

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XLI

2008

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

Toimittaja

Leena Halila

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2008 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-282-9

ISBN 978-951-855-730-5 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2008

Päivi Neuvonen

**KANSALAISUUSPERUSTEISEN
SYRJINNÄN KIELTO
EU-OIKEUDESSA**

SISÄLLYS

1	JOHDANTO.....	271
1.1	Taustaa.....	271
1.2	Aiheen rajaus ja lähestymistapa.....	272
1.3	Kirjoituksen rakenne.....	274
2	SYRJINTÄOIKEUDEN NORMATIIVINEN PERUSTA.....	275
2.1	Yhdenvertaisuusperiaate.....	275
2.2	Mitä on syrjintä?.....	278
2.3	Uusi ja vanha syrjintäoikeus Euroopan unionissa.....	281
3	KANSALAIUUSPERUSTEISEN SYRJINNÄN KIELTO KANSAINVÄLISESSÄ OIKEUDESSA JA UNIONIN OIKEUDESSA: EROT JA YHTÄLÄISYYDET.....	284
3.1	Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kielto kansainvälisessä oikeudessa: ”universaalisuusperiaate”.....	284
3.1.1	Yleistä.....	284
3.1.2	Euroopan neuvosto ja Euroopan ihmisoikeussopimus..	285
3.1.3	YK ja KP-sopimus.....	291
3.2	Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kielto unionin oikeudessa: ”sui generis”.....	297
3.2.1	Yleistä.....	297
3.2.2	Unionin syrjintäoikeuden päämäärät.....	298
3.2.3	Esimerkki I: Käänteinen syrjintä	306
3.2.4	Esimerkki II: Taloudellisesti ei-aktiiviset ja ei-omavaraiset unionin kansalaiset.....	310
3.2.5	Esimerkki III: Kolmansien maiden kansalaisten asema....	313
4	KANSALAIUUSPERUSTEISEN SYRJINNÄN KIELLON KEHITYS EU-OIKEUDESSA.....	318
4.1	Yleistä	318
4.2	Kansalaisuusperusteinen syrjintä sisämarkkinoiden näkökulmasta: henkilöiden vapaa liikkuvuus tarkastelun kohteena.....	318
4.2.1	Yleistä henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteesta...	318
4.2.2	Liikkumisvapauden syrjivät ja ei-syrjivät rajoitukset.....	320

4.2.3 ”Markkinakansalaisten” syrjimättömyys.....	326
4.3 Kansalaisuusperusteinen syrjintä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta: unionin kansalaisuus tarkastelun kohteena.....	328
4.3.1 Kansalaisuuden käsite unionin oikeudessa.....	328
4.3.2 Unionin kansalaisten syrjimättömyys.....	333
4.3.3 Unionin kansalaisuus perus- ja ihmisoikeuksien valossa.....	336
5 YHTEENVETO.....	344
5.1 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon keskeiset ongelmat perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta.....	344
5.2 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulevaisuus.....	346
LÄHTEET.....	350
PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF NATIONALITY IN EU LAW.....	361

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kierto EU-oikeudessa¹

1 JOHDANTO

1.1 Taustaa

Euroopan yhteisön alkutaipaleelle ominainen markkinataloutta ja yksilönvapautta korostanut ordoliberalistinen talousajattelu alleviivasi EY:n perustamissopimuksen taloudellista luonnetta. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kierto johdettiin ns. federalistisen kilpailun käsitteestä, jossa sosiaalipolitiikan alaan kuuluviin asioihin puuttumista ei nähty tarpeellisenä, kunhan koti- ja ulkomaisten toimijoiden välille ei muodostunut taloudellista integraatiota haittaavaa syrjintää.² Perustamissopimuksen 2 artiklassa luetellut yhteisön yleiset päämäärät sisältävät edelleen yhteismarkkinoihin, talous- ja rahaliittoon, kilpailukykyyn ja talouden suorituskykyyn liittyvät maininnat. Nykyisin niiden rinnalla korostetaan kuitenkin kestävästä kehitystä, ympäristönsuojelua, sosiaalista yhteenkuuluvuutta ja yhteisvastuullisuutta.

Yhteisön perustamisvaiheessa yhteismarkkinoiden toteutuminen ja taloudellinen kasvu nähtiin sekä päämääränä että välineenä, joka yksinään riittäisi toteuttamaan myös muut sosiaalipoliittiset tavoitteet. Tämän vuoksi kansalaisuusperusteisen syrjinnän sääntelykin kehittyi vain niillä alueilla, joilla se katsottiin välttämättömäksi sisämarkkinoiden toimivuuden kannalta. Syrjintäoikeuden alueella on kuitenkin selvästi havaittavissa suuntaus, jossa sosiaalisille arvoille on pyritty antamaan aikaisempaa itsenäisempi asema suhteessa taloudelliseen integraatioon.³ Unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiertoa tuleekin arvioida tätä taustaa vasten.

¹ Olen kirjoittanut tämän artikkelin Turun yliopistossa joulukuussa 2007 hyväksytyyn OTK-tutkielmani pohjalta.

² Ks. esim. *Bernard* 1996a, s. 77–79 ja *Barnard* 2004, s. 20–21.

³ Ks. esim. Bellin ”sosiaalista kansalaisuutta” koskeva määritelmä. *Bell* 2002, s. 6–13.

1.2 Aiheen rajaus ja lähestymistapa

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on alusta alkaen ollut keskeisessä asemassa yhteisön oikeudessa. Miksi siis lähteä käsittelemään asemansa vakiinnuttanutta ja usein kuluneenakin pidettyä aihetta? Mielestäni Davies vastaa tähän kysymykseen osuvasti. Hänen mukaansa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon asema on yhteisön oikeudessa niin vahva, että sitä pidetään usein itsestäänselvyytenä.⁴ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on yleensä unionin oikeutta koskevan analyysin itseoikeutettu lähtökohta, mutta samalla periaate itsessään jää vaille yksityiskohtaisempaa tarkastelua. Tässä kirjoituksessa olen halunnut lähteä aivan päinvastaiseen suuntaan. Ensinnäkin pyrin vastaamaan kysymykseen siitä, mitä unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolla oikeastaan tarkoitetaan ja miten sen tulkinta on muuttunut unionin kansalaisuuden käsitteen myötä. Toiseksi pyrin erittelemään ja analysoimaan unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan liittyviä konkreettisia ongelmia unionin kansainvälisten perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden valossa. Näitä kysymyksiä tarkastelen henkilöiden vapaan liikkuvuuden ja unionin kansalaisuuden käsitteen muodostamaa taustaa vasten.

Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate ei ole ainoa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta keskeinen unionin oikeuden osa-alue. Nähdäkseni henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen puitteissa tapahtuva tarkastelu on kuitenkin perusteltua, kun kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltöä halutaan tarkastella perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Samalla on tärkeä havaita, että sisämarkkinavapauksien välillä vallitsevista eroista huolimatta niillä on myös paljon yhtymäkohtia.⁵ Tästä syystä olen sisällyttänyt kirjoitukseeni viittauksia myös tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden periaatteisiin niissä kohdissa, joissa se on mielestäni ollut relevanttia henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen näkökulmasta.

Olen joutunut rajaamaan tutkimuskysymystäni myös henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen sisällä. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on esiintynyt useissa eri asiayhteyksissä henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä. Näistä mainittakoon oleskeluoikeuteen, sosiaaliturvaan ja verotukseen liittyvät tilanteet. Sen vuoksi on tärkeää pitää mielessä, että artikkelissa on valittu vain yksi monista mahdollisista näkökulmista. Tutkimusaiheen laajuus edellyttää siis välttämättömiä rajauksia, mutta

⁴ Davies 2003, s. 6.

⁵ Ks. esim. Davies 2003, s. 5.

samalla se osoittaa, miten keskeinen kysymys kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltäminen on unionin oikeudessa.

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tarkastelu tapahtuu unionin oikeuden tasolla ja unionin oikeuden näkökulmasta, eikä niinkään jonkin tietyn jäsenvaltion oikeuden näkökulmasta.⁶ Toisaalta artikkelissa sivutaan myös unionin toimivallanjakoon liittyviä kysymyksiä, joiden osalta jäsenvaltioiden valtiosääntöoikeudellinen näkökulma tulee esiin yleisellä tasolla. Artikkelin laajemman viitekehysten muodostaa unionin oikeuden yleinen kehitys taloudellisten näkökulmien yksipuolisesta korostamisesta kohti perus- ja ihmisoikeuksien laaja-alaisempaa huomioonottamista.

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltäminen liittyy yleiset periaatteet ovat kehittyneet EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön varassa.⁷ Oikeustapa-analyysi on sen vuoksi keskeisessä asemassa erityisesti arvioitaessa sitä, miten nykytilanteeseen on päädytty. Vastaavasti EY-tuomioistuimen tulevilla ratkaisuilla on tärkeä rooli siinä, mihin suuntaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltäminen jatkoissa kehittyy ja millaisia ulottuvuuksia unionin kansalaisuuden käsite saa tulevaisuudessa.

Tutkimuskysymykseni keskittyy kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltämiseen, jonka englanninkielinen vastine on ”*discrimination on the grounds of nationality*”. Käsite ”*nationality*” käännetään usein suomen kielessä ”kansallisuus”. Kirjoituksen ulkopuolelle on kuitenkin rajattu kansallisen alkuperän perusteella tapahtuva syrjintä, johon voidaan viitata termeillä ”*discrimination on the grounds of national origin*” tai ”*racial discrimination*”. Tällainen jaottelu ei ole aivan yksiselitteinen. Kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen, että kaikissa jäsenvaltioissa kansalaisuusperusteista syrjintää ei ole nimenomaisesti kielletty rotusyrjinnän kieltävien säännösten yhteydessä.⁸ Tällöin jäsenvaltioille jää ainakin teoriassa mahdollisuus väärinkäyttöksiin, joissa näennäisesti kansalaisuuden perusteella

⁶ Ks. tarkemmin yhdenvertaisuudesta ja syrjintäoikeudesta Suomen oikeusjärjestyksen näkökulmasta esim. *Scheinin* 1999, s. 231–250 ja Makkonen, Timo (International Organization for Migration): ”Syrjinnän vastainen käsikirja”, http://iom.fi/files/legal_training/finnish/finnish_anti-discrimination_handbook_full.pdf

⁷ Esimerkiksi Fredman nostaa esiin kysymyksen tuomioistuinten roolista syrjintäoikeuden alalla. Hänen mukaansa usein on välttämätöntä arvioida sitä, kuinka pitkälle tuomioistuimet voivat laajentaa syrjintää koskevien säädösten soveltamisalaa tai tuoda uusia ryhmiä niiden tarjoaman suojan piiriin. (Ks. *Fredman* 2002, s. 67) Kysymys liittyy olennaisesti myös EY-tuomioistuimen kansalaisuusperusteista syrjintää koskeviin ratkaisuihin.

⁸ Rotusyrjinnän käsitettä käytetään vielä syrjintäoikeudessa, vaikka rodun käsitteelle ei nykyisen käsityksen mukaan ole tieteellistä perustetta. Ks. kommentti tästä esim. *Scheinin* 1999, s. 243.

tapahtuvan erottelun taustalta löytyykin rotusyrjintään ja kansalliseen alkuperään liittyviä pyrkimyksiä.⁹

Kansalaisuudettomien henkilöiden ja vähemmistöjen asemaan liittyvät perus- ja ihmisoikeusloukkaukset ovat konkretisoituneet unionin oikeuden tasolla erityisesti unionin laajentumisen myötä.¹⁰ Vähemmistöoikeuksien käsittely kuitenkin edellyttäisi ns. kollektiivisten oikeuksien (*group rights*) lähempää tarkastelua, johon ei ole mahdollisuutta tämän kirjoituksen puitteissa. Todettakoon kuitenkin, että vähemmistöoikeuksien puuttuminen EU:n perusoikeuskirjasta sekä niiden heikko asema unionin oikeuden piirissä ovat keskeisiä teemoja unionin sisäisen ja ulkoisen perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden eroja kritisoivassa kirjallisuudessa.¹¹

1.3 Kirjoituksen rakenne

Toisessa pääluvussa määritellään kirjoituksessa käytetyt keskeiset käsitteet sekä teoreettinen viitekehys. Yhdenvertaisuuden ja syrjinnän käsitteiden lähempi tarkastelu on välttämätöntä, jotta voitaisiin ymmärtää unionin syrjintäoikeutta koskevan ratkaisulinjan taustalla vaikuttavia arvovalintoja. Unionin syrjintäoikeuden näkökulmasta erityisen kiinnostavaksi osoittautuu syrjintäoikeuden positiivisen ulottuvuuden ympärillä käytävä keskustelu.

Kolmannessa pääluvussa tarkastellaan unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän alueella tekemiä ratkaisuja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten muodostamaa taustaa vasten. Tarkoituksena on muodostaa kuva kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon eroista ja yhtäläisyyksistä yleisessä kansainvälisessä oikeudessa ja unionin oikeudessa. Painopiste on kuitenkin unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellossa, ja Euroopan neuvoston ja YK:n keskeiset ihmisoikeussopimukset tarjoavat ainoastaan taustan, jota vasten tämä tarkastelu voi tapahtua mielekkäällä tavalla. Unionin syrjintäoikeuden päämääriä ja normatiivista perustaa käsittelevässä osiossa keskeiseksi muodostuu kysymys kansalaisuuden ja muiden syrjintäperusteiden hierarkkisesta suhteesta. Kolmen unionin syrjintäoikeutta koskevan esimerkin avulla pyritään osoittamaan, miksi unionin syrjintäoikeutta voidaan perustellusti luonnehtia termillä ”*sui generis*”. Lisäksi huomiota kiinnitetään siihen, soveltuuko unionin syrjintäoikeuden ”*sui*

⁹ Ks. esim. *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 895.

¹⁰ Ks. tarkemmin esim. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Thematic Comment No 3: The protection of minorities in the European Union. 25 April 2005. http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm, s. 20–22.

¹¹ Ks. tarkemmin esim. *Williams* 2004, s. 85–92.

generis” -luonne yhteen ihmisoikeussopimusten yhteydessä korostuneen universaalisuusperiaatteen kanssa.

Neljännessä pääluvussa tarkastellaan yksityiskohtaisemmin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kehittymistä unionin oikeudessa. Samalla pyritään osoittamaan, miten kolmannessa pääluvussa esitetyt ongelmat ja erityispiirteet ovat ilmenneet käytännössä. Tämän pääluvun rakenne on kronologinen ja oikeustapaanalyysi on keskeisessä asemassa. Luku on jaettu kahteen osaan, joista ensimmäinen tarkastelee kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaa sisämarkkinavapauksien ja erityisesti henkilöiden vapaan liikkuvuuden näkökulmasta. Jälkimmäisessä osassa puolestaan tarkastellaan sitä, miten kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinta on muuttunut unionin kansalaisuuden käsitteen myötä.

Kronologisen tarkastelun avulla pyritään havainnollistamaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnassa tapahtunutta muutosta. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä tulkittiin pitkään yksinomaan yhteisön taloudellisten päämäärien valossa, eikä sen hierarkkista erityisasetmaa juurikaan kyseenalaistettu. Unionin kansalaisuuden käsitteen myötä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ympärillä käytävä kriittinen keskustelu on kuitenkin vilkastunut. Samalla myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä on saanut oman osansa kiivaana käyvästä perus- ja ihmisoikeuskeskustelusta.

Viides pääluku sisältää yhteenvedon ongelmista, joita kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon nykyiseen tulkintaan liittyy perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Lisäksi tarkastelun kohteeksi tulevat vaihtoehdot tulkintatavat ja kehitysehdotukset *de lege ferenda*.

2 SYRJINTÄOIKEUDEN NORMATIIVINEN PERUSTA

2.1 Yhdenvertaisuusperiaate

Laajempi yhteiskunnallinen yhdenvertaisuus alkoi saada jalansijaa Euroopassa vasta merkantilismin mukanaan tuoman yksilöiden taloudellisen vapautumisen myötä. Tuossa vaiheessa yhdenvertaisuudella kuitenkin ymmärrettiin lähinnä sopimusvapauden kaltaista taloudellista toimintavapautta.¹² Artikkelin kysymyksenasettelun kannalta onkin mielenkiintoista havaita, että yhdenvertaisuusperiaate, joka on usein nähty vaihtoehtona unionin oikeuden markkinakeskeisyydelle, juontaa itse asiassa juurensa

¹² Fredman 2002, s. 4.

taloudellisen rationaliteetin käsitteestä. Syrjintäoikeuden näkökulmasta on ollut ratkaisevaa, että kaikille yksilöille yhtäläisesti kuuluva ihmisarvon käsite on korvannut taloudellisen rationaliteetin käsitteen yhdenvertaisuuden taustaperiaatteena.¹³

Perinteisesti yhdenvertaisuusperiaatteen ytimeksi on katsottu ns. muodollinen yhdenvertaisuus (*formal equality*), johon viitataan jo Aristoteleen *Nikomakhoksen etiikka* -teoksessa. Samanlaisuuden ja erilaisuuden käsitteiden varaan rakentuvan vertailukohteen määrittely on kuitenkin usein ongelmallista. Lisäksi muodollinen yhdenvertaisuusperiaate on yksilökeskeinen, joten yhteiskunnallisista rakenteista tai käytännöistä juurensa juontava institutionaalinen syrjintä ei tule lainkaan tarkastelun kohteeksi sen puitteissa.¹⁴

Materiaalinen tarkastelutapa puolestaan lähestyy yhdenvertaisuutta joko yhdenvertaisten lähtökohtien (*equality of opportunities*) tai yhdenvertaisen lopputuloksen (*equality of results*) näkökulmasta. Olennaista on se, että syrjintään johtavien yhteiskunnallisten rakenteiden olemassaolon mahdollisuus tunnustetaan. Kansainvälinen tuomioistuin on pohtinut yhdenvertaisuuden luonnetta klassisessa *Minority Schools in Albania* -tapauksessa. Tuomioistuimen mukaan erilainen kohtelu on hyväksyttävää tilanteessa, jossa ”platonisesta” yhdenvertaisuudesta pyritään siirtymään ”tehokkaaseen ja todelliseen” yhdenvertaisuuteen.¹⁵

Toisaalta erilaisista yhdenvertaisuuden käsitteistä puhuminen on saanut osakseen myös kritiikkiä. Esimerkiksi Holmesin mukaan yhdenvertaisuuden tyypeissä ei itse asiassa ole kyse pelkästään käsitteellisistä eroista, vaan erilaisista keskenään kilpailevista normatiivisista ratkaisuista tasa-arvon ongelmaan.¹⁶ Myös Westen korostaa artikkelissaan ”*The Empty Idea of Equality*”, että yhdenvertaisuusperiaate luo ainoastaan moraaliset ja oikeudelliset puitteet väittämille, joiden varsinainen sisältö on aina peräisin muista materiaalisista oikeuksista.¹⁷ Westenin mukaan kaikki yhdenvertaisuusperiaatteen liitetyt toiminnot olisi mahdollista hoitaa yhtä onnistuneesti myös viittaamalla suoraan yhdenvertaisuusperiaatteen taustalta löytyviin materiaalsiin oikeuksiin.¹⁸ Nähdäkseni yhdenvertaisuusperiaatteen etuna on kuitenkin sen yleinen ja kokoava luonne. Muiden yleisten oikeusperiaatteiden tavoin yhdenvertaisuus-

¹³ Ibid., s. 5.

¹⁴ Ks. esim. *Fredman* 2002, s. 8–10.

¹⁵ *Minority Schools in Albania*, PCIJ (1935) Series A./B., No. 64, s. 24.

¹⁶ *Holmes* 2005, s. 178.

¹⁷ *Westen* 1982, s. 577.

¹⁸ Ibid., s. 556. Westenin mukaan kaikki oikeudet olisi mahdollista ilmaista joko epäsuorasti yhdenvertaisuusperiaatetta apuna käyttäen tai suoraan pelkän oikeuden muodossa.

periaatteen rooli liittyy ensisijaisesti oikeuden soveltamisen ulottuvuuteen, kun taas soveltamistilanteen varsinaisen sisällön muodostavat materiaaliset oikeudet. Epäilemättä seuraukset lähentelisivät katastrofia, jos materiaalisen yhdenvertaisuuden käsitteen piiriin siirryttäessä ainoa muutos koskisi yhdenvertaisuuden tavoitteita, mutta muuten säilytettäisiin aristoteeliseen formaaliseen yhdenvertaisuusperiaatteeeseen liittyvä ajatus periaatteen täydellisestä riippumattomuudesta ja moraalisesta autonomisuudesta. Nähdäkseni tämä pelko on kuitenkin osoittautunut aiheettomaksi. Yleisesti näyttää siltä, että materiaalisen yhdenvertaisuuden käsitteen kannattajat tiedostavat käsitteen arvosidonnaisuuteen ja poliittiseen luonteeseen liittyvät karikat.¹⁹

Yhdenvertaisuusperiaate ja syrjintäoikeus eivät toimi tyhjiössä. Unionin syrjintäoikeuden näkökulmasta kiinnostavaksi osoittautuu kysymys yhdenvertaisuusperiaatteen ja sisämarkkinavapauksiin liittyvien taloudellisten arvojen mahdollisesta ristiriidasta. Materiaalisen yhdenvertaisuuden käsitteen aseman vahvistumisen on usein tulkittu merkitsevän siirtymistä yksipuolisesta markkinakeskeisyydestä kohti laaja-alaisempaa lähestymistapaa.²⁰ Mikäli tulkinta pitää paikkansa, on se erityisen kiinnostava juuri unionin syrjintäoikeuden näkökulmasta. Yhdenvertaisuusperiaatteen tulkinnassa tapahtuneet muutokset muodostavat taustan, jota vasten myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä on tarkasteltava.

Eurooppaoikeudellisessa kontekstissa on tärkeää huomioida yhdenvertaisuusperiaatteen kaksisuuntainen luonne. Kuten edellä on todettu, unionin oikeuden piirissä on havaittavissa kehityssuuntaus, jossa yhdenvertaisuuden käsitteeseen turvaudutaan taloudellisten arvojen vastapainona. Samanaikaisesti on kuitenkin tärkeää pitää mielessä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon alkuperäinen rooli neljän taloudellisen perusvapauden yhteydessä. Voidaan kysyä, tekeekö yhdenvertaisuusperiaatteen ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon taloudellisiin näkökulmiin sidottu tausta niistä kyvyttömiä vastaamaan muihin kuin taloudellisiin haasteisiin unionin piirissä. Tähän kysymykseen palataan myöhemmässä vaiheessa yksityiskohtaisemmin. Samalla se muodostaa yhden koko kirjoituksen läpi mukana kulkevista keskeisistä kysymyksenasetteluista.

¹⁹ Ks. esim. *Barnard* 1998, s. 363.

²⁰ Ks. esim. *Barnard* 1998, s. 365.

2.2 Mitä on syrjintä?

Kirjallisuudessa syrjintä on määritelty valintojen tekemiseksi moraalisesti epärelevanttien seikkojen tai kiellettyjen perusteiden nojalla.²¹ Syrjintäoikeuden näkökulmasta keskeinen kysymys on kielletyn syrjinnän rajojen määrittely. Erilainen kohtelu ei aina johda syrjintään. Sen vuoksi syrjintäoikeudellisessa lainsäädännössä on tärkeää pystyä säilyttämään riittävä herkkyys, jolloin ei-toivottu syrjintä pystytään sulkemaan pois ilman, että toivottu erilainen kohtelu rajautuu samalla pois.²²

Välittömän syrjinnän käsitteen (*direct discrimination*) taustalla on ajatus muodollisesta yhdenvertaisuudesta (eli samanlaisten kohtelusta samalla tavoin). Samalla esiin kuitenkin tulevat muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen yhteydessä esitetyt ongelmat.²³ Välillisen syrjinnän käsite (*indirect discrimination*) puolestaan perustuu yhdenvertaisuuden käsitteen materiaaliseen ulottuvuuteen. Välillisen syrjinnän yhteydessä arvioitavaksi tulevat näennäisesti yhdenvertaisen toiminnan syrjivät vaikutukset. Tosiasiallinen yhdenvertaisuus jää kuitenkin usein saavuttamatta, sillä välillistä syrjintää aiheuttava vaikutus ei sellaisenaan ole kielletty, jos toimenpide voidaan oikeuttaa muilla taloudellisilla tai sosiaalipoliittisilla perusteilla.²⁴ Suhteellisuusperiaate on tärkeä apuväline sallitun erilaisen kohtelun ja kielletyn syrjinnän välisen rajan määrittelyssä.²⁵

Kysymys välittömän ja välillisen syrjinnän seurausten suhteesta on kuitenkin ongelmallinen. EY-tuomioistuin on päätenyt asiassa eräänlaiseen kompromissiin, jossa välillisen syrjinnän arviointi perustuu haitallisten vaikutusten käsitteeseen mutta jossa empiiristen havaintojen sijasta keskitytään vaikutusten arviointiin abstraktilla tasolla.²⁶ Esimerkiksi *O'Flynn*-tapauksessa EY-tuomioistuin on määritellyt välillisen syrjinnän seuraavasti: *”a provision of national law must be regarded as indirectly discriminatory if it is intrinsically liable to affect migrant workers more than national workers and if there is a consequent risk that it will place the former at*

²¹ Ks. esim. *Ellis* 2005, s. 2 ja *Davies* 2003, s. 10.

²² *Fredman* 2002, s. 66.

²³ Ks. edellä s. 8.

²⁴ *Fredman* 2002, s. 106–115.

²⁵ Erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on korostanut, että kaikki syrjintäperusteet eivät ole rinnastettavissa keskenään, olosuhteilla on merkitystä harkinnassa ja kohtuutto-
muutta on arvioitava tapauskohtaisesti. Ks. tarkemmin *Ovey & White* 2006, s. 428. Ks. myös suhteellisuusperiaatteen kriittikistä syrjintäoikeuden näkökulmasta esim. *Fredman* 2002, s. 116–119.

²⁶ *Davies* 2003, s. 16 ja 18.

a particular disadvantage”.²⁷ Vastaavasti *Angonese*-tapauksessa EY-tuomioistuin on todennut, että tilanne voidaan katsoa kansalaisuuden perusteella syrjiväksi, vaikka se ei hyödyttäisi kaikkia tiettyyn kansallisuuteen kuuluvia henkilöitä tai vastaavasti, vaikka se ei asettaisi epäedullisempaan asemaan pelkästään muiden jäsenvaltioiden kansalaisia, vaan osittain myös kohdevaltion omia kansalaisia.²⁸

Syrjintäoikeudellinen lainsäädäntö puuttuu tavalla tai toisella kansalaisen oikeuksiin ja tällöin valtion taholta tapahtuvan puuttumisen perusteita on haettu erilaisista legitimitettiin koskevista poliittisista teorioista. Syrjintäoikeuden alueella tähän liittyvää analyttistä keskustelua ovat käyneet erityisesti John Gardner ja Andrew J. Morris 1990-luvun vaihteen molemmin puolin. Heidän argumentaationsa nojautuu kuitenkin liberalismiin klassikoiden John Stuart Millin ja John Rawlsin käsitteiden varaan. Sekä Gardnerin että Morrisin mukaan syrjintäoikeuden perustan muodostavat yhtäältä Millin teoria yksilölle syntyneiden haittojen korjaamisesta (*corrective justice*) ja toisaalta Rawlsin ryhmän oikeuksiin ja jakokysymykseen keskittyvä teoria (*distributive justice*).

Morrisin ja Gardnerin näkemykset poikkeavat kuitenkin toisistaan erityisesti tarkasteltaessa välillistä syrjintää koskevien oikeuttamisperusteiden suhdetta markkinoihin ja taloudellisiin näkökohtiin. Gardnerin mukaan markkinoiden toimivuus edellyttää syrjintäoikeuden muodossa tapahtuvaa puuttumista, jotta markkinoilla toimivien subjektien autonomisuus kyettäisiin varmistamaan. Tällöin syrjintäoikeus kuitenkin saa väistämättä myös distributiivisia ja ennakoivia piirteitä pelkästään jälkikäteisten ja korjaavien piirteiden rinnalle.²⁹ Morris hyväksyy Gardnerin väitteet osittain, mutta hänen mukaansa nämä ennakoivat ja distributiiviset elementit ovat liian heikkoja saadakseen aikaan todellisen muutoksen syrjintäoikeuden korjaavassa perusluonteessa.³⁰ Syrjintäoikeuden sekundaarisella tasolla tapahtuva tuomioistuinprosessi on myös Gardnerin mukaan ensisijaisesti korjaavaa, ennallistavaa ja jälkikäteistä. Sen sijaan syrjintäoikeuden primaaritasolla edellyttämä velvoite on hänen mukaansa luonteeltaan distributiivinen ja yhdenvertaisiin lähtökohtiin tähtäävä.³¹

Gardnerin ja Morrisin käymä keskustelu havainnollistaa syrjintäoikeudellista kahtiajakoa, johon joudutaan tavalla tai toisella ottamaan kantaa

²⁷ Asia C-237/94 John O’Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617, kohta 20.

²⁸ Asia C-281/98 Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA [2000] ECR I-4139, kohta 41.

²⁹ Gardner 1992, s. 166–167.

³⁰ Morris 1995, s. 216.

³¹ Gardner 1996, s. 359 ja 363.

kaikessa syrjintäoikeudellisessa tutkimuksessa unionin oikeus mukaan lukien. Samalla on kuitenkin otettava huomioon, että Gardner ja Morris lähestyvät aihetta angloamerikkalaisen oikeuskulttuurin ja erityisesti työoikeuden näkökulmasta. Mikäli tämä varaus pidetään mielessä, heidän kirjoituksensa tarjoavat kuitenkin ajattelemisen aihetta myös unionin syrjintäoikeuden normatiiviseen perustan tarkastelulle. Syrjintäoikeuden kokonaisuuden näkökulmasta kyse ei ole ehdottomasta kahtiajaosta tai vastakkainasettelusta, vaan pikemminkin aste-eroista ja erilaisten intressien punninnasta. Jokainen syrjintäoikeutta työssään tulkitseva tai soveltava henkilö joutuu kuitenkin tekemään vastaavanlaista punnintaa korjaavan ja ennakkollisen elementin välillä.

Neljännän sukupolven syrjintäoikeudeksi on nimitetty positiivisten toimintavelvoitteiden tuomista negatiivisen syrjinnästä pidättäytymisen rinnalle.³² Syrjintäoikeuden positiivisen ulottuvuuden taustalta löytyy ajatus siitä, että välittömän ja välillisen syrjinnän käsitteet eivät yksinään riitä turvaamaan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumista.³³ Päämääränä ei ole pelkästään syrjinnän uhreille aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen, vaan lisäksi syrjintää aiheuttavien yhteiskunnallisten rakenteiden uudelleen muotoilu lainsäädännön avulla.

Positiivisia toimintavelvoitteita sisältävälle syrjintäoikeudelle on tyypillistä ennakoiva luonne ja vastuun siirtäminen taholle, jonka katsotaan pystyvän parhaiten edistämään tasa-arvoa.³⁴ Näkemystä voidaan luonnollisesti kritisoida siitä, onko lainsäädäntö käyttökelpoinen väline yhteiskunnan syvärakenteiden muokkaamiseen ja johtaako mainittu lähestymistapa yksipuoliseen legalismiin ja liialliseen oikeudellistumiseen. Lisäksi voidaan kysyä, ovatko nämä kysymykset ensinnäkään lainsäädännön tosiasiallisessa vaikutuspiirissä. Esitetystä kriitistä huolimatta positiivisen syrjintäoikeuden käsitteeseen on suhtauduttava vakavasti unionin syrjintäoikeuden, ja erityisesti kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon, tulevaisuutta arvioitaessa.

Positiivisen ulottuvuuden asema unionin syrjintäoikeudessa kehittyi jatkuvasti. Toistaiseksi positiiviset toimenpiteet ovat kuitenkin saaneet jalansijaa lähinnä sukupuolen perusteella tapahtuvaa syrjintää koskevis-

³² Esimerkiksi Fredman jakaa yhdenvertaisuusperiaatteen kehityksen kolmeen historialliseen vaiheeseen: muodollisen yhdenvertaisuuden vastaisten oikeudellisten käytäntöjen (esim. orjuus) lakkauttaminen, syrjintäoikeudellisen lainsäädännön kehittäminen sekä tasa-arvoa koskevien lakien kriittinen uudelleen arviointi ja positiivisten toimintavelvoitteiden sisällyttäminen syrjintäoikeuden piiriin. Ks. tarkemmin *Fredman 2002*, s. 6–7.

³³ *Ellis 2005*, s. 3 ja 115.

³⁴ *Fredman 2002*, s. 121–122 ja 176–179.

sa tilanteissa.³⁵ Nimenomainen maininta syrjintäoikeuden positiivisesta ulottuvuudesta on sisällytetty myös perustamissopimuksen 13 artiklan soveltamista koskeviin 2000/43/EY ja 2000/78/EY direktiiveihin. EY-tuomioistuimen suhtautumista on kuitenkin arvioitu hyvin varovaiseksi tällä alueella. Esimerkiksi *Marschall*-tapaus viittasi siihen, että unionin oikeuden piirissä syrjintäoikeuden positiivinen ulottuvuus voi tulla sallituksi ainoastaan poikkeustilanteissa.³⁶ Ongelmallisena on nähty myös positiivisen ulottuvuuden oikeudellisesti heikko asema. Positiiviset toimenpiteet ovat vain harvoin pakollisia.³⁷ Unionin rajoitetusta toimivallasta johtuen mahdollisuudet puuttua perus- ja ihmisoikeuksien alueella ilmeneviin loukkauksiin olisivat esimerkiksi Jaeckelin mukaan vähäisiä siinäkin tapauksessa, että unioni nimenomaisesti hyväksyisi positiivisen toimintavelvoitteen omalla kohdallaan.³⁸

Heplen mukaan oikeuksiin liitetty positiivinen toimintavelvollisuus on läheisessä yhteydessä siihen, miten oikeuden käsite laajemmin ymmärretään.³⁹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon piirissä tapahtuneen kehityksen näkökulmasta olisikin tärkeää pohtia sitä, millaisen merkityksen EY-tuomioistuin antaa oikeuksien käsitteelle. Nähdäänkö esimerkiksi kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö ainoastaan passiivisena velvoitteena pidättäytyä syrjivistä toimenpiteistä, vai voidaan siihen liittää myös aktiivinen elementti vähintään siinä merkityksessä, että kiellon toteutumista ja noudattamista tulee valvoa aktiivisin toimenpitein?

2.3 Uusi ja vanha syrjintäoikeus Euroopan unionissa

Amsterdamin sopimukseen (1997) otettiin sukupuolen, rodun, etnisen alkuperän, uskonnon, vakaumuksen, vammaisuuden, iän tai sukupuolisen suuntautumisen perusteella tapahtuvaa syrjintää koskeva 13 artikla, jota voidaan pitää osoituksena unionin syrjintäoikeuden uudesta kehityssuunnasta.⁴⁰

³⁵ Ks. erityisesti The Equal Treatment Directive 76/207/EC, art. 2(4).

³⁶ Asia C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363, kohdat 31–32 ja *Barnard* 1998, s. 371.

³⁷ Ks. syrjintäoikeuden positiiviseen ulottuvuuteen liittyvästä epävarmuudesta tarkemmin esimerkiksi *Ellis* 2005, s. 115 ja *Bell* 2002 s. 166–167.

³⁸ *Jaeckel* 2003, s. 523.

³⁹ *Hepple* 2004, s. 11.

⁴⁰ Ks. esim. Green Paper: Equality and non-discrimination in an enlarged European Union COM(2004) 379 final, s. 5, jonka mukaan: ”The adoption of Article 13 reflected the growing recognition of the need to develop a coherent and integrated approach towards the fight against discrimination.”

Erityisesti Bellin ja Ellisin tuotantoon perehtymällä on helppo muodostaa käsitys siitä, että perustamissopimuksen 13 artiklan konkretisoimassa ”uudessa” syrjintäoikeudessa ei ole kyse pelkästään uusien syrjintäkieltojen luettelemisesta. Sen sijaan perustamissopimuksen 13 artiklan ja määreen ”uusi” voidaan katsoa olevan ilmausta laajemman sosiaalisen ulottuvuuden leviämisestä unionin syrjintäoikeuden alueelle.⁴¹ Tutkimuskysymykseni kannalta onkin mielenkiintoista pohtia, onko perustamissopimuksen 13 artiklalla ollut suoraan tai epäsuorasti vaikutusta myös ns. ”vanhan” syrjintäoikeuden eli kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja sukupuolten välisen tasa-arvon vaatimuksen tulkinnassa.

Alston ja Weiler ovat korostaneet perustamissopimuksen 13 artiklan laajempaa merkitystä perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden näkökulmasta. Heidän mukaansa yleinen syrjintäkielto muodostaa useiden muiden perus- ja ihmisoikeuksien ytimen tarjoten samalla perustan unionin ihmisoikeuspolitiikalle.⁴² De Witte puolestaan menee vielä pidemmälle todetessaan, että perustamissopimuksen 13 artikla on tärkeä myös sen vuoksi, että se tulee todennäköisesti vaikuttamaan EY-tuomioistuimen yleistä yhdenvertaisuusperiaatetta koskevaan tulkintaan.⁴³ Mikäli nämä arviot pitävät paikkansa, tulee perustamissopimuksen 13 artiklan vaikutus epäilemättä heijastumaan myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnassa.

Vaikka perustamissopimuksen 13 artiklan materiaallinen tarkastelu on rajattu kirjoituksen ulkopuolelle, muodostaa se kuitenkin tutkimuskysymykseni puitteet. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolle unionin oikeudessa annettu ”erityisasema” nimittäin tulee esiin verrattaessa perustamissopimuksen 12 ja 13 artikloita ja perusoikeuskirjan 21(1) ja 21(2) artikloita.⁴⁴ Tämä mainittu erityisasema ilmenee esimerkiksi tarkasteltaessa yksilön oikeussuojan tasoa. Perustamissopimuksen 12 artiklalla on välitön oikeusvaikutus toisin kuin perustamissopimuksen 13 artiklalla, joka ainoastaan valtuuttaa neuvoston ryhtymään toimenpiteisiin syrjinnän torjumiseksi. Tosin perusoikeuskirjan 21(1) artikla sisältää ns. yleisen syrjintäkiellon, joka saattaa saada välittömän oikeusvaikutuksen siinä vaiheessa, kun perusoikeuskirjasta tulee osa perustamissopimuksia. Tämä ei kuitenkaan ole mitenkään itsestään selvää perusoikeuskirjan 51 ja 52(2) artikloiden

⁴¹ Ks. *Bell* 2002 ja *Ellis* 2005.

⁴² *Alston – Weiler* 1999, s. 26.

⁴³ *de Witte* 1999, s. 884.

⁴⁴ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, s. 194–195. Ks. myös esim. *Ojanen* 2003, s. 145.

valossa.⁴⁵ Esimerkiksi ministerineuvosto on ottanut ehdottoman kielteisen kannan syrjintäperusteiden välisiin eroihin todeten: ”*The different forms of discrimination cannot be ranked: all are equally intolerable.*”⁴⁶

Vastaavasti esimerkiksi Hoogenboomin mukaan koko integraation perimmäinen idea on poistaa ihmisryhmien välistä eriarvoisuutta ja epätasa-arvoa. Hänen mukaansa unionin oikeudelle tyypillinen erottelu henkilöiden vapaan liikkuvuuden alueella kuitenkin merkitsee rakenteellisen eriarvoisuuden vahvistamista.⁴⁷ Bell puolestaan on kuvaillut unionin syrjintäoikeutta ”*a hierarchy of equality*” -käsitteen avulla. Hänen mukaansa unionin syrjintäoikeuden piirissä on havaittavissa vähittäinen siirtyminen puhtaasti markkinoiden integraatioon keskittyvästä sosiaalipoliittisesta mallista kohti ”sosiaalisen kansalaisuuden” korostamista. Muutospyrkimyksille on kuitenkin ollut tyypillistä epäyhtenäisyys, joka on johtanut syrjintäoikeuden sisäisen hierarkian muodostumiseen.⁴⁸ Toisaalta syrjintäoikeuden alueella mikään ei ole yksinkertaista tai selkeää, ja sen vuoksi unionin syrjintäoikeuden sisäisessä hierarkiassakaan ei ole kyse pelkästään perustamissopimuksen 12 ja 13 artiklan keskinäisestä suhteesta. Esimerkiksi Craigin ja de Búrcan mukaan syrjintäoikeuden sisäinen hierarkia ei rajoitu kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja muiden syrjintätapausten välille, vaan myös perustamissopimuksen 13 artiklan sisällä on havaittavissa eri syrjintäperusteiden välinen eriarvoisuus.⁴⁹ Viimeksi mainittu tilanne jää kirjoitukseni kysymyksenasettelun ulkopuolelle. Samalla se kuitenkin osoittaa, että hierarkkisuus istuu valitettavan syvällä unionin syrjintäoikeudessa.

Usein kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon erityisaseman ajatellaan automaattisesti merkitsevän sitä, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on joka suhteessa muita yhteisön oikeuden syrjintäsäännöksiä edullisemmassa asemassa. Tällöin kuitenkin sivuutetaan se mahdollisuus, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon osakseen saama erityiskohtelu on ainoastaan lähentänyt sitä integraation taloudellisiin päämääriin sen sijaan, että tosiasiallinen oikeussuoja olisi vahvistunut. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän nostaminen muista syrjintäperusteista erilleen on samalla merkinnyt, että sille on annettu korostettu asema sisämarkkinavapauksien ja taloudellisen integraation alueella. Tämän seurauksena kansalaisuus-

⁴⁵ Ks. myös komission varovainen kanta. Green Paper: Equality and non-discrimination in an enlarged European Union COM(2004) 379 final, s. 11.

⁴⁶ Council Decision 2000/750/EC establishing a Community action programme to combat discrimination, johdanto, kohta 5.

⁴⁷ *Hoogenboom* 1993, s. 498–499.

⁴⁸ *Bell* 2002, s. 1 ja 32.

⁴⁹ *Craig – de Búrca* 2003, s. 390.

perusteisen syrjinnän kiellon hierarkkisesta ylemmyydestä on hyötynyt ainoastaan hyvin rajattu ryhmä. Aluksi etuoikeutettuun ryhmään kuuluivat taloudellisesti aktiiviset jäsenvaltioiden kansalaiset, jotka olivat harjoittaneet liikkumisvapauttaan. Myöhemmin ryhmän piiriin on sisällytetty myös taloudellisesti ei-aktiiviset unionin kansalaiset, mikäli he ovat taloudellisesti omavaraisia. Esimerkiksi jäsenvaltioiden sisäiset tilanteet jäävät edelleen käytännössä kokonaan syrjintäkiellon ulkopuolelle. Toisin sanoen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolle unionin oikeudessa annettu erityisasema on itse asiassa parantanut vain pienen vähemmistön asemaa samalla kun enemmistön asema kansalaisuusperusteisen syrjinnän tilanteissa on yhtä heikko tai heikompi kuin muiden syrjintäperusteiden alueella.

3 KANSALAIUUSPERUSTEISEN SYRJINNÄN KIELTO KANSAINVÄLISESSÄ OIKEUDESSA JA UNIONIN OIKEUDESSA: EROT JA YHTÄLÄISYYDET

3.1 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö kansainvälisessä oikeudessa: ”universaalisuusperiaate”

3.1.1 Yleistä

Yhdenvertaisuusperiaatteella ja erilaisilla syrjintäkielloilla on keskeinen asema kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa. Siitä huolimatta käsitteiden yksiselitteinen määrittely ei ole helppoa myöskään kansainvälisen oikeuden piirissä. Kirjallisuudessa on ehdotettu rakenteellista tarkastelua, jossa käsitteitä arvioidaan niiden autonomisuuden ja avoimuuden perusteella.⁵⁰ Rakenteellinen määrittely tuo nähdäkseen onnistuneesti esiin keskeisimmät erot ja yhtäläisyydet KP-sopimuksen 26 artiklan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan yhdenvertaisuus- ja syrjintäsäännösten välillä. KP-sopimuksen 26 artikla on luonteeltaan autonominen toisin kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artikla. Molemmat puolestaan ovat avoimia siinä mielessä, että mahdollisia syrjintäperusteita ei ole lueteltu tyhjentävästi.⁵¹ Näitä eroja ja yhtäläisyyksiä sekä niiden vaikutusta kansa-

⁵⁰ Ks. esim. *Bayefsky* 1990, s. 3–6.

⁵¹ Bayefskyn mukaan viimeksi mainitulla seikalla on ratkaiseva merkitys tulkinnan kannalta, sillä avoimen syrjintäkiellon perusteella mikä tahansa erottelu voi johtaa kiellettyyn syrjintään, ja arviointi perustuu aina erottelun tosiasialliseen luonteeseen sen sijaan, että jotkin tilanteet jäisivät automaattisesti tarkastelun ulkopuolelle. Ks. *Bayefsky* 1990, s. 5.

laisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan tarkastellaan yksityiskoh-
taisemmin tässä pääluvussa.

3.1.2 Euroopan neuvosto ja Euroopan ihmisoikeussopimus

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan Euroopan ihmisoikeus-
sopimuksen 14 artiklan syrjintäkielto ei ole itsenäinen, vaan se voi tulla
sovellettavaksi ainoastaan tilanteissa, joissa kysymys kuuluu jonkin ih-
misoikeussopimuksessa tai sen lisäpöytäkirjoissa⁵² mainitun oikeuden tai
velvollisuuden piiriin. Toisaalta 14 artikla on ihmisoikeustuomioistuimen
mukaan autonominen siinä mielessä, että sen soveltaminen ei edellytä
sopimuksen tai lisäpöytäkirjojen piiriin kuuluvan materiaalsen oikeuden
rikkomista.⁵³ Mainittu 14 artiklan soveltamisalaa koskeva rajoitus on saa-
nut osakseen paljon kritiikkiä. Lukuisat syrjintäoikeuden alueella havaitut
puutteet ja ongelmat ovatkin johtaneet 12. lisäpöytäkirjan muotoilemiseen.
12. lisäpöytäkirjaa selittävässä raportissa todetaan nimenomaisesti, että 14
artiklan tarjoama suoja on rajoitettua verrattuna muihin kansainvälisiin
instrumentteihin, koska itsenäinen syrjintäkielto puuttuu.⁵⁴ Lisäpöytäkirjaan
no. 12 on sisällytetty yleinen syrjintäkielto ja sen johdannossa viitataan
myös yhdenvertaisuuteen lain edessä. Lisäksi 12. lisäpöytäkirja kieltää
syrjinnän muidenkin kuin ihmisoikeussopimuksen piiriin kuuluvien oike-
uksien soveltamisen yhteydessä. Toisaalta 12. lisäpöytäkirja ei kumoa 14
artiklaa, vaan ainoastaan laajentaa sen soveltamisalaa.⁵⁵ Lisäpöytäkirjan
ratifioineiden valtioiden osalta 14 artiklan rajoitetulla soveltamisalalla ei
ole enää hallitsevaa merkitystä.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan ja 12. lisäpöytäkirjan 1
artiklan varaan rakentuva syrjintäoikeus nojautuu voimakkaasti klassiseen,
formaaliseen yhdenvertaisuuden käsitteeseen, joka mukaan samanlaisia on
kohdeltava samalla tavoin ja erilaisia eri tavoin.⁵⁶ Sekä Euroopan ihmisoi-

⁵² 14 artiklan on katsottu koskevan ainakin ensimmäiseen, neljanteen, kuudenteen ja
seitsemänteen lisäpöytäkirjaan kuuluvia säännöksiä, sillä mainituissa lisäpöytäkirjoissa
edellytetään, että kaikki varsinaisen sopimuksen artiklat soveltuvat myös niihin. Ks. tar-
kemmin *Ovey – White* 2006, s. 412.

⁵³ Belgian Linguistic case 23.7.1968 A6, sec. I B, kohta 9.

⁵⁴ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental
Freedoms, Explanatory Report, kohta 1.

⁵⁵ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental
Freedoms, Explanatory Report, kohta 33.

⁵⁶ Ks. esim. National Union of Belgian Policia v Belgium 27.10.1975 A19, kohta 44 ja Th-
limmenos v Greece ECHR 2000-IV, kohta 44 ja Protocol No. 12 to the Convention for the
Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, kohta 15.

keussopimuksen 14 artiklassa että 12. lisäpöytäkirjan 1 artiklassa mainitaan nimenomaisesti ainoastaan negatiivinen syrjinnän kielto. Positiivisiin toimintavelvoitteisiin on kuitenkin otettu kantaa 12. lisäpöytäkirjaa selittävässä raportissa, jonka mukaan positiivisten velvoitteiden mahdollisuutta ei voida kokonaan poissulkea.⁵⁷ Lisäksi 12. lisäpöytäkirjaa selittävään raporttiin sisältyy yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjintäkiellon läheistä suhdetta koskeva lausuma, jonka voidaan ajatella tarkoittavan, että 12. lisäpöytäkirjan myötä olisi tarkoitus omaksua pelkkää negatiivista syrjinnän kieltoa laajempi syrjinnän käsite.⁵⁸ Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen uudempi oikeuskäytäntö antaa hienovaraisia viitteitä tähän suuntaan. *Thlimmenos-*, *Beard-*, *Chapman-*, *Coster-*, *Jane Smith-* ja *Lee-*tapauksissa ihmisoikeustuomioistuin on todennut, että 14 artiklan mukainen syrjintä voi ilmetä myös niin, että valtio laiminlyö velvollisuutensa kohdella erilaisissa tilanteissa olevia henkilöitä eri tavoin.⁵⁹ Toisin sanoen 14 artiklan nojalla ei riitä pelkästään syrjivistä toimenpiteistä pidättäytyminen, vaan valtiolta voidaan edellyttää myös aktiivista toimintaa syrjinnän estämiseksi.

Syrjinnän käsitteen määrittely on jäänyt kokonaan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön varaan. *Belgian Linguistic* -tapauksessa tuomioistuin otti kantaa siihen, miten 14 artiklan perusteella kielletty syrjintä tulisi määritellä. Ensinnäkin tuomioistuin korosti, että ihmisoikeussopimuksen 14 artikla ei kiellä kaikkea erilaista kohtelua sopimukseen sisältyvien oikeuksien ja vapauksien soveltamisen yhteydessä. Erilainen kohtelu voi olla hyväksyttävää, jos se on objektiivisesti perusteltavissa. Arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota päämäärään, vaikutuksiin sekä demokraattisessa yhteiskunnassa normaalisti vallitseviin periaatteisiin. Legitiimin päämäärän ja sen saavuttamiseksi käytettävien keinojen on lisäksi oltava sopusoinnussa suhteellisuusperiaatteen kanssa.⁶⁰ Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on siis valinnut ns. heikon lähestymistavan, jonka puitteissa erilainen kohtelu on hyväksyttävää, jos kohtelun päämäärä on objektiivisesti perusteltavissa ja käytettyjen keinojen voidaan katsoa olevan kohtuullisia suhteessa mainittuun päämäärään. Vaihtoehtoisen lähestymistavan mukaan erilainen kohtelu olisi hyväksyttävää ainoastaan

⁵⁷ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, kohdat 24 ja 26-27.

⁵⁸ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, kohdat 14-15.

⁵⁹ *Thlimmenos v Greece* ECHR 2000-IV, kohta 44; *Beard v The United Kingdom* 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 132; *Chapman v The United Kingdom*, 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 129; *Coster v The United Kingdom* 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 141; *Jane Smith v The United Kingdom* 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 138 ja *Lee v The United Kingdom* 18.1.2001 Grand Chamber, kohta 129.

⁶⁰ *Belgian Linguistic case* 23.7.1968 A6, sec. I B, kohta 10.

sellaisissa tilanteissa, joissa tosiasiallinen erilaisuus edellyttäisi erilaista kohtelua yhdenvertaisuuden ja syrjimättömyyden takaamiseksi.⁶¹

Rasmussen-tapauksen yhteydessä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin täsmensi 14 artiklaan perustuvaa arviointia.⁶² Erilaista kohtelua koskevien väitteiden yhteydessä on ensiksi arvioitava, vallitseeko hakijan ja väitetyn vertailuryhmän välillä riittävä analogia. Välittömän syrjinnän tilanteissa arviointi on suhteellisen yksinkertaista, mutta välillisen syrjinnän tilanteet ovat osoittautuneet ongelmallisiksi. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on nimittäin suhtautunut hyvin varautuneesti välillisen syrjinnän käsitteeseen. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta välillinen syrjintä on kuitenkin tärkeässä asemassa, sillä usein tosiasialliseen eriarvoisuuteen johtavat toimenpiteet ovat hyvin hienovaraisia. EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja sekundaarinormistossa välillisen syrjinnän asema onkin tunnustettu.

Kansalaisuusperusteista syrjintää koskevassa *Hugh Jordan* -tapauksessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin antoi lausunnon, jonka voidaan vihdoinkin ajatella merkitsevän välillisen syrjinnän tunnustamista. Tuomioistuimen mukaan: ”*Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory, notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group*”.⁶³ *Arnardóttir*in mukaan vaikuttaa kuitenkin siltä, että pelkkä haitallisen vaikutuksen toteennäyttäminen ei yksinään riitä, vaan hakijan pitäisi pystyä osoittamaan myös taustalta löytyvät syyt. Tässä kohden tulee esiin huomattava ero suhteessa EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jossa välillisen syrjinnän tilanteissa riittää, että hakija kykenee osoittamaan syrjivän vaikutuksen olemassaolon.⁶⁴

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan syrjintäkielto ei siis ole ehdoton, vaan poikkeaminen on mahdollista myös välittömän syrjinnän tilanteissa, mikäli välttämättömyyden, laillisen päämäärän ja suhteellisuuden kriteerien katsotaan täyttyvän *Belgian Linguistics* -tapauksessa osoitetulla tavalla.⁶⁵ Harkintavaltaa koskevan doktriinin on yleisesti ajateltu tasapainottavan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen dynaamista tulkintalinjaa.⁶⁶ Toisaalta ihmisoikeuksia koskevan universaalisuusperiaatteen valossa doktriiniin liittyy myös ongelmia. Kirjallisuudessa on erityisesti kritisoitu

⁶¹ *Ovey – White* 2006, s. 417.

⁶² *Rasmussen v Denmark* 28.11.1984 A87.

⁶³ *Hugh Jordan v The United Kingdom* 4.5.2001, kohta 154.

⁶⁴ *Arnardóttir* 2003, s. 83–84, 88 ja 124.

⁶⁵ *Belgian Linguistic case* 23.7.1968 A6, sec. I B, kohta 10.

⁶⁶ *Arnardóttir* 2003, s. 61.

tuomioistuimen tapaa vedota sopimusvaltioiden oikeusjärjestysten sisältöä luonnehtivaan ”*common ground*” -perusteeseen ilman yksityiskohtaisempia perusteluja.⁶⁷ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöllä on tyypillistä, että arvioinnin tiukkuus vaihtelee eri syrjintäperusteiden välillä. Arnardóttirin mukaan juuri sopimusvaltioille jätetyn harkintavallan laajuudessa tapahtuvat vaihtelut kuvastavat parhaiten niitä arvoja ja normatiivisia ideoita, joita Euroopan ihmisoikeustuomioistuin soveltaa syrjintäoikeuden alueella.⁶⁸ Vaikuttaa siltä, että 14 artiklassa nimenomaisesti listatut perusteet nauttivat erityistä suojaa, kun taas kaatoluokkaan ”*other status*” kuuluvissa tilanteissa syrjivä kohtelu voidaan perustella helpommin.⁶⁹

Gaygusuz-tapauksen perusteella voidaan päätellä, että kansalaisuuden perusteella tapahtuva syrjintä kuuluu tilanteisiin, joissa harkintavalta jää suppeaksi ja erilainen kohtelu voidaan hyväksyä ainoastaan hyvin painavien syiden nojalla (”*very weighty reasons*”).⁷⁰ Toisaalta tilanne ei ole aivan näin yksiselitteinen edes kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 16 artikla ja 7. lisäpöytäkirjan 1 artikla nimittäin asettavat rajoituksia kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamiselle. Vaikuttaa siltä, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon laajamittainen soveltaminen tulee kyseeseen ainoastaan tilanteissa, joissa syrjintä perustuu kansalliseen alkuperään (”*national origin*”) ja lähestyy sen vuoksi rotusyrjintää. Sen sijaan valtion omien kansalaisten tai unionin kansalaisten ja ei-kansalaisten välisen suhteen määrittelyssä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan syrjintäkiellosta ei vaikuttaisi olevan yhtä paljon apua.⁷¹ Tämäkään ei kuitenkaan ole aivan yksiselitteinen päätelmä, sillä esimerkiksi *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* -tapauksessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi: ”*Nevertheless, there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within it*”.⁷²

Unionin oikeuden näkökulmasta erityisen merkittävänä voidaan pitää Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artiklaa, jonka nojalla sopimusvaltiot sitoutuvat turvaamaan sopimuksessa määritellyt oikeudet ja vapaudet kaikille toimivaltansa piirissä oleville henkilöille näiden kansalaisuuteen tai kansalli-

⁶⁷ Ks. esim. *Rasmussen v Denmark* 28.11.1994 A87, kohta 40 ja *Schokkenbroek* 1998, s. 20–21.

⁶⁸ *Arnardóttir* 2003, s. 17, 31 ja 41.

⁶⁹ *Ovey – White* 2006, s. 413.

⁷⁰ *Gaygusuz v Austria* ECHR 1996-IV, kohta 42.

⁷¹ *Arnardóttir* 2003, s. 151.

⁷² *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom* ECHR 1985 A 094, kohdat 70, 72, 84, 87–88 ja 91.

suuteen katsomatta.⁷³ Keskeiseksi muodostuu kysymys siitä, mitkä oikeudet unionin jäsenvaltiot voivat rajoittaa koskemaan ainoastaan unionin kansalaisia ilman, että joudutaan ristiriitaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artiklan kanssa. Unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta keskeisiä ovat *Moustaquim v Belgium*- ja *C v Belgium* -tapaukset, joiden yhteydessä tuli arvioitavaksi kysymys unionin kansalaisten asettamisesta muita edullisempaan asemaan maastakarkotuksen yhteydessä.⁷⁴ Ihmisoikeustuomioistuin ei kuitenkaan pitänyt tilannetta syrjivänä ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan nojalla: ”the Court considers that such preferential treatment is based on an objective and reasonable justification, given that the member States of the European Union form a special legal order, which has, in addition, established its own citizenship”.⁷⁵

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta ongelmalliseksi saattaa kuitenkin osoittautua EY-tuomioistuimen tapa yhdistää henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate monien muiden oikeuksien soveltamiseen. Ristiriita voi konkretisoida tilanteissa, jotka EY-tuomioistuimen mukaan jäävät unionin oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle mutta joissa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin havaitsee kansalaisuusperusteista syrjintää 14 artiklan nojalla. Esimerkiksi *Koua Poirrez* -tapauksessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi, että muiden kuin valtion omien kansalaisten ja sen kanssa vastavuoroisen sopimuksen tehneiden valtioiden kansalaisten rajaaminen tietyn sosiaalietuuden ulkopuolelle johti kansalaisuusperusteiseen syrjintään Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan nojalla. Lopputulokseen vaikutti erityisesti se, että poissulkemisen katsottiin tapahtuneen yksinomaan kansalaisuuden perusteella.⁷⁶ Ongelmalliseksi tilanteen teki se, että EY-tuomioistuin oli antanut aikaisemmin samassa asiassa ratkaisun, jonka mukaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö ei soveltunut tapaukseen sen vuoksi, että kyseessä oli puhtaasti jäsenvaltion sisäinen tilanne, joka ei kuulunut yhteisön oikeuden soveltamisalaan.⁷⁷

Nold- ja *Internationale Handelsgesellschaft* -tapauksissa EY-tuomioistuin totesi, että perusoikeuksien suojelun on tapahduttava yhteisön päämäärien

⁷³ Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artiklan mukaan: ”The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

⁷⁴ *Moustaquim v Belgium* 18.2.1991 A193, kohdat 48–49 ja *C v Belgium* ECHR 1996-III, kohdat 37–38.

⁷⁵ *C v Belgium* ECHR 1996-III, kohta 38.

⁷⁶ *Koua Poirrez v France* ECHR 2003-X, kohta 49.

⁷⁷ *Asia C-209/91 Ettiën Koua Poirrez v Caisse d’allocations familiales de la région parisienne* [1992] ECR I-6685, kohdat 10–13.

ja organisaation puitteissa.⁷⁸ Vaikka EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön ja perusoikeuskirjan 52(3) ja 53 artikloiden valossa on havaittavissa huomattavaa lähentymistä yhteisön oikeuden ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön välillä, ”*the worst case scenario*” on Kühlingin mukaan edelleen mahdollinen.⁷⁹ EY-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen suhtautuminen perus- ja ihmisoikeuksiin on jo lähtökohdiltaan erilaista. Esimerkiksi Ojanen on huomauttanut, että unionin oikeuden piirissä perus- ja ihmisoikeudet määritellään yhtenä unionin oikeuden ”*ulottuvuutena*”, kun taas Euroopan ihmisoikeussopimusta sovellettaessa perus- ja ihmisoikeudet ovat ehdottomassa keskiössä.⁸⁰

Unioni ei toistaiseksi ole Euroopan ihmisoikeussopimuksen jäsen. Lissabonin sopimuksen 32 artiklassa unioni kuitenkin saa oikeushenkilöllisyyden ja 6(2) artiklassa säädetään unionin liittymisestä ihmisoikeussopimukseen. Toisaalta sopimuksen 6(1) ja 6(2) artikloissa todetaan nimenomaisesti, että unionin toimivaltaa ei ole tarkoitus laajentaa.⁸¹ Voidaan kuitenkin perustellusti väittää, että unionin oikeuden kehityksessä tulisi näkyä aikaisempaa selvemmin, että jäsenvaltioille muodostuu ihmisoikeuksiin liittyviä velvoitteita myös muiden kansainvälisoikeudellisten instrumenttien perusteella. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ottanut kantaa tähän kysymykseen erityisesti *Matthews-* ja *Bosphorus Airways* -ratkaisuisaan.⁸² Erityisen huolestuttava tilanne syntyy silloin, kun EY-tuomioistuin soveltaa unionin oikeudessa sallittuja laajoja poikkeamisperusteita myös Euroopan ihmisoikeussopimuksessa suojattuihin oikeuksiin.⁸³ Esimerkiksi *Schmidberger*-ratkaisua on arvosteltu juuri tällä perusteella.⁸⁴ Ongelma on relevantti myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän tilanteissa, sillä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan kansalaisuuteen perustuva syrjintä voi olla hyväksyttävää vain erittäin painavilla perusteilla.

⁷⁸ Asia 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECR 1125, kohta 4 ja asia 4/73 J. Nold v Commission of the European Communities [1974] ECR 491, kohdat 13-14.

⁷⁹ Kühling 2006, s. 546.

⁸⁰ Ojanen 2006, s. 169.

⁸¹ Ks. tarkemmin Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Conference of the representatives of the governments of the Member States, OJ C 306/01 (17.12.2007).

⁸² Matthews v The United Kingdom ECHR 1999-I, kohta 32 ja Bosphorus Airways v Ireland 30.6.2005 Grand Chamber, kohdat 152–156.

⁸³ Ks. esim. Peers 2004a, s. 142–143.

⁸⁴ Asia C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich [2003] ECR I-5659, kohdat 77–79.

3.1.3 YK ja KP-sopimus

Yhdenvertaisuusperiaate ja syrjinnän kieltö kuuluvat YK:n peruskirjan ja yleismaailmallisen ihmisoikeusjulistuksen ytimeen. YK:n peruskirjan 1 artiklan 3 kohdan mukaan: “*The Purposes of the United Nations are - - promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion.*” Syrjinnän ehkäiseminen ja vähemmistöjen oikeuksien suojeleminen muodostavat tärkeän osan sekä YK:n ihmisoikeuskomission että talous- ja sosiaalineuvoston (ECOSOC) tehtäväkentästä. YK:n sopimusjärjestelmän piirissä syrjinnän käsite on kuitenkin määritelty ainoastaan neljässä sopimuksessa.⁸⁵ KP- ja TSS-sopimukseen ei sisälly lainkaan nimenomaista määritelmää syrjinnän käsitteelle.

Syrjintäoikeuden näkökulmasta tärkeäksi onkin muodostunut *ILO Convention No. 111 concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation* (1958), sillä sen puitteissa pyrittiin ensimmäisen kerran nimenomaisesti määrittelemään syrjinnän käsite. ILO-sopimuksen 1 artiklassa kielletty syrjintä on määritelty seitsemän nimenomaisen syrjintäperusteen avulla. KP-sopimuksen 26 artiklan syrjintäkiellossa vastaava lista ei ole luonteeltaan tyhjentyvä ja sen vuoksi sen soveltamisala vaikuttaa ILO-sopimuksen soveltamisalaa laajemmalla. ILO-sopimuksen 1 artikla ja KP-sopimuksen 26 artikla toimivat käytännössä hyvin pitkälle samalla tavoin, vaikka teoriassa KP-sopimuksen 26 artiklan soveltamisala onkin laajempi ”*other status*” -kaatoluokan vuoksi.⁸⁶

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta on tärkeää huomata, että ILO-sopimuksessa lueteltujen syrjintäperusteiden joukossa ei mainita kansalaisuutta vaan ainoastaan kansallinen syntyperä (“*national extraction*”). Toisin sanoen ILO-sopimus ei ota kantaa kansalaisuuden perusteella tapahtuvaan syrjintään, vaan ainoastaan kansallisen syntyperän perusteella tapahtuvaan syrjintään.⁸⁷ Käytännön soveltamistilanteissa ongelmalliseksi on osoittautunut kysymys siitä, ulottuuko kansallista syntyperää koskeva lausuma myös sellaisiin tilanteisiin, joissa syrjintä tapahtuu kahden eri ryhmän välillä, joista kummallakaan ei ole kohdevaltion kansalaisuutta. Tämä kysymys on keskeinen myös unionin oikeuden näkökulmasta, kun

⁸⁵ Nämä neljä sopimusta ovat: *ILO No. 111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention* 1 artikla, *UNESCO Convention on the Elimination of Discrimination in Education* 1(1) artikla, *1965 Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* 1(1) artikla ja *1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* 1 artikla.

⁸⁶ *Nielsen* 1994, s. 832.

⁸⁷ *Ibid.*, s. 840–841.

tarkastellaan unionin kansalaisten ja kolmansien maiden kansalaisten suhdetta.⁸⁸

YK:n ihmisoikeuskomitean syrjintää koskevan yleisen kannanoton mukaan syrjinnän määritelmän puuttuminen KP-sopimuksesta johtaa siihen, että tukea on haettava muista syrjintää käsittelevistä sopimuksista. Samassa yhteydessä ihmisoikeuskomitea antoi syrjinnälle seuraavan määritelmän: ”- - *the Committee believes that the term ‘discrimination’ as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preferences which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms*” ja ”*the enjoyment of rights and freedoms on an equal footing, however, does not mean identical treatment in every instance*”.⁸⁹ KP-sopimuksen keskeisimmät syrjintää koskevat säännökset sisältyvät sopimuksen 2 ja 26 artikloihin.⁹⁰ Nowakin mukaan yhdenvertaisuusperiaatetta voidaan kuvata koko KP-sopimuksen lävistäväksi ”punaiseksi langaksi”, josta on nimenomaisesti poikettu ainoastaan 13, 24, 25 ja 27 artikloissa.⁹¹ KP-sopimuksen 26 artikla on erityisen merkittävä esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklaan verrattuna sen vuoksi, että siihen sisältyy pelkän syrjinnän kiellon lisäksi myös nimenomainen maininta yhdenvertaisuudesta.⁹²

Broeks- ja Zwaan-de Vries -tapauksissa ihmisoikeuskomitea on korostanut 26 artiklan itsenäistä luonnetta suhteessa 2(1) artiklaan. Komitean mukaan 26 artiklan juuret ovat YK:n yleismaailmallisen ihmisoikeusjulistuksen 7 artiklassa, ja sen vuoksi 26 artiklan yhdenvertaisuusperiaate ja syrjintäkielto asettavat vaatimuksia myös sopimusvaltioiden lainsäädännölle ja sen soveltamiselle. Toisaalta komitea korostaa, että 26 artikla ei kuitenkaan

⁸⁸ Ibid., s. 842.

⁸⁹ General Comment No. 18/37, kohdat 7–8.

⁹⁰ KP-sopimuksen 2(1) artiklan mukaan: ”*Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*” KP-sopimuksen 26 artiklan mukaan: ”*All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*”

⁹¹ Nowak 2005, s. 600.

⁹² Ibid., s. 600 ja 604.

asetta vaatimuksia lainsäädännön materiaaliselle sisällölle esimerkiksi sosiaaliturvan alueella, vaan pikemminkin sille, että lain soveltamisessa noudatetaan yhdenvertaisuutta ja syrjimättömyyttä.⁹³

Materiaalisen yhdenvertaisuuden alueelle astuminen on kuitenkin Nowakin mukaan merkinnyt sitä, että KP-sopimuksen 26 artiklan tulkintaan ja soveltamiseen on alusta alkaen liittynyt runsaasti ristiriitoja ja eriäviä mielipiteitä.⁹⁴ Syrjintää koskevassa yleisessä tiedonannossaan ihmisoikeuskomitea on nimenomaisesti todennut, että yhdenvertaisuusperiaatteen noudattaminen saattaa joissakin tilanteissa edellyttää sopimusvaltioilta myös positiivisiin toimenpiteisiin ryhtymistä.⁹⁵ KP-sopimuksen 26 artiklan toisessa lauseessa yleinen syrjintäkielto liitetään yhdenvertaisuusvaatimukseen ”*in this respect*” -toteamuksen avulla. Toisin sanoen syrjintäkiellon voidaan ajatella olevan selkeästi yhteydessä materiaalisen yhdenvertaisuuden vaatimukseen.⁹⁶

Syrjintäkiellon loukkaus on vain harvoissa tapauksissa perusteltu 2(1) artiklan nojalla. Enemmän oikeuskäytäntöä löytyy 26 artiklan yleisestä syrjintäkiellosta ja yhdenvertaisuusvaatimuksesta. *Gueye et al v France* -tapaus voidaan kuitenkin mainita esimerkkinä kansalaisuusperusteista syrjintää koskevasta tilanteesta, jossa oli komitean mukaan loukattu myös 2(1) artiklaa. Komitea muistutti, että kansalaisuutta ei sellaisenaan mainita 26 artiklan syrjintäperusteiden listassa. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon voidaan kuitenkin katsoa tulevan 26 artiklan piiriin ”*other status*” -perusteiden nojalla. Komitean mukaan kansalaisuudessa tapahtuneita muutoksia ei voitu pitää riittävänä perusteena erilaiselle kohtelulle, kun eläkkeen myöntäminen on alun perin perustunut muihin seikkoihin.⁹⁷

Komitea on ottanut kantaa kansalaisuuden perusteella tapahtuneeseen syrjintään myös *Karakurt v Austria* -tapauksessa, joka koski ei-kansalaisten oikeutta tulla valituksi työpaikkansa valtuuston jäseneksi. Tässäkin tapauksessa komitea korosti, että erilainen kohtelu ei ole kiellettyä 26 artiklan nojalla, jos sille voidaan osoittaa objektiiviset ja kohtuulliset perustelut. Komitean mukaan arvio on tehtävä aina tilannekohtaisesti. Pelkästään kansalaisuuden perusteella tapahtuvalle erottelulle ei kuitenkaan ollut löydettävissä kohtuullisia perusteluita Karakurt-tapauksessa, ja sen vuoksi

⁹³ S. W. M. Broeks, No. 172/1984, kohdat 12.3 ja 12.4 ja Zwaan-de Vries v Netherlands, No. 182/1984, kohdat 12.3 ja 12.4.

⁹⁴ *Nowak* 2005, s. 601.

⁹⁵ General Comment No. 18/37, kohta 10.

⁹⁶ *Nowak* 2005, s. 606–608.

⁹⁷ *Gueye et al v France*, No. 196/1985, kohdat 9.4, 9.5 ja 11.

kansalaisuuden perusteella tapahtuneen erottelun katsottiin rikkovan 26 artiklaa.⁹⁸

Komitea kuitenkin viittasi *Karakurt v Austria* -tapauksessa myös aikaisempaan *van Oord v Netherlands* -tapaukseen, jossa kansalaisuusperusteista syrjintää koskeva väite ei menestynyt. Kyseisessä tapauksessa komitea totesi, että tietyn valtion kansalaisten eduksi tapahtuvaa erottelua voidaan pitää kohtuullisena, mikäli se perustuu mainittujen valtioiden väliseen kansainväliseen sopimukseen. Toisaalta komitea kuitenkin korosti, ettei sellaista sopimusta voida automaattisesti pitää riittävänä perusteena, vaan arvioinnin on aina tapahduttava tilannekohtaisesti.⁹⁹ Tämä tapaus vaikuttaa merkittävältä myös unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta, sillä unionin oikeudessa arviointi keskittyy jäsenvaltioiden välisiin syrjintätilanteisiin. Huomiota tulisi nähdäkseni kiinnittää siihen, että ihmisoikeuskomitean mukaan valtioiden välinen sopimus ei automaattisesti riitä edullisemman kohtelun perusteeksi. *Simunke et al v the Czech Republic* -tapauksessa komitea korosti, että toimenpide on katsottava tarkoituksestaan riippumatta 26 artiklan vastaiseksi, mikäli sen vaikutukset ovat syrjiviä.¹⁰⁰ Nowakin mukaan 26 artiklan tulkinnalle ja soveltamiselle on yhtäältä ominaista, että erottelu kaikkein arkaluontoisimmillakin perusteilla voi olla hyväksyttävää, jos objektiivisen ja kohtuullisen perustelun vaatimuksen katsotaan täyttyvän. Toisaalta samanaikaisesti 26 artiklan takaama suoja voi mennä yhdenvertaisuuden toteuttamisessa huomattavasti pelkkää syrjinnän kieltoa pidemmälle.¹⁰¹

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta on tärkeää tarkastella ”*national origin*” -perusteen suhdetta pelkästään kansalaisuuden perusteella tapahtuvaan syrjintään. Keskeiseksi muodostuu kysymys siitä, kattaako KP-sopimuksen 2 ja 26 artikloissa mainittu ”*national origin*” -peruste myös valtion omien kansalaisten ja toisten valtioiden kansalaisten välillä tapahtuvan erottelun. Nowakin mukaan KP-sopimuksen syrjintäkieltojen historiallinen tausta antaa aiheita päätellä, että kansalaisuuden perusteella tapahtuva erottelu ei ole yleisesti hyväksyttävää.¹⁰² Tätä ajatusta tukee nähdäkseni myös ihmisoikeuskomitean syrjintää koskeva yleinen kannanotto, jossa komitea nimenomaisesti korosti KP-sopimuksen 26 artiklan

⁹⁸ Mümtaz Karakurt v Austria, No. 965/2000, kohdat 8.3 ja 8.4.

⁹⁹ Van Oord v Netherlands, No. 658/1995, kohta 8.5 ja Mümtaz Karakurt v Austria, No. 965/2000, kohta 8.4.

¹⁰⁰ Simunek et al v the Czech Republic, No. 516/1992, kohdat 11.6 ja 11.7.

¹⁰¹ Nowak 2005, s. 627–628.

¹⁰² Ibid., s. 54 (ks. erityisesti alaviite 133).

universaalia luonnetta.¹⁰³ Ulkomaisten henkilöiden oikeuksia koskevassa yleisessä kannanotossaan ihmisoikeuskomitea muistutti lisäksi, että pääsääntöisesti KP-sopimuksen oikeudet koskevat kaikkia ihmisiä heidän kansalaisuudestaan riippumatta. Sen vuoksi pääsääntönä on komitean mukaan pidettävä sitä, että KP-sopimusta sovelletaan ilman syrjintää kansalaisten ja ei-kansalaisten välillä. Ainoastaan tietyissä nimenomaisesti mainituissa tilanteissa (esim. 25 artikla) sopimuksen oikeudet voidaan rajata koskemaan pelkästään kansalaisia. Komitean mukaan useissa sopimusvaltioissa ei-kansalaisten oikeuksia onkin rajoitettu tavalla, joka ei ole sopusoinnussa KP-sopimuksen vaatimusten kanssa.¹⁰⁴

Toisaalta ihmisoikeuskomitea muistutti, että ei-kansalaisilla ei kuitenkaan ole KP-sopimuksen 12 artiklan nojalla automaattista maahantulo- tai oleskeluoikeutta. Tosin komitea totesi samassa yhteydessä, että tietyissä, esimerkiksi syrjintäkieltoon liittyvissä poikkeustilanteissa ei-kansalainenkin voi saada suojaa 12 artiklan nojalla.¹⁰⁵ Todennäköisesti tällainen mahdollisuus on kuitenkin äärimmäisen harvinainen. Esimerkiksi Nowak on todennut, että ei-kansalaisten kohdalla KP-sopimuksen tarjoaman tehokkaan oikeussuojan nauttimista heikentää huomattavasti maastakarkotuksen uhka.¹⁰⁶ Toisaalta laillisen oleskeluoikeuden myöntämisen jälkeen ei-kansalaiselle on ihmisoikeuskomitean mukaan taattava KP-sopimuksen edellyttämät oikeudet edellä mainittuja nimenomaisia poikkeuksia lukuun ottamatta.¹⁰⁷ Liikkumisvapautta koskevassa yleisessä kannanotossaan ihmisoikeuskomitea kuitenkin korosti, että laillisen oleskelun määrittäminen kuuluu jokaisen valtion kansallisen oikeusjärjestyksen piiriin, kunhan valtio samalla noudattaa kansainvälisiä velvoitteitaan.¹⁰⁸

EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä KP-sopimukselle on usein annettu ”*a source of inspiration*” -asema tilanteissa, joissa tuomioistuin on joutunut muotoilemaan yhteisön oikeuden yleisten oikeusperiaatteiden sisältöä.¹⁰⁹ Yhdenvertaisuutta koskevassa *Grant*-tapauksessa EY-tuomiois-

¹⁰³ General Comment No. 18/37, kohta 12: ”*That is to say, article 26 provides that all persons are equal before the law and are entitled to equal protection of the law without discrimination, and that the law shall guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any of the enumerated grounds.*”.

¹⁰⁴ General Comment No. 15/27, kohdat 1 ja 2.

¹⁰⁵ General Comment No. 15/27, kohta 5.

¹⁰⁶ *Nowak* 2005, s. 55 ja 261–262.

¹⁰⁷ General Comment No. 15/27, kohta 6.

¹⁰⁸ General Comment No. 27/67, kohta 4.

¹⁰⁹ Ks. esim. asia 374/87 *Orkem v Commission of the European Communities* [1989] ECR 3283, kohdat 28 ja 31 ja asia C-540/03 *European Parliament v Council of the European Union* [2006] ECR I-5769, kohta 37.

tuin kuitenkin nimenomaisesti poikkesi ihmisoikeuskomitean vastaavassa tilanteessa KP-sopimukselle antamasta tulkinnasta. Tuomioistuin vetosi aikaisempaan kantaansa, jonka mukaan perus- ja ihmisoikeuksien nojalla ei voida laajentaa perustamissopimuksen artikloiden soveltamisalaa yhteisön nykyistä toimivaltaa laajemmalle.¹¹⁰ Moren mukaan on kuitenkin mahdollista, että YK:n ihmisoikeuskomitean KP-sopimuksen 26 artiklan tulkintaa koskevat ratkaisut olisivat kansainvälisen tapaoikeuden nojalla sitovia ja että yksilöillä olisi sitä kautta mahdollisuus vedota itsenäiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen myös EY-tuomioistuimessa.¹¹¹ Kansainvälinen tuomioistuin totesi *Barcelona Traction* -ratkaisussaan, että perustavanlaatuiset ihmisoikeudet ovat luonteeltaan ”*erga omnes*”.¹¹² Mikäli unionin katsotaan olevan kansainvälisen oikeuden subjekti, se on velvollinen noudattamaan kansainvälistä tapaoikeutta ja samalla myös perustavanlaatuisia perus- ja ihmisoikeuksia.¹¹³

Erityisesti ensimmäisen asteen tuomioistuin on ottanut unionin ihmisoikeusvelvoitteet vakavasti. *Yusuf*- ja *Kadi*-tapauksissa ensimmäisen asteen tuomioistuin nojautui perustamissopimuksen 307 artiklan ja YK:n peruskirjan 103 artiklan¹¹⁴ yhteisvaikutukseen, jonka perusteella on tuomioistuimen mukaan pääteltävissä, että ihmisoikeuksien *ius cogens* -luonne on otettava huomioon yhteisön oikeuden alueella. Molemmissa ratkaisuisa ensimmäisen asteen tuomioistuin viittasi KP-sopimukseen sisältyviin oikeuksiin tavalla, joka antaa ymmärtää, että sopimuksessa mainitut oikeudet kuuluvat *ius cogens* -määritelmän piiriin.¹¹⁵ Kansainvälisen oikeuden näkökulmasta jäsenvaltioiden ihmisoikeusvelvoitteiden seuraannon katsotaan tapahtuneen siitä riippumatta, ovatko jäsenvaltiot luovuttaneet unionille yksinomaisen vai jaetun toimivallan.¹¹⁶ Unionin piirissä näkemykset ovat kuitenkin tässä kohden jakautuneet. EY-tuomioistuin on vahvistanut seuraannon ainoastaan

¹¹⁰ Asia C-249/96 Lisa Jaqueline Grant v South-West Trains Ltd. [1998] ECR I-621, kohdat 43–46.

¹¹¹ *More* 1999, s. 546.

¹¹² *Barcelona Traction (Belgium v Spain)* [1970] ICJ, kohdat 33–34.

¹¹³ *Ahmed – Butler* 2006, s. 772.

¹¹⁴ YK:n peruskirjan 103 artiklan mukaan peruskirja menee edelle kaikissa tilanteissa, joissa muodostuisi ristiriita peruskirjan ja YK:n jäsenvaltioiden solmimien muiden kansainvälisten sopimusten välille.

¹¹⁵ Asia T-315/01 Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities [2005] ECR II-3649, kohdat 228–331 ja 287 ja asia T-306/01 Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and the Commission of the European Communities [2005] ECR II-3533, kohdat 275, 279, 282 ja 342.

¹¹⁶ *Ahmed – Butler* 2006, s. 790.

tilanteissa, joissa sille on siirretty yksinomainen toimivalta.¹¹⁷ Ensimmäisen asteen tuomioistuin puolestaan on ollut valmis vahvistamaan seuraannon ”siinä määrin kuin” aikaisemmin jäsenvaltioille kuulunutta toimivaltaa on siirtynyt yhteisölle.¹¹⁸ Toistaiseksi unioni on katsonut voivansa itse määrittellä perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvät velvollisuutensa TEU 6 artiklan nojalla.¹¹⁹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta olisi kuitenkin toivottavaa, että unioni ottaisi myös yleisestä kansainvälisestä oikeudesta johdettavissa olevat velvoitteet aikaisempaa vakavammin.

3.2 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon unionin oikeudessa: ”*sui generis*”

3.2.1 Yleistä

Termillä ”*sui generis*” viitataan usein unionin erityisluonteeseen valtion ja kansainvälisen järjestön väliin sijoittuvana poliittisena ja oikeudellisena yksikkönä. Useat oikeustieteilijät suhtautuvat kuitenkin kriittisesti termin käyttöön oikeudellisessa asiayhteydessä. Esimerkiksi Tuori on todennut, että *sui generis* -määre ei oikeastaan tuo mitään lisää siihen yleisesti tiedossa olevaan tosiseikkaan, että unioni ei nykyisessä muodossaan ole kumpikaan, valtio tai kansainvälinen järjestö.¹²⁰ Tässä kirjoituksessa olen kuitenkin päätenyt viittaamaan unionin syrjintäoikeuteen *sui generis* -käsitteen avulla. Tutkimuskysymykseni perustuu siihen, että unionin syrjintäoikeus poikkeaa sekä perinteisestä valtiosisäisestä että kansainvälisestä syrjintäoikeudesta. Kirjoituksen tarkoituksena ei kuitenkaan ole selittää unionin syrjintäoikeutta *sui generis* -käsitteen avulla, vaan ainoastaan lähteä liikkeelle kyseisestä käsitteestä.

Tässä pääluvussa käsittelen unionin syrjintäoikeuden taustalta löytyviä syitä ja seurauksia. Toisin sanoen tarkoituksena on hahmotella unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnan keskeiset ongelmakohdat. Unionin perus- ja ihmisoikeustilannetta koskevassa Human Rights Watch -järjestön tuoreessa raportissa todetaan: ”*The European experiment has*

¹¹⁷ Ks. esim. asia 21-24/72 International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit [1972] ECR 1219, kohtat 15 ja 17–18.

¹¹⁸ Ks. esim. asia T-306/01 Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and the Commission of the European Communities [2005] ECR II-3533, kohta 253.

¹¹⁹ Ks. hyvin kriittinen näkemys unionin perus- ja ihmisoikeustilanteesta Roth, Kenneth: Filling the Leadership Void: Where is the European Union? in Human Rights Watch World Report 2007, <http://hrw.org/wr2k7/>.

¹²⁰ Tuori 2004, s. 72.

helped to bring peace and prosperity to those lucky enough to live inside its borders, but the EU is falling woefully short of its promise as a defender of rights around the world".¹²¹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnan valossa vaikuttaa kuitenkin siltä, että edes unionin sisäinen tilanne ei kaikilta osin täytä keskeisimpien perus- ja ihmisoikeussopimusten kriteereitä.

3.2.2 Unionin syrjintäoikeuden päämäärät

Yhteisön oikeuden piirissä on alusta alkaen ollut selvää, että tuotannon-tekijöiden vapaan liikkuvuuden ja resurssien tehokkaan hyödyntämisen varaan rakentuvilla yhteismarkkinoilla kansalaisuusperusteista syrjintää ei voida sallia. Esimerkiksi julkisasiamies Jacobs on todennut *Phil Collins*-tapausta koskevassa mielipiteessään: "*The Prohibition of discrimination on grounds of nationality is the single most important principle of Community law*".¹²²

Unionin oikeusjärjestykselle, syrjintäoikeus mukaan lukien, on tyypillistä, että se keskittyy perustamissopimuksissa lueteltujen päämäärien toteuttamiseen ja turvaamiseen. Vaikka näiden päämäärien taustalta on löydettävissä pyrkimys laaja-alaiseen sosiaaliseen hyvinvointiin, unionin voimavarat ovat ensisijaisesti kuluneet taloudelliseen integraatioon ja sisämarkkinoiden toteuttamiseen. Samanaikaisesti unionin toimivallan laajentuminen sosiaalipolitiikan alueelle, perus- ja ihmisoikeuksien vahvistunut asema sekä unionin kansalaisuuden käsite yhdessä ovat johtaneet tilanteeseen, jossa unionin on otettava vastuuta taloudellista lähestymistapaa laajemmin. Tämä kaksijakoisuus korostuu syrjintäoikeuden alueella.

Esimerkiksi julkisasiamies Jacobs on *Phil Collins*-tapausta koskevassa mielipiteessään korostanut perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon dualistista luonnetta. Ensinnäkin hän viittaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon merkitykseen taloudellisen integraation ja vapaan kilpailun näkökulmasta. Vielä merkittävämpänä voidaan kuitenkin pitää hänen kannanottoaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon symbolisesta merkityksestä. Julkisasiamiehen mukaan: "*The prohibition of discrimination on grounds of nationality is also of great symbolic importance, inasmuch as it demonstrates that the Community is*

¹²¹ *Roth, Kenneth*: Filling the Leadership Void: Where is the European Union? in Human Rights Watch World Report 2007, <http://hrw.org/wr2k7/>, s. 3.

¹²² Asiat C-92/92 ja C-326/92 *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH* [1993] ECR I-5145, Opinion of Mr Advocate General Jacobs (30 June 1993), kohta 9.

not just a commercial arrangement between the governments of the Member States but is a common enterprise in which all the citizens of Europe are able to participate as individuals.”¹²³ Tämän ajatuksen ytimen muodostaa perustamissopimuksen 12 artikla, jonka mukaan: ”*Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä tämän sopimuksen soveltamisalalla, sanotun kuitenkin rajoittamatta tämän sopimuksen erityismääräysten soveltamista.*”

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon avulla ei pyritä harmonisoimaan jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiä, vaan ainoastaan varmistamaan, että jäsenvaltiot eivät suosi omia kansalaisiaan tavalla, joka olisi ristiriidassa unionin oikeusjärjestyksen kanssa. Perustamissopimuksen 12 artiklan yleistä kieltoa on täydennetty useissa muissa primaari- ja sekundaarioikeuden säännöksissä, joista keskeisimpinä voidaan mainita työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskeva perustamissopimuksen 39 artikla, unionin kansalaisten vapaata liikkuvuutta koskeva perustamissopimuksen 18 artikla sekä neuvoston asetukset 1612/68 ja 1048/71.¹²⁴ Perustamissopimukset eivät kutienkaan sisällä kansalaisuusperusteisen syrjinnän määritelmää. Käsitteen määrittely on sen vuoksi jäänyt EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön varaan. EY-tuomioistuimen mukaan kansalaisuusperusteinen syrjintä kattaa sekä avoimen eli välittömän että peitellyn eli välillisen syrjinnän: “*the requirement of equal treatment laid down both in Article 48 of the Treaty and in Article 7 of Regulation No 1612/68 prohibits not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other distinguishing criteria, lead in fact to the same result - -*”.¹²⁵ Välillistä syrjintää on käsitelty myös useissa muissa ratkaisuissa.¹²⁶ Yleensä EY-tuomioistuin on tulkinnut välillisen syrjinnän käsitettä laajasti ja huomiota on kiinnitetty erityisesti toiminnan vaikutuksiin.¹²⁷

¹²³ Asiat C-92/92 ja C-326/92 Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH [1993] ECR I-5145, Opinion of Mr Advocate General Jacobs (30 June 1993), kohdat 10–11.

¹²⁴ Council Regulation No 1612/68 OJ L 257 (19.10.1968) ja Council Regulation No 1408/71 OJ L 149 (5.7.1971).

¹²⁵ Asia C-278/94, Commission of the European Community v Kingdom of Belgium [1996] ECR I-4307, kohta 27.

¹²⁶ Ks. välillisestä syrjinnästä esim. asia 15/69, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola [1969] ECR 363, kohta 6; asia 152/73 Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost [1974] ECR 153, kohta 11; asia C-237/94 John O’Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617, kohdat 20–21 ja asia C-147/03 Commission of the European Communities v Republic of Austria [2005] ECR I-5969, kohta 47.

¹²⁷ *Van der Mei* 2003, s. 75. Ks. myös esim. asia C-379/87 Anita Groener v Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee [1989] ECR 3967,

Kielletty syrjintä on siis määritelty EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä melko kattavasti. Enemmän epäselvyyttä on aiheutunut siitä, millä perusteilla kielletyn syrjinnän kriteerit täyttävä toiminta voi poikkeuksellisesti olla sallittua. Arvioinnissa on otettava huomioon sekä lakisäätteiset perusteet että kohtuullisuus- ja oikeudenmukaisuusperusteet.¹²⁸ Toisin sanoen poikkeaminen on mahdollista kahdella eri perusteella, ensinnäkin perustamissopimuksen nimenomaisten artikloiden nojalla ja toiseksi EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön nojalla.¹²⁹ Kohtuullisuus- ja oikeudenmukaisuusperusteet voivat saada merkitystä erityisesti välillisen syrjinnän tilanteissa, kun taas välitön syrjintä voidaan sallia ainoastaan perustamissopimuksen nimenomaisten säännösten nojalla.¹³⁰

EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella näyttää selvältä, että 39(3)-(4) artiklan poikkeussäännöksiä on tulkittava suppeasti.¹³¹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta tärkeäksi muodostuu *Adoui and Cornuaille v Belgium* -tapaus, jossa EY-tuomioistuin totesi, että yleisen järjestyksen perusteella tehtävä poikkeaminen ei saa johtaa sattumanvaraiseen tai mielivaltaiseen erotteluun jäsenvaltion omien ja toisten jäsenvaltioiden kansalaisten välillä.¹³² Esimerkiksi *Pastors and Trans-Cap GmbH* -tapauksessa EY-tuomioistuin muotoili suhteellisuusperiaatteen seuraavasti: “*That finding, however, is not sufficient under the Court’s case-law for such legislation to be held incompatible with Article 6 of the Treaty [nyk. 12 artikla]. For that, it would also be necessary for the legislation in question to be incapable of being justified by objective circumstances.*”¹³³ EY-tuomioistuin on käsitellyt suhteellisuusperiaatetta syrjintäoikeuden näkökulmasta myös useissa muissa ratkaisuisaan.¹³⁴

kohdat 13, 19 ja 24.

¹²⁸ Ks. tarkemmin esim. *Bell* 2002, s. 35.

¹²⁹ *More* 1999, s. 525–526.

¹³⁰ *Bernard* 1996b, s. 100.

¹³¹ Ks. esim. asia 41/74 *Yvonne van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337, kohta 18; asia 36/75 *Roland Rutili v Ministre de l’Intérieur* [1975] ECR 1219, kohta 23 ja asia 30/77 *Régina v Pierre Bouchereau* [1977] ECR 1999, kohta 35.

¹³² Asiat 115 ja 116/81 *Rezguia Adoui v Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v Belgian State* [1982] ECR 1665, kohta 7.

¹³³ Asia C-29/95 *Eckehard Pastors ans Trans-Cap GmbH v Belgian State* [1997] ECR I-285, kohdat 19–20.

¹³⁴ Ks. suhteellisuusperiaatteesta myös: asia 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, kohta 36; asia C-398/92 *Mund & Fester v Hatrex Internationaal Transport* [1994] ECR I-467, kohdat 16–17; asia C-168/91 *Christos Konstantinidis v Stadt Altensteig* [1993] ECR I-1191, kohdat 15–16; asia C-379/87 *Anita Groener v Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee* [1989] ECR 3967, kohta 19; asia C-237/94 *John O’Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR I-2617, kohdat 18–19.

Toisaalta unionin oikeuden piirissä on jo pitkään kiistelty siitä, olisiko suhteellisuusperiaatteeseen nojautuvat oikeuttamisperusteet mahdollista laajentaa välillisen syrjinnän tilanteiden ohella koskemaan myös välittömän syrjinnän tilanteita. Ellisin mukaan suhteellisuusperiaatteen soveltaminen välittömän syrjinnän tilanteissa olisi sekä loogisesti mahdotonta että epätoivottavaa. Hänen mukaansa se heikentäisi yhdenvertaisuusperiaatteen asemaa ja merkitsisi poikkeusta EY-tuomioistuimen yleisestä linjasta, jonka mukaan yleisiä oikeusperiaatteita koskevia poikkeuksia tulisi tulkita suppeasti.¹³⁵ Davies puolestaan on päätenyt juuri päinvastaiseen lopputulokseen. Hänen mukaansa esimerkiksi kansalaisuuden perusteella tapahtuva formaalinen syrjintä voisi poikkeuksellisesti tulla hyväksyttäväksi materiaalsen yhdenvertaisuuden nimissä. Toisaalta Davies itsekin toteaa, että henkilöiden vapaaseen liikkuvuuteen liittyviä tilanteita, joissa formaalinen syrjintä voisi olla sallittua, ei käytännössä juurikaan ole.¹³⁶ Sukupuolten välistä tasa-arvoa ja samanpalkkaisuutta koskevassa *Birds Eye Walls* -tapauksessa tuomioistuin viittasi komission kantaan, jonka mukaan sekä välitön että välillinen syrjintä ovat kiellettyjä ainoastaan siinä tapauksessa, että niille ei löydy hyväksyttävää oikeuttamisperustetta. Ratkaisussa ei kuitenkaan lopulta otettu kantaa komission väitteeseen, koska EY-tuomioistuimen mukaan kyseisessä tapauksessa ei ollut tapahtunut lainkaan syrjintää.¹³⁷

Suhteellisuusperiaate asettaa siis kansalaisuusperusteisen syrjinnän arvioinnille rajat. Tässä kohden on kuitenkin otettava huomioon, että suhteellisuusperiaatekin on tulkinnanvarainen käsite. Yhtäältä se mahdollistaa hyvin joustavan lähestymistavan. Toisaalta aste-eroihin perustuva arviointi nojaa vahvasti rationaliteetin käsitteeseen.¹³⁸ Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä EY-tuomioistuin on suhtautunut syrjintään erityisen ankarasti. Sisämarkkinavapauksia koskevien poikkeusten hyväksymisen ensimmäisenä ja tärkeimpänä kriteerinä on yleensä mainittu ehto, jonka mukaan poikkeus ei saa olla luonteeltaan syrjivä.¹³⁹ Toisaalta tietyissä välillistä syrjintää koskevissa tilanteissa EY-tuomioistuin on kuitenkin ollut valmis hyväksymään syrjivänkin toimenpiteen, jos suhteellisuusperiaatteen muut ehdot ovat täyttyneet.¹⁴⁰

¹³⁵ Ks. tarkemmin *Ellis* 2005, s. 91 ja 112–113.

¹³⁶ *Davies* 2003, s. 13–14 ja 27.

¹³⁷ Asia C-132/92 *Birds Eye Walls Ltd. v Friedel M. Roberts* [1993] ECR I-5579, kohta 15.

¹³⁸ *Fredman* 2002, s. 116–119.

¹³⁹ Ks. esim. asia C-19/92 *Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg* [1993] ECR I-1663, kohta 32.

¹⁴⁰ Asia 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153, kohta 13.

Välillisen syrjinnän tilanteissa oikeuttamisperusteiden olemassaolon voidaan katsoa vaikuttavan suoraan syy-yhteyden olemassaoloon. Toisin sanoen, jos aiheutunut haitta katsotaan suhteellisuusperiaatteen valossa perustelluksi, ei kiellettyä syrjintää ole lainkaan tapahtunut, koska välillisen syrjinnän tilanteissa haitan aiheutuminen on syrjinnän välttämätön edellytys. Esimerkiksi Daviesin mukaan olisi sen vuoksi epäloogista puhua ”oikeutetusta syrjinnästä”. Oikeuttamisperusteiden täyttymisen voidaan hänen mukaansa katsoa johtavan siihen, että kyseessä ei enää ole tilanne, jota voitaisiin kuvailla termillä ”syrjivä”.¹⁴¹ Toisaalta esimerkiksi Bernard käyttää välillisen syrjinnän yhteydessä käsitettä ”*lawful discrimination*”, sillä hänen mukaansa suhteellisuusperiaatteen soveltamisessa on kyse asioille annetusta etusijajärjestyksestä, eikä niinkään siitä, että syrjintää aiheuttavan toimenpiteen luonne muuttuisi.¹⁴²

EY-tuomioistuinta on kritisoitu myös siitä, että suhteellisuusperiaatetta tulkitessaan se on antanut liikaa painoarvoa taloudellisille seikoille. Esimerkiksi miesten ja naisten samankaltaisuutta koskevassa *Bilka*-tapauksessa tuomioistuin vahvisti, että suhteellisuusperiaatetta sovellettaessa kiinnitetään huomiota myös ”objektiivisesti perusteltuihin taloudellisiin syihin”.¹⁴³ Leaderin mukaan syrjintäkieltojen antama kuva on pettävä, sillä suhteellisuusperiaatteen soveltaminen osoittaa, ettei yhteisön oikeuden tosiasiallisena päämääränä ole eliminoida kaikkea kielletyn syrjinnän tunto-merkit täyttävää käyttäytymistä. Mikäli syrjintäkieltojen turvaama suoja pyritään ottamaan edes teoriassa vakavasti, tulisi arviointi hänen mukaansa keskittää ns. vahvan suhteellisuusperiaatteen varaan, jonka yhteydessä arvioitavaksi tulee aina myös päämäärän hyväksyttävyyttä.¹⁴⁴

Collinsin mukaan EY-tuomioistuin turvautuu suhteellisuusperiaatteeseen pyrkiessään löytämään riittävän tasapainon formaalisen ja materiaalisen yhdenvertaisuuden välillä. Suhteellisuusperiaatteesta ei kuitenkaan hänen mukaansa ole tosiasiallisesti ratkaisemaan edellä mainittua jännitettä, sillä mitä tehokkaammin materiaalisen yhdenvertaisuuden tavoitteleva lopputulos onnistutaan saavuttamaan, sitä vaikeampi sitä on perustella suhteellisuusperiaatteen avulla formaalisen yhdenvertaisuuden näkökulmasta.¹⁴⁵ EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä voidaan luonnollisesti kritisoida suhteellisuusperiaatteen markkinakeskeisestä soveltamisesta syrjintäoikeuden

¹⁴¹ Davies 2003, s. 11–12.

¹⁴² Bernard 1996b, s. 101.

¹⁴³ Asia 170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, kohdat 32, 35 ja 37.

¹⁴⁴ Leader 1996, s. 115 ja 120.

¹⁴⁵ Collins 2003, s. 18.

alueella. Yhdenvertaisuusperiaatteen aseman vahvistuminen voi kuitenkin tapahtua myös suhteellisuusperiaatteen sisällä. Suhteellisuusperiaate itsessään ei siis ole syrjintäoikeudellinen ongelma, mutta sen soveltaminen on usein sitäkin ongelmallisempaa.

Syrjinnän ja yhdenvertaisuuden käsitteiden määrittely on keskeinen kysymys myös yksilön oikeussuojan näkökulmasta. Esimerkiksi unionin kansalaisten liikkumis- ja oleskeluoikeutta koskevan direktiivin 2004/38/EY 24 artikla sisältää syrjintäoikeuden näkökulmasta mielenkiintoisen säännöksen, jonka mukaan unionin kansalaisia ja heidän perheenjäseniään on *kohdeltava* yhdenvertaisesti jäsenvaltion omien kansalaisten kanssa. Toisin sanoen huomio kiinnitetään formaalisesti yhdenvertaiseen kohteluun sen sijaan, että edellytettäisiin tosiasiallisesti yhdenvertaisten lähtökohtien tai lopputuloksen saavuttamista. EY-tuomioistuimen ratkaisussa syrjintäkieltoa ja yhdenvertaisuusperiaatetta onkin toistuvasti käytetty toistensa synonyymeinä.¹⁴⁶ Tuomioistuin on todennut, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö on nimenomainen ilmaus formaalisesta yhdenvertaisuusperiaatteesta, jonka mukaan keskenään vertailukelpoisissa tilanteissa erilainen kohtelu on lähtökohtaisesti kielletty ja vastaavasti keskenään vertailukelvottomissa tilanteissa samanlainen kohtelu on lähtökohtaisesti kielletty.¹⁴⁷

Toisinaan EY-tuomioistuin on ollut valmis turvautumaan yleiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen myös laajentaessaan syrjintäkieltojen tulkintaa. Esimerkiksi *P v S and Cornwall County Council* -tapauksessa EY-tuomioistuin laajensi direktiiviin 76/207 sisältyneen syrjintäkiellon tulkintaa vetoamalla yleiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen ja vapauden ja ihmisarvon käsitteisiin.¹⁴⁸ Toisaalta myöhemmässä *Grant*-tapauksessa EY-tuomioistuin totesi *P v S* -tapauksessa sovelletun tulkinnan olevan rajoitettua ja siirsi lopullisen vastuun unionin lainsäätäjälle.¹⁴⁹ EY-tuomioistuimen valitsemaa lähestymistapaa on kritisoitu erityisesti siitä, että vertailukelpoisuuden käsitteelle on annettu suhteeton painoarvo. Mikäli tilanteita ei pidetä keskenään vertailukelpoisina, ei erilainen kohtelu tule lainkaan oikeudellisen

¹⁴⁶ Tällainen lähestymistapa ei kuitenkaan ole itsestäänselvyys syrjintäoikeuden tutkijoiden piirissä. Useiden kirjoittajien mukaan syrjintäoikeuden päämäärät eivät tyhjenny yhdenvertaisuuden käsitteeseen. Ks. esim. *Collins* 2003, s. 21 ja *Holmes* 2005, s. 175. Toisaalta löytyy myös kirjoittajia, jotka näkevät yhdenvertaisuuden ja syrjinnän suhteen yksiselitteisenä. Ks. esim. *Davies* 2003, s. 10 ja 13 ja *Bayefsky* 1990, s.1 (ensimmäinen alaviite).

¹⁴⁷ Ks. esim. asia C-148/02 *Carlos Carcia Avello v Belgian State* [2003] ECR I-11613, kohta 31.

¹⁴⁸ Asia C-13/94 *P v S and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143, kohdat 18 ja 22.

¹⁴⁹ Asia C-249/96 *Lisa Jaqueline Grant v South-West Trains Ltd.* [1998] ECR I-621, kohdat 35, 36 ja 42.

arvioinnin kohteeksi. Esimerkiksi Prechalin mukaan on kulttuurisidonnaista, mille seikoille vertailukelpoisuuden määrittelyssä annetaan painoarvoa. Hänen mukaansa olisikin perustellumpaa, että vertailukelpoisuuden sijasta arviointi keskittyisi siihen, onko syrjintäkiellon kohderyhmään kuuluva henkilö joutunut erilaisen kohtelun vuoksi epäedulliseen asemaan ja voidaanko kohtelua pitää siitä huolimatta objektiivisesti perusteltuna.¹⁵⁰ EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä on kuitenkin mielestäni otettu huomattava askel Prechalin ehdottamaan suuntaan sikäli, että välillisen syrjinnän tilanteissa tuomioistuin on hyväksynyt myös abstraktilla tasolla tapahtuvan ns. hypoteettisen vertailun.¹⁵¹

Kalanke-tapaus heijastaa EY-tuomioistuimen tapaa tulkita yhdenvertaisuusperiaatetta syrjintäkiellon soveltamistilanteissa. Ratkaisun perusteella vaikuttaa siltä, että yhdenvertaisten lähtökohtien takaaminen on hyväksyttävää, mutta yhdenvertaisen lopputuloksen takaaminen menee liian pitkälle.¹⁵² Toisaalta *Marschall*-tapauksessa EY-tuomioistuin lievensi kantaansa jonkin verran, mutta ehdottoman etusijan antaminen yhdenvertaisen lopputuloksen saavuttamiseksi näyttäisi edelleen olevan kiellettyä.¹⁵³ Molemmat edellä mainituista tapauksista koskevat sukupuolten välisen tasa-arvon toteuttamista työelämässä, eikä tapausten nojalla voida tehdä suoria johtopäätöksiä yhdenvertaisuusperiaatteen asemasta kansalaisuusperusteisen syrjinnän tilanteissa. Niiden valossa voidaan kuitenkin arvioida EY-tuomioistuimen yleistä suhtautumista yhdenvertaisuusperiaatteen formaaliseen ja materiaaliseen ulottuvuuteen. Yhdenvertaisten lähtökohtien käsitteelle on ominaista, että ihmisten välisen kanssakäymisen ajatellaan rakentuvan resurssien niukkuudesta johtuvien ristiriitojen varaan. Tällainen markkinakeskeinen käsitys yhdenvertaisuudesta näyttäisi olevan sopusoinnussa myös unionin oikeuden perinteisten, taloudellisten päämäärien kanssa.¹⁵⁴ Todennäköisesti unionin on tästä syystä ollut helpompaa omaksua juuri yhdenvertaisten lähtökohtien käsite osaksi syrjintäoikeudellista tulkintaansa.

Somekin mukaan yhdenvertaisuusperiaatetta ei kuitenkaan voida pitää ilmaisuna siitä, mihin yksilöillä oikeudenmukaisuuden nimissä olisi oikeus. Viimeksi mainittu kysymys kuuluu hänen mukaansa universaalien ja kaikille ilman vertailua kuuluvien ihmisoikeuksien piiriin, kun taas

¹⁵⁰ Prechal 2004, s. 543–544.

¹⁵¹ Ks. esim. asia C-237/94 John O’Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617, kohta 20.

¹⁵² Asia C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051, kohta 22.

¹⁵³ Asia C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363, kohdat 31–32.

¹⁵⁴ Barnard 1998, s. 373.

yhdenvertaisuusperiaatteen yhteydessä oikeussuoja on vertailun vuoksi aina ehdollista.¹⁵⁵ Somekin mukaan vertailuun perustuvien ja siihen perustumattomien oikeuksien suhdetta voidaan selvittää erottamalla käyttäytymiseen perustuva syrjintä systemaattisen syrjinnän käsitteestä. Näiden kahden syrjintäkäsitteen välinen ristiriita heijastaa hänen mukaansa unionin oikeudessa ilmenevää perustavanlaatuisia konstitutionalistista valintaa, jonka yhteydessä joudutaan ottamaan kantaa jäsenvaltioiden ja unionin keskinäisiin suhteisiin.¹⁵⁶

Käyttäytymiseen perustuvan syrjinnän lähtökohtana on erillisten jäsenvaltioiden olemassaolo, ja ainoastaan selvästi syrjivään käyttäytymiseen pyritään puuttumaan. Systemaattisen syrjinnän yhteydessä puolestaan pyritään puuttumaan myös syrjinnän syihin. Toisin sanoen systemaattisen syrjinnän käsitteen yhteydessä jäsenvaltioiden suvereniteetti ei ole itsestäänselvyys, vaan sisämarkkinoiden esteettömyyden ja markkinoille pääsyn niin vaatiessa se voidaan asettaa kyseenalaiseksi.¹⁵⁷ Vastaavasti Van der Mein mukaan EY-tuomioistuimen alkuperäisessä lähestymistavassa liikkumisvapauden ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisala riippui siitä, oliko materiaallinen toimivalta siirretty yhteisölle.¹⁵⁸ EY-tuomioistuimen uudemmassa oikeuskäytännössä puolestaan on hänen mukaansa havaittavissa ns. funktionaalinen lähestymistapa, jossa liikkumisvapauden ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisala määritellään sen perusteella, mikä parhaiten edistää integraation ja sisämarkkinavapauksien täysimääräistä toteutumista.¹⁵⁹ Somekin mukaan EY-tuomioistuin ei kuitenkaan ole ollut valmis tekemään lopullista valintaa käyttäytymiseen perustuvan syrjinnän ja systemaattisen syrjinnän välillä. Sen sijaan välillisen syrjinnän käsitteen avulla tuomioistuin on pyrkinyt tuomaan käyttäytymiseen perustuvaan syrjintään liittyvän kielenkäytön myös systemaattisen syrjinnän alueelle.¹⁶⁰ Tämä kompromissi puolestaan on johtanut Somekin mukaan tilanteeseen, jossa ”eurooppalaisen konstitutionalismin perustavanlaatuinen paradoksi” heittää varjonsa koko unionin

¹⁵⁵ *Somek* 2001, s. 175–176.

¹⁵⁶ *Ibid.*, s. 180.

¹⁵⁷ *Ibid.*, s. 189 ja *Spaventa* 2004, s. 747.

¹⁵⁸ *Van der Mei* 2003, s. 48–49 ja asia 293/83 *Françoise Gravier v City of Liège* [1985] ECR 593, kohdat 19–25 ja asia 39/86 *Sylvie Lair v Universität Hannover* [1988] ECR 3161, kohdat 14 ja 15.

¹⁵⁹ *Van der Mei* 2003, s. 49 ja asia C-85/96 *Maria Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691, kohdat 57–61 ja asia C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193, kohta 32.

¹⁶⁰ *Somek* 2001, s. 182 ja 187.

syrijntäoikeuden ylle: ”*The nation state is to be maintained and not to be maintained at the same time*”.¹⁶¹

Morson ja Jhanjan -tapauksessa EY-tuomioistuin kiteytti osuvasti unionin syrjäntäoikeuden taustalta löytyvän taloudellisen ideologian. Tuomioistuin nimittäin totesi, että perustamissopimuksen 12 ja 39 artikloita voidaan soveltaa ainoastaan yhteisön oikeuden soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa. Tämä puolestaan selviää tuomioistuimen mukaan kyseisten artikloiden sanamuodon ohella niiden syvemmästä tarkoituksesta, joka on yhteismarkkinoiden esteiden poistaminen ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden edistäminen jäsenvaltioiden kansalaisten taloudellisen toiminnan tukemiseksi.¹⁶² Toisin sanoen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon syvempi tarkoitus liittyy tuomioistuimen mukaan sisämarkkinavapauksien edistämiseen eikä niinkään kansalaisuusperusteisen syrjimättömyyden turvaamiseen perus- ja ihmisoikeutena. *Morson ja Jhanjan* -ratkaisu on annettu 1980-luvun alussa, mutta se muodostaa luontevan taustan myös tälle kirjoitukselle. Seuraavissa luvuissa esitettyjen esimerkkien avulla tarkoituksenani on havainnollistaa näitä unionin syrjäntäoikeuden keskeisiä ongelmakohtia ja kysymyksenasetteluja.

3.2.3 Esimerkki I: Käänteinen syrjäntä

Unionin oikeus kieltää sekä välittömän että välillisen syrjinnän, mutta käänteiseen syrjäntään se ei ota kantaa. EY-tuomioistuimen mukaan sen toimivalta ei ulotu jäsenvaltioiden sisäisiin tilanteisiin, jotka eivät sisällä yhteisöoikeudellista elementtiä.¹⁶³ Käänteisen syrjinnän tilanteet jäävät pääsääntöisesti kunkin jäsenvaltion kansallisen syrjäntäoikeuden varaan. Toisin sanoen käänteiseen syrjäntään ollaan valmiita puuttumaan vain tilanteissa, joissa yhteisön oikeuden *effect utile* vaarantuisi.¹⁶⁴

Morson ja Jhanjan -tapausta on pidetty klassisena esimerkkinä yhteisön oikeudessa esiintyvistä käänteisistä syrjinnästä. Tapauksessa jäsenvaltion kansalaisten perheenjäsenten oleskeluoikeutta koskenut vaatimus torjuttiin sillä perusteella, että riittävä yhteys yhteisön oikeuteen puuttui, koska

¹⁶¹ Ibid., s. 193.

¹⁶² Asiat 35 ja 36/82 Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands; Swe-radjie Jhanjan v State of the Netherlands [1982] ECR 3723, kohta 15.

¹⁶³ Ks. esim. asia 175/78 The Queen v Vera Ann Saunders [1979] ECR 1129, kohta 11 ja asia C-19/92 Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg [1993] ECR I-1663, kohta 15.

¹⁶⁴ Käänteisen syrjinnän ongelma koskee ensisijaisesti liikkumisvapauden soveltamistilan-teita. Useimmissa muissa tilanteissa unionin oikeuden säännökset eivät erottele jäsenvaltion sisäisiä tilanteita soveltamisalan ulkopuolelle.

hakijat eivät olleet käyttäneet liikkumisvapauttaan.¹⁶⁵ Liikkumisvapauden merkitys on korostunut myös *Knoors*-tapauksessa, jossa EY-tuomioistuin kielsi käänteisen syrjinnän nimenomaan sillä perusteella, että se olisi haitannut liikkumisvapauden toteutumista.¹⁶⁶ *Uecker*-tapauksen valossa näyttäisi siltä, että perustamissopimuksen 17 artiklaan sisältyvä unionin kansalaisuuden käsite ei muuta käänteisen syrjinnän tilanteiden tulkintaa. EY-tuomioistuin totesi, että unionin kansalaisuuden käsitteen tarkoituksena ei ole laajentaa perustamissopimusten asiallista soveltamisalaa *ratione materiae* koskemaan jäsenvaltioiden sisäisiä tilanteita, joilta puuttuu yhtymäkohta yhteisön oikeuteen.¹⁶⁷

Toisaalta se, että yhteisön oikeus ei sovellu käänteisen syrjinnän tilanteisiin, ei kuitenkaan merkitse, että unionin kansalaiset eivät voisi missään tilanteessa vedota henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteeseen omaa jäsenvaltiotaan vastaan. Edellytyksenä kuitenkin on ns. ”*inter-State*” -elementin läsnäolo.¹⁶⁸ Jäsenvaltioiden sisäisten tilanteiden poissulkemiseen näyttäisi olevan kaksi poikkeusta.¹⁶⁹ Ensinnäkin *Avello*-tapauksessa EY-tuomioistuin on todennut, että kaksoiskansalaisuuden omaavalla henkilöllä on oikeus vedota toiseen kansalaisuuteensa saavuttaakseen yhteisön oikeuden piiriin kuuluvia oikeuksia oleskeluvaltioissaan, vaikka hän ei olisi käyttänyt liikkumisvapauttaan.¹⁷⁰ Toiseksi EY-tuomioistuin on todennut *Surinder Singh* -tapauksessa, että sisämarkkinavapauksien toteutuminen saattaisi estyä, jos liikkumisvapauttaan harjoittanut henkilö joutuisi omaan jäsenvaltioonsa palatessaan huonompaan asemaan, mihin hän olisi yhteisön oikeuden nojalla oikeutettu muissa jäsenvaltioissa.¹⁷¹

Carpenter-tapauksessa EY-tuomioistuin tarkensi tulkintaansa siitä, milloin tilanteen voidaan katsoa estävän sisämarkkinavapauksien harjoittamista. Tuomioistuimen mukaan liikkumisvapauden käyttäminen ei ole välttämätön edellytys, mutta yhtymäkohta yhteisön oikeuteen on

¹⁶⁵ Asiat 35 ja 36/82 Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands; Swedradjie Jhanjan v State of the Netherlands [1982] ECR 3723, kohdat 16 ja 17.

¹⁶⁶ Asia 115/78 J.Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken [1979] ECR 399, kohta 20.

¹⁶⁷ Asiat C-64/96 ja C-65/96 Land Nordrhein-Westfalen v Kari Uecker ja Vera Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-3171, kohta 23 ja julkisasiamies Fennellyn mielipide, kohta 25.

¹⁶⁸ Asia C-370/90 The Queen v Immigration Appeal tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department [1992] ECR I-4265, kohta 23.

¹⁶⁹ *Rogers – Scannell* 2005, s. 70.

¹⁷⁰ Asia C-148/02 Carlos Carcia Avello v Belgian State [2003] ECR I-11613, kohdat 27–28.

¹⁷¹ Asia C-370/90 The Queen v Immigration Appeal tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department [1992] ECR I-4265, kohta 19.

silti löydyttävä.¹⁷² *Zhu and Chen-* ja *Schempp-*tapausten valossa vaikuttaa siltä, että EY-tuomioistuimien on valmis tulkitsemaan perustamissopimuksen soveltamisalaa *ratione materiae* kuulumisen kriteereitä hyvin laajasti. Tuomioistuimien toteaa, että unionin kansalaisuuden käsitteen avulla ei ole tarkoitus laajentaa perustamissopimuksen soveltamisalaa puhtaasti jäsenvaltioiden sisäisiin tilanteisiin. Lähes samaan hengenvetoon tuomioistuimien kuitenkin korostaa molemmissa tapauksissa, että tilannetta ei voida rinnastaa puhtaasti jäsenvaltion sisäiseen tilanteeseen yksinomaan sillä perusteella, että hakija itse ei ole harjoittanut liikkumisvapauttaan.¹⁷³

EY-tuomioistuimen ratkaisulinjaa on kritisoitu käänteisen syrjinnän alueella erityisesti suhteellisuusperiaatteen ja perus- ja ihmisoikeuksien valossa.¹⁷⁴ Nic Shuibhnen mukaan kyse ei niinkään ole siitä, että nykyinen, jäsenvaltion rajat ylittävää liikkumista koskeva kriteeri itsessään olisi haitallinen, vaan pikemminkin siitä, että kriteeri on yksinkertaisesti riittämättömän yksilölle perus- ja ihmisoikeuksien ja unionin kansalaisuuden nojalla myönnettävän oikeussuojan näkökulmasta.¹⁷⁵ Kirjallisuudessa on kuitenkin esitetty eriauvia mielipiteitä siitä, voidaanko käänteinen syrjintä määritellä kansalaisuuden perusteella tapahtuvaksi syrjinnäksi. Vaihtoehtoinen tulkinta keskittyy kansalaisuuden sijasta pelkästään liikkuvuuden käsitteeseen. Esimerkiksi Van der Mein mukaan käänteisen syrjinnän tilanteissa ei tulisi niinkään puhua kansalaisten ja ei-kansalaisten välisestä erottelusta, vaan ”*free movers*”- ja ”*non-movers*”-perusteisesta erottelusta.¹⁷⁶ Myös Rosas on todennut, että liikkumisvapauden rajoittamattomuuden käsite on syrjäyttänyt kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tilanteissa, joissa arvioidaan unionin kansalaisen suhdetta omaan jäsenvaltioon.¹⁷⁷ Davies puolestaan on sitä mieltä, että käänteisen syrjinnän tilanteissa ei itse asiassa lainkaan ole kyse kansalaisuuden perusteella tapahtuvasta syrjinnästä, sillä kaikkien jäsenvaltioiden kansalaiset ovat omissa jäsenvaltioissaan käänteisen syrjinnän uhan alla.¹⁷⁸ Toisin sanoen jälkimmäisen tulkinnan mukaan käänteisen syrjinnän uhrien ei katsota olevan varsinaisen kansalaisuusperusteisen syrjinnän uhreja sen vuoksi, että liikkumisvapauttaan käyttämällä heillä

¹⁷² Asia C-60/00 *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279, kohdat 28, 39 ja 46.

¹⁷³ *Asiat C-200/02 Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department* [2004] ECR I-9925, kohdat 18-19 ja C-403/03 *Egon Schempp v Finanzamt München V.* [2005] ECR I-6421, kohta 22.

¹⁷⁴ Ks. esim. *Rogers – Scannell* 2005, s. 73–74.

¹⁷⁵ *Nic Shuibhne* 2002, s. 732–733.

¹⁷⁶ *Van der Mei* 2003, s. 82.

¹⁷⁷ *Rosas* 2007, s. 83–84.

¹⁷⁸ *Davies* 2003, s. 129.

olisi mahdollisuus päästä unionin oikeuden suojan piiriin myös suhteessa omaan jäsenvaltioonsa.¹⁷⁹

Bernardin mukaan on ymmärrettävää, että yhteisön alkuaikoina liikkumisvapauteen ajateltiin aina liittyvän jäsenvaltioiden rajat ylittävä elementti. Hänen mukaansa tilanne on kuitenkin monimutkaistunut integraation etenemisen myötä ja nykyisin yksilön liikkumisvapauteen saattaa kohdistua huomattaviakin rajoituksia myös hänen oman jäsenvaltionsa taholta.¹⁸⁰ Bellin mukaan se, että unionin oikeus ei estä kansalaisuusperusteista syrjintää jäsenvaltion omia kansalaisia kohtaan, osoittaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon riippuvuuden taloudellisista sisämarkkinavapauksista. Samalla voidaan hänen mukaansa päätellä, että perustamissopimuksen 12 artiklan taustalta löytyy ensisijaisesti ajatus henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen edistämisestä, eikä niinkään kansalaisuusperusteisen syrjimättömyyden turvaaminen perus- ja ihmisoikeutena.¹⁸¹ Vastaavasti Kadelbach on todennut, että käänteisen syrjinnän kieltäminen ainoastaan rajat ylittävän elementin sisältävissä tilanteissa on omiaan osoittamaan, että liikkumisvapauden oikeudellinen luonne on edelleen yksinomaan ”funktionaalinen” ja markkinakeskeinen.¹⁸²

Useimmat kirjoittajat pitävätkin käänteisen syrjinnän tilanteita syrjintäoikeudellisena ongelmana. Päinvastaisiakin kannanottoja on kuitenkin tuotu kirjallisuudessa esiin. Esimerkiksi Daviesin mukaan käänteisen syrjinnän mahdollisuus on ”johdonmukainen ja väistämätön” seuraus sisämarkkinavapauksien soveltamisesta ja unionin rajoitetusta toimivaldasta.¹⁸³ Käänteistä syrjintää vastustavat kirjoittajat näyttäisivät kuitenkin ajattelevan, että unionin tosiasiallinen toimivalta on jo niin laaja, että olisi perusteetonta jättää käänteisen syrjinnän uhreiksi joutuvat yksilöt vaille oikeussuojaa pelkästään toimivaltakysymykseen vetoamalla. Kirjallisuudessa vaihtoehdokseksi arviointikriteeriksi on tarjottu esimerkiksi *Nottebohm*-tapaukseen perustuvaa tosiasiallisen yhteyden vaatimusta, jonka täytyessä käänteinen syrjintä tulisi kielletyksi siitä riippumatta, liittyykö tapaukseen jäsenvaltioiden rajat ylittävää elementtiä.¹⁸⁴

¹⁷⁹ *Nic Shuibhne* 2002, s. 736–737 ja asia 115/78 J.Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken [1979] ECR 399, kohta 24.

¹⁸⁰ *Bernard* 1996b, s. 88.

¹⁸¹ *Bell* 2002, s. 37.

¹⁸² *Kadelbach* 2006, s. 464–465.

¹⁸³ *Davies* 2003, s. 117–118 ja 126–127.

¹⁸⁴ Haagin kansainvälinen tuomioistuin on *Nottebohm*-tapauksessa päättänyt seuraavanlaisen määrittelyyn: ”nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of

3.2.4 Esimerkki II: Taloudellisesti ei-aktiiviset ja ei-omavaraiset unionin kansalaiset

Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen henkilöllisessä soveltamisalassa on unionin kansalaisuuden käsitteen myötä tapahtunut huomattavaa yhdentymistä. Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate yhdistettiin unionin oikeudessa pitkään ainoastaan taloudellisesti aktiivisiin toimijoihin. Samalla myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tarjoaman suojan piiriin pääsivät ainoastaan ne jäsenvaltioiden kansalaiset, jotka toteuttivat aktiivisesti integraation taloudellisia päämääriä.

Tällöin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamistilanteissa ratkaisevaksi muodostui työntekijän käsitteen määrittäminen. *Levin*-tapauksessa EY-tuomioistuin totesi, että perustamissopimuksen 39 artiklan yhteydessä työntekijän käsitettä ei tule tulkita suppeasti, koska sen tarkoituksena on sisämarkkinavapauksien turvaaminen.¹⁸⁵ On kuitenkin selvää, että laajankin tulkinnan puitteissa työntekijän käsitteen ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen ulkopuolelle jäi useita merkittäviä ihmisryhmiä. Taloudellisesti ei-aktiivisten henkilöiden asema kuitenkin muuttui huomattavasti unionin kansalaisuuden käsitteen myötä. Perustamissopimuksen 18 artiklassa liikkumisvapaus ja oleskeluoikeus laajennettiin koskemaan kaikkia unionin kansalaisia. 1990-luvun alusta alkaen opiskelijoilla, eläkeläisillä ja työttömillä työnhakijoilla on ollut mahdollisuus hyödyntää liikkumisvapautta tietyissä tilanteissa.¹⁸⁶

Toisaalta taloudellisesti ei-aktiivisten unionin kansalaisten asemaa koskevat rajoitukset eivät kuitenkaan ole kokonaan poistuneet. Tarkemmat säännökset 18 artiklan soveltamisesta sisältyvät nykyisin direktiiviin 2004/38/EC, jonka 7(1)(b) artiklan mukaan liikkumisvapauden ja oleskeluoikeuden ehtona on, että unionin kansalainen on taloudellisesti riittävän omavarainen, jotta hän ei rasita kohdevaltion sosiaaliturvajärjestelmää. *Grzelczyk*-tapauksessa EY-tuomioistuin tosin totesi, että liikkumis- tai oleskeluoikeuteen perustuvia oikeuksia ei voida evätä, jos kohdevaltiolle aiheutuva taakka ei ole kohtuuton ja jos on kyse ainoastaan tilapäisistä taloudellisista vaikeuksista. Lisäksi jäsenvaltioilta voidaan tuomioistuimen mukaan edellyttää tietyssä määrin keskinäistä solidaarisuutta.¹⁸⁷

reciprocal rights and duties”. Tapaus *Nottebohm* (Liechtenstein v Guatemala) [1955] ICJ, s. 23. Ks. myös *O’Leary* 1996, s. 276.

¹⁸⁵ Asia 53/81 D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie [1982] ECR 1035, kohta 11 ja 13.

¹⁸⁶ Ks. esim. direktiivillä 2004/38/EC kumotut direktiivit 90/364/EEC, 90/365/EEC ja 93/96/EEC.

¹⁸⁷ Asia C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve [2001] ECR I-6193, kohdat 43–44. *Grzelczyk*-tapauksessa EY-tuomioistuin tosin

Martínez Sala- ja *Grzelczyk*-tapausten valossa vaikuttaa selvältä, että toisen jäsenvaltion alueella laillisesti oleskelevat, taloudellisesti ei-aktiiviset unionin kansalaiset voivat vedota perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon kaikissa unionin oikeuden soveltamisalaan *ratione materiae* kuuluvissa tilanteissa mukaan lukien tilanteet, joissa he ovat harjoittaneet liikkumisvapauttaan tai oleskeluoikeuttaan yksinomaan perustamissopimuksen 18 artiklan nojalla.¹⁸⁸ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta ongelmalliseksi kuitenkin muodostuu kysymys perustamissopimuksen 18 artiklan liikkumis- ja oleskeluvapauden rajoituksista erityisesti direktiivin 2004/38/EC nojalla.

Edelleen on jossain määrin epäselvää, liittyykö perustamissopimuksen 18 artiklaan välitön oikeusvaikutus käsitteen perinteisessä merkityksessä. EY-tuomioistuin vältti pitkään ottamasta kantaa tähän kysymykseen.¹⁸⁹ *Bambaust-* ja *Zhu and Chen* -tapauksissa EY-tuomioistuin on vihdoin todennut, että unionin kansalaisilla on liikkumisvapaus ja oleskeluoikeus suoraan perustamissopimuksen 18 artiklan nojalla. Tuomioistuin kuitenkin muistutti nimenomaisesti, että liikkumisvapaus ja oleskeluoikeus ovat 18 artiklan mukaan riippuvaisia ”*sopimuksessa määrättyistä ja sen soveltamisesta annetuissa säännöksissä säädettyistä rajoituksista ja ehdoista*”. Näiden rajoitusten ja ehtojen piiriin kuuluu tuomioistuimen mukaan myös direktiivissä 90/364 [nyk. vastaava säännös löytyy direktiivistä 2004/38/EC] mainittu vaatimus riittävästä taloudellisista resursseista ja sairausvakuutuksesta. Toisaalta tuomioistuin jatkoi toteamalla, että mainittuja rajoituksia ja ehtoja sovellettaessa on otettava huomioon yhteisön oikeuden suhteellisuusperiaate ja että EY-tuomioistuimella on oikeus arvioida niiden soveltamista.¹⁹⁰

Suhteellisuusperiaatetta koskeva nimenomainen maininta saattaa osoittaa tärkeäksi taloudellisesti ei-aktiivisten ja ei-omavaraisten henkilöiden näkökulmasta. *Trojani*-tapauksessa EY-tuomioistuin kuitenkin jälleen muistutti, että perustamissopimuksen 18 artiklan liikkumisvapaus ja oleskeluoikeus eivät ole rajoittamattomia tai ehdottomia.¹⁹¹ *Bidar*-tapauk-

viittaa direktiiviä 2004/38/EC edeltäneeseen direktiiviin 93/96/EC, mutta ratkaisu soveltuu myös direktiivin 2004/38/EC aikana.

¹⁸⁸ *Asiat C-85/96 Maria Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691, kohta 63 ja *C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193, kohta 32.

¹⁸⁹ Ks. esim. asia *C-378/97 Criminal proceedings against Florus Ariël Wijnsenbeek* [1999] ECR I-6207, kohta 43.

¹⁹⁰ *Asiat C-413/99 Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-7091, kohdat 84–86,91 ja *C-200/02 Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department* [2004] ECR I-9925, kohdat 26–27 ja 32.

¹⁹¹ *Asia C-456/02 Michel Trojani v Centre public d’aide sociale de Bruxelles (CPAS)* [2004] ECR I-7573, kohdat 31-32.

sessä EY-tuomioistuin vahvisti, että jäsenvaltiolla on oikeus edellyttää, että etuuden piiriin kuuluva henkilö pystyy osoittamaan integroituneensa kyseiseen yhteiskuntaan.¹⁹² Toisaalta *Grzelczyk*- ja *Trojani*-tapauksissa tuomioistuin on korostanut, että oleskeluoikeuden menettäminen ei saa olla ”automaattinen” seuraus ei-omavaraisuudesta ja toimeentulotukeen turvautumisesta.¹⁹³ Tuoreessa *Belgium v Commission* -tapauksessa tuomioistuin lisäksi muistutti, että liikkumisvapautta on tulkittava laajasti taloudellisten resurssien riittävyttä arvioitaessa.¹⁹⁴ Vastaavasti *Orfanopoulos and Oliveri* -tapauksissa tuomioistuin totesi, että liikkumisvapauden rajoituksia on tulkittava erityisen ankarasti sen vuoksi, että kyseessä on unionin kansalaisuuteen perustuva oikeus.¹⁹⁵ Kysymys perustamissopimuksen 18 artiklan välittömästä oikeusvaikutuksesta on siis edelleen tulkinnanvarainen. Toiset kirjoittajat korostavat liikkumisvapauden ja oleskeluoikeuden ehdollista luonnetta, kun taas toiset kirjoittajat korostavat, että EY-tuomioistuimen ratkaisulinja puhuu selvästi välittömän oikeusvaikutuksen puolesta.¹⁹⁶

Kysymyksellä perustamissopimuksen 18 artiklan itsenäisestä asemasta on erityisen suuri merkitys niiden taloudellisesti ei-aktiivisten ja taloudellisesti ei-omavaraisten henkilöiden näkökulmasta, jotka eivät asemansa vuoksi kuulu direktiivin 2004/38/EC soveltamisalan piiriin.¹⁹⁷ *D’Hoop*-tapauksessa EY-tuomioistuin on todennut, että perustamissopimuksen 18 artiklan nojalla tapahtunut liikkumis- ja oleskeluoikeuden käyttäminen kuuluu kiistatta yhteisön oikeuden soveltamisalaan.¹⁹⁸ EY-tuomioistuimen *D’Hoop*-ratkaisussa omaksuma linja näyttäisi lisäävän näiden henkilöiden mahdollisuuksia päästä yhteisön oikeuden materiaalsen soveltamisalan piiriin ja sitä kautta myös perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon piiriin. Tällaisissakin tilanteissa perustamissopimuksen 18 artiklan vaatimus primaari- ja sekundaarinormistoihin sisältyvien ”ehtojujen ja

¹⁹² Asia C-209/03 *The Queen (on the application of Dany Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills* [2005] ECR I-2119, kohta 57.

¹⁹³ Asia C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193, kohdat 42-43 ja asia C-456/02 *Michel Trojani v Centre public d’aide sociale de Bruxelles (CPAS)* [2004] ECR I-7573, kohta 45.

¹⁹⁴ Asia C-408/03 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2006] ECR I-2647, kohta 40.

¹⁹⁵ Asia C-482/01 ja C-493/01 *Georgios Orfanopoulos and others and Raffaele Oliveri v Land Baden-Württemberg* [2004] ECR I-5257, kohta 65.

¹⁹⁶ Ks. jälkimmäisestä kannasta esim. *Kadelbach* 2006, s. 466 ja *Rogers – Scannell* 2005, s. 57.

¹⁹⁷ *Rogers – Scannell* 2005, s. 63.

¹⁹⁸ Asia C-224/98 *Marie-Nathalie D’Hoop v Office national de l’emploi* [2002] ECR I-6191, kohta 29.

rajoitusten” huomioon ottamisesta kuitenkin rajoittaa näiden henkilöiden mahdollisuuksia.

Esimerkiksi Carrera on kritisoinut henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä 2000-luvulla toteutettuja uudistuksia siitä, että periaate on edelleen vahvasti sidoksissa taloudellisten resurssien vaatimukseen.¹⁹⁹ Myös O’Learyn mukaan tilannetta voidaan pitää syrjivänä, eikä taloudellisten resurssien perusteella tapahtuva erottelu istu hänen mukaansa unionin kansalaisuuden käsitteen logiikkaan kovin uskottavalla tavalla.²⁰⁰ Valitettavasti direktiivin 2004/38/EC 7(1)(b) artiklassa on säilytetty tämä erottelu. Ratkaisu vaikuttaa erityisen ristiriitaiselta, kun otetaan huomioon, että Euroopan komissio on jo vuonna 1993 antamassaan tiedoksiannossa korostanut, että unionin kansalaisuuteen liittyvät liikkumis- ja oleskeluoikeudet ovat luonteeltaan konstitutionaalisia ja että unionin kansalaisten oikeudet perustuvat nimenomaan perustamissopimuksen 12 artiklan [ex 6 artikla] kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon.²⁰¹ Whiten mukaan taloudellisesti ei-aktiivisten ja ei-omavaraisten unionin kansalaisten asemaa voidaan edelleen kuvailla seuraavasti: ”*more as privileged aliens than as persons sharing the rights of citizens of the host Member State by virtue of shared citizenship of the Union*”.²⁰²

3.2.5 Esimerkki III: Kolmansien maiden kansalaisten asema

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon unionin piirissä saama ”*sui generis*” -luonne korostuu entisestään, kun tarkastellaan unionin alueella laillisesti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten asemaa. Perustamissopimuksen 12 artiklan sanamuodon mukaan kaikki syrjintä kansalaisuuden perusteella on kielletty. Artikla ei siis nimenomaisesti rajoitu jäsenvaltioiden kansalaisiin, mutta käytännössä sitä tulkitaan perustamissopimuksen 39 artiklan valossa siten, että kolmansien maiden kansalaiset eivät pääsääntöisesti kuulu syrjintäkiellon piiriin. Tosin kirjallisuudessa on esitetty argumentteja myös sen puolesta, että 39 artiklankin olisi alun perin tarkoitettu soveltuvan kaikkiin yhteisön alueella oleviin työntekijöihin riippumatta siitä, olivatko he jäsenvaltioiden kansalaisia.²⁰³

¹⁹⁹ Carrera 2005, s. 716 ja 721.

²⁰⁰ O’Leary 1996, s. 121-122 ja 138.

²⁰¹ Report from the Commission on the Citizenship of the Union, COM(93) 702 final, s. 2 ja 3.

²⁰² White 2005, s. 890.

²⁰³ Ks. esim. Hoogenboom 1993, s. 504.

Esimerkiksi Van der Mein mukaan perustamissopimuksen 39 artiklasta puuttuva maininta ei kuitenkaan anna aiheutta olettaa, että kolmansien maiden kansalaiset olisi ollut tarkoitus sisällyttää artiklan soveltamisalaan. Päinvastoin kansalaisuutta koskevan maininnan puuttuminen merkitsee hänen mukaansa sitä, että jäsenvaltiot eivät halunneet ulottaa liikkumisvapautta koskemaan edes kaikkia omia kansalaisiaan etenkin merentakaisilla alueilla.²⁰⁴ Asetuksen 1612/68 7(1) artiklassa syrjäntäkielto on nimenomaisesti rajattu koskemaan ainoastaan jäsenvaltioiden kansalaisia. Bellin mukaan tämä kaikki tukee käänteisen syrjinnän kohdalla esitettyä väitettä siitä, että ulkomaalaisia koskevien, perusteettomien ennakkoluulojen vähentämisen sijasta kansalaisuusperusteisen syrjinnän kielto on unionin piirissä vain väline taloudellisten sisämarkkinavapauksien sujuvuuden varmistamiseksi.²⁰⁵

Rotuun ja etniseen alkuperään perustuvan syrjinnän kieltämistä koskevan direktiivin 2000/43/EC 3(1) artiklan mukaan ”- *this Directive shall apply to all persons* - -”. Direktiivin tarjoaman suojan universaalisuus paljastuu kuitenkin hyvin näennäiseksi, kun edetään 3(2) artiklaan, jonka mukaan direktiivi ei koske lainkaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän tilanteita eikä kolmansien maiden kansalaisten oikeudelliseen asemaan liittyviä tilanteita. Vastaava säännös sisältyy myös tasa-arvoista kohtelua työelämässä koskevan puitedirektiivin 2000/78/EC 3 artiklaan.²⁰⁶ Tarkoituksena on ilmeisesti ollut estää kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon liitettyjen rajoitusten kiertäminen rotusyrjintään vetoamalla. Samalla on kuitenkin vaarana, että rotusyrjintää pyritään peittelemään vetoamalla kansalaisuuteen. Artiklaa on kritisoitu siitä, että käytännössä se kieltää rotuun tai etniseen alkuperään perustuvan syrjinnän ainoastaan unionin kansalaisten välillä, kun taas unionin ja kolmansien maiden kansalaisten välisiin syrjintätilanteisiin ei puututa lainkaan. Useiden kirjoittajien mukaan tästä aiheutuu vakava ristiriita ihmisoikeussuojan kanssa.²⁰⁷ Esimerkiksi Hepplen mukaan kansalaisuuden nimenomainen sulkeminen direktiivin ulkopuolelle osoittaa havainnollisesti sen, miten riittämättömästi unionin oikeus tarjoaa suojaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän alueella.²⁰⁸

1990-luvun alussa oli yleistä ajatella toiveikkaasti, että sisämarkkinoiden lopullinen toteutuminen johtaisi väistämättä myös kolmansien

²⁰⁴ Van der Mei 2003, s. 24.

²⁰⁵ Bell 2002, s. 38.

²⁰⁶ Council Directive 2000/43/EC (29 June 2000) artikla 3(1)-(2) ja Council Directive 2000/78/EC (27 November 2000) artikla 3(1)-(2).

²⁰⁷ Ks. esim. Ellis 2005, s. 289.

²⁰⁸ Hepple 2004, s. 7.

maiden kansalaisten aseman parantumiseen. Tosiasiassa tämä on kuitenkin osoittautunut toiveajatteluksi. Lisäksi on otettava huomioon, että sisämarkkinoihin siirtyminen ei olisi parhaimmillaankaan poistanut unionin kansalaisten ja kolmansien maiden kansalaisten välillä tapahtuvaa erottelua unionin ulkorajoilla. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ongelmat on siis tiedostettu pitkään, mutta esitetyt ratkaisut eivät toistaiseksi ole osoittautuneet kovinkaan toimiviksi. Hepple on tarkastellut unionin oikeuden ihmisoikeuslottuvuutta suhteessa kolmansien maiden kansalaisiin artikkelissaan ”*Race and Law in Fortress Europe*”. Hänen mukaansa ihmisoikeuksien edellyttämän moniarvoisuuden toteutumista vaikeuttaa se, että ihmisoikeuksien universaalisuuden periaatteelle ei anneta unionin oikeudessa riittävää painoarvoa.²⁰⁹ Weilerin mukaan kolmansien maiden kansalaisten kohtelu ei ole pelkästään unionin ulkosuhteisiin liittyvä kysymys, vaan se heijastaa olennaisella tavalla myös unionin poliittista identiteettiä ja integraatioprosessin luonnetta.²¹⁰ Hänen mukaansa kolmansien maiden kansalaisten kohteluun liittyy unionin sisäistä yhteenkuuluvuuden tunnetta koskeva paradoksi, joka vie uskottavuutta unionin perustavanlaatuisen arvopohjaan kuuluvalta yhteisöllisyyden idealta.²¹¹

Unionin piirissä yhteisöllisyyteen on luonnollisesti vedottu alusta alkaen, mutta Weilerin kuvaama paradoksi tukee mielestäni ajatusta siitä, että yhteisöllisyyden käsitettä on käytetty pitkään ainoastaan retorisena apukeinona. Itse näkisin asian niin, että etsittäessä ratkaisua Weilerin kuvaamaan paradoksiin katsetta ei tulisi kääntää alkuperäisiin, yhteisöllisiin arvoihin. Jäsenvaltioiden välinen yhdentymiskehitys ei ole tapahtunut niinkään yhteisöllisyyden arvon varassa, vaan pikemminkin siitä koituvan taloudellisen hyödyn perusteella. Vastaavaa taloudellista hyötyä ei ole saavutettavissa suhteessa kolmansien maiden kansalaisiin, ja tästä syystä erottelusta luopuminen on osoittautunut vaikeaksi. Perus- ja ihmisoikeuksien aseman korostumisen myötä koko unionin itseymmärrys on kuitenkin läpikäynyt voimakkaan muutosprosessin. Kolmansien maiden kansalaisten kohtelua koskevan kysymyksen tulevaisuus riippuukin nähdäkseni ensisijaisesti siitä, näkeekö unioni itsensä tulevaisuudessa alueellisena, eurooppalaisena toimijana vai laajempaa ihmisoikeudellista vastuuta kantavana kansainvälisenä toimijana.

Kolmansien maiden kansalaisten aseman parantamista on perus- ja ihmisoikeusnäkökulman ohella perusteltu myös taloudellisilla näkökulmilla. Esimerkiksi Hoogenboomin mukaan kolmansien maiden kansalaiset tarjoa-

²⁰⁹ Ibid., s. 3–4 ja 7.

²¹⁰ Weiler 1993, s. 248.

²¹¹ Ibid., s. 251.

vat unionille huomattavia taloudellisia mahdollisuuksia. Lisäksi kolmansien maiden kansalaisia koskevat rajoitukset saattavat hänen mukaansa johtaa kilpailun vääristymiseen myös sisämarkkinoilla.²¹² Nähdäkseni kolmansien maiden kansalaisten kohtelun parantamiselle ei kuitenkaan löydy riittävän vahvoja taloudellisia perusteita. Jos nimittäin sellaiset perustelut olisivat löydettävissä, olisi kolmansien maiden kansalaisten asema varmasti huomattavasti parempi tälläkin hetkellä. Olen jo edellä Weilerin näkemykseen viitatessani esittänyt oman kantani, jonka mukaan kolmansien maiden kansalaisten asema vaatii unionilta uudenlaista, vakavampaa suhtautumista rooliinsa kansainvälisoikeudellisena toimijana. Toisaalta myös Hoogenboom korostaa, että integraatioprosessissa on taloudellisten näkökulmien ohella kysymys myös yhdenvertaisuudesta ja sosiaalisesta oikeudenmukaisuudesta.²¹³ Itse näkisin asian niin, että kolmansien maiden kansalaisten aseman parantamista tai muitakaan muutoksia unionin syrjäntäoikeuden *sui generis*-luonteessa ei voida toteuttaa vetoamalla integraation taustalta löytyviin sosiaalisiin arvoihin. Tarkoitukseni ei ole kieltää tällaisten sosiaalisten arvojen olemassaoloa, mutta ne ovat tähän asti olleet liian heikkoja tarjotakseen uskottavan vaihtoehdon integraation taloudelliselle ulottuvuudelle. Mielestäni tällaista vaihtoehtoa tulisikin sen sijaan etsiä unionin roolista perus- ja ihmisoikeustoimijana. Tämä rooli voi luonnollisesti edistää myös alkuperäisten sosiaalisten tavoitteiden täysipainoisempaa toteutumista.

Unionin tasolla käytävässä maahanmuuttoa ja siirtolaisuutta koskevassa keskustelussa on myös havaittavissa muutos, jota on kirjallisuudessa kuvailtu: ”*a shift from restricting economic migration to managing it*”. Toisin sanoen unionin tavoitteena näyttäisi olevan aikaisempaa valikiovampi lähestymistapa suhteessa kolmansien maiden kansalaisiin.²¹⁴ Pitkään kolmansien maiden kansalaiset ovat kuuluneet henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen suojan piiriin ainoastaan nimenomaisen sopimuksen perusteella, sukulaisuussuhteen perusteella tai unionin piiriin kuuluvan palveluiden tarjoajan työntekijän asemassa. Perinteisesti kolmansien maiden kansalaisten asemaa on voitu kuvailla toteamalla, että henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate on koskenut kolmansien maiden kansalaisia ainoastaan niissä tilanteissa, joissa se on samalla edistänyt myös unionin kansalaisten liikkumisvapauden toteutumista.²¹⁵ Kolmansien maiden kansalaisten asema on kuitenkin jossain määrin muuttunut pitkään oleskelleiden

²¹² Hoogenboom 1993, s. 500–501.

²¹³ Ibid., s. 502–503.

²¹⁴ Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins 2006, s. 607 ja COM (2004)811 Green Paper: On an EU Approach to Managing Economic Migration, s. 3.

²¹⁵ Van der Mei 2003, s. 55.

kolmansien maiden kansalaisten asemaa koskevan direktiivin 2003/109/EC voimaantulon jälkeen.

Kirjallisuudessa on kuitenkin kritisoitu direktiiviin 2003/109/EC ehdollista luonnetta, joka oikeuttaa jäsenvaltiot poikkeamaan direktiivin päämääristä useissa eri tilanteissa. Esimerkiksi Peersin mukaan direktiivin todellinen painoarvo tulee riippumaan siitä, tulkitseeko EY-tuomioistuin direktiiviä sen alkuperäisten päämäärien valossa.²¹⁶ Direktiivin johdannossa viitataan nimenomaisesti Tampereen erityiskokouksessa vuonna 1999 asetettuun tavoitteeseen, jonka mukaan ”kolmansien maiden kansalaisten oikeusasema olisi lähennettävä vastaamaan jäsenvaltioiden kansalaisten oikeusasemaa ja että henkilölle, joka on laillisesti oleskellut jäsenvaltiossa tietyin, myöhemmin määriteltävän ajan ja jolla on pitkäaikainen oleskelulupa, olisi annettava kyseisessä jäsenvaltiossa yhdenmukaiset, mahdollisimman lähellä Euroopan unionin kansalaisten nauttimia oikeuksia olevat oikeudet”.²¹⁷ Direktiivin asiallista ja henkilöllistä soveltamisalaa koskevat rajoitukset, pitkään oleskelleen henkilön statuksen saavuttamiseen liittyvät ehdot sekä jäsenvaltioiden välillä tapahtuvaa liikkumista koskevat ehdot asettavat Peersin mukaan huomattavia esteitä direktiivin johdannossa mainitun yhdenvertaisuustavoitteen saavuttamiselle.²¹⁸ Lisäksi direktiiviä on kritisoitu siitä, että sen piiriin kuuluvien henkilöiden todellinen jäsenyys yhteiskunnassa jää monessa suhteessa vajaaksi.²¹⁹

Direktiivin ja sen puutteiden yksityiskohtaisempi analyysi ei ole tässä kohden tarkoituksenmukaista. Edellä esitetyn valossa voidaan kuitenkin havaita, että pitkään oleskelleiden henkilöiden aseman vakiinnuttamista koskeva direktiivi 2003/109/EC ei ole onnistunut ratkaisemaan unionin alueella laillisesti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten asemaa tavalla, jota voitaisiin pitää perus- ja ihmisoikeuksien valossa hyväksyttävänä. Kolmansien maiden kansalaisten asema muodostaa siis edelleen keskeisen ongelmakentän myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta.

²¹⁶ Peers 2004b, s. 437 ja 442.

²¹⁷ Direktiivi 2003/109/EC, johdannon kohta 2.

²¹⁸ Direktiivin 3(2) artiklassa useita henkilöryhmiä on kokonaan rajattu direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Direktiivin 5 artiklassa on asetettu hakijan taloudellista asemaa koskevia ehtoja. Direktiivin 11(4) artiklassa puolestaan yhdenvertaisen kohtelun vaatimus on sosiaaliavun ja sosiaaliturvan alueella rajattu koskemaan ainoastaan ”perusetuuksia”. Ks. tarkemmin Peers 2004b, s. 441, 443 ja 451.

²¹⁹ Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins 2006, s. 626.

4 KANSALAIUUSSPERUSTEISEN SYRJINNÄN KIELLON KEHITYS EU-OIKEUDESSA

4.1 Yleistä

Tässä pääluvussa tarkastellaan yksityiskohtaisemmin edellisessä pääluvussa esiin tulleita unionin syrjäntäoikeuden ongelmia. Ensimmäisessä osassa pyritään osoittamaan, miten mainitut ongelmat ovat käytännössä ilmenneet henkilöiden vapaan liikkuvuuden kontekstissa. Jälkimmäisessä osassa puolestaan tarkastellaan sitä, millaisia ratkaisuja syrjäntäoikeuden ongelmiin on tarjottu unionin oikeuden tasolla. Pitkään kansalaisuusperusteisen syrjäntän kieltoon suhtauduttiin taloudellista integraatiota vauhdittavana ”itsestäänselvyytenä”. Jälkimmäisessä osiossa keskiöön kuitenkin nousevat perus- ja ihmisoikeuksien tiedostaminen ja unionin kansalaisuuden käsitteen aseman vahvistuminen. Kirjoituksen näkökulmasta keskeiseksi muodostuu kysymys unionin kansalaisuuden käsitteen suhteesta perus- ja ihmisoikeuksiin kansalaisuusperusteisen syrjäntän alueella. Unionin perus- ja ihmisoikeuslottuvuuden tarkastelu tapahtuu siis kansalaisuusperusteisen syrjäntän näkökulmasta, mutta samalla toivon, että tekemilläni johtopäätöksillä olisi jotakin annettavaa myös laajemmalle perus- ja ihmisoikeuskeskustelulle.

4.2 Kansalaisuusperusteinen syrjäntä sisämarkkinoiden näkökulmasta: henkilöiden vapaa liikkuvuus tarkastelun kohteena

4.2.1 Yleistä henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteesta

Henkilöiden vapaa liikkuvuus on tärkeä oikeudellinen periaate myös unionin oikeuden ulkopuolella. Oikeus vapaaseen liikkuvuuteen on mainittu mm. YK:n ihmisoikeusjulistuksen 13 artiklassa, KP-sopimuksen 12 artiklassa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen neljännen lisäpöytäkirjan 2 artiklassa. Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta tarkasteltaessa on tärkeää erottaa sen kaksi ulottuvuutta, nimittäin liikkumisvapaus valtioiden sisällä ja liikkumisvapaus valtioiden välillä.²²⁰ Yleisen kansainvälisen oikeuden piirissä henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta koskevat säännökset on yleensä rajoitettu koskemaan ainoastaan valtion rajojen sisällä tapahtuvaa liikkumista.²²¹

²²⁰ Beyani 2000, s. 2.

²²¹ Ks. esim. Hondius 1993, s. 154–155.

Molemmat ulottuvuudet on kuitenkin otettava huomioon tarkasteltaessa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta unionin oikeudessa. Perinteisesti henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen on ymmärretty koskevan jäsenvaltioiden välillä tapahtuvaa liikkumista. Nykyisen tulkinnan valossa kansainvälisten ihmisoikeussopimusten liikkumisvapautta koskevat säännökset eivät siis sellaisenaan sovellu liikkumisvapauden harjoittamiseen unionin oikeuden piirissä. Vallitseva tulkinta on kuitenkin nähdäkseni mahdollista kyseenalaistaa, mikäli integraatiokehitys jatkuu ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate saa yhä enemmän piirteitä, jotka on perinteisesti totuttu liittämään ainoastaan valtioiden sisäiseen liikkumisvapauteen.

Valtioiden rajat ylittävän liikkumisen on perinteisesti katsottu kuuluvan valtioiden ehdottoman suvereniteetin piiriin. Samanaikaisesti kansainvälinen oikeus kuitenkin asettaa rajat, joiden puitteissa valtiot voivat harjoittaa suvereniteettiaan.²²² Esimerkiksi kuuluisassa *National Decrees* -tapauksessa kansainvälinen tuomioistuin totesi nimenomaisesti, että se, kuuluuko jokin kysymys valtioiden yksinomaisen toimivallan piiriin, on suhteellinen kysymys, joka riippuu myös kansainvälisten suhteiden kehityksestä.²²³ Toisin sanoen unionin oikeudessa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen soveltaminen saattaisi tulla kansainvälisen oikeuden piiriin siinäkin tapauksessa, että sen jäsenvaltioiden väliseen luonteeseen ei puututa. Liikkumisvapauden alueella kehitys on jäänyt puolitiehen muihin ihmisoikeuksiin verrattuna. Esimerkiksi Goodwin-Gillin mukaan syrjinnän kiellon voidaan kuitenkin ajatella muodostavan rajat valtioiden suvereenille oikeudelle päättää ei-kansalaisten kohtelusta. Erityisesti rotusyrjintään liittyvissä tilanteissa syrjintäkiellolla on normatiivinen *ius cogens* -asema. Muissa tilanteissa on puolestaan tapauskohtaisesti arvioitava, voidaanko valtion harjoittamaa erottelua pitää oikeutettuna ja perusteltuna kansainvälisen oikeuden näkökulmasta.²²⁴

Unionin oikeudessa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen alueella tapahtunutta kehitystä on alusta alkaen leimannut sen huomattava taloudellinen merkitys yhteis- ja sisämarkkinoiden näkökulmasta. Klassinen yhteismarkkinateoria perusteli vapaata liikkuvuutta tuotannontekijöiden mahdollisimman taloudellisella sijoittumisella ja käytöllä. Unionin oikeuden piirissä on kuitenkin voimistunut näkökulma, jonka mukaan integraatiota tulisi tarkastella huomattavasti laajempänä kokonaisuutena.²²⁵ Kansalaisuus-

²²² *Goodwin-Gill* 1978, s. 3–4.

²²³ *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (French Zone) on November 8th, 1921, PCIJ (1923) Series B-No. 4, s. 24.*

²²⁴ *Goodwin-Gill* 1978, s. 20 ja 85–86.

²²⁵ *Weiss – Wooldridge* 2002, s. 2.

perusteisen syrjinnän kieltö ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate saavat merkitystä erityisesti tällaisen laajemman tarkastelun puitteissa. Esimerkiksi Van der Mein mukaan henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen kannalta huomattava askel otettiin siinä vaiheessa, kun liikkumisvapaus alettiin nähdä yksilöllisenä oikeutena sen sijaan, että työntekijöitä olisi tarkasteltu ainoastaan makrotaloustieteellisinä tuotannon tekijöinä.²²⁶

4.2.2 Liikkumisvapauden syrjivät ja ei-syrjivät rajoitukset

Edellä on todettu, että henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate on yksi kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tärkeimmistä soveltamisympäristöistä. Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaate ei kuitenkaan tyhjenny kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltöön. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö muodostaa vain yhden, vaikkakin tärkeän, ulottuvuuden henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen tulkinnassa. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen keskinäissuhde ei siis ole yksiselitteinen.²²⁷

EY-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on löydetävissä useita esimerkkejä siitä, miten keskeinen asema kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolla on henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen tulkinnassa. Esimerkiksi *Kraus*-tapauksessa EY-tuomioistuin on luetellut kriteerit, joiden täytyessä jäsenvaltiot voivat tehdä poikkeuksia henkilöiden vapaaseen liikkuvuuteen. Ensimmäisenä ja tärkeimpänä EY-tuomioistuin mainitsee sen, että toimenpidettä tai säännöstä ei saa soveltaa tavalla, joka johtaisi kansalaisuusperusteiseen syrjintään.²²⁸ Samalla on kuitenkin pääteltävissä, että luonteeltaan syrjimätönkin liikkumisvapauden rajoitus on kielletty, mikäli loput suhteellisuusperiaatteen yhteydessä mainituista kriteereistä eivät täyty. Toisin sanoen liikkumisvapauden turvaaminen ulottuu huomattavasti pidemmälle kuin pelkästään välittömästi tai välillisesti syrjivien toimenpiteiden kieltämiseen. Esimerkiksi perustamissopimuksen 39 artiklaa [ex 48 artikla] koskevassa *Terhoeve*-tapauksessa EY-tuomioistuin nimenomaisesti totesi, että kyseisessä tapauksessa oli tarpeetonta tutkia välillisen syrjinnän ilmentymistä, koska perustamissopimuksen 39 artiklaa oli jo rikottu muilla

²²⁶ Van der Mei 2003, s. 26–27.

²²⁷ Ks. esim. Bernard 1996a, s. 89.

²²⁸ Asia C-19/92 Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg [1993] ECR I-1663, kohta 32.

”lievemmillä” perusteilla ja liikkumisvapauden harjoittamisesta oli tullut vähemmän houkuttelevaa.²²⁹

Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta haittaava toimenpide tai säännös saattaa siis tulla unionin oikeuden nojalla kielletyksi silloinkin, kun se ei johda kumpaankaan välittömään tai välilliseen syrjintään. Tällainen ajattelu on ollut jo pidempään tyypillistä tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä *Dassonville-* ja *Cassis de Dijon* -ratkaisujen valossa.²³⁰ Toisaalta myöhempi *Keck v Mithourad* -tapaus on aiheuttanut hämmennystä tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen alueella. Kyseisessä tapauksessa EY-tuomioistuimien erotti suoraan tuotteeseen ja toisaalta sen myyntiin liittyvät ehdot. *Keck*-tapauksen valossa vaikuttaa siltä, että myyntijärjestelyihin liittyvien ehtojen kohdalla edellytetään syrjintäkriteerin täyttymistä, kun taas suoraan tuotteeseen liittyvien ehtojen kohdalla noudatetaan *Dassonville-* ja *Cassis de Dijon* -tapauksissa vahvistettua ankarampaa tulkintaa.²³¹ Tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevassa myöhemmässä *DocMorris*-tapauksessa EY-tuomioistuimien kuitenkin välitti tekemästä *Keck*-tapaukselle tyypillistä erottelua suoraan tuotteeseen ja myyntijärjestelyihin liittyvien ehtojen välillä.²³²

Tavaroiden vapaan liikkuvuuden alueella *Dassonville-*, *Cassis de Dijon*- ja *Keck*-tapauksien myötä muodostunutta ratkaisulinjaa ei kuitenkaan voida automaattisesti soveltaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon henkilöiden vapaan liikkuvuuden alueella. Henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä on ilmennyt huomattavasti vähemmän tapauksia, joissa toimenpiteen olisi katsottu rajoittavan liikkumisvapautta silloinkin, kun toimenpide ei ole luonteeltaan syrjivä. *Bosman*-tapaus on epäilemättä tunnetuin näistä tapauksista.²³³ Uudempi *Commission v Denmark (Danish Company Cars)* -tapaus puolestaan vahvistaa *Bosman*-tapauksessa valitun linjan.²³⁴ Toisaalta *Graf*-tapauksessa on asetettu rajat tällaiselle tulkinnalle. Tuomioistuimen mukaan liikkumisvapauden estettä ei ollut, koska ei-syr-

²²⁹ Asia C-18/95 F.C. Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland [1999] ECR I-345, kohdat 39 ja 41.

²³⁰ Asia 8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville [1974] ECR 837, kohta 5 ja tapaus 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [1979] ECR 649, kohta 14.

²³¹ Asiat C-267/91 ja C-268/91 Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithourad [1993] ECR I-6097, kohdat 14–16.

²³² Asia C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval [2003] ECR I-14887, kohdat 66–68 ja 73.

²³³ Asia C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Boisman [1995] ECR I-4921, kohta 96.

²³⁴ Asia C-464/02 Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark (‘Danish Company Cars’) [2005] ECR I-7929, kohta 35.

jivän rajoituksen yhteys työmarkkinoille pääsyyn oli liian epävarma ja epäsuora.²³⁵ *Elsen*-tapauksessa EY-tuomioistuin on kuitenkin laajentanut henkilöiden vapaan liikkuvuuden esteitä koskevan tulkintansa koskemaan perustamissopimuksen 39 artiklan lisäksi myös perustamissopimuksen 18 artiklan nojalla harjoitettua ”ei-taloudellista liikkumista”.²³⁶ Vastaavasti *Kranemann*-tapauksessa EY-tuomioistuin on katsonut sinänsä ei-syrjivän toiminnan rajoittavan liikkumisvapautta kielletyllä tavalla pelkästään sillä perusteella, että se estäisi taloudellisesti vähävaraisia henkilöitä suorittamasta harjoittelua toisessa jäsenvaltiossa.²³⁷

Kriittisten arvioitsijoiden mukaan EY-tuomioistuin ei ole ollut valmis laajentamaan perustamissopimuksen 39 artiklan työntekijöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta välittömän ja välillisen syrjinnän ulkopuolelle yhtä aktiivisesti kuin yrittäjiä ja palveluiden tarjoajia koskevissa tilanteissa tai tavaroiden vapaan liikkuvuuden alueella.²³⁸ Toisaalta kirjallisuudessa on esitetty myös aivan päinvastaisia kannanottoja, joiden mukaan henkilöiden vapaan liikkuvuuden alueella tuomioistuimen syrjintää koskeva tulkintakäytäntö on jatkuvasti laajentunut toisin kuin tavaroiden vapaan liikkuvuuden alueella, jossa on Keck-ratkaisun myötä omaksuttu aikaisempaa varovaisempi lähestymistapa.²³⁹ Näiden kirjoittajien mukaan *Bosman*-tapauksessa EY-tuomioistuin on nimenomaisesti viitannut markkinoille pääsyn käsitteeseen henkilöiden vapaan liikkuvuuden yhteydessä.²⁴⁰ Graf-tapausta he puolestaan tulkitsevat siten, että EY-tuomioistuin katsoi ei-syrjivän toimenpiteen jäävän perustamissopimuksen 39 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle, koska se ei vaikuttanut markkinoille pääsyyn.²⁴¹

Joillakin kirjoittajilla on tässä yhteydessä tapana erotella käsitteet oikeus aloittaa ammatti tai elinkeino ja oikeus harjoittaa ammattia tai elinkeinoa. Ensiksi mainitun yhteydessä viitataan markkinoille pääsyyn. Vertailuryhmän määrittäminen on siinä tilanteessa vaikeaa, ja sen vuoksi syrjinnän käsitteellä ei ole yhtä suurta merkitystä kuin jälkimmäisessä tilanteessa.

²³⁵ Asia C-190/98 Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH [2000] ECR I-493, kohdat 23 ja 25.

²³⁶ Asia C-135/99 Ursula Elsen v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte [2000] ECR I-409, kohta 34.

²³⁷ Asia C-109/04 Karl Robert Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen [2005] ECR I-2421, kohdat 26–29.

²³⁸ Ks. esim. *Weiss – Wooldridge* 2002, s. 4 ja *Van der Mei* 2003, s. 79.

²³⁹ Ks. esim. *Spaventa* 2004, s. 743.

²⁴⁰ Asia C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Boisman [1995] ECR I-4921, kohta 103.

²⁴¹ Asia C-190/98 Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH [2000] ECR I-493, kohta 23.

Ammatin tai elinkeinon harjoittamisen tilanteissa syrjintäkielto puolestaan on hyvin keskeisessä asemassa, sillä tarkoituksena on varmistaa, ettei toisesta jäsenvaltiosta tullut ammatin- tai elinkeinonharjoittaja joudu kilpailullisesti muita heikompaan asemaan.²⁴²

Ongelmalliseksi on kuitenkin muodostunut kysymys siitä, missä tilanteissa ei-syrjivien toimenpiteiden kieltö (ts. markkinoille pääsyn kriteeri) voidaan laajentaa koskemaan myös ammatin tai elinkeinon harjoittamisen tilanteita pelkästään markkinoille pääsyyn liittyvien tilanteiden lisäksi.²⁴³ Daviesin mukaan Bosman-tapauksessa on erityisen merkittävää se, että säännösten katsottiin rajoittavan henkilöiden vapaata liikkuvuutta kielletyllä tavalla, vaikka ne olivat formaalisesti syrjimättömiä, eikä niillä myöskään osoitettu olevan haitallisia vaikutuksia.²⁴⁴ Toisaalta kirjallisuudessa on kuitenkin esitetty, että Bosman-tapausta lukuun ottamatta EY-tuomioistuin on tosiasiaassa edellyttänyt, että hakija on joutunut muita epäedullisempaan asemaan, vaikka näennäisesti olisikin nojautunut ei-syrjiviin rajoituksiin.²⁴⁵ Kansalaisuusperusteista syrjintää koskevan oikeuskäytännön valossa EY-tuomioistuinta voidaankin kritisoida epäloogisesta kielenkäytöstä syrjintäoikeuden alueella.

Kysymys syrjintäkiellon asemasta on muodostunut keskeiseksi sisämarkkinavapauksien tulkinnassa. Erilaisia näkemyksiä on esitetty siitä, onko EY-tuomioistuimen markkinoille pääsyä koskeva tulkinta omiaan syrjäyttämään perinteisen syrjintäkiellon kokonaan vai ainoastaan täydentämään sen soveltamista.²⁴⁶ Moren mukaan keskustelu voidaan tiivistää kysymykseen siitä, miten EY-tuomioistuin onnistuisi parhaiten siirtymään pelkästään syrjinnän torjumiseen tähtäävästä näkökulmasta markkinoiden integraatiota korostavaan näkökulmaan.²⁴⁷ Vastaavasti Kingreenin mukaan huomiota tulisi kiinnittää siihen, halutaanko sisämarkkinoita kehittää todellisten oikeuksien suuntaan, vai keskitytäänkö tulevaisuudessakin pelkästään syrjinnän estämiseen.²⁴⁸ Itse kuitenkin muotoilisin kysymyksen toisinpäin, sillä nähdäkseni EY-tuomioistuin on keskittynyt liiaksikin sisämarkkinavapauksien esteiden poistamiseen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon muiden ulottuvuuksien kustannuksella. Mielestäni kyse ei siis ole niinkään perinteisen syrjintäkiellon ja ”todellisten oikeuksien”

²⁴² *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 706.

²⁴³ *Ibid.*, s. 706–707.

²⁴⁴ *Davies* 2003, s. 73–74.

²⁴⁵ *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 732.

²⁴⁶ Ks. esim. *de Búrca* 1997, s. 20–23 ja *More* 1999, s. 523–524.

²⁴⁷ *More* 1999, s. 525.

²⁴⁸ Ks. esim. *Kingreen* 2006, s. 569.

välisestä perustavanlaatuisesta ristiriidasta, vaan pikemminkin unionin syrjintäoikeuden tulkintaan liittyvistä ongelmista. Markkinoiden integraation ja markkinoille pääsyn käsitteiden sijasta näihin ongelmiin voitaisiin nähdäkseni puuttua myös syrjintäoikeuden tulkintaa kehittämällä.

Esimerkiksi Maduro on kritisoinut EY-tuomioistuimen *Cassis de Dijon*-tapauksessa valitsemaa linjaa sosiaalisten oikeuksien näkökulmasta. Hänen mukaansa sisämarkkinavapauksien tulkinnan laajentuminen myös muihin kuin välitöntä tai välillistä syrjintää sisältäviin tilanteisiin johtaa helposti siihen, että sosiaalisten oikeuksien avulla turvattujen arvojen katsotaan olevan ristiriidassa neljän taloudellisen perusvapauden kanssa, vaikka ne eivät sisältäisi syrjiviä tai protektionistisia elementtejä.²⁴⁹ Toisin sanoen Maduron ajatusmallia seurattaessa päädytään siihen, että sisämarkkinavapauksien lähentyminen perusoikeuksien kanssa onkin itse asiassa johtanut perusoikeuksien tai ainakin sosiaalisten oikeuksien aseman heikentymiseen.

Myös Davies suhtautuu hyvin kriittisesti EY-tuomioistuimen ratkaisulinjaan, jossa ei-syrjiviä toimenpiteitä on pidetty sisämarkkinavapauksien kiellettyinä rajoittamisena integraation päämääriin ja markkinoille pääsyn kriteeriin vedoten. Hänen mukaansa markkinoille pääsyn käsitteen juuret ovat kilpailuoikeudessa. Tällaista ajattelumallia ei sen vuoksi tulisi soveltaa liikkumisvapauteen, josta puuttuu kilpailuoikeudelle ominainen empiirinen elementti. Markkinoille pääsyn käsitteen mielekäs soveltaminen edellyttäisi Daviesin mukaan EY-tuomioistuimelta empiirisempää lähestymistapaa ja syvällisempää taloustieteellistä argumentointia.²⁵⁰ Toisaalta markkinoille pääsyn käsitteen määrittelyssä on nähty huomattavia eroja tavaroiden vapaan liikkuvuuden ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden kesken. Esimerkiksi Spaventan mukaan henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen yhteydessä on omaksuttu pelkkien taloudellisten vaikutusten arviointia laajempi lähestymistapa, jossa toimenpiteitä arvioidaan yleisen suhteellisuusperiaatteen valossa. Markkinoille pääsyn käsitteeseen vedotessaan EY-tuomioistuin pyrkii hänen mukaansa peittelemään sitä, että henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen tulkinta ei tosiasiaassa enää rakennu yksinomaan sisämarkkinoiden varaan.²⁵¹

Edellä on käsitelty kysymystä siitä, tulisiko kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisen perustua sisämarkkinavapauksien yhteydessä ensisijaisesti perinteiseen syrjintäkieltoon vai tulisiko sen kattaa myös ei-syrjivät tilanteet ja nojautua markkinoille pääsyn käsitteeseen. Tällä kysymyksellä on huomattava merkitys myös kansalaisuusperusteisen

²⁴⁹ *Maduro* 1999, s. 451 ja 453.

²⁵⁰ *Davies* 2003, s. 93 ja 96–98.

²⁵¹ *Spaventa* 2004, s. 757–759 ja 763–764.

syrjinnän kiellon ja perus- ja ihmisoikeuksien keskinäissuhteen näkökulmasta. Ei-syrjivien toimenpiteiden asemaa ja markkinoille pääsyn käsitettä koskeva syrjintäoikeudellinen keskustelu heijastaa nähdäkseni sisämarkkinavapauksien alueella tapahtunutta laajempaa kehitystä. Kirjallisuudessa on esitetty, että markkinoille pääsyn käsitteen myötä sisämarkkinavapauksien painopiste on siirtynyt markkinaintegraatiosta yksilöiden toimintavapauden suuntaan.²⁵² Samanaikaisesti on havaittavissa kehitys, joka korostaa sisämarkkinavapauksien luonnetta perustavanlaatuisina oikeuksina. Ensi näkemältä vaikuttaisi siltä, että sisämarkkinavapauksien kehittyminen (perus)oikeuksien suuntaan olisi edistysaskel myös perinteisten perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Nähdäkseni olisi kuitenkin tärkeää kiinnittää huomiota siihen, miten sisämarkkinavapauksien aseman vahvistuminen on vaikuttanut kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan. Mikäli tällainen kehitys nojautuu yksipuolisesti markkinoille pääsyn käsitteeseen ja taloudellisen integraation päämääriin, kehitys saattaa tosiasiaassa heikentää perus- ja ihmisoikeuksien asemaa.

EY-tuomioistuimen sisämarkkinoita ja niistä poikkeamista koskevan arvioinnin ei tulisi keskittyä pelkästään siihen, onko syrjintä riittävä käsite taloudellisen integraation ja markkinoille pääsyn näkökulmasta, vaan myös siihen, onko syrjinnälle nykytilanteessa annettu tulkinta yhdenmukainen unionin perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Toisaalta nämä kaksi näkökulmaa eivät automaattisesti ole keskenään ristiriidassa, eikä syrjintäoikeuden perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden huomioon ottaminen välttämättä sulje pois markkinoille pääsyn käsitteeseen nojautumista. Oma kantani onkin, että itsetarkoitukselliseen vastakkainasetteluun ei tulisi sortua, vaikka kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoa tarkasteltaisiin perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta.

Esimerkiksi *Carpenter*- ja *Akrich*-tapausten valossa vaikuttaa siltä, että EY-tuomioistuin on tuomassa perus- ja ihmisoikeuksiin nojautuvan arvioinnin yksilön taloudellisen toimintavapauden rinnalle myös liikkumisvapauden soveltamisalan määrittelyä koskevissa tilanteissa.²⁵³ Kirjallisuudessa on usein optimistisesti arveltu perus- ja ihmisoikeuksien aseman vahvistuvan automaattisesti, kun sisämarkkinavapauksista tulee aikaisempaa riippumattomampia suhteessa rajat ylittävän elementin vaatimukseen.²⁵⁴ Toisaalta uhkana kuitenkin on, että sisämarkkinavapauksien ”perusoikeudellistuminen” johtaa haitallisiin kompromisseihin perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta.

²⁵² Ks. esim. *Maduro* 1999, s. 450 ja *Spaventa* 2004, s. 750 ja 764–765.

²⁵³ Asia C-60/00 *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279, kohta 41 ja asia C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich* [2003] ECR I-9607, kohta 58.

²⁵⁴ Ks. esim. *Kühling* 2006, s. 544 ja *Reich* 2003, s. 66.

Nähdäkseni ei ole lainkaan automaattista, että sisämarkkinavapauksia ja perusoikeuksia yhdistävä tulkinta johtaisi perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden vahvistumiseen. Toinen, huolestuttavampi vaihtoehto nimittäin on, että sisämarkkinavapauksien yhdenmukaisen ja näennäisesti perusoikeuksien mukaisen tulkinnan turvaamiseksi joudutaan tinkimään perusoikeuksien alkuperäisestä luonteesta ja sisällöstä. Tällaiset haitalliset kompromissit eivät luonnollisestikaan tule esiin yksittäisiä ratkaisuja tarkastelemalla, vaan ne ovat aina seurausta pidemmästä kehityksestä.

4.2.3 ”Markkinakansalaisten”²⁵⁵ syrjimättömyys

Eversonin mukaan unionin piirissä esiintyvä ”markkinakansalaisuus” eroaa tavallisesta kansalaisuudesta siten, että ”markkinakansalaisen” oikeudet ovat riippuvaisia sekä henkilökohtaisista resursseista että markkinoilla vallitsevasta tilanteesta. Eurooppalaisessa kontekstissa ”markkinakansalaisuus” on Eversonin mukaan valjastettu palvelemaan yhteis- ja sisämarkkinoiden toteutumista.²⁵⁶ Craig ja de Búrca ovat muotoilleet saman jännitteen toteamalla, että vastakkain ovat käsitykset työntekijästä yhtäältä taloudellista hyvinvointia edistävänä tuotannon tekijänä ja toisaalta ihmisyksilönä, jolla on oikeus ilman syrjintää etsiä työtä myös muista jäsenvaltioista oman taloudellisen hyvinvointinsa lisäämiseksi.²⁵⁷

Edellisessä luvussa on kuvailtu liikkumisvapauden ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon suhdetta ns. ”markkinakansalaisuuteen”, vaikka samanaikaisesti on annettu ymmärtää, että sisämarkkinavapauksien ja taloudellisen integraation varaan rakentuvan ”markkinakansalaisuuden” käsitteen rinnalle on jo omaksuttu uusi unionin kansalaisuuden käsite. Miksi siis tarkastella näin yksityiskohtaisesti mennyttä tilannetta? ”Markkinakansalaisuuden” käsitteestä runsaasti kirjoittanut Everson vastaa artikkelissaan ”*The Legacy of Market Citizen*” myös tähän kysymykseen. Hänen mukaansa unionin kansalaisen oikeuksissa ei ole pelkästään kyse ”markkinakansalaiselta” perityistä oikeuksista, vaan ”markkinakansalaisuus” on myös vaikuttanut huomattavasti siihen, millaiseksi unionin kansalaisuuden käsitteen tärkein ydin on muodostunut.²⁵⁸ Everson on nähdäkseni oikeassa. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan liittyviä ongelmia olisi hyvin vaikea ymmärtää ilman unionin kansalaisuuden markkinoihin nojautuvan historian ymmärtämistä.

²⁵⁵ Käsite lainattu Eversonilta, ks. *Everson* 1995, alk. s. 84.

²⁵⁶ *Ibid.*, s. 84–85.

²⁵⁷ *Craig – de Búrca* 2003, s. 701.

²⁵⁸ *Everson* 1995, s. 79.

Unionin oikeutta on usein kritisoitu siitä, että suhtautuminen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteeseen on keskittynyt yksipuolisesti taloudellisiin näkökulmiin. EY-tuomioistuimen aikaisempi oikeuskäytäntö on epäilemättä ollut omiaan lisäämään tällaista kritiikkiä. Nähdäkseni unionin oikeuden avulla voidaan kuitenkin perustella myös täysin vastakkainen lähestymistapa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteeseen. Esimerkkinä voidaan mainita unionin kansalaisten ja heidän perheenjäsentensä liikkumisvapautta koskevan direktiivin 2004/38/EC 27(1) artikla, joka täsmentää perustamissopimuksen 39(3) artiklaan sisältyvää oikeutta poiketa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteesta yleisen edun perusteella. Direktiivin 27(1) artiklassa korostetaan, että yleistä etua ei voida perustella yksinomaan taloudellisilla perusteilla. Vastaavasti *Commission v Italy* -tapauksessa EY-tuomioistuin totesi, että jäsenvaltiot eivät voi tehdä sisämarkkinavapauksiin poikkeuksia pelkästään taloudellisten syiden perusteella.²⁵⁹

Mikäli kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen taustalla olisi yksinomaan taloudellinen markkinaideologia, olisi luontevampaa, että jäsenvaltioilla olisi oikeus poiketa näistä unionin oikeuden periaatteista nimenomaan silloin, jos poikkeamisen voitaisiin perustella johtavan suurempaan taloudelliseen hyvinvointiin. Toisin sanoen markkinalogiikka näyttäisi puhuvan sen puolesta, että sisämarkkinavapauksista voitaisiin poiketa nimenomaan taloudelliseen hyötyyn vetoamalla. Direktiivin 27(1) artikla kuitenkin kieltää yksinomaan taloudellisilla perusteilla tapahtuvan poikkeamisen siitä riippumatta, olisiko saavutettu taloudellinen hyvinvointi vähäisempää vai suurempaa kuin noudatettaessa henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatetta ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoa.

Mielestäni tällä perusteella voidaan päätellä, että henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen ajatellaan olevan jotain tärkeämpää ja arvokkaampaa kuin pelkät vapaan kilpailun taustalta löytyvät, taloudellisen hyvinvoinnin maksimointiin tähtäävät pyrkimykset. Päätely ei tietenkään itsessään paljasta, mitä nuo taloudellisen hyvinvoinnin maksimointia tärkeämmät päämäärät tai arvot ovat. Olennaista on kuitenkin sen toteaminen, että unionin oikeuden piirissä on havaittavissa taipumus liittää henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteeseen ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon muitakin kuin pelkästään taloudellisia päämääriä. Tätä taustaa vasten tulevaisuudessa on todennäköisesti helpompaa lisätä myös perus- ja

²⁵⁹ Asia C-388/01 Commission of the European Communities v Italian Republic [2003] ECR I-721, kohdat 22 ja 27.

ihmisoikeuksien osuutta henkilöiden vapaan liikkuvuuden periaatteen ja kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnassa.

4.3 Kansalaisuusperusteinen syrjintä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta: unionin kansalaisuus tarkastelun kohteena

4.3.1 Kansalaisuuden käsite unionin oikeudessa

Unionin kansalaisuuden käsite omaksuttiin yhteisön oikeuteen lopullisesti Maastrichtin sopimuksella vuonna 1992. Käsitteeseen ladattiin alusta alkaen suuria toiveita, kuten unionin demokraattisen legitimitietin lisääminen, päätöksentekojärjestelmien tuominen lähemmäksi kansalaisia, avoimuuden ja läpinäkyvyyden lisääminen, kansalaisten oikeudellisen suojan vahvistaminen erityisesti liikkumisvapauten ja oleskeluoikeuteen liittyvissä kysymyksissä sekä yhteisen eurooppalaisen identiteetin vahvistaminen. Unionin kansalaisuuden on ajateltu tuovan unionin oikeuteen sellaisia päämääriä, jotka edellyttävät yksilön oikeuksien huomioon ottamista eri tavalla kuin pelkästään taloudelliset päämäärät ovat tehneet.²⁶⁰ Esimerkiksi komissio korosti unionin kansalaisuuden merkitystä unionin ei-taloudellisen ulottuvuuden vahvistamisessa jo vuonna 1993 antamassaan raportissa, jonka mukaan unionin kansalaisuuden käsite merkitsee välittömän poliittisen yhteyden muodostumista jäsenvaltioiden kansalaisten ja unionin välille.²⁶¹ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta erityisen merkittävä on juuri ajatus yksilön oikeussuojan vahvistumisesta.

Unionin kansalaisuus määritellään perustamissopimuksen 17(1) artiklassa, jonka mukaan: ”*Unionin kansalainen on jokainen, jolla on jonkin jäsenvaltion kansalaisuus. Unionin kansalaisuus täydentää, mutta ei korvaa jäsenvaltion kansalaisuutta.*” Unionin kansalaisuuden käsitteen sitominen jäsenvaltion kansalaisuuteen on ongelmallista kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta. Unionin kansalaisuuden tarjoaman suojan piiriin pääseminen saattaa vaihdella paljonkin eri jäsenvaltioiden välillä, sillä jokainen jäsenvaltio päättää itsenäisesti siitä, kenelle se on valmis myöntämään kansalaisuuden. Tilannetta vaikeuttaa entisestään se, että kyseessä ei ole pelkästään oikeudellinen, vaan myös poliittinen käsite. Esimerkiksi *Micheletti-*, *Kaur-* ja *Zhu and Chen* -tapauksissa EY-tuomioistuimien on nimenomaisesti todennut, että kansalaisuudesta päättäminen kuuluu

²⁶⁰ *O’Leary* 1996, s. 30-31 ja 128. Ks. myös asia C-274/96 Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz [1998] ECR I-7637, Opinion of Mr Advocate General Jacobs (19 March 1998), kohta 23.

²⁶¹ Report from the Commission on the Citizenship of the Union, COM(93) 702 final, s. 2.

jäsenvaltioiden yksinomaisen toimivallan piiriin.²⁶² Toisaalta *Micheletti*-tapauksessa EY-tuomioistuin muistutti, että jäsenvaltioiden oikeus päättää kansalaisuuteen liittyvistä kysymyksistä ei ole täysin rajoittamaton, jos toisten jäsenvaltioiden kansalaisten mahdollisuus harjoittaa liikkumisvapauttaan vaikeutuisi sen johdosta.²⁶³

Airola-tapauksessa EY-tuomioistuin kuitenkin valitsi linjan, jossa se ei puuttunut jäsenvaltion tapaan määritellä kansalaisuus, vaan ainoastaan sen vaikutuksiin yhteisön oikeuden näkökulmasta.²⁶⁴ O’Learyn mukaan EY-tuomioistuimen ratkaisulinja on ongelmallinen siitä syystä, että se ei puutu ongelman varsinaisiin syihin. Toisin sanoen jäsenvaltion kansalaisuudelle antamasta määritelmästä aiheutuvat seuraukset voivat jossakin yksittäisessä tilanteessa osoittaa yhteisön oikeuden päämäärien vastaisiksi, mutta EY-tuomioistuin ei kuitenkaan ole puuttunut siihen, että jäsenvaltiot voivat kansalaisuussäännösten avulla kokonaan estää tiettyjen henkilöiden pääsyn yhteisön oikeuden piiriin.²⁶⁵ Esimerkiksi Euroopan parlamentti on puuttunut tähän ongelmaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta jo vuonna 1993 todetessaan: ” - *that obstacles to the acquisition of nationality are a source of discrimination which is unjustified in present-day Europe* ”.²⁶⁶ Toisaalta täysin päinvastaista kantaa edustaa Maastrichtin sopimuksen liitteistä löytyvä lausuma, jonka mukaan henkilön kansalaisuuteen liittyvät kysymykset tulee ratkaista yksinomaan kunkin jäsenvaltion kansallisen oikeuden varassa.²⁶⁷

Unionin kansalaisuuden riippuvuus jäsenvaltioiden kansalaisuudesta on herättänyt laajaa vastustusta. Kriitikoiden mukaan on mahdoton puhua unionin ja yksilöiden välisestä välittömästä poliittisesta ja oikeudellisesta suhteesta niin kauan, kuin unionin kansalaisuus on täysin riippuvainen jäsenvaltioiden kansalaisuudesta.²⁶⁸ Esimerkiksi Habermas suhtautuu

²⁶² Asiat C-369/90 Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria [1992] ECR I-4239, kohta 10; C-192/99 The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur [2001] ECR I-1237, kohta 19 ja C-200/02 Kunqian Catherine Zhu v Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department [2004] ECR I-9925, kohdat 37 ja 39.

²⁶³ Asia C-369/90 Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria [1992] ECR I-4239, kohta 10.

²⁶⁴ Asia 21/74 Jeanne Airola v Commission of the European Community [1975] ECR 221, kohta 10.

²⁶⁵ O’Leary 1996, s. 44.

²⁶⁶ European Parliament Resolution on Respect for Human Rights in the European Community, OJ C 115/178 (26.4.1993), kohta 94.

²⁶⁷ Declaration No 2 on nationality of a Member State appended to the Maastricht Treaty.

²⁶⁸ Ks. esim. *Nascimbene* 1998, s. 70-71 ja O’Leary 1998, s. 82-83.

epäillen unionin kansalaisuuden käsitteen mahdollisuuksiin saada aikaan suuria muutoksia unionin ”teknokraattisessa” luonteessa. Habermas kritisoi erityisesti sitä, että kansalaisuuden käsitteestä on unionin oikeudessa tehty taloudelliselle integraatiolle alisteinen käsite. Samalla on hänen mukaansa kadotettu poliittisen ulottuvuuden vahvistamiseen liittyvät mahdollisuudet.²⁶⁹ Vastaavasti Dahrendorfin mukaan kansalaisuuden käsitteeseen liittyvästä oikeuksien ja velvollisuuksien rajoittamattomuudesta ei voida tinkiä ilman että samalla kadotetaan koko käsitteen idea.²⁷⁰

Useat kirjoittajat ovatkin ehdottaneet, että unionin kansalaisuuden saamisen ei pitäisi riippua yksinomaan jäsenvaltioiden kansalaisuudesta. Asumisen tai oleskelun (”*residence*”) käsitettä on tarjottu vaihtoehdoksi.²⁷¹ Esimerkiksi Davies on todennut, että asumisen käsite tarjoaisi realistisen tavan yksilön ja julkisen vallan suhteen määrittelemiseksi niin kauan kuin unioni muodostuu useista maantieteellisistä valtioista.²⁷² Daviesin mukaan on kuitenkin tärkeää ymmärtää, että oleskelun ja asumisen käsitteiden omaksumisella ei kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta ole vaikutusta ainoastaan ei-kansalaisten oikeuksiin, vaan myös kansalaisten oikeuksiin. Jos ”*residence*”-ehtoa halutaan soveltaa unionin oikeuden kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon mukaisesti, merkitsee se sitä, että oleskelun tai asumisen ehto on sovellettava yhtäläisesti myös kohdevaltion omiin kansalaisiin.²⁷³

Universaali, yksinomaan oleskelun tai asumisen käsitteen ympärille rakentuva ehto on yleensä katsottu sallituksi myös EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Kiellettyinä on kuitenkin pidetty ehtoja, jotka asettavat jäsenvaltion omat kansalaiset ja muut unionin kansalaiset erilaiseen asemaan siten, että ensiksi mainitut pääsevät suojan piiriin yksinomaan kansalaisuutensa perusteella, mutta jälkimmäisiltä edellytetään oleskelua tai asumista. Museoiden pääsymaksuja koskevassa *Commission v Italy* -tapauksessa EY-tuomioistuin otti kantaa oleskelun ja asumisen käsitteiden varaan rakentuvaan erotteluun. Tuomioistuin päätyi toteamaan, että kyseessä oli välillinen syrjintä sen vuoksi, että oleskelua ja asumista edellyttävän ehdon nojalla suurin osa suojan tai etuuden ulkopuolelle jäävistä olisi toisten jäsenvaltioiden kansalaisia. Lisäksi tuomioistuin korosti, että tätä johtopäätöstä ei

²⁶⁹ Habermas 1994, s. 28 ja 30.

²⁷⁰ Dahrendorf 1994, s. 13.

²⁷¹ Ks. esim. Reich 2003, s. 86 ja Nascimbene 1998, s. 72 ja 78.

²⁷² Davies 2005, s. 43.

²⁷³ Ibid., s. 52–53.

horjuta se, että ehto rajaisi joissakin tapauksissa myös jäsenvaltion omia kansalaisia suojan tai etuuden ulkopuolelle.²⁷⁴

Collins-tapauksessa EY-tuomioistuin täsmensi kantaansa. Tuomioistuimen mukaan jäsenvaltiolla on oikeus pyrkiä varmistamaan, että hakijalla on tosiasiallinen yhteys (”*a genuine link*”) kyseisiin maantieteellisiin työmarkkinoihin. Tässä arvioinnissa puolestaan voidaan hyödyntää myös oleskelun ja asumisen käsitteiden varaan rakentuvia ehtoja sillä edellytyksellä, että ne ovat objektiivisesti perusteltavissa, kansalaisuudesta riippumattomia ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia.²⁷⁵ Opintotuen kaltaista etuutta koskevassa *Bidar*-tapauksessa EY-tuomioistuin vahvisti, että jäsenvaltiolla on oikeus rajoittaa etuus koskemaan ainoastaan sellaisia henkilöitä, jotka pystyvät osoittamaan integroituneensa ainakin tietyssä määrin kyseiseen yhteiskuntaan. Tuomioistuimen mukaan tässä voidaan käyttää apuna esimerkiksi vaatimusta, että hakija on oleskellut kohdevaltiossa tietyn ajan. Toisaalta tuomioistuin korosti, että opiskelijoita koskevassa tilanteessa jäsenvaltiolla ei ole oikeutta edellyttää yhteyttä maantieteellisiin työmarkkinoihin.²⁷⁶ Asumista koskevaa ehtoa pidettiin kohtuullisena myös tuoreessa *De Cuyper* -tapauksessa. Tuomioistuin kuitenkin korosti suhteellisuusperiaatteen merkitystä asumista koskevan ehdon arvioinnissa.²⁷⁷ *Ioannidis*-tapauksessa tuomioistuin täsmensi ehdon sisältöä todetessaan, että ehto ei saa olla liian yleisluontoinen, vaan sen on oltava tyypillinen juuri tosiasiallisen yhteyden kuvaamiselle.²⁷⁸

Kirjallisuudessa onkin tämän johdosta arveltu, että taloudellisen aktiivisuuden ja taloudellisen omavaraisuuden ohella myös integroituminen toisen jäsenvaltion yhteiskuntaan saattaisi riittää perusteeksi yhdenvertaisen suojan piiriin pääsemiseksi tilanteissa, joissa henkilö ei kuulu suojan piiriin suoraan direktiivin 2004/38/EC nojalla.²⁷⁹ Toisaalta tosiasiallisen yhteyden vaatimusta voidaan tarkastella myös sen rajoittavan luonteen näkökulmasta. Esimerkiksi Rosas on huomauttanut, että mainitun ehdon nojalla muista jäsenvaltioista tuleville henkilöille ei kaikissa tilanteissa

²⁷⁴ Asia C-388/01 Commission of the European Communities v Italian Republic [2003] ECR I-721, kohdat 14 ja 28.

²⁷⁵ Asia C-138/02 Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions [2004] ECR I-2703, kohdat 67 ja 72–73.

²⁷⁶ Asia C-209/03 The Queen (on the application of Dany Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills [2005] ECR I-2119, kohdat 56–59.

²⁷⁷ Asia C-406/04 Gérald De Cuyper v Office national de l’emploi [2006] ECR I-6947, kohdat 40 ja 47–48.

²⁷⁸ Asia C-258/04 Office national de l’emploi v Ioannis Ioannidis [2005] ECR I-8275, kohdat 30–31.

²⁷⁹ Ks. esim. *White* 2005, s. 895, 900 ja 904.

tarvitsisi automaattisesti myöntää samoja etuuksia silloinkaan, kun etuudet periaatteessa kuuluisivat perustamissopimuksen 12 artiklan syrjintäkiellon soveltamisalaan.²⁸⁰

Myös kysymys unionin kansalaisuuden vaikutuksista on jakanut mieliteet. Toiset kirjoittajat ovat valmiita näkemään unionin kansalaisuuden dynaamisena käsitteenä, jonka kehitykselle perustamissopimuksen 17(2) ja 22 artiklat tarjoavat hyvät lähtökohdat.²⁸¹ Toiset puolestaan kritisoivat unionin kansalaisuuden käsitettä siitä, että se ei oikeastaan ole tuonut mukanaan mitään uutta ja että sen dynaamisuus on yksinomaan näennäistä.²⁸² EY-tuomioistuimen viimeaikainen oikeuskäytäntö kuitenkin osoittaa kiistatta, ettei unionin kansalaisuus ole jäänyt vaille merkitystä. Kyseessä on nähdäkseni huomattava käsitteellinen ero, jos aikaisemmin direktiivien nojalla oikeussuojaa nauttinut henkilö pääsee nyt vastaavan suojan piiriin suoraan unionin kansalaisuuden perusteella. Samanaikaisesti on kuitenkin oleellista kysyä, onko unionin kansalaisuuden käsite *riittävän* dynaaminen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta. Toisin sanoen vaikka unionin kansalaisuus on EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä saanut dynaamisia elementtejä ja parantanut taloudellisesti ei-aktiivisten jäsenvaltioiden kansalaisten asemaa, riittääkö se kuitenkin takaamaan perus- ja ihmisoikeuslottuvuuden täysimääräistä toteutumista syrjintä-oikeuden näkökulmasta? Oma kantani on, että unionin kansalaisuuden käsite on tässä suhteessa riittämätön.

O’Learyn mukaan unionin oikeudessa havaittava yksilön oikeusaseman parantuminen perustuu ensisijaisesti yhdenvertaisuusperiaatteen aseman vahvistumiseen eikä niinkään unionin kansalaisuuden käsitteeseen.²⁸³ Itse olen samaa mieltä siitä, että yhdenvertaisuusperiaatteen avulla on mahdollisuus päästä pelkkää unionin kansalaisuutta laajempaan lopputulokseen. Samalla on kuitenkin mielestäni tärkeää ottaa huomioon, että unionin kansalaisuuttakin voidaan pitää yhtenä, joskin osittain vääristyneenä, osoituksena yhdenvertaisuusperiaatteen vahvistuneesta asemasta unionin oikeudessa. EY-tuomioistuimen pyrkimys korostaa unionin kansalaisuuden käsitteen itsenäistä asemaa jää kuitenkin vaille merkitystä niin kauan kuin unionin kansalaisuus on perustamissopimuksen 17 artiklan nojalla ainoastaan jäsenvaltioiden kansalaisuutta täydentävä käsite.

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta olisi ensiarvoisen tärkeää, että unionin kansalaisuuden käsite ei jättäisi unionin ja yksilön

²⁸⁰ Rosas 2007, s. 78.

²⁸¹ Ks. esim. Rosas 2005, s. 1264–1265.

²⁸² Ks. esim. Weiss – Wooldrge 2002, s. 160.

²⁸³ O’Leary 1998, s. 90–91 ja 99.

suhdetta niin puolinaiseksi kuin se nyt tekee. Voidaankin kysyä, onko näissä olosuhteissa perusteltua sitoa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiello unionin kansalaisuuteen. Mikäli kysymykseen vastataan myöntävästi, palataan takaisin ns. federalistisen kilpailun ideaan, jonka yhteydessä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiello nähdään ainoastaan sisämarkkinoita vahvistavana formaalisena tasapuolisen kohtelun vaatimuksena. Toisin sanoen jäsenvaltioiden sisäiseen sääntelyyn ei puututa lainkaan niin kauan kuin se ei johda erilaiseen kohteluun koti- ja ulkomaisten oikeussubjektien välillä.²⁸⁴

Van Gunsterenin mukaan nykyaikaisessa oikeusvaltiossa julkinen valta pyrkii avustamaan ihmisiä kansalaisuuden myöntämisestä koskevien esteiden voittamisessa, eikä valtion rooli sen vuoksi rajoitu enää pelkästään kansalaisuuden myöntämisen kontrollointiin.²⁸⁵ Tässä kohden on kuitenkin vaikea välttyä ajatukselta, että unionin oikeuden piirissä on tietyllä tavalla palattu takaisin vanhakantaisempaan ajatteluun. Unionin kansalaisuuden sitominen yksinomaan jäsenvaltioiden kansalaisuuteen on johtanut tilanteeseen, jossa osa unionin alueella laillisesti asuvista henkilöistä jää monissa tilanteissa unionin oikeuden tarjoaman suojan ulkopuolelle.

Unionin kansalaisuuden oikeusvaikutuksiin on sisältynyt alusta alkaen lukuisia ristiriitaisuuksia ja EY-tuomioistuimen oikeuskäytännöllä onkin ollut keskeinen asema unionin kansalaisuuden käsitteen selkiyttämisessä. Tuomioistuin on liittänyt unionin kansalaisuuden käsitteen hyvin läheisesti kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon. Esimerkiksi tuoreessa *Bidar*-tapauksessa EY-tuomioistuin muistutti, että perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kielloa tulee tarkastella yhdessä unionin kansalaisuutta koskevien säännösten kanssa.²⁸⁶ Tästä puolestaan on aiheutunut monenlaisia jännitteitä, sillä toisin kuin unionin kansalaisuus, kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiello on ollut läsnä yhteisön oikeudessa alusta alkaen integraation taloudellista ulottuvuutta vahvasti painottaen.

4.3.2 Unionin kansalaisten syrjimättömyys

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja unionin kansalaisuuden suhteen näkökulmasta ratkaisevia ovat olleet EY-tuomioistuimen 1990-luvun lopulla antamat *Martínez Sala*- ja *Grzelczyk*-ratkaisut, joissa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiello liitettiin suoraan unionin kansalaisuuteen.

²⁸⁴ Ks. tarkemmin federalistisen kilpailun käsitteestä esim. *Barnard* 2004, s. 20–21.

²⁸⁵ *van Gunsteren* 1994, s. 37.

²⁸⁶ *Asia C-209/03 The Queen (on the application of Dany Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills* [2005] ECR I-2119.

Martínez Sala -tapauksessa EY-tuomioistuin omaksui kannan, jonka mukaan jäsenvaltion alueella laillisesti oleskelevat unionin kansalaiset voivat vedota kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoon kaikissa tilanteissa, jotka kuuluvat *ratione materiae* yhteisön oikeuden soveltamisalaan.²⁸⁷ Toisin sanoen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon henkilölliseen soveltamisalaan *ratione personae* liittyvä arviointi tapahtui pelkästään unionin kansalaisuuden perusteella.

Perustamissopimuksen 12 artiklan soveltaminen edellyttää siis edelleen, että tilanne kuuluu yhteisön oikeuden soveltamisalaan sekä henkilöllisesti että asiallisesti, mutta henkilöllisen soveltamisalan arviointi rakentuu nyt unionin kansalaisuuden käsitteen varaan, kun se aiemmin perustui taloudelliseen aktiivisuuteen. *Grzelczyk*-tapauksessa EY-tuomioistuin jatkoi tämän ajatuksen kehittämistä. Tuomioistuimen mukaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoa on luettava yhdessä unionin kansalaisuutta koskevien säännösten kanssa sen todellisen soveltamisalan selvittämiseksi. Toisin sanoen toisen jäsenvaltion alueella laillisesti oleskeleva unionin kansalainen kuuluu tuomioistuimen mukaan yhteisön oikeuden henkilölliseen soveltamisalaan *ratione personae* suoraan unionin kansalaisuuden nojalla. Lisäksi tuomioistuin selvensi *Martínez Sala* -tapauksessa käyttämäänsä ilmausta yhteisön oikeuden asiallisesta soveltamisalasta. Tuomioistuimen mukaan ilmauksella tarkoitetaan sisämarkkinavapauksien piiriin kuuluvaa toimintaa ja perustamissopimuksen 18 artiklan [ex 8a artikla] liikkumisvapauden ja oleskeluoikeuden käyttämistä.²⁸⁸

EY-tuomioistuin on ottanut kantaa *ratione materiae* -vaatimukseen myös aikaisemmassa *Bickel & Franz* -tapauksessa, jonka nojalla vaikuttaa siltä, että melko löyhäkin yhteys liikkumisvapauden ja oleskeluoikeuden käyttöön riittää tuomaan asian yhteisön oikeuden asiallisen soveltamisalan piiriin.²⁸⁹ *D’Hoop*-tapauksessa EY-tuomioistuin laajensi ilmauksen koskemaan myös tilanteita, joissa jäsenvaltio asettaisi omat kansalaisensa muita epäedullisempaan asemaan sillä perusteella, että nämä ovat harjoittaneet liikkumisvapauttaan. Samalla tuomioistuin jälleen korosti, että unionin kansalaisuuden käsitteen taustalta löytyy nimenomaan ajatus kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellosta.²⁹⁰ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta merkittävänä voidaan pitää tapaa, jolla EY-tuomioistuin määritteli ensin

²⁸⁷ Asia C-85/96 *María Martínez Sala v Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691, kohta 63.

²⁸⁸ Asia C-184/99 *Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] ECR I-6193, kohdat 30 ja 33.

²⁸⁹ Asia C-274/96 *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz* [1998] ECR I-7637, kohta 18.

²⁹⁰ Asia C-224/98 *Marie-Nathalie D’Hoop v Office national de l’emploi* [2002] ECR I-6191, kohdat 30 ja 35.

kansalaisuusperusteisen syrjinnän unionin kansalaisuuden käsitteen avulla ja sen jälkeen unionin kansalaisuuden kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen avulla.²⁹¹

Toisaalta *Martínez Sala*-, *Grzelczyk*- ja *D’Hoop*-tapauksista huolimatta kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisala on edelleen monin tavoin rajoitettu. Ensinnäkin perustamissopimuksen 12 ja 18 artikloiden yhteistulkinta johtaa siihen, että suoja ulotetaan koskemaan ainoastaan jäsenvaltioiden kansalaisia. Toiseksi asian pitää kuulua unionin oikeuden materiaaliseen soveltamisalaan, joten jäsenvaltioiden sisäiset tilanteet jäävät pääsääntöisesti ulkopuolelle. Kolmanneksi perustamissopimuksen 18 artiklaan liittyvät rajoitukset heikentävät taloudellisesti ei-aktiivisten ja ei-omavaraisten unionin kansalaisten suojaa.²⁹²

Tämän kirjoituksen näkökulmasta on keskeistä kysyä, miten unionin kansalaisuus on muuttanut perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamista aikaisempaan verrattuna. Näkyvin muutos on epäilemättä tapahtunut edellä kuvatulla tavalla kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon henkilöllisessä soveltamisalassa *ratione personae*, jonka piiriin pääsemiseksi riittää nykyisin pelkkä unionin kansalaisuus. Usein huomiota onkin kiinnitetty pelkästään tähän muutokseen. Kirjallisuudessa on kuitenkin esitetty, että tosiasiaa huomattavin muutos liittyy kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon asialliseen soveltamisalaan *ratione materiae*, vaikka näennäisesti tällä alueella ei ole tapahtunut suuria muutoksia. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että unionin kansalaisen voidaan nykyään tietyissä tilanteissa katsoa kuuluvan perustamissopimuksen 12 artiklan asialliseen soveltamisalaan, vaikka hän ei olisi harjoittanut liikkumisvapauttaan.²⁹³

Esimerkiksi *Avello*-tapauksessa EY-tuomioistuin muistutti, että unionin kansalaisuutta koskeva perustamissopimuksen 17 artikla ei sinänsä laajenna yhteisön oikeuden materiaalista soveltamisalaa jäsenvaltioiden sisäisiin tilanteisiin. Tuomioistuin päätyi kuitenkin toteamaan, että pelkkä oleskelu toisen jäsenvaltion alueella riittää tietyissä tilanteissa tuomaan asian yhteisön oikeuden materiaaliseen soveltamisalaan, vaikka hakija ei olisi harjoittanut liikkumisvapauttaan. *Avello*-tapauksessa hakijalla tosin oli kahden eri jäsenvaltion kansalaisuus.²⁹⁴ Myös *Trojani*-tapauksessa tuomioistuin on korostanut laillisen oleskelun (*”lawfully residence”*) merkitystä

²⁹¹ Asia C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve [2001] ECR I-6193, kohdat 30 ja 31.

²⁹² *Verhoeven* 2002, s. 180.

²⁹³ Ks. esim. *Rogers – Scannell* 2005, s. 48–49.

²⁹⁴ Asia C-148/02 Carlos Carcia Avello v Belgian State [2003] ECR I-11613, kohdat 25–27.

perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon soveltamisessa.²⁹⁵ Unionin kansalainen saattaa siis joissakin tilanteissa kuulua perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon asialliseen soveltamisalaan jo pelkästään oleskelemalla laillisesti toisen jäsenvaltion alueella.

Toisin sanoen vaikuttaa siltä, että unionin kansalaisuuden käsite on kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon henkilöllisen soveltamisalan näkyvien muutosten lisäksi aiheuttanut vähittäistä lieventymistä myös asiallisen soveltamisalan tulkintaan. Jälkimmäinen muutos on kuitenkin huomattavasti hienovaraisempi kuin ensiksi mainittu, ja tästä syystä se on myös saanut kirjallisuudessa vähemmän huomiota osakseen. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja perus- ja ihmisoikeuksien suhteen näkökulmasta tämä asiallisessa soveltamisalassa tapahtunut muutos saattaa kuitenkin osoittautua merkittävämmäksi kuin henkilöllisessä soveltamisalassa tapahtunut muutos. Asiallisessa soveltamisalassa tapahtuneen muutoksen voidaan nimittäin ajatella viittaavan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon itsenäistymiseen sisämarkkinavapauksista. On kuitenkin selvää, että unionin kansalaisella on edelleen huomattavasti paremmat mahdollisuudet täyttää *ratione materiae*-vaatimus, mikäli hän on harjoittanut liikkumisvapauttaan.²⁹⁶

Yhteenvedona voidaan todeta, että saattaisi olla perusteltua suunnata huomio kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon henkilöllisen soveltamisalan eli unionin kansalaisuuden sijasta sen asialliseen soveltamisalaan. Nähdäkseni perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta olisi johdonmukaisempaa irrottaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinta unionin kansalaisuuden käsitteestä sen sijaan, että koko unionin kansalaisuuden käsite pyrittäisiin tuomaan universaalisuusperiaatteen piiriin.

4.3.3 Unionin kansalaisuus perus- ja ihmisoikeuksien valossa

Unionin kansalaisuuden käsite näyttäisi olevan EY-tuomioistuimen tarjoama ratkaisu kansalaisuusperusteisen syrjinnän ongelmiin. Tukea tällaiselle lähestymistavalle on löydettävissä esimerkiksi Euroopan komission kolmannesta unionin kansalaisuutta koskevasta raportista, jossa todetaan, että syrjinnän vastustaminen ja perusoikeuksien turvaaminen ovat läheisessä yhteydessä unionin kansalaisuuden käsitteeseen.²⁹⁷ Komissio toteaa

²⁹⁵ Asia C-456/02 Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS) [2004] ECR I-7573, kohdat 37 ja 39–40.

²⁹⁶ Rogers – Scannell 2005, s. 54.

²⁹⁷ Third Report from the Commission on Citizenship of the Union, COM(2001) 506 final, s. 6.

nimenomaisesti, että perustamissopimus takaa unionin kansalaisille muitakin oikeuksia kuin 18–22 artikloissa luetellaan. Esimerkkinä mainitaan perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö.²⁹⁸ Kannanotto saa kuitenkin huolestuttavia piirteitä, jos komission ajatellaan tarkoittavan, että perustamissopimuksen 12 artikla koskisi *ainoastaan* unionin kansalaisia.

Evans osuu nähdäkseni ongelman ytimeen todetessaan: ”- *the limited equality once secured for ‘economically active’ nationals of Member States by provisions such as Article 7 [nyk. 12] of the EEC Treaty has been ‘constitutionalized’ in favour of Union Citizens.*”²⁹⁹ Vastaavanlaisia kannanottoja on usein esitetty esimerkkinä yhdenvertaisuusperiaatteen alueella tapahtuneesta positiivisesta kehityksestä. Tässä kohden haluaisin kuitenkin korostaa, että Evansin toteamus paljastaa havainnollisesti myös ne ongelmat, joita kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kehitykseen unionin oikeudessa liittyy. Perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvä universaalisuusperiaate ei toteudu, jos kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltö ulotetaan koskemaan ainoastaan unionin kansalaisia. Lisäksi on kysyttävä, tulisiko kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon sisältää positiivinen elementti, joka edellyttäisi, että taloudellisesti ei-aktiivisilla ja ei-omavaraisilla unionin kansalaisilla olisi myös tosiasiallisesti yhdenvertainen mahdollisuus harjoittaa liikkumisvapauttaan ja oleskeluoikeuttaan.

Kysymys on luonnollisesti poliittisesti arkaluontoinen, sillä samalla astutaan jäsenvaltioiden sosiaalipoliittikan keskeisille alueille. Direktiivin 2004/38/EC 7(1)(b) artiklan rajoitusten taustalta löytyy nimenomaan ajatus siitä, että taloudellisesti ei-aktiivisista unionin kansalaisista ei koituisi kohtuutonta taakkaa kohdevaltion sosiaaliturvajärjestelmälle. Tällä hetkellä unionin oikeus on kansalaisuusperusteisen syrjinnän osalta ikään kuin puolitiessä. Aikaisempi tilanne koettiin epätydyttäväksi taloudellisten seikkojen korostuneen aseman vuoksi. Vaikuttaa siltä, että lopulta ei kuitenkaan ole löytynyt riittävää poliittista tahtoa viedä aloitettua kehitystä loppuun. Toisin sanoen unionin oikeuden imagoa ollaan valmiita pehmentämään sosiaalisen ulottuvuuden ja perus- ja ihmisoikeuksien suuntaan, mutta samanaikaisesti käytännössä halutaan edelleen noudattaa vanhoja ja hyväksi havaittuja taloudellisia arvoja. Tämän kirjoituksen puitteissa ei ole tarkoitus ottaa kantaa siihen, miten unionin tulisi ratkaista nämä poliittiset kysymykset. Sen sijaan olen pyrkinyt tuomaan esiin ne ongelmat ja epäloogisuudet, joita nykyinen tilanne väistämättä sisältää syrjintäoikeuden ja yhdenvertaisuusperiaatteen näkökulmasta. Vaikka tarkastelu keskittyy

²⁹⁸ Loc.Cit

²⁹⁹ Evans 1998, s. 267–268.

hyvin rajattuun teemaan syrjintäoikeuden sisällä, tehdyt havainnot soveltuvat unionin oikeuteen myös laajemmin.

Unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon perus- ja ihmisoikeusulottuvuudesta puhuttaessa tulisi kiinnittää huomiota myös siihen, että perus- ja ihmisoikeuksia ja niiden soveltamiseen liittyvää universaalisuusperiaatetta ei voida pitää itsestään selvänä tai ristiriidattomina käsitteinä. Esimerkiksi de Búrca on lähestynyt oikeuksiin liittyvää kriittistä keskustelua nimenomaan integraation näkökulmasta. Hänen mukaansa perus- ja ihmisoikeuksien aseman vahvistuminen on usein nähty unionin oikeudessa yksinomaan positiivisena ja tervetulleena ilmiönä. Samalla oikeuksiin liittyvä kriittinen keskustelu ja tutkimus ovat kuitenkin jääneet vähemmälle huomiolle.³⁰⁰ Tosin poikkeaviakin mielipiteitä on esitetty. Esimerkiksi Weilerin mukaan perusoikeuksien tuominen yhteisön oikeuden tasolle saattaa yhteenkuuluvuuden sijasta lisätä erimielisyyksiä eri jäsenvaltioiden välillä.³⁰¹ De Búrcan mukaan olisi tärkeää kiinnittää huomiota siihen, toteutuvatko perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden vahvistumiseen liittyvät lupaukset myös käytännön tasolla vai jääkö ihmisoikeuskeskustelu pelkästään retoriseksi. Perus- ja ihmisoikeuksien yhteiskunnallisiin vaikutuksiin liittyviä riskejä ovat hänen mukaansa kansallisten ja kulttuuristen erojen peittäminen, taloudellisten päämäärien naamioiminen moraaliseksi päämääräksi sekä katteettomat lupaukset yksilön oikeussuojan parantamisesta.³⁰²

Toinen perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta keskeinen kysymys liittyy universaalisuusperiaatteen asemaan. Universaalisuusperiaatteen ajatteluaan usein kiteytyvän YK:n yleismaailmallisen ihmisoikeusjulistuksen 1 artiklan toteamukseen kaikkien ihmisten vapaudesta ja tasavertaisuudesta. Universaalisuusperiaate vahvistettiin YK:n maailmankonferenssissa vuonna 1993. Samassa yhteydessä muotoiltu ”*Vienna Declaration and Programme of Action*” toteaa: ”*The universal nature of these rights and freedoms is beyond question*”.³⁰³ Universaalisuusperiaatteen kriitikot ovat kuitenkin kyseenalaistaneet sen, onko koko ihmiskuntaa määritteleviä yhteisiä standardeja ensinnäkään mahdollista muodostaa. Ongelman ytimessä on ihmisoikeuksien käsitteen määrittely, joka nojautuu vahvasti länsimaiseen oikeuskulttuuriin.³⁰⁴ Tässä kirjoituksessa kansalaisuusperusteista syrjintää

³⁰⁰ de Búrca 1995, s. 29–30.

³⁰¹ Weiler perustelee kantansa sillä, että perusoikeudet ovat ilmausta yksilön ja yhteiskunnan välisestä suhdetta määrittelevistä ”perustavanlaatuisista yhteiskunnallisista valinnoista” (*”basic societal choices”*), jotka eroavat eri yhteiskuntien välillä. Ks. tarkemmin Weiler 1999, s. 102–103 ja 106.

³⁰² de Búrca 1995, s. 45, 50 ja 52–53.

³⁰³ Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF. 157/24 (1993), s. 2.

³⁰⁴ Tomuschat 2003, s. 59–60 ja 72.

lähestytään nimenomaan Euroopan unionin oikeuden näkökulmasta. Länsimaisten arvojen, mitä niillä sitten tarkoitetaan, voidaan tuskin väittää olevan vieras elementti Euroopan unionin tai sen jäsenvaltioiden piirissä. Tästä syystä universaalisuusperiaatetta koskeva kritiikki ei muodostu oleelliseksi tämän kirjoituksen kysymyksenasettelun näkökulmasta.

Viittaan kirjoituksessani useasti myös unionin oikeuden perus- ja ihmisoikeusolottuvuuteen. Samalla tulisi kuitenkin kiinnittää huomiota siihen, että unionin oikeuden perus- ja ihmisoikeusolottuvuus ei ole millään tavoin yksiselitteinen käsite. Kirjallisuudessa on esitetty hyvin erilaisia näkemyksiä unionin oikeuden perus- ja ihmisoikeusolottuvuuden oikeutuksesta, siihen liittyvistä ongelmista sekä toivotusta kehityksestä tulevaisuudessa. Havainnollisen esimerkin tarjoavat yhtäältä Alstonin ja Weilerin puheenvuoro unionin yhdenmukaisen ihmisoikeuspolitiikan puolesta ja toisaalta von Bogdandyn esittämä eriävä mielipide.³⁰⁵ Nähdäkseni kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon näkökulmasta keskeisimmäksi osoittautuu kuitenkin Andrew Williamsin teoksessaan ”*EU Human Rights Policies: A Study in Irony*” esittämä analyysi unionin perus- ja ihmisoikeusolottuvuudesta.

Williams kritisoi erityisesti tapaa, jolla perus- ja ihmisoikeudet on kytketty yhteisen identiteetin ja integraation vahvistamiseen. Unionin kansalaisuuden käsite voidaan hänen mukaansa nähdä tämän kehityksen huipentumana.³⁰⁶ Identiteetin muodostamiseen liittyvä prosessi on Williamsin mukaan saanut syrjiviä piirteitä, jotka heijastuvat väistämättä myös unionin sisäiseen ja ulkoiseen perus- ja ihmisoikeusolottuvuuteen.³⁰⁷ Itse asiassa Williams päätyy toteamaan, että syrjintä esiintyy piilevänä jo niissä rakenteissa, joiden avulla unioni pyrkii edistämään ihmisoikeuksien toteutumista. ”*Mainstreaming*”-käsitteen ympärille kietoutuva perus- ja ihmisoikeuskeskustelu jää sen vuoksi vaille merkitystä siihen asti, kunnes unionin piirissä ollaan valmiita tunnustamaan eurooppalaisen identiteetin käsitteeseen liittyvät rakenteelliset ongelmat ja syrjivät käytännöt.³⁰⁸ Williamsin esittämän kritiikin valossa on selvää, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon suhdetta unionin kansalaisuuteen on arvioitava yksityiskohtaisemmin.

Kansalaisuuden käsite rakentuu unionin tasolla hyvin erilaisista aineksista kuin yksittäisen (jäsen)valtion tasolla. MacCormickin mukaan käsitteellä ”*nation*” on kolme olottuvuutta: ”*ethnic*”, ”*cultural*” ja ”*civic*”.³⁰⁹ Tämä käsitteellinen ero on tärkeä hahmottaa myös tarkasteltaessa unionin kan-

³⁰⁵ Ks. Alston – Weiler 1999, s. 6–7, 9 ja 18 ja von Bogdandy 2000, s. 1312 ja 1317.

³⁰⁶ Williams 2004, s. 181–182.

³⁰⁷ Ibid., s. 189–190.

³⁰⁸ Ibid., s. 200 ja 202–203.

³⁰⁹ MacCormick 1999, s. 169.

salaisuutta ja kansalaisuusperusteista syrjintää. Kaarlo Tuorin mukaan on tärkeää kysyä, riittääkö kansalaisuuden käsitteen poliittinen ulottuvuus itsessään eurooppalaisen *demoksen* muodostumiseen, kun tukea ei voida hakea nationalistisia elementtejä sisältävästä kulttuurisesta tai etnisestä ulottuvuudesta.³¹⁰ Vastaavasti Preuß on pohtinut unionin kansalaisuuden käsitteen mahdollisuuksia kehittyä perinteisten kansallisvaltioiden rajat ylittäväksi ja samanaikaisesti niiden puitteissa operoivaksi ”*societas civilis sive politica*” -käsitteeksi. Tämä kuitenkin edellyttäisi hänen mukaansa sen ratkaisemista, miten demokratian käsite voidaan määritellä kansallisvaltioiden rajat ylittävissä puitteissa.³¹¹ Tuorin mukaan *demoksen* taustalta löytyvän ”*nation*”-käsitteen normatiivisen tarkastelun välineenä voidaan käyttää kansainvälisiä ihmisoikeusinstrumentteja. Ihmisoikeuksien valossa on hänen mukaansa pääteltävissä, että MacCormickin kolmas, eli poliittinen ulottuvuus (”*civic*”), on suositeltavin kansalaisuuden ja siihen liittyvän *demoksen* taustavoimana.³¹²

Tuorin näkemys on merkittävä myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta. Sen valossa unionin kansalaisuuden käsite vaikuttaisi käyttökelpoiselta myös unionin perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden näkökulmasta. Ongelmalliseksi muodostuu kuitenkin mielestäni se, että vaikka unionin kansalaisuuden käsite teoriassa rakentuu nimenomaan kolmannen, eli poliittisen (”*civic*”), ulottuvuuden varaan, ei se tosiasiasa ole vapautunut etnisen ja kulttuurisen ulottuvuuden painolastista. Tilannetta vaikeuttaa entisestään se, että toisin kuin perinteisessä kansallisvaltiossa, unionissa etninen ja kulttuurinen ulottuvuus eivät ole millään tavoin yksiselitteisiä käsitteitä, vaan jokaisella jäsenvaltiolla on niistä omanlaisensa käsitys. Tämä ongelma on selvästi havaittavissa perustamissopimuksen 17 artiklassa, jonka mukaan unionin kansalaisuus ainoastaan täydentää jäsenvaltioiden kansalaisuutta.

Vallitsevassa tilanteessa unionin kansalaisuuden käsite on siis näennäisesti huomattava edistysaskel perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden näkökulmasta. Lähempi tarkastelu kuitenkin osoittaa, että tosiasiallisesti unionin kansalaisuuden käsitteeseen on liitetty jäsenvaltioiden *demosten* etnistä ja kulttuurista painolastia tavalla, joka lamaannuttaa unionin kansalaisuuden käsitteen perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta katsottuna. Tämä puolestaan on merkityksellistä myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kannalta. Unionin syrjintäoikeuden ongelmat on tiedostettu laajasti, mutta

³¹⁰ Tuori 2004, s. 69.

³¹¹ Preuß 1995, s. 280.

³¹² Tuori 2004, s. 68–69 ja 81.

aivan liian usein unionin kansalaisuuden käsitettä on sellaisenaan tarjottu näiden ongelmien ratkaisuksi.

Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ongelmat eivät ensisijaisesti liity siihen, että tietyt poliittiset osallistumisoikeudet on rajattu pelkästään jäsenvaltioiden kansalaisille. Perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvästä universaalisuusperiaatteesta poikkeaminen on tyyppillisesti hyväksytty kansalaisuuteen liittyvien poliittisten oikeuksien yhteydessä. Sekä KP-sopimuksen 25 artikla että Euroopan ihmisoikeussopimuksen 16 artikla sisältävät tällaisen säännöksen. Nämä ns. kansalaisuus-oikeudet (*”citizenship rights”*) eivät ole ihmisoikeuksia siinä mielessä, että niiden ajateltaisiin kuuluvan ”jokaiselle”. Unionin kansalaisuuden käsitteen eksklusiivista luonnetta ei kuitenkaan mielestäni voida perustella näihin säännöksiin vetoamalla. Unionin kansalaisuuden käsitteelle on nimittäin annettu tärkeä asema myös poliittisten osallistumisoikeuksien ulkopuolella.

Kansalaisuuden perusteella tapahtuva eriarvoiseen asemaan asettaminen on ihmisoikeuksien soveltamistilanteissa pääsääntöisesti kielletty, ja edellä mainitut poliittiset kansalaisoikeudet muodostavat ainoastaan poikkeuksen tähän pääsääntöön. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän näkökulmasta tilanne on ongelmallinen sen vuoksi, että unionin oikeus on laajentanut poliittisten kansalaisoikeuksien alueella sallitut rajoitukset koskemaan myös monia muita tilanteita. Unionin perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden valossa ei voida pitää perusteltuna, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tarjoama suoja on rajoitettu koskemaan ainoastaan jäsenvaltioiden kansalaisia myös monissa poliittisten osallistumisoikeuksien ulkopuolelle jäävissä tilanteissa.

Unionin oikeudessa valittua linjaa on pyritty perustelemaan sillä, että esimerkiksi sisämarkkinavapauksien toteuttamiseen liittyvillä ongelmilla ei ole suoraa vertailukohdetta yleisessä kansainvälisessä oikeudessa, ja sen vuoksi kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltoa olisi tulkittava unionin oikeuden valossa eri tavalla kuin yleisen kansainvälisen oikeuden valossa. Nähdäkseni unioni ei kuitenkaan voi tässä kohden vetäytyä *”sui generis”* -käsitteen suojiin etenkään, kun otetaan huomioon unionin tasolla, erityisesti perusoikeuskirjassa, tapahtunut sitoutuminen perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamiseen. Toisaalta poliittisia oikeuksia ei voida erottaa unionin kansalaisuuden käsitteestä, koska koko käsitteen idea on juuri eurooppalaisen *demoksen* luominen ja demokraattiseen osallistumiseen nojautuvan unionin legitimitietin vahvistaminen.

Kirjallisuudessa on tosin esitetty myös päinvastaisia kannanottoja TSS-oikeuksien ja poliittisten osallistumisoikeuksien suhteesta unionin oikeudessa. Esimerkiksi Kingreenin mukaan unionin oikeudessa on taloudellisten ja sosiaalisten osallistumisoikeuksien avulla pyritty kompensoimaan poliitti-

seen yhdenvertaisuuteen ja osallistumiseen sisältyviä puutteita ja aukkoja.³¹³ Nähdäkseni ongelmat ovat kuitenkin juuri päinvastaisia, eli taloudellisten ja sosiaalisten oikeuksien alueella on sovellettu rajoituksia, jotka voidaan kansainvälisen oikeuden näkökulmasta perustella ainoastaan poliittisten oikeuksien yhteydessä. Yhdyn sen vuoksi Verhoevenin näkemykseen siitä, että unionin kansalaisuuteen liittyvät poliittiset oikeudet tulisi määrittellä suppeasti ja varsinainen perus- ja ihmisoikeuksien määrittely tulisi tehdä universaalisuusperiaatteen valossa.³¹⁴ Toisin sanoen unionin kansalaisuus rajattaisiin nimenomaan poliittisen osallistumisen ja poliittisten oikeuksien alueelle. Samanaikaisesti olisi tärkeää luopua kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon määrittelemisestä yksinomaan unionin kansalaisuuden avulla.

Oikeuksien rajaamista koskeva kysymys on keskeinen myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ja unionin kansalaisuuden käsitteen näkökulmasta. Tilanne ei kuitenkaan ole yksiselitteinen, sillä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kohdalla ei niinkään ole kysymys materiaalisesta oikeudesta, vaan oikeudesta, joka voi lopulta tulla sovellettavaksi sekä KP- että TSS-oikeuksien yhteydessä. Omasta mielestäni perustellulta vaikuttaa ehdotus, jossa unionin kansalaisuuden käsite rajattaisiin koskemaan nimenomaan poliittisia oikeuksia. Sosiaalisten ja taloudellisten oikeuksien alueella sovellettaisiin sen sijaan edellä alaluvussa 4.3.1 kuvattua ns. tosiasiallisen yhteyden vaatimusta, jolloin unionin oikeuden sosiaalisten ja taloudellisten oikeuksien piiriä ei rajattaisi koskemaan ainoastaan taloudellisesti aktiivisia ja omavaraisia jäsenvaltioiden kansalaisia, vaan myös muita unionin alueella laillisesti oleskelevia henkilöitä, joiden kohdalla tosiasiallisen yhteyden vaatimus täytyisi.³¹⁵ Vastaavasti käänteinen syrjintä tulisi kiellettyksi, sillä sisämarkkinavapauksien, erityisesti henkilöiden liikkumisvapauden, tarjoama suoja ei olisi riippuvainen jäsenvaltioiden rajat ylittävistä elementistä.

Luonnollisesti myös tosiasiallisen yhteyden vaatimusta olisi tulkittava perus- ja ihmisoikeuksien valossa. Tällä hetkellä pääsääntönä on suojan rajaaminen taloudellisesti aktiivisten tai omavaraisten unionin kansalaisten piiriin ja ainoastaan nimenomaisilla säädöksillä suojaa on laajennettu koskemaan myös taloudellisesti ei-omavaraisten unionin kansalaisten ja unionin alueella laillisesti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten. Vaihtoehtoisessa tulkinnassa pääsääntönä olisi kansalaisuusperusteisen syr-

³¹³ Kingreen 2006, s. 561–562.

³¹⁴ Verhoeven 2002, s. 188–189.

³¹⁵ Ks. edellä s. 60. Ks. myös samasta aiheesta yksityiskohtaisemmin esim. Davis 2002, s. 136–137.

jinnän kiellon laajentaminen koskemaan kaikkia unionin alueella laillisesti oleskelevia henkilöitä. Tällöin suojan rajaaminen koskemaan ainoastaan unionin kansalaisia olisi mahdollista vain nimenomaisen ja perustellun unionin tasolla tehdyn päätöksen nojalla.

Demirel-, *Cinétheque-*, *Wachauf-*, *ERT-* ja *Familiapress-*ratkaisuisaan EY-tuomioistuin on todennut arvioivansa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista ainoastaan perustamissopimusten soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa.³¹⁶ Useat perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta relevantit tilanteet jäävät kokonaan unionin toimivallan ulkopuolelle. Tämän on puolestaan argumentoitu johtavan yksilöiden välillä kasvavaan eriarvoisuuteen siitä riippuen, kuuluuko heidän asiansa EY-tuomioistuimen mukaan unionin oikeuden soveltamisalaan vai ei.³¹⁷ Esimerkiksi *Grant*-tapauksessa EY-tuomioistuin otti kantaa yhdenvertaisuusperiaatteen ja kansainväliseen oikeuteen perustuvien ihmisoikeusvelvoitteiden suhteeseen. Tuomioistuimen mukaan ihmisoikeusvelvoitteet on otettava huomioon yleisiä oikeusperiaatteita tulkittaessa, mutta niiden perusteella ei kuitenkaan voida laajentaa perustamissopimuksen tulkintaa yhteisön olemassaolevan toimivallan ulkopuolelle.³¹⁸

Kirjallisuudessa on todettu, että toimivaltaa luovan ja muuttavan vaikutuksen puuttumisen vuoksi perusoikeuksien merkitys jää toiminnan rajoittamisen asteelle sen sijaan, että perusoikeuksien toteutumista edistettäisiin aktiivisin toimenpitein.³¹⁹ Viimeksi mainittu näkökulma on merkityksellinen myös kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon kannalta. Syrjintäoikeuden positiivisen ulottuvuuden toteutuminen jää nimittäin haaveeksi, mikäli perus- ja ihmisoikeuksien ja toimivallan suhdetta ei kyetä määrittelemään uudella tavalla. Tilanne ei kuitenkaan ole muuttunut perusoikeuskirjan myötä, sillä 51(2) artiklan mukaan unioni ei saa perusoikeuskirjan nojalla uusia tehtäviä tai toimivaltuuksia. Prechal osuikin epäilemättä ongelman ytimeen todetessaan: ”- - by its very nature, the EU as an international

³¹⁶ Asia 12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR 3719, kohta 28; asiat 60 ja 61/84 Cinéthèque SA and others v Fédération nationale des cinémas français [1985] ECR 2605, kohta 26; asia 5/88 Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft [1989] ECR 2609, kohta 19; asia C-260/89 Ellinki Radiophonia Tileorassi AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas [1991] ECR I-2925, kohta 43 ja asia C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und Vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag [1997] ECR I-3689, kohta 24.

³¹⁷ Ks. esim. *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 268–269 ja *Toth* 2000, s. 84.

³¹⁸ Asia C-249/96 Lisa Jaqueline Grant v South-West Trains Ltd. [1998] ECR I-621, kohdat 43–45.

³¹⁹ Ks. esim. *Ojanen* 2006, s. 179.

*organization with broad but still conferred and therefore intrinsically limited powers, can not enforce equality in every possible respect”.*³²⁰

Tässä kirjoituksessa olen pyrkinyt osoittamaan, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellolle unionin oikeudessa annettuun tulkintaan liittyy useita ongelmia perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Mikäli näitä ongelmia ei unionin piirissä oteta vakavasti, vaarantuu unionin uskottavuus sekä sisäisesti että ulkoisesti. Syrjintäoikeuden alueella esiintyvät ongelmat eivät kuitenkaan ole irrallaan unionin muusta kehityksestä. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tarkastelu osoittaa, että unioni on poliittinen ja oikeudellinen rakennelma, jossa kaikki riippuu kaikesta. Toisin sanoen kyse ei ole pelkästään unionin haluttomuudesta suhtautua vakavasti perus- ja ihmisoikeusvelvoitteisiin, vaan artikkelissa esiin nostetut kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ongelmat juontavat juurensa unionin konstitutionaaliseen kehitykseen ja toimivallanjakoon liittyvistä perustavanlaatuisista kysymyksenasetteluista.

5 YHTEENVETO

5.1 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon keskeiset ongelmat perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta

Unionin kansalaisuuden käsitteeseen nojautuva kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinta on sidoksissa kolmannessa pääluvussa esitelyyn unionin syrjintäoikeuden ”*sui generis*” -luonteeseen. Niin kauan kuin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä on sidottu jäsenvaltioiden rajat ylittävään elementtiin, unionin kansalaisuuteen ja taloudelliseen aktiivisuuteen ja omavaraisuuteen, on ristiriitaista puhua perus- tai ihmisoikeusulottuvuuden toteutumisesta.

Kyse ei ole yksinomaan Euroopan unionin piirissä ilmenevästä ongelmasta, mutta unionin kohdalla on otettava huomioon myös sen rooli mahdollisena esikuvana perus- ja ihmisoikeuksien noudattamiseen liittyvissä kysymyksissä. Erikseen on tietenkin arvioitava, voidaanko perus- ja ihmisoikeuksien kokonaisvaltaista toteutumista ensinnäkään pitää unionin oikeuden päämääränä. Mikäli vastaus kuitenkin on myönteinen, tulisi edellä mainitut kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan liittyvät ongelmat ottaa vakavasti. De Búrca on osuvasti todennut: ”*The international status of human rights had become such that no state and no developed*

³²⁰ Prechal 2004, s. 551.

political entity, especially not such an ambitious emerging supranational order, could afford to eschew its language or its values".³²¹ On myös tärkeää huomata, että Euroopan parlamentti on korostanut ihmisoikeuksiin liittyvän universaalisuusperiaatteen absoluuttista luonnetta jo vuonna 1993 antamassaan päätöslauselmassa.³²²

Erityisen ongelmalliseksi tilanteen tekee se, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon rajoitukset eivät perustu suoraan perustamissopimuksen 12 artiklaan, vaan perustamissopimuksen 18 ja 39 artikloiden nojalla annettuihin myöhempiin sekundaarinormeihin ja oikeuskäytäntöön. Niille voidaan hakea tukea ainoastaan sitä kautta, että perustamissopimuksen 12 artiklan perusteella kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon ei tulisi estää ”*tämän sopimuksen erityismääräysten soveltamista*”. Voidaankin asettaa kyseenalaiseksi, ovatko tällaiset rajoitukset perustamissopimuksen 12 artiklan alkuperäisten tavoitteiden mukaisia. Ongelman ytimessä on kysymys siitä, tulisiko perustamissopimuksen 12 artiklan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkinnan viitekehystä etsiä perinteisistä KP-oikeuksista vai *sui generis*-tyyppisistä sisämarkkinavapauksista. Kumpi lähestymistapa sitten on oikea ja kumpaa lähestymistapaa unionin oikeusjärjestyksen tulisi soveltaa kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon yhteydessä? Vastausta ei mielestäni voida perustella yksinomaan unionin oikeuden avulla, vaan perustelu on löydettävä sen ulkopuolelta ja siitä riippumatta. Tässä kirjoituksessa vastausta on etsitty kansainvälisestä oikeudesta ja erityisesti unionin perus- ja ihmisoikeusvelvoitteista.

Esimerkiksi Whiten mukaan kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan unionin kansalaisuuden perusteella tehdyt laajennukset eivät merkitse, että kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon yhteydessä voitaisiin puhua perus- ja ihmisoikeuksista universaalissa merkityksessä.³²³ Vastaavasti Ulrich Preuß on osuvasti todennut: ”*The distinction between rights of man and rights of citizen remains significant*.”³²⁴ Unionin kansalaisten oikeudet ja perus- ja ihmisoikeudet ovat siis kaksi eri asiaa, vaikka unionin oikeuden perusteella tämä ero saattaa valitettavasti hämärtyä. Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon nykyinen tulkinta on johtanut tilanteeseen, jossa näiden kahden ryhmän välinen raja on asetettu kansainvälisen oikeuden näkökulmasta väärään paikkaan. Toisin sanoen pelkästään unionin kansalaisille kuuluvien oikeuksien ryhmään on sisällytetty myös sellaisia oikeuksia,

³²¹ *de Búrca* 1995, s. 40–41.

³²² European Parliament Resolution on Respect for Human Rights in the European Community, OJ C 115/178 (26.4.1993), kohta 4.

³²³ *White* 2005, s. 902.

³²⁴ *Preuß* 1995, s. 275.

jotka yleisen kansainvälisen oikeuden valossa kuuluisivat kaikille ihmisille universaalisti kuuluvien perus- ja ihmisoikeuksien ryhmään.

5.2 Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulevaisuus

Unionin suhdetta perus- ja ihmisoikeuksiin on perinteisesti kuvailtu ns. ”autonomisen logiikan” käsitteen avulla.³²⁵ Esimerkiksi Hilsonin mukaan useiden oikeuksien kohdalla voidaan puhua vain osittaisesta toteutumisesta (”*partial right*”), koska unionin oikeudessa taatun oikeuden ja vastaavan yleisen perus- tai ihmisoikeuden soveltamisalat eivät ole yhtenevät.³²⁶ Kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon alueellakaan ei siis voida automaattisesti olettaa, että EY-tuomioistuimen tulkinta seuraisi alkuperäisten lähteiden, kuten kansainvälisten ihmisoikeussopimusten, mukaista tulkintaa. Unionin oman itseymmärryksen näkökulmasta pelkkä erojen esiin tuominen ei luultavasti ole riittävä perustelu tulkinnan muuttamiseksi. Unionin perus- ja ihmisoikeuksien alueella soveltama ”autonominen logiikka” näyttäisi edellyttävän, että erikseen on perusteltava, *miksi* unionin tulisi kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon alueella omaksua yhdenmukaisempi, tai vähintään johdonmukaisempi, tulkinta suhteessa kansainvälisiin perus- ja ihmisoikeusinstrumentteihin. Tätä kysymystä puolestaan voidaan lähestyä vähintään kahdesta eri näkökulmasta. Ensinnäkin voidaan käyttää kieltä, joka on unionille tuttu sen omaa historiallista taustaa vasten. Tällöin perus- ja ihmisoikeuksien kanssa yhdenmukaisen tulkinnan arvo välineellistetään, ja unioni pyritään vakuuttamaan esimerkiksi sen ulkoiseen uskottavuuteen liittyvillä argumenteilla. Toisaalta kysymystä on nähdäkseni mahdollista lähestyä myös syvällisemmällä tasolla. Tällöin yhdenmukaisen tulkinnan välineellisen arvon sijasta keskitytään siihen, miten tulkinnassa ilmenevät ristiriidat vaikuttavat unionin sisäiseen tasapainoon. Kysymystä voidaan analysoida esimerkiksi unionin sisäisen johdonmukaisuuden, legitimitietin, identiteetin ja arvopohjan näkökulmasta.

Tässä kohden on tärkeää pysähtyä arvioimaan, kuinka pitkälle EY-tuomioistuin on tarvittaessa valmis tinkimään perus- ja ihmisoikeuksien suojasta unionin päämäärien hyväksi. Konfliktin mahdollisuutta ei tule sivuuttaa. Yhtä tärkeää on kuitenkin kiinnittää huomiota siihen, että monissa tilanteissa perus- ja ihmisoikeuksien suoja voidaan määritellä suoraan unionin oikeuden päämääriin sisältyväksi. Tällöin tulkintatilanteessa ei enää ole kysymys jonkin ”ulkoisen” ihmisoikeusvelvoitteen ja unionin oikeuden

³²⁵ Ks. esim. *Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins* 2006, s. 237.

³²⁶ *Hilson* 2004, s. 649–650.

päämäärien välisestä ristiriidasta, vaan unionin oikeuden omien päämäärien sisällä tapahtuvasta punninnasta. Tällaisessa punninnassa on luonnollisesti omat, unionin funktionaaliseen ja markkinakeskeiseen luonteeseen liittyvät riskinsä. Itse näkisin asian kuitenkin niin, että vasta unionin oikeuden sisäisinä päämäärinä perus- ja ihmisoikeuksilla on mahdollisuus tosiasiallisesti muokata unionin oikeuden suhtautumista esimerkiksi kansalaisuuden perusteella tapahtuvaan syrjintään. Useat kirjoittajat ovat käyttäneet käsitettä ”*mainstreaming*” tässä yhteydessä.³²⁷ Usein perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvää kehitystä on kuitenkin arvosteltu sen retorisesta luonteesta. Kriittikkiin on epäilemättä syytä suhtautua vakavasti. Samanaikaisesti tulisi kuitenkin muistaa, että perus- ja ihmisoikeuksien retorinen omaksuminen on välttämätön välivaihe niiden tosiasiallisen omaksumisen tiellä.

Mikä sitten on tehokkain tapa huolehtia siitä, että unionin oikeuden perus- ja ihmisoikeuslottuvuus siirtyisi retorisesta kehitysvaiheesta oikeuksien tosiasialliseen toteuttamiseen? Uskoakseni lopputulos on perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta edullisempi, jos punninta tapahtuu aidosti unionin oikeuden kaanonin sisällä sen sijaan, että perus- ja ihmisoikeudet nähtäisiin ikään kuin ulkoapäin, unionin kansainvälisistä velvoitteista tai jäsenvaltioiden kansallisista oikeusjärjestyksistä, tulevana standardina, joka rajoittaa unionin ”aitojen” päämäärien toteutumista. Tämä ei luonnollisestikaan ole mikään uusi ajatus. Erilaiset toimijat ovat pyrkineet vakiinnuttamaan perus- ja ihmisoikeuksien asemaa unionin oikeudessa koko sen historian ajan. Nähdäkseni perus- ja ihmisoikeuslottuvuuden kehityksen välttämättömiin välivaiheisiin kuuluva retorinen elementti johtaa kuitenkin usein reaktioihin, jotka eivät itse asiassa lainkaan edistä perus- ja ihmisoikeuksien lopullista toteutumista unionin oikeuden piirissä.

Tässä kohden tukea voidaan hakea esimerkiksi Tuorin oikeuden eri kerrostumia koskevasta ajattelumallista.³²⁸ Tuorin mukaan oikeuden kerrostumien vuorovaikutusta voidaan tarkastella oikeusjärjestelmän ”kypsymisen” näkökulmasta (*”process of maturation”*). Kypsä oikeusjärjestelmä voidaan tunnistaa siitä, että perus- ja ihmisoikeudet kuuluvat oikeuden syvärakenteen ytimeen.³²⁹ Ojanen puolestaan on korostanut, että eri kerrosten välinen vuorovaikutus ei ole ”mekaanista”, mutta toisaalta kehitys rakentuu aina jo olemassa olevan aineksen varaan, eikä oikotietä ylemmälle tasolle sen vuoksi ole.³³⁰ Lisäksi hänen mukaansa on tärkeätä havaita, että ylemmälle

³²⁷ Ks. esim. *Bell* 2002, s. 207 ja *Ellis* 2005, s. 115.

³²⁸ Ks. esim. *Tuori* 1998, s. 233–235.

³²⁹ *Ibid.*, s. 244 ja 247.

³³⁰ *Ojanen* 1998, s. 45 ja 54.

tasolle edetessään kehitys samalla myös hidastuu.³³¹ Perus- ja ihmisoikeuksien aseman vahvistuminen unionin oikeudessa voidaan ymmärtää prosessina, jossa jokainen välivaihe on välttämätön lopullisen oikeuden syvätason saavuttamiseksi. Sen vuoksi onkin kysyttävä, nähdäänkö perus- ja ihmisoikeuksien nykyinen, sinänsä riittämätön, kehitys välivaiheena vai lopullisena epäonnistumisena, josta voidaan edetä ainoastaan keskittymällä vastakkainasetteluun unionin päämäärien ja kansainvälisten tai kansallisten ihmisoikeusvelvoitteiden välillä.

Perinteisesti sisämarkkinavapauksien ja perus- ja ihmisoikeuksien keskinäissuhde on yhteisön oikeuden piirissä nähty eräänlaisena jatkumona, johon viitataan usein Saksan valtiosääntötuomioistuimen antamien ns. Solange I ja Solange II -ratkaisujen kautta.³³² Perinteistä ajattelumallia on kuitenkin arvosteltu siitä, että sisämarkkinavapaudet nähdään integraatiota luovina ja perus- ja ihmisoikeudet ainoastaan integraatiota legitimoivina.³³³ Tämä näkemys tukee edellä konfliktihakuisuutta vastaan esittämäni kritiikkiä. Vastakkainasettelun sijasta hedelmällisempää olisi kiinnittää huomiota perus- ja ihmisoikeuksien integraatiota luoviin piirteisiin sen sijaan, että niille jätetään ainoastaan legitimoiva rooli. Nähdäkseni kysymys perus- ja ihmisoikeuksien sijoittumisesta akselilla integraatiota luova – integraatiota legitimoiva sivuaa hyvin läheisesti keskustelua negatiivisesta ja positiivisesta integraatiosta. Esimerkiksi Alston ja Weiler ovat korostaneet, että perus- ja ihmisoikeuksien alueella positiivisen integraation hyväksyminen on osoittautunut huomattavasti vaikeammaksi kuin muilla yhteisön oikeuden alueilla.³³⁴ Itse olisin valmis ajattelemaan, että tässä on ollut pitkälti kyse juuri siitä, että perus- ja ihmisoikeudet on nähty ainoastaan integraatiota legitimoivina. Todennäköisesti positiivinen integraatio on täysipainoisesti mahdollista perus- ja ihmisoikeuksien alueella vasta siinä vaiheessa, kun ne ymmärretään myös integraatiota luoviksi tekijöiksi. Toisaalta vaarana on perus- ja ihmisoikeuksien välineellistyminen. Vain omilla ehdoillaan toimiessaan perus- ja ihmisoikeudet voivat tuoda jotakin lisää yhtäältä kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon tulkintaan ja toisaalta laajemmin unionin oikeuteen ja integraatioprosessiin.

Lissabonin sopimuksessa³³⁵ yhdenvertaisuus esiintyy useissa eri rooleissa. Sopimuksen 1a artiklassa lueteltujen unionin arvojen joukossa

³³¹ Ibid., s. 58.

³³² Solange I, Bundesverfassungsgericht 29.5.1974 ja Solange II, Bundesverfassungsgericht 22.10.1986.

³³³ Ks. esim. Kingreen 2006, s. 567.

³³⁴ Alston – Weiler 1999, s. 10.

³³⁵ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Conference of the representatives of the governments of the

mainitaan nimenomaisesti myös yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys. Sopimuksen 2 artiklassa puolestaan unionin päämäärien joukossa mainitaan yleisellä tasolla syrjinnän torjuminen ja sosiaalinen oikeudenmukaisuus. Lissabonin sopimus ei kuitenkaan pyri yhdenmukaistamaan unionin syrjintäoikeudellista sääntelyä. Perustamissopimuksen kansalaisuusperusteisen syrjinnän kieltä on siirretty sellaisenaan erilliseen 16 D artiklaan samalla, kun muista syrjintäperusteista säädetään 16 E artiklassa. Unionin perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden näkökulmasta erityisen mielenkiintoinen on unionin ulkosuhteita käsittelevä 10 A artikla. Artiklan mukaan unionin tulisi edistää omien periaatteittensa toteutumista myös globaalissa kontekstissa. Näistä periaatteista mainitaan nimenomaisesti mm. universaalisuus, perus- ja ihmisoikeuksien jakamattomuus, yhdenvertaisuusperiaate sekä YK:n peruskirjan ja kansainvälisen oikeuden kunnioittaminen. Voidaankin kysyä, merkitseekö artiklan yksiselitteinen sanamuoto muutoksia unionin kansalaisuusperusteisen syrjinnän kiellon nykyiseen tulkintaan ja onko unioni vihdoin valmis tunnustamaan perus- ja ihmisoikeuksien universaalien luonteen myös sisäisessä ulottuvuudessaan.

Member States, OJ C 306/01 (17.12.2007). Lissabonin sopimuksen tulevaisuus on kuitenkin artikkelin kirjoittamishetkellä epävarma Irlannissa 12.6.2008 järjestetyn kansanäänestyksen kielteisen tuloksen vuoksi.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Ahmed, Tawhida – Butler, Israel de Jesús*: The European Union and Human Rights: An International Law Perspective. *The European Journal of International Law*, Vol. 17, 4/2006. Sivut 771-801. (*Ahmed – Butler 2006*)
- Alston, Philip – Weiler, J. H. H.*: An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights, teoksessa Alston, Philip (ed.): *The EU and Human Rights*. Oxford University Press, Oxford. 1999. (*Alston – Weiler 1999*)
- Arnardóttir, Oddný Mjöll*: Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Hague. 2003. (*Arnardóttir 2003*)
- Barnard, Catherine*: The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marshall: Four Uneasy Bedfellows? *Cambridge Law Journal*, Vol. 57, 2/1998. Sivut 352-373. (*Barnard 1998*)
- Barnard, Catherine*: The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms. Oxford University Press, Oxford. (*Barnard 2004*)
- Bayefsky, Anne F.*: The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, 1-2/1990. Sivut 1-34. (*Bayefsky 1990*)
- Bell, Mark*: *Anti-Discrimination Law and the European Union*. Oxford University Press. 2002. (*Bell 2002*)
- Bernard, Nicolas*: What are the Purposes of EC Discrimination Law?, teoksessa Dine, Janet – Watt, Bob (eds.): *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*. Longman. 1996. (*Bernard 1996 a*)
- Bernard, Nicolas*: Discrimination and Free Movement in EC Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.45, 1/1996. Sivut 82-108. (*Bernard 1996 b*)
- Beyani, Chaloka*: *Human Rights Standards and the Free Movement of People Within States*. Oxford University Press, New York. 2000. (*Beyani 2000*)
- von Bogdandy, Armin*: The European Union as a Human Rights Organization? *Human Rights and the core of the European Union*. *Common Market Law Review*, Vol. 37, ?/2000. Sivut 1307-1338. (*von Bogdandy 2000*)
- de Búrca, Gráinne*: The Language of Rights and European Integration, teoksessa Shaw, Jo – More, Gillian (eds.): *New Legal Dynamics of European Union*. Clarendon Press, Oxford. 1995. (*de Búrca 1995*)
- de Búrca, Gráinne*: The Role of Equality in European Community Law, teoksessa Dashwood, Alan – O'Leary, Síofra (eds.): *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*. Sweet & Maxwell. 1997. (*de Búrca 1997*)
- Carrera, Sergio*: What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU? *European Law Journal*, Vol. 11, 6/2005. Sivut 699-721. (*Carrera 2005*)
- Chalmers, Damian – Hadjiemmanuil, Christos – Monti, Giorgio – Tomkins, Adam*: *European Union Law: text and materials*. Cambridge University Press, Cambridge. 2006. (*Chalmers – Hadjiemmanuil – Monti – Tomkins 2006*)

- Collins, Hugh*: Discrimination, Equality and Social Inclusion. *Modern Law Review*, Vol. 66, 1/2003. Sivut 16-43. (*Collins 2003*)
- Craig, Paul – de Búrca, Gráinne*: EU Law: text, cases and materials. Oxford University Press, Oxford. 2003. (*Craig – de Búrca 2003*)
- Dahrendorf, Ralf*: The Changing Quality of Citizenship, teoksessa van Steenberg, Bart (ed.): The Condition of Citizenship. SAGE Publications. 1994. (*Dahrendorf 1994*)
- Davies, Gareth*: Nationality Discrimination in the European Internal Market. Kluwer Law International, the Hague. 2003. (*Davies 2003*)
- Davies, Gareth*: ‘Any Place I Hang My Hat?’ or: Residence is the New Nationality. *European Law Journal*, Vol. 11, 1/2005. Sivut 43-56. (*Davies 2005*)
- Davis, Roy W*: Citizenship of the Union ... rights for all? *European Law Review*, Vol. 27, April/2002. Sivut 121-137. (*Davis 2002*)
- Ellis, Evelyn*: EU Anti-Discrimination Law. Oxford University Press, Oxford. 2005. (*Ellis 2005*)
- Evans, Andrew*: Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in EU Law, teoksessa La Torre, Massimo (ed.): European Citizenship, An Institutional Challenge. Kluwer Law International, the Hague. 1998. (*Evans 1998*)
- Everson, Michelle*: The Legacy of the Market Citizen, teoksessa Shaw, Jo – More, Gillian (eds.): New Legal Dynamics of European Union. Clarendon Press, Oxford. 1995. (*Everson 1995*)
- Fredman, Sandra*: Discrimination Law. Oxford University Press. 2002. (*Fredman 2002*)
- Gardner, John*: Private Activities and Personal Autonomy: At the Margins of Anti-discrimination Law, teoksessa Hepple, Bob – Szyszczak, Erika (eds.): Discrimination: The Limits of Law. Mansell Publishing Limited. 1992. (*Gardner 1992*)
- Gardner, John*: Discrimination as Injustice. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, 3/1996. Sivut 353-367. (*Gardner 1996*)
- Goodwin-Gill, Guy S.*: International Law and the Movement of Persons between States. Clarendon Press, Oxford. 1978. (*Goodwin-Gill 1978*)
- van Gunsteren, Herman*: Four Conceptions of Citizenship, teoksessa van Steenberg, Bart (ed.): The Condition of Citizenship. SAGE Publications. 1994. (*van Gunsteren 1994*)
- Habermas, Jürgen*: Citizenship and National Identity, teoksessa van Steenberg, Bart (ed.): The Condition of Citizenship. SAGE Publications. 1994. (*Habermas 1994*)
- Hepple, Bob*: Race and Law in Fortress Europe. *Modern Law Review*, Vol. 67, 1/2004. Sivut 1-15. (*Hepple 2004*)
- Hilson, Chris*: What’s in a right? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law. *European Law Review*, Vol. 29, 5/2004. Sivut 636-651. (*Hilson 2004*)
- Holmes, Elisa*: Anti-Discrimination Rights Without Equality. *Modern Law Review*, Vol. 68, 2/2005. Sivut 175-194. (*Holmes 2005*)
- Hondius, Frits W.*: The Last Frontier: Free Movement of Persons in Greater Europe: The role of the Council of Europe, teoksessa Schermers, Henry G. – Flinterman, Cees – Kellermann, Alfred E. – van Haersolte, Johan C. – van de Meent, Gert-Wim A. (eds.): Free Movement of Persons in Europe. Martinus Nijhoff Publishers. 1993. (*Hondius 1993*)

- Hoogenboom, T.*: Free Movement and Integration of Non-EC Nationals and the Logic of the Internal Market, teoksessa Schermers, Henry G. – Flinterman, Cees – Kellermann, Alfred E. – van Haersolte, Johan C. – van de Meent, Gert-Wim A. (eds.): Free Movement of Persons in Europe. Martinus Nijhoff Publishers. 1993. (*Hoogenboom 1993*)
- Jaeckel, Liv.*: The duty to protect fundamental rights in the European Community. European Law Review, Vol. 28, 4/2003. Sivut 508-527. (*Jaeckel 2003*)
- Kadelbach, Stefan.*: Union Citizenship, teoksessa von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen (eds.): Principles of European Constitutional Law. Hart Publishing, Portland, Oregon. 2006. (*Kadelbach 2006*)
- Kingreen, Thorsten.*: Fundamental Freedoms, teoksessa von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen (eds.): Principles of European Constitutional Law. Hart Publishing, Portland, Oregon. 2006. (*Kingreen 2006*)
- Kühling, Jürgen.*: Fundamental Rights, teoksessa von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen (eds.): Principles of European Constitutional Law. Hart Publishing, Portland, Oregon. 2006. (*Kühling 2006*)
- Leader, Sheldon.*: Proportionality and the Justification of Discrimination, teoksessa Dine, Janet – Watt, Bob (eds.): Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications. Longman. 1996. (*Leader 1996*)
- MacCormick, Neil.*: Questioning Sovereignty. Oxford University Press, Oxford. 1999. (*MacCormick 1999*)
- Maduro, Miguel Póaires.*: Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU, teoksessa Alston, Philip (ed.): The EU and Human Rights. Oxford University Press, Oxford. 1999. (*Maduro 1999*)
- Van der Mei, A. P.*: Free Movement of Persons Within the European Community, Cross-Border Access to Public Benefits. Hart Publishing. 2003. (*Van der Mei 2003*)
- More, Gillian.*: The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?, teoksessa Craig, Paul – de Búrca, Gráinne (eds.): The Evolution of EU Law. Oxford University Press. 1999. (*More 1999*)
- Morris, Andrew J.*: On The Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, 2/1995. Sivut 199-228. (*Morris 1995*)
- Nascimbene, Bruno.*: Towards a European Law on Citizenship and Nationality?, teoksessa O’Leary, Síofra – Tiilikainen, Teija (eds.): Citizenship and Nationality Status in the New Europe. The Institute for Public Policy Research, Sweet & Maxwell, London. 1998. (*Nascimbene 1998*)
- Nic Shuibhne, Niamh.*: Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on? Common Market Law Review, Vol. 39, ?/2002. Sivut 731-771. (*Nic Shuibhne 2002*)
- Nielsen, Henrik Karl.*: The Concept of Discrimination in ILO Convention No. 111. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, 4/1994. Sivut 827-856. (*Nielsen 1994*)
- Nowak, Manfred.*: U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary. N.P. Engel Publisher, Kehl. 2005. (*Nowak 2005*)
- Ojanen, Tuomas.*: The European Way: The Structure of National Court Obligation under EC Law. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi. 1998. (*Ojanen 1998*)
- Ojanen, Tuomas.*: Perusoikeudet ja ihmisoikeudet Suomessa. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. 2003. (*Ojanen 2003*)

- Ojanen, Tuomas*: EU-oikeuden perusteita. Edita Publishing Oy, Helsinki. 2006. (*Ojanen 2006*)
- O'Leary, Siofra*: The Evolving Concept of Community Citizenship: From the Free Movement of Persons to Union Citizenship. Kluwer Law International, London. 1996. (*O'Leary 1996*)
- O'Leary, Siofra*: The Options for the Reform of European Union Citizenship, teoksessa O'Leary, Siofra – Tiilikainen, Teija (eds.): Citizenship and Nationality Status in the New Europe. The Institute for Public Policy Research, Sweet & Maxwell, London. 1998. (*O'Leary 1998*)
- Ovey, Clare – White, Robin*: Jacobs and White, The European Convention on Human Rights. Oxford University Press. 2006. (*Ovey – White 2006*)
- Peers, Steve*: Taking Rights Away? Limitations and Derogations, teoksessa Peers, Steve – Ward, Angela (eds.): The European Union Charter of Fundamental Rights. Hart Publishing, Portland Oregon. 2004. (*Peers 2004 a*)
- Peers, Steve*: Implementing equality? The Directive on long-term resident third-country nationals. European Law Review, Vol. 29, 4/2004. Sivut 437-460. (*Peers 2004 b*)
- Prechal, Sacha*: Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes. Common Market Law Review, Vol. 41, 2/2004. Sivut 533-551. (*Prechal 2004*)
- Preuß, Ulrich K.*: Problems of a Concept of European Citizenship. European Law Journal, Vol. 1, 3/1995. Sivut 267-281. (*Preuß 1995*)
- Reich, Norbert with Goddard, Christopher and Vasiljeva, Ksenija*: Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law. Intersentia Publishers. 2003. (*Reich 2003*)
- Rogers, Nicola – Scannell, Rick*: Free Movement of Persons in the Enlarged European Union. London: Sweet and Maxwell. 2005. (*Rogers – Scannell 2005*)
- Rosas, Allan*: Euroopan unionin kansalaisuus – paljon melua vähästä tai vähän melua paljosta? Lakimies, 7-8/2005. Sivut 1251-1266. (*Rosas 2005*)
- Rosas, Allan*: Henkilöiden vapaa liikkuvuus, teoksessa Ojanen, Tuomas – Haapea, Arto (toim.): EU-oikeuden perusteita II – aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia. Edita Publishing Oy, Helsinki. 2007. (*Rosas 2007*)
- Scheinin, Martin*: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö (PL 6 §), teoksessa Hallberg, Pekka (toim.): Perusoikeudet. Werner Söderström Lakitieto Oy, Juva. 1999. (*Scheinin 1999*)
- Schokkenbroek, Jeroen*: The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation. Human Rights Law Journal, Vol. 19, 1/1998. Sivut 20-23. (*Schokkenbroek 1998*)
- Somek, Alexander*: Equality and Constitutional Indeterminacy: An Interpretative Perspective on the European Economic Constitution. European Law Journal, Vol. 7, 2/2001. Sivut 171-195. (*Somek 2001*)
- Spaventa, Eleanor*: From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European Constitution. Common Market Law Review, Vol. 41, 3/2004. Sivut 743-773. (*Spaventa 2004*)
- Tomuschat, Christian*: Human Rights Between Idealism and Realism. Oxford University Press, Oxford. 2003. (*Tomuschat 2003*)
- Tuori, Kaarlo*: EC Law: An Independent Legal Order or a Post-Modern Jack-in-the-Box?, teoksessa Cameron, Iain – Simoni, Alessandro (eds.): Dealing with Integration Volume 2 Perspectives from seminars on European Law 1996-1998. Iustus Förlag, Uppsala. 1998. (*Tuori 1998*)

- Tuori, Kaarlo*: The Many Senses of European Citizenship, teoksessa Nuotio, Kimmo (ed.): Europe in Search of 'Meaning and Purpose'. Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki. 2004. (*Tuori 2004*)
- Verhoeven, Amaryllis*: The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory. Kluwer Law International, the Hague. 2002. (*Verhoeven 2002*)
- Weiler, J. H. H.*: Thou Shalt Not Oppress a Stranger (Ex. 23:9): On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals- A critique, teoksessa Schermers, Henry G. – Flinterman, Cees – Kellermann, Alfred E. – van Haersolte, Johan C. – van de Meent, Gert-Wim A. (eds.): Free Movement of Persons in Europe. Martinus Nijhoff Publishers. 1993. (*Weiler 1993*)
- Weiler, J. H. H.*: The Constitution of Europe. Cambridge University Press, Cambridge. 1999. (*Weiler 1999*)
- Weiss, Friedl – Wooldridge, Frank*: Free Movement of Persons Within the European Community. Kluwer Law International, Hague. 2002. (*Weiss – Woolbridge 2002*)
- Westen, Peter*: The Empty Idea of Equality. Harvard Law Review, Vol. 95, 3/1982. Sivut 537-596. (*Westen 1982*)
- White, Robin C. A.*: Free Movement, Equal Treatment, and Citizenship of the Union. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 54, 4/2005. Sivut 885-905. (*White 2005*)
- Williams, Andrew*: EU Human Rights Policies: A Study in Irony. Oxford University Press, Oxford. 2004. (*Williams 2004*)
- de Witte, Bruno*: The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights, teoksessa Alston, Philip (ed.): The EU and Human Rights. Oxford University Press, Oxford. 1999. (*de Witte 1999*)

Sähköiset lähteet

- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. 20 June 2006.
http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm [27.11.2007]
- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Thematic comment No 3: The Protection of Minorities in the European Union. 25 April 2005.
http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm [27.11.2007]
- Makkonen, Timo (International Organization for Migration): ”Syrjinnän vastainen käsikirja”,
http://iom.fi/files/legal_training/finnish/finnish_anti-discrimination_handbook_full.pdf [4.9.2007]
- Roth, Kenneth: Filling the Leadership Void: Where is the European Union? in Human Rights Watch World Report 2007, <http://hrw.org/wr2k7/> [4.11.2007]

Virallisaineisto

Euroopan unioni

Perustamissopimukset

The Treaty establishing the European Community (consolidated version), OJ C 321 E/5-36 (29.12.2006).

The Treaty on European Union (consolidated version), OJ C 321 E/37-330 (29.12.2006).

Ehdotus uudistusopimukseksi

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Conference of the representatives of the governments of the Member States, OJ C 306/01 (17.12.2007).

Asetukset

Council Regulation (EEC) No 1612/68 (15 October 1968) on freedom of movement for workers within the Community. OJ L 257 (19.10.1968)

Council Regulation (EC) No 1408/71 (14 June 1971) on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community. OJ L 149 (5.7.1971)

Direktiivit

Directive 76/207/EC (9 February 1976) on the implementation of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions. OJ L 39 (14.2.1979)

Directive 2000/43/EC (29 June 2000) implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. OJ L 180/22 (19.7.2000).

Directive 2000/78/EC (27 November 2000) establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. OJ L 303/16 (2.12.2000).

Directive 2003/109/EC (25 November 2003) concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. OJ L 16/44 (23.1.2004).

Directive 2004/38/EC (29 April 2004) on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. OJ L 158 (30.4.2004)

Muut

European Parliament Resolution on Respect for Human Rights in the European Community (annual report of the European Parliament), OJ C 115/178 (26.4.1993).

Report from the Commission on the Citizenship of the Union, COM(93) 702 final, 21.12.1993.

Council Decision 2000/750/EC (27 November 2000) establishing a Community action programme to combat discrimination (2001 to 2006), OJ L 303/23 (2.12.2000).

Charter of fundamental rights of the European Union, OJ C 364/1 (18.12.2000).

Report from the Commission: ”Third Report on Citizenship of the Union, COM(2001) 506 final, 7.9.2001.

Green Paper on an EU Approach to Managing Economic Migration, COM(2004) 811 final, 11.1.2005.

Green Paper: Equality and non-discrimination in an enlarged European Union, COM(2004) 379 final, 28.5.2004.

European neuvosto

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No.11 (CETS No. 155), Rome, 4.XI.1950

Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000

Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report (CETS No. 177).

Yhdistyneet kansakunnat

Charter of the United Nations signed at San Francisco on 26 June 1945.

Universal Declaration of Human Rights. General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948.

ILO Convention (No. 111) concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation (1958). Adopted by the General Conference of the ILO on 25 June 1958.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965). General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965.

Convention against Discrimination in Education. Adopted by the General Conference of the UNESCO on 14 December 1960.

International Covenant on Civil and Political Rights (1966). General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979.

Vienna Declaration and Programme of Action adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993, A/CONF. 157/24 (1993).

Oikeustapaukset

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukset

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Jacobs 30 päivänä kesäkuuta 1993. Asiat C-92/92 ja C-326/92 Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH [1993] ECR I-5145.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Fennelly 6 päivänä helmikuuta 1997. Asiat C-64/96 ja C-65/96 Land Nordrhein-Westfalen v Kari Uecker ja Vera Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-3171.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Jacobs 19 päivänä maaliskuuta 1998. Asia C-274/96 Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz [1998] ECR I-7637.

Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

- T-315/01 Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities [2005] ECR II-3649.
 T-306/01 Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and the Commission of the European Communities [2005] ECR II-3533.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

- 15/69 Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola [1969] ECR 363.
 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECR 1125.
 21-24/72 International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit [1972] ECR 1219.
 4/73 J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities [1974] ECR 491.
 152/73 Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost [1974] ECR 153.
 8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville [1974] ECR 837.
 21/74 Jeanne Airola v Commission of the European Community [1975] ECR 221.
 41/74 Yvonne van Duyn v Home Office [1974] ECR 1337.
 36/75 Roland Rutili v Ministre de l'intérieur [1975] ECR 1219.
 30/77 Régina v Pierre Bouchereau [1977] ECR 1999.
 115/78 J.Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken [1979] ECR 399.
 175/78 The Queen v Vera Ann Saunders [1979] ECR 1129.
 53/81 D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie [1982] ECR 1035.
 115 ja 116/81 Rezugia Adoui v Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v Belgian State [1982] ECR 1665.
 35 ja 36/82 Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands; Sweradje Jhanjan v State of the Netherlands [1982] ECR 3723.
 293/83 Françoise Gravier v City of Liège [1985] ECR 593.
 60 ja 61/84 Cinéthèque SA and others v Fédération nationale des cinémas français [1985] ECR 2605.
 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607.
 12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR 3719.
 39/86 Sylvie Lair v Universität Hannover [1988] ECR 3161.
 186/87 Ian William Cowan v Trésor public [1989] ECR 195.
 374/87 Orkem v Commission of the European Communities [1989] ECR 3283.
 C-379/87 Anita Groener v Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee [1989] ECR 3967.
 5/88 Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft [1989] ECR 2609.
 C-260/89 Ellinki Radiophonia Tileorassi AE v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas [1991] ECR I-2925.
 C-369/90 Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria [1992] ECR I-4239.
 C-370/90 The Queen v Immigration Appeal tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department [1992] ECR I-4265.
 C-168/91 Christos Konstantinidis v Stadt Altensteig [1993] ECR I-1191.

- C-209/91 Ettien Koua Poirrez v Caisse d'allocations familiales de la région parisienne [1992] ECR I-6685.
- C-267/91 ja C-268/91 Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithourad [1993] ECR I-6097.
- C-19/92 Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg [1993] ECR I-1663.
- C-92/92 ja C-326/92 Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH [1993] ECR I-5145.
- C-132/92 Birds Eye Walls Ltd. v Friedel M. Roberts [1993] ECR I-5579.
- C-398/92 Mund & Fester v Hatrex Internationaal Transport [1994] ECR I-467.
- C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman [1995] ECR I-4921.
- C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051.
- C-13/94 P v S and Cornwall County Council [1996] ECR I-2143.
- C-55/94 Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano [1995] ECR I-4165.
- C-237/94 John O'Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617.
- C-278/94 Commission of the European Community v Kingdom of Belgium [1996] ECR I-4307.
- C-18/95 F.C. Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland [1999] ECR I-345.
- C-29/95 Eckehard Pastoors ans Trans-Cap GmbH v Belgian State [1997] ECR I-285.
- C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und Vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag [1997] ECR I-3689.
- C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363.
- C-64/96 ja C-65/96 Land Nordrhein-Westfalen v Kari Uecker ja Vera Jacquet v Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-3171.
- C-85/96 Maria Martínez Sala v Freistaat Bayern [1998] ECR I-2691.
- C-249/96 Lisa Jaqueline Grant v South-West Trains Ltd. [1998] ECR I-621.
- C-274/96 Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz [1998] ECR I-7637.
- C-378/97 Criminal proceedings against Florus Ariël Wijsenbeek [1999] ECR I-6207.
- C-190/98 Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH [2000] ECR I-493.
- C-224/98 Marie-Nathalie D'Hoop v Office national de l'emploi [2002] ECR I-6191.
- C-281/98 Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA [2000] ECR I-4139.
- C-135/99 Ursula Elsen v Bundesversicherungsanstalt für Angestellte [2000] ECR I-409.
- C-184/99 Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve [2001] ECR I-6193.
- C-192/99 The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur [2001] ECR I-1237.
- C-413/99 Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department [2002] ECR I-7091.
- C-60/00 Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department [2002] ECR I-6279.
- C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich [2003] ECR I-5659.
- C-109/01 Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich [2003] ECR I-9607.

- C-322/01 Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval [2003] ECR I-14887.
- C-388/01 Commission of the European Communities v Italian Republic [2003] ECR I-721.
- C-482/01 ja C-493/01 Georgios Orfanopoulos and others and Raffaele Oliveri v Land Baden-Württemberg [2004] ECR I-5257.
- C-138/02 Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions [2004] ECR I-2703.
- C-148/02 Carlos Carcia Avello v Belgian State [2003] ECR I-11613.
- C-200/02 Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department [2004] ECR I-9925.
- C-456/02 Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS) [2004] ECR I-7573.
- C-464/02 Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark ('Danish Company Cars') [2005] ECR I-7929.
- C-147/03 Commission of the European Communities v Republic of Austria [2005] ECR I-5969.
- C-209/03 The Queen (on the application of Dany Bidar) v London Borough of Ealing and Secretary of State for Education and Skills [2005] ECR I-2119.
- C-403/03 Egon Schempp v Finanzamt München V. [2005] ECR I-6421.
- C-408/03 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium [2006] ECR I-2647.
- C-540/03 European Parliament v Council of the European Union [2006] ECR I-5769.
- C-109/04 Karl Robert Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen [2005] ECR I-2421.
- C-258/04 Office national de l'emploi v Ioannis Ioannidis [2005] ECR I-8275.
- C-406/04 Gérald De Cuyper v Office national de l'emploi [2006] ECR I-6947.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

- Belgian Linguistics case, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968 Series A No. 6.
- National Union of Belgian Police v Belgium, 4464/70, 27 October 1975 Series A No. 19.
- Rasmussen v Denmark, 8777/79, 28 November 1984 Series A No. 87.
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 May 1985 Series A No. 94.
- Moustaquim v Begium, 12313/89, 18 February 1991 Series A No. 193.
- C v Belgium, 21794/93, ECHR 1996-III.
- Gaygusuz v Austria, 17371/90, ECHR 1996-IV.
- Matthews v The United Kingdom, 24833/94 ECHR 1999-I.
- Thlimmenos v Greece, 34369/97, ECHR 2000-IV.
- Hugh Jordan v The United Kingdom, 24746/94, 4 May 2001.
- Beard v The United Kingdom, 24882/94, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Chapman v The United Kingdom, 27238/95, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Coster v The United Kingdom, 24876/94, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Jane Smith v The United Kingdom, 25154/94, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Lee v The United Kingdom, 25289/94, 18 January 2001, Grand Chamber.
- Koua Poirrez v France, 40892/98, ECHR 2003-X.
- Bosphorus Airways v Ireland, 45036/98, 30 June 2005, Grand Chamber.

YK:n ihmisoikeuskomitea

S.W.M. Broeks, CCPR/C/OP/2, No. 172/1984 (9 April 1987)

F.H. Zwaan-de Vries v the Netherlands, CCPR/C/OP/2, No. 182/1984 (9 April 1989)

Gueye et al v France, CCPR/C/35/D, No. 196/1985 (6 April 1989)

Simunek et al v the Czech Republic, CCPR/C/OP/5, No. 516/1992 (31 July 1995)

Jacob and Jantina Hendrika van Oord v the Netherlands, CCPR/C/60/D, No. 658/1995
(14 August 1997)

Mümtaz Karakurt v Austria, CCPR/C/74/D, No. 965/2000 (29 April 2002)

CCPR General Comment No. 15/27: The position of aliens under the Covenant
(11.4.1986)

CCPR General Comment No. 18/37: Non-discrimination (9.11.1989)

CCPR General Comment No. 27/67: Freedom of movement (Art. 12) (18.10.1999)

Kansainvälinen tuomioistuin ja sen edeltäjät

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (French Zone) on November 8th, 1921,
PCIJ (1923) Series B-No. 4, Collection of Advisory Opinions.

Minority Schools in Albania, PCIJ (1935) Series A./B., No. 64.

Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala) [1955] ICJ (6 April 1955).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v Spain) [1970] ICJ (5
February 1970).

Käytetyt lyhenteet

EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö(t)
ILO	The International Labour Organization
KP-oikeudet	Kansalais- ja poliittiset oikeudet
TSS-oikeudet	Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet
YK	Yhdistyneet kansakunnat

Päivi Neuvonen

PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF NATIONALITY IN EU LAW

The prohibition of discrimination on the grounds of nationality is often adopted as an unquestioned basis for an analysis of European Union law while, at the same time, the principle itself escapes a more detailed examination. This study deals with the problematic relationship between the restrictive interpretation of Article 12 of the EC Treaty and the fundamental and human rights obligations of the European Union. The evolution of nationality-based discrimination is examined from the point of view of free movement of persons, on the one hand, and citizenship of the Union, on the other. The focus of this article lies in the following two questions: (1) What will be the future relationship between the prohibition of discrimination on the grounds of nationality and the principle of free movement of persons? and (2) What have been the effects of the concept of Union citizenship on the interpretation of nationality-based discrimination?

The launching of the European Union citizenship by Maastricht Treaty (1992) is often referred to as a considerable watershed in the field of nationality-based discrimination. Undoubtedly, the Union citizenship has changed the interpretation of the prohibition of discrimination on the grounds of nationality in many senses. At the same time, however, it is important to take account of many problems still related to the interpretation of nationality-based discrimination in EU law. These problems seem particularly clear if the case law of the European Court of Justice is measured against the standards of international human rights law.

In this article, it is argued that the formal interpretation based on the concept of Union citizenship is discriminatory in the light of the international fundamental and human rights obligations of the European Union, and the concept of “genuine connection” is discussed as an alternative criterion. Furthermore, the *sui generis* feature of EU discrimination law is critically evaluated in the light of the principle of universality of human rights. Against this background, it is argued that the prohibition of discrimination on the grounds of nationality offers an illustrative example of the current questions and problems of human rights law in the European Union.