

Nita Pentinmäki

POSITIIVINEN ERITYISKOHTELU VALTION VIRKANIMITYKSISSÄ

Johtamisen ja talouden tiedekunta

Kandidaatintutkielma

Joulukuu 2023

TIIVISTELMÄ

Nita Pentinmäki: Positiivinen erityiskohtelu valtion virkanimityksissä
Kandidaatintutkielma
Tampereen yliopisto
Hallintotieteiden tutkinto-ohjelma, julkisoikeus
Joulukuu 2023

Yhdenvertaisuuslain 9 § sääntelee positiivisesta erityiskohtelusta. Säännöksen mukaan ”sellainen oikeasuhtainen erilainen kohtelu, jonka tarkoituksena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen taikka syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäiseminen tai poistaminen, ei ole syrjintää”. Säännöksen tarkoituksena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen ja se antaa mahdollisuuden parantaa valtaväestön kanssa heikommassa asemassa oleviin ryhmiin kuuluvien henkilöiden oikeusasemaa. Edellä mainittuina ryhminä voidaan nähdä esimerkiksi vähemmistöryhmät, kuten maahanmuuttajat. Positiivista erityiskohtelua ei ole käytetty kansallisella tasolla valtion virkanimityksissä paljoa. Tämän tutkielman tavoitteena on selvittää, millaiset oikeudelliset reunaehdot positiiviselle erityiskohtelulle on määritettävissä ja millaisia oikeusvaikutuksia ne asettavat virantäyttöprosessille, kun virantäytössä halutaan soveltaa positiivista erityiskohtelua. Tutkielma vastaa myös kysymykseen siitä, millaisia velvollisuuksia viranomaiselle kuuluu positiivisen erityiskohtelun soveltamisessa virkanimityksissä.

Tutkielma toteutetaan käyttämällä metodina lainoppia eli oikeusdogmaattista tutkimusotetta. Vastauksia tutkimuskysymyksiin haetaan oikeuslähdeoppia hyödyntämällä. Etenkin lainsäädäntöä, sen esitöitä ja oikeustapauksia hyödynnetään tutkielman toteuttamiseksi. Lisäksi oikeuskirjallisuudella on oma roolinsa tutkielmassa.

Tutkielman avulla löytyi paljon kansallista ja kansainvälistä sääntelyä, joka koskee positiivista erityiskohtelua. Monissa lain esitöissä on löydettävissä kriteerejä säännöksen soveltamiselle ja yhdenvertaisuusvaltuutettukin on ottanut vahvasti kantaa niihin edellytyksiin, jotka tulee täyttyä säännöstä sovellettaessa. Tutkimustuloksena oikeudellisista reunaehdoista on nähtävissä se johtopäätös, ettei mikään laki velvoita viranomaista suoraa soveltamaan positiivista erityiskohtelua, vaan kaikki sääntely liittyy kyseisen toimenpiteen mahdollistamiseen. Kaikki edellytykset säännöksen soveltamiseen valtion virkanimityksissä on mahdollistettu, mutta käytännössä sen soveltaminen on hyvin haastavaa, koska monet edellytykset ovat hyvin tulkinnanvaraisia ja niihin liittyy sitä kautta paljon harkintavaltaa. Oikeudellisista reunaehdoista on kuitenkin nähtävissä myös selvärajaisia kriteerejä, kuten automaattisen etusijan antamisen kieltö ja ansiovertailun vaatimus.

Globalisoituneessa maailmassa yhdenvertaisuus ja organisaatioiden moninaisuus ovat tärkeitä asioita. Moninaisuus tarkoittaa monen taustaista henkilöstöä eli sellaista organisaatiota, jonka henkilöstössä on nähtävissä eri taustoista tulevia henkilöitä. Jotta positiivinen erityiskohtelu voisi tulevaisuudessa vaikuttaa yhdenvertaisuuteen ja moninaisuuteen tehokkaammalla tavalla, sitä on uskallettava soveltaa, mihin vaikuttaa suoraa se, että sääntelyn tulee olla helpompaa ja vaivatonta. Tämän vuoksi lainsäädäntöä ja ohjeistusta on lisättävä ja täsmennettävä, jotta viranomaisilla olisi paremmat mahdollisuudet soveltaa sitä, eikä positiivisen erityiskohtelun mahdollisuus virkanimitys prosessissa jää merkityksettömälle tasolle. Kansainvälisellä tasolla on nähtävissä paljon enemmän positiivisen erityiskohtelun soveltamista virkanimityksissä ainakin oikeustapausten näkökulmasta, joten siellä kynnyksensä säännöksen soveltamiselle ei ole ainakaan niin korkealla kuin kansallisella tasolla. Ehkä kansainväliseltä tasolta olisi mahdollisuus ottaa mallia, jotta kansallisellakin tasolla tilanne paranisi.

Avainsanat: Positiivinen erityiskohtelu, yhdenvertaisuus, yhdenvertaisuuslaki, syrjintä, virkanimitys, virantäyttö.

Tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -ohjelmalla.

SISÄLLYSLUETTELO

LÄHTEET	IV
1 JOHDANTO	1
1.1 Johdatus tutkimusaiheeseen	1
1.2 Tutkimuskysymys ja aiheen rajaus	3
1.3 Tutkimuksen relevanssi, tutkimusmenetelmä ja aineisto	5
2 POSITIIVISEN ERITYISKOHTELUN OIKEUDELLISET REUNAEHDOT	7
2.1 Positiivinen erityiskohtelu perustuu lakiin	7
2.2 Viranomaisen velvollisuus edistää yhdenvertaisuutta	10
2.3 Kansallisen oikeuden asettamat kriteerit	14
2.4 Kansainvälisen oikeuden luomat reunaehdot	17
3 POSITIIVINEN ERITYISKOHTELY VIRANTÄYTTÖMENETTELYSSÄ	21
3.1 Nimitysvalta ja viranhakumenettelyn vireillepano	21
3.2 Kelpoisuusvaatimukset	22
3.3 Ansiovertailu, harkintavalta ja nimityspäätös	24
4 JOHTOPÄÄTÖKSET	28

LÄHTEET

Kirjallisuus:

Aarnio, Aulis: Tulkinnan taito: ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. Helsinki: WSOYpro 2006.

Ahtela, Karoliina: Tasa-arvolakiin perustuva positiivinen erityiskohtelu erityisesti virkanimityksissä. Työelämä tutkimus 2004: 2–3, s. 96–111.

Koskinen, Seppo – Kulla, Heikki: Virkamiesoikeuden perusteet (8. uudistettu painos). Helsinki: Alma Talent Oy 2019.

Lindstedt, Jukka: Syrjintä etnisen alkuperän perusteella. Oikeusasiamies. 90 vuotta -juhlakirja 2010, s. 129–157.

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. Helsinki: Alma Talent Oy 2023.

Nieminen, Liisa: Positiivinen erityiskohtelu: tehokas keino kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta vai tyhjiä sanoja vain? Lakimies 5/2019, s. 580–607.

Rask, Riikka: Positiivinen erityiskohtelu työelämässä. Teoksessa Jalanko, Risto & Siiki, Marika (toim.): Kirjoituksia työoikeudesta. 2009, s. 73–86.

Rautiainen, Pauli: Julkisoikeus. Teoksessa Nykänen, Pekka (toim.): Johdatus oikeusjärjestykseen (2. uudistettu painos). Tampere: Tampereen yliopisto, Johtamisen ja talouden tiedekunta 2019, 69–122.

Työ- ja elinkeinoministeriö: Työnantajan monimuotoisuusopas, Monimuotoisuudesta menestystä – tietoa ja työkaluja työnantajalle. TEM oppaat ja muut julkaisut 2022:1. Nordic Diversity Trainers Oy.

Oikeuskäytäntö:

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen Kalanke-tapaus C-450/93.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen Badeck-tapaus C-158/97.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen Kreil-tapaus C-285/98.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen Abrahamsson-tapaus C-407/98.

Kouvolan HAO 16.9.2010 taltio 10/0466/1.

Virallislähteet:

HE 57/1985 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 291/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta.

HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 90/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.

HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

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

HE 195/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.

HE 19/2014 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 298/2014 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 70/2017 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi valtion virkamieslain 7 ja 8 c §:n ja turvallisuusselvityslain muuttamisesta sekä eräksi niihin liittyviksi laeiksi.

HaVM 5/1994 vp – HE 291/1993 vp. Hallintovaliokunnan mietintö 5/1994 vp hallituksen esityksestä eduskunnalle valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta.

PeVM 10/1998 vp – HE 1/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö 10/1998 vp hallituksen esityksestä eduskunnalle uudeksi Suomen hallitusmuodoksi.

PeVL 31/2014 vp - HE 19/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 31/2014 vp hallituksen esityksestä eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

TyVM 11/2014 vp - HE 19/2014 vp. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö 11/2014 vp hallituksen esityksestä eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

Yhdistyneiden kansakuntien ihmisoikeuskomitean yleiskommentti nro 18 (CCPR General Comment No. 18: Nondiscrimination) 1989.

Amsterdamin sopimus SopS 55/1999.

Euroopan ihmisoikeussopimus SopS 63/1999.

Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus (SEUT). Konsolidoitu toisinto 2012/C 326/01.

Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva YK:n yleissopimus SopS 68/1986.

Kansalaisyhteisöjä ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus SopS 8/1976.

Verkkoaineisto:

Oikeusministeriö: Pidetty! -hanke 2023. <https://oikeusministerio.fi/hanke?tunnus=OM025:00/2023>. Avattu 22.10.2023. Avattu 30.8.2023.

Oikeusministeriö: Yhdenvertaisuusvaltuutetun opas, yhdenvertaisuuden edistäminen ja positiivinen erityiskohtelu. Saatavilla:
<https://syrjinta.fi/documents/25249352/34268331/Positiivisen+erityiskohtelun+opas.pdf/34593484-7b08-47da-a662-cceb6e4df28e/Positiivisen+erityiskohtelun+opas.pdf?version=1.1&t=1603877534727>. Avattu 1.10.2023.

Työterveyslaitos: Miten edistää monimuotoisuutta rekrytoinnissa? 2021.
<https://www.ttl.fi/teemat/tyoelaman-muutos/monimuotoinen-tyoelama/miten-edistaa-monimuotoisuutta-rekrytoinnissa>. Avattu 14.10.2023.

Lainsäädäntö:

Alkoholilaki 1102/2017.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/54/EY miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa.

Euroopan unionin perusoikeuskirja. EYVL C 364 18.12.2000.

Hallintolaki 434/2003.

Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 609/1986.

Neuvoston direktiivi 76/207/ETY miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa (ei enää voimassa).

Suomen perustuslaki 731/1999.

Syrjintädirektiivi 2000/43/EY.

Työsyrjintädirektiivi 2000/78/EY.

Valtion virkamiesasetus 971/1994.

Valtion virkamieslaki 750/1994.

Yhdenvertaisuuslaki 1325/2014.

1 JOHDANTO

1.1 Johdatus tutkimusaiheeseen

Suomi on oikeusvaltio ja sen perusoletuksena pidetään ihmisten yhdenvertaisuutta. Yhteiskunnassa paikoittain vahvastikin esiintyvä syrjintä kyseenalaistaa oikeusvaltion perusoletuksena olevan yhdenvertaisuuden ihmisten välillä, jonka vuoksi se onkin uhka niin yksilöille kuin yhteiskunnallekin. Syrjintää pyritään vahvasti torjumaan, mutta se on edelleen oikeusjärjestelmän keskeinen haaste.¹ Kaikki on kuitenkin Suomen perustuslain (731/1999) 6 §:n mukaan yhdenvertaisia lain edessä, eikä ketään saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan henkilöön liittyvän syyn perusteella. Perusoikeussäätely turvaa kaikkia Suomen oikeudenkäyttöpiirissä olevia ihmisiä riippumatta siitä, mikä kansalaisuus kenenkin taustalla on. Entisessä hallitusmuodossa perusoikeudet turvattiin vain Suomen kansalaisille, mutta perusoikeusuudistuksen yhtenä tavoitteena oli laajentaa perusoikeussäännösten suojaamaa henkilöpiiriä. Sen seurauksena perusoikeuksien suojaama henkilöpiiri laajeni, eikä kansalaisuutta nähdä enää edellytyksenä perusoikeuksien luomalle turvalle.²

Kaikilla on perusoikeus yhdenvertaiseen kohteluun samanlaisissa tilanteissa.³ Samanlainen kohtelu kaikille ei jokaisessa tilanteessa kuitenkaan riitä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi. Se ei käytännössä riitä yhdenvertaisten mahdollisuuksien takaamiseen yhteiskunnan heikommassa asemassa oleville. Tähän voidaan vastata positiivisella erityiskohtelulla, koska se lievittää ja ehkäisee julkisen hallinnon rakenteissa ilmenevän syrjinnän aiheuttamia haittoja ja lisää yhdenvertaisuutta huonommassa asemassa olevien ihmisten kohdalla.⁴

Positiivisesta erityiskohtelusta on säädetty yhdenvertaisuuslain 9 §:ssä. Sen mukaan ”Sellainen oikeasuhtainen erilainen kohtelu, jonka tarkoituksena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen taikka syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäiseminen tai poistaminen, ei ole syrjintää”. Säännös mahdollistaa tietynlaiset erityistoimet, joiden avulla heikommassa asemassa olevan ryhmän edustajaa voidaan kohdella valtaväestön kanssa yhdenvertaisella

¹ Lindstedt 2010, s. 129.

² HE 309/1993 vp, s. 21.

³ Rask 2009, s. 82.

⁴ Ahtela 2004, s. 108.

tavalla. Eli tilanteessa, jossa esimerkiksi vähemmistön edustaja joutuu valtaväestöä heikompaan asemaan, positiivisella erityiskohtelulla voidaan saattaa hänet valta väestön kanssa takaisin samalle viivalle.⁵

Vaikka syrjintä on kiellettyä yhdenvertaisuuslain (1325/2014) 8 §:n mukaan eli ketään ei saa syrjiä henkilöön liittyvän syyn perusteella, yhdenvertaisuuslakia koskevan hallituksen esityksen HE (19/2014) mukaan syrjintää koskevilla säännöksillä ei ole kielletty kaikenlaista erontekoa ihmisten välillä. Sen perusteella olennaista sen sallittavuudessa on se, pystytäänkö perustelemaan erilainen kohtelu perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla. Syrjintää koskevat säännökset eivät esimerkiksi estä niin sanottua positiivista erityiskohtelua eli tosiasiallisen yhdenvertaisuuden turvaamisen kannalta tarpeellisia toimia, joiden tavoitteena on huonommassa asemassa olevan ryhmän aseman parantaminen. Tämän perusteella positiivinen erityiskohtelu ei siis ole suosintaa, eikä se syrji ketään.⁶

Työhönottotilanteissa vähemmistöryhmää edustavat ihmiset joutuvat helposti valtaväestöä huonompaan asemaan, jonka vuoksi hakijat eivät ole yhdenvertaisessa asemassa toisiinsa nähden. Työpaikkojen rekrytoinnissa esiintyy tiedostamatonta ja tahatonta syrjintää.⁷ Asenteet, ajattelumallit ja stereotyyppit aiheuttavat syrjintää ihmisten alitajunnassa. Nämä illuusiot eri taustaisista ihmisistä vaikeuttavat Suomessa työmarkkinoille pääsyä eritaustaisten kohdalla. Kukaan ei ole immuuni ennakkoluuloille eli ennalta luoduille käsityksille. Tutkimustiedon pohjalta tiedetään, että ajattelua ja sitä kautta käyttäytymistä ja valintoja ohjaavat ennakkoluulot ja ajatusvinoumat. Tätä tapahtuu paljon enemmän kuin ihmiset itse tiedostavat.⁸

Työyhteisöjen monimuotoisuus eli työntekijöiden erilaisuus ja eritaustaisuus on kuitenkin ajankohtaisempaa kuin koskaan.⁹ Suomessa työelämä on kansainvälistynyt, joten myös työyhteisöjen monimuotoisuus on kasvanut.¹⁰ Tämä voidaan nähdä johtuvan kansainvälisistä muuttoliikkeistä ja maailman globalisoitumisesta. Siitäkin huolimatta, Suomen työmarkkinoilla tapahtuu syrjintää ja vallitsee kohtaanto-ongelma. Kohtaanto-ongelma tarkoittaa sitä, ettei Suomessa saada tarvittavaa työvoimaa oman väestön voimin siihen nähden, kuinka paljon työvoimalle olisi tarvetta. Tämä johtuu siitä, että Suomessa tapahtuu tällä hetkellä nopea väestörakenteen vanheneminen eli työikäistä väestöä on paljon vähemmän kuin esimerkiksi

⁵ HE 195/2004 vp, s. 36.

⁶ HE 19/2014 vp, s. 134.

⁷ Työ- ja elinkeinoministeriön opas 2022, s. 40.

⁸ Työterveyslaitoksen opas 2021, s. 7.

⁹ Työterveyslaitoksen opas 2021, s. 2.

¹⁰ Työ- ja elinkeinoministeriön opas 2022, s. 6–26.

eläkkeellä olevia, ja tämä aiheuttaa haasteita työvoiman saatavuudelle. Tässä tilanteessa Suomen työllisten määrä saadaan kasvamaan ainoastaan maahanmuuton avulla, koska oman väestön voimin siihen ei ole tällä hetkellä mahdollisuutta. Jos monimuotoisuudelle ei anneta työelämässä mahdollisuutta syrjinnän vuoksi, Suomen työvoima ei riitä ja tilanne pahenee.¹¹

Monimuotoisuuden kilpailukykyä parantavien ominaisuuksien tietoisuus on lisääntynyt eri työpaikoilla. Tutkimukset ovat osoittaneet, että monimuotoisuudella on vaikutusta luovuuteen, innovatiivisuuteen, asiakastyytyväisyyteen, uusien asiakasryhmien tavoittamiseen, työpaikan houkuttelevuuteen, henkilöstötyytyväisyyteen, taloudelliseen kannattavuuteen ja organisaation julkisuuskuvaan.¹² Sen vuoksi monilla työpaikoilla pohditaan, miten rekrytoinnissa monimuotoisuus voidaan ottaa parhaalla mahdollisella tavalla huomioon, jotta parempi kilpailukyky voitaisiin aidosti saavuttaa. Ongelmana on se, että rekrytoinneissa esiintyy syrjintää. Vähemmistöjen kokema syrjintä väistämättä ylläpitää myös eriarvoisuutta ja työvoimapulaa. Syrjinnän ei pitäisi antaa estää kenenkään työllistymistä. Syrjimättömyys voidaan nähdä työnantajan, työyhteisön ja yksittäisen työntekijän omaksi eduksi. Varsinkaan Suomella ei olisi varaa menettää yhdenkään osaavan ja työkykyisen työntekijän työpanosta, oli tausta sitten mikä tahansa.¹³

1.2 Tutkimuskysymys ja aiheen raja

Tutkielmassa pyritään vastaamaan kysymykseen, millaisia oikeudellisia reunaehtoja voimassa oleva oikeus asettaa positiiviselle erityiskohtelulle ja mitä oikeusvaikutuksia siitä seuraa valtion virkanimityksissä, kun positiivista erityiskohtelua aiotaan prosessissa soveltaa. Tavoitteena on siis selvittää positiivisen erityiskohtelun oikeudelliset reunaehdot, tutustumalla niin kansalliseen kuin kansainväliseenkin sääntelyyn. Tätä sääntelyä mukailten pyritään sovittamaan positiivisen erityiskohtelun käyttöä osaksi virkanimitys prosessia erilaisten oikeuslähteiden avulla.

Yhdenvertaisuuslaissa määritelty positiivinen erityiskohtelu on vahvasti tulkinnanvarainen, jonka vuoksi sen oikeudelliset reunaehdot eivät ole tarkasti määritelty säännöksessä itsessään. Jotta positiivisen erityiskohtelun soveltamisen mahdollisuutta valtion virkanimityksissä voidaan tutkia, on ensin selvitettävä mitä edellytyksiä sen soveltamiseen liittyy eli mitä

¹¹ Työ- ja elinkeinoministeriön opas 2022, s. 11–37.

¹² Työterveyslaitoksen opas 2021, s. 2.

¹³ Työ- ja elinkeinoministeriön opas 2022, s. 6–45.

voimassa oleva kansallinen ja kansainvälinen oikeus positiivisesta erityiskohtelusta sääntelee. Tutkielman tavoitteena on tuottaa konkreettisia tuloksia siitä, miten valtion virkanimityksissä voidaan ottaa huomioon positiivinen erityiskohtelu.

Lisäksi tutkielmassa pyritään vastaamaan kysymykseen, mitä positiivinen erityiskohtelu tarkoittaa sekä etsitään vastausta sille, millaista tulkintaa sääntelyn ohella sen käyttämiseen liittyy. Tutkielmassa etsitään vastausta siihen, mitä kaikkea tulee ottaa huomioon virkanimitys prosessissa, kun positiivista erityiskohtelua aiotaan käyttää. Tutkielmassa syvennytään myös viranomaisen rooliin ja vastuuseen positiivisen erityiskohtelun soveltajana. Sen vuoksi tutkielmassa vastataan myös siihen, minkälaisia oikeudellisia velvollisuuksia liittyy viranomaiseen yhdenvertaisuuden edistäjänä ja sitä kautta positiivisen erityiskohtelun soveltajana.

Kuten todettu, positiivinen erityiskohtelu on tulkinnanvarainen säännös, mutta tämän tutkielman päätarkoitus ei ole analysoida syvällisemmin sen sisältöä, kuin mitä tämän tutkielman tavoitteen kannalta on tarkoituksenmukaista. Tämä tarkoittaa sitä, ettei tässä tutkielmassa selvitetä mitä konkreettisesti kyseiset erityistoimet voisivat yleisellä tasolla olla, vaan tässä tutkielmassa erityistoimenpiteenä nähdään itse virkanimitys ja vain sen mahdollisuutta tutkitaan erityiskohteluna. Tässä tutkielmassa keskitytään positiivisen erityiskohtelun oikeudelliseen sääntelyyn sekä sen soveltamiseen virkanimitys tilanteissa. Tässä tutkielmassa positiivinen erityiskohtelu rajautuu siis erityisesti virkanimityksiin valtion tasolla, ei yleisellä tasolla sen soveltamiseen.

Aihe rajautuu julkisoikeudelliseen kontekstiin eli julkisyhteisöjen virkanimityksiin ja erityisesti valtiolla jättäen kunnallisen virantäytön ulkopuolelle. Ulkopuolelle jää myös yksityisoikeus eli perinteinen työhönotto yksityisellä ja kolmannella sektorilla. Positiivisen erityiskohtelun kohteena nähdään erilaiset ryhmät, jotka ovat muita heikommassa asemassa. Tässä tutkielmassa ei käsitellä näitä kaikkia ryhmiä, vaan aihe rajautuu vähemmistöryhmiin ja niistä erityisesti maahanmuuttajiin ja osittain naisiin.

Jotta positiivisen erityiskohtelun sisältöä, soveltamista ja mahdollisuuksia voidaan tutkia, on tunnettava sitä koskevan kansallisen lainsäädännön lisäksi myös kansainvälisen oikeuden säännökset. Sen vuoksi tässä tutkielmassa käsitellään kansallista, kansainvälistä sekä yhteisöoikeutta niiltä osin, kun se sääntelee positiivista erityiskohtelua.

Tutkimuskysymys on valtiosääntöoikeudellinen, mutta myös hallinto-oikeudellinen, koska se käsittelee hallintomenettelyä virkanimityksen kautta. Suomen tasolla positiivisesta

erityiskohtelusta ei ole tehty paljoa tutkimusta, sillä sen soveltaminen ei ole Suomessa niin laajalle levinnyttä. Tästä syystä aihe on relevantti ja siksi on syytä tarkastella kansainvälisellä tasolla positiivisen erityiskohtelun sääntelyä sekä oikeuskäytäntöä, jota Suomessa ei virkanimitysten osalta ole paljoa.

1.3 Tutkimuksen relevanssi, tutkimusmenetelmä ja aineisto

Oikeusministeriöllä on käynnissä kaksivuotinen ”Pidetty!” -niminen hanke. Oikeusministeriön hallinnonalalla on tunnustettu haasteita henkilöstön saatavuuden ja pysyvyyden kohdalla, joten hankkeen tavoitteena onkin saada oikeusministeriön työpaikat ja ammatit nimensä mukaisesti pidetyiksi, ja että niihin haluttaisiin hakeutua enemmän. Samalla halutaan parantaa oikeusministeriön työnantajakuva ja mainetta suositeltuna työpaikkana. Hankkeen tarkoituksena onkin lisätä työnhakijoiden määrää avoimeksi julistettuihin virkoihin ja samalla halutaan nostaa esille, että monen taustaisille osaajille löytyy mielekäs työ ministeriöstä. Hankkeella on siis tarkoituksena myös saada monen taustaisia hakijoita henkilöstöön eli niin sanottu moninaisuuden tavoite.¹⁴

Oikeusministeriössä havaitun moninaisuuden lisäämisen tarpeen ympärille rakentuu syy tarkastella positiivista erityiskohtelua, jotta voidaan arvioida, mikä merkitys säännöksellä on osana moninaisuuden tavoitetta. Moninaisuutta viroissa halutaan lisätä, joten tutkimuksessa on määritettävä positiivisen erityiskohtelun oikeudelliset reunaehdot ja niiden perusteella keskityttävä nimittämisen prosessiin ja sen yhdenvertaisuuteen, joilla on suora yhteys siihen, minkä taustaisia ihmisiä virkoihin hakeutuu ja lopulta tulee valituksi.

Tämä tutkielma keskittyy voimassa olevaan oikeuteen ja sen soveltamiseen, joten tutkielma on oikeustieteellinen. Tutkimusmetodina käytetäänkin sen vanhinta ja käytännön kannalta merkittävintä tutkimusalaa eli lainoppia, joka tunnetaan myös nimellä oikeusdogmatiikka. Lainopin tehtävänä on selvittää eli tulkita oikeussääntöjen sisältöä ja systematisoida niitä.¹⁵ Tutkielman tarkoituksena on selvittää positiivisen erityiskohtelun oikeudelliset reunaehdot ja niiden avulla tutkia säännöksen soveltamista virkanimityksissä. Tutkimustehtävän luonteen vuoksi lainopin metodin hyödyntäminen on perusteltua.

¹⁴ Oikeusministeriö: Pidetty! -hanke 2023.

¹⁵ Aarnio 2006, s. 238.

Tutkielma toteutetaan hyödyntäen monipuolisesti eri oikeuslähteitä. Oikeuslähteiden käyttö perustuu oikeuslähdeoppiin, joka määrittää lähteet, joita pitää, tulee ja saa käyttää. Tutkielman aineistona hyödynnetään siis toisin sanoen vahvasti velvoittavia, heikosti velvoittavia ja sallittuja oikeuslähteitä.¹⁶

Tutkielmassa vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä toimii lainsäädäntö, koska lain huomioon ottaminen on välttämätöntä, kun selvitetään säännöksen oikeudellisia reunaehtoja sekä sen soveltamista. Heikosti velvoittavana oikeuslähteenä esiintyy lainvalmisteluaineisto eli hallituksen esitykset, jotka tukevat lainsäädännön tulkintaa ja tarkoitusta sekä selventävät mitä lainsäätäjällä on lailla pyrkinyt esittämään. Sallittuina oikeuslähteinä ovat yleiset oikeusperiaatteet ja muu oikeustieteellinen materiaali. Positiivisen erityiskohtelun sääntely on vahvasti tulkinnanvaraista, mikä tarkoittaa sitä, ettei lain sanamuoto tai sen esityöt kerro sanatarkasti miten kyseistä säännöstä tulee tulkita ja soveltaa. Myöskään perustuslakivaliokunta eikä tuomioistuimet ole määritelleet positiivisen erityiskohtelun käsitettä sen tarkemmin.¹⁷ Tämän vuoksi kansainvälinen lainsäädäntö sekä sallitut oikeuslähteet tuovat tarpeellista näkökulmaa positiivisen erityiskohtelun tutkimiseen.

¹⁶ Aarnio 2006, s. 292.

¹⁷ Nieminen 2019, s. 606.

2 POSITIIVISEN ERITYISKOHTELUN OIKEUDELLISET REUNA-EHDOT

2.1 Positiivinen erityiskohtelu perustuu lakiin

Positiivinen erityiskohtelu on käsitteenä syntynyt Yhdysvalloissa, kun siitä ensimmäisen kerran mainittiin yhdysvaltalaisessa työlainsäädännössä 1960-luvulla siten, että työnantajan syrjivä toiminta voisi mahdollistaa sen soveltamisen. Käsite on sittemmin yleistynyt ja saanut laajempaa merkityssisältöä. Käsitettä on alettu käyttää Suomessa kansainvälisten sopimusten myötä. Tällaisia kansainvälisiä sopimuksia oli muun muassa kansainvälisen työjärjestö ILO:n (International Labour Organization) työkonferenssin, eli sen ylimmän päättävän elimen hyväksymä kansainvälisen työelämän yleissopimus, jossa oli kyse työmarkkinoilla ja ammatin harjoittamisen yhteydessä tapahtuvasta syrjinnästä.¹⁸

Positiivinen erityiskohtelu tarkoittaa tosiasiallisen yhdenvertaisuuden turvaamista sellaisilla erityistoimenpiteillä, joilla heikommassa asemassa olevaan ryhmään kuuluvien henkilöiden asemaa ja olosuhteita parannetaan syrjinnälle alttiissa tilanteessa. Tämä tarkoittaa käytännössä esimerkiksi vähemmistöryhmän edustajan oikeusaseman saattamista yhdenvertaiseksi muiden kanssa, kun hän joutuu jossain tilanteessa syrjinnän kohteeksi, eli muita heikompaan asemaan.¹⁹ Voidaan todeta erityiskohtelun olevan tasa-arvoisen kohtelun yli menevää toimintaa tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseksi.²⁰ Positiivista erityiskohtelua voidaan soveltaa työhönotossa suunnitelmaan perustuen, jotta tosiasiallinen yhdenvertaisuus toteutuisi tilanteissa, joissa toinen osapuoli edustaa heikommassa asemassa olevaa ryhmää, kuten vähemmistöä.²¹

Positiivisesta erityiskohtelusta säännellään lain tasolla. Suomen perustuslain (731/1999) 6 § sääntelee yleisesti yhdenvertaisuudesta, joten tämä säännös voidaan nähdä pohjana myös positiiviselle erityiskohtelulle. Säännöksen mukaan kaikki on yhdenvertaisia lain edessä, eikä ketään saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan henkilöön liittyvän syyn perusteella. Positiivinen erityiskohtelu on kirjattu yhdenvertaisuuslakiin (1325/2014). Yhdenvertaisuuslain 9 §:n mukaan ”Sellainen oikeasuhtainen erilainen kohtelu, jonka

¹⁸ Ahtela 2004, s. 98.

¹⁹ HE 309/1993 vp, s. 44.

²⁰ Ahtela 2004, s. 102.

²¹ Rask 2009, s. 81.

tarkoituksena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen taikka syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäiseminen tai poistaminen, ei ole syrjintää”. Säännöksen tarkoituksena on turvata kaikkien mahdollisuus yhdenvertaisiin oikeuksiin sekä syrjinnän ehkäiseminen ja poistaminen. Positiivista erityiskohtelua säädettyessä se ei ollut alkujaan oma pykälänsä. Perustuslakivaliokunta lausunnossaan (31/2014), joka koski yhdenvertaisuuslaista tehtyä hallituksen esitystä (HE 19/2014), piti sitä koskevaa säännöstä niin merkittävänä, että se kehotti työelämä- ja tasa-arvovaliokuntaa harkitsemaan sääntelyn selkeyttämistä erottamalla se omaksi pykäläkseen tai liittämällä se 10 §:ään.²² Työelämä- ja tasa-arvovaliokunta oli omassa mietinnössään (11/2014) samaa mieltä perustuslakivaliokunnan ilmaisemaan käsitykseen säännöksen tärkeydestä ja ehdotti perustuslakivaliokunnan esittämistä vaihtoehdoista positiivisen erityiskohtelun erottamista omaksi pykäläkseen.²³

Yhdenvertaisuuslain 9 §:ssä esitetty positiivinen erityiskohtelu pohjautuu Euroopan unionin kahteen direktiiviin. Ensimmäinen näistä on neuvoston direktiivi (syrjintädirektiivi, 2000/43/EY), eli neuvoston direktiivi rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta. Toinen direktiivi on työsyrijintädirektiivi (2000/78/EY), eli neuvoston direktiivi yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista puitteista. Syrjintädirektiivin 5 artikla sisältää positiiviset erityistoimet, jonka mukaan täydellisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen käytännössä ja yhdenvertaisen kohtelun periaate eivät estä jäsenvaltioita toteuttamasta erityistoimenpiteitä, joilla ehkäistään henkilöiden rotuun tai etniseen alkuperään liittyviä haittoja. Työsyrijintädirektiivin 7 artikla sisältää säännöksen positiivisesta toiminnasta ja erityistoimenpiteistä. Se sisältää kaksi kohtaa, joista ensimmäinen on lähes identtinen syrjintädirektiivin 5 artiklan kanssa. Toiseen kohtaan on lisätty yhdenvertaisen kohtelun periaate vammaisten osalta, joka ei estä jäsenvaltioita toteuttamasta toimenpiteitä, joilla luodaan järjestelyjä vammaisten työelämään pääsyn turvaamiseksi.

Yhdenvertaisuuslain 9 § positiivisesta erityiskohtelusta tarkoittaa eri asiaa, kuin yhdenvertaisuuslain 11 §, jossa säädetään erilaisen kohtelun oikeuttamisperusteista sekä 12 §, jossa säädetään erilaisen kohtelun oikeuttamisperusteista työssä ja työhön otettaessa. Vaikka kummallakin säännöksellä toisinaan voidaankin viitata positiiviseen erityiskohteluun, ei niiden sisältämä erilainen kohtelu tarkoita 9 §:n positiivista erityiskohtelua.²⁴ Positiivista

²² PeVL 31/2014 vp, s. 6.

²³ TyVM 11/2014 vp, 5–6.

²⁴ HE 19/2014 vp, s. 71.

erityiskohtelua voi toteuttaa vain tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi ja sellaisille henkilöille, jotka edustavat heikommassa asemassa olevaa ryhmää. 11 §:n ja 12 §:n mukainen erilainen kohtelu ei taas vaadi toimien tavoitteeksi yhdenvertaisuutta eikä heikommassa asemassa olevaa ryhmää, vaan erilainen kohtelu on mahdollista hyväksyttävän tavoitteen perusteella. Kyseisten pykälien mukaista erilaista kohtelua on esimerkiksi alkoholilain (1102/2017) sisältämä kieltö myydä alkoholia alle 18-vuotiaalle.

Vaikka positiivinen erityiskohtelu yhdenvertaisuuslain 9 §:n mukaan tarkoittaa erityistoimenpiteiden toteuttamista, positiivinen erityiskohtelu ei ole suosintaa. Erityistoimenpiteillä kukaan ei saa etuoikeuksia tosia syrjivällä tavalla, vaan heikommassa asemassa oleva ryhmä voidaan tietyissä tilanteissa nostaa valtaväestön kanssa ikään kuin samalle viivalle.²⁵ Tämä tapahtuu siis vain silloin, kun tietyssä tilanteessa heikommassa asemassa oleva joutuu valtaväestön rinnalla huonompaan asemaan syrjinnän vuoksi. Positiivisen erityiskohtelun tavoitteena voidaan siis nähdä heikommassa asemassa olevien ihmisten mahdollisuus toimia täysivaltaisina yhteiskunnan jäseninä muiden rinnalla.²⁶

Yhdenvertaisuuslain esitöissä HE (19/2014) täydennetään säännöstä siten, että positiivinen erityiskohtelu on sallittua vain niissä tilanteissa, joissa sen tarkoitus on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäminen tai syrjinnän ehkäiseminen tai poistaminen.²⁷ Tämän lisäksi mikä tahansa ero hakijoiden välillä ei oikeuta erityiskohteluun, vaan tilanteessa tulee ilmetä syrjintää.²⁸ Yhdenvertaisuusvaltuutetun mukaan, positiivisen erityiskohtelun soveltaminen on mahdollista toteuttaa koko yhteiskunnassa, kuten työelämässä, koulutuksessa ja palvelujen tarjonnassa.²⁹

Positiivisen erityiskohtelun käsitteen taustalla voidaan nähdä jaottelu muodolliseen ja tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen. Muodollinen tai toisin sanoen oikeudellinen yhdenvertaisuus tarkoittaa samanlaista kohtelua samanlaisissa tapauksissa. Tosiasiallinen yhdenvertaisuus on laajempi käsite, jossa kiinnitetään huomiota eri ihmisryhmien todelliseen asemaan yhteiskunnassa ja niiden keskinäistä eriarvoisuutta. Joissain tilanteissa yksinkertaisesti

²⁵ HE 19/2014 vp, s. 7.

²⁶ Nieminen 2019, s. 592.

²⁷ HE 19/2014 vp, s. 69.

²⁸ Ahtela 2004, s. 107.

²⁹ Yhdenvertaisuusvaltuutetun opas 2023, s. 6.

tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen edellyttää muodollisesta yhdenvertaisuudesta poikkeamista.³⁰

Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (tasa-arvolaki, 609/1986) on valmisteltu esitöissä HE (90/1994). Siinä todetaan, ettei tosiasiallista tasa-arvoa saavuteta joka tilanteessa muodollisesti yhdenvertaisella lainsäädännöllä, joten monissa maissa mahdollistetaan lainsäädännössä positiivisen erityiskohtelun soveltaminen. Lainsäädäntö tässä tilanteessa antaa valintatilanteessa mahdollisuuden valita aliedustettuun ryhmään kuuluvia henkilöitä virkoihin.³¹ Suomen perustuslakia (731/1999) koskevassa hallituksen erityksessä HE (309/1993) mainitaan yhdenvertaisuuden toteutumisesta ja positiivisen erityiskohtelun kannalta mainitaan nimenomaan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisen vaatimus.³² Lisäksi hallintolakia (434/2003) koskevassa hallituksen esityksessä HE (72/2002) mainitaan, että yhdenvertaista kohtelua koskeva sääntely, jonka mukaan ei saa tehdä erontekoa ihmisten välille, ei estä kuitenkaan positiivista erityiskohtelua tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistämiseksi.³³

2.2 Viranomaisen velvollisuus edistää yhdenvertaisuutta

Viranomaista ja virkamiestä koskee yleiset virkavelvollisuudet, joista tulee Suomen perustuslain 80 §:n mukaan säätää lailla. Alemman asteisissa säädöksissä voidaan antaa tästä tarkentavia säännöksiä.³⁴ Tämä tarkoittaa sitä, että jos valtionhallinnon toimielinten tehtäviin liittyy julkisen vallan käyttöä, yleisistä perusteista on säädettävä lailla. Tämä on merkityksellistä siitä syystä, että sillä taataan virkatoiminnan riippumattomuus.³⁵

Suomen perustuslaki velvoittaa toisessa luvussa viranomaisen tasa-arvon edistämiseen ja yhdenvertaiseen kohteluun, jonka elementeistä yhtenä pidetäänkin positiivista erityiskohtelua. Perustuslain 6 §:ssä veloitetaan yhdenvertaiseen ja tasa-arvoiseen kohteluun, jonka vuoksi voidaan katsoa sen sisältävän positiivisen erityiskohtelun.³⁶ Tasa-arvolain esitöissä HE (90/1994) todetaan, että viranomaiset ovat tasa-arvotyössä edelläkävijöitä. Sen mukaan tasa-

³⁰ Rask 2009, s. 74–75.

³¹ HE 90/1994 vp, s. 15.

³² HE 309/1993 vp, s. 44.

³³ HE 72/2002 vp, s. 54.

³⁴ Koskinen – Kulla 2019, s. 236.

³⁵ PeVM 10/1998 vp, s. 34.

³⁶ Ahtela 2004, s. 98–99.

arvon edistämisen tulisi yhä enemmän sisältyä kaikkeen valmistelutyöhön ja hallinnon kehittämiseen.³⁷

Viranomaisen ja virkamiehen velvollisuuksista säädetään valtion virkamieslaissa (750/1994) luvussa 4. Virkamieslain 11 §:n mukaan viranomaisen on kohdeltava tasapuolisesti niitä virkamiehiä, jotka sen palveluksessa on. Lisäksi säännöksessä mainitaan velvollisuus yhdenvertaisuudesta, joista säädetään yhdenvertaisuuslaissa. Sen lisäksi säännöksessä mainitaan tasa-arvosta ja sukupuoleen perustuvan syrjinnän kiellosta, joista taas säädetään erikseen naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetussa laissa. Vaikka virkamieslaissa mainitaan, että tasa-arvolaisissa säännellään syrjinnän kiellosta ja tasa-arvoisesta kohtelusta, velvollisuus kohdella virkamiehiä tasapuolisesti juuri nimitystilanteessa sisältyy virkamiehen virkavelvollisuuksiin, jotka itsessään on säännelty virkamieslaissa.³⁸

Viranomaisella on velvollisuus pohtia oman toimintansa vaikutusta eri väestöryhmiin, arvioida miten yhdenvertaisuus toteutuu sen toiminnassa sekä edistää yhdenvertaisuutta tarvittavilla toimenpiteillä yhdenvertaisuuslain 5 §:n perusteella. Kyseisten edistämistoimenpiteiden on säännöksen mukaan oltava tehokkaita, tarkoituksenmukaisia ja oikeasuhtaisia.

Edistämistoimenpiteillä tarkoitetaan käytännöllisiä keinoja, jotka edistävät yhdenvertaisuutta.³⁹ Viranomaisen voi esimerkiksi itse toimia aloitteellisesti ja soveltaa positiivista erityiskohtelua yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi.⁴⁰ Sen avulla voidaan pyrkiä lisäämään työllistymismahdollisuuksiltaan heikommassa asemassa olevien henkilöiden määrää henkilöstössä, kuten vaikka maahanmuuttajia.⁴¹ Tätä mahdollisuutta yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi virantäytössä tai ylipäättään rekrytoinnissa on Suomessa käytetty varsin vähän.

Yhdenvertaisuuslain 5 § on tarkennettu lain esitöissä HE (19/2014). Sen mukaan viranomaisia koskee velvollisuus kaikessa toiminnassaan parantaa yhdenvertaisuutta tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti. Velvollisuuteen liittyy myös vaade vakiinnuttaa sellaiset hallinto- ja toimintatavat, joilla on mahdollista yhdenvertaisuuden edistäminen asioiden valmistelussa ja päätöksenteossa. Viranomaisten on muutettava sellaisia olosuhteita, jotka ovat haitaksi yhdenvertaisuuden toteutumiseksi. Viranomaisten tulee myös laatia

³⁷ HE 90/1994 vp, s. 10.

³⁸ HaVM 5/1994 vp, s. 11.

³⁹ HE 19/2004 vp, s. 61.

⁴⁰ Lindstedt 2010, s. 151.

⁴¹ Yhdenvertaisuusvaltuutetun opas 2023, s. 6.

yhdenvertaisuussuunnitelma edistääkseen etnistä yhdenvertaisuutta, koska sen avulla on mahdollista parantaa maahanmuuttajien integroitumista yhteiskuntaan.⁴²

Yhdenvertaisuuslaissa mainitun viranomaisen yhdenvertaisen kohtelun lisäksi 7 §:ssä veloitetaan yleisellä tasolla työntäjänkin velvollisuus edistää yhdenvertaisuutta. Työnantajan on otettava huomioon syrjintäperusteet ja arvioitava yhdenvertaisuuden toteutumista työhönotossa ja työpaikalla. Työnantajan on kehitettävä toimintatapoja, joita noudatetaan esimerkiksi henkilöstöä valittaessa. Tämänkin lain kohdan mukaan edistämistoimenpiteiden on oltava tehokkaita, tarkoituksenmukaisia ja oikeasuhtaisia.

Tämä lain kohta on tarkennettu yhdenvertaisuuslain esitöissä. Sen mukaan monimuotoistuvassa työelämässä yhdenvertaisuuden edistäminen on tärkeä väline työyhteisön ja työntäjän harjoittamassa henkilöstöpolitiikassa. Toimenpiteet yhdenvertaisuuden edistämiseksi tavoittelevat syrjinnästä vapaita työpaikan menettelytapoja työhönotossa, tehtäviä jaettaessa, koulutukseen pääsystä päätettäessä, palkasta ja työsuhteisiin liittyvistä etuuksista päätettäessä sekä työntekoon ja työsuhteisiin liittyviä velvollisuuksia määritettäessä. Näidenkin toimenpiteiden on oltava tehokkaita, tarkoituksenmukaisia ja oikeudenmukaisia.⁴³

Tasa-arvolain säätämisen motiivina oli täyttää kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva YK:n yleissopimuksen (SopS 68/1986) velvoitteet. Kyseinen yleissopimus ei velvoittanut sopimusvaltioita ottamaan kansalliseen lainsäädäntöön positiivista erityiskohtelua, mutta se toimi silti sopimusvaltioiden suunnan näyttäjänä positiivisen erityiskohtelun suhteen. Sen esimerkistä Suomessa nimenomaan säädettiin positiivinen erityiskohtelu osaksi tasa-arvolakia.⁴⁴

Tasa-arvolaki sääntelee 4 §:ssä viranomaisten velvollisuudesta edistää tasa-arvoa tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti sekä luoda ja vakiinnuttaa sellaiset hallinto- ja toimintatavat, joilla varmistetaan naisten ja miesten tasa-arvon edistäminen asioiden valmistelussa ja päätöksenteossa. Lisäksi tulee muuttaa niitä olosuhteita, jotka estävät tasa-arvon toteutumista. Myös tasa-arvolain muutoslakia koskeva HE (195/2004) linjaa, että viranomaisen on aktiivisesti selvitettävä, mitkä tekijät estävät tasa-arvon toteutumista ja näiden

⁴² HE 19/2014 vp, s. 8.

⁴³ HE 19/2014 vp, s. 62.

⁴⁴ Ahtela 2004, s. 98.

havaintojen perusteella viranomaisen on ryhdyttävä toimiin tasa-arvon esteiden poistamiseksi. Myös toimenpiteiden vaikutusten seuranta ja arviointi on tarpeellista.⁴⁵

Tasa-arvon toteutumisen esteiden poistamiseksi voi myös olla tarpeen käyttää positiivisia erityistoimia. Positiivinen erityiskohtelu sisältyy tasa-arvolain 6 §:ään.⁴⁶ Sen mukaan jokaisen työnantajan tulee työelämässä edistää sukupuolten tasa-arvoa tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti. Työnantajan tulee toimia siten, että avoinna oleviin tehtäviin hakeutuisi sekä naisia että miehiä. Tämän tulee myös edistää naisten ja miesten tasapuolista sijoittumista erilaisiin tehtäviin sekä toimia siten, että ennakolta ehkäistään sukupuoleen perustuva syrjintä. Edellisen säännöksen esitöissä HE (57/1985) mainitaan tavoitteesta vaikuttaa työtehtävien eriytymiseen sukupuolen perusteella. Säännöksessä pyritään siis monipuoliseen työntekijäjoukkoon ja ehkäisemään liian yhdenmukaista kulttuuria sijoittamalla työntekijöitä tasapuolisemmin työtehtäviin.⁴⁷

Syrjintä sukupuolen perusteella on kielletty tasa-arvolain 7 §:ssä. Lisäksi 9 § sääntelee menettelyt, joita ei pidetä syrjintänä. 9 §:n 4 kohdan mukaan syrjintänä ei pidetä väliaikaisia, suunnitelmaan perustuvia erityistoimia, joilla pyritään tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseen. Tämä lain kohta viittaa positiiviseen erityiskohteluun, joka on lähes samansisältöinen yhdenvertaisuuslain 9 §:n kanssa. Jatkoa edelliselle säännökselle luo tasa-arvolain 14 §, jonka mukaan työpaikkaa ei saa ilmoittaa vain joko naisten tai miesten haettavaksi. Se mukaan se on mahdollista vain työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja hyväksyttävää syytä vastaan.

Positiivisen erityiskohtelun soveltaminen on pääasiassa erillisenä velvollisuuksista, koska mikään säännös ei suoraan velvoita viranomaista sen soveltamiseen, koska se toimii vain yhtenä mahdollisena toimenpiteenä. Tästä hyvänä käytännön esimerkkinä toimii Kouvolan hallinto-oikeuden 16.9.2010 antama ratkaisu (10/0466/1) tapauksessa, jossa yliopiston opiskelijavalinnassa ei huomioitu hakijan lukihäiriötä. Tapauksessa hallinto-oikeus tulkitsi, ettei lukihäiriö sellaisenaan luo syrjintäolettaa eli esitetyllä perusteella ei voitu olettaa, että hakijaa olisi valinnassa syrjitty. Hallinto-oikeus kuitenkin lausui, että lukihäiriö voi oikeuttaa hakijan positiiviseen erityiskohteluun, mutta velvollisuutta siihen ei ole.

Viranomaisella tai muulla julkista valtaa käyttävällä taholla voi kuitenkin olla velvollisuus positiivisen erityiskohtelun soveltamiseen välillisesti edellisten säännösten perusteella sekä

⁴⁵ HE 195/2004 vp, s. 22.

⁴⁶ Ahtela 2004, s. 98.

⁴⁷ HE 57/1985 vp, s. 15.

perustuslain 22 §:n perusteella, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. On erikseen kuitenkin säädetty lailla velvollisuus huomioida haavoittuvassa asemassa olevien henkilöiden erityistarpeet tietyissä tilanteissa.⁴⁸ Voitaisiin siis ajatella, että periaatteessa välillisesti positiivisen erityiskohtelun soveltamiselle voisi viranomaisella olla velvollisuus. Seuraavaksi onkin selvitettävä positiivisen erityiskohtelun oikeudelliset reunaehdot, jotta voidaan selvittää säännöksen käytön mahdollisuuksia virkanimityksissä.

2.3 Kansallisen oikeuden asettamat kriteerit

Positiivisen erityiskohtelun hyväksyttävyyttä määrättyä yhdenvertaisuusvaltuutetun mukaan tiettyjen kriteerien perusteella. Näiden kriteerien perusteella voidaan kuvitella edes jonkinlaiset raamit positiivisen erityiskohtelun soveltamiselle, vaikka säännös onkin vahvasti tulkinnanvarainen. Kriteerit on oltava, ettei erityistoimenpiteet osoittaudu suosimiseksi, vähemmistön parempaan asemaan laittamiseksi tai pahimmillaan syrjinnäksi, jota näillä toimilla juuri pyritään estämään. Kriteerit varmistavat sen, että erityistoimenpiteet tähtäävät haluttuun tavoitteeseen, eikä tätä mahdollisuutta yhdenvertaisuuden lisäämiseksi väärinkäytetä.⁴⁹ Seuraavaksi tutkitaan mitkä kaikkia edellytyksiä ja kriteerejä kansallinen oikeus asettaa sille, että erityistoimenpiteisiin voidaan ryhtyä.

Ensinnäkin positiivinen erityiskohtelu tulee kohdistaa ihmisryhmässä olevaan henkilöön, kun tämän edustama ryhmä on epäedullisessa tai heikommassa asemassa verrattaessa muihin ihmisiin. Kyseinen kriteeri ei suoranaisesti esiinny yhdenvertaisuuslain 9 §:ssä, mutta se sisältyy hallituksen esitykseen perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta HE (309/1993).⁵⁰ Tämä rajaa jo vahvasti positiivisen erityiskohtelun soveltamisen kohdetta. Myös yhdenvertaisuuslain esitöissä HE (19/2014) todetaan, ettei kenen tahansa eduksi voida kohdistaa erityistoimia, vaan henkilön tulee kuulua esimerkiksi vähemmistöryhmään.⁵¹ Tällaisena vähemmistöryhmänä voidaan nähdä esimerkiksi maahanmuuttajat ja naiset. Naisen kohdalla ei kuitenkaan puhuta suoranaisesta vähemmistöstä, vaan naisen asemasta, joka johtuu historiallisista ja yhteiskunnallisista rakenteista, jonka vuoksi nainen on heikommassa asemassa

⁴⁸ HE 19/2014 vp, s. 65.

⁴⁹ Yhdenvertaisuusvaltuutetun opas 2023, s. 6.

⁵⁰ HE 309/1993 vp, s. 44.

⁵¹ HE 19/2014 vp, s. 69.

miehiin verrattuna.⁵² Tämä kriteeri tarkoittaa myös sitä, että kyseessä olevan vähemmistöryhmän tulee olla heikommassa asemassa verrattaessa muihin eli mihin tilanteeseen tahansa ei säännöstä voida soveltaa.

Positiivisen erityiskohtelun täytyy olla suunnitelmallista. Yhdenvertaisuuslain 7 § velvoittaa laatimaan suunnitelman yhdenvertaisuuden edistämiseksi. Suunnitelman tekemiseen edellytetään myös tasa-arvolain 6 a §:ssä, kun työnantajalla on säännöllisesti työsuhteessa vähintään 30 työntekijää. Laeissa, joissa positiivisesta erityiskohtelusta säädetään, ei ole mainintaa siitä, millaista tuon suunnittelun tulee olla. Erityistoimia ei voida kuitenkaan ottaa käyttöön ilman minkäänlaista suunnittelua. Tasa-arvolain esitöiden HE (57/1985) mukaan yksittäinen työhönottopäätös, joka ei perustu suunnitelmaan näyttäytyy mielivaltaiselta ja syrjinnältä, eikä sitä nähdä tästäkään syystä lainmukaisena.⁵³ Suunnitelma luo valintatilanteissa mahdollisuuden suosia muun muassa aliedustettua sukupuolta olevia henkilöitä ja tällä tavoin tekee mahdolliseksi sellaiset toimenpiteet ja menettelyt, jotka yksittäisinä toimina voitaisiin nähdä tasa-arvolaisissa kiellettyinä syrjintänä.⁵⁴

Monissa työpaikoissa suunnitelmallisuuden vaatimukseen vastataan tasa-arvosuunnitelmalla tai yhdenvertaisuussuunnitelmalla. Esimerkiksi Helsingin ja Tampereen yliopistojen suunnitelmissa mainitaan positiivinen erityiskohtelu. Se määrää yksilön velvollisuudesta harkita positiivisen erityiskohtelun soveltamista rekrytoinnissa epätasa-arvoisissa tilanteissa.⁵⁵

Suunnitelmallisuuteen liittyy myös läheisesti toinen keskeinen kriteeri, joka on etukäteen päättäminen. Positiivisen erityiskohtelun soveltamisesta on päätettävä etukäteen, muuten menettely saattaa näyttää mielivaltaiselta.⁵⁶ Tämä edellyttää jo omalla tavallaan edellä kuvattua suunnitelmallisuutta, koska positiivisen erityiskohtelun tulee tässä tilanteessa olla jo etukäteen päätettyä. Tämä siis tarkoittaa, ettei positiivista erityiskohtelua voida soveltaa silloin kun tilanne sitä vaatii, vaan sen tulee olla järjestelmällisesti toteutettua ja etukäteen sovittua.

Erityistoimet saavat olla vain väliaikaisia ja ne on mitoitettava tarkasti keston sekä laajuuden suhteen. Se tarkoittaa sitä, että erityiskohtelusta on luovuttava, kun tilanne on hoidettu. Tämäkin kriteeri vaatii vahvasti jo edellä mainittua suunnitelmallisuutta. Väliaikaisuus tässä kontekstissa viittaa selvästi siihen, ettei erityistoimia ole aikomustakaan asettaa lopullisesti voimaan. Tämä

⁵² Rask 2009, s. 83.

⁵³ HE 57/1985 vp, s. 21.

⁵⁴ HE 195/2004 vp, s. 37.

⁵⁵ Nieminen 2019, s. 600.

⁵⁶ Yhdenvertaisuusvaltuutetun opas 2023, s. 6.

luo mahdollisuuden tehdä tietyissä tilanteissa poikkeuksia, joiden avulla yhdenvertaisuutta edistetään. Tarkan keston ja laajuuden vaatimus asettaa soveltamiselle kriteerin huolelliseen pohdintaan siitä, mikä toimenpide missäkin tilanteessa on oikein suhteutettua tavoiteltuun päämäärään nähden.⁵⁷

Positiivinen erityiskohtelu ei saa toimia automaattisena tai ehdottomana etusijan tarjoamisena, vaikka kyseessä olisi aliedustettuun ryhmään kuuluvasta ihmisestä.⁵⁸ Tämän voidaan nähdä viittaavan myös edellä esitettyyn väliaikaisuuteen ja poikkeuksien tekemiseen. Jos erityiskohtelu tapahtuisi automaattisesti tietyissä tilanteissa, ei toimi olisi väliaikaista tai erityiskohtelua, vaan vakiintunut toimintatapa eräissä tilanteissa. Tämä viittaa myös tutkielman alussa esitettyyn suosinnan käsitteeseen, koska automaattinen etusijan antaminen heijastuisi vahvasti juuri suosimiseen, joka taas näyttäytyy syrjintänä, joka ei ole sallittua. Yhteisöjen tuomioistuimen Badeck-tapauksessa (C-158/97) on käsitelty nimenomaista automaattista etusijaa. Unionin tuomioistuin ei katsonut Euroopan unionin oikeuden vastaiseksi saksalaista lainsäädäntöä, jossa julkishallinnossa naishakijat saivat etusijan siten, että kaikki pätevyysvaatimukset täyttävät pääsivät työhaastatteluun. Tuomioistuin kuitenkin asetti edellytykseksi, ettei etusija saa olla automaattinen ja ehdoton. Lisäksi hakemukset on arvioitava objektiivisesti.

Yhdenvertaisuuslain 9 §:n mukaan erityistoimien tulee olla oikeasuhtaisia eli suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Positiivisen erityiskohtelun soveltamisen tulee siis olla oikeasuhtaista tavoitteeseen nähden eli hyväksyttäväkään tarkoitus ei oikeuta tavoitteisiin nähden suhteettoman pitkälle meneviä erityistoimenpiteitä. Toimenpiteiden oikeasuhtaisuutta arvioidaan tapauskohtaisesti.⁵⁹ Yhteisöjen tuomioistuimen Ruotsia koskeva Abrahamsson-tapaus (C-407/98) konkretisoi suhteellisuusperiaatetta. Tapauksessa käsiteltiin Ruotsin korkeakouluasetuksen Euroopan unionin oikeuden mukaisuutta, koska asetus mahdollisti positiivisen erityiskohtelun virkojen täytössä niin pitkälle, että etusija voitiin antaa myös henkilölle, joka ei ollut yhtä ansioitunut kuin vastakkaista sukupuolta oleva hakija. Tuomioistuin ei pitänyt asetusta Euroopan unionin oikeuden mukaisena vaan katsoi, että etusijan antaminen on mahdollista, kun hakijat ovat lähes tasaveroisia, mutta hakemuksia on arvioitava objektiivisesti.

⁵⁷ HE 19/2014 vp, s. 61–62.

⁵⁸ Koskinen – Kulla 2019, s. 150.

⁵⁹ HE 19/2014 vp, s. 69.

Oikeasuhtaisuudella tarkoitetaan toimenpiteiden hyväksyttävyyttä, kun tarkastellaan tavoitteita.⁶⁰ Tämä viittaa jo mainittuun mitoittamiseen toimien keston ja laajuuden suhteen. Toimien tulee olla sopivat, eikä niitä saa yli- tai aliarvioida. Toimien kanssa ei saa liioitella, mutta niitä ei myöskään saa väheksyä. Tähän liittyy myös vahvasti hyväksyttävyyden kriteeri, eli toimien tulee olla hyväksyttäviä. Suhteellisuusperiaatteen nähdään vaikuttavan positiivisiin erityistoimiin rajoittavalla tavalla.⁶¹ Toimien liioittelu laajuuden, hyväksyttävyyden ja suhteellisuuden suhteen ilmenee hyvin yhteisöjen tuomioistuimen Kalanke-tuomiosta (C-450/93). Tapauksessa oli kyse osavaltion järjestelmästä, jossa työpaikkaa valittaessa tai ylennys asiassa miehen ja naisen ollessa yhtä päteviä hakijoita, nainen saa automaattisen täydellisen ja ehdottoman etusijan, kun alalla naiset ovat aliedustettuja. Tuomioistuin lausui kansallisen lainsäädännön menneen pidemmälle, kuin yhtäläisten mahdollisuuksien edistäminen sallii.

Tasa-arvolain 7 § sisältää kohdan, jonka mukaan ihmisten eri asemaan laittaminen ei ole syrjintää, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja keinot ovat aiheellisia ja tarpeellisia. Positiivisen erityiskohtelun edellytyksinä voidaan siis tämän kautta nähdä aiheellisuuden ja tarpeellisuuden vaatimukset.

Oikeutus positiivisen erityiskohtelun soveltamiseen on perustuttava lainsäätäjän valtuutukseen eli sen on noudatettava täsmällisesti sitä mitä laki soveltamisesta sanoo.⁶² Perustuslakiin on säädetty 2.3 §, jonka mukaan julkisen vallan käytön on perustuttava lakiin ja kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava lakia. Säännöksessä mainittu laki tarkoittaa tässä yhteydessä kaikkea kirjoitettua normistoa.⁶³

2.4 Kansainvälisen oikeuden luomat reunaehdot

Suomi on solminut useita Kansainvälisen työjärjestön (ILO) yleissopimuksia sekä sitoutunut kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, jonka vuoksi ne on saatettu Suomessa voimaan lailla eli ne ovat oikeudellisesti sitovia kansallisella tasolla. Kansainvälisten sopimusten vuoksi esimerkiksi Suomen syrjintää koskeva lainsäädäntö pohjautuu kansainvälisiin ihmisoikeus- ja työoikeussopimuksiin sekä yhteisöoikeuteen.⁶⁴ Sen vuoksi on tärkeää tutkia niidenkin sisältöä

⁶⁰ HE 19/2014 vp, s. 69.

⁶¹ Ahtela 2004, s. 101.

⁶² Lindstedt 2010, s. 151.

⁶³ Koskinen – Kulla 2019, s. 24.

⁶⁴ Rask 2009, s. 73.

tämän tutkimuksen lähtökohdista. Yhdenvertaisuuden ja positiivisen erityiskohtelun kannalta tärkeimpiä kansainvälisiä sopimuksia ovat kansalaisyhteisöoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (KP-sopimus, SopS 8/1976), Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 63/1999) sekä Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva YK:n yleissopimus (SopS 68/1986).⁶⁵ Myös Euroopan unionin perusoikeuskirja (perusoikeuskirja, EYVL C 364 18.12.2000) on olennaista ottaa huomioon.

Syrjinnän kieltäminen ja ihmisten tasa-arvoinen kohtelu ovat unionin oikeuden tärkeimpiä lähtökohdita. Unionin oikeudessa on erityisesti kiinnitetty huomiota yhdenvertaiseen oikeuteen päästä virkoihin sekä nimitysperusteiden syrjimättömyyteen.⁶⁶ Ihmisoikeussopimusten tärkeä tarkoitus on se, että ihmisiä ei saa kohdella eriarvoisesti sellaisista syistä, joihin he eivät pysty itse vaikuttaa.⁶⁷ Tästä hyvänä esimerkkinä toimii yhteisöjen tuomioistuimen tapaus Kreil (C-285/98), jossa ennakkoratkaisukysymys on esitetty asiassa, joka koskee sitä, että kantajaa ei oltu otettu palvelukseen liittovaltion armeijan varikkoon, koska hän on nainen. Tapauksessa on korostettu naisten yhtäläistä mahdollisuutta miesten kanssa päästä sotilasuralle ja todettiin valtion toimineen asiassa väärin.

Syrjinnästä säännellään monissa sopimuksissa ja laeissa. KP-sopimuksen 26 artikla määrää, että lain tulee kieltää kaikki syrjintä ja taata kaikille henkilöille yhtäläinen ja tehokas suojele syrjintää vastaan. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artikla kieltää myös kaikenlaisen syrjinnän. Euroopan unionin toiminnasta tehdyssä sopimuksessa (SEUT) syrjintä kielletään 10 artiklassa. Jokaisessa sopimuksessa syrjinnän kieltä koskeva artikla on lähes samansisältöinen.

Yhdenvertaisuus virkoihin nimittämisessä ja sitä kautta positiivisen erityiskohtelun sääntelyä on nähtävissä kansainvälisessä oikeudessa ja sopimuksissa. KP-sopimuksen 25 artiklan c kohdan mukaan jokaisella kansalaisella tulee olla oikeus ja mahdollisuus päästä yhdenvertaisina maansa julkisiin virkoihin. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 157 artiklan 4 kohta mahdollistaa jäsenvaltion toteuttamaan sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista, jotta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä. Positiivinen erityiskohtelu lisättiin Amsterdamin sopimuksella Euroopan unionin perustamissopimuksen (SopS 55/1999) 141 artiklan 4 kohtaan. Sen mukaan tasa-arvon toteutumiseksi työelämässä tasa-arvoisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita toteuttamasta

⁶⁵ Koskinen – Kulla 2019, s. 29–30.

⁶⁶ Koskinen – Kulla 2019, s. 31.

⁶⁷ Rask 2009, s. 77.

sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista. Perusoikeuskirjan 23 artiklan 2 kohdassa säädetään positiivisista erityistoimista. Sen mukaan positiivisten erityistoimien käyttämistä ei ole rajattu pelkästään työelämään.

Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva YK:n yleissopimus yleisti positiivisen erityiskohtelun käsitettä maailmalla.⁶⁸ Suomeenkin säännös saapui tätä kautta, eikä Suomen oman perinteen myötä.⁶⁹ Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva YK:n yleissopimuksen 4 artiklan 1 kohta antaa positiiviselle erityiskohtelulle mahdollisuuden. Sen mukaan sopimusvaltioiden hyväksymiä väliaikaisia erityistoimia tosiasiallisen tasa-arvon toteutumisen jouduttamiseksi ei katsota syrjinnäksi. Saman artiklan kohdan mukaan, erityistoimet eivät kuitenkaan missään tapauksessa saa johtaa eriarvoisten tai erillisten normien ylläpitämiseen, mikä tarkoittaa, että näistä toimenpiteistä tulee luopua, kun yhtäläisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun päämäärät on saavutettu. Yleissopimus velvoittaa sopimusvaltioita ryhtymään kaikkiin sellaisiin asianmukaisiin keinoihin, joilla naisiin kohdistuva syrjintä voidaan poistaa, kunnes tosiasiallinen tasa-arvo on saavutettu.⁷⁰

Yhteisöoikeuden tasolla on säädetty positiivisesta erityiskohtelusta. Sen perustana on nähtävissä neuvoston direktiivi (76/207/ETY) miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa (kumottu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2006/54/EY: miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa).⁷¹

On olennaista ymmärtää positiivisen erityiskohtelun oikeudellisten reunaehtojen näkökulmasta, että vaikka yhteisöoikeus sääntelee positiivisesta erityiskohtelusta, se ei velvoita jäsenmaita kyseisiin toimiin kansallisella tasolla. Yhteisöoikeus vain mahdollistaa positiivisen erityiskohtelun soveltamisen. Tämä on hyvä huomata siitäkkin näkökulmasta mitä aikaisemmin tässä tutkimuksessa pohdittiin siitä, että kansallisella tasolla on kuitenkin velvollisuus sen soveltamiseen ainakin osittain välillisesti.⁷² Yhdistyneiden kansakuntien (YK) KP-sopimusta valvoo YK:n ihmisoikeuskomitea. Se on antanut vuonna 1989 yleiskommentin (n:o 18), jonka

⁶⁸ Ahtela 2004, s. 98.

⁶⁹ Nieminen 2019, s. 581.

⁷⁰ HE 195/2004 vp, s. 37.

⁷¹ Ahtela 2004, s. 98.

⁷² Ahtela 2004, s. 99.

kohdassa 10 on todettu yhdenvertaisuusperiaatteen voivan toisinaan edellyttää valtion ottavan käyttöön positiivisen erityiskohtelun, jos sen avulla voidaan vaikuttaa syrjintään ja sen taustalla oleviin syihin.⁷³ Tämänkin kommentin perusteella on nähtävissä ikään kuin välillisesti velvollisuus ottaa käyttöön positiivinen erityiskohtelu, jos joissain tapauksissa syrjintä on mahdollista.

Yhteisöoikeuden sääntelyä ei voida kansallisella tasolla ylittää, mutta erityiskohtelun sääntelyä on mahdollista säännellä tiukemmaksi.⁷⁴ Tästä hyvänä esimerkkinä toimii jo luvussa 2.3 esitetty yhteisöjen tuomioistuimen Kalanke-tapaus (C-450/93), jossa yhteisöoikeuden sääntely ylitettiin kansallisella tasolla, jolloin toimet tuomittiin.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on antanut paljon päätöksiä positiiviseen erityiskohteluun liittyen. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö ei ole kuitenkaan luonut oikeusohjeita Suomen virkanimitysten kannalta merkittävällä tavalla. Sen kannanotoissa ja ratkaisuissa kuitenkin on päädytty aliedustetun eli vähemmistöä edustavan henkilön erityiskohteluun virkanimityksissä, kun kyseessä on kaksi yhtä pätevää hakijaa, vaikkakin näissä tapauksissa aliedustettuna on ollut nainen, ei esimerkiksi maahanmuuttaja.⁷⁵

⁷³ YK:n ihmisoikeuskomitea, yleiskommentti nro. 18, k. 10.

⁷⁴ Ahtela 2004, s. 99.

⁷⁵ Ahtela 2004, s. 99.

3 POSITIIVINEN ERITYISKOHTELY VIRANTÄYTTÖMENETTELYSSÄ

3.1 Nimitysvalta ja viranhakumenettelyn vireillepano

Suomen perustuslain (731/1999) 126 §:n mukaan valtioneuvosto nimittää virkamiehet valtion virkoihin, jollei siitä ole säädetty tasavallan presidentin, ministeriön tai muun viranomaisen tehtäväksi. Ministeriöiden nimitysvallasta säädetään erikseen. Valtioneuvosto on antanut asetuksen jokaisesta ministeriöstä erikseen. Kyseisissä asetuksissa on annettu kullekin ministeriölle toimivalta nimittää oman hallinnonalansa virkoihin sopivat virkamiehet. Eli kukin ministeriö huolehtii itse omien virkojensa nimitykset annetun nimitysvallan perusteella.

Nimittävä viranomainen panee vireille viranhakumenettelyn. Viranhakumenettelyyn liittyy oikeudellista sääntelyä ja hakuilmoitukseenkin liittyy muodollisuus kriteerejä. Valtion virkamieslain (750/1994) 6a §:n mukaan valtion virat on ilmoitettava julkisesti haettaviksi ennen niiden täyttämistä ja hakuilmoitukset on julkaistava valtakunnallisesti. Julkisuudella tavoitellaan mahdollisimman päteviä ja sopivia hakijoita, ja toisaalta edistetään avoimuutta, uskottavuutta ja hakijoiden oikeusturvaa. Hakuilmoituksessa on ilmoitettava Valtion virkamieslain 6 c §:n mukaan viran tehtävät, kelpoisuusvaatimukset, hakuajan päättymisaika, viranomaisen, jolle hakemus osoitetaan sekä myös muut sellaiset seikat, jotka vaikuttavat kelpoisuuden arviointiin, kuten kielitaito.⁷⁶

Virantäyttömenettelyn tulee olla valtion virkamieslain (750/1004) 11 §:n mukaan tasapuolinen. Sen lisäksi menettelyn tulee olla avoin ja hakijoita tulee kohdella yhdenvertaisesti. Tässä yhteydessä tasapuolisuudella tarkoitetaan yhdenvertaisuuden turvaamista koskevan hallituksen esityksen HE (269/2002) mukaan tasapuolisuusvaatimuksen toteuttamista virkasuhteessa. Se tarkoittaa, ettei virkamiestä saa perusteettomasti asettaa eri asemaan muihin verrattuna.⁷⁷ Virkamieslain esitöissä HE (291/1993) tarkennetaan kuitenkin, että 11 §:ssä säännelty virkamiesten tasapuolisen kohtelun periaatetta tulee noudattaa myös virkanimityksissä.⁷⁸

Ennen hakuilmoituksen julkaisemista on positiivisen erityiskohtelun mahdollisesta soveltamisesta päätettävä. On asianmukaista ilmaista positiivisen erityiskohtelun

⁷⁶ Mäenpää 2023, s. 1292–1293.

⁷⁷ HE 269/2002 vp, s. 10.

⁷⁸ HE 291/1993 vp, s. 33.

soveltamisesta jo työpaikkailmoituksessa, josta työnhakijat voivat huomata sen.⁷⁹ Tämä tarkoitetaan sitä, että päätös on tehtävä ennen nimitysprosessin aloittamista. Se toteuttaa vaadittua suunnitelmallisuutta, etukäteen päättämistä ja ilmoittamista hakuilmoituksessa. Positiivisen erityiskohtelun mahdollistaminen vaatii toimenpiteitä siis jo heti viranhakuprosessin alkuvaiheessa. Positiivisen erityiskohtelun soveltaminen on mahdollista jo arvioitaessa saapuneita hakemuksia.⁸⁰

3.2 Kelpoisuusvaatimukset

Virantäytössä on suoritettava ansiovertailu hakijoiden välillä, mikä tarkoittaa sitä, että viran täyttämässä tavoitellaan pätevintä mahdollista henkilöä, joka nimitetään virkamieheksi julkisyhteisön virkaan tai virkasuhteeseen.⁸¹ Valitun tulee täyttää kelpoisuusvaatimukset ja valintaa tehdessä näiden kriteerien valossa on arvioitava objektiivisesti pätevin hakija.⁸² Kelpoisuusvaatimusten täyttämiseen velvoittaa niin laki, kuin positiivisen erityiskohtelun soveltaminen.

Nimitysharkinnassa on siis arvioitava hakijoiden kelpoisuutta, joka voidaan jakaa muodolliseen kelpoisuuteen ja sopivuuteen. Muodollisen kelpoisuuden määräytyy normien perusteella ja sopivuutta arvioidaan lainsäädännön mukaisilla yleisillä nimitysperusteilla.⁸³ Kelpoisuusvaatimukset ovat virkaan nimitettävältä vaaditut vähimmäisvaatimukset. Ne muodostuvat yleisistä nimitysperusteista, yleisistä kelpoisuusvaatimuksista ja erityiskelpoisuusvaatimuksista.⁸⁴

Nimityksen yleisistä perusteista säädetään valtion virkamieslain 6 §:n mukaan Suomen perustuslaissa. Näitä kyseisiä perustuslain nimitysperusteita sovelletaan hakijoiden keskinäisessä vertailussa.⁸⁵ Yleiset nimitysperusteet on määritelty perustuslain 125.2 §:ssä ja ne ovat taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto. Taidolla tarkoitetaan tietoja ja taitoja, jotka on koulutuksella tai työkokemuksella hankittu. Kyky tarkoittaa henkilökohtaisia ominaisuuksia, jotka viittaavat tulokselliseen työskentelyyn. Tällaisia ominaisuuksia ovat luontainen

⁷⁹ Yhdenvertaisuusvaltuutetun opas 2023, s. 6.

⁸⁰ Ahtela 2004, s. 106.

⁸¹ Mäenpää 2023, s. 1299.

⁸² HE 269/2002 vp, s. 9–10

⁸³ HE 291/1993 vp, s. 6.

⁸⁴ Mäenpää 2023, s. 1291–1294.

⁸⁵ HE 269/2002 vp, s. 9–10.

lahjakkuus, järjestelykyky ja aloitteellisuus. Koeteltu kansalaiskunto tarkoittaa viran hoidon kannalta tärkeitä ansioita, jotka on saatu kansalaistoiminnassa. Koeteltu kansalaiskunto sisältää myös nuhteettoman käytöksen vaatimuksen.⁸⁶

Nimitysharkinnassa jokaisen hakijan osalta arvioidaan erikseen kelpoisuusvaatimukset.⁸⁷ Yleiset kelpoisuusvaatimukset ovat 18 vuoden ikä, suomen ja ruotsin kielitaito, nuhteettomuus, riippumattomuus ja luotettavuus. Valtion virkamieslain 8 §:n mukaan virkamieheksi nimitettävän on oltava 18 vuotta, mutta 15 vuotta voidaan nimittää, jos oppivelvollisuus on suoritettu ja nimittämistä voidaan pitää tehtävien asianmukaisen hoitamisen kannalta sopivana. Valtion virkamieslain 8 c §:n mukaan viranomaisen on nimitysharkinnassa huomioitava nimitettävän nuhteettomuus, tehtävien asianmukaisen hoitamisen vaarantavat sidonnaisuudet ja että nimitettävä toimii tehtävässään riippumattomasti ja luotettavasti. Nuhteettomuuden, riippumattomuuden ja luotettavuuden käsitteet on avattu hallituksen esityksessä HE (70/2017), jolla lisättiin valtion virkamieslakiin 8 c pykälä. Sen mukaan nuhteettomuudella tarkoitetaan henkilön rikkeetöntä toimintaa ja riippumattomuus tarkoittaa, ettei nimitetyllä saa olla taloudellisia- tai ulkomaansidonnaisuuksia, jotka voisivat altistaa tämän ulkopuoliselle painostamiselle tai vaikuttamiselle. Luotettavuudella viitataan nuhteettomuuteen ja riippumattomuuteen, mutta myös tehtävien rehelliseen ja lojaaliin hoitamiseen. Luotettavuuteen kuuluu myös tehtävien asianmukainen ja viivytyksetön hoitaminen sekä työjohto- ja valvontamääräysten noudattaminen.⁸⁸

Erietyiset kelpoisuusvaatimukset, jotka vaaditaan johtotason virkoihin, ovat tutkinto tai opinnäyte, käytännön kokemus ja perehtyneisyys sekä eräissä julkisen vallan käytön omaavissa viroissa Suomen kansalaisuus.⁸⁹ Valtion virkamieslain 8 §:n mukaan erityisiin kelpoisuusvaatimuksiin kuuluu ylempi korkeakoulututkinto, tehtävän edellyttämä monipuolinen kokemus ja käytännössä osoitettu johtamistaito ja johtamiskokemus. Hallituksen esityksen HE (298/2014) mukaan ylempi korkeakoulututkinto määrittelee vaadittavan koulutuksen tason ylimmältä virkamiesjohtolta. Monipuolisella kokemuksella viitataan työkokemukseen erilaisissa tehtävissä ja eri organisaatioissa. Vaatimuksen täyttymistä harkitaan täytettävänä olevan viran tehtävien kannalta ja sen voidaan arvioida tuovan etua viran menestykselliselle hoitamiselle. Kokemusta tulee olla useammasta kuin yhdestä tehtävästä tai

⁸⁶ HE 1/1998 vp, s. 180.

⁸⁷ HE 269/2002 vp, s. 9–10.

⁸⁸ HE 70/2017 vp, s. 20–21.

⁸⁹ Mäenpää 2023, s. 1294.

organisaatiosta. Käytännössä osoitetun johtamistaidon tarkoituksena on varmistaa, että henkilö on käytännössä osoittanut hallitsevansa johtamisen valmiudet. Johtamiskokemus syntyy vain johtamis- ja esimiestehtävässä.⁹⁰

Yleisiä nimitysperusteita täytyy tulkita yhdessä asianomaisen viran yleisten ja erityisten kelpoisuusehtojen kanssa, joihin liittyen on huomioitava myös viran nimi ja tehtäväpiiri sekä virkaan kuuluvat konkreettiset työtehtävät.⁹¹

3.3 Ansiovertailu, harkintavalta ja nimityspäätös

Kelpoisuusvaatimusten täytyttyä nimitysharkinnan yhteydessä viranomaisen on tehtävä hakijoiden välillä kirjallinen ja tasapuolinen ansiovertailu. Ansiovertailussa huomioidaan hakijoiden koulutus, työkokemus ja muut ansioihin lukeutuvat haettavan tehtävän kannalta merkitykselliset tehtävät, jotta parhaiten ansioitunut voidaan löytää. Vertailun tulee olla johdonmukaista ja tasavertaista, ja siinä tulee ottaa huomioon yleiset nimitysperusteet, kelpoisuusvaatimukset, viran tehtävä sekä hakuilmoituksen vaatimukset. Positiivista erityiskohtelua ei voida soveltaa tilanteeseen, jossa tasapuolista vertailua ei ole tehty ollenkaan. Positiivista erityiskohtelua voidaan soveltaa vain tilanteessa, jossa vertailun tuloksena löytyy esimerkiksi kaksi hakijaa, joilla on samat ansiot, mutta toinen heistä edustaa vähemmistöryhmää. Eli edelleen virantäyttö tilanteissakin haetaan parasta hakijaa ja osaamisella on valtava merkitys. Ansiovertailu on siis kaksivaiheinen. Hakijan on ensin täytettävä kelpoisuusvaatimukset ennen varsinaista ansiovertailua. Siksi kelpoisuusvaatimukset voidaan nähdä edellytyksenä positiivisen erityiskohtelun soveltamiselle, koska ne ovat edellytys ansiovertailulle.⁹²

Virkamiesoikeudessa tyypillistä on laaja harkintavalta erityisesti virkanimityksissä. Sen vuoksi hallinnon oikeusperiaatteilla on suuri merkitys virkamiesoikeudessa ja sitä kautta myös virkanimityksissä.⁹³ Merkitys on suuri, koska oikeusperiaatteet ohjaavat viranomaisen harkintavaltaa.⁹⁴ Harkintavaltaa rajoittavat hallinnon oikeusperiaatteet, jotka sisältyvät hallintolain (434/2003) 6 §:ään. Hallinnon oikeusperiaatteita ovat yhdenvertaisuus,

⁹⁰ HE 298/2014 vp, s. 27–29.

⁹¹ HE 1/1998 vp, s. 180.

⁹² Mäenpää 2023, s. 1299.

⁹³ Koskinen – Kulla 2019, s. 35.

⁹⁴ HE 72/2002 vp, s. 36.

tarkoitussidonnaisuus, puolueettomuus, suhteellisuus ja luottamuksensuoja. Näistä hallinnon oikeusperiaatteista nimitysharkintaa rajoittaa yhdenvertaisuus- ja puolueettomuusperiaate sekä harkintavallan väärinkäytön kieltö.⁹⁵ Oikeusperiaatteiden noudattaminen mahdollistaa hyvän hallinnon toteutumista.⁹⁶

Harkintavallan väärinkäyttö tarkoittaa hallinnon oikeusperiaatteiden rikkomista.⁹⁷ Yhdenvertaisuusperiaatetta on käsitelty jo koko tutkielman ajan ja puolueettomuus- eli objektiviteettiperiaatetta käsiteltiin luvuissa 2.3 ja 3.2, joissa se ilmeni työhakemusten ja hakijoiden objektiivisena vertailuna. Siten kyseiset periaatteet vaikuttavat harkintavaltaan ja edelleen virantäyttöprosessiin. Tarkoitussidonnaisuutta käsiteltiin luvussa 2.2, jossa erityistoimenpiteiden tulee olla tarkoituksenmukaisia ja suhteellisuusperiaate liittyy erityistoimien oikeaan suhteeseen tavoiteltuun päämäärään nähden luvussa 2.3.

Harkintavaltaa käytettäessä on noudatettava perustuslain 2.4 §:n lainalaisuuden ja lakisidonnaisuuden periaatteita. Kyseiset periaatteet tarkoittavat säännöksen mukaan, että julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin ja kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Päätöksenteossa on huomioitava myös hallintotoimintaa yleisesti koskevat oikeudelliset velvoitteet, kuten perus- ja ihmisoikeudet, Euroopan unionin oikeus ja hallinnon oikeusperiaatteet. Vakiintunut oikeus- tai ratkaisukäytäntö saattaa myös tosiasiallisesti vaikuttaa harkintavaltaan. Harkintavaltaan vaikuttaa myös perustuslain 6.2 §:n yleinen syrjäntäkieltö, joka sisältyy myös yhdenvertaisuuslakiin (1325/2014) sekä lakiin naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (609/1986). Viranomaisen ei saa syrjiä eikä suosia hakijoita.⁹⁸

Valtion virkaan nimitetään henkilö yleensä suorana nimityksenä, jolloin menettely on yksivaiheinen, mutta nimityspäätöstä voi myös edeltää esitys tai lausunto, jonka tekee asianomainen viranomaisen sille ministeriölle, jonka käsiteltäviin asioihin asia kuuluu ja jolloin menettely onkin kaksivaiheinen. Jos nimitys on yksivaiheinen, virka ilmoitetaan haettavaksi ja viranomaisen päättää itse nimityksestä, niin kuin tässä tutkielmassa on käsitelty. Viranomaisen, joka nimityksen tekee ei ole sidottu siihen kannanottoon, joka esityksessä on tehty, vaan tämä voi valita hakijoista parhaan käyttäen omaa harkintavaltaansa.⁹⁹ Jos nimitys toteutetaan

⁹⁵ Mäenpää 2023, s. 523–1300.

⁹⁶ Rautiainen 2019, s. 97.

⁹⁷ Rautiainen 2019, s. 98.

⁹⁸ Mäenpää 2023, s. 522–1299.

⁹⁹ Mäenpää 2023, s. 1301.

kaksivaiheisesti valtion virkamiesasetuksen (971/1994) 9 §:n mukaan nimittäjänä toimii tasavallan presidentti, valtioneuvosto tai ministeriö.

Kun prosessissa on päädytty vaiheeseen, jossa varsinainen nimityspäätös tehdään, hakijajoukko on karsiutunut ansiovertailun ja kelpoisuusvaatimusten perusteella ja jäljellä olevia hakijoita saattaa silti olla enemmän kuin yksi. Tässä tilanteessa nimitysvallan omaava virkamies käyttää harkintavaltaansa päätöksen tekemisessä. Jos hakijoista ei voida valita parhaiten ansioitunutta, joka on virantäyttömenettelyn päätavoite, viranomaisen on käytettävä harkintavaltaansa. Tässä tilanteessa on mahdollista käytännössä soveltaa positiivista erityiskohtelua. Kuten edellytykset kuitenkin vaativat, jonkun hakijan on oltava huonommassa asemassa nimitysharkinnan näkökulmasta. Jos joukosta löytyy edellytykset täyttävä hakija, positiivinen erityiskohtelu voidaan toteuttaa käytännössä ja nimityspäätös on sen perusteella selvä.

Päätöksenteon jälkeen, kun nimitettävä on valittu virkaan, valinnalle on muodostettava asianmukaiset perustelut. Hallintolain 45 §:n mukaan päätös on perusteltava ja siinä on ilmoitettava, mitkä seikat ja selvitykset ovat vaikuttaneet ratkaisuun sekä mainittava sovelletut säännökset. Positiivista erityiskohtelua sovellettaessa perusteluissa on hyvä mainita yhdenvertaisuuslain 9 §, koska tässä tapauksessa se perustelee nimitysvalintaa.

Nimitetty saa nimityskirjan ja hallintolain 54 §:n mukaan se on annettava tiedoksi myös muulle tiedossa olevalle, jolla on oikeus hakea siihen oikaisua tai muutosta valittamalla. Virkaan valitsematta jäänyt voi valtion virkamieslain 59 §:n mukaan riitauttaa päätöksen perustelut ja esittää selvitystä, jonka mukaan hän on ansioituneempi kuin virkaan valittu. Tässä tilanteessa syntyy syrjintäoletta. Viranomaisen voi kumota syrjintäolettan osoittamalla päätöksen oikeellisuus, jolloin hän on todistanut, ettei syrjintää ole virantäytössä tapahtunut. Positiivisen erityiskohtelun soveltamisen tilanteessa syrjintäoletta poistuu yhdenvertaisuuslain 9 §:n perusteella, koska siinä kyseisen toimen ei katsota olevan syrjintää.¹⁰⁰

Loppujen lopuksi on muistettava, että vaikka työpaikkailmoituksessa ilmoitetaan positiivisen erityiskohtelun mahdollisesta soveltamisesta, se ei tarkoita sitä, että sitä tullaan automaattisesti käyttämään. Ilmoituksen maininta ei tarkoita, että vähemmistön edustaja valitaan, vaan sitä, että edellä kuvatussa tasaväkisessä tilanteessa sitä voidaan käyttää. Tämä tarkoittaa, että siitäkin huolimatta joukon paras hakija valitaan, riippumatta vähemmistön edustavuudesta työnhaussa.

¹⁰⁰ Mäenpää 2023, s. 1302.

Työpaikkailmoituksen maininta ikään kuin luo soveltamiselle mahdollisuuden, jos tilanne on sille suotuisa, mutta positiivisen erityiskohtelun soveltamisen edellytykset on silti täytyttävä.

4 JOHTOPÄÄTÖKSET

Tämän tutkimuksen tavoitteena oli selvittää yhdenvertaisuuslain (1325/2014) 9 §:ssä säännellyn positiivisen erityiskohtelun mahdollisuutta valtion virkanimityksissä, sitä koskevien erilaisten oikeuslähteiden avulla. Päättökysymyksenä oli se, millaisia oikeudellisia reunaehtoja voimassa oleva oikeus asettaa positiiviselle erityiskohtelulle ja mitä oikeusvaikutuksia siitä seuraa valtion virkanimityksissä, kun positiivista erityiskohtelua aiotaan prosessissa soveltaa. Tutkielmassa pyrittiin myös vastaamaan siihen, mitä kaikkea tulee ottaa huomioon virkanimitys prosessissa siinä tilanteessa, kun positiivista erityiskohtelua aiotaan käyttää ja mikä on viranomaisen rooli tässä kontekstissa viranomaisen oikeudellisten velvollisuuksien näkökulmasta.

Tutkimuksen avulla löytyi paljon lainsäädäntöä, jossa joko positiivisesta erityiskohtelusta säännellään suoraan tai siihen viitataan. Sitä koskevaa lainsäädäntöä löytyy niin kansallisesta, kansainvälisestä kuin yhteisöläinsäädännöstäkin. Tämän sääntelyn ja muun oikeudellisen kirjallisuuden avulla löytyi paljon oikeudellisia edellytyksiä ja reunaehtoja siitä, mitä positiivisen erityiskohtelun käyttämiseen liittyy. Sääntely ei kuitenkaan ole yhtään sen tarkkarajaisempaa, kuin mitä suoraa yhdenvertaisuuslain 9 §:ssä on nähtävissä, vaan edellytykset vaativat edelleen vahvaa soveltamista ja tulkintaa. Näiden oikeudellisten reunaehtojen avulla on kuitenkin helpompi rajata positiivista erityiskohtelua verrattuna siihen, mitä pelkkä yhdenvertaisuuslain 9 § sääntelee itsessään.

Kansallisella tasolla positiivisesta erityiskohtelusta säädetään suoraa yhdenvertaisuuslain 9 §:ssä ja laissa naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (tasa-arvolaki, 609/1986) pykälässä 9. Se lisäksi siihen viitataan muun muassa Suomen perustuslain (731/1999) esitöissä (309/1993) ja tasa-arvolain kolmessa esityössä HE (90/1994), HE (195/2004) sekä HE (57/1985).

Kansainvälisellä tasolla positiivisesta erityiskohtelusta säädetään suoraa neuvoston syrjintädirektiivissä (2000/43/EY), työsyryntädirektiivissä (2000/78/EY), kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevassa YK:n yleissopimuksessa (SopS 68/1986), Euroopan unionin toiminnasta tehdyssä sopimuksessa, Amsterdamin sopimuksella muutetussa Euroopan unionin perustamissopimuksessa (SopS 55/1999), Euroopan unionin perusoikeuskirjassa (EYVL C 364) sekä neuvoston direktiivissä 2006/54/EY.

Kansallisista ja kansainvälisistä laeista, sopimuksista, lainvalmisteluaineistoista ja muista oikeudellisista lähteistä löytyi monia kriteerejä, joiden tulee täytyä positiivisen erityiskohtelun käytön yhteydessä. Ensinnäkin kohtelua voi toteuttaa vain sellaisen ryhmän edustajaan, joka on heikommassa asemassa muihin nähden syrjinnän vuoksi. Tähän liittyy myös se, että tavoitteena tulee olla tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen tai syrjinnän poistaminen. Sen lisäksi esimerkiksi työnhaussa sitä ei voida soveltaa, ellei objektiivista ansiovertailua suoriteta. Toimien tulee olla etukäteen päätettyä, suunniteltua sekä väliaikaista, eikä ne saa olla automaattisia toimia. Toimet eivät saa aiheuttaa suosintaa ja toimenpiteiden on oltava tehokkaita. Nämä edeltävät kriteerit ovat paljon selvärajaisempia soveltaa, kuin positiiviselta erityiskohtelulta myös edellytettävät oikeasuhtaisuuden, tarkoituksenmukaisuuden, hyväksyttävyyden, oikean laajuuden, tarpeellisuuden ja aiheenmukaisuuden vaatimukset. Nämä vaativat edelleen vahvaa tulkintaa ja soveltamista.

Oikeuskäytäntöä positiivisen erityiskohtelun soveltamisesta virkanimityksissä ei kansallisella tasolla ole paljoa, mutta kansainväliseltä tasolta löytyy tapauksia. Säännöstä ei siis sovelleta kansallisella tasolla mittavasti ja se vähäinen oikeustapausten määrä mitä löytyy, ei koske virkanimityksiä tai maahanmuuttajia. Kansainväliseltä tasolta sen sijaan löytyy oikeustapauksia, joissa positiivista erityiskohtelua on käsitelty nimenomaan virkanimityksissä.

Tutkimuksessa käsitellyistä oikeustapauksista voidaan nostaa muutamia huomioita oikeudellisten reunaehtoien kannalta tärkeistä asioista. Kouvolan hallinto-oikeus on esimerkiksi lausunut erään tapauksen (10/0466/1) yhteydessä, että jokin syy voi oikeuttaa hakijan positiiviseen erityiskohteluun, mutta velvollisuutta siihen ei ole. Tämä viittaa hyvin paljon tällä tutkimuksella havaittuun positiivisen erityiskohtelun luonteeseen, koska siihen ei suoranaisesti velvoita mikään säännös. Kaikki siitä säädetyt säännökset mahdollistavat sen käytön, kuitenkin melko tiukoilla ehdoilla ja korkealla kynnyksellä, mutta mikään säännös ei itsessään velvoita suoraa sen käyttöön missään tilanteessa. Yhtenä keskeisenä johtopäätöksenä on positiivisen erityiskohtelun sisältyminen vahvasti viranomaisen harkintavaltaan, jonka yhteydessä sen säätämällä on suurin merkitys.

Badeck-tapauksessa (C-158/97) automaattisen etusijan antaminen tuomittiin positiivista erityiskohtelua koskevien edellytysten rikkomisena. Tämä tuomio asettaa tiukan rajan automaation kiellolle. Abrahamsson-tapauksessa (C-407/98) asetus mahdollisti positiivisen erityiskohtelun virkojen täytössä niin pitkälle, että etusija voitiin antaa myös henkilölle, joka ei ollut yhtä ansioitunut kuin vastakkaista sukupuolta oleva hakija. Eli tuomio koski

ansiovertailun ja hakemusten objektiivisen vertailun vaatimusta, jossa niiden pois jättäminen ei ole mahdollista positiivisen erityiskohtelun yhteydessä. Yhteisöjen tuomioistuin lausui, että etusijan antaminen on mahdollista, kun hakijat ovat lähes tasaveroisia. Kalanke-tuomiossa (C-450/93) miehen ja naisen ollessa yhtä päteviä hakijoita, nainen saa automaattisen täydellisen ja ehdottoman etusijan, kun alalla naiset ovat aliedustettuja. Tuomioistuin lausui kansallisen lainsäädännön menneen pidemmälle, kuin yhtäläisten mahdollisuuksien edistäminen sallii. Tässäkin tapauksessa vahvistuu automaation kieltö ja sen lisäksi myös tilapäisten toimien vaatimus.

Osana virkanimitys prosessia positiivisen erityiskohtelun käyttöön liittyy muutamia seikkoja, jotka tulee ottaa huomioon ennen päätöksen tekoa. Eräitä asioita on otettava huomioon jo ennen koko rekrytoinnin aloittamista ja pitkin prosessia on noudatettava tiettyjä kriteerejä. On huomattava, että positiivista erityiskohtelua voidaan soveltaa monessakin virantäyttö prosessin vaiheessa.¹⁰¹

Jo ennen hakuilmoituksen julkaisemista on positiivisen erityiskohtelun mahdollisesta soveltamisesta suunniteltava ja päätettävä. Sen lisäksi asianmukaista on ilmaista positiivisen erityiskohtelun soveltamisesta jo työpaikkailmoituksessa. Varsinaisessa virantäyttöprosessissa viranomaisen on tehtävä hakijoiden välillä kirjallinen ja tasapuolinen ansiovertailu, jossa huomioidaan hakijoiden koulutus, työkokemus ja muut ansioihin lukeutuvat haettavan tehtävän kannalta merkitykselliset tehtävät. Vertailun tulee olla johdonmukaista ja tasavertaista, ja siinä tulee ottaa huomioon yleiset nimitysperusteet, kelpoisuusvaatimukset, viran tehtävä sekä hakuilmoituksen vaatimukset. Positiivista erityiskohtelua ei voida soveltaa tilanteeseen, jossa tasapuolista vertailua ei ole tehty ollenkaan. Virantäyttöprosessin loppuvaiheessa, johon mennessä kaikki prosessin vaiheet ja kriteerit on täytetty, on tehtävä päätös. Jos jäljellä on vieläkin useampi kuin yksi hakija, nimitysvallan omaava virkamies käyttää harkintavaltaansa päätöksen tekemisessä. Virkanimityksissä kyseinen harkintavalta on melko laaja. Jos hakijoista ei voida valita parhaiten ansioitunutta, joka on virantäyttömenettelyn päätavoite, viranomaisen on käytettävä harkintavaltaansa. Tässä tilanteessa on mahdollista käytännössä soveltaa positiivista erityiskohtelua. Kuten edellytykset kuitenkin vaativat, jonkun hakijan on oltava huonommassa asemassa nimitysharkinnan näkökulmasta. Sen vuoksi olennaisinta on huomata, että positiivista erityiskohtelua voidaan soveltaa vain tilanteessa, jossa vertailun tuloksena

¹⁰¹ Ahtela 2004, s. 106.

löytyy esimerkiksi kaksi hakijaa, joilla on samat ansiot, mutta toinen heistä edustaa vähemmistöryhmää.

Viranomaisella on velvollisuus edistää tasa-arvoa, kohdella kaikkia yhdenvertaisesti ja häntä koskee syrjinnän kieltö. Viranomaisia koskee Suomen perustuslain 22 §, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeudet. Tällä tutkimuksella on selvitetty viranomaisen velvollisuus välillisesti käyttää positiivista erityiskohtelua, koska säännös nähdään yhdenvertaisuuden edistämisen yhtenä elementtinä. Edellistä päätelmää vahvistaa se, että viranomaisella on velvollisuus pohtia oman toimintansa vaikutusta eri väestöryhmiin, arvioida yhdenvertaisuuden toteutumista sen omassa toiminnassa ja edistää yhdenvertaisuutta tarvittavilla toimenpiteillä. Tarvittavat toimenpiteet sisältävät myös positiivisen erityiskohtelun virkanimityksissä. Lisäksi viranomaisen tulee laatia yhdenvertaisuussuunnitelma etnisen yhdenvertaisuuden edistämiseksi, koska sen avulla on mahdollista parantaa maahanmuuttajien integroitumista yhteiskuntaan. Tämäkin seikka vahvistaa edellisiä havaintoja siitä, että toimiva keino tavoitteeseen nähden on positiivinen erityiskohtelu virkanimityksissä.

Viranomaisilla on yhdenvertaisuuden edistämisen ja sitä kautta positiivisen erityiskohtelun suhteen paljon vaikutusvaltaa ja siitä syystä heidät nähdäänkin asiassa edelläkävijöinä. Viranomaisella on siis suuri rooli myös positiivisen erityiskohtelun mahdollistajana sitäkin kautta, että sen käytännön soveltaminen tämän tutkimuksen perusteella linkittyy vahvasti hänen harkintavaltaansa, johon vain hän voi vaikuttaa.

Positiivinen erityiskohtelu on säännös, joka toimii poikkeuksena yhdenvertaisuusperiaatteesta tilanteessa, jossa yhdenvertainen samanlainen kohtelu ei riitä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi ja siksi se nähdäänkin viimeisenä keinona tasa-arvon edistämässä.¹⁰² Se on kansallisella tasolla mahdollistettu toimi, mutta säännökset siitä ei luo kenellekään suoraa velvoitetta sen soveltamiseen. Tästä syystä sitä ei myöskään käytetä virkanimityksissä kansallisella tasolla paljoa. Yhteisöoikeus sääntelee positiivisesta erityiskohtelusta, mutta sekään ei velvoita jäsenmaita kyseisiin toimiin kansallisella tasolla. Yhteisöoikeus samalla tavalla vain mahdollistaa positiivisen erityiskohtelun soveltamisen. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on antanut paljon päätöksiä positiiviseen erityiskohteluun liittyen, mutta se ei ole kuitenkaan luonut oikeusohjeita Suomen virkanimitysten kannalta olennaisella tavalla. Sen kannanotoissa ja ratkaisuissa kuitenkin on päädytty aliedustetun eli vähemmistöä edustavan

¹⁰² Ahtela 2004, s. 108.

henkilön erityiskohteluun virkanimityksissä, kun kyseessä on kaksi yhtä pätevää hakijaa, vaikkakin näissä tapauksissa aliedustettuna on ollut nainen, ei esimerkiksi maahanmuuttaja.

Positiiviseen erityiskohteluun kohdistuu vahvasti poliittisia ennakkoluuloja, mikä tekee sen soveltamisesta vaikeaa erityisesti maahanmuuttajien kohdalla, vaikka sille onkin lainsäädännöllinen oikeutus.¹⁰³ Positiivista erityiskohtelua on tämän tutkimuksen perusteella täysin mahdollista käyttää virkanimityksissä, jos vai tahtoa ja rohkeutta sen soveltamiseen on, koska jo edellä mainittu harkintavalta toimii sen pohjana. Tahtoa ja rohkeutta luulisi kuitenkin organisaatioista löytyvän jo pelkästään tarkoitussidonnaisuuden periaatteen näkökulmasta, sillä yhdenvertaisuuteen ja moninaiseen työyhteisöön positiivinen erityiskohtelu on yksi mahdollisuus.

Tämän tutkielman perusteella positiivisen erityiskohtelun soveltaminen ei vaikuta merkittäväällä tavalla organisaation moninaisuuden edistämiseen, koska sen vaikutukset rajautuvat lähinnä viimeiseen vaiheeseen eli nimityspäätökseen, johon liittyy hyvin tiukat edellytykset. Sen käyttäminen pidemmällä aikavälillä varmasti lisää eritaustaisten työntekijöiden määrää organisaatiossa, mutta lyhyemmällä aikavälillä sen vaikutukset eivät ole tiukkojen edellytysten vuoksi suuria. Virkanimitys prosessin yhdenvertaisuus näkökulmasta positiivinen erityiskohtelu voidaan kuitenkin nähdä merkittävänä toimenä. Pelkästään siitä ilmoittaminen työpaikkailmoituksessa voi lisätä eritaustaisia hakijoita hakemaan virkoihin, koska tällainen houkuttelee yhteiskunnan heikommassa asemassa olevia hakemaan, kun aito mahdollisuus päästä virkaan on olemassa ja hakijakokemukset ovat varmasti parempia. Tämä väistämättä myös kerää sellaisia ihmisiä hakemaan virkoihin, jotka arvostavat kyseistä arvoa, jolloin myös organisaation työnantajakuva paranee.

Edelleen on kuitenkin todettava, että positiivisen erityiskohtelun käyttöön liittyy liian laaja tulkinnanvaraisuus, jonka vuoksi sen toteuttaminen on haastavaa, eikä sitä osata tai uskalleta mittavasti käyttää. Tämän vuoksi sen soveltamisen mahdollisuutta tulisi lainsäädännön ja käytännön ohjeistuksen keinoin helpottaa, jotta sen käyttämisestä saataisiin tehokkaampaa. Sen seurauksena positiivisen erityiskohtelun vaikutukset väistämättä parantaisi yhdenvertaisuuden ja moninaisuuden saavuttamista. Olisiko tässä mahdollista ottaa mallia esimerkiksi kansainväliseltä tasolta, jossa tässäkin tutkimuksessa käytetyn oikeuskäytännön perusteella voidaan huomata, että siellä positiivisen erityiskohtelun soveltaminen on paljon vakiintuneempaa ja rohkeampaa verrattuna kansalliseen tasoon.

¹⁰³ Nieminen 2019, s. 605.