .....</b>	<b>97</b>
	<b>6.1 Oikeus kulttuuri-identiteettiin – normin luonne ja sen merkitys.....</b>	<b>97</b>
	6.1.1 Oikeuskäytäntöjen erot ja yhtäläisyydet .....	97
	6.1.2 Kansainvälisen oikeuden vaikutus ja keskinäinen vuorovaikutus .....	100
	<b>6.2 Positiiviset velvoitteet – avain sosioekonomiseen yhdenvertaisuuteen.....</b>	<b>103</b>
	6.2.1 Oikeuskäytäntöjen erot ja yhtäläisyydet .....	103
	6.2.2 Kansainvälisen oikeuden vaikutus ja keskinäinen vuorovaikutus .....	106
	<b>6.3 Vähemmistöt osana päätöksentekoa – osallistamista ja pluralismia .....</b>	<b>107</b>

6.3.1	Oikeuskäytäntöjen erot ja yhtäläisyydet .....	107
6.3.2	Kansainvälisen oikeuden vaikutus ja keskinäinen vuorovaikutus .....	110
<b>7</b>	<b>LOPUKSI .....</b>	<b>112</b>
<b>7.1</b>	<b>Johtopäätökset.....</b>	<b>112</b>
<b>7.2</b>	<b>Tutkimusprosessista ja aihiot jatkotutkimukselle .....</b>	<b>113</b>

## LÄHTEET

### **Kansainvälinen oikeus ja EU-oikeus**

Additional protocol to the American convention on human rights in the area of economic, social and cultural rights (San Salvadorin lisäpöytäkirja, OAS)

Alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskevan eurooppalainen peruskirja (SopS 23/1998, EN)

American Convention on Human Rights (Amerikan ihmisoikeussopimus, OAS)

American Declaration of the Rights and Duties of Man (Amerikan ihmisoikeusjulistus, OAS, 1948)

Charter of Paris for New Europe (Etyj)

Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries (107, ILO)

Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (YK, 1992)

Euroopan sosiaalinen peruskirja (SopS 80/2002, EN)

Euroopan unionin perusoikeuskirja (2000/C 364/1, EU)

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoidut toisinnot (EUVL 2012/C 326/01, EU).

Eurooppalainen yleissopimus kansalaisuudesta (SopS 94/2008, EN).

Ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus (YK).

Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance (OAS)

Inter-American Convention Against Racism, Racial Discrimination and Related Forms of Intolerance (OAS)

Inter-American Convention on Forced Disappearance (OAS)

Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (OAS)

Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (OAS)

Inter-American democratic charter (OAS)

Julistus alkuperäiskansojen oikeuksista (YK 2007)

Kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 37/1970, YK)

Kansalaisyhteisöjä ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 7/1976, YK)

Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskeva puiteyleissopimus (SopS 2/1998, EN)

Kulttuurista moninaisuutta koskevan yleismaailmallisen julistuksen julistus (Unesco)

Neuvoston direktiivi 2000/43/EY rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta, annettu 29.6.2000 (EU)

Neuvoston direktiivi 97/80/EY todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa, annettu 15.12.1997 (EU)

Neuvoston direktiivi 2000/78/EY yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista tasa-arvodirektiivin, annettu 27.3.2000 (EU)

Social Charter of The Americas (OAS)

Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (YK)

Työmarkkinoilla ja ammatin harjoittamisen yhteydessä tapahtuvaa syrjintää koskeva sopimus (SopS 63/70, ILO)

Valtiosopimus oikeutta koskeva Wienin yleissopimus (SopS 33/1980, YK)

Yleissopimus itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoista (169) (ILO)

Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus) SopS 63/1999, EN)

Yleissopimus kulttuuri-ilmaisujen moninaisuuden suojelemisesta ja edistämisestä (SopS 58/2006, Unesco)

Yleissopimus lapsen oikeuksista (SopS 60/1991, YK)

Yleissopimus syrjinnän vastustamiseksi opetuksen alalla (SopS 59/1971, YK)

## Raportit ja suositukset

*Amerikan ihmisoikeustuomioistuin*: Annual Report 2016, C827inf, 2017

*CERD-komitea*: Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 9 Of the Convention, Concluding Observations of The Committee on The Elimination of Racial Discrimination, Sweden, UN Doc. CERD/C/SWE/CO/18, 21.8.2008

*CERD-komitea*: General Recommendation No.32: The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination, UN Doc CERD/C/GC/32, 24.11.2009

*CERD-komitea*: General Recommendations VIII Concerning the Interpretation and Application of Article 1, Paragraphs 1 and 4 of the Convention Identification with a Particular Racial or Ethnic Group, UN Doc A/45/18, 22.9.1990

*CERD-komitea*: Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Sixtieth Session (4-22 March 2002) and Sixty-first Session (5-23 August 2002), UN Doc A/57/18

*Demokratiaa oikeusteitse -komissio*: Report On Electoral Rules And Affirmative Action For National Minorities' Participation In Decision-Making Process In European Countries, CDL-AD(2005)009, 5.3.2005

*EN*: Framework Convention For The Protection Of National Minorities And Explanatory Report, H(95)10, helmikuu 1995.

*EN*: European Council in Copenhagen 21-22 June 1993 Conclusions of the Presidency, SN 180/1/93.

*EN*: Explanatory Report to the European Charter for regional or Minority Languages, ETS no. 148

*EN*: Explanatory report to the protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms, ETS no. 177

*EN:n ministerikomitea*: Recommendation No R (2000) 4 of the Committee of Ministers to member states on the education of Roma/Gypsy children in Europe, 3.2.2000

*EN:n ministerikomitea*: Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance, 13.6.2002

*Etyj*: Document of the Copenhagen meeting on the Conference of the Human Dimensions of the CSCE, 29.06.1990)

*Etyj*: Guidelines to Assist National Minority Participation in The Electoral Process, 2001

*Etyj*: Helsinki Document 1992 The Challenges of Change

*Etyj:n vähemmistövaltuutettu*: The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life & Explanatory Note, 9/1999

*Euroopan ihmisoikeustuomioistuin*: References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American instruments in the case-law of the European Court of Human Rights, 2016.

*Euroopan ihmisoikeustuomioistuin*: The ECHR in Facts & Figures 2016, maaliskuu 2017



*Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoa-antava komitea:* Thematic Commentary No.4: The Scope of Application of the Framework Convention For the Protection of National Minorities, ACFC/56DOC(2016)001, 27.3.2016

*Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoa-antava komitea:* Commentary On The Effective Participation Of Persons Belonging To National Minorities In Cultural, Social And Economic Life And In Public Affairs, ACFC/31DOC(2008)001, 27.2.2008

*OAS:* Plan of Action of The Social Charter of The Americas, AG/RES. 2878, 16.6.2015

*TSS-komitea:* Concluding Observations on the Russian Federation, UN Doc. E/C.12/1/Add.94, 12.12.2003

*TSS-komitea:* General comment No.21, Right of everyone to take part in cultural life. UN Doc. E/C.12/GC/21, 21.12.2009

*YK:n ihmisoikeuskomitea:* General Comment No.23: Article 27 (Rights of Minorities). UN Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5.1994, 8.4.1994

*YK:n ihmisoikeuskomissaari:* Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation, Un Doc 2010 HR/PUB/10/3, 2010

*YK:n ihmisoikeuskomissio:* Discrimination against indigenous peoples, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1993/28, 28.7.1993

*YK:n ihmisoikeuskomissio:* Rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities, resolution 2005/79, 21.4.2005

*YK:n ihmisoikeuskomitea:* CCPR General Comment No.27: Article 12 (Freedom of Movement), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2.11.1999

*YK:n ihmisoikeuskomitea:* CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8.4.1994

*YK:n ihmisoikeuskomitea:* Concluding observations against Sweden (2009), UN Doc. CCPR/C/SWE/CO/6, 7.5.2009

*YK:n ihmisoikeusneuvosto:* Human rights and indigenous peoples: mandate of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, A/HRC/RES/33/12, 6.10.2016

*YK:n kansainvälisen oikeuden toimikunta:* Report of the International Law Commission: Fifty-sixth session (3 May- 4 June and 5-July -6 August 2004), UN doc A/59/10

*YK:n vähemmistöihin erikoistunut työryhmä:* Commentary of The Working Group on Minorities to The United Nations Declaration on The Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, UN Doc E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 4.5.2005

## Kirjallisuus

*Ahmed, Tawhida*: The Many Vulnerabilities of the Roma and the European Legal Framework. Ippolito, Sara Iglesias Sánchez (toim.) Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework. Hart Publishing. Croydon 2015, s. 141–158.

*Akbulut, Olgun*: A Critical Analysis of Current Legal Developments on the Political Participation of Minorities in Turkey. *International Journal on Minority and Group Rights* 4/2010, s. 551–560.

*Alvarado, Leonardo J.*: Prospects and challenges in the implementation of indigenous peoples' Human Rights in International Law: Lessons from the Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*. 3/2007, s. 609–643.

*Antkowiak, Thomas M. – Gonza Alejandra*: The American Convention on Human Rights: Essential Rights. Oxford University Press. New York. 2017.

*Antkowiak, Thomas M.*: *Moiwana Village v. Suriname*: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights. *Berkeley Journal of International Law* 2/2007, s. 268–282.

*Antkowiak, Thomas M.*: Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 1/2013, s. 113–187.

*Arai-Takahashi, Yutaka*: Rationalizing the Differentiation between 'New' and 'Old' Minorities? - The Role of the Margin of Appreciation Doctrine in Determining the Scope of Protection of Minority Rights. Teoksessa Henrard Kristin (toim.): *Studies in International Minority and Group Rights: Double Standards Pertaining to Minority Protection*. Brill | Nijhoff. Alankomaat 2010, s. 219–242.

*Broderick, Andrea*: A reflection on substantive equality jurisprudence: The standard of scrutiny at the ECtHR for differential treatment of Roma and persons with disabilities. *International Journal of Discrimination and the Law* 1-2/2015, s. 101–122.

*Brunner, Lisl*: The Rise of People' Rights in the Americas: The *Saramaka People* Decision of the Inter-American Court of Human Rights. *Chinese Journal of International Law* 3/2008, s. 699–711.

*Brunner, Lisl – Quintana, Karla*: The Duty to Consult in the Inter-American System: Legal Standards after *Sarayaku*. *ASIL Insights* 35/2012, s. 1–7.

*Caballero Ochoa, José Luis – Aguillar Contreras, M.*: New Trends on the Right to Non-Discrimination in the Inter American System of Human Rights. *Inter-American and European Human Rights Journal* 1/2015, s. 81–94.

*Cahn, Claude*: Towards Realising a Right to Positive Action for Roma in Europe: *Connors v. UK*. *Roma Rights Quarterly* 1/2005, s. 13–26.

*Campbell, Maia Sophia*: The Right of Indigenous Peoples to Political Participation and the Case of *Yatama v. Nicaragua*. *Arizona Journal of International and Comparative Law* 2/2007, s. 499–540.

*Cançado Trindade, Antônio Augusto*: The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights. Teoksessa Sienho Yee & Jacques-Yvan Morin (toim.): *Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney*. Koninklijke Brill N. V. Alankomaat 2009. s. 477–499.

*Capotorti, Francesco*: Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (E/CN.4/Sub.2/384/Rev.). United Nations publication. New York 1979.

*Contreras-Garduno, Diana – Alvarez-Rio, Ignacio*: A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens. Teoksessa Yves Haeck, Brianne McGonigle Leyh, Clara Burbano Herrera, Diana Contreras Garduno (toim.): The Realisation Of Human Rights: When Theory Meets Practice. Intersentia. Alankomaat 2013. s 167–192.

*Cullen, Holly*: The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights. Human Rights Law Review 1/2009, s. 61–93.

*Devroye, Jennifer*: The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic. Northwestern Journal of International Human Rights 1/2009, s. 81–101.

*Donders, Yvonne*: Do cultural diversity and human rights make a good match? International Social Science Journal 1/2010, s. 15–35.

*Donders, Yvonne*: Foundations of Collective Cultural Rights in International Human Rights Law. Teoksessa Andrzej Jakubowski (toim.): Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective. Brill Nijhoff. Leiden: 2016, s. 87–112.

*Dulitzky, Ariel E.*: An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. Texas International Law Journal 1/2015, s. 45–93.

*Dunoff, Jeffrey L.– Trachtman, Joel P.*: A Functional Approach to International Constitutionalization. Teoksessa Jeffrey L. Dunoff, Trachtman Joel P (toim.): Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance. Cambridge University Press. New York 2009, s. 3–36.

*Ebert, Franz Christian – Sijniensky, Romina I.*: Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the *Osman* Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention? Human Rights Law Review 2/2015, s. 343–368.

*Eide, Asbjørn*: The Council of Europe’s Framework Convention for protection of National Minorities. Teoksessa Kristin Henrard, Robert Dunbar(toim.): Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives. Cambridge University Press 2008, s. 119–154.

*Eide, Asbjørn*: The Rights of ‘New’ Minorities: Scope and Restrictions. Teoksessa Henrard Kristin (toim.): Studies in International Minority and Group Rights: Double Standards Pertaining to Minority Protection. Brill I Nijhoff 2010, s. 165–193.

*Eide, Asbjørn*: The Rights of ‘Old’ versus ‘New’ Minorities. Teoksessa Tove H. Malloy, Joseph Marko (toim.): Minority Governance in and beyond Europe: Celebrating 10 Years of the European Yearbook of Minority Issues. Brill Academic Publishers 2014, s. 23–38.

*Engle, Karen*: On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights. European Journal of International Law 1/2011, s. 141–163.

*Farget, Doris*: Defining Roma Identity in the European Court of Human Rights. International Journal on Minority and Group Rights 3/2012, s. 291–316.

*Forowicz, Magdalena*: The Reception of International Law in the European Court of Human Rights. Oxford University Press. Wiltshire 2010.

- Fredman, Sandra*: Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention of Human Rights. *Human Rights Law Review* 1/2016, s. 1–29. (*Fredman* 2016 b)
- Fredman, Sandra*: Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law* 3/2016, s. 712–738. (*Fredman* 2016 a)
- Gajardo Falcón, Jaime*: A comparative study of jurisprudence, between the Inter-American Court of Human Rights and European Court of Human Rights, regarding political representation in multicultural contexts. *Revista Ballot* 1/2015, s. 45–66.
- Gilbert, Geoff*: The Contribution of the European Court of Human Rights to the Promotion of the Effective Participation of National Minorities: Groping in the Dark for Something that May Not Be There. *International Journal on Minority and Group Rights* 4/2009, s. 611–619.
- Gilbert, Jérémie*: Indigenous Rights in The Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International Journal on Minority and Group Rights* 2/2007, s. 207–230.
- Gismondi, Giovanna*: Denial of Justice: The Latest Indigenous Land Disputes before the European Court of Human Rights and the Need for an Expansive Interpretation of Protocol 1. *Yale Human Rights and Development Journal* 1 /2017 s. 1–58.
- Göcke, Katja*: The Case of Ángela Poma Poma v. Peru before the Human Rights Committee: The Concept of Free Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous Peoples' Rights. *Teoksessa Armin von Bogdandy & Rüdiger Wolfrum (toim.): Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 14. Koninklijke Brill N. V. Alankomaat* 2010, s. 337–370.
- Gómez Isa, Felipe*: Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly* 4/2014 s. 722–755.
- Greer, Steven – Luzius Wildhaber*: Revisiting the Debate about ‘constitutionalizing’ the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 4/2012, s. 655–687.
- Groppi, Tania*: Les Références Mutuelles entre La Cour Européenne et La Cour Interaméricaine des Droits de L’Homme : De L’Influence au Dialogue ?. *Teoksessa Lidija R. Basta Fleiner, Tanasije Marinkovic(toim.): Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law. Eleven International Publishing* 2014, s. 171–202.
- Hakapää, Kari*: Uusi kansainvälinen oikeus. 3., painos. Hämeenlinna 2010.
- Harrington, Alexandra R.*: Life as We Know It: The Expansion of the Right to Life Under the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review* 2/2013, s. 313–341.
- Henrard, Kristin*: The Protection of Minorities Through the Equality Provisions in the UN Human Rights Treaties: The UN Treaty Bodies. *International Journal on Minority and Group Rights* 2/2007, s. 141–180.
- Henrard, Kristin*: A patchwork of ‘successful’ and ‘missed’ synergies in the jurisprudence of the ECHR. *Teoksessa Kristin Henrard, Robert Dunbar (toim.): Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives. Cambridge University Press* 2008, s. 314–364.

*Hirvonen, Ari*: Mitkä metodit? – Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsinki 2011

*Husa, Jaakko*: Oikeusvertailu: Teoria ja metodologia. Viro 2013.

*Ignăţoiu-Sora, Emanuela*: The discrimination discourse in relation to the Roma: its limits and benefits. *Ethnic and Racial Studies* 10/2011, s. 1697–1714.

*Jorns Magallanes, Catherine J.*: Indigenous Rights and Democratic Rights in International Law: An "Uncomfortable Fit"? *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 1/2010, s. 111–182.

*Joseph, Sarah – Castan, Melissa*: The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary. Oxford University Press. Croydon 3.p. 2013.

*Kilpatrick, Claire*: The Court of Justice and Labour Law in 2010: A new EU Discrimination Law Architecture. *Industrial Law Journal* 3/2011, s. 280–301.

*Klabbers, Jan*: Setting the Scene. Teoksessa Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein(toim.): The Constitutionalizing of International law. Oxford University Press 2009, s. 1–44.

*Klabbers, Jan*: International Law. Cambridge University Press. New York. 2013.

*Koivurova, Timo*: Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects. *International Journal on Minority and Group Rights* 1/2011, s. 1–37

*Koskenniemi, Martti*: Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from The Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Yhdistyneet kansakunnat. 2006.

*Kymlicka, Will*: Multicultural Odyssey: Navigating the New International Politics of Diversity. Oxford University Press. Great Britain 2007.

*Leisma, Inka*: Yhdistyneet kansakunnat: järjestelmä ja toiminta yksissä kansissa. Suomen YK-liitto. Helsinki 2009.

*Lixinski, Lucas*: Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. *European Journal of International Law* 3/2010, s. 585–604.

*Malloy, Tove; Roberta Medda-Windischer, Emma Lantschner & Joseph Marko*: Indicators for Assessing the Impact of the FCNM in its State Parties. Draft Study. European Academy Bolzano 2006.

*Martinez Cobo, J. R.*: Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations (UN Doc E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4). United Nations publication. New York 1986.

*McInerney-Lankford, Siobhán*: Fragmentation of International Law Redux: The Case of Strasbourg. *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2012, s. 609–632.

*Miga Beşteliu, Racula*: The Right to Nondiscrimination. The European Commission against Racism and Intolerance – A Monitoring Body of the Council of Europe. *Challenges of the Knowledge Society* 1/2015, s. 371–378.

*Murillo Chávarro, Jimena*: The Right to Water in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 1/2014, s. 39–68.

*Neuman, Gerald*: Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law* 1/2008, s. 101–123.

*Nikken, Pedro*: Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights. Teoksessa Petersmann, Ernst-Ulrich; Francesco Francioni ja Pierre-Marie Dupuy (toim.): *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. OUP Oxford. New York 2009 s. 246–274.

*Nikolaidis, Charilaos*: *The Right to Equality in the European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*. Routledge. Lontoo 2015.

*Nobirabo Musafiri, Prosper*: Right to Self-Determination in International Law: Towards Theorization of the Concept of Indigenous Peoples/National Minority? *International Journal on Minority and Group Rights* 4/2012, s. 481–532.

*O'Connell, Rory*: The role of dignity in equality law: Lessons from Canada and South Africa. *International Journal of Constitutional Law* 2/2008, s. 267–286.

*O'Connell, Rory*: Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars* 2/2009, s. 211–229.

*O'Connell, Rory*: Realising political equality: the European Court of Human Rights and positive obligations in a democracy. *Northern Ireland Legal Quarterly* 3/2010, s. 263–279.

*O'Donovan, Darren*: Breaking the cycle of discrimination? Traveller/Roma housing exclusion and the European Convention on Human Rights. *International Journal of Discrimination and the Law* 1/2016, s. 5–23.

*O'Nions, Helen*: *Minority Rights Protection in International Law: The Roma of Europe*. Ashgate Publishing Company. Great Britain 2012.

*Odello, Marco*: Indigenous peoples' rights and cultural identity in the inter-American context. *The International Journal of Human Rights* 1/2012, s. 25–50.

*de Oliveira Mazzuoli, Valerio – Ribeiro, Dilton*: Indigenous Rights Before the Inter-American Court of Human Rights: A Call For a Pro Individual Interpretation. *The Indonesian Journal of International & Comparative Law* 3/2015, s. 522–554.

*Pasqualucci, Jo M.*: International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Wisconsin International Law Journal* 1/2009, s. 51–98.

*Pasqualucci, Jo M.*: *The Practice and Procedure of The Inter-American Court Of Human Rights*. 2<sup>nd</sup> edition. Cambridge University Press. New York. 2013.

*Pellonpää, Matti; Gullans, Monica; Pölönen, Pasi & Tapanila, Antti*: *Euroopan ihmisoikeussopimus*. 5. uud. p. Talentum. Helsinki 2012.

*Pentassuglia, Gaetano*: *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law: A Comparative Perspective*. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden. 2009.

*Pentassuglia, Gaetano*: *Protecting Minority Groups through Human Rights Courts: The Interpretive Role of European and Inter-American Jurisprudence*. Teoksessa Ana Filipa Vrdoljak (toim.): *The Cultural Dimension of Human Rights*. Oxford University Press 2013, s. 73–116.

*Pentassuglia, Gaetano*: The Strasbourg Court and Minority Groups: Shooting in the Dark or a New Interpretive Ethos? *International Journal on Minority and Group Rights* 1/2012, s. 1–23.

*Pentassuglia, Gaetano*: Toward a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights. *The European Journal of International Law* 1/2011, s. 165–202.

*Peroni, Loudres – Alexandra Timmer*: Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. *International Journal of Constitutional Law* 4/2013, s. 1056–1085.

*Pitea, Cesare*: Interpreting the ECHR in the Light of “Other” International Instruments: Systemic Integration or Fragmentation of Rules on Treaty Interpretation? Teoksessa Nerina Broschiero, Tullio Scovazzi, Cesare Pitea, Chiara Ragni (toim.): *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*. T.M.C. Asser Press, Alankomaat 2013, s. 545–559.

*Raulsten, Elizabeth*: (Un) Justifiable?: A Comparison of Electoral Discrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. *American University International Law Review* 2/2013, s. 669–706.

*Ruiz Chiriboga, Oswaldo*: The Right to Cultural Identity of Indigenous Peoples and National Minorities: A Look from The Inter-American System. *International Journal on Human Rights* 5/2006, s. 42–69.

*Ruiz Vieytes, Eduardo J.*: Minority marriage and discrimination: redrafting *Muñoz Díaz v. Spain*. Teoksessa Eva Brems (toim.): *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgements of the ECHR*. Cambridge University Press. *Yhdistynyt kuningaskunta* 2012, s. 401–425.

*Scheinin, Martin*: The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: Article 27 and other provisions. Teoksessa Kristin Henrard, Robert Dunbar(toim.): *Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives*. Cambridge University Press. *Yhdistynyt kuningaskunta* 2008 s. 23–45.

*Seatzu, Francesco – Úbeda de Torres, Amaya*: The Social Charter of The Oas: A Step Forward in the Enforcement of Socioeconomic Rights in The Americas? *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2/2014, s. 130–158.

*Shany, Yuval*: *International Human Rights Bodies and the Little-Realized Threat of Fragmentation*. The Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law. Research Paper Series No.16-06. 2016.

*Shelton Dinah*: *The Inter-American Human Rights Law of Indigenous Peoples*. *University of Hawai'i Law Review* 2/2013, s. 937–982.

*Sijniensky, Romina I.*: From the Non-Discrimination clause to the Concept of Vulnerability in International Human Rights Law. Teoksessa Yves Haeck, Brianne McGonigle Leyh, Clara Burbano Herrera, Diana Contreras Garduno (toim.): *The Realisation Of Human Rights: When Theory Meets Practice*. Intersentia 2014, s. 259–272.

*Simma, Bruno –Pulkowski, Dirk*: Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *The European Journal of International Law* 3/2006, s. 483–529.

*Simma, Bruno*: *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*. *The European Journal of International Law* 2/2009, s. 265–297.

*Tomuschat, Christian*: Human Rights: Between Idealism and Realism. Oxford University Press. Iso-Britannia 2.p. 2008.

*Treves, Tullio*: Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective. *Agenda Internacional*. 27/2009, s. 213–253.

*de Varannes, Fernand*: Article 10. Teoksessa Marc Weller (toim.): The Rights of Minorities in Europe: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities. Oxford University Press. Iso-Britannia. 2005.

*Vasak, Karel*: A 30-year struggle. *The Unesco Courier* 11/1977, s. 29–32.

*Walker, Neil*: The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review* 3/2002, s. 317–359.

*Wheatley, Steven*: Deliberative Democracy and Minorities. *European Journal of International Law* 3/2003, s. 507–527.

*Yupsanis, Athanasios*: ILO Convention N. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989–2009: An Overview. *Nordic Journal of International Law*. 3/2010, s. 433–456.

## Internet-lähteet

*Council of Europe – Treaty Office Chart of signatures and ratifications of Treaty 177: Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.* [http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p\\_auth=w7ZQNTfu](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=w7ZQNTfu) (14.9.2017)

*Council of Europe Treaty Office – Chart of signatures and ratifications of Treaty 148, European Charter for regional or Minority Languages.* [http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/148/signatures?p\\_auth=kWnfbmXu](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/148/signatures?p_auth=kWnfbmXu) (12.9.2017)

*Council of Europe Treaty Office – Chart of signatures and ratifications of Treaty 157: Framework convention for Protection of National Minorities.* [http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/157/signatures?p\\_auth=IN93Oxx3](http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/157/signatures?p_auth=IN93Oxx3) (12.9.2017)

*ILO NORMLEX – Ratifications of C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989.* [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:3765996055382077:::P11300\\_INSTRUMENT\\_SORT:1](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:3765996055382077:::P11300_INSTRUMENT_SORT:1) (12.9.2017)

*OAS – A-68 Signatories and Ratifications.* [http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_A-68\\_racism\\_signatories.asp](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-68_racism_signatories.asp) (13.9.2017)

*OAS – A-69 Signatories and Ratifications.* [http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_A-69\\_discrimination\\_intolerance\\_signatories.asp](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance_signatories.asp) (13.9.2017)

*United Nations Treaty Collection – 4. International Covenant on Civil and Political Rights.* [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en) (12.9.2017)

*United Nations Treaty Collection – Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights.* [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-5&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en) (12.9.2017)



## OIKEUSKÄYTÄNTÖ

### Amerikan ihmisoikeustuomioistuin ja ihmisoikeuskomissio

*Almonacid Arellano ja muut. v. Chile*, hakemus 12.057, 26.9.2006

*Atala Riffo and daughters v. Chile*, hakemus 12.502, 24.2.2012

*Gonzales ja muut v. Meksiko*, hakemukset 12.496, 12.497 ja 12.498, 16.11.2009

*Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, hakemus 12.465, 27.6.2012

*López Álvarez v. Honduras*, hakemus 12.387, 1.2.2006

*Mary ja Carrie Dann v. Yhdysvallat*, hakemus 11.140, raportti no. 75/02, 27.12.2002

*Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*, hakemus 12.053, raportti no. 40/04, 12.10.2004

*Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, hakemus 11.577, 31.8.2001

*Moiwana Community v. Suriname*, hakemus 11.821, 15.6.2005

*Neuvoa-antava mielipide G 101/81*, 13.11.1981

*Neuvoa-antava mielipide OC-16/99*, 1.10.1999

*Neuvoa-antava mielipide OC-18/03*, 17.9.2003

*Neuvoa-antava mielipide OC-6/86*, 9.5.1986

*Saramaka People v. Suriname*, hakemus 12.338, 28.11.2007

*Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, hakemus 0322/2001, 29.3.2006

*Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, hakemus 12.420, 24.8.2010

*Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, hakemus 12.313, sarja C-125, 17.6.2005

*YATAMA v. Nicaragua*, hakemus 12.388, 23.6.2005

**Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja ihmisoikeustoimikunta**

*Al-Skeini ja muut. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 55721/07, 7.7.2011

*Aziz v. Kypros*, hakemus 69949/01, 22.6.2004

*Beard v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 24882/94, 18.1.2001

*Buckley v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 20348/92, 29.9.1996

*Çam v. Turkki*, hakemus 51500/08, 23.2.2016

*Chagos Islanders v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 35622/04, 11.12.2012

*Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 27238/95, 18.1.2001

*Ciubotaru v. Moldova*, hakemus 27138/04, 27.4.2010

*Codona v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 485/05, 7.2.2006

*Connors v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 66746/01, 27.5.2004

*Coster v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 24876/94, 18.1.2001

*D.H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, hakemus 57325/00, 13.11.2007

*Engel ja muut v. Alankomaat*, hakemukset 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 ja 5370/72, 8.6.1976

*G. ja E. v. Norja*, hakemus 9278/81 ja 9415/81, 3.10.1989

*Golder v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 4451/70, 21.2.1975

*Gorzelik ja muut v. Puola*, hakemus 44158/98, 17.2.2004

*Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, hakemus 39013/04, 17.2.2009

*Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, hakemus 39013/04, 30.3.2010

*Henri Batasuna ja Batasuna v. Espanja*, hakemukset 25803/04 ja 25817/04, 30.6.2009

*Hingitaaq 53 v. Tanska*, hakemus 18584/04, 12.1.2006

- Hirst v. Yhdistynyt kuningaskunta (no.2)*, hakemus 74025/01, 30.3.2004
- Horváth ja Kiss v. Unkari*, hakemus 11146/11, 29.1.2013
- Jane Smith v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 25154/94, 18.1.2001
- Johti Sappmelaccat ry ja muut v. Suomi*, hakemus 4269/98, 18.1.2005
- Kiliç v. Turkki*, hakemus 22492/93, 28.3.2000
- Lavida ja muut v. Kreikka*, hakemus 7973/10, 30.3.2013
- L.C.B v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 14/1997/798/1001, 9.6.1998
- Lee v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 25289/94, 18.1.2001
- Lindsay ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 8364/78, 8.3.1979
- Liberal party, Mrs R. & Mr P. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 8765/79, 18.12.1980
- Loizidou v. Turkki (Preliminary Objections)*, hakemus 15318/89, 23.3.1995
- Mathieu-Mohin ja Clerfayet v. Belgia*, hakemus 9267/81, 2.3.1987
- Magnago ja Südtiroler Volkspartei v. Italia*, hakemus 25035/94, 15.4.1996
- Muñoz Díaz v. Espanja*, hakemus 49151/07, 8.12.2009
- Nachova ja muut v. Bulgaria*, hakemukset 43577/98 ja 43579/98, 6.7.2005
- Oršuš ja muut v. Kroatia*, hakemus 15766/03, 16.3.2010
- Osman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 87/1997/871/1083, 28.10.1998
- Ouranio Toxo ja muut v. Kreikka*, hakemus 74989/01, 20.10.2005
- Partei die Friesen v. Saksa*, hakemus 65480/10, 28.1.2016
- Pilav v. Bosnia-Hertsegovina*, hakemus 41939/07, 9.6.2016
- Podkolzina v. Latvia*, hakemus 46726/99, 9.4.2002

*Sampani ja muut v. Kreikka*, hakemus 59608/09, 11.12.2012

*Sampanis ja muut v. Kreikka*, hakemus 32526/05, 5.6.2008

*Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, hakemukset 29221/95 ja 29225/95, 2.10.2001

*Sejdić ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina*, hakemukset 27996/06 ja 34836/06, 22.12.2009

*Sidiropoulos ja muut v. Kreikka*, hakemus 57/1997/841/1047, 10.7.1998

*Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta*, hakemus 5856/72, 25.4.1978

*Tănase v. Moldova*, hakemus 7/08, 7.4.2010

*United Communist Party Of Turkey ja muut v. Turkki*, hakemus 133/1996/752/951, 30.1.1998

*United Macedonian Organisation Ilinden-Pirin ja muut v. Bulgaria*, hakemus 594/00, 20.10.2005

*Winterstein ja muut v. Ranska*, hakemus 27013/07, 17.10.2013

*Yordanova ja muut v. Bulgaria*, hakemus 25446/06, 24.4.2012

*Yazar ja muut v. Turkki*, hakemukset 22723/93, 22724/93 ja 22725/93, 9.4.2002

*Yumak ja Sadak v. Turkki*, hakemus 10226/03, 8.7.2008

*Ždanoka v. Latvia*, hakemus 58278/00, 16.3.2006

*Zornić v. Bosnia-Hertsegovina*, hakemus 3681/06, 15.7.2014

*Öneryildiz v. Turkki*, hakemus 48939/99, 30.11.2004

### **Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea**

*European Roma Rights Centre v. Bulgaria*, hakemus 31/2005, 18.10.2006

*European Roma Rights Centre v. Italia*, hakemus. 27/2004, 21.10.2005

*European Roma Rights Center v. Ranska*, hakemus 51/2008, 26.10.2009

*International Association Autism-Europe (IAAE) v. Ranska*, hakemus. 13/2002, 7.11.2003

**Euroopan unionin tuomioistuin**

Asia C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, tuomio 22.11.2005

Asia C-415/10 *Galina Meister v. Speech Design Carrier*, tuomio 19.4.2012

Asia C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn*, tuomio 10.7.2008

Asia C-555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, tuomio 19.1.2010

Asia C-83-14, *CHEZ Razpredelne Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*, tuomio 16.7.2015.

Yhdistetyt asiat C-402/05 P ja C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. neuvosto ja komissio*, tuomio 3.9.2008.

**YK:n ihmisoikeuskomitea**

*Ángela Poma Poma v. Peru*, hakemus no. 1457/2006, UN Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, 27.3.2009

*Antonina Ignatane v. Latvia*, hakemus no. 884/1999, UN Doc. CCPR/C/72/D/884/1999, 25.7.2001

*Apirana Mahuika ja muut v. Uusi-Seelanti*, hakemus no. 547/1993, UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 27.10.2000

*Chief Bernard Ominayak ja Lubicon Lake Band v. Kanada*, hakemus no. 167/1984, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984, 26.3.1990

*Ivan Kitok v. Ruotsi*, hakemus 197/1985, UN Doc. CCPR/C/33/D/197/198, 27.7.1988

*J.G.A Diergaardt ja muut v. Namibia*, hakemus no. 760/1997, UN Doc. CCPR/C/69/D/760/1997, 6.9.2000

*Länsman ja muut. v Suomi*, hakemus no. 511/1992, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, 8.11.1994

*Maria Cruz Achabal Puertas v Espanja*, hakemus no. 1945/2010, UN Doc. CCPR/C/107/D/1945/2010, 18.6.2013

*Marshall v. Kanada*, hakemus no. 205/1986, UN Doc. CCPR/C/43/D/205/1986, 4.11.1991

**LYHENTEET**

AIS	Amerikan ihmisoikeussopimus
AIT	Amerikan ihmisoikeustuomioistuin
CERD-sopimus	Kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus
CERD-komitea	YK:n rotusyrjinnän poistamista käsittelevä komitea
ECRI	Euroopan rasminvastainen komissio
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EN	Euroopan neuvosto
ESP	Euroopan sosiaalinen peruskirja
Etyj	Euroopan turvallisuus- ja yhteistyöjärjestö
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
ILO 169	Yleissopimus itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoista
ILO	Kansainvälinen työjärjestö
KP-sopimus	Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus
LPK	Lisäpöytäkirja
OAS	Amerikan valtioiden järjestö (Organization of American States)
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
TSS-komitea	Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen noudattamista valvova komitea
TSS-sopimus	Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva yleissopimus
Unesco	Yhdistyneiden kansakuntien kasvatus-, tiede ja kulttuurijärjestö
YK	Yhdistyneet kansakunnat
WHO	Maailman terveysjärjestö

# 1 JOHDANTO

## 1.1 Johdatus tutkimuksen problematiikkaan

Vuonna 1977 tšekkiläis-ranskalainen oikeusoppinut *Karel Vasak* kategorisoi ihmisoikeudet tavalla, joka on sittemmin vakiintunut ihmisoikeustutkimuksessa<sup>1</sup>. *Vasak* jäseni ihmisoikeudet kolmeen sukupolveen: Jäsennyksen ensimmäistä sukupolven ihmisoikeudet ovat luonteeltaan kansalais- ja poliittisia oikeuksia. Tähän kategoriaan kuuluu esimerkiksi oikeus vapauteen ja turvallisuuteen, sananvapaus sekä oikeus äänestää. Kategorian oikeudet on turvattu esimerkiksi kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevassa kansainvälisessä ihmisoikeussopimuksessa (jälj. KP- sopimus) sekä Amerikan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksissa (jälj. AIS ja EIS). – Toisen sukupolven oikeudet ovat puolestaan luonteeltaan taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä (TSS-oikeudet). Tällaisia oikeuksia ovat esimerkiksi oikeus työhön, sosiaaliturvaan ja koulutukseen. TSS-oikeuksia sisältää esimerkiksi YK:n taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (SopS 6/1976, jälj. TSS-sopimus). Nämä kaksi sukupolvea muodostavat ihmisoikeuksien ytimen. Näistä me yleensä puhumme, kun puhumme ihmisoikeuksista.

*Vasakin* jäsennyksen mukaisen kolmannen sukupolven ihmisoikeudet ovat niin kutsuttuja solidaarisuus-oikeuksia. *Vasak* mainitsee esimerkkeinä oikeuden rauhaan, oikeuden puhtaaseen ympäristöön sekä oikeuden nauttia ihmiskunnan yhteisestä perinnöstä. Tyypillistä kolmannen kategorian oikeuksille on se, että niihin liittyy olennaisesti kollektiivinen elementti.<sup>2</sup> Kolmannen sukupolven osalta on myös käyty keskustelua siitä, voidaanko tämän kategorian normeja ylipäätään pitää ihmisoikeuksina. Esimerkiksi *Tomuchat* katsoo, että olisi täsmällisempää määritellä kolmannen kategorian oikeudet pikemminkin tavoitteiksi, joihin kansainvälinen yhteisö on sitoutunut<sup>3</sup>.

Tämän tutkimuksen aihepiiriin kuuluvat vähemmistöjen suojelua koskevat normit on tyypillisesti jäsennetty osaksi kolmannen sukupolven ihmisoikeuksia. Vähemmistöjen suojeluun liittyvä multilateraalinen kansainvälinen oikeus alkoi kehittyä erityisesti 1980-luvulta alkaen. Intressi suojella vähemmistöjä ei kuitenkaan ole uusi, sillä jo Kansainliiton aikakaudella oli olemassa erilaisia vähemmistöjen suojelua koskevia bilateraalisia sopimuksia. Vähemmistöjen suojelu jäi kuitenkin taka-alalle toisen maailmansodan jälkeen kahden ensimmäisen kategorian ihmisoikeuksien esiinnousun myötä.

---

<sup>1</sup> *Vasak* 1977, s. 29–32.

<sup>2</sup> *Vasak* 1977, s. 29.

<sup>3</sup> *Tomuschat* 2008, s. 58–60.

Tuohon aikaan yleisesti katsottiin, että ne riittävät turvaamaan myös vähemmistöjen oikeudet yhteiskunnissa.<sup>4</sup>

Vähemmistöjen suojelun renessanssin voidaan katsoa alkaneen, kun alkoi käydä selväksi, että yksilölle suunnatut ihmisoikeudet eivät riittävästi huomio vähemmistöjen erityistarpeita. Esimerkiksi oikeus syrjimättömään kohteluun ei riitä takaamaan vähemmistöjen yhdenvertaista asemaa yhteiskunnassa, jos vähemmistön valmiiksi heikkoa sosioekonomista asemaa ei huomioida. Siksi todellisen yhdenvertaisuuden saavuttamiseksi on usein nähty tarvetta vähemmistöjen asemaa aktiivisesti tukeville normeille.<sup>5</sup> Kahden ensimmäisen kategorian ihmisoikeudet eivät myöskään riittävästi suojaa vähemmistökulttuureiden erityispiirteitä. Vähemmistöjen suojeluun liittyvät normit ovat tarpeen, jotta voidaan tukea vähemmistöjen kulttuuria ja estää niiden sulautuminen valtakulttuuriin.<sup>6</sup> Lisäksi vähemmistöjen suojeluun huomioiminen tukee yhteiskuntarauhaa, mikä puolestaan on perusedellytys kahden ensimmäisen kategorian ihmisoikeuksien toteutumiselle.<sup>7</sup>

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan ensimmäisen sukupolven ihmisoikeuksien ja kolmanteen sukupolven kuuluvien vähemmistön suojelun normien välistä rajapintaa. Mielenkiinnon kohteena on vähemmistöjen suojeluun liittyvien normien vaikutus ensisijaisesti ensimmäisen sukupolven ihmisoikeuksia valvovien Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (jälj. EIT) ja Amerikan ihmisoikeustuomioistuimen (jälj. AIT) oikeuskäytännöissä. Sukupolvien erilaisesta luonteesta johtuen vähemmistöjen intressit edellyttävät usein yhteisön aseman huomioimista. Jos kollektiivisia vaikutuksia ei huomioida, se saattaa johtaa vähemmistöille epäsuotuisaan tulkintaan ensimmäisen sukupolven ihmisoikeuksien tulkinnassa. Voidaan kuitenkin olettaa, että vähemmistöjen suojelua koskevan kansainvälisoikeudellisen normiston kehityttyä viimeisten vuosikymmenten aikana, myös ihmisoikeustuomioistuinten paine tulkita ihmisoikeussopimuksia vähemmistöjen suojeluun liittyvät standardit huomioiden on lisääntynyt. Ihmisoikeustuomioistuinten edellytyksiä huomioida vähemmistöjen suojeluun liittyvät normit edesauttaa niiden suosima ihmisoikeussopimusten evolutiivinen tulkintamalli.

Tarkasteltavien ihmisoikeustuomioistuinten suhtautumisella on merkitystä myös vähemmistöihin suojelun standardien vakiintumisen osalta, sillä tuomioistuimet ovat suuria auktoriteetteja toimintaympäristöissään. Pääsääntöisesti jäsenvaltiot siis noudattavat ja kunnioittavat niiden ratkaisuja.

---

<sup>4</sup> Ks. *Kymlicka* 2007, s. 28–31.

<sup>5</sup> Ks. *Eide* 2014, s. 24–25.

<sup>6</sup> Ks. *O'niions* 2012, s. 53–54; *Eide* 2014, s. 25.

<sup>7</sup> *Kymlicka* 2007, s. 47; *Eide* 2014, s. 25.



## 1.2 Tutkimuskysymykset, tutkimusmenetelmä ja saavutettavan tiedon luonne

Tämä tutkimuksen tiedonintressi kiteytyy kahteen pääkysymykseen ja yhteen alakysymykseen. Tutkimuksessa tarkastellaan ensinäkin:

- *miten Amerikan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten lähestymistavat eroavat toisistaan vähemmistöjen suojeluun liittyvissä oikeuskäytännöissä?*

Ensimmäinen pääkysymyksen tarkoitus on antaa kokonaiskuva aihepiiristä ja pohjustaa tutkimuksen näkökulmaan liittyvää toista pääkysymystä. Tutkimuksen aihetta nimittäin tarkastellaan läpiluotavasti oikeudellisen pluralismin näkökulmasta, keskittyen siihen:

- *miten AIT ja EIT hyödyntävät kansainvälisen oikeuden lähteitä etnisiä vähemmistöjä koskevissa tuomioissaan?*

Kansainvälisen oikeuden lähteiden osalta huomioidaan etenkin vähemmistöjen suojeluun liittyvät standardit. Sitä, mitkä ovat vähemmistöjen suojeluun liittyviä standardeja tulkitaan tässä tutkimuksessa kuitenkin inklusiivisesti. Tutkimuksessa siis huomioidaan myös ne kansainvälisen oikeuden lähteet, jotka eivät ensisijaisesti identifioitu vähemmistöjen suojeluun liittyviksi normeiksi. Lisäksi teemaan liittyvänä alakysymyksenä kiinnitetään erityistä huomiota siihen:

- *onko kyseisten ihmisoikeustuomioistuinten välillä havaittavissa keskinäistä vuorovaikutusta?*

Tältä osin tavoitteena on tutkia suorien viittausten lisäksi esimerkiksi kansainvälisen tapaoikeuden kehityksenä ilmenevää epäsuoraa vuorovaikutusta. Alakysymyksen osalta tutkimukseen liittyy myös institutionaalinen aspekti: tutkimuksessa saadaan pieneltä osin selville tietoa näiden kahden kansainvälisestä instituution välisestä vuorovaikutussuhteesta.

Jo tutkimuskysymysten kirjoitusasusta voidaan havaita, että tutkimuskysymysten tiedonintressi edellyttää vertailua. Tutkimuskysymyksiin ei ole mahdollista vastata tarkastelemalla vain toista oikeusjärjestyksistä, vaan vastaukset löytyvät näiden kahden oikeusjärjestyksen välisestä suhteellisuudesta: siis siitä, mitä yhdestä oikeusjärjestyksestä voidaan todeta, kun verrataan sitä toiseen. Oikeusjärjestysten erot, yhtäläisyydet ja vuorovaikutus ilmenevät vain perehdyttäessä oikeusjärjestyksiin rinnakkaisesti. Tiedonintressin vertailuperusteinen luonne ohjaa keskeisesti tutkimusmenetelmän valintaa. Oikeustieteellisessä tutkimuskentässä tämä tutkimus onkin luokiteltavissa ensisijaisesti oikeusvertaillevaksi tutkimukseksi.

Oikeustieteessä kukoistaa metodologinen avoimuus. Myöskään oikeusvertailevalle tutkimukselle ei ole olemassa standardoituja tutkimusmetodeja.<sup>8</sup> *Husan* mukaan oikeusvertaileva tutkimus on yhdistelmä oikeudellisen tutkimuksen eri lähestymistapoja: mielekäs oikeusvertailu ei irrottaudu oikeusdogmaattisesta lähestymistavasta vertailtavia oikeusjärjestyksiä kohtaan, mutta toisaalta oikeusvertailu edellyttää myös perehtymistä oikeuden historiallisiin ja yhteiskunnallisiin ulottuvuuksiin.<sup>9</sup> *Husa* näkee oikeusvertaillulla olevan yhteys oikeusteoreettiseen tutkimusmenetelmään. Hänen mukaansa molemmat menetelmät tarkastelevat oikeudellista kieltä ja oikeudellisia käsitteitä vapaana tiukan järjestelmäkohtaisesta näkökulmasta.<sup>10</sup>

Tässä tutkimuksessa tarkasteltavat oikeusjärjestykset ovat ylikansallisia, ihmisoikeuksia turvaavia oikeusjärjestyksiä. Kirjoitetun lainsäädännön sijaan tutkimuksessa korostuvat tuomioistuinten ratkaisut, minkä vuoksi myös tuomioistuinten kielellisillä ilmaisuilla on tutkimuksessa korostunut merkitys. Tämä ohjaa tutkimusmetodin valintaa. Tutkimuksessa oikeuskäytäntöjä lähestytään laadullisin menetelmin. Oikeusdogmatiikka näkyy tutkimuksessa tavoitteena määrittää oikeusjärjestysten tila suhteessa vähemmistöjen suojeluun. Myös *Husan* mainitsema historiallinen ja yhteiskunnallinen ulottuvuus korostuu tutkimuksessa, sillä tuomioistuimet toimivat erilaisin toimivaltuuksin varsin erilaisissa toimintaympäristössä

Tutkimuksen oikeusvertaileva luonne on otollinen tietoperustan laajentamiseksi. Vertailtaessa oikeudelliset käytännöt etuineen ja sudenkuoppineen erottuvat selkeämmin kuin silloin, jos tutkittaisiin vain yhtä oikeusjärjestystä<sup>11</sup>. Tutkimuksen tavoitteena onkin ensisijaisesti tiedon tuottamisen lisäksi toimivien käytäntöjen löytäminen. Tavoitteena on löytää eroja, yhtäläisyyksiä ja toimivia käytäntöjä sekä vähemmistöjen suojeluun suhtautumisessa että kansainvälisen oikeuden hyödyntämisessä.

Oikeusvertailulle tyypillisesti tutkijan näkökulma tutkittaviin aineistoihin on sekä ulkoinen että sisäinen. AIT oikeuskäytäntöä on mahdollista tutkia oikeusjärjestyksen ulkopuolisen tarkkailijan silmin. Sen sijaan EIT:n oikeuskäytäntöön ei ole mahdollista ottaa kantaa oikeusjärjestyksen ulkopuolelta. Tämä on tiedostettava arvioitaessa tuotetun tiedon objektiivisuutta. Toki ylikansallisena oikeusjärjestyksenä myöskään EIS:n oikeusjärjestys ei näyttäydy arjessa niin vahvasti, että siihen liittyisi esimerkiksi vahvoja objektiivista arviointia summentavia tuntemuksia.

---

<sup>8</sup> Ks. *Hirvonen* 2011, s. 5–10.

<sup>9</sup> Ks. *Husa* 2013, s. 91–102.

<sup>10</sup> *Husa* 2013, s. 102.

<sup>11</sup> *Husa* 2013, s. 84.

Lisäksi on syytä huomioida, että tutkimuksessa saavutettavan tiedon luonne on korostuneen spekulatiivista, sillä oikeustapauksiin pohjautuvien oikeusjärjestysten analysointiin liittyy epävarmuustekijöitä. On esimerkiksi vaikea vastata kysymykseen siitä, milloin tietyn tulkintalinjan voidaan katsoa vakiintuneen. Tai siihen, ovatko tietyssä ratkaisussa käytetyt argumentit kontekstisidonnaisia vai ovatko ne yleistettävissä osaksi vallitsevaa oikeustilaa. Tutkimuksessa esitetty tieto oikeustilan luonteesta pohjautuu lopulta tutkijan argumenttien kantokykyyn. – Toisaalta oikeuskäytäntöihin perustuvien oikeustilojen korostuneessa epäselvyydessä on myös myönteisiä puolia. Epäselvyys nimittäin luo hedelmällisen pohjan tutkimukselle ja oikeudelliselle jatkokeskustelulle.

### 1.3 Teoreettis-käsitteelliset rajaukset

Tutkimuksessa on tiettyjä toistuvia käsitteitä, joiden sisältöä on syytä selventää. Keskeisin näistä käsitteistä on varmasti ”vähemmistö”. Kansainvälisessä oikeudessa ei ole olemassa yleisesti hyväksyttyä määritelmää kyseiselle termille. Määritelmälle ei ole nähty tarvetta, koska tarkkarajainen määritelmä johtaisi olettamaan, jonka mukaan kaikilla määritelmän täyttävillä vähemmistöillä olisi samansisältöiset oikeudet. Toisaalta kiinteä määritelmä aiheuttaisi sen, että jotkut ryhmät voisivat jäädä täysin vähemmistöjen suojelua koskevien normien ulkopuolelle. Kansainvälisessä oikeudessa onkin omaksuttu käytännönläheisempi lähestymistapa, jossa tietyn vähemmistöryhmän oikeuksien laajuus korreloi esimerkiksi vähemmistön koon ja yhteiskunnallisen aseman kanssa.<sup>12</sup>

Tutkimuksen rajaamisen kannalta joustava vähemmistön määritelmä aiheuttaa luonnollisesti kuitenkin ongelmia. On tehtävä valintoja siitä, millaisten vähemmistöjä tutkimuksessa tarkastellaan. Tässä tutkimuksessa käytettävä työmääritelmä pohjautuu YK:n vähemmistöjen suojelun erikoisraporttoijana toimineen *Francesco Capotorti*n vähemmistömääritelmä: “*A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members - being nationals of the State - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language*”<sup>13</sup>.

Capotorti huomioi, että vähemmistöillä on etnisiä, uskonnollisia tai kielellisiä ominaisuuksia, jotka erottavat ne muusta väestöstä. Tässä tutkimuksessa keskitytään ensisijaisesti etnisesti erottautuviin vähemmistöihin liittyvien oikeuskäytäntöjen tarkasteluun. Tutkimuksessa tiedostetaan, että etnisyys

<sup>12</sup> Ks. *Eide* 2010, s. 171.

<sup>13</sup> *Capotorti* 1979, kohta 568.

on käsitteenä monitulkintainen ja sikäli vaikeasti hallittava. Käsitteeseen ei kuitenkaan ole tarpeellista pureutua, sillä tutkimuksessa käsitettä käytetään ensisijaisesti eron tekemiseksi ei-etnisiin vähemmistöihin. Näin ollen tutkimuksen ulkopuolelle rajautuvat esimerkiksi uskonnolliset vähemmistöt, joilla ei välttämättä ole uskonnon lisäksi muuta yhteistä sidosta.

Lisäksi vähemmistöt on oikeuskirjallisuudessa usein jaoteltu vanhoihin ja uusiin vähemmistöihin. Vanha vähemmistö on väestö, joka on ollut tietyn valtion alueella jo ennen nykyisen valtion muodostamista. Sen sijaan uusi vähemmistö viittaa väestöön, joka on muuttanut valtion alueelle vasta valtion muodostamisen jälkeen. Vanhalla vähemmistöllä on tyypillisesti nähty olevan moraalinen oikeutus uutta vähemmistöä laajempaan itseohjautuvuuteen, koska ne ovat joutuneet historian saatossa alistetuiksi valtioiden vallankäyttöpiiriin. Uudet vähemmistöt puolestaan ovat tulleet valtioihin ikään kuin vieraaksi, minkä vuoksi pyrkimys vähemmistöjen aktiiviseen integrointiin osaksi yhteiskuntaa on nähty hyväksyttävämmäksi.<sup>14</sup>

Mielekkään tutkimusasetelman luomiseksi tutkimus rajautuu vanhoihin vähemmistöihin. AIT:n vähemmistöihin liittyvää oikeuskäytäntöä nimittäin hallitsevat vanhoihin vähemmistöihin jäsenettäviin alkuperäiskansoihin liittyvät tapaukset. Käytännössä monet alkuperäiskansat mahtuvat myös *Caportin* määritelmän raameihin – tosin alkuperäiskansat voivat olla myös hallitsevassa asemassa.

Myöskään alkuperäiskansan käsitteelle ei ole yleisesti hyväksyttyä määritelmää. Monesti oikeuskirjallisuudessa viitataan kuitenkin YK:n alkuperäiskansojen kohtaaman syrjinnän vastaisen raporttoijan *Martinez Cobon* esittämään määritelmään: “*Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems*”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> *Eide* 2010, s. 183. On huomattava, että kansainvälinen oikeus ei yksiselitteisesti tue uusi ja vanha diktonomiaa. Esimerkiksi YK:n vähemmistöoikeuksien julistuksessa viitataan vähemmistöihin, sen sisältöä tarkemmin jäsentämättä. Myöskään YK:n KP-sopimuksen vähemmistöjä koskeva 27 artikla ei tee tunnista eroa uusien ja vanhojen vähemmistöjen välillä. Pontta jaottelulle on kuitenkin löydettävissä kuitenkin EN:n kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevasta puiteyleissopimuksesta. Sopimuksessa käytetty termi ”kansallinen vähemmistö” on aiheuttanut sen, että osa sopimusvaltioista soveltaa sopimusta vain niin kutsuttuihin vanhoihin vähemmistöihin.

<sup>15</sup> *Martinez Cobo* 1986, kohta. 379. Vrt. ILO 169 -sopimuksen 1 artiklan määritelmä.

Helpoiten tunnistettavissa ovat kansat, jotka joutuivat meren yli saapuneiden eurooppalaisten valloittajien alistamiksi<sup>16</sup>. Siksi alkuperäiskansat on verraten helppo tunnistaa Amerikassa, Australiassa ja Uudessa-Seelannissa. Näillä alueilla myös kontrasti alkuperäiskansojen ja myöhemmin saapuneen väestön välillä on suuri. Sen sijaan Aasiassa, Afrikassa ja Euroopassa on toisinaan vaikeaa tehdä jaottelua alkuperäiskansojen ja muun väestön välillä, koska maanosien asuttamisprosessi on kestänyt tuhansia vuosia. Tämä on tasoittanut ensimmäisinä alueilla olleiden väestöryhmien ja myöhemmin saapuneiden väestöjen välistä kontrastia.<sup>17</sup> – On tärkeää huomata, että alkuperäiskansoja koskeva kansainvälinen oikeus on osin irtautumassa vähemmistöjen suojeluun liittyvästä kansainvälisestä oikeudesta<sup>18</sup>. Silti alkuperäiskansoja ja muita vähemmistöjä yhdistävät tietyt yhteiset intressit, kuten esimerkiksi halukkuus tietynasteiseen itsemääräämisoikeuteen.

#### 1.4 Sisällölliset rajaukset

Tutkielman muut rajaukset liittyvät vähemmistöjen suojelun tematiikkaan. Vähemmistöjen suojeluun liittyvät normit on usein jaoteltu neljään kategoriaan, osin niiden historiallista kehitystä mukaillen<sup>19</sup>. Normikategoriat liittyvät vähemmistöjen (1) fyysiseen olemassa oloon<sup>20</sup>, (2) identiteettien suojelemiseen ja tukemiseen<sup>21</sup>, (3) syrjinnän ehkäisemiseen ja yhdenvertaisen aseman luomiseen<sup>22</sup>, sekä (4) tehokkaaseen julkiseen elämään osallistamiseen<sup>23</sup>. Tässä tutkimuksessa ihmisoikeustuomioistuinten oikeuskäytäntöjä tarkastellaan tähän kategorisointiin pohjautuen, mutta tarkasteluun kohdistuu tiettyjä rajauksia.

Tutkimuksen ulkopuolelle rajataan ihmisoikeustuomioistuinten ensimmäiseen kategoriaan, eli fyysiseen olemassaoloon liittyvä oikeuskäytäntö. Fyysinen koskemattomuus on ehkä ihmisoikeustuomioistuinten luonteen kannalta parhaiten niiden sovellettavissa. Tähän kategoriaan ei kuitenkaan liity

<sup>16</sup> *Kymlicka* 2007, s. 266.

<sup>17</sup> *Nobirabo Musafiri* 2012, s. 491.

<sup>18</sup> *Kymlickan* mukaan perusteet alkuperäiskansojen oikeuksien eriytyemisellä kumpuavat juuri näiden vähemmistöjen erityisen haavoittuvasta asemasta ja niiden kohtaamasta suuresta historiallisesta vääryydestä. Tämän vuoksi alkuperäiskansoilla on katsottu olevan vahva oikeutus itsehallintoon ja niille kuuluviin maa-alueisiin. ks. *Kymlicka* 2007, s. 31–36.

<sup>19</sup> Ks. esim. *YK:n ihmisoikeuskomissaari: Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation* 2010; *Malloy et al.* 2008, s. 36–38; *Arai-Takahashi* 2010, s. 220–221. *Malloyn* tutkimusryhmän jäsenyyksessä toinen ja kolmas kategoria ovat toisin päin.

<sup>20</sup> “Survival and existence”.

<sup>21</sup> “Promotion and protection identities of minorities”.

<sup>22</sup> “Equal treatment and non-discrimination”.

<sup>23</sup> “Effective and meaningful participation cultural, social and economic life and in public affairs”.

kovin suurta tutkimuksellista mielenkiintoa, koska fyysiseen koskemattomuuteen liittyvät normit eivät sinänsä juuri poikkea muiden väestöryhmien oikeudesta fyysiseen koskemattomuuteen.

Muiden kategorioiden valossa tuomioistuinten oikeuskäytäntöjä tarkastellaan, mutta niihinkin kohdistuu tiettyjä rajoituksia: Vähemmistöjen toiseen kategoriaan kuuluvaa identiteetin suojaamiseen ja tukemiseen liittyvää oikeuskäytäntöä tarkastellaan pääsääntöisesti kokonaisuudessaan, mutta ensisijaisesti vähemmistöjen kulttuuri-identiteetin kannalta. Syrjinnän ehkäisemiseen ja yhdenvertaisen aseman luomisen osalta tutkimuksessa kiinnitetään huomiota erityisesti siihen, miten ihmisoikeustuomioistuimet edellyttävät sosioekonomisen yhdenvertaisuuden toteutumista vähemmistöihin liittyvissä oikeuskäytännöissään. Myös neljänteen kategoriaan kohdistuu tutkimuksellisia rajoituksia. Kategoria on nimittäin varsin laaja, sillä siihen kuuluvat normit, joilla vähemmistöt pyritään osallistamaan täysimääräisesti valtion poliittiseen, kulttuurilliseen, sosiaaliseen ja taloudelliseen elämään<sup>24</sup>. Kyseisen kategorian osalta tutkimus rajautuu siten, että tarkastelun keskiössä on vähemmistöjen oikeus osallistua niitä koskevaan ja niitä koskemattomien päätösten tekoon. Tätä rajausta tukee se, että ihmisoikeussopimukset sisältävät poliittiseen osallistumiseen liittyviä oikeuksia. Sen sijaan kyseisen kategorian muut elementit liittyvät linkittyvät pääsääntöisesti TSS-oikeuksiin, joita ihmisoikeussopimukset eivät pääsääntöisesti turvaa.

## 1.5 Tutkimuksen kohteiden vertailtavuus

### 1.5.1 Ihmisoikeustuomioistuinten keskeiset erot

Tässä yhteydessä tarkastellaan muutamia tutkielman kannalta olennaisia eroja, jotka on syytä huomioida oikeuskäytäntöjen vertailussa. Vertailevalla metodilla hyödyntävän tutkimuksessa vertailun kohteiden on oltava vertailtavissa. Kohteilla on siis oltava yhteisiä ominaisuuksia tai piirteitä, jotka muodostavat vertailun yhteisen nimittäjän. Silti vertailun kohteiden ei tarvitse olla täysin yhteismitallisia.<sup>25</sup>

Ensinäkin on tärkeää huomata, että AIT:illa on käytössään EIT:ta kattavampi juridinen työkalupakki. EIT:n toimivalta rajoittuu Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen lisäpöytäkirjojen tulkintaan. AIT:illa on Amerikan ihmisoikeussopimuksen lisäksi toimivalta tulkita myös OAS:n henkilöiden

<sup>24</sup> Malloy et al. 2008, s. 37–38.

<sup>25</sup> Husa 2013, s. 186.

sieppauksia koskevaa yleissopimusta<sup>26</sup>, kidutuksen vastaista yleissopimusta<sup>27</sup> sekä TSS-oikeuksia sisältävän AIS:n San Salvadorin lisäpöytäkirjan oikeutta koulutukseen ja oikeutta ammatilliseen järjestäytymiseen<sup>28</sup>. Lisäksi AIT on pyrkinyt aktiivisesti osoittamaan kompetenssia tulkita OAS:n naisten kohtaaman väkivallan vastaista sopimusta<sup>29</sup>.

Toinen keskeinen ero ihmisoikeustuomioistuinten välillä on niiden valitusjärjestelmässä. Vuonna 1998 voimaan tullut 11. lisäpöytäkirja uudisti Euroopan järjestelmää niin, että yksilöt ja valtiot voivat osoittaa valitukset suoraan EIT:lle<sup>30</sup>. AIS:n valvontajärjestelmä puolestaan jakautuu yhä kahdelle toimijalle: ihmisoikeuskomissiolle ja ihmisoikeustuomioistuimelle<sup>31</sup>. Yksilöt eivät voi valittaa suoraan Amerikan ihmisoikeustuomioistuimeen, vaan valitus on osoitettava komissiolle. Komissio puolestaan voi ohjata valituksen tuomioistuimen tutkittavaksi vain, jos vastaajavaltio ei ole seurannut valtiolle antamaa ohjeistusta ja jos valtio on hyväksynyt AIT:n toimivallan<sup>32</sup>. Vain valtiovalituksen voi osoittaa suoraan tuomioistuimelle, eikä esivaihetta komissiossa tarvita<sup>33</sup>. AIT:lla on myös EIT laajempi toimivalta antaa ihmisoikeussopimuksen tulkintaa koskevia neuvoa-antavia mielipiteitä<sup>34</sup>. Neuvoa-antavat mielipiteet ovatkin merkittävä osa tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. Vaikka vain tuomioistuimen ratkaisut valituksia koskevissa asioissa ovat jäsenvaltioita sitovia, myös AIT:n neuvoa-antavat mielipiteet ovat luonteeltaan painavia ja jäsenvaltioita moraalisesti velvoittavia<sup>35</sup>.

Kolmas huomattava ero on tuomioistuinten ratkaistavaksi tulevien valitusten määrässä ja niiden luonteessa. EIT ratkaisee vuosittain moninkertaisesti enemmän tapauksia kuin AIT. Esimerkiksi vuonna 2016 EIT antoi yhteensä 1926 ratkaisua<sup>36</sup>. Samana vuonna AIT ratkaisi vain 21 tapausta, joista 7 oli neuvoa-antavia mielipiteitä<sup>37</sup>. On selvää, että volyymieron johdosta EIT:n oikeuskäytäntö on voinut

<sup>26</sup> Inter-American Convention on Forced Disappearance, XIII artikla.

<sup>27</sup> Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 8 artikla. Sopimuksessa ei suoranaisesti tunnisteta AIT:n oikeudenkäyttövaltaa, mutta sopimuksen 8 artikla mahdollistaa tulkinnan kansainvälisessä foorumissa, jonka oikeudenkäyttövallan jäsenvaltiot ovat tunnustaneet.

<sup>28</sup> Additional Protocol of San Salvador, 19(6) artikla.

<sup>29</sup> Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women. Tapauksessa *Gonzales ja muut v. Meksiko* (16.11.2009) AIT tulkitsi kyseistä sopimusta valtion vastustuksesta huolimatta. Ks. *Antkowiak – Gonza* 2017, s. 14–15.

<sup>30</sup> Ks. *Pellonpää et al.* 2012, s. 141–145.

<sup>31</sup> Ks. Amerikan ihmisoikeussopimus, II-osa.

<sup>32</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 62(1) artikla. Valtio voi hyväksyä tuomioistuimen toimivallan myös määräajaksi tai ad hoc -perusteisesti.

<sup>33</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 61(1) artikla.

<sup>34</sup> AIT voi antaa AIS:n tulkintaa koskevia mielipiteitä OAS:n jäsenvaltion pyynnöstä. Tuomioistuin voi myös arvioida jäsenvaltion lainsäädännön ja AIS:n ristiriidattomuutta. Amerikan ihmisoikeussopimus, 64 artikla. Vrt. EIT voi antaa neuvoa-antavan mielipiteen vain EN:n ministerikomitealle.

<sup>35</sup> *Pasqualucci* 2013, s. 89.

<sup>36</sup> *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: The ECHR in facts & figures 2016*, s 8.

<sup>37</sup> *Amerikan ihmisoikeustuomioistuin: Annual Report 2016*, s. 54–66.

kehittyä systematisoituneemmaksi ja hienojakoisemmaksi. Numerot eivät kuitenkaan kerro koko totuutta AIT:n työmäärästä sikäli, että AIT:n ratkaisut ovat luonteeltaan usein EIT:n ratkaisuja laajempia kokonaisuuksia, jotka liittyvät usein massiivisiin ja vakaviin ihmisoikeusloukkauksiin. Tämän taustalla voidaan nähdä olevan etenkin latinalaisen Amerikan totalitaristinen historia ja valtioiden demokratiakehityksen nuoruus.

Myös valtion rooli tuomioistuinten ratkaisuissa on erilainen. EIT nimittäin jättää ratkaisuissaan valtioille usein toissijaisuusperiaatteeseen ja suhteellisuusperiaatteeseen perustuvan harkintamarginaalin, jonka rajoissa valtio voi toteuttaa sopimuksen oikeuksia. Harkintamarginaalin laajuus vaihtelee asiayhteydestä riippuen.<sup>38</sup> Käytännössä harkintamarginaali saattaa kuitenkin johtaa liiasta suvereniteetin kunnioituksesta johtuvaan tietynlaiseen ihmisoikeusminimalismiin. – AIT:lla on sen sijaan taipumus tulkita sopimusta niin, että yksilön oikeudet toteutuvat mahdollisimman laajasti. Tuomioistuin asettaa näin yksilön arvon tulkinnan lähtökohdaksi. Oikeuskirjallisuudessa kyseisestä lähestymistavasta käytetään nimitystä *pro homine* -doktriini.<sup>39</sup>

### 1.5.2 Ihmisoikeustuomioistuinten yhteiset nimittäjät

Ihmisoikeustuomioistuinten monista eroista huolimatta instituutioilla on riittävästi oikeuskäytäntöjen vertailun mahdollistavia yhtäläisyyksiä. Ensinäkin tuomioistuinten toimivallan ydindokumentit (AIS ja EIS) sisältävät samankaltaisia KP-oikeuksia. Merkittäviä yhtäläisyyksiä on myös ihmisoikeustuomioistuinten tavassa tulkita kyseisiä ihmisoikeussopimuksia. Lähtökohtaisesti AIS ja EIS ovat kansainvälisoikeudellisia sopimuksia, joiden tulkintaa ohjaavat valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen (SopS 33/1980) kansainvälisten sopimusten tulkintaa koskevat yleiset periaatteet<sup>40</sup>. Ihmisoikeustuomioistuimet ovat kuitenkin osittain etäänntyneet näistä tulkinnallisista periaatteista. Sen sijaan oikeuskäytännöissä ovat korostaneet tuomioistuinten omat tavat tulkita ihmisoikeussopimusten sisältöä. Ihmisoikeustuomioistuimille yhteisiä tulkintamalleja ovat esimerkiksi *oppi käsitteiden autonomimisesta merkityksestä* ja *elävä asiakirja* -doktriini. Näistä ensiksi mainittu viittaa tuo-

<sup>38</sup> Ks. Pellonpää et al. 2012, s. 299–312.

<sup>39</sup> Pasqualucci 2013, s. 12. Doktriini ilmeni oikeuskäytännössä ensimmäistä kertaa neuvoa-antavassa mielipiteessä G 101/81 kun AIT katsoi, että sopimusta on sovellettava mahdollisimman laajasti kansainvälistä suojelua anovan yksilön eduksi, kunhan tulkinta ei aiheuta muutoksia ihmisoikeusjärjestelmään. Ks. *neuvoa-antava mielipide G 101/81*, 13.11.1981, kohta 16.

<sup>40</sup> Ks. valtiosopimusoikeutta koskeva Wienin yleissopimus, 31–33 artiklat.



mioistuinten tapaan tulkita ihmisoikeussopimusten käsitteitä esimerkiksi kansallisessa oikeudessa käsitteelle annetusta merkityssisällöstä riippumattomasti<sup>41</sup>. Elävä asiakirja -doktriini puolestaan tarkoittaa tuomioistuinten tapaa painottaa tulkintahetken olosuhteita oikeuksia tulkittaessa. Ihmisoikeustuomioistuimet eivät siis – kansainvälisen oikeuden yleisistä tulkintaperiaatteista poiketen – tulkitse sopimustekstiä sen laatimishetkellä tarkoitettussa merkityksessä tarkastelemalla esimerkiksi sopimusten valmisteluasiakirjoja. Sen sijaan ne tulkitsevat ihmisoikeussopimuksia sellaisina, kun niiden merkitys ymmärretään tarkasteluhetkellä.<sup>42</sup> Molemmat edellä mainituista tulkintamalleista ovat otollisia ihmisoikeussopimuksen tulkinnan laajentamiselle myös vähemmistöille edulliseen suuntaan.

Tämän tutkimuksen aiheen kannalta merkittävä tuomioistuimille yhteinen tulkintamalli on oikeuskäytännössä yleistymässä oleva haavoittuvuusdoktriini. Haavoittuvuusdoktriinin myötä ihmisoikeustuomioistuimet ovat kiinnittäneet ratkaisujen punninnassa yhä enemmän huomiota valittajan yhteiskunnallisesta asemasta kumpuavaan herkkyyteen tulla kohdelluksi ihmisoikeussopimusten vastaisella tavalla. Osana kyseistä doktriinia tuomioistuimet ovat kiinnittäneet huomiota myös etnisten vähemmistöjen yhteiskunnallisiin olosuhteisiin liittyvään ryhmäkohtaiseen haavoittuvuuteen.<sup>43</sup>

Amerikan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimilla on myös samankaltainen, alueellisesti merkittävä painoarvo. Molempien tuomioistuinten oikeuskäytännöstä voidaan löytää viitteitä kehityksestä kohti eräänlaisia alueellisia perustuslakituomioistuuksia. Tautalla on ihmisoikeussopimusten takaa-antamisen oikeuksien samankaltaisuus suhteessa valtioiden perustuslaissa turvattuihin perusoikeuksiin: määrittävähän kyseiset ihmisoikeussopimukset perustavanlaatuiset periaatteet, joita kunnioittaen valtioiden tulisi ihmisiä kohdella.

EIT:n osalta konstitutionaalisen aseman vakiinnuttaminen on tapahtunut hitaasti, valtioiden kunnioituksen saavuttamisen kautta. Nykyisin EIT:n tulkintalinjaa seurataan ja sen tuomioita siteerataan laajasti eri oikeusasteissa suurimmassa osassa jäsenvaltioita. EIT on myös oikeudenkäytössään tunnistanut alueellisesti merkittävän roolinsa: tapauksessa *Loizidou v. Turkki (Preliminary Objections)*

<sup>41</sup> EIT viittasi ensimmäistä kertaa autonomisiin käsitteisiin tapauksessa *Engel ja muut v. Alankomaat* (8.6.1976) kohdissa 80–81. EIT katsoo, että rikossyytteen sekä kansalaisoikeuksien ja velvollisuuksien käsitteitä on tarkasteltava sopimusta tulkittaessa autonomisesti, kansallisen oikeuden merkityssisällöistä riippumatta. AIT puolestaan tulkitsee AIS:n käsitteiden autonomiseen asemaan esimerkiksi neuvonantavassa mielipiteessä OC-6/86 tulkittaessaan laajentavasti käsitettä ”laki”. Ks. neuvonantava mielipide OC-6/86, kohdat 19–21.

<sup>42</sup> Tapauksessa *Golder v. Yhdistynyt kuningaskunta* (21.2.1975) sanamuodon mukaisesta tulkinnasta. Tapauksessa *Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta* (25.4.1978) EIT puolestaan ensikertaa katsoi, että ihmisoikeussopimus on elävä asiakirja, jota tulee tarkastella tämän päivän olosuhteiden valossa (ks. kohta 31). Vastaavasti Amerikan ihmisoikeustuomioistuin omaksui doktriinin jo melko varhain. Se korostaa sopimuksen evolutiivisen tulkinnan tärkeyttä esimerkiksi vuonna 1999 annetussa neuvonantavassa mielipiteessä OC-16/99.

<sup>43</sup> Haavoittuvuusdoktriinista ks. esim. *Peroni – Timmer* 2013, s. 1056–1085.

(23.3.1995) se viittaa ensimmäistä kertaa sopimuksen konstitutionaaliseen luonteeseen katsomalla sen olevan Euroopan yleisen järjestyksen konstitutionaalinen instrumentti<sup>44</sup>.

AIT:n konstitutionalisoitumiskehitys on puolestaan perustunut etenkin sen laajempaan institutionaaliseen toimivaltaan. AIT on aktiivisesti pyrkinyt osoittamaan ylempää statusta ihmisoikeuksien tulkitsijana suhteessa kansallisiin tuomioistuimiin. Tapauksessa *Almonacid Arellano ja muut v. Chile* (26.9.2006) AIT viittasi ensimmäistä kertaa doktriiniin, jossa se edellyttää, että kansallisen tuomioistuimen tulee valvoa sopimuksen ja kansallisen lainsäädännön ja AIS:n ristiriidattomuutta. Samalla se huomautti, että kansallisten tuomioistuimen on seurattava AIT:n tulkintakäytäntöä. Ottamalla tämän imperatiivisen lähestymistavan AIT näyttää edellyttävän, että ihmisoikeussopimuksen tulee käytännössä olla hierarkkisesti kansallisesti lainsäädännön yläpuolella.<sup>45</sup> Näin se on pyrkinyt asettautumaan eräänlaisen alueellisen ylituomioistuimen asemaan – mitä sen laaja oikeus antaa neuvoa-antavia mielipiteitä tietysti tukee. AIT:n lähestymistapa muistuttaa luonteeltaan etenkin EU-tuomioistuimen suora oikeusvaikutus -doktriinia.

## 1.5 Aikaisempi tutkimus ja tämä tutkimus osana tutkimusverkostoa

Kansainvälinen oikeus on monesti jaoteltu kansainväliseen yksityisoikeuteen ja kansainväliseen julkisoikeuteen<sup>46</sup>. Tutkimus sijoittuu osaksi kansainväliseen julkisoikeuteen kuuluvaa ihmisoikeustutkimusta. Ihmisoikeustutkimus puolestaan jäsentyy valtiosääntöoikeuden tutkimusalueelle, sillä kansainvälisten ihmisoikeusstandardien kehitys toimii vahvassa vuorovaikutuksessa kansallisella tasolla turvattujen perusoikeuksien kanssa.

Tutkimuksessa tarkastellaan ensimmäisen sukupolven ja kolmannen sukupolven välistä rajapintaa. Lisäksi tutkimuksessa hyödynnetään vertailevaa tutkimusmenetelmää. Tutkimuksen voidaankin nähdä rakentuvan kolmesta osatekijästä: kahden itsenäisen ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöistä sekä vähemmistöjen suojelua koskevasta normiverkostosta. Jokaista edellä mainitusta osatekijästä on olemassa runsaasti aikaisempaa tutkimusta, mutta tutkimuksen kaltainen vähemmistöjen suojelua koskevien oikeuskäytäntöjen rinnakkainen tarkastelu on suhteellisen harvinainen tutkimusasetelma.

<sup>44</sup> *Loizidou v. Turkki (Preliminary Objections)*, 23.3.1995, kohta 75. Näin myös myöhemmin, esim. *Al-Skeini ja muut v. Yhdistynyt Kuningaskunta*, 7.7.2011, kohta 141. EIT käyttää muotoa “*constitutional instrument of European public order*”. Konstitutionalisoitumiskehityksestä Ks. *Greer – Wildhaber* 2012, s. 667–670.

<sup>45</sup> Ks. tarkemmin *Dulitzky* 2015, s. 45–93.

<sup>46</sup> Ks. esim. *Hakapää* 2010, s. 17

Vähemmistöjen suojeluun ihmisoikeustutkimusten oikeuskäytännössä on kiinnittynyt varsin paljon tutkimuksellista mielenkiintoa. Oikeuskäytäntöjä on tyypillisesti tarkasteltu joko tietyn vähemmistön kannalta tai tietyn vähemmistöjen suojeluun liittyvän aihealueen kannalta. Tiettyihin vähemmistöihin rajautuneissa tutkimuksissa huomiota ovat saaneet etenkin romanivähemmistöjen oikeudet EIT:n oikeuskäytännössä<sup>47</sup> sekä alkuperäiskansojen oikeudet AIT:n oikeuskäytännössä<sup>48</sup>. – Aihealueittain rajatuissa tutkimuksissa vähemmistöjä on tarkasteltu etenkin osana EIT:n haavoittuvuusdoktriinia sekä osana syrjimättömyyteen liittyviä oikeuskäytäntöä. Myös vähemmistöjen poliittiset oikeudet ovat saaneet EIT:n oikeuskäytännössä jonkin verran huomiota<sup>49</sup>. AIT:n oikeuskäytännössä paljon huomiota on saanut etenkin alkuperäiskansojen omaisuuden suoja<sup>50</sup> sekä oikeus elämään<sup>51</sup>.

Yksi mielenkiintoisimmista tiedonmurusista on *Gajardo Falcónin* vähemmistöjen poliittisiin oikeuksiin liittyvä artikkeli: *A Comparative study of jurisprudence, between the Inter-American Court of Human Rights and European Court of Human Rights*. Mielenkiintoinen artikkeli on etenkin siksi, että myös *Gajardo Falcónin* lähestyy AIT:n ja EIT:n oikeuskäytäntöjä oikeusvertailevalla otteella. Hän ei kuitenkaan kiinnitä erityistä huomiota kansainvälisen oikeuden vaikutukseen tuomioistuinten ratkaisuissa, vaan hän tarkastelee oikeuskäytäntöjä erityisesti poliittisen teorian näkökulmasta. *Gajardo Falcónin* tutkimustulosten perusteella AIT:lla on taipumus poliittisten oikeuksien kommunitaristiseen tulkintaan, kun taas EIT suosii klassisen liberalismiin mukaisia lähtökohtia valtion roolin minimoimisesta poliittisessa toiminnassa<sup>52</sup>.

Ihmisoikeustuomioistuinten kansainvälisen oikeuden hyödyntämistapoihin on kiinnitetty huomioita yleisellä tasolla. Etenkin AIT:n tapa viitata kansainväliseen oikeuteen on herättänyt tutkijoiden mielenkiinnon<sup>53</sup>. Selkeä syy tähän on se, että AIT:n hyödyntämän valittajamyönteisen *pro homine* -doktriinin tukemana se on järjestelmällisesti laajentanut AIS:n tulkintaa hakemalla inspiraatiota myös ihmisoikeussopimuksen ulkopuolisesta kansainvälisestä oikeudesta. AIT:n työkaluna on ollut AIS:n 29 (b) artikla, jonka mukaan sopimusta ei tule tulkita niin, että se rajoittaisi kansallisten oikeusjärjestysten tai muiden kansainvälisten sopimusten turvaamia oikeuksia. AIT:n on tulkinnut kyseistä kohtaa

<sup>47</sup> Ks. esim. *Farget* 2012, s. 291–316; *O’Donovan* 2016, s. 5–23; *O’Nions* 2012.

<sup>48</sup> Ks. esim. *Antkowiak* 2013, s. 113–187; *Shelton* 2013, s. 937–982; *de Oliveira Mazzuoli – Ribeiro* 2015, s. 522–554.

<sup>49</sup> Ks. esim. *Gilbert* 2009, s. 611–619.

<sup>50</sup> Ks. esim. *Pasqualucci* 2009, s. 51–98.

<sup>51</sup> Ks. esim. *Harrington* 2013, s. 313–341.

<sup>52</sup> *Gajardo Falcón* 2015, s. 62–63

<sup>53</sup> Ks. esim. *Lixinski* 2010, s. 585–604; *Neuman* 2008, s. 101–123.

siten, että lähes mikä tahansa muu kansainvälinen ihmisoikeussopimus voi laajentaa Amerikan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa.<sup>54</sup> Tulkintamallin myötä AIT antanut merkittävän painoarvon ihmisoikeussopimusten luomalle kansainvälisen oikeuden substanssille, mikä näkyy käytännössä AIT:n holistisessa suhtautumisessa ihmisoikeusinstrumenttien verkostoa kohtaan. Tuomioistuin on tavaltaan jäsentänyt AIS:n osaksi tätä verkostoa. – Kansainväliselle oikeudelle avoin tulkintamalli on toisaalta herättänyt keskustelua tuomioistuimen toimivallan rajoista. Kriitikot katsovat tulkinnan aiheuttavan legitimizeettivajetta, mikä heikentää tuomioiden toimeenpanemista valtioissa.<sup>55</sup>

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen osalta kansainvälisen oikeuden vaikutteita tuomioistuimen oikeuskäytännössä on tutkinut *Magdalena Forowicz* teoksessaan *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*. Hän lähestyy kansainvälisen oikeuden vaikutteita oikeuskäytännössä kahdeksaan aihealueeseen<sup>56</sup> liittyen. *Forowiczin* tutkimuksen perusteella näyttää siltä, että EIT hyödyntää kansainvälisen oikeuden vaikutteita AIT:ta passiivisemmin ja epäjohdonmukaisemmin. *Forowiczin* mukaan EIT:n viittaukset kansainväliseen oikeuteen ovat tapahtuneet yleensä silloin, kun tuomioistuin tarvitsee soveltamisapua evolutiiviselle tulkinnalle EIS:sta yksityiskohtaisemmasta ihmisoikeussopimuksesta tai silloin, kun kansainvälisen oikeuden instrumenttia on tulkittu jo kansallisen tason oikeudenkäynnissä. EIT:n viittausherkkyyteen ovat vaikuttaneet instrumenttien sisällöllinen samankaltaisuus, tapauksen prosessioikeudellinen luonne, sopimusmaiden ratifioinnin yleisyys sekä tarve harmonisoida kansainvälisen oikeuden standardeja.<sup>57</sup> *Forowiczin* näkemyksen mukaan epäjohdonmukaisuus johtuu EIT:n varovaisuudesta ulottaa kansainvälisen sopimusinstrumentin tulkinnallisia vaikutuksia valtioihin, jotka ei ole niitä ratifioineet.<sup>58</sup>

*Cesare Pitea* näkee EIT:n ottaneen askeleita kohti ihmisoikeusinstrumentit linkittävää holistista tulkintaa huomioimalla valtiosopimus-oikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen 31 (3c) artiklan tulkintasäännön ja hyödyntämällä entistä enemmän kansainvälisen ihmisoikeusstandardeja oikeuksien

<sup>54</sup> *Lixinski* 2010, s. 587–588.

<sup>55</sup> Ks. *Neuman* 2008, s. 115.

<sup>56</sup> Hänen käsittelemiään aihealueita ovat kansalais- ja poliittisen oikeudet, lasten oikeudet, pakolaisten oikeudet, humanitäärinen oikeus, kidutuksen kieltä sekä valtion koskemattomuus. Sen lisäksi hän on tutkinut valtiosopimus-oikeutta koskevaan Wienin yleissopimukseen ja kansainvälisen tuomioistuimen perussääntöön roolia EIT:n oikeuskäytännössä.

<sup>57</sup> *Forowicz* 2010, s. 347–379.

<sup>58</sup> *Forowicz* 2010, s. 358–360, 367, 370 ja 379. *Forowiczin* tutkimus on saanut kritiikkiä sen universalistisesta, kansainväliseen konstitutionaaliseen harmoniaan pyrkivästä lähestymistavasta. *McInerney-Lankfordin* mukaan *Forowicz* ei kiinnitä huomiota oikeuksien tehokaan toteuttamisen kannalta olennaisiin lähtökohtiin. Ihmisoikeusregiimien fragmentoitumisella voi olla ihmisoikeussuojelun kannalta myös positiivisia vaikutuksia. Eri aihealueisiin yksityiskohtaisesti erikoistuneet ihmisoikeusinstrumentit voivat turvata korkeamman ihmisoikeuksien suojan tason. *Forowicz* ei tutkimuksessaan varsinaisesti osoita mitään harmia fragmentoitumisesta ja EIT:n epäjohdonmukaisuudesta. Hän ei myöskään ota huomioon sitä, että kansainvälisestä oikeudesta eriytyneet doktriinit saattavat tukea EIS:n tavoitteen mukaista tulkintaa. Ks. *McInerney-Lankford* 2012, s. 626–628 ja 632.

määrittelyssä. Hän kuitenkin painottaa, että EIT:n on toimittava toimintaympäristönsä vuoksi maltillisesti: sen on siis jatkuvasti säilytettävä tasapaino kansainvälisen oikeuden ihmisoikeusverkoston ja valtion suvereniteettia kunnioittavan maailmanjärjestyksen välillä.<sup>59</sup>

Myös tuomioistuinten keskinäisistä viittauksista on olemassa tutkimusta. *Tania Groppi* on tarkastellut tuomioistuinten välistä vuorovaikutusta artikkelissaan *Les Références Mutuelles entre La Cour Européenne et La Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme : De L'Influence au Dialogue?* Vaikka *Groppi* ei ole keskittynyt erityisesti vähemmistöihin liittyvään aineistoon, antaa hänen työnsä tietoa siitä, millaista vuorovaikutus tuomioistuinten välillä on yleisellä tasolla. Hänen tutkimuksensa perusteella näyttää todennäköiseltä, että tuomioistuinten suora vuorovaikutus on varsin yksisuuntaista. Ajanjaksolla 1.1.1987–31.8.2012 peräti 59,8 %:ssa AIT:n ratkaisuista on viitattu eurooppalaiseen oikeuskäytäntöön<sup>60</sup>. Vastaavalla aikavälillä EIT on hyödyntänyt AIT:n tai Amerikan ihmisoikeuskomission ratkaisuja oikeuslähteenä vain 0,3 %:ssa sen ratkaisemista tapauksista.<sup>61</sup> *Groppi* myös huomioi, että molempien tuomioistuinten viittauksia toistensa oikeuskäytäntöön on tuomioistuinten välillä ilmennyt lähinnä vakaviin ihmisoikeusloukkauksiin liittyvissä tapauksissa<sup>62</sup>. EIT:n suorista viittauksista Amerikan ihmisoikeusjärjestelmään on olemassa myös EIT:n alaisen tutkimusosaston vuonna 2016 laatima raportti<sup>63</sup>. Raportissa on listattu EIT:n tekemät suorat viittaukset, mutta niitä ei ole systematisoitu eikä analysoitu. Raportin perusteella vaikuttaa kuitenkin siltä, että EIT:n viittaukset Amerikan ihmisoikeusjärjestelmään ovat yleistymässä<sup>64</sup>.

Lopuksi on syytä kiinnittää huomiota vielä *Gaetano Pentassuglian* työhön. Hän on nimittäin kansainvälisten tuomioistuinten vähemmistöjen suojeluun liittyvien oikeuskäytäntöjen tutkimuksen uranuurtaja. *Pentassuglia* julkaisi vuonna 2009 teoksen *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law: A Comparative Perspective*, jossa hän käsittelee ansiokkaasti kansainvälisten sekä kansallisten tuomioistuinten vuoropuhelua vähemmistöjen suojeluun liittyvissä ratkaisuissa. Koska kyseinen teos on kuitenkin jo jokseenkin vanhentunut, ja koska se on rajaukseltaan huomattavasti tätä

<sup>59</sup> *Pitea* 2013, s. 557–558.

<sup>60</sup> *Groppi* 2014, s. 184. AIT on tehnyt 246 ratkaisua, joista 147 sisältää suoria viittauksia EIT:n tai ihmisoikeustoimikunnan oikeuskäytäntöön. Näistä 17:ssä viittaus sijoittuu eriäviin mielipiteisiin ja 5 Amerikan ihmisoikeuskomission tai valtion argumentaatioon. Jäljelle jäävissä, eli 125:ssä viittaus sijaitsee itse tuomioistuimen argumentaatioissa (ks. s. 192.).

<sup>61</sup> *Groppi* 2014, s. 185. On huomioitava merkittävä ero tuomioistuinten työmäärässä: Kyseisellä aikavälillä EIT on antanut 15 778 ratkaisua, joista vain 48:ssä se on viitannut suorasti AIT:n tai Amerikan komission oikeuskäytäntöön. Viittauksissa 16 on osapuolten tai sivullisten huomioitsijoiden viittauksia, 4 sijoittuu tuomareiden eriäviin mielipiteisiin ja loput 17 sijoittuu ratkaisujen perusteluihin. Perusteluihin sijoittuvista viittauksista 11:sta tuomioistuin on viitannut ratkaisuihin osana pohdintaa asiaan liittyvästä kansainvälisestä oikeudesta ilman, että viittauksella olisi ollut varsinaisesti vaikutusta ratkaisun sisältöön (ks. s. 190–192).

<sup>62</sup> *Groppi* 2014, s. 194–195.

<sup>63</sup> *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American instruments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 2016.

<sup>64</sup> Raportin mukaan, ajanjaksolla 1.1.2013–20.10.2016, EIT on viitannut Amerikan järjestelmään 31:ssä ratkaisussa.

tutkimusta huomattavasti laajempi, on tässä yhteydessä mielekkäämpää syventyä tarkemmin *Pentassuglian* myöhempään tuotantoon.

*Pentassuglian* myöhemmästä tuotannosta on syytä nostaa esiin *Vrdoljakin* teoksessa *The Cultural Dimension of Rights* vuonna 2013 julkaistu artikkeli *Protecting Minority Groups Through Human Rights Courts: The Interpretive Role of European and Inter-American Jurisprudence*. Kuten jo artikkelin nimestä voi päätellä, sen kysymyksenasettelu on läheinen tälle tutkimukselle. Artikkelissa aihepiiriä lähestytään neljässä erillisessä osiossa. Siinä tarkastellaan (1) oikeuskäytäntöjen sisällöllisiä ja prosessuaalisia elementtejä, (2) tuomioistuinten asettamia positiivisia velvoitteita ja suhteellisuusharkintaa, (3) tuomioistuinten suhtautumista kansainvälisen oikeuden normeihin, sekä (4) tuomioistuinten tapaa suhtautua vähemmistöjen määrittelyyn. Artikkelissa käytetty tutkimusasetelma eroaa siis jossain määrin tästä tutkimuksesta, sillä tässä tutkimuksessa oikeuskäytäntöjä tarkastellaan vähemmistöjen suojeluun liittyvien kategorioiden valossa, kansainvälisen oikeuden vaikutuksen ollessa tutkimuksessa läpileikkaava näkökulma.

Vaikka *Pentassuglia* ei paneudu artikkelissaan aineistoon kovinkaan yksityiskohtaisesti, voi sen perusteella tunnistaa tuomioistuinten vähemmistöjen suojeluun liittyvien oikeuskäytännön trendejä. *Pentassuglian* mukaan molemmat ihmisoikeustuomioistuimet ovat lähestyneet vähemmistöjen suojelua käytännönläheisellä tavalla huomioiden valittajien identiteetin osana suurempaa yhteisöä. Hänen mukaansa EIT:n oikeuskäytännössä korostuu tarve turvata kulttuurillinen pluralismi, identiteetti ja syrjimättömyys. AIT oikeuskäytännössä puolestaan näkyy etenkin Amerikan alkuperäiskansoille tunnusomainen sosiaalinen ja historiallinen tausta.<sup>65</sup> Molemmat tuomioistuimet ovat oikeuskäytännöissään asettaneet myös valtioille vähemmistöjen suojeluun liittyviä velvoitteita. Artikkelin perusteella EIT on kuitenkin suhtautunut velvoitteiden asettamiseen AIT:ta varovaisemmin<sup>66</sup>. Kansainvälisen oikeuden vaikutuksen suhteen *Pentassuglian* havainnot tukevat yleisen tason tutkimusta ihmisoikeustuomioistuinten tavasta huomioida kansainvälinen oikeus ratkaisuisaan: Molemmat tuomioistuimet tunnistavat roolinsa osana kansainvälistä oikeutta. AIT on kuitenkin viitannut systemaattisemmin kansainvälisen oikeuden lähteisiin. EIT puolestaan suosii eurooppalaisen kansainvälisen oikeuden standardeja, mutta koska se ei huomioi kansainvälistä oikeutta yhtä systemaattisesti, lähteiden vaikutus ratkaisuiden perusteisiin vaihtelee.<sup>67</sup> Keskinäistä vuorovaikutusta *Pentassuglia* ei artikkelissaan huomioi.

<sup>65</sup> *Pentassuglia* 2013, s. 83–84.

<sup>66</sup> *Pentassuglia* 2013, s. 93–94.

<sup>67</sup> *Pentassuglia* 2013, s. 102–105.

## 1.6 Tutkimuksen rakenne

Tutkielma etenee yleisestä kohti yksityiskohtaista. Johdantoa seuraavassa luvussa jäsennetään tutkimuksen teoreettista viitekehystä keskittyen kansainvälisen oikeuden kehityslinjoihin ja ihmisoikeustuomioistuinten rooliin kansainvälisessä oikeudessa. Teoreettisen viitekehysten tarkastelemisen tavoitteena hahmottaa tutkimuksen kohteiden paikka osana laajempaa toimintakenttää. Luvun teemoina ovat kansainvälisoikeudellinen pluralismi sekä kansainvälisen oikeuden konstitutionalisoituminen.

Tuomioistuinten oikeuskäytäntöjen vertailu sijoittuu tutkimuksen 3–5 lukuihin. Luvuissa tarkastellaan vähemmistöjen suojelua tuomioistuimissa aihepiirittäin. 3. luvussa tarkastellaan oikeutta kulttturi-identiteettiin ja sitä, miten se ilmenee tuomioistuinten oikeuskäytännöissä. 4. luku keskittyy vähemmistöjen syrjimättömän ja tasa-arvoisen saavuttamiseen liittyviin oikeuskäytäntöihin. Tutkielman 5. luku puolestaan keskittyy vähemmistöjen tehokkaaseen osallistamiseen liittyviin oikeuskäytäntöihin. Ennen tuomioistuinten oikeuskäytäntöjen vertailua, jokaisen aihepiirin osalta tarkastellaan aiheeseen liittyvää kansainvälisen oikeuden viitekehystä. Oikeudellisia instrumentteja tarkastellaan ensin aidosti maailmanlaajuisella tasolla, jonka jälkeen siirrytään alueellisten tasojen kansainvälisen oikeuden tarkasteluun. Tarkastelussa pyritään kartoittamaan vähemmistöjä koskevien instrumenttien keskeisiä säädöksiä sekä niiden yleistä eetosta.

Tutkimuksen 6. luku sisältää yhteenvedon ja pohdinnan. Tutkimuksen tavoite ei tyhjene vain erojen, yhtäläisyyksien ja vuorovaikutuksen tunnistamiseen, vaan tavoitteena on myös erotella hyvät ja huonot oikeudelliset käytännöt ja pohtia niiden syitä ja seurauksia. Tutkimuksen viimeinen luku puolestaan sisältää johtopäätökset ja aihiot jatkotutkimukselle.

## 2 TEOREETTINEN VIITEKEHYS: IHMISOIKEUSTUOMIOISTUIMET OSANA KANSAINVÄLISTÄ OIKEUTTA

### 2.1 Kansainvälisen oikeuden lisääntyvä substanssi

Kansainvälisen oikeuden luonne on aikojen saatossa muuttunut. Aikaisemmin kansainvälinen oikeus oli ensisijaisesti suvereenien valtioiden välisiä suhteita määrittävä oikeudenala. Nykyisellään tällainen jäsenyys on riittämätön kuvaamaan oikeudenalaa kokonaisuudessaan. 1900-luvulle tultaessa kansainvälisessä oikeudessa alkoi nimittäin korostua yhteistyöhakuisuus ja valtioiden riippuvuus toisistaan. Erityisesti maailmansotien jälkeen syntyi tarve uudenlaisen yhteistyön ja solidaarisuuden kehittämiseen. Syntyi useita erilaisia kansainvälisiä yhteistyöjärjestöjä, keskeisimpänä Yhdistyneet Kansakunnat (jälj. YK). Järjestöjen merkitys kansainvälisessä oikeudessa on hiljalleen lisääntynyt. Vähitellen ne ovat nousseet valtioiden rinnalle kansainvälisen oikeuden subjekteiksi ja objekteiksi.<sup>68</sup> Nykyisellään kansainvälisillä järjestöillä on myös merkittävää itsenäistä toimivaltaa. Ne voivat esimerkiksi tehdä sopimuksia, omistaa omaisuutta ja esiintyä tuomioistuimissa.<sup>69</sup>

Myös yksilöt ovat osa nykyistä kansainvälistä oikeutta. Yksilöillä voi olla kansainvälisoikeudellisia velvoitteita. Ne voivat myös nauttia kansainvälisestä oikeudesta johdettavista oikeuksista. Tämä kansainvälisen oikeuden kehityssuunta ilmenee erityisesti kansainvälisen rikos- ja ihmisoikeuksien alojen kehityksenä.<sup>70</sup> Kuvaavaa on, että autoritäärisinkin hirmuhallitsija voidaan toimittaa kansainvälisen rikostuomioistuimen tuomittaviksi, mutta myös hänellä on oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin jo pelkän ihmisyytensä johdosta.

Vaikka kansainvälisen oikeuden volyyymi on merkittävästi kasvanut, ja vaikka oikeuden subjektit ja objektit ovat lisääntyneet, voidaan kansainvälisen oikeuden perusluonteen katsoa säilyneen muuttumattomana: se on oikeudenala, jossa ei ole yhtä suvereenia lainsäätäjää eikä lainkäyttäjää. Siten sen luonteeseen kuuluu norminantovallan ja normien soveltamisen hajanaisuus.<sup>71</sup> Keskeinen auktoriteetti on siis säilynyt valtioilla, vaikka kansainväliset järjestöt ovatkin osittain kaventaneet valtiollisen suvereniteetin alaa.

---

<sup>68</sup> Hakapää 2010, s. 4.

<sup>69</sup> Hakapää 2010, s. 115.

<sup>70</sup> Yksilön asemasta kansainvälisessä oikeudessa ks. esim. Klabbers 2013, s. 107–123.

<sup>71</sup> Klabbers 2013, s. 9–12.



## 2.2 Keskustelu kansainvälisen oikeuden fragmentoitumisesta

Kansainvälisen oikeuden toimijoiden monipuolistuminen ja sen substanssin jatkuva laajeneminen on johtanut keskusteluun kansainvälisen oikeuden fragmentoitumisesta<sup>72</sup>. Fragmentoitumisella tarkoitetaan ilmiötä, joka liittyy kansainvälisen oikeuden eri normistojen eriytymiseen toisistaan itsenäisiksi oikeusjärjestyksiksi, regiimeiksi<sup>73</sup>. Jokseenkin itsenäiseksi eriytyneitä regiimejä ovat esimerkiksi kansainvälinen talousoikeus, kansainvälinen ympäristöoikeus ja ihmisoikeuksien ala. *Trevesin* mukaan tyypillistä regiimeille on niiden jonkinasteinen, valtioiden tahdosta riippumaton itseohjautuvuus. Ne voivat rakentua oikeudenalakohtaisten normien lisäksi regiimikohtaisista organisaatioista ja riidanratkaisumenetelmistä. Tyypillisesti niillä on myös kansainvälisen oikeuden yleisistä opeista eriäviä regiimikohtaisia oikeusperiaatteita.<sup>74</sup> Vaikka osa regiimeistä on kehittynyt merkittävältä osin kansainvälisen oikeuden yleisistä opeista eroavaksi, ei yhtäkään regiimiä voida pitää täysin riippumattomana<sup>75</sup>.

Kansainvälisen oikeuden fragmentoitumiskehityksen on pelätty johtavan kansainvälisen oikeuden yleisten oppien eroosioon, kansainvälisten oikeudenkäyttöelinten ristiriitaiseen oikeuskäytäntöön, oikeuspaikkakeinotteluun ja yleisen oikeusvarmuuden heikkenemiseen. Osa tutkijoista suhtautuu trendiin kuitenkin neutraalisti pitäen sitä luonnollisena, kansainvälisen oikeuden lisääntyneestä substanssista johtuvana ilmiönä, joka aiheuttaa lähtökohtaisesti vain teknisluonteisia ongelmia.<sup>76</sup>

Fragmentoitumisella on toisaalta nähty olevan myös positiivisia puolia: Esimerkiksi *Simman* mukaan lakiteknisesti koherenttina ja hyvin integroituneina jakautuneisuus voi tukea kansainvälisen oikeuden progressiivista kehitystä, sillä regiimien vahvistuminen on lisännyt niiden painoarvoa suhteessa valtioihin. Tämän johdosta kansainvälisellä oikeudella on entistä enemmän merkitystä asioissa, jotka kuuluivat aikaisemmin yksinomaan valtiollisen päätöksenteon piiriin. *Simman* mukaan kehitystä yhä suuremman itseohjautuvuuden suuntaan on havaittavissa ainakin kansainväliseen kauppaan, ympäristönsuojeluun ja ihmisoikeuksien suojeluun liittyvissä regiimeissä.<sup>77</sup>

<sup>72</sup> Suomenkielisessä kirjallisuudessa ilmiöstä on käytetty myös nimitystä ”kansainvälisen oikeuden pirstaloituminen”. Kuvaan tutkimuksessani sitä kuitenkin fragmentoitumiseksi, koska sana pirstaloituminen viittaa rikkoutumiseen tai hajoamiseen. Tämä ei ole oikea mielikuva, sillä emme voi päätellä kansainvälisen oikeuden menevän fragmentoitumisen johdosta epäkuuntoon.

<sup>73</sup> Ks. esim. *Koskenniemi* 2006, s. 11.

<sup>74</sup> *Treves* 2009, s. 216.

<sup>75</sup> *Koskenniemi* 2006, s. 85.

<sup>76</sup> *Koskenniemi* 2006, s. 12.

<sup>77</sup> *Simma* 2009, s. 276 ja 289–290.

Kansainvälisen oikeuden instituutioista johtuvan jakautuneisuuden lisäksi kansainvälisen oikeuden fragmentoitumista voi syntyä kansainvälisen oikeuden soveltamisessa. YK:n kansainvälisen oikeuden toimikunta jäsensi vuonna 2004 julkaistussa raportissa fragmentoitumisen syntyvän oikeudenkäytössä kolmella tavalla: Sen mukaan fragmentoitumista voi syntyä ensinnäkin silloin, oikeudenkäyttöelimet tulkitsevat samaa kansainvälisen oikeuden instrumenttia (esim. sopimusta) eri tavoin. Toiseksi se katsoo, että fragmentoitumista voi syntyä, kun samaan aihepiiriin kuuluvaa asiaa säännellään eri oikeudenalojen lähtökohdasta katsottuna. Lisäksi raportissa huomioidaan, että fragmentoitumista voi syntyä myös silloin, kun regimien sisäisiä normeja tulkitaan kansainvälisen oikeuden yleisistä opeista poikkeavasti.<sup>78</sup>

### 2.3 Vastaus fragmentoitumiseen: konstitutionaalinen pluralismi

Fragmentoitumisessa nähdyt uhat ovat innoittaneet tutkijoita etsimään järjestystä ja hierarkioita kaootiselta vaikuttavassa kansainvälisestä oikeudesta. Sen myötä on virinnyt keskustelu kansainvälisen oikeuden konstitutionalisesta järjestyksestä. Tämä keskustelu voidaan jakaa regimikohtaiseen konstitutionalismiin ja regimien väliseen konstitutionalismiin. Ensiksi mainittu keskittyy regimikohtaisten konstituutioiden määrittämiseen. Jälkimmäinen puolestaan kiteytyy pyrkimykseksi määrittää kansainvälisen oikeuden regimien välisiä suhteita löytämällä järjestystä ja hierarkioita.

Regimien välinen konstitutionalismi ammentaa tiettyjen kansainvälisten normien välisestä hierarkiasta. Kansainvälinen oikeus on hajanainen kokonaisuus ilman suvereenia lainsäätäjää tai yhtä voimankäytön monopoli omaavaa auktoriteettia. Kansainvälisen oikeudessa ei ole myöskään perustuslakia, joka määrittäisi regimien väliset suhteet ja niiden toimivallat. Siksi regimien välinen hierarkia on väistämättä olemukseltaan hataraa.<sup>79</sup> On silti vaikea kiistää, etteikö kansainvälisessä oikeudessa ilmenisi tiettyjä konstitutionalisoitumisen piirteitä. Esimerkiksi *jus cogens* -normit<sup>80</sup>, *erga omnes* -vaikutus ja pyrkimys ihmisoikeuksien suojeluun on nähty jäsennystä tukevin perustavanlaatuisina normeina. Etenkin *jus cogens* -normit näyttävät saavuttaneen vankan aseman kansainvälisen oikeuden perustavanlaatuisina normeina, jotka läpäisevät kansalliset ja regimien luomat oikeusjärjestykset.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> YK:n kansainvälisen oikeuden toimikunta: Report of the International Law Commission: Fifty-sixth session, s. 283–303.

<sup>79</sup> Klabbers 2009, s. 25.

<sup>80</sup> Ks. valtiosopimusoikeutta koskeva Wienin yleissopimus, 53 artikla (a) kohta.

<sup>81</sup> Klabbers 2009, s. 25–27.

Regiimilähtöistä konstitutionalisoitumista painottaa funktionalinen lähestymistapa, jonka keskeinen idea on tukea kansainvälisen oikeuden kehitystä harmonisempaan suuntaan – ei luoda tiukkoja ratkaisumalleja regiimien välisiin kollisiotilanteisiin. Lähestymistapa tukee regiimien konstitutionalisoitumista luomalla sille puitteet. Se pyrkii siis määrittämään kansainvälisen oikeuden konstitutionaaliset auktoriteetit ja regiimien sisäiset konstituutiot. Funktionaaliseen jäsenyykseen liittyy myös realistinen kuva maailmanjärjestyksen valtiokeskeisyydestä. Siksi kansainvälisen oikeuden laajenemista on tarpeen mukaan rajoitettava, jotta valtiot säilyttävät luottamuksen kansainväliseen järjestelmään.<sup>82</sup>

Funktionaaliseen näkökulmaan kytkeytyy myös ajatus konstitutionaalista pluralismista. Konstitutionaalisen pluralismin mukainen lähestymistapa hyväksyy regiimien vahvan itsenäisen aseman ja hylkää ajatuksen yhdestä maailmanlaajuisesta konstitutionaalista järjestyksestä. Lähestymistapa ei siis pyri järjestämään regiimejä hierarkkisesti, vaan niiden rinnakkaiselo hyväksytään. Ajatusmallin mukaan maailmanlaajuinen metatason konstituutio rakentuisi toisistaan tietoisten regiimien konstitutionaalisten auktoriteettien vuorovaikutuksesta. Konstitutionaalisen pluralismin mukainen malli ei välttämättä ratkaisisi normikollisioiden aiheuttamia ongelmia, mutta se kannustaisi regiimien väliseen dialogiin, tekisi auktoriteetit tietoisiksi toisistaan ja loisi pohjaa tulkinnallisille inspiraatioille (cross-fertilization).<sup>83</sup>

Kansainvälisen oikeuden toimikunta tarkasteli *Martti Koskenniemen* johdolla vuoden 2006 kansainvälisen oikeuden fragmentoitumista käsittelevässä raportissa kansainvälisoikeudellisia normityökaluja, joilla kansainvälisen fragmentoitumista voidaan torjua. Konstitutionaalista pluralismia tukee erityisesti raportissa esitelty *systemic integration* -tulkintamalli. Mallin keskeinen juridinen työkalu on valtiosopimusoikeutta koskevan Wien yleissopimuksen (SopS 33/1980) 31 (3c) artikla, jonka mukaan valtiosopimuksia tulkitessa tulee ottaa huomioon: ”*kaikki osapuolten välisissä suhteissa sovellettavissa olevan kansainvälisen oikeuden asiaan vaikuttavat säännöt.*”

Kuten huomataan, kyseinen artikla kannustaa luomaan regiimien välistä vuorovaikutusta ja etsimään kansainvälisoikeudellista koherenssia. Raportissa esitetyn tulkinnan mukaan artiklan tarkoituksena on varmistaa, että kansainvälistä sopimusta tulkitseva taho ei ohita kansainvälisen oikeuden normatiivista ympäristöä. Vaikka kansainvälisen oikeuden oikeudenkäyttöelimellä olisi siis toimivalta vain

<sup>82</sup> Ks. *Dunoff – Trachtman*, s. 9–18.

<sup>83</sup> Ks. *Walker* 2002, s. 358.

tietyn sopimusinstrumentin tulkitsemiseen, sen tulisi siis aina huomioida myös muu asiaan vaikuttava kansainvälinen oikeus.<sup>84</sup>

Artiklan sanamuoto viittaa nimenomaan sääntöihin – ei esimerkiksi laajemmin oikeusperiaatteisiin. Termi säännöt viittaa kansainvälisen oikeuden normeihin yleisesti. Kohdassa ei tehdä eroa kansainvälisen oikeuden eri lähteiden, kuten kansainvälisen sopimusoikeuden tai kansainvälisen tapaoikeuden välillä. Lisäksi kohdassa todetaan, että sääntöjen tulee olla asiaan vaikuttavia<sup>85</sup> ja osapuolten välisissä suhteissa sovellettavia. Kohdassa ei kuitenkaan tarkenneta tuleeko normien olla sovellettavissa kaikkien sopimusten osapuolten välillä. Kohdassa ei myöskään tarkenneta tuleeko sovellettavissa olevien normien olla oikeusvoimaisia ennen sopimuksen laatimista vai tarkoitetaanko sillä, että sopimusta tulkitessa on otettava huomioon kaikki riitahetkellä olevassa olevan kansainvälisen oikeuden säännöt.<sup>86</sup>

Se kuinka kattavasti asiaan vaikuttavia kansainvälisen oikeuden normeja voidaan sopimusta tulkitessa hyödyntää näyttää lopulta riippuvan paljon tulkittavana olevan kansainvälisen sopimuksen ja tulkittavana olevan tapauksen luonteesta. Esimerkiksi kahden valtion välisen sopimusperustaisen riidan ratkaisemisessa kohdalla ole juurikaan painoarvoa. Sen sijaan multilateraalisten ihmisoikeussopimusten tulkinnan osalta kohdan hyödyntäminen ja kansainvälisen kontekstin laajempi huomioiminen saattavat olla perusteltua ihmisoikeuksien evolutiivisen tulkinnan, sopimuksen luonteen ja myös ihmisoikeuksien universaalien luonteen kannalta.

## 2.4 Ihmisoikeusregiimi, fragmentoituminen ja konstitutionaalinen pluralismi

Ihmisoikeuksien ala on oikeuskirjallisuudessa yleensä jäsenetty yhdeksi kansainvälisen oikeuden regiimeistä. Kyseisen regiimin erityispiirteenä on sen suora liitântä yksilöön: ihmisoikeussopimukset ovat oikeusjärjestyksiä, jotka ovat osin kansainvälistäneet yksilöiden oikeuksien valvonnan<sup>87</sup>. Liitântä yksilön oikeuksiin altistaa ihmisoikeusregiimin oikeudellisille kollisiotilanteille: Kollisioita voi syntyä valtion toimien ja kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden välille, koska kansainväliset ihmisoikeusregiimit tavallaan lävistävät valtioiden oikeusjärjestykset luomalla yksilöille suoraan kansainväliseen oikeuteen pohjautuvia oikeuksia. Toinen perustyyppi on regiimien välillä tapahtuvat kol-

<sup>84</sup> Koskenniemi 2006, s. 211–213.

<sup>85</sup> Oleellisuuden viitataan englanninkielisessä versiossa ”relevant rules of international law”.

<sup>86</sup> Koskenniemi 2006, s. 214–215.

<sup>87</sup> Simma – Pulkowski 2006, s. 524.

lisiotilanteet. Kuuluisa esimerkki jälkimmäisen tyyppin kollisiotilanteesta on EU-tuomioistuimen ratkaisemat yhdistetyt asiat C-402/05 P ja C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi ja Al Barakaat International Foundation v. Euroopan unionin neuvosto, Euroopan yhteisöjen komissio, Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin Yhdistynyt Kuningaskunta*. Tapauksessa Euroopan komissio oli jäädyttänyt terrorismista epäillyn valittajien varat ja pannut näin täytäntöön YK:n pakotekomitean päätöksen osana YK:n turvallisuusneuvoston päätöslauselmaa. Euroopan unionin tuomioistuimen (jälj. EUT) suuri jaosto katsoi, että valittajiin kohdistuvia toimia ei voida toteuttaa unionin tasolla, koska komissio ei ollut esittänyt tietoja tai todisteita häneen kohdistettujen väitteiden tueksi.<sup>88</sup>

Vaikka oikeuskirjallisuudessa ihmisoikeusregiimiä monesti lähestytään yhtenä yhtenäisenä kokonaisuutena, lähempi tarkastelu osoittaa regiimin hienojakoisuuden. Hienojakoisuutta aiheuttaa ensinäkin ihmisoikeusstandardeja määrittävien instituutioiden jakautuneisuus. Ihmisoikeusregiimin keskeisin toimija on maailmanlaajuisia normeja määrittävä YK. Lisäksi ihmisoikeusnormeja tuottavasti alueellisesti rajatut järjestöt, kuten esimerkiksi OAS, EN, EU ja Etyj. Ihmisoikeusregiimin sisäistä fragmentoitumista syntyy, kun eri instituutiot laativat ihmisoikeuksia sisältäviä kansainvälisiä normeja ja niille riippumattomia sopimuksen täytäntöönpanoa valvovia seurantamekanismeja. Samalla syntyy toisistaan erillisiä oikeusjärjestyksiä, jotka eivät välttämättä – samansuuntaisista tarkoituseristään ja mahdollisesti saman sisältöisistä oikeuksista huolimatta – ole harmoniassa keskenään.

Yksilön kannalta regiimin sisäinen jakautuneisuus ei mahdollista ihmisoikeuksien suojaa tehokkaimmalla mahdollisella tavalla, sillä yksilö ei välttämättä tiedä miltä instituutiolta suojaa kannattaisi milloinkin hakea. Jakautuneisuus saattaa aiheuttaa myös toisistaan poikkeavia tulkintoja luonteeltaan samankaltaisista ihmisoikeuksista, jos eri ihmisoikeuksien valvontamekanismit tulkitsevat ihmisoikeuksia ensisijaisesti vain niille kuuluvan sopimuksen luomista lähtökohdista. Esimerkiksi KP-sopimuksen toteutumista valvova YK:n ihmisoikeuskomitea otti käsiteltäväkseen tapauksessa *Maria Cruz Achabal Puertas v Espanja* (18.6.2013) EIT:n aikaisemmin ilmeisen perusteettomana hylkäämän tapauksen ja katsoi valtion rikkoneen KP-sopimuksen 7 artiklan sisältämää kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun kieltoa<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> EU-järjestelmä ei ole ehkä ensisijaisesti identifioitu ihmisoikeusregiimiksi ja sen luonne kansainvälisessä oikeudessa on muutenkin omaleimainen. EU:lla on kuitenkin oma perusoikeusluettelo, mikä linkittää sen myös ihmisoikeuksien kannalta relevantin toimijan.

<sup>89</sup> Kantaja oli pidätetty ja häntä oli pidätyksen aikana pahoinpidelty ja häntä oli uhattu seksuaalisella väkivallalla. Myöhemmin hän oli saanut tapauksesta johtuvia psyykkisiä oireita. Kantaja oli valittanut EIT:lle EIS:n 3 artiklan sisältämän kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun kiellon loukkauksesta. EIT oli kuitenkin hylännyt valituksen ilmeisen perusteettomana. Myöhemmin sama tapaus tuli kuitenkin YK:n ihmisoikeuskomitean käsiteltäväksi. Vastaajavaltio vetosi KP-sopimuksen lisäpöytäkirjaan tehtyyn varaukseen, jonka mukaan ihmisoikeuskomitean tulee jättää tutkimatta

Euroopan ja Amerikan ihmisoikeussopimusten oikeusjärjestykset ja niitä valvomaan luodut ihmisoikeustuomioistuimet ilmentävät osaltaan ihmisoikeusregiimin sisäisestä fragmentoitumisesta. Niiden oikeudenkäytössä on havaittavissa kaikki fragmentoitumisen piirteet: Ensinäkin ne ovat institutionaalisesti toisistaan riippumattomia. Ne sisältävät luonteeltaan samankaltaisia oikeuksia, mutta niiden oikeudenkäyttö on maantieteellisesti rajoitettu. Toiseksi ne ovat oikeuskäytännöissään soveltaneet kansainvälisen oikeuden yleisiä oppeja omien lähtökohtiensa mukaisesti. Lisäksi ne ovat kehittäneet omia, kansainvälisen oikeuden yleisistä opeista eriäviä tulkintadoktriineja. – Miten haittaa näiden instituutioiden oikeudenkäytön fragmentoituneisuudesta ja vähäisestä vuorovaikutuksesta sitten käytännössä on? Relevantti vastaus kysymykseen löytyy, kun tarkastellaan sitä teoreettiselta kannalta. Molemmat ihmisoikeussopimukset konkretisoivat osittain YK:n ihmisoikeusjulistuksesta johdettuja oikeuksia. Siksi toisistaan eriävä ja ihmisoikeuksien luoman verkoston sivuuttava tulkinta ei tukisi käsitystä ihmisoikeuksien universaaliudesta, jakamattomuudesta ja tasa-arvoisuudesta.<sup>90</sup>

Lähtökohtaisesti tuomioistuimella on eriomaiset edellytykset ehkäistä ihmisoikeusregiimin fragmentoitumista huomioimalla kansainvälisen oikeuden ja kansainvälisen ihmisoikeusargumentaation kehitys valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen 31 (3c) artiklan mukaisia periaatteita soveltaen. Molemmat tuomioistuimet nimittäin ovat keskeisiä kansainvälisen oikeuden toimijoita. Ne myös soveltavat alueellisesti perustavanlaatuisia ihmisoikeussopimuksia evolutiivisia tulkintaperiaatteita soveltaen.

EIT ja AIT ovat ihmisoikeusregiimin keskeisiä auktoriteetteja. Siksi niillä molemmilla on myös suuri vaikutus kansainvälisen tapaoikeuden kehitykseen ja sen myötä kansainvälisten ihmisoikeusstandardien kehitykseen. Myös keskenään erisuuntaiset tuomiot ovat osa ihmisoikeuksiin liittyvän kansainvälisen tapaoikeuden muodostumisvaihetta. Tapaoikeus muotoutuu, kun oikeusteknisesti laadukkaimmat ja parhaiten kontekstin huomioivat argumentit kilvoittavat tuomioistuimet parempaan oikeudelliseen argumentaatioon, mikä toimii pohjana oikeudelliselle inspiraatiolle.<sup>91</sup> Kansainvälisten standardien huomioiminen toimii siis parhaassa tapauksessa toimia porttina Euroopan ja Amerikan alueellisten konstitutionaalisten tulkintainspiraatioiden vaihdannalle. Kansainvälisten ihmisoikeusregiimin sisäisen fragmentoitumisen aste riippuukin lopulta paljon siitä kuinka sulkeutuneita tai avoimia nämä perustavanlaatuiset oikeusjärjestykset ovat kansainvälisen oikeuden vaikutteille.

---

muussa kansainvälisen oikeuden tuomioistuimessa käsitellyt tapaukset. Komitea kuitenkin katsoi, että EIT:ssa tehty päätös asian hylkäämisestä ei ollut tulkittavissa kansainvälisen tuomioistuimen ratkaisuksi. Ihmisoikeuskomitea otti asian käsiteltäväksi ja totesi lopulta valtion rikkoneen KP-sopimuksen 7 artiklan sisältämää kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun kieltoa.

<sup>90</sup> Ks. myös *Shany* 2016 s. 5.

<sup>91</sup> *Treves* 2009, s. 226–227.

### 3 VÄHEMMISTÖJEN KULTTUURI-IDENTITEETIT TUOMIOISTUINTEN OIKEUSKÄYTÄNNÖISSÄ

#### 3.1 Oikeus kulttuuri-identiteettiin kansainvälisessä oikeudessa

##### 3.1.1 Yleismaailmallisesti sovellettavat normit

Vähemmistöjen identiteettien suojelemiseen ja tukemiseen liittyvään kategoriaan kuuluvien normien tavoitteena on, että vähemmistöjen assimiloinnin estäminen. Identiteetti itsessään on ilmeisen muovautuvainen käsite, johon ei ole tässä yhteydessä mahdollista tarttua. Voidaan kuitenkin todeta, että vähemmistökulttuurilla on kiinteä yhteys vähemmistöön kuuluvan yksilön identiteettiin. Kulttuuri on yksi vähemmistöidentiteetin perusteista. Siksi esimerkiksi *Wheatley* pitää vähemmistökulttuuria synonyymina kollektiiviselle identiteetille<sup>92</sup>.

Oikeus kulttuuri-identiteettiin voidaan kansainvälisessä oikeudessa jäsentää suppeasti ja laajasti. Suppea jäsenitys rajautuu normeihin, joissa oikeus kulttuuriin ilmaistaan suoraan.<sup>93</sup> Laajan jäsenyyksen mukaan oikeutta kulttuuriin ilmentävät kaikki ihmisoikeudet, joilla on linkki kulttuurista nauttimiseen<sup>94</sup>. Toisaalta oikeus kulttuuri-identiteettiin voidaan jaotella myös normien luonteen mukaisesti yksilön oikeuteen nauttia kulttuuri-identiteetistä ja kollektiiviseen oikeuteen nauttia kulttuuri-identiteetistä<sup>95</sup>.

Kansainvälisessä oikeudessa vallitsee vahva konsensus siitä, että eri kulttuureja ei tule tuhota sekä toisaalta siitä, että kaikki kulttuurit ovat yhtä arvokkaita. Yleismaailmallisella tasolla tätä konsensusta kuvastavat esimerkiksi Unescon *kulttuurista moninaisuutta koskevan yleismaailmallisen julistuksen* ja *yleissopimuksen kulttuuri-ilmainsujen moninaisuuden suojelemisesta ja edistämisestä* (SopS 58/2006).

YK:n ihmisoikeussopimuksista löytyy myös muutamia yksilön oikeuksien asuun kirjoitettuja normeja, jotka suoraan ilmaisevat oikeuden kulttuuriin. Keskeisiä ovat etenkin TSS-sopimuksen 15 (1) artikla sekä KP-sopimuksen 27 artikla<sup>96</sup>. Näistä TSS-sopimuksen tarkoittama oikeus kulttuuriin on soveltamisalaltaan laaja. Artiklassa tarkoitettun kulttuurin käsitteeseen kuuluu lähes mikä tahansa

<sup>92</sup> *Wheatley* 2003, s. 507.

<sup>93</sup> *Donders* 2010, s. 19.

<sup>94</sup> *Donders* 2010, s. 19. Käytännössä kulttuuriin saattaa linkittyä lähes mikä tahansa ihmisoikeus. Useimmin kyseeseen tulee esimerkiksi uskonnonvapaus, ilmaisunvapaus sekä oikeus yksityiselämään.

<sup>95</sup> Ks. *Donders* 2016, 89–95.

<sup>96</sup> Näiden artiklojen vaikutteena on etenkin yleismaailmallisen ihmisoikeuksien julistuksen 27 artikla.

kulttuurin elementti – ruokakulttuurista tieteisiin ja taiteisiin<sup>97</sup>. Soveltamisalan puitteissa sopimusta valvova TSS-komitea on kuitenkin kiinnittänyt erityistä huomiota myös vähemmistöjen ja alkuperäiskansojen oikeuteen kehittää kulttuurillista itsenäisyyttä<sup>98</sup>. KP-sopimuksen 27 artikla sen sijaan keskittyy erityisesti juuri vähemmistöjen kulttuuri-identiteetin turvaamiseen. Sen mukaan: ”*niissä valtioissa, joissa on kansallisia, uskonnollisia tai kielellisiä vähemmistöjä, tällaisiin vähemmistöihin kuuluvilta henkilöiltä ei saa kieltää oikeutta yhdessä muiden ryhmänsä jäsenten kanssa nauttia omasta kulttuuristaan, tunnustaa ja harjoittaa omaa uskontoaan tai käyttää omaa kieltään*”. Kyseinen artikla on YK:n ainoa jäsenvaltioita sitova ja suoranaisesti vähemmistöjä koskeva normi. 27 artiklan ja KP-sopimuksen yksilövalitusmenettelyn ansiosta sopimusta valvovasta ihmisoikeuskomiteasta onkin kehittynyt vähemmistöjen suojelun kannalta merkittävä foorumi.<sup>99</sup>

Ihmisoikeuskomitea on tulkinnut KP-sopimuksen 27 artiklaa laajentavasti. Vaikka artiklan sanamuoto *ei saa kieltää*<sup>100</sup> luo valtiolle ensisijaisesti negatiivisen velvoitteen, ihmisoikeuskomitea on katsonut, että artikla saattaa käytännössä edellyttää valtiolta myös positiivisia toimia esimerkiksi kolmannen osapuolen toimia vastaan.<sup>101</sup> Lisäksi komitea on katsonut, että valtion tulee mahdollistaa vähemmistöjen perinteisten aktiviteettien, kuten esimerkiksi kalastuksen ja metsästyksen harjoittaminen<sup>102</sup>. Positiiviset velvoitteet edellyttävät tilannekohtaista arviota, siksi niiden laatu riippuu esimerkiksi vähemmistöryhmän koosta, ryhmän alueellisesta keskittyneisyydestä ja ryhmää kohtaan kohdistuneesta syrjinnän tasosta<sup>103</sup>.

Yleismaailmallista vähemmistöjen kulttuuri-identiteetin suojeluun liittyvää oikeudellista substanssia täsmentävät ja laajentavat YK:n *vähemmistöjen oikeuksien julistus* (1992), *alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva julistus* (2007) sekä Kansainvälisen työjärjestön (jälj. ILO)<sup>104</sup> *itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskeva yleissopimus* (jälj. ILO 169)<sup>105</sup>.

<sup>97</sup> Ks. TSS-komitea: General comment No.21: Right of everyone to take part in cultural life, kohta 13.

<sup>98</sup> TSS-komitea: General comment No.21: Right of everyone to take part in cultural life, kohdat 32–33 ja 36–37.

<sup>99</sup> Merkitystä on lisännyt myös sopimuksen laaja ratifiointi. Sopimuksen piiriin kuuluu 169 valtiota. Lukuun sisältyvät kaikki Euroopan ja Amerikan valtiot. Ks. *United Nations Treaty Collection – 4. International Covenant on Civil and Political Rights*.

<sup>100</sup> Englanninkielisessä versiossa käytetään ilmaisua ”shall not be denied”.

<sup>101</sup> YK:n ihmisoikeuskomitea: CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), kohta 6.1.

<sup>102</sup> YK:n ihmisoikeuskomitea: CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), kohta 7. Ks. myös *Joseph – Castan* 2013 s. 1818–1819.

<sup>103</sup> *Scheinin* 2008, s. 30–31.

<sup>104</sup> ILO on vuonna 1919 Versaillesin rauhansopimuksen yhteydessä perustettu kansainvälinen järjestö. Vuonna 1946 ILO:sta tehtiin yksi YK:n alajärjestöistä. *Leisma* 2009, s 87.

<sup>105</sup> ILO:n puitteissa laadittiin ensimmäinen alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva sopimus jo vuonna 1957. Kyseinen sopimus (ILO-107) oli aikansa tuote, sillä sen peruslähtökohta oli paternalistinen. Sopimus sisälsi ajatuksen tarpeesta integroida alkuperäisväestö ”kehittyneempään” väestöön. Ks. *Yupsanis* 2010, 434–435. ILO 169 -sopimus tuli voimaan



*YK:n vähemmistöjen oikeuksien julistuksen* 1 (1) artikla luo valtioille velvoitteen sietää ja tukea vähemmistöjen valtakulttuurista erillistä identiteettiä<sup>106</sup>. Julistuksessa muita kulttuuri-identiteettiin liittyviä artikloja ovat esimerkiksi 2 artiklassa turvattu oikeus nauttia vähemmistökulttuurista sekä 4 artiklassa valtioille asetettu velvoite luoda vähemmistökulttuurin kukoistukselle suotuista olosuhteet mahdollistamalla vähemmistökielen opiskelu ja huomioimalla vähemmistökulttuurit opetuksessa.

*Alkuperäiskansoja koskevassa julistuksessa* keskeinen normi on sen 3 artiklan sisältämä sisäinen itsemääräämisoikeus, joka jo itsessään sisältää myös oikeuden kehittää omaa kulttuuria<sup>107</sup>. Tässä kohdassa on syytä huomauttaa, että myös KP-sopimuksen kansojen itsemääräämisoikeuden takaava 1 (1) artikla periaatteessa soveltuu alkuperäiskansoihin. Ihmisoikeuskomitea on kuitenkin pidättäytynyt artiklan soveltamisesta yksilövalitusjärjestelmässä artiklan kollektiivisen luonteen vuoksi<sup>108</sup>.

Alkuperäiskansoja koskevan julistuksen 3 artiklan lisäksi kulttuuri-identiteetin säilyttämiseen liittyvät etenkin julistuksen artikkelit 11–13. Kyseiset artikkelit takaavat alkuperäiskansoille oikeuden: harjoittaa ja elvyttää kulttuurisia perinteitään ja tapojaan<sup>109</sup>; harjoittaa, kehittää ja opettaa hengellisiä ja uskonnollisia perinteitään, tapojaan ja seremonioitaan<sup>110</sup>; sekä elvyttää, käyttää, kehittää ja siirtää kulttuuriaan tuleville sukupolville<sup>111</sup>. Jokaisessa edellä mainitussa artiklassa myös edellytetään valtioiden toteuttavan tehokkaat toimet kyseisten oikeuksien käytännön toteutumiseksi.

*ILO 169 -sopimus* puolestaan edellyttää valtioiden kunnioittavan alkuperäiskansojen kulttuurillista yhtenäisyyttä<sup>112</sup>, tukevan alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteetin kehitystä<sup>113</sup>, tunnistavan alkupe-

---

vuonna 1991. Sopimuksen on ratifioinut 22 valtiota, joista valtaosa sijaitsee latinalaisessa Amerikassa. Euroopan valtioiden sopimuksen ovat ratifioineet Tanska, Alankomaat, Norja ja Espanja. Ks. *ILO NORMLEX – Ratifications of C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989*.

<sup>106</sup> Julistus on sovellettavissa kaikkiin vähemmistöihin riippumatta kansalaisuudesta tai siitä onko se ”vanha” vai ”uusi” vähemmistö. Ks. *YK:n vähemmistöihin erikoistunut työryhmä: Commentary of The Working Group on Minorities to The United Nations Declaration on The Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, kohdat 9–11.

<sup>107</sup> *Donders* 2010, s. 19. Itsemääräämisoikeus oli julistuksen kiistellyin aihe. Osa valtioista pelkäsi julistuksen aiheuttavan itsenäistymispyrkimysten aallon. Tämän johdosta 4 artiklaa rajoitettiin koskemaan sisäisiä ja paikallisia asioita. Lisäksi julistukseen lisättiin artikla 46(1), jonka mukaan julistusta ei voida tulkita sallivan toimintaa, joka aiheuttaisi vahinkoa valtioiden alueelliselle eheydelle. Ks. *Gilbert* 2007, s. 218–220; *Engle* 2011, s. 146.

<sup>108</sup> *Chief Bernard Ominayak ja Lubicon Lake Band v. Kanada*, 26.3.1990, kohta 13.3. Artiklan mukainen kollektiivinen itsemääräämisoikeus saattaa alkuperäiskansojen osalta kuitenkin vaikuttaa sopimuksen yksilöoikeuksien – erityisesti 27 artiklan – tulkintaan. Ks. *Apirana Mahuika ja muut v. Uusi-Seelanti*, 27.10.2000, kohta 9.2.

<sup>109</sup> Alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva julistus, 11 artikla.

<sup>110</sup> Alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva julistus, 12 artikla.

<sup>111</sup> Alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva julistus, 13 artikla.

<sup>112</sup> Itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskeva yleissopimus, 2(1) artikla.

<sup>113</sup> Itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskeva yleissopimus, 2(2b) artikla.

räiskansojen sosiaalisen kulttuurillisen ja hengellisen arvomaailman sekä kunnioittavan arvomaailmaan pohjautuvia instituutioita ja tapoja<sup>114</sup>. Alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen sisältö eroaa ILO 169 -sopimuksesta sikäli, että julistuksessa painotetaan myös menneiden vääryyksien hyvittäminen. Esimerkiksi julistuksen 8 artikla sekä kieltää alkuperäiskansojen pakkosulattamisen valtakulttuuriin että edellyttää valtioiden järjestävän tehokkaat järjestelmät, joilla estetään pakkosulattaminen ja hyvitetään aikaisemmin tapahtunut pakkosulatus.

Sekä julistuksessa että ILO 169 -sopimuksessa tunnustetaan alkuperäiskansojen kulttuurillisesti ja hengellisesti erityislaatuinen suhde niille historiallisesti kuuluviin alueisiin<sup>115</sup>. Tähän liittyen instrumentit tunnustavat myös perinteisten elinkeinojen merkityksen alkuperäiskansojen kulttuurille ja edellyttävät, että valtiot kunnioittavat ja tukevat näitä elinkeinoja<sup>116</sup>.

Vähemmistöjen oikeuksien julistuksen toimeenpanemista valvoo YK:n vähemmistöistä vastaava erityisraportoija, jonka tehtävänä on suorittaa maavierailuja sekä laatia vuosittaisia ja teemakohtaisia raportteja toiminnastaan ja eri vähemmistöjen tilanteista.<sup>117</sup> Alkuperäiskansojen julistuksen toimeenpanemista edistää puolestaan YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien erityisraportoija, jonka mandaatti vastaa suurelta osin vähemmistöjen oikeuksien erityisraportoijan tehtäviä<sup>118</sup>. ILO 169 -sopimusta valvotaan puolestaan ensisijaisesti raportointimenettelyllä. Vain ammattijärjestöt tehdä kanteluja ILO:n sopimusten käytännön toteutumisesta sopimusvaltiossa. Alkuperäiskansojen kannalta tämä onkin sopimuksen suuri heikkous.<sup>119</sup>

### 3.1.2 Amerikassa sovellettavat normit

Amerikan kontekstissa ensinäkkin vuonna 1948 annettu Amerikan ihmisoikeuksien julistuksessa tunnustetaan oikeus nauttia kulttuurista. Julistuksen XIII artiklan mukaan jokaisella oikeus nauttia kulttuurielämästä yhteisössä<sup>120</sup>. Yksilön oikeus kulttuuriin turvattiin myöhemmin myös vuoden 1988 AIS:n San Salvador -lisäpöytäkirjassa. Lisäpöytäkirjan 14 (1a) luo valtioille velvoitteen tunnustaa jokaisen

<sup>114</sup> Itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskeva yleissopimus, 5(a)–5(b) artikla.

<sup>115</sup> Itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskeva yleissopimus, 13 artikla ja alkuperäiskansoja koskevan julistuksen, 26 artikla.

<sup>116</sup> Itsenäisten maiden alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen ja alkuperäiskansoja koskevan julistuksen 20 artiklat.

<sup>117</sup> Ks. *YK:n ihmisoikeuskomissio*: Rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities, resolution 2005/79.

<sup>118</sup> Ks. *YK:n ihmisoikeusneuvosto*: Human Rights and Indigenous Peoples: Mandate of The Special Rapporteur on The Rights of Indigenous Peoples.

<sup>119</sup> Ks. *Yupsanis* 2010, s. 448–450.

<sup>120</sup> American Declaration of Rights and Duties of Man (1948).

oikeus osallistua kulttuuri ja taide-elämään<sup>121</sup>. Siten artiklan tarkoittama kulttuuri vastaa siis suurelta osin TSS-sopimuksen 15 (1) artiklan sisältöä.

OAS:n piirissa vuonna 2012 laadittu sosiaalinen peruskirja<sup>122</sup> sisältää kulttuurien kunnioittamisen osalta yksityiskohtaisempia normeja. OAS:n sosiaalinen peruskirja ei ole valtioita vahvasti velvoittavaa kansainvälistä oikeutta. Se kuitenkin sai OAS:n yleiskokouksessa yksimielisen tuen, mikä osoittaa peruskirja poliittisen painoarvon.<sup>123</sup> Peruskirjan IV luvun normit liittyvät kulttuurien kehityksen, kulttuuridiversiteetin ja kulttuurillisen pluralismin vaalimiseen. Vähemmistöjen kannalta oleellisia ovat etenkin peruskirjan 27 ja 28 artiklat. Ensiksi mainitun artiklan myötä jäsenvaltiot sitoutuvat kunnioittamaan, arvostamaan, tukemaan ja suojaamaan valtioiden sisäistä kulttuuridiversiteettiä. Peruskirjan 28 artikla puolestaan kohdistuu erityisesti alkuperäiskansojen kulttuurien suojaamisen. Sen mukaan jäsenvaltioiden tulee tukea kunnioittavaa suhtautumista alkuperäiskansojen kulttuuria kohtaan valtaväestön keskuudessa. Artikla sisältää myös alkuperäiskansoille suunnatun kollektiivisen oikeuden harjoittaa ja vaalia perinteitä, tapoja ja perinnetietoa. – OAS:n Amerikan sosiaalisen peruskirjan sisältöä tukee vuonna 2015 laadittu toimintasuunnitelma peruskirjan tavoitteiden toteuttamiseksi<sup>124</sup>. Kyseinen toimintasuunnitelma ei kuitenkaan seuraa yhtenevästi peruskirjan sisältöä. Alkuperäiskansojen kannalta harmillisesti esimerkiksi 28 artiklaan ei toimintasuunnitelmassa kiinnitetä lainkaan huomiota.

Nykyisin OAS:n regiimi sisältää myös erityisesti vähemmistöjen kulttuuri-identiteetin kunnioittamiseen liittyviä normeja, sillä OAS:n yleiskokous hyväksyi Amerikan alkuperäiskansoja koskevan julistuksen kesäkuussa vuonna 2016. Amerikan alkuperäiskansojen julistuksen tarkoitus on täydentää YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksessa asetetun vähimmäissuojan tasoa Amerikan alkuperäiskansojen osalta, kuten julistuksen XLI artiklassa ilmaistaan. YK:n julistuksen tapaan, myös Amerikan alkuperäiskansoja koskeva julistus tunnistaa alkuperäiskansojen sisäisen itsemääräämisoikeuden<sup>125</sup> ja kieltää alkuperäiskansojen assimiloinnin ja kulttuurin tuhoamisen<sup>126</sup>. Menneiden vääryyksien hyvittäminen Amerikan julistuksessa ei kuitenkaan YK:n julistuksen tapaan edellytetä. Muut läheisesti alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteettiin liittyvät artiklat ovat julistuksen kolmannessa

<sup>121</sup> Tässä yhteydessä on syytä muistuttaa, että vaikka lisäpöytäkirja on osa Amerikan ihmisoikeussopimusta, AIT:lla ei ole toimivaltuutta soveltaa kyseistä artiklaa. Ks. 19(6) artikla.

<sup>122</sup> Social Charter of The Americas, 2012.

<sup>123</sup> *Seatzu – Úbeda de Torres* 2014, s. 139

<sup>124</sup> Plan of Action of The Social Charter of The Americas, 2015.

<sup>125</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, III artikla.

<sup>126</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, X artikla.

osassa. Se sisältää muun muassa kollektiiviset oikeudet kulttuurilliseen yhtenäisyyteen<sup>127</sup>; perinnetiedon jatkumiseen<sup>128</sup> ja omien uskomusten säilyttämiseen<sup>129</sup>.

Kulttuuri-identiteetin osalta yksi merkittävimmistä eroista suhteessa YK:n julistukseen on se, että Amerikan julistuksen 2 artikla edellyttää valtioiden huomioivan alkuperäiskansojen kulttuurillinen ja kielellinen monimuotoisuus. Julistus siis tunnistaa alkuperäiskansojen kulttuurien sisäisen monivaihteisuuden. Amerikan julistus myös korostaa perheen merkitystä osana alkuperäiskansojen kulttuuria<sup>130</sup>, alkuperäiskansojen perinteisten parannustapojen merkitystä<sup>131</sup> sekä puhtaan luonnon merkitystä alkuperäiskansojen oikeuksien täysimääräiselle toteutumiselle<sup>132</sup>.

### 3.1.3 Euroopassa sovellettavat normit

Hieman yllättäen eurooppalaisessa kansainvälisessä oikeudessa ei ole normia, joka ihmisoikeuksien julistuksen 27 artiklan ja TSS-sopimuksen 15 (1) artiklan tavoin ilmaisisi yksilön oikeuden kulttuuriin. EN:n regiimissä kuitenkin on kaksi vähemmistöjen suojeluun liittyvää sopimusta, jotka osaltaan suojaavat vähemmistöjen kulttuuri-identiteettiä. Sen sijaan erityisesti alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteettiä suojaavia normeja eurooppalainen kansainvälinen oikeus ei sisällä. Euroopan alkuperäiskansat periaatteessa kuuluvat vähemmistöjen suojelua koskevien sopimusten soveltamisalaan. Nämä sopimukset eivät kuitenkaan suoranaisesti tunnista alkuperäiskansoja koskevan kansainvälisen oikeuden erityispiirteitä, kuten erityislaatuista suhdetta kansalle historiallisesti kuuluvaan alueeseen.

EN:n vähemmistöihin liittyvistä sopimuksista soveltamisalaltaan laajempi on vuonna 1998 voimaan tullut *kansallisten vähemmistöjen suojelua koskeva puiteyleissopimus* (SopS 1-2/1998)<sup>133</sup>. Vähemmistöjen kulttuuri-identiteetin kannalta oleellinen on etenkin sopimuksen 5 artikla. Sen mukaan sopimusosapuolet ovat sitoutuneet edistämään olosuhteita, jotta kansallisiin vähemmistöihin kuuluvat henkilöt voivat ylläpitää ja kehittää kulttuuriaan sekä säilyttää identiteettinsä oleelliset perustekijät.

<sup>127</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, XII artikla.

<sup>128</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, XIV artikla.

<sup>129</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, XVI artikla.

<sup>130</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, XVII artikla.

<sup>131</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, XVIII artikla.

<sup>132</sup> American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, XIX artikla.

<sup>133</sup> Sopimus on merkittävä osa EN:n ihmisoikeusregiimiä, sillä sen on ratifioinut 39 valtiota 47:stä EN:n jäsenvaltiosta. Belgia, Kreikka, Islanti ja Luxemburg ovat allekirjoittaneet sopimuksen, mutta eivät ole sitä ratifioineet. Sopimuksen ulkopuolelle ovat jättäytyneet Andorra, Ranska, Monaco ja Turkki. Ks. *Council of Europe Treaty Office – Chart of signatures and ratifications of Treaty 157: Framework convention for Protection of National Minorities*.

Sopimuksen 6 artikla puolestaan edellyttää, että sopimusvaltiot rohkaisevat suvaitsevuuden henkeä ja kulttuurien välistä vuoropuhelua sekä ryhtyvät tehokkaisiin toimenpiteisiin edistääkseen keskinäistä kunnioitusta, ymmärtämystä ja yhteistyötä erityisesti koulutuksen, kulttuurin ja viestinnän alalla kaikkien alueellaan asuvien henkilöiden kesken riippumatta heidän etnisestä, sivistyksellisestä, kielellisestä tai uskonnollisesta identiteetistään.

Sopimuksen 5 artiklassa vähemmistöidentiteetin perustekijöiden katsotaan rakentuvan uskonnosta, kielestä, perinnästävoista sekä kulttuuriperinnöstä. Näitä perustekijöitä säännellään yksityiskohtaisemmin sopimuksen muissa artikloissa: Esimerkiksi 10 artiklan mukaan vähemmistöön kuuluvalla henkilöllä on oikeus vapaasti käyttää vähemmistökieltään ja sopimusvaltioilla on velvoite mahdollisuuksien mukaan varmistaa olosuhteet, joissa vähemmistökieltä voitaisiin käyttää heidän ja hallintoviranomaisten välisissä suhteissa, mikäli he sitä vaativat ja tällainen vaatimus vastaa todellista tarvetta<sup>134</sup>.

Vähemmistökieleen liittyviä kulttuuri-identiteetin perustekijöitä sääntelee tavallaan myös EN:n *alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskeva eurooppalainen peruskirja* (SopS 23/1998)<sup>135</sup>. Sopimuksella ei varsinaisesti luoda oikeuksia yksilöille eikä ryhmille, vaan sopimus keskittyy kieliin ja niiden suojeluun<sup>136</sup>. Tästä huolimatta sopimuksella on luonnollisesti vaikutuksia vähemmistökieliä puhuvien yksilöiden ja ryhmien oikeusasemaan. Sopimuksen 1 (a) artiklan mukaisesti soveltamisala rajoittuu vanhojen vähemmistöjen käyttämiin kieliin, siten sopimuksen sovellettavuuden ulkopuolelle rajautuu maahanmuuttajavähemmistöjen käyttämät kielet.

Alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskevan eurooppalaisen peruskirjan oikeudellinen sisältö on sen 2 ja 3 osissa. Jokaisen sopimusvaltion on implementoitava 2. osan 7 artikla, joka sisältää yleisiä tavoitteita ja periaatteet vähemmistökielten suojelemiseksi, yleisen syrjimättömyysnormin, valtion velvollisuuden edistää kieliryhmien keskinäistä yhteisymmärrystä sekä valtion velvoitteen ottaa huomioon kieliryhmien tarpeet ja toivomukset kielipolitiikkaa tehdessä. Kyseistä artiklaa sovelletaan kaikkiin peruskirjan soveltamisalaan kuuluviin kieliin. Sopimuksen 3. osa puolestaan sisältää *à la carte* -tyylisen listan yksityiskohtaisia artikloja, joista sopimusvaltion tulee sitoutua soveltamaan vähintään 35 kappaletta tai kohtaa. Sopimusvaltiot voivat myös määritellä mihin kieliin valitut kappa-

<sup>134</sup> Ks. tarkemmin *de Varannes* 2005, s. 309–313.

<sup>135</sup> Tämän sopimuksen on hyväksynyt 25 valtiota, joista 8 ei ole vielä ratifioinut sitä. Sopimus on avoin myös EN:n ulkopuolisille valtioille. Ks. *Council of Europe Treaty Office – Chart of signatures and ratifications of Treaty 148*.

<sup>136</sup> EN: Explanatory Report to the European Charter for regional or Minority Languages, kohta 17.

leet tai kohdat soveltuvat. 3 osan säädökset tähtäävät vähemmistökielten käytön edistämiseen julkisessa elämässä: Se sisältää koulutukseen<sup>137</sup>, oikeusviranomaisiin<sup>138</sup>, hallintoviranomaisiin ja julkisiin palveluihin<sup>139</sup>, joukkoviestimiin<sup>140</sup>, kulttuuritoimintaan ja -palveluihin<sup>141</sup> sekä talous- ja yhteiskuntaelämään<sup>142</sup> liittyvät artiklat.

Yhteenvetona voidaan todeta, että eurooppalainen kansainvälinen oikeus sisältää runsaasti todella yksityiskohtaisia normeja, jotka sääntelevät vähemmistöjen kulttuuri-identiteettien eri osa-alueita.

### 3.2 Oikeus kulttuuri-identiteettiin osana AIT:n oikeuskäytäntöä

#### 3.2.1 Oikeus kulttuuri-identiteettiin AIS:n tulkintaa ohjaavana normina

Amerikan ihmisoikeussopimuksessa ei ole artiklaa, joka suoranaisesti turvaisi yksilön oikeuden kulttuuri-identiteettiin. Oikeus kulttuuri-identiteettiin on kuitenkin näyttäytynyt tuomioistuimen oikeuskäytännössä ihmisoikeussopimuksen tulkintaa ohjaavana syvätason normina. Siten AIT on omaksunut varsin kulttuurirelativistisen asenteen sopimuksen oikeuksien tulkinnassa.

Kulttuuri-identiteetin roolia sopimuksen tulkintaa ohjaavana normina kuvastaa erityisesti tapa, jolla AIT on linkittänyt sen osaksi AIS:n 1 (1) ja 24 artiklan tulkintaa. Ensiksi mainittu artikla sisältää yleisen syrjimättömyyssäädöksen sekä velvoitteen kunnioittaa sopimuksessa turvattuja oikeuksia. AIS:n 24 artiklan puolestaan sisältää oikeuden yhdenvertaisuuteen lain edessä. AIT yhdisti kulttuuri-identiteetin kyseisiin artikloihin ensimmäistä kertaa alkuperäiskansojen historialliseen maaomistukseen liittyneessä tapauksessa *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (17.6.2005, jälj. *Yakye Axa*). Ratkaisussa tuomioistuin katsoo, että 1 (1) artikla ja 24 artikla sisältävät valtioille osoitetun velvoitteen huomioida alkuperäiskansojen kulttuurien eroavaisuus. Samalla tuomioistuin korostaa, että myös sen on tunnistettava tämä eroavaisuus omassa tulkinnassaan.<sup>143</sup> Tulkintamalli vakiintui tapauksessa *López Álvarez v. Honduras* (1.2.2006), jossa oli kyse alkuperäiskansaan kuuluneen vangin

<sup>137</sup> Alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskeva eurooppalainen peruskirja, 8 artikla.

<sup>138</sup> Alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskeva eurooppalainen peruskirja, 9 artikla.

<sup>139</sup> Alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskeva eurooppalainen peruskirja, 10 artikla.

<sup>140</sup> Alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskeva eurooppalainen peruskirja, 11 artikla.

<sup>141</sup> Alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskeva eurooppalainen peruskirja, 12 artikla.

<sup>142</sup> Alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskeva eurooppalainen peruskirja, 13 artikla.

<sup>143</sup> *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohta 51.

oikeudesta käyttää äidinkieltään vankeuden aikana. Ratkaisussa AIT korostaa, että oikeus nauttia kulttuuri-identiteetistä sisältyy yleisluontoiseen 1(1) artiklaan<sup>144</sup>.

AIT:n mukaan oikeuksien yhdenvertainen toteutuminen ei siten tarkoita kulttuurillista yhteismitallisuutta, vaan se on suhteuttava yksilöiden ja ryhmien kulttuuri-identiteettien erityispiirteisiin<sup>145</sup>. Tätä voidaan luonnollisesti pitää vähemmistöjen kannalta tervetulleena kehityksenä, sillä käytännössä se mahdollistaa sopimuksen lähes jokaisen artiklan tulkinnan valittajan kulttuuri-identiteetin valossa<sup>146</sup>. Tuomari *Abreau Burellin Yakye Axa* -ratkaisussa esittämä osittain eriävä mielipide antaa tästä osviittaa. Hän katsoo, että oikeus kulttuuri-identiteettiin saattaa tulla kyseeseen AIS:n yksityisyyden suojaan<sup>147</sup>, maineen ja kunnian suojaan<sup>148</sup>, uskonnonvapauteen<sup>149</sup>, ajatuksen- ja sananvapauteen<sup>150</sup>, koontumisvapauteen<sup>151</sup>, yhdistymisvapauteen<sup>152</sup>, perhe-elämän suojaan<sup>153</sup>, nimioikeuteen<sup>154</sup> omistusoikeuteen<sup>155</sup> ja poliittisiin oikeuksiin<sup>156</sup> liittyvien artiklojen tulkinnan yhteydessä.

Vaikka AIT yhdistää *Yakye Axa*-tapauksessa ensimmäistä kertaa oikeuden kulttuuri-identiteettiin sopimuksen syvätason normeihin, ei tulkinta sinänsä tuonut mukanaan kovin radikaalia muutosta, sillä jo ennen kyseistä ratkaisua AIT oli tulkinnut ihmisoikeussopimusta vähemmistöjen kulttuuri-identiteetin turvaamisen ja tukemisen valossa.

### 3.2.2 Historiallinen maanomistusoikeus ja oikeus kulttuuri-identiteettiin

Suuri osa AIT:n vähemmistöihin liittyvistä ratkaisuista kytkeytyy kiistoihin alkuperäiskansojen maa-oikeuksista. Näissä tapauksissa AIT on korostanut alueen merkitystä alkuperäiskansojen identiteetille. Tämä on loogista, sillä kuuluuhan alkuperäiskansa-käsitteeseen olennaisena osana ajatus tietystä ihmisryhmästä tietyn alueen ensimmäisenä asuttajana<sup>157</sup>. Käytännössä kulttuuri-identiteetillä onkin

<sup>144</sup> *López Álvarez v. Honduras*, 1.2.2006, kohdat 169 ja 174.

<sup>145</sup> *Odello* 2012, s. 35

<sup>146</sup> *Lixinski* 2010, s. 598.

<sup>147</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 5 artikla (the right to personal integrity).

<sup>148</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 11 artikla (protection of reputation and dignity).

<sup>149</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 12 artikla (freedom of conscience and religion).

<sup>150</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 13 artikla (liberty of thought and expression).

<sup>151</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 15 artikla (the right to assembly).

<sup>152</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 16 artikla (freedom of association).

<sup>153</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 17 artikla (rights of the family).

<sup>154</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 18 artikla (the right to name).

<sup>155</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 21 artikla [the right to property]

<sup>156</sup> Amerikan ihmisoikeussopimus, 23 artikla (right to participate in government). Ks. *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 17.6.2005, *Abreau Burellin* osittain eriävä mielipide, kohdat 19–36.

<sup>157</sup> Ks. esim. *YK:n ihmisoikeuskomissio*: Discrimination against indigenous peoples, kohta 1. f.

ollut valtava vaikutus 21 artiklan omaisuuden suojan tulkinnassa. Sen avulla tuomioistuin on laajentanut 21 artiklan tulkintaa ja sisällyttänyt alkuperäiskansojen historiallisen maaomistuksen osaksi AIS:n omaisuuden suojaa.

Jo ensimmäisessä alkuperäiskansan historiallisen maaomistusoikeuden tunnustamiseen päätyneessä ratkaisussa *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (31.8.2001, jälj. *Awas Tingni*) AIT huomioi, että alueella on materiaalisien arvon lisäksi myös tärkeä henkinen merkitys alkuperäiskansan kulttuurillisen perinteen jatkumiselle<sup>158</sup>. Kulttuuri-identiteettiä kunnioittavan ratkaisun tulkinnallisena vipuvartena toimii AIS:n 29 (b) artikla, jonka mukaan sopimuksen ei pidä tulkita rajoittavan valtion lainsäädännössä tai sen hyväksymässä kansainvälisessä oikeudessa turvattuja oikeuksia. *Awas Tingni* -ratkaisussa AIT tulkitsee omaisuuden suojan sisältöä Nicaraguan perustuslakiin pohjautuvasti: Tuomioistuin katsoo, että koska Nicaraguan perustuslaissa on turvattu alkuperäiskansojen kollektiivinen omistusoikeus niille historiallisesti kuuluville maille, on myös AIS:n 21 artiklan tulkittava turvaavan alkuperäiskansojen oikeuden historialliseen omistukseen.<sup>159</sup> Koska tuomioistuimen tukeutui niin vahvasti kansalliseen perustuslakiin, tapaus jätti epäselvyyden sen yleistettävyydestä: sisältyisikö siis alkuperäiskansojen kollektiivinen omistusoikeus artiklaan vastaisuudessa myös silloin, kun vastaavia oikeuksia ei ilmene kansallisesta lainsäädännöstä<sup>160</sup>. Joka tapauksessa ratkaisu oli mul-listava alkuperäiskansojen oikeuksien kannalta, sillä ensimmäistä kertaa kansainvälinen tuomioistuin katsoi alkuperäiskansalla olevan kollektiivinen omistusoikeus niille historiallisesti kuuluneisiin alueisiin.

Myös *Yakye Axa* -tapauksessa<sup>161</sup> AIT tulkitsee AIS:n 21 artiklaa alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteettiä kunnioittavasti. Kyseisessä ratkaisussa kansainvälisen oikeuden vaikutteet ovat *Awas Tingni* -ratkaisua selkeämmin esillä. AIT tulkitsee AIS:n 21 artiklaa nimittäin etenkin Paraguayn ratifioiman ILO 169 -sopimuksen valossa<sup>162</sup>. ILO 169 -sopimukseen viittaamisen oikeudellisena perustana AIT

<sup>158</sup> *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 31.8.2001, kohta 149. Ks. myös *Cançado Trindade* 2009, s. 485–487. Tapauksen kantajat kuuluivat pieneen *Awas Tingni* -intiaaniyhteisöön. Vuonna 1995 Nicaragua oli myöntänyt yhtiölle metsänhakkueluvan yhteisön asuttamalle alueelle. Alueen omistusta ei oltu erikseen myönnetty yhteisölle, eikä sillä ollut oikeudellisia keinoja saada tunnustusta kollektiiviselle omistukselle. Ks. *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 31.8.2001, kohdat 103 ja 150.

<sup>159</sup> *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 31.8.2001, kohdat 147–148.

<sup>160</sup> *Antkowiak* 2013, s. 144. Tosin Amerikan ihmisoikeuskomissio seurasi AIT:n tulkintaa ratkaisuisissa *Mary ja Carrie Dann v. Yhdysvallat* (27.12.2002) ja *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize* (12.10.2004) mikä tuki näkemystä tapauksen yleistettävyydestä. Ks. *Alvarado* 2007, s. 613–615.

<sup>161</sup> Tapauksessa oli kyse valtion 12 vuotta kestäneestä viivytystä prosessissa, jonka päämääränä oli valittajien kollektiivisen omistusoikeuden tunnustaminen. Prosessin ajaksi yhteisö asutti läheistä aluetta, jossa he eivät kuitenkaan voineet harjoittaa perinteisiä elinkeinojaan.

<sup>162</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 130 ja 138.



mainitsee jälleen AIS:n 29 (b) artiklan. Huomattavaa on, että tuomioistuin mainitsee myös valtiosopimusoikeutta koskevan Wien yleissopimuksen 31(3) artiklan, joka edellyttää sopimusosapuoliin vaikuttavan kansainvälisen oikeuden huomioimista sopimusten soveltamistilanteissa.<sup>163</sup>

AIT viittaa ratkaisussa etenkin ILO 169 -sopimuksen 13 artiklaan, jonka mukaan sopimusvaltioiden täytyy huomioida alkuperäiskansoille historiallisesti kuuluvien alueiden hengellinen ja kulttuurinen merkitys. Tuomioistuin korostaa, että myös AIS:n 21 artiklan on turvattava hengellinen ja kulttuurinen omistussuhde. AIT:n mukaan alueen merkitys alkuperäiskansojen kulttuurille, hengelliselle elämälle, yhtenäisyydelle, taloudelliselle selviytymiselle sekä perinteen jatkumiselle tulee ottaa tapauksessa huomioon<sup>164</sup>.

*Yakye Axa* -ratkaisussa AIT myös selventää historiallisen omistuksen ja yksityisen omistuksen suhdetta. Tuomioistuimen mukaan myös alkuperäiskansojen historiallista omistusoikeutta voidaan rajoittaa yksityisen omistusoikeuden tapaan, kunhan rajoitus tapahtuu lain puitteissa ja se on tarpeellinen ja kohtuullinen suhteessa demokraattisessa yhteiskunnassa legitiimiin tarkoitukseen.<sup>165</sup> Kollisiotilanteet voidaan siis ratkaista myös yksityisen maaomistuksen eduksi. Samalla AIT kuitenkin painottaa, että rajoituksen kohtuullisuutta on arvioitava alkuperäiskansan selviytymisen kannalta, sillä maaomistuksen evääminen saattaa vaikuttaa kansan muihin ihmisoikeuksiin, kuten oikeuteen kulttuuri-identiteettiin.<sup>166</sup> Tässä yhteydessä AIT viittaa ILO 169 -sopimuksen 16 (4) artiklaan, jonka mukaan valtioiden tulee taata yhteisöille ominaisuuksiltaan riidanalaisen alueen kaltainen alue tai korvata alue esimerkiksi rahallisesti yhteisön niin tahtoessa, mikäli riidanalaisen alueen omistuksen myöntäminen alkuperäiskansalle on mahdotonta.<sup>167</sup>

Kollisiotilanne tuli kyseeseen myöhemmin *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay* (29.3.2006, jälj. *Sawhoyamaxa*) -tapauksessa. Vastajaavaltion mukaan se ei voinut palauttaa yhteisölle aluetta, koska se oli yksityisessä omistuksessa ja yksityisen omistajan oikeuksia suojasi Paraguayn ja Saksan välinen investointisopimus<sup>168</sup>. Siten tapauksessa oli kyse myös ihmisoikeusregiimin ja kansainvälisen sopimusoikeuden välisestä kollisiotilanteesta.

<sup>163</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 125–126.

<sup>164</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 131–136.

<sup>165</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohta 144.

<sup>166</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 146–147.

<sup>167</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 149–150.

<sup>168</sup> *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohdat 115(b) ja 137.

*Sawhoyamaxa*-ratkaisussa AIT tukeutuu jälleen ILO 169 -sopimuksen 13 artiklaan ilmaistessaan, että valtioiden tulee huomioida alueiden erityinen kulttuurillinen ja hengellinen merkitys alkuperäiskansoille.<sup>169</sup> Tässä yhteydessä AIT pyrkii myös määrittelemään, miten historiallinen omistusoikeus sen tulkinnan mukaan konkretisoituu. Tuomioistuimen mukaan omistusoikeuden syntymiseksi alkuperäiskansalla on oltava erityinen side kyseiseen alueeseen. Erityisen siteen tunnusmerkit täyttävät AIT:n mukaan esimerkiksi hengelliset siteet, elinkeinoihin liittyvät siteet – kuten metsästys ja kalastus – tai muut kulttuuriin liittyvät siteet.<sup>170</sup> Jäsennys on siten laaja ja kontekstisidonnainen, sillä erityistä suhdetta alueeseen voi käytännössä ilmentää melkein mikä tahansa kulttuuri-identiteettiin liittyvä linkki<sup>171</sup>.

AIT tulkitsee AIS:n 21 artiklaa jälleen etenkin valtion inkorporoiman ILO 169 -sopimuksen valossa, joten se selvästi huomioi muun tapaukseen liittyvän kansainvälisen oikeuden kontekstin<sup>172</sup>. Asiaan vaikuttavien normien huomioiminen ei kuitenkaan ole kovin tasapainoista, sillä Paraguayn ja Saksan välisen investointisopimuksen mahdollinen vaikutus jää punninnassa lähes huomiotta. Syy tähän on ennen kaikkea se, että valtio ei sopimukseen vetoamisesta huolimatta toimittanut sopimustekstiä tuomioistuimen arvioitavaksi. Joka tapauksessa AIT korostaa tulkinnassa AIS:n painoarvoa: Sen mukaan AIS on sopimuksena omassa luokassaan, koska sopimus turvaa perustavanlaatuisia ihmisoikeuksia, jotka eivät riipu täysin valtioiden vastavuoroisuusperiaatteesta. Siten kahdenvälinen investointisopimus ei voi syrjäyttää ihmisoikeussopimuksesta valtiolle johtuvia velvoitteita.<sup>173</sup> *Nikken* kritisoi AIT:n lähestymistapaa, sillä hän pitää kansainvälisen oikeuden oikeuslähdehierarkian kannalta tarkasteltuna sopimuksia lähtökohtaisesti samanarvoisia. Kaikkia ihmisoikeussopimuksen artikloja ei hänen mukaansa voi myöskään pitää hierarkialta korkeampana *jus cogens* -oikeutena.<sup>174</sup>

Myöhemmästä oikeuskäytännöstä on syytä nostaa esiin *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (27.6.2012, jälj. *Kichwa*) -ratkaisu. Kyseisessä tapauksessa AIT nimittäin katsoo ensimmäistä kertaa, että nimenomaan yhteisön itsensä kollektiivista omistusoikeutta oli loukattu<sup>175</sup>. Aikaisemmissa tapauksissa AIT on tunnistanut kollektiivisen omistusoikeuden, mutta sopimuksen yksilön oikeuksia turvaavan luonteen vuoksi se on katsonut loukkauksen tapahtuneen vain valittajina olleiden yksilöiden osalta. *Antkowiak* katsoo AIT:n laajentuneen jäsenyyksen juontuvan YK:n TSS-komitean

<sup>169</sup> *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohdat 118–119.

<sup>170</sup> *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 131.

<sup>171</sup> *Pentassuglia* 2011, s. 195.

<sup>172</sup> *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 117.

<sup>173</sup> *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 140.

<sup>174</sup> *Nikken* 2009, s. 265–270.

<sup>175</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohta 341(2).

15 artiklan tulkinnasta<sup>176</sup>. Komitea on nimittäin katsonut, että jokaisen oikeutta kulttuurielämään koskevaa 15 artiklan on sovellettavissa sekä yksilöihin että yhteisöihin<sup>177</sup>.

Huomionarvoista *Kichwa*-ratkaisussa on myös se, että AIT pyrkii hahmottamaan rakennetta, josta oikeus kulttuuri-identiteettiin koostuu kansainvälisessä oikeudessa. AIT katsoo, että oikeus kulttuuri-identiteettiin on perustavanlaatuisen oikeus, jota tulee kunnioittaa multikulttuurisessa ja demokraattisessa yhteiskunnassa.<sup>178</sup> Tässä yhteydessä se kiinnittää huomiota ILO 169 -sopimukseen ja YK:n alkuperäiskansojen julistukseen, mutta myös Unescon instrumentteihin, jotka tunnistavat oikeuden kulttuuri-identiteettiin<sup>179</sup>. AIT:n argumentointi kuvastaa myös pyrkimystä käydä alueellisten ihmis-oikeusregiimien välistä dialogia: osana kulttuuri-identiteettiin liittyvien normien tarkastelua se panee merkille myös tavat, joilla Afrikan ihmisoikeuskomissio, TSS-komitea sekä EIT ovat oikeuskäytännöissään huomioineet oikeuden kulttuuri-identiteettiin. EIT:n osalta AIT viittaa kulttuuri-identiteetin merkitykseen tapauksissa *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta* (18.1.2001) ja *Gorzelik ja muut. v. Puola* (17.2.2004).<sup>180</sup>

Yhteenvedona voidaan todeta, että oikeus kulttuuri-identiteettiin näyttäytyy vahvana normina alkuperäiskansojen omaisuuden suojaan liittyvissä tapauksissa. Erityisesti ILO 169 -sopimuksen rooli tuomioistuimen ratkaisussa on ollut tähän aihealueeseen liittyvässä oikeuskäytännössä merkittävä. Eri-tyisen huomionarvoisia ovat myös *Sawhoyamaya*-ratkaisun argumentit ihmisoikeussopimuksen perustavanlaatuisuudesta suhteessa muuhun kansainväliseen oikeuteen.

### 3.2.3 AIT:n suhtautuminen heimokansojen oikeuksiin

Kuten kansainvälisen oikeuden substanssin tarkastelussa ilmenee, kansainvälisessä oikeudessa on tunnustettu alkuperäiskansoille laajat oikeudet esimerkiksi sisäisen itsemääräämisoikeuden sekä maankäytön ja maanomistuksen suhteen. Siksi vähemmistöryhmille voi olla edullista identifioitua alkuperäiskansaksi. Tämä on mahdollista, koska kansainvälinen oikeus ei sisällä yleisesti sovellettavissa olevaa alkuperäiskansan määritelmää. Status perustuukin ensisijaisesti väestön omaan identifioitumiseen, johon viittaavat ILO 169 -sopimuksen ja Amerikan alkuperäiskansoja koskevan julistuksen 1 (2) artiklat. On kuitenkin syytä huomata, että ILO 169 -sopimuksen 1 (1) artiklassa on myös suuntaa antavan määritelmän siitä, millaisiin väestöryhmiin sopimusta sovelletaan. Artiklan mukaan

<sup>176</sup> Antkowiak 2013, s. 156–157.

<sup>177</sup> TSS-komitea: General comment No.21, Right of everyone to take part in cultural life, kohta 9.

<sup>178</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohta 217.

<sup>179</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohta 215.

<sup>180</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohta 216.

sopimusta sovelletaan alkuperäiskansojen lisäksi myös sosiaalisesti, kulttuurillisesti ja taloudellisesti eristäytyneisiin heimokansoihin.

Kysymys alkuperäiskansan määritelmästä tuli AIT:n oikeuskäytännössä ajankohtaiseksi maanomistukseen liittyneessä *Moiwana Village v. Suriname* (15.6.2005, jälj. *Moiwana*) -tapauksessa<sup>181</sup>. Kyseisessä tapauksessa valittajat olivat osa Afrikasta Amerikkaan siirretyistä orjista polveutuvaa maroonväestöä. Tapauksessa esitettyjen tietojen mukaan väestö oli asuttanut kiistan kohteena olevaa aluetta vain noin 200 vuoden ajan<sup>182</sup>. Yhteisö ei siten ollut alueen alkuperäiskansa käsitteen suppeassa merkityksessä.

Kulttuuri-identiteetin huomioimisen kannalta määritelmälliset kysymykset eivät kuitenkaan olleet oleellisia, vaan tuomioistuin lähestyy tapausta käytännönläheisesti. AIT mukaan kyseisellä väestöllä on niin vahva kulttuurinen ja hengellinen side kyseiseen alueeseen, että yhteisö on rinnastettavissa alkuperäiskansaksi<sup>183</sup>. Määritelmän osalta AIT näyttää siis hyödyntävän ILO 169 -sopimuksen terminologiaa. Tuomioistuin ei kuitenkaan mainitse kyseistä sopimusta tässä yhteydessä ilmeisesti siksi, koska Suriname ei ole ratifioinut kyseistä sopimusta. – Muutoinkaan AIT:n argumentaatio kyseisessä ratkaisussa ei perustu kansallisen lainsäädännöstä tai kansainvälisistä instrumenteista johdettuun tulkintaan. Sen sijaan tuomioistuin viittaa ratkaisussa *Awes Tingni* -ratkaisun ennakkotapausarvoon.

Vastaajavaltio kyseenalaisti valittajien kulttuurillisen identiteetin myös tapauksessa *Saramaka People v. Suriname* (28.11.2007), jossa oli jälleen kyse maroon-vähemmistöön kuuluneiden valittajien historiallisesta omistusoikeudesta alueeseen. Ratkaisussa AIT vahvisti, että maroon-heimoyhteisöt ovat rinnastettavissa alkuperäiskansoihin. Tässä ratkaisussa se korostaa ILO 169 -sopimuksen terminologian keskeistä edellytystä: heimoyhteisön sosiaalista, kulttuurillista ja taloudellista eristäytyneisyyttä<sup>184</sup>. Huomionarvoista on, että tuomioistuin näyttää sivuuttavan vastaajavaltion argumentin, jonka mukaan Saramaka-väestö ei ole eristäytynyt heimoyhteisö, koska osa yhteisön jäsenistä asuu yhteisön ulkopuolella. Jäljempänä ratkaisussa AIT kuitenkin katsoo, että yksittäisillä yhteisön ulkopuolella jäsenillä ei ole vaikutusta yhteisön statukseen eristäytyneenä heimokansana<sup>185</sup>.

Edeltävä tarkastelu osoittaa AIT:n suhtautuvan pragmaattisesti valittajien kulttuuri-identiteettiä kunnioittavan omaisuuden suojan tulkintaan. Edeltävät tapaukset myös osoittavat AIT:n suhtautumisen

<sup>181</sup> Tapauksen taustalla oli kyse vuonna 1986 yhteisöön kohdistunut joukkomurha, jonka seurauksena veriteosta selvinneet yhteisön jäsenet pakenivat perinteisiltä asuinsijoiltaan Rankan Guyanaan, jossa he elivät maanpaossa lopulta noin 20 vuotta. Ks. *Moiwana Village v. Suriname*, 15.6.2005, kohdat 113–116.

<sup>182</sup> *Moiwana Village v. Suriname*, 15.6.2005, kohta 86(11).

<sup>183</sup> *Moiwana Village v. Suriname*, 15.6.2005, kohdat 132–133. Ks. myös *Antkowiak* 2007, 271–273.

<sup>184</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohdat 80–84. Ks. myös *Brunner* 2008, s. 704–706.

<sup>185</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 164.

kansainväliseen oikeuteen kokonaisuutena: tuomioistuin ei epäröi hyödyntää ILO 169 -sopimuksen soveltamisalan terminologiaa, vaikka Suriname ei ole kyseistä sopimusta ratifioinut.

### 3.2.4 Kulttuuri-identiteetti, oikeus elämään ja oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen

AIT on tunnistanut kulttuuri-identiteetin kytkennän myös AIS:n kaikkein perustavanlaatuisimpiin oikeuksiin, mikä on lisännyt kulttuuri-identiteetin painoarvoa tuomioistuimen ratkaisuisissa. Tuomioistuin on nimittäin tarkastellut oikeutta kulttuuri-identiteettiin osana oikeutta elämään ja oikeutta henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Ensiksi mainittu sisältyy AIS:n 4 artiklaan, jälkimmäinen oikeus puolestaan kuuluu AIS:n 5 artiklaan.

Kulttuuri-identiteettiä kunnioittava AIS:n 4 artiklan tulkinta on tapahtunut osana AIT:n *viva digna* -doktriinia. Suomeksi doktriinin nimi tarkoittaa oikeutta arvokkaaseen tai inhimilliseen elämään. Doktriinin ytimeen kuuluvat elämän vähimmäisedellytykset<sup>186</sup>. AIT on hyödyntänyt sitä etenkin *Awes Tingni* -tapauksen jälkeisissä ratkaisuisissa<sup>187</sup>. Esimerkiksi *Yakye Axa* -tapauksessa AIT katsoo, että muun muassa alkuperäiskansan pääsyyntä epäminen sille perinteisesti kuuluneille alueille loukkasi AIS:n 4 artiklaa. Tuomioistuin tunnisti, että oikeus elämään liittyy vahvasti muista ihmisoikeuksista nauttimiseen. Tässä yhteydessä tuomioistuin mainitsee myös oikeuden kulttuuri-identiteettiin.<sup>188</sup> AIT:n mukaan alueelle pääsyyntä estäminen oli vaikuttanut negatiivisesti yhteisön toimeentulon lähteeseen ja estänyt perinteisten lääkintämenetelmien hyödyntämisen<sup>189</sup>. Perinteiset lääkintätavat kytkeytyvät tässä yhteydessä siis AIS:n 4 artiklan tulkintaan.

Oikeus kulttuuri-identiteettiin on korostunut AIS:n 5 (1) artiklan tulkinnassa AIS:n 4 artiklaa enemmän. Artikla takaa fyysisen koskemattomuuden lisäksi oikeuden myös psyykkiseen ja moraaliseen koskemattomuuteen. Esimerkiksi *Moiwana*-tapauksessa tuomioistuin katsoi, että valtion kyvyttömyydellä rankaista alkuperäiskansan väkivaltaiseen häätöön syyllistyneitä tahoja oli tapauksessa erityisen suuri merkitys yhteisön jäsenten psyykkiselle hyvinvoinnille, koska oikeudenmukaisuus ja kollektiivinen vastuu ovat yhteisön keskeisiä moraalisia periaatteita<sup>190</sup>. Yhteisö myös uskoo, vainajien henget jäävät vainoamaan yhteisöä, jos rikokseen syyllistyneitä ei rangaista tai vainajia ei haudata tiettyjen hautajaismenojen mukaisesti<sup>191</sup>. Koska Suriname ei ollut tuominut rikokseen syyllistyneitä

<sup>186</sup> Ks. Antkowiak – Gonza 2017, s. 99.

<sup>187</sup> Gómez Isa 2014, s. 742.

<sup>188</sup> *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohta 167.

<sup>189</sup> *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohta 168.

<sup>190</sup> *Moiwana Village v. Suriname*, 15.6.2005, kohta 95.

<sup>191</sup> *Moiwana Village v. Suriname*, 15.6.2005, kohdat 95–96 ja 98–99.

ja koska yhteisön jäsenet eivät voineet haudata vainajia yhteisön pyhälle maalle, AIT katsoi valtion loukanneen AIS:n 5 (1) artiklan mukaista oikeutta henkilökohtaiseen koskemattomuuteen<sup>192</sup>. Vastavasti *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (24.8.2010) -ratkaisussa tuomioistuin katsoo, että valtion epäonnistuminen alueiden palauttamisessa sekä epäinhimilliset olosuhteet aiheuttivat kulttuurillista eroosiota, mikä puolestaan johti AIS:n 5(1) artiklan loukkaukseen<sup>193</sup>.

### 3.3 Oikeus kulttuuri-identiteettiin EIT:n oikeuskäytännössä

#### 3.3.1 EIS:n 8 artikla ja oikeus kulttuuri-identiteettiin

Myöskään Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ei ole KP-sopimuksen 27 artiklaa vastaavaa normia, joka turvaisi yksilön oikeuden vähemmistöidentiteettiin. EIT on kuitenkin tulkinnut EIS:n 8 (1) artiklaa joustavasti, sisällyttäen oikeuden vähemmistökulttuuriin ja oikeuden kulttuuri-identiteettiin osaksi artiklan tarkoittamaa oikeutta perhe- ja yksityiselämään<sup>194</sup>. EIS:n 8(1) artiklan mukaan: *jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta.*

Siinä missä AIT:n on tulkinnut oikeutta kulttuuri-identiteettiin AIS:n tulkinnan syvätason periaatteena, EIT:n taipumuksena on ollut tarkastella ratkaisua 8 artiklan kannalta silloin, kun asialla on selkeästi vaikutusta valittajan kulttuuri-identiteettiin

#### 3.3.2 EIT:n suhtautuminen vähemmistöidentiteettiin

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimelle tulevat valitukset liittyvät tyypillisimmin identiteettiä ilmentäviin elementteihin, kuten elämäntapaan, oikeuteen käyttää kieltä tai esimerkiksi pukeutua perinteisellä tavalla. EIT on kuitenkin myös ratkaissut kaksi myös suoraan identiteettiin liittyvää tapausta: *Ciubotaru v. Moldova* (27.4.2010, jälj. *Ciubotaru*) ja *Gorzelik ja muut v. Puola* (17.2.2004, jälj. *Gorzelik*).

<sup>192</sup> *Moiwana Village v. Suriname*, 15.6.2005, kohdat 101–103. Ks. myös *Antkowiak* 2007, s. 271–273.

<sup>193</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohta 244.

<sup>194</sup> *Pellonpää et al.* 2012, s. 657–658.

*Ciubotaru*-tapauksessa valtion viranomaiset eivät olleet hyväksyneet oikeutta merkitä valittajan romanialaista identiteettiä moldovalaiseen henkilökorttiin, vaikka maan lainsäädäntö sen mahdollisti. Viranomaiset olivat evänneet valittajan oikeuden, koska hän ei kyennyt todistamaan vanhempiansa olevan etniseltä taustaltaan romanialaisia.<sup>195</sup>

Kansainvälisessä oikeudessa on tyypillisesti korostettu yksilön oikeutta määrittää oma identiteettinsä. Esimerkiksi YK:n CERD-komitea katsoi vuonna 1990, että yksilöllä tulee olla oikeus päättää, tahooko hän tulla identifioituksi tiettyyn etniseen ryhmään<sup>196</sup>. Eurooppalaisessa kontekstissa vastaava periaate ilmenee EN:n vähemmistöjen suojelua koskevan yleissopimuksen 3 (1) artiklasta, jonka mukaan ”*jokaisella kansalliseen vähemmistöön kuuluvalla henkilöllä on oikeus vapaasti valita, kohdellaanko häntä sellaisena vai ei, eikä tästä valinnasta tai siihen liittyvien oikeuksien käyttämisestä saa seurata mitään haittaa.*”

*Ciubotaru*-ratkaisussa huomioi, että kansallinen lainsäädäntö sisälsi artiklan, jonka sisältö tuki vapaata identifioitumisoikeutta. Valtion käytäntö kuitenkin oli, että yksilön etninen identiteetti kirjattiin vanhempien etniseen identiteettiin perustuen<sup>197</sup>. Vastaajahallitus vastusti puhtaasti yksilön subjektiivista oikeutta määrittellä etninen identiteettinsä vetoamalla vakaviin hallinnollisiin ja mahdollisiin ulkopoliittisiin seurauksiin<sup>198</sup>. Ratkaisussa EIT hyväksyy vastaajavaltion argumentin osittain, sillä se ei kiistä etteikö vastaajavaltiolla olisi oikeutta vaatia objektiivista todistusaineistoa vähemmistöön kulumisen todistamiseksi.<sup>199</sup> EIT kuitenkin katsoo, että etnisyyttä on voitava todistaa muillakin tekijöillä, kun vanhempien alkuperällä. Tuomioistuimen mukaan valittajalla on selkeitä objektiivisen tarkastelun kestäviä perusteita, kuten kieli, nimi ja myötätunto romanialaista identiteettiä kohtaan. EIT löytääkin 8 artiklan rikkeen, koska valtio ei ole tunnistanut näitä identiteettiä ilmentäviä tekijöitä.<sup>200</sup>

Katsomalla, että vähemmistöön identifioituminen saattaa edellyttää objektiivisia perusteita, EIT:n tulkinta vaikutti osin eroavan kansainvälisen oikeuden hengestä, joka perustuu subjektiiviseen oikeuteen päättää omasta vähemmistöidentiteetistä. Toisaalta tuomioistuin kuitenkin asettaa identiteetin osoittamiselle varsin alhaisen todistustaakan. Myöhemmin myös kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoo-antava komitea on seurannut EIT:n tulkintaa katsomalla, että vähemmistöjen oikeuksien sopimuksen 3 (1) artiklan mukainen identifioitumisoikeus

<sup>195</sup> *Ciubotaru v. Moldova*, 27.4.2010, kohdat 7–13.

<sup>196</sup> CERD-komitea: General Recommendations VIII Concerning the Interpretation and Application of Article 1, Paragraphs 1 and 4 of the Convention Identification with a Particular Racial or Ethnic Group.

<sup>197</sup> *Ciubotaru v. Moldova*, 27.4.2010, kohdat 15 ja 21.

<sup>198</sup> *Ciubotaru v. Moldova*, 27.4.2010, kohta 56

<sup>199</sup> *Ciubotaru v. Moldova*, 27.4.2010, kohta 57.

<sup>200</sup> *Ciubotaru v. Moldova*, 27.4.2010, kohta 58.

voidaan kyseenalaistaa silloin kun on vahva oletamus siitä, että henkilö ei toimi vilpittömällä mielellä<sup>201</sup>.

*Gorzelik*-tapauksessa kyse oli yhdistyksestä, jonka toivomuksena oli identifioitua Puolan sleesialaisen vähemmistön yhdistykseksi. Yhdistyksen rekisteröiminen olisi käytännössä merkinnyt myös sleesialaisen vähemmistön tunnustamista.<sup>202</sup>

Kollektiivisen itseidentifioitumisen osalta kansainvälinen oikeus on monitulkintaisempaa. Esimerkiksi EN:n vähemmistöjen suojelua koskeva puiteyleissopimus ei tunnista kollektiivista oikeutta identifioitua sopimuksessa tarkoitetuksi vähemmistöksi. Sopimuksessa myöskään ole määritelmää, jonka kriteerit täytettyään vähemmistö kuuluisi automaattisesti sopimuksen soveltamisalaan. Sopimuksen soveltamisala jääkin valtion päätettäväksi.<sup>203</sup> Sopimusta valvova neuvoa-antava komitea on kuitenkin katsonut, että valtioiden harkintamarginaalia kaventavat valtiosopimusoikeuden yleiset periaatteet: sopimuksia on tulkittava hyvässä tahdossa sen päämäärän ja tarkoituksen mukaisesti<sup>204</sup>.

*Gorzelik* -ratkaisussa suuri jaosto korostaa valtion harkintamarginaalin kapeutta sekä pluralismin vaalimisen tärkeyttä demokraattisessa yhteiskunnassa<sup>205</sup>. Se huomioi, että yhdistymisvapaudella on vähemmistöille erityisen tärkeä merkitys. Lisäksi tuomioistuimien – kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen esipuhetta siteeraten – katsoo, että valtioiden ei tulisi ainoastaan kunnioittaa vähemmistöjen identiteettiä vaan myös luoda olosuhteet, joissa vähemmistöt voivat ilmaista, säilyttää ja kehittää vähemmistöidentiteettiään.<sup>206</sup> Tuomioistuimen mukaan rajoitus on kuitenkin EIS:n 11 (2) artiklan mukainen, koska järjestön rekisteröinti sleesialaisen vähemmistön edustajaksi olisi käytännössä luonut sille liettualais- ja saksalaisvähemmistölle suodun oikeuden kiertää vaadittava 5 % kannatusraja asettaa ehdokaslista vaaleissa.<sup>207</sup> Tuomioistuimen katsoo rajoituksen olevan

<sup>201</sup> *Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoa-antava komitea*: Thematic Commentary No.4: The Scope of Application of the Framework Convention For the Protection of National Minorities, kohta 10.

<sup>202</sup> Puola tunnisti lainsäädännössään maassa olevat liettualais- ja saksalaisvähemmistöt, mutta ei sleesialaista vähemmistöä. Virallisesti tunnistetun vähemmistön status antoi merkittävän edun, sillä maan vaalilain mukaan vähemmistöt saattoivat asettaa ehdokaslistan ilman lain muutoin edellyttämää vähintään 5 % kannatusta.

<sup>203</sup> Käytännössä valtiot päättävät vähemmistökohtaisen soveltamisalan joko sopimuksen allekirjoittamisen tai raportointiprosessi yhteydessä. Vahvasti valtiopainotteisen soveltamiskysymyksen onkin katsottu olevan yksi sopimuksen merkittävimmistä heikkouksista. Valtion huomattava päätösvalta on myös aiheuttanut sen, että monet vähemmistöt, joilla ei ole etnisiä yhteyksiä mihinkään valtioon, ovat monesti heikossa asemassa vähemmistöidentiteetin tunnistamisen osalta. Ks. *Craig* 2016, s. 21–25.

<sup>204</sup> *Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoa-antava komitea*: Thematic Commentary No.4: The Scope of Application of the Framework Convention For the Protection of National Minorities, kohdat 5–6.

<sup>205</sup> *Gorzelik ja muut v. Puola*, 17.2.2004, kohdat 88–93.

<sup>206</sup> *Gorzelik ja muut v. Puola*, 17.2.2004, kohdat 92–93.

<sup>207</sup> *Gorzelik ja muut v. Puola*, 17.2.2004, kohta 103.



myös tarkoituksenmukainen, koska valtio ei sinänsä pyrkinyt estämään sleesialaisen identiteetin vahvistamista, vaan rekisteröinti oli hylätty, jotta järjestö ei saisi erityistä asemaa valtion vaalilainsäädännössä. EIT:n mukaan järjestöllä oli mahdollisuus rekisteröityä ja toimia sleesialaisen identiteetin vahvistamiseksi ilman julistautumista ”sleesialaisen vähemmistön järjestöksi”.<sup>208</sup>

Ratkaisussa tuomioistuin valitsee poliittisesti sensitiivisen tulkintamallin. Se välttää ottamasta kantaa kansalliseen tapaan määritellä maan vähemmistöt katsomalla, että jäsenvaltioilla on laaja harkintamarginaali määritellä mitä vähemmistöllä kulloinkin tarkoitetaan<sup>209</sup>. EIT huomioi, määritelmän puutteen kansainvälisen oikeuden vähemmistöihin liittyvissä kansainvälisessä oikeudessa ja sen, että kansainvälinen oikeus ei edellytä vähemmistöjen määrittämistä tai hallinnollisten vähemmistöjen identifioimismenettelyiden perustamista kansallisella tasolla.<sup>210</sup> *Craig* huomioi, että toisaalta tuomioistuin olisi voinut soveltaa asiaan vaikuttavana normina myös vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleis-sopimuksen 3 (1) artiklan mukaista yksilön oikeutta identifioitua vähemmistöön kollektiivisella tasolla.<sup>211</sup>

Joka tapauksessa pohjavireeltään *Gorzelik*-ratkaisu on vähemmistöjen suojelun kannalta positiivinen. EIT korostaa vähemmistöjen oikeuksien turvaamisen tärkeyttä. Se ei myöskään suoranaisesti ilmaise, että vähemmistön identifioiminen olisi täysin valtion etuoikeus. Tuomioistuin jättää valtiolle laajan harkintamarginaalin, mutta pidättää mahdollisuuden kaventaa sitä.<sup>212</sup>

### 3.3.3 Velvoite mahdollistaa kiertolaiselämäntavan jatkuminen

Euroopassa on monia vähemmistöjä, joiden kulttuuri-identiteetin keskiössä on kiertävä elämäntyyli. Erityisesti näiden vähemmistöjen valitukset ovat menestyneet EIT:n oikeuskäytännössä. Tähän klusteriin kuuluvat tapaukset liittyvät tyypillisesti kiertolais- ja romanivähemmistöjen häätämiseen tietyiltä alueilta.

EIT huomioi asuntovaunuelämän merkityksen vähemmistöön kuuluvan valittajan identiteetille jo tapauksessa *Buckley v. Yhdistynyt kuningaskunta* (29.9.1996)<sup>213</sup>. Varsinaista tehoa kulttuuri-identiteetti

<sup>208</sup> *Gorzelik ja muut v. Puola*, 17.2.2004, kohdat 104–105.

<sup>209</sup> *Gorzelik ja muut v. Puola*, 17.2.2004, kohta 70.

<sup>210</sup> *Gorzelik ja muut v. Puola*, 17.2.2004, kohdat 67–69.

<sup>211</sup> *Craig* 2016, s. 21. *Craig* huomioi myös sen, että vähemmistöjen oikeuksien sopimukseen allekirjoittaessa Puola ei ole myöskään yksityiskohtaisesti rajannut sitä, mihin vähemmistöihin se soveltaa sopimusta.

<sup>212</sup> *Pentassuglia* 2012, s. 16–18.

<sup>213</sup> *Buckley v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 29.9.1996, kohta 53.

alkoi kuitenkin saada vasta ratkaisussa *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta* (18.1.2001, jälj. *Chapman*)<sup>214</sup>. Ratkaisussa EIT katsoo kiertävän elämäntavan olevan osa romanikulttuuria, minkä vuoksi mahdollinen asuntovaunukodin kunnioituksen loukkaus vaikutti myös laajemmin kantajan oikeuteen säilyttää hänen kulttuuri-identiteettinsä.<sup>215</sup> Merkittävää on, että *Chapman*-ratkaisussa EIT myös huomioi sopimusvaltioiden keskuudessa orastavan kansainvälisen konsensuksen tarpeesta tunnistaa vähemmistöjen erityistarpeet sekä velvoitteen turvata vähemmistöjen turvallisuus, identiteetti ja elämäntyyli<sup>216</sup>. EIT:n mukaan romanivähemmistön tarpeet ja sen elämäntyyli on huomioitava sekä kansallisessa sääntelyssä että kansallisten tuomioistuinten ratkaisuissa erityisesti vähemmistön haavoittuvan aseman vuoksi. Tuomioistuin mukaan 8 artiklasta juontuu valtiolle velvoite mahdollistaa romanivähemmistön kiertolaiselämäntavan toteutuminen.<sup>217</sup> – Kuten huomataan, EIT johtaa argumentit ensisijaisesti vähemmistöön kuulumisesta johtuvasta haavoittuvuudesta – ei niinkään valittajan itsensä haavoittuvasta tilanteesta<sup>218</sup>.

Haavoittuvuus-doktriinin tuesta huolimatta *Chapman*-ratkaisussa oikeus kulttuuri-identiteettiin ei lopulta saa valittajan kannalta riittävästi painoarvoa, sillä suuri jaosto ei – tiukan äänestyksen jälkeen – löydä 8 artiklan loukkausta. EIT katsoo valtion kaavoitusintressin olevan hyväksyttävä peruste oikeuden rajoittamiselle<sup>219</sup>. Vaakaa kaavoitusintressin puolelle kallistaa etenkin se, että tuomioistuimen mukaan kansainvälisestä oikeudesta kumpuavat velvoitteet eivät ole riittävän konkreettisia ja yksiselitteisiä<sup>220</sup>. *Chapman*-ratkaisussa loukkauksen puolesta äänestäneiden tuomareiden erimielisyys liittyikin osin juuri tähän seikkaan: Tuomarit katsovat kansainvälisen oikeuden normien luovan jäsen-

<sup>214</sup> Tapauksessa valittaja oli perheensä kanssa viettänyt matkustelevaa elintapaa. Vuonna 1994 Yhdistyneissä kuningaskunnissa kriminalisoitiin luvaton leirytyminen, mikä vaikeutti valittajan elämäntapaa. Koska valittajan kotialueella ei ollut romanivähemmistön kiertävän elämäntyylin mahdollistavia leirytympaikoja, valittaja osti lopulta palan maata ja leirytyi alueelle perheineen. Valtio ei kuitenkaan myöntänyt valittajalle tarvittavia kaavoituslupia, koska maa-alue oli osa suojeltua vyöhykettä. Lopulta valittaja häädettiin alueelta. Valittaja katsoi valtion loukanneen EIS:n 8 artiklan mukaista oikeutta kotiin. Valitus koski myös artikloja 6, 1 LPK 1 ja 14. EIT ei löytänyt tapauksessa näiden artiklojen loukkauksia. Ks. myös samana päivänä annetut ratkaisut: *Beard v. Yhdistynyt kuningaskunta*, *Coster v. Yhdistynyt kuningaskunta*, *Jane Smith v. Yhdistynyt kuningaskunta* ja *Lee v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

<sup>215</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohta 73.

<sup>216</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohta 93.

<sup>217</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohta 96. EIT käyttää ilmaisua ”positive obligation to facilitate the Gypsy way of life”. EIT:n ratkaisua on tältä osin kritisoitu sen ennakkoluuloisuudesta romanivähemmistön elämäntapaa kohtaan: ks. *Farget* 2012, s. 291–316.

<sup>218</sup> *Peroni – Timmer* 2013, s. 1063.

<sup>219</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohdat 114–116.

<sup>220</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohta 94.

valtioille riittävän konkreettisia velvoitteita, joihin tukeutuen 8 artiklaa olisi tulkittava. Heidän mukaansa vähemmistön suojelun tavoitteet ovat myös painoarvoltaan kaavoituslainsäädäntöä merkittävämpiä, minkä vuoksi oikeuden rajoitus ei ole luonteeltaan kohtuullinen.<sup>221</sup>

*Chapman*-ratkaisusta jäi kytemään kaksi tuomioistuimen oikeuskäytäntöä myöhemmin muovannutta elementtiä: haavoittuvuus ja velvoite mahdollistaa kiertävä elämäntapa. Näistä ensiksi mainittu on saanut painoarvoa etenkin romanivähemmistöjen syrjintään liittyvissä tapauksissa. Jälkimmäinen on puolestaan myöhemmin muovautunut asteittain yleisluontoisesta huomautuksesta kohti konkreettista velvoitetta.

Kolme vuotta *Chapman*-tapausta myöhemmin EIT osoitti ensimmäisiä merkkejä valmiudesta kaventaa valtion laajaa harkintamarginaalia kiertävän elämäntavan turvaamisen osalta. EIT kiinnitti erityisesti huomiota kiertolaisvähemmistöön kuuluvien oikeusturvan toteutumiseen ratkaisussa *Connors v. Yhdistynyt kuningaskunta* (17.3.2004), jossa 8 artiklan rikkomuksen aiheutti se, että asuntovaunualueelta häätämismenettelyssä ei oltu huomioitu valittajan oikeusturvakeinojen toteutumista.<sup>222</sup> – Sen sijaan vielä tutkittavaksiottamispäätöksessä *Codona v. Yhdistynyt kuningaskunta* (7.2.2006)<sup>223</sup> EIT katsoi, että 8 artikla ei itseasiassa sisällä velvoitetta järjestää olosuhteita, joissa elämäntapa voisi jatkua. Tuomioistuimen tulkinnan mukaan velvoite tulee kyseeseen vain silloin, kun fasilitetit elämäntavan jatkamiselle ovat jo olemassa. Tällöin viranomaisilla on velvoite tarjota elämäntavan mahdollistavaa vaihtoehtoa kiinteän asumisen sijaan.<sup>224</sup>

*Winterstein ja muut v. Ranska* (17.10.2013, jälj. *Winterstein*) -tapauksessa tuomioistuin otti selkeän askeleen kohti konkreettisempaa velvoitetta kunnioittaa kiertävää elämäntapaa viettävien vähemmistöjen kulttuuri-identiteettiä asumisratkaisuiden tarjoamisen yhteydessä<sup>225</sup>. EIT katsoo ratkaisussa, että kansallisten viranomaisten tulee järjestää asuntovaunualue niille hädetyille valittajille, jotka tätä

<sup>221</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, tuomareiden *Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Strážnická, Lorenzen, Fischbach* ja *Casadevall* yhdistetty eriävä mielipide kohta 3.

<sup>222</sup> *Connors v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 17.3.2004, kohdat 93–94. Tapauksessa oli kyse valittajan ja hänen perheensä häätämisestä kunnalliselta, kiertävän elämäntavan tukemiseen tarkoitettulta asuntovaunualueelta. Ks. tarkemmin *Cahn* 2005, s. 13–26.

<sup>223</sup> Tapauksessa kierolaiselämäntyyliin elävälle valittajalle oli tarjottu lyhytaikaista kiinteää asuntoa valittajan elämäntyyliin sopivan asumisratkaisun sijaan. EIT ei ottanut tapausta tutkittavaksi.

<sup>224</sup> *Codona v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 7.2.2006 (tutkittavaksiottamispäätös), s. 10. Nähtävästi EIT pyrkii alleviivamaan sitä, että 8 artikla sisällä oikeutta kotiin. Toisaalta EIT kuitenkin myös toteaa, että pitkään jatkuessa valittajan kulttuuri-identiteettiä kunnioittavan asumisratkaisun puute saattaa aiheuttaa 8 artiklan loukkauksen.

<sup>225</sup> EIT katsoi jo tapauksessa *Yordanova ja muut v. Bulgaria* (24.4.2012), että valtion on tarjottava haavoittuvassa asemassa olevalle romanivähemmistölle vaihtoehtoisia asutusratkaisuja hädän yhteydessä (kohdat 124–133). EIT ei kuitenkaan kiinnittänyt huomiota kiertävän elämäntyylin mukaisiin asumisratkaisuihin, koska Bulgarian romanivähemmistö ei vietä kiertävää elämäntapaa (kohta 7).

vaihtoehtoa tahtovat<sup>226</sup>. *Winterstein*-ratkaisun perusteella kierolaiselämäntavan mahdollistavien leirytymisalueiden olemassaolo ei siis ole enää olennaista elämäntavan fasilitoimisvelvoitteen toteutumisen arvioinnissa<sup>227</sup>.

Ratkaisussa on syytä alleviivata EN:n ihmisoikeusinstituutioiden vaikutusta velvoitteen konkretisoinnin osalta. EIT nimittäin huomioi ratkaisussa EN:n regiimissä vaikuttavan pehmeän kansainvälisen oikeuden, joka edellyttää kulttuuri-identiteettiä kunnioittavan asutuksen tarjoamista pakkohädetyille kiertolaisille<sup>228</sup>. Lisäksi tuomioistuin kiinnittää huomiota etenkin Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean antamaan ratkaisuun, jossa komitea katsoi Ranskan loukanneen Euroopan sosiaalisen peruskirjan 31 artiklan oikeutta asuntoon, koska valtio ei ollut pystynyt järjestämään riittävästi kiertolaisidentiteettiä kunnioittavia asumisratkaisuja<sup>229</sup>. Myös EIT:n haavoittuvuusargumentaatio on ratkaisussa merkittävässä roolissa. Tuomioistuin katsoo jälleen, että haavoittuvassa asemassa olevien – kuten romanien ja kiertolaisten – tarpeille ja elämäntyylisiin on kiinnitettävä erityistä huomiota.<sup>230</sup>

Oikeus kulttuuri-identiteettiin korostuu ratkaisussa, kun EIT tarkastelee korostetusti asuntovaunuelämää keskeisenä osana valittajien identiteettiä. Tuomioistuin huomio, että vaikka valittajat eivät enää aktiivisesti matkusta, kiertolaiselämä on valittajille keskeinen tapa säilyttää kulttuuriperinne, itsemääräämisoikeus, fyysinen ja psyykinen eheys sekä suhde muuhun yhteisöön.<sup>231</sup> Merkittävää tässä argumentissa on se, että tuomioistuin selvästi tunnistaa elämäntavan syvätason merkityksen valittajan henkiselle eheydelle. Tältä osin ratkaisussa voidaankin nähdä olevan yhtymäkohtia AIT:n tapaan suhtautua alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteettiin.

### 3.3.4 EIT:n kyvyttömyys tunnistaa alkuperäiskansoja koskevat normit

Siinä missä kiertävää elämäntapaa viettävän vähemmistön kulttuuri-identiteetin keskiössä on kiertävä elämäntapa, alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteettien keskiössä on kiinteä suhde niille historiallisesti kuuluviin alueisiin. Alkuperäiskansojen elämäntapaa koskevat valitukset eivät ole täysin vieraita myöskään EIT:lle. Tuomioistuimelle on nimittäin sen historian saatossa tullut useita valituksia, jotka ovat liittyneet etenkin Euroopan pohjoisten alkuperäiskansojen laidunnus- ja kalastuselämäntapoihin.

<sup>226</sup> *Winterstein ja muut v. Ranska*, 17.10.2013, kohta 166.

<sup>227</sup> *O'Donovan* 2016, s. 15–17.

<sup>228</sup> *Winterstein ja muut v. Ranska*, 17.10.2013, kohdat 84–97 ja 165.

<sup>229</sup> *Winterstein ja muut v. Ranska*, 17.10.2013, kohdat 84–86 ja 165. EIT viittaa päätökseen valituksessa *European Roma Rights Center v. Ranska* (26.10.2009).

<sup>230</sup> *Winterstein ja muut v. Ranska*, 17.10.2013, kohdat 160–161.

<sup>231</sup> *Winterstein ja muut v. Ranska*, 17.10.2013, kohta 142.

Jo tutkittavaksiottamispäätöksessä *G. ja E. v. Norja* (3.10.1983) silloinen ihmisoikeustoimikunta tunnisti porojen laiduntamisen merkityksen saamelaisten kulttuuri-identiteetille – esimerkiksi YK:n ihmisoikeuskomitea tunnisti tämän vasta myöhemmin tapauksessa *Ivan Kitok v. Ruotsi* (27.7.1988). Kyseisessä tutkittavaksiottamispäätöksessä EN:n ihmisoikeustoimikunta kuitenkin katsoi kulttuuri-identiteetin rajoituksen olevan luonteeltaan mitätön, eikä tapaus lopulta tullut EIT:n ratkaistavaksi<sup>232</sup>.

Olisi loogista odottaa, että *Chapman*-ratkaisun jälkeen EIT olisi antanut aikaisempaa enemmän painoarvoa myös alkuperäiskansojen identiteetin ja elämäntavan turvaamiselle – huomioihan tuomioistuimien *Chapman*-ratkaisussa sopimusvaltioiden keskuudessa orastavan kansainvälisen konsensuksen tarpeesta tunnistaa vähemmistöjen erityistarpeet sekä velvoitteen turvata vähemmistöjen turvallisuus, identiteetti ja elämäntyö<sup>233</sup>. Alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteetti ei kuitenkaan ole saanut tuomioistuimen ratkaisussa ja tutkittavaksiottamispäätöksissä juurikaan painoarvoa, kuten seuraava *Chapman*-tapauksen jälkeisen oikeuskäytännön tarkastelu osoittaa.

*Chapman*-ratkaisun jälkeisen ajan ensimmäisen alkuperäiskansavalituksen *Johtti Sappmelaccat ja muut v. Suomi* (18.1.2005) EIT hylkäsi perusteettomana tutkittavaksiottamispäätösvaiheessa. Valittajina tapauksessa oli saamelaista kulttuuria edistävä yhdistys ja saamelaisväestöön kuuluvia luonnollisia henkilöitä. Valittajien mukaan kansallisen kalastuslain muutos, jolla laajennettiin yleisiä kalastusoikeuksia Enontekiöiden, Inarin ja Utsjoen kuntiin, loukkasi saamelaisten 1 LPK 1 artiklan mukaista omaisuuden suojaa. Lisäksi kantajat katsoivat, että valtio oli loukannut 6 artiklan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, 8 artiklan yksityiselämän suojaa, 13 artiklan oikeutta tehokkaan oikeussuojakeinoon sekä 14 artiklan syrjinnänkieltoa. Kanteen keskiössä olivat etenkin 8 artikla ja 1 LPK 1 artikla.

Vaikka kyse on saamelaisten alueella perinteisesti harjoittamasta elinkeinosta, EIT ei tunnista asian yhteyttä valittajien kulttuuri-identiteetille. Lyhyen arvioinnin päätteeksi se ei ottanut asiaa tutkittavaksi 8 artiklan osalta, koska valittajat eivät olleet osoittaneet, miten tapauksessa oli loukattu heidän kulttuuri-identiteettiään<sup>234</sup>. 1 LPK 1 artiklan osalta EIT tekee perustavanlaatuisemman tarkastelun, mutta hylkää valituksen myös sen osalta. Tuomioistuimen mukaan valittajana toiminut yhdistys edusti saamelaiskulttuuria yleisellä tasolla eikä ollut uhrin asemassa, koska se ei suoranaisesti ole mukana kalastustoiminnassa kyseisillä alueilla.<sup>235</sup> Tältä osin EIT ei siis tunnista yhteisöä kollektiivina. Esimerkiksi *Koivurova* hämmästelee miten yksittäiset henkilöt voivat olla tässä tapauksessa

<sup>232</sup> *G. ja E. v. Norja*, 3.10.1983, The Law: kohta 2. Tapaus tunnetaan oikeuskirjallisuudessa myös ”*Alta*-ratkaisuna”.

<sup>233</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohta 93.

<sup>234</sup> *Johtti Sappmelaccat ja muut v. Suomi*, 18.1.2005 (tutkittavaksiottamispäätös), s. 19.

<sup>235</sup> *Johtti Sappmelaccat ja muut v. Suomi*, 18.1.2005 (tutkittavaksiottamispäätös), s. 12.

uhrin asemassa, mutta heitä edustava järjestö ei, vaikka tapauksessa on kysymys nimenomaan koko saamelaisyhteisön oikeuksista<sup>236</sup>. Lopulta myöskään luonnollisten henkilöiden asema loukkauksen uhreina ei vakuuttanut tuomioistuinta. EIT ei nähnyt lainmuutoksella olleen juurikaan vaikutusta valittajien oikeudelliseen asemaan, koska muutoksella vain laajennettiin muiden henkilöiden kalastusoikeuksia.<sup>237</sup>

Seuraavassa alkuperäiskansaa koskeneessa kanteessa oli kyse selvästi vakavammasta ihmisoikeusloukkauksesta. *Hingitaq 53 ja muut v. Tanska* (12.1.2006, jälj. *Hingitaq 53*) -tapauksen valittajat kuuluivat kulttuurillisesti muusta Grönlannin väestöstä erottautuvaan Inughuit-vähemmistöön. Vähemmistö on säilyttänyt Grönlannin perinteiset elämäntavat, kuten sarvivalaiden metsästyksen ja koiravaljakoiden hyödyntämisen.<sup>238</sup> Vuonna 1953 yhteisön alueelle perusteettiin Yhdysvaltain armeijan tukikohtaa, jonka tieltä alkuperäiskansan jäsenet pakotettiin siirtymään – perinteisen elämäntavan harjoittamiseen huonommin soveltuvalla alueella.

EIT tarkasteli 1 LPK 1 artiklaa yhdessä 8 artiklan kanssa. Valittajien näkemyksen mukaan tapauksessa oli kyse jatkuvasta 1 LPK 1 artiklan loukkauksesta. EIT ei kuitenkaan yhtynyt valittajien näkemykseen, vaan katsoi kanteen olevan yhteensopimaton yleissopimuksen kanssa *ratio temporis* -perusteella. Tuomioistuimen mukaan tapahtumat koostuivat luonteeltaan kertaluontoisesta metsästys- ja kalastusoikeuksien rajoituksesta vuonna 1951 ja yhteisön uudelleensijoittamisesta vuonna 1953. Ensimmäinen lisäpöytäkirja puolestaan astui voimaan Tanskassa 18.3.1954, minkä vuoksi se ei ole sovellettavissa ennen kyseistä ajankohtaa.<sup>239</sup> EIT myös havainnoi, että kansalliset viranomaiset ovat suorittaneet alkuperäiskansalle kohtuullisen korvauksen. Alkuperäiskansalle oli nimittäin uudelleen sijoittamisen yhteydessä rakennettu asuntoja sekä muita rakennuksia, kuten kirkko, koulu ja sairaala. Lisäksi yhteisön jäsenille oli maksettu rahallisia korvauksia väestönsiirrosta ja kalastusoikeuksien menettämisestä<sup>240</sup>.

---

<sup>236</sup> Koivurova 2011, s. 8.

<sup>237</sup> *Johti Sapmelaccat ja muut v. Suomi*, 18.1.2005 (tutkittavaksiottamispäätös), s. 10–11. EIT katsoo kanteen olevan perusteeton myös *ratio temporis* -perusteella. Vastajahallituksen mukaan lakimuutos ei muuttanut sisällöltään aikaisemmin voimassa ollutta asetusta. Tähän valittajat vastasivat, että loukkaus oli itseasiassa alkanut vuonna 1982 vuoden 1951 kalastusasetuksen virheellisellä tulkinnalla. Koska Suomi liittyi Euroopan ihmisoikeussopimukseen vasta 1990-luvulla, oli kanteelta osin yleissopimuksen soveltamisalueen ulkopuolella. *Johti Sapmelaccat ry ja muut v. Suomi*, 18.1.2005 (tutkittavaksiottamispäätös), s. 18.

<sup>238</sup> *Gismondi* 2017, s. 22.

<sup>239</sup> *Hingitaq 53 ja muut v. Tanska*, 12.1.2006 (tutkittavaksiottamispäätös), s. 18.

<sup>240</sup> *Hingitaq 53 ja muut v. Tanska*, 12.1.2006 (tutkittavaksiottamispäätös), s. 19–20.

*Hingitaq 53* -päätöksen aikaan alkuperäiskansojen oikeuksien julistusta ei ollut, mutta Tanska oli ratifioinut ILO 169 -sopimuksen<sup>241</sup>. ILO 169 -sopimuksessa korostuvat etenkin alueiden merkitys alkuperäiskansojen kulttuurille ja alkuperäiskansojen kulttuurillinen erityislaatuisuus. EIT kuitenkin ohittaa täysin ILO 169 -sopimuksen sisällön. Päätöksessä olisi voinut tulla kyseeseen esimerkiksi ILO 169 -sopimuksen 16 (3) artikla, jonka mukaan alkuperäiskansoilla on oikeus palata historiallisesti omistamilleen maille heti, kun syy väestön siirrolle loppuu.<sup>242</sup>

Hieman paremmin menestyi valitus *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi* (17.2.2009), jonka taustalla oli oikeudenkäynti, jossa yksityiset maanomistajat olivat haastaneet saamelaiset porojen luvattomasta laiduntamisesta yksityisillä alueilla. Saamelaiskylät hävisivät kyseiset oikeudenkäynnit.<sup>243</sup> Valituksessaan EIT:lle saamelaiskylät katsoivat talvilaiduntaoikeuden olevan saamelaisten historiallinen oikeus, ja siten EIS:n 1 LPK 1 artiklan suojaa nauttiva saamisvaade. Lisäksi valittajat katsoivat valtion loukanneen 6 (1) artiklan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja 13 artiklan oikeutta tehokkaiisiin oikeusturvakeinoihin, koska kansallisissa oikeudenkäynneissä edellytetty todistustaakka oli kohtuuton ja oikeusturvakeinojen hyödyntäminen oli aiheuttanut kohtuuttomat kustannukset.<sup>244</sup>

Kyseisessä tapauksessa valittajat eivät siis vedonneet lainkaan EIS:n 8 artiklaan. EIT kuitenkin osoittaa periaatteellista avoimuutta kulttuuri-identiteetin huomioivalle omaisuuden suojan tulkinnalle katsomalla porojen talvilaidunnusoikeuden mahdollisesti olevan artiklan piiriin kuuluva saamisvaade<sup>245</sup>. Voimakasta merkitystä kulttuuri-identiteetti ei kuitenkaan ratkaisussa saa, sillä EIT soveltaa tutkittavaksiottamisen edellytyksiä lopulta aikaisempaa oikeuskäytäntöä kunnioittaen: Sen mukaan saamisvaateen tulee olla konkreettinen, yksityiskohtainen ja kansallisessa lainsäädännössä tarkoin määritetty. EIT:n mukaan porojen talvilaidunnan osalta lainsäädäntö ei täyttänyt näitä kriteerejä. Valittajat

---

<sup>241</sup> Tanska ratifioi sopimuksen vuonna 1996. Ks. *ILO NORMLEX – Ratifications of C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989*.

<sup>242</sup> *Gismondi* 2017, s. 26–27 ss. Esimerkiksi YK:n CERD-komitea sen sijaan tunnistaa Inughuitit omaksi erilliseksi alkuperäiskansaksi, ks. *CERD-komitea: Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Sixtieth Session (4-22 March 2002) and Sixty-first Session (5-23 August 2002)*, kohta 123.

<sup>243</sup> *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, 17.2.2009 (tutkittavaksiottamispäätös), kohdat 4–33.

<sup>244</sup> *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, 17.2.2009 (tutkittavaksiottamispäätös), kohdat 40–44.

<sup>245</sup> *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, 17.2.2009 (tutkittavaksiottamispäätös), kohdat 48 ja 50–52. Kriittisesti alkuperäiskansoja koskevaan oikeuskäytäntöön suhtautuva Koivurova näkee EIT:n ja komission oikeuskäytännössä kehitystä juuri saamelaisten kulttuuriin kuuluvien aktiviteettien tunnistamisessa. Ks. *Koivurova* 2011, s. 25–28.

eivät myöskään olleet pystyneet kansallisissa oikeudenkäynneissä osoittamaan saamisvaateen olemassa oloa.<sup>246</sup> Siten EIT seuraa etenkin kansallisen oikeuden näkemykseen saamisvaateen luonteesta<sup>247</sup>. Tuomioistuin lopulta hylkäsi valituksen yhteensopimattomana 1 LPK 1 artiklan kanssa.

EIT olisi voinut huomioida asiaan vaikuttavana normina alkuperäiskansoja koskevan julistuksen 27 artiklan. Sen mukaan valtioiden on tunnistettava alkuperäiskansojen lait, perinteet, tavat ja maahallintajärjestelmät menettelyissä, jotka koskevat niiden perinteisesti omistamia tai muutoin hallussa pitämiä maita.<sup>248</sup> Myös esimerkiksi kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoo-antava komitea huomioi vuonna 2008, että erityinen suhde maa-alueeseen on kiinteässä yhteydessä alkuperäiskansojen tehokkaaseen osallistumiseen yhteiskunta ja talouselämään. Komitean mukaan alkuperäiskansojen oikeuteen hyödyntää niille perinteisesti kuuluvia maa-alueita tulee kiinnittää erityistä huomiota.<sup>249</sup>

EIT kuitenkin otti tapauksen tutkittavaksi EIS:n 6 artiklan osalta. Kanne ratkaistiin myöhemmin kolmannen jaoston ratkaisussa *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi* (30.3.2010). Tässä ratkaisussa tuomioistuin löysi EIS:n loukkauksen oikeudenkäynnin keston osalta, mutta ei prosessuaalisen yhdenvertaisuuden perusteella. Tuomioistuin ei siten nähnyt ongelmaa siinä, että todistustaakka oli kansallisessa oikeudenkäynnissä asetettu kokonaan saamelaisille. Valittajien tuli kansallisissa oikeudenkäynneissä todistaa vähintään 90 vuotta jatkunut historiallinen oikeus talvilaidunnukseen<sup>250</sup>.

Tuomari *Ziemelen* osittain eriävä mielipide osoittaa millaiseksi ratkaisu olisi voinut muotoutua, jos tuomareiden enemmistö olisi suhtautunut vakavammin valittajien kulttuuri-identiteettiin. Hän katsoo valtion loukanneen EIS:n 6 artiklaa myös prosessuaalisen yhdenvertaisuuden osalta. *Ziemele* viittaa mielipiteessään alkuperäiskansoja koskevan kansainvälisen oikeuden kehitykseen – etenkin alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen 26 ja 27 artikloihin – ja katsoo, että saamelaiskyliltä vaadittu todistustaakka on ollut alkuperäiskansan historialliseen taustaan suhteutettuna syrjivä<sup>251</sup>. *Ziemele* kiinnittää huomiota myös YK:n CERD-komitean Ruotsia koskevaan päätöslauselmaan, jossa se on

<sup>246</sup> *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, 17.2.2009 (tutkittavaksiottamispäätös), kohdat 52–56.

<sup>247</sup> *Gismondi* 2017, s. 46–47.

<sup>248</sup> Myös ILO 169 -sopimuksen 14 (1) artikla sisältää samanlaisen oikeuden. Ruotsi ei ole ILO 169 -sopimuksen osapuoli, mutta sopimus kuvastaa kansainvälisen oikeuden kehitystä.

<sup>249</sup> *Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoo-antava komitea: Commentary On The Effective Participation Of Persons Belonging To National Minorities In Cultural, Social And Economic Life And In Public Affairs*, kohta 53.

<sup>250</sup> *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, 30.3.2010, kohta 43.

<sup>251</sup> *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, 30.3.2010, *Ziemelen* eriävä mielipide kohdat 1–3.



ilmaisee huolensa siitä, että todistustaakka on vastaavissa oikeudenkäynneissä korostuneesti saamelaisilla, koska järjestelmä tunnistaa vain yksityisen omistuksen.<sup>252</sup> – Myös YK:n ihmisoikeuskomitea ilmaisi vastaavan huolen vuoden 2009 Ruotsia koskeneessa kommentissa. Komitea on huolissaan kohtaamasta *de facto* syrjinnästä oikeudenkäynneissä, joissa omaisuuden suojan todistustaakka jätetään kokonaan saamelaisille. Se toivookin valtion suhtautuvan joustavasti todistustaakkaan.<sup>253</sup> Itse ratkaisussa EIT ei kuitenkaan kiinnitä lainkaan huomiota näihin suosituksiin.

Myöskin EIT:n viimeisimmässä alkuperäiskansoja koskevassa tutkittavaksiottamispäätöksessä tuomioistuin suhtautuu varsin ylimalkaisesti valittajien kulttuuri-identiteettiin. Tapauksessa *Chagos Islanders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.12.2012) oli kyse Intian valtameressä sijaitsevien Chagossaarten alkuperäisasukkaiden pakkosiirrosta. Saariryhmä on osa Yhdistyneen kuningaskunnan merentakaisia alueita.

EIT katsoo kanteen olevan perusteeton *ratione loci* -perusteella, koska sopimusta ei ole EIS:n 56 (1) artiklan mukaisesti oltu ulotettu sovellettavaksi Chagossaarille valtion ilmoituksella<sup>254</sup>. Valitus ei kuitenkaan ollut yksiselitteisesti perusteeton, sillä Yhdistynyt kuningaskunta oli antanut julistuksen sopimuksen sovellettavuudesta Mauritiukselle, joka tuolloin oli osa Yhdistyneen kuningaskunnan merentakaisia alueita. Chagossaaret oli osa Mauritiuksen siirtokuntaa. Vuonna 1965 Chagossaaret kuitenkin erotettiin omaksi siirtokunnakseen. Erottamisen yhteydessä Yhdistynyt kuningaskunta ei ollut tehnyt ilmoitusta yleissopimuksen sovellettavuudesta Chagossaarilla, minkä vuoksi EIT katsoo pakkosiirron tapahtuneen EIS:n sovellettavuusalueen ulkopuolella.<sup>255</sup> EIT tarkastelee myös mahdollisuutta soveltaa valtion lainkäyttövaltaan perustuvaa laajempaa tulkintaa yleissopimuksen alueellisesta soveltamisrajasta. Tulkinnan mukaan yleissopimus on sovellettavissa myös sopimusosapuolen tehokkaassa kontrollissa ja hallinnassa olevilla alueilla. EIT kuitenkin katsoo, että tulkinta on sovellettavissa vain poikkeuksellisissa tilanteissa, eikä se poista valtioilta mahdollisuutta määritellä sopimuksen sovellettavuutta niiden merentakaisiin alueisiin<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi*, 30.3.2010, Ziemelen eriävä mielipide kohdat 7–10. Ks. *CERD-komitea: Consideration Of Reports Submitted By States Parties Under Article 9 Of The Convention, Concluding Observations Of The Committee On The Elimination Of Racial Discrimination, Sweden*, (2008), kohdat 19–20.

<sup>253</sup> *YK:n ihmisoikeuskomitea: Concluding observations against Sweden* (2009), kohta 21.

<sup>254</sup> EIS:n 56 (1) artiklan mukaan: ”1. Ratifioidessaan tämän yleissopimuksen tai milloin hyvänsä sen jälkeen sopimusvaltio voi ilmoittaa kirjallisesti Euroopan neuvoston pääsihteerille, että tämän yleissopimuksen soveltamisalaan kuuluvat tämän artiklan 4 kappaleen mukaisesti kaikki tai jotkin niistä alueista, joiden kansainvälisistä suhteista kyseinen sopimusvaltio vastaa.”

<sup>255</sup> *Chagos Islanders v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 11.12.2012, kohta 61.

<sup>256</sup> *Chagos Islanders v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 11.12.2012, kohdat 70–76.

EIT arvioi tutkittavaksiottamiskriteerejä myös uhrin aseman kannalta. Tämä arvio kiteyttää osuvasti tuomioistuimen sokeuden alkuperäiskansojen oikeuksille. Toisaalta se korostaa jälleen tuomioistuimen mekaanista tapaa soveltaa tutkittavaksiottamisen edellytyksiä: EIT tulkinnan mukaan nimittäin valittajat, jotka olivat osallisena kansallisissa oikeudenkäynneissä, olivat menettäneet uhrin asemansa saatuaan rahallisen korvauksen menetyksistään. Valittajat, jotka eivät olleet osallisina kansallisissa oikeudenkäynneissä, eivät puolestaan olleet täyttäneet kotimaisten oikeuskeinojen hyödyntämisen edellytystä. Pakkosiirron jälkeen syntyneet valittajat eivät puolestaan olleet lainkaan uhrin asemassa.<sup>257</sup> Tapa, jolla EIT katsoo alkuperäiskansaan kuuluvien uhrien aseman lakkaavan rahallisen korvauksen myötä ilmentää tuomioistuimen kyvyttömyyttä tarkastella asiaa alkuperäiskansojen näkökulmasta: Tuomioistuin ei huomioi, että alueilla on tyypillisesti erityislaatuinen merkitys alkuperäiskansan kulttuuri-identiteetille, jota rahalla on vaikea korvata. Kaiken lisäksi tapauksen uhreille maksetut korvaukset olivat melko pieniä, eivätkä kaikki valittajat edes olleet saaneet korvausta<sup>258</sup>.

Yhteenvedona voidaan todeta, että suurin osa alkuperäiskansojen valituksista on jumiutunut tutkittavaksiottamispäätös vaiheeseen. Vaiheeseen kuuluu luonnollisesti tutkittavaksiottamisen edellytysten tarkastelu, eikä EIT voi tässä vaiheessa tarkastella tapausten tosiasioita kovin syvällisesti. On kuitenkin selvää, että alkuperäiskansojen kanteet edellyttävät tietynlaista joustavuutta tutkittavaksiottamisen kriteerien – esimerkiksi 1 LPK 1 artiklassa tarkoitetun saamisvaateen käsitteen ja ihmisoikeusloukkauksen jatkuvuuden arvioinnin – suhteen. Tuomioistuimen tulkinta ei kuitenkaan ole joutanut, mikä johtuu osin EIT:n haluttomuudesta huomioida alkuperäiskansoja koskevien normien kehitystä.

### 3.3.5 Romaniavioliitto – tapaus *Muñoz Díaz v. Espanja* (8.12.2009)

Tässä yhteydessä tarkastellaan vielä EIT:n ratkaisua *Muñoz Díaz v. Espanja* (8.12.2009). Kyseinen ratkaisu on mielenkiintoinen, sillä ensisilmäyksellä EIT vaikuttaa tulkitsevan 1 LPK 1 artiklan omaisuuden suojaan valittajan kulttuuri-identiteetin valossa. Syvempi tarkastelu kuitenkin osoittaa tämän olevan väärä johtopäätös. Tapauksen valittaja oli solminut romaniyhteisön perinteiden mukaisen avioliiton, jota ei oltu kuitenkaan rekisteröity valtion lainsäädännön edellyttämällä tavalla. Tämän vuoksi, valittajan puolison kuoltua, valittajalle ei tunnustettu oikeutta leskeneläkkeeseen. Ratkaisussa tuomioistuin katsoi valtion loukanneen EIS:n 1 LPK 1 artiklan mukaista omaisuuden suojaansa yhdessä 14 artiklan syrjinnän kiellon kanssa luettuna.

<sup>257</sup> *Chagos Islanders v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 11.12.2012, kohdat 70–76.

<sup>258</sup> *Gismondi* 2017, s. 41–42.

EIT ei suoranaisesti nosta esiin oikeutta kulttuuri-identiteettiin. Sen voidaan kuitenkin nähdä olevan taustalla vaikuttava tekijä. EIT nimittäin katsoo romaniyhteisön arvojen ja tapojen olevan hyvin vakiintuneita ja syvälle juurtuneita osaksi espanjalaista yhteiskuntaa. EIT:n mukaan vakiintuneiden tapojen sitovuutta ei voi tapauksessa ohittaa<sup>259</sup>. Huomattavaa on, että EIT hyödyntää *Chapman*-tapauksen retoriikkaa viitaten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen muodossa ilmenevään kansainvälisen velvoitteen suojella vähemmistöjen turvallisuutta, identiteettiä ja elämäntyyliä. Tuomioistuin tarkastelee loukkausta osin myös sen valossa, onko nämä tekijät huomioitu kansallisessa lainkäytössä.<sup>260</sup> Yhtenä loukkauksen löytämiseen vaikuttavana tekijänä EIT katsookin olevan valtion epäonnistuminen vähemmistön erityisaseman huomioimisessa<sup>261</sup>.

Kulttuuri-identiteettiä enemmän ratkaisun argumenteissa vaikuttaa kuitenkin se, että viranomaiset olivat aikaisempien sosiaaliturvapäätösten yhteydessä näyttäneet tunnustavan liiton lainmukaisuuden. Tämä oli vahvistanut valittajan uskoa avioliiton lainmukaisuuteen, mikä oli saanut hänet uskomaan olevansa oikeutettu leskeneläkkeeseen.<sup>262</sup> Argumenttien vuoksi tapaukseen on suhtauduttava yksittäisenä ratkaisuna, josta ei voi päätellä valtiolla olevan velvoitetta hyväksyä romaniavioliittojen oikeusvaikutukset yleisesti. Tätä alleviivaa se, että EIT ei katso romaniavioliiton epävirallisen statuksen loukkanneen EIS:n 12 artiklan oikeutta avioliittoon yhdessä 14 artiklan kanssa luettuna. Tuomioistuin vetoaa jäsenvaltioiden laajaan harkintamarginaaliin virallisesti tunnustettavien avioliittojen osalta.<sup>263</sup>

<sup>259</sup> *Muñoz Díaz v. Espanja*, 8.12.2009, kohdat 56–59.

<sup>260</sup> *Muñoz Díaz v. Espanja*, 8.12.2009, kohdat 33, 60 ja 64. Ks. *Pentassuglia* 2012, s. 14.

<sup>261</sup> *Muñoz Díaz v. Espanja*, 8.12.2009, kohta 68.

<sup>262</sup> *Muñoz Díaz v. Espanja*, 8.12.2009, kohdat 62–64.

<sup>263</sup> *Muñoz Díaz v. Espanja*, 8.12.2009, kohdat 80–81. *Muñoz Díaz v. Espanja* -tapauksesta ks. tarkemmin *Ruiz Vieitez* 2012, s. 401–425.

## 4 VÄHEMMISTÖJEN SOSIOEKONOMINEN YHDENVERTAISUUS TUOMIOIS- TUINTEN OIKEUSKÄYTÄNNÖISSÄ

### 4.1 Syrjimättömyys ja yhdenvertaisuus kansainvälisessä oikeudessa

#### 4.1.1 Yleismaailmallisesti sovellettavat normit

Oikeus syrjimättömyyteen ja oikeus yhdenvertaisuuteen ovat kuin kolikon kaksi eri puolta, joita on mahdoton erottaa toisistaan. Molempien normien taustalla on YK:n ihmisoikeusjulistuksen lähtökohta, jonka mukaan ihmiset syntyvät vapaina ja arvoltaan tasavertaisina<sup>264</sup>. Vaikka oikeus syrjimättömyyteen ja oikeus yhdenvertaisuuteen ovat erottamattomia, ne sisältävät tietyn näkökulmaeron: syrjimättömyys on keino, kun taas yhdenvertaisuus on itsessään päämäärä.

Kielletty syrjintä jaotellaan usein suoraan ja epäsuoraan syrjintään. Suora syrjintä viittaa tilanteisiin, joissa syrjinnän muodon ja syrjinnän kohteen välinen kausaalisuhte on selkeä. Suoraa syrjintää on esimerkiksi se, kun ravintola kieltäytyy tarjoilemasta etniseen vähemmistöön kuuluvalla asiakkaalla tämän etniseen taustaan vedoten. Epäsuora syrjintää ovat puolestaan tilanteet, joissa säännöt ja normit kohtelevat kaikkia näennäisen syrjimättömästi, mutta luovat käytännössä syrjivän vaikutuksen tiettyä väestöryhmää kohtaan. Epäsuoraa syrjintää on esimerkiksi tilanne, jossa työnantaja edellyttää työntekijältä tiettyä kielitaitoa, vaikka työtehtävissä ei kielitaitoa itseasiassa tarvittaisi.

Epäsuoran syrjinnän tarkastelun keskipisteessä on usein tietyn ryhmän tosiasiallinen asema: epäsuoran syrjinnän tunnistaminen edellyttää ryhmään negatiivisesti vaikuttavien sääntöjen ja normien uudelleenarviointia ryhmän tilanteen kannalta<sup>265</sup>. Tältä osin epäsuora syrjintä liittyy todellisen yhdenvertaisuuden tavoitteluun. Myös todellisen yhdenvertaisuuden toteutuminen edellyttää heikossa asemassa olevan ryhmän käytännön olosuhteiden tarkastelua. Todellisen yhdenvertaisuuden toteutuminen usein edellyttää myös ryhmän asemaa tukevien positiivisten toimien käynnistämistä.

Syrjimättömyys on yksi kansainvälisen oikeuden keskeisistä periaatteista. Periaate on ilmaistu lähes kaikissa ihmisoikeussopimuksissa<sup>266</sup>. Ihmisoikeussopimusten syrjimättömyysnormit voidaan jaotella

<sup>264</sup> Periaate ilmenee etenkin ihmisoikeuksien yleismaailmallisessa julistuksen (1948) 1, 2 ja 7 artikloiden sisällöstä.

<sup>265</sup> *Henard* 2007, s. 150–151.

<sup>266</sup> Esim. KP-sopimus 2(1) artikla, TSS-sopimus 2(2) artikla sekä yleissopimus lapsen oikeuksista (SopS 60/1991) 2 artikla.

soveltamisalaltaan avoimiin ja soveltamisalaltaan suljettuihin normeihin. Suljettujen normien soveltamisalaa on tyypillisesti rajoitettu vain kyseisessä ihmisoikeussopimuksessa tarkoitettuihin oikeuksiin. Soveltamisalaa on joissain tapauksissa rajoitettu myös kielletyn syrjinnän perusteiden osalta. Soveltamisalaltaan avoimia normeja voidaan puolestaan lähtökohtaisesti soveltaa rajoituksetta sopimuksen soveltamisalasta riippumatta. Osa normeista viittaa syrjimättömyyden lisäksi suoraan myös yhdenvertaisuuteen.

Oma kategoriansa on syrjinnän kiellolle pyhitetyt kansainväliset sopimukset. Tähän ryhmään kuuluvat esimerkiksi ILO:n *työmarkkinoilla ja ammatin harjoittamisen yhteydessä tapahtuvaa syrjintää koskeva sopimus* (SopS 63/70) sekä Unescon *yleissopimus syrjinnän vastustamiseksi opetuksen alalla* (SopS 59/1971). Kategorian merkittävin sopimus on kuitenkin soveltamisalaltaan näitä sopimuksia laajempi YK:n *kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus* (jälj. CERD-sopimus). Kyseisen sopimuksen on ratifioinut lähes jokainen YK:n jäsenvaltio<sup>267</sup>. Sopimuksen toteutumista myös valvotaan tehokkaasti: Sopimusvaltioiden tulee toimittaa sopimusta valvovan CERD-komitean arvioitavaksi määräaikaisraportteja sopimuksen ratifiointista<sup>268</sup>. Lisäksi CERD-komitea ottaa vastaan valtiovalituksia<sup>269</sup> ja yksilövalituksia<sup>270</sup>.

Oikeus yhdenvertaisuuteen esiintyy ihmisoikeusinstrumenteissa syrjimättömyysnormia harvemmin. Normeista merkittävin lienee KP-sopimuksen 26 artikla, jonka mukaan: ”*kaikki ihmiset ovat oikeudellisesti yhdenvertaisia ja oikeutettuja ilman minkäänlaista syrjintää yhtäläiseen lain suojaan. Tässä suhteessa lain tulee kieltää kaikki syrjintä ja taata kaikille henkilöille yhtäläinen ja tehokas suojele rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää vastaan*”. Kuten artiklan sanamuodosta ilmenee, se on soveltamisalaltaan avoin sekä soveltamisalan laajuuden että kielletyn syrjinnän perusteteiden osalta.

Myös CERD-sopimuksen 2(2) artikla on kaventaa syrjinnän kiellon ja todellisen yhdenvertaisuuden toteutumisen välistä rajaa. Artiklan mukaan: ”*Sopimusvaltioiden tulee, milloin olosuhteet antavat aiheutta, ryhtyä sosiaalisella, taloudellisella, sivistyksellisellä ja muilla aloilla erityisiin ja konkreettisiin toimiin riittävän kehityksen ja suojelun varmistamiseksi tietyille roturyhmille tai niihin kuuluville yksilöille, jotta niille taattaisiin täydelliset ja yhtäläiset oikeudet ihmisoikeuksien ja perusvapauksien*

<sup>267</sup> Sopimuksella on 178 ratifiointia. Kaikki Amerikan ja Euroopan valtiot ovat ratifioineet sopimuksen. Ks. *United Nations – Status Of Ratification Interactive Dashboard*.

<sup>268</sup> Kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus, 9 artikla.

<sup>269</sup> Kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus, 11–13 artiklat. Tähän mennessä CERD-komitea ei ole käsitellyt vielä yhtään valtiovalitusta.

<sup>270</sup> Kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus, 14 artikla. Yksilövalitusmenettely on vapaaehtoinen Sopimusvaltiot voivat hyväksyä sen tahdonilmaisulla.

*nauttimiseen. Nämä toimenpiteet eivät missään tapauksessa saa johtaa siihen, että pidetään voimassa erilaisia tai erityisiä oikeuksia eri roturyhmiä varten sen jälkeen, kuu[!] tavoitteet, joiden vuoksi niihin ryhdyttiin, on saavutettu.”*

CERD-komitean mukaan artiklan erityiset ja konkreettiset toimet tarkoittavat esimerkiksi poliittisten, hallinnollisten ja rahoituksellisten resurssien suuntaamista huono-osaisessa asemassa olevien etnisten ryhmien auttamiseen valtion jokaisella hallinnon tasolla<sup>271</sup>. Komitea kuitenkin korostaa, että yksittäistä ryhmää suosivat toimet on lopetettava, kun todellinen yhdenvertaisuus on saavutettu. Siten artiklan velvoite eroaa luonteeltaan pysyvistä vähemmistöjen oikeuksista, kuten vähemmistöjen kielellisistä oikeuksista sekä alkuperäiskansojen oikeudesta palata niiden historiallisesti omistamille alueille.<sup>272</sup> Selvää kuitenkin on, että artikla luo velvoitteen pyrkiä kohti todellisen yhdenvertaisuuden toteutumista<sup>273</sup>.

Syrjinnän kieltö on ilmaistu myös alkuperäiskansojen ja vähemmistöjen oikeuksien julistuksissa sekä ILO 169 -sopimuksessa. Näiden instrumenttien tavoite ei tyhjenny vain syrjinnän ehkäisemiseen, vaan osa normeista tähtää todellisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen yhteiskunnissa. Todelliseen yhdenvertaisuuden toteuttamiseen viittaa esimerkiksi YK:n vähemmistöjen oikeuksien julistuksen 2(1) artikla, jonka mukaan vähemmistöillä on oikeus osallistua yhteiskuntaelämään täysimääräisesti ja tehokkaasti. Alkuperäiskansojen osalta etenkin ILO 169 -sopimuksen tavoitteena on kulttuuri-identiteetin turvaamisen lisäksi myös alkuperäiskansojen yhdenvertaisen aseman saavuttaminen. ILO 169 -sopimuksessa on lukuisia normeja, joiden keskeinen tavoite on alkuperäiskansojen ja muun väestöryhmien välisen sosioekonomisen kuilun kaventaminen<sup>274</sup>. Tavoitetta konkretisoivat etenkin sopimuksen viidennen ja kuudennen osan normit, jotka liittyvät muun muassa sosiaaliturvan ja koulutuksen järjestämiseen.

#### 4.1.2 Amerikassa sovellettavat normit

OAS:n viitekehyksessä syrjimättömyyden periaate ilmenee ensinäkin Amerikan ihmisoikeusjulistuksen II artiklasta, joka turvaa sekä syrjimättömyyden julistuksen oikeuksien osalta että jokaisen yhdenvertaisuuden lain edessä. Myöhemmin syrjinnän kieltö ja yhdenvertaisuuden periaate erotettiin

<sup>271</sup> CERD-komitea: General recommendation No.32, kohta 13.

<sup>272</sup> CERD-komitea: General recommendation No.32, kohta 15.

<sup>273</sup> CERD-komitea: General recommendation No.32, kohta 30.

<sup>274</sup> Iorns Magallanes 2010, s. 142.

toisistaan AIS:n 1 (1) ja 24 artikloissa, joihin perehdytään jäljempänä<sup>275</sup>. Valtioita sitovassa kansainvälisessä oikeudessa periaatteet ilmenevät myös Amerikan maiden demokratian peruskirjassa<sup>276</sup>, jonka 9 artikla mukaan kaikkien syrjinnän ja suvaitsemattomuuden muotojen eliminoiminen edistää demokratian vahvistaa juurtumista Amerikan valtioissa. Kyseinen artikla ei siten ole yksilölle osoitettu oikeus, vaan se ilmaisee poliittista tahtoa.

OAS:n regiimissä on vuonna 2013 avattu allekirjoitettavaksi myös kaksi syrjinnän kiellon sopimusta, jotka tuovat kaivattua syvyyttä amerikkalaiseen syrjinnän vastaiseen normiverkostoon. Toinen sopimuksista on luonteeltaan yleinen syrjinnän vastainen sopimus (A-69)<sup>277</sup>, toinen puolestaan tähtää yksityiskohtaisemmin etnisyyteen perustuvan syrjinnän kitkemiseen (A-68)<sup>278</sup>. Siten erityisesti jälkimmäiseksi mainittu on etnisten vähemmistöjen suojelun kannalta keskeinen. Kuitenkin myös ensiksi mainittu on sikäli oleellinen, että se kieltää syrjinnän esimerkiksi kielen, kulttuurin ja uskonnon perusteella.

*Etnisyyteen perustuvan syrjinnän vastaisen sopimuksen (A-68) inspiraation lähde on selvästi YK:n CERD-sopimus. Siinä missä kyseinen CERD-sopimus on laajasti ratifioitu myös Amerikan valtioiden keskuudessa, OAS:n sopimus ei ainakaan vielä nauti Amerikan valtioiden laajaa tukea. Sopimuksen on allekirjoittanut 13 valtiota, mutta vain Costa Rica on ratifioinut kyseisen sopimuksen<sup>279</sup>. Yleinen syrjinnän vastaisen sopimuksen (A-69) puolestaan on allekirjoittanut 10 jäsenvaltiota, mutta yksikään ei ole sitä ratifioinut<sup>280</sup>.*

Sisällöltään OAS:n syrjinnän kieltä koskevat sopimukset ovat moderneja ja – syrjintäperusteiden soveltamisalaa lukuun ottamatta – melko identtisiä. Sopimukset eivät CERD-sopimuksen tapaan rajoitu vain valtion toimintaan, vaan ne edellyttävät, että valtiot kieltävät myös yksityisten toimijoiden aiheuttaman syrjinnän<sup>281</sup>. Sopimukset edellyttävät, että sopimusvaltiot toimivat aktiivisesti syrjinnän ja vihapuheen ehkäisemiseksi yhteiskunnassa sekä järjestävät lainsäädännölliset ja hallinnolliset menettelyt syrjivän kohtelun sanktioimiseksi.

Todellisen yhdenvertaisuuden toteutumisen kannalta on merkittävää, että sopimusten 1 (2) artikloissa tunnustetaan myös epäsuora syrjintä. Lisäksi sopimusten 5 ja 6 artiklat edellyttävät, että valtiot pyrkivät aktiivisin toimin kohti todellisen yhdenvertaisuuden toteutumista yhteiskunnissa. Sopimusten 5

<sup>275</sup> Ks. alaluku 4.2.1.

<sup>276</sup> Inter-American democratic charter.

<sup>277</sup> Inter-American convention against all forms of discrimination and intolerance (A-69).

<sup>278</sup> Inter-American convention against racism, racial discrimination and related forms of intolerance (A-68).

<sup>279</sup> Ks. *OAS – A-68 Signatories and Ratifications*.

<sup>280</sup> Ks. *OAS – A-69 Signatories and Ratifications*.

<sup>281</sup> Ks. sopimusten 2 artiklat

artikloiden mukaan valtioiden tulee laatia tarvittavat toimintaohjelmat, joilla tuetaan syrjityssä asemassa olevien yksilöiden ja yhteisöiden mahdollisuuksia nauttia perustavanlaatuisista oikeuksista ja vapauksista. Sopimusten 6 artiklat edellyttävät, että valtioiden on laadittava ja toteutettava toimintasuunnitelmia, joilla tähdätään oikeudenmukaisen kohtelun ja mahdollisuuksien yhdenvertaisuuden toteutumiseen sopimusten kattamilla aloilla.

Sosioekonomisen yhdenvertaisuuden toteutumisen kannalta merkittävä on myös OAS:n Amerikan sosiaalisen peruskirjan III-luku, jonka teemana on sosiaalipoliittinen kehitys, mahdollisuuksien yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys. Esimerkiksi luvun 14 artiklan mukaan jäsenvaltioilla on velvoite laatia ja toteuttaa kokonaisvaltaisia solidaarisuuteen, syrjimättömyyteen, yhdenvertaisuuteen ja oikeudenmukaisuuteen perustuvia sosiaalisen suojelun toimintaohjelmia, jotka kohdentuvat ensisijaisesti haavoittuvassa asemassa ja köyhyydessä eläviin henkilöihin. Vähemmistöjen osalta tätä tukee 15 artikla, jonka mukaan valtioiden tulee tunnistaa alkuperäiskansojen, afroamerikkalaisten ja maahanmuuttajien rooli osana alueen historiallista kehitystä ja tukea näiden ryhmien arvostusta valtiossa. Lisäksi artikla edellyttää, että valtiot tunnistavat tarpeen laatia toimintaohjelmia, joilla pyritään edistämään näiden ryhmien sosiaalista osallisuutta ja ehkäisemään syrjintää yhdenvertaisten oikeuksien ja mahdollisuuksien toteutumiseksi sekä demokraattisten arvojen edistämiseksi.

Edellä esitetyn perusteella voidaan todeta, että OAS:n regiimissä on normeja, jotka selkeästi edellyttävät, että valtioiden on toteutettava positiivisia toimia heikossa sosioekonomisessa asemassa olevien väestöryhmien mahdollisuuksien yhdenvertaisuuden saavuttamiseksi. OAS:n normit ovat kuitenkin varsin tuoreita, ja osittain siksi ne ovat vakiintumattomia.

#### 4.1.3 Euroopassa sovellettavat normit

Kattavan ihmisoikeussubstanssin myötä myös syrjimättömyys- ja yhdenvertaisuusperiaatteet on vankesti turvattu eurooppalaisessa viitekehysessä. Sosioekonomisen yhdenvertaisuuden kannalta keskeisessä Euroopan sosiaalisen peruskirjassa syrjinnän kieltä on ilmaistu sopimuksen uudistetun version E artiklassa. Se sisältää sopimuksen soveltamisalaan rajoittuvan, mutta syrjintäperusteilta avoimen syrjimättömyysnormin. Sinänsä artikla ei viittaa siihen, että jäsenvaltioiden tulisi positiivisin toimin edistää todellisen yhdenvertaisuuden toteutumista. Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea



on kuitenkin päätöksissään tunnistanut epäsuoran syrjinnän ja edellyttänyt valtioiden toteuttavan positiivisia toimia todellisen yhdenvertaisuuden saavuttamiseksi<sup>282</sup>.

Myös kansallisten vähemmistöjen suojelua koskeva puiteyleissopimuksen 4 (1) artikla sisältää yleisen syrjintä kiellon. Lisäksi sopimuksen 4 (2) artikla luo valtioille positiivisen velvoitteen edistää yhdenvertaisuuden toteutumista kaikilla talous- ja yhteiskuntaelämän sekä poliittisen elämän ja kulttuurielämän aloilla. Sopimuksen sisältöä selittävän raportin mukaan valtioiden tulee ryhtyä edellä tarkoitettuihin toimiin silloin, kun vähemmistön tilanne sitä edellyttää. Toimien tulee olla tarkoituksenmukaisia ja väliaikaisia: ne on lopetettava, kun artiklassa tarkoitetuilla toimilla on saavutettu täysi ja tehokas yhdenvertaisuus.<sup>283</sup>

EN:n regiimissä on myös toiminnaltaan CERD-komiteaa vastaava pehmeää kansainvälistä oikeutta tuottava asiantuntijaelin. EN:n ECRI-komissio on itsenäisten ihmisoikeustoimija, joka tarkkailee etniseen taustaan, uskoon ja kieleen liittyvää syrjintää neuvoston jäsenvaltioissa. ECRI:n erikoisuus on se, että se ei ole sidottu vain tietyn ihmisoikeusinstrumentin soveltamisalaan, vaan ECRI voi antaa lausuntojaan myös yleisesti kansainvälisten sitoumusten valossa.<sup>284</sup> Toiminnassaan ECRI ei keskity vain vakavien syrjintätilanteiden tunnistamiseen, vaan se pyrkii löytämään myös huomaamattomampaa syrjintää<sup>285</sup>. ECRI:n maakohtaiset raportit noudattavat yleensä tiettyä kaavaa: Komissio tarkastelee syrjinnän ilmenemistä etenkin koulutuksessa, työmarkkinoilla, asuntopolitiikassa, ja terveystaloudessa. Lisäksi komissio kiinnittää huomiota rasistiseen väkivaltaan, antisemitismiin ja syrjivään kielenkäyttöön yhteiskunnassa. Kaikkia edellä mainittuja yksityiskohtia ECRI tarkastelee erityisesti haavoittuvissa asemassa olevien väestöryhmien osalta. Maakohtaisten raporttien lisäksi ECRI julkaisee yleisiä suosituksia EN:n jäsenvaltioissa esiintyvistä ongelmista.<sup>286</sup>

Syrjinnän ja yhdenvertaisuuden osalta EN:n regiimiä tukee EU:n syrjinnän vastaiset normit. EU:n primäärioikeudessa syrjinnän vastaiset normit ovat perusoikeuskirjan 21 artiklassa sekä SEUT 10 artiklassa. Näistä perusoikeuskirjan artikla sisältää kattavan ja kirjoitusasultaan avoimen luettelon kielletyn syrjinnän perusteista. Artiklassa kielletään syrjintä muun muassa rodun, ihonvärin, etnisen alkuperän ja kansalliseen vähemmistöön kuulumisen perusteella. SEUT 10 artikla puolestaan sisältää

<sup>282</sup> Näin esim. *International Association Autism-Europe (IAAE) v. Ranska*, 7.11.2003, kohdat 51–53; *European Roma Rights Centre v. Italia*, 21.10.2005, kohta 20; *European Roma Rights Centre v. Bulgaria*, 18.10.2006, kohta 54. Ks. myös Cullen 2009, s. 71–72.

<sup>283</sup> EN: Framework Convention For The Protection of National Minorities and Explanatory Report, Explanatory Report, kohta 39.

<sup>284</sup> EN:n ministerikomitea: Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance, 1 artikla.

<sup>285</sup> Miga Beșteliu 2015, s. 373.

<sup>286</sup> Miga Beșteliu 2015, s. 375.

syrijintä perusteeltaan rajatun luettelon. Sen mukaan unioni pyrkii politiikkojensa ja toimiensa määrittelyssä ja toteuttamisessa torjumaan kaiken sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän.

Unionilla on myös vahva mandaatti todellisen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden edistämisen suhteen. Ensinäkin perusoikeuskirjan 20 artikla sisältää yksilölle osoitetun oikeuden yhdenvertaisuuteen lain edessä. Käytännönläheisemmin todellista yhdenvertaisuutta edistää SEU 3 (3) artikla, jonka mukaan yksi EU:n päämääristä on torjua sosiaalista syrjäytymistä ja syrjintää sekä edistää yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta. Tätä tukee SEUT 19 (1) artikla, jonka mukaan unionilla on toimivalta toteuttaa tarvittavat toimenpiteet sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän torjumiseksi.

Edellä käsitellyistä artikloista yksilö voi tehokkaasti vedota vain perusoikeuskirjan oikeuksiin. Perusoikeuskirjan on kuitenkin sovellettavissa vain unionin instituutioiden toiminnassa sekä silloin, kun jäsenvaltiot implementoivat EU-lainsäädäntöä. Euroopan unionin tuomioistuin (jälj. EUT) on kuitenkin vahvistanut syrjimättömyys- ja yhdenvertaisuusperiaatteen asemaa tulkitsemalla sitä itsenäisenä yleisenä oikeusperiaatteena<sup>287</sup>. Käytännössä EUT:n tulkinnan myötä periaatteilla on suora horisontaalivaikutus: periaatteiden tarkastelu ei ole sidoksissa vain kansallisen lainsäädännön EU-oikeudenmukaisuuden arviointiin, vaan periaatteisiin voidaan vedota myös yksityishenkilöiden välisiin suhteisiin silloin, kun suhde kuuluu EU-oikeuden piiriin<sup>288</sup>.

Primäärioikeuden lähtökohtia tukee erityisesti niin kutsuttu rotusyrjintädirektiivi<sup>289</sup>. Direktiivissä on kolme keskeistä tekijää: Ensinäkin myös sillä on horisontaalivaikutus. Se on sovellettavissa 3 (1) artiklan mukaisesti yhteisölle annetun toimivallan puitteissa kaikkiin henkilöihin sekä julkisella että yksityisellä sektorilla, julkisyhteisöt mukaan lukien. Toinen keskeinen seikka on, että direktiivin 2 (1) artikla tunnistaa myös epäsuoran syrjinnän. Kolmas oleellinen elementti on direktiivin 8 artiklassa, joka edellyttää todistustaakan jakamista silloin, kun tapauksessa syntyy syrjintäoletta.

---

<sup>287</sup> Näin asiassa C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, tuomio 22.11.2005, kohdat 77–78. EUT katsoi ikään perustuvalla syrjinnällä olevan yleisenä oikeusperiaatteena horisontaalivaikutus jo ennen asiaan liittyvän tasa-arvodirektiivin (2000/78/EY394) voimaan tuloa. EUT on tulkinnut syrjimättömyysperiaatetta yleisenä oikeusperiaatteena myöhemmin mm. asiassa C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co*, tuomio 19.1.2010. Ks. tarkemmin *Kilpatric* 2011, s. 283–287.

<sup>288</sup> *Nikolaidis* 2015, s. 139–140.

<sup>289</sup> Neuvoston direktiivi 2000/43/EY(6) rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta. Julkaistu virallisessa lehdessä 19.17.2000.

Vahvasta etnisen syrjinnän vastaisesta oikeudellisesta substanssista huolimatta EU-tuomioistuin on soveltanut rotusyrjintädirektiiviä vain kolmessa ennakkoratkaisussa<sup>290</sup>. Määrä on varsin pieni verrattuna EUT:n ikään ja sukupuoleen perustuvaan syrjintään liittyvä oikeuskäytäntöön. Rotusyrjintä direktiiveihin liittyvistä ratkaisuista maininnan arvoinen on asia C-83-14 *CHEZ Razpredelne Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*. Tapauksessa oli kyse energiayhtiö CHEZ RB:n vuosina 1999 ja 2000 käytännöstä, jossa se asensi kaikkien pääasiassa romanien asuttaman kaupunginosan asiakkaiden sähkömittarit betonisiin pylväisiin 6–7 metrin korkeudelle. Muissa kaupunginosissa yhtiön mittarit on sijoitettu 1,70 metrin korkeudelle, useimmiten kuluttajien asuntoihin, ulkoseiniin tai aitoihin.<sup>291</sup> Tämä oli EUT:n mukaan riittävä näyttö kääntämään todistustaakan yhtiölle.

Kaiken kaikkiaan Euroopan neuvoston ja Euroopan unionin regiimit luovat yhdessä eurooppalaiseen viitekehukseen vahvan ja moniulotteisen syrjinnän vastaisen normiston. Parhaimmillaan regiimit EU-oikeuden vahva velvoittavuus yhdistyy ECRI:n tuottamana kattavaan tilastotietoon syrjinnästä jäsenvaltioissa.

## 4.2 Sosioekonominen yhdenvertaisuus AIT:n oikeuskäytännössä

### 4.2.1 Syrjimättömyys ja yhdenvertaisuus Amerikan ihmisoikeussopimuksessa

AIT:lla on varsin hyvät edellytykset toteuttaa sosioekonomista yhdenvertaisuuteen tähtäävää ihmisoikeussopimuksen tulkintaa. AIS:n 1 (1) artikla sisältää ensinäkin valtioille osoitetun velvoitteen taata sopimuksen oikeuksien täysimääräinen toteutuminen ilman syrjintää<sup>292</sup>. Lisäksi artikla sisältää avoimen luettelon syrjintäperusteita, jonka myötä käytännössä lähes mikä tahansa yksilön ominaisuus voi tulla kyseeseen kiellettyinä syrjintäperusteena. AIS:n 1 (1) artiklalla on oikeuskäytännössä ollut kuitenkin varsin vähäinen merkitys. Tuomioistuin on nimittäin katsonut kyseistä artiklaa loukatun aina,

<sup>290</sup> Ennakkoratkaisut ovat: asia C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn*, tuomio 10.7.2008; asia C-415/10 *Galina Meister v. Speech Design Carrier*, tuomio 19.4.2012; asia C-83-14, *CHEZ Razpredelne Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*, tuomio 16.7.2015.

<sup>291</sup> Asia C-83-14, *CHEZ Razpredelne Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot discriminatsia*, kohta 22.

<sup>292</sup> ” *The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition* ”

kun se on löytänyt jonkin sopimuksen artiklan rikkomuksen riippumatta siitä, onko tapaukseen liittynyt syrjintää vai ei.<sup>293</sup> On siten jokseenkin epäselvää, voiko 1 (1) artiklan loukkaus tulla kyseeseen ilman muun oikeuden loukkausta.

AIS:n 1 (1) artiklan merkityksettömyys johtunee osin siitä, että AIS:n 24 artikla tarjoaa kyseistä artiklaa kokonaisvaltaisemman juridisen työkalun. Kyseinen artikla nimittäin sisältää sopimuksen muista artikloista riippumattoman oikeuden yhdenvertaisuuteen lain edessä<sup>294</sup>. Artiklan sisältö voidaan jakaa kahteen. Se sisältää (1) oikeuden yhdenvertaisuuteen lain edessä ja (2) oikeuden yhdenvertaiseen lain suojaan. Näistä ensimmäinen tarkoittaa yhdenvertaista laintulkintaa. Jälkimmäinen puolestaan liittyy lain sisältöön ja siihen, että lainsäätäjät pyrkii poistamaan syrjivän lainsäädännön<sup>295</sup>. Näin artiklan sisältö vastaa suurelta osin KP-sopimuksen 26 artiklan ensimmäistä virkettä.

#### 4.2.2 Keskeiset soveltamislähtökohdat

AIT on soveltanut sekä AIS:n 1 (1) artiklan syrjinnän kieltoa että 24 artiklan oikeutta yhdenvertaisuuteen lain edessä vaihtelevasti, mikä on hankaloittanut artikloja koskevien doktriinien systematisointia. Tuomioistuin ei ole varsinkaan ennen vuotta 2012 annetuissa tuomioissa käyttänyt esimerkiksi vakiintunutta tarkoituksenmukaisuustestiä arvioidessaan syrjivää kohtelua. Viimeistään seksuaalivähemmistöön liittyvässä tapauksessa *Atala Riffo and daughters v. Chile* (24.2.2012) tuomioistuin omaksui kuitenkin aikaisempaa analyyttisemmän lähestymistavan, muun muassa käyttämällä tiukkaa tarkoituksenmukaisuustestiä.<sup>296</sup>

Tuomioistuimen jokseenkin vakiintumaton lähestymistapa syrjimättömyyden ja yhdenvertaisuuden arviointia kohtaan ei sinänsä kuitenkaan ole pidätellyt tuomioistuinta soveltamasta näitä periaatteita. Päinvastoin, tuomioistuin on antanut syrjimättömyydelle ja yhdenvertaisuudelle merkittävän arvon: Neuvoa-antavassa mielipiteessä OC-18/03 (17.9.2003) AIT esimerkiksi katsoi ensimmäisenä kansainvälisenä tuomioistuimena, että oikeus syrjimättömyyteen, oikeus yhdenvertaisuuteen lain edessä sekä oikeus yhdenvertaiseen lainsuojaan ovat kaikki luonteeltaan *jus cogens* -normeja. AIT johtaa tämän tulkinnan siitä tosiasiaista, että merkittävä osa kansainvälisen oikeuden instrumenteista sisältää

<sup>293</sup> Antkowiak – Gonza 2017, s. 40.

<sup>294</sup> “All persons are equal before the law. Consequently, they are entitled, without discrimination, to equal protection of the law.”

<sup>295</sup> Antkowiak – Gonza 2017, s. 32–33.

<sup>296</sup> Ks. Antkowiak – Gonza 2017, s. 49–53; Caballero Ochoa – Aguillar Contreras 2015, s. 93–94.

syrjimättömyys- ja yhdenvertaisuusperiaatteen<sup>297</sup>. Myöhemmin AIT on viitannut syrjimättömyyden ja yhdenvertaisuuden *jus cogens* -luonteeseen muun muassa tapauksissa *YATAMA v. Nicaragua* (23.6.2005) ja *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (24.8.2010)<sup>298</sup>.

AIT on aktiivisesti myös tunnistanut syrjittyjen ryhmien epätasa-arvoon pohjautuvan haavoittuvuuden. AIT on siis kiinnittänyt erityistä huomiota ihmisoikeusloukkauksille alttiisiin ryhmiin. Etnisten vähemmistöjen osalta tällaisia ryhmiä ovat oikeuskäytännössä olleet esimerkiksi alkuperäiskansat ja paperittomat maahanmuuttajat.<sup>299</sup>

#### 4.2.3 Oikeus arvokkaaseen elämään – viva digna

*Fredman* jäsentää todellisen yhdenvertaisuuden käsitteen kolmeen eri elementtiin: (1) lopputuleman yhdenvertaisuuteen, (2) mahdollisuuksien yhdenvertaisuuteen sekä (3) yksilön arvokkuuteen. Kaksi ensiksi mainittua viittaa todellisen yhdenvertaisuuden tavoiteltuihin toteutumistasoihin. Arvokkuudella *Fredman* puolestaan viittaa puolestaan tapauksiin, joissa ihmisiä kohdellaan ihmisarvoa alentavasti. Kohtelu ei välttämättä ole muita ryhmiä huonotasoisempaa, vaan jo perusteeton jaottelu saattaa loukata yksilön arvokkuutta.<sup>300</sup> Yksilön arvokkuuteen perustuu esimerkiksi *separate but equal* -doktriinin todellisen yhdenvertaisuuden vastaisuus. Yksilön arvokkuudella on toisaalta myös aineellisempi muoto. Tämä lähestymistapa pyrkii ehkäisemään ihmisryhmien äärimmäistä eriarvoisuutta turvaamalla ihmisen itseisarvon.<sup>301</sup>

Aineellinen jäsenys yksilön itseisarvosta on ollut keskeinen AIT sosioekonomisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen liittyvissä tapauksissa. Tuomioistuin on kehittänyt oikeuskäytännössään viva digna -doktriinia, joka on edellyttänyt valtiolta positiivisia toimia alkuperäiskansojen sosioekonomisen aseman parantamiseksi. Doktriinin juridinen perusta on AIS:n 4 (1) artiklan oikeus elämään<sup>302</sup>, mitä

<sup>297</sup> *Neuvoa-antava mielipide OC-18/03 (Juridical Conditions & Rights of the Undocumented Migrants)*, 17.9.2003, kohdat 86 ja 101. Yleisesti ottaen AIT on pyrkinyt aktiivisesti tunnistamaan *jus cogens* -tasoiset normit ihmisoikeussopimuksissa. Tähän on vaikuttanut etenkin tuomari *Cançado Trindaden* näkemykset. *Jus cogens* -normeista Amerikan ihmisoikeussopimuksista: ks. tarkemmin *Contreras-Garduno – Alvarez-Rio* 2013, s. 121–124.

<sup>298</sup> Ks. *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohdat 184–185 ja *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohta 269.

<sup>299</sup> Ks. tarkemmin *Sijniensky* 2014, s. 266–267.

<sup>300</sup> Ks. *Fredman* 2016 a, s. 718–722.

<sup>301</sup> Ks. *O’Connell* 2008, s. 274–275.

<sup>302</sup> ”Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life.” Lisäksi artiklassa on myös viisi muuta kohtaa. Ne sääntelevät kuolemanrangaistuksen sääntelevät kitkemistä rikosjärjestelmistä. Muut kohdat ovat siten luonteeltaan varsin yksityiskohtaisia.

tuomioistuin on soveltanut yksilön arvokkuuden turvaamisen perusteena. Käytännössä elämän käsitteen tulkinnanvaraisuus on mahdollistanut myös artiklasta kumpuavien positiivisten oikeuksien kehityksen<sup>303</sup>. Oleellinen on myös AIS:n 26 artikla, joka edellyttää, että valtiot tavoittelevat TSS-oikeuksien progressiivista kehitystä<sup>304</sup>. Kyseinen artikla on siten eräänlainen portti TSS-oikeuksiin. Sen sijaan 1 (1) artiklan syrjimättömyys ja 24 artiklan oikeus yhdenvertaisuuteen lain edessä on tullut osaksi tuomioistuimen *viva digna* -doktriinin argumentaatiota vasta doktriinin vakiinnuttua.

AIT tarkastelee ensimmäistä kertaa AIS:n 4 (1) artiklaa arvokkaan elämän kannalta *Yakye Axa* -tapauksessa<sup>305</sup>. Kyseisessä tapauksessa oli siis kyse alkuperäiskansayhteisöstä, joka odotti maaomistusriidan ratkaisua. Odotusajan yhteisö asutti läheistä aluetta, joka ei soveltunut yhteisön perinteisten elämäntapojen harjoittamiseen. Kantajat katsoivat valtion loukkauksen oikeutta elämään, koska se ei pystynyt järjestämään yhteisölle riittävää ruoka- ja terveydenhuoltoa. Ratkaisussa AIT katsoo, että epäinhimilliset elinolosuhteet aiheuttivat 4 (1) artiklan loukkauksen<sup>306</sup>. Valtiota syytettiin myös 4 (1) artiklan loukkauksesta myös yhteisössä aiheutuneiden luonnollisten kuolemien osalta. Näistä tuomioistuin ei kuitenkaan katsonut valtion olevan suoraan vastuussa, eikä siksi löytänyt artiklan loukkausta tältä osin<sup>307</sup>.

AIT:n argumentit heijastavat käsitystä todellisesta yhdenvertaisuudesta. Tuomioistuin nimittäin vahvistaa valtioilla olevan positiivinen velvoite luoda olosuhteet arvokkaan elämän toteutumiseksi etenkin silloin, kun yksilöt ovat haavoittuvassa asemassa tai muutoin uhattuna<sup>308</sup>. Tuomioistuimen tulkinta arvokkaan elämän sisällöstä on kuitenkin *Yakye Axa* -ratkaisussa vielä varsin minimalistinen: AIT tarkastelee kolmea elementtiä, joiden on toteuduttava, jotta elämä on tuomioistuimen tarkoittamassa mielessä arvokasta. Sen mukaan käsitteeseen liittyy oikeus terveyteen, oikeus ravintoon ja oikeus puhtaaseen veteen.<sup>309</sup> Tuomioistuimen argumentointi nojaa tältä osin YK:n TSS-komitean näkemykseen alkuperäiskansojen TSS-oikeuksien täysimääräisestä toteuttamisesta<sup>310</sup>.

---

<sup>303</sup> Harrington 2013, s. 318.

<sup>304</sup> ”The States Parties undertake to adopt measures, both internally and through international cooperation, especially those of an economic and technical nature, with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires.”

<sup>305</sup> AIT kiinnitti huomiota jo *Awasi Tingni* -tapauksessa mahdolliseen 4 artiklan loukkaukseen, mutta kyseisessä tapauksessa se ei lopulta katsonut tarpeelliseksi tarkastella artiklaa erikseen. Ks. *Mayagna (Sumo) Awasi Tingni Community v. Nicaragua*, 31.8.2001, kohdat 156–157.

<sup>306</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohta 176.

<sup>307</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 177–178.

<sup>308</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohta 162.

<sup>309</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohta 167.

<sup>310</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 166–167.

Merkittävää ratkaisussa on myös tapa, jolla AIT kiinnittää huomiota yhteisön sisäisiin haavoittuviin ryhmiin. Tuomioistuin nimittäin katsoo, että valtiot ovat velvollisia turvaamaan aktiivisin keinoin erityisesti yhteisön lasten ja vanhusten elinolosuhteet. AIT:n mukaan valtion täytyy toimia lasten oikeuksien toteutumisen viimekätisenä turvaajana. Valtion on myös pyrittävä turvaamaan vanhusten toimintakyky ja varmistettava, että sairaat vanhukset saavat tarvitsemansa hoidon.<sup>311</sup>

Arvokkaan elämän käsitteen sisältö ja siitä aiheutuvat positiiviset toimintavelvoitteet tarkentuvat vuotta myöhemmin annetussa *Sawhoyamaxa* -ratkaisussa, jossa alkuperäiskansan elinolosuhteet olivat *Yakye Axa* -tapauksen tapaan rajoitetut. Ratkaisussa ilmenee selvästi EIT:n vaikutus. AIT nimittäin korostaa omaan oikeuskäytäntöön ja EIT:n argumentaatioon tapauksessa *Nachova ja muut v. Bulgaria* (6.7.2005) perustaen ensinäkin sitä, että oikeus elämään on perustavanlaatuisen ihmisoikeus, koska ilman sen toteutumista yksilö ei voi nauttia muistakaan sille kuuluvista oikeuksista<sup>312</sup>. Tämän jälkeen tuomioistuin muistuttaa, että valtioilla on velvollisuus turvata ihmisoikeuksien täysimääräinen käytännön toteutuminen, minkä vuoksi valtioiden on ryhdyttävä tarvittaviin toimiin myös elämän suojelemiseksi ja säilyttämiseksi. Näitä argumentteja AIT tukee viittaamalla EIT:n *Lee v. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (9.6.1998) -ratkaisuun<sup>313</sup>.

Merkittävin vaikute on kuitenkin se, että AIT soveltaa EIT:n *Osman v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.10.1998, jälj. *Osman*) -ratkaisussa ensimmäistä kertaa käyttämään kolmivaiheista testiä valtion vastuun selvittämiseksi. Testin ensimmäinen vaihe muodostuu sen arvioimisesta, onko valtiolla ollut tilanteessa velvoite estää loukkaus. Valtion positiivisten velvoitteiden syntyminen edellyttää, että henkeä kohtaan on kohdistunut aito ja välitön uhka, ja valtio on tiennyt tai sen olisi pitänyt tietää uhkan olemassa olost. Toisessa vaiheessa arvioidaan valtion positiivisten velvoitteiden laajuutta ja sisältöä. Viimeisessä vaiheessa puolestaan arvioidaan sitä, ovatko valtion toimet olleet riittäviä suhteessa edellytettyjen velvoitteiden sisältöön suhteutettuna<sup>314</sup>. AIT viittaa *Osman*-ratkaisun lisäksi EIT:n argumentteihin tapauksissa *Kiliç v. Turkki* (28.3.2000) ja *Öneryildiz v. Turkki* (30.11.2004).

Seuraavaksi AIT siirtyy arvioimaan *Osman*-testin sovellettavuutta kyseisessä tapauksessa. Tuomioistuin katsoo kiistattomaksi sen, että valtio tiesi yhteisön olosuhteista. Tietoisuuden puolesta puhuivat

<sup>311</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 172–175.

<sup>312</sup> *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 150. *Nachova ja muut v. Bulgaria* (6.7.2005) tapauksessa oli kyse kahden romanivähemmistöön kuuluneen sotilaan taposta poliisin voimankäytön seurauksena.

<sup>313</sup> *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 152.

<sup>314</sup> Ks. *Ebert – Sijniensky* 2015, s. 347–348.

muun muassa keinot, joilla valtio oli tukenut yhteisön elinolosuhteita.<sup>315</sup> Nämä keinot olivat tuomioistuimen mukaan kuitenkin riittämättömiä. AIT edellyttää valtioilta varsin konkreettisia toimia, sillä Paraguayn lainsäädäntö esimerkiksi turvaa alkuperäiskansoille oikeuden maksuttomaan terveydenhuoltoon. Pelkkä lainsäädännöllinen menettely ei ole AIT:n mukaan riittävä, koska yhteisön eristäytyneisyys on käytännössä estänyt oikeudesta nauttimisen.<sup>316</sup> Myöskään valtion toimittamat ruoka-, lääke- ja koulunkäyntimateriaaliavustukset eivät olleet riittäviä, koska avustuksia oli toimitettu liian harvoin<sup>317</sup>. – Tuomioistuin kiinnittää jälleen myös erityistä huomiota yhteisön sisäisiin haavoittuviin ryhmiin ja toistaa, että valtion täytyy aktiivisin keinoin turvata näiden ryhmien elinolosuhteet.<sup>318</sup>

Lopulta AIT löytää AIS:n 4 (1) artiklan loukkauksen, koska valtio ei ollut suoriutunut kaikista arvokkaan elämän edellyttämistä positiivisista velvoitteista. *Osman*-testin hyödyntämisen lisäksi uutuus suhteessa *Yakye Axa* -ratkaisuun on myös se, että ihmisoikeustuomioistuin katsoo valtion olevan myös suoraan vastuussa myös niistä kuolemista, joiden se katsoi aiheutuneen terveyden huollon riittämättömyydestä<sup>319</sup>. Vielä *Yakye Axa* -ratkaisussa valtio ei ollut suoraan vastuussa kuolemista, vaikka tapausten olosuhteet olivat lähes identtiset<sup>320</sup>.

Olosuhteiltaan edeltäviin tapauksiin verrattavissa olevassa *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (24.8.2010) -tapauksessa AIT jatkaa *Osman*-testin hyödyntämistä. Tuomioistuin jatkaa myös arvokkaan elämän käsitteen kehittämistä. Uutta ratkaisussa on se, että AIT lähestyy viva digna -doktriinin eri elementtejä aikaisempaa systemaattisemmin. Tuomioistuin nimittäin tarkastelee erikseen jokaisen arvokkaan elämän elementin toteutumista ja arvioi yksityiskohtaisesti, onko valtio tehnyt tarvittavat toimet näiden elementtien turvaamiseksi. AIT:n viva digna -doktriini myös irtautuu aikaisempaa selkeämmin minimalistisesta elämän perusedellytysten tulkinnasta liittämällä yhdeksi arvokkaan elämän edellytykseksi oikeuden koulutukseen.

Ensin AIT tarkastelee oikeutta veteen, riittävään ravintoon ja terveydenhuoltoon. Tuomioistuin havainnoi, että henkilöä kohti arvioituna yhteisöllä ei ole ollut riittävästi käyttökelpoista vettä. Tuomioistuimelle esitettyjen laskelmien mukaan yhteisöllä oli käytettävissä 2,5 litraa päivässä henkilöä kohden. AIT tulkitsee vähimmäispäivätarpeeksi 7,5 litraa henkilöä kohden. Tältä osin se soveltaa TSS-komitean ja WHO:n asettamaa standardia. Tuomioistuin tosin tulkitsee WHO:n dokumenttia väärin,

<sup>315</sup> *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohdat 156–159.

<sup>316</sup> *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 167.

<sup>317</sup> *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 170.

<sup>318</sup> *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 177.

<sup>319</sup> *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 178–180.

<sup>320</sup> Ks. *Ebert – Sijniensky* 2015, 361–362.



sillä WHO on katsonut 7,5 litraa olevan tarpeeksi yhden henkilön juoma- ja ruuanlaittotarpeisiin. Se ei siis ole riittävä hygieniasta huolehtimiseen.<sup>321</sup> Ravitsemuksen osalta AIT puolestaan katsoo, että vaikka valtio oli toimittanut yhteisölle ruoka-avustuksia, ne eivät ole olleet riittäviä positiivisten velvoitteiden täyttämiseksi. Valtio ei ollut myöskään riittävästi tukenut yhteisön omaa ruuanhankintaa.<sup>322</sup> Oikeutta terveydenhuoltoon AIT arvio jälleen terveyspalveluiden käytännön toteuttamisen kannalta. Sillä, että valtion perustuslaki sisälsi oikeuden ilmaiseen terveydenhuoltoon ei siis ollut merkitystä, koska terveyspalvelut olivat saavuttamattomissa. Tuomioistuimen mukaan valtion olisi tullut joko järjestää yhteisön jäsenille pääsy terveydenhuollon palveluihin käytännössä tai järjestää aktiivisemmin yhteisöä tukevia terveyspalveluja sen olinpaikassa.<sup>323</sup>

Erityisen mielenkiintoisen ratkaisusta tekee se, että AIT tarkastelee oikeutta peruskoulukseen yhtenä arvokkaan elämän edellytyksistä.<sup>324</sup> Tässä yhteydessä AIT viittaa ILO 169 -sopimuksen 27 (1) artiklaan katsoessaan, että valtion tulee järjestää alkuperäiskansoille peruskoulutusta, joka kunnioittaa näiden etnokulttuurillista taustaa. Lisäksi AIT viittaa TTS-komitean näkemykseen vahvistaessaan, että valtiolla on velvollisuus aktiivisin toimenpitein varmistaa, että alkuperäiskansalle annettu koulutus ei ole ristiriidassa alkuperäiskansan kulttuurillisten lähtökohtien kanssa.<sup>325</sup> AIT huomioi, että valtio oli pyrkinyt turvaamaan mahdollisuuden käydä peruskoulua. Tuomioistuimen mukaan valtion toimet eivät kuitenkaan olleet riittäviä myöskään koulutuselementin osalta.

Huomionarvoista *Xákmok Kásek* -tapauksessa on myös se, että AIS:n 1 (1) artikla saa ratkaisussa itsenäistä sisältöä AIT:n tarkastellessa sitä muista artikloista erillisesti. AIT viittaa ensinäkin syrjimättömyyden *jus cogens* -luonteeseen<sup>326</sup>. Tuomioistuin ei tarkoita vain passiivista syrjinnästä pidättäytymistä, vaan se edellyttää valtioilta aktiivista roolia todellisen yhdenvertaisuuden edistämiseksi. AIT nimittäin katsoo, että valtioiden tulee huomioida alkuperäiskansojen sosioekonomiset olosuhteet, haavoittuva asema ja kulttuuriin liittyvät elementit. Tähän liittyen AIT katsoo, että valtiolla on positiivinen velvoite ryhtyä toimiin, joilla pyritään kumoamaan yhteiskunnassa alkuperäiskansoja kohtaan ilmenevää järjestelmällistä syrjintää. Tuomioistuimen mukaan *Xákmok Kásek* -tapaus ilmentää kokonaisuudessaan käytännössä ilmenevää syrjintää, jota kyseessä oleva alkuperäiskansa on joutunut kohtaamaan.<sup>327</sup>

<sup>321</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* 24.8.2010, kohdat 194–196. Vähimmäisstandardi kaikkiin käyttö-tarkoituksiin on 50 litraa päivässä. Ks. *Murillo Chávarro* 2014, s. 57–58.

<sup>322</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohdat 197–202.

<sup>323</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohdat 203–208.

<sup>324</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohdat 209–213.

<sup>325</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohta 211.

<sup>326</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohta 269.

<sup>327</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohdat 270–275.

### 4.3 Sosioekonominen yhdenvertaisuus EIT:n oikeuskäytännössä

#### 4.3.1 Syrjinnän kieltö Euroopan ihmisoikeussopimuksessa

EIS:n 14 artiklan mukaan: ”Tässä yleissopimuksessa tunnustetuista oikeuksista ja vapauksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää”. Kuten artiklan sanamuodosta käy ilmi, artiklassa kielletyn syrjinnän peruste on kirjoitettu avoimeen muotoon. Artiklan soveltamisala kuitenkin rajautuu EIS:n sisältämiin oikeuksiin. Soveltaminen siis edellyttää, että syrjivä kohtelu kuuluu jonkun sopimuksessa turvatun oikeuden soveltamisalan kattamalle alueella. Artikla kuitenkin sikäli autonominen, että sen soveltaminen ei edellytä tapauksen kontekstiin liittyvän artiklan loukkaamista syrjintänäkökulmasta riippumattomasti.<sup>328</sup>

Myöhemmin EIS:sta on päivitetty myös toisella syrjinnän kieltöä koskevalla artiklalla. Vuonna 2000 avattiin allekirjoitettavaksi EIS:n 12. lisäpöytäkirja, jonka tarkoituksena on syrjinnän kiellon laajentaminen yleisluontoiseksi normiksi<sup>329</sup>. 12 LPK 1 artiklan mukaan: ”1. *Laissa tunnustetuista oikeuksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.* 2. *Ketään ei saa syrjiä viranomaistoiminnassa 1 kappaleessa tarkoitetuilla perusteilla.*

Lisäpöytäkirjan sisältöä selittävän raportin mukaan artikla on sovellettavissa neljään eri kategoriaan kuuluvissa tapauksissa. Sen mukaan artiklaa voidaan soveltaa (1) syrjintään yksilöille laissa nimenomaisesti turvatun oikeuden nauttimisessa, (2) syrjintään kansallisessa laissa viranomaisille asetetuista selvistä velvollisuuksista johdettavien yksilön oikeuksien nauttimisessa (3) syrjintään harkinnanvaraisessa viranomaistoiminnassa, ja (4) syrjintään viranomaistoiminnan muunlaisesta toiminnassa tai toiminnan laiminlyönnistä johtuvissa tapauksissa. Esimerkkinä viimeksi mainitusta raportti mainitsee järjestyksenvalvonnasta vastaavien viranomaisten käytös mellakkaa taltuttaessa.<sup>330</sup>

<sup>328</sup> Ks. Pellonpää et al. 2012, s. 809–812.

<sup>329</sup> EN: Explanatory report to the protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms, kohta 10. Lisäpöytäkirjan ratifiointi ei kuitenkaan edennyt toivotulla tavalla, sillä kuluneen 17 vuoden aikana lisäpöytäkirjan on ratifioinut vain 19 jäsenvaltiota. Ks. *Council of Europe – Treaty office Chart of signatures and ratifications of Treaty 177: Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

<sup>330</sup> EN: Explanatory report to the protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms, kohta 22.

EIS:n 12 LPK 1 artikla on siis EIS:n muusta sisällöstä riippumaton. Se vastaa laajan sovellettavuuden osalta AIS:n 24 artiklaa sekä KP-sopimuksen 26 artiklaa. Kyseiset artiklat kuitenkin viittaavat myös yhdenvertaisuuteen, kun taas EIS:n 12 LPK 1 artikla viittaa syrjimättömyyteen. Syrjimättömyyden ja yhdenvertaisuuden suhde on läheinen. Nähdäkseni viittaus yhdenvertaisuuteen luo kuitenkin aktiivisemman mandaatin pyrkiä kohti todellista yhdenvertaisuutta: EIS:n syrjimättömyysartiklojen kirjoitusasu viittaa pikemminkin olla passiiviseen syrjinnästä pidättäytymiseen.

#### 4.3.2 Keskeiset soveltamislähtökohdat

EIT on aikaisemmin painottanut formaalia käsitystä yhdenvertaisuudesta, jonka mukaan samassa tilanteessa olevia on kohdeltava samalla tavalla<sup>331</sup>. Tuomioistuin ei aikaisemmassa oikeuskäytännössä pyrkinyt aktiivisesti tunnistamaan esimerkiksi epäsuoraa syrjintää<sup>332</sup>. Lisäksi EIT antoi aikaisemmin valtioille tyypillisesti laajan harkintamarginaalin eriävän kohtelun tarkoituksenmukaisuuden ja legitimitetin suhteen<sup>333</sup>.

2000-luvulta alkaen ihmisoikeustuomioistuin kuitenkin alkoi suhtautua syrjivän kohtelun tunnistamiseen järjestelmällisemmin. EIT:n syrjinnän kieltoon liittyvä oikeuskäytäntö onkin kehittynyt hiljalleen kohti todellisen yhdenvertaisuuden toteutumisen huomioimista. Merkittävänä käänteenä on pidetty etenkin *Thlimmenos v. Kreikka* (6.4.2000, jälj. *Thlimmenos*) -ratkaisua. Ratkaisussa EIT nimittäin katsoo, että 14 artiklan loukkaus voi aiheutua myös silloin, kun valtio ei ilman objektiivista ja kohtuullisia perusteita kohtele huomattavan eri tilanteissa olevia henkilöitä eri tavoilla<sup>334</sup>. *Thlimmenos*-tapauksen argumentit eivät tosin aivan heti vakiintuneet oikeuskäytännössä, vaan esimerkiksi vuotta myöhemmässä *Chapman*-ratkaisussa suuren jaoston enemmistö katsoo, että olisi muuta väestöä kohtaan syrjivää sallia romanivähemmistöön kuuluvien henkilöiden asuminen puolinomadistisissa asumuksissa ilman asianmukaisia kaavoituslupia<sup>335</sup>.

Joka tapauksessa EIT on tunnistanut todellisen yhdenvertaisuuden keskeisen edellytyksen erilaisissa tilanteissa olevien ihmisten erilaisesta kohtelusta. Tutkimuksessa on jo aikaisemmin sivuttu EIT:n haavoittuvuusdoktriinia, joka on syrjityssä asemassa olevien tahojen tunnistamisen osalta tukenut todelliseen yhdenvertaisuuteen tähtäävää oikeuskäytäntöä. AIT:n haavoittuvuusdoktriinin tavoin,

<sup>331</sup> Fredman 2016 b, s. 7.

<sup>332</sup> Ks. O'Connell 2009, s. 212–214.

<sup>333</sup> Ks. Henrard 2008, s. 317–318.

<sup>334</sup> *Thlimmenos v. Kreikka*, 6.4.2000, kohta 47. Tapauksessa uskonnolliseen vähemmistöön kuuluva valittaja oli saanut vankeusrangaistuksen kieltäytyttyään vakaumuksensa vuoksi pakollisesta asepalveluksesta. Vankeusrangaistus esti myöhemmin valittajaa saamasta tilintarkastajan lisenssiä.

<sup>335</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohta 95.

EIT:n doktriini tukee todellisen yhdenvertaisuuden toteutumista tarkastelemalla haavoittuvassa sosioekonomisessa asemassa olevan valittajan kohtaaman syrjintää erityisellä suurennuslasilla<sup>336</sup>. Kansallisten vähemmistöjen osalta erityisesti Euroopan romanivähemmistöt ovat saaneet tuomioistuimen oikeuskäytännössä aseman haavoittuvina ryhminä. Kyseisten vähemmistöjen erityisasema tuomioistuimen oikeuskäytännössä kumpuaa sosioekonomisen aseman ja kulttuurillisen eroavaisuuden lisäksi myös siitä, että eurooppalaisessa kansainvälisessä oikeudessa on aktiivisesti pyritty ehkäisemään näiden vähemmistöjen kohtaamaa sosioekonomista syrjintää<sup>337</sup>.

#### 4.3.3 Kohti todellista yhdenvertaisuutta koulujärjestelmissä

Pyrkimystä todelliseen sosioekonomiseen yhdenvertaisuuteen kuvastavat etenkin EIT:n koululaitoksissa tapahtuvaan syrjintään liittyvät ratkaisut. Näissä tapauksissa EIS:n 14 artiklaa on tarkasteltu EIS:n 1 LPK 2 artiklan kanssa, jonka mukaan ”*Keneltäkään ei saa kieltää oikeutta koulutukseen. Hoitaessaan kasvatuksen ja opetuksen alalla omaksumiaan tehtäviä valtion tulee kunnioittaa vähempien oikeutta varmistaa lapsilleen heidän omien uskonnollisten ja aatteellisten vakaumustensa mukainen kasvatus ja opetus*”. Sopimusmääräys ei velvoita valtiota tietynlaisen tai tietyn tasoisen koulutuksen järjestämiseen. Sen sijaan se turvaa jokaiselle yhdenvertaisen oikeuden päästä osalliseksi olemassa olevista koulutusmahdollisuuksista.<sup>338</sup> Siten se on jo itsessään syrjimättömyysnormi.

EIT on tunnistanut ratkaisuisaan erityisesti romanivähemmistöjen kohtaaman epäsuoran syrjinnän koululaitoksissa. Erityisesti *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta* (13.11.2007. jälj. *D. H.*) -tapaus on merkittävä virstanpylväs. Kyseinen ratkaisu on olennainen ensinäkin siksi, että EIT ensimmäistä kertaa selkeästi tuomitsee epäsuoran syrjinnän. Ratkaisu myös osoittaa, että kun menettelyllä on käytännössä syrjivä vaikutus, on epäolennaista onko se tarkoitettu syrjiväksi vai ei<sup>339</sup>. Lisäksi ihmisoikeustuomioistuin tarkastelee ratkaisussa korostetusti romanivähemmistön valtionlaajuisesti kohtaamaa rakenteellista syrjintää yksittäisten valittajien kohtaaman syrjinnän tarkastelun sijaan. EIT myös katsoo, että positiiviset toimet vähemmistön sosioekonomisen aseman parantamiseksi ovat suotavia, kunhan keinot vastaavat tavoiteltua päämäärää.<sup>340</sup>

*D. H.* -tapauksessa oli kyse romaniväestöön kuuluvien lasten suhteettomasta yliedustuksesta oppimisvaikeuksista kärsiville lapsille tarkoitetuissa erityiskouluissa. Aikaisemmassa jaoston ratkaisussa

<sup>336</sup> Ks. *Peroni – Timmer* 2013, s. 180–182.

<sup>337</sup> Ks. tarkemmin *Ahmed* 2015, s. 142–147.

<sup>338</sup> *Pellonpää et al.* 2012, s. 877–878.

<sup>339</sup> *Devroye* 2009, s. 80.

<sup>340</sup> Ks. *Nikolaidis* 2015, s. 76–77.

tuomioistuin ei katsonut valtion loukanneen ihmisoikeussopimusta, koska valtion lainsäädäntö ei itsessään tehnyt eroa etnisten ryhmien välillä. Lisäksi jaoston mukaan lasten erityisopetukseen asettamiselle oli olemassa riittävät objektiiviset perusteet. Jaosto kiinnitti huomiota myös siihen, että valittajat tai näiden vanhemmat eivät olleet riitauttaneet oppimisvaikeustestien tuloksia, joiden perusteella lapset oli siirretty erityiskouluihin.<sup>341</sup>

Suuren jaoston edessä valittajat vetosivat erityisesti siihen, että jaosto ei ollut huomionnut ratkaisussa ECRI:n ja EN:n vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvovan neuvoa-antavan komitean raportteja, jotka osoittavat rasististen asenteiden yleisyyden Tšekin tasavallan koulujärjestelmässä<sup>342</sup>. Vastajahallitus puolestaan vetosi etenkin tarpeeseen muokata opetusjärjestelmä erityismenettelyä tarvitsevien lasten kapasiteettitasoa vastaavaksi. Hallituksen mukaan erityistarpeiden selvittäminen perustui objektiivisten psykologisilla testeillä osoitettuihin älykkyystuloksiin, eivätkä ne siksi olleet syrjiviä tiettyä vähemmistöä kohtaan.<sup>343</sup>

EU-oikeuden vaikutus suuren jaoston ratkaisuun on merkittävä. EIT havainnoi, että Euroopan unionin neuvoston syrjintädirektiivi<sup>344</sup> ja todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa annettu direktiivi<sup>345</sup> mahdollistavat epäsuoran syrjinnän osoittamisen tilastollisella todistusaineistolla. Tässä yhteydessä EIT huomioi myös EUT:n oikeuskäytännön, jossa se on hyväksynyt kantajien vetoamisen tilastolliseen todistusaineistoon silloin, kun aineisto on luotettava ja merkittävä.<sup>346</sup> *D. H.*-ratkaisussa EIT katsookin, että valittajan esittämä tilastollinen todistusaineisto on riittävän vahva synnyttääkseen epäilyn epäsuorasta syrjinnästä. Siksi todistustaakka kääntyi tapauksessa valtiolle<sup>347</sup>.

Ensisilmäyksellä valtion vasta-argumentit vaikuttavat todelliseen yhdenvertaisuuteen tähtääviltä legitimeiltä toimilta. Erityiskoulut olivat kuitenkin, tukevan opetuksen sijaan, opetuksellisesti selkeästi yleisiä kouluja vaatimattomampia, mikä on ristiriidassa romanivähemmistön edellyttämien tarpeiden kanssa.<sup>348</sup> Tähän ristiriitaan tuomioistuin myös tarttuu. Se kyllä hyväksyy pyrkimyksen räätälöidä opetusohjelma oppilaiden erityistarpeita vastaavaksi. EIT on kuitenkin tyytymätön erityiskoulujen

<sup>341</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 125–126.

<sup>342</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 41, 66 ja 133–134. Raporttien mukaan valituksen jättämisen aikaan Ostravan alueella alle 2 %:a kaikista lapsista siirrettiin erityisopetukseen. Romaniväestöön kuuluvien lapsista yli puolet siirrettiin erityisopetukseen.

<sup>343</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 150–154.

<sup>344</sup> Neuvoston direktiivi 2000/43/EY rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta. Julkaistu virallisessa lehdessä 19.17.2000.

<sup>345</sup> Neuvoston direktiivi 97/80/EY todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa (ei enää voimassa). Julkaistu virallisessa lehdessä 20.1.1998.

<sup>346</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 82–83, 88–89 ja 187. Tuomioistuin viittaa EU-tuomioistuimen ratkaisemiin sukupuolten välistä syrjintää koskeneisiin ratkaisuihin.

<sup>347</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohta 195.

<sup>348</sup> *Fredman* 2016 b, s. 16.

vaatimattomiin tavoitteisiin ja järjestelmän aiheuttamaan sosiaaliseen segregatioon. EIT:n mukaan sovelletut psykologiset testit eivät ole riittävä objektiivinen peruste, koska niissä ei huomioitu romanivähemmistön kulttuurillisia eroja. Tässä yhteydessä tuomioistuin viittaa EN:n kansallisten vähemmistöjen suojelua valvovan neuvoa-antavan komitean, ECRI:n ja EN:n ihmisoikeuskomissaarin raporteihin, joissa kyseisten testien soveltumattomuus on todettu.<sup>349</sup>

Suuri jaosto ei myöskään pitänyt pätevänä hallituksen esittämää argumenttia, jonka mukaan lasten vanhemmat olisivat yksiselitteisesti luopuneet EIS:ssa turvatusta oikeudesta suostuessaan lastensa erityiskouluun sijoittamiseen. Tältä osin EIT:n haavoittuvuusdoktriini korostuu: Suuren jaoston mukaan kyseisestä oikeudesta luopuminen edellyttää vanhempien täyttä tietämystä ja ymmärrystä asiaan liittyvistä tosiseikoista sekä selkeää suostumusta. Tuomioistuin kiinnittää huomiota siihen, että lasten vanhemmat kuuluvat syrjittyyn ja huonosti koulutettuun vähemmistöön, eivätkä he ole välttämättä kykeneväisiä punnitsemaan päätösten aiheuttamia seurauksia.<sup>350</sup> – Lopulta suuri jaosto löysi ihmisoikeussopimuksen loukkauksen äänin 13–4.

*D. H. ja muut* -tapaus on ennen kaikkea *European Roma Rights Center* -kansalaisjärjestön täsmäisku, sillä se toimi prosessin käynnistäjänä sekä valittajien etujen ajajana. Romanivähemmistö kärsii segregatiosta useissa Euroopan maissa, minkä vuoksi järjestö olisi voinut haastaa myös jonkun toisen valtion syrjivän käytännön. Kohdemaaksi valikoitui kuitenkin Tšekin tasavalta ennen kaikkea siksi, että se oli segregatiota harjoittavista maista taloudellisesti edistynein.<sup>351</sup> Myös useat muut ihmisoikeusjärjestöt tekevät ratkaisussa kolmansien osapuolten väliintulon. Tapaus sisältää jopa kymmenen eri kansalaisjärjestön lausumat valittajien argumenttien puolesta.<sup>352</sup> Kansalaisjärjestöjen paine on epäilemättä edesauttanut tuomioistuimen alttiutta kääntää todistustaakka ja ottaa ihmisoikeussopimuksia valvovien elinten tuottama tilastotieto vakavasti. – Muutenkin asiaan liittyvinä normeina on esitelty runsaasti kansainvälisoikeudellisia normeja ja suosituksia<sup>353</sup>. Esillä ovat myös asiaan suoraanaisesti liittymättömät Yhdistyneen kuningaskunnan parlamentin ylähuoneen ja Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden ratkaisut, joissa kyseiset oikeusasteet ovat löytäneet epäsuoraa syrjintää.<sup>354</sup> Sinällään ratkaisu kuvastaa siis myös perusoikeusargumentoinnin vuorovaikutusta.

<sup>349</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 198–201.

<sup>350</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 202–204. Tämän johdosta ratkaisu sai myös kritiikkiä enemmistön alentavasta suhtautumisesta romaniväestöön. Ks. tuomari *Borrego Borregon* eriävä mielipide kohdat 10–15.

<sup>351</sup> Ks. tarkemmin *Ignăţoiu-Sora* 2011, s. 1074–1075.

<sup>352</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 161–174. Kolmansina osapuolina olivat Intersight, Human Rights Watch, Minority Rights Group International, the European Network Against Racism, the European Roma Information Office, International Step by Step Association, the Roma Education fund, the European Early Childhood Education Research Association ja International Federation for Human Rights.

<sup>353</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 54–102.

<sup>354</sup> *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdat 105–107.

Kuten mainittu, romanivähemmistön kohtaama epäsuora syrjintä Euroopan koulujärjestelmissä on melko yleistä. Tätä taustaa vasten ei olekaan yllättävää, että myöhemmin EIT:n ratkaistavaksi on tullut myös muita tapauksia, joissa oppilaiden erottelun perusteet on kyseenalaistettu. Erityisesti Kreikan koulujärjestelmä on joutunut EIT:n oikeuskäytännössä kyseenalaiseen valoon. Tapauksessa *Sampanis ja muut v. Kreikka* (5.7.2008) EIT katsoi, että myös yleisten koulujen sisällä tapahtuva romanilasten erottelu eri rinnakkaisluokille ilman objektiivisia perusteita on yleissopimuksen vastaista. Ratkaisua ei kuitenkaan toimeenpantu valtiossa, vaan erotteleva menettely jatkui.<sup>355</sup> Tämä poiki myöhemmin *Sampani ja muut v. Kreikka* (11.12.2012) -ratkaisun, jossa kantajana oli jopa 140 romanivähemmistöön kuuluvaa oppilasta. Kreikkaa koski myös selvästi 1 LPK 2 artiklaa loukkaava tapaus *Lavida ja muut v. Kreikka* (30.3.2013), jossa romanivähemmistöön kuuluvat oppilaat oli keskitetty yhteen koululaitokseen oppilaiden asuinpaikan sijainnista riippumatta.

Suuri jaosto otti kantaa epäsuoraan syrjintään koulujärjestelmissä seuraavan kerran tapauksessa *Oršuš ja muut v. Kroatia* (16.3.2010, jälj. *Oršuš*). Tapauksessa valittajana olleet 15 romanioppilasta opiskelivat tavanomaisissa peruskouluissa. Heidät oli kuitenkin sijoitettu vain romanioppilaista koostuville luokille. Järjestely oli käytössä kahdessa erillisessä peruskoulussa. Tapausta mutkisti se, että kummassakaan koulussa romanivähemmistöön kuuluvia lapsia ei asetettu poikkeuksetta eri luokille, vaan osa romanioppilaista opiskeli sekaluokissa.<sup>356</sup> Aikaisemmassa jaoston ratkaisussa tuomioistuin hyväksyi valtion argumentin, jonka mukaan oppilaat oli asetettu erillisille luokille, koska heillä ei ollut tarvittavia kroaatin kielen valmiuksia opiskella sekaluokissa<sup>357</sup>.

Tapauksessa oli esillä jälleen runsaasti asiaan liittyvää kansainvälisoikeudellista aineistoa<sup>358</sup>. *D. H.* -tapaukseen verrattuna EIT kiinnittää enemmän huomiota YK:n järjestelmään kuuluviin normeihin. Esille on nostettu KP-sopimuksen 26 artiklan ja vähemmistöjen oikeuksien julistuksen 4 artiklan kaltaiset, sinänsä koulutuksenalaan liittymättömät syrjimättömyysnormit.<sup>359</sup> Ratkaisun kannalta merkittävimpiä olivat kuitenkin jälleen eri ihmisoikeuksien valvontaorganien suositukset ja raportit romanivähemmistön asemasta Kroatiassa. Vaikka raportit ja suositukset kuvastivat romanivähemmistön laajamittaista syrjintää yhteiskunnassa, niissä ei ollut tilastotietoa romanilasten laajamittaisesta syrjinnästä perusopetuksen saralla<sup>360</sup>. Ratkaisussa kysymys olikin osittain siitä, riittäisikö yleisluontoi-

<sup>355</sup> *O'Nions* 2015, s. 5.

<sup>356</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohdat 9–17.

<sup>357</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohta 112.

<sup>358</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohdat 65–97.

<sup>359</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohdat 87–97.

<sup>360</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohdat 65–76, 94 ja 152.

nen oletama syrjinnästä kääntämään todistustaakan valtiolle. – Suuri jaosto vastasi tähän myöntävästi. Sen mukaan erityisesti ECRI:n ja EN:n ihmisoikeusvaltuutetun raportoimat rassistiset asenteet kouluympäristöissä ovat riittäviä näyttöjä todistustaakan kääntämiseksi. Siten valtion oli esitettävä erottelulle hyväksyttävä peruste. EIT korostaa, että hyväksyttävän perusteen tulkinnan tulee olla erityisen ankaraa, kun erottelu näyttää perustuvan etnisiin syihin<sup>361</sup>.

EIT ottaa *D. H.* -tapausta aktiivisemmän lähestymistavan todellisen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden tukemisen suhteen. Se nimittäin katsoo, että valtiolla on positiivinen velvoite ryhtyä toimenpiteisiin valittajien kielitaidon parantamiseksi, jotta heidät voidaan mahdollisimman nopeasti integroida osaksi normaalia opetusta<sup>362</sup>. Tuomioistuin kuitenkin yhtyy vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvovan neuvoa-antavan komitean näkemykseen, jonka mukaan oppilaiden erottelu on hyväksyttävää vain silloin, kun sille on äärimmäinen tarve ja käytäntö perustuu luonteeltaan pysyvään, objektiiviseen ja kokonaisvaltaiseen testiin<sup>363</sup>. Käytännöt kouluissa eivät läpäisseet näitä kriteerejä: Ensinnäkään koululaisten kielitaidon testaamiselle ei ollut olemassa lainsäädännöllisiä puitteita. Testejä ei oltu myöskään sovellettu muihin vähemmistöryhmiin, eikä testaaminen ollut järjestelmällistä<sup>364</sup>. Myös romaniluokkien opetukselliset tavoitteet olivat ristiriidassa luokkien olemassa olon väitetyn perusteen kanssa: Opetusohjelmassa ei oltu – annetusta kieliopetuksesta huolimatta – erityisesti panostettu kroaatin kielen opetukseen, jotta oppilaat olisivat voineet myöhemmin siirtyä sekaluokille. Romaniluokkien opetussuunnitelma oli myös muutoin arviolta 30 % muita luokkia vaatimattomampi.<sup>365</sup> Suuri jaosto katsoi lopulta valtion loukanneen yleissopimusta äänin 8–9.

Hieman toisesta näkökulmasta romaniväestön kohtaamaa koulutuksellista segregaatiota lähestyttiin toisen jaoston ratkaisussa *Horváth ja Kiss v. Unkari* (29.1.2013, jälj. *Horváth ja Kiss*). Tapauksessa kaksi romanivähemmistöön kuuluvaa aikuista valittajaa katsoi, että heidän oikeuttaan koulutukseen oli loukannut se, että heidät oli peruskouluaikana asetettu erityisluokalle virheellisesti alhaisen älykkyysosamäärään perustuen.

Ratkaisussa EIT huomioi, että romanivähemmistö kärsii merkittävästä käytännössä ilmenevästä syrjinnästä. Tuomioistuin tukeutuu ECRI:n raporttiin, jonka mukaan monet romanivähemmistöön kuuluvat lapset diagnosoidaan oppimishäiriöisiksi väärin perustein, sillä testit eivät huomioi vähemmis-

<sup>361</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohta 157.

<sup>362</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohta 165.

<sup>363</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohta 159.

<sup>364</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohdat 158–162.

<sup>365</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohdat 166–175.



tön kulttuurillisia eroja ja heikkoa sosioekonomista asemaa. Raportin mukaan lievistä oppimishäiriöistä kärsivät romanilapset voitaisiin helposti integroida osaksi normaalia opetusta.<sup>366</sup> Tähän liittyen EIT tekee päätelmän, joka on potentiaalisesti merkittävä askel kohti todellisen yhdenvertaisuuden edellyttämiä positiivisia toimia: se nimittäin katsoo, että valtiolla on positiivinen velvoite välttää aiemmin tapahtuneen ihmisoikeusloukkauksen vaikutuksen jatkuminen<sup>367</sup>. EIT myös katsoo, että väärinsijoittamisten vuoksi vaatimattoman opetuksen saaneet romanivähemmistöön kuuluvat lapset pääsevät epätodennäköisesti pois heikosta sosioekonomisesta asemasta. Tähän liittyen tuomioistuimien katsoo valtiolla olevan laajakantoinen positiivinen velvoite kumota etnisen segregaaation vaikutus. Tuomioistuimen mukaan konkreettinen toimi on esimerkiksi valittajien aktiivinen ja järjestelmällinen osallistaminen sosiaalipalveluiden piiriin. Asianyhteyteen liittyen EIT viittaa EN:n ministerikomitean suositukseen, jonka mukaan kouluihin tulisi järjestää tukijärjestelmiä, jotka mahdollistaisivat romanilasten mahdollisuuksien yhdenvertaisuuden toteutumisen koulujärjestelmissä.<sup>368</sup> Yhdistämällä ministerikomitean suosituksen positiiviseen velvoitteeseen EIT antaa samalla suositukselle imperatiivisemmän sävyn<sup>369</sup>.

Tarkastelluissa ratkaisuissa EIT on selvästi edellyttänyt, että valtioiden tulee pyrkiä kohti todellista yhdenvertaisuuden toteutumista koulujärjestelmissä esimerkiksi järjestämällä kielitaitoon liittyvää tukiopetusta. Samalla se on asettanut valtioiden toteuttamat positiiviset toimet tiukan tarkoituksenmukaisuuden arvioinnin alle. Viimeksi tarkastellut *Horváth ja Kiss* -ratkaisun argumentit puolestaan kuvastavat, että EIT edellyttää valtioiden pyrkivän vähemmistöjen sosioekonomisen aseman kohentamiseen myös koulujärjestelmän ulkopuolella.

---

<sup>366</sup> *Horváth ja Kiss v. Unkari*, 29.1.2013, kohta 115.

<sup>367</sup> *Horváth ja Kiss v. Unkari*, 29.1.2013, kohta 116.

<sup>368</sup> *Horváth ja Kiss v. Unkari*, 29.1.2013, kohdat 104 ja 127. EIT viittaa EN:n ministerikomitean suositukseen no. R(2000)4.

<sup>369</sup> *Broderick* 2015, s. 107.

## 5 VÄHEMMISTÖJEN OSALLISTAMINEN PÄÄTÖKSENTEKOON TUOMIOISTUIN- TEN OIKEUSKÄYTÄNNÖISSÄ

### 5.1 Päätöksentekoon osallistaminen kansainvälisessä oikeudessa

#### 5.1.1 Yleismaailmallisesti sovellettavat normit

Vähemmistöjen osallistamista säännelty YK:n vähemmistöjen oikeuksia koskevassa julistuksessa. Julistuksen 2 artikla sisältää keskeiset periaatteet, joita kunnioittaen valtioiden tulee osallistaa vähemmistöt päätöksentekoon. Julistuksen 2 (2) artikla takaa vähemmistöille oikeuden osallistua tehokkaasti valtion kulttuurilliseen, uskonnolliseen, sosiaaliseen, taloudelliseen ja julkiseen elämään. YK:n vähemmistöihin erikoistuneen työryhmän mukaan päätöksentekoon osallistuminen kuuluu artiklan tarkoittaman julkisen elämän piiriin. Työryhmän mukaan tehokas osallistuminen voidaan saavuttaa esimerkiksi vähemmistöjä edustavien etujärjestöjen avulla.<sup>370</sup> Julistuksen 2 (3) artikla puolestaan edellyttää, että vähemmistöt osallistetaan tehokkaasti päätöksentekoon erityisesti silloin, kun päätökset koskevat vähemmistöjä tai alueita, joissa vähemmistöt elävät<sup>371</sup>. YK:n vähemmistöihin erikoistunut työryhmä suosittaa, että vähemmistöt osallistetaan niitä koskevien päätösten muotoilu-, päätös-, implementointi- ja jälkiseurantavaiheisiin<sup>372</sup>. Lisäksi julistuksen 2(4) artikla turvaa vähemmistöjen yhdistymisvapauden. Sen mukaan vähemmistöihin kuuluvilla henkilöillä on oikeus perustaa ja ylläpitää omia järjestöjä. YK:n vähemmistöihin erikoistunut työryhmä painottaa, että vähemmistöjen yhdistymisvapaus ei saa rajoittua vain kulttuurillisiin, kielellisiin tai uskonnollisiin siteisiin liittyvään yhdistymisvapauteen.<sup>373</sup>

Alkuperäiskansoja koskevat normit osittain poikkeavat vähemmistöjen oikeuksien julistuksen sisällöstä. YK:n alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen keskeinen ero suhteessa vähemmistöjen oikeuksien julistuksen sisältöön liittyy alkuperäiskansojen julistuksen 3 artiklan sisältämään

<sup>370</sup> YK:n vähemmistöihin erikoistunut työryhmä: Commentary Of The Working Group On Minorities To The United Nations Declaration On The Rights Of Persons Belonging To National Or Ethnic, Religious And Linguistic Minorities, 4.4.2005, kohdat 36–37.

<sup>371</sup> ”Persons belonging to minorities have the right to participate effectively in decisions on the national, and where appropriate, regional level concerning the minority to which they belong or the regions in which they live, in a manner not incompatible with national legislation”.

<sup>372</sup> YK:n vähemmistöihin erikoistunut työryhmä: Commentary Of The Working Group On Minorities To The United Nations Declaration On The Rights Of Persons Belonging To National Or Ethnic, Religious And Linguistic Minorities, 4.4.2005, kohta 38.

<sup>373</sup> YK:n vähemmistöihin erikoistunut työryhmä: Commentary Of The Working Group On Minorities To The United Nations Declaration On The Rights Of Persons Belonging To National Or Ethnic, Religious And Linguistic Minorities, 4.4.2005, kohta 51,

sisäiseen itsemääräämisoikeuteen. Itsemääräämisoikeus nimittäin sisältää myös kollektiivisen oikeuden määrittää vapaasti poliittinen asemansa valtion alueellisen eheyden rajoissa<sup>374</sup>. Alkuperäiskansoihin liittyvät normit ovat tasapainottelua poliittisen autonomian ja valtiovallan välillä. Alkuperäiskansojen poliittista itsemääräämisoikeutta vahvistavat julistuksen 4 ja 5 artikkelit. 4 artiklan mukaan alkuperäiskansoilla on oikeus autonomiaan ja itsehallintoon asioissa, jotka liittyvät niiden sisäisiin ja paikallisiin asioihin sekä niiden itsehallintotehtävien rahoituskeinoihin. 5 artikla puolestaan sisältää oikeuden ylläpitää ja vahvistaa erillisiä poliittisia instituutioitaan. Artiklassa kuitenkin myös turvataan alkuperäiskansojen oikeus osallistua täysimääräisesti valtion poliittiseen ja sosiaaliseen elämään sekä talous- ja sivistyselämään – niin halutessaan.

Tehokkaan osallistumisen kannalta keskeinen on myös julistuksen 18 artikla. Sen mukaan alkuperäiskansoilla on oikeus osallistua valittujen edustajiensa kautta päätöksentekoon asioissa, jotka voivat vaikuttaa näiden kansojen oikeuksiin, sekä oikeus ylläpitää ja kehittää omia päätöksentekuelimiään. Tätä tukee julistuksen 19 artikla, jonka mukaan valtioiden on neuvoteltava vilpittömässä mielessä ja toimittava yhteistyössä alkuperäiskansojen kanssa *saadakseen niiden vapaan ja tietoon perustuvan ennakkosuostumuksen* ennen kuin valtiot hyväksyvät ja panevat täytäntöön alkuperäiskansoihin vaikuttavia lainsäädännöllisiä tai hallinnollisia toimia. Vielä säätämisvaiheessa artikla loi alkuperäiskansoille selkeän veto-oikeuden edellyttämällä, että valtioiden on saatava alkuperäiskansojen ennakkosuostumus. Useiden valtioiden vastustuksesta artiklaa kuitenkin muokattiin siten, että se edellyttää valtioiden pyrkivän saamaan alkuperäiskansojen suostumuksen – artikla ei siis sinällään suoranaisesti edellytä ennakkosuostumusta<sup>375</sup>. On kuitenkin myös huomattava, että julistuksen 10 artiklan mukaan alkuperäiskansojen uudelleenasettamiseen sekä 29 (2) artiklan mukaan vaarallisten aineiden sijoittamiseen alkuperäiskansojen alueille on saatava alkuperäiskansojen ennakkosuostumusta.

ILO 169 -sopimuksessa poliittisen osallistumisen kannalta keskeinen on sopimuksen 6 artikla. 6 (1a) artiklan mukaan hallitusten on ensinäkkin neuvoteltavan kansojen kanssa aina, kun harkitaan lainsäädännöllisiä tai hallinnollisia toimenpiteitä, joilla voi olla kansoihin välitön vaikutus. Artikla on alkuperäiskansojen oikeuksia koskevan julistuksen 18 artiklaa rajoitetumpi, sillä siinä viitataan vain asioihin, joilla on välitön vaikutus. Sen sijaan mitään 6 (1b) artiklaa vastaavaa julistuksessa ei ole. Se nimittäin edellyttää, että alkuperäiskansoilla vähintään samat mahdollisuudet kuin maan muille väestöryhmille osallistua päätöksentekoon kaikilla tasoilla vaaleilla valituissa instituutioissa sekä hallinnollisissa ja muissa elimissä, jotka ovat vastuussa näitä kansoja koskevista toimintaperiaatteista ja

<sup>374</sup> Ks. artikla 46(1), jonka mukaan julistusta ei voida tulkita sallivan toimintaa, joka aiheuttaisi vahinkoa valtioiden alueelliselle eheydelle.

<sup>375</sup> Ks. *Iorns Magallanes* 2010, s. 139–141.

ohjelmista. Julistuksen 6 (2) artikla muistuttaa kirjoitusasultaan alkuperäiskansoja koskevan julistuksen 19 artiklaa. Sen mukaan valtioiden on *neuvoteltava vilpittömin mielin ja olosuhteisiin katsoen asianmukaisella tavalla pyrkimyksenä saavuttaa yhteisymmärrys tai hyväksyntä ehdotetuille toimenpiteille*. Myöskään ILO 169 -sopimuksen sanamuoto ei siis itseasiassa edellytetä alkuperäiskansojen suostumusta, vaan vain pyrkimystä ennakkosuostumukseen.

Edellä mainittujen normien lisäksi on syytä kiinnittää huomiota YK:n ihmisoikeuskomitean oikeuskäytäntöön. Ihmisoikeuskomitea on nimittäin tulkinnut KP-sopimusta vähemmistöihin ja alkuperäiskansoihin liittyvien normien kanssa jokseenkin koherentisti – tosin ihmisoikeuskomitean oikeuskäytännössä painottuu vähemmistöjen ja alkuperäiskansojen oikeus osallistua päätöksentekoon silloin, kun päätettävänä oleva asia liittyy näiden kulttuuri-identiteettiin. KP-sopimuksen 25 (a) artikla takaa jokaisen oikeuden ottaa osaa yleisten asioiden hoitoon välittömästi tai vapaasti valittujen edustajien kautta. Artikla tunnistaa siis suoran ja epäsuoran osallistumisen päätöksentekoon. Ihmisoikeuskomitea ei kuitenkaan ole tulkinnut tätä siten, että suoraan osallistumiseen sisältyisi vähemmistöjen kollektiivinen oikeus tulla kuulluksi valtiollisessa politiikassa.<sup>376</sup> Itseasiassa ihmisoikeuskomitea on välttänyt artiklan tulkintemista kollektiivisena oikeutena<sup>377</sup>. KP-sopimuksen 25 artiklan sijaan vähemmistöjen oikeus tulla kuulluksi niitä koskevissa asioissa näyttää sisältyvän sopimuksen 27 artiklaan. Ihmisoikeuskomitea on katsonut, että vähemmistökulttuurien turvaamisen lisäksi valtioiden täytyy turvata keinot, joilla varmistetaan vähemmistöjen edustajien tehokas osallistuminen vähemmistöä koskevaan päätöksentekoon<sup>378</sup>. Tämä kuitenkin vaikuttaa rajoittuvain sellaisten päätösten tekoon, joilla on vaikutusta vähemmistöihin kuuluvien henkilöiden oikeuteen nauttia kulttuuristaan<sup>379</sup>.

Ennakkosuostumuksen osalta ihmisoikeuskomitean 27 artiklan tulkinta on kuitenkin vähemmistöjen kannalta edullisempi. Tapauksessa *Ángela Poma Poma v. Peru* (27.3.2009) ihmisoikeuskomitea nimittäin katsoo, että pelkkä vähemmistöjen konsultointi ei riitä, vaan valtion on saatava vähemmistöjen jäsenten vapaaseen tahtoon ja riittävään informaatioon perustuva ennakkosuostumus päätöksiin, joilla on vaikutusta vähemmistökulttuuriin.<sup>380</sup>

<sup>376</sup> Tapauksessa *Marshall v. Kanada* (4.11.1991) Mikmaq-alkuperäiskansaan kuuluva valittaja katsoi 25 artiklaa loukanneen se, että heimoa ei oltu osallistettu valtion alkuperäiskansoja kuulevaan toimielimeen. Ihmisoikeuskomitea katsoo, että artikla ei takaa ehdotonta oikeutta osallistua päätöksentekoon (kohta 5.5).

<sup>377</sup> *J.G.A Diergaardt ja muut v. Namibia* (6.9.2000) -ratkaisussa ihmisoikeuskomitea katsoi, että Baster-yhteisön poliittisten osallistumismahdollisuuksien heikkeneminen yhteisön kahteen erilliseen hallintopiiriin jakamisen seurauksena, ei kuulunut 25 artiklan soveltamisalaan. Ihmisoikeuskomitean mukaan artikla on luonteeltaan yksilön oikeus, eikä se siksi ole sovellettavissa tapauksessa (kohta 10.8).

<sup>378</sup> *YK: n ihmisoikeuskomitea*: General Comment No.23: Article 27 (Rights of Minorities), kohta 7.

<sup>379</sup> Ks. esim. *Länsman ja muut v. Suomi*, 8.11.1994, kohdat 9.5–9.8. Tässä yhteydessä on syytä muistaa, että ihmisoikeuskomitea on kuitenkin tulkinnut kulttuurin käsitettä inklusiivisesti.

<sup>380</sup> *Ángela Poma Poma v. Peru*, 27.3.2009, kohta 7.6. Ks. tarkemmin *Göcke* 2010, s. 337–369.

### 5.1.2 Amerikassa sovellettavat normit

OAS:n Amerikan alkuperäiskansoja koskeva julistus tunnistaa YK:n julistusta vastaavasti alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden. Julistuksen III artikla on itseasiassa identtinen YK:n julistuksen 3 artiklan kanssa. Myös se siis sisältää alkuperäiskansojen oikeuden määrittää niiden oma poliittinen asema.

Muilta osin alkuperäiskansojen järjestäytymiseen ja poliittiseen osallistumiseen liittyvät normit on turvattu julistuksen neljännessä osiossa. Esimerkiksi artikla XXI täsmentää osaltaan alkuperäiskansojen asemaa osana valtionhallintoa. Se ensinäkin täsmentää, että alkuperäiskansoilla on oikeus autonomiaan ja itsehallintoon niiden sisäisissä asioissa. Lisäksi artikla sisältää alkuperäiskansojen oikeuden järjestää itsehallintoon kuuluvat päätöksentekuelimet. Artikla kuitenkin myös korostaa, että itsehallinnon ei pidä vaikuttaa alkuperäiskansojen yhdenvertaiseen mahdollisuuteen osallistua valtiolliseen politiikkaan.

XXIII artiklassa puolestaan tunnistetaan alkuperäiskansojen oikeus osallistua niitä koskevaan päätöksentekoon. Kyseinen artikla on sekä ILO 169 -sopimuksen että YK:n alkuperäiskansoja koskevan julistuksen vastaavia artikloja täsmällisempi. Se edellyttää, että alkuperäiskansat ovat tehokkaasti osallistettuja päätöksentekoon niitä koskevien lakien, toimintaohjelmien sekä vastaavien suunnitelmien laatimis- ja toimeenpanovaiheissa. Ennakkosuostumuksen osalta julistuksen XXIII artikla on identtinen YK:n alkuperäiskansoja koskevan julistuksen 19 artiklan kanssa. Se edellyttää, että valtiot neuvottelevat vilpittömässä mielessä ja toimivat yhteistyössä alkuperäiskansojen ennakkosuostumuksen hankkimiseksi niitä koskevissa hankkeissa. Ennakkosuostumusta ei siis myöskään Amerikan alkuperäiskansoja koskevassa julistuksessa suoranaisesti edellytetä.

Monilla OAS:n jäsenvaltioilla on jo ennen julistuksen julkistamista ollut käytössään keinoja, joilla alkuperäiskansojen osallistaminen päätöksentekoon on käytännössä huomioitu. Näiden keinojen laatu vaihtelee esimerkiksi alkuperäiskansojen itsehallinnollisista alueista alkuperäiskansoille varattuihin paikkoihin kansallisissa parlamenteissa.<sup>381</sup>

### 5.1.3 Euroopassa sovellettavat normit

Euroopan kontekstissa kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen 15 artikla on keskeinen normi. Se on nimittäin ainut jäsenvaltioita sitova artikla, joka sääntelee vähemmis-

<sup>381</sup> Ks. *Iorns Magallanes* 2010, s. 177–178.

töjen tehokasta osallistamista päätöksentekoon. Artikla edellyttää, että sopimuspuolet luovat tarpeelliset olosuhteet kansallisiin vähemmistöihin kuuluvien henkilöiden tehokkaalle osallistumiselle kulttuuri-, yhteiskunta- ja talouselämään sekä erityisesti heitä koskeviin julkisiin asioihin.

Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen 15 artiklan soveltamisala on siten laaja. Puiteyleissopimuksen toteutumista valvova neuvoa-antavan komitean mukaan artiklan tarkoittama osallistuminen julkisiin asioihin saattaa isojen ja alueellisesti keskittyneiden vähemmistöryhmien osalta edellyttää, että valtiot järjestävät vähemmistöille itsehallinnollista valtaa. Itsehallinto voi käytännössä tarkoittaa myös kulttuurillista tai kielellistä itsehallintoa. Komitean mukaan toinen tapa järjestää vähemmistöjen tehokas osallistuminen julkisiin asioihin on järjestää toimielimiä, joiden kautta vähemmistöjen näkökannat tulevat aktiivisesti kuulluksi. Lisäksi valtioiden on mahdollistettava vähemmistöihin kuuluvien henkilöiden mahdollisuus tulla työllistetyksi kansallisissa hallintoelimissä.<sup>382</sup>

Myös Etyj on tuottanut julkisiin asioihin osallistumisen kannalta merkittävää normistoa – tosin vain valtioita heikosti velvoittavassa muodossa. Etyj:n vähemmistövaltuutettu julkaisi vuonna 1999 vähemmistöjen julkiseen elämään osallistamista koskevat Lundin suositukset<sup>383</sup>. Kyseisten suositusten sisältö jakautuu kahteen: vähemmistöjen päätöksentekoon osallistamiseen liittyviin suosituksiin ja vähemmistöjen itsehallinnollisen aseman järjestämiseen liittyviin suosituksiin. Ensiksi mainitun osalta Lundin suositusten pääpaino on vähemmistöjen konsultoinnissa osana valtiollisia hallinnollisia ja poliittisia prosesseja. Poliittiseen prosessiin liittyvää normiverkostoa täydentää myös Etyj:n vähemmistöjen osallistumisen avustamista kansallisissa vaalijärjestelmissä koskevat Varsovan suositukset<sup>384</sup>. Itsehallinnollisen aseman osalta Lundin suositukset jäsenyivät alueellisiin ja ei-alueellisiin itsehallintoihin. Näistä jälkimmäinen viittaa vähemmistöjen kulttuurilliseen itsehallintoon, kun taas ensiksi mainitut suosittavat esimerkiksi subsidiariteettiperiaatteeseen perustuvaa vallanjakoon alueilla, joihin vähemmistöt ovat keskittyneet.

---

<sup>382</sup> Ks. *Eide* 2008, s. 139–141.

<sup>383</sup> *Etyj:n vähemmistövaltuutettu: The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life & Explanatory Note, 9/1999.*

<sup>384</sup> *Etyj: Guidelines to Assist National Minority Participation in The Electoral Process, 2001.*

## 5.2 Vähemmistöjen osallistaminen päätöksentekoon AIT:n oikeuskäytännössä

### 5.2.1 Velvoite konsultoida alkuperäiskansoja luonnonvaroja hyödynnettäessä

Kansainvälisen oikeuden normeista viriää velvoite konsultoida alkuperäiskansoja silloin, kun valtion ajamalla hankkeella on vaikutus niiden elinoloihin. Kuten kansainvälisen oikeuden sisällön tarkastelusta käy ilmi, kirjoitetuissa normeissa ei kuitenkaan edellytetä, että valtioiden olisi saatava suostumus suunnitelluille toimenpiteille. Konsultointivelvoitteen laajuus on yksi keskeisistä alkuperäiskansojen osallistamiseen liittyvistä tulkinnanvaraisista kysymyksistä.

Kysymys konsultointivelvoitteen laajuudesta on tullut AIT:n oikeuskäytännössä ajankohtaiseksi etenkin alkuperäiskansojen alueilla sijaitsevien luonnonvarojen hyödyntämisoikeuteen liittyvissä tapauksissa. Velvoite alkuperäiskansan konsultoinnista esiintyi oikeuskäytännössä jo melko pian *Awastingni* -tapauksen jälkeen. Vuonna 2004 Amerikan ihmisoikeuskomissio katsoi *Maya Indigenous Communities of Toledo District v. Belize* (12.10.2004) -ratkaisussa valtion loukanneen alkuperäiskansan omaisuuden suojaa, koska se ei ollut rajannut ja tunnistanut alkuperäiskansalle kuuluvaa aluetta. Tässä yhteydessä komissio katsoi Belizen loukanneen alkuperäiskansojen omaisuuden suojaa myös siksi, että se oli antanut yrityksille toimiluvat alueen hyödyntämiseen ilman alkuperäiskansan suostumusta.<sup>385</sup>

AIT tunnisti velvoitteen konsultoida alkuperäiskansaa ensimmäistä kertaa tapauksessa *Saramaka People v. Suriname* (28.11.2007, jälj. *Saramaka*). Tapauksessa oli kyse puunhakkuu- ja kaivosluvista, jotka valtio oli myöntänyt heimoyhteisön omistamalle alueelle. Valittajien mukaan valtio loukkasi yhteisön AIS:n 21 artiklan mukaista omaisuuden suojaa, koska se oli myöntänyt toimiluvat yhteisöä konsultoimatta. Ratkaisussa tuomioistuimella oli edessä ongelma kansainvälisen oikeuden hyödyntämisen suhteen. Suriname ei nimittäin ollut ratifioinut ILO 169 -sopimusta, joka oli aikaisemmissa ratkaisuissa toiminut AIS:n 21 artiklan tulkinnallisena vipuvartena.

AIT päättyy ratkaisussa valtion suvereniteetin kannalta rohkeaan tulkintaan. Se nimittäin viittaa AIS:n 29 (b) artiklaa hyödyntäen KP-sopimuksen ja TSS-sopimuksen 1 artikloihin, jotka sisältävät kansojen itsemääräämisoikeuden. Tuomioistuin siteeraa kyseisiä artikloja koskevia kommentaareja ja katsoo,

---

<sup>385</sup> *Maya Indigenous Communities of Toledo district v. Belize*, 12.10.2004, kohta 153. Ks. *Shelton* 2013, s. 965.

että artikloiden tarkoittama itsemääräämisoikeus on sovellettavissa myös alkuperäiskansoihin.<sup>386</sup> Lisäksi AIT tarkastelee KP-sopimuksen 27 artiklaa, jonka se katsoo sisältävän alkuperäiskansojen oikeuden nauttia maa-alueista ja niillä olevista luonnonvaroista<sup>387</sup>. Kyseisistä artikloista johtaen AIT tulkitsee AIS:n 21 artiklan sisältävän oikeuden päättää ja nauttia sosiaalisesta, kulttuurillisesta ja taloudellisesta kehityksestä sekä oikeuden nauttia erityisestä suhteesta alueisiin, joita ne ovat historiallisesti asuttaneet<sup>388</sup>. Vaikka tuomioistuimen tulkinta 21 artiklasta lähenee huomattavasti itsemääräämisoikeutta, se ei kuitenkaan sisällä kaikkia itsemääräämisoikeuden elementtejä, sillä AIT ei ota kantaa esimerkiksi itsemääräämisoikeuteen kuuluvaan oikeuteen päättää poliittisesta asemasta<sup>389</sup>.

AIT:n tulkinnan mukaan AIS:n 21 artikla turvaa kuitenkin vain luonnonvarat, jotka ovat alkuperäiskansan kulttuurin selviytymisen kannalta keskeisiä<sup>390</sup>. Se kuitenkin katsoo, että keskeisten luonnonvarojen käsitettä ei tule tulkita suppeasti, vaan artikla soveltuu myös sellaisten luonnonvarojen hyödyntämisen, joita alkuperäiskansat eivät itse hyödynnä, mutta jotka epäsuorasti saattavat vaikuttaa sen kulttuurilliseen selviytymiseen<sup>391</sup>. Kulttuurillisen selviytymisen käsitettä AIT täsmentää viittamalla YK:n ihmisoikeuskomitean tapaukseen *Länsman ja muut v. Suomi* (8.11.1994). Sen mukaan omistusoikeutta rajoitettaessa on erityisesti kiinnitettävä huomiota rajoittamisen vaikutuksista alkuperäiskansan perinteisiin ja tapoihin, koska nämä tekijät ovat keskeisiä alkuperäiskansojen kulttuurien säilymisen kannalta<sup>392</sup>.

Kansainvälisen oikeuden vaikutus heijastuu myös AIT:n ratkaisussa soveltamaan kolmeen alkuperäiskansan omaisuuden suojan rajoituksen lisäedellytykseen<sup>393</sup>: AIT:n mukaan alkuperäiskansa on (1) tehokkaasti osallistettava päätöksentekoprosessiin sen tapoja ja perinteitä kunnioittaen missä tahansa sen alueeseen liittyvässä hankkeessa. Alkuperäiskansoille on myös taattava (2) riittävä kompensatio omistusoikeuden rajoittamisesta. Lisäksi ennen suunnitelmien toteuttamista valtion on (3) teetettävä riippumaton arvio suunnitelmien toteuttamisen aiheuttamasta mahdollisista sosiaalisista ja

<sup>386</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 93. Siteeraten *TSS-komitea: Concluding Observations on the Russian Federation*, 12.12.2003, kohta 94 ja *YK:n ihmisoikeuskomitea: General Comment No.23: Article 27 (Rights of Minorities)*, kohdat 1 ja 3.2. Tässä yhteydessä täytyy muistaa, että YK:n ihmisoikeuskomitea on pidättäytynyt KP-sopimuksen 1 artiklan tulkitsemisesta yksilövalitusjärjestelmässä. Lisäksi ihmisoikeuskomitea on painottanut 27 artiklaa ei voida tulkita niin, että se vaarantaisi valtion suvereniteettia ja alueellista yhteneväisyyttä. Ks. *YK:n ihmisoikeuskomitea: General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*, kohta 3.1.

<sup>387</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohdat 93–94.

<sup>388</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 95.

<sup>389</sup> *Antkowiak* 2013, s. 152–153 ss.

<sup>390</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohdat 121–123.

<sup>391</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 126.

<sup>392</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 128.

<sup>393</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 127. Tavallisesti omaisuuden suojan rajoittamisen edellytykset ovat AIT:n mukaan laillisuus, tarpeellisuus, oikeasuhtaisuus ja legitiimi tarve demokraattisessa yhteiskunnassa.



ympäristöllisistä vaurioista.<sup>394</sup> Kahden ensimmäisen lisäkriteerin osalta AIT viittaa YK:n ihmisoikeuskomitean tulkintaan KP-sopimuksen 27 artiklasta. AIT myös siteeraa tuoreen YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen 32 (2) artiklaa, joka edellyttää, että alkuperäiskansat osallistetaan niiden alueita koskevien päätösten tekoon.<sup>395</sup> Viimeinen rajoittamisen lisäedellytys on ilmeisesti AIT:n tulkinta alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen 32 (3) artiklasta, jonka mukaan valtioiden on toteutettava asianmukaiset toimet, joilla lievennetään ympäristöön kohdistuvia, taloudellisia, sosiaalisia, sivistyksellisiä ja hengellisiä haittavaikutuksia.

Lisäksi AIT katsoo, että suuren mittaluokan projekteissa valtion on saatava alkuperäiskansan etukäteen suostumus hankkeelle. Tämän tulkinnan vaikutteina ovat YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien erityisraportoijan ja CERD-komitean näkemykset siitä, että alkuperäiskansoilta tulee saada ennakkosuostumus niitä koskevissa hankkeissa<sup>396</sup>. Edellyttämällä alkuperäiskansojen suostumusta vain suuren mittaluokan projekteissa, AIT:n tulkinta näyttäytyy tietynlaisena kompromissiratkaisuna. Edellä mainitut toimijat eivät nimittäin tee eroa projektien mittakaavan suhteen.<sup>397</sup> Toisaalta kuitenkin esimerkiksi YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen 32 artiklan sanamuoto edellyttää vain ennakkosuostumukseen pyrkimistä – ei ennakkosuostumusta.

Lopulta AIT löysi ratkaisussa omaisuuden suojan loukkauksen. Tuomioistuimien katsoi hakkuiden vaikuttavan yhteisön elinmahdollisuuksiin suoraan<sup>398</sup>. AIT mukaan myös kunnan kaivostoimintaluvan myöntäminen loukkasi Saramaka-yhteisön omaisuuden suojaa, vaikka väestön kulttuurissa ei perinteisesti hyödynnetä kultaa. Tuomioistuimen mukaan kaivostoiminta aiheuttaisi huomattavaa haittaa ympäristölle, mikä puolestaan häiritseisi yhteisön kulttuurin selviämistä.<sup>399</sup>

*Saramaka*-tapauksessa esiintyneet historiallisen maaomistuksen rajoittamisen kriteerit ovat vakiintuneet myöhemmin tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Kriteerejä täsmensi myöhemmin *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (27.6.2012, jälj. *Kichwa*) -ratkaisu. Kyseinen tapaus koski valtion myöntämiä öljyn etsintä- ja jalostuslupia Kichwa-alkuperäiskansan asuttamalle alueelle. Valtio oli myöntänyt väestölle omistusoikeuden alueeseen, mutta se oli pidättänyt oikeuden hyödyntää

<sup>394</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 129.

<sup>395</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohdat 130–131.

<sup>396</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohdat 134–136.

<sup>397</sup> Pasqualucci 2009, s. 89–91.

<sup>398</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 154.

<sup>399</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohta 156.

maanalaisia luonnonvaroja. Valtio oli myöntänyt öljy-yhtiölle luvan alueen luonnonvarojen hyödyntämiseen jo vuonna 1992, mutta käytännössä öljyn etsimistöiminta alkoi vasta vuonna 2002.<sup>400</sup> Ratkaisun keskeinen tulkinnallinen ongelma liittyy siihen, mistä vuodesta alkaen valtiolla on ollut velvollisuus konsultoida alkuperäiskansaa.

Ratkaisussa AIT katsoo, että Paraguaylle oli syntynyt velvollisuus konsultoida alkuperäiskansaa viimeistään ILO 169 -sopimuksen astuttua valtiossa voimaan vuonna 1999<sup>401</sup>. Tapauksessa asiaan vaikuttavana kansainvälisen oikeuden substanssina AIT tarkasteleekin itsemääräämisoikeuden sijaan jälleen etenkin ILO 169 -sopimuksen sisältöä<sup>402</sup>. Merkittävää on se, että tarkastellessa ILO 169 -sopimuksen osallistamisvelvoitteita ja kyseisen sopimuksen ratifiointeja Etelä-Amerikassa, AIT tekee johtopäätöksen, jonka mukaan velvoite konsultoida alkuperäiskansoja on osa kansainvälistä tapaoikeutta.<sup>403</sup> AIT myös korostaa, että tapaoikeuden velvoite ei rajoitu vain maaomistuskysymyksiin, vaan alkuperäiskansalla on oikeus tulla kuulluksi missä tahansa hallinnollisessa tai lainsäädännöllisessä prosessissa, joka saattaa vaikuttaa sen oikeuksiin<sup>404</sup>.

Vielä *Sarakama*-tapauksesta AIT katsoi, että ainakin suurten hankkeiden toteuttamiselle on saatava alkuperäiskansan ennakkosuostumus. *Kichwa*-ratkaisussa ei kuitenkaan suoranaisesti ilmaista vastaavaa veto-oikeutta. Sen sijaan AIT viittaa ratkaisussa konsensuspyrkimykseen<sup>405</sup>. Saattaa tosin olla, että AIT ei pitänyt suostumuksen merkityksen arviointia tarpeellisena, koska se löysi rikkomuksen jo alkuperäiskansan konsultaatiovelvoitteen täyttymisen puutteen osalta<sup>406</sup>.

AIT:n oikeuskäytäntö aiheuttaa alkuperäiskansojen omaisuuden suojan rajoittamisen lisäkritereiden osalta tiettyjä ongelmallisuuksia. Ensinäkin oikeuskäytännön perusteella ei ole selvää, milloin alkuperäiskansojen omaisuuden suojaan liittyvät lisäkriteerit tulevat sovellettavaksi. *Saramaka*-tapauksen perusteella AIS:n 21 artikla turvaa luonnonvarat, jotka ovat alkuperäiskansan kulttuurin selviytymisen kannalta keskeisiä<sup>407</sup>. Tämä tulkinta viittaa siihen, että lisäkriteerejä ei tarvitsisi noudattaa silloin, kun luonnonvarat ovat sellaisia, joita alkuperäiskansa ei hyödynnä<sup>408</sup>. Edellyttämällä ennakkosuostumusta ainoastaan suuren luokan projekteissa AIT:n tulkinta puolestaan näyttää vihjaavan, että pienet

<sup>400</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohdat 61–72.

<sup>401</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohta 176.

<sup>402</sup> Tuomioistuimien viittaa jälleen AIS:n 29 artiklaan ja Wienin yleissopimuksen 31 artiklaan, katsoessaan, että sopimuksia tulkittaessa on otettava huomioon myös asiaan vaikuttavat kansainvälisen oikeuden säännöt. *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohta 161.

<sup>403</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohdat 162–164.

<sup>404</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohta 166.

<sup>405</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohdat 186 ja 200.

<sup>406</sup> *Brunner – Quintana* 2012, alaviite 27.

<sup>407</sup> *Saramaka People v. Suriname*, 28.11.2007, kohdat 121–123.

<sup>408</sup> *Antkowiak* 2013, s. 167.

projektit voidaan toteuttaa ilman alkuperäiskansojen konsensusta. Tämä voi houkuttaa valtioita ohittamaan konsultaatiovelvoitteen pienten projektien osalta.<sup>409</sup> Myös mittaluokaltaan pienet projektit voivat kuitenkin olla alkuperäiskansojen kannalta tuhoisia, sillä ne saattavat esimerkiksi tuhota alkuperäiskansalle pyhiä paikkoja<sup>410</sup>.

### 5.2.2 Alkuperäiskansojen osallistaminen valtiolliseen päätöksentekoon

Kuten kansainvälisen oikeuden tarkastelun yhteydessä käy ilmi, kansainvälisen oikeuden normit turvaavat alkuperäiskansoille oikeuden osallistua päätöksentekoon ensisijaisesti silloin, kun päätökset tavalla tai toisella liittyvät niitä koskeviin asioihin. Alkuperäiskansoihin liittyvät normit eivät kuitenkaan luo valtioille erityistä velvoitetta osallistaa alkuperäiskansoja yhteiskuntaa koskevaan päätöksentekoon. Alkuperäiskansoihin kuuluvia yksilöitä koskevat kuitenkin lähtökohtaisesti samat poliittiset oikeudet, kuin muitakin kansalaisia. AIS:ssa poliittiset oikeudet on turvattu 23 (1) artiklassa. Sen mukaan jokaisella kansalaisella on oikeus (a) osallistua yleisten asioiden hoitoon suoraan tai edustajan välityksellä, (b) äänestää ja asettua ehdolle vapaissa vaaleissa, joissa on käytössä yleinen äänioikeus ja suljettu lippuäänestys sekä (c) saada asiansa esitetyksi maansa hallintoelimille.

Alkuperäiskansojen osallistumisesta kansalliseen päätöksentekoon oli kyse tapauksessa *YATAMA v. Nicaragua* (23.6.2005, jälj. *YATAMA*). Valittaja *YATAMA* on Nicaraguan Atlantin puoleisen rannikon kahdella autonomisella alueella vaikuttava, alueiden alkuperäiskansoja edustava järjestö<sup>411</sup>. *YATAMA* on järjestäytynyt tavalla, jossa on otettu vaikutteita alkuperäiskansojen historiallista tavasta järjestäytyä. Esimerkiksi organisaation edustustehtävät on jaettu sukujen kesken.<sup>412</sup> Vuosien 1990 ja 1996 kansallisissa parlamenttivaaleissa lainsäädäntö mahdollisti *YATAMA*:n asettavan ehdokkaita ilman rajoituksia. Vain puolueilta edellytettiin vähintään 5 %:n kannatusta sillä alueella, missä niiden pääpaikka sijaitsee.<sup>413</sup> Ennen vuoden 2000 aluevaaleja järjestön mahdollisuus asettaa ehdokkaita ilman rajoituksia kuitenkin poistettiin, ja vain rekisteröidyt puolueet saattoivat asettaa ehdokkaita.<sup>414</sup> Lainsäädäntöä muutettiin myös siten, että ehdokaslistan voi asettaa autonomisilla alueilla vain, jos puolue saa vähintään 3 %:n kannatuksen alueiden kaikista asukkaista. Lisäksi vaaleissa puolueiden oli asetettava ehdokkaita 80 %:lla vähintään autonomisen alueen paikkakunnista<sup>415</sup>.

<sup>409</sup> Antkowiak 2013, s. 170–171.

<sup>410</sup> Pasqualucci 2009, s. 98.

<sup>411</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 124(8)–124(11).

<sup>412</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 124(13)–124(16). Ks. myös *Campbell* 2007, s. 502–503.

<sup>413</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 124(18).

<sup>414</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 124(20).

<sup>415</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohdat 124(22), 124(24).

YATAMA hyväksyttiin ennen vaaleja lain tarkoittamaksi puolueeksi, mutta sen oli vaikea toteuttaa jälkimmäistä ehtoa, koska autonomisen alueen alkuperäiskansoihin kuuluva väestö on keskittynyt alueiden pohjoisosiin, eikä se siis jakaudu tasaisesti kaikille alueiden paikkakunnille<sup>416</sup>.

Valittaja katsoi, että valtio oli loukannut AIS:n 23 artiklaa yhdessä 24 artiklan kanssa. Vastaja- ja valtion näkemyksen mukaan puolestaan kansallinen lainsäädäntö ei ollut syrjivää, koska samat säännöt pätevät kaikkiin puolueisiin. Sen sijaan alkuperäiskansojen osallistumisen turvaaminen erillisillä poikkeuksilla asettaisi nämä väestöryhmät muuta väestöä parempaan asemaan, mikä ei valtio mukaan olisi ihmisten yhdenvertaisuuden kannalta hyväksyttävää.<sup>417</sup> Siten valtion argumentit heijastivat klassisen liberalismien mukaista käsitystä demokratiasta<sup>418</sup>.

YATAMA-ratkaisussa näkyy ensinäkkin AIT:n kulttuurirelativistinen tapa tulkita ihmisoikeussopimusta: Valtion lainsäädäntö mahdollisti ehdokkaiden asettamisen vain puolueille, jotka ovat järjestäytyneet sen edellyttämällä tavalla. Järjestäytymismalli oli ristiriidassa YATAMA:n perinteisesti järjestäytymistavan kanssa. AIT korostaa järjestäytymistapaedellytyksen aiheuttamaa harmia järjestölle, jonka olemassaolon tarkoitus on alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteetin vaaliminen. Tuomioistuimien huomioi, että lain edellyttämä järjestäytymistapa on alkuperäiskansoille vieras.<sup>419</sup> Lainsäädännön vaatimuksille ei tuomioistuimen mukaan ollut hyväksyttäviä perusteita, vaan se käytännössä heikensi vähemmistöryhmien mahdollisuutta asettua ehdolle vaaleissa.<sup>420</sup> Tältä osin AIT tulkitsi 23 artiklaa ensisijaisesti alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteetin huomioon kansallisen lainsäädännön sekä AIS:n 24 artiklan kulttuuri-identiteettiä kunnioittavan yhdenvertaisuuden valossa<sup>421</sup>.

Toinen merkittävä tekijä ratkaisussa on se, miten vahvasti tuomioistuimien argumentoi tapauksessa vähemmistön tehokkaan osallistamisen puolesta. AIT:n mukaan valtioiden tehtävänä on vahvistaa edustuksellisen demokratian toteutumista, mikä saattaa käytännössä edellyttää niiltä aktiivisia toimia tiettyjen väestöryhmien poliittisten oikeuksien tehokkaan toteutumisen turvaamiseksi<sup>422</sup>. Tämän jälkeen tuomioistuimien kiinnittää huomiota jälleen kansalliseen lainsäädäntöön, joka kunnioittaa alkuperäiskansojen oikeuksia yleisellä tasolla. AIT:n mukaan tämän huomioiminen on oleellista, jotta valittajan oikeudet voidaan turvata AIS:n 29 (a ja b) artiklan mukaisesti laajimmalla mahdollisella tavalla<sup>423</sup>.

<sup>416</sup> Campbell 2007, s. 501–502.

<sup>417</sup> YATAMA v. Nicaragua, 23.6.2005, kohta 180.

<sup>418</sup> Campbell 2007, s. 509.

<sup>419</sup> YATAMA v. Nicaragua, 23.6.2005, kohta 218. Ks. myös Odello 2012, s. 39; Ruiz Chiriboga 2006, s. 56–58.

<sup>420</sup> YATAMA v. Nicaragua, 23.6.2005, kohdat 218–219.

<sup>421</sup> YATAMA v. Nicaragua, 23.6.2005, kohdat 201–205.

<sup>422</sup> YATAMA v. Nicaragua, 23.6.2005, kohta 201.

<sup>423</sup> YATAMA v. Nicaragua, 23.6.2005, kohdat 202–205.

AIT viittaa EIT:n neljännen jaoston argumentaatioon ratkaisussa *Hirst v. Yhdistynyt kuningaskunta (no.2)* (30.3.2004) todetessaan, että poliittiset oikeudet eivät ole absoluuttisia, vaan niitä voidaan rajoittaa. Tältä osin AIT viittaa myös yleisemmin EIT:n oikeuskäytäntöön poliittisten oikeuksien rajoitusedellytysten osalta.<sup>424</sup> AIT:n mukaan valtiot voivat kyllä määrittää poliittista osallistumista koskevat vähimmäisedellytykset, kunhan ne ovat tarkoituksenmukaisia ja sopuosoinnussa edustuksellisen demokratian peruseriaatteiden kanssa<sup>425</sup>.

Edellytys, jonka mukaan puolueiden tulee asettaa ehdokkaita 80%:lla paikkakunnista on tuomioistuimen mukaan ristiriidassa AIS:n 23 artiklan kanssa, koska kansallinen lainsäädäntö ei huomionnut YATAMA:n edellytyksiä toteuttaa kyseistä ehtoa<sup>426</sup>. AIT siis ohittaa valtion formaalin yhdenvertaisuusargumentoinnin. Korvauksista päättämisen yhteydessä AIT vielä selventää ratkaisusta johtuvia käytännön velvoitteita: Sen mukaan valtion tulee luoda olosuhteet, joissa alkuperäiskansat ja etniset vähemmistöryhmät osallistetaan tehokkaasti kansalliseen päätöksentekoon demokraattisen yhteiskunnan puitteissa. Tuomioistuimen mukaan tehokas osallistaminen edellyttää, että yhteisöillä on edustus yhteisöjen olosuhteita koskevan päätöksenteon lisäksi myös silloin, kun päätöksenteko koskee yhteiskuntaan liittyviä asioita.<sup>427</sup>

Kuten *Gajardo Falcón* huomioi, YATAMA-tapauksessa AIT ei juurikaan kiinnitä huomiota edustuksellisen demokratian periaatteiden formaaliin tarkasteluun. Sen sijaan ratkaisun perusteena on etenkin valtion multikulttuurinen todellisuus sekä vaalilainsäädännön tosiasiallinen vaikutus poliittiseen päätöksentekoon osallistumiseen.<sup>428</sup> Silti YATAMA-ratkaisun yleisluontoisista argumenteista voidaan päätellä, että tuomioistuimen periaatteet ovat sovellettavissa myös muihin tilanteisiin, joissa on kyse vähemmistöjen osallistumisesta kansalliseen politiikkaan. Tulevaisuudessa tuomioistuimelle saattaa tulla ratkaistavaksi hankalia kysymyksiä, kuten kysymys siitä kuinka suurelle vähemmistölle on järjestettävä poliittisia etuoikeuksia.

---

<sup>424</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 206. AIT viittaa neljännen jaoston *Hirst*-ratkaisuun. Huomionarvoista on, että jaoston ratkaisu ollut kuitenkin lopullinen vaan se odotti EIT:n suuren jaoston ratkaisua.

<sup>425</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 207.

<sup>426</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohdat 221–223. Tässä yhteydessä AIT tukeutuu tapauksessa kuullun asiantuntijan lausuntoon.

<sup>427</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 259.

<sup>428</sup> *Gajardo Falcón* 2015, s. 53. Ks. myös *Iorns Magallanes* 2010, s. 177–188.

### 5.3 Vähemmistöjen osallistaminen päätöksentekoon EIT:n oikeuskäytännössä

#### 5.3.1 Vähemmistöpuolueiden yhdistymisvapaus

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on usein korostanut poliittisten puolueiden merkitystä demokralle. Tuomioistuimen mukaan puolueet luovat rakenteet, joiden avulla yksilöt voivat osallistua poliittiseen keskusteluun ja pyrkiä saamaan edustajansa poliittisiin tehtäviin<sup>429</sup>. Valtioiden harkintamarginaali onkin yhdistymisvapauden sisältävän EIS:n 11 artiklan osalta varsin rajoitettu. Kapean harkintamarginaalin rajoissa myös etniset vähemmistöt ovat saaneet varsin vapaasti järjestäytyä vähemmistöjen etuja ajaviksi puolueiksi, sillä EIT:n tulkintalinjan mukaisesti yhdistymisvapauden rajoittaminen on yleensä hyväksyttyä vain silloin, kun puolue tai järjestö on selkeästi demokratiavastainen.

Oikeuskäytäntö etnisten vähemmistöjen poliittisen järjestäytymisen osalta alkoi kehittyä vasta 1990-loppupuolella. Valituksia on tullut etenkin Turkista, Kreikasta ja entisistä neuvostovaltioista. Vastaja-valtiot tyypillisesti ovat tyypillisesti argumentoineet oikeuden rajoittamisen olevan perusteltua levottomuuksien ehkäisemiseksi ja toisten ihmisoikeuksien turvaamiseksi.<sup>430</sup> EIT on korostanut poliittista ja kulttuurillista pluralismia. Esimerkiksi tapauksessa *Sidiropoulos v. Kreikka* (10.7.1998)<sup>431</sup> EIT toteaa vähemmistöjen olemassa olon olevan historiallinen tosiasia, jota demokraattisen yhteiskunnan täytyy suvaita ja turvata ja jota sen täytyy kansainvälisen oikeuden periaatteiden mukaisesti tukea.<sup>432</sup>

Vähemmistöpuolueiden lakkauttamiselle on oltava ankarat perusteet. Tapauksessa *Yazar ja muut v. Turkki* (9.4.2002) vastaajavaltio katsoi, että kurdinationalistisen HEP-puolueen lakkauttaminen oli oikeutettua, koska puolue uhkaa maan yhtenäisyyttä tukemalla epäsuorasti terrorismia<sup>433</sup>. EIT ei kuitenkaan nähnyt, että tapauksessa olisi esitetty riittävästi todistusaineistoa, joka kytkisi HEP-puolueen

<sup>429</sup> Ks. esim. *United Communist Party Of Turkey ja muut v. Turkki*, 30.1.1998, kohta 25.

<sup>430</sup> *Pentassuglia* 2013, s. 74–75.

<sup>431</sup> Tapauksessa valtion tuomioistuin ei rekisteröinyt puoluetta, jonka tarkoituksena oli makedonialaisen kulttuuriperinteen vaaliminen. Rekisteröinti hylättiin, koska puolueen tavoitteina katsottiin olevan vähemmistön identiteetin vahvistaminen ja maan yhtenäisyyden horjuttaminen.

<sup>432</sup> *Sidiropoulos v. Kreikka*, 10.7.1998, kohta 41. Myöhemmin, kohdassa 44, EIT viittaa kahteen Kreikan allekirjoittamaan Etyj:n päätöslauselmaan: *Etyj: Document of the Copenhagen meeting on the Conference of the Human Dimensions of the CSCE* ja *Etyj: Charter of Paris for New Europe*.

<sup>433</sup> *Yazar ja muut v. Turkki*, 9.4.2002, kohdat 42–43.

terroristiliikkeisiin. Sen sijaan EIT katsoo, että puolueen tavoitteet – vähemmistön itsemääräämisoikeuden ja kielellisten oikeuksien tavoittelu – eivät ole vastoin demokraattisen yhteiskunnan periaatteita<sup>434</sup>.

EIT:n oikeuskäytännön perusteella valtioiden tulee sietää jopa vähemmistöpuolueita, joilla on selkeästi separatistiset tavoitteet. Tämä tuli ilmeni tapauksessa *United Macedonian Organisation Ilinden-Pirin ja muut v. Bulgaria* (20.10.2005), jossa oli kyse makedonialaisvähemmistön etuja ajavasta puolueesta, jonka viranomaiset lakkauttivat perustuslainvastaisena. Syy perustuslainvastaisuuteen oli puolueen tavoite erottaa makedonialaisosa Bulgarian valtiosta.<sup>435</sup> EIT kuitenkin katsoo, että valtion yhtenäisyyttäkin koettelevat poliittiset projektit ovat hyväksyttäviä, kunhan ne pyrkivät toteuttamaan päämääränsä demokraattisin keinoin – ilman väkivaltaa<sup>436</sup>.

Valtiolla on myös velvoite suojella vähemmistöjen etupuolueita ulkoisilta uhilta. Tapauksessa *Ouranio Toxo ja muut v. Kreikka* (20.10.2005, jälj. *Ouranio Toxo*) oli kyse vuodesta 1994 alkaen vaaleihin osallistuneesta Kreikan makedonialaisvähemmistön etupuolueesta, jonka puoluetuimisto joutui paikallisten asukkaiden väkivallan kohteeksi. Väkivallan yllykkeenä toimi etenkin tietty valittajien käyttämä tulenarka poliittinen symboli.<sup>437</sup> Valittajien mukaan paikalliset viranomaiset eivät puuttuneet tapahtumiin puolueen suojaamiseksi vaan olivat jopa yllyttäneet paikallisia väkivaltaan.

*Ouranio Toxo* -ratkaisussa EIT tunnistaa positiivisen velvoitteen suojella vähemmistöpuoluetta. Tuomioistuimen mukaan vähemmistön etujen edistäminen ei sinänsä luo uhkaa demokraattiselle yhteiskunnalle, vaikka vähemmistöpuolueen poliittinen symboliikka aiheuttaisikin jännitteitä yhteiskunnassa. EIT:n mukaan jännitteet ovat poliittisen pluralismin välttämättömiä seurauksia, jonka tukahduttamisen sijaan valtioiden on taattava olosuhteet, joissa kilpailevat poliittiset ryhmät voivat sietää toisiaan<sup>438</sup>.

---

<sup>434</sup> *Yazar ja muut v. Turkki*, 9.4.2002, kohdat 56–57. Vrt. tapaukseen *Henri Batasuna ja Batasuna v. Espanja* (30.6.2009), jossa EIT katsoi baskipuolueen lakkauttamisen EIS:n 11 artiklan mukaista, koska puolueen tapahtumissa käytettiin terroristijärjestö ETA:a tukevaa retoriikkaa.

<sup>435</sup> *United Macedonian Organisation Ilinden-Pirin ja muut v. Bulgaria*, 20.10.2005, kohta 8.

<sup>436</sup> *United Macedonian Organisation Ilinden-Pirin ja muut v. Bulgaria*, 20.10.2005, kohdat 58–59 ja 61. Ks. myös *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 2.10.2001, kohdat 95–98.

<sup>437</sup> *Ouranio Toxo ja muut v. Kreikka*, 20.10.2005, kohdat 9–15.

<sup>438</sup> *Ouranio Toxo ja muut v. Kreikka*, 20.10.2005, kohta 40.

### 5.3.2 Vähemmistöt osana poliittista prosessia

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 LPK 3 artiklan mukaan: ”*Korkeat sopimuspuolet sitoutuvat järjestämään kohtuullisin väliajoin vapaat ja salaiset vaalit olosuhteissa, jotka takaavat kansalaisten vapaan mielipiteen ilmaisun lainsäädäntöelintä valittaessa*”. Artikla poikkeaa EIS:n muista artikloista, sillä yksilölle osoitetun oikeuden sijaan artiklan sanamuoto luo velvoitteen valtiolle<sup>439</sup>. Aluksi artiklaa tulkittiinkin niin, että se sisältää kaikessa yksinkertaisuudessaan vain velvoitteen järjestää vaalit artiklan tarkoittamalla tavalla<sup>440</sup>. Tapauksessa *Mathieu-Mohin ja Clerfayet v. Belgia* (2.3.1987) EIT kuitenkin tulkitsi artiklan sisältävän myös yksilön oikeuden äänestää ja asettua ehdolle vaaleissa<sup>441</sup>. Siten – vaikka 1 LPK 3 artiklassa ei kyseisiä oikeuksia nimenomaisesti mainita – EIT on soveltanut artiklaa KP-sopimuksen 25 artiklan kanssa yhtenevästi<sup>442</sup>. EIT on myös katsonut, että 1 LPK 3 artikla soveltamisala rajoittuu lainsäädäntöelimiin, kuten parlamentteihin ja joissakin tapauksissa alueparlamentteihin. Esimerkiksi kunnanvaltuustot eivät kuulu artiklan soveltamisalaan.<sup>443</sup>

Yleisesti ottaen voidaan todeta, että EIT on jättänyt valtioille laajan harkintamarginaalin vaalien järjestämistavan suhteen. Se on korostanut ratkaisussa usein historiallisen poliittisen kontekstin merkitystä. Poliittisen kontekstin merkitys korostui esimerkiksi *Ždanoka v. Latvia* (6.3.2006) -ratkaisussa, jossa suuri jaosto hyväksyi valtion lainsäädännön, joka esti kommunistisen puolueen toiminnassa aktiivisesti olleiden henkilöiden asettumisen ehdolle maan parlamenttivaaleissa. EIT:n mukaan valtion omat viranomaiset ovat paremmin asemoituneita arvioimaan maan poliittisen kontekstin edellyttämiä keinoja turvata demokratian toteutuminen.<sup>444</sup>

EIT ei ole oikeuskäytännössään juurikaan huomionnut vähemmistöjen aktiivista osallistamista valtion politiikkaan. Esimerkiksi tapauksessa *Podkolzina v. Latvia* (9.4.2002) oli kyse venäjän kieliseen vähemmistöön kuuluneen ehdokkaan ehdokaslistalta poistamisesta heikon Latvian kielen taidon perusteella. Tuomioistuin antoi ratkaisussa ymmärtää, että riittävän kielitaidon edellyttäminen on hyväksyttävä peruste parlamenttilaitoksen käytännön toimivuuden varmistamiseksi<sup>445</sup>. Vähemmistönäkö-

<sup>439</sup> O’Connell 2010, s. 263–264.

<sup>440</sup> O’Connell 2010, s. 264.

<sup>441</sup> *Mathieu-Mohin ja Clerfayet v. Belgia*, 2.3.1987, kohta 51.

<sup>442</sup> KP sopimuksen 25 (b) artiklan mukaan jokaisella on oikeus äänestää ja tulla valituksi määräaikaisissa ja rehellisissä vaaleissa, jotka perustuvat yleiseen ja yhtäläiseen äänioikeuteen ja salaiseen äänestykseen, joka takaa valitsijoiden tahdon vapaan ilmentymisen.

<sup>443</sup> Pellonpää et al. 2012, s. 881–882.

<sup>444</sup> *Ždanoka v. Latvia*, 6.3.2006, kohdat 132–136.

<sup>445</sup> *Podkolzina v. Latvia*, 9.4.2002, kohta 34. EIT kuitenkin löytää tapauksessa 1 LPK 3 artiklan loukkauksen, koska valittajan poistaminen oli perustunut mielivaltaiseen menettelyyn, ks. kohta 36.



kulma ei ole tapauksessa millään tavalla esillä. Punninnassaan EIT olisi voinut harkita myös esimerkiksi käännösmahdollisuuksien toteuttamista parlamentissa<sup>446</sup>. Tässä yhteydessä on huomattava, että YK:n ihmisoikeuskomitea päätyi vastaavaan ratkaisuun vuotta aikaisemmin vastaavanlaisessa *Antonina Ignatane v. Latvia* (25.7.2001) -tapauksessa – EIT ei tosin huomioi kyseistä ratkaisua.

Parlamentin työkieleen liittyi myös tutkittavaksiottamispäätös *Birk-Levy v. Ranska* (21.9.2010), jossa EIT näyttää hyväksyvän kansallisen oikeustilan sallia vain ranskan kielen käyttö Ranskan Polynesian paikallishallintoalueen parlamentissa<sup>447</sup>. Päätöksessä asiaan liittyvänä kansainvälisenä oikeutena on esillä alueellisia kieliä tai vähemmistökieliä koskevaan eurooppalaisen peruskirjan 10 artikla, joka edellyttää jäsenvaltioiden huomioivan vähemmistökielet hallintoviranomaisissa ja julkisissa palveluissa. EIT kuitenkin hylkäsi valituksen etenkin siksi, koska valittajat vetosivat EIS:n 10 ja 14 artikloihin. Tuomioistuin katsoo julkishallinnon kielikysymysten olevan EIS:n 10 artiklan sovellettavuuden ulkopuolella.<sup>448</sup>

Vähemmistönäkökulma saa hieman enemmän huomiota suuren jaoston ratkaisussa *Tănase v. Moldova* (7.4.2010). Tapauksessa oli kyse kaksoiskansalaisten parlamentaarisen edustusoikeuden rajoituksesta. Moldovan lainsäädäntö kohteli epäoikeudenmukaisesti erityisesti maan romanialaista vähemmistöä. Mielenkiintoista ratkaisussa on se, että vastaajavaltio pyrkii kyseenalaistamaan EIT:n jaoston ratkaisussa käyttämän argumentaation, jonka tulkinnan tukena se käyttää EN:n eurooppalaisen kansalaisuutta koskevan yleissopimuksen (SopS 94/2008) 17 artiklaa. Kyseisen artiklan mukaan monikansalaisilla on oltava samat oikeudet ja velvollisuudet kuin muilla kansalaisilla. Vastaajavaltion näkemyksen mukaan EIT tulkitsee 1 LPK 3 artiklan sijaan oikeutta kaksoiskansalaisuuteen ja oikeutta saada kansalaisuus, mikä on EIS:n turvaamien oikeuksien ulkopuolella. Lisäksi valtio kritisoi jaoston ratkaisua siitä, että EIT oli tukeutunut liiaksi ECRI:n ja EN:n Demokratiaa oikeusteitse -komission raportteihin, jotka eivät ole ottaneet huomioon valtion poliittista historiaa<sup>449</sup>.

Suuri jaosto painottaa ratkaisussa, että se kiinnittää erityistä huomiota menettelyihin, joilla on negatiivisia vaikutuksia oppositiopuolueiden ja vähemmistöjen asemaan<sup>450</sup>. Kansainvälisen oikeuden hyödyntämisen osalta EIT puolestaan painottaa, että on sen tulkittavissa, mitkä kansainvälisen oikeuden instrumentit ja raportit se katsoo olennaisiksi EIS:n tulkinnan kannalta<sup>451</sup>. Suuri jaosto ei kuitenkaan

<sup>446</sup> O'Connell 2010, s. 276.

<sup>447</sup> Huom. EIT tarkasteli tapausta EIS:n 10 ja 14 artikloiden valossa.

<sup>448</sup> *Birk-Levy v. Ranska*, 21.9.2010, s. 12.

<sup>449</sup> *Tănase v. Moldova*, 7.4.2010, kohdat 124 ja 136–138.

<sup>450</sup> *Tănase v. Moldova*, 7.4.2010, kohdat 167–169 ja 179.

<sup>451</sup> *Tănase v. Moldova*, 7.4.2010, kohta 176.

tukeudu ainoastaan kansalaisuussopimukseen ja edellä mainittujen tahojen raportteihin, vaan se vetoaa argumenttien tukena myös vahvaan eurooppalaiseen konsensukseen velvoitteesta sallia kaksoiskansalaisuuden omaavien henkilöiden nimittäminen kansalliseen parlamenttiin<sup>452</sup>.

Edellä käsitellyissä tapauksissa EIT on jättänyt vielä varsin paljon tilaa tarkoituksenmukaisuuden punninnalle. Sen sijaan kategorisen politiikan ulkopuolelle sulkemisen suhteen tuomioistuimen linja on ollut tiukka. Myös historiallisen kontekstin huomioiminen on näissä tapauksissa jäänyt taka-alalle. Tuomioistuin osoitti tämän jo tapauksessa *Aziz v. Kypros* (22.6.2004), jossa Kyproksen perustuslaki jakoi saaren turkkilaisen ja kreikkalaisen väestön eri äänestysluetteloihin. Myöhemmin saari jakaantui, ja turkkilaiset perustivat Pohjois-Kyproksen oman hallinnon<sup>453</sup>. Jako äänestyslistoihin saaren eteläosassa oli vanhentunut, mutta se kuitenkin jatkui, minkä seurauksena eteläosan turkkilaiseen vähemmistöön kuuluva valittaja oli jäänyt vaille käytännön mahdollisuutta käyttää äänioikeutta. Ratkaisussa EIT katsoo, että vaikka valtiolla on laaja harkintamarginaali vaalilainsäädännön osalta, se ei voi käytännössä eristää kokonaisia ryhmiä äänioikeuden ulkopuolelle<sup>454</sup>.

Myös tapaus *Sejdic ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina* (22.12.2009, jälj. *Sejdic ja Finci*) kuvastaa EIT:n tiukkaa suhtautumista etnisyyteen perustuvaan vaalikelpoisuuden rajoitukseen<sup>455</sup>. Tapauksessa oli kyse ehdokkaaksi asettumisen mahdottomuudesta, joka koski maan romani- ja juutalaisvähemmistöjä. Asetelma perustui Daytonin rauhansopimuksessa määritettyyn perustuslakiin, jonka perusteella epäsuoralla äänestyksellä valittavan parlamentin toisen huoneen edustuspaikat jaetaan maan serbialaisten, bosnialaisten ja kroatialaisten väestöryhmien kesken<sup>456</sup>. Vastaava vain näille väestöryhmille oli mahdollisuus asettaa ehdokkaita maan presidentinvaaleissa. Ratkaisussa suuri jaosto katsoo valtion loukanneen EIS:n 1 LPK 3 artiklaa yhdessä 14 artiklan kanssa parlamenttien osalta sekä 12 LPK 1 artiklan mukaista yleistä syrjinnän kieltoa presidentin vaalien osalta – presidentinvaalit kun eivät EIT:n mukaan sisälly 1 LPK 3 artiklan soveltamisalaan.

*Sejdic ja Finci* -ratkaisussa poliittisen kontekstin ja rajoituksen tarkoituksenmukaisuuden arvioinnin sijaan EIT tukeutuu vahvasti eurooppalaiseen kansainväliseen oikeuteen. Ratkaisuun vaikuttaa keskeisesti se, että valtio oli lupautunut – EN:oon liittymisen yhteydessä vuonna 2002 ja EU:n kanssa

<sup>452</sup> *Tănase v. Moldova*, 7.4.2010, kohta 172.

<sup>453</sup> Ks. *Raulsten* 2013, s. 686.

<sup>454</sup> *Aziz v. Kypros*, 22.6.2004, kohdat 26–30.

<sup>455</sup> *Sejdic ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina*, 22.12.2009, kohta 46. Kuten ilmaistu myös *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta*, 13.11.2007, kohdassa 196.

<sup>456</sup> *Sejdic ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina*, 22.12.2009, kohdat 10–12.

solmitun assosiaatiosopimuksen allekirjoittamisen yhteydessä vuonna 2008 – poistamaan vaalilainsäädännön syrjivät elementit<sup>457</sup>. Tuomioistuimen mukaan presidentin vaalien osalta pätevät samat perusteet<sup>458</sup>. EIT mukaan syrjivä kohtelu ei voi olla mitenkään perusteltua kyseisessä tapauksessa<sup>459</sup>. – Ei kuitenkaan ole lainkaan itsestään selvää, etteikö EIT olisi voinut löytää syrjivälle kohtelulle joi-takin oikeuttavia elementtejä, vallitsihan sodanjälkeisessä Bosnia-Hertsegovinassa pitkään varsin poikkeukselliset olosuhteet, joissa yhteiskuntarauhan säilyttäminen oli ensiarvoisen tärkeää. Tähän liittyy tuomari *Bonellon* eriävä mielipide, jossa hän kritisoi sitä, että tuomioistuin ei riittävästi huomioinut maan historiaa ja niitä perusteita, joiden vuoksi järjestelmä oli alun perin kehitetty.<sup>460</sup>

*Sejdic ja Finci* -ratkaisussa EIT asetti koko poliittisen järjestelmän kyseenalaiseen valoon. Samalla tuomioistuin joutui ristiaallokkoon valtion suvereniteetin kanssa. Valtio ei implementoinut tuomioistuimen ratkaisua, ja myöhemmin tuomioistuimen ratkaistavaksi tuli kaksi Bosnia-Hertsegovinan vaalijärjestelmää koskenutta valitusta, joissa EIT ei *Sejdic ja Finci* -ratkaisun ehdottoman argumentoinnin vuoksi voinut olla löytämättä EIS:n loukkausta. Näistä *Zornić v. Bosnia-Hertsegovina* (15.7.2014) -tapauksessa valittaja ei voinut olla ehdolla, koska hän kieltäytyi assosioitumasta yhteenkään maan perustuslaillisista kansoista<sup>461</sup>. Ratkaisussa tuomioistuin toistaa suoraan *Sejdic ja Finci* -tapaukseen perustaen, että Bosnia-Hertsegovinan täytyy uudistaa poliittinen järjestelmä siten, että se ei luo oikeuksia vain maan perustuslaissa mainituille kansoille<sup>462</sup>. Vastaavasti tapauksessa *Pilav v. Bosnia-Hertsegovina* (9.6.2016) EIT katsoi, että serbialaisen väestöryhmän alueella asuvan bosniakivalittajaa oli kohdeltu syrjivästi, koska hän ei voinut asettua ehdolle presidentinvaaleihin asuttamallaan puolella<sup>463</sup>.

Yhteenvetona voidaan todeta, että EIT suhtautuu erityisen ankarasti poliittiseen eristämiseen erityisen ankarasti. Se on myös kiinnittänyt huomiota poliittiseen keinotteluun, joilla vähemmistöpuolueiden asemaan negatiivisia vaikutuksia. Tuomioistuin ei kuitenkaan ole ilmaissut, että valtioilla olisi erityi-nen velvoite osallistaa vähemmistöt kansalliseen politiikkaan.

---

<sup>457</sup> *Sejdic ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina*, 22.12.2009, kohdat 47–50.

<sup>458</sup> *Sejdic ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina*, 22.12.2009, kohdat 55–56.

<sup>459</sup> *Sejdic ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina*, 22.12.2009, kohta 46.

<sup>460</sup> *Sejdic ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina*, 22.12.2009, tuomari Bonellon eriävä mielipide.

<sup>461</sup> *Zornić v. Bosnia-Hertsegovina*, 15.7.2014, kohta 13.

<sup>462</sup> *Zornić v. Bosnia-Hertsegovina*, 15.7.2014, kohta 43.

<sup>463</sup> *Pilav v. Bosnia-Hertsegovina*, 9.6.2016, kohta 49.

### 5.3.3 Suurennuslasin alla äänikynnykset

Vaalijärjestelmien äänikynnykset<sup>464</sup> ovat yksi vähemmistöjen politiikkaan osallistumista käytännössä rajoittavista tekijöistä. Kansainvälisen oikeuden vähemmistöjen suojelun regiimissä suositellaankin tyypillisesti äänikynnysten poistamista tai niiden madaltamista vähemmistöjen etuja ajavien puolueiden osalta. Esimerkiksi kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoo-antava komitea on katsonut, että äänikynnysten kielteinen vaikutus on otettava asianmukaisesti huomioon vaalijärjestelmissä. Lisäksi komitea katsoo, että vähemmistöjä koskevat poikkeukset äänikynnyksissä ovat osoittautuneet hyödyllisiksi keinoiksi lisätä vähemmistöjen osallistumista luottamuselinten toimintaan.<sup>465</sup> Vastaavasti EN:n Demokratiaa oikeusteitse -komissio on katsonut, että äänikynnysten ei tule vaikuttaa negatiivisesti kansallisten vähemmistöjen edustukseen lainsäädäntöelimissä<sup>466</sup>. Myös Etyj:n vähemmistövaltuutetun Lundin suosituksissa suositellaan äänikynnysten madaltamista vähemmistöjen politiikkaan osallistumisen edistämiseksi<sup>467</sup>.

EIT ja ihmisoikeustoimikunta ovat jo varhain katsoeet, että positiiviset toimet vähemmistöjen tehokkaan osallistamisen turvaamiseksi ovat toivottavia. Esimerkiksi vuoden ratkaisussa *Lindsay ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta* (8.3.1979) ihmisoikeustoimikunta antaa ymmärtää, että EIS:n 14 artiklan syrjinnän kiellon valossa on hyväksyttävää syrjiä vähemmistöä positiivisesti tukemalla sen osallistamista vaaleihin erillisin menettelyin<sup>468</sup>. Ratkaisussa *Liberal party, Mrs R. & Mr P. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (18.12.1980) ihmisoikeustoimikunta puolestaan vihjaa, että 14 artiklan loukkaus saattaa aiheutua siitä, että uskonnollinen tai etninen ryhmä ei voi käytännössä koskaan olla edustettuna lainsäätäjäläimessä enemmistöä suosivan vaalitavan vuoksi<sup>469</sup>.

Osana vaalitavan valinnalle yleisesti suotua laajaa harkintamarginaalia, myös äänikynnyksen osalta valtioiden harkintamarginaali on ollut laaja. Epäsuorasti vähemmistön äänikynnyksestä oli kyse *Gorzelik*-tapauksessa, jossa muille vähemmistöille osoitetusta madalletusta äänikynnyksestä nauttimisen

<sup>464</sup> Äänikynnyksellä viitataan yleensä ääniosuuteen, jonka tietyn vaalilistan on saatava, jotta se saisi vähintään yhden ehdokkaansa läpi vaaleissa. Monesti äänikynnys määräytyy liukuvasti äänestystuloksen perusteella, mutta monissa valtioissa on myös käytössä kiinteä äänikynnys.

<sup>465</sup> *Kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvoo-antava komitea: Commentary On The Effective Participation Of Persons Belonging To National Minorities In Cultural, Social And Economic Life And In Public Affairs*, 27.2.2008, kohta 82.

<sup>466</sup> *Demokratiaa oikeusteitse -komissio: Report On Electoral Rules And Affirmative Action For National Minorities' Participation In Decision-Making Process In European Countries*, 15.3.2005, kohta 68(e).

<sup>467</sup> *Etyj:n vähemmistövaltuutettu: The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life & Explanatory Note 9/1999*, kohta 9.

<sup>468</sup> *Lindsay ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 8.3.1979, kohdat 170–171; ks. myös Gilbert 2009, s. 616–617.

<sup>469</sup> *Liberal party, Mrs R. & Mr P. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.12.1980, s. 225.

estäminen oli hyväksyttävä peruste hylätä sleesialaisyhdistyksen rekisteröinti<sup>470</sup>. Vaikka EIT ei tapauksessa ota kantaa itse äänikynnykseen, ratkaisu osoittaa valtioiden laajan harkintamarginaalin valita mitkä vähemmistöt ovat oikeutettuja nauttimaan madalletuista äänikynnyksistä.

EIT on kuitenkin osoittanut joitakin merkkejä valmiudesta kontrolloida äänikynnyksen kohtuullisuutta. Tapauksessa *Yumak ja Sadak v. Turkki* (8.7.2008, jälj. *Yumak ja Sadak*)<sup>471</sup> EIT:n suuri jaosto piti maan 10 %:n äänikynnystä yleisesti ottaen liian korkeana ja siten 1 LPK 3 artiklan vastaisena. EIT korostaa, että äänikynnykset sinänsä voivat olla tarpeellisia esimerkiksi parlamenttien poliittisen fragmentoitumisen ehkäisemiseksi ja hallitusyhteistyön muodostumisen helpottamiseksi<sup>472</sup>. EIT kuitenkin huomioi äänikynnyksen olevan Turkissa reilusti korkeampi kuin EN:n parlamentaarisen yleiskokouksen yleisesti suosittama 3 %:n äänikynnys. EIT huomioi parlamentaarisen yleiskokouksen myös suosittaneen Turkkiä madaltamaan äänikynnystä<sup>473</sup>. Näihin tukeutuen EIT katsoikin, että äänikynnys oli normaaleissa olosuhteissa liian korkea. Tästä huolimatta tuomioistuin katsoi, että Turkin poliittinen konteksti huomioituna, 10 %:n äänikynnys ei kuitenkaan tässä tapauksessa ollut 1 LPK 3 artiklan vastainen.<sup>474</sup>

*Yumak ja Sadak* -ratkaisussa EIT ei lainkaan tarkastellut asiaa vähemmistön suojelun näkökulmasta, vaikka valittajana ollut puolue assosioituu voimakkaasti juuri maan kurdivähemmistön etupuoleeksi. Vähemmistöjen suojelun huomioiminen olisikin saattanut johtaa tapauksessa artiklan loukkauksen löytämiseen. Vähemmistönäkökulman puute saa kritiikkiä myös ratkaisun liitteenä olevassa eriävässä mielipiteessä, jossa mielipiteessä tuomarit katsovat, että vaalijärjestelmä epäonnistuu tiettyyn alueeseen tai kansalliseen vähemmistöön identifioituvien äänestäjien huomioimisessa<sup>475</sup>.

Vielä *Yumak ja Sadak* -tapauksessa EIT ei siis tunnista vähemmistöjen äänikynnyksen madaltamiseen liittyviä suosituksia. Tapauksessa *Partei Die Friesen v. Saksa* (28.1.2016, jälj. *Partei Die Friesen*) se kuitenkin osoittaa merkkejä avautumisesta vähemmistöjen suojelun regimistä johdetuille vaikutteille äänikynnysten osalta. Tapauksessa valittajana oli friisiläisvähemmistön etupuolue, jonka mukaan 5 %:n äänikynnys Ala-Saksin osavaltion parlamenttivaaleihin käytännössä estää sen mahdollisuuden

<sup>470</sup> *Gorzelik ja muut v. Puola*, 17.2.2004, kohta 41.

<sup>471</sup> Tapauksen valittajat pyrkivät maan parlamenttiin kurdinationalistisen DEHAP-puolueen ehdokaslistalta vuoden 2002 vaaleissa. Kyseinen puolue sai vaaleissa 6,22 %:a kaikista äänistä, eikä läpäissyt maan äänikynnystä. *Yumak ja Sadak v. Turkki*, 8.7.2008, kohta 125.

<sup>472</sup> *Yumak ja Sadak v. Turkki*, 8.7.2008, kohta 131.

<sup>473</sup> *Yumak ja Sadak v. Turkki*, 8.7.2008, kohdat 52–53 ja 130. Tuomioistuin huomio myös 5 %:n äänikynnyksen olevan sopimusvaltioissa yleisesti käytössä. ks. *Yumak ja Sadak v. Turkki*, 8.7.2008, kohta 132.

<sup>474</sup> *Yumak ja Sadak v. Turkki*, 8.7.2008, kohdat 147–148.

<sup>475</sup> *Yumak ja Sadak v. Turkki*, 8.7.2008, tuomareiden *Tulkens, Vajić, Jaeger ja Šikuta* eriävä mielipide, kohta 5. Ks. myös *Akbulut* 2010, s. 551–560.

saada ehdokkaita parlamenttiin, koska osavaltion friisiläisvähemmistö ei ole riittävän suuri äänikynnyksen ylittämiseksi. Puolue katsoi olevansa muista puolueista merkittävästi eroavassa tilanteessa, minkä johdosta sitä tulisi myös kohdella muista puolueista eroavasti. Puolueen näkemyksen mukaan äänikynnys loukkasi 1 LPK 3 artiklaa yhdessä 14 artiklan kanssa luettuna.<sup>476</sup>

Ratkaisussa EIT havainnoi, että tutkittavaksiottamispäätöksessä *Magnago ja Südtiroler Volkspartei v. Italia* (15.4.1996) ihmisoikeustoimikunta hylkäsi lähtökohdiltaan lähes identtisen valituksen ilmeisen perusteettomana<sup>477</sup>. *Partei Die Friesen* -tapauksessa EIT kuitenkin katsoo olevan ajankohtaista tarkastella asiaa sittemmin laaditun kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen 15 artiklan valossa. Tässä yhteydessä EIT tarkastelee myös kyseistä sopimusta valvovan neuvonantavan komitean sekä EN:n Demokratiaa oikeusteitse -komission suosituksiin alentaa äänikynnystä kansallisten vähemmistöjen osalta<sup>478</sup>. Tuomioistuimen johtopäätös on kuitenkin se, että myös nämä tahot jättävät valtioille laajan harkintamarginaalin äänikynnysten suhteen. – EIS:n 1 LPK 3 artiklaa yhdessä 14 artiklan luettuna kanssa ei oltu loukattu<sup>479</sup>.

Viimeksi mainittu tapaus osoittaa, että EIT on mahdollisesti ottamassa aktiivisempaa roolia vähemmistöjen poliittisten oikeuksien turvaamisen osalta. Valtioiden harkintamarginaali on edelleen laaja, mutta tuomioistuin näyttää olevan valmis arvioimaan sitä tapauskohtaisesti. Käytännössä EIS:n 1 LPK 3 artiklan loukkaus yhdessä 14 artiklan kanssa saattaisi tulla kyseeseen silloin, kun tapauksessa on selkeämpi kytkös poliittiseen keinotteluun: esimerkiksi silloin, kun äänikynnys on tuore ja se on selkeästi suunnattu tietyn vähemmistön vaikuttamismahdollisuuksien kaventamiseen. Tulevaisuudessa EIT voi tunnistaa herkemmin myös vaalipiirien muuntelun vähemmistöjen vaikuttamismahdollisuuksia heikentävällä tavalla.

---

<sup>476</sup> *Partei Die Friesen v. Saksa*, 28.1.2016, kohdat 26–27.

<sup>477</sup> *Partei Die Friesen v. Saksa*, 28.1.2016, kohta 42.

<sup>478</sup> *Partei Die Friesen v. Saksa*, 28.1.2016, kohta 43.

<sup>479</sup> *Partei Die Friesen v. Saksa*, 28.1.2016, kohdat 43–44.

## 6 YHTEENVETO JA POHDINTA

### 6.1 Oikeus kulttuuri-identiteettiin – normin luonne ja sen merkitys

#### 6.1.1 Oikeuskäytäntöjen erot ja yhtäläisyydet

Tässä vaiheessa tutkimusta on aika tarkastella kokoavasti aineistosta tehtyjä havaintoja. Tutkimuksessa tarkasteltiin sitä, miten Amerikan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten lähestymistavat eroavat toisistaan vähemmistöjen suojeluun liittyvissä oikeuskäytännöissä. Aikaisemman tutkimuksen perusteella oli odotettavissa, että molemmat tuomioistuimet tunnistavat vähemmistöihin kuuluvien valittajien identifioituvan osaksi suurempaa vähemmistöyhteisöä. Oli kuitenkin odotettavissa, että valittajan kulttuuri-identiteetillä on enemmän vaikutusta AIT:n ratkaisuiden perusteisiin, johtuen osittain alkuperäiskansojen kulttuurillisesta erityislaatuudesta.

AIT:n osalta huomio kiinnittyi tutkielmassa etenkin alkuperäiskansojen historialliseen maaomistusoikeuteen liittyvään oikeuskäytäntöön, jossa kulttuuri-identiteettiä kunnioittava ihmisoikeussopimuksen tulkinta selkeimmin ilmenee. Historiallisen maaomistusoikeuden sisällyttäminen AIS:n 21 artiklaan *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (31.8.2001) -ratkaisussa on tuomioistuimen historian ehkä merkittävin oikeudellinen innovaatio. Ratkaisulla ja sitä seuranneella oikeuskäytännöllä on luonnollisesti ollut kauaskantoisia vaikutuksia Amerikan alkuperäiskansojen taistelussa niille historiallisesti kuuluneista alueista. Monille näistä kansoista nämä todella ovat elämän ja kuoleman kysymyksiä.

Oikeudellisesti arvioituna alkuperäiskansojen historialliseen omistusoikeuteen liittyvissä ratkaisussa merkittävää on ensinäkkin tapa, jolla AIT kytkee kulttuuri-identiteetin ja henkisen eheyden. Tämä osoittaa, että tuomioistuin ymmärtää identiteetin menetyksen vakavat vaikutukset vähemmistöyhteisöille. AIT:n kunnioittava suhtautuminen kulttuuri-identiteettiä kohtaan on käytännössä tiukentanut omaisuuden suojan normaalisti sovellettavia rajoitusedellytyksiä. AIT on painottanut, että oikeuden rajoitusta tulee arvioida alkuperäiskansan fyysisen ja henkisen selviytymisen kannalta<sup>480</sup>. Tuomioistuimen lähestymistapa maaomistuskysymyksiin on samalla varsin pragmaattinen: jos tietty yhteisö

---

<sup>480</sup> Näin esim. *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 146–147 ja *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohdat 118–119.

pystyy osoittamaan kulttuurillisen siteen tiettyyn maa-alueeseen, tuomioistuin kunnioittaa tätä suhdetta ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa<sup>481</sup>. Alkuperäiskansastatuksella ei sinänsä ole merkitystä.

AIT:n toinen merkittävä oikeudellinen valinta on soveltaa oikeutta kulttuuri-identiteettiin AIS:n tulkintaa ohjaavana syvätason normi. Tämä pohjautuu *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (17.6.2005) -ratkaisun argumentteihin, joissa tuomioistuin katsoi oikeuden kulttuuri-identiteettiin olevan osa syrjimättömyyteen ja yhdenvertaisuuteen liittyviä artikloja<sup>482</sup>. Lähestymistapa osoittaa AIT:n valmiuden soveltaa ihmisoikeussopimusta kulttuurirelativistisella tavalla. AIT:n ratkaisut liittyvät kulttuurillisesti etäisiin alkuperäiskansoihin. Siksi on jokseenkin epäselvää saisiko oikeus kulttuuri-identiteettiin yhtä paljon painoarvoa tapauksissa, joissa valittajan kulttuuri on lähempänä valtion valtakulttuuria. Oikeus kulttuuri-identiteettiin syvätason tulkinnallisena normina antaa tähän joka tapauksessa hyvät edellytykset. On huomattava, että oikeuskäytännössään AIT on huomioinut myös alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteetille vähemmän merkitykselliset tekijät, kuten perinteisen järjestäytymistavan merkityksen *YATAMA v. Nicaragua* (23.6.2005) -tapauksessa<sup>483</sup>. Tämä voi indikoida sitä, että tuomioistuimen kynnys kulttuurirelativistiselle ihmisoikeussopimuksen tulkinnalle on varsin matala.

Aikaisemman tutkimuksen perusteella EIT:n odotettiin tunnistavan valittajan kulttuuri-identiteetin sen ratkaisuihin, mutta oli jokseenkin epäselvää, millaisia käytännön vaikutuksia kulttuuri-identiteetillä on etnisiä vähemmistöjä koskevien ratkaisujen perusteissa<sup>484</sup>. Tutkimuksen perusteella EIT:n lähestymistavan voidaan todeta eroavan AIT:n lähestymistavasta. EIT on nimittäin katsonut kulttuuri-identiteetin kuuluvan EIS:n 8 artiklan mukaiseen oikeuteen nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. Sen sijaan mikään ei viittaa siihen, että oikeus kulttuuri-identiteettiin olisi EIT:n oikeuskäytännössä muiden artiklojen tulkintaa ohjaava normi. Oikeus kulttuuri-identiteettiin ei myöskään ole ollut kovin vahva normi, vaan sitä on voitu rajoittaa melko helposti.

EIT viittaa romani- ja saamelaisvähemmistöihin liittyvissä oikeuskäytännössään ensisijaisesti vähemmistöihin kuuluvien elämäntapaan (*way of life*). Valittajan kulttuuri-identiteetti on siten huomioitu, mutta enimmäkseen ulkoisesta näkökulmasta. Tuomioistuin ei siis ole juurikaan kiinnittänyt huomiota siihen, mitä perinteisen elämäntavan menetys saattaa merkitä valittajan henkiselle ehey-

<sup>481</sup> Näin tapauksissa *Moiwana Village v. Suriname* (15.6.2005) ja *Saramaka People v. Suriname* (28.11.2007)

<sup>482</sup> *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohta 51.

<sup>483</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 218.

<sup>484</sup> Ks. *Pentassuglia* 2013, s. 84.



delle. Tässä piilee AIT:n ja EIT:n oikeuskäytäntöjen toinen merkittävä ero kulttuuri-identiteetin tunnistamisen suhteen. Taustalla vaikuttavana tekijänä voidaan nähdä etenkin AIT:n valittajamyönteisen *pro homine* -tulkintamallin.

*Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta* (18.1.2001) -tapauksesta alkaen EIT on myös katsonut, että valtioilla on jonkin asteisia positiivisia velvoitteita mahdollistaa vähemmistöjen elämäntapa<sup>485</sup>. Tämä velvoite on vähitellen konkretisoitunut oikeuskäytännössä. EIT:n *Winterstein ja muut v. Ranska* (17.10.2013) -ratkaisu on merkki orastavasta muutoksesta. Ratkaisussa tuomioistuin ensinäkin osoitti, että EIS:n 8 artiklasta todella juontuu valtioille konkreettinen positiivinen velvoite fasilitoida kiertävä elämäntapa järjestämällä alueita, joissa se voi jatkua. Ratkaisun potentiaalisesti kauaskantoisempi muutos on kuitenkin EIT:n argumenteissa. Tuomioistuin nimittäin huomioi, että kiertolaiselämä on valittajille keskeinen tapa säilyttää kulttuuriperinne, itsemääräämisoikeus, fyysinen ja psyykinen eheys sekä suhde muuhun yhteisöön<sup>486</sup>. Valittajan kulttuuri-identiteetti saa siis ratkaisussa aikaisempaa syvätasoisemman merkityksen.

*Winterstein*-ratkaisussa ei pidä aliarvioida tuomioistuimen haavoittuvuusdoktriinin vaikutusta ratkaisun perusteissa. Haavoittuvuusdoktriinin myötä EIT on tarkastellut romani- ja kiertolaisvähemmistöjen tarpeita suurennuslasilla. Tuomioistuin ei ole juurikaan valaissut tutkijoita siitä, millä perusteilla tietty vähemmistö luokitellaan haavoittuvassa asemassa olevaksi. Oletettavasti romani- ja kiertolaisvähemmistöjen yhteydessä haavoittuvuusargumentaatio kumpuaa kuitenkin valittajien heikosta sosioekonomisesta asemasta. *Winterstein*-ratkaisu osoittaa, että myös sinänsä sosioekonomiseen asemaan liittymätön kulttuuri-identiteetin vaalimisintressi voi saada tukea haavoittuvuusargumentaatiosta. Sen sijaan kulttuurillinen haavoittuvuus – siis huoli siitä, että tietty perinteinen elämäntapa uhkaa kadota – ei vaikuta tuomioistuimen perusteissa. Tämä ilmenee erityisesti EIT:n alkuperäiskansoja koskevassa oikeuskäytännössä.

EIT:n alkuperäiskansoja koskeva oikeuskäytäntö on edennyt eri raiteilla. Alkuperäiskansojen kanteet ovat yhtä poikkeusta lukuun ottamatta kariutuneet tuomioistuimen formaaliin tapaan soveltaa tutkitavaksiottamisen edellytyksiä. EIT ei ole huomioinut alkuperäiskansojen valitusten edellyttämää tukinnallista joustavuutta tutkitavaksiottamisen kriteerien soveltamisessa. Kriteerit saattaisivat joustaa, jos tuomioistuisi alkuperäiskansojen kulttuurillisen haavoittuvuuden. Ainakin *Hingitaq 53 ja muut v.*

<sup>485</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohta 93.

<sup>486</sup> Ks. *Winterstein ja muut v. Ranska*, 17.10.2013, kohta 142.

*Tanska* (12.1.2006) ja *Chagos Islanders v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.12.2012) päätöksissä tuomioistuin olisi voinut huomioida myös ryhmien kohtaaman sosioekonominen haavoittuvuuden, mikä olisi voinut taivuttaa tutkittavaksiottamisen edellytysten tulkintaa.

Toisaalta EIT on tarkastellut alkuperäiskansojen valituksia ensisijaisesti 1 LPK 1 artiklaan kuuluvina, mihin suurin osa niistä asiayhteyden osalta loogisesti kuuluukin. EIS:n 8 artikla – ja oikeus kulttuuri-identiteettiin – jää valituksissa väistämättä taka-alalle, koska EIT ei ole osoittanut halukkuutta soveltaa oikeutta kulttuuri-identiteettiin yleisenä tulkinnallisena normina. Sen sijaan kiertävään elämäntapaan liittyvät tapaukset liittyvät kodin loukkauksiin ja siten EIS:n 8 artikla tulee väistämättä kyseeseen.

### 6.1.2 Kansainvälisen oikeuden vaikutus ja keskinäinen vuorovaikutus

Ihmisoikeustuomioistuinten oikeuskäytäntöjä tarkasteltiin tutkimuksessa erityisesti kansainvälisen oikeuden lähteiden hyödyntämisen valossa. Erityinen mielenkiinto liittyi myös siihen, onko ihmisoikeustuomioistuimen välillä havaittavissa keskinäistä vuorovaikutusta. Aikaisemman tutkimuksen perusteella oli odotettavissa, että AIT hyödyntää kansainvälistä oikeutta kokonaisvaltaisesti ihmisoikeussopimuksen evolutiivisen tulkinnan inspiraation lähteenä. Sen sijaan EIT:n tiedettiin hyödyntävän kansainvälisen oikeuden lähteitä epäsäännöllisesti, enimmäkseen sopimusvaltioiden välillä vallitsevaa konsensusta painottaen. Ainakaan suoraa vuorovaikutusta ei odotettu vähemmistöihin liittyvien oikeuskäytäntöjen välillä ilmenevän.

Kulttuuri-identiteetin huomioimisen osalta tutkimustulokset tukevat johtopäätöstä, jonka mukaan AIT suhtautuu kansainvälisen oikeuden normeihin – ainakin ihmisoikeusregiimin osalta – kokonaisvaltaisesti. Selkeimmin tämä on nähtävissä *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay* (17.6.2005) -ratkaisussa, jossa AIT viittaa suoraan valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen 31 (3) artiklaan osana AIS:n tulkintaperusteita<sup>487</sup>.

Tutkimuksesta selviää OAS:n piirissä vaikuttavien alkuperäiskansoja koskevien normien olevan varsin tuoreita ja velvoittavuudeltaan heikkoja. Tämän vuoksi AIT:n tulkinnallisen inspiraation hakuisuus kohdistunut pääsääntöisesti YK:n ja sen alajärjestö ILO:n ihmisoikeusregiimeihin. Erityisessä massassa on ILO 169 -sopimus, jonka yksi keskeisistä tavoitteista on alkuperäiskansojen kulttuuri-identiteetin suojaaminen. AIT:n oikeuskäytännössä on korostunut sopimuksen 13 artikla, joka tunnistaa

<sup>487</sup> *Yakye Axa Indigenous community v. Paraguay*, 17.6.2005, kohdat 125–126.

alkuperäiskansoille historiallisesti kuuluneiden alueiden merkitys alkuperäiskansoille. ILO 169 -sopimuksen vahva rooli tuomioistuimen oikeuskäytännössä selittyy osin myös sillä, että lähes kaikki AIT:n toimivallan piirissä olevat valtiot ovat ratifioineet kyseisen sopimuksen. Nämä eivät ole kuitenkaan ainoita lähteitä, joista AIT ammentaa inspiraatiota. *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (27.6.2012) -ratkaisussa on huomattavaa, kuinka AIT pyrkii jäsentämään verkostoa normeista, joista oikeus kulttuuri-identiteettiin koostuu kansainvälisessä oikeudessa<sup>488</sup>. Tämä ilmentää AIT:n kokonaisvaltaista suhtautumista kansainvälisen oikeuden eetokseen.

Käänteentekevässä *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (31.8.2001) -ratkaisussa AIT johtaa tulkinnan kansallisista normeista. Tuomioistuimen katse ei siten ole suuntautunut ainoastaan kansainväliseen oikeuteen, vaan tuomioistuin saattaa johtaa evolutiivisen tulkinnan myös kansallisista normeista. Jo kyseisessä tapauksessa tuomioistuin kuitenkin tunnistaa kansainvälisen oikeuden kehityksen, vaikka tuomioistuin ei suoraan viittaa esimerkiksi ILO 169 -sopimukseen. AIT:n kokonaisvaltaisen suhtautumisen vuoksi valtion ratifiointi ei lopulta näytä olevan suuri kynnyskysymys tietyn sopimuksen eetoksen hyödyntämiselle. Tämän osoittavat *Moiwana Village v. Suriname* (15.6.2005) ja *Saramaka People v. Suriname* (28.11.2007) -tapaukset, joissa AIT hyödyntää ILO 169 -sopimuksen soveltamisalaan liittyvää terminologiaa valtion ratifioinnin puutteesta riippumatta.

Mielenkiintoista suhtautumista kansainväliseen oikeuteen on havaittavissa *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay* (29.3.2006) -tapauksessa, kun tuomioistuin katsoo AIS olevan sopimuksena omassa luokassaan – tämä siis suhteessa kansainväliseen investointisopimukseen, joka ei saa ratkaisussa lainkaan painoarvoa. Tulkinta korostaa AIS:n – ja toisaalta ihmisoikeusregiimin luoman kokonaisuuden – asemaa suhteessa muihin kansainvälisen oikeuden regiimeihin. Tuomioistuimen suhtautuminen kansainväliseen oikeuteen ei siis lopulta ole täysin kokonaisvaltaista, vaan tältä osin on havaittavissa kansainvälisen oikeuden regiimien välistä fragmentoitumista.

Myös EIT:n osalta tutkimustulokset pääsääntöisesti tukevat tutkimuksen hypoteesia. EIT tunnisti jo *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta* (18.1.2001) -tapauksessa sopimusvaltioiden keskuudessa orastavan kansainvälisen konsensuksen tarpeesta tunnistaa vähemmistöjen erityistarpeet sekä velvoitteen turvata vähemmistöjen turvallisuus, identiteetti ja elämäntyyli<sup>489</sup>. Tällä tuomioistuin ei viittaa suoraan tiettyihin kansainvälisen oikeuden normeihin, vaan yleisemmin valtioiden keskuudessa vallitsevaan poliittiseen tahtoon, jota eurooppalaiset vähemmistöjen suojeluun liittyvät sopimukset ilmentävät.

<sup>488</sup> *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 27.6.2012, kohdat 215–217.

<sup>489</sup> *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, 18.1.2001, kohta 93.

Velvoite mahdollistaa kiertävän elämäntavan jatkuminen muodostui konkreettiseksi *Winterstein ja muut v. Ranska* (17.10.2013) -ratkaisussa. Kyseiseen ratkaisuun vaikuttivat selkeästi EN:n regiimissä olevien suositusten lisäksi etenkin Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean oikeuskäytäntö, joka on tunnistanut vastaavan velvoitteen jo aikaisemmin<sup>490</sup>. On syytä myös huomioida argumentti, jonka mukaan kiertolaiselämä on valittajille keskeinen tapa säilyttää kulttuuriperinne, itsemääräämisoikeus, fyysinen ja psyykkinen eheys sekä suhde muuhun yhteisöön<sup>491</sup>. Tämä – *mutatis mutandis* – muistuttaa AIT:n argumentaatiota alkuperäiskansojen maaomistuksen merkityksestä alkuperäiskansojen identiteetille. EIT siis AIT:n tapaan tunnistaa elämäntavan merkityksen fyysiselle ja psyykkiselle eheydelle. Olisi ehkä perusteetonta väittää, että EIT on suoraan lainannut argumentin AIT:lta, mutta joka tapauksessa argumenttien välillä on nähtävissä koheesiota.

Alkuperäiskansojen läpimurto EIT:n oikeuskäytännössä odottaa yhä, mutta tarkastelluista tutkittavaksiottamispäätöksistä ja *Handölsdalen Sami Village ja muut v. Ruotsi* (30.3.2010) -ratkaisusta voidaan päätellä, että tuomioistuimella on ollut vaikeuksia tunnistaa kanteiden merkitys valittajien kulttuuri-identiteetille. Alkuperäiskansojen haasteet tuomioistuimen edessä pohjautuvat osin EIT:n tapaan huomioida kansainvälinen oikeus. EIT nimittäin viittaa tyypillisesti sopimusvaltioiden keskuudessa orastavaan kansainväliseen konsensukseen tarpeesta tunnistaa vähemmistöjen erityistarpeet. Sopimusvaltioiden ollessa eurooppalaisia, eurooppalainen kansainvälinen konsensus korostuu. Tämä on alkuperäiskansojen kannalta ongelmallista, sillä eurooppalaisessa kansainvälisessä oikeudessa ei ole erityisesti alkuperäiskansojen suojeluun keskittyviä normeja. Ei myöskään ole todennäköistä, että esimerkiksi ILO 169 -sopimus voisi saavuttaa EIT:n tarkoittaman eurooppalaisen konsensuksen yksinkertaisesti siitä syystä, että EN:n jäsenvaltioissa on vain muutamia alkuperäiskansoja.<sup>492</sup> Tosin saamelaisten osalta tämä tilanne saattaa helpottua pohjoismaisen saamelaissopimuksen myötä. – Toisaalta kuitenkin kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvova neuvonantava komitea on tehnyt erittäin selväksi, että alkuperäiskansat kuuluvat sopimuksen soveltamisalan piiriin. Sama orastava kansainvälinen konsensus pätee siis myös eurooppalaisiin alkuperäiskansoihin. Sopimus ei suoranaisesti turvaa esimerkiksi alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeutta, saati omistusoikeutta kansoille historiallisesti kuuluviin maa-alueisiin, mutta se turvaa esimerkiksi perinteisen elämäntavan jatkumisen, jonka merkitys voisi olla EIT:n alkuperäiskansoja koskevissa päätöksissä korostuneempi.

---

<sup>490</sup> *Winterstein ja muut v. Ranska*, 17.10.2013, kohdat 84–86 ja 165. EIT viittaa päätökseen valituksessa *European Roma Rights Center v. Ranska* (26.10.2009).

<sup>491</sup> *Winterstein ja muut v. Ranska*, 17.10.2013, kohta 142.

<sup>492</sup> Ks. myös *Gismondi* 2017, s. 52–53.

## 6.2 Positiiviset veloitteet – avain sosioekonomiseen yhdenvertaisuuteen

### 6.2.1 Oikeuskäytäntöjen erot ja yhtäläisyydet

Tutkimuksen neljännessä luvussa tarkasteltiin sitä, miten ihmisoikeustuomioistuimet edellyttävät valtioiden pyrkivän kohti vähemmistöjen todellista sosioekonomista yhdenvertaisuutta. Odotettavissa oli, että EIT:n oikeuskäytännössä syrjinnän kieltäminen on korostunut, mutta tuomioistuin suhtautuu varovaisesti positiivisten veloitteiden asettamiseen. AIT:n odotettiin osoittavan suurempaa valmiutta asettaa valtioille positiivisia veloitteita.

Molempien ihmistuomioistuinten oikeuskäytännöissä oli nähtävissä merkkejä siitä, että ne edellyttävät valtioiden on pyrkivän kohti vähemmistöjen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden toteutumista. Tätä ovat tukeneet etenkin tuomioistuinten käyttämät haavoittuvuusdoktriinit, joiden avulla ne ovat tunnistaneeet heikossa asemassa olevien vähemmistöjen sosioekonomiset olosuhteet. Ihmisoikeussopimuksen laajuuden kannalta arvioituna, AIT:lla on paremmat edellytykset huomioida todellisen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden toteutuminen yhteiskunnissa. AIT:n tulkinta-arsenaaliin kuuluvat progressiivista sosiaalista kehitystä edellyttävä AIS:n 26 artikla ja 24 artikla, joka takaa AIS:n soveltamisalasta riippumattoman oikeuden yhdenvertaisuuteen lain edessä. Näitä kahta artiklaa tukee myös AIS:n 1 (1) artiklan ihmisoikeussopimuksen soveltamisalaan rajoittuva syrjimättömyysnormi. EIS ei puolestaan suoranaisesti sisällä oikeutta yhdenvertaisuuteen lain edessä. Sen sijaan sopimuksessa on kaksi syrjinnän kieltävää artiklaa: 14 ja 12 LPK 1. Tuomioistuimella on lisäksi käytettävänä 1 LPK 2 artiklan oikeus koulutukseen.

Tarkastelluissa AIT:n ratkaisussa tuomioistuin on hyödyntänyt AIS:n 4 artiklaan pohjautuvaa *viva digna* -doktriinia. Kyseinen artikla sisältää oikeuden elämään, jota AIT on tulkinnut niin, että loukkaus voi tulla kyseeseen myös silloin, kun arvokkaan elämän edellytykset eivät ole toteutuneet. Esimerkiksi *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay (17.6.2005)* -ratkaisussa tuomioistuin ei pitänyt valtiota suoraan vastuullisena elinolosuhteiden aiheuttamista luonnollisista kuolemista, mutta katsoi siitä huolimatta kelvottomien elinolosuhteiden aiheuttaneen artiklan loukkauksen. Kuitenkin jo tapausta seuranneessa *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay (29.3.2006)* -ratkaisussa tuomioistuin oli valmis muuttamaan tulkintaansa katsomalla, että kestävämmien elinolosuhteiden vuoksi valtio oli vastuussa myös osasta yhteisössä aiheutuneista luonnollisista kuolemista<sup>493</sup>. Ratkai-

<sup>493</sup> *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 178–180.

lussa tuomioistuimen lähestymistapa systematisoitui, kun se tarkasteli syy-yhteyttä konkreettisemmin. Silti AIT säilytti myös tulkinnan, jonka mukaan huonot elinolosuhteet voivat itsessään aiheuttaa AIS:n 4 artiklan loukkauksin.

*Viiva digna* -doktriinin alkuvaiheessa vaikutti siltä, että se rajoittuu hengissä säilymisen vähimmäisedellytyksiin, kuten riittävään ravintoon ja juomaan sekä välttämättömiin terveystalouteihin. Myöhemmin tuomioistuin kuitenkin liittyy yhdeksi arvokkaan elämän edellytykseksi oikeuden peruskoulutukseen, mikä tekee tuomioistuimen tulkinnasta selvästi kunnianhimoisemman. Todellisen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden kannalta on tärkeää, että AIT on hylännyt valtion formaaliin yhdenvertaisuuteen viittaavan argumentin, jonka mukaan alkuperäiskansoille on lainsäädännössä turvattu samantasoiset koulutus- ja terveydenhuoltopalvelut kuin muillekin kansalaisille. Tuomioistuin korostaa, että lainsäädännöllinen menettely ei ole riittävää koska yhteisöillä ei ole ollut käytännössä mahdollisuutta nauttia näistä oikeuksista. AIT edellyttää valtiolta positiivisia toimia, joiden avulla alkuperäiskansat voivat hyötyä koulutuksesta ja terveydenhuollosta käytännössä.<sup>494</sup>

AIT:n aktiivista suhtautumista todellista yhdenvertaisuutta kohtaan ilmensi selkeimmin *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (24.8.2010) -ratkaisu, jossa AIT selventää yleisellä tasolla mitä syrjimättömyys sen tulkinnan mukaan merkitsee. AIT:n mukaan valtioilla on velvoite huomioida alkuperäiskansojen sosioekonomiset olosuhteet, haavoittuva asema ja kulttuuriin liittyvät elementit sekä velvoite ryhtyä positiivisiin toimiin, joilla pyritään kumoamaan alkuperäiskansoja kohtaava järjestelmällinen syrjintä yhteiskunnassa<sup>495</sup>. Paraguayta koskeneissa tapauksissa alkuperäiskansat ovat eläneet äärimmäisessä köyhyydessä. Silti AIT:n yleisessä suhtautumisessa todellista yhdenvertaisuutta kohtaan ei ole nähtävissä mitään sellaista, mikä estäisi lähtökohtien soveltamista tapauksissa, joissa elämää uhkaava tilanne on vähemmän ilmeinen.

EIT:n vähemmistöjen todellisen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden tavoiteluun liittyvä oikeuskäytäntö ei ole aivan suoraan verrannollista AIT:n oikeuskäytäntöön. Ratkaisuissa näkyy ensinakin ero tuomioistuinten ratkaistavaksi tulevien tapausten laajuudessa: AIT:n ratkaisut liittyvät usein laajamittaisiin ihmisoikeusloukkauksiin, kun taas EIT:n ratkaisut liittyvät tarkemmin rajattuihin tulkintakykyisiin. EIT:n oikeuskäytäntö linkittyy romanivähemmistöjen peruskoulutukseen liittyviin tapauksiin, joissa kyseiset vähemmistöt ovat kohdanneet epäsuoraa syrjintää. Kyseinen oikeuskäytäntö

<sup>494</sup> Näin tapauksissa *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29.3.2006, kohta 167 ja *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohdat 203–208.

<sup>495</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohdat 270–275.

ilmentää romanivähemmistöjen kohtaamaa järjestelmällistä syrjintää Euroopan valtioissa, sinänsä siis myös EIT:n oikeuskäytäntö liittyy laajamittaisiin ongelmiin.

Kaiken kaikkiaan EIT:n ratkaisujen argumenteista voidaan havaita, että valtioilla on positiivinen velvoite tukea haavoittuvassa asemassa olevan romanivähemmistön asemaa koulujärjestelmissä. Valtioiden tulee pyrkiä kohti todellisen yhdenvertaisuuden toteutumista koulujärjestelmissä esimerkiksi järjestämällä kielitaitoon liittyvää tukiovetusta<sup>496</sup>. Oikeuskäytännössä kuitenkin korostuu se, että käytettyjen keinojen tulee vastata todellisen yhdenvertaisuuden tukemisen tavoitteita. EIT on asettanut valtioiden toteuttamat positiiviset toimet tiukan tarkoituksenmukaisuusarvioinnin kohteeksi. Tuomioistuimien on myös korostanut, että se arvio toteutettuja toimenpiteitä erityisen ankarasti silloin, kun ne näyttävät perustuvan vain etnisiin syihin<sup>497</sup>. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että toimet oppilaiden yhdenvertaisuuden tukemiseksi ovat toivottavia, mutta niille on oltava äärimmäinen tarve ja käytännön on perustuttava luonteeltaan pysyvään, objektiiviseen ja kokonaisvaltaiseen lähtötasotestiin.

*Horváth ja Kiss v. Unkari* (29.1.2013) -ratkaisussa EIT viittaa myös koulujärjestelmää kauaskantoisempaan velvoitteeseen. EIT katsoo, että valtioilla on positiivinen velvoite kumota etnisen segregaatiosion vaikutus esimerkiksi osallistamalla segregaatiosion kärsineet henkilöt aktiivisesti ja järjestelmällisesti sosiaalipalveluiden piiriin<sup>498</sup>. Vaikka velvoite ei ole kovinkaan konkreettinen, se kuvastaa EIT:n asettamaa moraalista velvoitetta pyrkiä kohti todellista sosioekonomista yhdenvertaisuutta yhteiskunnassa. – Tulevaisuudessa on mielenkiintoista nähdä, voisiko sosioekonomisessa asemassa oleva etninen vähemmistö vedota EIS:n syrjimättömyysnormeihin tilanteessa, jossa koulutusta ei ole tuettu positiivisin toimin. Tähän mahdollisuuteen viittaa toisen jaoston ratkaisu *Çam v. Turkki* (23.2.2016), jossa valtio loukkasi 1 LPK 2 artiklaa yhdessä 14 artiklan kanssa luettuna, koska se ei ollut suorittanut tarpeellisia tukikeinoja sokean valittajan musiikkiopintojen mahdollistamiseksi.

Molemmat ihmisoikeustuomioistuimet ovat siis tunnistaneet todellisen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden tavoittelun oikeuskäytännöissään. Tuomioistuinten ratkaisut eroavat taustaltaan kuitenkin merkittävästi, minkä vuoksi – pohjavirettä lukuun ottamatta – lähestymistavassa ei ole nähtävissä kovinkaan paljoa yhteistä. AIT:n ratkaisuissa on ollut kyse äärimmäisestä köyhyydestä, minkä vuoksi AIT:n ei ole tarvinnut lähestyä tapauksia analyttisesti syrjimättömyyden kannalta. EIT:n oikeuskäytäntö on liittynyt hienosyisemmän ja piilotetumman epäsuoran syrjinnän tunnistamiseen, minkä vuoksi sen on täytyntä kehittää oikeuskäytäntöä vastaamaan näihin haasteisiin.

<sup>496</sup> Näin esim. *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohta 165.

<sup>497</sup> *Oršuš ja muut v. Kroatia*, 16.3.2010, kohta 157.

<sup>498</sup> *Horváth ja Kiss v. Unkari*, 29.1.2013, kohdat 104.

## 6.2.2 Kansainvälisen oikeuden vaikutus ja keskinäinen vuorovaikutus

Tutkimuksessa käytetyistä aineistosta ilmeni, että molemmat ihmisoikeustuomioistuimet ovat hyödyntäneet kansainvälisen oikeuden lähteitä myös vähemmistöjen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden turvaamisen osalta. Osittain verrattujen oikeustapausten erosta johtuen myös kansainvälisen oikeuden hyödyntämisen osalta on selkeitä eroja: AIT on hakenut kansainvälisestä oikeudesta sisältöä sen *viva digna* -käsitteelle, kun taas EIT on pääsääntöisesti tarkastellut eurooppalaisessa kansainvälisessä oikeudessa vaikuttavien valvontaorganien raportteja syrjintäolettaman synnyn selvittämiseksi.

AIT:n *viva digna* -doktriini pohjautuu etenkin YK:n TSS-komitean kanssa käytyyn vuorovaikutukseen. Se siteerannut TSS-komitean näkemyksiä elämän vähimmäisedellytyksien, kuten riittävän veden saannin tasosta. AIT on tulkinnut oikeuden peruskoulutukseen osaksi arvokkaan elämän vähimmäisedellytyksiä, minkä tuomioistuin on puolestaan johtanut mitä ilmeisimmin ILO 169 -sopimuksen 27 (1) artiklasta. Tässä yhteydessä AIT on tulkinnut sopimusta jälleen kulttuurirelativistisesti katsoessaan, että valtiolla on velvollisuus aktiivisin toimenpitein varmistaa, että alkuperäiskansojen peruskoulutus on sopusoinnussa niiden kulttuuri-identiteetin kanssa

AIT:n inspiraatiohakuisuus EIT:n oikeuskäytäntöä kohtaan puolestaan ilmenee *viva digna* -doktriinin osalta niin sanotun *Osman*-testin hyödyntämisenä. Tämä on mainio esimerkki konstitutionaalisesta vuoropuhelusta eli siitä, kuinka tietty ihmisoikeuksien tulkintamalli leviää perustavanlaatuisia oikeuksia tarkastelevasta tuomioistuimesta toiseen. AIT on kuitenkin lisännyt tulkintamalliin oman mausteensa soveltamalla valtion vastuuta myös tilanteisiin, joissa alkuperäiskansan oikeus elämään on olosuhteiden vuoksi uhattu, mutta henkiä ei ole menetetty.

AIT on tunnistanut, että oikeus syrjimättömyyteen, oikeus yhdenvertaisuuteen lain edessä ja oikeus yhdenvertaiseen lainsuojaan ovat luonteeltaan *jus cogens* -normeja. AIT:n oikeuskäytännön perusteella vaikuttaa siltä, että *jus cogens* -luonne ei rajoitu vain formaaliin käsitykseen yhdenvertaisuudesta vaan normi edellyttää myös todellisen yhdenvertaisuuden aktiivista tavoittelemista. Tuomioistuimen näkemys perustuu kansainvälisen oikeuden normeista kumpuavaan eetokseen, mikä kuvastaa jälleen AIT:n suhtautumista kansainväliseen oikeuteen harmonisena kokonaisuutena.<sup>499</sup> AIT:n lähestymistapa kuvastaa myös sitä, että se pyrkii tulkinnoillaan aktiivisesti vaikuttamaan kansainvälisen oikeuden kehitykseen.

<sup>499</sup>Ks. *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24.8.2010, kohdat 269–275.



Myös tarkastellussa, vähemmistöjen todellisen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden liittyvässä, EIT:n oikeuskäytännössä ilmeni selviä kansainvälisen oikeuden vaikutteita. *D. H. ja muut v. Tšekin tasavalta* (13.11.2007) -ratkaisussa EIT hyödyntää tapauksessa ensimmäistä kertaa doktriinia, jonka myötä se hyväksyy valittajien vetoavan tilastolliseen todistusaineistoon syrjimisolettaman osoittamiseksi. Syrjimisolettaman synnyttyä todistustaakka kääntyy valtiolle. Tämän kehityksen taustalla vaikuttaa vahvasti EU-oikeuden sekundäärinormien ja EUT:n vaikutus. – Tapauksessa merkille pantavaa on myös se, miten voimakkaasti kansalaisjärjestöt ajoivat todistustaakan kääntämistä. Tapaus kuvastaa sikäli Euroopan kontekstissa vaikuttavaa aktiivista kansalaistoimintaa, jonka merkitystä ratkaisussa ei ole syytä aliarvioida.

Todistustaakan kääntämisellä on suuria vaikutuksia myös yleisemmin EIT:n tapaan hyödyntää kansainvälisen oikeuden lähteitä: Epäsuoran syrjinnän huomioimisen myötä tuomioistuimen täytyy aikaisempaa systemaattisemmin huomioon ihmisoikeuksia tarkkailevien toimielinten raportit vähemmistöjä koskevan syrjintäolettaman todistusaineistona. Siten EIT:n vuorovaikutus esimerkiksi ECRI:n ja kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta valvovan neuvoantavan komitean kanssa lisääntyy. Tämä on osittain nähtävissä jo tarkastellussa oikeuskäytännössä.

Positiivisten velvoitteiden osalta EIT viittaa erityisesti EN:n ministerikomitean suositukseen R (2000) 4, jonka mukaan kouluihin tulisi järjestää aktiivisia tukijärjestelmiä, jotka mahdollistaisivat romaniväestön mahdollisuuksien yhdenvertaisuuden toteutumisen kouluissa. Ministerikomitean suositusten yhdistäminen positiivisiin antaa kyseisille suosituksille velvoittavamman sävyn<sup>500</sup>.

## 6.3 Vähemmistöt osana päätöksentekoa – osallistamista ja pluralismia

### 6.3.1 Oikeuskäytäntöjen erot ja yhtäläisyydet

Aikaisempien tutkimusten perusteella oli odotettavissa, että AIT osallistaa vähemmistöt aktiivisesti osaksi sekä niitä koskevia päätöksiä että valtiollista demokratiaa. EIT puolestaan pyrkii turvaamaan olosuhteet demokratian toteutumiseksi, mutta ei pidä vähemmistöryhmien aktiivista osallistamista kovin tärkeänä periaatteena<sup>501</sup>. Tämän tutkimuksen tulokset pääsääntöisesti tukevat tätä hypoteesia,

<sup>500</sup> Näin myös Broderick 2015, s. 107.

<sup>501</sup> Ks. Gajardo Falcón 2015, s. 62–63

EIT:n osalta on tosin nähtävissä joitakin merkkejä aikaisempaa aktiivisemmasta suhtautumisesta vähemmistöjen osallistamista kohtaan.

AIT:n oikeuskäytännössä vähemmistöjen suora osallistuminen niitä koskevien päätösten tekoon on alkuperäiskansojen historiallisten maaomistusoikeuskysymysten myötä korostunut. AIT on tältä osin tulkinnut osallistamisvelvoitteen kuuluvan AIS:n 21 artiklaan. Tuomioistuin on kehittänyt alkuperäiskansojen omaisuuden suojan rajoituksen osalta kolmivaiheisen lisäedellytystestin, jonka ensimmäisen edellytyksen mukaan alkuperäiskansa on tehokkaasti osallistettava päätöksentekoprosessiin sen tapoja ja perinteitä kunnioittaen, kun hanke liittyy sen alueeseen. Lisäksi alkuperäiskansoille on myös taattava riittävä kompensatio omistusoikeuden rajoittamisesta, ja valtion teetettävä riippumaton arvio suunnitelmien toteuttamisen aiheuttamasta sosiaalisista ja ympäristöllisistä vaurioista.

Ainakin *Saramaka People v. Suriname* (28.11.2007) -ratkaisussa tuomioistuin edellyttää myös alkuperäiskansojen ennakkosuostumusta suuren mittaluokan projekteissa. Edellyttämällä ennakkosuostumusta ainoastaan suuren luokan projekteissa AIT:n tulkinta näyttää vihjaavan, että pienet projektit voidaan toteuttaa ilman alkuperäiskansojen lupaa. Tämä voi houkuttaa valtioita ohittamaan konsultaatiovelvoitteen pienten projektien osalta.<sup>502</sup> Lisäksi AIT:n mukaan 21 artikla turvaa vain luonnonvarat, jotka ovat alkuperäiskansan kulttuurin selviytymisen kannalta keskeisiä. Siksi on epäselvää tuleeko lisäedellytykset sovellettavaksi kun kyse on luonnonvaroista, jotka eivät lukeudu tähän kategoriaan.

Vähemmistöjen kansalliseen politiikkaan osallistamiseen liittyen AIT on ratkaissut vain *YATAMA v. Nicaragua* (23.6.2005) -tapauksen. Siksi oikeuskäytännön yleistettävyyteen on suhtauduttava varauksella. Joka tapauksessa tuomioistuimen lähestymistapa ratkaisussa on huomionarvoinen: tuomioistuin ilmaisee selkeästi, että valtion tulee luoda olosuhteet, joissa alkuperäiskansat ja etniset vähemmistöryhmät osallistetaan tehokkaasti kansalliseen päätöksentekoon demokraattisen yhteiskunnan puitteissa. Tämä ei tuomioistuimen mukaan rajoitu vain yhteisöjä koskevaan päätöksiin, vaan pätee myös silloin kun päätökset koskevat yleisesti yhteiskunnallisia asioita.<sup>503</sup> Tulkinta kuvastaa tuomioistuimen aktiivista asennetta vähemmistöjen poliittista osallistamista kohtaan, sillä AIS:n poliittisia oikeuksia sisältävän 23 artiklan kirjoitusasusta ei voi päätellä mitään vähemmistöjen aktiiviseen osallistamiseen viittaavaa.

Mitään vähemmistöjen osallistamisvelvoitteeseen viittaavaa ei ole ilmaistu myöskään EIS:n 1 LPK 3 artiklassa. Kyseinen artikla on sisällöltään AIS:ssa poliittiset oikeudet turvaavaa artiklaa suppeampi,

<sup>502</sup> Näin myös *Antkowiak* 2013, s. 170–171.

<sup>503</sup> *YATAMA v. Nicaragua*, 23.6.2005, kohta 259.

sillä sen kirjoitusasu sisältää vain valtioille osoitetun velvoitteen järjestää vaalit – ei siis yksilöille osoitettuja oikeuksia.

EIT ei ole ratkaissut oikeustapauksia, joissa olisi kyse vähemmistön asioita koskevien päätösten tekemisestä. Sen sijaan EIT:n ratkaisemat kysymykset liittyvät pääosin vähemmistöjen osallistumiseen osana valtioiden demokraattisia prosesseja. Tuomioistuimen oikeuskäytännössä korostuu laaja järjestäytymisvapaus ja valtioiden velvoite tukea poliittista pluralismia: Oikeuskäytännön perusteella poliittisen yhdistymisvapauden rajoittaminen on hyväksyttyä vain silloin, kun järjestö on selkeästi demokratian vastainen. Valtiot ovat koetelleet demokratiavastaisuuden rajoja, sillä ne ovat tyypillisesti vedonneet vähemmistöjen uhkaavan valtion yhteiskuntarauhaa ja valtion yhtenäisyyttä. Tuomioistuin on oikeuskäytännössään kuitenkin katsonut, että kielellisiä oikeuksia, itsemääräämisoikeutta ja jopa valtiosta irtaantumista tavoittelevat poliittiset päämäärät ovat hyväksyttäviä, kunhan vähemmistöt pyrkivät toteuttamaan päämääränsä demokraattisin keinoin – siis ilman väkivaltaa. Lisäksi valtiolla on velvoite suojella vähemmistöjen etuja ajavia puolueita ulkoisilta uhilta.

Vaalijärjestelmien käytännön toteuttamisen suhteen EIT on jättänyt valtioille laajan harkintamarginaalin. Se on tyypillisesti painottanut valtioiden poliittisen kontekstin huomioimista ratkaisuisissa. Oikeuskäytännössään se ei ole myöskään ilmaissut, että valtioilla olisi erityinen velvoite osallistaa vähemmistöt tehokkaasti osaksi valtiollista politiikkaa. EIT on kuitenkin katsonut, että vaikka valtiolla on laaja harkintamarginaali vaalilainsäädännön osalta, se ei voi eristää kokonaisia ryhmiä äänestys-oikeuden ulkopuolelle. Tästä osoituksena ovat etenkin Bosnia-Hertsegovinaa koskeneet ratkaisut, joissa tuomioistuin on korostanut, että etnisyyteen perustuvalla politiikan ulkopuolelle sulkemiselle ei voi olla objektiivisia perusteita. Osittain EIT on kiinnittänyt myös erityistä huomiota vaalijärjestelmiin, joilla on oppositio puolueiden ja vähemmistöjen asemaan negatiivisia vaikutuksia.

Merkkejä tuomioistuimen aktiivisemmasta suhtautumisesta vähemmistöjen poliittisiin oikeuksiin oli tapauksissa *Tănase v. Moldova* (7.4.2010) ja *Partei Die Friesen v. Saksa* (28.1.2016). Tämä saattaa kieltä asteittaisesta muutoksesta tuomioistuimen lähestymistavassa. Vähemmistöjen kannalta positiivinen signaali on etenkin *Partei die Friesen* -ratkaisu, jossa EIT katsoi, että kohtuuton äänikynnys osavaltion parlamenttivaaleissa saattaa aiheuttaa 1 LPK 3 artiklan loukkauksen yhdessä 14 artiklan kanssa luettuna, koska vähemmistöä edustavalla puolueella ei käytännössä ollut mahdollisuutta ylittää sitä. EIT ei löytänyt tapauksessa EIS:n loukkausta, mutta ratkaisu osoittaa sen olevan valmis arvioimaan vaalijärjestelmien oikeudenmukaisuutta vähemmistöjen näkökulmasta. Käytännössä EIS:n 1 LPK 3 artiklan loukkaus yhdessä 14 artiklan kanssa saattaisi tulla kyseeseen silloin, kun tapauksessa on selkeämpi kytkös tietyn vähemmistön poliittisten osallistumismahdollisuuksien rajaamiseen.

### 6.3.2 Kansainvälisen oikeuden vaikutus ja keskinäinen vuorovaikutus

Tarkasteltu oikeuskäytäntö osoitti jälleen AIT:n juridisen luovuuden ja kokonaisvaltaisen suhtautumisen kansainväliseen oikeuteen. *Saramaka People v. Suriname* (28.11.2007) -tapauksessa, jossa valtio ei ollut sitoutunut ILO 169 -sopimukseen, AIT hyödyntää KP-sopimuksen ja TSS-sopimuksen 1 artikloiden sisältämää kansojen itsemääräämisoikeutta valtioita velvoittavana normina, jota se soveltaa erityisesti alkuperäiskansojen oikeuksien julistuksen 32 artiklan valossa. Näin tuomioistuin siis johtaa valtioon vaikuttavasta kansainvälisestä oikeudesta veloitteen konsultoida alkuperäiskansoja. Myöhemmin *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (27.6.2012) -ratkaisussa AIT puolestaan tekee myös merkittävän johtopäätöksen, jonka mukaan velvoite konsultoida alkuperäiskansoja on osa kansainvälistä tapaoikeutta.

Oikeuskäytännön perusteella AIT:n soveltamat omaisuuden suojan rajoittamisen lisäedellytykset tulevat sovellettavaksi ainakin silloin, kun kyse on luonnonvaroista, jotka kulttuurin selviytymisen kannalta keskeisiä. Kulttuurillisen selviytymisen osalta AIT on hyödyntänyt YK:n ihmisoikeuskomitean argumentteja, jotka heijastavat KP-sopimuksen 27 artiklan soveltamisen edellyttämää linkkiä vähemmistökulttuurista nauttimiseen. Tältä osin AIT on tulkinnut kulttuurin selviytymisen kannalta keskeisiä luonnonvaroja laajasti ja ottanut huomioon myös suunnitelmien epäsuoran vaikutuksen alkuperäiskansojen kulttuuriin, mikä on sopusoinnussa YK:n ihmisoikeuskomitean tulkinnan kanssa. Silti AIT:n lähestymistapa käytännössä rajoittaa alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeutta tavallaan jäädyttäen alkuperäiskansan kulttuuriset perinteet.

AIT:n mukaan suurien hankkeiden toteuttamiselle on saatava myös alkuperäiskansan suostumus. Vaikuttimena tältä osin ovat YK:n alkuperäiskansojen oikeuksien erityisraportoijan ja CERD-komitean näkemykset, joiden mukaan alkuperäiskansoilta tulee saada ennakkosuostumus niitä koskevissa asioissa. AIT:n ratkaisu ei kuitenkaan ole aivan yhdenmukainen näiden tahojen näkemysten kanssa, sillä ne eivät tee eroa suostumusta edellyttävien suurten hankkeiden ja muiden hankkeiden välillä. Myöskään YK:n ihmisoikeuskomitea ei ole myöhemmässä oikeuskäytännössään ole tehnyt eroa hankkeen suuruuden suhteen. Tältä osin AIT:n oikeuskäytännössä ja YK:n regiimissä on havaittavissa ihmisoikeusregiimin sisäistä fragmentoitumista.

*YATAMA v. Nicaragua* (23.6.2005) -ratkaisussa oli puolestaan nähtävissä, että tuomioistuin huomioi EIT:n poliittisten oikeuksien rajoitusperiaatteet. Muutoin ratkaisussa ei ole juurikaan nähtävissä kansainvälisen oikeuden vaikutteita. Sen sijaan ratkaisun kannalta on oleellinen AIS:n 29 (a ja b) artik-

lasta kumpuava periaate, jonka mukaan ihmisoikeudet on turvattava laajimmalla mahdollisella tavalla. Kyseinen ratkaisu pohjautuu kansallisessa lainsäädännössä yleisellä tasolla alueiden alkuperäiskansoille turvattuihin oikeuksiin, joita tuomioistuin ratkaisussa soveltaa.

EIT puolestaan toteaa jo *Sidiropoulos v. Kreikka* (10.7.1998) -ratkaisussa vähemmistöjen olemassaolon olevan historiallinen fakta, jota demokraattisen yhteiskunnan täytyy suvaita ja jota sen täytyy kansainvälisen oikeuden periaatteiden mukaisesti turvata ja tukea. Tästä huolimatta poliittisten oikeuksien osalta vähemmistöjen suojelua koskeva regiimi ei ole saanut EIT:lta erityistä huomiota.

*Sejdic ja Finci v. Bosnia-Hertsegovina* (22.12.2009) -ratkaisussa poliittisen kontekstin ja rajoituksen tarkoituksenmukaisuuden arvioinnin sijaan EIT tukeutuu vahvasti eurooppalaiseen EN:n ja EU:n aikaisempaan suhtautumiseen poliittista järjestelmää kohtaan. *Tănase v. Moldova* (7.4.2010) -ratkaisussa puolestaan mielenkiintoinen on etenkin tapa, jolla EIT vastaa vastaajavaltion argumentteihin: Tuomioistuin painottaa, että on sen tulkittavissa, mitkä kansainvälisen oikeuden instrumentit ja raportit se katsoo EIS:n tulkinnan kannalta relevanteiksi<sup>504</sup>. Tämä kuvastaa tuomioistuimen tulkinnan itseohjautuvuutta ja toisaalta sen avoimuutta kansainvälisen oikeuden vaikutteille. Ratkaisussa EIT käyttää EIS:n 1 LPK 3 artiklan tulkinnan tukena valtion ratifioiman eurooppalaisen kansalaisuutta koskevan yleissopimuksen 17 artiklaa, jonka mukaan monikansalaisilla on samat oikeudet ja velvollisuudet kuin muilla kansalaisilla. Tätäkin tulkintaa kuitenkin tukee myös vahva eurooppalainen konsensus velvoitteesta sallia kaksoiskansalaisuuden omaavien henkilöiden nimittäminen kansallisiin parlamentteihin.

Ratkaisussa *Yumak ja Sadak v. Turkki* (8.7.2008) EIT ei tarkastellut valtion äänikynnystä vähemmistöjen suojelun näkökulmasta. Osasyynä tähän saattaa olla se, että Turkki on yksi harvoista EN:n jäsenvaltioista, joka ei ole ratifioinut kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevaa puiteyleissopimusta. Sen sijaan sopimuksen ratifioinut Saksa joutuu melko tarkan tarkoituksenmukaisuusarvioinnin kohteeksi tapauksessa *Partei Die Friesen v. Saksa* (28.1.2016). Tässä ratkaisussa EIT osoittaa merkkejä avautumisesta vähemmistöjen suojelun regiimistä johdetuille vaikutteille, tarkastelemalla tapausta erityisesti kansallisten vähemmistöjen suojelua koskevan puiteyleissopimuksen 15 artiklan valossa. Tuomioistuin viittaa myös sopimusta valvovan neuvoa-antavan komitean sekä EN:n Demokratiaa oikeusteitse -komission äänikynnystä koskeviin suosituksiin. Ratkaisuiden välillä on suhteellisen pitkä aika. Siksi ei voi luotettavasti sanoa, onko kyse kansainvälisen oikeuden hyödyntämisen epäjohdonmukaisuudesta vai onko tuomioistuin mahdollisesti ottamassa aktiivisempaa roolia vähemmistöjen poliittisten oikeuksien turvaamisen osalta.

---

<sup>504</sup> *Tănase v. Moldova*, 7.4.2010, kohta 176.

## 7 LOPUKSI

### 7.1 Johtopäätökset

Selkein ja vertailukelpoisin tulkinnallinen ero oikeuskäytäntöjen välillä havaittiin tavoissa suhtautua valittajien kulttuuri-identiteettiin. AIT on tulkinnut oikeutta kulttuuri-identiteettiin sopimuksen tulkintaa ohjaavana syvätason normina ja huomionut kulttuuri-identiteetin merkityksen valittajien henkiseen eheydelle. EIT on puolestaan tulkinnut oikeutta kulttuuri-identiteettiin vain osana EIS:n 8 artiklan mukaista oikeutta nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. EIT ei ole myöskään huomiota kulttuuri-identiteetin merkitystä valittajien henkiseen eheydelle. EIT:n *Winterstein ja muut v. Ranska* (17.10.2013) -ratkaisussa tuomioistuimen argumenttien havaittiin kuitenkin lähentyneen AIT käyttämiä argumentteja kulttuuri-identiteetin merkityksen tunnistamisen osalta. AIT:n havaittiin toimivan vuorovaikutuksessa etenkin YK:n ja ILO:n ihmisoikeusregiimien kanssa. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen puolestaan todettiin suosivan eurooppalaista ihmisoikeusregiimiä, minkä havaittiin aiheuttavan haasteita Euroopan alkuperäiskansoille.

Molempien tuomioistuinten todettiin asettavan valtioille positiivisia velvoitteita pyrkiä kohti vähemmistöjen sosioekonomisen yhdenvertaisuuden toteutumista. Tavoitteiltaan samansuuntaisista velvoitteista huolimatta tuomioistuinten lähestymistavoissa nähtiin eroja, joiden arvioitiin johtuvan etenkin tuomioistuinten valitusten luonteesta johtuvista eroista. AIT:n todettiin olevan vuorovaikutuksessa TSS-komitean kanssa *viva digna* -käsitteen tulkinnan osalta. Epäsuoran syrjinnän tunnistamisen puolestaan havaittiin linkittävän EIT:n aikaisempaa tiiviimmin EN:n ihmisoikeuksien toteutumista valvoviin organisaatioihin. Tuomioistuinten välistä vuorovaikutusta havaittiin AIT:n tavassa soveltaa EIT:lta lainaamansa *Osman*-testiä.

AIT:n oikeuskäytännössä vähemmistöjen suora osallistaminen niitä koskeviin päätöksiin on korostunut. Tuomioistuimen havaittiin suhtautuvan suoraan osallistamiseen osana kansainvälistä tapaoikeutta. Myös kansallisen tason vaikuttamisen osalta tuomioistuimen todettiin edellyttävän vähemmistöjen aktiivista osallistamista. EIT ei ole puolestaan ratkaissut yhtään tapausta, jossa olisi kyse vähemmistöjen suorasta osallistamisesta niitä koskeviin päätöksiin. Kansallisen tason vaikuttamisen osalta EIT:n havaittiin pyrkivän turvaamaan vähemmistöjen demokraattisen toimintaympäristön. EIT:n ei todettu aktiivisesti edellyttävän vähemmistöjen osallistamista kansalliseen demokratiaan.

Tutkimuksessa havaittiin muutamia heikkoja signaaleja, jotka kielivät EIT:n aikaisempaa osallistavammasta suhtautumisesta.

Tutkimustulokset vahvistivat aikaisempia tutkimustuloksia ihmisoikeustuomioistuinten roolista osana kansainvälistä oikeutta. AIT suhtautuu kansainväliseen oikeuden normistoon kokonaisvaltaisesti. Se on tiiviissä vuorovaikutuksessa etenkin YK:n ihmisoikeusregiimin kanssa. Tämä johtuu etenkin siitä, että amerikkalaisen kansainvälisen oikeuden ihmisoikeussubstanssi on varsin vaatimaton. AIT pyrkii selvästi myös aktiivisesti kehittämään kansainvälistä oikeutta esimerkiksi tunnistamalla normeja *jus cogens* -normeiksi ja kansainväliseksi tapaoikeudeksi.

Euroopan vahvan ihmisoikeussubstanssin ansiosta EIT:n ei useinkaan tarvitse ulottaa katsetta YK:n normeihin. Tämä korostuu erityisesti vähemmistöjen suojelun osalta, sillä siihen liittyvä substanssi on YK:n regiimissä selvästi eurooppalaista regiimiä heikompaa – alkuperäiskansojen oikeuksia lukuun ottamatta. Myös EIT:n suhde valtioihin on paljon AIT:ta varovaisempi. Siksi valtioiden välillä vallitsevan konsensuksen merkitys korostuu

## **7.2 Tutkimusprosessista ja aihiot jatkotutkimukselle**

Tutkimusprosessi on ollut opintomatka ihmisoikeustuomioistuinten oikeuskäytäntöjen lisäksi myös oikeusvertailevan tutkimuksen saloihin. Ehkä oikeusvertailevalle metodille tyypillisesti, tutkimus ei ole edennyt lineaarisesti kohti johtopäätöksiä, vaan toisinaan olen joutunut palaamaan jo valmiiksi kuvittelemiini osioihin. Vertailun hyvä puoli on kuitenkin se, että siinä korostuvat yksityiskohdat, joihin ei ehkä muutoin tulisi kiinnitettyä huomiota. Mielekkäiden tutkimustulosten ansioista hetkitäiset tutkimusprosessiin turhautumiset unohtuvat nopeasti. Suosittelen vertailevaa menetelmää tuleville opiskelijasukupolville, mutta korostan, että vertailijan on maltettava odottaa lopussa konkreettisesti palkintoa.

Tutkimuksessa sivuttiin trendejä, joista löytyy mielenkiintoisia tutkimusaihioita jatkotutkimukselle. Etenkin EIT:n orastava avautuminen muiden ihmisoikeusregiimien vaikutteille tulee varmasti näkymään yhä selkeämmin sen ratkaisuissa. Antoisaa maaperää jatkotutkimukselle on myös ihmisoikeustuomioistuinten suhtautuminen todellista yhdenvertaisuutta kohtaan. AIT:n oikeuskäytäntö kehittyy ajan myötä aikaisempaa yksityiskohtaisemmaksi. EIT puolestaan tulee tulevaisuudessa todennäköisesti edellyttämään jäsenvaltioilta yhä konkreettisempia keinoja yhdenvertaisuuden takaamiseksi.