

TAMPEREEN YLIOPISTO

Johtamiskorkeakoulu

Anna Karpakka

POSITIIVINEN ERITYISKOHTELU TOSIASIALLISEN
YHDENVERTAISUUDEN TOTEUTTAJANA

Pro gradu -tutkielma

julkisoikeus

Tampere 2013

Tampereen yliopisto

Johtamiskorkeakoulu

KARPAKKA, ANNA: Positiivinen erityiskohtelu tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttajana

Pro gradu -tutkielma, IX + 77 sivua

Julkisoikeus

Marraskuu 2013

Tämän pro gradu -tutkielman aiheena on positiivinen erityiskohtelu tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttajana. Tutkielman keskiössä on yhdenvertaisuuslain (21/2004) 7 §:n 2 momentti, joka säätelee, että kyseinen laki ei estä sellaisia erityistoimenpiteitä, joiden tavoitteena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttaminen syrjinnästä johtuvien haittojen estämiseksi tai lievittämiseksi.

Tutkin, miten positiivisesta erityiskohtelusta on säädetty lainsäädännössä sekä miten sitä on tulkittu oikeuskäytännössä sekä oikeuskirjallisuudessa. Tarkoitukseni on näiden kautta löytää vastaus siihen, mitä positiivinen erityiskohtelu on. Tutkielma on luonteeltaan oikeusdogmaattinen ja tarkoitukseni on selvittää tietyn oikeussäännöksen sisällön tulkintaa. Oikeuskirjallisuuden osalta olen tukeutunut vahvasti muun muassa Christopher McCruddenin, Colm O’Cinneiden, Lisa Waddingtonin ja Mark Bellin näkemyksiin positiivisesta erityiskohtelusta.

Positiivisesta erityiskohtelusta on myös julkisuudessa esitetty erilaisia näkemyksiä, mutta tutkimusaiheena se on jäänyt kohtalaisen vähälle huomiolle. Positiivista erityiskohtelua koskeva tutkimus on siis tarpeen, jotta se ei ymmärtämättömyyden vuoksi menetä keskeistä merkitystään tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistämässä.

Toisena näkökulmana pohdin tässä tutkielmassa, minkälaisia velvollisuuksia positiivinen erityiskohtelu voi lainsoveltajalle aiheuttaa – vai voiko ylipäätään minkäänlaisia. Tässä keskeisenä lähtökohtanani on positiivisen erityiskohtelun rooli tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisen välikappaleena sekä viranomaisten velvollisuus turvata perusoikeuksien toteutuminen.

Sisällysluettelo

LÄHTEET.....	IV
OIKEUSTAPAUKSET.....	VIII
1. JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuksen taustaa	1
1.2 Tutkimuskysymys ja sen rajaus	4
1.3 Tutkimuksen metodi ja lähdeaineisto	7
1.4 Rakenne.....	9
2. POSITIIVISEN ERITYISKOHTELUN LÄHTÖKOHDISTA	12
2.1 Perusoikeudet	12
2.2 Yhdenvertaisuus	18
2.3 Positiivinen erityiskohtelu	21
3 POSITIIVINEN ERITYISKOHTELU	24
3.1 Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaja	24
3.2 Ilmenemismuodot	26
3.3 Positiiviselle erityiskohtelulle asetetut rajoitukset	34
3.3.1 Lainsäädännön ja yhdenvertaisuutta koskevan oikeuskäytännön asettamat rajoitukset ...	34
3.3.2 Tasa-arvoa koskevista oikeustapauksista johdettavissa olevat rajoitukset	38
4 MUUT KEINOT TOSIASIALLISEN YHDENVERTAISUUDEN EDISTÄMISEKSI	42
4.1 Syrjintää vastaan taistelemassa	42
4.2 Positiiviset velvollisuudet ja valtavirtaistaminen	47
4.3 Sosiaalipoliittiset toimenpiteet	51
4.4 Vammaisia henkilöitä koskevat mukauttamisvelvoitteet	53
5 VELVOLLISUUS VAI PELKKÄ TOIMIVALTA?	56
5.1 Moraalinen velvollisuus toteuttaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta	56
5.2 Julkisen vallan velvollisuus turvata perusoikeuksien toteutuminen.....	57
5.3 Velvoittavuuden tulkinta oikeuskäytännössä	63
6 JOHTOPÄÄTÖKSET	68

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria, Juva 1989

Ahtela, Karoliina – Bruun, Niklas – Koskinen, Pirkko K. – Nummijärvi, Anja – Saloheimo, Jorma: Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus, Helsinki 2006

Anderson, Terry H.: The pursuit of fairness, A history of affirmative action, New York 2004

Artemjeff, Panu: Mainstreaming equality: conceptual development and mainstreaming model of the Join In Project. Teoksessa Artemjeff, Panu – Henriksson, Kirsi: Mainstreaming equality and non-discrimination in theory and practice – experiences from the Join In Project, Helsinki 2006

De Schutter, Olivier: Positive action. Teoksessa Schiek, Dagmar – Waddington, Lisa – Bell, Mark: Cases, material and text on national, supranational and international non-discrimination law, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 757–896

Flynn, Leo: The implications of article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? Common market law review, vol 36, 1999, s. 1127–1152

Fredman, Sandra: Changing the norm: positive duties in equal treatment legislation, Maastricht journal of European and Comparative law, vol 12, 2005, s. 369–397

Hallberg, Pekka: Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet, 2. uudistettu painos, Helsinki 2011, s. 29–59

Hidén, Mikael: Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä. Teoksessa Perusoikeuden Suomessa, Helsinki 1999

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa, Tampere 2008

Karapuu, Heikki: Perusoikeuksien käsite ja luokittelu. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet, 2. uudistettu painos, Helsinki 2011, s. 63–87

Kumpuvuori, Jukka: Perusoikeuksien rajoittamisesta kehitysvamma palvelujen toteuttamisessa, Vammaisten Ihmisoikeuskeskus VIKE, Julkaisusarja nro 3, Vaasa 2009

Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus, Jyväskylä 2006

Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus I, *Lakimies* 5/2003, s. 751–788

Lavapuro, Juha: Uusi perustuslakikontrolli, Helsinki 2010

Lehtimaja, Lauri: Eduskunnan oikeusasiamies perus- ja ihmisoikeuksien valvojana, *Lakimies* 6-7/1999, s. 897–907

Lindstedt, Jukka: Syrjintä etnisen alkuperän perusteella. Teoksessa Eduskunnan oikeusasiamies 90 vuotta, 2010, s. 129–157

Länsineva, Pekka: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet, Jyväskylä 2002

Länsineva, Pekka: Perusoikeuksien kriittiset pisteet? *Lakimies* 2/2004, s. 274 – 285

Länsineva, Pekka: Perusoikeusliike. Teoksessa Hyttinen, Tatu – Weckström, Katja: Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta, Turku 2011

McCrudden, Christopher: Rethinking Positive Action, *Industrial Law Journal*, 15, 1986, s. 219–243

Makkonen, Timo: Equal in law, unequal in fact – Racial and ethnic discrimination and legal response thereto in Europe, Helsinki 2010

Miettinen, Tarmo: Laki yhdenvertaisuuden takeena. Teoksessa Juhlakirja Pentti Arajärvi 1948 – 2/6 – 2008, Joensuu 2008

Mäenpää, Olli: Eurooppalainen hallinto-oikeus, Hämeenlinna 2011

Nieminen, Liisa: Tasa-arvo Euroopan unionin perusoikeuskirjassa turvattuna perusoikeutena. Teoksessa Perusoikeudet EU:ssa, toim. Nieminen, Liisa, Jyväskylä 2001

O’Cinnéide, Colm: Positive action and the limits of existing law, *Maastricht Journal of European and comparative law*, 13, 2006, s. 351–364

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita, Helsinki 2010

Ojanen, Tuomas: Johdatus perus- ja ihmisoikeusjuridiikkaan, Helsinki 2009

Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö (PL 6 §). Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet, 2. uudistettu painos, Helsinki 2011, s. 227–280

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus, 5. uudistettu painos, Liettua 2012

Rees, Teresa: Mainstreaming equality in the European Union, London 1998

Strasser, Elisabeth – Gächter, August – Dzhengozova, Mariya: The Benefits of Positive Action. Thematic Discussion Paper. On behalf of the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) By the International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), Vienna 2008

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi, Vantaa 2000

Tuori, Kaarlo: Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt, Helsinki 2003

Uusitalo, Hannu: Tiede, tutkimus ja tutkielma. Johdatus tutkielman maailmaan, Juva 2001

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset, Vantaa 2001

Waddington, Lisa – Bell, Mark: More equal than others: Distinguishing European Union equality directives, *Common market law review*, vol 38, 2001, s. 587–611

Waddington, Lisa: Reasonable accommodation. Teoksessa Schiek, Dagmar – Waddington, Lisa – Bell, Mark: Cases, material and text on national, supranational and international non-discrimination law, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 629–756

Waddington, Lisa: Case C-303/06, S. Coleman vs. Attridge Law and Steve Law, Judgement of the Grand Chambre of the Court of Justice of 17 July 2008, *Common market law review*, vol 46, 2009, s. 665–681

Waddington, Lisa – Bell, Mark: Exploring boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity, *Common market law review*, vol 48, 2011, s. 1503–1526

Virallislähteet

HE 309/1993 Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta

HE 1/1998 Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi (uusi nimike: Suomen Perustuslaki, PeVM 10/1998 vp)

HE 44/2003 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta

COM(1999) 565 final, Proposal for a council directive establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation

COM(2008) 426, proposal for a council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation

Perustuslakivaliokunnan lausunto 3/1997

Perustuslakivaliokunnan lausunto 23/2012

Internet-lähteet

Helsingin Sanomien pääkirjoitus 9.6.2011

(http://www.hs.fi/paakirjoitus/artikkeli/Tasap%C3%A4ist%C3%A4minen+on+yksi+syriinn%C3%A4n+muoto/1135266766571/?cmp=tm_etu_paakirjoitus) (vierailtu viimeksi 23.1.2013)

Kielilakikomitean työryhmämuistio: Kansalliskielten historiallinen, kulttuurinen ja sosiologinen tausta, 2000. Kielilakikomitea, Työryhmämuistio, Oikeusministeriö

(<http://www.om.fi/uploads/zye6d9geom5.pdf>) (vierailtu viimeksi 23.1.2013)

Hallituksen esitys Eduskunnalla yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi – luonnos 12.4.2013

(http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf) (vierailtu viimeksi 15.9.2013)

OIKEUSTAPAUKSET

Ylimmät laillisuusvalvojat

Valtioneuvoston oikeuskanslerin ratkaisu 1162/1/96, 17.10.1997

Eduskunnan oikeusasiamiehelle tehty kantelu 649/4/02, 6.4.2004

Oikeusasiamiehen kannanotto 2839/4/03, 31.12.2004

Eduskunnan oikeusasiamiehelle tehty kantelu 1348/4/05, 24.10.2007

Eduskunnan oikeusasiamiehelle tehty kantelu 208/4/08, 16.6.2009

Eduskunnan oikeusasiamiehelle tehty kantelu 1461/4/10, 25.11.2011

Apulaisoikeusasiamiehen selvitys 3792/2/12, 9.10.2012

Tuomioistuimet

Kouvolan Hallinto-oikeus 10/0466/1

Ruotsin tuomioistuimet

Högsta Domstolen 2006:84

Euroopan unionin tuomioistuin

C-303/06 S. Coleman vs. Attridge Law and Steve Law, 17.7.2008

C-144/04 Werner Mangold vs. Rüdiger Helm, 22.11.2005

C-407/98 Katarina Abrahamsson ja Leif Anderson vs, Elisabet Fogelqvist, 6.7.2000

C-158/97 Georg Badeck ym. Hessische Ministerpräsidenten ja Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Ladens Hessen, 28.3.2000

C-450/93 Eckhard Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen, 17.10.1995

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Milanovic v. Serbia, 14.12.2010

Turan Cakir v. Belgia, 10.3.2009

Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ym. v. Itävalta, 31.7.2008

D.H. ym. v. Tšekki, 13.11.2007

Šečić v. Kroatia, 31.5.2007

Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta, 18.1.2001

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugali, 21.12.1999

Relating to certain aspects of the laws on the use of the languages in education in Belgium,
23.7.1968

1. JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen taustaa

Tämän pro gradu -tutkielman aiheena on positiivinen erityiskohtelu tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttajana. Uskaltaisin melkein väittää positiivisesta erityiskohtelusta säättävää yhdenvertaisuuslain (21/2004) 7 §:ää koko kyseisen lain tulkinnallisesti haastavimmaksi kohdaksi. Tästä syystä pidän sitä myös koko lain mielenkiintoisimpana kohtana. Positiivinen erityiskohtelu on silti hyvin vähän tutkittu aihe, vaikka poliittisessa keskustelussa aihe on kuitenkin esiintynyt viime vuosina useasti - esimerkiksi Perussuomalaisten eduskuntaryhmä nosti aihetta keskusteluun keväällä 2011¹. Itselleni positiivinen erityiskohtelu on jäänyt kuitenkin terminä hieman abstraktiksi enkä usko, että myöskään kaikki julkisuudessa tai muualla termiä käyttävät ovat lopulta täysin perillä siitä, mitä lopulta oikeasti on positiivinen erityiskohtelu. Tämän tutkielman tarkoituksena on konkretisoida sitä, mitä lainsoveltaja voi todellisuudessa tehdä, kun on kyse positiivisesta erityiskohtelusta.

Positiivinen erityiskohtelu nousi julkisen keskustelun kohteeksi keväällä 2011 Perussuomalaisten eduskuntaryhmän vaadittua sen lopettamista. Julistuksessaan he tuomitsivat kaiken etniseen taustaan, kieleen, uskontoon, kulttuuriin tai vastaavaan perustuvan syrjinnän tai suosimisen. Myös Kokoomusnuoret julkaisivat oman vetoomuksensa. Nämä ovat mielestäni hyviä esimerkkejä siitä, minkä takia positiivista erityiskohtelua koskeva tutkimus on tarpeellinen. Kuten Tuomas Ojanen Helsingin Sanomien vieraskynä-kirjoituksessaan² totesi, näillä julkilausumilla helposti vääristellään laissa säädettyjä syrjimättömyyden vaatimuksia – joko tietoisesti tai tiedostamatta. Monille lienee epäselvää, mitä positiivisella erityiskohtelulla oikeasti tarkoitetaan ja silloin tällaiset julkilausumat vain heikentävät sitä, mitä lailla on alun perin ollut tarkoitus saavuttaa. En usko, että monelle yhdenvertaisuutta paremmin tuntevallekaan on täysin ristiriidattomasti selvää, mitä kaikkea positiivinen erityiskohtelu pitää sisällään. Mielestäni aihetta koskeva

¹ ks. esim.

http://www.hs.fi/paakirjoitus/artikkeli/Tasap%C3%A4ist%C3%A4minen+on+yksi+syrjinn%C3%A4n+muoto/1135266766571/?cmp=tm_etu_paakirjoitus (vierailtu viimeksi 28.9.2013)

² ibid.

tutkimus on tarpeen, erityisesti siitä syystä, ettei positiivinen erityiskohtelu vääristelyn ja ymmärtämättömyyden vuoksi menetä merkitystään.

Positiivisen erityiskohtelun osalta riittää mielenkiintoisia rajanvetokysymyksiä. Voidaanko esimerkiksi ajatella, että yliopistojen kielikiintiöt ruotsin kielen osalta³ ovat positiivista erityiskohtelua? Vastaavasti onko saamen kielen erityisasema positiivista erityiskohtelua? Lasketaanko maahanmuuttajien kotouttamistoimenpiteet – esimerkiksi kielikoulutukset – tai vammaisten henkilöiden kuljetuspalvelut osaksi positiivista erityiskohtelua? Monet näistä voivat kuulostaa varsin pitkälle viedyiltä esimerkeiltä, mutta todellisuudessa pelkästään positiivisesta erityiskohtelusta säättävää säännöstä lukemalla ei saa kovin tyhjentävää vastausta siihen, minkälaiset toimet katsotaan kuuluvan positiiviseen erityiskohteluun. Tämä on myös oikeudellisesti relevanttia, sillä mikäli tietyt toimet katsotaan kuuluvan osaksi positiivista erityiskohtelua, sovelletaan niihin positiivista erityiskohtelua koskevia rajoituksia. Positiivinen erityiskohtelu on mahdollista vain, kun on olemassa hyväksytyt perustelut eri asemaan asettamiselle. Se ei siis ole automaattista eikä sen mahdollistamia toimenpiteitä pidä käyttää kevyesti. Positiivisen erityiskohtelun voidaan nähdä olevan poikkeuksellinen toimenpide, ja tällöin sen käyttökynnyskään ei voi olla aivan matala⁴.

Vaikka yhdenvertaisuudella on pitkä historia lainsäädännössämme, on se kuitenkin nykyisessä muodossaan suhteellisen tuoretta. Mahdollisuus positiiviseen erityiskohteluun on ollut jo perustuslaissa (731/1999),⁵ mutta kuitenkin yksityiskohtaisemmin yhdenvertaisuudesta on säädetty vasta yhdenvertaisuuslain myötä vuonna 2004. Näkisin tämän yhdenvertaisuuslain tuoreuden osasyynä siihen, miksi positiivinen erityiskohtelu on melko vähän tutkittu aihe. Jotta positiivisesta erityiskohtelusta ja sen mahdollisista rajanvetokysymyksistä voidaan uskottavasti käydä keskustelua, tarvitaan tueksi myös positiivista erityiskohtelua koskevaa tutkimusta. Tällä hetkellä siihen on erityisen suuri tarve.

Muodollisen määritelmän mukaan perusoikeudet ovat perustuslaissa turvattuja oikeuksia. Se, että ne ovat perustuslaissa turvattuja oikeuksia tarkoittaa, että niihin liittyy perustuslain korotetusta lainvoimasta johtuva erityinen pysyvyys ja oikeudellinen luonne.

³ Kielilakikomitean työryhmämuistio: Kansalliskielten historiallinen, kulttuurinen ja sosiologinen tausta 2000, s. 30.

⁴ Ojanen – Scheinin 2011, s. 249.

⁵ ks. HE 309/1993: ”Säännös ei estäisi tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua”.

Perusoikeuksien voidaan toisin sanoen ajatella olevan tietyllä tavalla jopa perustavaa laatua olevien arvojen ilmaisu, sillä esimerkiksi Suomessa perusoikeuksiin kiteytyy monia yhteiskunnan perusarvoja, jotka on haluttu kirjata näkyviin.⁶ Perusoikeuksista voidaan nähdä avautuvan näkökulma koko oikeusjärjestyksen ymmärtämiseen ja niiden voidaan katsoa olevan olennainen osa oikeusvaltion tunnusmerkkejä.⁷ Yhdenvertaisuus kuuluu perustuslaissa säädettyihin perusoikeuksiin. Perustuslain 6 §:ssä säädetään ”ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella”. Kansalaisten yhdenvertaisuus on ollut pitkään Suomen lainsäädännössä keskeisenä periaatteena ja siitä säädettiin jo vuoden 1919 hallitusmuodossa. Tuolloin yhdenvertaisuutta pidettiin kuitenkin ennen kaikkea lainsäätäjää velvoittavana lähtökohtana ja hallinto-oikeudellisena tulkintaperiaatteena. Vasta 1900-luvun jälkipuoliskolla alettiin säätää konkreettisempia, myös yksityisiä kansalaisia velvoittavia, syrjintäsäännöksiä.⁸ Vuonna 2004 voimaan tullessa yhdenvertaisuuslaissa säädetään yksityiskohtaisemmin yhdenvertaisuudesta. Yhdenvertaisuuslain tarkoituksena on sen 1 §:n mukaan edistää ja turvata yhdenvertaisuuden toteutumista sekä tehostaa syrjinnän kohteeksi joutuneen oikeussuojaa lain soveltamisalaan kuuluvissa syrjintätilanteissa. Myös yhdenvertaisuuslain 6 §:stä löytyy perustuslain vastaavan pykälän kanssa lähes identtinen syrjintäkielto.

Itseäni kiinnostavat perus- ja ihmisoikeudet erityisesti niiden koko oikeusjärjestelmämme leikkaavan luonteen vuoksi. Näen perusoikeuksien muodostuvan hyvin pitkälti yhteiskunnan ja ihmisten moraalista arvoista ja tämä oikeuden ja erilaisten yhteiskunnallisten käyttäytymismallien kietoutuminen yhteen tekee perus- ja ihmisoikeuksista mielenkiintoisia. Yhdenvertaisuus on paitsi yksi perusoikeuksistamme, myös mielestäni tietyllä tavalla koko perusoikeudet läpi leikkaava asia. Perusoikeuksien yhtenä lähtökohtana on esimerkiksi, että ne ovat yleisiä eli kaikille yhdenvertaisesti kuuluvia⁹. Yhdenvertaisuus on siis eräs oikeusjärjestyksemme perusarvoista ja se on mainittu perustuslaissa ensimmäisenä perusoikeutena¹⁰. Yhdenvertaisuus voidaan kytkeä paitsi muihin perusoikeuksiin myös

⁶ Ojanen 2009, s. 2–4.

⁷ Hallberg 2011, s. 29–30.

⁸ Ahtela, Bruun, Koskinen, Nummijärvi ja Saloheimo 2006, s. 15.

⁹ Hallberg 2011, s. 29.

¹⁰ Miettinen 2008, s. 351.

kattavasti eri oikeudenaloille. Näkisin yhdenvertaisuuden siis hyvin vahvaksi periaatteeksi yhteiskunnassamme, ja siksi se on erittäin kiinnostava ja tutkimisen arvoinen aihe.

1.2 Tutkimuskysymys ja sen rajaus

Lähtökohtaisesti jo perustuslaissa säädetyllä yhdenvertaisuudella tarkoitetaan sekä aineellista että muodollista yhdenvertaisuutta¹¹. Yhdenvertaisuuden voidaan katsoa sisältävän myös vaatimuksen samanlaisesta kohtelusta samanlaisessa tilanteessa. Tämä mahdollistaa poikkeuksen yleiseen yhdenvertaisuuden vaatimukseen. Nimittäin tästä nousee esiin kysymys, milloin on kyse samanlaisesta tilanteesta. Yhdenvertaisuuslain 7 §:n toisessa momentissa on säädetty positiivisesta erityiskohtelusta. Tuon momentin mukaan yhdenvertaisuuslailla ”ei estetä *sellaisia erityistoimenpiteitä* (kursivointi AK), joiden tavoitteena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttaminen 6 §:n 1 momentissa tarkoitetusta syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemiseksi tai lievittämiseksi (*positiivinen erityiskohtelu*). Positiivisen erityiskohtelun on oltava pyrityn tavoitteen kannalta oikeasuhteista.” Tämä äsken mainittu momentti on koko tämän tutkielman keskiössä ja lähtökohtana. Tämän tutkielman tarkoituksena on selvittää, mitä nuo sallitut erityistoimenpiteet ovat. Itse tuossa pykälässä ei täsmennetä tarkemmin, mitä tällaiset erityistoimenpiteet voisivat olla. Myöskään yhdenvertaisuuslain esitöistä ei löydy riittävän tyhjentävää vastausta tähän kysymykseen. Pyrkimyksenäni on siis loppujen lopuksi selvittää, mitä näillä sallituilla erityistoimenpiteillä on oikeastaan tarkoitettu ja miten tätä on oikeuskäytännössä tulkittu.

Lähtökohtaisesti ajatellen positiivisesta erityiskohtelussa on oikeastaan kyse siitä, että jokin ryhmä laitetaan muita parempaan asemaan tarkoituksenaan parantaa tämän ryhmän yhdenvertaisuutta muihin nähden. Tällaisia tilanteita on helppo keksiä valtavasti ja muutamista tällaisista tilanteista annoinkin jo aikaisemmin esimerkin. Tämän takia rajaan tarkastelun koskemaan vain niitä esimerkkejä ja tilanteita, joita oikeuskäytännössä, lainsäädännössä ja oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin. Tarkoitukseni on tutkia näitä tilanteita ja yrittää löytää niistä mahdollisesti jonkinlainen yhteneväinen linja, jonka perusteella voidaan esittää oletus siitä, minkälaiset toimenpiteet voidaan katsoa osaksi

¹¹ HE 44/2003 vp, s. 6.

positiivista erityiskohtelua. Pyrin siis induktiivisen päättelyn avulla tuomaan oikeuskäytännössä, lainsäädännössä ja oikeuskirjallisuudessa esiintyneistä positiivisen erityiskohtelun tulkinnoista induktiivisen yleistyksen siitä, mitä positiivinen erityiskohtelu on. Induktiivisen päättelyn voidaan ajatella olevan tietoa laajentava¹², jolloin johtopäätöksen tulisi sisältää uutta tietoa. Varsinainen tutkimuskysymykseni on siis, miten positiivisen erityiskohtelun sallimia erityistoimenpiteitä on tulkittu ja voiko näistä tulkinnoista johtaa jonkinlainen yhtenevä tulkintalinja siitä, mitä positiivinen erityiskohtelu on.

Tätä varsinaista tutkimuskysymystä, sallittuja erityistoimenpiteitä, syvennän tutkimalla, minkälaisia oikeuksia tämä lainkohta konkreettisesti luo lainsoveltajalle. Toisaalta itseäni kiinnostaa erityisesti, voiko sen samalla ajatella luovan lainsoveltajalle jonninäköisiä velvollisuuksia. Ovatko siis positiivisen erityiskohtelun nimessä tehtävät erityistoimenpiteet lainsoveltajan näkökulmasta vain oikeuksia tai toimivaltuuksia toteuttaa joitakin tiettyjä toimia vai voidaanko jopa ajatella, että heidän täytyy suorittaa näitä heille myönnettyjä oikeuksia erityistoimenpiteisiin? Voivatko nämä sallitut erityistoimenpiteet joissakin tilanteissa luoda lainsoveltajalle velvollisuuden toteuttaa niitä?

Tutkielman olen rajannut koskemaan nimenomaan lainsoveltajaa eli jätän tässä yhteydessä lainsäätäjän tämän tutkielman ulkopuolelle. Näen yhdenvertaisuuslain 7.2 §:n sanamuodon viittaavan jo itsessään paremmin nimenomaan soveltamistilanteeseen, vaikka sitä ei lain osalta ole tietenkään mitenkään pelkästään soveltamiskäytäntöön rajattu. Tutkielmani tarkoituksena on lähtökohtaisesti konkretisoida, mitä positiivinen erityiskohtelu pohjimmiltaan on, ja siksi tutkimuskysymykseni osalta olen halunnut keskittyä ennemminkin siihen, minkälaisia konkreettisia tilanteita ja tulkintakäytäntöjä tästä momentista on syntynyt, jolloin lainsoveltajan näkökulma on luonnollisin. Lisäksi tutkielmani luonne pohjautuu voimassaolevaan lainsäädäntöön, jolloin kyseeseen tulee nimenomaan lainsoveltamistilanteet.

Syrjinnän kieltö itsessään kattaa laajan kirjon eri syrjintäperusteita – ikä, etninen tai kansallinen alkuperä, kansalaisuus, kieli, uskonto, vakaumus, mielipide, terveydentila, vammaisuus, sukupuolinen suuntautuminen ja muu henkilöön liittyvä syy – ja en rajaa tutkielmaani koskemaan vain osaa näistä. Lähtökohtaisesti positiivinen erityiskohtelu koskee

¹² Uusitalo 2001, s. 20.

kaikkia näitä syrjintäperusteita enkä näe mielekkääksi keskittyä vain johonkin näistä. Näkisin, että yleisellä tasolla käytössä olevat erityistoimenpiteet ovat samanlaisia riippumatta syrjintäperusteesta¹³. En tällä kuitenkaan tarkoita, että olisi mahdollista tehdä täysin kattava lista, jonka kaikkien kohtien täytyessä voitaisiin noudattaa jotain tiettyä toimenpidettä positiivisen erityiskohtelun nimissä. Lähinnä miellän, että kaikkia syrjintäperusteita koskevista oikeustapauksista on mahdollista poimia yhteisiä elementtejä, joita sitten voidaan soveltaa uuteen vastaavaan tilanteeseen. Positiivinen erityistoimenpide on kuitenkin poikkeuksellinen toimenpide ja siihen ei ole sovellettavissa mitään yleisluontoisia ohjeita, vaan jokainen tilanne on erikseen arvioitavissa. Tämän takia en siis koe mielekkääksi rajata tätä tutkielmaa koskemaan vain jotakin tiettyä syrjintäperustetta, sillä en usko, että edes siinä tapauksessa pystyttäisiin luomaan täysin kattavaa ja aukotonta kaavaa, jota soveltamalla voitaisiin sanoa tarkat toimenpiteet, jotka kuuluvat osaksi positiivista erityiskohtelua. Enemminkin pyrkimyksenäni on tuoda eräänlainen kehikko, jota voitaisiin käyttää apuna. Toisaalta mikäli tällaista on lainsäädännön, oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden valossa vaikea löytää, ainakin olen tuonut esiin kuinka monenlaisissa soveltamistilanteissa positiivista erityiskohtelua voidaan käyttää. Tällä hetkellä voimassa oleva yhdenvertaisuuslaki soveltuu erityisesti syrjintään etnisellä perusteella¹⁴, joten näiden tapausten painoarvo tulee olemaan tästä syystä tutkielmassa ehkä hieman keskeisemmässä asemassa muihin syrjintäperusteisiin verrattuna. Yhdenvertaisuuslain on kuitenkin tarkoitus auttaa torjumaan syrjintää kaikilla kielletyillä syrjintäperusteilla, enkä siksiäkään halua rajata tutkielmaa koskemaan lähtökohdiltaan vain yhtä syrjintäperustetta. Tulevan keskustelun ei mielestäni tulisi muutenkaan yhdenvertaisuuden osalta jäädä liikaa vain johonkin tiettyyn syrjintäperusteeseen vaan sitä tulisi kehittää yhtäläisesti.

Mainittakoon lisäksi että positiivinen erityiskohtelu miesten ja naisten välisessä tasa-arvossa jää lähtökohtaisesti tämän tutkielman ulkopuolelle. Tämän tutkielman positiivinen erityiskohtelu koskee nimenomaan yhdenvertaisuuslain soveltamistilanteita ja tasa-arvosta on säädetty omassa laissaan¹⁵, jossa tosin on säädetty hyvin samanlaisesta käytännöstä positiivisen erityiskohtelun osalta. Käsitteinä tasa-arvo ja yhdenvertaisuus eivät ole täysin yksiselitteisiä ja usein niitä esiintyykin hieman päällekkäisissä merkityksissä. Tasa-arvon voi

¹³ Vastakkaisesta näkökulmasta ks. Ahtela ym. 2006, s. 43.

¹⁴ Ahtela ym. 2006, s. 17.

¹⁵ laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (609/1986)

kuitenkin nähdä viittaavan enemmän joidenkin henkilöryhmien väliseen asemaan kuin yleiseen ihmisten väliseen yhdenvertaisuuteen¹⁶. Tässä tutkielmassa käytän käsitteitä yhdenvertaisuus ja tasa-arvo lähtökohtaisesti niin kuin ne on niitä käsittelevissä lainsäädännössä sekä perustuslain 6 §:n terminologiassa määritelty. Tasa-arvolla tarkoitan pelkästään sukupuolten välistä tasa-arvoa¹⁷. Yhdenvertaisuudella tarkoitan yhdenvertaisuutta sekä syrjinnänkieltoa, joka koskee muita syrjintäperusteita - ikä, etninen tai kansallinen alkuperä, kansalaisuus, kieli, uskonto, vakaumus, mielipide, terveydentila, vammaisuus, sukupuolinen suuntautuminen ja muu henkilöön liittyvä syy.

Positiivisen erityiskohtelun osalta mielenkiintoisena voidaan pitää lisäksi yhdenvertaisuuslain 5 §:ä, joka velvoittaa työn tai koulutuksen antajaa ryhtymään kohtuullisiin toimenpiteisiin vammaisen henkilön työhön pääsemiseksi, työssä selviytymiseksi sekä uralla etenemiseksi. Osa asiantuntijoista rinnastaa nämä vammaisen henkilön mukauttamistoimia myös eräänlaisena positiivisena erityiskohteluna¹⁸, mutta myös vastakkaisia näkemyksiä on esitetty. Tuon tässä tutkielmassa esiin erityisesti oikeuskirjallisuudessa esiintyneitä erilaisia näkemyksiä siitä, mikä kaikki kuuluu positiiviseen erityiskohteluun.

1.3 Tutkimuksen metodi ja lähdeaineisto

Tämä pro gradu -tutkielma on luonteeltaan oikeusdogmaattinen eli lainopillinen. Tämän tutkielman tarkoituksena on siis selvittää ja tulkita voimassa olevaa oikeutta ja näin ollen se edustaa hyvin vahvasti lainopillista metodologiaa. Lainopissa keskeisimpänä tutkimusongelmana on yleensä selvittää, mitä on voimassa olevan oikeuden sisältö kulloinkin käsiteltävässä oikeusongelmassa¹⁹.

Tutkielmassa keskeisenä lähdeaineistona on siis yhdenvertaisuutta ja erityisesti positiivista erityiskohtelua sääntelevä lainsäädäntö, näiden lakien esityöt sekä oikeuskäytäntö. Kansalliseen lainsäädäntöön sisältyy valtava joukko säännöksiä yhdenvertaisuudesta sekä

¹⁶ Miettinen 2008, s. 356.

¹⁷ Vanhemmassa lähdeaineistossa saattaa kuitenkin esiintyä tasa-arvo termin käyttöä myös koskien yhdenvertaisuutta myös muiden kiellettyjen syrjintäperusteiden osalta. Pyrin tällöin kuitenkin selvittämään kummasta on siinä yhteydessä kyse.

¹⁸ esim. Miettinen 2008, s. 369.

¹⁹ Husa, Mutanen ja Pohjolainen 2008, s. 20.

syrijntäkiellosta. Yhdenvertaisuudesta sääteleviä erityislakeja löytyy muun muassa työelämään ja koulutukseen liittyvistä sääntelyalueista samoin kuin useista muista erityislaeista – näistä mainittakoon esimerkkinä hallintolaki. Syrjintä on lisäksi kriminalisoitu rikoslaissa. Tässä tutkielmassa tarkoitukseni on kuitenkin tarkastella yhdenvertaisuutta ja positiivista erityiskohtelua ensisijaisesti perustuslain ja yhdenvertaisuuslain pohjalta. Näiden tukena käytän tutkielmassani lisäksi mahdollisimman kattavasti aiheesta löytyvää oikeuskirjallisuutta ja asiantuntijalausuntoja. Oikeuskirjallisuudella tarkoitan tässä tutkielmassa alan asiantuntijoiden kirjoittamia kirjallisia teoksia sekä artikkeleita. Kuten perusoikeussäännökset yleensä ovat, perustuslaki on myös yhdenvertaisuuden osalta hyvin lyhyesti määritelty²⁰ eikä yhdenvertaisuuslakikaan itsessään tuo positiivisen erityiskohtelun osalta kovin kattavaa määrittelyä. Tällaisessa tilanteessa tulkintakäytäntö muodostuu merkittäväksi ja siksi pyrin tuomaan tähän tutkielmaan mahdollisimman kattavasti erilaisia oikeustapauksia. Vaikka yhdenvertaisuus – niin kuin perusoikeudet yleensäkin – on lähtökohtaisesti säädännäistä oikeutta, käytännössä sen voi katsoa edellä mainituista syistä johtuen muodostuneen merkittävässä määrin niin sanotuksi tapausoikeudeksi. Tämän tutkielman painopiste on kansallisessa oikeudessa ja sen tulkinnassa. Kansainvälinen oikeus sekä erityisesti Euroopan unionin oikeus ovat kuitenkin vahvasti muokanneet kansallista oikeuttamme,²¹ ja siksi sitäkään ei tässä tutkielmassa voi täysin sivuuttaa. Pääpaino on kuitenkin kansallisessa oikeudessa ja tarkoitukseni on saada Euroopan unionin oikeudesta²² mahdollisuuksien mukaan tukea tulkittessani kansallista oikeutta.

Vaikka jätänkin lähtökohtaisesti naisten ja miesten välisen tasa-arvon tämän tutkielman ulkopuolelle – kuten aikaisemmin mainitsin – siitä syystä, että tämä tutkielma keskittyy positiiviseen erityiskohteluun nimenomaan yhdenvertaisuuden osalta, käytän kuitenkin tasa-arvoa koskevia oikeustapauksia ja -käytäntöjä tulkinnassa hyödykseni. Tasa-arvo on lainsäädännöllisesti ja historialliselta taustaltaan yhdenvertaisuutta huomattavasti vanhempi, minkä takia myös oikeuskäytäntöä ja tulkintatraditioita sen osalta on olemassa

²⁰ Mikael Hidén 1999, s. 4.

²¹ Esimerkkinä koko yhdenvertaisuuslaki, jonka säätämisen tarve lähti nimenomaan Euroopan unionin rotusyrjintädirektiivin (2000/43/EY) sekä työsyrijntädirektiivin (2000/78/EY) implementoinnin aiheuttamasta vaatimuksesta.

²² ²² Euroopan unionin oikeustapausten osalta en koe tässä tutkielmassa tarpeelliseksi tehdä eroa niiden ajallisen sijoittumisen välillä ja näin ollen rajata niitä joko Euroopan yhteisön tuomioistuimen tai Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisuiksi vaan käytän yhtenäisesti termiä Euroopan unionin tuomioistuin sen nykyisen tilan mukaisesti ja viittaan tällä siis molempien tekemiin ratkaisuihin. Mikäli jokin tapaus erikseen vaatii sen ajallisen sijoittautumisen korostamista, mainitsen tästä tapauksen yhteydessä.

huomattavasti yhdenvertaisuutta enemmän. Muodoltaan positiivisesta erityiskohtelusta säättävät säännökset niin tasa-arvon kuin yhdenvertaisuuden osalta ovat hyvin samanlaiset, ja siksi uskon, että tasa-arvosta saan tähän tutkielmaan kestäväää tulkinnallista tukea.

Tämän tutkielman keskeisen aineiston muodostaa voimassa oleva lainsäädäntö, sen esityöt ja oikeuskäytäntö. Pyrin selvittämään, mitä yhdenvertaisuuslain 7.2 §:ssä mainituilla erityistoimenpiteillä on tarkoitettu ja miten niitä on lopulta tulkittu. Keskeisenä tutkimusmenetelmänä tässä tutkielmassa on siis tekstianalyysi eli juridinen tulkintahermeneutiikka²³. Lähtökohtanani on tulkita, mitä yhdenvertaisuuslain 7.2 §:ssä mainituilla erityistoimenpiteillä tarkoitetaan. Toteutan tätä siis muun muassa analysoimalla kirjoitettua lakia, sen esitöitä sekä positiiviseen erityiskohteluun liittyvää oikeuskäytäntöä.

1.4 Rakenne

Tutkielma etenee rakenteeltaan yleisestä yksityiskohtaiseen. Tutkielman alussa käsittelen lyhyesti ja taustoittaen ensin yleisesti perus- ja ihmisoikeuksia ja sitten tarkentaen vielä nimenomaan yhdenvertaisuuteen. Vaikka tutkielmani käsittelee nimenomaisesti positiivista erityiskohtelua, on mielestäni tärkeää ymmärtää ne yleiset kehykset, joihin se liittyy. Tästä syystä käsittelen tarvittavassa määrin myös yleisesti perus- ja ihmisoikeuksia kuin myös yhdenvertaisuutta. Positiivinen erityiskohtelu on poikkeuksellinen toimenpide, jolloin mielestäni täytyy ymmärtää myös se ns. yleissääntö mihin se kytkeytyy. Tarkoitukseni on samalla hieman taustoittaa positiivisen erityiskohtelun historiaa ja sen lähtökohtia – miksi alun perin on edes luotu tällainen mahdollisuus.

Kolmannessa luvussa tutkin positiivista erityiskohtelua yleisellä tasolla. Tutkin niitä tilanteita, joissa sitä on oikeuskäytännössä esiintynyt sekä minkälaisia rajoituksia sille on syntynyt niin oikeuskäytännössä kuin lainsäädännössä. Tutkielman tarkoituksena on myös pohtia, millä tavalla lainsäädännön asettamat edellytykset sekä oikeuskäytännössä esiintyneet tapaukset kohtaavat toisensa. Käytän tässä yhteydessä hyödynni myös tasa-arvoon liittyvään positiivisen erityiskohtelun oikeustapauksia sekä pohdin siihen liittyvien rajoitusten

²³ Husa ym. 2008, s. 27.

sovellettavuutta myös yhdenvertaisuuteen. Tuon myös esiin erilaisia käsityksiä, mitä positiivisesta erityiskohtelusta on oikeuskirjallisuudessa esitetty.

Positiivisesta erityiskohtelusta on hyvin ristiriitaisia käsityksiä. Osan mielestä kaikki keinot, joissa jollekin ryhmälle annetaan jonkinlaista etua, on osa positiivista erityiskohtelua kun taas toisaalta osa uskoo, että positiivinen erityiskohtelu ei ole ainoa keino taistella syrjintää vastaan. Neljännessä luvussa tarkastelen lyhyesti myös näitä vastakkaisia näkemyksiä käyttämällä Lisa Waddingtonin ja Mark Bellin luomaa jaottelua positiiviseen erityiskohteluun, positiivisiin velvollisuuksiin, valtavirtaistamiseen, sosiaalipoliittisiin toimenpiteisiin sekä vammaisia henkilöitä koskeviin mukauttamistoimenpiteisiin. Varsinaisesti enempää kantaa ottamatta esittelen oikeuskirjallisuudessa esiintyneitä erilaisia näkemyksiä sekä pyrin mahdollisimman kattavasti vertailemaan näitä ja tätä kautta tuomaan esiin erilaisia näkemyksiä positiivisen erityiskohtelun olemuksesta.

Viidennessä luvussa pohdin sitä, voiko positiivisen erityiskohtelun käyttämiselle syntyä joissain tilanteissa velvollisuus. Säännös ei suoranaisesti velvoita lainsoveltajaa käyttämään positiivista erityiskohtelua. Tarkoitukseni on tutkia, onko positiivinen erityiskohtelu aina lainsoveltajalle vain toimintavaltuutus ja mahdollisuus, jonka käyttäminen on vapaaehtoista, vai voiko joissain tilanteissa sen soveltamiseen syntyä jopa eräänlainen velvollisuus. Tuon tässä kohtaa esiin myös oikeuskäytännössä esiintyneitä tulkintoja positiivisen erityiskohtelun velvoittavuudesta.

Lopuksi vedän ajatukset yhteen johtopäätöksissä ja vastaan siihen, mitä positiivinen erityiskohtelu tämän tutkielman perusteella on. Johdannossa lisäksi tiivistän lyhyesti aikaisemmissa luvuissa tutkitut teemat.

Yhdenvertaisuuslakia ollaan uudistamassa. Tämä lakiuudistus aloitettiin jo vuonna 2007 ja sen tarkoituksena on uudistaa yhdenvertaisuuslaki kokonaisuudessaan, jotta se täyttäisi paremmin Perustuslain 6 §:n sisältämän yhdenmukaisen ja laaja-alaisen syrjintäkiellon asettamat vaatimukset. Johtopäätöksiä yhteydessä esittelen hieman tätä tulevaa lakiuudistusta ja pohdin, miten se mahdollisesti vaikuttaa positiiviseen erityiskohteluun tulevaisuudessa. Hallituksen esitys uudeksi yhdenvertaisuuslaiksi on oikeusministeriön mukaan suunnitteilla antaa eduskunnalle syyskaudella 2013, mutta tätä tutkielmaa

kirjoittaessani siitä on julkaistu vasta luonnos. Käytän siis tässä tutkielmassa tätä luonnosversiota pohiessani hallituksen esityksen vaikutuksia positiiviseen erityiskohteluun.

2. POSITIIVISEN ERITYISKOHTELUN LÄHTÖKOHDISTA

2.1 Perusoikeudet

Perus- ja ihmisoikeuksista puhuttaessa on hyvä tehdä selväksi niiden merkitysero. Yksinkertaistettuna perusoikeudet vahvistetaan kansallisessa valtiosäännössä ja ihmisoikeudet vastaavasti kansainvälisissä sopimuksissa. Sisällöllisesti on kuitenkin useimmiten kyse pitkälti samoista oikeuksista.²⁴ Käytän tässä tutkielmassa pääsääntöisesti termiä perusoikeudet, sillä lähtökohtani on kansallinen lainsäädäntö, vaikka pitkälti joudun kuitenkin menemään positiivisen erityiskohtelun lähtökohtien ja taustan vuoksi myös kansainväliseen lainsäädäntöön ja oikeuskäytäntöön.

Perusoikeudet ovat lyhyesti määriteltynä perustuslaissa turvattuja yksilön perustavanlaatuisia oikeuksia. Perusoikeuksilla tarkoitetaan siis oikeuksia, jotka ovat yksilön kannalta erityisen tärkeitä eli perustavanlaatuisia. Ne on koottu perustuslaissa yhden ja saman luvun alle.²⁵ Perusoikeus ei kuitenkaan ole käsitteenä täysin yksiselitteinen, mutta käytän tässä tutkielmassa tätä yksinkertaistettua merkitystä, perustavanlaatuinen oikeus, perusoikeuksista.²⁶

Perusoikeuksia luokitellessa tarkoituksena on lähinnä pyrkiä kuvaamaan perusoikeusajattelun kehitysvaiheita eikä sillä ole oikeudellista merkitystä²⁷. Perusoikeuksia on luokiteltu useilla eri tavoilla. Esittelen tässä tutkielmassa jaottelun, joka pohjautuu perusoikeuksien historiallisiin kehitysvaiheisiin sekä toisaalta ihmisoikeuksien yhteydessä ilmenneisiin sopimukselliseen jaotteluun. Tämän jaottelun tarkoituksena on kuitenkin vain lähinnä jäsentää perusoikeuksien hahmottamista. Perusoikeudet voidaan siis jakaa esimerkiksi kansalais- ja poliittisiin oikeuksiin (KP-oikeudet) sekä taloudellisiin, sosiaalisiin ja sivistyksellisiin oikeuksiin (TSS-oikeudet). KP-oikeuksien vaikutukset ovat yleensä luonteeltaan negatiivisia julkisen vallan kannalta, sillä ne yleensä estävät ja rajoittavat julkisen vallan käyttöä. Tyypillisimmin ne on kirjoitettu kiellon muotoon. KP-oikeuksiin kuuluu esimerkiksi oikeus elämään, kidutuksen kieltö, sananvapaus, uskonnonvapaus,

²⁴ Hallberg 2011, s. 35.

²⁵ Karapuu 2011, s. 63.

²⁶ Tarkemmin perusoikeuden käsitteen määritelmästä esimerkiksi Karapuu 2011, s. 63–65.

²⁷ Hallberg 2011, s. 39.

yksityiselämän ja kotirauhan suoja, omaisuuden suoja ja yhdenvertaisuus.²⁸ Näitä oikeuksia kutsutaan perusoikeuksien ensimmäiseksi sukupolveksi²⁹. Jotta TSS-oikeudet voivat tehokkaasti toteutua, vaativat ne julkiselta vallalta aktiivisia toimenpiteitä. TSS-oikeuksiin luetaan muun muassa oikeus työhön, oikeus sosiaaliturvaan sekä oikeus omaan kieleen ja kulttuuriin.³⁰ TSS-oikeudet muodostavat perusoikeuksien toisen polven ja ne ovat pääsääntöisesti kehittyneet vasta toisen maailmansodan jälkeen.³¹ Jako on jossain määrin kärjistetty malli eikä siis tarkoita, etteivätkö myös KP-oikeudet voisi nykyisellään aiheuttaa julkiselle vallalle aktiivisia toimenpiteitä. Jaon tarkoituksena on lähinnä kuvata niiden historiallista taustaa.

Nykyään tosin perusoikeudet eivät tyhjene pelkästään KP- ja TSS-oikeuksiin. Kolmannen ryhmän ja näin ollen myös perusoikeuksien kolmannen sukupolven muodostavat niin sanotut kollektiiviset oikeudet. Tällaisia ovat esimerkiksi oikeus ympäristöön, oikeus rauhaan sekä kansojen itsemääräämisoikeus.³² Myös erilaisten vähemmistöoikeuksien – kuten saamelaisten ja muiden ryhmien kulttuuriset oikeudet – voidaan katsoa kuuluvan tähän ryhmään³³.

Merkittävä tapahtuma suomalaisen perusoikeusajattelun kannalta oli vuonna 1995 toteutettu perusoikeusuudistus. Tuon uudistuksen voimaantuloa voidaan pitää merkittävänä käännekohtana perusoikeuskulttuurissamme sekä perusoikeuksia koskevassa ajattelussamme. Perusoikeusuudistus on tuonut perusoikeudet vahvemmin mukaan muun muassa oikeudelliseen ratkaisutoimintaan.³⁴ Erityisesti 2000-luvulta lähtien perusoikeuksien merkitys on vahvistunut koko suomalaisessa oikeuselämässä³⁵. Voidaankin varmaan sanoa, että perusoikeuksilla on nykyään koko oikeuskäytännön läpäisevä vaikutus.

Perusoikeudet ovat perinteisesti kuuluneet lähinnä valtiosääntöoikeuden alaan. Erityisesti 2000-luvusta lähtien perus- ja ihmisoikeuksiin perustuva oikeustieteellinen tutkimus on kuitenkin vahvistunut myös muissa oikeusalojen tutkimuksissa. Niiden merkitys on lisäksi

²⁸ Ojanen 2010, s. 117.

²⁹ Hallberg 2011, s. 39.

³⁰ Ojanen 2010, s. 117.

³¹ Hallberg 2011, s. 39.

³² Ojanen 2010, s. 118.

³³ Hallberg 2011, s. 39.

³⁴ Viljanen 2001, s. 2–3.

³⁵ Länsineva 2004, s. 274.

kasvanut merkittävästi myös oikeuselämässä yleisemminkin. Perusoikeussäännökset ja Suomea sitovat kansainväliset ihmisoikeusnormit ovat tärkeä osa käytännössä sovellettavaa oikeutta tuomioistuinten, lainvalvojien sekä viranomaisten toiminnassa.³⁶ Perusoikeuksissa on siis kyse universaaleista oikeuksista, jotka koskevat jokaista yksilöä ja ne ulottavat vaikutuksensa koko oikeudenalaan.

Perusoikeuksia voi luonnehtia oikeusjärjestyksessämme niin vaaka- kuin syvyytasoon ulottuviksi. Vaakatasolla tarkoitan tässä yhteydessä perusoikeuksien luonnetta koko oikeudenalan läpäisevänä normistona. Perusoikeudet siis ikään kuin kulkevat kaikkien samalla tasolla sijaitsevien oikeudenalojen läpi. Erityisesti vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen perusoikeustutkimusta ei voida pitää enää valtiosääntöoikeuden yksityisalueena, vaan vuoropuhelu muiden oikeudenalojen kanssa on kasvanut, minkä seurauksena perusoikeudet ovat tulleet keskeiseksi osaksi eri oikeudenalojen omia tutkimuskohteita ja tutkimuksellista näkökulmaa³⁷. Perusoikeuksien asemaa oikeusjärjestyksessämme voi mielestäni parhaiten kuvata Kaarlo Tuorin kriittisen oikeuspositivismin sekä oikeuden tasojen kautta³⁸. Tämä edustaa tässä tarkoittamaani perusoikeuksien syvyytasoa, syvemmälle menevää oikeutta.

Kriittisen positivismin perustavia teesejä on, että oikeus oikeusjärjestyksenä ei tyhjenny pelkästään näkyvään pintaansa. Pintatason – johon voidaan ajatella kuuluvan muun muassa säädökset sekä tuomioistuinratkaisut – lisäksi voidaan tunnistaa pinnanalaisia kerroksia, joita kutsutaan oikeuskulttuuriksi ja oikeuden syvärakenteeksi. Oikeuden pintataso on näistä kolmesta muutoksille eniten altis ja siellä muutostahti onkin nopeinta. Pinnanalaisten kerrosten muutostahti on pintatasoa verikkaampaa.³⁹

Perusoikeuksien oikeusjärjestyksen syvyytasossa läpäisevää luonnetta suhteutettuna Tuorin teoriaan oikeuden tasoista kuvaa se, että ne sijoittuvat kaikille näistä tasoista. Perusoikeudet voidaan nähdä pintatasolla muun muassa perustuslaissa säädettyjen perusoikeusnormien tai yksittäisten oikeusratkaisujen kautta. Oikeuden pinnan tärkeimpinä ainesosina voidaan pitää

³⁶ Lämsineva 2011, s. 339–340.

³⁷ Viljanen 2001, s. 20.

³⁸ Tuori 2000, s. 138–345.

³⁹ Tuori 2000, s. 163–171.

lakeja ja säädöksiä, tuomioistuinten ratkaisuja sekä oikeustieteen kirjoissa ja artikkeleissa esittämiä lausumia⁴⁰.

Oikeuskulttuuriin tasoon kuuluu olennaisesti kirjoitetun, lakiteksteistä luettavissa olevan tiedon lisäksi myös praktista tietoa. Tämä ilmenee pyrkimyksenä sisäistää tietyt ajattelu- ja käyttäytymisasenteet, jotka mahdollistavat toimimisen oikeudellisissa käytännöissä. Oikeuskulttuurissa voidaan erottaa menetelmällisiä, normatiivisia ja käsitteellisiä ainesosia. Menetelmällisiä ainesosia ovat muun muassa oikeuskäytännössä ominainen ajattelu- ja argumentaatiotapa. Normatiiviset ja käsitteelliset ainesosat ilmenevät muun muassa eri oikeudenalojen yleisissä opeissa.⁴¹ Perusoikeudet erityisesti yleisenä oppina ja oikeuskäsitteenä voidaan ajatella kuuluvan oikeuskulttuurin tasoon. Esimerkiksi se, miten perusoikeus käsitteenä ymmärretään ja määritetään, ei tyhjene pelkästään pintatasolla säädettyyn normistoon tai kirjallisuudessa esitettyyn näkemykseen. Tälle tasolle kuuluvat myös oikeustieteellisen opin muodostavat periaatteet. Perusoikeuksista on johdettavissa yleisiin oppeihin myös erilaisia oikeusperiaatteita, kuten esimerkiksi yhdenvertaisuusperiaate.

Oikeuden syvärakenteessa on kyse niistä yhteisistä tekijöistä, jotka voidaan löytää eri oikeusjärjestelmistä siitä huolimatta, että näillä on erilaiset pintatasot ja oikeuskulttuurit⁴². Koska syvärakenteessa on kyse perustavanlaatuisesta oikeuden globalisoitumisesta, laajennan tässä näkökulmassa perusoikeudet käsitteenä termin ihmisoikeudet alle. Syvärakenteessa perus- ja ihmisoikeudet – kuten myös tämän tutkielman kannalta olennainen perusoikeus, yhdenvertaisuus – ilmenevät oikeuskulttuuria abstraktimpana käsitteenä. Niitä voi pitää eräänlaisina yleisinä normatiivisina ideoina tai modernin oikeuden syvärakenteen periaatteina⁴³.

Näiden tasojen ei ole tarkoitus olla toisistaan irrallisia. Syvemmän tasot muun muassa luovat edellytyksiä sekä asettavat rajoituksia pintatason aineistolle⁴⁴. Tuori on jäsentänyt tasojen välisiä suhteita kuuden erilaisen suhteen kautta; sedimentaatiiosuhde, konstituutiosuhde,

⁴⁰ Tuori 2000, s. 171.

⁴¹ Tuori 2000, s. 180–187.

⁴² Tuori 2000, s. 203.

⁴³ Tuori 2000, s. 210.

⁴⁴ Tuori 2000, s. 163.

konkretisaatiosuhde, rajoitussuhde, kritiikkisuhde ja justifikaatiosuhde⁴⁵. Tarkastelen tässä yhteydessä lyhyesti vain kolmea näistä, sedimentaatio-, konkretisaatio- ja justifikaatiosuhteita.

Sedimentaatio-suhdetta tarkasteltaessa näkökulma on pintatasolta kohti syvempiä kerroksia. Pinnanalaista tasoa voisi kuvailla pintatason oikeudellisen aineiston tiheytyväksi, pinnalta suodattuneiksi kerrostumiksi. Pintatasolla tapahtuneet muutokset tiivistyvät ja vakiintuvat hitaasti osaksi oikeuskulttuuria. Myös perusoikeuskehityksessä voidaan nähdä sedimentaatio-suhteen vaikutuksia. Kaikki perusoikeushistoriassa tapahtunut – kuten perusoikeusuudistus ja vuonna 2000 tullut uusi perustuslaki – on hitaasti vaikuttanut perusoikeuksien juurtumiseen yhä syvempiin kerroksiin.⁴⁶

Jos sedimentaatio-suhteessa näkökulma oli pintatasolta pinnanalaisten tasoihin, konkretisaatio-suhteessa se on päinvastainen. Oikeudelliset käytännöt konkretisoivat oikeuden pinnanalaisten tasojen käsitteellisiä, normatiivisia ja metodisia aineksia⁴⁷. Syvätason perusoikeuksien abstraktit käsitteet konkretisoituvat oikeuskulttuurin tasolle konkreettisempina käsityksinä perusoikeudesta käsitteenä tai esimerkiksi yhdenvertaisuuden oikeusperiaatteena. Nämä puolestaan konkretisoituvat yksittäisiin säädettyihin perusoikeusnormeihin tai niiden käytännön oikeusratkaisuihin ja kannanottoihin.

Kolmantena tasojen välisenä suhteenä kiinnitän huomiota justifikaatio-suhteeseen. Syvempien tasojen periaatteet paitsi rajoittavat oikeuden pintatason aineistoa, mutta toisaalta myös oikeuttavat ne⁴⁸. Tämän tutkielman kannalta tätä suhdetta voidaan pitää tärkeänä siitä syystä, että kun ratkaistaan tämän tutkielman kohteen, positiivisen erityiskohtelun, pintatason tulkintaa lainkäytössä, oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa joudutaan perusteluissa tukeutumaan sen oikeuttavaan perusoikeuden, yhdenvertaisuuden, pinnanalaisten käsitteisiin ja periaatteisiin. Jotta yksittäistä säädöstä – kuten

⁴⁵ Tuori 2000, s. 219.

⁴⁶ Tuori 2000, s. 220–223.

⁴⁷ Tuori 2000, s. 230.

⁴⁸ Tuori 2000, s. 263.

yhdenvertaisuuslakia – voidaan pitää normatiivisessa mielessä legitiiminä, on se justifikoitavissa pinnanalaisten kerrostumien avulla⁴⁹.

Vaikka perusoikeudet ovat lähtökohtaisesti perustavanlaatuisia oikeuksia, eivät ne kuitenkaan voi olla täysin rajaamattomia. Yhdellä yksilöllä ei voi olla niin ehdoton suoja omille perusoikeuksilleen, että se johtaisi toisen yksilön perusoikeuksien loukkaukseen. Kollisiotilanteita kuitenkin sattuu – esimerkiksi median osalta usein vastakkain ovat sananvapaus ja yksityisyyden suoja – ja tällöin ratkaisu suoritetaan pääsääntöisesti punninnalla. Tällöin tulee pyrkiä ratkaisuun, joka turvaisi kaikkien mahdollisimman hyvin turvaa kaikkien kilpailevien perusoikeuksien toteutumisen.⁵⁰

Osa perustuslain perusoikeussäännöksistä on kirjoitettu kuitenkin sillä tavoin ehdottomaan muotoon, että niiden rajoittaminen tavallisella lailla ei ole mahdollista. Syrjintäkieltoa voidaan muun muassa pitää tällaisena. Syrjintäkieltoakaan ei voida pitää täysin ehdottomana kieltona käytännön toiminnassa. Merkittävää on se, että se on perusluonteeltaan ehdoton kielto. Tästä perusluonteestaan huolimatta, se jättää kuitenkin jonkin verran liikkumavaraa, sillä se kieltää eri asemaan asettamisen ilman hyväksyttävää perustetta. Tällöin jää harkintamarginaali hyväksyttävän perusteen osalta. Pääsääntöisesti muut ehdottomat kiellot – esimerkiksi kuolemanrangaistuksen, kidutuksen ja muun ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto – ovat sen sijaan täysin yksiselitteisesti ehdottomia kieltoja.⁵¹

Näkisin, että keskeistä on kuitenkin nähdä perusoikeudet nimenomaan yhtenäisenä järjestelmänä. Tätä ajattelua tukee muun muassa Pekka Länsinevan näkemys siitä, että kullakin perusoikeudella on oman itseisarvonsa ohella merkitystä muiden perusoikeuksien toteutumisen edellytyksenä. Tällöin jokaisella perusoikeudella on niin sanotusti oma tehtävänsä ja oma paikkansa perusoikeusjärjestelmässä. Jotta perusoikeusjärjestelmä voisi siis toimia, täytyy eri perusoikeuksien ja perusoikeusryhmien välillä löytyä sopiva tasapaino.⁵²

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ Viljanen 2001, s. 12.

⁵¹ Viljanen 2001, s. 13.

⁵² Länsineva 2002, s. 130.

Suomen liityttyä Euroopan unioniin myös unionin oikeudesta tuli Suomea vahvasti velvoittavaa. Myös Euroopan unioni on halunnut vahvistaa perusoikeuksien suojaamista kirjaamalla ne Euroopan unionin perusoikeuskirjaan Nizzan huippukokouksessa vuonna 2000. Perusoikeuskirja oli tuolloin kuitenkin oikeudellisesti sitomaton, mutta sillä oli merkitystä tulkintaohjeena yhteisöoikeuden yleisiä periaatteita ja EU-oikeutta sovellettaessa. Lissabonin sopimuksen kautta 1.12.2009 perusoikeuskirja tuli oikeudellisesti sitovana voimaan.⁵³

2.2 Yhdenvertaisuus

Kansalaisten yhdenvertaisuus on jo pitkään ollut Suomen lainsäädännön keskeisiä periaatteita. Vaikka kansalaisten yhdenvertaisuudesta säädettiin jo vuoden 1919 hallitusmuodossa, pidettiin yhdenvertaisuusperiaatetta lähinnä lainsäätäjää velvoittavana lähtökohtana ja hallinto-oikeudellisena tulkintaperiaatteena. Vasta 1900-luvun jälkipuoliskolla on alettu säätää konkreettisia, yksityisiäkin kansalaisia velvoittavia syrjäntäkieltoja.⁵⁴

Ihmisten yhdenvertaisuus on keskeinen perusoikeus sekä oikeusjärjestyksemme yksi perusarvoista.⁵⁵ Siitä on säädetty perustuslain ensimmäisenä perusoikeutena, 6 §:ssä. Lisäksi siitä on vielä tarkemmin säännelty yhdenvertaisuuslaissa sekä lukuisissa muissa laeissa.

Yhdenvertaisuus voidaan nähdä yhteiskunnassamme paitsi keskeisenä perusoikeutena, myös koko hallinnon toimintaa ohjaavana periaatteena. Hallinnon oikeusperiaatteiden tarkoituksena on ohjata hallinnossa tehtävien päätösten sisällöllistä määräytymistä. Tämän lisäksi niillä voi olla merkitystä myös menettelyä järjestävien säännösten tulkintaan. Niiden tehtävänä on siis ohjata lainsäädännössä olevien toimivaltanormien ja muiden säännösten soveltamista.⁵⁶ Ajatus yhdenvertaisuudesta ja yhdenvertaisesta kohtelusta siis ohjaa koko yhteiskuntamme toimintaa.

⁵³ Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012, s. 89–90.

⁵⁴ Ahtela ym. 2006, s. 15.

⁵⁵ Miettinen 2008, s. 351.

⁵⁶ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 313–314.

Suomessa yhdenvertaisuuden perussäännös on perustuslain 6 §⁵⁷. Yhdenvertaisuuden voidaan ajatella ilmenevän perustuslain 6 §:ssä neljänä erilaisena näkökulmana. Näistä ensimmäinen on tasapuolisen kohtelun vaatimus, jonka keskeinen idea on se, että samanlaisessa tilanteessa olevia henkilöitä kohdellaan samalla tavalla. Toinen näkökulma on johdonmukaisen toimintalinjan vaatimus. Viranomaisten tulisi siis noudattaa vakiintunutta toimintalinjaa, ellei tapauksen erityspiirre oikeuta poikkeamaan toimintalinjasta. Tämän voidaan katsoa liittyvän myös luottamuksensuojan⁵⁸ periaatteeseen. Kolmantena näkökulmana on syrjintäkielto. Syrjintäkiellon tarkoituksena on tehostaa yleistä yhdenvertaisuuden vaatimusta kieltämällä eri asemaan asettamisen sellaisilla ihmisiin liittyvillä kriteereillä, joihin emme voi itse vaikuttaa. Neljäntenä näkökulmana voidaan pitää positiivisen erityiskohtelun mahdollistamista.⁵⁹

EU-oikeuden ja yhdenvertaisuuden kannalta merkittävä on myös Euroopan unionin perusoikeuskirja ja sen 3. luku, joka säätelee tasa-arvosta ja yhdenvertaisuudesta. Yleisen yhdenvertaisuuden (20 artikla), syrjintäkiellon (21 artikla) ja miesten ja naisten välisen tasa-arvon (23 artikla) lisäksi perusoikeuskirjassa on erikseen säädetty 22 artiklassa kulttuurisen, uskonnollisen ja kielellisen monimuotoisuuden kunnioittamisesta sekä lapsen (24 artikla) ja ikääntyneiden henkilöiden (25 artikla) oikeudesta. Euroopan unioni myös tunnustaa 26 artiklassa vammaisten oikeuden päästä osallisiksi toimenpiteistä, joilla edistetään heidän itsenäistä elämäänsä, yhteiskunnallista ja ammatillista sopeutumistaan sekä osallistumista yhteiskuntaelämään.

Euroopan unionin perusoikeuskirja ilmentää unionin arvoja ja päämääriä, jotka on määritelty SEU 2 artiklassa. Unionin arvojen kunnioittaminen ja sitoutuminen niiden edistämiseen kuuluu jäsenvaltioiden velvollisuuksiin.⁶⁰ Perusoikeuskirjankin voidaan nähdä ilmentävän näitä unionin arvoja ja päämääriä. Artiklat ovat kirjoitettu hivenen julistuksenomaiseen muotoon ja näin ollen ehkä lähinnä ohjaavan – vaikka Lissabonin sopimuksen kautta

⁵⁷ Ahtela ym. 2006, s. 18.

⁵⁸ Luottamuksensuoja eli oikeutettujen odotusten suoja merkitsee yksilön suoja julkista valtaa vastaan. Yksilön tulee voida luottaa viranomaisen toiminnan oikeellisuuteen ja virheettömyyteen sekä viranomaisten tekemien päätösten pysyvyyteen. Luottamuksensuoja on oikeusvarmuuden johdannainen, se kytkeytyy ennen kaikkea viranomaistoiminnan ennakoitavuuden ylläpitämiseen. Ks. tarkemmin Laakso ym. 2006, s. 344–349

⁵⁹ Miettinen 2008, s. 353 – 354.

⁶⁰ Mäenpää 2011, s. 42.

perusoikeuskirja onkin oikeudellisesti sitova – jäsenvaltioiden toimintaa kuin tarjoavan tarkempaa sääntelyä.

Euroopan unionissa hyväksyttiin vuonna 2000 kaksi uutta syrjinnän kieltävää direktiiviä; neuvoston direktiivi rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta (2000/43/EY)⁶¹ ja neuvoston direktiivi yhdenvertaisesta kohtelusta työssä ja ammattia koskevissa yleisissä puiteissa (2000/78/EY)⁶². Suomessa kyseiset direktiivit saatettiin voimaan säätämällä yhdenvertaisuuslaki (21/2004). Lain tarkoituksena on edistää ja turvata yhdenvertaisuuden toteutumista sekä tehostaa syrjinnän kohteeksi joutuneen oikeussuojaa lain soveltamisalaan kuuluvissa syrjintätilanteissa.⁶³ Kuitenkin nimestään huolimatta yhdenvertaisuuslakia voidaan ennemminkin pitää syrjintäkieltolakina kuin yleistä yhdenvertaisuutta koskevana lakina. Yhdenvertaisuuslaki nimittäin keskittyy hyvin paljon syrjinnän kieltämiseen muun muassa täsmentäen perustuslain 6.2 §:ää määrittelemällä syrjinnän käsitteen sekä sanktioimalla syrjintäkiellon rikkomisen.⁶⁴ Vaikka yhdenvertaisuuslaissa säädetäänkin varsin vahvasti nimenomaan syrjintäkiellosta, sisältää se näiden ohella lisäksi yhdenvertaisuuden edistämistä koskevia säännöksiä sekä säännöksiä valvonnan toteuttamisesta⁶⁵.

Vaikka yhdenvertaisuuslaissa on lähtökohtaisesti kielletty syrjintä varsin kattavalla listalla erilaisia perusteita, lain tarjoama suoja sekä soveltamisala vaihtelevat kuitenkin syrjintäperusteesta riippuen. Laajimmillaan se on kun on kyse syrjinnästä etnisellä perusteella.⁶⁶ Tämän vaihtelevuuden voidaan nähdä olevan seurausta lain taustalla vaikuttavista rotu- ja työsyryntädirektiiveistä. Miesten ja naisten välisellä tasa-arvolla on yhdenvertaisuutta pidemmälle ulottuvat historialliset juuret Euroopan unionissa ja voidaankin sanoa, että uusien rotu- ja työsyryntädirektiivien myötä etninen yhdenvertaisuus syrjäytti tasa-arvon sen ykköspaikalta. Uudet rotu- ja työsyryntädirektiivit samalla loivat muutenkin hierarkian eri syrjintäperusteiden välille – ainakin väliaikaisen sellaisen. Uusia

⁶¹ Jatkossa käytän tästä nimitystä rotusyrjintädirektiivi.

⁶² Jatkossa työsyryntädirektiivi.

⁶³ Ojanen – Scheinin 2011, s. 230.

⁶⁴ Miettinen 2008, s. 357 – 358.

⁶⁵ Ahtela ym. 2006, s. 29.

⁶⁶ Ahtela ym. 2006, s. 29.

direktiivejä on moitittu myös siitä, että ne poikkeavat eri syrjäntäperusteiden osalta muun muassa soveltamisalansa sekä syrjinnän käsitteen määrittelyn osalta.⁶⁷

Lisa Waddington ja Mark Bell esittävät artikkelissaan, että unionin luoma yhdenvertaisuushierarkia voidaan nähdä ennemminkin politiikan tuotteena, kuin tietynä Euroopan unionin syrjinnän vastaisen lain luonnoksena. Euroopassa on kasvanut tietoisuus ja huoli lisääntyneestä rasismista. Toisaalta Eurooppaan muutto sekä sieltä poismuuttaminen ovat kasvattaneet vähemmistöjen lukumääriä useissa valtioissa. Tämä on luonut tarpeen maahanmuuttajien tasapainoisemmalle kohtelulle. Artikkelissaan Waddington ja Bell toteavat, että muut syrjäntäperusteet eivät ole saaneet yhtä suurta kiireisyysuomiota Euroopan unionin toimielimiltä, mikä heijastuu annettuihin direktiiveihin, sekä niiden luomaan hierarkiaan.⁶⁸

Oikeusministeriö onkin asettanut vuonna 2007 toimikunnan uudistamaan yhdenvertaisuuslainsäädäntöä.⁶⁹ Uudistus pyrkii kattamaan selkeämmin kaikki syrjäntäperusteet sekä laittamaan eri syrjäntätilanteet mahdollisimman samanlaisten oikeussuojakeinojen ja seuraamusten piiriin. Tätä tutkielmaa kirjoittaessani uudistus on edelleen kesken, mutta luonnos Hallituksen esityksestä Eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi on julkaistu. Luonnoksen keskeisinä ehdotuksina on yhdenvertaisuuslain soveltamisalan laajeneminen, yhdenvertaisuuden edistäminen, syrjäntäsuojan laajentaminen ja yhtenäistäminen, vammaisia henkilöitä koskevien kohtuullisten mukauttamistoimenpiteiden laajentaminen, valvontaviranomaisten uudistaminen sekä hyvityksen käyttöalan laajentaminen⁷⁰.

2.3 Positiivinen erityiskohtelu

Positiivisen erityiskohtelun idean syntyhistoria on lähtöisin Yhdysvalloista. Yhdysvalloissa positiivisen erityiskohtelun syntyhistoria alkaa 1930–1950 -luvuilla rotusyrjinnän tuloksena.

⁶⁷ Waddington – Bell 2001, s. 589–609. Kiellettyjen syrjäntäperusteiden eriarvoisuuden kritisoinnista lisäksi esimerkiksi Flynn, Leo: The implications of article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? Common market law review, vol 36, 1999, s. 1127–1152.

⁶⁸ Waddington – Bell 2001, s. 610.

⁶⁹ Ojanen – Scheinin 2011, s. 231.

⁷⁰ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf s. 23–25 (vierailtu viimeksi 15.9.2013)

Afroamerikkalaiset kohtasivat jatkuvaa ja jopa hyvinkin voimakasta syrjintää eri elämäntilanteilla. Uuden konseptin oli tarkoitus parantaa syrjinnästä kärsivien afroamerikkalaisten tasapuolisia mahdollisuuksia muun muassa koulutukseen ja työntekoon. Yhdysvalloissa tästä konseptista käytettiin nimitystä *affirmative action*.⁷¹

Positiivinen erityiskohtelu on edelleen hyvin kiistanalainen aihe Yhdysvalloissa. Positiivisen erityiskohtelun puolustajat näkevät sen paitsi menneiden vääryyksien tai syrjinnän hyvityksenä, mutta myös monimuotoisuuden parantajana. Yhdysvalloissa työntekijöiltään monipuolisen työyhteisön on nähty saavuttavan tavoitteensa paremmin. Toisaalta sen vastustajien mielestä positiivinen erityiskohtelu loukkaa ”amerikkalaisia arvoja”, järjestelmän hyödyttävän lähinnä vääriä ihmisiä eli toisin sanoen niitä, jotka eivät ole tosiasiallisesti heikommassa asemassa sekä aiheuttavat haittaa valkoihoisille, jotka ovat enemmistönä. Toisaalta keskusteluun on noussut myös se, onko menneet syrjinnät jo korjattu ja onko positiivinen erityiskohtelu enää ajankohtaista ja tarpeellista.⁷² Alkujaan affirmative action Yhdysvalloissa viittasi toimenpiteisiin, joilla pyrittiin tunnistamaan ja korvaamaan syrjivät toiminnot työympäristössä sekä sellaisten toimenpiteiden kehittämiseen, mitkä pyrkivät sisällyttämään myös naiset ja vähemmistöt mukaan työyhteisöihin.⁷³

Samalla ideologialla – tuoda yhtäläiset mahdollisuudet heikommalle ryhmälle – myös Iso-Britanniassa luotiin uusia käytäntöjä. Ensimmäisen kerran affirmative action tuli esiin Pohjois-Irlannissa, jolloin sillä pyrittiin parantamaan katolisten ja protestanttien yhdenvertaisuutta työllistymismahdollisuuksissa. Myöhemmin kun positiivinen erityiskohtelu otettiin mukaan Yhdistyneiden kuningaskuntien lainsäädäntöön, termi vaihtui nimitykseen positive action. On esitetty, että termi positive action otettiin käyttöön, jotta voitiin luoda etäisyyttä Yhdysvalloissa kiistanalaiseen affirmative action -toimintaan sekä erityisesti sen nimissä laajalti käytettyihin kiintiöjärjestelyihin.⁷⁴ Positiivinen erityiskohtelu esiteltiin Euroopassa myös erityisesti keinona naisten työllistymisen parantamiseen.⁷⁵ Positiivinen

⁷¹ Anderson 2004, s. 22.

⁷² Tarkemmin positiivisen erityiskohtelun puolesta ja vastaan esitetyistä argumenteista Yhdysvalloissa Kellough: Understanding affirmative action. Politics, discrimination and the search of justice, 2006, s. 75–92.

⁷³ McCrudden 1986, s. 220–221.

⁷⁴ ibid.

⁷⁵ Strasset – Gächter – Dzhengozova 2008, s. 7.

erityiskohtelu onkin saanut vahvemman jalansijan Euroopassa nimenomaan tasa-arvoon liittyen.

Kuitenkin perusajatukseltaan molemmissa käytännöissä – affirmative action ja positive action – on kyse samasta asiasta⁷⁶. Niiden juuret ja kenties lainsäädännöllinen kehitys ovat erilaiset, mutta molempien ympärillä on ollut tietynlainen epätietoisuus niiden varsinaisesta sisällöstä, mikä on tehnyt niistä hyvinkin kiistanalaisen aiheen. Positiivisessa erityiskohtelussa on lähdetty liikkeelle siitä, että muodollinen yhdenvertaisuus ja tasa-arvo eivät ole riittäviä vaan on tarvittu erikseen sääntelyä ja luotuja järjestelmiä, joiden tarkoituksena on ollut parantaa heikommassa asemassa olevan ryhmän mahdollisuuksia.

Vuonna 1999 voimaan tullut Amsterdamin sopimus (SopS 54—55/1999)⁷⁷ vahvisti entisestään perus- ja ihmisoikeuksien suojaa Euroopassa. Kyseisessä sopimuksessa unioni sai oikeuden ryhtyä toimenpiteisiin taistellakseen sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon, vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvaa syrjintää vastaan. Amsterdamin sopimuksen voidaan katsoa olevan myös positiivisen erityiskohtelun oikeudellistamisen lähtökohta – tosin tässä vaiheessa vain tasa-arvon osalta.⁷⁸

Amsterdamin sopimuksen 13 artiklalla, joka koskee syrjinnän torjumista, ei kuitenkaan tosiasiallisesti katsottu olevan suoraa vaikutusta eikä sen katsottu pystyvän asettamaan jäsenvaltioille minkäänlaisia vaatimuksia.⁷⁹ Amsterdamin sopimuksen 13 artiklassa oli kyse siitä, että ”neuvosto voi tässä sopimuksessa yhteisölle uskotun toimivallan rajoissa” toteuttaa tarvittavat toimenpiteet syrjinnän torjumiseksi. Kyse täytyy siis olla sellaisesta asiasta, jossa EU:lla ylipäätään on toimivalta. Tätä artiklaa on tulkittu niin, että se ei siis ole välittömästi sovellettavaa oikeutta eikä yksilö voi siten vedota siihen suoraan oikeuksiensa tueksi.⁸⁰ Osittain kenties tästä johtuen, neuvosto antoi aikaisemmin mainitut rotu- ja työsyryntädirektiivit pian Amsterdamin sopimuksen jälkeen vuonna 2000. Näissä direktiiveissä mainittiin ensimmäisen kerran positiivisen erityiskohtelun mahdollisuus kaikkien syrjintäperusteiden osalta.

⁷⁶ McCrudden 1986, s. 221.

⁷⁷ Amsterdamin sopimuksella muutettiin aikaisemmin voimassa olleita EU:n ja ETY:n perussopimuksia.

⁷⁸ Nieminen 2001, s. 188.

⁷⁹ Flynn 1999, s. 1132–1133.

⁸⁰ Nieminen 2001, s. 188–189.

3 POSITIIVINEN ERITYISKOHTELU

3.1 Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaja

Perustuslain 6 §:n mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Tällaisessa lausumassa on kyse muodollisesta tasa-arvosta. Sen keskeisenä ideana on, että samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavalla. Muodollisen yhdenvertaisuuden tulee olla näkemättä sellaisia eroja, joilla ei lain mukaan ole merkitystä ratkaistavana olevassa asiassa. Tosiasiallinen yhdenvertaisuus taas kiinnittää huomiota yhteiskunnassa esiintyvään eriarvoisuuteen ja sen keskeisenä tehtävänä on – paitsi tietenkin yhtäläinen kohtelu – edistää eriarvoisuuden poistamista. Jotta tosiasiallinen yhdenvertaisuus voisi toteutua, julkiselle vallalle saattaa syntyä positiivisia toimimisvelvoitteita.⁸¹ Positiivinen erityiskohtelu alkaa siitä, kun huomataan, ettei muodollinen yhdenvertaisuus riitä yhdenvertaisuuden toteutumiseen käytännössä ja tosiasiallisesti kaikissa tilanteissa. Tällöin täytyy ottaa huomioon syrjittyjen ryhmien erityiset tilanteet.⁸² Positiivinen erityiskohtelu on siis keino nimenomaan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseen, silloin kuin muodollinen yhdenvertaisuus ei siihen yksinään pysty.

Jotta tosiasiallinen yhdenvertaisuus voisi toteutua, joudutaan välillä poikkeamaan muodollisesta yhdenvertaisuudesta, sillä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamisen pääasiallisena keinona positiivisessa erityiskohtelussa suositaan heikompaa asemassa olevaa ryhmää, ja sovelletaan heihin mahdollisesti lievempiä kriteerejä kuin muihin. Tällöin syntyy helposti rajanveto-ongelmia positiivisen erityiskohtelun ja kielletyn syrjinnän välillä.⁸³ Positiivinen erityiskohtelu sijoittuu siis hyvin lähelle kiellettyä syrjintää ja tätä toteuttaessa on oltava huolellinen, ettei tätä rajaa ylitetä. Positiivisesta erityiskohtelusta kuuleekin joskus käytettävän myös termiä positiivinen syrjintä.⁸⁴ Lähtökohtaisesti tarkoituksena positiivisessa erityiskohtelussa kuitenkin on, että käytettyjen keinojen tulisi olla toteutettu hyväksyttävän tarkoituksiperän ja suhteellisuusperiaatteen rajoissa⁸⁵.

⁸¹ Ojanen – Scheinin 2011, s. 228.

⁸² De Schutter 2007, s. 757.

⁸³ Ahtela ym. 2006, s. 43.

⁸⁴ De Schutter 2007, s. 757.

⁸⁵ Ojanen – Scheinin 2011, s. 228.

Positiivinen erityiskohtelu synnyttää helposti kollisiotilanteita eri yksilöiden välille – erityisesti niissä tilanteissa kun tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseen on käytetty suosintaa. Lähtöoletukseltaan positiivinen erityiskohtelu ei kuitenkaan ole välttämättä pois paremmassa asemassa olevalta ryhmältä. Kyse on ennemminkin siitä, kuinka laajasti positiivinen erityiskohtelu ymmärretään. Palaan tähän vielä tarkemmin tutkielman myöhemmässä vaiheessa.

Keskustelussa positiivisesta erityiskohtelusta on ollut sekaannuksia – sekä varmasti myös puhtaasti erilaisia käsityksiä – siitä, mikä on positiivista erityiskohtelua ja mikä mahdollisesti osa muuta, tosiasiallista yhdenvertaisuutta edistämään pyrkivää toimintaa. Yhtenevän kansallisen keskustelun osalta oman haasteensa tuo käytetty termistö, sekä niiden käännökset. Pelkästään yhdellä kielellä puhuttaessa käytössä saattaa olla erilaisia termistöjä, jotka tarkoittavat lopulta samaa asiaa. Vaikka virallisesti Suomessa ainakin lainsäädännössä käytetään nimitystä positiivinen erityiskohtelu, kuulee satunnaisesti puhuttavan myös esimerkiksi positiivisesta syrjinnästä tai käänteisestä syrjinnästä. Myös näiden termien kääntäminen toiselle kielelle aiheuttaa haasteita ja sekaannuksia.⁸⁶

Oman ongelmansa tähän tuo myös, että tuomioistuinten käyttämää termistöä ei myöskään voi pitää johdonmukaisena. Esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuin puhui vammaisia henkilöitä koskevia mukauttamistoimenpiteitä käsittelevässä ratkaisussa C-303/06 positiivisesta syrjinnästä⁸⁷. Tapauksen ratkaisussa se pohti kohtuullisten mukauttamistoimien ja positiivisen erityiskohtelun sovellettavuutta kyseiseen tapaukseen, jolloin se niputti molemmat toimenpiteet samaan kategoriaan ja viittasi niihin yhteisesti positiivisen syrjinnän toimenpiteinä. On muutenkin hieman kiistanalaista, lasketaanko vammaisia henkilöitä koskevat mukauttamistoimet osaksi positiivista erityiskohtelua⁸⁸, joten termistön johdonmukaisuutta ei ainakaan helpota, jos niiden yhteydessä puhutaan positiivisesta syrjinnästä. Englanninkielen osalta oman haasteensa tuo termien *positive action* ja *affirmative action* osittain päällekkäinen käyttö niin tuomioistuinten osalta⁸⁹ kuin myös oikeuskirjallisuudessa. Kuten aikaisemmin tuli ilmi, vaikka näiden termien lähtökohta

⁸⁶ terminologiasta ks. lisää Waddington ja Bell 2011, s. 1507.

⁸⁷ ks. C-303/06 Coleman v. Attridge Law and Law.

⁸⁸ Palaan näihin mukauttamistoimiin tarkemmin luvussa 4.

⁸⁹ Unionin tuomioistuimen ratkaisu C-144/04, Mangold vs. Helm; englanninkielisessä versiossa käytettiin termiä *affirmative action*, joka oli ranskankielisessä versiossa kuitenkin käännetty termiksi *action positives*.

on sama ja voidaan jopa sanoa, että positive action on kehittynyt Yhdysvaltojen versiosta affirmative action, eivät näiden nykyiset oikeudelliset asemat ja vaikutukset ole rinnasteisia. Nämä esimerkit osoittavat, että edes yhden kielen osalta ei ole vakiintunut täysin yhtä termiä, vaan samaan asiaan viitataan useammalla samankaltaisella termillä. Lisäksi käännettäessä käytetty termi saattaa muuttua. Tämä ei ainakaan auta luomaan positiiviselle erityiskohtelulle selkeämpää ympäristöä.

3.2 Ilmenemismuodot

Kenties yksi isoimmista ongelmista positiivisen erityiskohtelun kannalta on se, että itse lainsäädäntö eikä sen esityöt määrittele tarkemmin, mitä kaikkea se voi sisältää. Maininta positiivisesta erityiskohtelusta on löytynyt lainsäädännöstämme pidemmän aikaa, vaikka sitä keinona voidaankin pitää yleisesti ottaen melko tuoreena. Jo perusoikeuksien uudistamisen yhteydessä mahdollistettiin positiivinen erityiskohtelu. Itse perustuslain 6 §:ssä ei ole mainintaa tästä, mutta lain esitöihin se on kirjattu. Esitöiden mukaan syrjinnän kieltä ei estä tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua. Oleellista tämän mukaan on, voidaanko erottelu perustella hyväksyttävällä syyllä.⁹⁰ Tässä yhteydessä ei kuitenkaan sen tarkemmin avata, minkälaisia nämä hyväksyttävät syyt voisivat olla tai minkälaisissa tilanteissa positiivinen erityiskohtelu on oikeutettua. Kuten aikaisemmin on käynyt ilmi, yhdenvertaisuuslain 7.2 §:ssä säädetään tarkemmin positiivisesta erityiskohtelusta. Tuo pykälä ei kuitenkaan myöskään yksinään tarjoa kovin tyhjentävää vastausta siihen mitä positiivinen erityiskohtelu on. Yhdenvertaisuuslain esityöt avaavat tätä käsitettä hieman enemmän. Sen mukaan syrjintänä ei pidetä sellaisille työntekijäryhmille myönnettyä erityiskohtelua, joiden katsotaan olevan esimerkiksi ikänsä tai vammaisuutensa vuoksi erityisen suojelun tarpeessa. Esimerkkinä tällaisesta on mainittu maahanmuuttajille järjestettävät kieli- tai muut koulutukset, joiden on tarkoitus helpottaa heidän sopeutumistaan suomalaiseen yhteiskuntaan. Esitöiden mukaan positiivisen erityiskohtelun tulisi lisäksi olla tilapäistä sekä oikeasuhteista.⁹¹

⁹⁰ HE 309/1993 vp, s. 44.

⁹¹ HE 44/2003, s. 46.

Yhdenvertaisuuslain esityöt tarjoavat siis yhdenlaisen esimerkin siitä, mitä positiivinen erityiskohtelu käytännössä voi olla. Kuitenkaan pelkästään näiden perusteella ei pysty vastaamaan riittävän tarkasti siihen, mitä positiivinen erityiskohtelu on.

Yhdenvertaisuuslain taustalla vaikuttavat rotu- ja työsyrijintädirektiivit myös mahdollistavat positiivisen erityiskohtelun. Nämä molemmat ovat kuitenkin tämän osalta varsin lyhytsanaisia. Työsyrijintädirektiivin 7 artiklan mukaan yhdenvertaisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta erityistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on ehkäistä tai hyvittää haittoja, jotka liittyvät yhdenvertaisen kohtelun periaatteessa tarkoitettuun perusteeseen. Rotusyrjintädirektiivin 5 artikla on tämän kanssa lähes identtinen. Näistä ei siis suoraan käy ilmi, minkälaisia toimenpiteitä näissä on tarkoitettu.

Koska positiivisesta erityiskohtelusta säätävä lainsäädäntö jättää sallittujen toimenpiteiden luonteen vielä jossain määrin avoimeksi, täytyy tulkinta-apua hakea myös oikeuskäytännön kautta. Merkittävä osa eurooppalaisesta oikeuskäytännöstä positiivisen erityiskohtelun osalta koskee syrjintää työssä tai työhönotossa eikä kansallisessa lainsäädännössäkään löydy kovin montaa positiivista erityiskohtelua käsittelevää tapausta. Tällöinkin usein huomio positiivisen erityiskohtelun osalta on luettavissa lähinnä sivulauseesta, kuten esimerkiksi Kouvolan Hallinto-oikeuden ratkaisusta 10/0466/1 (16.9.2010), joka koski sitä, onko syrjintäolettama syntynyt, kun yliopiston valintakokeissa ei otettu huomioon lukihäiriötä. Hallinto-oikeus katsoi, että lukihäiriö voisi oikeuttaa henkilön positiiviseen erityiskohteluun, mutta velvollisuutta siihen ei ole. Tällaisessa tilanteessa positiivinen erityiskohtelu voisi siis olla oikeutettua, jotta lukihäiriöstä kärsivä henkilö olisi tosiasiallisesti yhdenvertaisessa asemassa muihin hakijoihin nähden. Positiivista erityiskohtelua koskevana esimerkkitapauksena tämä ei ehkä ole mikään relevantein, sillä tässä ei oikeastaan käy ilmi, minkälaisia toimia konkreettisesti olisi tässä tilanteessa positiivisen erityiskohtelun osalta voitu suorittaa, eikä näin ollen tarjoa vastauksia siihen kysymykseen, minkälaisia toimenpiteitä positiivisen erityiskohtelun nimissä voisi suorittaa. Positiivisen erityiskohtelun osalta kiinnostavina tässä tapauksessa on lähinnä maininta siitä, että on olemassa mahdollisuus positiivisen erityiskohtelun nojalla ottaa lukihäiriö huomioon valintakokeessa.

Toinen melko vastaava esimerkki on valtioneuvoston oikeuskanslerin ratkaisu 1162/1/96. Siinä todetaan, että kansalaisuushakemusten käsittelyssä lapsen hakemus voidaan käsitellä positiivisen erityiskohtelun nojalla nopeutetusti ennen vuoroaan, ainakin silloin kun saman perheen jäsenten hakemukset käsitellään yhdessä. Kyseinen tapaus antaa kuitenkin jo hieman tarkemman konkreettisen ohjeen verrattuna aikaisemmin käsiteltyyn Kouvolan hallinto-oikeuden ratkaisuun johtuen pitkälti tapauksen luonteesta. Kyseisessä tapauksessa lapsen etu sekä perhe-elämän oikeus ovat riittävän hyväksyttäviä syitä, jotta lapsen hakemus voidaan käsitellä nopeutetusti ennen vuoroaan. Rajoituksena tässä on siis se, että näin on lähtökohtaisesti silloin kun saman perheen jäsenten hakemukset käsitellään yhdessä. Kyseinen tapaus ei siis suoranaisesti pyri lasta itsessään automaattisesti laittamaan eri asemaan, vaan keskeisenä on nimenomaan perheen yhdessä pysyminen.

Oikeusasiamiehelle tehdyssä kantelussa 649/4/02 oli kyse siitä, että Turun kaupungilla oli oma kunnallinen vain islaminuskoisille oleva hautausmaa. Oikeusasiamies katsoi ratkaisussaan, että kyse ei ollut syrjinnästä, vaikka hautapaikka oli tarkoitettu pelkästään tietyn uskontoryhmän edustajille ja vaikka se oli ylläpidetty julkisin verovaroin. Tapausta on perusteltu pääsääntöisesti oikeudella harjoittaa omaa uskontoaan ja Turussa olevalla suurella määrällä pakolaisia, joista suurin osa edustaa islaminuskontoa. Kuitenkin islaminuskoiset ovat koko Turun mittakaavassa vähemmistönä verrattuna evankelisluterilaisiin, jotka muodostavat enemmistön. Suomen kuntaliitto otti tapausta koskevista kommentteista esiin positiivisen erityiskohtelun. Suomen kuntaliitto ei nähnyt tapauksessa yhdenvertaisuusperiaatteen loukkaamista, vaan katsoi, että tapauksessa oli hyväksyttävät ja asianmukaiset perustelut tietyn vähemmistöryhmän erilaiselle kohtelulle.

Positiivista erityiskohtelua on siis käytetty ainakin tukemaan jotain muuta perustelua. Tässä oikeusasiamiehelle tehdyssä kantelussa ensisijaisena perusteluna oli oikeus harjoittaa omaa uskontoaan – jossa siinäkin on kyse perusoikeudesta (PL 11 §).⁹² Tämä tapaus tuo mielestäni hyvin esiin yhdenvertaisuuden roolin moniin muihin perusoikeuksiin nähden.

⁹² Näkisin tämän tukevan aikaisemmin esittämäni näkemystä perusoikeuksista yhtenäisenä järjestelmänä. Perusoikeudet eivät voi toimia toisistaan täysin irrallisina, vaan keskenään tasapainoisena ja keskustelevana järjestelmänä.

Oikeuskäytännöstä löytyy useita esimerkkejä, joissa yhdenvertaisuutta on käytetty joko rinnakkain tai tukemaan jotakin toista perus- tai ihmisoikeutta⁹³.

Hieman kuitenkin kritisoin positiivisen erityiskohtelun liittymistä mainittuun oikeusasiamiehelle tehtyyn kanteluun. En kiistä tässä yhteydessä uskonnonvapauden merkitystä tämän ratkaisun kannalta, mutta en näe tapauksessa varsinaista syrjintää tai heikommassa asemassa olemista. Se että islaminuskoiset ovat vähemmistönä verrattuna enemmistössä oleviin evankelisluterilaisiin, ei näkemykseni mukaan vielä yksinään ole riittävä oikeutus positiiviselle erityiskohtelulle. Positiivisen erityiskohtelun lähtöoletuksena on ymmärtääkseni nimenomaan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen. Pelkästään se, että tiettyyn ryhmään kuuluvia henkilöitä on vähemmän kuin muita, ei mielestäni luo tilannetta, jossa voitaisiin sanoa, että he eivät ole tosiasiallisesti yhdenvertaisessa asemassa muihin nähden. Tietenkin tilanne on silloin eri, jos voidaan todeta, että he eivät vähemmistöasemansa vuoksi pysty tosiasiallisesti järjestämään uskontoonsa kuuluville yhtä kunnollisia hautajaisia kuin enemmistöuskontoa edustavat, voisi positiivinen erityiskohtelu sopia perusteluihin paremmin. Tällöinkin täytyisi kuitenkin mielestäni miettiä, mikä on paras vaihtoehto tilanteen korjaamiseen. Onko esimerkiksi kokonaan tietylle uskontoryhmälle eristetty hautausmaa positiiviselle erityiskohtelulle asetettujen rajoitusten valossa paras ratkaisu?

Oikeusasiamiehelle tehtiin kantelu maahanmuuttajalaisille varatuista uintivuoroista. Kantelussa 208/4/08 oli kyse siitä, että Helsingissä, Vantaalla ja Turussa oli yhdessä uimahallissa varattu tiettyinä päivinä vain maahanmuuttajalaisille suunnattu uintivuoro. Varsinaisesti tapauksessa pyydyttyä selvityksessä vedottiin positiiviseen erityiskohteluun lähinnä täydentävänä perusteluna. Apulaisoikeusasiamies tukeutuu ratkaisussaan kuitenkin vahvasti nimenomaan positiiviseen erityiskohteluun. Hän ottaa perusteluissaan esille muun muassa yhdenvertaisuuslain esitöissä esimerkkinä mainitut maahanmuuttajille järjestettävät kielikoulutukset osana yhteiskuntaan sopeutumista ja vertaa vain maahanmuuttajalaisille suunnattuja uintivuoroja näihin. Uskonnollisesta taustastaan johtuen maahanmuuttajien on usein vaikea osallistua yleisille uintivuoroille, joten heille erikseen järjestetyillä uintivuoroilla pyritään turvaamaan myös heidän liikuntamahdollisuutensa. Hän myös erityisesti korostaa,

⁹³ Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa *Salguiero da Silva Mouta v. Portugali* (1999) oli kyse syrjinnästä yhdessä yksityis- ja perhe-elämän suojan kanssa sekä *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ym. v. Itävalta* (2008) syrjinnästä sekä ajatuksen-, omantunnon- ja uskonnonvapaudesta.

että perusoikeussäännösten tavoitteena on edistää nimenomaan myös tosiasiallista yhdenvertaisuutta, eikä pelkästään muodollista yhdenvertaisuutta.

Mielenkiintoisena näkökulmana positiivisen erityiskohtelun ilmenemismuodoista voidaan lisäksi pitää apulaisoikeusasiamiehen tekemää selvitystä (3792/2/12) koskien ammattiurheilijoiden varusmiespalveluksen pituuden määräytymistä. Eduskunnan oikeusasiamies pyysi pääesikunnalta selvitystä ammattiurheilijoiden palvelusaikaan liittyvän erityiskohtelun lainsäädännöllisestä perustasta. Apulaisoikeusasiamies itse näki tämän ammattiurheilijoille suodun erityiskohtelun yhdenvertaisuusperiaatteen valossa ongelmalliseksi. Selvitys koski nimenomaan Hämeen rykmentin Urheilukoulua, johon hakeudutaan vapaaehtoisesti erikoisjoukkohaun kautta. Selvityksestä käy ilmi, että Urheilukoulun tavoitteena on nuorten urheilijoiden urheilu-uran ja kansallisen huippu-urheilun tukeminen, varusmiespalveluksen yhdistäminen tähän tavoitteeseen sekä Suomen kilpailukyvyyn turvaaminen kansainvälisissä arvokisoissa. Pääesikunnan henkilöstöosaston lausunnon mukaan huippu-urheilijoiden asema nuorison esikuvina ja esimerkkinä antaa perusteet positiiviselle erityiskohtelulle.

Ammattiurheilijoiden varusmiespalveluksen suorittamisaikaa koskevasta selvityksestä herää kysymys siitä, mikä kaikki on riittävä oikeutus positiiviseen erityiskohteluun. Lähtöoletuksena kuitenkin on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttaminen tilanteessa, jossa henkilö on epäsuotuisammassa asemassa johonkin henkilöön liittyvän syyn takia – esimerkiksi kansalaisuutensa. Pääesikunnan henkilöstöosasto katsoi selvityksessään, että huippu-urheilijoiden asema nuorison esikuvina itsessään antaa perusteet positiiviselle erityiskohtelulle. Palataan yhdenvertaisuuslain 7.2§:ään, jonka mukaan positiivisen erityiskohtelun toimenpiteiden tavoitteena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttaminen *syrjinnästä johtuvien haittojen* (kursivointi AK) ehkäisemiseksi tai lievittämiseksi. Voidaanko nähdä, että huippu-urheilijat ovat jollain muotoa syrjittyinä tai heikommassa asemassa, siksi että he ovat nuorisolle esikuvina ja esimerkkeinä? Koska jos yhdenvertaisuuslain 7.2 § pilkotaan palasiksi ja sovitetaan tähän tulkintaan, tarkoittaisi se oikeastaan, että huippu-urheilija olisi jollain tavalla syrjittynä johtuen asemastaan nuorison esikuvana ja tämän vuoksi tarvitsisi positiivista erityiskohtelua – tässä tapauksessa lyhennettyä varusmiespalveluksen suorittamisaikaa – ehkäisemään tai lieventämään niitä haittoja, joita hänelle tulee asemastaan nuorison esikuvana.

Toisaalta perustuslain esitöitä tarkastelemassa huomaa, että perustuslain syrjintäkielto ”ei estäisi tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua eli tietyn ryhmän (naiset, lapset, vähemmistöt) asemaa ja olosuhteita parantavia toimia”⁹⁴. Perustuslaki ei näin ollen edellytä nimenomaista syrjintätilannetta, jotta positiivista erityiskohtelua voidaan toteuttaa. Ymmärtäisin tämän kuitenkin niin, että kyse on siitä, että yhteiskunnassa heikommassa asemassa olevan tukeminen on perusteltua myös niissä tilanteissa, kuin heikommassa asemassa oleminen ei johdu syrjinnästä⁹⁵. Avainasemana voidaan siis edelleen pitää muihin nähden heikompaa asemaa. Onko siis ammattuurheilijana toimiminen tässä yhteydessä sellainen heikompi asema, joka edellyttää positiivista erityiskohtelua, jotta ammattuurheilija voi varusmiespalveluksen suorittamisen osalta olla tosiasiallisesti yhdenvertaisessa asemassa muiden varusmiesten kanssa? Pyrkimyksenäni ei siis ole kritisoida niitä asioita, joita Urheilukoulu pyrkii toteuttamaan – yhdistämään varusmiespalveluksen nuorten urheilu-uran tukemiseen sekä Suomen urheilullisen kilpailukyvyyn säilymiseen – mutta pohtia, onko positiivinen erityiskohtelu oikeasti oikea perustelu tässä tilanteessa ja onko loppujen lopuksi ollenkaan kyse tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisesta tällaisessa tilanteessa.

Oikeuskirjallisuudessa esitetään varsin monipuolisia ja usein ristiriitaisiakin käsityksiä siitä, minkälaisia toimenpiteitä positiiviseen erityiskohteluun kuuluu.⁹⁶ Oikeuskäytännöstä eikä varsinkaan itse lainsäädännöstä saa kovin selkeää käsitystä siihen, mitä positiivinen erityiskohtelu on. Ongelmana on varsinkin se, että usein kyse voi olla pienemmän mittakaavan toiminnasta, eikä se nouse esimerkiksi oikeuskäytäntöön ennen kuin joku nimenomaisesti tuo sen sinne käsiteltäväksi eli esimerkiksi kokee tulleen syrjityksi. Vasta tämän jälkeen jokin instanssi esittää, onko kyse positiivisesta erityiskohtelusta vai ei. Oikeuskirjallisuudessa esitetään muun muassa erilaisia pienempiä toimenpiteitä osaksi positiivista erityiskohtelua. Nämä pienemmät toimenpiteet nousevat harvemmin esille

⁹⁴ HE 309/1993 s. 44.

⁹⁵ ks. tämän tulkinnan tukemiseen esim.

http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf s. 46 (vierailtu viimeksi 16.9.2013): ”Syrjintä- ja työsyryntädirektiivit ja perustuslain 6 § mahdollistavat kuitenkin positiivisen erityiskohtelun myös muunlaisten kuin syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemiseksi tai lievittämiseksi. Yhteiskunnallisesti heikommassa asemassa olevien ihmisten, esimerkiksi vammaisten, tukeminen voi olla perusteltua silloinkin, kun heikomman aseman ei voida osoittaa johtuvan syrjinnästä.”

⁹⁶ ks. esimerkiksi McCrudden 1986, s. 223–225 ja O’Cinneide 2006, s. 354, vrt. Waddington – Bell 2011, s. 1503–1526. Käsittelen Waddingtonin ja Bellin näkemystä tarkemmin tutkielman neljännessä luvussa.

oikeuskäytännössä, sillä ne eivät kenties ole sellaisia, että yksilö kokee tarpeelliseksi tuoda sen käsiteltäväksi. Tällöin jäljelle jää vain eri tahojen keskustelua ilman ylempää auktoriteettia, joka kertoo, mikä on niin sanotusti oikea näkemys.

Christopher McCrudden esittää artikkelissaan viisi sellaista toimintatapaa, joita on jo aikoinaan Iso-Britanniassa katsottu kuuluvan positiivisen erityiskohtelun alaan. Yleisin niistä on syrjivien toimintatapojen tunnistaminen ja korvaaminen. Toisena keinona McCrudden esittää neutraalin oloisia, mutta tarkoituksellisesti tietyn ryhmän sisällyttäviä toimintatapoja. Tällaisten toimintatapojen on tarkoituksena kasvattaa sillä hetkellä aliedustettuna olevien ryhmien osuutta käyttämällä kuitenkin kriteeriä, joka vaikuttaa neutraalilta. Sen sijaan, että nimenomaisesti pyrittäisiin esimerkiksi palkkaamaan jotain tiettyä etnistä taustaa oleva henkilö, käytetäänkin kriteerinä esimerkiksi tiettyä maantieteellistä aluetta. Tällaisessa tapauksessa todellisuudessa kyseisellä alueella asuu todennäköisesti enemmistö tähän haluttuun etniseen ryhmään kuuluvia henkilöitä. Kolmantena tapana hän pitää esimerkiksi tietyn työpaikan mainostamista erityisesti halutulle kohteelle tai järjestämällä tiettyyn työpaikkaan tarvittavaa koulutusta halutulle ihmisryhmälle. Neljäntenä keinona McCrudden esittää suosintaa, eli tilanteita, missä esimerkiksi työhönottotilanteessa aliedustettua ryhmää edustava valitaan tehtävään, nimenomaan siksi, että hän edustaa aliedustettua ryhmää. Viidentenä keinona on ansion tai vahvuuden määrittely. Tällöin aliedustettuun ryhmään kuulumisesta tehdään nimenomaisesti se työhön haluttu meriitti. Esimerkkinä McCrudden käyttää sosiaalityöntekijää. Joissakin tilanteissa etniseen vähemmistöön kuuluva sosiaalityöntekijä tulee paremmin toimeen hänen kanssaan samaan etniseen vähemmistöön kuuluvan asiakkaan kanssa kuin jos sosiaalityöntekijä edustaisikin enemmistöä.⁹⁷

Miettiessä, mikä kuuluu nykypäivänä ja ennen kaikkea Suomessa kansallisesta näkökulmasta positiiviseen erityiskohteluun on otettava huomioon se, että McCruddenin esittämät toimintatavat ovat peräisin ensinnäkin Iso-Britannian käytännöistä ja toisaalta erityisesti ajalta ennen yhtenäisempää eurooppalaista lainsäädäntöä ja käsitystä siitä, mikä on positiivinen erityiskohtelu. Lainsäädäntö ja käytännöt ovat todennäköisesti hieman muokkautuneet näistä. Nykyään ehkä McCruddenin esittämistä keinoista neljättä eli suosintaa voidaan – ainakin ilmenneen oikeuskäytännön valossa – pitää kenties yleisempänä käsityksenä siitä, mitä positiivinen erityiskohtelu on.

⁹⁷ McCrudden 1986, s. 223–225.

Myös myöhemmässä oikeuskirjallisuudessa McCruddenin kaltainen näkemys on kuitenkin säilynyt. Colm O’Cinneide esittää, että positiivisena erityiskohteluna voitaisiin nähdä kaikki proaktiiviset toiminnot, joiden tarkoituksena on olla hyödyksi heikommassa asemassa olevalle ryhmälle. Esimerkkeinä hän mainitsee muun muassa erilaiset valtavirtaistamistoimenpiteet, sosiaaliavustukset sekä suosinnat erilaisissa työhönottotilanteissa. O’Cinneiden näkemyksen mukaan tehokkain positiivisen erityiskohtelun strategia käyttää hyödykseen useita positiivisen erityiskohtelun muotoja.⁹⁸ O’Cinneiden näkemystä voidaan siis pitää tietyssä mielessä jopa laajempaa kuin aikaisempaa McCruddenin näkemystä. O’Cinneide ei enää erikseen erottele tiettyjä toimenpiteitä vaan hän laskee kaikki tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen tähtäävät toimenpiteet saman sateenvarjokäsitteen – positiivinen erityiskohtelu – alle.

Mielenkiintoisena näkökohtana on, että positiivisen erityiskohtelun sallimissa toimenpiteissä esiintyy vaihtelua myös riippuen siitä, mistä syrjäntäperusteesta on kyse. Vammaisen henkilön kohdalla positiivisen erityiskohtelun käyttö on yleisempää kuin muilla syrjäntäperusteilla.⁹⁹ Tällöin tosin nousee kysymys myös siitä, lasketaanko kaikki vammaisen henkilön suosinta osaksi positiivista erityiskohtelua vai pidetäänkö tästä kokonaan ulkopuolella niin sanotut kohtuulliset mukauttamistoimet. Yleisesti ottaen eurooppalaisella tasolla kuitenkin esimerkiksi etniseen taustaan tai rotuun perustuva positiivinen erityiskohtelu on vielä reilusti kehittymättömämpää ja sen osalta esiintyy myös vastustusta käyttää positiivista erityiskohtelua¹⁰⁰. Rotuun ja etniseen taustaan perustuva syrjäntä on kuitenkin yhdenvertaisuuslaissa – ainakin Suomessa sekä niissä Euroopan unionin valtioissa, joissa syrjäntädirektiivit ovat implementoitu pitkälti sellaisenaan – parhaiten suojattu syrjäntäperuste. Johtuuko siis sen osalta heikko positiivisen erityiskohtelun soveltaminen vastustuksesta positiivista erityiskohtelua vai nimenomaan rodullista suosintaa vastaan? Toisaalta pitää muistaa, että nykyisen kaltainen yhdenvertaisuussäädöstä on kohtalaisen tuoretta ja käytännön tilanne saattaa siis muuttua suhteellisen vauhdikkaastikin, sillä ei ole vielä kehittynyt niin vakiintuneita käytäntöjä.

⁹⁸ O’Cinneide 2006, s. 354.

⁹⁹ O’Cinneide 2006, s. 355.

¹⁰⁰ *ibid.*

3.3 Positiiviselle erityiskohtelulle asetetut rajoitukset

3.3.1 Lainsäädännön ja yhdenvertaisuutta koskevan oikeuskäytännön asettamat rajoitukset

Positiivisen erityiskohtelun tavoitteena on toteuttaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Sen nimissä tehtävä toiminta liikkuu hyvin lähellä syrjinnän rajaa, minkä takia sen hyväksyttävyyttä on rajoitettu tietyillä kriteereillä. Tätä voidaan pitää tärkeänä siksi, ettei positiivinen erityiskohtelu lopulta käänny itseään vastaan ja muutu itse syrjiväksi toiminnaksi. Lähtökohtaisesti siis tärkeimpänä oikeutuksena positiiviselle erityiskohtelulle on perustuslain 6 §, jonka mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan. Positiivinen erityiskohtelu toimii kielletyn syrjinnän ja sallitun erityiskohtelun – jonka tarkoituksena on edistää yhdenvertaisuutta – välimaastossa. Siksi aivan ensimmäisenä kriteerinä sille, että positiivinen erityiskohtelu on oikeutettua, on se, että eriarvoiseen asemaan laittamiselle on löydyttävä hyväksyttävä peruste. Ennen kuin voidaan edes miettiä pidemmälle, täytyy löytyä hyväksyttävä peruste erilaiselle kohtelulle, muuten erilainen kohtelu muuttuu helposti kielletyksi syrjinnäksi.

Hyväksyttävän perusteen lisäksi positiiviselle erityiskohtelulle on asetettu kolme muuta tärkeää vaatimusta – tilapäisyys, suhteellisuusperiaatteen mukaisuus ja se ei saa olla mielivaltaista. Yhdenvertaisuuslain esitöistä käy ilmi, että positiivisen erityiskohtelun tulisi olla tilapäistä ja oikeasuhtaista eli siis suhteellisuusperiaatteen mukaista. Alkuperäisen hallituksen esityksen mukaan yhdenvertaisuuslain 7.2 §:n viimeisessä lauseessa oli ”positiivisen erityiskohtelun on oltava tilapäistä ja pyrityn tavoitteen kannalta oikeasuhteista”¹⁰¹. Tilapäisyyden vaatimus kuitenkin jäi eduskuntakäsittelyssä pois. Myöskään Euroopan unionin lainsäädännössä ei ole tarkkaa mainintaa tilapäisyydestä. Oikeuskäytännöstä on kuitenkin löydettävissä jonkunlaista linjaa sille, että positiivisen erityiskohtelun tulisi noudattaa tilapäisyyden vaatimusta. Esimerkiksi aikaisemmin mainitussa oikeusasiamiehen ratkaisussa 208/4/08 – joka koski maahanmuuttajanasille järjestettyjä omia uimahallivuoroja – apulaisoikeusasiamies muistuttaa ratkaisussaan positiivisen erityiskohtelun olevan sallittua vain niin kauan kuin erityiskohtelu on tarpeellista todennettujen haittojen korjaamiseksi. Yleisen käsityksen mukaan tilapäisyyden vaatimus on

¹⁰¹ HE 44/2003, s. 64.

lisäksi otettava huomioon arvioitaessa jonkun toimenpiteen suhteellisuutta.¹⁰² Suhteellisuusperiaate on keskeinen periaate niin meillä kansallisessa kuin Euroopan unionin lainsäädännössä. Suhteellisuusperiaatteessa on kyse suoritettujen toimenpiteiden oikein mitoittamisesta. Toimenpiteiden tulee olla välttämättömiä ja tarpeellisia sekä oikeassa suhteessa tavoiteltavaan päämäärään.¹⁰³ Suhteellisuusperiaatteen noudattaminen positiivisen erityiskohtelun osalta on erittäin tärkeää, sillä se voi huolimattomasti toteutettuna ylittää kielletyn syrjinnän rajan ja siitä voi seurata negatiivisia vaikutuksia enemmistössä oleville yksilöille.¹⁰⁴

Yksinkertaistettuna positiivinen erityiskohtelu tähtää tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen. Kuitenkin laajemman näkökannan mukaan positiivisella erityiskohtelulla voidaan yhtäläisen kohtelun ja eriarvoisuuden lisäksi myös edistää ja säilyttää kulttuurien monimuotoisuutta, vaikka kyseinen ryhmä ei olisikaan varsinaisesti heikommassa asemassa¹⁰⁵. Tällä voidaan perustella esimerkiksi kielellisten vähemmistöjen erityiskohtelua. Mikäli positiivista erityiskohtelua halutaan tulkita tämän tapaisen laajemman näkökannan mukaan, voitaisiin tällä siis oikeuttaa muun muassa yliopistojen ruotsinkielisille varaaman kiintiöt. Helsingin yliopistoilla on oikeus varata riittävä määrä aloituspaikkoja ruotsin kieltä osaaville pyrkijöille esimerkiksi tulevien lääkärien ja juristien osalta. Kyseinen menettely on katsottu oikeutetuksi sillä perusteella, että sillä taataan yhdenvertainen kohtelu ja ruotsinkielisen väestön sivistyksellisistä ja yhteiskunnallisista tarpeista huolehtimisen.¹⁰⁶

Oleellista on, että kyseiset järjestelyt eivät saa kuitenkaan muodostua muita syrjiviksi. Lisäksi poikkeuksena yleisesti positiiviselle erityiskohtelulle asetettuihin ehtoihin nähden, tällaisissa järjestelyissä on yleensä suhteellisen pitkä toteuttamisaika eivätkä ne yleensä ole tarkoitettu tilapäiseksi. Tämä ei kuitenkaan saa tarkoittaa, ettei niistä voitaisi luopua, mikäli syystä tai toisesta näitä toimia ei enää pidettäisi hyväksyttävänä.¹⁰⁷ Kyse on siis tietyllä tapaa samasta asiasta kuin oikeusasiamiehen ratkaisussa koskien maahanmuuttajalaisille järjestettyjä uimahallivuoroja. Lähtöoletukselta toiminnalle ei siis ole asetettu mitään takarajaa eikä se näin ollen ole ilmeisellä tavalla tilapäistä. Oleellista kuitenkin on se, että toiminnasta ollaan

¹⁰² Waddington – Bell 2011, s. 1511.

¹⁰³ Laakso ym. 2006, s. 329–330.

¹⁰⁴ Waddington – Bell 2011, s. 1512.

¹⁰⁵ De Schutter 2007, s. 759.

¹⁰⁶ <http://www.om.fi/uploads/zye6d9qeom5.pdf>, s. 30 (vierailtu viimeksi 29.3.2013).

¹⁰⁷ Ojanen – Scheinin 2011, s.253.

valmiita luopumaan, mikäli sitä ei koeta enää tarpeelliseksi ja tätä kautta toteutetaan myös tilapäisyyden vaatimusta.¹⁰⁸

Kolmannen vaatimuksen mukaan positiivinen erityiskohtelu ei myöskään saa olla mielivaltaista, vaan sen täytyy perustua jollakin tavalla suunnitelmaan. Tämä ei tarkoita, että siitä täytyy välttämättä olla erillinen maininta esimerkiksi yhdenvertaisuussuunnitelmassa, vaan esimerkiksi, mikäli työhönotossa päätetään toteuttaa positiivista erityiskohtelua, täytyy se päättää etukäteen ja mahdollisuuksien mukaan myös sisällyttää työpaikkailmoitukseen.¹⁰⁹

Mielenkiintoista on miettiä näitä asetettua kolmea rajoitusta aikaisemmin mainitsemani oikeusasiamiehelle tehdyn kantelun (649/4/02) kautta, joka koski vain islaminuskoisille varattua hautausmaata. Jos lähdetään siitä oletuksesta, että he eivät voi vähemmistöasemansa vuoksi kunnolla järjestää hautausoimia. Tästä johtuen he ovat siis joutuneet tosiasiallisesti huonompaan asemaan kuin enemmistöuskontoa edustavat, ja tällöin positiivisen erityiskohtelun lähtötilanne toteutuu. Tätä voidaan siis mielestäni pitää positiivisen erityiskohtelun ensimmäisenä rajoituksena; tilanne vastaa sitä, mitä varten kyseinen käytäntö on luotu eli vähemmistönä oleva ryhmä on heikommassa asemassa ja tarvitsee toimia, joilla parannetaan näitä olosuhteita. Myös tämän osalta tilapäisyyden tarve on hankala määrittellä, mutta kuten aikaisemmin totesin, tilapäisyyden vaatimus täyttyy jo sillä, että käytännöstä ollaan valmiita luopumaan, kun se ei enää ole tarpeellinen. Mielenkiintoisin kohta tämän tapauksen osalta on mielestäni suhteellisuusperiaatteen mukaisuuden vaatimus. Tapauksesta ei käy ilmi varsinaista korjattavaa olotilaa, mutta tärkeää on siis miettiä, täyttääkö tässä yhteydessä käytetyt toimenpiteet suhteellisuusperiaatteen vaatimuksen. Olisiko parannettavaa olotilaa voitu korjata jollakin muulla tavalla kuin kokonaan oman hautausmaan varaamisella? Mikäli muu keino löytyy, kumpi näistä toteuttaa paremmin näitä kaikkia rajoituksia?

¹⁰⁸ Vaikka lähtökohtaisesti tämän tutkielman pääpaino on kansallisessa sekä Euroopan unionin oikeudessa, on hyvä huomata, että myös Yhdysvalloissa käytäntö positiivisen erityiskohtelun osalta on ainakin tilapäisyyden osalta samoilla linjoilla. Keskeisimpänä ratkaisuna Yhdysvalloissa pidetään tapausta Grutter v. Bollinger vuodelta 2003, jossa positiivinen erityiskohtelu yliopistojen opiskelijavalinnoissa katsottiin sallituksi. Keskeisimpinä ehtoina positiiviselle erityiskohtelulle tosin mainittiin se, että se ei saa sisältää valmiita kiintiöitä, vaan jokainen hakija on arvioitava yksilöllisesti ja rotu voi olla ainoastaan yksi valintaan vaikuttavista tekijöistä, valinta ei saa yksinään perustua rotuun. Toisaalta positiivista erityiskohtelua ei pidetty missään nimessä pysyvänä keinona, vaan se tulisi lopettaa heti, kun se ei enää ole välttämätön ja tarpeellinen. Vuonna 2012 positiivinen erityiskohtelu tuli uudelleen käsittelyyn tapauksessa Fisher v. University of Texas.

¹⁰⁹ Ahtela ym. 2006, s. 273.

Merkittävänä lähtöoletuksena positiiviselle erityiskohtelulle voidaan pitää sitä, että siitä ei saa tulla syrjivä enemmistönä olevaa ryhmää kohtaan. Yleinen keino positiivisen erityiskohtelun toteuttamisessa on erilaiset kiintiöt. Esimerkkinä kiintiöiden käyttämisestä on Suomessa ruotsinkielisille varatut koulutuspaikat. Jotta kiintiökäytännöstä ei muodostu syrjivää vahvemmassa asemassa olevaa ryhmää kohtaan, täytyy kaikkiin kiintiöihin soveltaa samoja edellytyksiä. Ruotsin korkein oikeus on ottanut varsin tiukan linjan kiintiöiden käytöstä tapauksessa NJA 2006:84. Kyseisessä tapauksessa Uppsalan yliopistolla oli opiskelijoita valitessaan kiintiö niin sanotun normaalin haun lisäksi sellaisille henkilöille, joiden molemmat vanhemmat olivat ulkomaalaistaustaisia. Tästä olivat valittaneet kaksi normaalissa haussa hakenutta, jotka olivat jääneet valinnan ulkopuolelle. Heidän saamansa pistemäärä oli suurempi, kuin osan sellaisista, jotka olivat tulleet valituksi tässä toisessa kiintiössä. Ruotsin korkeimman oikeuden linjauksen mukaan tällaiset kiintiöt ovat hyväksyttäviä vain niin kauan, kun kaikkia hakijoita kohdellaan yhdenvertaisesti. Tässä kyseisessä tapauksessa ei-ruotsalaista syntyperää olevia suosittiin hyvin vahvasti verrattuna ruotsalaisiin. Jotta tällainen kiintiö olisi positiivisen erityiskohtelun kannalta sallittu, tulisi heikommassa asemassa olevan kiintiön alin pistemäärä olla silti vähintään yhtä suuri kuin toisen kiintiön vastaava. Positiivinen erityiskohtelu ei siis kuitenkaan saa muodostua syrjinnäksi.

Lähtökohtani tässä tutkielmassa on kansallinen, mutta meitä velvoittaa vahvasti myös Euroopan unionin oikeus sekä kansainvälinen oikeus. Yhdenvertaisuuslain taustalla on rotu- ja työsyryntädirektiivit ja samat direktiivit vaikuttavat myös Ruotsin lainsäädäntöön sekä oikeuskäytäntöön. Vaikka Ruotsin tekemät linjaukset eivät siis ole Suomea velvoittavia, on niiden taustalla kuitenkin samat direktiivit, joista kumpikin on tehnyt omat tulkintansa. Perustuslakivaliokunta on katsonut lausunnossaan 3/1997 koskien hallituksen esitystä yliopistolaiksi¹¹⁰ kielikiintiön perustuslainmukaiseksi. Merkittävänä erona Ruotsin kiintiöjärjestelmään voidaan pitää sitä, että Suomen käytännössä ei edellytetä, että ruotsinkielisten kiintiössä valitulla täytyisi välttämättä olla vähintään yhtä paljon pisteitä, kuin niin sanotussa normaalissa kiintiössä valituksi tulleella. Perustuslakivaliokunta on linjauksessaan kuitenkin korostanut, ettei kiintiö saa kasvaa niin suureksi, että valintaperusteiden erot muodostuisivat merkittäviksi. Tällöin kyseistä käytäntöä ei enää

¹¹⁰ HE 263/1996

voitaisi pitää hyväksyttävänä. Myös uudemmassa lausunnossaan 23/2012 koskien hallituksen esitystä perustuslain muuttamisesta¹¹¹ perustuslakivaliokunta on pitäytynyt samassa näkemyksessä. Ruotsi on tulkinnassaan pitäytynyt siis siinä, että hakijoiden tulee olla ehdottoman tasaveroiset, eli hakijoiden pätevyys tai valintakokeen pisteiden tulee olla vähintään samat. Suomi on tulkinnassaan antanut tähän joustoa ja sallii esimerkiksi ruotsinkielisiin koulutuspaikkoihin hakijoille hieman pienemmät pisteet kuin niin sanotussa normaalissa haussa. Kuitenkaan erot eivät saa muodostua merkittävän suuriksi. Tämän voidaan katsoa toteuttavan suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta.

Suhteellisuusperiaatteen merkittävyyttä osoittaa lisäksi eduskunnan oikeusasiamiehen vuonna 2004 antama kannanotto 2839/4/03 koskien yliopistojen valintakokeita. Kyseisessä ratkaisussa oikeusasiamies ottaa kantaa yliopistojen uusille ylioppilaille antamiin ylimääräisiin pisteisiin. Ratkaisussa todetaan, että lisäpisteiden antamista samana vuonna ylioppilaisiksi päässeille voidaan perustella muun muassa sillä, että he ovat tottumattomia vaatimaan, erityistä valmistautumista edellyttävään valintakokeeseen. Oleellista tässä oli se, että kuinka suureksi annettujen lisäpisteiden määrä muodostui. Positiivisen erityiskohtelun tarkoitus tällaisessa tilanteessa on se, että uudet ylioppilaat saatettaisiin samalle lähtötasolle aikaisemmin ylioppilaisiksi päässeiden kanssa. Myös saadut lisäpisteet täytyisi suhteuttaa tähän nähden. Oikeusasiamies on katsonut, että tähän vaikuttaa hakutilanne sekä valintakokeiden luonne ja sisältö. Esimerkkinä hän on todennut, että mitä suurempi kilpailu opiskelupaikoista on, sitä merkittävämmäksi yksikin saatu lisäpiste voi muodostua. Positiivisella erityiskohtelulla ei kuitenkaan ole tarkoitus luoda heikommassa asemassa olevalle ryhmälle – tässä tapauksessa uusille ylioppilaille – parempaa lähtökohtaa muihin hakijoihin nähden.¹¹²

3.3.2 Tasa-arvoa koskevista oikeustapauksista johdettavissa olevat rajoitukset

Eurooppalaisessa oikeuskäytännössä merkittävimmät positiivista erityiskohtelua koskevat rajanvedot ovat muodostuneet tasa-arvon osalta. Pääsääntöisesti kaikki nämä oikeustapaukset koskevat syrjintää työssä tai työhönotossa. Koska positiivisesta erityiskohtelusta yhdenvertaisuuden osalta ei ole juurikaan muodostunut vielä

¹¹¹ HE 44/2012

¹¹² Myöhemmässä ratkaisussaan 1348/4/05 (24.10.2007) apulaisoikeusasia on muuttanut kantaansa eikä ole enää pitänyt uusille ylioppilaille jaettuja lisäpisteitä yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisena.

eurooppalaisella tasolla – yksittäisiä kansallisten tuomioistuinten ratkaisuja lukuun ottamatta – oikeuskäytäntöä, tarkastelen tässä tapauksessa keskeisimpiä näistä tasa-arvoa koskevista tapauksista sekä johtopäätöksiä, jotka niistä on löydettävissä. Tarkoitukseni on pohtia, voiko niistä löytää jonkunlainen sovellettava linja, joka kävisi myös positiiviseen erityiskohteluun yhdenvertaisuuden osalta.

Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö muodostaa merkittävän osan siitä, miten positiivista erityiskohtelua tasa-arvon osalta rajoitetaan. Sen antamassa ratkaisussa tapauksessa C-158/97 (Georg Badeck ym.) oli kyse naisille varatuista kiintiöistä koskien opiskelupaikkaan pääsemistä, työnsaantia sekä työhaastatteluun pääsemistä ja hallinnollisten elinten jäseneksi pääsemistä. Tuomioistuin katsoi, että kiintiöpaikka ei saa muodostua automaattiseksi, vaan jokaista tilannetta on arvioitava yksilöllisesti. Lisäksi tuomioistuin totesi, kussakin yksittäistapauksessa naispuolisten hakijoiden kanssa yhtä pätevälle miespuoliselle hakijalle tuli taata, että hakemukset käsitellään objektiivisesti niin, että kaikki hakijoiden henkilöön liittyvät perusteet otetaan huomioon, ja naisille annettava etusija sivuutetaan, jos yhden tai useamman tällaisen perusteen vuoksi miespuoliselle hakijalle on annettava etusija.

Keskeisimmät johtopäätökset, jotka yhteisöjen tuomioistuimen antamasta Badeck-ratkaisusta on löydettävissä, ovat siis, että etusija ei saa olla automaattista ja hakemukset tulee huomioida objektiivisesti ottaen huomioon kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät seikat. Automaattisen etusijan antamista vastaan puhuu myös Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-450/93 (Eckhard Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen). Tuomioistuin totesi järjestelyn, jossa naispuolinen hakija sai aina automaattisesti etusijan ollessaan yhtä pätevä kuin mieshakija, mikäli naiset olivat aliedustettuina kyseisellä alalla tai kyseisessä henkilöryhmässä, olevan positiivisen erityiskohtelun vastainen eikä siis näin ollen sallittu. Aliedustettuna oleminen tarkoitti kyseisessä tapauksessa sitä, että naisia oli alle puolet.

Näiden aikaisemmin mainittujen kriteerien lisäksi Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisusta C-407/98 (Katarina Abrahamsson ja Leif Anderson vs. Elisabet Fogelqvist) voidaan päätellä, että hakijoiden tulee olla joko yhtä päteviä tai lähes päteviä. Etusijaa ei voida antaa aliedustettuna olevalle sukupuolelle, mikäli toinen hakija on selvästi pätevämpi.

Keskeisimmät rajoitukset, jotka tasa-arvoa koskevista oikeustapauksista voidaan löytää, ovat siis se, että hakijoiden tulee olla ainakin lähes yhtä päteviä, etusijan antaminen ei saa olla automaattista ja hakemukset tulee huomioida objektiivisesti ottaen huomioon kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät seikat. Aikaisempien esimerkkien perusteella näyttäisi siltä, että positiivisen erityiskohtelun tulkinta myös yhdenvertaisuuden osalta on samoilla linjoilla ainakin siinä, että hakijoiden tulisi olla ainakin lähes yhtä päteviä. Tämä on linjassa positiiviselta erityiskohtelulta vaadittavan suhteellisuusperiaatteen mukaisuuden kanssa, sillä mikäli positiivinen erityiskohtelu oikeuttaisi vahvaan suosintaan selvästi pätevemmän ohi, olisi käytäntö helposti vaarassa muuttua syrjiväksi.

Ongelmallisimmaksi positiivisen erityiskohtelun osalta näkisin nimenomaan erilaiset kiintiömenettelyt. Kiintiöiden osalta on yleensä kyse suuremman mittakaavan toiminnasta, jolloin erityisesti objektiivinen huomioiminen ja automaattisuuden kieltö tulevat vaikeammin hallittaviksi. Esimerkiksi tietyn kielen perusteella valittavat kiintiöt – esimerkiksi siis aikaisemmin mainitut ruotsinkielisille varatut kiintiöt oikeustieteellisen tai lääketieteellisen opiskeluissa – ovat kuitenkin aina jossain määrin automaattisia. Vaikka edellytyksenä on linjattu, että eri kiintiöissä valittavien alimpien hyväksytyjen pisteet eivät saa olla merkittävästi erisuuruiset, ainakin itselläni herää kysymys, miten sen käytännön valvominen toteutetaan. Voidaanko kaikkien hakijoiden objektiivista huomioimista toteuttaa tilanteessa, jos johonkin opiskelupaikkaan ei esimerkiksi yksinkertaisesti ole tarpeeksi hakijoita, jolloin sen alin hyväksyty pistemäärä todennäköisesti laskee verrattuna tilanteeseen, jossa hakijoita on paljon? Voidaanko tällaisessa tilanteessa käytännössä todeta, että tänä vuonna meille ei hyväksytä yhtään hakijaa tästä kiintiöstä, koska pistemäärät muodostuisivat merkittävästi alemmiksi kuin toisessa saman oppilaitoksen opiskelijahaussa?

Kun positiivinen erityiskohtelu laajeni pelkästä tasa-arvosta myös yleisesti yhdenvertaisuuteen työsyrijntädirektiivin kautta, Euroopan komission ajatuksena ilmeisesti oli, että tasa-arvoa koskeva oikeuskäytäntö soveltuisi suoraan sellaisenaan koskemaan myös muihin syrjintäperusteisiin liittyvään positiiviseen erityiskohteluun¹¹³. Kuitenkin ottaen huomioon eri syrjintäperusteiden erilaisuudet ja eri sovellettavuusalueet, ei tasa-arvoa koskevan oikeuskäytännön siirtäminen suoraan sovellettavaksi myös muiden syrjintäperusteiden osalta ole täysin ongelmaton. Euroopan unionin tuomioistuin on hitaalla

¹¹³ COM (1999) 565 final, s. 11.

tahdilla hyväksynyt positiivisen erityiskohtelun osaksi miesten ja naisten välistä tasa-arvoa. Vanhemmassa tasa-arvoa koskevassa oikeuskäytännössä unionin tuomioistuin tulkitsi positiivisen erityiskohtelun olevan suppeasti tulkittavissa oleva poikkeus yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta. Amsterdamin sopimuksen jälkeen positiivista erityiskohtelua koskeva sanamuoto muuttui enemmän tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamisen suuntaan¹¹⁴. Tällöin ei enää ollut siis kyse positiivisen erityiskohtelun suppeasta tulkinnasta, vaan tulkinta muuttui pikemminkin laajempaan suuntaan kuin mitä se on merkittävimpien tasa-arvoa koskevien oikeustapausten aikaan ollut.¹¹⁵ Vaikka tuomioistuin on hyväksynyt oikeuskäytännössään positiivisen erityiskohtelun keinoksi toteuttaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta, ei se ole koskaan ajatellut positiivisen erityiskohtelun tulevan sitovimmiksi toimenpiteiksi, ne ovat olleet ennemminkin sallittuja kuin pakollisia keinoja.¹¹⁶

Toinen haaste tasa-arvoa koskevan oikeuskäytännön siirtämisestä suoraan sovellettavaksi myös yhdenvertaisuutta koskevaan positiiviseen erityiskohteluun on soveltamisalan laajeneminen. Tasa-arvoa koskeva positiivinen erityiskohtelu on liittynyt lähinnä työelämään ja työhön pääsemiseen, mutta uusi rotusyrjintä direktiivi laajentaa positiivisen erityiskohtelun soveltamisalaa myös työelämän ulkopuolelle. Aikaisemmin oli kyse pelkästään siitä, että aliedustettuna olevalle sukupuolelle annettiin etusija tietyssä tilanteessa. Laajenemisen myötä on vaikeampi keksiä yleisesti pätevää kriteeriä, joka ei liittyisi vain tiettyyn soveltamisalaan tai tiettyyn kontekstiin. Vaikeampi tilanne on esimerkiksi sosiaalietuuksien kohdalla, jolloin sosiaalietuudet täytyisi jakaa useamman kriteerin yhdistelmällä – esimerkiksi tarve ja perhetilanne.¹¹⁷

¹¹⁴ Myöhemminkään unionin perussopimukseen ei ole tullut mainittavaa muutosta positiivisen erityiskohtelun osalta, vaan Amsterdamin sopimuksessa tullut 119 artikla (nyk. 157 artikla) koskien miesten ja naisten tasa-arvoa työelämässä sekä 19 artikla antaa Neuvostolle unionin toimivallan rajoissa oikeuden toteuttaa tarvittavat toimenpiteet sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän torjumiseksi (ent. 13 artikla). Muuhun kuin tasa-arvoon liittyvästä positiivisesta erityiskohtelusta on siis lähinnä säädetty vain direktiivien kautta. Syrjinnän kiellosta erilaisissa tilanteissa on kuitenkin säädetty perussopimuksissa useammassakin artiklassa.

¹¹⁵ Ahtela ym. 2006, s. 263.

¹¹⁶ De Schutter 2007, s. 822.

¹¹⁷ De Schutter 2007, s. 823–825.

4 MUUT KEINOT TOSIASIALLISEN YHDENVERTAISUUDEN EDISTÄMISEKSI

4.1 Syrjintää vastaan taistelemassa

Syrjintää vastaan on taisteltu viime vuosien aikana. Luonnollisesti myös keinot tätä varten ovat monipuolistuneet. Tämän takia voidaankin pitää ehkä hieman epäselvänä, mitkä kaikki keinot oikeastaan kuuluvat kategoriaan positiivinen erityiskohtelu.¹¹⁸ On syntynyt epäselvyyttä siitä, mikä kaikki oikeastaan kuuluu positiiviseen erityiskohteluun.¹¹⁹

Yhdenvertaisuuden toteuttamisessa voidaan nähdä oikeastaan kaksi erilaista tapaa¹²⁰. Vakiintuneempi ja perinteisempi malli lienee yksittäisiin valituksiin pohjautuva toimintaperiaate. Uudempi malli on proaktiivinen, joka pyrkii muuttamaan koko institutionaalista rakennetta. Perinteisessä yksilövalituksiin pohjautuvassa toimintamallissa Sandra Fredman näkee yhdenvertaisuuden toteutumisen näkökulmasta ongelmalliseksi kolme asiaa. Ensinnäkin luottamus siihen, että syrjitty itse valittaa asiasta oikeuteen, aiheuttaa syrjitylle itselleen ylimääräisen kuormituksen voimavarojen ja energian osalta. Toiseksi se tarkoittaa, että tuomioistuimen tapauksen käsittelyyn ottaminen on sattumanvaraista ja tapauskohtaista. Kaikilla syrjityillä ei ole mahdollisuutta itse lähteä ajamaan asiaansa. Näin on esimerkiksi työnantajan aiheuttaman syrjinnän osalta erilaisiin liittoihin kuulumattomilla. Kolmanneksi täytyy löytyä jokin yksilöity syyllinen, joka on syrjinyt. On kuitenkin huomattu, että on tilanteita, joissa yhdenvertaisuuden toteutumattomuus on institutionaalista eikä varsinaista syyllistä voida nimetä. Tällaisissa tilanteissa syrjityn täytyy löytää edes verrokki, jonka avulla pystytään todistamaan toisen olemisen epäsuotuisammassa asemassa. Yleisesti ottaen Fredman näkee yksilövalituksiin pohjautuvan toimintamallin yhdenvertaisuuden toteutumisen kannalta ongelmallisena nimenomaan siitä syystä, että yhdenvertaisuutta ei nähdä yhteisenä päämääränä vaan ennemminkin konfliktina ja vastustuksena.¹²¹ Tässä ajattelumallissa yhdenvertaisuuteen

¹¹⁸ Waddington – Bell 2011, s. 1503.

¹¹⁹ Waddington – Bell 2011, s. 1519.

¹²⁰ Fredman 2005, s. 369–397. Vaikka Sandra Fredmanin artikkeli koskien yksilövalitusten toimintaperiaatetta sekä proaktiivista mallia koskee alun perin nimenomaan miehen ja naisen välisen tasa-arvon toteutumista, soveltuu se mielestäni sellaisenaan myös yleisen yhdenvertaisuuden toteutumiseenkin. Toteutumiskäytännöt ja toimintamallit ovat näissä nimittäin yleensä suhteellisen identtisiä. Euroopan tasolla tasa-arvolla on pidemmät perinteet ja siksi sitä koskevat käytännöt usein ovat pidemmälle kehittyneitä, mutta yhdenvertaisuuden voidaan nähdä seuraavan aivan tasa-arvon jalanjäljissä.

¹²¹ Fredman 2005, s. 369–373.

pyrkiminen ei ole siis lähtökohta, vaan kyse on lähinnä passiivisesta toiminnasta pitäytyä syrjinnästä, johon sitten yksilövalitus tuo poikkeaman tai särön. Syrjintää ei siis pyritä kokonaisvaltaisesti poistamaan, vaan lähinnä korjaamaan tuo yksittäinen tilanne.

Proaktiivinen malli pyrkii puuttumaan näihin yksilövalituksessa ilmi käyneisiin heikkouksiin. Ensinnäkin, sen sijaan että vastuu olisi itse syrjintää kokeneella yksilöllä, aloitteen tekeminen on päätöksentekijöiden, palvelun tarjoajien ja työnantajien vastuulla. Toisekseen, muutoksen on tarkoitus olla systemaattisempaa, jolla pyritään takaamaan, että se koskee kaikkia, jotka ovat siihen oikeutettuja, eikä pelkästään yksittäistä valituksen tehnyttä syrjittyä. Kolmanneksi, kun syrjintä todetaan institutionaalisella tasolla, ei tarvita yksittäistä nimettyä syrjijää, vaan muutoksen toteuttaminen on niiden käsissä, joilla on valtaa ja mahdollisuutta se tehdä. Sen sijaan että todetaan syrjintä tapahtuneeksi ja rangaistaan syrjinnän toteuttanutta, pääpaino on systemaattisessa syrjinnässä ja sellaisen mekanismin luomisessa, jolla tuo systemaattinen syrjintä voidaan poistaa. Tällöin siis yhdenvertaisuuden toteutuminen on avoinna kaikille eikä pelkästään niille yksilöille, jotka valittavat. Proaktiivinen malli tuottaa dynaamisia ja uudelleen neuvoteltavia malleja tarkasti säädettyjen, kiinteiden laillisten oikeuksien ja velvollisuuksien sijaan.¹²² Kuitenkin proaktiivisen mallin heikkoutena voidaan pitää nimenomaan sen pohjautumista toimintaperiaatteisiin. Tällöin sen toteutuminen on riippuvainen poliittisesta sitoutumisesta ja siihen vaikuttavat helposti erilaiset poliittiset muutokset.¹²³

Fredmanin lähtökohta on brittiläisessä common law -järjestelmässä, joka pohjautuu pitkälti oikeuskäytäntöön. Vaikka common law -järjestelmää sekä Suomessa noudatettavaa roomanis-germaanista oikeusjärjestelmää voidaankin pitää lähtökohdiltaan erilaisina, uskon, että jako yksilövalituksiin pohjautuvasta ja proaktiivisesta mallista soveltuu myös meidän oikeusjärjestelmäämme. Suomessa valituskäytännön voidaan nähdä yhdenvertaisuuden osalta sijoittuvat enemmän niin sanotuksi ”sallituksi oikeuslähteeksi”¹²⁴. Sillä kuten muutenkin perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvonta, myös yhdenvertaisuuden valvonta toteutetaan hyvin pitkälti ylimmän laillisuusvalvonnan, eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin sekä yhdenvertaisuuden toteutumisen

¹²² Fredman 2005, s. 374.

¹²³ Fredman 2005, s. 369.

¹²⁴ Tarkoitetaan, että se ei itsessään luo velvoittavaa käytäntöä, vaan sitä on sallittua käyttää muissa vastaavissa tilanteissa muun muassa tulkinnan apuna (”soft law”).

valvonnasta huolehtivien erityisten valvontaviranomaisten toimesta¹²⁵. Valvontaviranomaiset eivät anna yhtä lailla sitovia ratkaisuja kuin tuomioistuimet ja suomalaisessa oikeuskäytännöstä löytyy yhdenvertaisuutta käsitteleviä tapauksia suhteellisen vähän verrattuna esimerkiksi valvontaviranomaisten antamien lausuntojen lukumäärään. Nämäkin ovat kuitenkin edes löysästi velvoittavia, eikä niitä siis voi täysin ohittaa. Toisaalta myös Suomen oikeuskäytännöstä löytyy yhdenvertaisuutta koskevia tuomioistuinten ratkaisuja. Lähtökohtaisesti siis yhdenvertaisuuden toteutuminen on perinteisesti – myös Suomessa – syrjintää kokeneen oman aktiivisuuden varassa. Tämän takia näkisin, että tämä jako yksilövalituspohjaisiin sekä proaktiivisiin keinoihin toimii myös suomalaisessa oikeusjärjestelmässä.

Positiivinen erityiskohtelu edustaa ennemminkin juuri proaktiivista näkökulmaa kuin perinteisempää yksilövalitukseen pohjautuvaa toimintamallia. Fredmanin esittelemä proaktiivinen malli on mielestäni hyvin pitkälti verrattavissa aikaisemmin esittelemääni McCruddenin ja O’Cinneiden positiivista erityiskohtelua koskevaan näkökulmaan – kaikki proaktiiviset toiminnot, joiden tarkoituksena on olla hyödyksi heikommassa asemassa olevalle ryhmälle, on positiivista erityiskohtelua. Molemmissa on kyse proaktiivisista toiminnoista, jotka tähtäävät tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen. Fredman viittaa artikkelissaan positiiviseen erityiskohteluun nimeltä vain niukasti, mutta hänen voidaan nähdä niputtavan kaikenlaiset muut tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen tähtäävät toiminnot saman otsikon alle eikä pyri siis tietoisesti tekemään näiden välille varsinaista erottelua.

Erityisen kiinnostavana ja tietystä mielessä ongelmallisena näen kuitenkin tämän näkökulman osalta positiiviselle erityiskohtelulle asetetut rajoitukset. Mikäli noudatamme muun muassa McCruddenin ja O’Cinneiden jakamaa käsitystä positiivisen erityiskohtelun laajuudesta, täytyisi siis kaikissa näissä proaktiivisissa toiminnoissa noudattaa niitä rajoituksia, joita positiiviselle erityiskohtelulle on asetettu niin lainsäädännössä kuin oikeuskäytännössäkin. Vaikka jokin toiminta täyttäisi ensimmäisen vaatimuksen eli erilaiseen kohteluun löytyy jokin hyväksyttävä peruste, on yhdenvertaisuuslain esitöistä luettavissa aikaisemmin käsittelemäni kolme muuta tärkeää rajoitusta positiivisen erityiskohtelun

¹²⁵ Lavapuro 2010, s. 42.

käytölle. Nämä ovat tilapäisyys, suhteellisuus ja mielivallattomuus. Mikäli ajatellaan jonkin tietyn toimenpiteen – esimerkiksi yhdenvertaisuuslain esitöissä mainittu maahanmuuttajille järjestettävän kielikoulutuksen – kuuluvan osaksi positiivista erityiskohtelua, tulee sen soveltamisessa noudattaa sille asetettuja reunaehtoja. Eli niiden tulisi olla tilapäistä, suhteellisuusperiaatteen mukaista ja ne eivät saisi olla mielivaltaisia. Tämän valossa voidaan miettiä, kuuluvatko esimerkiksi vammaisten henkilöiden kuljetuspalvelut positiiviseen erityiskohteluun. Jukka Kumpuvuori katsoo näiden kuuluvan osaksi positiivista erityiskohtelua, sillä voidaan katsoa, että vammaisten henkilöiden kuljetuspalveluille on olemassa juridisesti hyväksyttävä oikeutusperuste.¹²⁶ Siihen löytyy kyllä juridisesti hyväksyttävä oikeutusperuste – julkinen liikenne on vammaisille henkilöille ollut pääsääntöisesti mahdoton käyttää – mutta voidaanko sen ajatella toteuttavan myös yhdenvertaisuuslain esitöistä ilmi käyneet tilapäisyyden, suhteellisuusperiaatteen mukaisuuden ja mielivallattomuuden vaatimukset? Positiivinen erityiskohtelu rajoituksineen tulee siis voida perustella myös muiden rajoitusten kuin pelkästään hyväksyttävän syyn kautta.

Yleisesti ottaen – sekä Euroopan unionin että kansallisilla tasoilla – muodollisen yhdenvertaisuuden lähtökohtaa voidaan pitää yleisempänä. Jotta positiivinen erityiskohtelu voisi parhaiten toteutua, täytyy sitä säätelevän lainsäädännön tehdä positiivisen erityiskohtelun käytöstä mahdollista sekä toimivaa.¹²⁷ Positiivisen erityiskohtelulle on asetettu tiettyjä rajoitteita, mitkä heikentävät sen toteuttamista käytännössä niin monipuolisin keinoin kuin esimerkiksi aikaisemmassa luvussa esittelemäni O’Cinneide ja McCrudden positiivisen erityiskohtelun ymmärtävät. Tämän takia näkisin erityisesti kysymyksen siitä, mitä kaikkea positiivinen erityiskohtelu sisältää, erityisen tärkeäksi. Nykyisellään lainsäädäntö ei tunne isommassa mittakaavassa kuin pelkästään positiivisen erityiskohtelun. Mikäli voidaan ajatella, että on myös muita keinoja, joilla toteutetaan tosiasiallista yhdenvertaisuutta, niiden osalta ei nykyisessä lainsäädännössä ole samanlaisia rajoitteita kuin positiivisella erityiskohtelulla. Yhdenvertaisuuslain uudistuspyrkimyksen tavoitteena on muun muassa parantaa yhdenvertaisuuden edistämistä. Uudistuksen yhteydessä on pyritty kattavammin ja yhtenäisemmin säätämään tilanteista, joissa erilainen

¹²⁶ Kumpuvuori 2009, s. 55–56.

¹²⁷ O’Cinneide 2006, s. 355.

kohtelu on mahdollista¹²⁸. Positiivinen erityiskohtelu on kuitenkin näistä erilaisen kohtelun oikeuttamistilanteista ainoa, josta puhutaan lainsäädännön tasolla omalla termillään.

Aikaisemmin esittelin muun muassa O’Cinneiden ja McCruddenin jakaman näkemyksen siitä, että kaikki ennakoivat teot, joiden tarkoituksena on hyödyttää epäsuotuisammassa asemassa olevaa ryhmää, voisi katsoa kuuluvan positiiviseen erityiskohteluun. Tässä luvussa tuon esiin vaihtoehtoista tapaa ryhmitellä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseen käytetyt keinot. Bell ja Waddington korostavat artikkelissaan, että positiivista erityiskohtelua ei pidä sekoittaa muihin syrjinnän ehkäisemiseen ja tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseen käytettyihin toimintoihin. Käytän tässä luvussa jaottelua, jonka he ovat tuoneet artikkelissaan esiin. He ovat jaotelleet syrjintää vastaan käytetyt keinot perinteisempään näkemykseen positiivisesta erityiskohtelusta sekä toisaalta uudempiin ilmiöihin, kuten positiivisiin velvollisuuksiin ja valtavirtaistamiseen.¹²⁹

Tarkoitukseni ei ole ottaa kantaa, kumpi näkemys on niin sanotusti se oikea. Haluan tuoda tässä tutkielmassa esiin, kuinka monenlaisilla keinoilla tosiasiallista yhdenvertaisuutta pyritään toteuttamaan. On siis mahdollista, että tässä luvussa esitetyt toimenpiteet lasketaan kuuluvaksi ison sateenvarjokäsitteen – positiivinen erityiskohtelu – alle tai sitten niitä voidaan ajatella ihan erillisinä toimintaryhminä, joilla kuitenkin on loppujen lopuksi sama päämäärä. Haluan tuoda esiin näitä vallitsevia erilaisia näkemyksiä erityisesti siitä syystä, jotta saisin osoitettua, kuinka haastavaksi ja epävarmaksi yhtenäisten mallin puuttuminen luo koko toimintakentän. Erilaisia näkemyksiä esittelemällä pystyn hieman lisäksi vertailemaan niiden sisältöä sekä yleisesti positiivisesta erityiskohtelusta vedettyjen suuntaviivojen yhteneväisyyksiä sekä mahdollisia eroavaisuuksia.

Jos lähdetään Waddingtonin ja Bellin oletuksesta, että on olemassa myös muita keinoja toteuttaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta, kuin positiivinen erityiskohtelu, syntyy

¹²⁸ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf, s. 48–52 (vierailtu viimeksi 15.9.2013)

¹²⁹ Waddington – Bell 2011, s. 1519–1522. Myös tasa-arvon osalta on esitetty jakoa positiiviseen erityiskohteluun sekä muihin keinoihin. Esimerkiksi Teresa Rees esittää jakoa positiiviseen erityiskohteluun, positiiviseen syrjintään ja valtavirtaistamiseen, ks. Rees 1998, s. 29–48. Vaikka Reesin näkemys on jo vuodelta 1998, minkä jälkeen lainsäädännöllisiä uudistuksia on tapahtunut positiivisen erityiskohtelussa myös tasa-arvon osalta, myöhemminkin jakoa positiiviseen erityiskohteluun (positive action) ja positiiviseen syrjintään on käytetty, ks. tästä Ahtela ym. 2006, s. 258–259.

mielenkiintoinen tilanne. Euroopan unionin lainsäädäntö on asettanut varsinaisesti vain positiiviselle erityiskohtelulle tarkempia vaatimuksia, jotka rajoittavat sen soveltamista. Muut keinot, joilla syrjintää vastaan taistellaan, ovat kehittyneet lähinnä kansallisilla tasoilla, eikä niiden osalta ole olemassa unionin tasoista sääntelyä.¹³⁰ Tämän takia positiivista erityiskohtelua velvoittavat erilaiset rajoitteet verrattuna mahdollisiin muihin keinoihin. Jotta positiivista erityiskohtelua voisi todella ymmärtää, on tärkeää miettiä, mitkä kaikki keinot kuuluvat siihen, ja mitkä eivät. Positiivista erityiskohtelua lähellä olevina keinoina voidaan pitää positiivisia velvollisuuksia¹³¹, valtavirtaistamista¹³², yleisiä sosiaalipoliittisia toimenpiteitä sekä vammaisia henkilöitä koskevia mukauttamisvelvoitteita.

4.2 Positiiviset velvollisuudet ja valtavirtaistaminen

Viimeisen parin vuosikymmenen aikana on kehittynyt idea yhdenvertaisuuden valtavirtaistamisesta. Alun perin se on kehittyneet tasa-arvon osalta, jolloin on ollut kyse pelkästään miesten ja naisten välisen tasa-arvon valtavirtaistamisesta.¹³³ Valtavirtaistamisessa on kyse siitä, että viranomaiset pyrkivät tunnistamaan järjestelmissä esiintyvän syrjinnän ja toteuttavat aktiivisia toimintoja näiden syrjivien tekijöiden poistamiseen ja monipuolisuuden luomiseen¹³⁴. Kyse on siis siitä, että yhdenvertaisuutta pyritään edistämään tuomalla se kaikkien lakien ja toimintatapojen alueelle. Sen sijaan, että luotettaisiin vain tiettyyn toimenpiteeseen, valtavirtaistamisen tarkoituksena on pyrkiä yhdenvertaisuuteen kaikessa toiminnassa. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että yhdenvertaisuus on otettava huomioon paitsi toimintatavan tai lain muodostuksessa, myös sen toteuttamisessa ja kehittämisessä.

¹³⁰ Waddington – Bell 2011, s. 1525.

¹³¹ Alkuperäinen termi on positive duties, käytän tässä tutkielmassa omaa käännettäni positiivinen velvollisuus, sillä termillä ei tietääkseni ole vakiintunut varsinaista suomenkielistä käännettä. Idea kuitenkin on siinä, että viranomaisella on velvollisuus edistää yhdenvertaisuutta. Viranomaiselle ei siis riitä, että hän pidättäytyy syrjimästä vaan hänen täytyy aktiivisesti myös pyrkiä edistämään yhdenvertaisuuden toteutumista.

¹³² Alkuperäinen termi tälle on mainstreaming, mutta käytän tästä siis suomenkielistä vastinetta valtavirtaistaminen. Termi ei kenties ole täysin vakiintunut, mutta on suhteellisen vakiintuneessa käytössä monella muulla alalla, joten katsoin sen parhaaksi mahdolliseksi käännökseksi myös tässä yhteydessä.

¹³³ Artemjeff 2006, s. 18–20.

¹³⁴ O’Cinneide 2006, s. 354.

Suomessa valtavirtaistaminen on tuotu lain tasolle viranomaisten velvollisuutena edistää yhdenvertaisuutta. Yhdenvertaisuuslain 4.1 §:ssä on säädetty viranomaisten velvollisuudesta edistää yhdenvertaisuutta kaikessa toiminnassaan tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti. Kyseisen momentin mukaan viranomaisilla on myös velvollisuus vakiinnuttaa sellaiset toimintatavat, joilla varmistetaan yhdenvertaisuuden edistäminen asioiden valmistelussa ja päätöksenteossa. Yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan tämä tarkoittaa sitä, että viranomaisten tulisi ottaa omassa toiminnassaan yhdenvertaisuuslain tarkoitus huomioon esimerkiksi suunnitellessaan, tiedottamisessa, voimavarojen kohdentamisessa, työkäytäntöjä kehittäessä ja soveltamisohjeita laadittaessa¹³⁵.

Tällaisella ajattelumallilla yhdenvertaisuus saadaan ulotettua kaikkeen toimintaan. Yhtenä esimerkkinä voidaan mainita esimerkiksi julkinen liikenne. Valtavirtaistamisen ideana on, että yhdenvertaisuus otetaan huomioon suunnitellessa julkisen liikenteen rakennetta. Tällöin täytyy esimerkiksi huomioida, että myös liikuntarajoitteiset pystyvät käyttämään julkista liikennettä. Toisena esimerkkinä julkiseen liikenteeseen liittyen voisi olla, että yhtä hyvät julkisen liikenteen yhteydet järjestetään myös alueille, joilla asuu suuri määrä etniseen vähemmistöön kuuluvia, kuin muihin kaupunginosiin.¹³⁶

Valtavirtaistaminen on kuitenkin toiminnallisesti melko abstrakti käsite. Yleisesti ottaen sen toteuttamiseen ei ole todellisia tukevia laillisia velvollisuuksia niin julkisen kuin yksityisen toimijan osalta¹³⁷. Tämän voi nähdä heikentävän sen tehokasta toteutumista. Valtavirtaistaminen on niin sanottua "soft law":ta ja tämä on sen yksi suurimmista heikkouksista. Jotta valtavirtaistaminen voi toteutua tehokkaasti, vaatii se sopivan määrän poliittista tahtoa, järjestöllistä kykyä sekä pysyvää johtajuutta.¹³⁸ Toisaalta mikäli valtavirtaistamisen erottaa positiivisesta erityiskohtelusta erilliseksi, ei sillä ole myöskään lainsäädäntöä rajaamassa sen toimintamahdollisuuksia. Mikäli kaikki vaadittavat olosuhteet toteutuvat, voi valtavirtaistamisesta tulla tehokas työkalu. Valtavirtaistamisen avulla kuitenkin voidaan kuitenkin tehokkaammin tunnistaa ne rakenteelliset heikkoudet, joihin positiivisella erityiskohtelulla halutaan vaikuttaa¹³⁹. Sitä voidaan lisäksi käyttää

¹³⁵ HE 44/2003, s. 37–38.

¹³⁶ Waddington – Bell 2011, s. 1519.

¹³⁷ O’Cinneide 2006, s. 355.

¹³⁸ O’Cinneide 2006, s. 361.

¹³⁹ O’Cinneide 2006, s. 355.

neutralisoimaan tai mukauttamaan positiivisen erityiskohtelun toimenpiteiden omaksumista¹⁴⁰. Vaikka ne siis nähtäisiinkin toisistaan erillisinä toimintoina, voivat ne kuitenkin toimia yhteistyössä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamisessa.

Positiivisia velvollisuuksia voidaan pitää valtavirtaistamisen kehityksen seuraavana askeleena. Tällöin yhdenvertaisuuden edistämisestä tulee yleensä tiukemmin laillisesti valvottavissa oleva ja ohjelmoidumpi.¹⁴¹ Positiivisille velvollisuuksille ei ole tietääkseni yleisesti hyväksyttyä määritelmää, mutta Timo Makkonen on väitöskirjassaan määritellyt sen tarkoittavan lain organisaatiolle asettamaksi vaatimukseksi suorittaa aktiivisia toimia yhdenvertaisuuden edistämiseksi. Positiiviset velvollisuudet pyrkivät saamaan liikkeelle voiman, joka aiheuttaisi eräänlaisen dominoefektin, jossa muutokset lainsäädännössä aiheuttaisivat lopulta muutoksen instituutioissa ja kulttuurissa ylipäätensä.¹⁴²

Positiivisia velvollisuuksia voidaan pitää vielä hyvin uutena ilmiönä. Esimerkkejä sen käytännön toteuttamisesta on vain vähän. Suomen lainsäädännössä yhtenä esimerkkinä positiivisten velvollisuuksien toteuttamisesta löytyy yhdenvertaisuuslain 4.2 §:ssä säädetty yhdenvertaisuussuunnitelma.¹⁴³ Kyseisen pykälän mukaan viranomaisten tulee laatia suunnitelma etnisen yhdenvertaisuuden edistämiseksi.

Waddington ja Bell tekevät eroa positiivisen erityiskohtelun ja positiivisten velvollisuuksien välille tuomalla esiin positiivisen erityiskohtelun määritelmän, joka on löydettävissä Euroopan unionin lainsäädännöstä. Positiivisen erityiskohtelun on tarkoitus ehkäistä tai tasoittaa haittoja, joita heikommassa asemassa oleva ryhmä kokee. Tästä voidaan tulkita, että positiivinen erityiskohtelu liittyisi ennemminkin konkreettisiin toimiin, joilla annetaan etuja heikommassa asemassa olevalle ryhmälle. Positiiviset velvollisuudet sitä vastoin pyrkivät lisäämään yhdenvertaisuuden edistämistä käytäntöjen luomisessa, jotta voidaan saavuttaa yhdenvertaisempia lopputuloksia.¹⁴⁴ Kuitenkin verrattuna esimerkiksi valtavirtaistamiseen, positiiviset velvollisuudet ovat jo luonteeltaan velvoittavampia¹⁴⁵.

¹⁴⁰ O’Cinneide 2006, s. 361.

¹⁴¹ Waddington – Bell 2011, s. 1520.

¹⁴² Makkonen 2010, s. 256–257.

¹⁴³ Makkonen 2010, s. 259–260.

¹⁴⁴ Waddington – Bell 2011, s. 1520–1521.

¹⁴⁵ O’Cinneide 2006, s. 362.

Mielenkiintoisena sävyeron näiden välillä voidaan nähdä siis, millaisia yhteentörmäyksiä nämä aiheuttavat yksilöiden välillä. Positiivisesta erityiskohtelusta oikeuskäytännön perusteella nousee helposti mielikuva, että huonommassa asemassa olevalle ryhmälle annetaan joitakin etuja, mikä tasoittaa heidän tilannettaan vahvemmassa asemassa olevan ryhmän kanssa. Esimerkiksi kiintiöjärjestelyssä tai valintatilanteessa toiselle annettu lisäarvo – esimerkiksi opiskelupaikkahaussa ensikertaa hakijoille annettava lisäpiste – koetaan niin, että se on tietyllä tapaa pois vahvemmassa asemassa olevalta hakijalta. Tällöin voikin syntyä tilanne, jossa heikommassa asemassa olevaan ryhmään kuulunut yksilö valitaan helpommin kuin vahvemmassa asemassa olevaan ryhmään kuulunut – kuten aikaisemmassa Ruotsin korkeimman oikeuden tapauksessa Uppsalan yliopiston valintatilanteessa. Positiivisten velvollisuuksien lähtöajatus on kuitenkin se, että se luo uusia käytäntöjä, joiden kautta tosiasiallinen yhdenvertaisuus toteutuu.

Positiivisen erityiskohtelun ja positiivisten velvollisuuksien välille ei kuitenkaan pidä luoda liian isoa erotusta. Voidaan ajatella, että positiiviset velvollisuudet luovat ikään kuin ympäristön, jossa organisaatiot ja toimijat voivat valita sitoutua positiiviseen erityiskohteluun. Positiiviset velvollisuudet siis luovat positiiviselle erityiskohtelulle ympäristön, jossa sen on helpompi toimia. Waddington ja Bell kuitenkin haluavat pitää näiden kahden termin välillä selkeän rajan, sillä se lopulta määrittää sen, kuinka laajalle oikeudellinen tarkastelu näiden yhdenvertaisuuden edistämiseen käytettyjen keinojen osalta ulottuu.¹⁴⁶

Kuten aikaisemmin kävi ilmi, positiivisen erityiskohtelun osalta pätee lainsäädännön sille asettamat rajat. Positiivisen erityiskohtelun tulee olla suhteellisuusperiaatteen mukaista, pääsääntöisesti tilapäistä sekä se ei saa olla mielivaltaista. Euroopan unionin tuomioistuin on korostanut erityisesti suhteellisuusperiaatteen merkitystä, tarkastellessa positiivisen erityiskohtelun lainmukaisuutta¹⁴⁷. Mikäli kaikki yhdenvertaisuuden edistämiseen tähtäävät keinot mielletään osaksi positiivista erityiskohtelua, tulee niihin myös soveltaa samoja vaatimuksia ja niitä arvioidaan samojen kriteerien valossa. Tämä taas rajoittaisi positiivisten velvollisuuksien toimintamahdollisuuksia merkittävästi.

¹⁴⁶ Waddington – Bell 2011, s. 1520–1521.

¹⁴⁷ Waddington – Bell 2011, s. 1521–1522. Esimerkiksi tasa-arvon yhteydessä mainittu ratkaisu Abrahamsson, tuomioistuin on todennut, että käytetyt keinot eivät saa olla epäsuhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden, C-407/98, kohta 55.

4.3 Sosiaalipoliittiset toimenpiteet

Positiivisten velvollisuuksien ja valtavirtaistamisen lisäksi mielenkiintoinen näkökohta liittyen positiiviseen erityiskohteluun ovat erilaiset sosiaaliset avustukset, joihin usein liittyy erityisesti ikä tai vammaisuus. Aikaisemmin mainitun yleisen määritelmän mukaan positiivisessa erityiskohtelussa on kyse toimenpiteistä, joissa annetaan etuja heikommassa asemassa olevalle ryhmälle.

Suomen yhdenvertaisuuslaki sekä sen taustalla vaikuttavat rotu- ja työsyryntädirektiivit eivät kiellä syrjintää sosiaaliturvaetuksiin ja muihin sosiaalisiin perusteisiin myönnettäviin tukiin, etuuksiin tai alennuksiin liittyen kuin pelkästään etnisen taustan perusteella¹⁴⁸. Voidaan tietenkin miettiä nykyisen lainsäädännön valossa, voidaanko tietyt toimet laskea osaksi positiivista erityiskohtelua, mikäli ne eivät kuulu yhdenvertaisuuslain soveltamisalaan. Koen kuitenkin tarpeelliseksi tässä yhteydessä käsitellä lyhyesti positiivisen erityiskohtelun sekä erilaisten sosiaalipoliittisten toimenpiteiden eroavaisuuksia.

Suunnitteilla olevan uuden yhdenvertaisuusdirektiivin myötä, keskusteluun ovat nousseet erityisesti nämä erilaiset sosiaaliset etuudet, jotka liittyvät muun muassa ikään ja vammaisuuteen. Toisaalta voisi olla hyvä asia, mikäli positiivinen erityiskohtelu mielletäisiin osaksi laajempaa sosiaalista hyvinvointia. Tällöin mahdollisesti sen oikeutus voisi nauttia laajempaa ymmärrystä ja hyväksyntää.¹⁴⁹ Tällä hetkellä nykyisen sovellutusalan piirissä positiivinen erityiskohtelu ymmärretään lähinnä tasa-arvoon tai etniseen taustaan liittyvänä ilmiönä.

Kuitenkin ongelmaksi voisi Waddingtonin ja Bellin mukaan muodostua positiivisen erityiskohtelun ja sosiaalisen syrjäytymisen estämisen sekoittuminen.¹⁵⁰ Kuten jo positiivisten velvollisuuksien ja valtavirtaistamisen yhteydessä todettiin, positiivinen erityiskohtelu on tiukemman oikeudellisen tarkastelun alainen ja sen laillisuuteen on asetettu tiettyjä rajoituksia. Mikäli siis sosiaaliset etuudet tulisivat osaksi positiivista

¹⁴⁸ Yhdenvertaisuuslaki 2 §:ssä säädetään yhdenvertaisuuslain soveltamisalasta ja tämän taustalla puolestaan on rotu- ja työsyryntädirektiivien säännökset. Meneillään olevassa yhdenvertaisuuslain uudistamishankkeessa lain soveltamisalaa on suunniteltu laajennettavan niin, että sitä sovellettaisiin kaikkien kiellettyjen syrjintäperusteiden osalta yleisesti. Myös unionin tasolla on suunnitteilla direktiivi, jolla laajennettaisiin syrjinnänkielto kattamaan myös muut alueet kuin työelämän COM(2008) 426.

¹⁴⁹ Waddington – Bell 2011, s. 1522–1523.

¹⁵⁰ *ibid.*

erityiskohtelua, koskisi tämä myös niitä. Tällöin voisi syntyä vaara siitä, että ikään ja vammaisuuteen liittyvät sosiaaliset etuudet eivät läpäisisi Euroopan unionin tuomioistuimen asettamaa niin sanottua suhteellisuusperiaatteen testiä eikä niitä näin ollen voisi katsoa lailliseksi nykyisen positiivista erityiskohtelua koskevan käsityksen valossa.

Kumpuvuoren mukaan vammaisten henkilöiden kuljetuspalvelut kuuluvat osaksi positiivista erityiskohtelua¹⁵¹. Waddington ja Bell tuovat esiin esimerkkinä sosiaalipoliittisesta toimenpiteestä yli 60-vuotiaille tarjottavan ilmaisen julkisen joukkoliikenteen ja lapsille annettavan ilmaisen lääketieteellisen hoidon¹⁵².

Tärkeä kriteeri positiivisen erityiskohtelun osalta on nimenomaan suhteellisuusperiaatteen noudattaminen. Lisäksi se ei saa olla mielivaltaista ja sen on tarkoitus olla tilapäistä. Tilapäisyys ei tarkoita sitä, että sillä tulisi olla alusta alkaen jokin aikarajoite, vaan ennemminkin on kyse siitä, että sitä ei mielletä automaattisesti loputtomasti kestäväksi. Mikäli vammaisten henkilöiden kuljetuspalvelut mielletään osaksi positiivista erityiskohtelua, näkisin ongelmallisimmaksi nimenomaan tuon tilapäisyyden vaatimuksen. Mikäli jonkin henkilön osalta sovelletaan positiivista erityiskohtelua tämän vamman vuoksi, eikö se ole lähtöoletukseltaan aika lailla loputtomasti kestävä tällaisessa tilanteessa? Voidaanko nähdä, että kyseinen henkilö pystyisi myöhemmin käyttämään julkista liikennettä olosuhteiden muuttuessa? Toisaalta tilapäisyyden vaatimusta on tulkittu varsin laveasti. Lähinnä tilapäisyyden vaatimuksen täyttämisen osalta on riittänyt se, että toiminta on oltu valmiita lopettamaan, mikäli olosuhteet eivät enää edellytä sen jatkamista.

Sosiaalipoliittisia toimenpiteitä säätelee lisäksi suuri määrä erityislainsäädäntöä, joka tekee sen tutkimisen pelkästään positiivisen erityiskohtelun näkökulmasta haasteelliseksi ja turhan laajaksi käsiteltäväksi tässä yhteydessä. Tämän takia pidättäydyn sen tarkemmin tarkastelemasta positiivisen erityiskohtelun ja sosiaalipoliittisia toimenpiteitä koskevan sääntelyn muodostamaa rajapintaa ja niiden toteutusta tämän tutkielman puitteissa.

¹⁵¹ Kumpuvuori 2009, s. 55.

¹⁵² Waddington – Bell 2011, s. 1522–1523.

4.4 Vammaisia henkilöitä koskevat mukauttamisvelvoitteet

Yhdenvertaisuuslain 5 §:ssä säädetään, että yhdenvertaisuuden edistämiseksi työn teettäjän tai koulutuksen järjestäjän on tarvittaessa ryhdyttävä kohtuullisiin toimiin vammaisen henkilön työhön tai koulutukseen pääsemiseksi, työssä selviämiseksi ja työuralla etenemiseksi. Säännöksen tavoitteena on edistää vammaisten henkilöiden työllistymistä, työssä selviytymistä ja työn säilymistä, koulutusta ja elinikäistä oppimista. Yhdenvertaisuuslain esitöistä käy ilmi, että työnantajalla on velvollisuus toteuttaa näitä järjestelyjä, mikäli se ei ole työnantajan kannalta täysin kohtuutonta. Kohtuuttomuuden arvioinnissa otetaan huomioon esimerkiksi aiheutuneet taloudelliset kustannukset, organisaation koko ja julkisten varojen tai muun tuen saatavuus.¹⁵³ Kohtuuttomuuteen voivat lisäksi johtaa tilanteet, joissa järjestelyt liiaksi muuttaisivat työpaikan toimintaa ja samalla vaarantaa esimerkiksi työturvallisuussäännösten noudattamisen¹⁵⁴. Kohtuullisista mukauttamistoimista on säädetty lisäksi työsyRJintädirektiivin 5 artiklassa. Yhdenvertaisuuslain 5 § noudattelee sanamuodoltaan hyvin pitkälti työsyRJintädirektiivin 5 artiklaa. Mielenkiintoisena lisänä keskusteluun näiden toimenpiteiden kohtuuttomuudesta, on 5 artiklassa oleva maininta siitä, että rasisetta ei pidetä kohtuuttomana, jos se riittävässä määrin korvautuu jäsenvaltiossa toteutetuilla vammaispolitiikan toimenpiteillä.

On esitetty eriäviä käsityksiä siitä, kuuluvatko vammaisia henkilöitä koskevat mukauttamistoimet osaksi positiivista erityiskohtelua. Osa näkee vammaisia henkilöitä varten tehdyt mukautukset sallituksi nimenomaan yhdenvertaisuuslain 7.2 §:n perusteella sallituksi ja täten osaksi positiivista erityiskohtelua¹⁵⁵ kun taas osa haluaa vetää näiden kahden välille selvän erottelun¹⁵⁶.

Sanamuodoltaan kohtuullisista mukauttamisista säättävä yhdenvertaisuuslain 5 § sekä positiivisesta erityiskohtelusta säättävä yhdenvertaisuuslain 7.2 § eroavat siinä, että

¹⁵³ HE 44/2003 vp, s. 40–41.

¹⁵⁴ Ahtela ym. 2006, s. 252.

¹⁵⁵ Ks. esim. Ahtela ym. 2006, s. 252 ja Miettinen 2008, s. 369. Miettinen esimerkiksi käyttää termiä vammaisen henkilön positiivinen erityiskohtelu tarkoittaessaan yhdenvertaisuuslaissa säädettyjä mukauttamistoimia. Hän tosin tunnustaa näiden kahden välillä vallitsevan eroavaisuuden velvollisuuden osalta, mutta niputtaa ne silti saman käsitteen, positiivisen erityiskohtelu, alle.

¹⁵⁶ ks. esim. De Schutter, 2007, s. 759–760. De Schutterin näkemyksen mukaan positiivisen erityiskohtelun erityisenä piirteenä voidaan pitää sitä, että se sisältää aina erilaisen kohtelun verrattuna toiseen ryhmään. Vaikka De Schutter tiedostaa, että vammaisia henkilöitä koskevat mukauttamistoimet sisältävät tietyn ryhmän erikoistarpeet, eivät ne välttämättä sisällä toiminnanmuotoa, joka olisi mahdollisesti haitallinen muille ryhmille ja tämän takia niitä ei hänen mielestään pitäisi laskea kuuluvaksi positiiviseen erityiskohteluun.

mukauttamistoimien osalta työnantajalle ei anneta vaihtoehtoja. Yhdenvertaisuuslain 5 §:n mukaan työnantajan ”on tarvittaessa ryhdyttävä kohtuullisiin toimiin”. kun vastaavasti 7.2 § toteaa, että ”tällä lailla ei estetä sellaisia erityistoimenpiteitä”. Yhdenvertaisuuslain esitöistäkin käy ilmi, että työnantaja kohtaa mukauttamisveloitteen laiminlyönnistä seuraamuksia¹⁵⁷. Samanlainen sanamuoto käy ilmi työsyryntädirektiivistä. Tämä on kuitenkin ymmärrettävää ottaen huomioon sen, että yhdenvertaisuuslailla on laitettu täytäntöön työsyryntädirektiivi ja täten ne noudattelevat paikoitellen identtisiä säädöksiä.

Työnantajalla on siis vaatimus toteuttaa kohtuullisia mukauttamistoimia. Hänen epäonnistuksessaan tässä voidaan toiminta katsoa syrjiväksi.¹⁵⁸ Oletukseltaan positiivinen erityiskohtelu on kuitenkin vapaaehtoista¹⁵⁹ eikä tällöin sen laiminlyönnistä voi seurata syrjivää toimintaa. Positiivinen erityiskohtelu itsessään on vaaraksi väärin toteutettuna muodostua syrjiväksi. Kohtuullisten mukauttamistoimien tavoitteena on saada vammaisen henkilö yhdenvertaiseen asemaan ei-vammaisen kanssa muokkaamalla toimintaympäristöä. Tämä taas lienee muodostuneen harvoin ei-vammaista kohtaan syrjiväksi.

On myös esitetty kritiikkiä siitä, minkä takia velvollisuus toteuttaa kohtuullisia mukauttamistoimia koskee pelkästään vammaisuutta. Euroopan unionin lainsäädännössä on myös tilanteita, joissa esiintyy samanlaisia vaatimuksia mukauttamistoimista. Tällainen on esimerkiksi työnantajan velvollisuus raskaana olevia työntekijöitä tai juuri synnyttäneitä kohtaan. Työnantajan on tehtävä väliaikaisia mukautuksia työolosuhteisiin, jotta ei altistaisi raskaana olevaa tai juuri synnyttäneitä terveys- tai turvallisuusriskeille.¹⁶⁰ Myös Yhdysvalloissa työnantajaa koskevat mukauttamistoimet koskien uskonnollisia käytäntöjä ovat olleet mahdollisia. Vasta myöhemmin mukauttamisvelvollisuus laajennettiin koskemaan myös vammaisia henkilöitä. Myös Kanadassa on jo varhaisessa vaiheessa oikeuskäytännössä tunnustettu mukauttamistoimenpiteet uskonnollisten syiden vuoksi. Myöhemmin Kanadan lainsäädännössä työnantajaa koskeva mukauttamisvelvollisuus on laajentunut myös muihin perusteisiin kuin uskontoon tai vammaisuuteen.¹⁶¹

¹⁵⁷ HE 44/2003 vp, s. 41.

¹⁵⁸ Waddington 2007, s. 748.

¹⁵⁹ Tarkastelen yksityiskohtaisemmin positiivisen erityiskohtelun vapaaehtoisuutta luvussa 5.

¹⁶⁰ Waddington – Bell 2001, s. 597.

¹⁶¹ Waddington 2009, s. 678.

Käytäntö kuulostaa hyvältä ja kenties edistäisi tosiasiallista yhdenvertaisuutta tehokkaammin verrattuna perinteisiin positiiviseen erityiskohteluun luokiteltuihin keinoihin nähden. Näkisin kuitenkin mukauttamisvelvollisuudet traditionalisempaa positiivista erityiskohtelua systemaattisesti toteutettavampana ja siksi tiettyssä mielessä myös viranomaisten näkökulmasta haastavampana. Merkittävänä erona näiden välillä siis on vaatimus siitä, onko toiminta pakollista vai vapaaehtoista. Mikäli jokin toiminta on pakollista edellyttää se näkemykseni mukaan edes jonkunlaista valvontaa – tai edes satunnaista tarkistusta – siitä, että sitä myös noudatetaan. Yhdenvertaisuuslain 17 §:n mukaan todistustaakka on syrjintätilanteessa yleensä väitetyllä syrjijällä. Tällöin myös siis mukauttamistilanteessa voidaan katsoa, että todistustaakka on sillä työnantajalla, joka väitetysti ei ole toteuttanut mukauttamisvelvollisuuksiaan. Mielenkiintoista olisi se, miten käytännön valvonta siis toteutettaisiin tehokkaasti, mikäli mukauttamistoimet koskisivat kaikkia syrjintäperusteita sekä minkälaisia mukauttamistoimia olisi edes kohtuullisuuden rajoissa mahdollista toteuttaa.

Kohtuullisia mukauttamistoimia voidaan siis pitää keinona saavuttaa yhdenvertaisuus¹⁶². Positiivisen erityiskohtelun lähtöoletuksena on, että muodollinen yhdenvertaisuus ei ole riittävä ja toteuta yhdenvertaisuutta todellisuudessa. Positiivinen erityiskohtelu pyrkii siis toteuttamaan tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Voidaan ajatella, että kohtuulliset mukauttamistoimetkin pyrkivät toteuttamaan tosiasiallista yhdenvertaisuutta, sillä sen avulla pyritään siihen, että vammaisen henkilö voi tosiasiallisesti olla yhdenvertainen eivammaisen kanssa. Hallituksen esityksen luonnoksessa uudeksi yhdenvertaisuuslaiksi muistutetaan, että kohtuulliset mukauttamistoimet on kuitenkin hyvä pitää erillään varsinaisista yleis- ja pysyväisluonteisista esteettömyystoimenpiteistä, sillä näistä säädetään muualla lainsäädännössä¹⁶³.

¹⁶² Waddington 2007, s. 750.

¹⁶³ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf s. 55.

5 VELVOLLISUUS VAI PELKKÄ TOIMIVALTA?

5.1 Moraalinen velvollisuus toteuttaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta

Eduskunnan apulaisoikeusasiamies Jukka Lindstedt esittää, että syrjintä on uhka paitsi yksilölle, myös yhteiskunnalle. Hän perustelee tuota väitettä sillä, että ihmisten yhdenvertaisuus on yksi oikeusvaltion perusoletuksista ja syrjintä kyseenalaistaa tuon käsityksen. Tämän syyn takia hän pitää syrjinnän torjumista oikeusjärjestelmämme keskeisenä haasteena.¹⁶⁴ Tuo ajatus sai minut pohtimaan sitä, voisiko yhdenvertaisuuden tosiasiallinen toteutumattomuus olla yhtä lailla uhka yhteiskunnalle. Yhdenvertaisuus on paitsi oikeusvaltiomme perusoletuksia myös perusoikeus.

Käytin jo tutkielman alussa perusoikeuksien asemoitumisen hahmottamisessa Tuorin teoriaa oikeuden eri tasoista. Tuorin kriittinen oikeuspositivismi sekä ajattelu oikeuden kerrostuneisuudesta korostaa, että moraalit on ikään kuin vaeltanut oikeuden sisälle. Verrattuna luonnonoikeuksiin moraalit ei siis määrittele oikeuden pätevyyskriteerejä ulkoa käsin, vaan se on oikeudessa itsessään sisällä. Oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteessa kerrostuneet periaatteet määrittävät kriteerit oikeusnormien sisällölliselle hyväksyttävyydelle ja näiden periaatteiden voidaan katsoa olevan jo valmiiksi moraalisesti värittyneitä.¹⁶⁵

Käytän tässä ajatukseni tukena Tuorin teorian oikeuden tasoista. Yhdenvertaisuus paitsi oikeusperiaatteena myös yhteiskunnan perusoletuksena ja -arvona sijaitsee pinnanalaisissa tasoissa. Mielestäni voidaan sanoa, että pelkkä muodollinen yhdenvertaisuus on yhteiskunnassamme riittämätön. Yhdenvertaisuuden ollessa yhteiskuntamme perusoletus, voidaan mielestäni perustellusti ajatella, että se tarkoittaa, että yhdenvertaisuus myös tosiasiallisesti toteutuu eikä pelkästään muodollisesti. Joten myös tosiasiallinen yhdenvertaisuus on yhteiskuntamme perusoletus. Tällöin toteutumaton tosiasiallinen yhdenvertaisuus kyseenalaistaa yhteiskuntamme perusoletuksen samalla tavalla kuin Lindstedtin esittämässä näkemyksessä syrjintä kiistää sen.

¹⁶⁴ Lindstedt 2010, s. 129.

¹⁶⁵ Tuori 2003, s. 33–34.

Tuorin teoriassa oikeuden tasoista, jotta pintatason yksittäiset normit tai toiminnot voivat olla legitiimejä, täytyy ne voida oikeuttaa eli justifikoida pinnanalaisten tasojen avulla. Legitiimisyys voi viitata joko empiiriseen tai normatiiviseen legitiimisyyteen. Empiirisellä legitiimisyydellä tarkoitetaan sen vahvassa merkityksessä moraalitai arvoperusteista hyväksyntää.¹⁶⁶ Moraalin voidaan siis nähdä olevan vahvasti mukana tarkasteltaessa esimerkiksi jonkin normin pätevyyttä. Pinnanalaisissa kerroksissa sijaitseva tosiasiallinen yhdenvertaisuus oikeusperiaatteena on itsessään moraalisesti värittänyt. Lindstedtin ajatuksessa syrjinnästä yhteiskunnan uhkana ei itsessään puhuttu mistään yksittäisestä normista, jonka avulla syrjintää pitäisi torjua. Kyse on ennemminkin yleisluontoisesta tavoitteesta torjua syrjintää. Samalla oletuksella voitaisiin ajatella, että täytyy torjua toteutumaton tosiasiallinen yhdenvertaisuus. Mielestäni pinnanalaisilla käsityksillä tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta voidaan oikeuttaa pyrkimys torjua tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumattomuus. Tätä kautta viranomaisille voisi syntyä moraalinen velvollisuus käyttää keinoja – kuten positiivista erityiskohtelua – joilla pyritään toteuttamaan tosiasiallinen yhdenvertaisuus.

5.2 Julkisen vallan velvollisuus turvata perusoikeuksien toteutuminen

Vammaisia koskevien mukauttamistoimenpiteiden yhteydessä oli maininta siitä, että sanamuodoltaan positiiviset erityiskohtelut eivät luo viranomaiselle velvoitetta toteuttaa niitä. Sanamuodoltaan yhdenvertaisuuslain 7.2 §:ssä sanotaan ”tällä lailla *ei estetä* sellaisia toimenpiteitä, joiden tavoitteena on ... ” (kursivointi AK). Pelkän tekstin tulkinnan näkökulmasta, pykälässä käytetty termi *ei estetä*, viittaisi siihen, että kyseessä ei ole välttämätön ja edellytetty toimenpide. Ymmärtäisin tuon termin niin, että positiivista erityiskohtelun toteuttamista ei estetä, mutta sitä ei suoranaisesti myöskään velvoiteta.

Mielestäni keskeistä on miettiä, ymmärretäänkö perusoikeudet suppean vai laajan tulkinnan mukaan, kun pohditaan sitä, minkälaisia velvoitteita positiivinen erityiskohtelu voisi asettaa lainsoveltajalle. Suppean näkemyksen mukaan perusoikeudet velvoittavat pelkästään valtiota. Lisäksi suppean näkemyksen mukaan valtioonkin kohdistuu velvoite passiiviseen

¹⁶⁶ Tuori 2000, s. 261–262.

toimintaan. Tämä tarkoittaa sitä, että valtion on pidättäydyttävä toimista, jotka voisivat loukata perusoikeuksia. Laajan perusoikeusnäkemyksen mukaan valtiolla sekä myös muilla julkista valtaa käyttävillä toimijoilla, on passiivisen toiminnan lisäksi velvoite aktiivisesti edistää ja suojata perusoikeuksien toteutumista. Laajan perusoikeusnäkemyksen mukaan velvoite kohdistuu paitsi valtioon, myös muihin julkista valtaa käyttäviin toimijoihin sekä jopa yksityisiin tahoihin. Laajan perusoikeusnäkemyksen mukaan on tärkeää turvata muodollisen vapauden ja tasa-arvon lisäksi myös tosiasiallinen vapaus ja tasa-arvo.¹⁶⁷

Näin ollen, jotta viranomaisille tai muille toimijoille voisi syntyä jonkinlainen velvoite toteuttaa positiivista erityiskohtelua, täytyy perusoikeudet ymmärtää laajemman näkökulman mukaan. Suppea näkökulma sulkee pois aktiivisen toiminnan, jolloin positiivinen erityiskohtelu veloitteena ei voisi toteutua tällaisessa ympäristössä. Lisäksi suppean näkökulman kohteena on pelkästään valtio, jolloin yksityiselle taholle – esimerkiksi työnantajalle – ei voisi näin ollen syntyä minkäänlaista velvoitetta. Suppea näkökulmakaan ei siis tietenkään kiellä positiivista erityiskohtelua, mutta ei millään muotoa velvoita sen toteuttamiseen. Positiivisen erityiskohtelun kannalta on oleellista, että laajan perusoikeusnäkökulman mukaan velvoite voi syntyä paitsi valtiolle myös muulle julkista valtaa käyttävälle sekä jopa yksityiselle taholle. Lisäksi laajan perusoikeusnäkökulman mukaan on tärkeää turvata myös sellaisten perusoikeuksien kuin tasa-arvo ja vapaus – sekä näin ollen myös yhdenvertaisuus – toteutuminen myös tosiasiallisesti.

Itse ymmärrän perusoikeudet lähinnä niiden laajemman näkökulman mukaan. Samanlainen kehitys on nähtävissä myös perusoikeusuudistuksen jälkeen. Perusoikeusuudistusta voidaankin pitää tärkeänä käännekohtana perusoikeuskulttuurissamme. Ennen perusoikeusuudistusta perusoikeussäännökset olivat lähinnä lainsäätäjän ja lainsäädäntövaihteen oikeutta. Perusoikeusuudistuksen tarkoituksena oli lisätä nimenomaan perusoikeussäännösten soveltamisedellytyksiä myös lainsäätämismenettelyn ulkopuolella sekä parantaa yksityisten ihmisten mahdollisuutta vedota oikeuksiensa tueksi välittömästi perusoikeussäädöksiin.¹⁶⁸ Tämä mielestäni osoittaa yleisen perusoikeusajattelun kulkeneen koko ajan kohti laajempaa näkökulmaa. Nykyisellään perusoikeudet ulottuvat vahvasti jo koko oikeudenalaan, jolloin valtionkaan ei voida olettaa olevan pelkästään passiivinen

¹⁶⁷ Karapuu 2011, s. 75–76.

¹⁶⁸ Viljanen 2001, s. 2–3.

toimija. On myös selvää, että perusoikeuksien toimintakenttä on laajentunut pelkästään valtiosta myös muihin toimijoihin ja yhä enemmän lainsäätämistilanteesta nimenomaan myös lainsoveltamiseen¹⁶⁹.

Laajempaan perusoikeusnäkemykseen viittaa myös perustuslain 22 §. Kyseisen pykälän mukaan ”julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen”. Sanamuoto *on turvattava* antaa vaikutelman aktiivisesti toiminnasta, ei pidättäytymisestä perusoikeuksien loukkaamisesta. Perustuslain esitöistä (HE 1/1998) käy ilmi, että 22 § vastaa hallitusmuodon 16 a §:n 1 momenttia, joka on perustuslaissa erotettu omaksi pykäläkseen.

Hallituksen esityksestä Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993) tuosta 16 a §:n 1 momentista käy ilmi, että perusoikeudet sitovat julkista valtaa sen kaikessa toiminnassa. Tämä koskee siis niin lainsäädäntöä, hallintoa kuin lainsoveltamista. Hallituksen esityksessä todetaan, että perusoikeuksien käytännön toteutumisen kannalta ei ole riittävää, että julkinen valta pidättäytyy itse puuttumasta perusoikeuksiin ja perusoikeuksien tosiasiallinen toteutuminen edellyttää julkiselta vallalta aktiivisia toimenpiteitä. Tämän säännöksen tehtävänä on nimenomaan korostaa pyrkimystä perusoikeuksien tosiasialliseen toteutumiseen muodollisen perusoikeusturvan rinnalla.¹⁷⁰

Yleisesti ottaen voidaan siis todeta, että julkisella vallalla on velvollisuus edistää perusoikeuksien toteutumista, ja nimenomaan myös niiden tosiasiallista toteutumista. Positiivisen erityiskohtelun voidaan katsoa olevan merkittävä keino tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisessa. Lauri Lehtimaja on kuvaillut artikkelissaan perustuslain 22 §:ää yleiseksi valppauspykäläksi, joka vaatii virkamiehiltä entiseen verrattuna uudenlaista aktiivisuutta ja nostaa perus- ja ihmisoikeuksien aktiivisen edistämisen jokaisen virkamiehen yleiseksi virkavelvollisuudeksi.¹⁷¹

Yhdenvertaisuuslain 4 § 1 momentin mukaan viranomaisen tulee kaikessa toiminnassaan edistää yhdenvertaisuutta tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti. Lisäksi viranomaisen tulee vakiinnuttaa sellaiset hallinto- ja toimintatavat, joilla varmistetaan yhdenvertaisuuden edistäminen asioiden valmistelussa ja päätöksenteossa. Yhdenvertaisuuslain esitöiden

¹⁶⁹ ks. esim. Viljanen 2001, s. 3–4.

¹⁷⁰ HE 309/1993, s. 75.

¹⁷¹ Lehtimaja 1999, s. 899.

mukaan tämän säännös heijastaa perustuslain 22 §:ää ja siinä säädettyä viranomaisen perusoikeuksien edistämismääräystä. Tämä säännös myös konkretisoi niitä jo perustuslaista johtuvia viranomaisten velvollisuuksia ottaa huomioon yhdenvertaisen kohtelun vaatimus.¹⁷²

Kuten yhdenvertaisuuslain esitöistäkin ilmeni, yhdenvertaisuuslain 4.1 §:ssä on kyse hyvin pitkälti perustuslain 22 §:stä. Yhdenvertaisuuslaissa on haluttu vielä erikseen korostaa tuota edistämismääräystä nimenomaisesti myös yhdenvertaisuuden osalta.

Lisäksi yhdenvertaisuuslain 4.1 §:n mukaan viranomaisen tulee muuttaa niitä olosuhteita, jotka estävät yhdenvertaisuuden toteutumisen. Viranomaistoimin yhdenvertaisuuden toteutumisesta esimerkkinä yhdenvertaisuuslain esitöissä on mainittu julkisten palveluiden rakenteen kehittäminen ja toimintamallien uudistaminen¹⁷³. Tämä olosuhteiden muuttaminen tuo aikaisemman jaottelut positiivisen erityiskohtelun sekä positiivisten velvollisuuksien välille. Karkeasti ottaen voisi nimittäin sanoa, että positiiviset velvollisuudet luovat toimintaympäristön pienemmille, konkreettisemmille toiminnoille. Riippuu siitä, kuinka laajasta positiivisen erityiskohtelun ymmärtää, kuuluuko nämä molemmat loppujen lopuksi saman käsitteen alle vai onko kyseessä erillisinä ymmärrettävistä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistämistoimista.

Yhdenvertaisuuslain uudistamisessa on korostettu muun muassa velvollisuutta edistää yhdenvertaisuuden toteutumista. Uudessa hallituksen esityksen luonnoksessa koskien viranomaisen velvollisuutta edistää yhdenvertaisuutta on mainittu, ”edistämistoimet voivat myös olla luonteeltaan toimenpiteitä syrjinnän havaitsemiseksi tai ennaltaehkäisemiseksi taikka ehdotetun lain 8 §:n 3 momentissa tarkoitettua positiivista erityiskohtelua.”¹⁷⁴ Tämä osoittaa mielestäni sen, että vaikka positiivista erityiskohtelua ei ole kirjattu suoranaisesti velvoittavaan muotoon, kehitys etenee kuitenkin siihen suuntaan, että sen toteuttaminen on toivottavaa. Myös esimerkiksi työnantajan velvollisuus ottaa positiivinen erityiskohtelu huomioon lisääntynee. Luonnosteltu hallituksen esitys säättää, että ”työnantajan on arvioitava yhdenvertaisuuden toteutumista työpaikalla ja työpaikan tarpeet huomioiden

¹⁷² HE 44/2003 vp, s. 37.

¹⁷³ HE 44/2003 vp, s. 38.

¹⁷⁴ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf, s. 39 (vierailtu viimeksi 15.9.2013)

kehitettävä työoloja sekä niitä toimintatapoja, joita noudatetaan henkilöstöä valittaessa ja sitä koskevia ratkaisuja tehdessä”.¹⁷⁵

Vaikka varsinaisesti sanamuodoltaan yhdenvertaisuuslain 7.1 § ei aseta suoranaista velvollisuutta positiivisen erityiskohtelun käyttöön, syntyy sellainen kuitenkin ainakin jossain määrin yleisten edistämispöytäkäytöiden kautta. Sekä perustuslaissa että yhdenvertaisuuslaissa on haluttu korostaa perusoikeuksien ja yhdenvertaisuuden tosiasiallista toteutumista. Jotta nämä voivat tosiasiallisesti toteutua, tarvitaan viranomaiselta aktiivisia toimenpiteitä. Mikäli siis positiivisesta erityiskohtelusta säättävää yhdenvertaisuuslain 7.1 § halutaan tulkita näiden yleisten edistämispöytäkäytöiden hengessä, voidaan mielestäni ajatella, että viranomaisella on edes jonkinlainen velvollisuus edistää tosiasiallista yhdenvertaisuutta ja sitä kautta myös aktiivisesti toteuttaa positiivista erityiskohtelua.

Toisaalta tällaisten yleisten edistämispöytäkäytöiden osalta ongelmalliseksi muodostuu niiden käytännön valvonta. Yleisesti oikeuskäytännössä lähdetään siitä, että tarvitsee olla jonkunlaisia todisteita, että säännöstä ei ole noudatettu. Uskoisin, että on hieman haastavaa tosiasiasa todistaa, mikäli viranomaisen ei ole parhaan taitonsa mukaan pyrkinyt edistämään yhdenvertaisuuden – tai perusoikeuksien yleensä – toteutumista. Tällöin myös edistämisen toteutumisen valvontaa ei voida toteuttaa. Varsinkin kun edistämisen ja turvaamispöytäkäytöt ovat luonteeltaan melko yleisluonteisia ja julistuksenomaisia.

Tämä ongelma tulee mielestäni hyvin esille erityisesti aikaisemmin esittelemässäni mallissa, jossa Fredman on jakanut perusoikeuksien toteuttamisen yksilövalitukseen pohjautuvaan toimintamalliin sekä proaktiiviseen malliin. Näistä yksilövalitukseen pohjautuva toimintamalli on se perinteisempi ja kenties edelleenkin vahvemmin esillä¹⁷⁶. Ongelmaksi tässä mallissa tulee nimenomaan se, että muutoksenhaku tai korvaus on mahdollinen vain, mikäli yksittäinen valituksentekijä pystyy osoittamaan, että hänen oikeuttaan on rikottu.¹⁷⁷ Vaikka lähtökohtaisesti yhdenvertaisuuslain 17 §:n mukaan todistustaakka on vastaajalla, täytyy ensin syrjinnän kohteeksi joutuneen esittää sellaista selvitystä, jonka perusteella voidaan

¹⁷⁵ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf, s. 41 (vierailtu viimeksi 15.9.2013)

¹⁷⁶ Yhdenvertaisuuslaki lähtee rakenteeltaan siitä lähtötilanteesta, että syrjintä on kiellettyä ja mikäli syrjintää kuitenkin tapahtuu, laissa on annettu ohjeet kuinka toimia, jotta oma yksittäinen asia saataisiin jonkunlaisen auktoriteetin käsiteltäväksi. Suurin osa yhdenvertaisuuslain pykälästä koskee sitä, miten toimitaan yksittäisessä tilanteessa ennemmin kuin pyrittäisiin muuttamaan koko ympäristöä, jotta syrjintää ei tapahtuisi.

¹⁷⁷ Fredman 2005, s. 370.

olettaa, että hänen oikeuksiaan on rikottu. Näkisin, että on hyvin haastavaa esittää riittävää selvitystä, siitä, ettei yksittäinen virkamies ole riittävässä määrin turvannut perusoikeuksien toteutumista tai edistänyt yhdenvertaisuuden toteutumista. Näin ollen käytännössä niiden toteutuminen – samoin kuin positiivisen erityiskohtelun toteuttaminen – jää lähinnä yksittäisen viranomaisen harkintavaltaan.

On selvää, että ainakin perusoikeuksien aseman ja perusoikeusmyönteisen tulkinnan kautta viranomaiselle syntyy ainakin moraalinen velvollisuus tosiasiallisen yhdenvertaisuuden – ja näin ollen positiivisen erityiskohtelun – toteuttamiseen ja turvaamiseen. Velvollisuudesta tekee myös moraalisen lisäksi myös oikeudellisen, mikäli se voidaan kytkeä lakiin tai muihin oikeuslähteisiin kirjattuihin normeihin¹⁷⁸. Perustuslain 22 §:n ja yhdenvertaisuuslain 4.1 §:n kautta viranomaiselle siis syntyy ainakin löyhästi velvollisuus toteuttaa positiivista erityiskohtelua. Toisaalta voidaan ajatella, että mikäli aikaisemmassa oikeuskäytännössä on vastaavissa tilanteissa katsottu viranomaiselle syntyvän velvollisuus toteuttaa positiivista erityiskohtelua, voitaisiin se siis katsoa muissakin vastaavissa tilanteissa velvollisuudeksi. Tällöin velvollisuus voitaisiin aikaisemman oikeuskäytännön kautta kytkeä oikeusjärjestykseen ja olisi siis näin ollen oikeudellinen. Viranomaistoiminnassa voidaan pitää tärkeänä luottamuksensuojan periaatetta ja näin ollen aikaisemman oikeuskäytännön voidaan ajatella myös tällä perusteella velvoittavan positiivisen erityiskohtelun toteuttamiseen.

Aikaisempaa oikeuskäytäntöä pidetään heikosti velvoittavana oikeuslähteenä. Verrattuna esimerkiksi lainsäädäntöön – joka on vahvasti velvoittavaa – viranomaiselle ei synny varsinaisesti virkavirhettä, mikäli hän ei ota aikaisempaa oikeuskäytäntöä huomioon. Kuitenkin sitä voidaan pitää ratkaisutoimintaa siinä mielessä velvoittavana, että viranomaisen täytyy perustella, miksi poikkeaa aikaisemmasta ratkaisukäytännöstä.¹⁷⁹ Näin ollen mikäli aikaisemmassa oikeuskäytännössä on samassa tilanteessa katsottu positiivisen erityiskohtelun soveltaminen viranomaisen velvollisuudeksi, muodostaa tämä jo itsessään viranomaiselle eräänlaisen velvollisuuden. Positiivisen erityiskohtelun osalta ongelmaksi kuitenkin voi muodostua se, että siitä on verraten vähän varsinaisia tuomioistuinratkaisuja.

¹⁷⁸ Lappi-Seppälä 2003, s. 764, alaviite 36. Vaikka Lappi-Seppälän artikkeli koskee rikosoikeutta ja laiminlyönnin oikeudellisuutta rikosoikeudessa, ajatus siitä, millä perusteella jokin velvoite voidaan katsoa oikeudelliseksi, voidaan mielestäni soveltaa laajemmin myös koskemaan syntyviä velvoitteita myös muilla oikeudenaloilla.

¹⁷⁹ Aarnio 1989, s. 220–222

Ennemminkin sitä on käsitelty laillisuusvalvojien toimesta, joiden ratkaisuja ei voida pitää samalla tavalla sitovina kuin tuomioistuimen ratkaisuja. Laillisuusvalvojien ratkaisujakaan ei voida jättää huomiotta tulkinnassa, mutta ne eivät ole luonteeltaan yhtä velvoittavia kuin tuomioistuimen ratkaisut.

Kaiken kaikkiaan käytännössä erityisesti yleisten turvaamispykälien luoma velvollisuus jäänee kuitenkin lähinnä moraaliselle tasolle turvaamisveloitteiden yleisen luonteen ja käytännön valvonnan puutteen vuoksi. Seuraavaksi käsittelen, miten velvoittavuutta on tulkittu oikeuskäytännössä.

5.3 Velvoittavuuden tulkinta oikeuskäytännössä

Kuten aikaisemmin kävi ilmi, laajemman näkökannan mukaan positiiviseen erityiskohteluun voidaan laskea kuuluvaksi myös kulttuurisen monimuotoisuuden edistäminen ja säilyttäminen, vaikka kyseinen ryhmä ei olisikaan varsinaisesti heikommassa asemassa¹⁸⁰. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on myös esimerkiksi ratkaisussaan *Chapman v. Yhdistynyt Kuningaskunta (2001)* todennut, että romanien haavoittuvasta asemasta johtuen, heidän tarpeisiinsa ja erilaiseen elämäntyyliinsä tulisi kiinnittää erityistä huomiota niin lainsäädännössä kuin yksittäisen tapauksen ratkaisussa¹⁸¹. Samassa ratkaisussa ihmisoikeustuomioistuin on myös kiinnittänyt huomiota siihen, että tietynlainen elämäntyyli kuuluu osaksi romanien etnistä identiteettiä. Tältä osin se katsoo, että vähemmistökulttuuri ja -elämäntapa voisivat kuulua myös perhe-elämän ja kodin suojaan ja täten aiheuttaa valtiolle positiivisia velvoitteita.¹⁸² Mikäli kuitenkin osaksi positiivista erityiskohtelua lasketaan myös laajan näkemyksen mukaan myös kulttuurisen monimuotoisuuden edistäminen ja säilyttäminen, näkisin kuitenkin että samoilla perusteilla voidaan oikeuttaa – ja jopa aiheuttaa velvollisuus – positiivinen erityiskohtelu, sillä ne kiinnittyvät vahvasti myös tähän. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen valossa ei kuitenkaan ole selvää, minkälaisia ja ennen kaikkea kuinka pitkälle meneviä velvollisuuksia jonkin vähemmistöryhmän etnisen identiteetin säilyttäminen voi luoda.

¹⁸⁰ De Schutter 2007, s. 759.

¹⁸¹ *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta (2001)*, kohta 96. Ihmisoikeustuomioistuin on käyttänyt samaa perustetta myös ratkaisussa *D.H. ym. v. Tšekki (2007)*, kohta 181.

¹⁸² *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta (2001)*, kohta 73.

Ihmisoikeustuomioistuin on myös katsonut, että joissain tilanteissa yhdenvertaisen kohtelun vastaisen olotilan oikaisemisen laiminlyönti voi olla yhdenvertaisuuden vastaista¹⁸³. Ihmisoikeustuomioistuin ei siis suoranaisesti aseta ratkaisujensa valossa suoranaista velvollisuutta toteuttaa positiivista erityiskohtelua, mutta tuntuu puoltavan suhteellisen vahvasti positiivista erityiskohtelua ja tosiasiallista yhdenvertaisuutta kuin myös tapauskohtaista harkintaa. Merkittävää kuitenkin on, että ihmisoikeustuomioistuin on ottanut tiukan linjan erityisesti etnisestä taustasta johtuvien viharikosten ja välittömän ja välillisen syrjinnän osalta¹⁸⁴. Tältä osin voitaisiin vetää pienellä varauksella johtopäätös, että ihmisoikeustuomio on ratkaisuisaan puoltanut yhdenvertaisuuden tosiasiallista toteutumista, mitä kautta voidaan löytää jonkinasteista velvollisuutta myös sen toteutumiseen ja toteuttamiseen.

Merkittävää ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen tulkinnan osalta on tietenkin se, miten positiivinen erityiskohtelu määritellään. Mainitsemisani ratkaisuisa ei voida katsoa olevan nimenomaisesti termillä määritelty, että kyseessä olisi positiivinen erityiskohtelu vaan lähinnä viranomaiselle muodostuva positiivinen velvollisuus toteuttaa tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumista. Mikäli siis positiiviseen erityiskohteluun lasketaan kuuluvaksi kaikki sellaiset toimenpiteet, jotka tähtäävät tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen – kuten oikeuskirjallisuudessa on muun muassa esitetty – voitaisiin siis ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisa lukea ikään kuin rivien välistä tähän viittaavia tulkintoja.

Kotimaisessa oikeuskäytännössä on käsitelty positiivisen erityiskohtelun velvoittavuutta. Muun muassa jo aikaisemmin mainitussa Kouvolan hallinto-oikeuden ratkaisussa 10/0466/1 otettiin kantaa velvollisuuteen toteuttaa positiivista erityiskohtelua. Kyseisessä tapauksessa oli kyse siitä, oliko syrjintäolettaama syntynyt, kun yliopiston valintakokeissa ei otettu huomioon lukihäiriötä. Hallinto-oikeus katsoi, että syrjintäolettamaa ei ollut syntynyt, sillä vaadittu ammattikorkeakoulutodistus asetti kaikki hakijat yhtäläiseen asemaan. Hallinto-oikeus totesi, että lukihäiriö voi oikeuttaa positiiviseen erityiskohteluun muihin hakijoiden nähden, mutta velvollisuutta tähän ei ole.

¹⁸³ Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu "Relating to certain aspects of the laws on the use of the languages in education in Belgium" (1968), kohta 9.

¹⁸⁴ ks. esim. Šečić v. Kroatia (2007), kohdat 66–70; Turan Cakir v. Belgia (2010), kohta 79–82 ja Milanovic v. Serbia (2010), kohta 96–101

Oikeusasiamiehelle tehdyssä kantelussa 1461/4/10 oli myös kyse viranomaisen aktiivisuudesta positiivisen erityiskohtelun osalta. Kyseinen kantelu koski poliisin toimintaa ja sitä, että poliisi oli luovuttanut näkövammaisille asiakirjoja paperimuodossa. Kyseisessä kantelussa ei yksilöity mitään nimenomaista tapausta, mutta oikeusasiamies otti asiaan kantaa yleisellä tasolla. Oikeusasiamies katsoi kannanotossaan, että aistivammaisten positiiviselle erityiskohtelulle oli kyseisessä tapauksessa olemassa vankat perusteet. Kannanotossaan hän katsoi, että viranomaisen oma aloitteellinen myötävaikutuksen merkitys korostuu, jotta perusoikeutena turvattu yhdenvertaisuus toteutuu myös tosiasiallisesti hallintomenettelyssä. Perusteluissaan oikeusasiamies tukeutui erikseen nimenomaan viranomaisen velvollisuuteen turvata perusoikeuksien tosiasiallinen toteutuminen sekä kyseiseen asiaan vaikuttavaan erityislainsäädäntöön. Oikeusasiamies on kannanotossaan suositellut, että viranomaisen tulisi järjestää käytännön asiakastyönsä siten, että tällaisten erityistilanteiden havaitseminen ja yksilölliseen hoitamiseen on tarvittavat valmiudet.

Lopuksi oikeusasiamies totesi aistivammaisia koskevassa kannanotossaan, että kaiken kaikkiaan kyse on siitä, miten perusoikeusmyönteisen lähestymistavan mukaisesti olisi tapauskohtaisesti mahdollista järjestää niin, että aistivammaisen yhdenvertaisuus hallintoasian hoitamisessa asian eri käsittelyvaiheissa tulisi turvatuksi parhaalla mahdollisella tavalla niihin nähden, jotka kykenevät hoitamaan asiansa itsenäisesti alusta loppuun saakka. Mielestäni tässä korostuu erityisesti se, että jokainen positiivisen erityiskohtelun tapaus on käsiteltävä yksilöllisesti.

Hallinto-oikeus ja oikeusasiamies ottavat näissä tapauksissa hieman erilaiset lähestymistavat positiiviseen erityiskohteluun. Hallinto-oikeuden ratkaisussa korostuu se näkemys, että positiivinen erityiskohtelu on eräänlainen poikkeustila ja lähtökohtaisesti yhdenvertainen kohtelu ja samalle viivalle asettaminen riittää. Kyseisessä ratkaisussa hallinto-oikeus katsoi, että on riittävää, että kaikkia hakijoita arvioidaan ammattikorkeakoulutodistuksen pohjalta eli kaikilla on siis samat arviointikriteerit. Oleellista on siis se, että kaikkia hakijoita kohdellaan samalla tavalla. Oikeusasiamies otti positiiviseen erityiskohteluun vastakkaisen kannan ja totesi, että tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutuminen vaatii viranomaiselta oma-aloitteisia toimenpiteitä. Oikeusasiamies katsoi kannanotossaan, että ei olekaan riittävää, että kaikkia poliisin kanssa asioineita kohdeltiin samalla tavalla, luovutettiin

asiakirjat paperisessa muodossa, vaan viranomaisen kanssa tekemisissä olevien yksilölliset erityispiirteet, kuten näkövammaisuus, täytyi ottaa paremmin huomioon toiminnassa, jotta yhdenvertaisuus myös tosiasiallisesti toteutuu. Oikeusasiamies siis edellytti viranomaiselta edes jossain määrin toiminnassaan positiivista erityiskohtelua.

Näiden kahden esimerkin lähtökohdat oikeastaan palaavat takaisin perustuslain 22 §:ään ja viranomaisen velvollisuuteen turvata perusoikeuksien toteutuminen. Oikeusasiamies vetosi kannanotossaan muun muassa perusoikeusmyönteiseen lähestymistapaan. Mikäli siis tulkitaan pelkästään positiivista erityiskohtelua ja siitä säätävää säännöstöä, velvoitetta positiiviselle erityiskohtelulle ei löydy. Kuitenkin mikäli tarkasteluun otetaan koko kuva, velvoittavuuden kannalta oleellista on perustuslainmukainen näkökulma ja sen luomat velvoitteet.

Osansa näistä tulkintaeroista voi selittää positiivisen erityiskohtelun historia oikeuskäytännössä. Käytän tässä vertailuna tasa-arvoon liittyvää positiivista erityiskohtelua, sillä siitä löytyy erityisesti unionin oikeudessa paremmin oikeustapauksia. Ennen Amsterdamin sopimusta positiivisesta erityiskohtelusta säätänyt tasa-arvodirektiivi (76/207/ETY) oli tulkittavissa niin, että positiivista erityiskohtelua oli pidettävä suppeasti tulkittavasta poikkeuksesta yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta. Näin sitä oli siis myös tulkittu tasa-arvon osalta oikeuskäytännössä. Amsterdamin sopimuksen tultua voimaan Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdan säännöstä ei voida luonnehtia poikkeukseksi yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta.¹⁸⁵ Kyseinen säännös ilmentää hyvin pitkälti samanlaista ilmapiiriä kuin nykyiset positiivisesta erityiskohtelusta säätävät säännökset myös yhdenvertaisuuden osalta. Amsterdamin sopimuksen myötä tasa-arvoon liittyvän positiivisen erityiskohtelun pääpaino on siirtynyt yhtäläisten mahdollisuuksien aikaan saamisesta tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamiseen¹⁸⁶.

Vaikka yhdenvertaisuuden osalta oikeudellinen sääntely positiivisen erityiskohteluun liittyen varsinaisesti konkretisoitui vasta Amsterdamin sopimuksen jälkeen ja on siis koko ajan nähdäkseeni edustanut tätä myöhempää näkemystä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisesta, uskon, että positiivisen erityiskohtelun kokonaisvaltainen historia – johon

¹⁸⁵ Ahtela ym. 2006, s. 262–263.

¹⁸⁶ *ibid.*

kuuluu näin ollen myös tasa-arvoon liittyvä sääntely – vaikuttaa siihen asenteeseen ja ilmapiiriin, jossa positiivista erityiskohtelua myös nykypäivänä toteutetaan.

On siis mahdollista, että ajatus positiivisesta erityiskohtelusta nimenomaan poikkeustilanteena korostuu myös oikeuskäytännössä, jolloin ei huomata problematisoida tätä poikkeustilanteen ja perusoikeusmyönteisen lainlupauksen välistä ristiriitaa. Jotta voidaan ajatella viranomaiselle syntyvän jonkinlaisia velvollisuuksia positiivisen erityiskohtelun käytöstä, täytyy positiivinen erityiskohtelu ymmärtää lähtöoletukseltaan nimenomaan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistämisen välikappaleeksi kuin poikkeustilanteeksi yhdenvertaisuudesta.

6 JOHTOPÄÄTÖKSET

Tutkielman tarkoituksena oli tutkia yhdenvertaisuuslain 7.2 §:ää, joka säätelee positiivisen erityiskohtelun mahdollisuudesta. Kyseinen pykälä säätelee, ”ei estetä sellaisia erityistoimenpiteitä, joiden tavoitteena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttaminen...”. Tarkoitukseni oli siis tutkia, mitä nuo erityistoimenpiteet voisivat olla. Tarkoitukseni oli lähestyä tätä kysymystä sen kautta, miten näitä erityistoimenpiteitä on tulkittu lainsäädännössä, oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa.

Lainsäädäntö luo positiiviselle erityiskohtelulle erilaisia reunaehtoja. Keskeisimpänä voidaan pitää lähtöoletusta, jonka mukaan erilainen kohtelulle täytyy löytyä hyväksyttävä peruste. Hyväksyttävän perusteen vaatimus tulee jo perustuslain 6 §:stä, jossa säädetään yhdenvertaisuudesta. Kyseisen pykälän mukaan ”ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan”. Tämän hyväksyttävän perusteen lisäksi on löydettävissä kolme muuta keskeistä ehtoa positiivisen erityiskohtelun käytölle. Positiivisen erityiskohtelun tulee olla suhteellisuusperiaatteen mukaista, tilapäistä eikä se saa olla mielivaltaista. Suhteellisuusperiaatteen mukaisuus näkyy jo yhdenvertaisuuslain 7.2 §:ssä, jonka mukaan ”positiivisen erityiskohtelun on oltava pyrityn tavoitteen kannalta oikeasuhteista”. Tilapäisyyden vaatimus jäi eduskuntakäsittelyssä pois varsinaisesta lakitekstistä, mutta se on luettavissa lain esitöiden kautta¹⁸⁷.

Koska yhdenvertaisuutta koskevasta positiivisesta erityiskohtelusta löytyy Euroopan unionin osalta oikeustapauksia niukalti, otin tarkasteluun mukaan keskeisimpiä tasa-arvoa koskevia oikeustapauksia ja yritin selvittää, voisiko niistä syntyviä rajoituksia soveltaa myös yhdenvertaisuuden osalta. Tasa-arvoa koskevista Euroopan unionin oikeustapauksista oli löydettävissä tulkinta siitä, että positiivisen erityiskohtelun käyttö on mahdollista vain, mikäli hakijat ovat lähes yhtä päteviä, heikommassa asemassa olevan suosinta ei saa olla automaattista vaan jokainen tapaus täytyy arvioida erikseen ottaen objektiivisesti huomioon kaikki hakijoiden yksilölliset ominaisuudet. Euroopan komission ajatuksena ilmeisesti oli, että tasa-arvoa koskevaa oikeuskäytäntöä voitaisiin suoraan sellaisenaan soveltaa myös yhdenvertaisuuden osalta¹⁸⁸. Ongelmaksi suoran sovellettavuuden osalta tulee kuitenkin se,

¹⁸⁷ HE 44/2003 vp, s. 64.

¹⁸⁸ COM (1999) 565 final, s. 11.

että positiivisen erityiskohtelun laajeneminen myös yhdenvertaisuuteen laajentaa paitsi sovellettavaksi tulevia eri syrjintäperusteita myös sovellettavuusaluetta.

Lähtökohtaisesti tasa-arvoa koskevan positiivisen erityiskohtelun oikeustapaukset vahvistavat kriteerejä, jotka positiivisen erityiskohtelun toiminnan täytyy yhdenvertaisuuden osalta täyttää. Erityisesti suhteellisuusperiaatteen vaatimus korostuu myös tasa-arvon osalta vaatimuksena siitä, että hakijoiden täytyy olla lähes yhtä päteviä ja jokainen tilanne tulee arvioida yksilöllisesti. Toisaalta tasa-arvoa koskevien oikeustapausten vertaaminen yhdenvertaisuuteen nostaa esille uusia haasteita. Tasa-arvon merkittävimmät oikeustapaukset sijoittuvat positiivisen erityiskohtelun murrosvaiheeseen. Tällä tarkoitan sitä, että ensimmäiset oikeustapaukset sijoittuvat aikaan, jolloin positiivista erityiskohtelua pidettiin vain harvoin käytettävänä poikkeustapauksena. Myöhemmin se on kehittynyt ennemminkin tosiasiallisen tasa-arvon ja yhdenvertaisuuden suuntaan, eikä sitä siis näin ollen voida tulkita enää niin suppeasti kuin aikaisemmin¹⁸⁹. Nämä tapaukset edustavat lisäksi suhteellisen suppeaa alaa, tasa-arvoa työhönottotilanteessa. On vaikea sanoa, voidaanko niitä täysin aukottomasti soveltaa sellaisenaan tapaukseen, joka koskee täysin erilaista soveltamisalaa ja mahdollisesti useampaa erilaista syrjintäperustetta.

Oikeuskäytännössä positiivista erityiskohtelua on käytetty varsin laajassa yhteydessä. Vaikka Euroopan unionin tasa-arvoa koskevat oikeustapaukset ovat käsitelleet lähinnä työhönottotilanteita, voidaan huomata kansallisessa oikeuskäytännössä positiivisen erityiskohtelun olevan käyttöalaltaan laajempaa. Yhdenvertaisuuslain esitöissä esimerkkinä positiivisen erityiskohtelun käyttömahdollisuudesta mainittiin maahanmuuttajille järjestetyt kielikoulutukset, joiden tarkoituksena on sopeuttaa maahanmuuttajat yhteiskuntaan¹⁹⁰. Samanlaista tulkintaa on ainakin oikeusasiamies käyttänyt perusteluissaan. Muun muassa ratkaisussaan 208/4/08 hän linjasi, että maahanmuuttajanaisille järjestetyt omat uintivuorot ovat verrattavissa tällaisiin yhteiskuntaan sopeuttamistoimiin, jotka siis ovat positiivisen erityiskohtelun nojalla sallittuja. Usein positiivista erityiskohtelua käytetään myös vahvistamaan muita perusteluja. Varsinkin kun on kyse syrjinnästä etnisen alkuperän, rodun tai uskonnon osalta sovellettavaksi usein tulee yhdenvertaisuuden kanssa päällekkäin myös muita perusoikeuksia. Oikeusasiamiehelle tehdyn kantelun 649/4/02 perusteluissa oli

¹⁸⁹ Ahtela ym. 2006, s. 263.

¹⁹⁰ HE 44/2003, s. 46.

nimenomaan ensisijaisena perusteluna käytetty uskonnonvapautta. Kyse oli kunnan ylläpitämistä vain islaminuskoisille tarkoitetuista hautausmaasta. Uskonnonvapauden tukena käytettiin positiivista erityiskohtelua, jolla oikeutettiin erilainen kohtelu.

Näkisin, että oikeuskäytännössä välillä unohtuu positiivisen erityiskohtelun alkuperäinen tarkoitus nimenomaan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttajana. Yhdenvertaisuuslain 7.2 §:n tarkan sanamuodon mukaan, positiivisen erityiskohtelun toimenpiteiden tarkoituksena on ehkäistä tai lievittää syrjinnästä johtuvia haittoja. Tätä laajemman tulkinnan tarjoaa perustuslaki, jonka esitöiden mukaan syrjäntäkielto ”ei estäisi tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua eli tietyn ryhmän (naiset, lapset, vähemmistöt) asemaa ja olosuhteita parantavia toimia”¹⁹¹. Lex Superior -säännön nojalla perustuslain käyttämää tulkintaa voidaan kenties näin ollen pitää sovellettavana positiivisen erityiskohtelun tulkintana. Positiivisen erityiskohtelun on siis tarkoitus paitsi ehkäistä ja lievittää syrjinnästä johtuvia haittoja, myös turvata tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutuminen tilanteissa, joissa heikommassa asemassa oleva ryhmä on heikommassa asemassa myös muusta kuin syrjinnästä johtuvista syistä. Näyttäisi kuitenkin siltä, että oikeuskäytännössä positiivista erityiskohtelua on käytetty usein vain perustelemaan erilainen kohtelu eikä tarkoituksena ole varsinaisesti turvata heikommassa asemassa olevan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden. Esimerkiksi apulaisoikeusasiamiehen tekemästä selvityksestä 3792/2/12 käy ilmi, että positiivisella erityiskohtelulla oikeutetaan ammattiurheilijoiden tavallista lyhyempi varusmiesaika Hämeen rykmentin Urheilukoulussa. Vaikka tarkoituksena on helpottaa ammattiurheilijoiden varusmiesaikaa, en kuitenkaan ainakaan itse tässä yhteydessä näe, miten kyseisessä tapauksessa oli kyse syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemisestä tai lievittämisestä taikka heikommassa asemassa olevan ryhmän tosiasiallisen yhdenvertaisuuden turvaamisesta.

Valtioneuvoston oikeuskansleri on myös katsonut ratkaisussaan 1162/1/96, että lapsen kansalaisuushakemus voidaan positiivisen erityiskohtelun nojalla käsitellä nopeutetusti, ainakin silloin kun saman perheen kansalaisuushakemukset käsitellään yhdessä. Kuten aikaisemmin totesin, positiivista erityiskohtelua on usein käytetty tukemaan muun perusoikeuden toteuttamista. Tässäkin tapauksessa relevantein voisi olla ennemmin lapsen

¹⁹¹ HE 309/1993, s. 44.

oikeus perusoikeutena kuin varsinainen positiivinen erityiskohtelu tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisessa. Lapsen edusta on säädetty perustuslaissa yhdenvertaisuudesta säätävässä 6 §:ssä, sen 3 momentissa. Toisaalta pitää ottaa huomioon, että kyseinen ratkaisu on tehty jo vuonna 1997, mikä vaikuttanee siihen, miten positiivista erityiskohtelua on tulkittu. Positiivista erityiskohtelua voidaan pitää ilmiönä vielä kohtalaisen uutena asiana ja erityisesti vuonna 1997 sen osalta ei ollut ehtinyt kehittyä juuri minkäänlaista oikeuskäytäntöä. Suomalaisessa lainsäädännössä positiivinen erityiskohtelu esiintyi varsinaisesti lakitekstissä yhdenvertaisuuden osalta vasta yhdenvertaisuuslain säätämisen jälkeen vuonna 2004. Tätä ennen positiivisesta erityiskohtelusta löytyi maininta pelkästään perustuslain esitöistä. Euroopan unionin lainsäädännössä positiivisesta erityiskohtelusta säädettiin tasa-arvon kohdalla Amsterdamin sopimuksessa 1999¹⁹² ja yhdenvertaisuuden osalta vasta työ- ja rotusyrjintädirektiiveissä vuonna 2000.

Oikeuskirjallisuudessa näkemys siitä, minkälaisia toimenpiteitä käsitteen positiivinen erityiskohtelu alle kuuluu, on melko kirjava. Voidaan mielestäni puhua niin sanotusti suppeasta ja laajasta näkemyksestä positiivisesta erityiskohtelusta. Laajemman näkemyksen mukaan kaikki sellainen toiminta, joka tähtää heikommassa asemassa olevan ryhmän yhdenvertaisuuden parantamiseen, on positiivista erityiskohtelua¹⁹³. Suppeamman näkemyksen mukaan positiivinen erityiskohtelu on vain yksi keino syrjinnän vastaisena keinona ja tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistäjänä¹⁹⁴.

Oikeuskäytännössä ja lainsäädännössä jää loppujen lopuksi huomioimatta se, mitä kaikkea positiivinen erityiskohtelu loppujen lopuksi voi olla. Lainsäädännöstä positiiviselle erityiskohtelulle saadaan rajauksia, mitkä varsinaisesti vain supistavat sitä toimenpiteiden kirjoa, mikä voisi olla positiivista erityiskohtelua, mutta lainsäädäntö ei itsessään vastaa siihen, minkälaisia toimenpiteitä nämä voisivat olla. Oikeuskäytännöstä on löydettävissä erilaisia esimerkkejä, miten näiden toimenpiteiden luonnetta on tulkittu, mutta näkisinkin usein varsin ristiriitaisiksi eikä näin ollen selkeää linjaa siitä, mitä nämä toimenpiteet ovat, synny.

¹⁹² Nieminen 2001, s. 188.

¹⁹³ ks. esimerkiksi McCrudden 1986, s. 223–225; O’Cinneide 2006, s. 355; Ahtela ym. 2006, s. 252. Näistä jälkimmäinen tosin koskee pelkästään positiivista erityiskohtelua ja vammaisia henkilöitä koskevia mukauttamistoimenpiteitä.

¹⁹⁴ ks. esimerkiksi Waddington – Bell 2011, s. 1519–1522.

Monet oikeuskirjallisuudessa esiin tulleet positiivisen erityiskohtelun toimenpiteiksi ehdotetut keinot ovat luonteeltaan sellaisia, etteivät ne kenties koskaan tule tuomioistuinten tai yleisten laillisuusvalvojen käsiteltäväksi. Koska myöskään lainsäädäntö ei tarkenna tätä käsitettä riittävästi, jää keskustelu vain oikeuskirjallisuuden tasolle. Keskustelu positiivisesta erityiskohtelusta on ehdottomasti tarpeen, mutta jotta siinä voitaisiin mennä eteenpäin, tarvitaan myös jotain joka vahvistaisi jollain tavalla oikeuskäytännössä, edes niin sanottujen sallittujen oikeuslähteiden tasolla, mikä todellisuudessa kuuluu osaksi tätä termiä.

Toisaalta vaikka positiivinen erityiskohtelu tarvitsee joko oikeuskäytännöstä tai lainsäädännöstä vahvistusta oikeuskirjallisuudessa esiin nousseisiin näkemyksiin, voi se kuitenkin toimia vain, mikäli lainsäädäntö tekee sen toteutuksesta paitsi mahdollista, myös oikeanlaisella tavalla toimivaa. Liiallinen sitoutuminen vain muodolliseen yhdenvertaisuuteen estää positiivisen erityiskohtelun kehityksen tehden sen toteuttamisesta monimutkaista ja epävarmaa.¹⁹⁵ Voidaan myös pohtia, tulisiko tämän sääntelyn lähteä kansainväliseltä vai kansalliselta tasolta. O’Cinneide ehdottaa, että EU:n tulisi soveltaa ainoastaan väljää suhteellisuustestiä positiivisen erityiskohtelun osalta jättäen jäsenvaltioille liikkumavaraa positiivisen erityiskohtelun kehittämisessä ja soveltamisessa¹⁹⁶. Näkisin, että tämä kenties helpottaisi jäsenvaltioita unionin suunnalta tulevan valvonnan ja sääntelyn osalta, mutta jäsenvaltioiden soveltamiskäytännöt ja toteutukset eivät saisi liikaa vieraantua toisistaan. Unionin sisäinen keskustelu mielestäni rikastuttaa jo itsessään positiivista keskustelua ja vie sen kehitystä eteenpäin verrattuna tilanteeseen, jossa jokainen jäsenvaltio toimisi vain itsenäisesti.

Positiivinen erityiskohtelu sijaitsee pitkälti lainsäädännön ja politiikan rajamailla ja on täten hyvin riippuvainen poliittisesta tahdosta¹⁹⁷. Positiivinen erityiskohtelu nousee ajoittain keskusteluun mediassa ja siksi oikeuskäytännön ja lainsäädännön kautta pitäisi nousta selkeämpi näkemys sille, mitä positiivinen erityiskohtelu on. Oleellista olisi siis hahmottaa se, onko positiivisessa erityiskohtelussa kyse nimenomaan oikeuskirjallisuudessa esiintyneen laajemman näkökulman mukaisesta toiminnasta vai onko kyse erilaisista toiminnoista, jotka

¹⁹⁵ O’Cinneide 2006, s. 355.

¹⁹⁶ O’Cinneide 2006, s. 358.

¹⁹⁷ Fredman 2005, s. 369.

kaikki tähtäävät loppujen lopuksi samaan päämäärään – tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen. Lainsäädännössäkkin olisi kenties helpompi ottaa huomioon nämä erilaiset tilanteet, kun tähän aihepiiriin kuuluvilla termeillä – kuten positiivinen erityiskohtelu – tarkoitettaisiin samaa asiaa.

Mielenkiintoisen rajanvedon siihen, mitä positiivinen erityiskohtelu on, tarjoaa myös se, miten sen nimissä toteutetut toimenpiteet vaikuttavat muihin ryhmiin. Muun muassa De Schutter on linjannut, että positiivisen erityiskohtelun ominaispiirteenä voidaan pitää sitä, että se sisältää aina erilaisen kohtelun verrattuna toiseen ryhmään. Tällä hän perusteli esimerkiksi sitä, että vammaisia koskevat mukauttamistoimenpiteet eivät kuuluisi osaksi positiivista erityiskohtelua, sillä vaikka ne tiedostavat tietyn ryhmän erityistarpeet, ne eivät kuitenkaan sisällä sellaisia toimenpiteitä, jotka voivat muodostua haitalliseksi muille ryhmille. Hän kuitenkin tiedostaa, että omaa jossain määrin kapeamman näkemyksen positiivisesta erityiskohtelusta kuin jotkut muut.¹⁹⁸ Vastaavasti Miettinen tulkitsee positiiviselle erityiskohtelulle asetettuja vaatimuksia niin, että se ”on oikeutettua vain sillä edellytyksellä, ettei se merkitse muiden henkilöiden syrjintää”. Tätä on kuitenkin täsmennetty sillä, että tarkoituksena on saattaa jokin henkilöryhmä yhdenvertaiseen asemaan, mutta ei parempaan asemaan. Positiivinen erityiskohtelu ei siis saa olla niin sanottua ylisuosintaa.¹⁹⁹ Miettisen tulkinnasta on kuitenkin mielestäni vedettävissä se johtopäätös, ettei positiivisen erityiskohtelun toimenpiteiden tule olla lähtöoletukseltaan sellaisia, että ne voivat muodostua muille haitallisiksi, vaikka eri ryhmiä kohdeltaisiinkin eri tavalla.

Tässä tutkielmassa käsittelemieni oikeuskäytännössä esiintyneiden positiivisten erityiskohtelun oikeustapauksista suurimman osan voidaan katsoa olevan luonteeltaan sellaisia, että niissä on olemassa se mahdollisuus, että ne muodostuvat haitalliseksi niin sanotusti paremmassa asemassa olevaa ryhmää kohtaan. Rajanvedon kannalta ongelmallisimmaksi muodostuvat oikeuskirjallisuudessa esitetyt toimenpiteet. Oikeuskirjallisuudessa positiiviseen erityiskohteluun on esitetty kuuluvan varsin laajasta erilaisia toimenpiteitä. Näitä ovat esimerkiksi se, että työhönottotilanteessa tiettyyn ryhmään kuulumisesta tehdään ansio tai meriitti tai se, että työpaikkaa mainostetaan

¹⁹⁸ De Schutter 2007, s. 759–760.

¹⁹⁹ Miettinen 2008, s. 369.

erityisesti tietylle kohdeyleisölle²⁰⁰. Myös erilaisia valtavirtaistamistoimenpiteitä²⁰¹ on katsottu kuuluvan osaksi positiivista erityiskohtelua. Tällaisten toimenpiteiden eivät välttämättä muodostu haitalliseksi toiselle ryhmälle. Esimerkiksi vaikka työpaikkaa markkinoidaan tietylle kohdeyleisölle, ei se sulje pois sitä, että kyseiseen työhön voitaisi palkata myös tämän kohdeyleisön ulkopuolelta. Mikäli esimerkiksi vammaisia koskevat mukauttamistoimenpiteet katsotaan osaksi positiivista erityiskohtelua, löytyy sen osalta esimerkkejä tilanteista, joissa mukautuksista ei aiheudu haittaa ei-vammaiselle henkilölle²⁰². Tätä vastaava on myös oikeusasiamiehelle tehty kantelu 1461/4/10, jossa oikeusasiamies katsoi, että näkövammaiselle tulisi voida tarjota mahdollisuus asiakirjan tiedoksi saamiseen muuten kuin perinteisessä kirjallisessa muodossa positiivisen erityiskohtelun nojalla. Tällaisessa tilanteessa muille ei voida katsoa syntyvän haittaa siitä, että he tästä huolimatta saavat tiedoksiannon kirjallisena, vaikka näkövammaiselle tarjottaisiinkin muita vaihtoehtoja.

Se miten positiivinen erityiskohtelu ymmärretään, vaikuttaa siis myös ymmärrykseen siitä, minkälaisia vaikutuksia sillä on muihin ryhmiin. Usein positiivinen erityiskohtelu liikkuu syrjinnän harmaalla alueella ja sen voidaan katsoa aiheuttavan negatiivisia vaikutuksia vastakkaiselle ryhmälle ja tämän ryhmän yksilön oikeuksille, mutta laajasti ymmärrettynä positiivinen erityiskohtelu ei välttämättä vaikuta toiseen ryhmään millään tavalla vaan pelkästään edistää heikommassa asemassa olevan omaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta.

Toisena osana tutkimuskysymyksessäni oli se, voiko tästä positiivisen erityiskohtelun tulkintatavasta, joka on tullut lainsäädännön, oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden kautta esille löytää yhtenäinen tulkintalinja, jonka avulla pystyisi vastaamaan siihen, mitä positiivinen erityiskohtelu on. Näkisin, että positiivinen erityiskohtelu on nykyisellään vielä liian jäsentymätöntä. Oikeuskäytäntö käsittelee lähinnä tietyn tyyppisiä tapauksia ja monet pehmeämmät keinot jäävät vain oikeuskirjallisuuden varaan. Oikeuskäytännön kautta pystyy lähinnä antamaan suuntaviivoja sille, kuinka monipuolisissa tapauksissa positiivista erityiskohtelua on käytetty, mutta yhtenäinen selkeä linja on mielestäni vielä hukassa.

²⁰⁰ McCrudden 1986, s. 223–225.

²⁰¹ O’Cinneide 2006, s. 354.

²⁰² Waddington 2009, s. 679.

Laajentavana näkökohtana pohdin myös, voiko positiivinen erityiskohtelu muodostua velvollisuudeksi lainsoveltajan näkökulmasta, vai onko kyse pelkästään mahdollisuudesta käyttää tällaisia toimenpiteitä. Oleellista on tietenkin, missä laajuudessa itse positiivinen erityiskohtelu ymmärretään. Mikäli esimerkiksi vammaisia koskevat mukauttamistoimet ymmärretään osaksi positiivista erityiskohtelua, ovat nämä muihin toimenpiteisiin nähden erityisessä asemassa, että niiden osalta työnantajalle on asetettu suoranainen velvollisuus toteuttaa mukauttamistoimia. Mukauttamistoimien laiminlyönti voidaan jopa laskea osaksi syrjintää²⁰³. Mikäli perusoikeudet yleisesti ottaen ymmärretään sen laajemman tulkinnan mukaan, syntyy viranomaiselle paitsi velvollisuus pidättäytyä perusoikeuksien loukkaamisesta, myös aktiivisesti edistää niiden toteutumista²⁰⁴. Olen tässä tutkielmassa käsittänyt perusoikeudet nimenomaan tuon laajemman tulkinnan mukaan.

Perustuslain 22 § konkretisoi tuota laajempaa perusoikeusnäkemystä. Kyseisen pykälän mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien toteutuminen. Yhdenvertaisuuslaista löytyy lisäksi samanhenkinen säännös, 4 § 1 momentti, joka säätelee viranomaisen velvollisuudesta edistää yhdenvertaisuutta. Molemmat pykälät voidaan ymmärtää niin, että ne pyrkivät nimenomaan perusoikeuksien tosiasialliseen toteutumiseen pelkän muodollisen toteutumisen lisäksi. Positiivisen erityiskohtelun tavoitteena on edistää nimenomaan tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumista ja näiden pykälien kautta viranomaiselle voidaan siis katsoa syntyvän jonkinlainen velvollisuus positiivisen erityiskohtelun toteuttamiseen, vaikka positiivisesta erityiskohtelusta säättävän yhdenvertaisuuslain 7 § 2 momentin sanamuoto viittaa varsinaisesti enemmän vapaaehtoisuuteen. Vahvistusta sille tulkinnalle, että positiivisen erityiskohtelun toteuttaminen on ainakin suotavaa, ellei velvollisuus, antaa se, että yhdenvertaisuuslain uudistamisen yhteydessä on kiinnitetty huomiota edistämismuutoksiin. Uudistuksen yhtenä tavoitteena on muun muassa kehittää yhdenvertaisuuden edistämistä koskevia velvollisuuksia²⁰⁵. Näkisin, että positiivinen erityiskohtelu on muuttumassa koko ajan suositeltavammaksi toimenpiteeksi eikä vain satunnaiseksi poikkeukseksi.

²⁰³ HE 44/2003, s. 40–41.

²⁰⁴ Karapuu 2011, s. 75–76.

²⁰⁵ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf s. 22. (vierailtu viimeksi 23.9.2013)

Perusoikeusmyönteisen ajattelun myötä voidaan ajatella, että ainakin ehdottomasti moraalinen velvoite positiivista erityiskohtelua kohtaan on olemassa. Myös yleiset edistämistä ja turvaamispykälät puoltavat sen puolesta, että jonkinlainen perusta myös oikeudelliselle velvoitteelle voidaan katsoa olevan olemassa. Toisaalta perustuslain 22 § ja yhdenvertaisuuslain 4 § 1 momenttia voidaan pitää melko yleisluontoisina eivätkä näin ollen aseta suoraa velvollisuutta toteuttaa positiivisen erityiskohtelun toimenpiteitä. Myös tämänkaltaisen yleisluonteisen velvollisuuden valvominen on käytännössä hankalaa, jolloin voi olla, että todellisuudessa toteuttamisvelvollisuudesta voidaan katsoa muodostuvan lähinnä moraalinen. Käytäntö on kuitenkin edelleen muovautumassa ja oikeuskäytännössä voidaan nähdä vastakkaisia näkemyksiä edustavia tulkintoja. Esimerkiksi Kouvolan hallinto-oikeus on katsonut ratkaisussaan 10/0466/1, että velvollisuutta positiiviselle erityiskohtelulle ei ollut, vaikka se ratkaistavana olevassa tilanteessa olikin mahdollista. Vastaavasti oikeusasiamiehelle tehdyssä kantelussa 1461/4/10 kannanotossa nojaututtiin vahvasti muun muassa perusoikeusmyönteiseen tulkintaan ja tätä kautta velvoitettiin viranomaisilta enemmän aktiivisuutta tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamisessa.

Kuten aikaisemmin olen tässä tutkielmassa maininnut, meneillään on yhdenvertaisuuslain kokonaisuudistus. Hallituksen esitys uudesta yhdenvertaisuuslaista on suunniteltu annettavaksi eduskunnalle syyskaudella 2013. Tätä tutkielmaa kirjoittaessani hallituksen esityksestä on julkaistu luonnos 12.4.2013. Positiivisesta erityiskohtelusta säädetään uuden yhdenvertaisuuslain 8 § 3 momentissa²⁰⁶. Merkittäviä muutoksia positiivisen erityiskohtelun osalta ei näyttäisi olevan tulossa. Sanamuotoa on tarkoituksena korjata niin, että se kattaa myös syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemisen ja lievittämisen lisäksi myös jo perustuslaissa säädetyn tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistämisen myös muuten kuin syrjinnästä johtuvista syistä. Luonnos tulevasta hallituksen esityksestä ei myöskään tuo mitään uutta tämän tutkimuksen keskeisiin tutkimuskysymyksiin.

Mielenkiintoisena näkökohtana voidaan kuitenkin pitää yhdenvertaisuuslain soveltamisalan laajenemista ja erityisesti sen laajentamista myös niin sanottuun läheissyrjintään. Luonnoksessa tulevasta hallituksen esityksestä 8 § 1 momentissa on säädetty, että ”syrjintäkielto on kielletty riippumatta siitä, perustuuko se henkilöä itseään tai jotakuta

²⁰⁶ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf s. 46. (vierailtu viimeksi 23.9.2013)

toista koskevaan tosiseikkaan tai oletukseen”²⁰⁷. Uuden sääntelyn taustalla on Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-303/06, jossa oli katsottu, että työntekijän laittaminen huonompaan asemaan sen vuoksi, että hänellä on vammainen lapsi, on syrjintää vammaisuuden perusteella. Euroopan unionin tuomioistuin katsoi, että kyseisessä tapauksessa ei ollut väliä sillä, että syrjitty henkilö itse ei ollut vammainen. Tapauksen jälkeen on ollut pohdintaa siitä, voisiko tuomioistuimen antamasta ratkaisusta vetää sen johtopäätöksen, että tätä niin sanottua läheissyrjintää voisi soveltaa myös muiden kiellettyjen syrjintäperusteiden osalta²⁰⁸. Yhdenvertaisuuslain uudistamisen yhteydessä on otettu se linja, että läheissyrjintä on kiellettyä kaikkien syrjintäperusteluiden osalta. Perusteluissa on mainittu erityisesti se, että ratkaisun tuomion mukaan ”yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ei ole tarkoitus suojata vain tiettyjä henkilöluokkia, vaan antaa suojaa direktiivissä kiellettyjen erotteluperusteiden käyttämisestä vastaan”.²⁰⁹

Mielestäni tästä nousee kysymys siitä, voidaanko myös positiivinen erityiskohtelu oikeuttaa läheissyrjinnän perusteella. Tietysti tämä edellyttäisi, että kyseinen henkilö olisi läheisensä ominaisuuksien vuoksi jollain tapaa huonommassa asemassa. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisussa tilanne oli, että henkilö koki tulleensa kohdelluksi epäsuotuisammin kuin muut työntekijät sen vuoksi, että hänellä oli vammainen lapsi. Mikäli oletetaan, että kyse ei olisikaan siitä, että häntä kohdellaan hänen läheisensä vuoksi epäsuotuisammin, vaan hän olisi läheisensä ominaisuuden – esimerkiksi vammaisuuden – vuoksi tosiasiallisesti epäsuotuisammassa asemassa muihin nähden, voisiko tilanteeseen tulla sovellettavaksi jonkinlaisia positiivisen erityiskohtelun toimenpiteitä?

Kaiken kaikkiaan näkisin, että positiivinen erityiskohtelu on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttamisessa arvokas toteutuskeino. Nykyisellään sen sisällön osalta on vielä erimielisyyksiä ja tähän tarvittaisiinkin yhtenäisempi linja. Keskustelua positiivisesta erityiskohtelusta on tulevaisuudessakin ehdottomasti jatkettava, sillä se on loistava keino sen kehittämiseen.

²⁰⁷ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf s. 45. (vierailtu viimeksi 23.9.2013)

²⁰⁸ ks. kyseisen tapauksen pohdinnasta ja erityisesti läheissyrjinnän koskemisesta myös muita syrjintäperusteita Waddington 2009, s. 672–675.

²⁰⁹ http://oikeusministerio.fi/material/attachments/om/valmisteilla/lausunnolla/6Ftd63SG7/YVL_HE-LUONNOS_12-4-2013.pdf s. 45. (vierailtu viimeksi 23.9.2013)