

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XXXVIII

2005

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

© 2005 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 951-855-246-0

ISBN 978-951-855-733-6 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

Outi Anttila

**SUKUPUOLISYRJINNÄN KIELTO
SUOMEN JA EU:N OIKEUDESSA**

Sisällys

1	JOHDANTO	81
1.1	Artikkelin lähtökohdat	81
1.2	Yhdenvertaisuusperiaate	84
1.3	Välittömän ja välillisen sukupuolisyrynnän käsitelmäärityt lainsäädännössä	88
1.3.1	Määrittelyt EU:n oikeudessa	88
1.3.2	Määrittelyt tasa-arvolaisissa	91
1.4	Jaetun todistustaakan periaate	93
2	SYRJINTÄOLETTAMAN LUOMINEN	94
2.1	Välitön syrjäntä	94
2.1.1	Syrjäntäperusteena sukupuoli	94
2.1.2	Eri asema	95
2.1.2.1	Vertailu	95
2.1.2.2	Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus	97
2.2	Välillinen syrjäntä	101
2.2.1	Syrjäntäperusteena vanhemmuus tai perhehuoltovelvollisuus	101
2.2.2	Neutraali peruste johtaa tosiasiasa epäedulliseen asemaan	104
2.2.2.1	Epäedullinen asema	105
2.2.2.2	Vertailupiirien muodostaminen	107
2.2.2.3	Haitta kohdistuu naisiin – tilastot vai yleinen sosiologinen tieto?	111
2.2.2.4	Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus välillisessä syrjäntässä	118
3	SYRJINTÄOLETTAMAN KUMOAMINEN	121
3.1	Välitön syrjäntä	122
3.2	Välillinen syrjäntä	126
3.2.1	Esimerkkinä KKO 2004:59 – tapauksen esittely	132
3.2.2	Esimerkkinä KKO 2004:59 – ratkaisun kritiikkiä	134

4 KOOTUSTI SYRJINNÄN ELEMENTEISTÄ	136
5 LOPUKSI	140
LÄHTEET	141
OIKEUSTAPAUKSET	144
THE PROHIBITION OF SEX DISCRIMINATION IN FINNISH AND EU LAW	148

Sukupuolisyrynnän kieltö Suomen ja EU:n oikeudessa

1 JOHDANTO

1.1 Artikkelin lähtökohdat

Naisten ja miesten välinen tasa-arvo työelämässä on tunnustettu tärkeäksi tavoitteeksi, johon pyritään niin kansainvälisillä, EU:n kuin kansallisilla-kin foorumeilla. Sukupuoleen perustuva syrjintä kielletään paitsi perustuslaissamme ja alemmantasoisessa lainsäädännössämme, myös EU:n oikeudessa ja monissa muun muassa YK:n, kansainvälisen työjärjestön ILO:n sekä Euroopan neuvoston piirissä solmituissa ihmisoikeussopimuksissa.¹ Yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltöä koskevilla säännöksillä onkin perinteisesti ollut keskeinen asema perus- ja ihmisoikeusjärjestelmässä.² Tässä artikkelissa lähtökohtani on kuitenkin Suomen tasa-arvolaisissa (laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta, 609/1986) ja EU:n oikeudessa³. Tarkoitukseni on tästä huolimatta ottaa esiin myös perus- ja ihmisoikeusnäkökulma sellaisissa tilanteissa, joissa tällaisen näkökulman huomioivalla laintulkinnalla olisi mahdollista saavuttaa vallitsevasta doktriinista poikkeavia ratkaisuja. Näiltä osin merkittävin naisten asemaa parantamaan pyrkivä sopimus on YK:n kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women eli CEDAW, SopS 67–68/1986).⁴

¹ Sukupuolten tasa-arvoon pyritään myös muilla keinoin kuin kieltämällä syrjintä, kuten erilaisten positiivisten toimien avulla tai sisällyttämällä sukupuolinäkökulma kaikkeen päätöksentekoon ja toimintaan (valtavirtaistaminen).

² *Scheinin* 1999 s. 231.

³ Käytän artikkelissa selvyuden vuoksi termiä *EU:n oikeus*, vaikka tasa-arvodirektiivit ovatkin osa Euroopan *yhteisöjen* lainsäädäntöä.

⁴ Muita YK:n piirissä laadittuja tärkeitä sopimuksia ovat mm. kansalaisyhteisöjä ja po-

Uudistettu tasa-arvolaki (15.4.2005/232) on tullut voimaan 1.6.2005. Uudistus oli tarpeen ennen kaikkea EU:n oikeudessa tapahtuneen kehityksen vuoksi. Laissa on nyt muun muassa määritelty välitön ja välillinen syrjintä EU:n oikeuden mukaisesti, kuitenkin niin, että kansalliset ominaispiirteet ja suojan taso on pyritty säilyttämään.⁵ Tässä artikkelissa tarkoitukseni on tarkastella, minkälaisista elementeistä välittömän ja välillisen syrjinnän kiellot muodostuvat Suomen ja EU:n tasa-arvo-oikeudessa, miten nämä kaksi eri syrjinnän muotoa eroavat toisistaan ja mikä niiden keskinäinen suhde on.⁶ Pääpaino on välillisessä syrjinnässä, sillä käsite on jäänyt huomattavasti tuntemattommaksi kuin välitön syrjintä, eikä siitä ole juurikaan suomalaista tutkimusta. Välillisen syrjinnän kiellon tarkastelussa korostuu EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntö, jossa käsite on kehittänyt pisimmälle.

Artikkelini lähtökohtana on tasa-arvolain 7 §, joka sisältää syrjinnän yleiskiellon. Tätä täydentää 8 §:n työelämän syrjintäkielto, jossa määritellään yksityiskohtaisemmin, minkälainen menettely työelämässä on syrjintää. Artikkelini käsittelee yksinomaan työelämän tyyppillisiä syrjintätilanteita.⁷ Seksuaalinen häirintä ja häirintä sukupuolen perusteella, syrjintä

liittisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (KP-sopimus, SopS 7–8/1976) ja taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (TSS-sopimus, SopS 6/1976), Euroopan neuvoston piirissä solmittu yleissopimus ihmisoi-
keuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus, SopS 63/1999) ja Euroopan sosiaalinen peruskirja (SopS 43–44/1991) sekä ILO:n yleissopimukset kuten nro 111 (SopS 63/1970), joka koskee työmarkkinoilla ja ammatin harjoittamisen yhteydessä tapahtuvaa syrjintää. EU:ssa sukupuolten tasa-arvon periaate ja syrjinnän kieltö sisältyvät paitsi tasa-arvodirektiiveihin, ovat myös tunnustettu perusoikeudeksi niin EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä, perustamissopimuksissa kuin perusoikeuskirjassa.

⁵ KM 2002:9 s. 77.

⁶ Suomessa aiheesta on kirjoittanut *Anja Nummijärvi* tuoreessa väitöskirjassaan ”Palkkasyrjintä. Oikeudellinen tutkimus samapalkkaisuuslainsäädännön sisällöstä ja toimivuudesta” (2004). Myös *Liisa Nieminen* ja *Kevät Nousiainen* ovat tarkastelleet sukupuolten tasa-arvoon liittyviä asioita EU:n oikeuden näkökulmasta. Ks. myös *Pirkko K. Koskisen* ja *Niklas Bruunin* teos Tasa-arvolaki (2. painos vuodelta 1997).

⁷ Syrjintä on kielletty myös muilla aloilla kuin työelämässä. CEDAW-sopimus kattaa työelämän (11 artikla) lisäksi muun muassa poliittiset oikeudet (7 artikla), koulutuksen (10 artikla), terveydenhuollon (12 artikla), talous- ja yhteiskuntaelämän (13 artikla) ja perhe-elämän (16 artikla). Myös tasa-arvolain soveltamisala on yleinen, eli sitä sovelletaan kaikilla elämänalueilla, joita ei nimenomaisesti ole jätetty sen soveltamisalan ulkopuolelle (lain 2 §:n mukaan lakia ei sovelleta uskonnollisten yhdyskuntien uskonnonharjoitukseen liittyvään toimintaan eikä yksityiselämän piiriin kuuluviin suhteisiin). Lain 11 §:n mukaisesti hyvitystä voidaan vaatia tuomioistuimessa kuitenkin vain lain 8 sekä 8 a–8 d §:n rikkomisesta. EU:n oikeudessa työelämän tasa-arvo on ollut keskeisellä sijalla, nyt uuden palveludirektiivin (neuvoston direktiivi 2004/113/EY, annettu 13 päivänä joulukuuta 2004, miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla. EYVL L 373, 21.12.2004 s. 37–43) myötä su-

sukupuolen korjauksen perusteella sekä käsky tai ohje syrjiä sukupuolen perusteella määritellään myös sukupuolisyrynnäksi. Nämä erityiset syrjinnän muodot olen kuitenkin rajannut tarkasteluni ulkopuolelle. En käsittele myöskään sukupuolisyryntää rikoksena.⁸

Tasa-arvolain säännösten tulkinnassa EU:n oikeudella on suuri merkitys, sillä käsitteet ovat kehittyneet etenkin EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Kuten *Pentikäinen* on todennut, EU:n oikeus voidaankin nähdä joko merkittävänä mahdollisuutena tai suurena uhkana naisten aseman parantamiselle, riippuen muun muassa EY:n tuomioistuimen suhtautumisesta tasa-arvon edistämiseen.⁹ Yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys ovat myös keskeisiä perus- ja ihmisoikeuksia. Vaikka artikkeli perustuu Suomen tasa-arvolain ja EU:n tasa-arvo-oikeuden mukaisiin syrjinnän kieltoihin, tarkastelen myös perus- ja ihmisoikeuksien vaikutusta tasa-arvolakiin sisältyvien syrjinnän käsitteiden tulkinnassa,¹⁰ ts. sitä, kuinka tasa-arvolakia tulisi tulkita perustuslain 22 §:n edellyttämällä perusoikeusmyönteisellä ja ihmisoikeusystävällisellä tavalla.¹¹ Tarkoitukseni ei niinkään ole selvittää ihmisoikeuksien kansainvälistä valvontajärjestelmää tai niiden suhdetta valtiosisäiseen oikeuteen. En tässä artikkelissa käy myöskään systemaattisesti läpi ihmisoikeusasiakirjojen sisältöä tai oikeuskäytäntöä.

Seuraavaksi on syytä tarkastella lyhyesti syrjintäkieltojen taustalla olevaa yhdenvertaisuusperiaatetta. Tämän jälkeen käyn läpi syrjinnän käsitteet siten kuin ne on määritelty EY:n lainsäädännössä ja tasa-arvolaisissa. Johdantokappaleen lopuksi esittelen jaetun todistustaakan periaatteen, jonka mukaisesti loppuosa artikkelistani etenee.

kupuolisyrynnän kielto ulotetaan myös työelämän ulkopuolelle, tavaroiden ja palvelujen tarjontaan.

⁸ Ks. rikoslain 11 luvun 9 § ja 47 luvun 3 §.

⁹ *Pentikäinen* 1999 s. 136.

¹⁰ Ns. perus- ja ihmisoikeuksien tulkintavaikutus. Perusoikeussäännösten oikeusvaikutusten jaottelusta, Ks. *Karapuu* 1999 s. 82.

¹¹ Valtiosääntöoikeudessa oppi perusoikeusmyönteisestä ja ihmisoikeusystävällisestä laintulkinnasta tarkoittaa sitä, että lainsäädännön perusteltavissa olevista tulkintavaihtoehtoista tulee valita se, joka parhaiten edistää perus- ja ihmisoikeuksien tarkoituksen toteutumista. HE 1/1998 vp s. 53–54 ja s. 162–164, PeVL 2/1990 ja PeVM 25/1994 s. 4. Perus- ja ihmisoikeusystävällisen laintulkinnan perustuslaintasoinen normatiivinen perusta on PL 22 §:ssä, jonka mukaan ”julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen”. Tämä yleinen turvaamisvelvollisuus koskee muun muassa lainsäätäjää, hallintoviranomaista ja tuomioistuinta (*Scheinin* 1999 s. 199–200). Tuomioistuimilta edellytetään perusoikeusmyönteistä tulkintaa myös silloin, kun sovellettavana on yksityisten, kuten työnantajien ja työntekijöiden, välisiä suhteita (*Tuori* 1999 s. 670).

1.2 Yhdenvertaisuusperiaate

Sekä syrjinnän kieltojen että erilaisten positiivisten toimien ja valtavirtaistamisen taustalla olevana päämääränä nähdään sukupuolten välisen yhdenvertaisuuden periaate.¹² Yhdenvertaisuusperiaate onkin laajempi käsite kuin pelkkä syrjinnän kieltö, sillä tasa-arvon edistäminen muilla keinoin kuin kieltämällä syrjintä on myös yhdenvertaisuusperiaatteen toteuttamista. Syrjintäkieltojenkin päämääränä oleva yhdenvertaisuusperiaate on ymmärretty eri tavalla eri syrjinnän muotojen kohdalla. Väliittömän syrjinnän kieltö tarkoittaa sitä, että ketään ei saa asettaa huonompaan asemaan kielletyllä, kuten sukupuolen, perusteella. Tämä liitetään yleisesti muodolliseen yhdenvertaisuuteen, jolloin lähtökohtana on ollut Aristoteleelta peräisin oleva maksimi: samanlaisia on kohdeltava samalla tavalla, erilaisia eri tavalla.¹³ Kuten *Scheinin* on esittänyt, muodollisen yhdenvertaisuuden symbolia edustaa kuva oikeuden jumalattaresta silmät sidottuina.¹⁴ Oikeuden tulee olla sokea ihmisten välisille sellaisille eroille, joilla ei lain mukaan saa olla merkitystä asian ratkaisemisessa.

Feministit ovat kritisoineet muodollisen yhdenvertaisuuden periaatetta siitä, että sen avulla ei päästä käsiksi yhteiskunnan syrjiviin rakenteisiin, naisten ja miesten välisen epätasa-arvon todellisiin syihin.¹⁵ Yhdenvertaisuus samanlaisuutena tarkoittaakin naisille vain pääsyä maailmaan, jonka miehet ovat jo valmiiksi luoneet. Yhdenvertaisen kohtelun standardi eli se, mihin naisten saamaa kohtelua verrataan, on tällöin kovin miehinen. Tämä lähtökohta ei ota huomioon naisten ja miesten välisiä eroja, kuten sitä, että ainakin toistaiseksi naiset ovat perheissä niitä, jotka synnyttävät ja kantavat päävastuun pienten lasten hoidosta, tai sitä, että työmarkkinat ovat Suomessa vahvasti segregoituneet sukupuolen perusteella. Jotta naisille ei aiheutuisi tästä kohtuutonta haittaa, on yhdenvertaisuuden käsitettä laa-

¹² Ks. esim. *Bell* 2003, jonka mukaan yhdenvertaisuus ymmärretään EU:n oikeudessa kolmella eri tavalla: 1) syrjimättömyytenä, jolloin tavoitteena on muodollinen yhdenvertaisuus, ja jolloin korostetaan vertailtavien tilanteiden samankaltaisuutta eli vertailukelpoisuutta, 2) pyrkimyksenä tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen, mikä näkyy mm. välillisen syrjinnän kiellon ja positiivisten toimien kehittymisenä EU:n oikeudessa sekä 3) moninaisuutena (diversity), jolloin yhdenvertaisuusperiaatteen käsitettä määriteltäessä otetaan huomioon erilaisten ja eri tilanteissa olevien ihmisten erilaiset tarpeet. Ks. myös mm. *Fredman* 2002, *Barnard* ja *Hepple* 2000, *Wentholt* 1999.

¹³ Ks. esim. *Scheinin* 1999 s. 233–239 ja *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 562. *Mahoney* (1994 s. 442) toteaa, että useimmissa maailman maissa yhdenvertaisuus ymmärretään aristotelisessä mielessä muodollisena.

¹⁴ *Scheinin* 1999 s. 234.

¹⁵ Ks. mm. *Fredman* 2002, *Lacey* 1992, *Barnard* 1998.

jennettava kohti tosiasiallista tasa-arvoa, joka ottaa huomioon myös ihmisten väliset erot, yhteiskunnassa vallitsevat sosiaaliset, kulttuuriset, taloudelliset ja muut de facto tosiasiat, sukupuolittuneet rakenteet ja käytännöt sekä sovellettavien sääntöjen tai tietyn käytännön vaikutukset.¹⁶ Kuten *Scheinin* toteaa, pyrkimyksenä on tällöin yhteiskunnassa esiintyvän tosiasiallisen eriarvoisuuden huomioon ottaminen ja sen poistaminen.¹⁷ Myös hallituksen perusoikeusuudistusta koskeneessa esityksessä tuodaan esiin, että perustuslain 6 § 1 momentin yhdenvertaisuusnormi sisältää paitsi perinteisen vaatimuksen muodollisesta yhdenvertaisuudesta, myös ajatuksen tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta, jonka edistämiseksi voidaan esimerkiksi lainsäädännössä kohdella ihmisiä eri tavoin tietyn yhteiskunnallisen intressin vuoksi.¹⁸

Murrosvaihe yhdenvertaisuusperiaatteen kehityksessä on havaittavissa jo 1960-luvulla, jolloin yhdenvertaisuus alettiin ymmärtää laajemmin kuin vain muodollisesti samanlaisena kohteluna.¹⁹ Vuonna 1979 laadittu YK:n CEDAW-sopimus nähdään juuri tällaisena, muodollisen yhdenvertaisuuden käsitteen ylittävänä sopimuksena, jonka avulla kyettäisiin puuttumaan syrjinnän rakenteellisiin muotoihin ja toteuttamaan tosiasiallinen yhdenvertaisuus. CEDAW-sopimusta onkin pidetty hyvin tärkeänä instrumenttina naisia syrjivien tapojen ja käytäntöjen muuttamisessa ja stereotyyppisten sukupuoliroolien murtamisessa.²⁰

Välittömän syrjinnän kieltö on lähentynyt tosiasiallisen tasa-arvon periaatetta, sillä syrjintä raskauden perusteella on määritelty nimenomaan välittömäksi syrjinnäksi. Näin ollen työntekijää ei pääsääntöisesti saa asettaa huonompaan asemaan raskauden vuoksi, vaikka tämä onkin olennaisesti erilaisessa tilanteessa kuin muut työntekijät. Raskaussyrjinnän kiellon lisäksi välillisen syrjinnän kieltö nähdään siirtymänä muodollisesta yhdenvertaisuusperiaatteesta kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta.²¹

USA:n korkein oikeus käytti välillisen syrjinnän käsitettä ensimmäisen kerran vuonna 1971 tapauksessa *Griggs v. Duke Power Company*.²² Kyse oli yhtiön menettelystä, jossa se edellytti tiettyihin työtehtäviin pyrkiviltä

¹⁶ Tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta, Ks. esim. *Bell* 2003 s. 94–95, *Fredman* 2002, *Barbera* 2003, *Barnard* ja *Hepple* 2000, *Wentholt* 1999. Ks. myös *Hervey* 1999.

¹⁷ *Scheinin* 1999 s. 234.

¹⁸ HE 309/1993 vp s. 42–43.

¹⁹ *Nousiainen* 2001 s. 223.

²⁰ *Charlesworth* 2000 s. 229–231, *Mahoney* 1994 s. 438 ss., *Cook* 1994.

²¹ *Bell* 2003 s. 95, *Loenen* 1999, *Wentholt* 1999 s. 62, *Prechal* 2004 s. 537.

²² *Griggs v. Duke Power Company* 401 U.S. 424, 1971.

työntekijöiltään ylioppilastodistusta ja kirjallisen kokeen suorittamista. Monet afroamerikkalaiset työntekijät eivät kuitenkaan täyttäneet näitä vaatimuksia. Tuomioistuimien totesikin, että ”[Civil Rights Act] proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation”.²³ Välillisen syrjinnän doktriini siirtyi ensin Isoon-Britanniaan ja sitä kautta EY:n tuomioistuimen kansalaisuus- ja sukupuolisyryntätapauksiin, vaikka itse perustamissopimuksessa ei välillisen syrjinnän kieltoa ollutkaan. Kansallisuutta koskevissa asioissa kehitys alkoi jo vuonna 1974 tapauksessa *Sotgiu*²⁴, ja sukupuolisyryntäasioissa vuonna 1981 tapauksessa *Jenkins*²⁵, jossa kyse oli osa-aikaisten ja kokoaikaisten työntekijöiden erilaisesta kohtelusta. Etenkin osa-aikaisesti työskentelevien naisten asema on parantunut välillisen syrjinnän kiellon kautta, millä on huomattava merkitys niissä maissa, joissa osa-aikatyö on naisten pääasiallinen keino yhdistää työ ja perhe-elämä.²⁶

*Sacha Prechal*in mukaan monien maiden oikeusjärjestyksissä välillisen syrjinnän käsite oli tuntematon vielä 1980-luvulla, jolloin EY:n tuomioistuimien otti käsitteen käyttöön. Vain Isossa-Britanniassa käsite oli tuttu Yhdysvaltojen kautta. *Prechal* väittää, että käsitettä ei edelleenkään tunneta edes EU-juristien piirissä. Käsitteen soveltaminen ja välillisen syrjinnän havaitseminen tuottaa siis edelleen ongelmia niin juristeille kuin maallikoillekin. Käsite on uusi myös useimmille uusille jäsenmaille. Saattaakin viedä vuosia, ennen kuin käsite omaksutaan näiden maiden oikeuskäytäntöön.²⁷ Tasa-arvon toteutumisen kannalta käsitteellä olisi kuitenkin paljon potentiaalia. Sen avulla on mahdollista puuttua yhteiskunnan syrjiviin rakenteisiin, sellaisiin käytäntöihin ja menettelytapoihin, jotka vaikuttavat täysin sukupuolineutraaleilta, mutta jotka tosiasiallisesti aiheuttavat eriarvoisuutta sukupuolten välillä. Välillisen syrjinnän käsite mahdollistaa ensi katsomalta neutraalien sääntöjen ja käytäntöjen lähemmän tarkastelun ja voi edellyttää niiden muuttamista tai poistamista, jos niillä on toiselle sukupuolelle haitallisia vaikutuksia. Välillisen syrjinnän kiellon onkin sanottu olevan vallankumouksellinen oikeudellinen käsite.²⁸

Huolimatta siitä, että EY:n tuomioistuin on lähestynyt tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatetta kehittämällä välillisen syrjinnän käsitettä ja

²³ Ks. välillisen syrjinnän doktriinista USA:ssa *Selmi* 1999 ja Kanadassa *Vizkelety* 1999.

²⁴ C-152/73, 1974, 153.

²⁵ C-96/80, 1981, 911.

²⁶ Ks. esim. *Wentholt* 1999 s. 62–64 ja *Loenen* 1999 s. 199.

²⁷ *Prechal* 2004 s. 535–537.

²⁸ *Sjerps* 1999 s. 237 ja *Loenen* 1999.

mm. kieltämällä raskaussyrjinnän välittömänä sukupuoleen perustuvana syrjintänä, tuomioistuinta on myös aika ajoin moitittu muodollisesta lähestymistavasta yhdenvertaisuuteen.²⁹ Samanlaista kritiikkiä on esitetty myös ihmisoikeussopimuksista ja niiden tulkintakäytännöstä.³⁰ *Rebecca Cook* on huomauttanut, että myös ihmisoikeuskontekstissa kiinnitetään huomiota pikemminkin vertailtavuuteen ja samanlaisuuteen tai erilaisuuteen, ei niinkään naisten kokemaan haittaan, jota heille syrjivästä menettelystä aiheutuu. *Cook* toteaaakin, että rakenteelliseen syrjintään on vaikea puuttua ilman uudenlaista näkökulmaa syrjinnän käsitteeseen.³¹

Kathleen E. Mahoney on Kanadan korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä esitellessään todennut, että se on oikeuskäytännössään määritellyt syrjinnän nimenomaan haittana, ei samanlaisuutena tai erilaisuutena. Jos jokin haittaa kärsivän ryhmän jäsen osoittaa, että lainsäädäntö tai jokin käytäntö pahentaa tätä haittaa, silloin lainsäädäntö tai käytäntö on syrjivä. Verrokkia ei tarvita syrjinnän toteamiseksi, vaan olennaista on naisten kokema haitta tai epäedullinen asema *naisena*, ei verrattuna mieheen. Naisten kokemaan haittaan perustuva syrjinnän käsite edellyttääkin naisten todellisen aseman ja rakenteellisen epätasa-arvoisuuden huomioon ottamista.³² Kuten *Mahoney* ja *Cook* toteavat, Kanadan mallin mukainen syrjinnän käsite olisi mahdollista omaksua myös ihmisoikeuskontekstissa.³³ EU:n oikeudessa taas esimerkiksi monet raskaussyrjintää ja välillistä syrjintää koskevat tapaukset perustuvat tosiasiallisen yhdenvertaisuuden teorialle ja naisille aiheutuvalla haitalla, jotkut tapaukset taas korostavat vertailukelpoisuuden vaatimusta perustuen näin ollen muodollisen yhdenvertaisuuden teorialle. Nyttemmin, kun myös häirintä on määritelty syrjinnäksi (tasarvolain 7 § 5 momentti), syrjintä käsitteenä irtaantuu yhä enemmän vertailtavuuden ja samanlaisuuden vaatimuksista ja korostaa pikemminkin tietynlaisen toiminnan aiheuttamaa haittaa.

Uudenlaisen näkökulman syrjinnän käsitteeseen mahdollistaisi myös CEDAW-sopimus, jolla pyritään muun muassa muuttamaan stereotyyppisiä sukupuolirooleja (5 artiklan a kohta) esimerkiksi korostamalla miesten ja naisten yhteistä vastuuta lasten kasvattamisessa (5 artikla b kohta). Artiklalla pyritään sukupuolittuneiden käyttäytymismallien purkamiseen, ja sen tavoitteena on muuttaa sosiaalisia rakenteita, joita muun muassa lain-

²⁹ *Prechal* 2004 s. 537–538.

³⁰ Mm. *Charlesworth* 2000, *Cook* 1994, *Pentikäinen* 1999 s. 98–101.

³¹ *Cook* 1994 s. 12.

³² *Mahoney* 1994. Ks. myös *Vizkelety* 1999.

³³ *Mahoney* 1994 s. 441, *Cook* 1994 s. 11–12.

säädäntö vahvistaa. Feministisessä oikeusteoriassa ilmiötä kutsutaan systeemiseksi tai rakenteelliseksi syrjinnäksi (systemic or structural discrimination).³⁴ Artiklalla pyritään näin ollen rakenteellisiin muutoksiin, ja sen on katsottu edellyttävän valtioilta aktiivista puuttumista sukupuolittuneisiin naisia syrjiviin käytäntöihin. Sopimuksen 2 artiklan f kohdan mukaan valtioiden tulee nimittäin ryhtyä kaikkiin tarvittaviin toimiin naisia syrjivien lakien ja muiden säännösten, tapojen ja käytäntöjen muuttamiseksi tai poistamiseksi. *Rebecca Cook* on esittänyt, että tämä artikla yhdessä 5 artiklan a kohdan kanssa luovat valtioille vahvan velvoitteen poistaa kaikenlaiset syrjivät käytännöt.³⁵

1.3 Välittömän ja välillisen sukupuolisyryjinnän käsitelmääritys lainsäädännössä

1.3.1 Määritys EU:n oikeudessa

EY:n tuomioistuin on ratkaisukäytännössään katsonut EY:n perustamisso-
pimuksen samapalkkaisuutta koskevan 141 artiklan (entisen 119 artiklan)
sisältävän niin välittömän kuin välillisenkin syrjinnän kiellon.³⁶ Lainsäädännössä välillisen syrjinnän käsite määriteltiin ensimmäisen kerran vuonna 1997 todistustaakkadirektiivissä³⁷, jonka 2 artiklan 2 kohdan mukaan

[e]dellä 1 kohdassa tarkoitettuna tasa-arvoisen kohtelun periaatteen mukaisesti on kyse välillisestä syrjinnästä, jos jokin näennäisesti tasapuolinen käytäntö, säännös tai peruste vaikuttaa haitallisesti huomattavasti suurempaan osaan toista sukupuolta olevia henkilöitä, jollei kyseinen säännös, peruste tai käytäntö ole tarkoituksenmukainen ja tarpeellinen eikä sitä voida perustella asianosaisten sukupuoleen liittymättömillä puoleettomilla tekijöillä.

Välittömän syrjinnän käsitettä EY:n tuomioistuin käytti ensimmäisen kerran vuonna 1976 samapalkkaisuustapauksessa *Defrenne II*³⁸. Välittömän syrjinnän käsitelmääritys saatiin kirjattua lainsäädäntöön kuitenkin vas-

³⁴ *Holtmaat* 2002 s. 13.

³⁵ *Cook* 1994 s. 240.

³⁶ Varhaisimpia tapauksia ovat 43/75 *Defrenne II* [1976] ECR I-455 ja 96/80 *Jenkins* [1981] ECR I-911. Ks. *Ellis* 1998 s. 109 ss.

³⁷ Neuvoston direktiivi 97/80/EY, annettu 15 päivänä joulukuuta 1997, todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa. EYVL L 14/6, 20.1.1998, s. 6–8.

³⁸ 43/75 *Defrenne II* [1976] ECR I-455.

ta työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin muutosdirektiivissä³⁹ vuonna 2002, jolloin määriteltiin uudelleen myös välillisen syrjinnän kielto. Uudelleenmäärittely katsottiin tarpeelliseksi, koska vuonna 2000 säädettiin kaksi uutta syrjinnän kieltävää direktiiviä, rotusyrjintädirektiivi ja työelämädirektiivi.⁴⁰ Niissä välillinen syrjintä määriteltiin samalla tavalla kuin kansallisuuteen perustuvissa syrjintätapauksissa oli jo aiemmin tehty esimerkiksi tapauksessa *O'Flynn*⁴¹, ja yhdenmukaisuuden vuoksi nähtiin tarpeelliseksi uuden määritelmän siirtäminen myös sukupuolisyrjintää koskevaan lainsäädäntöön. Nyt kaikkia syrjintäperusteita koskevassa lainsäädännössä on enemmän tai vähemmän yhteneväiset määritelmät välilliselle syrjinnälle.

Työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin muutosdirektiivin 2 artiklan 2 kohdan 2 alakohdassa määritellään välitön ja välillinen syrjintä seuraavasti.

'välitön syrjintä': tilanne, jossa henkilöä kohdellaan sukupuolen perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai kohdeltaisiin vertailukelpoisessa tilanteessa,

'välillinen syrjintä': tilanne, jossa näennäisesti puolueeton säännös, peruste tai käytäntö saattaa henkilöt näiden sukupuolen perusteella erityisen epäedulliseen asemaan toiseen sukupuolen verrattuna, paitsi jos kyseisellä säännöksellä, perusteella tai käytännöllä on puolueettomasti perusteltavissa oleva oikeutettu tavoite ja tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot ovat asianmukaisia ja tarpeellisia.

Ollakseen välitöntä syrjintää epäsuotuisamman kohtelun tulee johtua sukupuolesta, kun taas välillisessä syrjinnässä peruste on näennäisesti (vaikkakin ehkä vilpittömästi) jokin muu kuin sukupuoli. Välittömän syrjinnän määritelmässä korostetaan vertailuhenkilön vertailukelpoista tilannetta, mutta toisaalta hyväksytään myös hypoteettinen verrokki ("jotakuta muuta *kohdeltaisiin*"). EU:n oikeudessa välitön syrjintä ei ole oikeutettavissa muilla kuin tasa-arvodirektiivissä mainituilla oikeuttamisperusteilla, kun taas välillisen syrjinnän käsitteeseen kuuluvat avoimet oikeuttamisperusteet, joi-

³⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/73/EY, annettu 23 päivänä syyskuuta 2002, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa annetun direktiivin 76/207/ETY muuttamisesta. EYVL L 269, 5.10.2002, s. 15–20.

⁴⁰ Neuvoston direktiivi 2000/43/EY rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta. EYVL L 180, 19.7.2000, s. 22–26. Neuvoston direktiivi 2000/78/EY yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista. EYVL L 303, 2.12.2000, s. 16–22. Direktiivit on implementoitu Suomessa yhdenvertaisuuslailla (20.1.2004/21).

⁴¹ C-237/94 *O'Flynn* [1996] ECR I-2617.

ta mm. *Loenen* luonnehtii mahdollisuudeksi löytää oikea tasapaino tasa-arvon ja muiden tärkeiden intressien välille.⁴² On toki selvää, että välillisen syrjinnän käsitteen mahdollinen vallankumouksellisuus riippuu siitä, minkälaisia oikeuttamisperusteita tuomioistuimet hyväksyvät syrjintäolet-taman kumoamiseksi. Tässä yhteydessä onkin korostettava syrjinnän kiel-lon perus- ja ihmisoikeusulottuvuutta.

Komissio on antanut 21.4.2004 ehdotuksen direktiiviksi miesten ja naisten yhdenvertaisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa.⁴³ Direktiivieh-dotuksessa on tarkoitus yksinkertaistaa, nykyaikaistaa ja parantaa yhteisön lainsäädäntöä yhdistämällä aiemmat sukupuolten tasa-arvoa koskevat direktiivit yhdeksi direktiiviksi. Eräs keskeisistä uudistuksista ehdotuk-sessa on EY:n tuomioistuimen kehittämän ns. single source -opin sisällyt-täminen lainsäädäntöön.⁴⁴ Tämä oppi yhdestä ainoasta alkuperästä tarkoittaa samapalkkaisuusasioissa sitä, että samasta tai samanarvoisesta työstä saa-tavan palkan maksajan ei välttämättä tarvitse olla yksi ja sama työnantaja, mutta palkalla on oltava yksi ainoa alkuperä, josta palkkaehdoissa olevien erojen voidaan osoittaa olevan peräisin. Muussa tapauksessa ei ole sellais-ta tahoja, joka olisi vastuussa eriarvoisesta kohtelusta.⁴⁵ Single source -oppia on kritisoitu siitä, että palkkaepätasa-arvo on usein seurausta syrjivistä rakenteista, joista ei voida syyttää vain yhtä yksittäistä tahoja.⁴⁶ *Prechal* onkin kiinnittänyt huomiota siihen, että samapalkkaisuutta koskeva EY:n perustamissopimuksen 141 artikla velvoittaa jäsenvaltioita ja EU:ta pois-tamaan myös rakenteellisen syrjinnän.⁴⁷ Lisäksi on huomioitava se, että myös ihmisoikeussopimukset saattavat velvoittaa valtioita puuttumaan ra-kenteelliseen syrjintään, jolla ei ole yhtä ainoaa alkuperää.⁴⁸

⁴² *Loenen* 1999 s. 203.

⁴³ KOM(2004)279 lopullinen.

⁴⁴ Ks. tapaukset C-320/00 *Lawrence ym.* [2002] ECR I-7325 ja C-256/01 *Allonby* [2004] ECR.

⁴⁵ Direktiiviehdotuksen s. 25–26.

⁴⁶ *Fredman* 2004 ja *Prechal* 2004.

⁴⁷ *Prechal* 2004 s. 547.

⁴⁸ Esimerkiksi ILO:n syrjintäsopimus nro 111 ei edellytä yhtä syrjinnän lähdettä. Asian-tuntijakomitea on todennut vuonna 1988 että ”the Convention [...] covers all discrimina-tion [...] without there needing to be an identifiable author, as in the case of indirect dis-crimination or occupational segregation based on sex”. General Survey 1988, 26 kohta.

1.3.2 Määrittelyt tasa-arvolaissa

Suomessa laadittiin laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 18 vuotta sitten vuonna 1987 YK:n CEDAW-sopimuksen implementoimiseksi.⁴⁹ Alusta lähtien välillisen ja välittömän syrjinnän kiellot sisältyivät lakiin, vaikkakaan välillisen syrjinnän käsitettä ei mainittu lain sanamuodossa eikä esitöissäkään ennen kuin vuoden 1992 lainmuutoksen yhteydessä.⁵⁰ Ennen vuoden 2005 kokonaisuudistusta tasa-arvolain 7 §:ssä kiellettiin syrjintä välittömästi ja välillisesti sukupuolen perusteella, mutta säännös ei sisältänyt käsitteiden määrittelyä. Lain muutoksella lakiin sisällytettiin määritelmät, jotka ovat nyt mahdollisimman pitkälle yhdenmukaiset EU:n oikeudessa omaksuttujen määritelmien kanssa. Uudistuksessa on kuitenkin pyritty säilyttämään joitain suomalaisen syrjinnänvastaiseen oikeuteen kuuluvia piirteitä.⁵¹

Suomen tasa-arvolaissa määritelmät ovat seuraavat.

- 7 § Välitön ja välillinen syrjintä sukupuolen perusteella on kielletty. Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan tässä laissa:
- 1) naisten ja miesten asettamista eri asemaan sukupuolen perusteella; tai
 - 2) eri asemaan asettamista raskaudesta tai synnytyksestä johtuvasta syystä.
- Välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan tässä laissa:
- 1) eri asemaan asettamista sukupuoleen nähden neutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettelyn vaikutuksesta henkilöt voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella; tai
 - 2) eri asemaan asettamista vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella.

Edellä 3 momentin 1 ja 2 kohdassa tarkoitettua menettelyä ei kuitenkaan ole pidettävä syrjintänä, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden.

Seksuaalista häirintää ja häirintää sukupuolen perusteella samoin kuin käskyä tai ohjetta harjoittaa sukupuoleen perustuvaa syrjintää on pidettävä tässä laissa tarkoitettuna syrjintänä.

Lain 7 §:n syrjinnän yleiskieltoa täydentää työelämän syrjintäkieltoa koskeva 8 §.

⁴⁹ Ks. mm. *Räsänen* 2002.

⁵⁰ Ks. HE 63/1992 vp, 9 §:ää koskevat perustelut: ”Lain 7 §:ssä kielletään myös välillinen syrjintä, vaikka säännöksen sanamuodossa tätä ilmaisua ei nimenomaisesti käytetä.”

⁵¹ KM 2002:9 s. 76.

8 § Työnantajan menettelyä on pidettävä tässä laissa kiellettyinä syrjintänä, jos työnantaja:

- 1) työhön ottaessaan taikka tehtävään tai koulukseen valitessaan syrjäyttää henkilön, joka on ansioituneempi kuin valituksi tullut toista sukupuolta oleva henkilö, jollei työnantajan menettely ole johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta taikka jollei menettelyyn ole työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja hyväksyttävää syytä;
- 2) työhön ottaessaan, tehtävään tai koulutukseen valitessaan tai palvelussuhteen kestosta tai jatkumisesta taikka palkka- tai muista palvelussuhteen ehtoista päättäessään menettelee siten, että henkilö joutuu raskauden, synnytyksen tai muun sukupuoleen liittyvän syyn perusteella epäedulliseen asemaan;
- 3) soveltaa palkka- tai muita palvelussuhteen ehtoja siten, että työntekijä tai työntekijät joutuvat sukupuolen perusteella epäedullisempaan asemaan kuin yksi tai useampi muu työnantajan palveluksessa samassa tai samanarvoisessa työssä oleva työntekijä;
- 4) johtaa työtä, jakaa työtehtävät tai muutoin järjestää työolot siten, että yksi tai useampi työntekijä joutuu muihin verrattuna epäedullisempaan asemaan sukupuolen perusteella;
- 5) irtisanoo, purkaa tai muutoin lakkauttaa palvelussuhteen taikka siirtää tai lomauttaa yhden tai useamman työntekijän sukupuolen perusteella;

Työnantaja ei kuitenkaan ole rikkonut 1 momentin 2–5 kohdassa tarkoitettua syrjinnän kieltoa, jos kyse on 7 §:n 4 momentissa tarkoitettusta tilanteesta ja säännöksen mukaisesta hyväksyttävästä syytä.

Syrjinnän määritelmät vastaavat siis pitkälle EU:n oikeuden mukaisia määritelmiä. Yhä selvemmin laista näkyy se periaate, että vain välillinen syrjintä on oikeutettavissa. Välittömän syrjinnän kielto tasa-arvodirektiivissä vastasi tasa-arvolain muutostoimikunnan mukaan myös aiemman tasa-arvolain 7 §:n säännöstä. Selvyyden vuoksi laissa haluttiin säilyttää säännös, että myös raskaussyrjintä on välitöntä syrjintää.⁵² Myös tasa-arvodirektiivissä tosin todetaan, että raskauteen tai äitiysvapaaseen liittyvää naisten epäedullisempaa kohtelua on pidettävä syrjintänä (2 artiklan 7 kohdan kolmas alakohta). EY:n tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan raskaussyrjintää on pidettävä nimenomaan välittömänä syrjintänä.

Suurin ero EU:n oikeuden ja tasa-arvolain välillisen syrjinnän määritelmässä on siinä, että tasa-arvolaisissa määritellään kaksi välillisen syrjinnän muotoa. Toinen perustuu syrjivään lopputulokseen, kuten EU:n oikeudessa, toinen kahteen itsenäiseen syrjintäperusteeseen, vanhemmuuteen ja perheenhuoltovelvollisuuteen.

⁵² KM 2002:9 s. 77.

1.4 Jaetun todistustaakan periaate

Artikkeli etenee jaetun todistustaakan periaatteen mukaisesti syrjintäolet-taman luomisesta sen kumoamiseen. Jaetun todistustaakan periaate, josta on muodostunut yleinen oikeusperiaate syrjintäasioissa, tarkoittaa sitä, että kantajan esitettyä näyttöä ilmeisestä syrjinnästä siirtyy vastaajalle todis-tustaakka siitä, ettei hänen menettelynsä tosiasiaassa ole syrjivää.⁵³ Periaa-te on kehittynyt EY:n tuomioistuimessa ja sitä koskee myös todistustaak-kadirektiivin 97/80/EY 4 artikla, jonka mukaan

[j]äsenvaltioiden on kansallisten oikeudenkäyttöjärjestelmiensä mukai-
sesti toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että kun
henkilö, joka katsoo kärsineensä siitä, että häneen ei ole sovellettu tasa-
arvoisen kohtelun periaatetta, esittää tuomioistuimessa tai muussa toi-
mivaltaisessa elimessä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa,
että kyseessä on välitön tai välillinen syrjintä, vastaajan on näytettävä
toteen, ettei tasa-arvoisen kohtelun periaatetta ole rikottu.

Todistustaakan jakoa koskee myös todistustaakkadirektiivin mukainen tasa-arvolain 9 a §, jossa ilmaistaan todistustaakan jaon yleisperiaate. Periaa-tetta sovelletaan riita-asioissa, kun tuomioistuin tai muu toimivaltainen viranomainen tutkii, onko syrjinnän kieltoa rikottu. Kantajan on ensin esi-tettävä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on tasa-arvolaisissa tarkoitettu syrjintä. Jos tuomioistuin katsoo syrjintäoletta-man muodostuneen, on vastaajan sen kumoamiseksi osoitettava, ettei su-kupuolten välistä tasa-arvoa ole loukattu vaan että menettely johtuu muus-ta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta.⁵⁴ Jaetun todistustaakan periaatteen mukaisesti syrjintäkanne jakaantuu siis kahteen eri osaan. Kan-tajan on ensin esitettävä näyttöä syrjintäolettamien synnyttämiseksi, minkä jälkeen vastaajalla on mahdollisuus kumota syrjintäolettamia.

Tasa-arvolain muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä viitataan EY:n tuomioistuimen tapaukseen *Danfoss*⁵⁵ ja todetaan, että ”kantajan to-distustaakkaa on kevennettävä sellaisten tosiseikkojen osalta, joiden koh-dalla tavanomaiset todisteluvaatimukset vaarantaisivat syrjinnän kieltojen tehokkaan toteuttamisen, ja jotka ovat vastaajan tiedossa tai päätettävissä, jolloin tämä pystyy ne kantajaa paremmin näyttämään toteen”.⁵⁶ Yleisenä

⁵³ HE 195/2004 vp s. 38.

⁵⁴ HE 195/2004 vp s. 39.

⁵⁵ 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199.

⁵⁶ HE 195/2004 vp s. 38.

oikeusperiaatteena tämä syrjinnän kieltojen tehokkuusperiaate voi esimerkiksi välillisen syrjinnän tapauksissa laskea kantajan todistustaakkaa.⁵⁷

Jaetun todistustaakan periaate ilmentää myös niitä elementtejä, joista syrjintä käsitteenä muodostuu. Syrjintäolettamana luomiseksi kantajan tulee nimittäin osoittaa joutuneensa eri asemaan ja että eri asemaan asettaminen on perustunut sukupuoleen (7 § 2 momentin mukainen välitön syrjintä), vanhemmuuteen tai perheenhuoltovelvollisuuteen (7 § 3 momentin 2 kohdan mukainen välillinen syrjintä) tai johonkin neutraaliin perusteeseen, jonka soveltaminen kuitenkin johtaa siihen, että henkilöt tosiasiaa voivat joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella (7 § 3 momentin 1 kohdan mukainen välillinen syrjintä). Tämän jälkeen vastaajan tulee kumota syrjintäolettaja osoittamalla, ettei kantaja ole joutunut eri asemaan, ettei eri asemaan joutuminen ole perustunut kiellettyyn syrjintäperusteeseen tai että menettely on oikeutettavissa.⁵⁸ Syrjintä tulisi konstruoida askel askeleelta näiden vaiheiden kautta, kuten mm. *Prechal* ja *Loenen* huomauttavat.⁵⁹ Myös tasa-arvolautakunta on korostanut lausunnoissaan syrjinnän konstruoinen kaksivaiheisuutta.⁶⁰ Seuraavaksi tarkastelen, mitä nämä vaiheet konkreettisesti sisältävät.

2 SYRJINTÄOLETTAMAN LUOMINEN

2.1 Välitön syrjintä

2.1.1 Syrjintäperusteena sukupuoli

Välittömässä syrjinnässä eri asemaan asettamisen perusteena on sukupuoli. Työnantaja esimerkiksi jättää uusimatta työntekijän määräaikaisen työsuhteen sillä perusteella, että tämä on raskaana. Raskaushan on olennaisesti vain naissukupuolelle ominainen tila. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että välitönkään syrjintä olisi aina tietoisista, tahallista syrjintää. Tasa-arvolaki ei koskaan ole edellyttänyt syrjivältä teolta tahallisuutta.⁶¹ Kuten

⁵⁷ Ks. HE 195/2004 vp s. 40, jossa viitataan myös tasa-arvodirektiivin johdantokappaleen 10 kohtaan, jonka mukaan erityisesti välillisen syrjinnän tapauksissa syrjintäolettaja voidaan luoda mitä tahansa keinoa käyttäen, tilastotiedot mukaan lukien.

⁵⁸ Ks. todistustaakan jakautumisesta HE 195/2004 vp s. 37–40.

⁵⁹ *Prechal* 2004, *Loenen* 1999.

⁶⁰ Ks. esim. lautakunnan 26.2.2004 antama lausunto diaarinumero 1/04 ja 29.10.2004 antama lausunto diaarinumero 5/04.

⁶¹ HE 90/1994 vp s. 17.

Ellis on todennut, syrjinnän elementti ei ole syrjijän ilkeä motiivi, joka tosin helpottaa näytön esittämistä oikeudessa. Toiminnan perusteena voi siis olla sukupuoli, vaikka tekijä ei tätä olisikaan ottanut huomioon. Olenaista on vain se, olisiko henkilöä kohdeltu eri tavalla, jos hän olisi ollut eri sukupuolta.⁶² Tähän logiikkaan perustuen EY:n tuomioistuin on määritellyt myös raskauteen perustuvan syrjinnän kielletyksi välittömäksi sukupuolisyrynnäksi ja myöhemmin laajentanut välittömän syrjinnän doktriinin koskemaan myös syrjintää vain naisille tarkoitetun äitiysvapaan perusteella.⁶³ Raskaussyryntää koskevassa klassikkotapauksessa *Dekker* vuodelta 1990 EY:n tuomioistuin nimenomaan totesi, että työnantajan vastuun syntyminen ei edellytä tuottamuksellisuutta. Tämä olisi vastoin syrjinnän kiellon tehokkuusperiaatetta.⁶⁴ Myöskään ihmisoikeus kontekstissa ei syrjinnän toteamiseksi edellytetä syrjivää tarkoitusta, vaan menettelyn syrjivä vaikutus riittää.⁶⁵

2.1.2 Eri asema

2.1.2.1 Vertailu

Syrjinnän konstruktion keskeinen elementti on eri asemaan asettaminen.⁶⁶ Jotta voidaan sanoa, että joku on joutunut eri asemaan, on oltava jokin vertailukohta, johon nähden eri asemaan on jouduttu.⁶⁷ Hallituksen esityksessä laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muut-

⁶² *Ellis* 1994 s. 566 ja 1998 s. 115–117. Ks. myös *Nummijärvi* 2004 s. 248, joka käyttää termiä ”ellei olisi tiettyä sukupuolta” testi, joka tarkoittaa Isossa-Britanniassa syntynyttä but-for-testiä.

⁶³ Ks. mm. tapaukset C-177/88 *Dekker* [1990] ECR 3941 ja C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011.

⁶⁴ C-177/88 *Dekker* [1990] ECR 3941, tuomion kohta 24.

⁶⁵ Ks. esim. CEDAW-sopimuksen 1 artiklan syrjinnän määritelmä, ILO:n syrjinnän kieltävä yleissopimus n:o 111 ja vuoden 1988 General Survey, kohta 26 sekä KP-sopimuksen 26 artikla ja sen soveltamiseen liittyvä ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto (General Comment) 18/37, 9.11.1989.

⁶⁶ Eri asemalla tarkoitetaan jollakin tavalla huonompaan asemaan asettamista. Vrt. työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin määritelmä, jossa käytetään sanamuotoa ”kohdellaan epäsuotuisammin”.

⁶⁷ Oikeustieteessä on kansainvälisesti käyty paljon keskustelua siitä, tulisiko sukupuoli-syrjinnän toteaminen etenkin raskaussyryntätapauksissa edellyttää naisten ja miesten vertailua keskenään, tulisiko hypoteettisen verrokkihenkilö riittää vai riittääkö syrjintäolettan synnyttämiseksi vain naisille aiheutuneen haitan osoittaminen ilman vertailuelementtiä. Tällöin olennaista ei ole muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen mukainen samankaltaisten samanlainen kohtelu vaan se, että jokin menettely tms. aiheuttaa haittaa jollekin yksilölle tai ryhmälle. Ks. esim. *Mahoney* 1994 ja *Nousiainen* 2001 s. 242 ja 256–257. Ks. *Nummijärvi* 2004 s. 276–278, joka on kartoittanut asiasta käytyä keskustelua.

tamisesta (HE 195/2004) lainsäätäjät asettaa lähtökohdat vertailun tekemiseksi. Jos kyse on eri asemaan asettamisesta sukupuolen tai raskauden ja synnytyksestä johtuvan syyn perusteella (7 § 2 momentti), on syrjityksi tulleen kohtelua verrattava sellaisen henkilön saamaan kohteluun, jolta tämä ominaisuus puuttuu. Hallituksen esityksen mukaan kantajan olisi tällöin osoitettava, että hän on joutunut eri asemaan verrattuna toista sukupuolta olevaan verrokkiin tai verrattuna tilanteeseen, jossa syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä (kuten raskaus) ei olisi ollut.⁶⁸ Vertailu voidaan siis tehdä myös henkilön itsensä kanssa, mikä onkin looginen lähestymistapa erityisesti raskaussyrjintätapauksissa.⁶⁹ Tällöin vertailukohtana on tilanne, jossa raskaaksi tullut työntekijä olisi ollut ilman raskautta. Voidaan siis sanoa, että esimerkiksi raskautensa vuoksi irtisanottu työntekijä on joutunut raskautensa takia eri asemaan kuin missä hän olisi ollut, jos ei olisi tullut raskaaksi. Tällaisen lähestymistavan nimenomaan raskaussyrjintätapauksissa voidaan sanoa jo vakiintuneen. Sen on omaksunut tietyin poikkeuksin EY:n tuomioistuin vuoden 1990 *Dekker*-tapauksesta alkaen ja myös muun muassa Suomen tasa-arvolautakunta ja tasa-arvovaltuutettu lausunnoissaan.⁷⁰

Kuten *Honeyball* tuo esiin, vertailuelementin ymmärtäminen siten, että se voi tarkoittaa myös ”itseensä vertaamista” (”self-comparison”), mahdollistaa irtaantumisen miehisestä standardista, josta feministijuristit ovat syrjinnänvastaista oikeutta jo pitkään kritisoineet. Tällöin ei syrjinnän toteuttamiseksi tarvitse tehdä vertailua naisen ja miehen, edes hypoteettisen sellaisen, välillä.⁷¹ Vertailun tekeminen omaan hypoteettiseen tilanteeseen ilman esimerkiksi raskautta auttaakin identifioimaan syrjintäperusteen kaikista parhaiten. Tällöin syrjinnän konstruktion kuuluva vertailuelementti toimii *Honeyballin* sanoin ”puhtaimmassa muodossaan”.⁷² Kuten *Nummijärvi* toteaa, välittömän syrjinnän tapauksissa loppujen lopuksi ratkaisevaa on, johtuuko epäedullinen kohtelu sukupuolesta. Tällöin hänen mukaansa ”riippunee asiayhteydestä, edellyttääkö tällaisen päätelmän tekeminen hypoteettista vertailuhenkilöä, fiktiivistä lainmukaisesti kohdeltua toista työntekijää, syrjivästä tekijästä (syrjintäperusteesta) puhdistettua ’hypoteettista skenaariota’ tai jotain muuta”.⁷³

⁶⁸ HE 195/2004 vp s. 39.

⁶⁹ Ks. myös *Honeyball* 2000.

⁷⁰ Ks. esim. tasa-arvolautakunnan lausunto 15.3.2002, diaarinumero 1/02 ja tasa-arvovaltuutetun lausunto 17.10.2004, diaarinumero 7/55/03. Ks. myös KHO 1999:70.

⁷¹ Tasa-arvodirektiivi ja tasa-arvolaki mahdollistavat vertailun myös hypoteettiseen vertailuhenkilöön, direktiivin mukaan olennaista voi nimittäin olla myös se, että jotakin toista henkilöä *kohdeltaisiin* eri tavalla. KM 2002:9 s. 36–37.

⁷² *Honeyball* 2000 s. 49.

⁷³ *Nummijärvi* 2004 s. 278.

Työelämän erityistilanteissa kuten työhönotossa tai palkkauksessa tasa-arvolain työelämän syrjäntäkieltoja koskeva 8 § täydentää 7 §:n syrjinnän yleiskieltoa.⁷⁴ Säännöksissä ilmaistaan syrjäntäolettan syntymisen edellytykset yksityiskohtaisesti mm. työhönottotilanteessa. Tällöin syrjäntäolettan syntyminen edellyttää, että kantaja on ansioituneempi kuin valituksen tullut toista sukupuolta oleva henkilö (tasa-arvolain 8 § 1 momentin 1 kohta).⁷⁵ Palkkasyrjäntäolettan synnyttämiseksi taas edellytetään, että kantaja on paitsi joutunut sukupuolen perusteella epäedullisempaan asemaan kuin yksi tai useampi muu saman työnantajan palveluksessa oleva, myös että vertailtavat työt ovat samanlaisia tai samanarvoisia (tasa-arvolain 8 § 1 momentin 3 kohta).⁷⁶

2.1.2.2 Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus

Itse vertailuelementistä syrjinnän konstruktion olennaisena osana tulee erottaa kysymys siitä, ovatko vertailtavat tilanteet, henkilöt tai työntekijäryhmät vertailukelpoisessa tilanteessa. Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus on ollut keskeinen osa muodollista yhdenvertaisuusperiaatetta,⁷⁷ joka perustuu ajatukselle samanlaisten samanlaisesta kohtelusta ja erilaisten erilaisesta kohtelusta. Samankaltaisessa tilanteessa olevia henkilöitä on siis kohdeltava samalla tavalla juuri heidän samankaltaisuutensa vuoksi. Mutta meillä ei juurikaan ole välineitä arvioida ihmisten samankaltaisuutta saati sitä, minkälainen erilaisuus sallitaan, jotta kohtelulta voidaan vielä edellyttää samanlaisuutta.

Raskaana oleva työntekijä on siinä mielessä erilaisessa tilanteessa muihin työntekijöihin verrattuna, ettei hän voi täyttää työtehtäviään ollessaan esimerkiksi äitiysvapaalla. Hän ei voi olla vertailukelpoisessa tilanteessa sellaisen työntekijän kanssa, joka ei ole raskaana ja joka pystyy suoriutumaan työtehtävistään. Tästä huolimatta raskaus on kielletty syrjäntäperuste eli työntekijä ei saa joutua epäedullisempaan asemaan tultuaan raskaaksi. Tämän on mahdollistanut se, että lainsäätäjät ovat kieltäneet syrjinnän raskauden perusteella, vaikka työntekijät ovatkin tässä suhteessa erilaisia. Näin

⁷⁴ HE 195/2004 vp s. 29.

⁷⁵ Ks. ansiovertailun tekemisestä esim. tasa-arvolautakunnan 26.2.2004 antama lausunto diaarinumero 1/04, 29.10.2004 antama lausunto diaarinumero 5/04 ja 28.4.2003 antama lausunto diaarinumero 2/03.

⁷⁶ Ks. esimerkiksi tasa-arvolautakunnan 4.2.2003 antama lausunto diaarinumero 1/03, 18.5.2001 antamat lausunnot diaarinumero 1/01 ja 2/01. Palkkasyrjäntästä Ks. erityisesti Nummijärvi 2004.

⁷⁷ Hepple ym. 2000 s. 27.

se on tehnyt myös kieltäessään syrjinnän mm. rodun, iän tai sukupuolisen suuntautumisen perusteella. Kuten *Prechal* toteaa, lainsoveltajan ei enää tarvitse miettiä sitä, ovatko valko- ja tummaihoiset ihmiset keskenään samankaltaisia ja siten vertailukelpoisia, vaan syrjintäolettaja syntyy jo sillä, että toinen heistä asetetaan eri asemaan kuin toinen. Lainsäätäjä on siis tehnyt jo sen päätöksen, minkälaisia ihmisiä, erilaisiakin, tulee kohdella samalla tavalla.⁷⁸ Tästä huolimatta EY:n tuomioistuin usein toteaa, että syrjinnän kieltö on yhdenvertaisuusperiaatteen erityinen ilmaus, joka kieltää samanlaisten kohtelemisen eri tavalla ja erilaisten samalla tavalla ilman hyväksyttävää perustetta.⁷⁹ Kuten esim. *Bell* on todennut, EU:n oikeuden lähestymistapa yhdenvertaisuuteen ja syrjinnän kieltoon korostaa vertailun tekemistä ja vertailukelpoisuuden vaatimusta.⁸⁰ Tällaisessa lähestymistavassa koko syrjinnän kieltö vesittyy siihen, että tilanteet katsotaan vertailukelvottomiksi eikä edes syrjintäolettamaa synny, vaikka kyseessä olisikin eri asemaan asettaminen kielletyllä perusteella.⁸¹

Eräissä samapalkkaisuutta koskevissa tapauksissa kuten *Boyle*⁸² ja *Gillespie*⁸³ EY:n tuomioistuin on käyttänyt vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta tavalla, joka on synnyttänyt paljon kritiikkiä. Tuomioistuin on nimittäin katsonut, että äitiyslomalla olevan työntekijän tilanne nimenomaan tämän loman aikana ei ole verrattavissa työssä olevan eikä edes muista syistä kuten sairasloman vuoksi töistä poissa olevan työntekijän tilanteeseen. EY:n tuomioistuimen mukaan samapalkkaisuusperiaate ei siis edellytä työntekijöiden kokonaispalkan säilyttämistä äitiysloman aikana, kunhan korvaus ei ole niin vähäinen, että äitiysloman tavoite vaarantuu.⁸⁴ Tällaisissa tilanteissa vertailukelpoisen tilanteen vaatimus on saanut punninnassa etusijan tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen nähden.

Äitiysvapaata ja samapalkkaisuutta koski myös suomalainen tapaus TT:2003-86, jossa työtuomioistuin katsoi, että äitiysvapaan palkan mak-

⁷⁸ *Prechal* 2004 s. 544. Ks. myös *Barnard* 2000 s. 204–205.

⁷⁹ C-147/02 *Alabaster* [2004] ECR, tuomion 45 kohta; C-342/93 *Gillespie* [1996] ECR I-475, tuomion 16 kohta; C-279/93 *Schumacker* [1995] ECR I-225, tuomion 30 kohta.

⁸⁰ *Bell* 2003 s. 92–94.

⁸¹ *Prechal* 2004 s. 543.

⁸² C-411/96 *Boyle* [1998] ECR I-6401.

⁸³ C-342/93 *Gillespie* [1996] ECR I-475.

⁸⁴ C-342/93 *Gillespie* [1996] ECR I-475, tuomion 20 kohta. Äitiysvapaan aikaiseen palkkaan sovelletaan EY:n raskausuojeludirektiiviä 92/85/ETY, jonka 11 artiklan 2 b kohdan mukaan äitiysvapaalla olevalle työntekijälle on varmistettava palkan maksun jatkuminen tai oikeus riittävään korvaukseen. Artiklan 3 kohdan mukaan korvaus katsotaan riittäväksi, kun se takaa työntekijälle samansuuruisen tulon kuin tämä saisi sairausperusteisen poissaolon aikana. Ks. tapauksin kohdistuneesta kritiikistä mm. *Nummijärvi* 2004 s. 249–260.

saminen ilman tuntikohtaisia lisiä ei ollut sukupuoleen perustuvaa syrjintää, vaikka lisät maksettiin vuosilomalla ja sairauslomalla oleville työntekijöille. Työtuomioistuin viittaa tapauksiin *Boyle* ja *Gillespie*, ja toteaa, etteivät äitiysvapaalla olevan ja muista syistä töistä poissa olevan tilanteet ole vertailukelpoisia, eikä samapalkkaisuusperiaate edellytä äitiysvapaan aikaista kokonaispalkan säilyttämistä. Jos taas palkan tai sen osan peruste tai maksaminen ajoittuu äitiysvapaan ulkopuolelle, asiaa on tuomioistuimen mukaan tarkasteltava eri tavalla. Työtuomioistuimen aiemman tapauksen TT:1998-34 mukaisesti äitiysvapaan aika on otettava huomioon myös myöhemmin maksettavien etuuksien kuten kokemuslisien perusteena.

Vaikka äitiysvapaalla oleva työntekijä ei ole vapaansa aikana samapalkkaisuuden suhteen vertailukelpoisessa tilanteessa muiden työntekijöiden kanssa, EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tämän tulee saada samat edut muun muassa eläkkeen kertymisen ja vuosiloman suhteen kuin jos hän ei olisi tullut raskaaksi ja jäänyt äitiysvapaalle.⁸⁵ Äitiysvapaalta palaavalla työntekijällä on myös oikeus niihin työehtojen parannuksiin, jotka hän olisi saanut, ellei olisi jäänyt äitiysvapaalle.⁸⁶ Raskaus- ja äitiysvapaatapauksissa näyttäisi ylipäänsä olevan niin, että EY:n tuomioistuimen kannan mukaan raskaana ja äitiysvapaalla olevan *aiempaan tai tulevaan työntekijäasemaan* ei saa vaikuttaa huonontavasti se, että työntekijä juuri nyt on raskaana tai äitiysvapaalla. Esimerkiksi tapauksessa *Sass* vuodelta 2004 EY:n tuomioistuin toteaa, että EU:n oikeudessa naispuolista työntekijää suojataan *työsuhteessa* kaikelta epäedulliselta kohtelulta, joka perustuu siihen, että hän *on ollut* äitiysvapaalla.⁸⁷ Äitiysvapaalta palaavan työntekijän tulee siis työhön palatessaan olla samassa tilanteessa, missä hän olisi ollut, jos ei olisi ollut äitiysvapaalla.

Raskauteen ja äitiysvapaaseen liittyvissä syrjintätapauksissa merkitystä on vain sillä, olisiko henkilöä kohdeltu toisin, jos hän ei olisi tullut raskaaksi tai jäänyt äitiysvapaalle. Vertailu tapahtuu siis henkilöön itseensä (ns. itsevertailu). Syrjintäolettaman konstruoimiseen ei näin ollen kuulu sen arvioiminen, voiko omaa tilannettaan ennen raskautta verrata tämänhetkiseen tilanteeseen. Eihän raskaana ja äitiysvapaalla oleva missään vaiheessa ole samanlainen kuin muut työntekijät. Samapalkkaisuustapauksissa luotu doktriini vertailukelpoisen tilanteen vaatimuksesta vaikuttaakin siksi ristiriitaiselta. Kuten *Nummijärvi* on huomauttanut, *Gillespie*

⁸⁵ KM 2002:9 s. 85. Ks. mm. tapaukset C-411/96 *Boyle* [1998] ECR I-6401 ja C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011.

⁸⁶ Ks. esim. tapaus C-342/93 *Gillespie* [1996] ECR I-475.

⁸⁷ C-284/02 *Sass* [2004] ECR, tuomion 35 kohta.

tapauksen ratkaisu voidaan nähdä pikemminkin poliittisen pakon sanelemana kuin oikeudellisen syrjintäkonstruktion logiikkaa noudattelevana.⁸⁸

Monet tutkijat ovat kritisoineet sitä, että yhteisön syrjintädoktriinissa käytetään vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta oikeuttamisperusteiden arviointiin liittyvän intressipunninnan korvikkeena. Tämä johtuu siitä, että välittömän syrjinnän doktriini perustuu EU:n oikeudessa ns. suljetulle systeemille.⁸⁹ Tämä tarkoittaa sitä, että välittömän syrjinnän kiellosta ei voi poiketa kuin perustamissopimuksessa tai sekundaarilainsäädännössä olevilla poikkeuksilla. Kuten *Prechal* toteaa, tämä on välittömän syrjinnän heikkous ja vahvuus EU:n oikeudessa. Vahvuus se on siinä mielessä, että oikeuttamisperusteet ovat lainsäädäntöön kirjattuja, rajattuja ja selkeitä. Heikkoutena sitä voidaan pitää silloin, kun välittömän syrjinnän doktriinista tulee jäykkä ja joustamaton. Tällöin ongelmaksi nousee se, että tuomioistuin on vetoamalla yhdenvertaisuusperiaatteeseen ratkaissut kiperän tilanteen toteamalla, että kyseessä ei ole vertailukelpoinen tilanne. *Prechalin* mukaan tällainen lähestymistapa on harvoin läpinäkyvä eikä perusteluja ole useinkaan helppoa seurata. Lisäksi vertailukelpoisuuden arviointiin voivat vaikuttaa subjektiiviset kuvitelmat esimerkiksi sukupuolirooleista.⁹⁰ Myös *Nummijärvi* toteaa, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimus hämärtää välittömän syrjinnän käsitteen konstruktiota ja vähentää intressipunninnan avoimuutta.⁹¹ Kuten jo aiemmin olen tuonut esiin, nytemmin myös Suomen tasa-arvolaisissa korostetaan yhä enemmän sitä, että välitön syrjintä ei ole oikeutettavissa.

Esitetystä kritiikistä huolimatta tasa-arvolain uudistamistoimikuntakin toteaa mietinnössään, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta voidaan pitää yleisenä oikeusperiaatteena syrjintäasioissa.⁹² Lausuma perustuu tasa-arvodirektiivin välittömän syrjinnän määritelmään, jossa korostetaan juuri vertailukelpoisuutta vertailun tekemisen edellytyksenä. EY:n tuomioistuin itse on kuitenkin eräissä raskaussyrjintää koskevissa tapauksissa todennut, että tasa-arvodirektiivillä pyritään tosiasiallisen, ei muodollisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen.⁹³ Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden ja ver-

⁸⁸ *Nummijärvi* 2004 s. 251–252.

⁸⁹ *Nummijärvi* 2004 s. 280–283 ja 249–252 sekä *Prechal* 2004. Ks. avoimien ja suljettujen systeemien erosta mm. *Heringa* 1999.

⁹⁰ *Prechal* 2004 s. 545–546.

⁹¹ *Nummijärvi* 2004 s. 282. Vrt. *Ellis* 1998 s. 134–136.

⁹² KM 2002:9 s. 37.

⁹³ C-284/02 *Sass* [2004] ECR, tuomion 34 kohta, C-342/01 *Merino Gómez* [2004] ECR, tuomion 37 kohta ja C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011, tuomion 26 kohta.

tailukelpoisen tilanteen periaatteita tulisikin punnita avoimemmin keskenään, sillä esimerkiksi raskaussyrjintätapauksissa tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaate edellyttää vertailukelpoisuudesta tinkimistä.

2.2 Välillinen syrjintä

2.2.1 *Syrjintäperusteena vanhemmuus tai perhehuoltovelvollisuus*

Tasa-arvolaisissa vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus on lain 7 § 3 momentin 2 kohdan mukaisesti itsenäinen kielletty syrjintäperuste.⁹⁴ Jo vuonna 1987 alkuperäistä tasa-arvolakia säädettäessä toinen lakivaliokunta korosti mietinnössään, että oikeus äitiyteen ja isyyteen kuuluu ihmisen luovuttamattomiin oikeuksiin eikä saa muodostaa syrjinnän perustetta.⁹⁵ Vaikka tuolloin ehdotettiin, että ajatus tulisi ottaa lakitekstiin, katsottiin kuitenkin riittäväksi, että esitöissä todetaan vanhemmuuteen perustuva syrjintä kielletyksi.⁹⁶ Tämä ei kuitenkaan taannut riittävää suojaa, vaan vielä vuonna 1992 korkein oikeus katsoi, että työsopimuksen purkaminen raskauden perusteella ei ole sukupuolisyryntää. Lakia uudistettiin vuonna 1992, ja syrjintäkiellot niin raskauden ja synnytyksen kuin vanhemmuuden ja perhehuoltovelvollisuudenkin perusteella sisällytettiin lakitekstiin. Syrjintä raskauden ja synnytyksen perusteella määriteltiin välittömäksi syrjinnäksi, syrjintä vanhemmuuden, perhehuoltovelvollisuuden ja muun välillisesti sukupuoleen liittyvän syyn johdosta välilliseksi syrjinnäksi.

Jo vuoden 1987 tasa-arvolain esitöiden mukaan menettely, jossa synnytyksiään ohittanut naispuolinen työnhakija syrjäyttää synnytyksiässä olevan työnhakijan, saattaa olla kiellettyä syrjintää. Vuoden 1992 esitöissä todetaan, että myös isyyteen perustuva kaikenlainen syrjintä on kiellettyä, ja että ”yhtä hyvin sellaisen miehen, joka todennäköisesti ei tulisi jäämään isyys- tai vanhempainlomalle, ja tällaista oikeutta todennäköisesti käyttävän miehen eri asemaan asettaminen voi olla sukupuolisyryntää”. Esitöiden perusteella syrjintäolettaman synnyttäminen ei siis aiemminkaan ole edellyttänyt vastakkaista sukupuolta olevaa vertailukohdetta.⁹⁷

Vuoden 2005 tasa-arvolain uudistukseen asti itsenäisen syrjintäperusteiden muodosti vanhemmuuden ja perhehuoltovelvollisuuden lisäksi ”muu

⁹⁴ Ks. myös *Nummijärvi* 2004 s. 325–343. KM 2002:9 s. 75.

⁹⁵ II LaVM 4/1986.

⁹⁶ HE 63/1992 vp.

⁹⁷ HE 63/1992 vp. Samoin vuoden 1994 esitöissä, ks. HE 90/1994 vp s. 17.

sukupuoleen liittyvä syy”. Tasa-arvolain uudistamista valmistellut toimikunta oli jättämässä tämän lisäsuojan lakitekstiin, ja se sisältyi myös hallituksen esitykseen. Jostain syystä työelämä- ja tasa-arvovaliokunta tiputti kohdan pois lain 7 §:stä, ja nyt välillisen syrjinnän itsenäisenä syrjintäperusteena on vain vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus. Valiokunta perusteli tätä vain lyhyesti: ”Saamansa selvityksen perusteella valiokunta ehdottaa välillisen syrjinnän määritelmää täsmennettäväksi siten, että sitä poistetaan eri asemaan asettaminen muun sukupuoleen liittyvän syyn perusteella.”⁹⁸ Ymmärtääkseni tämän voidaan nähdä heikentävän suomalaista välillisen syrjinnän doktriinia, sillä sukupuoleen liittyvä syy voinee olla jokin muukin kuin vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus.

Mikä merkitys on sillä, että vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus ovat itsenäisiä syrjintäperusteita? Tärkein merkitys on nähdäkseni se, että syrjintäoletta luodaan eri tavalla riippuen siitä, onko kyse 7 §:n 3 momentin 1 vai 2 kohdan mukaisesta välillisestä syrjinnästä. Vertailupiirit nimittäin muodostetaan olennaisesti eri tavalla. Tasa-arvolain esitöissä todetaan nimenomaisesti, että 7 §:n 3 momentin 2 kohdan mukaisen välillisen, sukupuoleen liittyvän syyhyn (eli vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus) perustuvan syrjinnän osalta kantajan tulisi osoittaa, että hän on joutunut eri asemaan verrattuna verrokkiin, joka eroaa kantajasta sukupuoleen liittyvän syyn osalta tai verrattuna tilanteeseen, jossa syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä ei olisi ollut.⁹⁹ Verrokkihenkilön ei näin ollen tarvitse olla eri sukupuolta vaan sellainen nainen tai mies, jolla ei ole perhehuoltovelvollisuutta. Myös itsevertailu on mahdollista.

Jos vanhemmuuteen perustuvat syrjintätilanteet konstruotaisiin sukupuolivaikutusten arvioinnin (arviointi perustuu tällöin sille, kuinka tietty menettely vaikuttaa naisiin ja miehiin) kautta kuten EU:n oikeudessa, perhevapaalla oleva isä ei saisi suojaa lainkaan. Jos siis mies omaksuu naisille tyypillisen elämäntyylin ja kohtaa tälle elämäntyyliä tyypillisesti kohdistuvaa epäedullista kohtelua, ei hän voi vedota sukupuolisyrjintään, ellei kyse ole kielletystä syrjintäperusteesta. Koska vanhemmuus ja muu sukupuoleen liittyvä syy on Suomessa itsenäinen syrjintäperuste, saavat suomalaiset isät paremman suojan kuin ne eurooppalaiset kollegansa, joita ei välillisen syrjinnän konstruktio suojaa. Näissä maissa ajatellaan yhä, että lastenhoito on asia, joka asettaa automaattisesti naiset miehiä huonompaan asemaan. Niinpä lopputuloslähtöinen välillisen syrjinnän konstruktio itse asiassa lujittaa vallitsevia käsityksiä sukupuolirooleista ja

⁹⁸ TyVM 3/2005, 7 §:n perustelut.

⁹⁹ HE 195/2004 vp s. 39.

sukupuolen mukaan jakautuvista tehtävistä.¹⁰⁰

Työtuomioistuimen tapaus TT:1998-34 koski kunta-alan virka- ja työehtosopimuksen kokemuslisämääräystä, jonka mukaan kokemuslisään oikeuttavaa palvelusaikaa eivät vähentäneet vuosiloma-aika eikä yhteensä enintään 30 kalenteripäivän virkavapausaika, työloma tai muu luvallinen poissaolo kalenterivuodessa. Tällainen luvallinen poissaolo tarkoitti muun muassa äitiys- tai vanhempainloma, sairausloma tai opintovapaata.¹⁰¹ Tapauksessa kantaja väitti, että määräys on syrjivä siltä osin, ettei se ota äitiys- ja vanhempainloma-aikaa kokonaan huomioon kokemuslisään oikeuttavaa palvelusaikaa laskettaessa. Työtuomioistuin teki sukupuolivaiikutuksen analyysin vanhempainvapaata koskevasta määräyksestä. On totta, että lopputuloslängöisessä välillisessä syrjinnässä on selvitettävä myös se, onko vanhempainvapaalla olevista enemmistö naisia ennen kuin voidaan puhua sukupuolisyrynnästä. Suomessa tällaista *sukupuolivaikutusten* analyysiä ei kuitenkaan tarvitse tehdä, sillä vanhemmuus on lainsäädännössämme määritelty itsenäiseksi syrjintäperusteeksi ja vertailu tehdään niihin, joilta tällainen syrjintäperuste puuttuu eli tässä tapauksessa niihin ryhmiin, jotka eivät ole poissa töistä vanhempainvapaan takia.

Sjerps on kiinnittänyt huomiota siihen, kuinka osa-aikaisten työntekijöiden syrjintäkielto on muuttunut välillisestä sukupuolisyrynnästä itsenäiseksi syrjintäperusteeksi.¹⁰² Osa-aikaisten epäedullinen asemahan on konstruoitu sukupuolisyrynnäksi, sillä suurin osa osa-aikaisista on ollut naisia. Nyt myös osa-aikaisesti työskenteleviä miehiä suojataan syrjinnältä osa-aikadirektiivin¹⁰³ liitteenä olevan puitesopimuksen 4 lausekkeen perusteella. Tässä on kyse itse asiassa samankaltaisesta tilanteesta, jossa suoja syrjintää vastaan halutaan ulottaa molempiin sukupuoliin.

¹⁰⁰ Työelämän yleisessä tasa-arvodirektiivissä kuitenkin todetaan, että direktiivillä ei rajoiteta jäsenvaltioiden oikeutta isyysvapaaseen. Direktiivin mukaan myös miehiä on tällöin suojeltava irtisanomiselta isyysvapaa-oikeuden käyttämisen vuoksi ja heillä on oikeus palata työhönsä työehdoilla, jotka eivät ole aiempaa epäedullisemmat, sekä saada ne työehtojen parannukset, joihin heillä olisi ollut oikeus poissaolonsa aikansa (2 artiklan 7 kohta neljäs alakohta). Samat oikeudet koskevat vanhempainlomalla olevaa työntekijää vanhempainloma koskevan puitesopimuksen mukaisesti. Neuvoston direktiivi 96/34/EY, annettu 3 päivänä kesäkuuta 1996, UNICE:n, CEEP:n ja EAY:n tekemästä vanhempainloma koskevasta puitesopimuksesta.

¹⁰¹ *Nummijärvi* 2004 s. 308. Ks. myös *Saloheimo* 1998.

¹⁰² *Sjerps* 1999 s. 242–243.

¹⁰³ Neuvoston direktiivi 97/81/EY, annettu 15 päivänä joulukuuta 1997, Euroopan teollisuuden ja työnantajain keskusjärjestön (UNICE), julkisten yritysten Euroopan keskuksen (CEEP) ja Euroopan ammatillisen yhteisjärjestön (EAY) tekemästä osa-aikatyötä koskevasta puitesopimuksesta – Liite: Osa-aikatyötä koskeva puitesopimus. Euroopan yhteisöjen virallinen lehti nro L 014, 20.1.1998 s. 9–14.

2.2.2 Neutraali peruste johtaa tosiasiallisesti epäedulliseen asemaan

Tasa-arvolain 7 §:n 3 momentin 1 kohdan mukaan välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan eri asemaan asettamista sukupuoleen nähden neutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettelyn vaikutuksesta henkilöt voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella. Tällainen epäedullinen vaikutus ei kuitenkaan ole syrjintää, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden (7 § 4 momentti). Tämä on EU:n oikeudessa ainoa välillisen syrjinnän muoto. Vertailu tehdään tässä välillisen syrjinnän muodossa eri tavalla kuin 7 §:n 3 momentin 2 kohdan mukaisessa välillisessä syrjinnässä. Nyt eri asemaan asettamisen peruste on sukupuolineutraali. Kantajan tuleekin osoittaa tilastoin tai muilla tavoin, että sukupuolineutraali menettely on asettanut tai on omiaan asettamaan hänet tosiasiallisesti epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella.¹⁰⁴ Syrjintäolettaman luomisesta ei ole juurikaan suomalaista oikeuskäytäntöä, minkä vuoksi onkin tarkasteltava EY:n tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevia ratkaisuja.

Syrjintäolettaman luominen lopputuloslähtöisessä välillisessä syrjinnässä tarkoittaa menettelyn tai säännön sukupuolivaikutusten arviointia. Useimmissa tapauksissa on syytä edetä askel askeleelta. EY:n tuomioistuimien on yleensä arvioinut ensin, onko jokin ryhmä (kutsutaan sitä vaikka B-ryhmäksi) joutunut epäedulliseen asemaan johonkin toiseen ryhmään verrattuna (A-ryhmä). Arvioinnin tekemisessä tärkeitä kysymyksiä on, kuinka merkityksellistä haittaa edellytetään ja miten vertailtavat ryhmät muodostetaan. Toiseksi on arvioitava sitä, kohdistuuko haitta epäsuhtaisesti miehiin ja naisiin eli esimerkiksi onko B-ryhmässä enemmän naisia kuin miehiä (B-ryhmän sukupuolijakauma) tai joutuuko B-ryhmään suurempi osuus naisista kuin miehistä (riski joutua B-ryhmään).

Tapauksessa *Hill* oli kyse siitä, että jaetuista toimista kokoaikaisiin toimiin siirtyville työntekijöille myönnettiin vähemmän ikälisiä kuin mitä heillä oli aiemmin ollut jaetussa toimessa työskennellessään. Tuomioistuimien totesi ensin, että jaetuissa toimissa työskentelevät (ryhmä B) olivat joutuneet epäedullisempaan asemaan kuin ne työntekijät, jotka ovat työskennelleet kokoaikaisesti yhtä monta vuotta (ryhmä A).¹⁰⁵ Tämän jälkeen tuomioistuimien totesi tilastojen perusteella, että 99,2 % kantajan ammattiryhmään kuuluvista työntekijöistä, jotka tekevät työtä jaetuissa toimissa,

¹⁰⁴ HE 195/2004 vp s. 40.

¹⁰⁵ C-243/95 *Hill* [1998] ECR I-3735, tuomion 17 kohta.

samoin kuin 98 % kaikista julkishallinnon työntekijöistä, jotka tekevät työtä jaetuissa toimissa, on naisia. Tuomioistuimien totesi tämän perusteella, että ”määräys, joka sääntelee epäedullisesti niiden työntekijöiden oikeudellista asemaa, jotka kuuluvat tähän jaetuissa toimissa olevien työntekijöiden ryhmään, on vaikutuksiltaan välillisesti sukupuolen perusteella syrjivä, ellei säännöksen tueksi voida esittää objektiivisia perusteita”.¹⁰⁶

On kuitenkin otettava huomioon se, että syrjintätapaukset ovat erilaisia eikä syrjintäolettaman luominen aina etene tällaisten erillisten vaiheiden kautta. Tarkastelen seuraavassa kuitenkin neljää sellaista asiakysymystä, jotka tulisi syrjintäolettaman luomisessa jollain tasolla aina ottaa huomioon: Millaista haittaa epäedullinen asema aiheuttaa, kuinka valitaan vertailupiirit, miten osoitetaan haitan kohdistuvan juuri naisiin tai miehiin ja mikä merkitys on vertailukelpoisen tilanteen vaatimuksella välillisen syrjinnän doktriinissa?

2.2.2.1 Epäedullinen asema

Karoliina Ahtela on kritisoinut työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin välillisen syrjinnän käsitelmäärittelyä siltä osin, kun siinä edellytetään *erityisen* epäedulliseen asemaan joutumista (”would put persons of one sex at a particular disadvantage”). *Ahtela* kysyy, kuinka paljon suurempaa haittaa ”erityisen epäedullinen asema” edellyttää kuin pelkkä ”epäedullinen asema”.¹⁰⁷ Suomen tasa-arvolakiin tätä lisämäärettä ei sisällytettykään. Tasa-arvolain uudistamistoimikunta katsoi, että direktiivin välillisen syrjinnän määritelmään sisältyvä teon tunnusmerkki ”erityisen epäedulliseen asemaan” vaikuttaa ankarammalta kuin välittömän syrjinnän määritelmässä ”kohdellaan epäsuotuisammin” tai tasa-arvolakiin aiemmin sisältyvä välittömän ja välillisen syrjinnän tunnusmerkki ”eri asemaan”. Tämän vuoksi lisämäärettä ”erityisen” ei otettu lakiin, ottaen huomioon se, että syrjinnänvastaisen lainsäädännön tasoa ei saanut laskea direktiiviä täytäntöönpannaessa.¹⁰⁸

Jos jokin työntekijäryhmä, kuten osa-aikaiset työntekijät, jää jonkin edun ulkopuolelle, on heille aiheutuva haitta ja epäedullinen asema yleensä vaikeuksista identifioitavissa. Esimerkiksi EY:n tuomioistuimen klassikkotapauksessa *Bilka*¹⁰⁹ oli kyse siitä, että tavaratalokonserni oli sulkenut osa-aikaiset työntekijänsä yrityseläkejärjestelmänsä ulkopuolelle. Kyse ei kui-

¹⁰⁶ C-243/95 *Hill* [1998] ECR I-3735, tuomion 25 kohta.

¹⁰⁷ *Ahtela* 2005 s. 63–65.

¹⁰⁸ KM 2002:9 s. 78.

¹⁰⁹ 170/84 *Bilka* [1986] ECR I-1607.

tenkaan välttämättä ole nimenomaan edun ulkopuolelle jäämisestä. Korkeimman oikeuden ratkaisemassa tapauksessa KKO 2004:59 oli kaupunki lomauttanut perusturvatoimialansa, joka oli näin joutunut muita toimialoja epäedullisempaan asemaan.

Aina ei jollekin ryhmälle aiheutunut haitta ole kuitenkaan näin ilmeinen. Palkkasyrjintätapauksessa *Danfoss* riitti, että kantaja osoitti suhteellisen monien palkansaajien osalta (157 työntekijää), että naispuolisten ja miespuolisten työntekijöiden kokonaispalkan ero oli 6,85 %. Tapauksessa työnantaja sovelsi palkkausjärjestelmää, jolta puuttui täysin läpinäkyvyys. Työntekijät eivät tienneet, mitä palkanlisän perusteita heihin sovellettiin tai millä perusteella kukin lisä maksetaan.¹¹⁰ Tapauksessa *Helmig* kyse taas oli siitä, että osa-aikaisille ei maksettu ylityölisää ennen kuin he olivat työskennelleet enemmän kuin kokoaikaisten säännönmukaisen työajan. Tuomioistuin katsoi, että koska osa- ja kokoaikaisten kokonaispalkka oli sama, heitä oli kohdeltu samalla tavalla, eivätkä osa-aikaiset olleet joutuneet epäedulliseen asemaan. Osa-aikaiset kuitenkin joutuivat työskentelemään työaikaansa nähden useamman ylityötunnin kuin kokoaikaiset saadakseen ylityölisää, mikä eittämättä johti heidät epäedulliseen asemaan.¹¹¹ Epäedullinen asema ei siis aina tarkoita sitä, että kohtelu olisi muodollisesti ollut erilaista. Tuoreemmassa tapauksessa *Elsner-Lakeberg* tuomioistuin ei enää viittaa *Helmig*-tapaukseen, vaan toteaa, että säännöksiä on sovellettava oikeassa suhteessa työaikaan nähden.¹¹² Tapauksessa oli kyse siitä, että sekä osa-aikaiset että kokoaikaiset työntekijät saivat ylityökorvauksen vasta työskenneltyään yli kolme tuntia ylitöitä. Muodollisesti kohtelu oli siis samanlaista. Osa-aikaiset kuitenkin joutuivat kokoaikaisia epäedullisempaan asemaan, koska he joutuivat työskentelemään 5 % yli säännönmukaisen työaikansa saadakseen ylityökorvauksen, kun kokoaikaiset joutuivat työskentelemään vain 3 % yli oman työaikansa saadakseen korvauksen.

Tapauksessa *Wippel* kantaja esitti muun muassa, että kyseessä on välillinen syrjintä, kun osa-aikainen joutuu työskentelemään työsopimuksella, jossa ei määritetä lainkaan vähimmäistyöaikaakaan vaan työtä tarjotaan vain tarpeen mukaan. Julkisasiamies *Kokott* katsoi ratkaisuehdotuksessaan, että tällainen työsopimus ei välttämättä ole edes epäedullinen osa-aikatyöntekijöille, vaikka työnantajan väärinkäytöksen vaara onkin olemassa. Työ-

¹¹⁰ 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199, tuomion 4, 10 ja 16 kohta.

¹¹¹ Yhdistetyt asiat C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 ja C-78/93 *Helmig ym.* [1994] ECR I-5727. Ks. tapauksen ratkaisusta esitetystä kriittisestä *Wentholt* 1999, *Loenen* 1999, *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 570.

¹¹² C-285/02 *Elsner-Lakeberg* [2004] ECR, tuomion 13 kohta. Näin myös tapauksessa C-33/89 *Kowalska* [1990] ECR I-2591, tuomion 19 kohta.

sopimus nimittäin antaa osa-aikaiselle työntekijälle myös vapauden työskennellä vain silloin kuin hänelle sopii.¹¹³ Julkisasiamiehen mukaan oli siis kyseenalaista, aiheutuiko järjestelmästä ylipäänsä haittaa osa-aikaisille työntekijöille, joista suurin osa oli naisia. *Ellis* onkin varoittanut siitä, että jos tuomioistuimelle jää liikaa harkintavaltaa sen arvioimiseksi, mikä on haitallista jollekin ryhmälle, varsin miesvaltaiset tuomioistuimet eivät välttämättä kykene havaitsemaan erityisesti naisille aiheutuvaa haittaa.¹¹⁴

2.2.2.2 Vertailupiirien muodostaminen

Sen arvioiminen, onko jokin ryhmä joutunut epäedulliseen asemaan, edellyttää vertailua ryhmän A ja B välillä. Vertailupiirien valinta ei käy kuitenkaan aina ongelmitta. Vertailupiirien valinnassa merkitystä on pääasiassa sillä, mikä on syrjinnän lähde. EY:n tuomioistuin on katsonut, että lainsäädännön mahdollista syrjivyyttä arvioitaessa kyseisen *lainsäädännön soveltamisala* määrittää pääsääntöisesti niiden henkilöiden piirin, joita voidaan käyttää vertailukohtana.¹¹⁵ Tapauksessa *Kachelmann* oli kyse kansallisen lainsäädännön syrjiväksi väitetystä tulkinnasta, joka asetti osa-aikaiset epäedulliseen asemaan. Vertailupiirin muodostamisesta oli kuitenkin tapauksessa erimielisyyttä. Työnantaja ja Saksan hallitus esittivät, että vertailu tulisi tehdä yrityksen sisällä. Yrityksessä työskenteli osa-aikaisena kuitenkin vain viisi henkilöä, kolme naista ja kaksi miestä. Kantajan mukaan mahdollisten naisiin kohdistuvien syrjivien vaikutusten toteamiseksi kansallisessa lainsäädännössä olisi viitattava kaikkiin osa-aikatyöntekijöihin Saksassa. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin esitti taas näiden väliltä löytyvää vertailuperustetta ja katsoi, että vertailussa olisi käytettävä kaikkia tietyllä alalla työskenteleviä henkilöitä. Tähän yhtyi myös julkisasiamies *Saggio*. Hän toteaa, että ei olisi perusteltua viitata samassa yrityksessä työskenteleviin osa-aikatyöntekijöihin sen toteamiseksi, onko joissakin työtehtävissä selvästi enemmän naisia kuin miehiä. Hänen mukaansa on otettava huomioon, että varsinkin pienen yrityksen tilanne voi olla sellainen, että osa-aikatyöntekijöinä työskentelevien naisten prosentimäärästä saattaa olla harhaanjohtavaa tehdä päätelmiä. Hän ei kuitenkaan pitänyt järkevänä vertailua kaikkiin osa-aikatyöntekijöihin tietyssä jäsenvaltiossa, koska työmuodot ja työllisyyteen liittyvät ongelmat ovat

¹¹³ C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, ratkaisuehdotuksen 84 ja 111 kohta.

¹¹⁴ *Ellis* 1994 s. 571.

¹¹⁵ Ks. esim. tapaukset C-256/01 *Allonby* [2004] ECR, tuomion 73 kohta ja 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR I-2743, tuomion 11 kohta.

yleensä eri aloilla erilaisia. Tämän vuoksi julkisasiamies olisi pitänyt järkevänä viitata niihin osa-aikatyöntekijöihin, jotka työskentelevät samalla alalla kuin se yritys, joka oli vastaajana tapauksessa.¹¹⁶

EY:n tuomioistuimien viittaa lopullisessa ratkaisussaan vain siihen, että ”[o]n totta, että Saksassa osa-aikatyössä on huomattavasti enemmän naisia kuin miehiä”¹¹⁷ ja yhtyy näin kantajan esittämään kantaan. Koska kyse oli *lainsäädännön* syrjiväksi väitetystä soveltamisesta, vertailupiirinä käytettiin koko lainsäädännön soveltamisalaan kuuluvia henkilöitä. Myös *Nummijärvi* toteaa, että lähtökohtana vertailupiirien muodostamisessa on pidetty kiistanalaisen normin tai käytännön soveltamispiiriin kuuluvia työntekijöitä. Niinpä hän katsoo palkkasyrjinnän osalta, että palkkauksen perusteessa valtakunnalliseen työehtosopimukseen vertailupiiri muodostetaan kyseisen alan työntekijöistä. Jos palkkaus tai osa palkkausperusteita määrittäytyy työnantajakohtaisesti, vertailu tehdään yrityksen sisällä.¹¹⁸

Palkkasyrjintätapauksessa *Royal Copenhagen* EY:n tuomioistuin antoi ohjeita vertailuryhmien muodostamisesta yrityksen sisällä. Kyse oli keramiikkatuotteita valmistavan yrityksen urakkapalkkajärjestelmästä. Tuomioistuin totesi, että vertailtavat ryhmät tulee muodostaa siten, että niihin kuuluvat kaikki ne työntekijät, joiden työn laadun, koulutuksen ja työolosuhteiden osalta voidaan katsoa olevan samanlaisessa tilanteessa. Lisäksi vertailun tulee koskea melko merkittävää työntekijämäärää, jotta todetut palkkaerot eivät johdu vain satunnaisista ilmiöistä, suhdanteista tai, urakkapalkan ollessa kyseessä, työntekijöiden työn tuloksissa olevista eroista. Vertailu ei tuomioistuimen mukaan ole asianmukaista silloin, jos ryhmät valitaan keinotekoisesti ja mielivaltaisesti siten, että yhdessä on pääasiallisesti vain naisia ja toisessa pääasiallisesti miehiä.¹¹⁹

Aina ei ole kuitenkaan selvää, tulisiko vertailtavat ryhmät muodostaa yrityksen sisällä kaikista työntekijöistä, jostakin alaryhmästä, vai laajemmin, ottaen kenties huomioon koko toimiala tai mahdollisesti jopa valtakunnallinen työmarkkinatilanne. *Nummijärvi* on väitöskirjassaan käsitellyt tätä ongelmaa. Kuten hän toteaa, vertailukohteen valinta vaikuttaa olennaisesti sen arvioimiseen, onko jokin menettely syrjivää.¹²⁰ Sillä vaikka naisista koostuva ryhmä B olisikin joutunut jotakin toista ryhmä A:ta epä-

¹¹⁶ C-322/98 *Kachelmann* [2000] ECR I-7505, ratkaisuehdotuksen 27 ja 29 kohta.

¹¹⁷ C-322/98 *Kachelmann* [2000] ECR I-7505, tuomion 24 kohta.

¹¹⁸ *Nummijärvi* 2004 s. 303. Ks. myös *Sjerps* 1999 s. 245.

¹¹⁹ C-400/93 *Royal Copenhagen* [1995] ECR I-1275, tuomion 33–34 kohta sekä 36 ja 38 kohta.

¹²⁰ *Nummijärvi* 2004 s. 302.

edullisempaan asemaan, näin ei välttämättä ole enää silloin, kun vertailu tehdään jonkin toisen, ryhmä C:n kanssa. Ryhmä C saattaa nimittäin olla yhtä huonossa asemassa kuin ryhmä B:kin. Esimerkiksi tapauksessa *Gruber*¹²¹ kyse oli siitä, että kansallisen lainsäädännön mukaan painavasta syystä irtisanoutuvalle työntekijälle oli työnantajan maksettava irtisanomiskorvausta. Painavina syinä mainittiin lainsäädännössä erityisesti työntekijän terveyteen ja työnantajan menettelyyn liittyvät seikat. Tällaisista syistä irtisanoutuvat kuuluivat siis ryhmä A:han. Kantaja väitti, että hänkin oli irtisanoutunut painavasta syystä, sillä hänen asuinalueellaan ei ollut tarpeeksi lastenhoitopaikkoja, minkä vuoksi hänen oli jätävä kotiin hoitamaan lastaan. Tällaiseen ryhmään kuuluvat muodostivat siis ryhmä B:n, sillä heille maksettiin puolta pienempää irtisanomiskorvausta kuin ryhmä A:lle. Tuomioistuin kuitenkin katsoi, että relevantti vertailupiiri on muut muista kuin painavista syistä irtisanoutuvat työntekijät (ryhmä C), eivätkä ne, jotka irtisanoutuvat painavista syistä (ryhmä A). Näin ollen syrjintää ei ollut, sillä ryhmä B ei ollut epäedullisemmassa asemassa kuin ryhmä C.

Vanhemmuushan on Suomessa itsenäinen syrjintäperuste, joten perhevapaalla olevan (naisen tai miehen!) eri asemaan asettaminen ilman hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita on kiellettyä. Mutta onko vertailuryhmä jostain muusta syystä kuin perhevapaan takia töistä poissaolevat vai työssä olevat työntekijät? Toisin sanoen riittääkö syrjintäolettaman luomiseksi se, että vanhempainvapaalla olevat menettävät jonkin edun, jonka työssä olevat saavat, mutta jonka kaikki muutkin poissaolevat menettävät? Tähän ei saada oikeuskäytännöstä suoraa vastausta. Kuitenkin esimerkiksi välitöntä syrjintää koskevassa tapauksessa *Thibault*¹²² EY:n tuomioistuin vertasi äitiyslomalla olevan työntekijän asemaa nimenomaan työssä olevan työntekijän asemaan ja totesi, että kyseessä on välitön sukupuolisyryntä, sillä ellei työntekijä olisi tullut raskaaksi ja pitänyt äitiyslomaa, häntä olisi kohdeltu samalla tavalla kuin muitakin työssä olevia. Merkitystä ei siis ollut sillä, että muistakin syistä poissaolevat henkilöryhmät menettivät kyseisen edun yhtä lailla. Myös tasa-arvovaltuutettu on katsonut lausunnoissaan, että perhevapaalla olevien asemaa tulisi verrata työssäolevien asemaan siitäkkin huolimatta, että saman edun ulkopuolelle jäävät myös mm. asepalvelustaan suorittavat.¹²³

¹²¹ C-249/97 *Gruber* [1999] ECR I-5295.

¹²² C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011.

¹²³ Tasa-arvovaltuutetun lausunnot dnro 11/53/98 ja dnro 5/53/99. Kyse oli voittopalkkioiden jakoperusteista.

EY:n tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevassa tapauksessa *Lewen*¹²⁴ perhevapaalla olevaa väitettiin syrjittävän sikäli, että tämä ei saanut joulubonusta, koska kyseisen edun ulkopuolelle jäivät kaikki joulukuun ensimmäisenä päivänä poissa olevat työntekijät. *Lewen*-tapauksessa vertailuryhmänä oli siis työssä olevat työntekijät, joihin nähden perhevapaalla oleva kantaja katsoi joutuneensa epäedullisempaan asemaan. Tapauksessa *Gewerkschaftsbund*¹²⁵ väitettiin kuitenkin naisia välillisesti syrjiväksi sääntöä, jonka mukaan irtisanomiskorvausta laskettaessa työssäoloajaksi laskettiin armeijassaoloaika mutta ei hoitovapaalla oloa. Tällöin vertailu pyrittiin siis tekemään kahden alaryhmän välillä eikä niin, että hoitovapaan jättäminen työssäoloajan ulkopuolelle olisi itsessään ollut syrjivää. Näihin tapauksiin, kuten aiemmin mainitsemani tapaukseen *Gruber*¹²⁶, liittyy kiinteästi kysymys myös eri ryhmien välisestä vertailtavuudesta, ts. siitä, ovatko eri ryhmät keskenään ylipäänsä vertailukelpoisessa tilanteessa. Muun muassa nämä välillisen syrjinnän tapaukset nimittäin kaatuivat siihen, että EY:n tuomioistuin ei katsonut vertailtavien ryhmien olevan vertailukelpoisessa tilanteessa. Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus ei kuitenkaan kuulu koko välillisen syrjinnän konstruktion.¹²⁷

Jonkin kriteerin syrjivyyttä on perusteltua joskus arvioida myös alaryhmittäin esimerkiksi tietyn ikäisten työntekijöiden kesken. Englantilaisessa tapauksessa *Jones v. University of Manchester*¹²⁸ oli kyse yliopiston ammatinvalinnanohjaajalle asetetuista syrjiväksi väitetyistä valintakriteereistä. Valintakriteereinä oli tietty tutkinto, mieluiten 27–35 vuoden ikä ja vaihteleva työkokemus. Ongelmana tässä oli kantajan mukaan se, että Isossa-Britanniassa useat naiset saavat lapsensa vähän yli 20-vuotiaina, ja tämän vuoksi ryhtyvät opiskelemaan vasta paljon myöhemmin kuin miehet. 25–29-vuotiaista opiskelijoista suurin osa olikin miehiä, kun taas yli 30-vuotiaista merkittävästi suurempi osa naisia. Iäkkäämpänä opiskelleet, joista suurin osa oli siis naisia, eivät näin ollen voineet hakea virkaa. Tapauksen ratkaisua on kritisoinut muun muassa *Tamara Hervey*, jonka mukaan ikäkriteerin syrjivyyttä arvioitaessa vertailtavia ryhmiä ei olisi tullut muodostaa kaikenikäisistä hakijoista vaan niiden alaryhmästä, johon kuuluu tutkinnon yli 25-vuotiaina suorittaneet henkilöt. Syrjintäolettaja olisikin syntynyt, jos huomioon olisi otettu koko väestöä koskevat tosiseikat ja se,

¹²⁴ C-333/97 *Lewen* [1999] ECR I-7243.

¹²⁵ C-220/02 *Gewerkschaftsbund* [2004] ECR.

¹²⁶ C-249/97 *Gruber* [1999] ECR I-5295.

¹²⁷ Ks. kpl 2.2.2.4.

¹²⁸ Court of Appeal 21.12.1992 (1993) IRLR 218 CA.

että ikäkriteerit perustuvat miestyöntekijöille tyypillisen urakehityksen mallille, jonka asettamia edellytyksiä kaikki naistyöntekijät eivät voi täyttää.¹²⁹ Suomessakin esimerkiksi määräaikaisten työsopimusten ketjuttamista ja niiden jakautumista miesten ja naisten kesken olisi syytä tarkastella erityisesti 20–35-vuotiaiden osalta.

2.2.2.3 *Haitta kohdistuu naisiin – tilastot vai yleinen sosiologinen tieto?*

EY:n tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevat tapaukset ovat hyvin usein koskeneet osa-aikaisten työntekijöiden asemaa. Koska osa-aikatyö on monissa Keski-Euroopan maissa naisille tyypillinen työsuhteen muoto, juuri naisille aiheutuneen syrjivän vaikutuksen osoittaminen ei ole näissä tapauksissa ollut kantajalle vaikeaa.¹³⁰ Useissa tapauksissa ennakkoratkaisupyynnöistä käy ilmi, että huomattava osa, yleensä noin 90 %, epäedulliseen asemaan joutuneista on ollut naisia.¹³¹

Palkkasyrjintätapauksissa kantaja yrittää usein osoittaa, että naisten keskipalkat ovat yrityksessä alempia kuin miesten.¹³² Tällöin samanarvoista työtä tekevät naiset muodostavat ryhmän B ja miehet ryhmän A. Tapauksessa *Danfoss* kantaja osoitti ”suhteellisen monien palkansaajien osalta” (157 työntekijää), että naispuolisten ja miespuolisten työntekijöiden kokonaispalkan ero oli 6,85 %. Syrjintäoletaman syntymiseen vaikutti myös se, että työnantaja sovelsi palkkausjärjestelmää, jolta puuttui täysin läpinäkyvyys. Kuten *Ellis* on huomauttanut, *Danfoss*-tapaus jätti kuitenkin epäselväksi sen, kuinka suuren suuresta työntekijämäärästä tulee olla kyse (ko. tapauksessa työntekijöitä oli 157), kuinka pitkältä ajalta (ko. tapauksessa neljän vuoden ajalta), ja kuinka suuri prosentuaalinen palkkaero synnyttää syrjintäoletaman (ko. tapauksessa 6,85 %).¹³³

Tapauksessa *Enderby* vuonna 1993 oli kyse puheterapeuttien ja proviisorien välisestä palkkaerosta. EY:n tuomioistuin katsoi, että syrjintäoletaman luomiseksi on esitettävä merkityksellisiä tilastoja kahden sellaisen

¹²⁹ *Hervey* 1994 s. 312–313. Ks. myös *Nummijärvi* 2004 s. 307.

¹³⁰ Näin esim. tapauksissa 96/80 *Jenkins* [1981] ECR I-911, 170/84 *Bilka* [1986] ECR I-1607, 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR I-2743, C-50/96 *Schröder* [2000] ECR I-743, Yhdistetyt asiat C-4/02 ja C-5/02 *Schönheit ym.* [2003] ECR, C-25/02 *Rinke* [2003] ECR I-8349, C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027.

¹³¹ Esimerkiksi tapauksessa C-50/96 *Schröder* naisten osuus osa-aikaisista oli 95 %, tapauksessa C-77/02 *Steinicke* 90 %.

¹³² Ks. esimerkiksi tapaukset 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199 ja C-400/93 *Royal Copenhagen* [1995] ECR I-1275.

¹³³ *Ellis* 1998 s. 120.

samanarvoisen työn välisestä palkkaerosta, joista toista tekevät lähes yksinomaan naiset ja toista pääasiallisesti miehet. Tilastotietojen tulee olla luotettavia siten, että niiden tulee koskea riittävän suurta joukkoa, niiden voidaan katsoa ilmaisevan muuta kuin satunnaisia tai suhdanteita kuvaavia ilmiöitä ja niiden tulee vaikuttaa yleisesti ottaen merkitseviltä.¹³⁴ Tuomioistuon on viitannut tähän *tilastollisen merkitsevyyden testiin* myös myöhemmissä tapauksissa kuten *Seymour-Smith*¹³⁵ ja *Jørgensen*¹³⁶.

Tapauksessa *Seymour-Smith* vuonna 1999 oli kyse muun muassa siitä, minkälaiset erot menettelyn vaikutuksilla eri sukupuolille ovat kyllin merkittäviä synnyttääkseen syrjintäolettan. Tapauksessa käsiteltävät kysymykset liittyivät siis välillisen syrjinnän käsitteen ytimeen, mutta tuomioistuinta on kritisoitu siitä, ettei se kyennyt antamaan selkeää vastausta yhteenkään sille esitettyyn kysymykseen.¹³⁷ Tapauksessa oli kyse riidanalaisesta kansallisesta lainsäädännöksestä, jonka mukaan suoja laitonta irtisanomista vastaan koski ainoastaan kaksi vuotta työskennelleitä työntekijöitä. Kantajan mukaan lainsäädännös vaikutti haitallisesti useampaan naiseen kuin mieheen. Tuomioistuin toteaa, että paras tapa vertailla tilastoja on verrata ensinnäkin miespuolisen työvoiman osalta niiden työntekijöiden suhteellista osuutta, jotka täyttävät riidanalaisessa säännöksessä asetetun kahden vuoden työskentelyä koskevan edellytyksen, niiden suhteelliseen osuuteen, jotka eivät sitä täytä. Toiseksi tulisi verrata samoja suhteellisia osuuksia naispuolisen työvoiman osalta.¹³⁸ Toisin sanoen tulisi naisten ja miesten osalta katsoa erikseen, kuinka suuri prosenttiosuus pääsee A-ryhmään, kuinka suuri prosenttiosuus joutuu B-ryhmään.

Tuomioistuin lieventää sääntöä toteamalla, että syrjintäolettan syntyy myös silloin, jos tilastot osoittavat vähemmän merkittävän mutta jatkuvan ja suhteellisen pysyvän eron pitkän ajanjakson kuluessa. Tuomioistuin toteaa, että syrjiväksi väitetyn lainsäädännöksen vaikutuksia arvioitaessa voi olla aiheellista ottaa huomioon sekä säädöksen antamispäivänä käytävissä olevat tilastotiedot että sellaiset myöhemmät tilastotiedot, joiden perusteella voidaan selvittää kyseisen säädöksen vaikutusta miespuolisiin ja naispuolisiin työntekijöihin.¹³⁹ Kuten *Barnard* ja *Hepple* huomauttavat, tämä edellyttää ensinnäkin uusien lakien sukupuolivaikutusten arviointia

¹³⁴ C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, tuomion 16–19 kohta.

¹³⁵ C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623.

¹³⁶ C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447.

¹³⁷ *Barnard* ja *Hepple* 1999 s. 399 ja 403.

¹³⁸ C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623, tuomion 59–60 kohta.

¹³⁹ C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623, tuomion 49 kohta.

ja myös niiden vaikutusten säännöllistä seurantaa.¹⁴⁰ Tämä vastaakin hyvin valtavirtaistamisen vaatimusta.

Tapauksessa 77,4 % miehistä ja 68,9 % naisista täytti kahden vuoden työskentelyä koskevan edellytyksen (kuului ts. A-ryhmään) sinä vuonna, jona siitä säädettiin. Tuomioistuimen mukaan ensiarviolta tilastot eivät näyttäneet osoittavan, että miehiin nähden huomattavasti pienempi prosenttiosuus naisista täyttäisi riidanalaisessa säännöksessä asetetun edellytyksen.¹⁴¹ Tuomioistuin tarkastelikin siis loppujen lopuksi vain sitä, kuinka suuri osuus naisista ja miehistä pääsi A-ryhmään, mitä ihmeteltiin myös Englannissa juttua ratkottaessa.¹⁴²

Barnard ja *Hepple* ovat eritelleet erilaisia tapoja arvioida sitä, milloin menettely tosiasiaa johtaa siihen, että tietty ryhmä joutuu toista epäedullisempaan asemaan.¹⁴³ Eräs vaihtoehto on arvioida tilastojen *merkitsevyyttä* (kts. mm. *Enderby*-tapaus¹⁴⁴), eli sitä, että ne ovat luotettavia ja perustuvat sosiaalisiin tosiasioihin eivätkä pelkkään sattumaan. *Barnard* ja *Hepple* kuitenkin huomauttavat, että kun tarkastellaan hyvin suuren työntekijämäärän kattavia tilastoja, tilastollisen merkitsevyyden testi voi olla harhaanjohtava. Se on heidän mukaansa tarkoitettu arviointimenetelmäksi silloin, kun pohditaan sellaisten tilastojen merkitsevyyttä, jotka koskevat hyvin pieniä työntekijäryhmiä.

On selvää, että merkitseviä tuloksia on helpompi saada isosta joukosta kuin pienemmästä. Muutaman henkilön otoksessa täytyykin olla havaittavissa suuri ero, jotta se olisi merkitsevä, ts. sellainen, joka ei perustu pelkkään sattumaan. Isoja työntekijäryhmiä koskevien tilastojen osalta tulisi arvioida sitä, ovatko erot sisällöllisesti tai käytännössä tärkeitä. Nojautuminen vain tilastoihin on ylipäänsä saanut kritiikkiä osakseen niin USA:ssa kuin nyttemmin myös EU:ssa, minkä vuoksi tilanne onkin muuttumassa. Tilastoja on paitsi vaikea kerätä, varsinkin jos valtavirtaistamisvelvoitteen mukaista tilastojen seurantaa ei toteuteta. Yksittäisen työntekijän on hyvin hankala itse ryhtyä kokoamaan tarvittavia tilastoja. Toisaalta tilastoja on myös vaikea tulkita ainakaan ilman asianmukaista koulutusta. *Sjerps* onkin kiinnittänyt huomiota siihen käytännön ongelmaan, että tuomareita ei ole koulutettu tulkitsemaan kvantitatiivista aineistoa.¹⁴⁵ Tästäkin huolimatta

¹⁴⁰ *Barnard* ja *Hepple* 1999 s. 408.

¹⁴¹ C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623, tuomion 63 ja 64 kohta.

¹⁴² *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 573.

¹⁴³ *Barnard* ja *Hepple* 1999 s. 405–407.

¹⁴⁴ C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535.

¹⁴⁵ *Sjerps* 1999 s. 246. Ks. myös *Loenen* 1999 s. 207. Tilastojen käytöstä USA:ssa ks. *Browne* 1999, joka varoittaa tilastojen kritiikittömästä käytöstä.

tilastojen esittäminen voi kuitenkin olla tapa osoittaa syrjivät vaikutukset.¹⁴⁶

Toiseksi voidaan arvioida vaikutuseron *merkittävyyttä* ("whether or not the difference in impact is *considerable*"). Tämän lähestymistavan etuna on se, että se ei ole riippuvainen vain luvuista, jotka voivat olla harhaanjohtavia muun muassa silloin, kun työmarkkinat ovat vahvasti segregoituneet sukupuolen mukaan. *Barnad* ja *Hepple* toteavat, että *Seymour-Smith*-tapauksessa EY:n tuomioistuin omaksui kaksi lähestymistapaa epäedullisen aseman arvioimiseksi.¹⁴⁷ Toisaalta se katsoi, että ryhmien välisten vaikutuserojen tulee olla merkittävät ("considerably smaller proportion of women than men"). Tuomioistuin kuitenkin jatkaa ja toteaa, että pienempikin vaikutusero synnyttää syrjintäolettan, jos se on jatkuva ja suhteellisen pysyvä ("a lesser but persistent and relatively constant disparity over a long period"). Jutun palattua House of Lordsin käsittelyyn¹⁴⁸, enemmistö totesi, että syrjintäolettan oli syntynyt juuri tämän jatkuvan vaikutuseron vuoksi. *Lord Nicholls* ja *Lord Goff* tulkitsivatkin EY:n tuomioistuimen ratkaisua siten, että jos tilastot kattavat pitkän ajanjakson ja osoittavat jatkuvan ja suhteellisen pysyvän vaikutuseron, tämä tekee helpommaksi sen osoittamisen, että vaikutusero on merkittävä. *Lord Nichollsin* mukaan kyseessä oli rajatapaus, mutta jos koko työvoiman kattavat tilastot osoittavat tällaisen eron sukupuolivaikutuksissa seitsemän vuoden ajanjakson ajan, vaikutuseroa ei voida katsoa merkityksettömäksi.

Kolmas vaihtoehto on arvioida, onko olemassa riski siitä, että menettely tosiasiaassa asettaa jonkin ryhmän epäedulliseen asemaan. Tämän lähestymistavan etuna on se, että siinä voi ottaa huomioon sosiaaliset tosiasiat kuten sen, että huomattavasti useampi nainen kuin mies on yksinhuoltaja tai että työnantajalle tulee kalliimmaksi palkata sellainen työntekijä, joka tulee jäämään perhevapaille kuin sellainen, joka ei tule jäämään.

Viime aikoina onkin keskusteltu eri syrjintäperusteita koskevien syrjinnän määritelmien lähentymisestä. Uusissa syrjintädirektiiveissä määriteltiin välillinen syrjintä niin, että merkitystä annetaan enemmän yleisesti tiedossa oleville tosiasioille kuin relevanteille tilastoille. Komissio perusteli tätä sillä, että tilastotietoa on näiltä aloilta erittäin vaikea hankkia. Näiltä osin määritelmä vastasi pikemminkin kansalaisuussyrjintää koskevaa oikeuskäytäntöä kuin sukupuolisyryntää. Esimerkiksi tapauksessa *O'Flynn* EY:n tuomioistuin katsoi syrjiväksi lainsäännöksen, joka sisälsi vaaran

¹⁴⁶ Ks. HE 195/2004 vp s. 40, jossa todetaan, että välillinen syrjintäolettan voidaan synnyttää "tilastoin tai muilla tavoin".

¹⁴⁷ *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 571–572.

¹⁴⁸ [2000] I.R.L.R. 263.

erityisesti siirtotyöläisten joutumisesta huonompaan asemaan. Tuomioistuin totesi, ettei ”ole tarpeen todeta sitä, että siinä joukossa, johon kyseisen säännöksen vaikutukset käytännössä kohdistuvat, siirtotyöläisten suhteellinen osuus on olennaisesti suurempi. On riittävää todeta, että tämä säännös on omiaan vaikuttamaan kyseisellä tavalla”.¹⁴⁹

Vuonna 2002 muutettiin myös työelämän yleistä tasa-arvodirektiiviä, joka koskee sukupuolten välistä tasa-arvoa, ja nyt välillisen syrjinnän määritelmä on samanlainen kuin muita syrjintäperusteita koskevassa lainsäädännössä. Tasa-arvodirektiivi ei enää edellytä tilastollista näyttöä, joten tilastojen merkityksen on sanottu vähenevän myös sukupuolisyryntää koskevissa tapauksissa. Niin tasa-arvodirektiivin kuin tasa-arvolainkin sanamuodosta käy ilmi, että menettely voi olla välillisesti syrjivää myös silloin, kun sen epäedulliset vaikutukset naisiin tai miehiin eivät ole vielä konkretisoituneet vaan tästä on olemassa vain riski.¹⁵⁰ Tällöin vaikutusanalyysissä ei olisi merkitystä niinkään kvantitatiivisella tiedolla menettelyn vaikutuksista naisiin ja miehiin vaan kvalitatiivisella tiedolla yleisesti tunnetuista sosiaalisista tosiseikoista.¹⁵¹ Esimerkiksi englantilaisessa tapauksessa *London Underground Ltd. v. Edwards*¹⁵² Court of Appeal katsoi, että aamuvuorojen varhainen alkaminen oli haitallista naisille, joilla oli perheenhuoltovelvoitteita, vaikka vain yksi työpaikan 21 naistyöntekijästä valitti järjestelyistä. Merkitystä oli vain sillä, että oli olemassa riski, että menettelyllä on naisille haitallisia vaikutuksia.

Mielestäni asian hahmottamiseksi on oleellista kiinnittää huomio syrjiväksi väitetyn kriteerin (tai säännön tai menettelyn) laatuun. Ensinnäkin huomioon on otettava yleinen sosiologinen tieto riidanalaisen kriteerin, menettelyn tai säännön vaikutuksista. Jos käytetyn kriteerin seurauksena jokin ryhmä voi joutua epäedulliseen asemaan, ei merkitystä ole sillä, että esimerkiksi työpaikalla tai työnhakijoiden joukossa on vain yksi kriteeristä konkreettisesti haittaa kokenut ryhmän jäsen. Tällöin kyse on nimenomaan siitä, että epäedulliset vaikutukset eivät vielä ole konkretisoituneet vaan kriteeri *voisi* johtaa tähän.

On kuitenkin kysyttävä, minkälainen sellainen kriteeri tai menettely voisi olla, joka kvalitatiivisen tiedon perusteella synnyttäisi syrjintäolettan.

¹⁴⁹ C-237/94 *O’Flynn* [1996] ECR I-2617, tuomion 18–21 kohta.

¹⁵⁰ ”Where an apparently neutral provision [...] would put persons of one sex at a particular disadvantage...” ja ”... menettelyn vaikutuksesta henkilöt *voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan...*” (kursivointi OA).

¹⁵¹ Ks. myös *Nummijärvi* 2004 s. 304–305.

¹⁵² *London Underground Ltd. v. Edwards* [1998] I.R.L.R 364 C.A.

Suomessa sukupuoleen liittyvät syyt, vanhemmuus ja perhehuoltovollisuus, ovat itsenäisiä syrjintäperusteita eikä tällöin sukupuolen mukaista vaikutusanalyysia tarvitse tehdä. Esimerkiksi hoitovapaalla olevien työntekijöiden asettaminen muita epäedullisempaan asemaan on syrjintää vanhemmuuden ja perhehuoltovollisuuden perusteella, se ei siis varsinaisesti ole Suomessa syrjintää sen vuoksi, että se vaikuttaa huomattavasti useampaan naiseen kuin mieheen. Uskonkin, että Suomessa on tilastoihin turvaututtava lopputuloslähtöisen välillisen syrjinnän tapauksissa edelleen, kun kyse on nimenomaan sukupuolisyrjinnästä. Eri asia on muiden syrjintäperusteiden kohdalla, sillä usein voidaan esittää kvalitatiivista tietoa esimerkiksi siitä, että ulkomaalaiset osaavat keskimäärin huonommin suomen kieltä kuin syntyperäiset suomalaiset. Tosin vähäisempi nojautuminen tilastoihin merkitsee Suomessakin sitä, että vaikutuseron merkittävyyttä arvioitaessa on otettava puhtaiden lukujen lisäksi huomioon myös ympäröivä sosiaalinen konteksti ja tilanteeseen vaikuttavat muut tosiseikat, jotka kenties luovat tietyn ryhmän epäedullisesta asemasta vielä epäedullisemmän kuin mitä tilastot antavat ymmärtää.¹⁵³

Toisaalta kriteeri tms. voi olla laadultaan sellainen, ettei sen välillisesti syrjivistä vaikutuksista voida kvalitatiivisen tiedon perusteella sanoa suoraan mitään varmaa. Yksittäinen työnantaja voi esimerkiksi soveltaa jotakin neutraalia kriteeriä sellaisella tavalla, joka asettaa jonkin ryhmän epäedulliseen asemaan. Tällöin syrjintäolettan luomiseksi on vaikutusanalyysissä turvaututtava työpaikkatason tilastoihin, jotka osoittavat kriteerin haitalliset vaikutukset jollekin ryhmälle. Kyse voi olla myös välillisesti syrjivästä lainsäädännöstä, jos sukupuolineutraalin normin vuoksi naiset tai miehet joutuvat epäedulliseen asemaan. Tällöin tilastot muodostetaan normin soveltamisalaan kuuluvista henkilöistä. Apuna toki näissäkin tilanteissa voidaan käyttää kvalitatiivista tietoa, jos sellaista on saatavilla. Esimerkiksi määräaikaisen työsuhteen käytöstä ei suoraan voida sanoa aiheutuvan suurempaa haittaa naisille kuin miehillekään paitsi siinä suhteessa, että raskaussyrjinnän on väitetty olevan yleisintä juuri määräaikaisissa työsuhteissa. Kuitenkin jos yksittäisen työpaikan tai jopa valtakunnalliset tilastot osoittavat, että määräaikaisista huomattavasti suurempi osa on naisia kuin miehiä, syntyy syrjintäoletta.

¹⁵³ Feministisessä oikeustutkimuksessa on kehitetty metodi naisten tarpeiden selvittämiseksi: "Asking the woman question." Tällöin tarkoituksena on selvittää, mikä vaikutus lainsäädännöllä ja käytännöllä on naisten elämään. *Bartlett* 1990. Ks. myös *Cook* 1994, s. 241–243. Tämä vastaa valtavirtaistamisen ajatusta, ja sen avulla voi myös selvittää, onko kyse välillisestä syrjinnästä.

Tapauksessa *Wippel* vuonna 2004 julkisasiamies *Kokottin* ratkaisuehdotuksessaan esittämät näkökohdat osoittavat hyvin sen, minkälaisia vaikeuksia voi naisvaltaisella alalla syntyä syrjintäolettamaa luotaessa, jos nojaututaan vain tilastoihin. Tapauksessa kantaja väitti muun muassa, että hänen työnantajansa on menetellyt naisia välillisesti syrjivästi solmiessaan työtä tarpeen mukaan tekevien osa-aikaisten kanssa työsopimuksen, jossa ei ole sovittu viikoittaista työaika ja työajan järjestämistä, vaan ne määräytyvät tapauskohtaisesti tarjolla olevan työn määrän mukaan. Työntekijöillä on mahdollisuus ottaa vastaan annettu yksittäinen työtarjous tai kieltäytyä siitä. Esitettyjen tilastojen mukaan yrityksessä työskentelevistä osa-aikaisista, joilla oli kiinteä työaika sekä niistä osa-aikaisista, jotka työskentelivät vain tarpeen mukaan, suurin osa – noin 85 % – oli naisia. Niistä kokoaikaisista ja osa-aikaisista työntekijöistä, joilla oli kiinteä työaika, naisten osuus oli heistäkin noin 76 %. Kokoaikaisien työntekijöiden ryhmässä naisten osuus oli sielläkin 65 %. Julkisasiamies päätelee luvuista, että yrityksen palveluksessa olevista naispuolisten työntekijöiden osuus on joka tapauksessa korkea. Jokainen yrityksen valitsema työsopimuksen muoto vaikuttaa siten erityisen vahvasti juuri naisiin. Julkisasiamies jatkaa, että koska tapauksessa on problematisoitu erityisesti etukäteen sovitujen, kiinteiden työaikojen puuttumista, on kiinteää työaika tekevien ja ilman kiinteää työaika työskentelevien välisellä vertailulla erityinen merkitys. Naisten osuus ei kuitenkaan eroa näiden ryhmien välillä kuin kymmenellä prosenttiyksiköllä eikä kyseinen sopimustyyppi siten vaikuta olennaisesti enemmän naisiin kuin muutkaan sopimustyytit. Julkisasiamiehen mukaan kyseessä ei näin ollen voi olla syrjintä.¹⁵⁴

Jos tilastoja tulkitaan näin orjallisesti, on naisvaltaisella alalla täysin mahdotonta luoda syrjintäolettamaa, sillä myös A-ryhmässä on tuolloin enemmistö naisia. Tarvitaan myös tietoa ympäröivästä yhteiskunnasta ja sukupuolittuneista käytännöistä. Varsinaisessa ratkaisussa EY:n tuomioistuimien ei ota kantaa julkisasiamiehen pohdintoihin näiltä osin vaan toteaa, että työtä tarpeen mukaan tekeviä osa-aikaisia ja kiinteällä työajalla työskenteleviä ei ylipäänsä voi rinnastaa toisiinsa, sillä jälkimmäinen ryhmä ei edellisen ryhmän tavoin voi kieltäytyä tekemästä työtä.¹⁵⁵ Tätä vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta käsittelem seuraavaksi.

¹⁵⁴ C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, ratkaisuehdotuksen 119–122 kohta.

¹⁵⁵ C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, tuomion 64 kohta.

2.2.2.4 Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus välillisessä syrjinnässä

Keskeinen osa muodollista yhdenvertaisuusperiaatetta on se, että vertailtavat henkilöt ovat vertailukelpoisessa tilanteessa.¹⁵⁶ Naisten ja miesten tosiasiallista yhdenvertaisuutta ei tällä konseptillä saavuteta, mikä onkin tunnustettu laajalti. Naiset ovat perheissä yhä niitä, jotka paitsi tulevat raskaaksi, myös jäävät miehiä useammin perhevapaalle tai hoitamaan sairastuneita lapsia. Naiset ja miehet eivät aina ole samanlaisessa tilanteessa perhettä ja työtä yhteensovittaessa. Ja koska he eivät ole samanlaisessa tilanteessa, ei heidän pitäisi olla myöskään vertailukelpoisia. Tästä huolimatta välillisesti syrjiväksi voidaan katsoa jokin neutraali säännös tai työpaikan käytäntö, joka tosiasiaassa voi johtaa naisille syrjiviin vaikutuksiin sen takia, että heillä on suurempi vastuu lasten ja kodin hoitamisesta. Näiden velvoitteiden hoitaminen ei saisi asettaa naisia huonompaan asemaan työmarkkinoilla. Välillisen syrjinnän kielto on Keski-Euroopassa parantanut mm. osa-aikaisten työntekijöiden asemaa. Siellä naiset ovat perheen ja työn yhteensovittamiseksi valinneet useasti työskentelyn osa-aikaisesti. Välillisen syrjinnän kielto on estänyt työnantajia soveltamasta osa-aikaisiin työntekijöihin huonompia työehtoja kuin kokoaikaisiin ilman hyväksyttävää oikeuttamisperustetta. Välillisen syrjinnän kieltoon ei siis kuulu sen arvioiminen, ovatko esimerkiksi osa-aikaiset ja kokoaikaiset vertailukelpoisessa tilanteessa. Hehän eivät ole. Tässä piilee koko konstruktion logiikka. Vaikka he ovat erilaisia, toista ryhmää ei saa asettaa epäedullisempaan asemaan. Erilaisuus ja sen huomioon ottaminen ei kuitenkaan ole vain välillisen syrjinnän tunnusmerkki. Pyrkimys tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen näkyy myös välittömän syrjinnän konstruktiossa ja kielossa syrjiä raskauden perusteella.

Sekä EY:n tuomioistuin ratkaisuisaan että julkisasiamiehet ratkaisuehdotuksissaan ovat välittömän ja joskus myös välillisen syrjinnän tapauksissa asettaneet kysymykseksi, onko tapauksessa kohdeltu samanlaista samalla tavalla tai erilaista eri tavalla. Toisaalta tuomioistuin on todennut, että ”[v]akiintuneen oikeuskäytännön mukaan kyseessä on välillinen syrjintä silloin, kun neutraalisti muotoiltu kansallinen toimenpide asettaa tosiasiaassa huonompaan asemaan paljon suuremman määrän naisia kuin miehiä”.¹⁵⁷ Kuitenkin tuomioistuin toteaa usein myös, että ”[I]lisäksi on

¹⁵⁶ Hepple ym. 2000.

¹⁵⁷ C-333/97 *Lewen* [1999] ECR I-7243, tuomion 34 kohta. Ks. myös C-411/96 *Boyle* [1998] ECR I-6401, tuomion 76 kohta; C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, tuomion 43 ja 55 kohta; C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447, tuomion 29 kohta; C-322/98 *Kachelmann* [2000] ECR I-7505, tuomion 23 kohta; C-25/02 *Rinke* [2003] ECR I-8349, tuomion 33 kohta.

huomattava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan syrjintää on erilaisten sääntöjen soveltaminen samankaltaisissa tilanteissa tai saman säännön soveltaminen erilaisissa tilanteissa”¹⁵⁸ ja että ”[t]ätä periaatetta sovelletaan näin ollen vain toisiinsa verrattavissa tilanteissa oleviin henkilöihin”.¹⁵⁹ Tämä vastaa muodollisen yhdenvertaisuuden periaatteen mukaista käsitystä yhdenvertaisuudesta.

Irtisanomiskorvausta koskevassa tapauksessa *Gruber EY*:n tuomioistuin katsoi, että lastaan kotiin hoitamaan jäävä työntekijä ja sellainen työntekijä, joka irtisanoutuu painavasta syystä, eivät ole vertailukelpoisessa tilanteessa, sillä työpaikan jättämisen syyt olivat erilaiset.¹⁶⁰ Tapauksessa *Lewen* tuomioistuin taas katsoi, että hoitovapaalla olevaa työntekijää ei voi rinnastaa työssä käyvän miehen tai naisen asemaan, koska hoitovapaalle on ominaista työsopimuksen soveltamisen ja työnantajan ja työntekijän veloitteiden keskeytyminen.¹⁶¹ Tapauksessa *Gewerkschaftsbund* tuomioistuin totesi, että hoitovapaalla olevaa työntekijää ei voi verrata myöskään asepalveluksen takia työstä poissaolevaan työntekijään, sillä hoitovapaan tapauksessa on kyse työntekijän ja hänen perheensä edusta ja asepalveluksen tapauksessa kansallisen yhteisön edusta. Nämä eri perusteet työsopimuksen irtisanomiselle ovat tuomioistuimen mukaan luonteeltaan niin erilaisia, että työntekijäryhmiä ei voi verrata keskenään.¹⁶² Näin ollen asepalvelustaan suorittavalle voitiin maksaa suurempi irtisanomiskorvaus kuin hoitovapaalle jäävälle työntekijälle. Perheveloitteita hoitavat naiset on siis tuomioistuimen mukaan ollut mahdollista asettaa eriarvoiseen asemaan toisiin työntekijäryhmiin nähden, eikä ilman riittävää ”samanlaisuutta” ole syntynyt edes syrjintäolettaa, jonka jälkeen olisi voinut vielä olla mahdollisuus siirtää arvioimaan menettelyn oikeuttamisperusteita.

Kuten *Nummijärvi* toteaa, tällaisessa argumentaatiotavassa ei oteta lainkaan huomioon perhevapaisiin liittyviä sukupuolistuneita käytäntöjä. Väillinen syrjintä konstruoidaan syrjintäolettan ja oikeuttamisperusteiden kautta, ja vertailukelpoisen tilanteen vaatimus ”estää arvioinnin ete-

¹⁵⁸ C-333/97 *Lewen* [1999] ECR I-7243, tuomion 36 kohta. Ks. myös C-411/96 *Boyle* [1998] ECR I-6401, tuomion 39 kohta; C-342/93 *Gillespie ym* [1996] ECR I-475, tuomion 16 kohta; C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, tuomion 56 kohta; C-381/99 *Brunnhofner* [2001] ECR I-4961, tuomion 28 kohta; C-320/00 *Lawrence ym.* [2002] ECR I-7325, tuomion 12 kohta.

¹⁵⁹ C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, tuomion 56 kohta. Ks. myös yhdistetyt asiat C-122/99 ja C-125/99 *D ja Ruotsin kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* [2001] ECR I-4319, tuomion 48 kohta sekä C-220/02 *Gewerkschaftsbund* [2004] ECR, tuomion kohta 59.

¹⁶⁰ C-249/97 *Gruber* [1999] ECR I-5295, tuomion 32 ja 33 kohta.

¹⁶¹ C-333/97 *Lewen* [1999] ECR I-7243, tuomion kohta 37.

¹⁶² C-220/02 *Gewerkschaftsbund* [2004] ECR, tuomion 64 kohta.

nemisen siihen vaiheeseen, jossa tasa-arvointressiä ja muita intressejä punnitaan keskenään”. *Nummijärvi* toteaaakin, että tällainen lähestymistapa, jossa ei punnita vanhemmuuteen perustuvan eri aseman hyväksyttävyyttä, ei sovellu suomalaisen tarkastelutavan lähtökohdaksi.¹⁶³ Esimerkiksi työtuomioistuimen kokemuksellista koskevassa tapauksessa TT:1998-34 tuomioistuimien siirtyi sukupuolivaikutusten arvioinnin jälkeen tarkastelemaan menettelyn oikeuttamisperusteita kiinnittämättä huomiota vertailukelpoisuuteen. Myöhemmässä tapauksessaan TT:2003-86, joka koski välitöntä sukupuolisyrrintää (äitiysvapaa) ja samapalkkaisuutta, työtuomioistuimen kuitenkin viittasi EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja totesi, ettei äitiysvapaalla olevia voida verrata muiden työntekijäryhmien kanssa.

Myös muun muassa *Barnard* ja *Hepple* sekä *Prechal* ovat kritisoineet EY:n tuomioistuimen tapaa konstruoida välillinen syrjintä.¹⁶⁴ *Prechalin* mukaan on metodologisesti epäloogista määritellä syrjintä ensin johonkin ryhmään kohdistuvaksi haitalliseksi vaikutukseksi ja sitten vertailukelpoisten tilanteiden samanlaiseksi kohteluksi. *Barnard* ja *Hepple* toteavat, että lainsoveltaja ei välillisen syrjinnän tapauksessa voi lähteä kysymyksestä, onko samanlaisia kohdeltu samalla tavalla. Esimerkiksi *Helmig*-tapauksessa tuomioistuimien ei huomionnut työsuhteiden sisällöllisiä eroja eikä sitä, että osaaikatyötä tekeväälle työntekijälle aiheutuu yhtä paljon haittaa oman säännönmukaisen työaikansa ylityksistä kuin kokoaikaisellekin. *Barnard* ja *Hepple* ovatkin todenneet, että *Helmig*-tapauksessa erehdyttiin soveltamaan välittömän syrjinnän kieltoa välillisen syrjinnän tapauksessa. Heidän mukaansa tuomioistuimet sulauttavat välittömän ja välillisen syrjinnän käsitteet yhteen, jos myös välillisen syrjinnän elementiksi edellytetään erilaista kohtelua. Siitähän ei välillisessä syrjinnässä ole kyse, vaan menettelyn epäedullisesta lopputuloksesta.

Kuten *Loenen* on todennut, muodollinen yhdenvertaisuusperiaate velvoittaa samankaltaisten tilanteiden samanlaiseen kohteluun. Tosiasiallinen yhdenvertaisuusperiaate taas velvoittaa kiinnittämään huomiota jonkin menettelyn tai säännön seurauksiin. Jos jokin ryhmä joutuu näennäisesti neutraalin menettelyn seurauksena epäedulliseen asemaan, syntyy välillistä syrjintää koskeva oletus. Syrjintäoletuksen syntymisen kannalta on täysin epärelevanttia, johtuuko epäedullinen asema erilaisesta vai samanlaisesta kohtelusta.¹⁶⁵ Näin ollen välillisen syrjinnän tapauksissa ei syrjintäoletuksen syntymisen ehdoksi voida asettaa sitä, että samanlaisia on kohdeltu eri

¹⁶³ *Nummijärvi* 2004 s. 341–343.

¹⁶⁴ *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 570 ja *Prechal* 2004 s. 543–545.

¹⁶⁵ *Loenen* 1999 s. 199.

tavalla tai erilaisia samalla tavalla. Tämä on muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen määritelmä, jota sovelletaan vain välittömän syrjinnän tapauksissa, tosin niissäkin tulee punnita ”samanlaisuuden” vaatimusta tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatteen kanssa (vrt. raskaussyrjintä). Välillisessä syrjinnässä merkitystä on vain sillä, joutuuko jokin ryhmä epäedulliseen asemaan tietyn menettelyn seurauksena. Tämän lähtökohdan näyttää omaksuneen myös komissio välillistä syrjintää koskevissa tapauksissa.¹⁶⁶

3 SYRJINTÄOLETTAMAN KUMOAMINEN

Vastaaja voi kumota syrjintäolettan osoittamalla, että sukupuolen ja eri aseman välillä ei ole syy-yhteyttä. Vastaaja voi siis osoittaa tasa-arvolain 9 a §:n mukaisesti, että ”menettely on johtunut muusta hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta” (”työnhakijaa ei syrjäytetty siksi, että hän oli raskaana”). Syy-yhteyden puuttumisen vastaaja voi yrittää osoittaa myös tasa-arvolain 7 §:n 3 momentin 2 kohdan mukaisessa välillisessä syrjinnässä. Tällöin vastaaja pyrkii osoittamaan, että eri asemaan asettamisen peruste ei ole vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus (”työnhakijaa ei syrjäytetty siksi, että hänellä oli pieniä lapsia”). Kuten *Ellis* huomauttaa, tällöin ei ole kyse syrjintäolettan kumoamisesta oikeuttamisperusteiden avulla vaan osoittamalla kausaliteetin eli syy-yhteyden puuttuminen.¹⁶⁷ Tämä ero on tärkeä syrjinnän käsitteen ymmärtämiseksi ja hahmottamiseksi. Jos syy-yhteys on olemassa (eli jos vastaaja esimerkiksi myöntää perusteen olevan sukupuoli), välitön syrjintä voidaan EU:n oikeuden kontekstissa oikeuttaa vain laissa mainituin perustein.¹⁶⁸ Välillisen syrjinnän kohdalla tilanne on toinen, sillä syrjintäolettan on tällöin kumottavissa 7 §:n 4 momentin mukaisin hyväksyttävien syin. Myös työelämän syrjintätilanteiden oikeuttamisperusteita koskeva 8 §:n 2 momentti viittaa vain 7 §:n 4 momenttiin eli välillisen syrjinnän oikeuttamiseen. Oikeuttamisperusteet ovatkin välillisen syrjinnän konstruktion keskeinen elementti.

¹⁶⁶ Ks. esim. tapaus C-220/02 *Gewerkschaftsbund* [2004] ECR, julkisasiamies *Kokottin* ratkaisuehdotus, 54–63 kohta. Ks. *Kokottin* oma tulkinta, kohta 80.

¹⁶⁷ *Ellis* 1998 s. 124.

¹⁶⁸ Ihmisoikeuskontekstissa oikeuttamisperusteet koskevat myös välitöntä syrjintää. Välittömän syrjinnän oikeuttamismahdollisuudesta myös EU:n oikeudessa on käyty paljon keskustelua, ks. esim. *Ellis* 1998 s. 134 ss., *Bowers ja Moran* 2002, *Gill ja Monaghan* 2003, *Bowers* ym. 2003, *Prechal* 2004. Tasa-arvolain uudistamistoimikunnan mietinnössä lähdetään siitä, että oikeuttamismahdollisuus liittyy vain välilliseen syrjintään.

3.1 Välitön syrjintä

Tasa-arvolain uuden todistustaakkaa koskevan 9 a §:n mukaan

Jos joku, joka katsoo joutuneensa tässä laissa tarkoitetun syrjinnän kohteeksi, esittää tässä laissa tarkoitettua asiaa tuomioistuimessa tai toimivaltaisessa viranomaisessa käsiteltäessä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on syrjintä sukupuolen perusteella, vastaajan on osoitettava, ettei sukupuolen välistä tasa-arvoa ole loukattu, vaan että menettely on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta.

Välittömän syrjintäolettamien muodostuttua vastaajan tulee siis osoittaa, ettei syrjinnän kieltoa ole rikottu näyttämällä toteen, että menettely on perustunut muuhun, hyväksyttävään seikkaan kuin sukupuoleen. Tämä tarkoittaa syy-yhteyden kumoamista, sen osoittamista, että syy-yhteyttä ei ole sukupuolen ja epäedullisen aseman välillä. Tällöin esimerkiksi palkkaeron selitetään johtuvan muusta kuin sukupuolesta. Kuten *Bruun* ja *Koskinen* huomauttavat, hyväksyttävyyksivaatimus estää vetoamista muuhun ei-hyväksyttävään syyhyn kuin sukupuoleen, esimerkiksi puoluetustaan tai ammattiyhdistysaktiivisuuteen.¹⁶⁹ Mutta jos vastaaja myöntää, että kantaaja on asetettu sukupuolensa perusteella eri asemaan, on laista löydyttävä toiminnalle myös oikeuttamisperusteet.

Fransson toteaa väitöstutkimuksessaan, että Ruotsin oikeuskäytännössä välittömän palkkasyrjinnän tapauksissa palkkaeron ja sukupuolen kausaaliyhteys on voitu kumota perusteilla, jotka EY:n tuomioistuin on luonut välillistä syrjintää koskevissa tapauksissa.¹⁷⁰ Tämä on nähtävissä myös Suomessa esimerkiksi tasa-arvolakia valvovien viranomaisten lausunnoissa. Kun esimerkiksi nainen on saanut samasta tai samanarvoisesta työstä huomattavasti palkkaa kuin mies, on syntynyt syrjintäolettamia, jonka työnantaja on voinut kumota osoittamalla, että palkkaero johtuu muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta. Kyse on nimenomaan välittömästä syrjintäolettamasta ja työnantajan osalta sen osoittamisesta, että palkkaeron ja sukupuolen välillä ei ole kausaaliyhteyttä. *Danfoss*-tapauksen mukaisesti hyväksyttäväksi syyksi ei ole katsottu mm. koulutuseroa, jos koulutuksella ei ole merkitystä työn suorittamisen kannalta.¹⁷¹ Vetoamalla naisen ja miehen koulutuseroihin, vaikka niillä ei työn suorittamisen kannalta itse

¹⁶⁹ *Bruun ja Koskinen* 1997 s. 8.

¹⁷⁰ *Fransson* 2000 s. 380.

¹⁷¹ Ks. mm. tasa-arvovaltuutetun lausunto dnro 5/53/02.

asiassa olisi lainkaan merkitystä, työnantaja ei ole kyennyt selittämään osaa palkkaerosta eikä osoittamaan mitään muuta hyväksyttävää syytä palkkaerolle kuin sukupuolen. Kausaalisuhdetta ei saada kumottua ja kyse on välittömästä syrjinnästä sukupuolen perusteella.

Välittömän ja välillisen syrjinnän välinen ero ei aina ole kuitenkaan selvä. Samapalkkaisuutta koskevassa tapauksessa *Enderby* EY:n tuomioistuimien ei edes yrittänyt tehdä eroa eri syrjinnän muotojen välillä, vaan totesi vain, että palkkatason erot samanarvoisilla aloilla edellyttävät työnantajalta hyväksyttäviä syitä.¹⁷² Myöskään tasa-arvovaltuutettu ei ole palkkasyrjintäasioissa tehnyt jakoa välittömään ja välilliseen syrjintään vaan todennut, että ”[t]asa-arvolain mukaan syrjintä välittömästi tai välillisesti sukupuolen perusteella on kielletty. Työnantaja rikkoo syrjinnän kieltoa muun muassa, mikäli hän soveltaa työntekijään tai työntekijöihin sukupuolen perusteella epäedullisempia palkkaehtoja kuin yhteen tai useampaan muuhun palveluksessaan samassa tai samanarvoisessa työssä olevaan työntekijään, jollei työnantaja voi osoittaa, että hänen menettelynsä on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin työntekijän sukupuolesta”.¹⁷³ Tapauksessa vedottiin koulutuksen lisäksi eroihin kyseisten työntekijöiden ammatillisessa osaamisessa, koulutuksessa, virkaiässä ja työkokemuksessa. Tasa-arvovaltuutettu totesi, että eroavaisuudet näissä suhteissa voivat muodostaa hyväksyttävän syyn palkkaerolle, jos erot ovat objektiivisin kriteerein todettavissa ja niillä on merkitystä työntekijöiden tosiasiallisten työtehtävien hoitamisessa tai työntekijöiden käytettävyydessä muissa työnantajan tehtävissä. Lisäksi edellytyksenä on, että palkkaeron perusteeksi esitettävät eroavaisuudet voidaan todeta palkkaeron todelliseksi syiksi. Jos siis osakin palkkaerosta jää selittämättä, ei työnantaja ole osoittanut hyväksyttävää syytä palkkaerolle. Hyväksyttävällä syyllä tulee siis olla yrityksen todellisiin tarpeisiin liittyvä tavoite.¹⁷⁴ Muuten syy-yhteyttä ei saada poistettua sukupuolen ja eri aseman välillä. Kuten olen myös aiemmin tuonut esiin, syrjinnän ei tarvitse olla tarkoituksellista ollakseen

¹⁷² C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535. Ks. myös HE 90/1994 vp s. 17 sekä *Nummijärvi* 2004 s. 296–299 ja *Barnard* 2000 s. 220. Kuten *Barnard* toteaa, joidenkin mielestä eroa välittömän ja välillisen syrjinnän välillä ei tulisi edes säilyttää. Esimerkiksi tapauksessa C-132/92 *Birds Eye Walls* [1993] ECR I-5579 julkisasiamies *Van Gerven* totesi, että välitöntä syrjintää ei aina voi erottaa välillisestä. Julkisasiamies *Jacobs* totesi tapauksessa C-79/99 *Schnorbus* [2000] ECR I-10997, että aina ei ole edes tarpeen tehdä tällaista eroa. Ongelmakohdista huolimatta *Barnard* katsoo, että jako välittömään ja välilliseen syrjintään tulisi kuitenkin säilyttää.

¹⁷³ Tasa-arvovaltuutetun lausunto dnro 5/53/02.

¹⁷⁴ *Nummijärvi* 2004 s. 320. Ks. Turun HO nro 530, 28.2.2003, S 01/1471.

kiellettyä. Esimerkiksi erehdys tai väärinkäsitys ei näin ollen oikeuta eri asemaan asettamista.¹⁷⁵

Myös välitön syrjintä voidaan EU:n oikeudenkin kontekstissa eräissä tilanteissa oikeuttaa. Näistä tilanteista on säädetty työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 6–8 kohdassa. Ensinnäkin työhönotossa ja koulutukseen pääsyssä erilainen kohtelu sukupuolen perusteella on 2 artiklan 6 kohdan mukaan sallittua, jos työtehtävien luonteen tai niiden suorittamisympäristön vuoksi jokin ominaisuus on *todellinen ja ratkaiseva* työhön liittyvä vaatimus, edellyttäen, että tavoite on oikeutettu ja että vaatimus on oikeasuhtainen. Tämä vastaa tasa-arvolain 8 §:n 1 momentin 1 kohtaa, jossa on oma oikeuttamisperusteensa työhönottosyrjintää koskevalle olettamalle. Lainkohdan mukaan ei työnantaja saa työhön ottaessaan, tehtävään tai koulutukseen valitessaan syrjäyttää henkilöä, joka on ansioituneempi kuin toista sukupuolta oleva henkilö. Vähemmän ansioituneeman valitseminen voidaan kuitenkin oikeuttaa ensinnäkin muulla hyväksyttävällä seikalla kuin sukupuolella. Tämä viittaa ensisijaisesti eroon henkilökohtaisessa soveltuvuudessa valitun ja valitsematta jääneen välillä.¹⁷⁶ Toisena oikeuttamisperusteena on se, että on olemassa työn tai tehtävän laadusta johtuva painava ja hyväksyttävä syy. Lainkohtaa on tulkittava työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 6 kohdan mukaisesti.¹⁷⁷

Toiseksi, direktiivi ei estä säännöksiä, jotka koskevat naisten suojelua raskauden ja äitiyden perusteella. Raskaana olevan erityinen suojelu ei ole myöskään tasa-arvolain 9 §:n 1 kohdan mukaan syrjintää. Suojelu ei saa vaikuttaa raskaana olevan työntekijän työehtoja huonontavasti. Raskaus-suojeludirektiivin johdantokappaleessa todetaan, että raskaana olevien tai äskettäin synnyttäneiden suojeleminen ei saa johtaa naisten epäsuotuisaan kohteluun työmarkkinoilla eikä vaikuttaa haitallisesti miesten ja naisten tasa-arvoista kohtelua koskevien direktiivien soveltamiseen. Tapauksessa *Mahlburg* EY:n tuomioistuimien totesi, että raskaana olevan suojelusäännös ei saa johtaa siihen, että raskaana olevaa kohdellaan epäsuotuisammin työhönotossa. Työnantaja ei voi näin ollen kieltäytyä ottamasta työhön raskaana olevaa hakijaa siitä syystä, ettei hän voi sijoittaa hakijaa alusta alkaen työsopimuksen mukaiseen työhön.¹⁷⁸ Muihin tehtäviin siirtäminen ei nähdäkseni saisi merkitä myöskään palkan alentamista.

¹⁷⁵ Ks. myös mm. tasa-arvolautakunnan lausunto 15.3.2002, diaarinumero 1/02.

¹⁷⁶ HE 195/2004 vp s. 29.

¹⁷⁷ Ks. tarkemmin HE 195/2004 vp s. 29–30.

¹⁷⁸ C-207/98 *Mahlburg* [2000] ECR I-549, tuomion 27 kohta.

Raskaana tai äitiysvapaalla olevan työntekijän kohtelussa johtavana periaatteena on se, että häntä tulee kohdella ikään kuin hän ei olisi raskaana tai äitiysvapaalla. Poikkeuksia tähän pääsääntöön on esitetty ainakin kolme.¹⁷⁹ Ensinnäkin, EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan äitiysvapaan aikaiseen palkkaan sovelletaan raskaussuojeludirektiiviä, ja vertailukelpoisen tilanteen vaatimus estää samapalkkaisuusvaatimukset. Äitiysvapaalla olevaa työntekijää ei siis voi verrata muihin työntekijöihin. Toiseksi, raskauteen liittyviin sairauspoissaoloihin perustuva irtisanominen ei EY:n tuomioistuimen mukaan ole kiellettyä syrjintää, jos irtisanominen tapahtuu äitiysvapaan jälkeen.¹⁸⁰ Tämä ei tarkoita, ettei irtisanominen raskauden aiheuttamasta sairaudesta johtuvien poissaolojen perusteella voisi olla tasa-arvolain vastaista. Kolmas poikkeus koskee tilannetta, jossa määräaikainen työ on lyhytkestoinen ja rajattu, eikä sen voi olettaa jatkuvan tai toistuvan, ja työn laadusta johtuen on välttämätöntä, että sama henkilö tekee työn yhtäjaksoisesti alusta loppuun. Tällöin on tasa-arvolain uudistusta valmistelleen komitean mukaan epäselvää, voidaanko työnhakija syrjäyttää raskauden perusteella.¹⁸¹ Itse olen katsonut, että raskaussyrjinnän oikeuttaminen ei ole EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella missään olosuhteissa mahdollista.¹⁸²

Kolmanneksi, direktiivin 2 artiklan 8 kohdassa on viittaus perustamisopimuksen 141 artiklan 4 kohtaan, jonka mukaisesti miesten ja naisten tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseksi voidaan tasa-arvoisen kohtelun periaatteen estämättä toteuttaa sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai hyvittää ammatitiraan liittyviä haittoja. Tämä positiivisia toimia koskeva artikla vastaa tasa-arvolain 9 §:n 4 kohtaa, jossa sallitaan väliaikaiset, suunnitelmaan perustuvat erityistoimet tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi.

Tasa-arvolain 9 §:n 2 ja 3 kohdan mukaisesti sukupuolisyryntää ei myöskään ole asevelvollisuuden säätäminen ainoastaan miehille, eikä vain joko naisten tai miesten hyväksyminen muun yhdistyksen kuin työmarkkina-

¹⁷⁹ Kaksi ensimmäistä EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä syntyneitä poikkeusta ovat saaneet osakseen runsaasti kritiikkiä.

¹⁸⁰ Ks. tapaukset C-179/88 *Hertz* [1990] ECR I-3979, C-394/96 *Brown* [1998] ECR I-4185 ja C-400/95 *Larsson* [1997] ECR I-2757.

¹⁸¹ KM 2002:9 s. 84. Myös *Nummijärvi* (2004 s. 224–226) on kiinnittänyt huomiota siihen, että raskaussyrjintä on suomalaisessa doktriinissa katsottu mahdolliseksi oikeuttaa poikkeuksellisissa tilanteissa.

¹⁸² *Alarotu* 2003. Ks. tapaus C-109/00 *Tele Danmark* [2001] ECR I-6993. Ks. myös *Lerwall* 2002 sekä *Caracciolo di Torella* ja *Masselot* 2001.

järjestön jäseniksi, jos tämä perustuu yhdistyksen säännöissä olevaan nimenomaiseen määräykseen; jos yhdistys on muu ammatillista edunvalvontaa harjoittava järjestö, edellytetään lisäksi, että järjestö pyrkii tasa-arvolain tarkoituksen toteuttamiseen.

Perustuslakivaliokunta katsoi lausunnossaan hallituksen esityksestä tasa-arvolain muuttamisesta, että myös välitön syrjintä on perustuslain näkökulmasta oikeutettavissa.¹⁸³ Tämä vastaa ihmisoikeuskontekstissa muotoutunutta doktriinia. Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on määritellyt syrjinnän käsitteen seuraavasti: ”A difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.”¹⁸⁴ Myös KP-sopimuksen täytäntöönpanoa valvova ihmisoikeuskomitea on todennut, että erilainen kohtelu ei välttämättä ole syrjintää, jos sille on kohtuulliset ja objektiiviset perusteet ja jos tavoitteena on saavuttaa jokin sopimuksen perusteella hyväksyttävä päämäärä.¹⁸⁵ Näiltä osin on painotettava sitä, että myös Suomen perustuslakia on tulkittava EU:n oikeuden mukaisesti. Perustuslain sellainen tulkinta, jonka mukaan välitön sukupuolisyrjintä on oikeutettavissa myös muilla kuin laissa erikseen mainituilla perusteilla, on EU:n oikeuden vastainen.

3.2 Välillinen syrjintä

Välillisen syrjintäoletaman synnyttyä työnantaja tai lainsäätäjä voi vielä kumota oletaman esittämällä syrjiväksi oletetulle menettelylle tai säännökselle hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita. Tasa-arvolain 7 §:n 4 momentin mukaan välillinen syrjintäoletama kumoutuu, jos menettelyllä ”pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden”. Työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 2 kohdan 2 alakohdan mukaan syrjintäoletama kumoutuu, jos ”provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and *necessary*” (kursiivi OA). Tasa-arvodirektiivin mukaan ei siis riitä, että keinot ovat pelkästään tarpeellisia, vaan niiden tulee olla jopa välttä-

¹⁸³ PeVL 40/2004.

¹⁸⁴ Opinion of the European Court of Human Rights on draft Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Doc 8606, 5.1.2000, kohta 5.

¹⁸⁵ General Comment 18/37 of 9 November 1989.

mättömiä.¹⁸⁶ Tämä taas tarkoittaa sitä, että millään muulla keinolla ei tavoitetta olisi saavutettu.¹⁸⁷ Tämä välttämättömyyden vaatimus sisältyy EU:n oikeuden mukaiseen suhteellisuusperiaatteeseen myös muissa kuin sukupuolisyrintätapauksissa.¹⁸⁸ Direktiivi edellyttää myös sitä, että menettelyyn ryhtymisen syy voidaan perustella objektiivisesti. Esimerkiksi työnantajan subjektiiviset mieltymykset eivät voi oikeuttaa syrjintää. Välillisen syrjinnän kiellon tehokkuus ja potentiaali riippuukin pitkälti siitä, kuinka helposti syrjintäolettama on kumottavissa ja millaisin oikeuttamisperustein. Tämä taas on EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä riippunut usein siitä, onko kyseessä ollut työnantajan menettely vai lainsäädäntö.

EY:n tuomioistuin on useaan otteeseen todennut (esim. tapauksessa *Steinicke*¹⁸⁹), että kansallisten tuomioistuinten tehtävänä on viime kädessä arvioida sitä, kumoavatko esitetyt oikeuttamisperusteet syrjintäolettaman. Tästä huolimatta se on usein antanut ohjeita siitä, minkälaiset oikeuttamisperusteet ovat hyväksyttävissä. Useasti viitataan klassikkotapaus *Bilkaan*¹⁹⁰, jossa EY:n tuomioistuin loi kolmiportaisen, suhteellisuusperiaatetta ilmentävän oikeuttamistestin syrjiväksi väitetyn työnantajan toiminnan arvioimiseksi.¹⁹¹ Tämän ns. Bilka-testin mukaan yrityksellä tulee olla *todellinen tarve* käyttää syrjiväksi väitettyä keinoa tietyn tavoitteen saavuttamiseksi, ja keinon tulee *soveltua* tavoitteen saavuttamiseen ja sen tulee lisäksi olla *välttämätön* tavoitteen saavuttamiseksi. Testiä on myöhemmissä tapauksissa täsmennetty.

Hervey on jakanut työnantajan oikeuttamisperusteet työn luonteeseen liittyviin perusteisiin ja yleisempiin, yhteisön tarpeisiin liittyviin oikeuttamisperusteisiin.¹⁹² Ensimmäiseen ryhmään kuuluville oikeuttamisperusteille on tyypillistä, että työnantaja osoittaa työnkuvan edellyttävän työntekijältä tiettyjä ominaisuuksia. EY:n tuomioistuimessa samanarvoisten töiden palkkaerojen oikeuttamisperusteina on esitetty muun muassa koulutusta, sopeutumista erilaisiin työaikoihin ja -paikkoihin ja palvelusajan pituutta. EY:n tuomioistuin on todennut, että sopeutumista erilaisiin työaikoihin ja -paikkoihin sekä koulutusta voidaan pitää oikeuttamisperusteiksi.

¹⁸⁶ Näin todettiin myös HE 90/1994 vp s. 18.

¹⁸⁷ *Ellis* 1998, *Connolly* 2001, *Hervey* 1993 s. 61.

¹⁸⁸ *Hervey* 1993 s. 61.

¹⁸⁹ C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027.

¹⁹⁰ 170/84 *Bilka* [1986] ECR I-1607.

¹⁹¹ Suhteellisuusperiaatteesta EY:n tuomioistuimen sukupuolisyrintätapauksissa, ks. *Ellis* 1999.

¹⁹² *Hervey* 1993.

na, jos niillä merkitystä työn suorittamisen kannalta.¹⁹³ Työnantaja ei siis voi oikeuttaa palkkaeroa silloin, jos kyseisen työn kannalta ei esimerkiksi koulutuserolla ole merkitystä. Kuten muun muassa *Hervey* toteaa, *Danfoss*-tapauksen kaltaisessa tilanteessa, jossa todetaan työnantajan sovelta-
neen palkkausperusteita syrjivästi, kyse itse asiassa on välittömästä syrjin-
nästä.¹⁹⁴

Myös työkokemus palkkaerojen oikeuttamisperusteena on hyväksyttävä, ja koska sen ansiosta työntekijä yleensä voi hoitaa työtehtävänsä paremmin, työnantajan ei tarvitse edes osoittaa työkokemuksen merkitystä työn suorittamisen kannalta.¹⁹⁵ Eli suhteellisuusperiaatetta koskevan *Bilka*-testin mukaisesti pitkän palvelusajan palkitseminen vastaa työnantajan todellista tarvetta ja on sopiva ja välttämätön keino tavoitteen saavuttamiseksi.¹⁹⁶ *Siofra O'Leary* on kritisoinut *Danfoss*-tapausta siitä, että vaikka sopeutuvuus, koulutus ja palvelusajan pituus ovat kaikki kriteereitä, jotka voivat vaikuttaa naisiin eri tavalla kuin miehiin, työnantajan ei tarvitse kuin osoittaa, että ne ovat tärkeitä suoritettavan työn kannalta. Palvelusajan pituuden osalta työnantajan ei tarvitse osoittaa edes tätä. Tapauksissa *Nimz*¹⁹⁷, *Gerster*¹⁹⁸ ja *Kording*¹⁹⁹ EY:n tuomioistuimien taas katsoi, että työkokemusta tulee arvioida ottaen huomioon kaikki asianhaarat ja olosuhteet ja erityisesti työn laatu ja aiemmin hankittu kokemus. EY:n tuomioistuimien totesi myös, että yleistyksiä ei voida hyväksyä oikeuttamisperusteina eikä näin ollen palvelusajan pituuden voida automaattisesti katsoa kartuttavan työn vaatimaa kokemusta. Tarvitaan henkilökohtaista arviointia. Tämä lähestymistapa kuitenkin puuttui *Danfoss*-tapauksesta.²⁰⁰

Yleisemmät, yhteisön tarpeisiin laajemmin liittyvät oikeuttamisperusteet ovat EY:n tuomioistuimien tapauksissa usein liittyneet osa-aikatyöhön ja siihen, että työnantaja on asettanut osa-aikatyötä tekevät työntekijänsä muita huonompaan asemaan. Esimerkiksi *Bilka*-tapauksessa työnantaja väitti muun muassa, että osa-aikaisten työntekijöiden sulkemisella yrityseläkejärjestelmän ulkopuolelle pyritään ainoastaan kannustamaan kokoaikatyöhön.²⁰¹ Osa-

¹⁹³ 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199, tuomion 22 kohta.

¹⁹⁴ *Hervey* 1993 s. 60.

¹⁹⁵ 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199, tuomion 24 kohta.

¹⁹⁶ *Ellis* 1999 s. 174.

¹⁹⁷ C-184/89 *Nimz* [1991] ECR I-297.

¹⁹⁸ C-1/95 *Gerster* [1997] ECR I-5253.

¹⁹⁹ C-100/95 *Kording* [1997] ECR I-5289.

²⁰⁰ *O'Leary* 2002 s. 154.

²⁰¹ 170/84 *Bilka* [1986] ECR I-1607, tuomion kohta 33.

aikaiset työntekijät nimittäin kieltäytyvät usein työskentelemästä alkuillasta ja lauantaisin. Niinpä turvatakseen sen, että noina aikoina on riittävästi työntekijöitä, Bilkan oli tarpeen tehdä kokoaikatyöstä houkuttelevampaa kuin osa-aikatyöstä rajoittamalla yritysäläkejärjestelmä koskemaan ainoastaan kokoaikaisia työntekijöitä. Tässä yhteydessä EY:n tuomioistuin loi kolmiportaisen suhteellisuusperiaatetta ilmentävän testinsä. Saksalainen tuomioistuin katsoikin, että työnantajan menettely ei ollut suhteellisuusperiaatteen mukaista.²⁰²

Työnantaja ei voi oikeuttaa menettelyään esimerkiksi vetoamalla pelkkiin tietyistä työntekijäryhmistä tekemiinsä yleistyksiin, kuten olettamukseen siitä, että osa-aikaiset eivät ole yhtä integroituneita yritykseen kuin kokoaikaiset tai että he pelkästään osa-aikaisuutensa perusteella olisivat vähemmän taitavia työssään kuin kokoaikaiset.²⁰³ Tapauksessa *Hill* tuomioistuin kielsi yleisluonteisten toteamusten esittämisen oikeuttamisperusteina, jos samalla ei esitetä konkreettista näyttöä perusteen syrjimättömyydestä. Vastaaja oli nimittäin esittänyt, että kyseinen syrjiväksi oletettu menettely oli julkishallinnossa yleinen käytäntö.²⁰⁴

Tapauksessa *Enderby* EY:n tuomioistuin katsoi, että eri alojen palkkaeroja ei voi oikeuttaa sillä, että palkkatasosta on sovittu eri työehtosopimuksissa. Tapaus koski samanarvoisten töiden palkkaeroa, kun huonommin palkattuun ammattiryhmään (puheterapeutit) kuului pääasiassa naisia ja paremmin palkattuihin ryhmiin (psykologit ja proviisorit) miehiä. Tapauksessa EY:n tuomioistuin kuitenkin katsoi, että ”työmarkkinatilanne, joka voi johtaa työnantajan nostamaan tietystä työstä maksettavaa palkkaa hakijoiden houkuttelemiseksi, voi olla yksi edellä mainituissa oikeuskäytännössä tarkoitetuista objektiivisesti perustelluista taloudellisista syistä”.²⁰⁵ Tapausta on kritisoitu muun muassa siitä, että markkinavoima-argumentin hyväksyessään tuomioistuin ei ottanut huomioon sitä, että sukupuolen mukaan segregoituneilla työmarkkinasektoreilla markkinavoimat itse ylläpitävät ja vahvistavat epätasa-arvoa. Markkinavoimiin vetoaminen ei pelkästään saisikaan riittää, sillä syrjinnänvastaisen lainsäädäntö on laadittu juuri markkinoilla toimivien toiminnan rajoittamiseksi.²⁰⁶

²⁰² Bundesarbeitsgerichtin tuomio 14.10.1986 BB 1987, s. 829, Ks. *Hervey* 1993 s. 73.

²⁰³ Ks. tapaukset 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR I-2743, tuomion 13–14 kohta, joka tosin koski syrjiväksi oletettua lainsäädäntöä, sekä C-184/89 *Nimz* [1991] ECR I-297, tuomion 13–14 kohta, C-1/95 *Gerster* [1997] ECR I-5253, tuomion 39 kohta ja C-100/95 *Kording* [1997] ECR I-5289, tuomion 23 kohta.

²⁰⁴ C-243/95 *Hill* [1998] ECR I-3735, tuomion kohta 38.

²⁰⁵ C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, tuomion 26 kohta.

²⁰⁶ *O’Leary* 2002 s. 149.

Välillisesti syrjivän työolainsäädännön kontekstissa EY:n tuomioistuin loi Bilka-testiä vastaavan suhteellisuusperiaatteen mukaisen testin tapauksessa *Rinner-Kühn*²⁰⁷. Tapauksessa EY:n tuomioistuin totesi, että jäsenvaltion tulee osoittaa, että valitut keinot olivat sopivia ja välttämättömiä tietyn välttämättömän sosiaalipoliittisen tavoitteen saavuttamiseksi (”the means chosen meet a necessary aim of its social policy and that they are suitable and requisite for attaining that aim”). ”Välttämätön tavoite” muuttui tosin myöhemmässä ratkaisukäytännössä ”hyväksyttäväksi tavoitteeksi” (”legitimate”) niin työolainsäädäntöä²⁰⁸ kuin sosiaaliturvalainsäädäntöä²⁰⁹ koskevissa tapauksissa. Näin se kirjattiin myös todistustaakkadirektiiviin ja työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin muutosdirektiiviin.

Sosiaaliturvaa koskevissa asioissa EY:n tuomioistuin on ainakin aiemmassa oikeuskäytännössään keventänyt oikeuttamistestiä ja sallinut jäsenvaltioille laajemman harkintavallan. Tapauksissa *Nolte* ja *Megner & Scheffel* tuomioistuin nimittäin totesi, että syrjintäoletta kumoutuu, jos kansallinen lainsäätäjä on voinut *perustellusti* (en. ”reasonably”, ra. ”raisonnablement”) katsoa, että syrjiväksi esitetty lainsäädäntö oli välttämätön (”necessary”, ”nécessaire”) sosiaalipoliittisen tavoitteen saavuttamiseksi.²¹⁰

Tapauksessa *Seymour-Smith* tuomioistuin ulotti sosiaaliturvalainsäädäntöä koskevien tapausten *Nolte* ja *Megner & Scheffel* ratkaisut myös työolainsäädännöllisiin asioihin. Tapauksessa riidanalaisen lainsäädännön mukaan irtisanomissuoja koski vain kaksi vuotta työskennelleitä työntekijöitä. Ison-Britannian hallitus väitti, että työnantajilla oleva riski joutua laitonta irtisanomista koskeviin oikeudenkäynteihin vähentää heidän työhönottohalukkuuttaan, minkä vuoksi riidanalainen lainsäädäntö on perusteltu työllisyyden edistämiseksi. Tuomioistuin totesi, että vaikka työllisyyden edistäminen on perusteltu sosiaalipoliittinen tavoite, on tästä huolimatta tutkittava myös sitä, edistääkö riidanalainen säännös tavoitteen saavuttamista ja voidaanko tavoite saavuttaa myös muilla keinoilla (suhteellisuusperiaatteen mukaisuus). Vastaaja väitti *Nolte*-tapaukseen viitaten, että jäsen-

²⁰⁷ 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR I-2743.

²⁰⁸ C-457/93 *Lewark* [1996] ECR I-243, tuomion 36 kohta; C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447, tuomion 41 kohta.

²⁰⁹ C-229/89 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Belgian kuningaskunta* [1991] ECR I-2205, tuomion kohta 26, C-343/92 *De Weerd* [1994] ECR I-571, tuomion kohta 34; C-226/91 *Molenbroek* [1992] ECR I-5943, tuomion kohta 13; C-444/93 *Megner ja Scheffel* [1995] ECR I-4741, tuomion kohta 24; C-8/94 *Laperre* [1996] ECR I-273, tuomion kohta 14; C-280/94 *Posthuma-van Damme* [1996] ECR I-179, tuomion kohta 24.

²¹⁰ C-317/93 *Nolte* [1995] ECR I-4625 36 kohta ja C-444/93 *Megner ja Scheffel* [1995] ECR I-4741, tuomion 30 kohta.

valtioiden on vain osoitettava, että se oli voinut *perustellusti* arvioida toimenpiteen edistävän sosiaalipoliittisen tavoitteen toteuttamista.

EY:n tuomioistuin katsoi, että vaikka sosiaalipoliitiikka kuuluukin pääasiallisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan, niiden harkintavalta ei voi kuitenkaan tehdä tyhjäksi yhteisön oikeuden peruseriaatteiden toteuttamista. Tuomioistuimen mukaan pelkät yleisluonteiset väitteet työllisyyden edistämiseksi tarkoitetun toimenpiteen soveltuvuudesta eivät riitä, eikä niiden perusteella voida myöskään perustellusti arvioida, voidaanko valituilla keinoilla edistää tavoitteen toteuttamista. Tuomioistuimen mukaan ”jäsenvaltion on syrjiväksi oletetun säännöksen laatijana osoitettava, että säännös on perustellun sosiaalipoliittisen tavoitteen mukainen, että siihen ei liity sukupuoleen perustuvaa syrjintää ja että se on voinut perustellusti arvioida, että valituilla keinoilla edistetään tämän tavoitteen toteuttamista”.²¹¹ Tapauksessa tuomioistuin siis loppujen lopuksi yhdisti Rinner-Kühn-testin ja Nolte-testin. *Barnard* onkin kritisoinut tuomiota siitä, ettei siinä anneta selkeää ohjetta kumpaa testiä tulisi soveltaa.²¹² Kuten *O’Leary* toteaa, tapauksessa näkyy eri suuntaan vetävät periaatteet, yhtäältä jäsenvaltioiden työllisyyspoliittiset näkökohdat ja toisaalta sukupuolten tasa-arvon periaate perusoikeutena.²¹³

Työllisyyden edistämiseen on vedottu myös tuoreimmissa tapauksissa *Steinicke* ja *Kutz-Bauer*. Tapauksessa *Steinicke* kyse oli Saksan työläis-säädännöstä, jonka mukaan virkamiehellä oli oikeus ikääntyneiden osaaikatyöhön vain jos hän oli edeltävät viisi vuotta työskennellyt kokoaikaisesti vähintään kolmen vuoden ajan. Osa-aikaiset työntekijät jäivät siis järjestelmän ulkopuolelle, ja heistä suurin osa oli naisia. Tuomioistuin toisti tapauksissa, että vaikka työllisyyden edistäminen on perusteltu sosiaalipoliittinen tavoite, jäsenvaltioiden sosiaalipoliittikan alalla oleva harkintavalta ei voi tehdä tyhjäksi miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun kaltaisen yhteisön oikeuden peruseriaatteen toteuttamista. Niinpä pelkät yleisluonteiset väitteet jonkin järjestelmän soveltuvuudesta työllisyyden edistämiseen eivät riitä, eikä niiden perusteella voida perustellusti katsoa, että valitut keinot ovat soveltuvia tavoitteen saavuttamiseksi.²¹⁴

Tapauksessa *Steinicke* vastaaja perusteli syrjivää käytäntöä sillä, että muussa tapauksessa julkishallinnolle aiheutuisi työtehtävien suunnitteluun

²¹¹ C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623, tuomion 71–77 kohta.

²¹² *Barnard* 2000 s. 218.

²¹³ *O’Leary* 2002 s. 165–166.

²¹⁴ C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027, tuomion 62–64 kohta, C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, tuomion 56–58 kohta.

ja jakamiseen liittyviä kohtuuttomia rasitteita. EY:n tuomioistuin totesi, että talousarvioon liittyvät näkökohdat voivat olla jäsenvaltion sosiaalipoliittisten ratkaisujen perustana, mutta ne eivät ole sellaisenaan politiikalla tavoiteltuja päämääriä, eikä niillä voida perustella sukupuoleen kohdistuvaa syrjintää.²¹⁵ Syrjinnän poistamisen aiheuttamalla kustannuksilla ei myöskään voida perustella syrjivää menettelyä.²¹⁶

Direktiivit näyttävät sanamuotonsa perusteella edellyttävän samanlaisia oikeuttamistestiä kaikkiin välillisen syrjinnän tapauksiin riippumatta siitä, onko lähde työläinsäädäntö vai työnantajan toiminta.²¹⁷ Näin ollen merkitystä ei itse asiassa tulisi olla sillä, kuinka perustellusti lainsäätäjällä on voinut olettaa säännöksen edistävän tavoitteen toteutumista. Oikeuttamisperusteita arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota ainoastaan siihen, onko säännöksellä puolueettomasti perusteltavissa oleva hyväksyttävä tavoite, edistävätkö keinot tuon tavoitteen saavuttamista ja ovatko keinot välttämättömiä tavoitteen saavuttamiseksi (”unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary”).

EY:n tuomioistuin näyttää tästä huolimatta luoneen kolme eri oikeuttamistestiä: tiukan Bilka-testin työnantajien välillisesti syrjivien käytäntöjen varalle, heikomman Seymour-Smith-testin työläinsäädäntöä varten ja sosiaaliturvaa koskevan kaikista heikoimman Nolte-testin.²¹⁸ Tämä jaottele eri testeihin syrjinnän lähteen perusteella vahvistuu tapauksessa *Krüger*, jonka mukaan työnantajat eivät voi viitata väljempiin, syrjiväksi oletettua lainsäädäntöä koskeviin oikeuttamisperusteisiin, koska heillä ei ole samaa harkintavaltaa kuin lainsäätäjällä.²¹⁹

3.2.1 Esimerkkinä KKO 2004:59 – tapauksen esittely

Suomessa on korkeimmassa oikeudessa ollut vain yksi välillistä syrjintää koskeva tapaus, jossa pohdittiin nimenomaan työnantajan menettelyn oikeuttamisperusteita (KKO 2004:59). Tapauksessa oli kyse siitä, että kaupunki oli huonon taloudellisen tilansa takia lomauttanut huomattavan osan

²¹⁵ C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027, tuomion 66 kohta. Ks. myös C-343/92 *De Weerd* [1994] ECR I-571, tuomion 35 kohta; C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, tuomion 59 kohta; C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447, tuomion 39 kohta.

²¹⁶ C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027, tuomion 68 kohta; C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, tuomion 61 kohta; C-243/95 *Hill* [1998] ECR I-3735, tuomion 40 kohta.

²¹⁷ *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 575.

²¹⁸ Ks. oikeuttamistestien hierarkiasta esim. *Barnard* 2000 s. 218 ja *O’Leary* 2002 s. 181.

²¹⁹ C-281/97 *Krüger* [1999] ECR I-5127, tuomion 28–29 kohta.

kaikkein naisvaltaisimman toimialansa henkilöstöstä. Lomautuksen kohteena olleen perusturvatoimialan henkilöstöstä 93,5 % oli naisia. Kantajat väittivät, että kaupunki oli rikkonut tasa-arvolain 7 ja 8 §:ää lomauttamalla vain naisvaltaisen perusturvatoimialan henkilöstöä eikä muun muassa miesvaltaisen teknisen toimialan henkilöstöä. Korkein oikeus toteaa päätöksessään, että lomautusten kohdistuminen näin merkittävästi vain yhteen mutta selvästi naisvaltaisimpaan toimialaan ja siten suhteellisesti suurempaan määrään naisia kuin miehiä, synnyttää syrjintäolettamaa.

Kaupunki esitti oikeuttamisperusteinaan, että lomautukset oli toimeenpantu talousarviossa perusturvatoimialalle asetetun nettomenojen supistamisvelvoitteen saavuttamiseksi. KKO toteaa, että syrjintäolettamasta ei voi vapautua pelkästään sen vuoksi, että lomautukset ovat perustuneet sitovaan talousarvioon. KKO tarkasteli ensin sitä, ovatko säästötavoitteiden asettamisessa käytetyt perusteet sellaisenaan naisvaltaisen toimialan työntekijöitä syrjiviä tai onko eri toimialoilla sovellettu erilaisia perusteita ilman hyväksyttävää syytä.

Kaupunki oli viitannut siihen, että

- 1) perusturvatoimiala oli ainoana toimialana ylittänyt talousarvionsa huomattavasti kahtena edellisenä vuonna
- 2) säästötarpeeseen oli vaikuttanut olennaisesti kaupungin saama sosiaali- ja terveystoimen valtionosuuden aleneminen
- 3) perusturvatoimialan menot olivat ylittäneet sosiaali- ja terveystoimen käyttökustannusten laskennalliset valtionosuuden perusteet, joissa on jo huomioitu mm. asukasluku, ikärakenne ja sairastavuus, noin 10 prosentilla. Ylittämisen vuoksi keskimääräistä suurempi osa perusturvatoimialan kustannuksista on jouduttu kattamaan kaupungin omalla rahoituksella. Talousarviossa perusturvatoimialalle asetetun säästövelvoitteen keskeinen tarkoitus olikin ollut kustannusten saattaminen sellaiselle tasolle, joka vastaisi valtionosuusjärjestelmän valtakunnallisesti hyväksytyjä laskentaperusteita.

Muilla toimialoilla ei ollut vastaavia taloudellisia ongelmia. KKO toteaa lisäksi, ettei ole näytetty, että kaupunki olisi noudattanut muiden toimialojen henkilöstön suhteen erilaista käytäntöä. Näillä perusteilla KKO katsoi, että säästövelvoitteet oli asetettu syrjimättömästi. Tämän jälkeen KKO tutki lisäksi sen, olisiko lomautukset tulleet kohdistaa myös muiden toimialojen henkilöstöön. Tässä on mielestäni koko tapauksen ydin.

Sekä hovioikeus että KKO katsoivat, että lomautusperuste oli käytettävissä muillakin toimialoilla kuin perusturvatoimialalla, sillä kaupungin taloudelliset vaikeudet ulottuivat kaikille aloille. Hovioikeus päätyi ratkaisussaan siihen, että lomautusten suuntaaminen yksin perusturvatoimi-

alalle ei ollut suhteellisuusperiaatteen mukaista, etenkin, kun eräillä toimialoilla oli samaan aikaan nostettu johtotason palkkoja, ja kun teknisellä toimialalla tapahtunutta talousarvion ylitystä oli pidetty yllättävien mutta sinänsä ennakoitavien luonnonolosuhteiden vuoksi perusteltuna. KKO kuitenkin katsoi, että *kunnan järkevän taloudenpidon ja toiminnan järjestämisen kannalta* on perusteltua, että myös palkkauskuluihin kohdistuvat säästötoimet voidaan toimeenpanna kulloisenkin tarpeen mukaan toimialoittain esimerkiksi jonkin toimialan taloudellisten ongelmien korjaamiseksi. KKO toteaa, että vaikka säästötoimet kohdistuisivat kerrallaan vain johonkin huomattavan naisvaltaiseen toimialaan, ei sitä voida vielä sellaisenaan pitää syrjivänä, jos tähän on *kunnan taloudenpidosta johtuvat objektiiviset perusteet*. Tilannetta voitaisiin KKO:n mukaan arvioida toisin, jos muulla, vähemmän naisvaltaisella alalla noudatettaisiin samanlaisessa taloudellisessa tilanteessa erilaista käytäntöä ilman objektiivisesti hyväksyttävää syytä. Lisäksi KKO katsoo, että lomautukset eivät olleet lomautuksen kesto huomioon ottaen suhteettomia lomautuksilla tavoiteltuun päämäärään nähden eivätkä myöskään kohtuuttomia muiden toimialojen henkilöstöön asemaan verrattuna.

3.2.2 Esimerkkinä KKO 2004:59 – ratkaisun kritiikkiä

KKO ei viittaa EU:n oikeuteen eikä edes EY:n tuomioistuimen lukuisiin välillistä syrjintää koskeviin tapauksiin, vaikka sekä käräjäoikeus että hovioikeus pohtivat nimenomaan oikeuttamisperusteita EU:n oikeuden, ja erityisesti Bilka-testin valossa. Tosin alemmissakaan oikeusasteissa Bilka-testin soveltaminen ei mennyt aivan doktriinin mukaisesti. Tuomioistuinten olisi ensinnäkin tullut arvioida sitä, miksi syrjiväksi väitettyyn menettelyyn ryhdyttiin. Miksi lomautettiin vain naisvaltaisin ala? Oliko kunnalla todellinen tarve lomauttaa vain naisvaltaisin ala eikä muita aloja? Kuten tapauksesta käy ilmi, lomautukset oli kohdistettu ainoastaan perusturva-alalle, koska se oli ainoana toimialana ylittänyt talousarvionsa huomattavasti kahtena edellisenä vuonna. Vaikka säästövelvoitteet sinänsä olisikin asetettu objektiivisesti, kuten KKO toteaa, ei niiden ylittäminen voi olla oikeuttamisperuste vain kyseisen alan lomauttamiselle, jos sillä on epäedullisia sukupuolivaikutuksia, varsinkaan, kun lomauttamisperuste olisi käytettävissä myös muilla aloilla. KKO katsoikin, että kunnan järkevä taloudenpito ja toiminnan järjestäminen muodostavat kunnalle todellisen tarpeen syrjivälle menettelylle. KKO ei kuitenkaan tuomiossaan viittaa niihin lukuisiin EY:n tuomioistuimen tapauksiin, joissa todetaan, että syrjintää ei voi oikeuttaa talousarvioon liittyviin näkökohtiin

vedoten. Syrjivää menettelyä ei voi perustella myöskään julkishallinnolle aiheutuvilla työtehtävien suunnitteluun ja jakamiseen liittyvillä kohtuuttomilla rasitteilla (C-77/02 *Steinicke*).

EY:n tuomioistuin on useaan otteeseen todennut, että jos talousarvioon liittyvillä näkökohdilla voitaisiin oikeuttaa oletettu välillinen syrjintä, niinkin perustavanlaatuisen yhteisön oikeuden periaatteen kuin sukupuolten välisen tasa-arvon soveltaminen ja sisältö voisivat vaihdella ajan ja paikan mukaan jäsenvaltioiden taloudellisen tilanteen perusteella.²²⁰ Tuomioistuin on siis antanut etusijan tasa-arvon periaatteelle eikä taloudellisille argumenteille. EY:n tuomioistuin onkin oikeuskäytännössään useasti todennut, että sukupuolisyrynnän kieltö on yksi perusoikeuksista, joiden kunnioittaminen tuomioistuimen on taattava.²²¹

Kunnan esittämät oikeuttamisperusteet kaatuvat siis jo Bilka-testin ensimmäiseen kohtaan. Oletetaan, että kunta olisi kyennyt näyttämään jonkin hyväksyttävän tavoitteen sille, että vain yksi ala lomautetaan kerrallaan silloinkin, kun lomautusperuste olisi käytössä muillakin aloilla. Bilka-testin toisessa kohdassa olisi tullut pohtia sitä, edistääkö syrjiväksi oletettu menettely tavoitteeseen pääsemistä. Kolmanneksi olisi tullut pohtia sitä, oliko yksin naisvaltaisen alan lomauttaminen välttämätöntä eli olisiko tavoitteeseen päästy vähemmin syrjivin keinoin. Koska lomautusperuste oli käytettävissä muillakin aloilla, vain naisvaltaisen alan lomauttamista tuskin voidaan katsoa välttämättömäksi.

On kiinnitettävä huomiota myös siihen, että KKO antoi merkitystä myös sille, että muita aloja olisi vastaavassa tilanteessa kohdeltu samalla tavalla. Kyse oli kuitenkin välillisestä, ei välittömästä syrjinnästä. Kuten olen pyrkinyt osoittamaan, välillisen syrjinnän konstruktion ei kuulu sen arvioiminen, onko ryhmiä kohdeltu muodollisesti yhdenvertaisesti. Merkitystä on vain sillä, joutuiko jokin ryhmä tosiasiasa menettelyn seurauksena epäedullisempaan asemaan, oli kyse sitten samanlaisesta tai erilaisesta kohtelusta.

²²⁰ C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027, tuomion kohta 67; C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447, tuomion 39 kohta; C-343/92 *De Weerd* [1994] ECR I-571, tuomion 36 kohta; C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, tuomion 60 kohta.

²²¹ C-50/96 *Schröder* [2000] ECR I-743, 56 kohta; 149/77 *Defrenne III* [1978] 1365, tuomion 26 ja 27 kohta; yhdistetyt asiat 75/82 ja 117/82 *Razzouk ja Beydoun* [1984] ECR I-1509, tuomion 16 kohta; C-13/94 *P v. S* [1996] ECR I-2143, tuomion 19 kohta. *Schröder*-tapauksessa tuomioistuin toteaa (tuomion 57 kohta), että tämä oikeuskäytäntö huomioon ottaen, samapalkkaisuutta koskevan 141 artiklan taloudellinen tavoite on toissijainen verrattuna sen sosiaaliseen tavoitteeseen, joka on ilmaus yhdestä perustavanlaatuisesta perusoikeudesta.

Kuten *Ellis* toteaa, EY:n tuomioistuimen luoma oikeuttamistesti jättää tuomioistuimille paljon harkintavaltaa.²²² Tätä harkintavaltaa käytettäessä tulisi ottaa huomioon se, että vaihtoehtoista tulisi valita ihmisoikeusystävällisin vaihtoehto. Juuri oikeuttamisperusteita arvioitaessa ihmisoikeuskontekstia ja ihmisoikeussopimusten asettamia velvoitteita ei tulisi unohdtaa. Erityisesti CEDAW-sopimuksen asettamat velvoitteet naisten tosiasiallisen aseman parantamisesta sekä syrjivien rakenteiden ja stereotyyppien poistamisesta tulisi ottaa vakavasti. Kun toisessa vaakakupissa on ihmisoikeudeksi tunnustettu perustavaa laatua oleva oikeus ja toisessa jokin muu, kuten taloudellinen intressi, ei punninnan uskoisi tuottavan vaikeuksia etenkin perustuslain 22 §:n valossa.²²³

4 KOOTUSTI SYRJINNÄN ELEMENTEISTÄ

Syrjinnän elementit konkretisoituvat todistustaakan jaon periaatteen mukaisesti syrjintäolettaman luomisessa ja sen kumoamisessa. Tasa-arvolain 7 §:n mukaisen syrjintäolettaman luomiseksi ja sen kumoamiseksi tarvittavat elementit kunkin syrjinnän muodon osalta havainnollistuvat taulukossa 1. Täsmentäviä säännöksiä työelämän erityistilanteisiin on lain 8 §:ssä.

Syrjintäolettama luodaan eri tavalla riippuen siitä, onko kyseessä eri asemaan asettaminen tai joutuminen kielletyllä perusteella vai jollain neutraalilla perusteella. Kun on kyse kielletystä syrjintäperusteesta, syrjintäolettaman syntyminen edellyttää, että kantaja on asetettu tai joutunut eri asemaan kuin toista sukupuolta oleva henkilö tai henkilö, joka eroaa kantajasta sukupuoleen liittyvän syyn (vanhemmuus tai perhehuoltovelvollisuus) osalta tai verrattuna tilanteeseen, missä syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä (kuten raskaus tai vanhemmuus) ei olisi ollut. Näin ollen myös ns. itsevertailu on mahdollista.

Lopputuloslähtöisessä välillisessä syrjinnässä syrjintäolettaman luomiseksi kantajan on tilastoin tai muulla tavoin osoitettava, että menettely on asettanut tai on omiaan asettamaan hänet tosiasiallisesti epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella.²²⁴ Kantaja tarvitsee tällöin tietoja menettelyn vaikutuksista omaan sukupuoleensa yleensä. Tämä vaikutus voidaan osoit-

²²² *Ellis* 1998 s. 130.

²²³ Ks. myös *Prechal* 2004 s. 547–551.

²²⁴ HE 195/2004 vp s. 39.

	SYRJINTÄOLETTAMAN LUOMINEN	SYRJINTÄOLETTAMAN KUMOAMINEN
VÄLITÖN SYRJINTÄ	<ul style="list-style-type: none"> – Peruste sukupuoli (7 § 2 mom 1 kohta) – Peruste raskaus tai synnytyksestä johtuva syy (7 § 2 mom 2 kohta) – Eri asema (vertailu) <ul style="list-style-type: none"> • Vertailupiirin valinta • Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus vs. tosiasiallinen yhdenvertaisuus 	<ul style="list-style-type: none"> – Peruste ei sukupuoli, raskaus tai synnytyksestä johtuva syy vaan menettely on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta (9 a §) – Oikeuttamisperusteet (8 § 1 mom 1 kohta ja 9 §)
VÄLILLINEN SYRJINTÄ	<ul style="list-style-type: none"> – Peruste vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus (7 § 3 mom 2 kohta) – Eri asema (vertailu) <ul style="list-style-type: none"> • Vertailupiirin valinta 	<ul style="list-style-type: none"> – Peruste ei vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus (9 a §) – Oikeuttamisperusteet (7 § 4 mom ja 8 § 2 mom)
	<ul style="list-style-type: none"> – Peruste neutraali, lopputulos syrjivä (7 § 3 mom 1 kohta) – Eri asema (vertailu) <ul style="list-style-type: none"> • Tilastot ja yleinen sosiologinen tieto 	<ul style="list-style-type: none"> – Oikeuttamisperusteet (7 § 4 mom ja 8 § 2 mom)

Taulukko 1. Sukupuolisyrynnän kieltojen elementit.

taa tilastoin tai sellaisen yleisen sosiologisen tiedon perusteella, joka osoittaa, että esimerkiksi naisilla on riski joutua menettelyn seurauksena miehiä epäedullisempaan asemaan. Tilastoja voidaan arvioida sekä niiden merkittävyyden (luotettavuuden) että merkittävyyden (onko sukupuolivaikutusten ero tarpeeksi suuri synnyttääkseen syrjintäolettaman) perusteella. Syrjintäkieltojen tehokkuusperiaate edellyttää, että kantajan todistustaakkaa on syytä erityisesti välillisen syrjinnän osalta joissain tapauksissa laskea.

Vertailuun liittyen ongelmallisia kysymyksiä ovat vertailupiirin valinta sekä vertailukelpoisen tilanteen vaatimus. Vertailupiirit muodostetaan pääsääntöisesti syrjiväksi väitetyyn lainsäädännön tai käytännön soveltamisalaan kuuluvista henkilöistä. Välittömän syrjinnän osalta olen pyrkinyt osoittamaan, että vertailukelpoisen aseman vaatimusta tulisi avoimesti punnita tosiasiallisen yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa. Äitiysvapaata ja samapalkkaisuutta koskevat tapaukset osoittavat, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimus siihen sisältyvistä heikkouksista huolimatta on joissain tapauksissa välttämätön, jos halutaan säilyttää välittömän syrjinnän konstruktio eheänä (toisin sanoen ei hyväksytä oikeuttamisperusteita).

Yhä useampi syrjintätapaus liittyy jollain tavoin juuri raskauteen tai perhevapaiden käyttöön. Tällöin keskeistä on se, että vertailtavat henkilöt eivät ole samankaltaisessa tilanteessa – eikä sitä tulisi edellyttääkään. Ainoastaan samapalkkaisuutta koskevissa tapauksissa on jotenkin ymmärrettävissä, miksi äitiysvapaalla olevan työntekijän tilanteen *nimenomaan tämän loman aikana* ei ole katsottu olevan verrattavissa työssä olevan tilanteeseen. EY:n tuomioistuimen mukaan samapalkkaisuusperiaate ei siis edellytä työntekijöiden kokonaispalkan säilyttämistä äitiysvapaan aikana, vaan äitiysvapaan aikainen palkka tai korvaus määräytyy raskaussuojeludirektiivin 92/85/ETY säännösten perusteella. Raskaana ja äitiysvapaalla olevan *aiempaan tai tulevaan työntekijäasemaan* ei saa vaikuttaa huonontavasti se, että työntekijä on parhaillaan tai on ollut raskaana tai äitiysvapaalla. Esimerkiksi työhönotossa tai irtisanottaessa raskaussyrjintä on kiellettyä. Samoin äitiysvapaalla olevan tulee saada ne palkankorotukset ja muut työehtojen parannukset, jotka on toteutettu tämän äitiysvapaan aikana. Samoin äitiysvapaa tulee ottaa huomioon kokemuslisää kartuttavana aikana. Merkitystä ei ole tällöin sillä, että raskaana tai äitiysvapaalla oleva ei itse asiassa ole vertailukelpoisessa tilanteessa muiden työntekijöiden kanssa. Tämän vuoksi ei voida myöskään sanoa, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimus olisi yleinen oikeusperiaate syrjintäasioissa. Päinvastoin tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaate edellyttää toisenlaista lähestymistapaa etenkin niihin syrjintätilanteisiin, joissa kyse on vain naissukupuoleen liittyvästä raskaudesta ja äitiysvapaasta. Joka tapauksessa vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta ja tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatetta tulee välittömän syrjinnän tapauksissa punnita avoimemmin keskenään.

Olen myös pyrkinyt osoittamaan, että muodollisen yhdenvertaisuuden periaatetta ilmentävä doktriini samanlaisen kohtelusta samalla tavalla ja siihen liittyvä vertailukelpoisen tilanteen vaatimus eivät kuulu välillisen syrjinnän konstruktion. Tällöin merkitystä ei ole kohtelun samanlaisuu-

della tai erilaisuudella vaan sillä, että jokin suojelua saava ryhmä joutuu menettelyn vuoksi haitalliseen asemaan.

Sekä välittömässä että välillisessä syrjinnässä vastaajan on syrjintäolet-taman kumotakseen osoitettava, että menettely johtuu muusta, hyväksyt-tävästä seikasta kuin sukupuolesta (9 a §) eli kumottava kausaaliyhteys epäedullisen aseman ja sukupuolen välillä. Jos välittömässä syrjinnässä vastaaja myöntää, että eri asemaan asettamisen syynä on sukupuoli, ei hänellä ole enää mahdollisuutta oikeuttaa menettelyään vetoamalla esimerkiksi taloudellisiin syihin. Välittömään syrjintään liittyvistä oikeuttamis-perusteista on EU:n oikeuden mukaan säädettävä lailla. Jos eri asemaan asettamisen peruste on vanhemmuus tai perhehuoltovelvollisuus, kyse on välillisestä syrjintäolettamasta. Tällöin vastaaja voi vielä oikeuttaa me-nettelynsä osoittamalla, että se on suhteellisuusperiaatteen mukainen eli että menettelyllä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja että valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina (välttämättöminä) tavoit-teeseen nähden.

Lopputuloslähtöisessä syrjinnässä kausaaliyhteys epäedullisen aseman ja sukupuolen välillä kumotaan osoittamalla menettelyn suhteellisuusperiaatteen mukaisuus. Puhutaan ns. oikeuttamisperusteista. Oikeuttamisella tarkoitetaan tässä sitä, että vaikka menettelyllä onkin epäedullisia suku-puolivaikutuksia, sillä tavoitellaan suhteellisuusperiaatteen mukaisesti jo-takin hyväksyttävää päämäärää. Välillisessä syrjinnässä epäedulliseen asemaan joutumisen perimmäinen syy on siis epäselvä, jolloin vastaaja voi pyrkiä osoittamaan, että tuo perimmäinen syy ei ole sukupuoli.²²⁵ Suhteel-lisuusperiaatteen mukaisuutta on EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännös-sä arvioitu eri tavalla riippuen syrjinnän lähteestä.

Välillisen syrjintäolettamian kumoamiseksi on EY:n tuomioistuin luonut kolmiportaisen testin, joka on kodifioitu myös tasa-arvodirektiiviin. Tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 2 kohdan 2 alakohdan ja tasa-arvolain 7 §:n 4 momentin mukaan on arvioitava *ensinnäkin* sitä, onko menettelyllä objektiivisesti perusteltavissa oleva hyväksyttävä tavoite. *Bilka*-tapauksen perusteella työnantajien tulee osoittaa syrjivän menettelyn oikeuttamiseksi, että yrityksellä on syrjiväksi oletetulle menettelylle todellinen tarve. Tämä on suurempi vaatimus kuin pelkkä ”hyväksyttävä tavoite”. Objektiivisuus tarkoittaa muun muassa sitä, että työnantajan subjektiiviset mieltymykset eivät voi oikeuttaa syrjivää menettelyä. Myöskään yleistyksen tietyistä työn-tekijäryhmistä ilman konkreettista näyttöä eivät riitä hyväksyttäväksi pe-rusteeksi välillisesti syrjivälle menettelylle. Työn luonteeseen liittyvät pe-

²²⁵ *Ellis* 1994 s. 563.

rusteet kuten koulutuserot palkkaeron perusteena ovat hyväksyttäviä vain, jos niillä on todellista merkitystä työn suorittamisen kannalta. Talousarvioon perustuvat näkökohdat tai työtehtävien suunnitteluun ja jakamiseen liittyvät kohtuuttomat rasitteet eivät ole hyväksyttäviä syitä syrjivälle menettelylle.

Toiseksi on arvioitava sitä, edistävätkö keinot tuon tavoitteen saavuttamista. Edelleenkin vastaaja ei vapaudu syrjintäepäilystä pelkkien yleisten väittämien perusteella. Esimerkiksi lainsäätäjät ei voi vedota sinänsä hyväksyttävään työllisyyden edistämisen tavoitteeseen, ellei se osoita, että menettely tosiasiallisesti edistää työllisyyttä. Työnantajan tai lainsäätäjän tulee osoittaa, että menettelyllä todella päästään niihin tavoitteisiin, joihin menettelyllä pyritään.

Kolmanneksi on arvioitava menettelyn välttämättömyyttä tavoitteen saavuttamiseksi. Jos vähemmän syrjiviä keinoja tavoitteen saavuttamiseksi olisi ollut olemassa, syrjintäoletta ei kumoudu, sillä menettely on tällöin suhteellisuusperiaatteen vastaista. Sosiaaliturvaa koskevissa asioissa EY:n tuomioistuin on antanut jäsenvaltioille enemmän harkintavaltaa. Näissä asioissa on katsottu riittäväksi, että lainsäätäjät on ”perustellusti voinut arvioida” menettelyn olevan sopiva ja välttämätön tavoitteen saavuttamiseksi.

Kaksi viimeistä kohtaa ilmentävät EY:n oikeudessa tuttua suhteellisuusperiaatetta. Välillisesti syrjiväksi oletetun menettelyn tai säännön oikeuttamisessa suhteellisuusperiaatteella on tärkeä merkitys arvioitaessa sitä, oikeuttavatko menettelyyn ryhtymisen syyt menettelystä aiheutuneet syrjivät sukupuolivaikutukset.

5 LOPUKSI

Feministijuristien usko syrjintäkieltojen tehokkuuteen tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttamiseksi ei ole kovinkaan vahva.²²⁶ Tästä huolimatta käsitteitä on mahdollista kehittää siten, että niiden koko potentiaali tulisi käyttöön. Erityisen tärkeää olisi ymmärtää syrjintäkieltojen luonne juuri perus- ja ihmisoikeutena. Sen ohella, että panostetaan syrjintäkieltojen yli meneviin, tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen tähtääviin toimiin, tulisi myös syrjintäkieltoja sovellettaessa kiinnittää huomiota siihen, että tuomiot vastaavat myös ihmisoikeussopimuksissa asetettuihin velvoitteisiin.

²²⁶ Ks. esim. *Fredman* 2002.

Syrjintäkieltoja tulkittaessa olisi otettava huomioon erityisesti CEDAW-sopimuksen sopimusvaltioille asettamat velvoitteet rakenteellisen syrjinnän ja sukupuolirooleja koskevien stereotyyppien poistamisesta. Myös syrjintäkieltojen tulee toteuttaa tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatetta. Paitsi että ihmisoikeussopimuksissa ja perustuslaissamme on säännöksiä tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta ja syrjinnän kielloista, myös EU:ssa yhdenvertaisuusperiaate on kehittynyt yleiseksi oikeusperiaatteeksi. Tämä tarkoittaa sitä, että tosiasialliselle yhdenvertaisuusperiaatteelle tulee antaa etusija intressipunninnassa, kun punnitaan oikeuttamisperusteita tai sitä, tuleeko vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta soveltaa.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Ahtela, Karoliina*: The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment. *European Law Journal* 11 (1), 2005, pp. 57–78.
- Alarotu, Outi*: Perheen ja pätkätöiden yhdistäminen – raskaussyrjinnän kiellosta määräaikaissa palvelussuhteissa. *Oikeus* 2003 (32); 4: 376–396.
- Barbera, Marzia*: The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order. In *Hervey, Tamara – Kenner, Jeff* (eds): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2003, pp. 139–160.
- Barnard, Catherine*: The Principle of Equality in the Community Context: *P, Grant, Kallancke and Marschall*: Four Uneasy Bedfellows? *Cambridge Law Journal*, 57(2), July 1998, pp. 352–373.
- Barnard, Catherine*: *EC Employment Law*. Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2000.
- Barnard, Catherine – Hepple, Bob*: Indirect Discrimination: Interpreting *Seymour-Smith*. *Cambridge Law Journal*, 58(2), July 1999, pp. 399–412.
- Barnard, Catherine – Hepple, Bob*: Substantive Equality. *Cambridge Law Journal*, 59(3), November 2000, pp. 562–585.
- Bartlett, Katharine T.*: Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, Vol. 103, February 1990, No. 4, pp. 829–888.
- Bell, Mark*: The Right to Equality and Non-Discrimination. In *Hervey, Tamara – Kenner, Jeff* (eds): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2003, pp. 91–110.
- Bowers, John – Moran, Elena*: Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo. *Industrial Law Journal*, Vol. 31, No. 4, December 2002, pp. 307–320.
- Bowers, John – Moran, Elena – Honeyball, Simon*: Justification in Direct Sex Discrimination: A Reply. *Industrial Law Journal*, Vol. 32, No. 3, September 2003, pp. 185–187.
- Browne, Kingsley R.*: The Use and Abuse of Statistical Evidence in Discrimination Cases. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 411–423.

- Caracciolo di Torella, Eugenia – Masselot, Annick*: Pregnancy, maternity and the organization of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice. *European Law Review*, June 2001 pp. 239–260.
- Charlesworth, Hilary*: The boundaries of international law: a feminist analysis. Manchester University Press, Manchester 2000.
- Connolly, Michael*: Discrimination Law: Justification, Alternative Measures and Defences Based on Sex. *Industrial Law Journal*, Volume 30, September 2001, pp. 311–318.
- Cook, Rebecca*: State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. In *Cook, Rebecca* (ed.): *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, pp. 228–256.
- Ellis, Evelyn*: The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law. *European Law Review*, December 1994, pp. 563–580.
- Ellis, Evelyn*: EC Sex Equality Law. Second Edition, Clarendon Press, Oxford 1998.
- Ellis, Evelyn*: The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law. In *Ellis, Evelyn* (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 1999, pp. 165–181.
- Equality in Employment and Occupation*, International Labour Conference (75th Session, 1988). General survey on Convention No. 111 and Recommendation No. 111.
- Fransson, Susanne*: Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikter mellan kollektivavtal och lag. Iustus Förlag, Uppsala 2000.
- Fredman, Sandra*: Discrimination Law. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Fredman, Sandra*: Marginalising Equal Pay Laws. *Industrial Law Journal*, Vol.33, No.3, September 2004, pp. 281–285.
- Gill, Tess – Monaghan, Karon*: Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld. *Industrial Law Journal*, Vol. 32, No. 2, June 2003, pp. 115–122.
- Hepple, Bob – Coussey, Mary – Choudhury, Tufyal*: Equality: a New Framenwork. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2000.
- Heringa, Aalt Willem*: Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 25–37.
- Hervey, Tamara*: Justifications for Sex Discrimination in Employment. Butterworths, London 1993.
- Hervey, Tamara*: Structural Discrimination Unrecognized: Jones v. University of Manchester. *The Modern Law Review* 57, 1994, pp. 307–314.
- Hervey, Tamara*: Sex Equality as Substantive Justice. *The Modern Law Review* 62:4, July 1999, pp. 614–622.
- Holtmaat, Rikki*: European Women and the CEDAW-Convention; the Way Forward. Paper presented at the EWLA-Conference. Paris 21–22 September 2002.
- Honeyball, Simon*: Pregnancy and Sex Discrimination. *Industrial Law Journal*, Vol. 29, No.1, March 2000, pp. 43–52.
- Karapuu, Heikki*: Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö. Teoksessa *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: *Perusoikeudet*. WSOY, Juva 1999, ss. 61–86.
- Koskinen Pirkko K. – Bruun, Niklas*: Tasa-arvolaki. Toinen painos, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997.

- Lacey, Nicola*: From Individual to Group? A Feminist Analysis of the Limits of Anti-Discrimination Legislation. In *Hepple, Bob – Szyszczak, Erika* (eds): *Discrimination: The Limits of Law*. Mansell, London 1992.
- Lerwall, Lotta*: Avskedande pga. graviditet – alltid könsdiskriminering. *Europarättslig tidskrift*. Årgång 5, Nummer 1, 2002 ss. 101–112.
- Loenen, Titia*: Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 195–211.
- Mahoney, Kathleen E.*: Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts. In *Cook, Rebecca* (ed.): *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, pp. 437–461.
- Nousiainen, Kevät – Pylkkänen, Anu*: Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. *Forum Iuris*, Helsinki 2001.
- Nummijärvi, Anja*: Palkkasyrjintä. Oikeudellinen tutkimus samapalkkaisuuslainsäädännön sisällöstä ja toimivuudesta. Edita Publishing Oy, Helsinki 2004.
- O’Leary, Síofra*: Employment Law at the European Court of Justice. *Judicial Structures, Policies and Processes*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2002.
- Pentikäinen, Merja*: The Applicability of the Human Rights Model to Address Concerns and the Status of Women. *Forum Iuris*, Helsinki 1999.
- Prechal, Sacha*: Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes. *Common Market Law Review* 41: 533–551, 2004.
- Räsänen, Leila*: Hallituksen tasa-arvopolitiikkaa tekemässä. Teoksessa *Holli, Anne Maria – Saarikoski, Terhi – Sana, Elina* (toim.): *Tasa-arvopolitiikan haasteet*. WSOY, Porvoo 2002.
- Saloheimo, Jorma*: Kollektiivisopimuksen syrjivyydestä – kunta-alan kokemuslisän arviointia. *Defensor Legis* 4/1998, ss. 609–620.
- Scheinin, Martin*: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto (PL 6§). Teoksessa *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: *Perusoikeudet*. WSOY, Juva 1999, ss. 231–261.
- Selmi, Michael*: Indirect Discrimination: a Perspective from the United States. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 213–222.
- Sjerps, Ina*: Effects and Justifications. Or How to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 237–247.
- Tuori, Kaarlo*: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: *Perusoikeudet*. WSOY, Juva 1999, ss. 667–673.
- Wentholt, Klaartje*: Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 53–64.
- Vizkelety, Béatrice*: Adverse Effect Discrimination in Canada: Crossing the Rubicon From Formal to Substantive Equality. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 223–236.

Virallislähteet

- General Comment (of the Human Rights Committee) 18/37 of 9 November 1989.
HE 57/1985. Hallituksen esitys naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.
HE 63/1992. Hallituksen esitys naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain 9 ja 14 §:n muuttamisesta.
HE 309/1993. Hallituksen esitys perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
HE 90/1994. Hallituksen esitys naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.
HE 1/1998. Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
HE 195/2004. Hallituksen esitys laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.
KM 2002:9. Tasa-arvolain uudistamistoimikunnan mietintö. Sosiaali- ja terveysministeriö. Helsinki 2002.
KOM(2004)279 lopullinen. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi miesten ja naisten yhdenvertaisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa.
II LaVM 4/1986. Toisen lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä 57/1985 naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.
Opinion of the European Court of Human Rights on draft Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Doc 8606, 5.1.2000.
PeVL 2/1990. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 22/1989 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.
PeVM 25/1994. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 309/1993 perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
PeVL 40/2004. Perustuslakivaliokunnan lausunto työelämä- ja tasa-arvovaliokunnalle hallituksen esityksestä n:o 195/2004 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.
TyVM 3/2005. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä 195/2004 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.

OIKEUSTAPAUKSET

EY:n tuomioistuim

- 152/73 Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost [1974] ECR I-153
43/75 Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [1976] ECR I-455
149/77 Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [1978] 1365
96/80 J. P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd [1981] ECR I-911
Yhdistetyt asiat 75/82 ja 117/82 C. Razzouk ja A. Beydoun v. Euroopan yhteisöjen komissio [1984] ECR I-1509
170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz [1986] ECR I-1607

- 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, Danfossin puolesta [1989] ECR I-3199
- 171/88 Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG [1989] ECR I-2743
- C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR 3941
- C-179/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark Birthe Hertzin puolesta v. Dansk Arbejdsgiverforening Aldi Marked A/S:n puolesta [1990] ECR I-3979
- C-33/89 Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg [1990] ECR I-2591
- C-184/89 Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg [1991] ECR I-297
- C-229/89 Euroopan yhteisöjen komissio v. Belgian kuningaskunta [1991] ECR I-2205
- C-226/91 Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank [1992] ECR I-5943
- C-127/92 Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority ja Secretary of State for Health [1993] ECR I-5535
- C-132/92 Birds Eye Walls Ltd. v. Friedel M. Roberts [1993] ECR I-5579
- C-343/92 M. A. De Weerd, o.s. Roks, ym. v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen ym. [1994] ECR I-571
- Yhdistetyt asiat C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 ja C-78/93 Stadt Lengerich v. Angelika Helmig, Waltraud Schmidt v. Deutsche Angestellten-Krankenkasse, Elke Herzog v. Arbeiter-Samariter-Bund Landverband Hamburg eV, Dagmar Lange v. Bundesknappschaft Bochum, Angelika Kussfeld v. Firma Detlef Bogdol GmbH ja Ursula Ludewig v. Kreis Segeberg [1994] ECR I-5727
- C-279/93 Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker [1995] ECR I-225
- C-317/93 Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover [1995] ECR I-4625
- C-342/93 Joan Gillespie ym. v. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board ja Southern Health and Social Services Board [1996] ECR I-475
- C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri, ent. Industriens Arbejdsgivere, joka edustaa yritystä Royal Copenhagen A/S [1995] ECR I-1275
- C-444/93 Ursula Megner ja Hildegard Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, devenue Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz [1995] ECR I-4741
- C-457/93 Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. v. Johanna Lewark [1996] ECR I-243
- C-8/94 C. B. Laperre v. Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland [1996] ECR I-273
- C-13/94 P v. S ja Cornwall County Council [1996] ECR I-2143
- C-237/94 John O'Flynn v. Adjudication Officer [1996] ECR I-2617
- C-278/94 Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Belgian kuningaskunta [1996] ECR I-4307
- C-280/94 Y. M. Posthuma-van Damme v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen ja N. Oztürk v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging [1996] ECR I-179
- C-1/95 Hellen Gerster v. Freistaat Bayern [1997] ECR I-5253
- C-100/95 Brigitte Kording v. Senator für Finanzen [1997] ECR I-5289
- C-136/95 Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v. Evelyne Thibault [1998] ECR I-2011
- C-243/95 Kathleen Hill et Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners et Department of Finance [1998] ECR I-3735

- C-400/95 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, puolesta Helle Elisabeth Larsson v. Dansk Handel & Service, puolesta Føtex Supermarked A/S [1997] ECR I-2757
- C-50/96 Deutsche Telekom AG v. Lilli Schröder [2000] ECR I-743
- C-394/96 Mary Brown v. Rentokil Ltd [1998] ECR I-4185
- C-411/96 Margaret Boyle ym. v. Equal Opportunities Commission [1998] ECR I-6401
- C-35/97 Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Ranskan tasavalta [1998] ECR I-5325
- C-167/97 The Queen v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith ja Laura Perez [1999] ECR I-623
- C-249/97 Gabriele Gruber v. Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG [1999] ECR I-5295
- C-281/97 Andrea Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg [1999] ECR I-5127
- C-333/97 Susanne Lewen v. Lothar Denda [1999] ECR I-7243
- C-207/98 Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern [2000] ECR I-549
- C-226/98 Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger ja Sygesikringens Forhandlingsudvalg [2000] ECR I-2447
- C-322/98 Bärbel Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG [2000] ECR I-7505
- C-79/99 Julia Schnorbus v. Land Hessen [2000] ECR I-10997
- Yhdistetyt asiat C-122/99 ja C-125/99 D ja Ruotsin kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto [2001] ECR I-4319
- C-381/99 Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG [2001] ECR I-4961
- C-109/00 Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK) [2001] ECR I-6993
- C-187/00 Helga Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg [2003] ECR I-2741
- C-320/00 A. G. Lawrence ym. v. Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group ja Mitie Secure Services Ltd [2002] ECR I-7325
- C-256/01 Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional ja Secretary of State for Education and Employment [2004] ECR
- C-342/01 María Paz Merino Gómez v. Continental Industrias del Caucho SA [2004] ECR
- Yhdistetyt asiat C-4/02 ja C-5/02 Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main ja Silvia Becker v. Land Hessen [2003] ECR
- C-25/02 Katharina Rinke v. Ärztekammer Hamburg [2003] ECR I-8349
- C-77/02 Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit [2003] ECR I-9027
- C-147/02 Michelle K. Alabaster v. Woolwich plc ja Secretary of State for Social Security [2004] ECR
- C-220/02 Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich [2004] ECR
- C-284/02 Land Brandenburg v. Ursula Sass [2004] ECR
- C-285/02 Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen [2004] ECR
- C-313/02 Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG [2004] ECR

Kotimaiset tuomioistuimet ja tasa-arvolain valvontaelimet

Turun HO nro 530, 28.2.2003, S 01/1471

KHO 1999:70

KKO 2004:59

TT:1998-34

TT:2003-86

Tasa-arvolautakunnan 18.5.2001 antamat lausunnot diaarinumero 1/01 ja 2/01

Tasa-arvolautakunnan 15.3.2002 antama lausunto diaarinumero 1/02

Tasa-arvolautakunnan 4.2.2003 antama lausunto diaarinumero 1/03

Tasa-arvolautakunnan 28.4.2003 antama lausunto diaarinumero 2/03

Tasa-arvolautakunnan 26.2.2004 antama lausunto diaarinumero 1/04

Tasa-arvolautakunnan 29.10.2004 antama lausunto diaarinumero 5/04

Tasa-arvovaltuutetun antama lausunto diaarinumero 11/53/98

Tasa-arvovaltuutetun 31.5.2001 antama lausunto diaarinumero 5/53/99

Tasa-arvovaltuutetun 7.1.2004 antama lausunto diaarinumero 5/53/02

Tasa-arvovaltuutetun 17.10.2004 antama lausunto diaarinumero 7/55/03

Ulkomaiset tuomioistuimet

Griggs v. Duke Power Company (1981) 401 U.S. 425, US Supreme Court

Jones v. University of Manchester, Court of Appeal 21.12.1992 (1993) IRLR 218 CA.

London Underground Ltd. v. Edwards [1998] I.R.L.R 364 C.A.

THE PROHIBITION OF SEX DISCRIMINATION IN FINNISH AND EU LAW

This article discusses the elements of the concepts of direct and indirect sex discrimination in Finnish and EU law. Article's starting point is section 7 of the Finnish Act on Equality between Women and Men, which contains the general prohibition of discrimination. Section 8 contains the prohibition of sex discrimination in working life, which this article is focused on, although sex discrimination is prohibited also in many other areas of life. In interpreting these provisions EU law is very important since the concepts of direct and indirect discrimination have developed especially in the case law of the European Court of Justice.

Although article's main focus is on Finnish national and EU law, it aims also to take into account the interpretive effect of fundamental and human rights. Since equal treatment and non-discrimination are fundamental and human rights they should be given special protection in case of competing interests.

The case of alleged discrimination has two separate phases. In the case of alleged direct discrimination the complainant has to show that he or she is treated less favourably on grounds of sex (including pregnancy and childbirth) than another is, has been or would be treated in a comparable situation. An intention to disfavour the victim is not a necessary ingredient of the concept of discrimination, it is enough that the effect of the measure is discriminatory. The relevant question is whether the complainant would have received different treatment *but for* her sex. The other element of direct discrimination is comparison, which is required in order to establish *less favourable treatment*. It is not necessary to take male norms as the starting point, because self-comparison is also possible, especially in pregnancy cases. The element of comparability, i.e. the requirement that the comparator is similarly situated, needs to be balanced with the principle of substantive equality. If a prima facie violation of the prohibition of non-discrimination can be established, the defendant can still prove that some legitimate factor other than sex is the cause of different treatment. If there is causality between the disadvantage and the complainant's sex, there are no possibilities of justifications except those mentioned in the section 8(1) and 9 of the Equality Act.

In the case of alleged indirect discrimination the claimant has to show that an apparently neutral provision, criterion or practice would put per-

sons of one sex at a disadvantage compared with persons of the other sex. A *prima facie* case of indirect discrimination can be established on the basis of statistical evidence or by other means. The European Court of Justice has referred to various means of establishing that a measure has an adverse impact, such as testing statistical significance or reliability, testing how considerable the actual difference of impact to the sexes is and testing inherent risk of adverse impact (taking into account the social facts involved). An important question is also: what are the relevant pools of persons to be compared? However, the article argues that those pools need not to be similarly situated.

An integral part of the concept of indirect discrimination is the justifications. Provision, criterion or practice can be justified by a legitimate aim if the means of achieving that aim are appropriate and necessary, i.e. they are proportionate. The European Court of Justice has developed a body of case law concerning the justifications. In considering the justification special attention should be paid to the fact that non-discrimination is a fundamental and human right which should be given priority.

