

Liisa Nieminen



Lakimies
5/2019
s. 580–607

Positiivinen erityiskohtelu: tehokas keino kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta vai tyhjiä sanoja vain?

ASIASANAT: yhdenvertaisuus, syrjintädirektiivi, positiivinen erityiskohtelu, kiintiö, yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta

1. Johdanto

1.1. Lähtökohdista

Positiivinen erityiskohtelu on Suomessa melko tuntematon käsite, ja jo sen mahdollisuuden esiin tuominen herättää usein kriittisiä kommentteja, etenkin jos kyse on työelämää koskevasta asiasta. Positiivista erityiskohtelua toteutetaan kuitenkin koko ajan, mutta ehkä vähemmän julkisuudessa esillä olevissa asioissa kuin virkanimityksissä. Myös korkeakoulujen opiskelijavalinnoissa käytetyt kieli- ja ensikertalaiskiintiöt herättävät lähes vuosittain kriittistä keskustelua.¹ Niissäkin on kysymys positiivisesta erityiskohtelusta. Myös romanien asunto-olojen parantamiseksi määräaikaisen lain (713/1975) avulla tehdyt järjestelyt kuuluvat positiivisen erityiskohtelun alaan.

Positiivista erityiskohtelua ei ole Suomessa juuri tutkittu. Jonkin verran on tosin tutkittu sukupuolen perusteella tapahtuvaa positiivista erityiskohtelua erityisesti Euroopan unionin oikeuden valossa.² Samoin on tutkittu sitä, voidaananko kiintiöitä käyttää tasa-arvoisemman poliittisen edustuksen saavutta-

* *Liisa Nieminen*, OTT, yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto. Kirjoittaja on toiminut valtioneuvoston nimittämän yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan jäsenenä (2015–2019), osallistunut lautakunnassa useimpien artikkelissa mainittujen päätösten tekemiseen ja lisäksi ollut asiantuntijana osassa mainituista perustuslakivaliokunnan lausunnoista.

1. ”Ensikertalaiskiintiö jätti oikeustieteelliseen hakijoita rannalle, vaikka koepisteet olisivat riittäneet”. Helsingin Sanomat, 27.6.2019.
2. Liisa Nieminen, Positiv särbehandling vid tillsättning av tjänster enligt EG-rätten – studium av rättspraxis särskilt ur finsk och nordisk synvinkel. Nordisk Administrativt Tidskrift 3–4/2006, s. 285–305; Niklas Bruun, EG-domstolen och Tham-professorerna. Europarättslig Tidskrift 4/2000, s. 661–666 ja Outi Anttila, Kohti tosiasiallista tasa-arvoa? Suomalainen Lakimiesyhdistys 2013, s. 270–276. Ks. myös Lars D. Eriksson, Kansalaisten tasa-arvoisuusperiaate ja positiivinen erityiskohtelu, s. 51–67 teoksessa Pohjoismaiden tasa-arvoseminaari Helsingissä syyskuussa 1984, Seminaariraportti. Tasa-arvoasiain neuvottelukunnan monisteita 4/1985.

miseksi.³ Myös sukupuolikiintiöiden toteutumista kunnallisissa toimielimissä on tutkittu.⁴ Tässä artikkelissa en kuitenkaan käsittele sukupuolen perusteella tapahtuvaa positiivista erityiskohtelua, vaan kiinnostuksen kohteena ovat muut perustuslain 6.2 §:ssa kielletyt syrjäntäperusteet (”ikä, alkuperä, kieli, uskonto, vakaumus, mielipide, terveydentila, vammaisuus tai muu henkilöön liittyvä syy”) ja niiden osalta toimenpiteet tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttamiseksi, ensisijaisesti positiivinen erityiskohtelu. Sen lisäksi perustuslain 6.3 § (”lapsia on kohdeltava tasa-arvoisesti yksilöinä”) mahdollistaa erikseen positiivisen erityiskohtelun lasten hyväksi. Säännöksellä halutaan korostaa, että jokaista lasta tulee kohdella yksilönä, ei pelkästään passiivisena toiminnan kohteena. Toisaalta lapset aikuisia heikompana ryhmänä tarvitsevat erityistä suojelua ja huolenpitoa. Yksi tapa toteuttaa sitä on lasten positiivinen erityiskohtelu.⁵

Mainittuja asioita sääntelee etenkin yhdenvertaisuuslaki (1325/2014), joka kieltää syrjinnän iän, alkuperän, kansalaisuuden, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, poliittisen toiminnan ammattiyhdistystoiminnan, perhesuhteiden, terveydentilan, vammaisuuden, seksuaalisen suuntautumisen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella.⁶ Yhdenvertaisuuslain säätämisen taustalla vaikutti etenkin kaksi EU:n direktiiviä: syrjäntädirektiivi (2000/43/EY) eli neuvoston direktiivi rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta ja niin sanottu työsyryntädirektiivi (2000/78/EY) eli neuvoston direktiivi yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista puitteista.

Yhdenvertaisuuslakia valmisteltaessa yhtenä vaihtoehtona oli naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain (609/1986) ja yhdenvertaisuuslain ja niihin liittyvien viranomaistahojen yhdistäminen.⁷ Välimietinnöstä saatujen lausuntojen vuoksi uutta lakia valmistellut toimikunta luopui kuitenkin yhdistämisajatuksista.⁸ Vastustajat viittasivat muun muassa siihen, että tasa-arvolain painopiste on ollut tasa-arvon edistämisessä, eikä sukupuolten välistä tasa-arvoa perinteisesti käsitteellistetä syrjinnän käsitteen kautta. Positiivinen erityiskohtelu tuli tähän yhteyteen YK:n naisten oikeuksien sopimuksen (SopS 67–68/1986) kautta, ei niinkään Suomen oman perinteen myötä. Siihen voidaan tasa-arvolain

3. Liisa Nieminen, Kiintiöt, kansanvalta ja tasa-arvo. Lakimies 7–8/2005, s. 1140–1164.

4. Anne Maria Holli, Sukupuolikiintiöiden vaikutukset kunnissa, s. 33–55 teoksessa Anne Maria Holli – Eeva Luhtakallio – Eeva Raevaara (toim.), Sukupuolten valta/kunta. Vastapaino 2007.

5. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 45.

6. Laista on kaksi kommentaariteosta: Katja Leppänen, Yhdenvertaisuus työelämässä. Talentum 2015 ja Outi Anttila – Tuomas Ojanen (toim.), Yhdenvertaisuuslaki kommentein. Alma Talent 2019, johon myös tämän artikkelin kirjoittaja on kirjoittanut joitakin jaksoja.

7. Tasa-arvo- ja yhdenvertaisuuslainsäädännön uudistustarve ja -vaihtoehdot, Yhdenvertaisuus-toimikunnan välimietintö. Komiteamietintö 2008:1. Oikeusministeriö 2008, s. 61–62.

8. Ehdotus uudeksi yhdenvertaisuuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi. Yhdenvertaisuus-toimikunnan mietintö. Komiteamietintö 2009:4. Oikeusministeriö 2009, s. 46–48.

7.4 §:n mukaan turvautua ”tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi”. Sen sijaan silloin voimassa olleen yhdenvertaisuuslain (21/2004) mukaan positiiviseen erityiskohteluun voitiin ryhtyä vain ”syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemiseksi tai lievittämiseksi”. Sukupuolen perusteella tapahtuva syrjintä on nykyään usein välillistä, kun taas esimerkiksi etnisen taustan perusteella tapahtuva syrjintä on yleensä välitöntä. Siten lakien yhdistäminen olisi vaikeaa, ja yhdistetystä laista olisi tullut hajanainen, kun eri tilanteita varten olisi omat säännöksensä.⁹

Koska sukupuolen perusteella tapahtuvaa syrjintää koskee EU:n eri direktiivit kuin muilla perusteilla tapahtuvaa syrjintää¹⁰, oikeuskäytäntökin on paljolti eriytynyt syrjintäperusteen mukaan. Tästäkin syystä yhdessä artikkelissa olisi vaikea käsitellä positiivista erityiskohtelua toisaalta sukupuolen ja toisaalta esimerkiksi kielen perusteella.

1.2. Tutkimustehtävä

Tutkin tässä artikkelissa positiivisen erityiskohtelun sisältöä ja merkitystä Suomessa rajoittuen lähinnä yhdenvertaisuuslakiin. Sen 9 §:n mukaan ”*sellainen oikeasuhtainen erilainen kohtelu, jonka tarkoituksena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen taikka syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäiseminen tai poistaminen, ei ole syrjintää*”. Ensiksi tutkin taustoja ja lainsäädäntöhistoriaa. Positiivisen erityiskohtelun oikeutus johdetaan monesta eri lähteestä, joten yhdenvertaisuuslain ohella on tunnettava myös Suomen perusoikeusjärjestelmä, kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja EU:n oikeus, joista kaikista löytyy positiivista erityiskohtelua koskevaa sääntelyä. Sen jälkeen selvitän positiivisen erityiskohtelun sisältöä. Siitä voidaan puhua suppeammassa ja laveammassa merkityksessä ja sitä voidaan tarkastella useasta eri näkökulmasta ja eri oikeusjärjestysten kannalta.

Pyrin tuomaan esiin myös tietoa oikeuskäytännöstä. Positiivinen erityiskohtelu herättää paljon keskustelua, mutta oikeuskäytäntöä siitä ei juuri löydy. Joitakin yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan sekä sen edeltäjän, syrjintälautakunnan, tapauksia sen sijaan on löydettävissä. Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntö perustuslain 6 §:stä – ja aiemmasta hallitusmuodon 5 §:stä –

9. Johanna Kantola – Kevät Nousiainen, Pussauskoppiin? Tasa-arvo- ja yhdenvertaisuuslakien yhtenäistämisestä. Naistutkimus 2/2008, s. 6–20.

10. Tärkeimmistä mainittakoon: 1) neuvoston direktiivi 79/7/EY miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen asteittaisesta toteuttamisesta sosiaaliturvaa koskevista kysymyksissä, 2) neuvoston direktiivi 2004/113/EY miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla ja 3) Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/54/EY, miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa (uudelleenlaadittu toisinto).

on tietenkin myös otettava huomioon tässä yhteydessä, sillä kuten valiokunta yhdenvertaisuuslaista antamassaan lausunnossa (PeVL 31/2014 vp) totesi, ”perustuslain yhdenvertaisuussäännöstä on sovellettava samanaikaisesti alemman asteisten normien kanssa”. Perusoikeusmyönteinen laintulkinta on yleensäkin lähtökohtana lakien tulkinnassa (PeVM 25/1994 vp), samoin kuin ihmisoikeusmyönteinen laintulkinta (PeVL 2/1990 vp).

Perustuslain 6.1 §:n yleisen yhdenvertaisuussäännöksen (”ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä”) on tulkittu sisältävän mielivallan kiellon ja vaatimuksen samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa. Säännös muodostaa myös yleisen oikeudenmukaisuusperiaatteen.¹¹ Perusoikeusuudistuksessa lähdettiin siitä, että yhdenvertaisuussäännös ilmaisee paitsi vaatimuksen oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta, myös ajatuksen tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta. Perustuslain 6 § koskee sekä lainsäätäjää että lainsoveltajaa. Se jättää kuitenkin lainsäätäjälle liikkumavaraa tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistämässä. Perustuslakivaliokunta on vakiintuneesti lähtenyt siitä, että yhdenvertaisuusperiaatteesta ei voi johtua tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkinnalle pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn.¹²

Lähtökohtani tässä kirjoituksessa on enemmän käytännöllinen kuin teoreettinen.¹³ Tarkoitukseni on osoittaa, että positiivisella erityiskohtelulla on oikeudelliset rajat eikä sitä voida milloin tahansa ja missä tilanteissa tahansa käyttää eikä mennä liian pitkälle erityiskohtelussa. Tosin etukäteen ei voida varmasti sanoa, että positiiviseen erityiskohteluun pitäisi tietyssä tilanteessa ryhtyä. Valtaa pitävillä voi olla muitakin keinoja käytettävissään yhdenvertaisuuden edistämiseksi.¹⁴ Lakien säätämisen ohella positiivinen erityiskohtelu voi nousta esille budjettivaltaa käytettäessä. Yhdenvertaisuuden edistäminen vaatii usein lisää rahaa.

11. Oikeudenmukaisuus tasa-arvona ks. Kaisa Herne, Mitä oikeudenmukaisuus on? Gaudeamus 2012, s. 50–52.

12. Ks. myös Tuomas Ojanen – Martin Scheinin, Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto, s. 229–238 teoksessa Pekka Hallberg ym., Perusoikeudet. WSOYpro 2011. He korostavat (s. 233–235), että rajat ovat tiukentuneet viime vuosina. Perus- ja ihmisoikeuksilla on oikeudellisen sisällön lisäksi myös poliittinen merkitys, joka saattaa vaihdella tilanteen mukaan. Tästä ks. Marie-Bénédicte Dembour, Who Believes in Human Rights? Cambridge University Press 2009. Ks. myös Helen Irving, Gender and the Constitution. Cambridge University Press 2008. Saman sisältöiset perus- ja ihmisoikeussäännökset – etenkin yhdenvertaisuussäännös – voivat saada eri sisällön eri aikoina ja erilaisissa yhteiskunnissa. Esim. HM 5 § ”eli” melkoisesti vuosina 1919–1995. Oikeuskulttuurissa tapahtui merkittäviä muutoksia, vaikka perusoikeussäännösten teksti säilyi tuolta osin ennallaan.

13. Teoreettisemmasta näkökulmasta ks. esim. Kasper Lippert-Rasmussen, Indirect Discrimination, Affirmative Action and Relational Egalitarianism, s. 173–196 teoksessa Hugh Collins – Tarunabh Khaitan (eds), Foundations of Indirect Discrimination Law. Hart Publishing 2018 ja Tarunabh Khaitan – Sandy Steel, Wrongs, Group Disadvantage and the Legitimacy of Indirect Discrimination Law, s. 197–221 samassa teoksessa.

14. Tämä liittyy yleisempään kysymykseen perustuslain 22 §:ssä julkiselle vallalle asetettuun velvollisuuteen turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Ks. myös Laurens Lavrysen,

2. Tausta ja syntyhistoria

2.1. Positiivinen erityiskohtelu *perusoikeuksien sukupolvet* -luokitteluun sijoitettuna

Positiivista erityiskohtelua valtiosääntöoikeudellisena kysymyksenä ei ole mahdollista ymmärtää ilman, että kiinnitetään se perusoikeuksien yleiseen kehitykseen. Vaikka sukupolvijaottelua ei enää suositakaan, se kuvaa kuitenkin, vaikkakin karkeasti, perusoikeuksien kehitystä. Ensimmäiseen sukupolveen luetaan silloin vapausoikeudet (turvataan vapauspiiri valtion puuttumista vastaan), toiseen TSS-oikeudet ja kolmanteen kuuluvat ryhmien oikeudet. Ensimmäiselle sukupolvelle yhdenvertaisuus on aina muodollista yhdenvertaisuutta, ja toiselle enemmän tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Nykyään korostetaan vapausoikeuksien ja TSS-oikeuksien keskinäistä riippuvuutta ja samanarvoisuutta. Samalla tosiasiallinen yhdenvertaisuus on tullut koko ajan tärkeämmäksi.¹⁵

Perusoikeuksien sisällön ja merkityksen muuttuminen on yhteydessä vähittäiseen muutokseen, jossa liberaalin valtion rinnalle on tullut hyvinvointivaltio. Tämä prosessi on käyty vähitellen läpi siirryttäessä vuoden 1919 hallitusmuodosta uuteen vuoden 2000 perustuslakiin, tai itse asiassa jo asteittain vuoden 1995 perusoikeusuudistukseen mennessä. Siihen liittyy myös muutos muodollisesta yhdenvertaisuudesta tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen, johon sisältyy mahdollisesti myös positiivista erityiskohtelua. Vuoden 1919 HM 5 §:n (”Suomen kansalaiset ovat yhdenvertaisia lain edessä”) sisältö oli hyvin kapea ja merkitys muutoinkin vaatimaton nykyisen perustuslain 6 §:ään verrattuna.¹⁶

Oikeuskirjallisuudessa sosiaaliset oikeudet on määritelty siten, että niillä viitataan ihmisten perustavanlaatuisiin oikeuksiin, jotka liittyvät ”ihmällisen elämän tosiasiallisten vähimmäisehtojen turvaamiseen sekä yhteiskunnan kehittämiseen sosiaalisen tasa-arvon ja yhdenvertaisuuden lähtökohdista”. Ne turvaavat etenkin muita heikommassa asemassa olevien ihmisten ja väestöryhmien oikeuksia. Näitä ovat muun muassa vanhuksat, lapset ja vammaiset henkilöt. Sosiaaliset oikeudet konkretisoituvat aineellisen oikeuden kautta.¹⁷

Human Rights in a Positive State. Intersentia 2016.

15. Liisa Nieminen, Ihmisoikeuksien jakamattomuusperiaate. Defensor Legis 1/2015, s. 44–58 ja Heikki Karapuu, Perusoikeuksien käsite ja luokittelu, s. 63–87 teoksessa Pekka Hallberg ym., Perusoikeudet. WSOYpro 2011. Murroksesta ks. myös Perusoikeustyöryhmän muistio. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1982. Oikeusministeriö 1982.
16. Mikael Hidén, Hallitusmuodon yhdenvertaisuusnormi ja lainsäätäjät, s. 23–46 teoksessa Juh-lajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 – 3/9 – 1975. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1975.
17. Pauli Rautiainen, Sosiaaliset oikeudet ihmisoikeuksina, s. 20–35 teoksessa Eeva Nykänen ym. (toim.), Sosiaaliset oikeudet – näkökulmia perustaan ja toteutumiseen. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos 2017.

Positiivinen erityiskohtelu: tehokas keino kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta

Perustuslain yhdenvertaisuussäännökselle ei ole kuitenkaan annettu sellaista sisältöä, että se velvoittaisi puuttumaan aktiivisesti kaikkiin eriarvoisuuksiin. Vaikka poliittiset päätöksentekijät voivat valita kyseisessä tapauksessa käytettävät yhteiskuntapoliittiset keinot harkintansa mukaan, tavoitteena on kuitenkin pohjimmiltaan oltava hyvinvointivaltion turvaaminen, mikä vahvistetaan myös perustuslaissa. Hyvinvointivaltiolla on ominaista pyrkimys edistää ihmisten tosiasiallista yhdenvertaisuutta.¹⁸ Siihen Suomi on sitoutunut myös kansainvälinen ihmisoikeussopimuksin.

Sosiaaliset oikeudet liittyvät läheisesti sosiaalipolitiikkaan, joka huolehtii ihmisten yhdenvertaisten toimintamahdollisuuksien edistämisestä. Esimerkiksi edellä mainitsemani romanien asunto-olojen parantaminen erityislakien avulla on luokiteltavissa positiiviseksi erityiskohteluksi, mutta kyse on myös sosiaalipoliittisista toimenpiteistä. Nykyään myös perustuslain 19.4 §:n mukaan julkisen vallan tehtävänä on edistää jokaisen oikeutta asuntoon ja tukea asumisen oma-toimista järjestämistä.¹⁹ Poliittiset päätöksentekijät ratkaisevat, miten asiassa edetään. Perustuslain 22 §:n säännös julkisen vallan velvollisuudesta turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen tarkoittaa joka tapauksessa sitä, että joihinkin toimenpiteisiin on ryhdyttävä, jos jonkun ryhmän asuinolot ovat selvästi keskimääräistä huonommat.

2.2. Positiivinen erityiskohtelu yhdenvertaisuuslakia säädettäessä

Suomen voimassa olevassa perustuslaissa ei oteta suoraan kantaa positiiviseen erityiskohteluun, mutta perusoikeusuudistusta valmistelleen komitean mietinnössä todettiin, että ehdotettu yhdenvertaisuutta koskeva säännösehdotus ei sulkisi pois mahdollisuutta positiiviseen erityiskohteluun eli tietyn ryhmän asemaa ja olosuhteita parantaviin toimiin, joiden tarkoituksena on edistää tosiasiallista tasa-arvoa.²⁰ Sama todettiin myös perusoikeusuudistusta koskevassa hal-

18. Ks. Jaakko Husa, *Constitutional Mentality*, s. 41–60 teoksessa Pia Letto-Vanamo ym. (toim.), *Nordic Law in European Context*. Springer 2018 ja Martin Scheinin (toim.), *Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives*. Nord 2001:5. Nordic Council 2001.

19. Ks. tarkemmin Jan-Erik Helenelund, *Den subjektiva rätten till boende ur bostadslöshetsperspektiv*. Vaasan yliopiston julkaisuja, Tutkimuksia 276. Vaasa 2006.

20. Perusoikeuskomitean mietintö. Komiteanmietintö 1992:3, s. 177. Vrt. sihteerien Veli-Pekka Viljasen ja Martin Scheininin muistio (Tasa-arvoisuus oikeudet, 16.2.1990), jossa ehdotettiin perustuslakiin nimenomaista säännöstä positiivisesta erityiskohtelusta. Mallina oli Ruotsin silloisen perustuslain (1974:152) säännös (RF 2:16), joka kuitenkin koski vain sukupuolen perusteella tapahtuvaa positiivista erityiskohtelua. Vuonna 2010 Ruotsin perustuslakeihin tehtiin suuria muutoksia (2010:1408), mutta positiivinen erityiskohtelu säilyi ennallaan: ”*Lag eller annan föreskrift får inte innebära att någon missgynnas på grund av sitt kön, om inte föreskriften utgör ett led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplik eller motsvarande tjänsteplikt* (RF 2:13).” Esimerkiksi Tukholman yliopiston

lituksen esityksessä.²¹ Vaikka siinä ei sanottu nimenomaisesti, että perustuslain yhdenvertaisuussäännös yhdessä perustuslain 22 §:n kanssa joissakin harvoissa tapauksissa suoranaisesti velvoittaa positiiviseen erityiskohteluun, noin voidaan kuitenkin ainakin periaatteellisella tasolla todeta voimassa olevan perustuslain suhteen. Näin voisi olla asianlaita etenkin lasten kohdalla, koska heistä on erikseen maininta yhdenvertaisuutta koskevassa perustuslain 6 §:ssä.

Positiivinen erityiskohtelu on sinänsä kuulunut Suomessa oikeudelliseen doktriiniin jo pitkään, ja se oli mahdollista tietyissä tilanteissa jo vuoden 1919 hallitusmuodon 5 §:n voimassaolon aikana. Ilmeisesti ensimmäisen kerran perustuslakivaliokunta hyväksyi positiivisen erityiskohtelun maatilaperimystä koskevassa asiassa (PeVL 1/1975 vp), jolloin se totesi, että ”vaikka kaikilla kansalaisilla ei olekaan samanlaisia mahdollisuuksia saada yhtäläisin perustein laissa tarkoitettuja etuja tai oikeuksia, ei lakiehdotuksen kuitenkaan voida katsoa loukkaavan myöskään hallitusmuodon 5 §:ssä säädettyä yhdenvertaisuuden periaatetta, koska maatilalan tarkoituksena on tietyn väestönosan toimeentuloedellytyksiä parantamalla lisätä yhteiskunnallista tasa-arvoa”. Tasa-arvolakia säädettyä valiokunta saattoi vedota mainittuun lausuntoon ja totesi, että ”koska miesten ja naisten välisen tasa-arvon toteuttaminen käytännössä myös suosimalla heikommassa asemassa olevaa sukupuolta perustuu pyrkimykseen lisätä tasa-arvoa, ei tasa-arvolain ehdotettu säännös ole tavoitteiden kannalta ongelmallinen hallitusmuodon 5 §:n osalta” (PeVL 1/1986 vp).

Myöhemmin perustuslakivaliokunta vahvisti aiemmasta yhdenvertaisuuslaista antamassaan lausunnossa (PeVL 10/2003 vp) laissa tarkoitettua positiivisen erityiskohtelun olevan sopusoinnussa Suomen perustuslain yhdenvertaisuussäännöksen kanssa. Monissa muissakin asioissa perustuslakivaliokunta on pitänyt positiivista erityiskohtelua etenkin iän perusteella hyväksyttävänä perustuslain 6 §:n kannalta (PeVL 57/2016 vp, PeVL 44/2010 vp, PeVL 11/2010 vp ja PeVL 34/2005 vp).²²

Vaikka positiivista erityiskohtelua koskeva 9 § on sijoitettu voimassa olevan yhdenvertaisuuslain 3 lukuun (*Syrjinnän ja vastatoimien kiellot*), sen tausta on löydettävissä lain 2 luvusta (*Yhdenvertaisuuden edistäminen*), jossa asetetaan muun muassa viranomaisille ja työnantajille aktiivinen velvollisuus edistää yh-

avomien tehtävien luettelossa joihinkin tehtäviin toivotaan etenkin naishakijoita (esim. taloushistoria) ja joihinkin toisiin etenkin mieshakijoita (esim. sosiaaliantropologian tehtävät). Ks. <https://www.su.se/english/about/working-at-su/jobs> (10.7.2019).

21. HE 309/1993 vp, s. 44.

22. Käytännöstä ks. Liisa Nieminen, Ikäsyrjinnän kieltö, s. 73–109 teoksessa Anna Mäki-Petäjä-Leinonen – Liisa Nieminen (toim.) Vanhuus ja oikeus. Lakimiesliiton Kustannus 2014, s. 79–91 ja Anttila 2013, s. 134–138. Vanhemmasta käytännöstä ks. myös Veli-Pekka Viljanen, Perustuslain yhdenvertaisuussäännökset eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännössä, s. 493–514 teoksessa Hallinto ja hallintolainkäyttö, Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950 – 28/8 – 2010. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2010, s. 502–505.

denvertaisuutta. Siihen voi kuulua myös positiivista erityiskohtelua. Yhdenvertaisuuden edistäminen on velvollisuus, mutta positiivinen erityiskohtelu vain mahdollisuus.²³ Vaikka positiivinen erityiskohtelu on lähtökohtaisesti harkinnanvaraista, sen tulee täyttää laissa asetetut kriteerit ja oltava myös oikeasuhtaista. Jotain voidaan päätellä jo lakitekstistä, joka on kirjoitettu tuolta osin käänteiseen muotoon. Samoin on tehty myös YK:n naisten oikeuksien sopimuksessa, jonka 4 artiklan mukaan sopimusvaltioiden hyväksymiä väliaikaisia erityistoimia ei katsota syrjinnäksi, mutta ne eivät missään tapauksessa saa johtaa eriarvoisten tai erillisten normien ylläpitämiseen; näistä toimenpiteistä tulee luopua, kun yhtäläisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun päämäärät on saavutettu.²⁴

Aiemmassa yhdenvertaisuuslaissa oli hyvin samansisältöinen säännös (7.3 §) positiivisesta erityiskohtelusta kuin nykyisessä laissa, mutta erojakin säännöksissä on. Lain 7.3 §:n mukaan ”tällä lailla ei estetä sellaisia erityistoimenpiteitä, joiden tavoitteena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttaminen 6 §:n 1 momentissa tarkoitettusta syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemiseksi tai lievittämiseksi (*positiivinen erityiskohtelu*). Positiivisen erityiskohtelun on oltava pyrityn tavoitteen kannalta oikeasuhtaista”.

Voimassa olevaa yhdenvertaisuuslakia koskevassa hallituksen esityksessä²⁵ positiivista erityiskohtelua koskeva säännös oli sijoitettu vielä samalla tavoin syrjinnän kieltoa koskevaan 8 §:ään poikkeukseksi siitä pääsäännöstä, että erilainen kohtelu on yleensä syrjintää. Positiivista erityiskohtelua koskeva säännös sijoitettiin kuitenkin hyväksytyssä yhdenvertaisuuslaissa omaksi pykäläkseen (9 §). Tämä muutos lähti liikkeelle siitä, että perustuslakivaliokunta kehotti lausunnossaan (PeVL 31/2014 vp) työelämä- ja tasa-arvovaliokuntaa harkitsemaan, voisiko säännöstä selkeyttää esimerkiksi kytkemällä se lakiehdotuksen 10 §:ään tai erottamalla se omaksi pykäläkseen. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunta puolsi mietinnössään (TyVM 11/2014 vp) tällaista muutosta.

23. Yhdenvertaisuuden edistäminen ja positiivinen erityiskohtelu eivät ole aina sama asia, kuten Waddington ja Bell ovat korostaneet. Ks. Lisa Waddington – Mark Bell, *Exploring the Boundaries of Positive Action: A Search for Conceptual Clarity*. *Common Market Law Review* 48(5) 2011, s. 1503–1526. Tästä laajemmin Anttila 2013, s. 65–67.

24. Ks. Selvitys YK:n naisten syrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen ratifioinnin edellytyksistä ja tarvittavista lainsäädännöllisistä ja muista kehittämistoimenpiteistä, Tasa-arvoasiain neuvottelukunta, 18.6.2981, s. 26–27, jossa viitataan siihen, että sosiaaliturvajärjestelmä sisälsi useita sellaisia säännöksiä, jotka asettivat naisen ja miehen eri asemaan (perhe-eläke, työttömyysturva). Niitä ei voitu pitää ongelmallisina sikäli kuin ne oli alun perin säädetty korjaamaan naisten ja miesten erilaisesta asemasta johtuvia riskejä ja sen takia ne mahtuivat sopimuksen 4 artiklan väliaikaisiin erityistoimiin tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamiseksi. Ne perustuivat kuitenkin kaavamaisiin olettamuksiin naisen asemasta, ja naisten erityistuvaksi luotu järjestelmä saattoi asettaa esteitä sukupuolten tasa-arvoisemman työnjaon kehittymiselle. Siksi lainsäädäntö tuli tuolta osin saattaa sukupuolineutraaliksi.

25. Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 19/2014 vp, s. 69–72.

Hallituksen esityksen mukaan positiivinen erityiskohtelu olisi oikeutettua, jos sen tarkoituksena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen taikka syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäiseminen tai poistaminen.²⁶ Erityiskohtelua koskeva säännös hyväksyttiin eduskunnassa sisällöllisesti muuttamattomana, vaikka se siirrettiinkin omaksi pykäläkseen. Se merkitsi positiivisen erityiskohdelun käyttöperusteiden laajentumista vanhaan lakiin verrattuna; positiivinen erityiskohtelu olisi mahdollista myös muunlaisten kuin syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemiseksi tai poistamiseksi. Yhteiskunnallisesti heikommassa asemassa olevien ihmisten kuten vammaisten henkilöiden, lasten tai vanhusien tukeminen voi olla perusteltua, vaikka heidän muita heikompi asemansa ei johdukaan syrjinnästä. Muutosta perusteltiin Suomen perustuslain 6 §:n lisäksi EU:n syrjintädirektiivin 5 artiklalla ja työsyrijintädirektiivin 7 artiklalla, jotka mahdollistavat positiivisen erityiskohtelun myös muunlaisten kuin syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemiseksi tai lieventämiseksi.

2.3. Positiivista erityiskohtelua koskeva käytäntö kansainvälisissä ihmisoikeuksien valvontaelimissä ja unionin tuomioistuimessa

Koska positiivinen erityiskohtelu perustuu yhdenvertaisuuslain ohella myös kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ja EU:n oikeuteen, myös niiden positiivista erityiskohtelua koskevan tulkintakäytännön tutkiminen on välttämätöntä. Etenkin unionin tuomioistuimen suhteen odotukset ovat olleet suuret alusta alkaen. Unionin tuomioistuimen syrjintädirektiivien tulkintaa koskeva oikeuskäytäntö koostuu pääosin vammaisia henkilöitä koskevista tapauksista, mutta nekin ovat kohtuullisia mukautuksia koskevia tapauksia. Direktiivien merkitys näkyy toisaalla. Syrjintädirektiivin 5 artiklan positiivisille erityistoimille antama vahvistus on kuitenkin aikaansaanut sen, että monien jäsenvaltioiden tuntemat positiiviset erityistoimet, esimerkiksi kiintiöt opiskelijavalinnoissa ja toimet romanien yhteiskunnallisen aseman parantamiseksi ovat lähtökohtaisesti laillisia.²⁷

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö positiivisesta erityiskohtelusta sukupuolten tasa-arvoa koskien on tunnetusti ollut tärkeässä asemassa tasa-arvoa koskevan doktriinin kehityksessä. Alkuperäisen muodosti *Defrenne*-tapaus (C-43/75), minkä jälkeen tosiasiallista tasa-arvoa korostava linjaus eteni lupaavasti. Vasta tunnettu *Kalanke*-tapaus (C-450/93) muodosti käännekohdan. Siihen asti positiivista erityiskohtelua oli käytetty hyvinkin avoimesti naisten aseman parantamiseksi työelämässä, mutta nyt siihen tuli ehtoja. Suosinta ei saa olla automaatt-

26. HE 19/2014 vp, s. 69/II.

27. Ks. Matias Möschel, Eighteen Years of Race Equality Directive – A Mitigated Balance, s. 141–160 teoksessa Uladzislau Belavusau – Kristin Henrad (eds), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Hart Publishing 2019, s. 143.

Positiivinen erityiskohtelu: tehokas keino kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta

tista. Unionin tuomioistuimen linjausta täsmennettiin vielä tapauksissa *Badeck* (C-158/97) ja *Abrahamsson* (C-407/98).²⁸ Viime vuosina suuntaus on muuttunut selvästi, sillä nyt pyritään kyseenalaistamaan naisten positiivisen erityiskohtelun kautta saamat edut. Unionin tuomioistuin ei ole ainakaan vielä hyväksynyt ajatusta, jonka mukaan tosiasiallinen tasa-arvo on jo saavutettu ja että positiivinen erityiskohtelu miehiä huonommassa asemassa työmarkkinoilla olevien naisten eduksi ei olisi enää legitimiä. Tähän se ottaa kantaa tapaus tapaukselta (esimerkiksi *Leone*-tapauksessa, C-173/13).²⁹

Syrjintädirektiivien kohdalla positiivisen erityiskohtelun merkitys on ollut vähäisempi. Ne ovat jo sanamuodoltaan jonkin verran rajatumpia positiivisen erityiskohtelun osalta. Työsyrijintädirektiivin 7 artiklan ja syrjintädirektiivin 5 artiklan mukainen positiivinen erityiskohtelu on varsin tarkoin rajattua (”täydellisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi käytännössä, yhdenvertaisen kohtelun periaate ei *estä* jäsenvaltiota pitämässä voimassa tai toteuttamasta erityistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on ehkäistä tai hyvittää henkilöiden rotuun tai etniseen alkuperään liittyviä haittoja” syrjintädirektiivin mukaan ja vastaavasti työsyrijintädirektiivin mukaan). Näistä varsin avoimista säännöksistä ei ole oikeuskäytäntöä unionin tuomioistuimesta, ja tutkimuksessa on epäilty, ettei siitä ole kovin paljon odotettavissa.³⁰

Jo sanamuodon mukaan sukupuolten tasa-arvoa koskevan direktiivin (2006/54/EY³¹) positiivista erityiskohtelua koskeva 3 artikla tarjoaa ainakin periaatteessa enemmän mahdollisuuksia. Sen mukaan ”jäsenvaltiot *voivat* pitää voimassa tai toteuttaa [SEU 157 artiklan 4 kohdassa] tarkoitettuja toimenpiteitä miesten ja naisten välisen täyden tosiasiallisen tasa-arvon varmistamiseksi työelämässä”. Käytännössä eron ei välttämättä tarvitsisi olla niin suuri kuin se positiivista erityiskohtelua koskevien säännösten sanamuotojen perusteella näyttää. Vivahde-eroa ei tule kuitenkaan vähätellä, mutta koska unionin tuomioistuimen syrjintädirektiivejä koskevaa oikeuskäytäntöä ei oikeastaan ole, on vaikea arvioida eron suuruutta.³²

28. Sacha Prechal, Case C-450/93, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*. *Common Market Law Review* 33(6) 1996, s. 1245–1259; Evelyn Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford University Press 2005, s. 297–313 ja Anttila 2013, s. 272–274.

29. Ks. myös *Lommers-tapaus* (C-476/99), *Briheche-tapaus* (C-319/03) ja *Griesmar-tapaus* (C-366/99).

30. Ks. Uladzislau Belavusau – Kristin Henrad, *The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law – Achievements and Pitfalls*, s. 1–40 teoksessa Uladzislau Belavusau – Kristin Henrad (eds), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Hart Publishing 2019, s. 26–27.

31. Uudelleen laadittu toisinto.

32. Heti syrjintädirektiivien hyväksymisen jälkeen, ks. Lisa Waddington – Mark Bell, *More equal than others: Distinguishing European Union equality directives*. *Common Market Law Review* 38(3) 2001, s. 587–611, 601–604.

Sukupuolten tasa-arvon osalta on EU:n perusoikeuskirjan³³ 23 artiklassakin maininta positiivisen erityiskohtelun mahdollisuudesta aliedustettuna olevan sukupuolen eduksi. Se on kuitenkin muotoiltu poikkeukseksi syrjinnän kiellosta, ei toimenpiteiksi täyden tosiasiallisen tasa-arvon varmistamiseksi. Tästä ei tule kuitenkaan tehdä väärää johtopäätöksiä. Perusoikeuskirjassa omaksuttu ratkaisu ei vaikuta tasa-arvodirektiivin sisältämän positiivisen erityiskohtelun sisältöön.³⁴

Perusoikeuskirjaa laadittaessa lähtökohtana olivat jäsenmaita sitovat kansainväliset ihmisoikeussopimukset. YK:n naisten oikeuksien sopimus oli tuolta osin vaikuttamassa perusoikeuskirjan sisältöön.³⁵ YK:n muissa ihmisoikeussopimuksissa ei vastaavaa säännöstä nimenomaisesti ollut, joten sellaista ei otettu perusoikeuskirjan 21 artiklaankaan (*syrjintäkielto*) siitä huolimatta, että syrjintädirektiiveissä on maininta positiivisesta erityiskohtelusta.

Positiivinen erityiskohtelu tunnustetaan myös Suomea sitovien tärkeimpien ihmisoikeussopimusten tulkintakäytännössä. YK:n vuoden 1966 KP-sopimusta (SopS 7–8/1976) valvova YK:n ihmisoikeuskomitea on vuonna 1989 antamansa yleiskommentin n:o 18 kohdassa 10 todennut yhdenvertaisuusperiaatteen voivan toisinaan edellyttää valtion ottavan käyttöön positiivisen erityiskohtelun, jos näin pystytään vaikuttamaan syrjinnän taustalla oleviin syihin. Tällainen kohtelu on sallittua niin kauan kuin sitä tarvitaan tosiasiallisen syrjinnän poistamiseksi. Käytännöstä voidaan mainita *Stalla Costa v. Uruguay* (198/1985), jossa ihmisoikeuskomitea katsoi, että Uruguayn valtio saattoi henkilöitä valtion palvelukseen otettaessa antaa etusijan niille henkilöille, jotka edellinen hallitus oli poliittisista syistä irtisanonut. KP-sopimuksen 26 artiklaa ei rikottu, kun tuohon ryhmään kuulumattomalla valittajalla ei ollut mahdollisuutta päästä valtion palvelukseen.³⁶ YK:n TSS-sopimusta (SopS 6/1976) valvova TSS-komitea on vastaavasti yleiskommentissa n:o 20 vuonna 2009 todennut, että poistaakseen tosiasiallisen syrjinnän valtiot voivat ottaa – ja joissakin tapauksissa ovat myös velvollisia ottamaan – käyttöön erityisiä tilapäisiä toimia lopettaakseen syrjinnän.³⁷

Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 18–19/1990) tulkinnassa on katsottu, että sopimus sallii positiiviset erityistoimet tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamiseksi.³⁸ Sallitulle erityiskohtelulle on kuitenkin asetettu tiukat ehdot.

33. Euroopan unionin virallinen lehti, 30.3.2010. C 83.

34. Näin Anttila 2013, s. 223–224.

35. Perusoikeuskirjan valmistelusta tuolta osin Liisa Nieminen, Tasa-arvo EU:n perusoikeuskirjassa turvattuna perusoikeutena, s. 179–212 teoksessa Liisa Nieminen (toim.), Perusoikeudet EU:ssa. Kauppakaari 2001, s. 190.

36. Tarkemmin ihmisoikeuskomitean käytännöstä ks. Sarah Joseph – Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*. Oxford University Press 2013, s. 811–814.

37. Käytännöstä laajemmin ks. Ben Saul et al., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Oxford University Press 2014, s. 208–210.

38. Ks. Päivi Hirvelä – Satu Heikkilä, *Ihmisoikeudet, Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön*. Alma Talent 2017, s. 1182–1184. Ks. myös Lavrysen 2016, s. 110–112.

Sillä tulee olla hyväksyttävä peruste, sen tulee pysyä kohtuuden rajoissa ja se on lopetettava heti, kun ryhmä ei enää tällaista erityiskohtelua tarvitse. Käytännössä positiivinen erityiskohtelu on kohdistunut naisiin, vaikka se voitaisiin yhtä lailla sallia myös muiden ryhmien kohdalla. Esimerkiksi tapauksessa *Sec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006) naisten parempaa eläkekohtelua perusteltiin miesten ja naisten erilaisella asemalla eläkkeen kertymisessä. Korjaus on voimassa niin kauan, kunnes epätasa-arvo on korjattu.

3. Mitä positiivinen erityiskohtelu lopulta on?

Positiivinen erityiskohtelu on myös teoreettisesti tarkasteltuna varsin kiistanalainen asia. Siksi etenemisjärjestys on tässä artikkelissa tavallisuudesta poikkeava. Olen esitellyt ensiksi konkreettisia asioita ja vasta sen jälkeen kokoaan positiivisen erityiskohtelun yleisemmän sisällön. Se voidaan ymmärtää sekä suppeammin että laajemmin. Sitä voidaan myös arvioida eri näkökulmista. Voidaan lähteä siitä, että positiivinen erityiskohtelu merkitsee poikkeusta muodolliseen yhdenvertaisuuteen. Samoin voidaan ajatella, että se merkitsee poikkeusta syrjinnän kieltoon. Tällöin asiaa ajatellaan yksilön näkökulmasta. *Sandra Fredmanin* mukaan ensiksi mainittu tilanne kuvaa brittiläisen oikeusjärjestyksen omaksumaa positiivisen erityiskohtelun käsitettä, ja toinen näkökulma vastaa esimerkiksi YK:n naisten oikeuksien sopimuksen 4 artiklassa omaksuttua positiivista erityiskohtelua. Kolmannen näkökulman tarjoaa Yhdysvalloissa omaksuttu, sinänsä kiistanalainen ajatus, jonka mukaan positiivisen erityiskohtelun tehtävänä on hyvittää aiempi syrjintä sitä kokeneelle ryhmälle.³⁹ Siitä käytetään käsitettä ”reverse discrimination”, mikä ei sovi missään tapauksessa Suomen tilanteeseen, vaikka joskus näkee käytettävän sanaa ”positiivinen (tai käänteinen) diskriminaatio”.⁴⁰ Se on sopiva termi vain silloin, kun kyse on tietoisesta syrjivän toiminnan korjaamisesta tietyssä asiassa (etenkin segregaatiosta eroon pääsemiseksi), ei laajemmin toimista yhteiskunnallisen eriarvoisuuden poistamiseksi.⁴¹

39. Sandra Fredman, *Discrimination Law*. Oxford University Press 2011, s. 237–258.

40. Positiivisen erityiskohtelun käsitteen käyttöä ei perusteltu lainvalmistelussa (ks. HE 44/2003 vp, s. 45–46), viitattiin vain perusoikeusuudistuksen yhteydessä omaksuttuun termiin (HE 309/1993 vp, s. 44). Eriksson käytti käsitettä jo vuonna 1984; hän on oletettavasti ottanut sen käyttöön pohjoismaisesta yhteydestä. Terminologiasta ks. myös Valérie Verbist, *Reverse Discrimination in the European Union*. Intersentia 2018, s. 8–11.

41. Yhdysvaltain korkein oikeus katsoi julkisissa kouluissa vallinneen segregaation perustuslain vastaiseksi tunnetussa *Brown v. Board of Education* -tapauksessa vuonna 1954. Tämän jälkeen keinona segregaation purkamiseksi luotiin erilaisia positiivisen erityiskohtelun muotoja, mukaan lukien kiintiöt. Vuonna 1978 korkein oikeus katsoi kuitenkin tarkan kiintiöjärjestelmän perustuslain vastaiseksi (*Regents of University of California v. Bakke*). Tämän jälkeen positiivi-

Suomessa omaksuttu positiivisen erityiskohtelun malli ei vastaa suoraan mitään edellä käsitellyistä malleista, vaan siinä on osia eri malleista. Suomen malli vastaa osin YK:n naisten oikeuksien sopimuksessa omaksuttua mallia, jonka mukaan positiivinen erityiskohtelu merkitsee poikkeusta syrjinnän kiellosta. Tämä ei kuitenkaan vielä riitä kuvaamaan suomalaista positiivisen erityiskohtelun mallia kokonaisuudessaan.

Yhdenvertaisuuslaki rakentuu yksilöiden oikeuksien varaan (”ketään ei saa – –”), mutta positiivisessa erityiskohtelussa lähtökohtana on ryhmä. Tavoitteena voi olla, että esimerkiksi pienen kielivähemmistön edustajista entistä useammalla olisi esimerkiksi lääkärin tai opettajan koulutus, jotta he voisivat hoitaa potilaita taikka opettaa lapsia tuolla vähemmistökielillä. Siten vähemmistön asema kokonaisuudessaan paranisi vähitellen, kun heille olisi tarjolla omakielisiä opettajia ja lääkäreitä. Tämän takaamiseksi tuolle kielivähemmistölle olisi tarjolla pieni kiintiö kyseisten alojen koulutukseen. Silloin vähemmistöön kuuluva yksilö voisi päästä koulutukseen helpommin kuin enemmistöön kuuluva yksilö. Ensi näkemältä positiivinen erityiskohtelu voi johtaa syrjintään yksilötasolla samalla, kun se edistää tosiasiallista yhdenvertaisuutta ryhmän tasolla.

Positiivinen erityiskohtelu yhdenvertaisuuslaissa omaksutussa laajemmassa merkityksessä muuttaa yhdenvertaisuuslainsäädännön merkitystä ja sisältöä. Kyse ei ole enää vain yksilöihin kohdistuvan syrjinnän kieltämisestä ja siihen puuttumisesta, jos syrjintää kuitenkin tapahtuu. Kyse ei ole myöskään vain aiemmin koettujen vääryyksien korvaamisesta syrjittyihin ryhmiin kuuluville. Positiivisen erityiskohtelun tavoitteena on myös se, että yhteiskunnassa muita *heikommassa asemassa* olevat ihmiset (lapset, vanhukset, vammaiset henkilöt) voisivat toimia mahdollisimman täysivaltaisina yhteiskunnan jäseninä. Yksilötason vertailu ei tässä yhteydessä ole legitiimiä, vaikka esimerkiksi 80-vuotias saa jonkin palvelun lain mukaan nopeammin kuin häntä nuorempi (PeVL 34/2005 vp) tai lapsi saa jonkin palvelun puoleen hintaan. Positiivinen erityiskohtelu on legitiimi osa yhdenvertaisuuden sisältöä.⁴² Tästä näyttää Suomessa kehittyneen keskeinen osa positiivista erityiskohtelua.

Yhdenvertaisuuslain 15 §:ssä mainitut kohtuulliset mukautukset on pidettävä erillään positiivisesta erityiskohtelusta. Mallina säännökselle on ollut EU:n työ-syrjintädirektiivin ja YK:n vammaisyleissopimuksen (Yleissopimus vammaisten henkilöiden oikeuksista, SopS 26–27/2016) 2 artiklassa tarkoitettu kohtuullisia mukautuksia koskeva sääntely. Niillä tarkoitetaan tarvittaessa yksittäistapauksissa toteutettavia tarpeellisia ja asianmukaisia muutoksia ja järjestelyjä, joilla

seen erityiskohteluun alettiin suhtautua kielteisemmin ja vuosisadan loppua kohden se väheni selvästi. Ks. Michael J. Klarman, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. Oxford University Press 2007 ja Mark Tushnet, *The Constitution of the United States of America*. Hart Publishing 2009, s. 33 ja 218. Yleisestikin on alettu suhtautua kielteisesti ajatukseen menneen syrjinnän hyvittämisestä jälkikäteen oikeuden tehtävänä.

42. Ks. tarkemmin Fredman 2011, s. 305–335.

ei aiheuteta suhteetonta ja kohtuutonta rasitetta ja joilla varmistetaan vammaisten ihmisten mahdollisuus nauttia tai käyttää kaikkia ihmisoikeuksia ja perusvapauksia yhdenvertaisesti muiden kanssa (näin HE 19/2014 vp, s. 79). Ero positiiviseen erityiskohteluun nähden on siten merkittävä, koska positiivinen erityiskohtelu rakentuu sen sijaan koko ryhmän tilanteen varaan. Positiivinen erityiskohtelukin voi kohdistua vammaisiin henkilöihin, mutta silloin on kyse yleisemmästä toimesta, ei yksilöllisestä.

Lasten kohdalla positiivista erityiskohtelua voidaan perustella siten, että näin pyritään huolehtimaan siitä, että lapsilla on mahdollisuudet kasvaa täysivaltaiseksi yhteiskunnallisiksi toimijoiksi. Tästä oli kyse, kun lasten ja alle 23-vuotiaiden nuorten mielenterveyspalveluihin pääsyyn tuli kolmen kuukauden hoitotakuu. Vanhemmilla ei samanlaista hoidon saannin aikarajaa ole. Tätä perusteltiin sillä, että ”lasten ja nuorten pääsy psykiatrisen hoidon ja palvelujen piiriin on lasten psyykinen kehitys huomioon ottaen erityisen tärkeää”. Sääntelylle oli valiokunnan mielestä perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävät perusteet (PeVL 41/2010 vp).

Yhdenvertaisuuslain 11.1 §:n mukaan erilainen kohtelu ei ole syrjintää, jos kohtelu perustuu lakiin ja sillä muutoin on hyväksyttävä tavoite ja keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat oikeasuhtaisia. Lakiin perustuvalla erilaisella kohtelulla tarkoitetaan tässä yhteydessä myös yhdenvertaisuuslaissa tarkoitettua positiivista erityiskohtelua.⁴³ Lisäksi useassa laissa on erilaisia ikärajoja ilman, että kysymys olisi ikäsyrjinnästä (esimerkiksi rikosoikeudellista vastuuta koskeva 15 vuoden ikäraja samoin kuin täysi-ikäisyyttä merkitsevä 18 vuoden ikäraja). Kuten perustuslakivaliokunta totesi (PeVL 31/2014 vp), erilaisen kohtelun perustuminen lakiin ei yksinään täytä perustuslaista, kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista ja EU:n oikeudesta juontuvia syrjinnän kiellon vaatimuksia. Perustuslain yhdenvertaisuussäännöstä on sovellettava samanaikaisesti alemman asteisten normien kanssa.

Erilainen kohtelu voi olla oikeutettua, vaikka se ei perustuisikaan lakiin. Lailla säätämisen vaatimus ei ulotu kaikkeen yksityisten väliseen toimintaan tai kaikille toiminnan aloille. Tällöin kuitenkin edellytetään, että erottelulla on perus- ja ihmisoikeuksien kannalta hyväksyttävä tavoite ja keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat oikeassa suhteessa. Esimerkkinä tällaisesta toiminnasta voidaan mainita nuorten syrjäytymistä ehkäisemään pyrkivä kampanja. Lakiin perustumaton erilainen kohtelu ei ole kuitenkaan mahdollista esimerkiksi julkisen vallan käytössä, koulutuksen saamisessa tai etnisen alkuperän perusteella (11 §).

Toisin kuin YK:n naisten oikeuksien sopimuksen 5 artiklassa ja tasa-arvolain 9 §:ssä, yhdenvertaisuuslaissa ei edellytetä, että positiivinen erityiskohtelu on väliaikaista. Myöskään aiemmassa yhdenvertaisuuslaissa ei sitä edellytetty,

43. HE 19/2014 vp, s. 71.

vaikka sitä koskevassa hallituksen esityksessä⁴⁴ väliaikaisuutta vielä edellytettiin (7.2 §). Vaatimus poistettiin lakitekstistä perustuslakivaliokunnan kannan mukaisesti (PeVL 10/2003 vp). Tätä perusteltiin sillä, että EU:n direktiiveissäkään ei tuollaista vaatimusta ole. Käytännössä positiivisen erityiskohtelun tulee jo sen luonteen vuoksi olla väliaikaista myös yhdenvertaisuuslain perusteella ja siitä tulee luopua, kun tavoite on saavutettu.

Määräaikaisuus on perusteltua etenkin silloin, kun kyse on aiemman syrjinnän korjaamisesta. Esimerkiksi romanien asunto-olojen parantamista koskeva laki oli määräaikainen. Toisaalta positiivista erityiskohtelua merkitseviä lakeja voi olla säädetty myös pysyviksi laeiksi, mutta niissä voidaan antaa harkinnanvaraa positiivisen erityiskohtelun käytössä. Jos tavoite on jo saavutettu, tulee esimerkiksi kiintiöistä luopua. Myös edellä mainitsemani ikääntyneitä ja lapsia koskevat positiivista erityiskohtelua sisältävät lait ovat yleensä pysyviä lakeja. Lasten kohdalla kyse on tietenkin väliaikaisesta järjestelystä, sillä he menettävät hoitotakuun 23 vuotta täytettyään.

4. Miten positiivinen erityiskohtelu toteutetaan käytännössä?

Yhdenvertaisuuslaissa ei tuoda esiin, miten positiivista erityiskohtelua voidaan toteuttaa käytännössä. Tämäkin osoittaa, että ei ihan tiedetä, mitä kaikkea käsite voi merkitä. Hallituksen esityksessä mainitaan vain lakiin sisältyvä velvollisuus järjestää 80 vuotta täyttäneille sosiaalipalvelujen tarpeen arviointi nopeutetussa menettelyssä.⁴⁵ Samoin positiivinen erityiskohtelu koskee usein lapsia tai eläkeläisiä tai työttömiä; heidän pääsymaksunsa on yleensä muita halvempi tai jopa ilmainen. Tämä voi perustua lakiin, mutta niin ei yleensä ole asianlaita.

4.1. Kiintiöt

Positiivista erityiskohtelua voidaan toteuttaa usealla eri tavalla, mutta yleisin niistä lienee kiintiömenettely. Yhdenvertaisuuslaki ei sisällä kiintiöitä koskevia säännöksiä toisin kuin tasa-arvolaki, jonka 4 a § koskee julkisen hallinnon ja julkista valtaa käyttävien toimielinten kokoonpanoa. Niissä tulee kummankin sukupuolen edustajia olla vähintään 40 prosenttia, jollei erityisistä syistä muuta

44. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 44/2003 vp, s. 46.

45. HE 19/2014 vp, s. 69/II.

johdu. Kiintiövaatimus ei kuitenkaan koske vaaleilla valittavia kunnanvaltuustoja, vaikka se koskee kunnallisten lautakuntien kokoonpanoa.

Yhdenvertaisuuslain kannalta kiintiöillä keinona toteuttaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta on merkitystä etenkin korkeakoulujen opiskelijavalinnassa käytössä olevilla kiintiöillä. Kielen (ruotsi ja saamen kieli) perusteella tai niin sanottua ensimmäistä opiskelupaikkaa hakevien opiskelijoiden kiintiöitä on tiettyissä koulutusohjelmissa, ei siis suinkaan kaikissa.

Suomessa on perinteisesti maan ainoassa kaksikielisessä yliopistossa, Helsingin yliopistossa, ollut käytössä kiintiöt ruotsinkielisille opiskelijoille. Kiintiöt ovat olleet käytössä ammattitutkintoon johtavissa koulutuksissa (lääketieteellisessä ja oikeustieteellisessä tiedekunnassa). Ongelmana oli valtiosääntöoikeudellisesti se, että järjestely perustui aluksi vain asetukseen (opiskelijain määrän rajoittamisesta Helsingin yliopistossa annettu asetus 211/1962, muutos 189/1978). Sen sijaan perustuslain yhdenvertaisuussäännöstä (HM 5 §) ruotsinkielisten kiintiöt eivät laillisuusvalvojien mielestä loukanneet.⁴⁶

Sittemmin ruotsinkielisten opiskelijoiden kiintiöiden mahdollisuus opiskelijavalinnassa perustui Helsingin yliopistosta annetun lain (854/1991) 26.3 §:iin. Nykyään ne perustuvat yliopistolain (558/2009) 36.3 §:iin. Tätä on perusteltu perustuslain 17.2 §:n toimeksiannolla, jonka mukaan julkisen vallan on huolehdittava maan suomen- ja ruotsinkielisen väestön sivistyksellisistä ja yhteiskunnallisista tarpeista samanlaisten perusteiden mukaan. Opiskelijavalinnassa käytössä olevat ruotsinkielisten kiintiöt varmistavat ruotsin kieltä taitavien juristien ja lääkäreiden koulutustarpeen. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin korostanut (PeVL 3/1997 vp), että tulee estää kiintiön kasvaminen niin suureksi ja eri ryhmiin sovellettavien valintaperusteiden erojen muodostuminen niin merkittäväksi, että muodollisesta yhdenvertaisuudesta poikkeamista ei enää voitaisi pitää hyväksyttävänä (ks. myös eduskunnan oikeusasiamiehen päätös, 12.12.2001, Dnro:t 247/4/00 ja 946/4/00 ja apulaisoikeusasiamiehen päätös, 3.9.2015, Dnro 1071/4/15).

Lapin yliopistossa on oikeusnotaarin ja oikeustieteen maisterin tutkintoon johtavan koulutuksen opiskelijavalinnassa käytössä kolmen saamen kielen taitoisen opiskelijan kiintiö, joka perustuu samaan yliopistolain 36.3 §:iin (ks. Oikeustieteellisen tiedekunnan valintaopas 2018, s. 10). Tässä kiintiössä hakeneiden tuli vuoden 2018 haussa saada vähintään 41 pistettä valintakokeesta, mikä tarkoittaa sitä, että hakijan tuli olla käytännössä niiden joukossa, jotka pääsivät

46. Ks. eduskunnan oikeusasiamiehen lääketieteellistä tiedekuntaa koskeva päätös, 28.9.1989, Dnro 528/4/88 ja oikeustieteellisen tiedekunnan osalta ks. Liisa Nieminen, EY:n tasa-arvopolitiikka. Lakimiesliiton Kustannus 1991, s. 275–278. Vrt. apulaisoikeusasiamiehen päätös, 26.6.1992, Dnro 1770/4/90, joka koski poliisiopiston päällystökursseille valintaa. Apulaisoikeusasiamies piti käytettyä valintamenettelyä kielen perusteella syrjivänä (”sinänsä puollettava positiivinen erityiskohtelu antaa ratkaisijalle harkintavaltaa, jota käytettäessä on kuitenkin vältettävä loukaamasta hallitusmuodossa taattua kansalaisten yhdenvertaisuutta”).

valintakokeen tarkastuksessa toiseen vaiheeseen. Yksi saamen kielen taitoinen hakija tuli valituksi kiintiössä, mutta hän tuli valituksi myös yleisessä haussa⁴⁷. Vuoden 2019 valinnassa hakijoissa oli yksi saamen kielen taitoinen, mutta hän ei tullut valituksi.

Saamen kielen kiintiö opiskelijavalinnoissa on perusteltavissa perustuslain 17.3 §:lla, jonka mukaan ”[s]aamelaisilla alkuperäiskansana on oikeus ylläpitää ja kehittää omaan kielteensä ja kulttuuriaan. Saamelaisten oikeudesta käyttää kieltä viranomaisessa säädetään lailla”. Saamen kielilain (1086/2003) 12 §:n mukaan saamelaisella on oikeus käyttää viranomaisissa asioidessaan valintansa mukaan suomen tai saamen kieltä. Lain 14 §:n mukaan viranomaisen on henkilöstöä palkatessaan huolehdittava siitä, että sen henkilöstö kussakin virastossa tai muussa toimipaikassa pystyy palvelemaan asiakkaita myös saameksi. Laki koskee muun muassa niitä tuomioistuimia ja valtion piiri- ja paikallisviranomaisia, joiden virka-alueeseen Enontekiön, Inarin, Sodankylän ja Utsjoen kunnat kuuluvat (ks. PeVM 4/2003 vp). Tämä riittää hyvin perusteeksi saamen kieltä taitavien kiintiölle oikeustieteen opiskelijavalinnassa.

Lapin yliopistossa on saamen kielen taitoisille kiintiö myös kasvatustieteellisessä tiedekunnassa (enintään kaksi hakijaa). Perusopetuslain (628/1998) 10 §:n 2 momentin mukaan saamelaisten kotiseutualueella asuvien saamen kieltä osaavien oppilaiden opetus tulee antaa pääosin saamen kielellä, joten saamen kielen taitavia opettajia tulee myös kouluttaa.

Kielikiintiöiden lisäksi on otettu opiskelijavalinnoissa käyttöön ns. ensikerjalaiskiintiöitä. Tähän on tultu vähittäisten uudistusten myötä. Nykyiseen yliopistolakiin (558/2009) otettiin aluksi 36.2 §:iin maininta siitä, että silloin, kun yliopisto-opiskelijoiden määrän rajoittamisen vuoksi ei voi ottaa koulutukseen kaikkia hakijoita, hakijoihin on sovellettava yhdenmukaisia valintaperusteita. Hakijat voidaan kuitenkin erilaisen koulutustaustan vuoksi jakaa valinnoissa erillisiin ryhmiin. Tällöin yhdenmukaisia valintaperusteita on sovellettava samaan ryhmään kuuluviin hakijoihin. Erilaisen ryhmän muodostamiseen rinnastuu myös lisäpisteiden tai hyvitysten antaminen erityisellä perusteella. Eri vuosina suoritettujen ylioppilastutkintojen arvosanoille voidaan antaa erilaisia painoarvoja. Esimerkiksi uusille ylioppilaille voitaisiin antaa lisäpisteitä. Perustuslakivaliokunta piti tätä hyväksyttävänä koulutuspoliittisten tavoitteiden saavuttamiseksi (PeVL 11/2009 vp), vaikka hallituksen esityksessä (HE 7/2009 vp, s. 66) tällainen vaihtoehto vielä torjuttiin aiemman PeVL 19/2004 vp linjan mukaisesti. Samoin apulaisoikeusasiamies oli pitänyt perustuslain yhdenvertaisuussäännöksen vastaisena erään yliopiston menettelyä, jossa ylioppilastodistuksesta saatavia alkupisteitä otettiin huomioon vuoden 2005 opiskelijavalinnassa vain vuosina 2001–2005 suoritetuista ylioppilastutkinnoista (apulaisoikeusasiamie-

47. Lapin yliopistosta heinäkuussa 2018 saamani tieto.

Positiivinen erityiskohtelu: tehokas keino kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta

hen päätös, 24.10.2007, Dnro 1348/4/05, jonka mukaan menettelyssä syyllistytettiin myös ikäsyryntään).

Perustuslakivaliokunta perusteli uudesta yliopistolaista antamassaan lausunnossa 11/2009 vp yliopistolle kuuluvaa ”mahdollisuutta kohtuullisessa määrin suosia tiettyjä yleisin kriteerein määriteltyjä hakijaryhmiä, kuten vastavalmistuneita ylioppilaita” koulutuspoliittisilla tavoitteilla. Niihin luetaan yliopistojen opintoaikojen nopeuttaminen toiselta asteelta korkeakoulutukseen siirtymisen lyhentämiseksi.

Voimassa oleva yliopistolaki (muutos: 256/2015) menee vielä pidemmälle (36 b §). Yliopiston on yhteishaussa varattava osa opiskelupaikoista niille, jotka eivät ole aikaisemmin suorittaneet Suomen koulutusjärjestelmän mukaista korkeakoulututkintoa eivätkä vastaanottaneet korkeakoulututkintoon johtavaa opiskelupaikkaa tai ovat ottaneet opiskelupaikan vasta kevätlukukaudella 2014 tai sitä ennen alkaneesta koulutuksesta, mutta eivät ole suorittaneet korkeakoulututkintoa. Samanlainen lisäys tehtiin myös ammattikorkeakoululain (257/2015) 28 §:ään.

Aiemmin lakeja oli jo muutettu siten, että yliopisto ja korkeakoulu *voivat* halutessaan ottaa käyttöön ensikertalaiskiintiöt. Perustuslakivaliokunnan esittämän kritiikin (PeVL 13/2013 vp ja PeVL 23/2012 vp) johdosta opiskelijaksi ottamista koskevaa yliopistolain pykäläehdotusta muutettiin (482/2013) siten, että ensikertalaiskiintiöitä koskevaan säännökseen lisättiin vaatimus siitä, että yliopiston tulee turvata asianmukaiset hakeutumismahdollisuudet myös korkeakoulututkinnon suorittaneille ja opiskelupaikan vastaanottaneille henkilöille. Lisäksi yliopiston tulee huolehtia siitä, että näihin hakijaryhmiin kuuluvien mahdollisuudet opiskelupaikan saamiseen eivät muodostu hakijoiden yhdenvertaisuuden kannalta kohtuuttoman erilaisiksi. Kohtuullisuutta arvioitaessa otetaan huomioon eri henkilöryhmiin kuuluvien osuus kaikista hakijoista, mahdollisuus siirtyä opintoihin muutoin kuin yhteishaun kautta sekä muut näihin rinnastettavat seikat.

Kun ensikertalaiskiintiöiden käyttöön ottamisesta tehtiin pakollista vuonna 2015 tehdyllä lainmuutoksella (256/2015), perustuslakivaliokunta oli sitä mieltä, että pakollisuudella ei ole merkitystä arvioitaessa ehdotuksia perustuslain 6.2 §:n ja 16.2 §:n kannalta. Valiokunta piti tärkeänä myös, että työttömyysturvainsäädäntöön sisältyvää nuorten opiskelupaikan vastaanottovelvoitetta arvioidaan myös opiskelijakiintiösääntelyn kannalta kohtuuttomien tilanteiden välttämiseksi (PeVL 50/2014 vp).

Kiintiöitä koskevat menettelyt opiskelijavalinnoissa perustuvat lakiin, ja niitä koskevat ongelmat ovat olleet perustuslakivaliokunnan ratkaistavana. Kiintiöt ovat samoin edellytyksin sopusoinnussa myös yhdenvertaisuuslain kanssa. Ensikertalaiskiintiö on kuitenkin monessa mielessä ongelmallinen. Onko siinä kyse positiivisesta erityiskohtelusta? Ensikertalaiskiintiön suhteen koulutuspoliittiset tavoitteet riittivät hyväksyttäväksi perusteeksi eri asemaan saattamiselle (PeVL

23/2012 vp), mikä vaikuttaa perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuden kannalta joksenaan yllättävältä perusteelta. Eri asemaan asettamisen tulisi olla myös oikeasuhtaista.⁴⁸ Tämäkin herättää kysymyksiä, sillä käytännössä ensikertalaisstatuksesta pidetään niin tiukasti kiinni, että haetaan vain yhteen koulutusohjelmaan. Tämä johtaa helposti väliuusiin, vaikka uudistuksen tarkoituksena on nopeuttaa korkeakouluun siirtymistä. Nyt vaikutus on kokonaisuutena ajateltuna usein pikemmin päinvastainen.

Aiemmin asevelvollisuuden suorittamisesta saattoi saada lisäpisteitä, mutta se katsottiin tasa-arvolain voimaantulon jälkeen lain kieltämäksi välilliseksi syrjinnäksi. Vaikka naisetkin nykyään saattavat suorittaa asevelvollisuuden, koskivat asevelvollisuudesta saatavat lisäpisteet käytännössä yhä lähes yksinomaan miehiä. Tuollainen menettely voitaisiin siten katsoa tasa-arvolain kieltämäksi välilliseksi syrjinnäksi.

4.2. Virkaan/työtehtävään valitseminen

Yksi positiivisen erityiskohtelun muoto on vaatimus siitä, että avoinna olevaan työtehtävään tulee valita vähemmistöä tuossa tehtävässä edustavaan ryhmään kuuluva hakija siinä tapauksessa, että hakijat ovat tasaväkisiä. Tällainen käytäntö on yleisempää sukupuolten tasa-arvon edistämistarkoituksessa. Sen, kuten positiivisen erityiskohtelun yleensäkin, täytyy kuitenkin perustua suunnitelmaan tasa-arvolain 9 §:n 4 kohdan mukaan. Lain säätämisen yhteydessä perustuslakivaliokunta totesi, että säännös ei ollut perustuslain (silloisen hallitusmuodon) yhdenvertaisuussäännöksen kannalta ongelmallinen, koska tavoitteena on tosiasiallisen tasa-arvon edistäminen suosimalla heikommassa asemassa olevaa sukupuolta. Koska yksilötasolla suunnitelmaan perustuva suosiminen voi merkitä perusteettomaksi koettavaa erottelua, valiokunnan mukaan eduskunnan tuli kiinnittää huomiota suunnitelma-käsitteen täydelliseen määrittelemättömyyteen (PeVL 1/1986 vp). Säännös ei kuitenkaan muuttunut eduskuntakäsittelyn aikana.

Tasa-arvolaisissa tarkoitettujen suunnitelman sisällöstä ei laissa kuitenkaan sanota mitään. Lain kommentaarissa lähdetään siitä, että suunnitelmassa voidaan esimerkiksi vahvistaa periaate, jonka mukaan vähemmistönä tietyllä alalla olevan sukupuolen edustajia otetaan esimerkiksi koulutukseen pienemmällä muo-

48. Ks. Helsingin Sanomat 27.6.2019, jonka mukaan ”usean hakijan kilpa opiskelupaikasta korkeakoulussa päättyi keskiviikkona pettymykseen, kun oikeustieteellisen alan yhteishakutulokset julkistettiin. Hakijoita valahti jonon varasijoille, vaikka valintakokeen pistemäärän olisi pitänyt oikeuttaa opiskelupaikkaan. Syynä oli ensikertalaiskiintiö. Sen täyttäminen johti Helsingin ja Joensuun yliopistoissa tilanteeseen, jossa huonommin kokeessa suoriutuneita ensikertalaisia kiilautui jatkoon.”

dollisilla edellytyksillä kuin enemmistöön kuuluvia, tai että meriittien ollessa samat tehtävään valitaan vähemmistöön kuuluva hakija.⁴⁹

Yhdenvertaisuuslain positiivista erityiskohtelua koskevassa kohdassa ei mainita suunnitelmasta mitään. Positiivisen erityiskohtelun tulee kuitenkin tässäkin yhteydessä olla suunnitelmallista siinä mielessä, että toimet eivät saa olla mielivaltaisia. Positiivisesta erityiskohtelusta voi olla säännöksiä myös muussa kuin laissa tarkoitettussa yhdenvertaisuus- tai muussa suunnitelmassa, esimerkiksi henkilöstösuunnitelmassa.⁵⁰ Tämä tarkoittaa, että työhönotossa positiivisesta erityiskohtelusta ei voida päättää vasta henkilövalintaa tehtäessä, vaan päätös sen käyttämisestä tulee tehdä etukäteen ja työpaikkailmoituksessa tulee olla tieto siitä.

Unionin tuomioistuimesta on käytäntöä siitä, millä edellytyksillä heikommassa asemassa olevaa ryhmää voidaan suosia yksittäistapauksessa työntekijää valittaessa. Nämä koskevat kuitenkin sukupuolten tasa-arvoa, mutta samat periaatteet sopivat – edellä mainituin varauksin – lähtökohtaisesti myös yhdenvertaisuuslain ja sen lähtökohtana olevien EU:n direktiivien positiivista erityiskohtelua koskeviksi tulkintaperiaatteiksi. *Badeck*-tapauksessa (C-158/97) unionin tuomioistuin ei katsonut EU:n oikeuden vastaiseksi saksalaista lainsäädäntöä, jonka mukaan muun muassa julkishallinnossa naishakijat asetettiin etusijalle ja kaikki pätevyysvaatimukset täyttävät naiset kutsuttiin työhaastatteluun. Tuomioistuin asetti kuitenkin edellytykseksi, että etusija ei saa olla automaattinen ja ehdoton ja että hakemuksia on arvioitava objektiivisesti ottaen huomioon kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät seikat.⁵¹ Toinen tässä yhteydessä tärkeä tapaus on Ruotsia koskenut *Abrahamsson*-tapaus (C-407/98), jossa arvioitiin Ruotsin korkeakouluasetuksen EU:n oikeuden mukaisuutta. Asetus salli positiivisen erityiskohtelun virkojen täytössä niin pitkälle, että etusija voitiin antaa myös henkilölle, joka ei ollut yhtä ansioitunut kuin vastakkaista sukupuolta olevat muut hakijat. Tuomioistuin ei pitänyt tuollaista menettelyä EU:n oikeuden mukaisena, mutta katsoi, että etusijan antaminen on mahdollista silloin, kun hakijat ovat lähes tasaveroisia, kunhan hakemuksia arvioidaan objektiivisesti siten, että kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät erityiset seikat on otettu huomioon.⁵²

49. Niklas Bruun – Pirkko K. Koskinen, *Tasa-arvolaki*. Lakimiesliiton Kustannus 1986, s. 82–87.

50. Karoliina Ahtela ym., *Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus*. Talentum 2006, s. 257–264. Vrt. Mika Valkonen – Seppo Koskinen, *Yhdenvertaisuus työelämässä*. Alma Talent 2018, s. 231.

51. Keskeiset tapaukset esittelee Anttila 2013, s. 270–278.

52. Ks. Bruun 2000, s. 661–666. Vrt. hollantilainen Eindhovenin yliopisto palkkaa puolentoista vuoden aikana vakituisiin virkoihin vain naisia. Yliopiston arvion mukaan tuona aikana tulee avoimeksi noin 150 virkaa. Tämä toteutetaan uuden Irene Curie -ohjelman avulla. Ks. Irene Curie Fellowship (<http://www.tue.nl/en/working-at-tue/scientific-staff/irene-curie-fellowship/>, 9.7.2019). Tätä perustellaan sillä, että monipuolinen työyhteisö toimii paremmin kuin sellainen, jossa on edustettuna vain yhden ryhmän edustajia. Tavoitteena on, että uusista apulaisprofessoreista ainakin puolet olisi naisia ja uusista professoreista ja yliassistentteista vähintään 35 %.

Suomen liittyessä Euroopan unionin jäseneksi tasa-arvolakia muutettiin (206/1995), jotta se täyttäisi paremmin EU:n oikeuden vaatimukset. Tavoitteena oli lisätä aktiivisia toimia tosiasiallisen tasa-arvon toteutumiseksi aikaisempaa paremmin.⁵³ Tasa-arvolain 6 a § edellyttää nyt, että ne työnantajat, joilla on säännöllisesti työsuhteessa vähintään 30 työntekijää, toteuttavat tasa-arvoa edistävät toimet vuosittain laadittavan, erityisesti palkkausta ja muita palvelussuhteen ehtoja koskevan tasa-arvosuunnitelman mukaisesti. Suunnitelma voidaan sisällyttää henkilöstö- ja koulutussuunnitelmaan tai työsuojelun toimintaohjelmaan. Yhdenvertaisuuslain 7 §:ssä asetetaan samanlainen velvollisuus laatia suunnitelma yhdenvertaisuuden edistämiseksi.

Monissa työpaikoissa laaditaan noissa laeissa asetettujen vaatimusten täyttämiseksi yksi asiakirja, esimerkiksi ”Tasa-arvo- ja yhdenvertaisuussuunnitelma”. Näin on tehty esimerkiksi Helsingin ja Tampereen yliopistoissa, ja kummassakin suunnitelmassa on maininta positiivisen erityiskohtelun käytöstä. Tampereen yliopiston suunnitelmassa (2016–2018) tuo säännös on täsmällisempi: ”Yksiköillä on velvollisuus harkita positiivisen erityiskohtelun käyttämistä rekrytoinnissa, kun tehtäväryhmässä on selvä sukupuolinen epätasa-arvo. Positiivista erityiskohtelua on mahdollista soveltaa rekrytoinnissa ainoastaan silloin, kun etusijaa ei automaattisesti ja ehdottomasti anneta aliedustettua sukupuolta olevalle. Tämän lisäksi hakijoiden tulee olla yhtä päteviä tai lähes yhtä päteviä.” Tätä ei ole tietääkseni käytetty kuin joissakin yksittäisissä tapauksissa professuuria alempien tehtävien täytössä.

Edellä mainituilla perusteilla voitaisiin toteuttaa positiivista erityiskohtelua myös yhdenvertaisuuslaissa tarkoitettujen kiellettyjen syrjintäperusteiden pohjalta. Yhdenvertaisuussuunnitelmassa tai esimerkiksi henkilöstösuunnitelmassa voitaisiin velvoittaa työnantaja harkitsemaan positiivista erityiskohtelua rekrytoinneissa esimerkiksi maahanmuuttajien eduksi, sillä he ovat monessa suhteessa muita huonommassa asemassa työmarkkinoilla. Tuskin kuitenkaan olisi työsyrijntädirektiivin kanssa sopusoinnussa, jos työnantaja velvoitettaisiin yhdenvertaisuussuunnitelmassa palkkaamaan automaattisesti neljäsosan työntekijöitten kokonaismäärästä maahanmuuttajia. Positiivinen erityiskohtelu voi toki olla jotain muutakin, esimerkiksi työnantajan maahanmuuttajille kustantamaa kielikoulutusta, johon he saisivat osallistua työajalla palkallisesti. Heitä kohdeltaisiin tässä suhteessa muita työntekijöitä suotuisammin.

53. Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle naisten ja miesten tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta 90/1994 vp ja PeVL 25/1994 vp.

4.3. Muut tavat toteuttaa positiivista erityiskohtelua

Jonkin muita huonommassa asemassa olevan ryhmän positiivinen erityiskohtelu voi perustua myös erillislakiin. Tästä voidaan mainita esimerkkinä vanhusten muita parempi kohtelu joissakin asioissa. Sosiaalihuoltolaki muutettiin vuonna 2005 siten, että kunta on velvollinen järjestämään 80 vuotta täyttäneelle pääsyyntö sosiaalipalvelujen tarpeen arviointiin viimeistään seitsemäntenä arkipäivänä yhteydenotosta. Perustuslakivaliokunta totesi lainmuutoksen osalta, että perustuslaki ei estä tosiasiallisen tasa-arvon (yhdenvertaisuuden) turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua eli jonkin ryhmän asemaa ja olosuhteita parantavia toimia (PeVL 34/2005 vp). Nykyään vastaava, yli 75-vuotiaita koskeva säännös sisältyy uuden sosiaalihuoltolain (1301/2014) 36 §:ään.

Tämän lisäksi voidaan mainita romanien asumistilanteen parantamiseksi säädetty laki mustalaisväestön asunto-olojen parantamisesta (713/1975), joka oli voimassa vuoden 1981 loppuun asti. Sitä perusteltiin positiivisen erityiskohtelun tarpeella. Vaikka tuoreen selvityksen mukaan romanien asunto-olot ovat tasa-arvoistuneet muuhun väestöön verrattuna, ongelmia esiintyy yhä. Romanien on yhä tänä päivänä valtaväestöä vaikeampi saada asuntoa, ja myös romanikulttuurin erityispiirteet saattavat aiheuttaa ongelmia asuntomarkkinoilla.⁵⁴

Lainsäätäjän (eduskunnan) lisäksi positiivista erityiskohtelua voidaan toteuttaa kunnallisessa päätöksenteossa. Positiivinen erityiskohtelu voi perustua esimerkiksi kunnallisen lautakunnan päätökseen, mistä oli kyse silloin, kun Helsingin uimahalleissa oli varattu maahanmuuttajanisille oma uimavuoro (apulaisoikeusasiamiehen päätös, 16.6.2009, Dnro 208/4/08). Maahanmuuttajien omalle uimavuorolle oli uinnin opetuksen ja kotoutumisen edistämiseen liittyviä erityistarpeita. Heille varattu uimavuoro ei ollut myöskään suhteeton yleisiin vuoroihin nähden. Positiivinen erityiskohtelu on tässä tapauksessa tarpeen vain niin kauan, kuin erityiset uintivuorot ovat tarpeen todennettujen haittojen korjaamiseksi.

Hallintolain (434/2003) 6 §:n mukaan viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti. Tähänkin voi sisältyä positiivista erityiskohtelua. Perustelut löytyvät hallituksen esityksestä 72/2002 vp eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta. Sen mukaan tasapuolisuuden vaatimus saa merkityssisältönsä lähinnä perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuusperiaatteesta. Tuo säännös ei estä tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua eli tietyn ryhmän asemaa ja olosuhteita parantavia

54. Ks. Sinikka Törmä – Kari Huotari – Kati Tuokkola, Romanien asuminen ja yhdenvertaisuus. Ympäristöministeriön raportteja 8/2012, jossa käsitellään myös syrjintälautakunnan käytäntöä tuolta osin, s. 33–34 ja Sinikka Törmä – Kari Huotari, Romanien asumisen yhdenvertaisuuden seurantaselvitys. Ympäristöministeriön raportteja 6/2018. Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan käytännöstä ks. romanien asumista koskeva päätös, 26.10.2017, Dnro 254/2017.

toimia. Olennaista on, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla.⁵⁵

Edellä esitetyn mukaisesti korkein hallinto-oikeus katsoi (KHO 2017:115), että ”kaupunginvaltuuston ei voida asiasta päättäessään katsoa menetelleen vastoin tasapuolisen kohtelun vaatimusta eikä yhdenvertaisuusperiaatetta ole loukattu”, vaikka valtuusto oli asettanut ennen vuotta 1942 syntyneet pitkäaikaiset vuokralaiset muita vuokralaisia parempaan asemaan, kun he saivat 15 prosentin alennuksen loma-asuntorakennuspaikkojen vuokraan. KHO:n mukaan valtuuston päätökselle oli olemassa sosiaalisia perusteita sen edistäessä vanhojen vuokralaisten mahdollisuutta säilyttää pitkäaikaiset lomanviettomahdollisuutensa vuokrankorotuksista huolimatta. Perustelut iäkkäiden ihmisten nuorempia parempaan asemaan saattamiselle olivat samantapaiset kuin niin sanotussa jätevesiasiassa. Viimeksi mainitussa asiassa perustuslakivaliokunta katsoi (PeVL 44/2010 vp), että ympäristönsuojelulain nojalla annettujen talousjätevesien käsittelyvaatimusten noudattamisesta voitaisiin vapauttaa muun ohessa kiinteistön haltijat, jotka ovat iäkkäitä tai vaikeassa elämäntilanteessa.

Positiivisesta erityiskohtelusta on kyse myös silloin, kun eräät kunnat ovat myöntäneet muita enemmän rahoitusta sosioekonomisesti huono-osaisimpien alueiden kouluille. Pääsääntöisesti koulujen erilainen rahoitus on ollut paljolti selitettävissä maahanmuuttajataustaisten lasten suurella määrällä tietyllä alueella. Tässä yhteydessä on käytetty niin sanotun positiivisen diskriminaation käsitettä, mitä käsitettä en pidä onnistuneena. Se antaa kovin kielteisen kuvan asiasta, on liian kapea-alainen eikä edes ole hyvää suomea.⁵⁶

Sen sijaan segregaatio ei ole laillista.⁵⁷ Siitä on kysymys, jos jaettaessa ensimmäiselle luokalle tulevia lapsia kahteen rinnakkaisluokkaan jako luokkiin tehdään ensisijaisesti oppilaan äidinkielen perusteella. Tämä merkitsee sitä, että maahanmuuttajataustaiset lapset ovat omassa luokassaan. Jaon tulee sen sijaan perustua lasten suomen kielen taidon yksilölliseen testaukseen (ks. asiaa koskeva syrjäntälautakunnan päätös, 31.1.2006, Dnro 2732/66/2004).

Positiivinen erityiskohtelu voi perustua myös esimerkiksi yksittäisen yrittäjän luomaan käytäntöön, jonka mukaan eläkeläiset, opiskelijat tai työttömät saavat jonkin palvelun muita halvemmalla. Tämä on käytäntönä esimerkiksi useissa

55. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta 72/2002 vp, s. 59.

56. Timo Kauppinen – Venla Bernelius, Koulujen alueelliset haasteet ja rahoituksen kohdentaminen. Selvitys peruskoulujen oppilasalueiden väestön sosioekonomisten resurssien yhteydestä oppilaskohtaiseen rahoitukseen pääkaupunkiseudulla ja Turussa. Opetus- ja kulttuuriministeriön julkaisuja 2013:8. Ks. Antti Rinteen hallituksen hallitusohjelma (3.6.2019), s. 163: ”Varmistetaan tasavertaiset mahdollisuudet yksilöllisillä oppimispoluilla, positiivisen diskriminaation rahoituksella, joustavammalla opetuksella ja riittävällä tuella.”

57. Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin lähtee siitä, että segregaatiossa on kyse syrjinnästä. Kyse oli tapauksesta, jossa romaniperheiden lapset oli sijoitettu etnisen alkuperän perusteella omiin romaniluokkiin. Ks. tarkemmin Orsus ym. v. Kroatia (16.3.2010).

Positiivinen erityiskohtelu: tehokas keino kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta

kylpylöissä tai taidenäyttelyissä taikka museoissa. Usein myös lapset pääsevät puoleen hintaan. Tuolta osin asia on varsin vapaasti harkittavissa; alennuksia ei ole pakko antaa, mutta ne ovat perusteltavissa yhdenvertaisuuslain positiivista erityiskohtelua koskevalla säännöksellä. Esimerkiksi eläkeläisille tai lapsille myönnettävät pysyvätkin alennukset ovat sallittuja edellyttäen, että kyse on rahallisesti suhteellisen vähäisestä edusta. Sen sijaan tasa-arvovaltuutettu on katsonut, että toiselle sukupuolelle kohdistetut tarjoukset ovat tasa-arvolain mukaan mahdollisia ainoastaan, jos kyse on harvoin annettavasta ja rahallisesti suhteellisen pienestä huomionosoituksesta. Jatkuvasti voimassa oleva vain toiselle sukupuolelle tarjottu etuus ei sen sijaan ole tasa-arvolain mukainen (Dnro 6/31/2003).

5. Positiivinen erityiskohtelu yhdenvertaisuuslain soveltamiskäytännön valossa

Positiivisen erityiskohtelun mahdollisuus tuodaan esiin yhdenvertaisuuslakia koskevassa viranomaisinformaatiossa, mutta tunnetaanko sitä käytännössä, on eri asia. Tiedon levittämistarkoituksessa sosiaali- ja terveysministeriön työsuojeluosasto on julkaissut oppaan ”Yhdenvertaisuuden ja syrjinnän valvonta” (2016).⁵⁸

Yhdenvertaisuusvaltuutettu on puolestaan laatinut verkkojulkaisun ”Yhdenvertaisuuden edistäminen ja positiivinen erityiskohtelu”, jossa luetellaan lukuisia erilaisia tilanteita, joissa positiivinen erityiskohtelu tulee yhdenvertaisuuslain mukaan kyseeseen.⁵⁹ Siinä korostetaan etenkin erityiskohtelun suunnitelmallisuutta, väliaikaisuutta ja oikeasuhtaisuutta. Yhtenä esimerkkinä mainitaan sellainen mahdollisuus, että peruskoulu järjestää romanioppilaille romanitaustaisia koulunkäyntiavustajia. Toimenpiteellä pyritään edistämään romanilasten koulutusedellytyksiä sekä parantamaan kodin ja koulun välistä kommunikaatiota. Romanilapsilla on havaittu olevan runsaasti poissaoloja, ja heidän koulumenestyksensä on muita heikompaa. Lisäksi romanilapset keskeyttävät opintonsa muita useammin. Toimenpide on kuitenkin väliaikainen, ja se lopetetaan viimeistään, kun ongelma koulunkäynnissä on ratkaistu.⁶⁰

58. Työsuojeluvalvonnan ohjeita 2/2016. Sosiaali- ja terveysministeriö 2016.

59. Yhdenvertaisuusvaltuutettu: Yhdenvertaisuuden edistäminen ja positiivinen erityiskohtelu, <https://www.syrjinta.fi/documents/10181/36404/Positiivisen+erityiskohtelun+opas> (31.3.2019).

60. Ks. myös Susanna Rajala (toim.), Romanioppilaiden perusopetuksen tuen hyviä käytäntöjä. Opetushallitus, Oppaat ja käsikirjat 2011:4 ja Susanna Rajala – Satu Blomerus, Katsaus aikuisen romanien koulutustaustoihin. Opetushallitus, Raportit ja selvitykset 2015:8.

Vaikka yhdenvertaisuussuunnitelman tai vastaavan laatiminen on pakollista laissa määritellyin ehdoin, on niissä vain harvoin positiivista erityiskohtelua koskevia säännöksiä. Sama koskee myös henkilöstösuunnitelmia. Suunnitelmallisuus on kuitenkin avainsana positiivisen erityiskohtelun kohdalla. Positiivisen erityiskohtelun mahdollisuudesta tulee olla maininta organisaation yhdenvertaisuus- ja tasa-arvosuunnitelmassa tai organisaation päätöksentekojärjestelmän etukäteen tekemässä periaatteellista merkitystä omaavassa päätöksessä. Positiivisen erityiskohtelun suunnitelmallisuus tarkoittaa sitä, että esimerkiksi maahanmuuttajanaisten omista uimavuoroista on oltava maininta uimahallin käyttöä säännöissä, jolloin se on kaikkien tiedossa etukäteen.

Juuri suunnitelmallisuuden puuttuminen oli ongelmana yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan käsittelemässä positiivista erityiskohtelua koskevassa tapauksessa (päätös, 11.6.2018, Dnro:t 246/2017 ja 390/2018). Tapauksessa oli kysymys siitä, että Kela hyväksyi yhdessä tapauksessa paikallisten olosuhteiden vuoksi muunkin kuin Kelan vaatimusten mukaisen tulkin käyttämisen, mutta ei hyväksynyt sitä toisessa tapauksessa, joka saatettiin lautakunnan käsiteltäväksi. Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta piti edellistä tapausta hyväksyttävänä, koska kyse oli positiivisesta erityiskohtelusta, mutta kysyi perusteita tällaiselle menettelylle, koska hakijan kohdalla ei tehty samanlaisessa tilanteessa vastaavaa poikkeusta positiivisen erityiskohtelun nimissä. Lautakunnan mukaan hakijan kohdalla oli siten kyse välittömästä syrjinnästä. Jotta tuollaiselta vältyttäisiin, Kelan pitäisi etukäteen ilmoittaa, millä edellytyksin tulkkien käyttöä koskevasta yleislinjasta voidaan poiketa yksittäisessä tapauksessa sen erityisolosuhteiden vuoksi.

Yhdenvertaisuuslaissa tarkoitettua positiivista erityiskohtelua koskevia tapauksia ei juurikaan löydy edellä mainitun tapauksen lisäksi edes yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan tähänastisesta käytännöstä. Edellä mainittu tulkin käyttöä koskeva tapaus on harvoja poikkeuksia, mutta siinäkin positiivisen erityiskohtelun mainitaan vain lyhyesti. Toisena tapauksena voidaan mainita yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan päätös 18.6.2018, Dnro 314/2017. Hakija katsoi tullessa syrjityksi vammaisuutensa perusteella, kun häntä ei ollut kutsuttu koulun järjestämään yleiseen tutustumispäivään pidennetyn oppivelvollisuutensa tai esiopetusta tai perusopetuksen ensimmäistä luokkaa edeltävästi. Hänet oli kutsuttu tutustumaan kouluun hänelle erikseen järjestettynä ajankohdaksi. Kyse oli positiivisesta erityiskohtelusta. Lautakunnan mukaan asiassa ei ollut syntynyt syrjintäolettamaa, ja se hylkäsi hakemuksen.

Työsuhdetta koskevia tapauksia ei lautakunta sen sijaan saa käsiteltäväkseen eikä siten voi ottaa kantaa positiiviseen erityiskohteluun työelämässä. Lautakunnan toimivaltaa on rajoitettu siten, että yhdenvertaisuuslain noudattamista työsuhteessa ja julkisoikeudellisessa palvelussuhteessa sekä työharjoittelussa ja muussa vastaavassa toiminnassa työpaikalla sekä työhönotossa valvovat lain 22 §:n mukaan työsuojeluviranomaiset eivätkä yhdenvertaisuusvaltuutettu ja

Positiivinen erityiskohtelu: tehokas keino kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta

yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta, jotka muutoin valvovat lain noudattamista. Tämä on koettu puutteeksi, sillä oikeusturvassa on nyt merkittäviä eroja sen mukaan, mistä syrjintäperusteesta on kyse (PeVL 31/2014 vp).⁶¹ Myös yhdenvertaisuusvaltuutettu kiinnitti tähän huomiota eduskunnalle vuoden 2018 valtiopäivillä antamassaan kertomuksessa.⁶²

Positiivista erityiskohtelua koskevaa käytäntöä ei muissakaan asioissa löydy enemmälti edes laillisuusvalvontaviranomaisilta⁶³ tuomioistuimista puhumattakaan. Muutama tapaus löytyy korkeimman hallinto-oikeuden käytännöstä; kyse on ikääntyneiden saamasta positiivisesta erityiskohtelusta (KHO 2017:115). Lisäksi Helsingin hovioikeus on yhdessä päätöksessään todennut, että vaikka Jehovan todistajat oli vapautettu asevelvollisuudesta, tämä ei kuitenkaan täyttänyt niitä vaatimuksia, joita voidaan asettaa sille, että kysymyksessä olisi ”jonkin ryhmän asemaa vahvistava hyväksyttävä positiivinen syrjintä”.⁶⁴

6. Lopuksi

Yhteenvetona voidaan todeta, että positiivisen erityiskohtelun merkitys on jäänyt vähäiseksi. Pintapuolisesti tarkasteltuna voitaisiin sanoa, että ikääntyneet ihmiset ja lapset ovat hyötynet siitä eniten, nimenomaan ryhmänä. Esimerkiksi maahanmuuttajien eduksi sitä on käytetty hyvin varovasti. Heille ei ole turvattu kiintiöitä koulutusvalinnoissa, mistä tulisi tietenkään säätää lailla. Uppsalan yliopistossa oli oikeustieteellisessä tiedekunnassa 30 ulkomaalaisen opiskelijan kiintiö, mutta Ruotsin korkein oikeus katsoi sen laittomaksi (HD, 21.12.2006, Mål nr T 400–06). Tästä ei vielä voida tehdä Suomea koskevia johtopäätöksiä.

Toisaalta täytyy myöntää, että positiivisen erityiskohtelun käsite on yhä melko epäselvä, ja tämä pitää paikkansa sekä kansainvälisten ihmisoikeussopimusten, perustuslain että yhdenvertaisuuslain kohdalla. Siihen liittyy niin vahvoja poliittisia ennakkoluuloja, että sen toteuttaminen on käytännössä hyvin vaikeaa, vaikka laki sen salliikin. Sen paremmin perustuslakivaliokunta kuin

61. Siitä, miten valvonta käytännössä toimii, ks. Syrjinnän kiellon valvonta Etelä-Suomessa vuonna 2016. Työsuojeluhallinnon julkaisuja 6/2017. Ks. myös Milla Aaltonen – Päivi Heino – Susan Villa, ”Riiteleminen on pienelle ihmiselle raskasta”. Selvitys syrjinnän uhrien oikeusturvakeinojen saavutettavuudesta ja vaikuttavuudesta. Sisäasiainministeriön julkaisu 13/2013. Noiden selvitysten aineistosta ei löydy positiivista erityiskohtelua koskevia tapauksia.

62. https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Kertomus/Documents/K_6+2018.pdf ja TyVM 14/2018 vp (piti asiaa selvittämisen arvoisena).

63. Aiemmin tekstissä mainittujen lisäksi ks. eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 12.3.2004, Dnro 1277/2/03 koskien priorisointia hammashuollon järjestämisessä.

64. Helsingin hovioikeus, 23.2.2018, ratkaisu n:o 108226.

tuomioistuimetkaan eivät ole määritelleet tarkemmin positiivista erityiskohtelua. Tuota sanaa on käytetty nimenomaisesti vain ikääntyneitä ihmisiä ja lapsia koskevaa lainsäädäntöä käsiteltäessä perustuslakivaliokunnassa (PeVL 34/2005 vp ja 41/2010 vp), ja korkein hallinto-oikeus on käyttänyt samantapaisessa tilanteessa (KHO 2017:115) positiivisen erityiskohtelun käsitettä. Yliopistolainsäädäntöä käsiteltäessä ei positiivisen erityiskohtelun käsite nouse lainkaan esille, vaikka siinä on kyse kielen perusteella eri asemaan saattamisen oikeutuksesta valintakokeessa käytettävien kielikiintiöiden yhteydessä (PeVL 3/1997 vp). Hyväksyttävä peruste eri asemaan asettamiselle löytyy perustuslain 17 §:stä.

Positiivisella erityiskohtelulla on Suomessa julkisessa keskustelussa jokseenkin huono maine, mikä osoittaa, että asiaa ei tunneta kunnolla. Tilannetta ei ainakaan paranna se, että toisinaan puhutaan ”positiivisesta käänteisestä diskriminaatiosta”. Positiivinen erityiskohtelu liitetään usein naiseen (”kiintiönaiset”) ja ruotsinkielisen vähemmistön aseman turvaamiseen. Toki näissäkin asioissa positiivista erityiskohtelua esiintyy, mutta huomattavasti vähemmän, kuin julkisen keskustelun perusteella voitaisiin olettaa. Toinen harhakäsitys liittyy tuomioistuinten asemaan; niillä ei ole Suomessa positiivista erityiskohtelua koskevan käytännön luomisessa keskeistä asemaa. Tässä ehkä ajatellaan enemmän Yhdysvaltain järjestelmää tai unionin tuomioistuimen käytännöstä kuultua.

Suomen tilanne on siten kaukana Yhdysvaltain tilanteesta, jossa korkeimmalla oikeudella on ollut keskeinen rooli positiivisen erityiskohtelun kehittämisessä, ja korkeimman oikeuden kokoonpano riippuu paljon presidentistä. Kysymys on siten hyvin poliittinen, etenkin kun positiivinen erityiskohtelu on koskenut pääasiassa afro-amerikkalaista väestöä. Unionin tuomioistuimen tilanne on erilainen. Vuodesta 1996 (*Kalanke*-tapauksesta) alkaen unionin tuomioistuimen maine ”naisystävällisenä tuomioistuimena” on kärsinyt, sillä aina 1970-luvun alusta (*Defrenne*-tapauksista) alkaen siihen luotettiin vahvasti naisten aseman parantajana.⁶⁵ Muiden syrjintädirektiivien osalta unionin tuomioistuimella ei ole ollut samanlaista roolia.

65. Tarkemmin ks. Nieminen 1991 ja Liisa Nieminen, Eurooppalainen sosiaalioikeus. Lakimiesliiton Kustannus 1998, s. 255–264. Kalanke-tapauksen jälkeen EU on ainakin joillakin tahoilla alettu nähdä jo uhkana Pohjoismaiden tasa-arvopoliitikalle Ks. Johanna Kantola, Gender and the European Union. Palgrave Macmillan 2010, s. 195–213.

Positive Action: an efficient method to promote de facto equality or mere empty words?

LIISA NIEMINEN, LL.D., University Lecturer, University of Helsinki

This article deals with the *Non-Discrimination Act* (1325/2014) which includes a provision on positive action (Section 9). The section is written in the same way as the similar article in the CEDAW Convention: “Proportionate different treatment that aims to promote *de facto* equality, or to prevent or remove the disadvantages attributable to discrimination, does not constitute discrimination”.

The author first looks into the history and background of the positive action. It is known also in the Finnish Constitution, many human rights conventions and EU law. Positive action comes from the USA but there it is called “reverse discrimination” especially in the connection of racial discrimination.

The original function of positive action (reverse discrimination) was to remedy past discrimination. It can be used also to promote *de facto* equality without the idea of compensation. Especially elderly people may be eligible for some social benefits that do not belong to younger persons.

Next, the author looks into the different ways to use positive action. Quotas are the most usual way. In Finland, quotas are used to help minority-language speakers in universities (Swedish-speaking students at the University of Helsinki and Sámi-speaking students at the University of Lapland). Such quotas are justified by the need for lawyers and physicians who can also help Swedish- or Sámi-speaking clients and patients.

At the end, the author considers the practice of positive action. Has it been effective in promoting *de facto* equality? Could it be used more often than it is used today? The law provides ample opportunities. In Finland, there are many groups that are in need of help: e.g., the elderly, Roma, poor immigrants, asylum seekers. It is a political decision to use positive action to help them.