

Karoliina Ahtela  
**Tasa-arvolakiin perustuva  
 positiivinen erityiskohtelu  
 erityisesti virkanimityksissä**

**P**ositiivinen erityiskohtelu naisten ja miesten välisen tosiasiallisen tasa-arvon edistämiskeinona on jäänyt vieraaksi sekä kotimaisessa oikeuskäytännössä että oikeuskirjallisuudessa. Artikkelissa tarkastellaan, mitä tarkoitetaan positiivisella erityiskohtelulla ja miten positiivista erityiskohtelua nykyisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön näkökulmasta, voidaan käyttää apuvälineenä pyrittäessä etenemään kohti tasa-arvoa. Julkishallinnon virkanimityspäätökset muodostavat erikoistapauksen positiivisen erityiskohtelun soveltamisessa sen johdosta, että yleisistä virkanimitysperusteista on säädetty perustuslaissa.

**Johdanto**

Positiivinen erityiskohtelu<sup>1</sup> naisten ja miesten välisen tosiasiallisen tasa-arvon edistämiskeinona on jäänyt vieraaksi sekä kotimaisessa oikeuskäytännössä että oikeuskirjallisuudessa. Positiivista erityiskohtelua koskevia säännöksiä on tulkittu oikeuskäytännössä vähän, ja erityiskohteluun kohdistuvissa viranomaisohjeistuksissa keskeisiä ongelmakohtia on käsitelty vain marginaalisesti. Artikkelissa tarkastellaan seuraavia kysymyksiä: Mitä tarkoitetaan positiivisella erityiskohtelulla? Missä määrin positiivista erityiskohtelua, nykyisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön

näkökulmasta, voidaan käyttää apuvälineenä pyrittäessä etenemään kohti tasa-arvoa? Miten positiivista erityiskohtelua voitaisiin tehokkaammin soveltaa? Entä mitkä ongelmat ja tulkintakysymykset tulisi vielä ratkaista? Pyrkimyksenä on erityisesti selkeyttää ja jäsentää positiivisen erityiskohtelun edellytyksiä, erityisesti valtion virkanimitysten kannalta. Artikkelin toivotaan myös osaltaan havainnollistavan tasa-arvolainsäädännön yleisiä ongelmia ja virittävän kriittistä keskustelua lainsäädännön mahdollisuuksista tasa-arvon edistämässä.

<sup>1</sup> Tämän artikkelin kirjoittamisen jälkeen on annettu ja tullut voimaan yhdenvertaisuuslaki (21/2004), jonka 7 § 2 momentin perusteella on mahdollista harjoittaa positiivista erityiskohtelua myös iän, etnisen tai kansallisen alkuperän, kansalaisuuden, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden, sukupuolisen suuntautumisen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Tässä esityksessä ei tarkastella yhdenvertaisuuslakiin perustuvaa positiivista erityiskohtelua. Lyhyesti voidaan kuitenkin todeta, että sekä syrjinnän että positiivisen erityiskohtelun määritelmä on eri tavalla muotoiltu yhdenvertaisuuslaissa verrattuna voimassaolevaan tasa-arvolakiin (609/1986), joten jo lähtökohtaisesti positiivista erityiskohtelua lienee tarkasteltava erikseen tasa-arvolain ja yhdenvertaisuuslain kannalta.

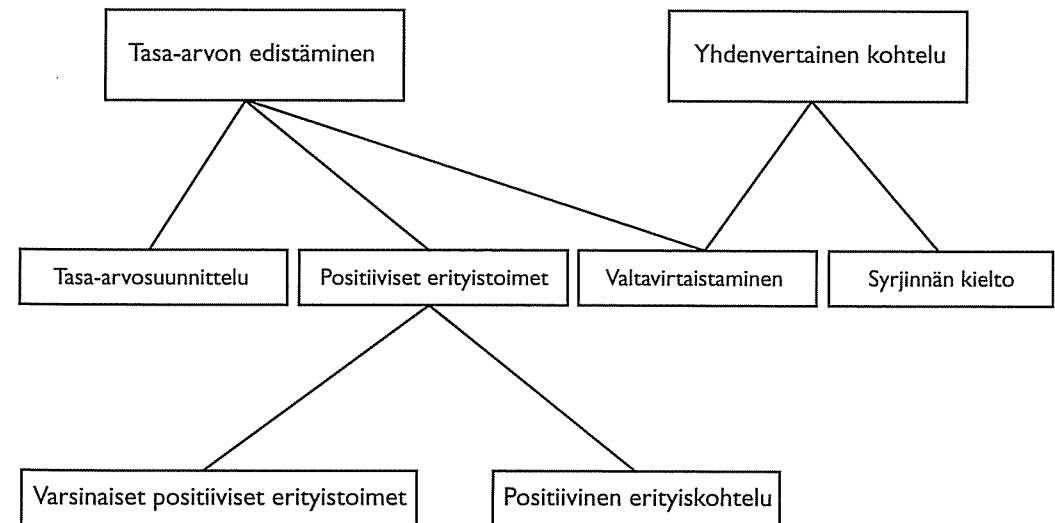
Artikkelin seuraavassa, toisessa jaksossa tarkastellaan positiivisen erityiskohtelun käsitettä sekä historiallista taustaa. Kolmannessa jaksossa esitellään ja arvioidaan Euroopan yhteisöjen luoma säädöspohjaa sekä oikeuskäytäntöä. Kansallista lainsäädäntöä, oikeuskäytäntöä ja viranomaisohjeistusta tarkastellaan neljännessä jaksossa. Tämän jälkeen esitetään johtopäätökset esitetyn aineiston pohjalta, ja pyritään vastaamaan positiivisen erityiskohtelun soveltamisen edellytyksiä koskeviin kysymyksiin. Lopuksi, kuudennessa jaksossa tarkastellaan kokoavasti positiivisen erityiskohtelun esteitä ja edistämismahdollisuuksia.

**Positiiviseen erityiskohtelun käsite ja tausta**

Positiiviseen erityiskohteluun liittyvät käsitteet voidaan jäsentää kuvassa 1 esitetyllä tavalla. Tasa-arvolainsäädännössä päätavoitteina ovat tasa-arvon edistäminen ja yhdenvertainen kohtelu. Positiivisilla erityistoimilla tarkoitetaan miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia ja tasa-arvoa edistäviä toimenpiteitä yleensä. Ne voidaan jakaa varsinaisiin positiivisiin erityistoimiin, joiden tarkoituksena on auttaa lähin-

nä naisia kilpailemaan tehokkaammin miesten kanssa, sekä ns. positiiviseen syrjintään, jossa vähemmistössä olevan sukupuolen edustajat, yleensä naiset, asetetaan etusijalle työhönotossa, ylennyksissä tai muissa tilanteissa. Käsitettä ”positiivinen erityiskohtelu” käytetään nimenomaisesti viittaamaan positiiviseen syrjintään. Ymmärrettävää on, että positiivinen syrjintä, paradoksaalisesti keinona tasa-arvon edistämiseksi, on herättänyt monissa maissa kiihkeää kansalaiskeskustelua ja saanut vaihtelevan vastaanoton ylimmissä tuomioistuimissa (Hodges-Aeberhardt 1999).

Positiivisista erityistoimista on erotettava valtavirtaistamisen käsite, joka on määritelty (Valtiovarainministeriö, suositus 12/2001) hallitusten ja muiden toimijoiden toteuttamaksi aktiiviseksi ja näkyväksi sukupuolinäkökohtien sisällyttämiseksi kaikkeen politiikkaan ja ohjelmiin sen varmistamiseksi, että ennen päätösten tekemistä tarkastellaan niiden vaikutuksia sekä naisiin että miehiin. Vaikka mainitussa määritelmässä valtavirtaistamista ei ole kytketty tasa-arvon edistämiseen ja yhdenvertaiseen kohteluun, sen voidaan katsoa tähtäävän osaltaan juuri näiden kahden keskeisen tavoitteen toteutumiseen.



Kuva 1. Tasa-arvon edistämiseen ja yhdenvertaiseen kohteluun liittyvät käsitteet

Juridiset käsitteet "positiiviset erityistoimet" ja "positiivinen erityiskohtelu" ovat muotoutuneet Yhdysvalloissa. Ensimmäisen kerran positiiviset erityistoimet mainittiin yhdysvaltalaisessa työlainsäädännössä 1930-luvulla mahdollisena seurauksena työnantajan syrjinnästä ammattiyhdistyksen organisoijia ja jäseniä vastaan (Hodges-Aeberhardt.1999). Sitten 1960-luvulla positiivisten erityistointien käyttöala laajeni Yhdysvalloissa huomattavasti muun muassa rotusyrjinnän vaikutuksia purkamaan pyrkivien ns. *affirmative action* -toimenpiteiden ja suositusten myötä. Tällä liittovaltion politiikalla pyritään turvaamaan työntekijöiden yhtäläiset mahdollisuudet työelämässä<sup>2</sup>.

Positiiviset erityistoimet -käsitteen kansainvälinen yleistymisen alkoi vuonna 1958, kun Kansainvälinen työkonferenssi hyväksyi, työmarkkinoilla ja ammatin harjoittamisen yhteydessä tapahtuvaa syrjintää koskevan yleissopimuksen. Uuden sysäyksen käsitteen yleistymiselle antoi vuonna 1979 solmittu kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus. Nykyisin käsite esiintyy lukuisten maiden lainsäädännössä, tosin monin eri nimityksin<sup>3</sup>.

Myös Suomeen positiivisten erityistointien käsite rantautui kansainvälisten sopimusten myötä. Työsyrjintää koskeva yleissopimus, joka tuli Suomessa voimaan vuonna 1971, ei vielä tuonut positiivisten erityistointien käsitettä laajemmin Suomen lainsäädäntöön. Sen sijaan naisten syrjinnän poistamiseen tähtäävä yleissopimus antoi käsitteen yleistymiselle ratkaisevan sysäyksen. Vuonna 1986 Suomessa voimaansaatetussa kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevassa YK:n yleissopimuksessa (SopS 68/1986) tehdään tärkeä erottelu muodollisen ja tosiasiallisen tasa-arvon välillä. Yleissopimuksen 2 artiklan a kohta viittaa tasa-arvoisen kohtelun periaatteeseen, joka on sisällytettävä perustuslakiin tai muuhun asianmukaiseen lainsäädäntöön. Tasa-arvon edistämiseen taas viitataan 3 artiklassa. Perustan positiivisen erityiskohtelun hyväksymiselle antaa 4 artiklan 1 kohta. Sen mukaan sopimusvaltioiden hyväksymiä väliaikaisia erityistointia tosiasiallisen tasa-arvon toteutumisen jouduttamiseksi ei kat-

sota syrjinnäksi yleissopimuksen tarkoittamassa mielessä, mutta ne eivät missään tapauksessa saa johtaa eriarvoisten tai erillisten normien ylläpitämiseen. Toimenpiteistä tulee luopua, kun yhtäläisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun päämäärät on saavutettu.

Tasa-arvolain säätämisen keskeisenä motiivina oli mainitun yleissopimuksen veloitteiden täytäntöönpano, lain esitöissä nojataankin useissa kohtaa yleissopimuksen sisältöön. Yleissopimus ei velvoita sopimusvaltiota säätämään positiivisesta erityiskohtelusta, mutta yleissopimuksen esimerkin johdosta tasa-arvolakiin sisällytettiin myös positiivisia erityistointia koskeva 9 §:n 4 momentin säännös.

Vuonna 1987 voimaantulleen naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain (jäljempänä tasa-arvolaki) 6 § velvoittaa työnantajan ja viranomaisen edistämään tasa-arvoa naisten ja miesten välillä. Hallitusmuodon 5 §, nytemmin samasanainen perustuslain 6 §, on vuodesta 1995 velvoittanut lainsäätäjää ja viranomaisia edistämään tasa-arvoa yhteiskunnallisessa toiminnassa ja työelämässä. Kummassakin lainkohdassa tasa-arvon edistämisen on katsottava sisältävän myös positiiviset erityistoimet.

Oman leimansa positiivisen erityiskohtelun soveltamiselle antaa lisäksi yhteisöoikeus (Euroopan yhteisöjen lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö). Sen puitteissa on 1980-luvulta alkaen muodostunut verraten runsaasti erityiskohteluun liittyvää oikeuskäytäntöä, jonka merkitys kotimaiseen laintulkintaan on kuitenkin harvoin välittömästi selvää. Kun myös yhteisöjen lainsäädännössä on äskettäin ollut erityiskohteluun liittyviä muutoksia, tarkoituksenmukaista on tarkastella asiaa ensinnä yhteisöoikeuden kannalta.

## Euroopan yhteisöjen lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö

### Lainsäädäntö

Perustan positiivisten erityistointien hyväksymiselle yhteisöoikeudessa on antanut neuvoston direktiivi 76/207/ETY miesten ja naisten tasa-

arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa (jäljempänä tasa-arvodirektiivi). Direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa todetaan seuraavaa:

*Tämän direktiivin tarkoituksena on toteuttaa jäsenvaltioissa miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun mahdollisuuksissa työhön, uralla etenemiseen ja ammatilliseen koulutukseen sekä työoloissa. [...] Tästä periaatteesta käytetään nimitystä tasa-arvoisen kohtelun periaate.*

Direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa todetaan:

*Tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan jäljempänä, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenäkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella.*

Mainitun artiklan 4 kohdassa todetaan:

*Tämä direktiivi ei estä toteuttamasta miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä.*

Amsterdamin sopimuksen tultua voimaan 1.5.1999, Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdassa todetaan seuraavaa:

*Jotta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä, tasa-arvoisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja.*

Amsterdamin sopimuksen päätösasiakirjaan liitettyssä julistuksessa 28, joka ei ole jäsenvaltioita oikeudellisesti sitova, Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdasta todetaan seuraavaa:

*Toteuttaessaan Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä jäsenvaltioiden olisi ensisijaisesti pyrittävä parantamaan naisten asemaa työelämässä.*

Euroopan parlamentti hyväksyi 12.6.2002 direktiivin 2002/73/EY miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY

muuttamisesta. Tämä ns. muutosdirektiivi tuli voimaan 5.10.2002. Muutosdirektiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset on saatettava voimaan jäsenmaissa viimeistään 5.10.2005. Muutosdirektiivillä muutetun tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 8 kohdan mukaan jäsenvaltiot voivat pitää voimassa tai hyväksyä perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä miesten ja naisten välisen täyden tosiasiallisen tasa-arvon varmistamiseksi.

On siis huomattava, että yhteisöoikeus ei velvoita jäsenmaita positiivisiin erityistointiin, vaan ainoastaan mahdollistaa nämä määrittelemissään puitteissa. Kuten jäljempänä selostetaan, Suomen perustuslaki sitä vastoin velvoittaa ainakin lainsäätäjän ja viranomaiset tasa-arvon edistämiseen, jonka yhtenä elementtinä ovat positiiviset erityistoimet. Kansallisella tasolla ei yhteisöoikeuden asettamia puitteita voida ylittää, mutta toisaalta kansallisessa oikeudessa on mahdollista säilyttää tai määrittää suppeammat rajat erityiskohtelulle kuin yhteisöoikeudessa.

## Yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytäntö

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on antanut useita positiivisiin erityistointiin liittyviä päätöksiä. Oikeuskäytännön merkitystä kuvaa se, että sitä varsin usein kodifoidaan uusissa direktiiveissä ja muussa yhteisölainsäädännössä. Liitteessä esitellään keskeisiä, oikeuskäytäntöä muovanneita päätöksiä.

Yhteisön tuomioistuimen tuomioiden tulkintaa vaikeuttaa se, että käsitteitä "ansiot", "pätevyys", "henkilöön liittyvät erityiset seikat" jne. käytetään niissä varsin vaihtelevaisesti sen mukaan, kuin niitä on sovellettu ennakkoratkaisua kysyvän kansallisen tuomioistuimen soveltamassa lainsäädännössä. Voitaneen kuitenkin katsoa, että tähänastinen yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö ei ole ainakaan Suomen virkanimitysten kannalta luonut juurikaan uusia oikeusohjeita. Tiivistäen voidaan todeta tuomioistuimen päätyneen kannanotoissaan siihen, että aliedustetun sukupuolen, lähinnä naisten, suosinta on mahdollista virkanimityksissä kokonaisarviossa tasa-veroisten tai lähes yhtä tasaveroisten hakijoiden kesken. Kuten jäljempänä todetaan, tämä lienee ollut jo aiemminkin Suomen kansallisen lainsäädännön mukainen tulkinta ainakin valtion virkanimitysten osalta.

<sup>2</sup> Konkreettina tavoitteena on saada *affirmative action* -säännösten tarkoittaman työnantajan työvoima vastaamaan aikaa myöten työntekijävarannon sukupuoli- ja rotujakautumaa sekä etnistä jakautumaa, josta työnantaja rekrytoi työntekijänsä.

<sup>3</sup> Hodges-Aeberhardtin mukaan käytetään muun muassa termejä *affirmative action*, *positive action*, ja *employment equity*.

Positiivisia erityistoimia koskevan yhteisöoikeuden kehityksessä on kuitenkin havaittavissa taitekohta. Tähänastinen oikeuskäytäntö liittyy tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan tulkintaan, ja vasta muutamassa tuomiossa otetaan huomioon perustamissopimuksen artiklan 141 kohta 4, joka on Amsterdamin sopimuksen voimaantulon 1.5.1999 jälkeen ainakin periaatteessa tarjonnut mahdollisuuden jossain määrin ko. direktiivikohdan yli meneville toimille. Muutetun tasa-arvodirektiivin voimaantulo 5.10.2002 on lopullisesti korvannut alkuperäisen tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan. Viimemainittuun säännökseen liittyvä oikeuskäytäntö pysyy silti ainakin toistaiseksi merkityksellisenä sikäli, että sellaiset positiiviset erityistoimet, jotka ovat olleet sallittuja sen puitteissa, ovat sallittuja myös perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdan puitteissa.

Millaisia sitten voivat olla mainitun 141 artiklan 4 kohdassa tarkoitetut ”erityisetuja tarjoavat toimenpiteet”, joilla pyritään helpottamaan aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista? Viitteitä tulkinnasta on mahdollista saada myös kyseisen säännöksen voimaantuloa edeltävästä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, jos lähdetään siitä, että säännös osaltaan kodifioi oikeuskäytäntöä. Asiassa *Lommers*<sup>4</sup> (C-476/99) todettiin yhteisöoikeuden mukaiseksi sellainen työnantajan järjestely, jonka perusteella tukea saavat lasten päivähoitopaikat ovat vain naispuolisten työntekijöiden käytettävissä, ellei miespuolisen työntekijän osalta kyse ole hätätapauksesta. Lisäksi ainakin komission kannan<sup>5</sup> mukaan jäsenvaltiot voivat myöntää valtiontukia työnantajille, jotka työllistävät naisia sellaisilla aloilla, joilla he ovat aliedustettuina, sekä toteuttaa muun muassa lastenhoitoon liittyviä myönteisiä toimenpiteitä.

Entä millaisia ovat toimenpiteet, jotka tähtäävät ”ammattiuraan liittyvien haittojen ehkäisemiseen tai hyvittämiseen”? *Badeck*-tuomiossa (C-158/97) esillä ollut toimenpide lie-

nee katsottava tällaiseksi. Tällöin hakemusten arvioinnissa otetaan huomioon tiettyjä positiivisia ja negatiivisia perusteita joilla, vaikka ne onkin muotoiltu sukupuolineutraalisti ja vaikka ne voivat siten koitua myös miesten eduksi, suositaan yleensä naisia. Samoin tähän ryhmään erityistoimia voitaneen lukea *Badeck*-tuomiossa esillä olleet naisten aseman edistämissuunnitelman sitovat tavoitteet<sup>6</sup>. Ne liittyvät tieteellisiin määräaikaisiin virkoihin tai tieteellisiin tilapäisiin toimiin ja niissä määrätään naispuolisen henkilöstön vähimmäisprosenttiosuudesta, joka vastaa ainakin sitä osuutta, joka naisilla on kulloisenkin opintoalan perustutkinnon suorittaneista, väitelleistä ja opiskelijoista. Ilmeisesti myös tuomioistuimen päätöksessä asiassa *Schnorbus* (C-79/99) tarkoitetut kansalliset säännökset, joissa annetaan etusija lakimiesharjoitteluun pääsyssä sellaisille miespuolisille hakijoille, jotka ovat suorittaneet pakollisen varusmies- tai siviilipalveluksen, ovat katsottavissa mainituiksi toimenpiteiksi.

*Abrahamsson*-tuomion (C-407/98) sanamuodosta voitaneen päätellä, että perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohta, ja siten myös muutetun tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 8 kohta, on tulkittava vähemmän rajoittavaksi kuin aiemmin voimassa ollut vastaava 2 artiklan 4 kohta. Millä osin sallitun positiivisen erityiskohtelun rajat ovat sitten laajentuneet?

Ensinnäkin on kiinnitettävä huomiota siihen, että yhteisöjen tuomioistuin tulkitsee tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan siten, että siinä oli kyse suppeasti tulkittavasta poikkeuksesta yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta (kts. liite). Perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdan säännöstä ei puolestaan voida luonnehtia poikkeukseksi yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta, vaan siinä rajoitetaan tämän periaatteen vaikutusta siltä osin, kuin kysymys on sellaisten toimenpiteiden oikeuttamisesta, jotka tähtäävät

täyden tosiasiallisen tasa-arvon eli aineellisen tasa-arvon saavuttamiseen (*Barnard & Hepple* 2000, 576-577). Tällöin mainittu suppean tulkinnan vaatimus jää pois.

Toinen keskeinen ero tarkasteltavien säännösten välillä on toimenpiteiden tavoitteissa. Kun tasa-arvodirektiivin tavoite on aikaansaada yhtäläiset mahdollisuudet, niin perustamissopimuksessa puolestaan kyse on laajemmasta tavoitteesta, täyden tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamisesta.

Kolmas ero liittyy siihen kriteeriin, jonka avulla tarkastellaan erityistomien oikeutusta. Tasa-arvodirektiivissä kriteerinä on ”eriarvoisuus, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin”, kun taas perustamissopimuksessa positiiviset erityistoimet sidotaan toisen sukupuolen aliedustukseen tai ammattiuraan liittyviin haittoihin. Tällöin sekä aliedustus että ammattiuraan liittyvät haitat lieenee kuitenkin tulkittava täyden tosiasiallisen tasa-arvon tavoitteen kannalta.

Siten 141 artiklan 4 kohta voidaan tulkita mahdollistavan ensinnäkin aiempaa laveamman tulkinnan erityistoimista. Toiseksi myös yhtäläisten mahdollisuuksien yli menevät toimenpiteet, jotka tähtäävät tyteen tosiasialliseen tasa-arvoon, näyttäisivät mahdollisilta. Kolmanneksi toisen sukupuolen aliedustus tulkitaan sellaisenaan edellytykseksi, jonka vallitessa erityistoimia voidaan soveltaa. Yhteisöjen tuomioistuimen asiassa *Abrahamsson* omaksuma tulkintalinja<sup>7</sup> näyttää kuitenkin viittaavan siihen, että vuorostaan suhteellisuusperiaate rajoittaa positiivisten erityistomien laajentamista kovin pitkälle yli yhtäläisten mahdollisuuksien. Yhteisöjen tuomioistuimen tulevat tuomiot näyttävät, missä määrin erityiskohtelun rajat ovat avartuneet 141 artiklan myötä.

### Kansallinen lainsäädäntö, oikeuskäytäntö ja viranomaisohjeistus

#### Lainsäädäntö

Positiivisten erityistomien kannalta merkityksellisiä säännöksiä ovat *perustuslain* (11.6.1999/731) 6 § ja 125 §:n 2 momentti. Perustuslain 6 §:n 1

momentin mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Pykälän 2 momentin mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Edelleen pykälän 4 momentin mukaan sukupuolten tasa-arvoa edistetään yhteiskunnallisessa toiminnassa sekä työelämässä, erityisesti palkkauksesta ja muista palvelussuhteen ehtoista määrättäessä, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään.

Perustuslain 6 § on sanamuodoltaan sama kuin aikaisempi hallitusmuodon 5 §, jota koskevan hallituksen esityksen mukaan (HE 309/1993 vp) säännös ilmaisee paitsi perinteisen vaatimuksen oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta myös ajatuksen tosiasiallisesta tasa-arvosta. Hallitusmuodon 5 §:n 1 momentin osalta lain esitöissä todetaan lainsäädännölle olevan ominaista, että se kohtelee tietyn hyväksyttävän yhteiskunnallisen intressin vuoksi ihmisiä eri tavoin edistääkseen muun muassa tosiasiallista tasa-arvoa. Edelleen hallituksen esityksen mukaan perustuslakivaliokunta on viimeaikaisessa käytännössään nimenomaisesti korostanut, ettei hallitusmuodon 5 §:stä voi johtua tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkinnalle pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn.

Hallitusmuodon 5 §:n 2 momentin osalta esitöissä todetaan muun muassa, että syrjintäsäännös koskee myös pelkkää erilliskohtelua eli segregatiota. Siten yhtäläistenkin palvelujen tarjoaminen erikseen eri väestöryhmille syrjintäkielossa mainitun perusteen mukaisesti olisi kiellettyä, jollei sitä voitaisi jonkin hyväksyttävän syyn perusteella pitää määrätystä tilanteesta oikeutettuna.

Edelleen hallituksen esityksen mukaan mainittu hallitusmuodon pykälä ei toisaalta kieltäisi kaikenlaista erontekoa ihmisten välillä, vaikka erotelu perustuisi syrjintäsäännöksessä nimenomaan mainittuun syyhyn. Olennaista on, voidaanko erotelu perustella perusoikeusjärjestelmän kan-

<sup>4</sup> Tuomiossa ei sovelleta eikä mainita EY artiklan 141 kohtaa 4. Sovelletuista sanamuodoista voidaan kuitenkin päätellä, että kysymys on aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamisesta.

<sup>5</sup> Komission tiedonanto yhteisöjen tuomioistuimen 17.10.1995 tekemän päätöksen tulkinnasta asiassa *Eckhard Kalanke vs Freie Hansestadt Bremen* (C-450/93). (KOM(96) 88 lopullinen).

<sup>6</sup> Tämän säännös vaikuttaa valintapäätöksiin ainoastaan siinä tapauksessa, että mies- ja naishakija ovat yhtä ansiokkaita. Tosin tuomiossa käytetään käsitettä ”pätevä”, mutta sen voitaneen katsoa vastaavan käsitettä ”ansiokas”.

<sup>7</sup> Tuomioistuin toteaa, asiaa sen kummemmin perustelematta, kyseisen valintamenettelyn olevan joka tapauksessa suhteeton tavoiteltuun päämäärään nähden. - Ottaen huomioon *Kalanke*-päätöksen jälkeiset tuomiot, jotka ovat koskeneet sallittua positiivista erityiskohtelua, voidaankin kysyä, oliko perustamissopimuksen artiklan 141 artiklan 4 kohdan säättäminen tarpeetonta ylitäyttöä *Kalanke*-päätökseen. Tuomion tulkittiin ehkä virheellisesti rajoittavan sallitun positiivisen erityiskohtelun alaa.

nalta hyväksyttävällä tavalla. Tämä ilmenee myös valitusta sanamuodosta "ilman hyväksyttävää perustetta asettaa muihin nähden eri asemaan". Perustelulle asetettavat vaatimukset ovat erityisesti säännöksessä lueteltujen kiellettyjen erotteluperusteiden kohdalla kuitenkin korkeat. Säännös ei estäisi tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua eli tietyn ryhmän (esimerkiksi naiset, lapset, vähemmistöt) asemaa ja olosuhteita parantavia toimia.

Pykälän 4 momentti muuttui eduskuntakäsittelyssä. Hallitus esitti sen seuraavassa muodossa: "Sukupuolten tasa-arvo yhteiskunnallisessa toiminnassa sekä työelämässä, erityisesti työ- ja palvelussuhteen ehdoista määrättäessä, turvataan lailla." Hallitus perusteli tässä muodossa ehdotamaansa säännöstä muun muassa kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen 2 artiklan (a) kohdassa esitetyllä vaatimuksella. Perustuslakivaliokunnan mietinnön (PeVM 25/1994 vp) 5 §:n 4 momenttia koskevilla perusteluilla puolestaan todetaan: "Perustuslakivaliokunnan käsityksen mukaan hallitusmuotoon on syytä nimenomaisesti kirjata yleinen periaate siitä, että julkisen vallan tehtävänä on edistää sukupuolten tasa-arvoa ja että edistämismuotoista säädetään tarkemmin lailla. Tätä tarkoittava lisäys on tehty 4 momenttiin.

Perustuslain 125 §:n 2 momentin mukaan yleiset nimitysperusteet julkisiin virkoihin ovat taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto. Säännös vastaa aikaisempaa hallitusmuodon 86 §:n yleisiä ylennysperusteita koskevaa säännöstä, mutta on soveltamisalaltaan laajempi, sillä koskee kaikkia julkisia virkoja ja siten myös esimerkiksi kuntien virkoja. Taidolla tarkoitetaan lähinnä koulutuksen tai työkokemuksen avulla hankittuja tietoja ja taitoja. Kyvyllä viitataan yleisesti tuloksellisen työskentelyn edellyttämiin henkilön ominaisuuksiin, kuten luontaiseen lahjakkuuteen, järjestelykykyyn, aloitteellisuuteen ja muihin vastaaviin tehtävien hoitamisen kannalta tarpeellisiin kykyihin. Kotellulla kansalaiskunnolla tarkoitetaan yleisessä kansalaistoiminnassa saatuja viran hoidon kannalta merkityksellisiä ansioita sekä nuhteetonta käytöstä. Yleisiä nimitysperusteita on tulkittava yhteydessä asianomaisen viran yleisiin ja erityisiin kelpoisuusehtoihin, joihin liittyen on otettava huomioon myös viran nimi ja tehtäväpiiri sekä virkaan kuuluvat konkreettiset työtehtävät.

Oikeuskirjallisuudessa perustuslain tasa-arvon edistämiseen liittyviä säännöksiä on tarkastellut muun muassa Scheinin (1999). Hän katsoo kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen 2 artiklan edellyttäneen perustuslain 6 §:n 4 momentin säätämistä. Edelleen hän katsoo perustuslain käsitteen "tasa-arvon edistäminen" viittaavan tasa-arvoiseen kohteluun työssä sekä työhön otettaessa.

Näiden kahden Scheininin (emt.) esittämän tulkinnan ei kuitenkaan voida katsoa olevan perusteltuja. Ensinnäkin, naisten syrjinnän kieltävän yleissopimuksen 2 artiklan edellyttämä maininta sukupuolten tasa-arvon periaatteesta sisältyy perustuslain 6 §:n 2 momenttiin. Toisin kuin hallituksen esityksessä on todettu, perustuslain 6 §:n 4 momentin on sanamuodoltaan (joka siis muuttui eduskuntakäsittelyssä) katsottava vastaavan mainitun sopimuksen 3 artiklan sisältämää säännöstä tasa-arvon edistämistä. Yleissopimuksen kyseisen säännöksen mukaiset veloitteet Suomi olisi voinut täyttää muutenkin kuin perustuslain tasoisella säännöksellä. Kun tasa-arvon edistäminen on siten nimenomaisesti ja kansallisella päätöksellä, eikä siis kansainvälisen sopimuksen veloitteen johdosta, sisällytetty perustuslakiin, se saa erityistä painoa.

Toiseksi, hallitusmuodon 5 §:n (nykyisen perustuslain 6 §:n) perusteluissa todetaan nimenomaisesti tosiasiallisen tasa-arvon vaatimus, ja eri asemaan asettamisen yhtenä oikeutuksena tuodaan esille pyrkimys tosiasialliseen tasa-arvoon. Tästä voidaan päätellä, että perustuslain tarkoitama tasa-arvon edistäminen voi osaltaan tapahtua asettamalla miehet ja naiset eri asemaan, ts. positiivisen syrjinnän keinoin. Siten perustuslain sisältämää veloitetta tasa-arvon edistämistä ei voida toteuttaa Scheininin esittämällä tavalla, pelkästään tasa-arvoisen kohtelun avulla, vaan kyse on tasa-arvoisen kohtelun yli menevistä toimenpiteistä tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamiseksi.

Scheinin toteaa edelleen, että suosinnasta ja segregatiosta on erotettava positiivinen erityiskohtelu, jolla tarkoitetaan tietyn ryhmän (esimerkiksi naiset, lapset, vähemmistöt) asemaa ja elinolosuhteita parantavia toimia, jotka tähtäävät tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseen, eivätkä asteeltaan muodostu toisia syrjiviksi. Scheininin näkemys ei tältä osin ole perusteltu, sillä posi-

tiivinen erityiskohtelu sukupuolen perusteella olisi katsottava tasa-arvolain 7 §:n vastaiseksi syrjinnäksi, ja mahdollisesti myös 8 §:n vastaiseksi syrjinnäksi, ellei lain 9 §:n 4 momentin säännöstä olisi<sup>8</sup>. Varsinaisten positiivisten erityistoimien piiriin kuuluvia toimia, esimerkiksi ammatinvalinnanohjauksen monipuolistamista, ei kuitenkaan voida pitää syrjintänä.

Valtion virkamieslain (750/1994) 6 §:n mukaan nimittämisen yleisistä perusteista säädetään perustuslaissa. Päättyessään nimittämisestä viranomaisen ei saa perusteettomasti asettaa ketään toisiin nähden eri asemaan syntyperän, kansalaisuuden, sukupuolen, uskonnon, iän taikka poliittisen tai ammattiyhdistystoiminnan taikka muun näihin verrattavan seikan vuoksi. Virkamieslakiin osaltaan liittyvässä hallituksen esityksessä (HE 269/2002 vp<sup>9</sup>) todetaan, että nimitysharkintaa tehtäessä kelpoisuusvaatimukset arvioidaan jokaisen hakijan osalta erikseen. Perustuslain nimitysperusteita taas sovelletaan hakijoiden keskinäisessä vertailussa. Siten voidaan katsoa, että virkamieslain positiivisten erityistoimien käytön kannalta merkitykselliset säännökset on ilmaistu jo perustuslaissa.

Tasa-arvolain (609/1986) 4 §:n 1 momentin mukaan viranomaisen tulee edistää naisten ja miesten välistä tasa-arvoa tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti erityisesti muuttamalla niitä olosuhteita, jotka edistävät tasa-arvon toteutumista. Edelleen säännöstä koskevassa hallituksen esityksessä (HE 90/1994 vp) todetaan viranomaisten olevan edelläkävijöitä tasa-arvotyössä sekä työnantajina että toiminnan sisällön osalta.

Lain 6 §:n mukaan jokaisen työnantajan tulee työelämässä edistää sukupuolten tasa-arvoa tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti. Säännöksen 2 momentissa luetellaan seikkoja, joita työnantajan tulee tasa-arvon edistämiseksi tehdä, ottaen huomioon käytettävissä olevat voimavarat ja muut asiaan vaikuttavat seikat. Momentin 1 kohdan mukaan työnantajan tulee toimia siten, että avoinna oleviin tehtäviin hakeutuisi sekä miehiä että naisia. Edelleen 2 kohdassa todetaan, että

työnantajan tulee edistää naisten tasapuolista sijoittumista erilaisiin tehtäviin sekä luoda heille yhtäläiset mahdollisuudet uralla etenemiseen. Säännöstä koskevassa hallituksen esityksessä (HE 57/1985 vp) todetaan, että lainkohdan tavoitteena on vaikuttaa siihen, etteivät työtehtävät työpaikalla eriytyisi sukupuolen perusteella. Työnantajan tulisi toimia siten, että miehillä ja naisilla olisi yhtäläiset mahdollisuudet sijoittua tai edetä työpaikalla vaativimpiin tehtäviin. Edelleen esityksessä todetaan, että työhön otossa tai työntekijöitä koulutukseen valikoitaessa ei saisi suosia toista sukupuolta olevia siten, että pääasiallisesti vain heille suunnitellaan uraa esimiestasolla.

Tasa-arvolain 6 a §:ssä veloitetaan vähintään 30 työntekijää työllistävä työnantaja ryhtymään toimenpiteisiin tasa-arvon edistämiseksi sisällyttämällä vuosittain laadittavaan henkilöstö- ja koulutussuunnitelmaan tai työsuojelun toimintaohjelmaan toimenpiteet tasa-arvon toteutumisen jouduttamiseksi. Säännös on monelta osin tulkinnanvarainen, mutta säännöksen tarkoitus voidaan ymmärtää siten, että työnantajan on ryhdyttävä suunnitelmallisiin toimenpiteisiin ts. laadittava tasa-arvosuunnitelma. Säännöksessä kuten sitä koskevilla esitöissäkään ei kuitenkaan ilmaista, millainen suunnitelman tulisi olla muodoltaan tai mikä sen sisällöllinen vähimmäisvaatimus on, jotta "edistämismuoto" olisi täytetty. Hallituksen esityksessä (HE 90/1994 vp) todetaan seuraavasti:

*Tasa-arvolainsäädäntö merkitsee yleisesti sen periaatteen tunnustamista, ettei muodollisesti yhdenvertainen lainsäädäntö aina johda tosiasialliseen tasa-arvoon, minkä vuoksi useimmissa maissa on lainsäädännöllä tehty mahdolliseksi niin sanottu positiivinen erityiskohtelu tai tasa-arvosuunnittelu. [...] Suunnitelma antaa mahdollisuuden valintatilanteissa suosia aliedustettua sukupuolta olevia henkilöitä. Se tekee siten mahdolliseksi sellaiset toimenpiteet ja menettelyt, jotka yksittäisinä voisivat olla tasa-arvolaisissa kiellettyä syrjintää. Tällaisia erityistoimia voidaan soveltaa vain niin kauan, kun tosiasiallinen eriarvoisuus vallitsee.*

<sup>8</sup> Kts. myös yhteisöjen tuomioistuimen päätös asiassa *Schnorbus* (C-79-99), jossa katsottiin, että kyseessä olevan kaltaiset kansalliset säännökset merkitsevät sukupuoleen perustuvaa välillistä syrjintää. Tuomioistuin katsoi ne kuitenkin tasa-arviodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan perusteella yhteisöoikeuden mukaisiksi.

<sup>9</sup> Hallituksen esitys laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 269/2002 vp).

Tasa-arvolain 9 §:n 4 kohta puolestaan mahdollistaa nimenomaisesti positiivisen syrjinnän, kun kyseessä on suunnitelmaan<sup>10</sup> perustuva menettely:

*Tässä laissa tarkoitettuna sukupuoleen perustuvana syrjintänä ei ole pidettävä [...] suunnitelmaan perustuvaa menettelyä, jolla pyritään tämän lain tarkoituksen toteuttamiseen käytännössä.*

Hallituksen esityksessä (HE 57/1985 vp) todetaan, että 9 §:n 4 kohdan mukaan arvostellaan vain kysymys siitä, onko määrätty menettely sukupuoleen perustuvaa syrjintää vai ei. Sillä ei ole merkitystä tarkasteltaessa menettelyä muun lainsäädännön nojalla. Tämä tarkoittaa muun muassa, ettei julkisyhteisö voisi virkaa tai tointa täyttäänsä poiketa hallitusmuodon 86 §:ssä säädetyistä virkaylennysperusteista vetoamalla 4 kohtaan.

Kuten tasa-arvolain 9 §:n 4 kohta, myös tasa-arvolain 14 § mahdollistaa aliedustettuna olevaa sukupuolta edustavan hakijan suosimisen<sup>11</sup>. Säännöksessä todetaan seuraavaa:

*Työ- tai koulutuspaikkaa ei saa ilmoittaa vain joko naisten tai miesten haettavaksi, jollei tähän ole työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja hyväksyttävää syytä taikka tämä perustu 9 §:n 4 kohdassa tarkoitettun suunnitelman toteuttamiseen.*

Positiivisen erityiskohtelun kannalta keskeisiä kysymyksiä tasa-arvolaisissa on ensinnäkin se, missä rajoissa erityiskohtelua voidaan harjoittaa, ja toiseksi, tähän liittyen, mikä suhde tasa-arvolain edellyttämällä syrjimättömyydellä on perustuslain yleisiin virkanimitysperusteisiin.

Tasa-arvolaisissa ja sen esitöissä ei positiivisen erityiskohtelun osalta siis aseteta selkeitä, yksiselitteisiä rajoja. Julkisyhteisöjen osalta raja asettuu kuitenkin perustuslain 125 §:n 2 momentissa ilmaistujen yleisten virkanimitysperusteiden pohjalta. Sukupuolten tasa-arvon edistäminen on

Scheininin (1999) mukaan tämän säännöksen tulkinnassa huomioon otettava näkökohta, mutta ei oikeuta poikkeamaan nimittämisperusteista vähemmän ansioituneen hyväksi. Bruun ja Koskinen (1997) toteavat, että tasa-arvosuunnitelma näyttäisi valtion viroissa voivan merkitä vain sitä, että erityisesti huolehditaan naisten koulutuksesta ja jatkokoulutuksesta, rohkaistaan naisia hakemaan tiettyjä virkoja. Edelleen kirjoittajat katsovat, että hakijoiden ansioiden ollessa suunnilleen samat annetaan naisille etusija, tai jos miehet ovat vähemmistönä, miehille etusija, kunnes ehkä vuosikymmenten kuluttua on saavutettu suhteellisen tasainen sukupuolijakautuma tai muutoin päästy siihen tilanteeseen, jossa sukupuolella ei ole merkitystä. Kuten Bruun ja Koskinen antavat ymmärtää, epätasainen sukupuolijakauma ei välttämättä merkitse tosiasiallisen tasa-arvon puutetta, vaan se on saattanut muodostua tilanteessa, jossa sukupuoli ei ole merkitystä, ts. syrjimättömissä olosuhteissa. Käytännön kannalta ongelma on kuitenkin se, ettei lainsäädännössä eikä oikeuskirjallisuudessa esitetä minkäänlaista yleispätevää testiä sille, milloin epätasainen sukupuolijakauma edustaa eriarvoisuutta ja milloin taas ei<sup>12</sup>.

Verrattaessa tasa-arvolain ja perustuslain asettamia velvoitteita virkanimitysten kannalta havaitaan kolme eroa. Ensinnäkin yleiset virkanimitysperusteet ovat tasa-arvolain esitöissä tarkoitettuja valintaperusteita (ansioituneisuus ja soveltuvuus) laajemmat sen osalta, että ensin mainittuihin nimenomaisesti sisältyvä koeteltu kansalaiskunto, kun taas jälkimmäisiin ei. Käytännössä tämä ero voitaneen ratkaista sisällyttämällä koeteltuun kansalaiskuntoon liittyvät näkökohdat tasa-arvolain perusteella suoritettavassa tarkastelussa joko ansioituneisuuteen tai soveltuvuuteen. Toiseksi havaitaan, että ratkaistessa tasa-arvolain mukaan sitä onko tietty

menettely syrjivä, lähtökohtana ei ole ansioiden kokonaisarvio, vaan "ansioituneisuus": syrjintää on vain tilanteessa, jossa vähemmän ansioitunut valitaan. Mikäli kuitenkin työnantaja voi osoittaa hakijoiden soveltuvuudessa sellaisia eroja, jotka oikeuttavat vähemmän ansioituneen valinnan, menettelyn ei voida katsoa olevan tasa-arvolain vastaista syrjintää. Sen sijaan menettely, jossa yhtä ansioituneista, eri sukupuolta olevista hakijoista valitaan selvästi vähemmän soveltuva, ei ole ristiriidassa tasa-arvolain kanssa. Tällöin on mahdollista, että valinta olisi yleisten nimitysperusteiden vastainen, muttei tasa-arvolain vastainen. Kolmanneksi voidaan huomioda, että tapauksissa, joissa menettelyn todetaan olevan syrjintää sukupuolen perusteella, ei välttämättä kuitenkaan ole kyse yleisten nimitysperusteiden vastaisesta päätöksestä. Bruun ja Koskinen (emt.) esittävät tulkintasuosituksen, jonka mukaan suhteellisenkin vähäiset, mutta selvät ns. muodollisten ansioiden erot riittävät syrjintäoletaman syntymiseen. Siten, jos hakijoiden soveltuvuudessa ei ole eroja, suhteellisen vähäistenkin muodollisten ansioiden erojen ollessa kyseessä valintaa voidaan pitää tasa-arvolain vastaisena syrjivänä tekona. Yleisten virkanimitysperusteiden kohdalla taas tarvitaan selvä ero hakijoiden ansiokkuudessa, jotta voitaisiin katsoa lakia rikotun. Tasa-arvolain tulkintaa on pidettävä ankarampana kuin perustuslain tulkintaa, ja tasa-arvolain tarkoittamassa syrjintätapauksessa saattaa hakijoiden ansiokkuuden ero olla niin pieni, ettei se ylitä yleisten virkanimitysperusteiden edellyttämää kynnystä.

### Oikeuskäytäntö

Positiivista erityiskohtelua ja virkanimitysperusteita koskevaa oikeuskäytäntöä on Suomessa suhteellisen vähän. Korkein hallinto-oikeus on käsitellyt päätöksessään<sup>13</sup> virkaylennysperusteita vuonna 1983. Oikeuskansleri on äskettäin tulkinnut<sup>14</sup> mainittua korkeimman hallinto-oikeuden päätöstä siten, että selvästi ansiokkaamman hakijan sivuuttamista nimityksessä voidaan pitää nimityspäätöksen oikeudellisena purkuperusteena

na. Tiedossa ei ole muita, virkaylennysperusteiden soveltamista valtion virkanimityksissä koskevia päätöksiä.

Sen jälkeen kun yleiset virkanimitysperusteet ovat tulleet myös kunnallisia virkanimityksiä koskeviksi, tähän liittyvää oikeuskäytäntöä on muotoutunut nopeasti. Helsingin hallinto-oikeus on antanut kunnallisen, terveyskeskuslääkäri viran täyttöön liittyvän päätöksen, joka koskee yleisiä nimitysperusteita.<sup>15</sup> Hallinto-oikeus katsoi vastaajan menettelleen vastoin perustuslain 125 §:n säännöstä. Hämeenlinnan hallinto-oikeus katsoi puolestaan kunnallisen, musiikkioppilaitoksen opettajan viran täyttöä koskeneessa päätöksessään vastaajan menettelyn olevan ristiriidassa perustuslain 125 §:n 2 momentin kanssa.<sup>16</sup> Näiden kahden päätöksen ei voida katsoa olevan ristiriidassa edellä mainitun, aiemman tulkintalinjan kanssa, jonka mukaan selvästi ansiokkaamman hakijan sivuuttaminen on katsottava perustuslain 125 §:n 2 momentin vastaiseksi.

Tähänastista oikeuskäytännön linjaa voidaan tulkita siten, että perustuslaki ei salli sivuuttaa selvästi yleisten nimitysperusteiden kannalta ansiokkaampi hakija. Nimittäjälle jää siten tietty harkintamarginaali sovellettaessa yleisiä nimitysperusteita. Bruun ja Koskinen toteavatkin, ettei tasa-arvosuunnitelmaan perustuen voida nimittää henkilöä, joka vaikka täyttää muodolliset pätevyysvaatimukset, on muita hakijoita huomattavasti heikompi.

### Tasa-arvovaltuutetun ja valtiovarainministeriön antama ohjeistus

Tasa-arvovaltuutettu katsoo ohjeistuksessaan (Tasa-arvoesitteitä I/1998) aliedustettuna olevan sukupuolen suosimisen työntekijää tehtävään valittaessa mahdolliseksi toimenpiteeksi tasa-arvoisen työyhteisön saavuttamiseksi silloin, kun työnhakijat ovat muutoin pätevyydeltään samantasoisia. Edelleen valtuutetun mukaan, mikäli naiset ovat aliedustettuina ylemmillä hierarkiatasoilla, voidaan ylennyksissä suosia pätevyysvaatimukset täyttävää ja etenemishaluista naisehdokasta.

<sup>13</sup> KHO 1983 A I I.

<sup>14</sup> Oikeuskanslerin vastaus 47720/02, annettu 7.1.2003

<sup>15</sup> Helsingin hallinto-oikeuden päätös, 02/0184/2, 28.3.2002.

<sup>16</sup> Hämeenlinnan hallinto-oikeuden päätös, 02/0177/3, 17.04.2002.

<sup>10</sup> Tasa-arvolaki ei anna yksiselitteistä vastausta siihen, voidaanko toisen sukupuolen suosintaa sisältävä suunnitelma, jota ei kuitenkaan ole liitetty lain 6 a §:n mukaisesti osaksi työpaikan henkilöstöä tai työoloja koskevaa suunnitelmaa, pitää 9 §:n 4 kohdassa tarkoitettuna suunnitelmana yli 30 työntekijää työllistävän työnantajan kohdalla (kts. Ahtela 2004).

<sup>11</sup> Tosin yhteisöoikeuden kannalta niin pitkälle menevä positiivinen erityiskohtelu, että työpaikka varataan vain miehille tai naisille, on hyväksyttävissä ainoastaan tiukasti rajatuissa tapauksissa. Tasa-arvolain uudistamistoimikunta ei jostain syystä ole mietinnössään (Komiteamietintö 2002:9) ottanut asiaan kantaa.

<sup>12</sup> Yhdysvaltojen ns. *affirmative action* -menettelyssä sen sijaan on ohjeistettu menettely verrata työnhakijavarantoa ja yrityksen työntekijöitä rotu- ja sukupuolijakauman osalta (kts. Ahtela 2001). Mikäli työnantajan palveluksessa on vähemmän naisia tai vähemmistöjä kuin työnhakijavarannossa, lankeaa työnantajalle velvoite suunnitelmalliseen aliedustettujen ryhmien osuuden lisäämiseen. *Affirmative action* -menettelyssä ei yleensä ole mahdollista suosia vähemmän ansiokasta hakijaa.

Myös esimieskoulutusta ja johdon koulutusta suunnataan tällöin erityisesti pätevyysvaatimukset täyttävälle naisille.

Käytännössä esitetyn kaltaiset menettelyt saattavat kuitenkin johtaa jopa tasa-arvolain vastaiseen syrjintään. Ensinnäkin, suosituksessa käytetty termi "pätevyys" jää epäselväksi: tarkoittaako käsite muodollista ansioituneisuutta, kaikki arviointiperusteet kattavaa ansiokkuutta, vai ehkä jotakin muuta? Toimintasuositus koskien aliedustettuna olevan sukupuolen suosintaa tehtävään valittaessa voidaan siten ymmärtää monella eri tavalla. Toiseksi, ohjeistuksen mukaan työhönotossa positiivinen erityiskohtelu olisi sallittu "pätevyydeltään samantasoisten", ts. samanveroisten hakijoiden kesken, kun taas ylennyksissä voitaisiin suosia vähemmän ansioitunutta, kunhan tämä on pätevyysvaatimukset täyttävä ja etenemishaluinen. Tämä tulkinta on virheellinen, sillä työhönottoon ja ylennykseen sovelletaan samaa tasa-arvolain säännöstä. Positiivisen erityiskohtelun rajat ovat siten ylennyksissä samat kuin työhönotossa.

Valtiovarainministeriö on antanut puolestaan suosituksen (Suositus 14/2000) virkojen hakumenettelyssä ja virkanimitysten valmistelussa noudatettavista periaatteista. Suosituksessa todetaan positiivisesta erityiskohtelusta seuraavaa (lailla viitataan tasa-arvolakiin):

*Kielletynä syrjintänä ei kuitenkaan lain mukaan pidetä suunnitelmaan perustuvaa menettelyä, jolla pyritään lain tarkoituksen toteuttamiseen käytännössä (9 § 4 kohta). Virkaan nimitettäessä ei kuitenkaan voida tasa-arvosuunnitelmaan vedoten poiketa perustuslain 125 §:n nimitysperusteista. Sitä vastoin hakijoista, jotka nimitysperusteiden mukaan ovat samanveroiset, voidaan suunnitelman nojalla virkaan nimittää kyseisissä tehtävissä vähemmistönä olevaa sukupuolta oleva henkilö.*

Valtiovarainministeriön suosituksen osalta on todettava, että virkanimitysperusteiden nojalla samanveroisista hakijoista voidaan toki ilman suunnitelmaakin virkaan nimittää kyseisissä tehtävissä vähemmistönä olevaa sukupuolta oleva henkilö. Positiivinen erityiskohtelu toteutuu silloin, kun nimitys tapahtuu viime kädessä hakijan sukupuolen perusteella.

Edellä selostetut viranomaisohjeistukset jättävät edelleen vastaamatta kysymyksiin, mitä positiivinen erityiskohtelu on ja mitkä ovat sen

rajat. Ohjeistukset eivät siten välttämättä selkeytä positiivisen erityiskohtelun käsitettä.

### **Edellytykset positiiviselle erityiskoh- telulle**

Seuraavassa tarkastellaan kokoavasti yhteisöläinsäädännön ja kansallisen lainsäädännön valossa positiivisen erityiskohtelun soveltamisen edellytyksiä.

### **Miten positiivista erityiskohtelua voi- daan harjoittaa?**

Positiivista erityiskohtelua voidaan harjoittaa useassa virantäyttöprosessin tai koulutus- ja työuran vaiheessa. Koulutusta voidaan suunnata aliedustetulle sukupuolelle. Aliedustettua sukupuolta voidaan jo viran hakuilmoituksessa tai muutoin rohkaista hakemaan virkaa. Vaikutukseltaan ehkä tehokkaampi on hakemusten arvioinnissa ja valintapäätöksen yhteydessä tapahtuva positiivinen erityiskohtelu. Organisaation palveluksessa jo olevia henkilöitä voidaan valmentaa niin, että ylennyksissä toteutuu tasa-arvo. Voidaan myös tarjota etuja, jotka tähtäävät ammattiuraan liittyvien haittojen ehkäisemiseen tai hyvittämiseen sekä koulutukseen tai työhön pääsyn yhteydessä että ammattiuran aikana.

Useimpia näistä positiivisen erityiskohtelun muodoista on käytetty Suomessa, joskin yleensä varsin pienessä mittakaavassa. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukanaan tuoma uusi piirre on, että positiivista erityiskohtelua voidaan harjoittaa jo ansiokkuuden arvioinnissa. Tällöin hakemusten arvioinnissa otetaan huomioon tiettyjä positiivisia ja negatiivisia perusteita joilla suositaan yleensä naisia, vaikka ne onkin muotoiltu sukupuolineutraalisti ja vaikka ne voivat siten koitua myös miesten eduksi. Tällaisten toista sukupuolta suosivien, vaikkakin sinänsä sukupuolineutraalien arviointiperusteiden soveltamisen on oltava avointa ja sitä on voitava valvoa hakijoiden pätevyden mielivaltaisen arvioinnin estämiseksi. Kansallista oikeuskäytäntöä ei ole muodostunut siltä osin, mahdollistaako perustuslain 125 §:n 2 momentti tämäntyyppisen ansiokkuuden arvioinnin. Ottaen huomioon perustuslain 6 §:n 4 momentin veloitteen tasa-arvon edistämiseen, perusteltua on katsoa positiivisen erityiskohtelun olevan mahdollista jo hakemusten arvioinnissa.

### **Positiivisen erityiskohtelun käytön rajat**

Edellä käsitellyn, jo 1980-luvulla muodostuneen kansallisen oikeuskäytännön nojalla virkaan nimitäjällä on harkintavaltaa siten, että vain selvästi ansiokkaamman sivuuttaminen on perustuslain vastaista. Voitaneen tulkita, että positiivista erityiskohtelua on voitu virkanimityksissä harjoittaa jo ennen hallitusmuodon muutosta vuonna 1995, paitsi silloin, kun hakijat ovat tasaveroiset, myös silloin, jos hakijat ovat lähes tasaveroiset, ts. ero ei ole selvä. Sen sijaan tätä edemmäs menevä positiivinen erityiskohtelu on katsottava perustuslain 125 §:n 2 momentin vastaiseksi.

Vuonna 1995 voimaantulleessa hallitusmuodon muutoksessa hallitusmuotoon nimenomaisesti kirjattiin yleinen periaate siitä, että julkisen vallan tehtävä on edistää sukupuolten tasa-arvoa ja että edistämismääräyksistä säädetään tarkemmin lailla. Epäselvää on kuitenkin, rajoittaako perustuslain yleisiä virkanimitysperusteita koskeva säännös yhtä ankarasti tätä edistämismääräystä kuin aiemmassa tilanteessa, jolloin tasa-arvon edistämisen velvoite oli ilmaistu pelkästään tavallisessa laissa. Lienee syytä olettaa, että perustuslain yleisiä virkanimitysperusteita koskevan säännöksen arviointiin vaikuttaa myös se, että tasa-arvon edistämismääräys on sisällytetty perustuslakiin.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö, siten kuin se on määrittynyt tuomiossa Abrahamsson (lienee sangen lähellä Suomen (vähäistä) kansallista oikeuskäytäntöä sen osalta, missä määrin positiivinen erityiskohtelu on virkanimityksissä sallittua. Yhteisöoikeuden anti tässä asiassa on, että sen mukaan erityiskohtelulla tulee olla hyväksyttävä tarkoitus ja menettelyn tulee olla asianmukaisessa suhteessa tarkoitukseen saavuttamiseen. Hyväksyttävää tarkoitusta, ts. tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamista, käsiteltiin jo edellä. Keinojen tulee olla oikeasuhteisia tavoitteisiin nähden. Erityisesti tämä voitaneen tulkita siten, että yhdenvertaisuussäännöstä poikkeaminen edellyttää painavaa perustelua (esim. räikeän aliedustuksen tilanne) silloin, kun suositaan kilpahakijaansa nähden lähes tasaveroista, mutta kuitenkin vähemmän ansiokasta.

Virkanimityksissä positiivinen erityiskohtelu merkitsisi välitöntä syrjintää, ellei tällaista erityiskohtelua sallivaa poikkeussäännöstä olisi. Positiivinen erityiskohtelu, silloin kun kyse on

toista sukupuolta suosivien, vaikkakin sinänsä sukupuolineutraalien arviointiperusteiden soveltamisesta, voi johtaa myös tilanteeseen, jossa välillisen syrjinnän tunnusmerkit täyttyvät. Kun välillinen syrjintä voidaan jo määritelmänsäkin perusteella oikeuttaa hyväksyttävällä tavoitteella, yhteisöoikeuden sallima liikkumavara on tämän tyyppisessä positiivisessa erityiskohtelussa huomattavasti suurempi kuin näennäisesti välitöntä syrjintää edustavissa positiivisen erityiskohtelun muodoissa.

### **Milloin positiivinen erityiskohtelu on sallittua?**

Miten määritelmä "aliedustettu sukupuoli" tulisi tulkita? Onko kyse naisten ja miesten määrällisestä jakaumasta tietyssä työntekijäryhmässä yleensä vai ehkä epäsuhdasta työntekijöiden sukupuolijakauman ja työnhakijoiden (tai mahdollisten työnhakijoiden) sukupuolijakauman kesken? Entä kuinka suuri aliedustuksen tulee olla, jotta positiivista erityiskohtelua voidaan soveltaa?

Tasa-arvolain esitöistä, samoin kuin sittemmin perustuslain esitöistä todetaan positiivisen erityiskohtelun olevan sallittu vain tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi. Mikä tahansa ero naisten ja miesten kesken ei siten oikeuta positiiviseen erityiskohteluun, vaan eron taustalla tulee olla aiempaa syrjintää tai piiloista syrjintää. Tämä kysymys tulee erityisen selvästi esiin tarkasteltaessa eri ammattiryhmien sukupuolijakaumaa. Johtaa-ko toisen sukupuolen aliedustus automaattisesti siihen, että tätä sukupuolta tulisi suosia? Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössähän on hyväksytty positiivinen erityiskohtelu silloinkin, kun aliedustetun sukupuolen osuus on alle puolet (Marschall C-409/95); tällöin esimerkiksi miesten 49 prosentin osuus oikeuttaa miehiin kohdistuvan positiivisen erityiskohtelun.

Suomen perustuslain esitöiden valossa ei positiivisen erityiskohtelun käyttöalan voida katsoa ulottuvan tähän laajuuteen. Suomessa, kuten monessa muussakin maassa, ammattiryhmät ovat sukupuolen perusteella voimakkaasti jakautuneet jo koulutusvalintojen tuloksena. Mikäli toisen sukupuolen aliedustus johtaisi automaattisesti positiivisen erityiskohtelun mahdollisuuteen, voisi suuri osa virkanimityksistä olla positiivisen erityiskohtelun piirissä. Positiivista erityiskoh-

telua on kuitenkin pidettävä poikkeuksellisenä toimenpiteenä, jonka käyttökynnys ei voi olla aivan matala (perustuslaki 6 § 1 momentti ja sen perustelut). Käyttökynnys ylittyy esimerkiksi silloin, kun tilastollisesti voidaan osoittaa, että toista sukupuolta on avoimesti tai piiloisesti syrjitty työhönnotossa tai virkaylennyksissä. Tällöin kyse on tosiasiallisen tasa-arvon edistämisestä, ja positiivisen erityiskohtelun soveltamista voidaan hyvin puoltaa.

Toisaalta artiklan 141 kohdan 4 perusteella positiivista erityiskohtelua voidaan käyttää myös silloin, kun kyse ei ole välttämättä aliedustuksesta, vaan ammattiuraan liittyvien haittojen hyvittämisestä tai ehkäisemisestä. Tällaisiksi haitoiksi on katsottu muun muassa pakollinen asevelvollisuus miehille sekä naisten suhteellisesti suurempi perheenhuoltovelvollisuus.

### Kokoava tarkastelu julkishallinnon virkanimityspäätösten osalta

Valtion (ja muun julkishallinnon) virkanimityspäätökset muodostavat erikoistapauksen sen johdosta, että virkanimitysperusteista on säädetty perustuslaissa. Virkanimityksissä positiivista erityiskohtelua voidaan soveltaa, mikäli kaikki seuraavat edellytykset vallitsevat:

a) positiivinen erityiskohtelu perustuu suunnitelmaan;

b) hakijat ovat ansiokkuudeltaan tasaveroisia tai lähes tasaveroisia;

c) suosinta ei ole automaattista, vaan jokainen nimityspäätös perustuu tapauskohtaiseen harkintaan;

d) hakijoiden kokonaisarvioinnissa otetaan huomioon, yleisten virkanimitysperusteiden mukaisesti, hakijoiden henkilöön liittyvät seikat;

e) kyseessä on tosiasiallisen tasa-arvon toteutumisen jouduttaminen; ja

f) keino on oikeasuhteinen tavoitteeseen nähden - erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteesta luopumista tulee voida perustella painavan syyn olemassaololla: mikäli tosiasiallisen tasa-arvon osalta on vain vähäisiä eroja, yhdenvertaisuusperiaatteen loukkaamista ei voida oikeuttaa.

Positiivista erityiskohtelua voidaan myös harjoittaa arvioitaessa hakijoiden ansiokkuutta yleisten virkanimitysperusteiden kannalta. Tällaisten toista sukupuolta suosivien, vaikkakin sinänsä sukupuolineutraalien arviointiperusteiden sovelta-

misen on kuitenkin oltava avointa ja läpinäkyvää, jotta hakijoiden oikeusturva ei vaarannu haku-menettelyn missään vaiheessa. Mikäli suosivia arviointiperusteita sovelletaan, nimittäjän harkintamarginaali yleisten virkanimitysperusteiden noudattamisessa on katsottava vähäisemmäksi, ts. valinta on tehtävä tasaveroisten hakijoiden kesken. Mainittu avoimuuden ja läpinäkyvyyden vaatimus nimittäin tuskin toteutuu hakumenettelyssä, mikäli suosintaa harjoitetaan sen kahdes- tai useammassa eri vaiheessa.

### Johtopäätökset

Positiivista erityiskohtelua koskevaa lainsäädäntöä on sekä kansallisessa lainsäädännössä, kansainvälisissä sopimuksissa että yhteisöläinsäädännössä. Kaikesta huolimatta positiivisen erityiskohtelun edellytykset ja rajat ovat edelleen jossain määrin epäselvät ja sitä sovelletaan käytännössä vähän.

Epäröivä suhtautuminen positiiviseen erityiskohteluun saattaa osaltaan liittyä myös siihen seikkaan, että kyseessä on poikkeus yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamisesta. Positiivista erityiskohtelua onkin pidettävä tasa-arvon edistämisen viimeisenä keinona, joka voidaan asettaa etusijalle vasta sen jälkeen kun muut keinot, kuten syrjinnän kiellon noudattamisen tehostaminen, varsinaiset positiiviset erityistoimet, tasa-arvosuunnittelu ja valtavirtaistaminen ovat osoittautuneet tehottomiksi tai sopimattomiksi.

Mikäli positiivisen erityiskohtelua käyttöä osana tasa-arvon edistämisen keinovalikoimaa halutaan kehittää, ratkaisuja on pyrittävä etsimään ennakkoluulottomasti. Tällöin on perusteltua korostaa kolmea näkökohtaa. Ensinnäkin oikeudellista tutkimusta on suunnattava positiiviseen erityiskohteluun liittyviin käsitteisiin ja teorioihin. Käsitteiden selkiytymisen myötä voidaan laatia selkeitä ja yksikäsitteisiä ohjeistuksia käytäntöä varten. Tällaiset ohjeistukset ovat ilmeisen välttämättömiä, mikäli katsotaan tarpeelliseksi edistää positiivisen erityiskohtelun käyttöä. Toiseksi, selkeistä positiivista erityiskohtelua, joka olisi välillistä syrjintää, ellei erityiskohtelun mahdollistavaa poikkeussääntöä olisi, tulisi korostaa aikaisempaa enemmän. Tältä osin erityiskohtelun rajat ovat nimittäin ainakin yhteisöoikeudessa laajemmat kuin sellaisen erityiskohtelun, joka täyttää välittömän syrjinnän tunnusmerkit. Kolmanneksi,

oikeusvertailun mahdollisuuksia Yhdysvaltain lainsäädännön suhteen ei liene käytetty täysimääräisesti hyväksi. Euroopan yhteisön syrjintälainsäädännön kehitys on seurannut monessa suhteessa Yhdysvaltain tarjoamaa esimerkkiä ja todennäköisesti noudattaa myös tulevaisuudessa sen kehityslinjoja. Siten esimerkiksi välillisen syrjinnän määritelmä on otettu yhteisöoikeu-

teen Yhdysvalloista, Iso-Britannian kautta. Kuten edellä on todettu, myös positiiviset erityistoimet ovat Yhdysvalloista peräisin oleva juridinen innovaatio, ja siellä positiivisten erityistoimien soveltamisella on jo pitkäikäinen ja laaja perinne. Mikäli positiivisten erityistoimien käyttöä halutaan tehostaa, on siten perusteltua tutkia ja aktiivisesti seurata Yhdysvalloissa saatuja kokemuksia.

### Kijallisuus

AHTELA, K. (2001). *Työpaikan tasa-arvotyö: sukupuolten välisen tasa-arvon edistäminen ja siihen liittyvä lainsäädäntö Suomessa ja Yhdysvalloissa*. Lisensiaatintyö, Helsingin yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta.

AHTELA, K. (2004). *Promoting Equality in the Workplace: Legislative Intent and Reality*. Teoksessa: EM. Svensson, A. Pykkänen & J. Niemi-Kiesiläinen (toim.), *Nordic Equality at a Crossroads* (s. 69 – 89). Aldershot: Ashgate.

BARNARD, C. & HEPPLER, B. (2000). *Substantive equality*. *Cambridge Law Journal*, 59, 562 - 585.

BRUUN, N. & KOSKINEN, P. K. (1997). *Tasa-arvolaki*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 269/2002 vp.).

HODGES-AEBERHARD, J. (1999). *Affirmative Action in Employment: Recent Court Approaches to a Difficult Concept*. *The International Labour Review*, 138, 247 -272.

Komission tiedonanto yhteisöjen tuomioistuimen 17.10.1995 tekemän päätöksen tulkinnasta asiassa Eckhard Kalanke vs Freie Hansestadt Bremen (C-450/93). (KOM(96) 88 lopullinen).

Komiteanmietintö 2002:9. Tasa-arvolain uudistamistoimikunnan mietintö

SCHEININ, M. (1999). *Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö*. Teoksessa: P.Hallberg, H. Karapuu, M. Scheinin, K. Tuori & V.P. Viljanen (toim.). *Perusoikeudet* (s. 231-261). Helsinki: Werner Söderström Lakitieto Oy.

Tasa-arvotoimisto. Tasa-arvon työkalupakki. Tasa-arvoesitteitä 1/1998.

Valtiovarainministeriö. Suositus virkojen hakumenettelyssä ja virkanimitysten valmistelussa noudatettavista periaatteista. Suositus 14/2000.

Valtiovarainministeriö. Suositus sukupuolten tasa-arvon edistämisestä valtion virastoissa ja laitoksissa. Suositus 12/2001.

### LIITE: Positiivinen erityiskohtelu yhteisöoikeudessa

Seuraavassa esitellään keskeisiä, oikeuskäytäntöä muovanneita yhteisöjen tuomioistuimen päätöksiä.

Asiassa Johnston (222/84) yhteisön tuomioistuin lausui oikeusperiaatteen, jonka mukaan mikäli jokin direktiivin säännös on poikkeus direktiivissä annetusta yksilön oikeudesta, sitä on tulkittava suppeasti. Tuomiossa tuli esiin myös suhteellisuusperiaatteen soveltaminen. Tuomioistuin on äskettäin yleisesti määritellyt tämän periaatteen seuraavasti<sup>17</sup>:

*Vakiintuneen oikeuskäytännön nojalla on kuitenkin todettava, että määritettäessä mihin tahansa direktiivissä vahvistettuun yksilön perusoikeuteen, kuten miesten ja naisten tasa-arvoiseen kohteluun, tehtävän poikkeuksen laajuutta, on noudatettava suhteellisuusperiaatetta, joka edellyttää, että poikkeuksilla ei ylitetä sitä, mikä on asianmukaista ja välttämätöntä tavoitellun päämäärän saavuttamiseksi, ja että kaikin mahdollisin tavoin sovitetään yhteen tasa-arvoisen kohtelun periaate ja tavoiteltu päämäärä.*

Kalanke-tuomiossa (C-450/93) tuomioistuin lausui, että kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan työpaikkaan valittaessa tai ylennettäessä taataan naisille täydellinen ja ehdoton etusija, menee pidemmälle kuin yhtäläisten mahdollisuuksien edistäminen. Tuomioistuin katsoi ko. kansallisen lainsäädännön olevan tasa-arvodirektiivin 2

<sup>17</sup> Lommers (C-476/99), kohta 39.

artiklan 4 kohdan vastainen. Tapaus koski osavaltion järjestelmää, jonka mukaan, mikäli yhtä pätevät ehdokkaat ovat eri sukupuolta, ylennettäessä annetaan automaattisesti etusija naispuolisille ehdokkaille niillä aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina.

Asiassa Marschall (C-409/95) oli kyse lainsäädännöstä, jonka perusteella naisille on annettava etusija julkishallinnon aloilla, joilla naisia on kyseisen ura-alueen viroissa miehiä vähemmän, jos eri sukupuolta olevat hakijat ovat heidän soveltuvuutensa, kyvykkyytensä ja ammattikokemuksensa huomioon ottaen yhtä päteviä, ellei miespuoliselle hakijalle ole hänen henkilöönsä liittyvistä syistä<sup>18</sup> annettava etusija. Tuomioistuin katsoi, että säännös ei ole tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastainen edellyttäen, että:

a) kussakin yksittäistapauksessa naispuolisten hakijoiden kanssa yhtä päteville miespuolisille hakijoille taataan, että hakemuksia käsitellään objektiivisesti siten, että kaikki hakijoiden henkilöön liittyvät perusteet otetaan huomioon ja naisille annettava etusija sivuutetaan, jos yhden tai usean tällaisen perusteen vuoksi miespuoliselle hakijalle on annettava etusija, ja

b) tällaiset perusteet eivät ole naispuolisia hakijoita syrjiviä.

Marschall-päätöksessä tuomioistuin tarkensi tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan tulkintaa seuraavasti (kohdat 27 ja 28). Säännöksen tarkoin rajattuna tavoitteena on sallia sellaiset syrjivät vaikuttavat toimenpiteet, joilla pyritään tehokkaasti poistamaan tai vähentämään yhteiskunnassa mahdollisesti vallitsevaa eriarvoisuutta. Säännöksessä sallitaan sellaiset erityisesti naisia suosivat kansalliset toimenpiteet, jotka koskevat mahdollisuuksia työhön, ylenemiseen mukaan luettuna, ja joiden tavoitteena on parantaa naisten kilpailumahdollisuuksia työmarkkinoilla ja etenemismahdollisuuksia uralla tasa-arvoisesti miesten kanssa.

Yhteisöjen tuomioistuin katsoi Badeck-päätöksessä (C-158/97) sellaisten toimien olevan yhteisön oikeuden mukaisia, joilla pyritään edistämään ensisijaisesti naispuolisten hakijoiden asemaa niillä julkishallinnon alueilla, joilla naiset ovat aliedustettuina:

a) kun näiden toimien perusteella naisia, jotka ovat yhtä päteviä kuin miespuoliset kilpailijansa, ei aseteta automaattisesti ja ehdottomasti etusijalle ja

b) kun hakemuksia arvioidaan objektiivisesti siten, että kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät erityiset seikat otetaan huomioon.

Yhteisöjen tuomioistuin katsoi Badeck-tuomion kohdassa 31, että tällaisessa arvioinnissa on perusteltua ottaa huomioon tiettyjä positiivisia ja negatiivisia perusteita joilla, vaikka ne onkin muotoiltu sukupuolineutraalisti ja vaikka ne voivat siten koitua myös miesten eduksi, suositaan yleensä naisia. Tuomioistuin katsoi, että siten voidaan päättää, että virkaikä, ikä ja viimeisen ylennyksen ajankohta otetaan huomioon ainoastaan siltä osin, kuin niillä on merkitystä hakijoiden soveltuvuuteen, pätevyYTEEN ja kyvykkyyteen. Samoin voidaan päättää, ettei perheolosuhteita tai kumppanin tuloja oteta huomioon ja että osa-aikatyöllä, työ- tai virkavapaalla taikka huolenpitoa tarvitsevien lasten tai vanhempien hoidon vuoksi viivästyneellä tutkinnon hankkimisella ei ole kielteisiä vaikutuksia. Tuomion kohdassa 32 tuomioistuin totesi, että tällaisilla arviointiperusteilla pyritään selvästi aineelliseen eikä muodolliseen tasa-arvoon poistamalla työelämässä mahdollisesti esiintyvää tosiasiallista epätasa-arvoa.

Schnorbus-tuomio (C-79/99) koski kansallisia säännöksiä, joissa annetaan etusija lakimiesharjoitteluun pääsystä sellaisille miespuolisille hakijoille, jotka ovat suorittaneet pakollisen varusmies- tai siviilipalveluksen. Tuomioistuin katsoi, etteivät kyseessä olevan kaltaiset kansalliset säännökset ole direktiivin vastaisia, koska ne voidaan perustella objektiivisilla syillä ja koska niillä pyritään ainoastaan hyvittämään pakollisen varusmies- tai siviilipalveluksen suorittamisesta aiheutunut viivästyminen.

Yhteisöjen tuomioistuin otti päätöksessä Abrahamsson (C-407/98) kantaa puolestaan siihen, missä määrin yhteisöoikeus sallii positiivisen erityiskohtelun. Tapaus koski Ruotsin ns. Tham-professuureja, jotka oli perustettu nimenomaisesti naisten osuuden lisäämiseksi professorikunnassa. Tuomioistuin katsoi, etteivät tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdat ole esteenä kansallisen oikeuskäytännön mukaiselle säännölle, jonka mukaan aliedustettua sukupuolta oleva hakija voi saada etusijan vastakkaista sukupuolta olevaan kilpailevaan hakijaan nähden. Edellytyksenä on tällöin, että hakijat ovat ansioiltaan tasaveroisia tai lähes tasaveroisia, ja että hakemuksia arvioidaan objektiivisesti siten, että kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät erityiset seikat otetaan huomioon. Sitä vastoin tuomioistuin totesi seuraavasti: "Tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohta ovat esteenä kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan julkista virkaa hakeva henkilö, joka on aliedustettua sukupuolta ja jolla on

<sup>18</sup> Nordrhein-Westfalenin osavaltion esittämien huomautusten valossa peruste "henkilöön liittyvät syyt" on tietoisesti valittu lainsäädäntöön epätasällisena oikeudellisena ilmaisuna riittävän joustavuuden takaamiseksi ja erityisesti harkintavallan antamiseksi viranomaisille, jotka voivat aina etusijasäännöstä riippumatta suosia miespuolista hakijaa joko perinteisten tai muiden ylennysperusteiden nojalla (Marschall-tuomio, kohta 5).

riittävä pätevyys virkaan, on asetettava etusijalle sellaiseen vastakkaista sukupuolta olevaan hakijaan nähden, joka olisi muuten valittu, jos toimenpide on tarpeen aliedustettua sukupuolta olevan henkilön valitsemiseksi ja jos hakijoiden pätevyysero ei ole niin suuri, että toimenpide olisi vastoin virantäytössä noudatettavaa asiallisuusvaatimusta." Tältä osin tuomioistuin esitti keskeisenä argumenttina sen, ettei edellytyksen "ei vastoin virantäytössä noudatettavaa asiallisuusperiaatetta" sisältöä ole mahdollista määrittää täsmällisesti, minkä vuoksi tietyn hakijan valinta kaikista riittävän pätevistä hakijoista perustuu viime kädessä siihen, että hän on aliedustettua sukupuolta, kun valituksi tulleen hakijan ansiot ovat vähäisemmät kuin vastakkaista sukupuolta olevan hakijan ansiot.

Sen jälkeen kun yhteisöjen tuomioistuin oli Abrahamsson-tapauksessa katsonut tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan estävän edellä selostetun kansallisen säännöksen, se tutki asiaa myös perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdan kannalta. Tuomioistuin totesi tältä osin, että vaikka kyseisessä kohdassa annetaan jäsenvaltioille oikeus pitää voimassa tai toteuttaa sellaisia erityisetuja, joiden tarkoituksena on ehkäistä tai hyvittää ammat-tiuraan liittyviä haittoja, jotta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä, tästä määräyksestä ei voi päätellä, että siinä sallittaisiin kyseessä olevan kaltainen valintamenettely, joka on joka tapauksessa suhteeton tavoiteltuun päämäärään nähden.

Tuomioistuin toisti asiassa Abrahamsson edellä mainitun Badeck-tuomion kohdissa 31 ja 32 esittämänsä seikat, mutta lisäsi kohdassa 47 tärkeän näkökohdan, jonka mukaan mainitun kaltaisten arviointiperusteiden soveltamisen on oltava avointa ja soveltamista on voitava valvoa hakijoiden pätevyuden mielivaltaisen arvioinnin estämiseksi.